



## Beschlusskammer 3

BK 3d-12/009

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

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Beibehaltung, der Auferlegung und des Widerrufs von Verpflichtungen auf den Märkten „Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz“ und „Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“ (Märkte Nr. 2 und Nr. 3 der Empfehlung 2007/879/EG)

betreffend:

die Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Betroffenen: Deutsche Telekom AG  
Friedrich-Ebert-Allee 140  
53113 Bonn  
vertreten durch den Vorstand  
diese vertreten durch

hat die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

den Vorsitzenden Ernst Ferdinand Wilmsmann,  
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers und  
den Beisitzer Matthias Wieners

nach den von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur beschlossenen Festlegungen:

*Die Betroffene und die mit ihr verbundenen Unternehmen gemäß § 3 Nr. 29 TKG verfügen auf den nachfolgend aufgeführten Märkten im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht:*

## **1. Anrufzustellung**

Nationaler Markt für die

*Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz der TDG an festen Standorten einschließlich der lokalen Anrufweiterleitung.*

*Zu diesem Vorleistungsmarkt im Bereich von Zusammenschaltungsleistungen zählen sowohl Terminierungsleistungen, die über Schmalbandanschlüsse zugestellt werden, als auch Terminierungsleistungen, die auf Breitbandanschlüssen (DSL, Breitbandkabel-Netz, IP-basierter Glasfaseranschluss, stationäre Mobilfunklösungen) terminiert werden und auf der Ebene des PSTN oder telefondienstspezifisch auf der Ebene des Internet Protokolls jeweils auf der untersten Netzkoppelungsebene übergeben werden. Die telefondienstspezifische Übergabe zeichnet sich dadurch aus, dass der anbietende Netzbetreiber die Möglichkeit hat, den Anruf fallbezogen zu verwirklichen oder zu verweigern und die Verbindungsdaten für die Abrechnung jedes einzelnen Gespräches zu erheben und zu verarbeiten.*

*Bietet die TDG die Zusammenschaltung nach dem Grundsatz einer technologiekonformen Übergabe an, dann richtet sich die Bestimmung der untersten Netzkoppelungsebene nach der für die jeweilige Rufnummer vereinbarten Übergabeteknologie (IP oder PSTN). Nicht Bestandteil des relevanten Marktes sind Verbindungen, die im Rahmen der Vereinbarung des Grundsatzes einer technologiekonformen Übergabe tatsächlich nicht technologiekonform und damit auf einer höheren Netzzugangsebene übergeben werden.*

*Bietet die TDG die Zusammenschaltung nach dem Grundsatz einer technologieneutralen Übergabe an, dann ist die Bestimmung der untersten Netzkoppelungsebene unabhängig von der Technik des Anschlusses.*

*Zu dem relevanten Markt zählen Terminierungsleistungen zu geographischen Rufnummern, zu Notrufabfragestellen sowie Verbindungen mit Ziel in der Rufnummern-gasse 0(32).*

*Zuzurechnen sind diesen Märkten neben Terminierungen zu Endkunden, die direkt am Netz des Anbieters angeschlossen sind, auch Verbindungsleistungen, bei denen der Verkehr, für den nachfragenden Netzbetreiber nicht unmittelbar ersichtlich, zur Terminierung in ein nachfolgendes Drittnetz (Fest- oder Mobilfunknetz) weitergeleitet wird.*

*Nicht von dem Markt umfasst sind Terminierungsleistungen mit Übergabe auf IP-Ebene, bei denen die Übergabe nicht speziell telefondienstspezifisch, d. h. dienste-neutral erfolgt. Bei der diensteutralen Übergabe von IP-Datenverkehr im Rahmen von so genannten Peering-Abkommen ist nicht die konkrete Telefonverbindung, sondern der Datenaustausch in seiner Gesamtheit Gegenstand der Abrechnung und der Leistung.*

## **2. Verbindungsaufbau und Verbindungsaufbau plus Transit und Verbindungsaufbau plus Transit plus Wandlung zur Betreiber(vor)auswahl**

Nationaler Markt für den

*Verbindungsaufbau und Verbindungsaufbau plus Transit und Verbindungsaufbau plus Transit plus Wandlung zur Betreiber(vor)auswahl im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten für Orts-, Fern-, NTR-, Auslands- und Mobilfunkverbindungen mit in Einzelwahl oder in festgelegter Vorauswahl vorangestellter Kennzahl für Verbindung-netzbetreiber.*

*Gegenstand dieses Vorleistungsmarktes ist auch die gebündelte Zuführung, d. h. die Zuführung zu einer höheren Netzebene.*

*Zu diesem Markt zählen sowohl Zuführungsleistungen, die von Schmalbandanschlüssen aufgebaut werden, als auch Zuführungsleistungen, die von Breitbandanschlüssen*

(DSL, Breitbandkabel-Netz, IP-basierter Glasfaseranschluss, stationäre Mobilfunklösungen) ihren Ursprung nehmen und auf der Ebene des PSTN oder telefondienstspezifisch auf der Ebene des Internet Protokolls übergeben werden. Die telefondienstspezifische Übergabe zeichnet sich dadurch aus, dass der anbietende Netzbetreiber die Möglichkeit hat, den Anruf fallbezogen zu verwirklichen oder zu verweigern und die Verbindungsdaten für die Abrechnung jedes einzelnen Gespräches zu erheben und zu verarbeiten.

Bietet der Netzbetreiber die Zusammenschaltung nach dem Grundsatz einer technologiekonformen Übergabe an, dann richtet sich die Bestimmung der untersten Netzkoppelungsebene nach der für die jeweilige Rufnummer vereinbarten Übergabetechnologie (IP oder PSTN). Verbindungen, die tatsächlich nicht technologiekonform und damit auf einer höheren Netzzugangsebene übergeben werden, sind ebenfalls Bestandteil des relevanten Marktes.

Bietet der Netzbetreiber die Zusammenschaltung nach dem Grundsatz einer technologieneutralen Übergabe an, dann ist die Bestimmung der untersten Netzkoppelungsebene unabhängig von der Technik des Anschlusses.

Zu dem Markt zählen auch Verbindungsleistungen mit Ursprung in der Rufnummern-gasse 0(32).

Nicht von dem Markt umfasst sind Zuführungsleistungen mit Übergabe auf IP-Ebene, bei denen die Übergabe nicht speziell telefondienstspezifisch, d. h. diensteneutral erfolgt. Bei der diensteneutralen Übergabe von IP-Datenverkehr im Rahmen von so genannten Peering-Abkommen ist nicht die konkrete Telefonverbindung, sondern der Datenaustausch in seiner Gesamtheit Gegenstand der Abrechnung und der Leistung.

### **3. Verbindungsaufbau zu Mehrwertdiensten**

Nationaler Markt für

Verbindungsaufbau zu Mehrwertdiensten (mit Ausnahme des Dienstes der Betreiber(vor)auswahl) im nationalen öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten der nachfolgenden Art:

- Verbindungen zum Freephone-Service von ICP unter der Dienstekennzahl 0800, Verbindungen zum Shared Cost Service 0180 von ICP - im Online-Billing-Verfahren,
- Verbindungen zum ICP-Vote-Call von ICP unter den Zugangskennzahlen 0137 1-9 - im Online-Billing-Verfahren,
- Verbindungen zum Service 0700 von ICP - im Online-Billing-Verfahren,
- Verbindungen zum Online-Dienst am Telefonnetz von ICP,
- Verbindungen zum Auskunftsdienst von ICP unter der Dienstekennzahl 118xy - im Offline-Billing-Verfahren,
- Verbindungen zum VPN-Service von ICP unter der Dienstekennzahl 0181-0189 - im Offline-Billing-Verfahren,
- Verbindungen zu einem innovativen Dienst von ICP unter der Dienstekennzahl 012 - im Offline-Billing-Verfahren,
- Verbindungen zum Service 0900 von ICP - im Offline-Billing-Verfahren,
- Verbindungen mit Ursprung in nationalen Mobilfunknetzen zum VPN-Service von ICP unter der Dienstekennzahl 0181-0189 - im Online-Billing-Verfahren,
- Verbindungen aus nationalen Mobilfunknetzen zum Service 0900 von ICP über die Mobilfunk-Service-Vorwahl (MSV) - im Online-Billing-Verfahren,
- Verbindungen zum International Shared Cost Service +808 von ICP,

- Verbindungen zur einheitlichen Behördennummer 115
- sowie Verbindungen zu "Harmonisierten Diensten von sozialem Wert" (HDSW) von ICP unter der Dienstekennzahl 116 xyz.

Zuführungsleistungen zu neu entstehenden Mehrwertdiensten werden diesem Markt ebenfalls zugerechnet, sobald diese verfügbar werden.

Zu dem relevanten Markt zählen jeweils auch Verbindungsleistungen mit Ursprung in der Rufnummerngasse 0(32).

Verbindungsaufbau- und Transitleistungen werden für den Fall der Notwendigkeit der Durchführung einer Abfrage des so genannten Intelligenten Netzes erst auf der dieser Abfrage nachfolgenden Netzebene voneinander abgegrenzt.

Zu diesem Markt zählen sowohl Zuführungsleistungen, die von Schmalbandanschlüssen aufgebaut werden, als auch Zuführungsleistungen, die von Breitbandanschlüssen (DSL, Breitbandkabel-Netz, IP-basierter Glasfaseranschluss, stationäre Mobilfunklösungen) ihren Ursprung nehmen und auf der Ebene des PSTN oder telefondienstspezifisch auf der Ebene des Internet Protokolls jeweils auf der untersten Netzkoppelungsebene übergeben werden. Die telefondienstspezifische Übergabe zeichnet sich dadurch aus, dass der anbietende Netzbetreiber die Möglichkeit hat, den Anruf fallbezogen zu verwirklichen oder zu verweigern und die Verbindungsdaten für die Abrechnung jedes einzelnen Gespräches zu erheben und zu verarbeiten.

Bietet der Netzbetreiber die Zusammenschaltung nach dem Grundsatz einer technologiekonformen Übergabe an, dann richtet sich die Bestimmung der untersten Netzkoppelungsebene nach der für die jeweilige Rufnummer vereinbarten Übergabetechnologie (IP oder PSTN). Nicht Bestandteil des relevanten Marktes sind Verbindungen, die im Rahmen der Vereinbarung des Grundsatzes einer technologiekonformen Übergabe tatsächlich nicht technologiekonform und damit auf einer höheren Netzzugangsebene übergeben werden.

Bietet der Netzbetreiber die Zusammenschaltung nach dem Grundsatz einer technologieneutralen Übergabe an, dann ist die Bestimmung der untersten Netzkoppelungsebene unabhängig von der Technik des Anschlusses.

Nicht von dem Markt umfasst sind Zuführungsleistungen mit Übergabe auf IP-Ebene, bei denen die Übergabe nicht speziell telefondienstspezifisch, d. h. diensteneutral erfolgt. Bei der diensteneutralen Übergabe von IP-Datenverkehr im Rahmen von so genannten Peering-Abkommen ist nicht die konkrete Telefonverbindung, sondern der Datenaustausch in seiner Gesamtheit Gegenstand der Abrechnung und der Leistung.

Nicht enthalten sind ferner Zuführungsleistungen zu Online-Diensten über Primärmulti-plex-Anschlüsse.

auf die mündliche Verhandlung vom 03.05.2012

folgende

## Regulierungsverfügung

beschlossen:

1. Die der Betroffenen mit der Regulierungsverfügung BK 3d-08-023 vom 22.04.2009 auferlegten Verpflichtungen werden wie folgt beibehalten, soweit Verbindungsleistungen sowohl Teil der durch die Festlegung der Präsidentenkammer aus dem Jahre 2008 als auch der durch die aktuelle Festlegung definierten Märkte sind und eine Übergabe über die PSTN-Zusammenschaltung erfolgt, abgeändert, soweit es den Transit plus Zuführung für die Betreiber(vor)auswahl für Ortsnetzverbindungen betrifft, und auferlegt, soweit es die Übergabe über die IP-Zusammenschaltung anbelangt, nämlich:
  - 1.1. Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen durch Kollokation sowie die Zusammenschaltung am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen mittels eines Übertragungsweges zu einem Standort des Wettbewerbers zu ermöglichen,
  - 1.2. über die Zusammenschaltung Verbindungsleistungen zu erbringen,
  - 1.3. zum Zwecke des Zugangs gemäß Ziffern 1.1. und 1.2. Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
  - 1.4. im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtung zur Kollokationsgewährung nach Ziffer 1.3 Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen in der Weise zuzulassen, dass solche Unternehmen ihre jeweils am gleichen Zusammenschaltungsstandort bei der Betroffenen angemieteten Kollokationsflächen miteinander verbinden können, damit diese sich zusammenschalten können oder ein Unternehmen einem oder mehreren anderen Unternehmen den Zugang zu seinen selber bereitgestellten oder angemieteten Übertragungswegen gewähren kann,
  - 1.5. dass Vereinbarungen über Zugänge gemäß Ziffern 1.1 bis 1.4 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen,
  - 1.6. gültige Verträge über Zugänge gemäß Ziffern 1.1 bis 1.4 der Bundesnetzagentur ohne gesonderte Aufforderung und in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen und
  - 1.7. ein einheitliches Standardangebot für Zugänge nach Ziffern 1.1 bis 1.4, für die eine allgemeine Nachfrage besteht, zu veröffentlichen, wobei die Angaben zu den Standorten der Koppelung bzw. der Kollokation nicht veröffentlicht, sondern interessierten Unternehmen nur auf Nachfrage zugänglich gemacht werden müssen.

Die Regelungen, um die das im Verfahren BK 3g-09-059 vom 16.07.2010 letztmalig geprüfte Standardangebot hinsichtlich der neu auferlegten Zugangsverpflichtungen für IP-Zusammenschaltungen zu vervollständigen ist, sind innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung zu veröffentlichen.
2. Die Entgelte für die Gewährung der Zugänge nach Ziffern 1.1 bis 1.4 bleiben bzw. werden der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Die Entgelte werden auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG genehmigt. Abweichend davon ist bei der Genehmigung von Entgelten für ab dem 01.12.2012 erbrachte Terminierungsleistungen nach der in der Empfehlung der Kommission vom 07.05.2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU (2009/396/EG), veröffentlicht im ABl. EU 2009 Nr. L 124, S. 67, empfohlenen Weise vorzugehen. Der Grundsatz, dass das relevante Inkrement zur Bestimmung der leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten sämtliche über das fragliche Netz erbrachten Verbindungsleistungen umfasst und diese Kosten nutzungsanteilig verteilt werden, und dass im Übrigen ein angemessener Zuschlag für

leistungsmengenneutrale Gemeinkosten berücksichtigt wird, wird auch im Fall von Satz 3 beibehalten.

3. Die der Betroffenen durch Beschluss BK 3d-08-023 vom 22.04.2009 auferlegten Verpflichtungen hinsichtlich solcher Verbindungsleistungen, die nicht mehr Teil eines regulierungsbedürftigen Marktes sind, werden widerrufen.

### **Sachverhalt**

Die Betroffene ist durch Ausgliederung der Festnetzsparte T-Home aus der Deutschen Telekom AG und anschließender Verschmelzung auf die T-Mobile Deutschland GmbH sowie gleichzeitiger Umfirmierung seit dem 30.03.2010 Gesamtrechtsnachfolgerin für das vormals von der Deutschen Telekom AG betriebene bundesweite öffentliche Telefonnetz.

Die Deutsche Telekom AG ist ihrerseits Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Bundespost Telekom. Sie war bis zur Ausgliederung der Festnetzsparte und anschließender Verschmelzung auf die T-Mobile Deutschland GmbH Eigentümerin der Telekommunikationsnetze der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Bundespost Telekom und der hierzu gehörenden technischen Einrichtungen.

Das Netz der Betroffenen ist mit den jeweiligen Netzen einer Vielzahl von Unternehmen zusammengeschaltet. Die Zusammenschaltungen basieren auf Zusammenschaltungsverträgen bzw. auf Zusammenschaltungsanordnungen.

Für die Betroffene war bereits unter der Geltung des Telekommunikationsgesetzes vom 25.07.1996 (BGBl. I S. 1120, im Folgenden TKG<sup>1996</sup>) eine marktbeherrschende Stellung auf den Zusammenschaltungsmärkten festgestellt worden. Als Ergebnis der 2005 erstmals auf der Grundlage des Telekommunikationsgesetzes vom 22.06.2004 erfolgten Marktanalyse zu den Märkten 8 bis 10 der Empfehlung 2003/311/EG der EU-Kommission wurde von der Präsidentenkammer festgelegt, dass die Betroffene auf diesen Märkten über beträchtliche Marktmacht verfügt. Mit Beschluss BK 4-05-002/R vom 05.10.2005 und Beschluss BK4c-05-005/R vom 16.11.2005 wurden der Betroffenen daraufhin Verpflichtungen gemäß §§ 13, 19, 21, 30 und 23 TKG auferlegt. Auf der Grundlage der geänderten Empfehlung 2007/879/EG vom 17.12.2007 (Amtsblatt L 344/65) wurde 2008 eine neue Marktanalyse durchgeführt und die Regulierungsverfügung BK3d-08-023 vom 22.04.2009 erlassen mit der Folge, dass auf den Märkten 2 „Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz“ und 3 „Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“ eine Reihe von Transitleistungen aus der Regulierung entlassen wurden. Erstmals der Regulierung unterworfen wurden Verbindungsleistungen von und zu Breitbandanschlüssen, sofern die Verbindungsleistungen über PSTN-Zusammenschaltungen übergeben werden, Verbindungsleistungen von und zu Rufnummern der Gasse 0(32) sowie die Scheinterminierung.

Die Betroffene hat 2011 damit begonnen, die Umstellung der bisher auf der Basis des leitungsvermittelten PSTN erfolgten Zusammenschaltung auf eine IP-basierte Zusammenschaltung einzuleiten, um ihr Festnetz vollständig in ein paketvermitteltes Netz der nächsten Generation (NGN) mit einem IP-basierten Kernnetz umzuwandeln. Bisher sind allerdings nur testweise Zusammenschaltungen mit einzelnen Unternehmen realisiert worden. Langfristig soll die Zusammenschaltung nur noch über zwei (statt bisher bis zu 474) Zusammenschaltungspunkte je Zusammenschaltungspartner (ICP) auf Basis des IP erfolgen. Die Betroffene will in der Übergangszeit von der PSTN- zur IP-basierten Zusammenschaltung eine sogenannte technologiekonforme Übergabe von Verbindungen anbieten. Hierbei richtet sich die Technologie der Übergabe nach der Netztechnologie, in der der angerufene bzw. bei der Zuführung zu Mehrwertdiensten der anrufende Anschluss geschaltet ist. Bei Terminierungsleistungen ist die Technologie des angerufenen Anschlusses, bei Zuführungsleistungen die Technologie des anrufenden Anschlusses maßgebend. Die Technologie des jeweiligen Anschlusses wird durch die Portierungskennung für PSTN- bzw. IP-Anschlüsse, die der jeweiligen Rufnummer zugewiesen ist, identifiziert. Die Zuordnung der Portierungskennungen zu den jeweiligen Rufnummern kann über eine Datenbank der Bundesnetzagentur abgefragt werden. Diese Datenbankabfrage ermöglicht

es dem ICP, die Übergabe über die jeweils vorgesehene Art der Zusammenschaltung durchzuführen. Erfolgt die Übergabe nicht technologiekonform, so wird eine Umwandlung des Anrufes in die richtige Technologie über ein Media Gateway erforderlich und soll vom Zusammenschaltungspartner bezahlt werden.

Die Überprüfung der Festlegung der Präsidentenkammer gemäß § 14 Abs. 2 TKG hat ergeben, dass die Betroffene und die mit ihm gemäß § 3 Nr. 28 TKG verbundenen Unternehmen auf den regulierungsbedürftigen bundesweiten Märkten für den Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz und die Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten (Märkte Nr. 2 und Nr. 3 der Empfehlung 2007/879/EG) weiterhin über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG verfügen. Gegenüber der vorangegangenen Festlegung der Präsidentenkammer umfasst die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht neben den über PSTN übergebenen Verbindungsleistungen auch Verbindungsleistungen, die über telefondienstspezifische IP-Zusammenschaltungen auf der untersten Ebene übergeben werden (im Folgenden bezeichneten IP-Zusammenschaltungen immer telefondienstspezifische Zusammenschaltungen).

Mit Schreiben vom 15.03.2012 hat die Beschlusskammer der Betroffenen daher angekündigt, dass die Beschlusskammer beabsichtigt, die ihr auferlegten Verpflichtungen gemäß §§ 13, 19, 21, 30 und 23 TKG der Art nach beizubehalten und auf über IP-Zusammenschaltungen übergebene Verbindungsleistungen auszudehnen. Für diese solle auch die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes auf IP-Verbindungsleistungen gelten. Weiter sei zu prüfen, ob und in welchem Umfang bereits Regelungen zur Einstellung des Angebotes von Verbindungsleistungen über PSTN-Zusammenschaltungen in das Standardangebot aufzunehmen seien. Im Zusammenhang mit der anstehenden Migration auf IP-Zusammenschaltungen sei zudem zu erwägen, die bisherige Beschränkung der Verpflichtung zur Erbringung von Transitleistungen auf das Ausfall- und Überlaufrouting aufzuheben, um die Betreibervorauswahl für Ortsgespräche auch beim Rückbau von PSTN-Zusammenschaltungen aufrechtzuerhalten.

In ihrer Stellungnahme vom 29.03.2012 hat sich die Betroffene gegen eine Erfassung der Leistungen der IP-Zusammenschaltung gewandt, weil sich diese erst in der Einführungsphase befänden und erst zum Ende der Regulierungsperiode Marktrelevanz entfalten würden. Insbesondere eine Zusammenschaltungsverpflichtung sei abzulehnen, weil die IP-Zusammenschaltung nur schrittweise eingeführt werden könne und darum ein Anspruch auf Zusammenschaltung zum sofortigen Wirkbetrieb nicht erfüllbar sei. Weil die Einführung der IP-Zusammenschaltung im Konsens mit den anderen ICP erfolge, sei das Streitpotential gering und die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 19 TKG ausreichend. Auch eine Entgeltregulierung mit Entgeltgenehmigungspflicht nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes seien deshalb noch nicht gerechtfertigt.

Sie ist ferner der Ansicht, dass die beschränkte Auferlegung der Transitverpflichtung für die Betreiber(vor)auswahl für Ortsgespräche beibehalten werden sollte. Zwar müsse auf den Rückbau der PSTN-Infrastruktur reagiert werden. Doch sollte dies sukzessive durch eine Anpassung der Anzahl der LEZB erfolgen. Infolge der Migration in das NGN werde die Auslastung der PSTN-ICAs zunehmend sinken, so dass diese in der Fläche nicht mehr effektiv eingesetzt sein würden. Um dem zu begegnen sei eine flexible Regelung notwendig, die eine geordnete Migration ermögliche, so dass die unterste Zusammenschaltungsebene durch die Betroffene im Interesse aller Marktteilnehmer optimieren könne. Dies sei auf vertraglicher Ebene und nicht auf Ebene der Regulierungsverfügung umzusetzen.

Hinsichtlich der Anwendung der Terminierungsempfehlung vertritt die Betroffene die Auffassung, dass diese rechtswidrig sei, denn sie stünde im Widerspruch zu dem in Art. 13 der Zugangsrichtlinie niedergelegten Grundsatz der Kostenorientierung der Entgelte. Weiter verstoße sie gegen die Grundrechte der Berufsfreiheit und der unternehmerischen Freiheit in Art. 15 und 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, weil sie den Ansatz von Kosten dort verhindere, wo sie anfielen. Ein analytisches Kostenmodell müsse daher so gestaltet werden, dass es auch für die Ermittlung der Entgelte auf der Basis der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung genutzt werden könne. Eine Berechnung der Entgelte nach dem pure LRIC-Maßstab sei auch nicht besser zur Erreichung der Regulierungsziele geeignet i. S. v. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG, weil die nicht mehr den Terminierungsentgelten zugeordneten Kosten auf andere Vor-

leistungs- und Endkundenprodukte umgelegt werden müssten, was aber teilweise nicht möglich sei, so dass die Anbieter von Terminierungsleistungen ihre Kosten nicht mehr erwirtschaften könnten. Außerdem würde dadurch der Einkauf von Terminierung gegenüber der eigenen Produktion bevorzugt.

(Nationale Konsultation)

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

## Gründe

### A. Beibehaltung und Auferlegung von Verpflichtungen

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 1 des Tenors beibehaltenen bzw. der Betroffenen auferlegten Maßnahmen sind:

- §§ 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 3 und Abs. 2 Nr. 1 TKG, soweit sie in Ziffer 1.1 des Tenors zur Netzkopplung durch ent- und gebündelte Zusammenschaltung und in Ziffer 1.2 des Tenors zur Erbringung von Verbindungsleistungen verpflichtet worden ist,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG, soweit sie in Ziffer 1.3 des Tenors dazu verpflichtet worden ist, zum Zwecke der Zusammenschaltung Kollokation und im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG, soweit sie in Ziffer 1.4 des Tenors dazu verpflichtet worden ist, im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtung zur Kollokationsgewährung nach Ziffer 1.3 des Tenors Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen in der Weise zuzulassen, dass solche Unternehmen ihre jeweils am gleichen Standort eines Hauptverteilers bei der Betroffenen für Zwecke der Zusammenschaltung angemieteten Kollokationsflächen miteinander verbinden können, damit diese sich zusammenschalten können oder ein Unternehmen einem oder mehreren anderen Unternehmen den Zugang zu seinen selber bereitgestellten oder angemieteten Übertragungswegen gewähren kann,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 19 TKG, soweit sie in Ziffer 1.5. des Tenors dazu verpflichtet worden ist, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffer 1.1 bis 1.4 des Tenors auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 20 Abs. 3 TKG, soweit sie in Ziffer 1.6 des Tenors zur Vertragsvorlage verpflichtet worden ist,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, § 23 TKG, soweit sie in Ziffer 1.7 des Tenors zur Vorlage eines Standardangebotes verpflichtet worden ist, und
- § 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 30 Abs. 1 S. 1 TKG, soweit gemäß Ziffer 2. die Entgelte für die Zusammenschaltung und Verbindungsleistungen sowie die Gewährung von Kollokation der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen.



## **1. Zuständigkeit und Verfahren für die Auferlegung von Maßnahmen nach dem 2. Teil des Telekommunikationsgesetzes**

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Beibehaltung, Abänderung bzw. Auferlegung der tenorierten Verpflichtungen gemäß §§ 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 19, 21 Abs. 2 Nr. 6, Abs. 3 Nr. 3 und 5 sowie § 30 TKG ergibt sich aus § 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Danach entscheidet die Regulierungsbehörde im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern. Gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG erfolgte die Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer (s.o. II.).

Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Regulierungsverfügung sind eingehalten worden:

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung sowie das Ergebnis des nationalen Konsultationsverfahrens sind jeweils gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 TKG i.V.m. § 5 TKG im Amtsblatt und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

Schließlich ist die Auferlegung einer Genehmigungspflicht anhand einer anderen Vorgehensweise im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG gemäß § 31 Abs. 2 S. 3 TKG besonders begründet worden.

## **2. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen**

Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse sind die bundesweiten Vorleistungsmärkte

- für den Verbindungsaufbau (Zuführung) plus Transit und ggf. plus Wandlung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten einschließlich der Weiterleitung auf lokaler Ebene für Orts-, Fern-, NTR-, Auslands- und Mobilverbindungen mit in Einzelwahl oder in festgelegter Vorauswahl vorangestellter Kennzahl für Verbindungsnetzbetreiber,
- Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten einschließlich der Weiterleitung auf lokaler Ebene über Interconnection-Anschlüsse für Verbindungen zu Diensten,
- Anrufzustellung (Terminierung) in das öffentliche Telefonnetz der Betroffenen an festen Standorten einschließlich der lokalen Anrufweiterleitung,

regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG. Diese Märkte umfassen auch Verbindungsleistungen, die von oder zu Breitbandanschlüssen und/oder zu Nummern der Gasse 0(32) erbracht werden, sofern sie ausschließlich über PSTN-Zusammenschaltungen übergeben werden. Erfolgt daneben oder ausschließlich eine Übergabe über IP-Zusammenschaltungen, so sind die Verbindungsleistungen erfasst, wenn eine technologie neutrale Übergabe vereinbart wird oder wenn sie bei Vereinbarung einer technologiekonformen Übergabe technologiekonform übergeben werden. Die Zuführung zur Betreibervorauswahl umfasst dagegen auch bei Vereinbarung einer technologiekonformen Übergabe auch die nicht technologiekonforme Übergabe, die Wandlungsleistung ist hier Teil des Marktes. Der Markt für Terminierungsleistungen umfasst darüber hinaus auch die sogenannte Scheinterminierung zu über geographischen Rufnummern erreichbaren Mobilfunkanschlüssen. Auf diesen Märkten verfügt die Betroffene über eine beträchtliche Marktmacht.

Keine Regulierungsbedürftigkeit besteht in dem Fall, in dem die Verbindungsleistungen nicht auf der untersten Ebene übergeben werden. Die unterste mögliche Ebene der Zusammenschaltung ist je nach übergebener Verbindungsleistung zu bestimmen. Bei der Zusammenschaltungen über PSTN ist die unterste mögliche Ebene der Lokale Einzugsbereich (LEZB). Bei der Zuführung zu Mehrwertdiensten kann die unterste Ebene der Grundeinzugsbereich (GEZB) bzw. Mehrwertdiensteeinzugsbereich (MEZB) sein, wenn eine Abfrage des Intelligenten Netzes (IN) der Betroffenen erforderlich ist; in diesem Falle sind auch Transitleistungen von der Regulierung umfasst. Bei der Zuführung zur Betreibervorauswahl werden Transitleistungen auf allen Ebenen von der Regulierung umfasst, weil wegen der fehlenden Möglichkeit des sogenannten CIC-Hostings Transitdienste nicht von Dritten erbracht werden können. Dies bedeutet, dass der Car-

rier Identification Code (CIC) über Netzgrenzen hinaus nicht übergeben werden kann. Deshalb kann ein Transitnetzbetreiber den Verkehr verschiedener Verbindungsnetzbetreiber nicht trennen, was aber die Voraussetzung dafür wäre, diese Verkehre in abrechenbarer Weise der Betroffenen zu übergeben.

Bei der IP-Zusammenschaltung erfolgt die Übergabe auf der untersten Ebene, wenn entweder eine technologie neutrale Übergabe vereinbart worden ist oder im Falle einer vereinbarten technologiekonformen Übergabe eine Verbindung von oder zu einer Rufnummer übergeben wird, für die eine Übergabe auf IP-Ebene vereinbart worden ist. Ist eine technologiekonforme Übergabe vereinbart und wird eine auf PSTN-Ebene zu übergebende Verbindung über eine IP-Zusammenschaltung übergeben oder umgekehrt, so wird diese Verbindungsleistung nicht auf der untersten Zusammenschaltungsebene übergeben, weil zusätzlich zur Verbindungsleistung noch eine Wandlung über Media Gateways in die richtige Technologie vorgenommen werden muss, die eigentlich im Verantwortungsbereich des Zusammenschaltungspartners liegt und von ihm vorgenommen werden könnte. Solche Verbindungsleistungen unterfallen daher nicht bzw. im Falle der nichttechnologiekonformen Übergabe einer Verbindung über PSTN-Zusammenschaltungen nicht mehr der Regulierung.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus den als **Anlage** beigefügten, gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG von der Präsidentenkammer getroffenen Festlegungen, die wegen § 13 Abs. 3 TKG Inhalt dieser Regulierungsverfügung sind und auf die daher Bezug genommen wird.

### 3. Beibehaltung und Auferlegung der einzelnen Verpflichtungen

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens behält die Beschlusskammer die der Betroffenen auf den verfahrengegenständlichen Märkten mit der Regulierungsverfügung BK 3d-08-023 vom 22.04.2009 auferlegten Verpflichtungen bei und erlegt sie für solche Verbindungsleistungen erstmals auf, die bisher nicht von den regulierten Märkten erfasst waren, sowie im Übrigen von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG abgesehen. Widerrufen wurden Verpflichtungen zu Leistungen, deren zu Grunde liegende Märkte nicht mehr als regulierungsbedürftig angesehen werden.

#### 3.1. Netzkoppelung

Die in Ziffer 1.1 des Tenors für PSTN-Zusammenschaltungen aufrechterhaltene bzw. für IP-Zusammenschaltungen erstmals auferlegte Verpflichtung, die Koppelung der Netze durch Zusammenschaltung sowohl entbündelt bei der Betroffenen als auch gebündelt mittels eines Übertragungsweges an einem Standort des Wettbewerbers zu ermöglichen, gründet auf §§ 9 Abs. 2, 21 Abs. 3 Nr. 3 TKG.

Nach § 21 Abs. 3 Nr. 3 TKG *soll* die Bundesnetzagentur Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmarkt verfügen, die Verpflichtung auferlegen, die Zusammenschaltung zu ermöglichen.

Sinn und Zweck der Regelung des § 21 TKG ist es, Wettbewerbern im Wege des Zugangs eine Mitnutzung der aufgebauten Infrastruktur eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmarkt zu verschaffen, um auf diese Weise die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren. Dabei hat der TKG-Gesetzgeber die in Absatz 3 der Vorschrift aufgeführten Zugangsformen als so essentiell betrachtet, dass ihre Auferlegung in der Regel geeignet, erforderlich und angemessen ist, um den Zweck der Vorschrift zu erreichen. Gleichwohl hat der Gesetzgeber in dieser Vorschrift durch die Bezugnahme auf § 21 Abs. 1 TKG vorgegeben, dass die in jenem Absatz genannten Richtungsvorgaben nach Satz 1 (Wahrung der Nutzerinteressen oder Förderung von nachhaltigem Wettbewerb), die Regulierungsziele nach § 2 TKG sowie die in Ziffern 1 bis 7 jenes Absatzes aufgeführten Abwägungskriterien auch bei der Auferlegung von „Soll-Zugängen“ nicht außer Acht bleiben dürfen. Dass diese Gesichtspunkte auch bei der Auferlegung einer Verpflichtung, Zusammenschaltung zu ermöglichen, mit zu berücksichtigen sind, ergibt sich auch aus Artikel 12 der Zugangs-RL, der durch § 21 TKG in nationales Recht umgesetzt worden ist.

Denn bei der Auferlegung von Verpflichtungen nach Artikel 12 Abs. 1 Zugangs-RL, mithin auch bei der Verpflichtung nach lit i), nämlich der „Verpflichtung zur Zusammenschaltung von Netzen“, ist nach Artikel 12 Abs. 2 Zugangs-RL den dort aufgeführten Faktoren, die mit Ausnahme von Nr. 7 den in § 21 Abs. 1 TKG aufgeführten Kriterien entsprechen, Rechnung zu tragen.

Zusammenschaltung ist gemäß § 3 Nr. 33 TKG die physische und logische Verbindung zweier öffentlicher Telekommunikationsnetze. Die Zusammenschaltung dient der Kommunikation von Nutzern, sie erhält ihren Sinn also durch die darüber abgewickelten Verbindungsleistungen. Die Zusammenschaltungspflicht ist deshalb immer dann – und nur dann – aufzuerlegen, wenn damit auch die Pflicht zur Gewährung des Zugangs durch Verbindungsleistungen verbunden wird. Dies ist durch die Verpflichtung zur Terminierung von Anrufen in das Netz der Betroffenen und der Zuführung von Anrufen aus dem Netz der Betroffenen gegeben.

Eine Zusammenschaltung setzt also die Verbindung zweier Telekommunikationsnetze voraus. Die PSTN-Zusammenschaltung erfolgt über die Verbindung mindestens zweier Vermittlungsstellen, vgl. Beschluss BK 4-98-040/Z10.11.98 vom 18.01.1999 S. 7, und kann bei vollständiger Erschließung der lokalen Einzugsbereiche an bis zu 474 Vermittlungsstellen mit Netzübergangsfunktion erfolgen.

Die Verbindung kann durch die Betroffene, den Wettbewerber oder durch beide Parteien gemeinsam erbracht werden. Dementsprechend kann der Ort der physischen Verbindung bei der Vermittlungsstelle der Betroffenen („physical Co-location“) oder des Wettbewerbers sowie an einem externen Ort (z.B. ein Standort des Wettbewerbers ohne Vermittlungsstelle; „Customer sited“) erfolgen. Dies gilt sowohl für die IP- wie die PSTN-Zusammenschaltung. Im ersten Fall handelt es sich um einen entbündelten und in den anderen Fällen um einen gebündelten Zugang zum Telefonnetz der Betroffenen. Denn bei einer physischen Verbindung außerhalb des Vermittlungsstellenstandortes ist es erforderlich, dass die Betroffene dem Wettbewerber neben der Netzanbindung auch einen Übertragungsweg für die Netzverbindung bereitstellt.

Die IP-Zusammenschaltung wird nach den gegenwärtigen Planungen nur an jeweils zwei Orten pro Nachfrager erfolgen. Der IP-Zusammenschaltungsanschluss (N-ICAs) realisiert die physikalische Zusammenschaltung der IP-basierten Next Generation Networks (NGN) der Betroffenen und ihrer Zusammenschaltungspartner (ICP). Für jeden ICP wird dabei ein virtuelles privates Netzwerk (VPN) für Sprachtelefonie realisiert. Dieses beinhaltet eine logische Verknüpfung mit der Service Area der Betroffenen, die ebenfalls als ein eigenes VPN angesehen werden kann. Dadurch wird ein Multi-VPN aufgebaut, in welchem die Betroffene die Durchschaltungen des NGN-IC-Verkehrs zu einer Endstelle in ihrem Netz oder zu einem Netzübergang zu einem anderen ICP (Ziel: Endstelle dieses anderen ICP) ermöglicht. Zu den technischen Einzelheiten der IP-Zusammenschaltung vgl. Ziffer B III 2 a) 1) des Entwurfes der Festlegung.

Die beibehaltene Verpflichtung der Betroffenen ist wie bisher auf die Ermöglichung der Zusammenschaltung öffentlicher Telefonnetze mit ihrem öffentlichen Telefonnetz zu begrenzen und von daher beizubehalten. Denn die festgestellte Marktmacht der Betroffenen bezieht sich auf die Nutzung öffentlicher Telefonnetze. Eine Zusammenschaltung mit sonstigen Telekommunikationsnetzen ist für die Bekämpfung des hier festgestellten Marktversagens nicht erforderlich.

### **3.1.1 Interessen von Endnutzern und Wettbewerbern**

Die Beibehaltung der Verpflichtung ist erforderlich, um gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 TKG die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren.

Eine Zusammenschaltung ist erforderlich, um überhaupt Verbindungsleistungen über Netzgrenzen hinweg austauschen zu können und die Erreichbarkeit der Teilnehmer im Netz der Betroffenen aus den Netzen der Wettbewerber sicherzustellen. Dies gilt für die PSTN- wie die IP-Zusammenschaltung gleichermaßen.

Neben der entbündelten Variante der Netzzusammenschaltung ist auch der gebündelte Zugang erforderlich, um den Wettbewerbern so eine bedarfsgerechte Investition in eigene Infrastruktur zu gestatten. In der Vergangenheit war dies vor allem die Ermöglichung des sukzessiven Auf-

baus eigener Infrastruktur. Die Tatsache, dass die von der Betroffenen im Rahmen der vorangegangenen Regulierungsverfügung BK3d-08-023 zu erbringenden Transitleistungen erheblich vermindert werden konnten, beweist die Richtigkeit dieser Einschätzung in der Vergangenheit

Ein weiterer Grund für die Verpflichtung zur gebündelten Zusammenschaltung ist der beginnenden Umbau des Netzes der Betroffenen und die damit einhergehenden Verminderung der Orte der Zusammenschaltung, was die Bedeutung gebündelter Anschlüsse zur Zusammenschaltung zur Sicherung des Wettbewerbs steigert. Denn solange im Netz der Betroffenen Anschlüsse in PSTN-Technologie geschaltet sind, muss ein ICP auch PSTN-Zusammenschaltungen unterhalten, um den Anforderungen einer technologiekonformen Übergabe genügen zu können. Gerade bei Erstzusammenschaltungen können damit Investitionen in PSTN-Zusammenschaltungen erforderlich werden, deren Nutzungsdauer auf wenige Jahre begrenzt sein wird. Die Sicherung einer möglichst kostengünstigen PSTN-Zusammenschaltung erhält darum gerade wegen der eingeleiteten Migration zu NGN besonderes Gewicht. Dies gilt auch für ICP, die nicht an allen 474 VE:N zusammengeschaltet sind, für den Fall der Aufhebung gerade des Ortes der Zusammenschaltung, an dem sie kolloziert sind. Die möglicherweise erforderliche Verlagerung an eine andere VE:N kann hier am kostengünstigsten durch eine gebündelte Zusammenschaltung erfolgen.

Auch die gebündelte IP-Zusammenschaltung ist erforderlich. Hier ist der Zugang zum Netz der Betroffenen zwar nur auf zwei der zwölf Standorte vorgesehen. Doch zwingt dies gerade regionale Anbieter dazu, für die Zusammenschaltung mit der Betroffenen größere Entfernungen zu überbrücken.

Ein Absehen von der Beibehaltung der Verpflichtungen würde auch den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen, § 21 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 TKG.

Die im Gesetz verwendete Formulierung, nach der eine Verpflichtung auferlegt werden kann, wenn andernfalls „die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes behindert oder diese Entwicklung den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde,“ ist missverständlich. Aufgrund der Bezugnahme in der Gesetzesbegründung auf Art. 12 Zugangs-RL wird deutlich, dass es im Rahmen des Merkmals nach § 21 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 TKG nicht darauf ankommen soll, ob die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes den Interessen der Nutzer zuwiderlaufen würde. Tatsächlich greift der Terminus „diese Entwicklung“ im Rahmen der 2. Alternative daher nicht die vorgenannte „Entwicklung eines wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes“ auf, sondern bezieht sich auf die Entwicklung, die zu erwarten wäre, wenn von der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung abgesehen würde, d.h. es ist zu untersuchen, ob ein Verzicht auf die Auferlegung der Zugangsverpflichtung den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde.

Die Möglichkeit, sowohl jeden Teilnehmer im öffentlichen Telefonnetz erreichen zu können als auch aus allen öffentlichen Telefonnetzen erreichbar zu sein, ist ein Hauptinteresse der Nutzer des öffentlichen Telefonnetzes, so dass ein Verzicht auf die Verpflichtung zur Zusammenschaltung den Endnutzerinteressen widerspräche.

Die Auferlegung der Zusammenschaltungspflicht nach § 21 TKG setzt im Übrigen nicht voraus, dass die Betroffene bereits zuvor den Zugang konkret verweigert bzw. unzumutbar erschwert hat. Die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit der Märkte rechtfertigt gerade den Erlass von abstrakten Vorabverpflichtungen. Entscheidend für die Frage der Auferlegung und Auswahl der einzelnen Vorabverpflichtungen sind die Ergebnisse der Marktuntersuchung.

### **3.1.2 Verhältnismäßigkeit**

Die Verpflichtung steht auch in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 TKG.

Bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den in § 2 TKG beschriebenen Regulierungszielen der Förderung des Interesses der Endnutzer, der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, der Förde-

nung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste und der Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation, auch in der Fläche, steht, sind insbesondere die in § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen.

Die Kriterien entstammen weitgehend Art. 12 Abs. 2 Zugangs-RL. Sie konkretisieren den in Erwägungsgrund 19 der Zugangsrichtlinie enthaltenen Gedanken, nach dem das Recht des Infrastruktureigentümers zur kommerziellen Nutzung seines Eigentums mit den Rechten anderer Diensteanbieter auf Zugang abzuwägen ist.

- Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung

Das Abwägungskriterium der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen ( § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG) ist in der Begründung zum Regierungsentwurf des TKG näher erläutert,

vgl. BR-Drucks. 755/03, S. 88.

Danach soll bei diesem Kriterium insbesondere geprüft werden, ob die Kosten der Nutzung alternativer Angebote im Vergleich zum nachgefragten Angebot oder eine Eigenfertigung das beabsichtigte Dienstangebot unwirtschaftlich machen würden, ob unzumutbare zeitliche Verzögerungen durch die Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten entstünden, ob mit der Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten eine wesentliche Verminderung der Qualität des beabsichtigten Dienstangebots einherginge und welche Auswirkungen die Inanspruchnahme einer alternativen Zugangsmöglichkeit auf den Netzbetrieb haben könnte. In den Blick zu nehmen ist auch – wie nunmehr am Ende des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG besonders hervorgehoben – die Tragfähigkeit anderer vorgelagerter Zugangsprodukte, wie etwa der Zugang zu Leitungsrohren.

Nach diesen Kriterien ist die auferlegte Verpflichtung weiterhin angemessen.

Die Zusammenschaltung der Netze auf PSTN- und/oder IP-Basis ist die Grundvoraussetzung dafür, überhaupt Anrufe eigener Endkunden des Wettbewerbers zu Endkunden der Betroffenen weiterleiten zu können oder Anrufe ihrer Endkunden zugeführt zu bekommen. Sie kann deshalb nicht durch die Nutzung konkurrierender Einrichtungen ersetzt werden. Bei einem entbündelten Zugang zum Netz der Betroffenen ist der Wettbewerber auf eine Kollokation bei ihr angewiesen. Er muss also bei jedem Zusammenschaltungsstandort selber präsent sein. Dagegen kann er bei einer gebündelten Zusammenschaltung mehrere Zusammenschaltungsstandorte über einen Präsenzpunkt erschließen. Eine solche Erschließung von Zusammenschaltungsstandorten erfordert geringere Anfangsinvestitionen und erleichtert somit auch den Markteintritt in der Fläche. Insbesondere bei kleinen Verkehrsmengen würde der Verweis auf die Eigenrealisierung zu einer massiven Markteintrittsbarriere führen. Ein kurzfristiger Wechsel bei PSTN-Zusammenschaltungen von den gebündelten zu den ungebündelten Anschlüssen ist zudem gerade unter dem Gesichtspunkt der anstehenden Umstellung auf IP-Zusammenschaltungen nicht möglich. Die Umstellung würde eine kurzfristige Bereitstellung sehr vieler Kollokationsflächen erfordern, die mangels entsprechender Planungen der Betroffenen ausgeschlossen ist und angesichts des während der dreijährigen Geltungsdauer der Regulierungsverfügung geplanten Umstiegs auf ein paketvermitteltes NGN und des einsetzenden Rückbaus der PSTN-Zusammenschaltungen sinnwidrig wäre. Eine Verpflichtung der Betroffenen nur zum entbündelten Zugang würde ihre Zusammenschaltungspartner zu Investitionen in Kollokationsräume und zugehörige Infrastruktur zwingen, deren langfristige Tragfähigkeit nicht mehr gegeben ist.

Diese Überlegungen gelten auch für die gebündelte IP-Zusammenschaltung. Hier ist zu berücksichtigen, dass zukünftig der Zugang zum Netz der Betroffenen nur noch an 12 Standorten möglich sein wird. Dies zwingt gerade regionale Anbieter, für die Zusammenschaltung mit der Betroffenen größere Entfernungen zu überbrücken. In der Anfangsphase der Migration werden über diese Strecken nur geringe Verkehre geführt werden, was ihre Wirtschaftlichkeit beeinträchtigt. Deshalb ist auch für die NGN-Migration die Nutzung alternativer Infrastrukturen als nicht tragfähig anzusehen.

#### - Verfügbare Kapazität

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist ferner abzuwägen, ob die verfügbare Kapazität (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG) für die Zugangsgewährung ausreicht. Der Gesetzgeber hat in der Begründung zu diesem Abwägungskriterium ausgeführt, dass ein Kapazitätsausbau grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein soll. Denn andernfalls besteht die Gefahr, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung ins Leere läuft.

Zu beachten ist aber, dass Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht durch die Ausbaupflichtung keine wirtschaftlichen Nachteile entstehen dürfen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen die Nachfrager daher diese Investitionsrisiken in vollem Umfang übernehmen.

Hinsichtlich der entbündelten Zusammenschaltung bei PSTN hat die Erfahrung bereits gezeigt, dass entsprechende Kapazitäten für den bisherigen Bedarf in den Räumlichkeiten der Betroffenen entweder vorhanden sind oder Kapazitätsengpässe durch Einrichtungen wie Outdoor-Boxen behoben werden können. Für die entbündelte IP-Zusammenschaltung ist davon auszugehen, dass die Betroffene die entsprechenden Einrichtungen an den 12 dafür vorgesehenen Standorten nachfragegerecht dimensionieren kann. Der Vortrag der Betroffenen, dass die IP-Zusammenschaltung nur schrittweise eingeführt werden könne und darum ein Anspruch auf Zusammenschaltung zum sofortigen Wirkbetrieb nicht erfüllbar sei, überzeugt nicht. Denn derzeit übersteigt die von der Betroffenen angebotene Zusammenschaltungskapazität die Nachfrage. Die Nachfrage steht aber in Abhängigkeit von den über die IP-Zusammenschaltung direkt erreichbaren Endkunden. Derzeit sieht die Betroffene in der Startphase eine langsame Migration vom PSTN auf das IP-basierte Zusammenschaltungen vor. Deshalb hat die Beschlusskammer keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Nachfrage nach der IP-Zusammenschaltung in der „Startphase“ stärker als von der Betroffenen aktuell geplant, steigen wird.

Wenn wider Erwarten die Nachfrage stärker wachsen würde, als von der Betroffenen dies geplant, könnte dies nur in einer stärkeren Migration der Endkundenanschlüsse von PSTN auf NGN begründet sein. Wenn die Migration aber schneller erfolgt als geplant, würde diese Migration ohne eine korrespondierende Steigerung der Zusammenschaltungskapazität entwertet, weil der NGN-Verkehr gleichwohl über das PSTN geführt werden müssen. Deshalb wäre auch in diesem Falle die Zusammenschaltungspflicht verhältnismäßig.

Hinsichtlich der gebündelten Zusammenschaltung sowohl bei PSTN als auch bei IP verfügt die Betroffene über ein bundesweites Mietleitungsnetz und bietet im gesamten Bundesgebiet Mietleitungen an. Dem Angebot von Mietleitungen ist es immanent, dass gegebenenfalls eine Kapazitätserweiterung im Bereich der Beschaltungstechnik oder zur Anbindung des Standortes des Kunden die Verlegung eines Kabels erforderlich sein kann. Neben diesen Ausbaupflichten ist nicht ersichtlich, warum die Beibehaltung der Pflicht zu Kapazitätsengpässen bei der Betroffenen führen sollte. Umgekehrt würde die Betroffene durch einen Verweis auf die Eigenrealisierung wegen der dann sofort erforderlichen zusätzlichen Kollokationsflächen vor ein unlösbares Bereitstellungsproblem gestellt.

#### - Anfangsinvestitionen des Eigentümers

Gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG sind die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken zu berücksichtigen. Unter Anfangsinvestitionen des Eigentümers, die das Gesetz im Hinblick auf die in Art. 14 GG ebenso wie im Gemeinschaftsrecht verankerte Eigentumsgarantie besonders hervorhebt, sind Investitionen zu verstehen, die mit dem erstmaligen Markteintritt verbunden sind. Solche Investitionen sind im Gegensatz zu Ersatz- oder Erneuerungsaufwendungen mit einem erhöhten Risiko behaftet, welches nach der Wertung des Gesetzes den Eigentümerbelangen besonderes Gewicht verleiht. Die Berücksichtigung der Anfangsinvestitionen und der mit ihnen verbundenen Risiken soll namentlich ermöglichen, dass auch ein zugangsverpflichtetes Unternehmen in den Genuss des mit einer Produktinnovation einhergehenden sog. Vorreitervorteils kommen kann. Hinsichtlich des Gewichts dieses Abwägungskriteriums ist zu differenzieren anhand der verschiedenartigen Be-

dingungen, unter denen die Infrastrukturinvestitionen getätigt wurden, wobei auch die Gefahr einer etwaigen Marktmachtübertragung Bedeutung erlangen kann,

so BVerwG, Urteil 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 22, unter Verweis auf Thomaschki/Neumann, Berliner Kommentar, 2. Auflage 2009, § 21 Rz. 83ff.

Mit der vorliegend beibehaltenen bzw. auferlegten Verpflichtung zur Gewährung von Zusammenschaltung wird Zugang zu einer Infrastruktur gewährt, die überwiegend in Monopolzeiten errichtet worden ist, sofern es sich um das PSTN der Betroffenen handelt. Dagegen wird das NGN der Betroffenen, zu dem über IP-Zusammenschaltungen Zugang gewährt wird, im Wettbewerb aufgebaut. Jedenfalls mit Blick auf die letztgenannten Infrastrukturen dürften Anfangsinvestitionen der Betroffenen vorliegen, die nach § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG i.V.m. Art. 14 GG grundsätzlich besonders schutzwürdig sind.

Gleichwohl gebietet auch diese Schutzwürdigkeit nicht, den Zugang zum NGN von der Zugangsverpflichtung auszunehmen.

In diesem Zusammenhang ist einmal zu berücksichtigen, dass das neue NGN nicht dazu dient, eine erstmalige Versorgung der Endkunden mit den von den regulierten Märkten erfassten Telekommunikationsdienstleistungen sicherzustellen. Vielmehr soll dieses Netz die bestehende PSTN-Infrastruktur ersetzen. Nur mit der auferlegten Zugangsverpflichtung erhält der Wettbewerber die Möglichkeit, nach erfolgter Migration die bisher von der Betroffenen bezogenen Vorleistungen weiterhin nutzen und seinen Kunden die zugehörigen Telekommunikationsleistungen anbieten zu können. Er muss auf den Netzbau der Betroffenen mit entsprechenden Anpassungen seiner eigenen Netztopologie reagieren können. Dies setzt auch voraus, dass ihm der Zugang zum NGN der Betroffenen auch tatsächlich frühzeitig offen steht, um mit dem zeit- und kapitalintensiven Umbau des eigenen Netze bereits beginnen zu können, bevor das PSTN der Betroffenen endgültig abgeschaltet wird. Denn ansonsten käme es zu einem erheblichen und vermeidbaren Rückstand hinter dem technischen Entwicklungsstand des Netzes der Betroffenen, der die zukünftige Position der Wettbewerber im Markt erheblich gefährden kann.

Ferner ist eine Migration der Wettbewerber von der PSTN- zur IP-Zusammenschaltung für die Betroffene auch von Vorteil, weil sie dann schneller den aufwendigen Parallelbetrieb des alten PSTN und des NGN aufgeben kann. Die Betroffene könnte dadurch Betriebskosten einsparen und müsste auch keine Investitionen zur Erhaltung des alten PSTN mehr tätigen.

Die Verpflichtung nach § 21 TKG ist nicht auf die zum Zeitpunkt ihrer Auferlegung bzw. konstitutiven Beibehaltung bereits bestehenden Infrastrukturen beschränkt, sondern kann auch erst noch aufzubauende Infrastrukturen erfassen. Ein abweichendes Verständnis lässt sich weder aus dem Wortlaut des § 21 TKG noch aus dessen Zusammenspiel mit § 19 TKG und § 22 TKG, aus der Möglichkeit einer späteren Ausweitung der Regulierungsverfügung oder aus der Änderung von Rahmenrichtlinie und Zugangsrichtlinie herleiten.

Dem Wortlaut des § 21 TKG ist keine Beschränkung der Zugangsgewährungspflicht auf diejenigen Infrastrukturen zu entnehmen, die bereits zum Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverfügung bestehen. Sowohl der Verweis auf „bestimmte“ Netzkomponenten und –einrichtungen in Abs. 2 Nr. 1 als auch derjenige auf bestimmte vom Betreiber „angebotene“ Dienste in Abs. 2 Nr. 3 kann sich ohne weiteres auf erst künftig vorhandene „bestimmte“ Einrichtungen und „bestimmte angebotene“ Dienste beziehen. Im Übrigen ist aber auch unstrittig, dass die Betroffene bereits über ein NGN verfügt, an das sie eigene Endkunden angeschlossen hat, es also auch insofern nicht um den Zugang zu einem künftigen sondern zu einem bestehenden (aber stark wachsenden) Netz geht.

#### - Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Im Rahmen der nach § 21 Abs. 1 TKG erforderlichen Abwägung ist ferner die Notwendigkeit der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG) zu beachten.

Die Verpflichtung zur Zusammenschaltung ist essentiell zur Sicherung eines langfristigen Wettbewerbs und eines effizienten Infrastrukturaufbaus, s.o.. Sie ist die Grundvoraussetzung dafür, dass Wettbewerber den Teilnehmern im Netz der Betroffenen Anrufe zustellen und aus dem



Netz der Betroffenen Anrufe zugeführt bekommen können. Die Zusammenschaltung ist deshalb unabdingbar für jede Form des dienste- und infrastruktur-basierten Wettbewerbs.

- Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum

Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum (vgl. § 21 Abs. 1 Nr. 5 TKG) werden durch die Zugangsverpflichtung nicht berührt.

- Europaweite Dienste

Die Beibehaltung der Verpflichtung, Zugang durch Zusammenschaltung zu gewähren, ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TKG).

- Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote

Im Rahmen der Abwägung ist schließlich auch zu berücksichtigen, ob bereits auferlegte Verpflichtungen oder freiwillige Angebote, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der Regulierungsziele ausreichen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG).

Die in § 16 TKG normierte Pflicht, anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf Verlangen ein Angebot auf Zusammenschaltung zu unterbreiten, bietet nur Gewähr für die Aufnahme von Zusammenschaltungsverhandlungen. Auf die Ausgestaltung der Verhandlungsführung und den Inhalt des vorzulegenden Angebotes hat die gesetzliche Verpflichtung nach § 16 TKG aber keinen Einfluss. Ohne den Druck, dass die streitig verbliebenen Bedingungen im Falle des Scheiterns auf privatrechtlicher Ebene schließlich von Seiten der Behörde rechtsverbindlich festgelegt werden können, könnte die Betroffene ihre unangreifbare Stellung auf dem Vorleistungsmarkt dazu ausnutzen, die Zusammenschaltung zu verhindern. Um die Zusammenschaltung von Netzen unabhängig von Behinderungsstrategien, die durch das festgestellte Marktversagen ermöglicht werden können, zu gewährleisten, bedarf es daher einer Grundlage, im Falle des Scheiterns privatautonomer Verhandlungen die Zusammenschaltung in einem absehbarem Zeitraum umfassend, d.h. insbesondere auch deren technische, betriebliche und ökonomische Bedingungen, im Anordnungswege nach § 25 TKG festlegen zu lassen.

Zur Gewährleistung der netzübergreifenden Erreichbarkeit und damit des Schutzes der Interessen der Endnutzer sowie zur Sicherung bzw. Förderung des Wettbewerbs reicht zudem in Bezug auf die Betroffene die Entgeltkontrolle allein nicht aus. Ihr stehen neben dem Preis noch eine Reihe anderer Instrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb um die an ihrem Netz angeschlossenen Endkunden zu ihren Gunsten zu beeinflussen (Verzögerung bei der Verhandlungsführung; der Bearbeitungsdauer von Zugangsanträgen oder der Zugangsgewährung; Leistung verminderter Qualität; ungerechtfertigte Bündelung z.B. mit dem Transit in andere Netze etc.). Allein die Möglichkeit eines Anordnungsverfahrens nach § 25 TKG, welches auf Tatbestandsseite die vorherige Auferlegung einer Zugangsverpflichtung erfordert, bietet Gewähr für die Realisierung einer Zusammenschaltung innerhalb eines bestimmten, für den Wettbewerber überschaubaren Zeitrahmens.

Im Rahmen des § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG hat die Behörde ferner zu prüfen, ob ein freiwilliges Angebot für die Erreichung der Regulierungsziele ausreichend ist. Selbst wenn insoweit ein „freiwilliges Angebot“ im Sinne des § 21 Abs. 2 S. 2 Nr. 7 TKG vorliegen würde, würde dies jedoch nicht dazu führen, dass eine abstrakte Zugangsverpflichtung durch die Behörde nicht mehr auferlegt werden könnte,

vgl. hierzu auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 47f.), 6 C 15.07 (Rz. 50f.), 6 C 16.07 (Rz. 44f.) und 6 C 17.07 (Rz. 47f.).

Es ist schon zweifelhaft, ob überhaupt ein freiwilliges Angebot der Betroffenen besteht. Zwar war der gebündelte Zugang schon in den ersten Zusammenschaltungsverträgen enthalten, doch kamen die Verträge nur vor dem Hintergrund der gesetzlichen Verpflichtung aus § 35 Abs. 1 S. 3 TKG<sup>1996</sup> sowie später der Regulierungsverfügung BK4c-05-002/R zustande. Die Betroffene hat sich einer effizienten Bereitstellung der gebündelten Varianten verwehrt, vgl. Beschluss BK 4c-01-016/Z23.05.01 vom 01.08.2001.



Das bisherige Verhalten der Betroffenen bei der Ausgestaltung des Wechsels auf NGN und IP-Zusammenschaltungen führt hier nicht zu anderen Erwägungen. Die Möglichkeit hoheitlichen Eingreifens ist gerade in der Übergangszeit zu einem neuen Zusammenschaltungsregime erforderlich, weil hier – wie schon die Umstellung auf das EBC-Regime vor gut 10 Jahren gezeigt hat – neue Streitigkeiten über die konkrete rechtliche Ausgestaltung und technische Zusammenschaltungsbedingungen auftreten können und angesichts der Vielzahl der auf die neue Technologie wechselnden ICP gesichert werden muss, dass der Wechsel diskriminierungsfrei und zu angemessenen Bedingungen erfolgen wird. Hier ist insbesondere zu beachten, dass es zwar nach Überzeugung der Beschlusskammer einen konstruktiven Dialog zwischen der Betroffenen und den Wettbewerbern über die Zusammenschaltungsbedingungen gibt. Angesichts der starken Marktposition der Betroffenen auf den nachgelagerten Endkundenmärkten gibt es aber auch starke Anreize für die Betroffenen, die Zusammenschaltung zu verweigern oder zu behindern, um so Wettbewerber in ihrer Entwicklung zu behindern. Dies wirkt um so schwerer, weil einerseits die Zusammenschaltungsbedingungen noch nicht etabliert sind und die Betroffene selber vorträgt, dass die Kapazität der IP-Zusammenschaltung begrenzt sei.

Dem Abwägungskriterium des freiwilligen Angebotes kann in Konstellationen wie der vorliegenden jedoch ohnehin kein entscheidendes Gewicht zukommen. Die Marktteilnehmer sind auf die Nutzung eines nicht zu duplizierenden Vorleistungsproduktes angewiesen, um überhaupt auf dem Markt auftreten zu können. Ferner besteht ein überragendes Interesse der Endnutzer an der Erreichbarkeit aller anderen Nutzer – wie es durch §§ 18, 25 Abs. 3 TKG zum Ausdruck kommt. In diesen Fällen genügt auch ein freiwilliges Angebot nicht, wenn auch nur die abstrakte Gefahr besteht, dass das freiwillige Angebot zurückgenommen bzw. mit überhöhten Konditionen verknüpft wird. So würde es der Betroffenen grundsätzlich frei stehen, ihr Angebot bei Bedarf vom Markt zurückzuziehen bzw. ein in seinen Bedingungen unzureichendes Angebot zu entwerfen und somit ein Scheitern der Zusammenschaltung zu provozieren. Ein Fehlschlagen der Zusammenschaltung widerspricht gerade den Interessen der Nutzer an der Sicherstellung bzw. Förderung netzübergreifender Kommunikation. Ein Verzicht auf eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung würde daher den Nutzerinteressen und der Dynamik des Marktes schaden.

Die konkrete Belastung für die Betroffene ist begrenzt. Im Falle des Scheiterns der Verhandlungen ist sie dem Risiko ausgesetzt, dass seitens der Bundesnetzagentur eine Zusammenschaltung zu Konditionen angeordnet wird, zu deren Gewährung die Betroffene in den entsprechenden Verhandlungen nicht bereit gewesen war. Dieses Risiko hat sie aber in Anbetracht der festgestellten erheblichen und im Falle der Terminierung unangreifbaren Marktmacht der Betroffenen sowie ihrer Stellung als Teilnehmernetzbetreiberin und der damit einhergehenden Kontrolle über den Zugang zu den angeschlossenen Endkunden zu tragen.

Weiterhin zu berücksichtigen bleibt, dass die Auferlegung der Verpflichtung im Ergebnis nur die bereits nach § 37 TKG<sup>1996</sup> bestehende, gegenüber allen Netzbetreibern, d.h. auch gegenüber den nicht marktbeherrschenden Betreibern, gesetzesunmittelbar wirkende Verpflichtung zur Zusammenschaltung - beschränkt auf die tenorierten Leistungen – und die übergangslos daran anknüpfende Regulierungsverfügung vom 05.10.2005 fortführt. Der Pflichtenkreis der Betroffenen wird daher im Ergebnis gegenüber der bisherigen Rechtslage nicht erweitert.

### **3.2 Erbringung von Verbindungsleistungen**

Die Verbindungsleistungen, zu deren Erbringung die Betroffene in Ziffer 1.2 des Tenors verpflichtet ist, gehen in ihrem Umfang über die von der vorangegangenen Regulierungsverfügung BK3d-08-023 auferlegten Leistungen nur insofern hinaus, als sie auch über IP-Zusammenschaltungen übergebene Verbindungsleistungen umfasst, die im Falle einer vereinbarten technologiekonformen Übergabe auch technologiekonform übergeben werden.

Nicht mehr erfasst sind im Falle der vereinbarten technologiekonformen Übergabe solche Verbindungsleistungen, die über PSTN übergeben werden, aber nach der Vereinbarung über IP-Zusammenschaltungen technologiekonform über IP-Zusammenschaltungen zu übergeben wären. Der umgekehrte Fall, dass eine über PSTN zu übergebende Verbindung über IP übergeben wird, unterfällt ebenfalls nicht der Regulierung, war aber von der letzten Regulierungsverfügung nicht umfasst, weil sie sich auf über PSTN übergebene Verbindungsleistungen beschränkte. Nur für den ersten Fall ist darum ein Widerruf auszusprechen.

### 3.2.1 Zuführung für die Betreiber(vor)auswahl nebst Transit

Die Verpflichtung der Betroffenen, ihren Zusammenschaltungspartnern Zugang durch die Zuführung aus ihrem Telefonnetz für die Betreiber(vor)auswahl und zugehörigen netzinternen Transit zu gewähren, ist beizubehalten und auf über IP-Zusammenschaltungen übergebene Verbindungen auszudehnen. Die Betroffene ist durch die Regulierungsverfügung BK2-09-002/R vom 25.01.2010 zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl verpflichtet. Wegen dieser Verpflichtung ist die entsprechende Zusammenschaltungspflicht der Betroffenen beizubehalten, weil sie bezüglich der Zuführungsleistung sowohl über PSTN- wie IP-Zusammenschaltungen weiterhin über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl könnte deshalb ohne die gleichzeitige Zusammenschaltungspflicht durch die Betroffene ausgehöhlt und faktisch verhindert werden. Nach dem Entwurf der Festlegung der Präsidentenkammer (Ziffer H. II. 5. lit p)) umfasst die Zuführung in diesem Markt sowohl die Zuführung auf der untersten als auch auf höheren Netzebenen einschließlich einer ggf. erforderlichen Wandlung.

Zu ändern ist der Umfang der Transitverpflichtung. Die bisherige Beschränkung der Verpflichtung zur Erbringung von Transitleistungen für die Betreibervorauswahl für Ortsgespräche auf das Ausfall- und Überlaufrouting ist nicht beizubehalten.

#### 3.2.1.1 Interessen von Endnutzern und Wettbewerbern

Die beibehaltene bzw. auferlegte Verpflichtung ist erforderlich, um die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren.

Nach der Definition in § 3 Nr. 12 TKG ist ein Markt dann nachhaltig wettbewerbsorientiert, wenn der Wettbewerb dort so abgesichert ist, dass er auch nach Rückführung der sektorspezifischen Regulierung fortdauert.

Nachhaltiger Wettbewerb auf den Märkten für Verbindungsleistungen setzt wegen des übertragenden Marktanteils der Betroffenen bei der Bereitstellung von Anschlüssen an das öffentliche Festtelefonnetz gerade die Zuführung für die Betreiber(vor)auswahl durch die Betroffene voraus. Als Alternative für einen Wettbewerb auf den Endkundenmärkten für In- und Auslandsverbindungen stehen dem Wettbewerber nur die Eigenrealisierung des Anschlusses oder (theoretisch) ein Resale von Verbindungsleistungen der Betroffenen zur Verfügung. Die Eigenrealisierung ist auch weiterhin kurzfristig nicht möglich und wäre mit erheblichen Investitionen verbunden. Solange aber die Betroffene auch auf den Endkundenmärkten für den Zugang zum Teilnehmeranschluss marktmächtig ist, würde der Verweis auf die Eigenrealisierung durch die Wettbewerber die Marktmacht der Betroffenen auf den Endkundenmärkten für Inlandsverbindungen stärken bzw. den entstandenen Wettbewerb auf dem Markt für Auslandsverbindungen wieder rückgängig machen.

Im Gegensatz zu den die Terminierungsleistungen der Betroffenen und die Zuführung zu Diensten betreffenden Verpflichtungen ist bei der Zuführung zur Betreibervorauswahl auch die Verpflichtung zu Zuführungsleistungen auf höheren Netzebenen, sog. „netzinternen Transitdiensten“ ggf. einschließlich einer Technologiewandlung, über die unterste Ebene der Zusammenschaltung hinaus beizubehalten. Die Verpflichtung zum netzinternen Transit ergänzend zur Zuführung für die Betreiber(vor)auswahl dient der Förderung des Wettbewerbs auf den Märkten für Verbindungsleistungen. Der netzinterne Transit ist bei der Zuführung über PSTN-Zusammenschaltungen erforderlich, damit auch Anbieter mit einem kleineren Netz Verbindungsdienste anbieten können, denn wegen der fehlenden Möglichkeit des CIC-Hostings können Transitleistungen nicht von Dritten eingekauft werden. Dies betrifft vornehmlich Nischenanbieter, die sich z.B. im Bereich der Auslandsverbindungen auf ein spezielles Kundensegment konzentrieren.

Wegen der sinkenden Verkehrsmenge wird inzwischen auch für größere Netzbetreiber die Zusammenschaltung an allen 474 LEZB zunehmend unwirtschaftlich. Denn bedingt durch die Breitbandsubstitution für die Zuführung zu Onlinediensten, die Verlagerung von Festnetzverbin-

derung in die Mobilfunknetze und den steigenden Wettbewerbermarktanteil bei den Endkundenanschlüssen sowie der Verbreitung von Pauschaltarifen oder Minutenpakete für Sprachverbindungen ist der Zusammenschaltungsverkehr sehr stark zurückgegangen,

vgl. Vortrag der Betroffenen in ihrem Antrag auf Genehmigung der Zusammenschaltungsentgelte (Verfahren BK 3c-11/008) vom 21.04.2011. Zur Entwicklung des Verbindungsmarktes siehe Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2010/2011, S. 42ff und insbesondere zum Rückgang der Verbindungen über die Betreibervorauswahl und – auswahl S. 45.

Nach Prognose der Beschlusskammer wird der Zusammenschaltungsverkehr wahrscheinlich weiter sinken, jedenfalls nicht ansteigen.

Weiter ist der netzinterne Transit erforderlich, damit keine übermäßigen Hürden beim Markteintritt bestehen. Denn ohne Transitleistungen der Betroffenen könnte nur derjenige (bundesweit) Dienste über die Betreibervorauswahl anbieten, der an allen 474 LEZB sowie an zwei IP-Standorten zusammengeschaltet ist. Anders als bei anderen Zuführungsleistungen ist neben der Zuführungs- und Transitleistung auch die Wandlung Teil der regulierten Leistung, so dass bei Vereinbarung einer technologiekonformen Übergabe auch nicht technologiekonform übergebene Verbindungen von der Zugangsverpflichtung erfasst werden.

### 3.2.1.2 Verhältnismäßigkeit

Die beibehaltene bzw. auferlegte Verpflichtung steht auch in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 TKG.

Die Beibehaltung bzw. Auferlegung der Pflicht dient der Wahrung der Nutzerinteressen, § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG, weil die Verpflichtung die Nutzung der Betreiber(vor)auswahl durch die Teilnehmer der Betroffenen und damit die Nutzung von Diensten ihrer Wahl ermöglicht.

#### - Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung

Zum Abwägungskriterium der wirtschaftlichen und technischen Tragfähigkeit der Nutzung alternativer Einrichtungen s. o. Nach diesen Kriterien ist die Verpflichtung weiterhin angemessen.

Wie bereits oben erwähnt, sind die Wettbewerber nicht in der Lage, aus eigenen Mitteln die von der Rechtsvorgängerin der Betroffenen über Jahre hinweg aufgebaute flächendeckende Anschlussinfrastruktur in kurzer Zeit nachzubauen bzw. zu ersetzen, um sich auf diese Weise eigene Zugänge zu Endkunden zu verschaffen, was aber Voraussetzung für den Wettbewerber auf den Endkundenmärkten für In- und Auslandsverbindungen ist. Zudem würde damit die Förderung eines nachhaltigen Wettbewerbs auf der Endkundenseite in zeitlicher Hinsicht behindert. Der Vergleich der Marktanteile der Betroffenen auf dem Endkundenmarkt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten zeigt, dass die Verweigerung der Zuführungsleistung die Entwicklung des Wettbewerbs erheblich verzögern würde,

siehe Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich des „Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, Markt Nr. 1 der Empfehlung vom 17. Dezember 2007“ veröffentlicht am 10.02.2010 im Amtsblatt Nr. 3/2010, Mitteilungs-Nr. 74/2010.

Gerade unter Berücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung alternativer Infrastrukturen ist die Pflicht der Betroffenen zur Erbringung von netzinternen Transitleistungen weiterhin geboten. Denn nur durch diesen Transit wird den Wettbewerbern ein sukzessiver Infrastrukturausbau ermöglicht. Die Überlegungen, die es gestattet haben, den Umfang der durch die Betroffene zu erbringenden netzinternen Transitleistungen in Verbindung mit der Terminierung oder der Zuführung zu Diensten zu reduzieren, gelten hier nämlich nicht. Bei diesen beiden Verbindungsleistungen ist es einem Anbieter möglich, die benötigten Transitleistungen ab dem MEZB (Zuführung zu Diensten mit erforderlicher IN-Abfrage) oder bis zum LEZB (Terminierung und Zuführung zu Diensten ohne IN-Abfrage) bei dritten Transitnetzbetreibern einzukaufen und so seinen eigenen Investitionsaufwand zu begrenzen. Denn wie in der Marktanalyse ausgeführt, kann wegen der fehlenden Möglichkeit des CIC-Hostings (vgl. Ziffer 2) die Transitleistung der Betroffenen nicht durch Dritte ersetzt werden.

Die Eigenrealisierung bietet aus ökonomischen Gründen keine Alternative zur Pflicht der Betroffenen zu netzinternen Transitleistungen. Ausweislich der Marktanalyse liegt der Grund dafür, die Transitmärkte aus der Regulierung zu entlassen, nicht in der Möglichkeit einer Erschließung aller 474 LEZB der Betroffenen durch eine eigene Zusammenschaltung, sondern in der Möglichkeit, Transitleistungen von dritten Anbietern zuzukaufen. Dies ist aber im Falle der Betreiber(vor)auswahl aus technischen Gründen nicht möglich. Der Verweis auf die Eigenrealisierung würde daher Nischenanbieter ausschließen oder eine starke Markteintrittshürde bilden.

Die seit der letzten Regulierungsverfügung gesammelten Erfahrungen haben gezeigt, dass die Betreiber(vor)auswahl auch nicht den Wettbewerb auf Basis weitgehender eigener Infrastruktur unwirtschaftlich werden lässt. Die Einführung der Betreiber(vor)auswahl im Ortsnetz hat nicht dazu geführt, dass die Anzahl der alternativen Teilnehmeranschlüsse rückläufig ist, vielmehr wächst die Zahl weiterhin;

siehe Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur Telekommunikation 2010/2011, S. 22 .

Auch konnte keine Minderung der Qualität des Dienstangebotes festgestellt werden.

#### - Verfügbare Kapazität

Zum Abwägungskriterium der verfügbaren Kapazität s. o. Die Betroffene wird verpflichtet, ab ihrer untersten Zusammenschaltungsebene Verbindungen zuzuführen. Angesichts des stark rückläufigen Zuführungsverkehrs,

siehe Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2010/2011, S. 45 und Verkehrsprognose der Betroffene im Verfahren BK 3c-11/008 Bl. 64 ,

und des noch nicht terminierten Rückbaus des PSTN durch die Betroffene ist nicht damit zu rechnen, dass es durch die Beibehaltung zum Erfordernis eines Kapazitätsausbaus kommt.

Anders als in den vorherigen Regulierungsverfügungen begründet die verfügbare Kapazität auch keine Einschränkung mehr des netzinternen Transits im Zusammenhang mit der Zuführung für die Betreiber(vor)auswahl für Ortsnetzverbindungen. Nach Prognose der Beschlusskammer wird der Wegfall der Einschränkung das Angebot von Ortsnetzverbindungen über die Betreiber(vor)auswahl vereinfachen. Doch wird dieser vereinfachte Marktzutritt nicht dazu führen, dass die Betreiber(vor)auswahl spürbar an Bedeutung gewinnt. Denn die erhöhte Zahl an Wettbewerbern wird an der sich vermindernenden Anzahl über die Betreiber(vor)auswahl physikalisch (Wechsel des Anschluss zu einem Wettbewerber) oder ökonomisch erreichbarer Endkundenanschlüsse (Kunden der Betroffenen mit einem Pauschaltarif oder einem Minutenpaket) nicht steigern. Die durch die Ausweitung der Transitverpflichtung zu erwartende Verlagerung von Zuführungsverkehr zum Transitverkehr wird angesichts des stetig rückgängigen Verkehrs über die Betreiber(vor)auswahl,

siehe Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2010/2011, S. 45,

auch nicht zu Kapazitätsengpässen führen.

Auch die Betroffene hat sich in ihrer Stellungnahme nicht auf eine Gefährdung der Netzintegrität berufen. Vielmehr hat die Betroffene sogar ein eigenes Interesse an einer Rückführung der Zusammenschaltung auf der aktuell untersten Zusammenschaltungsebene hervorgehoben. Dies wird der Betroffenen nach Einschätzung der Beschlusskammer durch die erweiterte Transitverpflichtung einfach möglich sein, weil diese Transitverpflichtung den Anbietern der Betreiber(vor)auswahl für Ortsnetzverbindungen einen Rückbau der Zusammenschaltung ermöglicht.

Hinsichtlich der IP-Zusammenschaltung rechnet die Beschlusskammer dagegen mit einem erforderlichen Kapazitätsausbau im NGN. Dieser ist aber die Folge der Migration vom PSTN zum NGN. Insofern muss zum Wachstum der im NGN angeschlossenen Endkunden auch das NGN wachsen, um den von diesen Endkunden nachgefragten Verkehr abwickeln zu können. Dabei wird der erforderliche Kapazitätsausbau aber nicht wesentlich von der Zuführungspflicht abhängen, sondern von der Anzahl der Endkunden. Denn die Zuführung zur Betreiber(vor)auswahl wird nur in einem geringen Umfang zu einer erhöhten Verkehrsnachfrage gegenüber einer (hypothetischen) Migration ohne eine Betreiber(vor)auswahl führen, weil die Zugangsverpflichtung einen Wettbewerb um die Nachfrage der Anschlusskunden ermöglicht und diese Nachfrage

nur bedingt von dem Angebot der Wettbewerber abhängig ist. Ohne Verpflichtung zu einem nachfragegerechten Netzausbau würde die Verpflichtung also faktisch leerlaufen, so dass die geringe Belastung – im Rahmen des sowieso anstehenden Netzausbaus die Nachfrage nach Zuführungsleistungen zu berücksichtigen - angemessen ist. Schließlich kann die Betroffene für die Zugangsgewährung eine Vergütung verlangen, die den regulierungsrechtlichen Vorgaben entspricht.

- Anfangsinvestitionen des Eigentümers

Zur Berücksichtigung der Anfangsinvestitionen des Eigentümers s. o. Aus den bereits oben zur Zusammenschaltung angeführten Gründen können die Investitionen für den Bau des Telefonnetzes gegen die Auferlegung der Verpflichtung, Zuführungsleistungen zu gewähren, nicht angeführt werden. Die Errichtung des PSTN zu Monopolzeiten, der das PSTN ersetzende Charakter des IP-basierten NGN, die mit der neuen Zusammenschaltungstechnologie für die Betroffene selbst verbundenen Vorteile und die Entgeltlichkeit der Leistungserbringung lassen keinen Anlass erkennen, die Verpflichtung aus Gründen des Investitionsschutzes zu unterlassen.

Zudem handelt es sich bei der betreffenden Zuführungsleistung nicht um eine Leistung, die mit einem besonders erhöhten Investitionsrisiko verbunden wäre, bei welchem es, wie schon zur Zusammenschaltung dargelegt, unter Umständen gerechtfertigt sein könnte, dass für die Anfangszeit - trotz marktmächtiger Stellung - die Verweigerung des Zuganges zulässig sein kann.

Die auferlegte Pflicht betrifft ein Vorleistungsprodukt für Telefondienste, d.h. eine Leistung, für die kein besonders gesteigerter Investitionsschutz wie etwa für innovative Dienste geltend gemacht werden kann. Soweit die Betroffene im ausgeführten Umfang Investitionen tätigen muss, werden die damit verbunden Investitionsrisiken durch die Entgelte angemessen gedeckt.

- Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Die Beibehaltung bzw. Auferlegung der Verpflichtung, Zugang durch Zuführung nebst netzinternem Transit und ggf. Wandlung für die Betreiber(vor)auswahl zu gewähren, dient der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs nach § 21 Abs. 1 TKG. Sie ermöglicht Wettbewerbern einen relativ schnellen und einfachen Zugang zu den Endkunden und hatte wesentlichen Anteil daran, dass die Endkundenmärkte für Verbindungen aus der Regulierung entlassen werden konnten,

Regulierungsverfügung BK 2a-09/001 vom 22.04.2009.

Die Betreiber(vor)auswahl erschwert auch die Marktmachtübertragung vom Anschluss zu den Verbindungsleistungen und stützt damit das Entstehen eines nachhaltigen Wettbewerbs.

Angesichts des anhalten Wachstums der Wettbewerberanschlüsse und der Reduzierung des über die Betreiber(vor)auswahl abgewickelten Verkehrs bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Betreiber(vor)auswahl das Entstehen eines weitergehenden infrastrukturbasierten Wettbewerbs gefährdet. Weil wie ausgeführt nach Einschätzung der Beschlusskammer der Transit nicht zu einer Steigerung des Verkehrs über die Betreiber(vor)auswahl führen wird, kann auch hier durch keine Gefährdung des Infrastrukturwettbewerbs erwachsen.

- Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum

Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum (vgl. § 21 Abs. 1 Nr. 5 TKG) werden durch die Zugangsverpflichtung nicht berührt.

- Europaweite Dienste

Die Verpflichtung, Zugang durch Zuführungsleistungen nebst netzinternem Transit zu gewähren, ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TKG).

- Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote

Freiwillige Angebote der Betroffenen sind hier schon deshalb kein Ersatz für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung, weil diese Verpflichtung die Folge der Verpflichtung der Betroffenen durch Regulierungsverfügung BK2-09-002/R vom 25.01.2010 zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl ist. Die Betreiber(vor)auswahl setzt die Zusammenschaltung voraus, und so-

lange die Betroffene insofern auch über beträchtliche Marktmacht verfügt, könnte sie ohne eine entsprechende Zusammenschaltungspflicht die Betreiber(vor)auswahl durch den Missbrauch ihrer Marktmacht entwerfen oder gänzlich verhindern.

Die Anbieter von Betreiber(vor)auswahl sind auf die Nutzung eines nicht zu duplizierenden Vorleistungsproduktes angewiesen, um ihre Leistung effektiv anbieten zu können. In diesen Fällen genügt auch ein freiwilliges Angebot nicht, wenn auch nur die abstrakte Gefahr besteht, dass das freiwillige Angebot zurückgenommen bzw. mit überhöhten Konditionen verknüpft wird. So würde es der Betroffenen grundsätzlich frei stehen, ihr Angebot bei Bedarf vom Markt zurückzuziehen bzw. ein in seinen Bedingungen unzureichendes Angebot zu entwerfen. So könnte sie die Verpflichtung unterlaufen, ihren Endkunden die Betreiber(vor)auswahl zu ermöglichen. Dies widerspräche den Interessen der Anbieter und besonders der Nutzer an der Ermöglichung des Angebotes der Betreiber(vor)auswahl. Ein Verzicht auf eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung würde daher den Nutzerinteressen und der Wettbewerbsentwicklung schaden. Schließlich besteht wegen der Umstellung auf IP-Zusammenschaltungen die Gefahr, dass es wegen der Änderungen von Technik und Prozessen zu Unstimmigkeiten zwischen den Vertragsparteien kommen kann, die ohne eine Zugangsverpflichtung nicht mehr über das Anordnungsverfahren nach § 25 TKG zügig gelöst werden könnten.

### 3.2.2 Zuführung zu Diensten

Für PSTN-Zusammenschaltungen ist die Verpflichtung der Betroffenen beizubehalten bzw. für IP-Zusammenschaltungen aufzuerlegen, ihren Zusammenschaltungspartnern Zugang durch die Zuführung von Verbindungen aus ihrem Telefonnetz und in den Fällen, in denen die Erbringung des jeweiligen Dienstes eine IN-Abfrage erfordert, auch aus den Telefonnetzen Dritter zu Diensten zu gewähren. Für den Umfang der Verpflichtung ist danach zu differenzieren, ob der Dienst im Basisnetz weitervermittelt werden kann oder ob es hierzu einer IN-Abfrage bedarf, die nur an den Standorten der Vermittlungsstellen der Mehrwertdiensteinzugsbereiche (MEZB) erfolgen kann. Im ersten Fall beschränkt sich die Pflicht zur Zuführung auf die Zuführung von Verbindungen aus dem eigenen Netz und deren Übergabe an der Vermittlungsstelle des LEZB. Im zweiten Falle umfasst die Verpflichtung die Zuführung bis zum MEZB von Verbindungen aus dem eigenen Netz und aus den Telefonnetzen Dritter. Die Zuführung aus Netzen Dritter beinhaltet die Zuführung vom Übergabepunkt mit dem Drittnetzbetreiber, die Durchführung der IN-Abfrage und die Übergabe an den Nachfrager der Zugangsleistung. Wie in der anliegenden Marktanalyse ausgeführt, ergibt sich dieser Zuschnitt der Verpflichtung zur Gewährung von Zuführung aus der Tatsache, dass die unterste mögliche Ebene für die Zusammenschaltung für Verbindungen zu Diensten, die zwingend auf die Durchführung der nur bei der Betroffenen möglichen IN-Abfrage angewiesen sind, bei den Vermittlungsstellen der MEZB anzusetzen ist, die alleine über diese Funktionalität verfügen.

Nicht Gegenstand dieser Regulierungsverfügung sind Verpflichtungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG. Die Fragen der einheitlichen Rechnungsstellung oder des sog. Online-Billing sind nicht Teil der Zusammenschaltung, vgl. Beschluss BK 4c-99-037/Z04.08.99 vom 14.10.1999 und BK 4c-03-128/Z02.12.03 vom 30.01.2004. Die Auferlegung von solchen Zugangsverpflichtungen kann Gegenstand einer gesonderten Regulierungsverfügung sein.

Wegen der von der Betroffenen angebotenen technologiekonformen Übergabe beschränkt sich die Verpflichtung zur Zuführung von Verbindungen über IP-Zusammenschaltungen auf Verbindungen von Nummern, die im IP-Netz der Betroffenen geschaltet sind. Verbindungen, die von im PSTN der Betroffenen geschalteten Nummern herrühren, werden nur dann auf der niedrigsten Zusammenschaltungsebene übergeben, wenn sie über PSTN-Zusammenschaltungen geführt werden. Werden sie über IP-Zusammenschaltungen geführt und wird eine Wandlung über ein Media Gateway erforderlich, werden sie nicht mehr über die niedrigste Zusammenschaltungsebene geführt und unterfallen nicht der Regulierung.

### 3.2.2.1 Interessen von Endnutzern und Wettbewerbern

Die Verpflichtung ist erforderlich, um die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkunden- und Vorleistungsmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren.

Ein nachhaltiger Wettbewerb auf den Märkten für Verbindungsleistungen setzt wegen des weiterhin überragenden Marktanteils der Betroffenen bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Festtelefonnetz gerade die Zuführung durch die Betroffene voraus.

Die betroffenen Endkundenmärkte umfassen z.B. das Hosting von Ansage- oder Internetdiensten und die betroffenen Vorleistungsmärkte Leistungen an reine Diensteanbieter, die über keine Infrastruktur verfügen. Soweit dieser Zugang behindert oder eingeschränkt wird, ist der Wettbewerb auf diesen Märkten weiterhin gefährdet. Zwar ist grundsätzlich auch ein Angebot möglich, das sich nur auf eine begrenzte Teilnehmergruppe bezieht, wie das z.B. die von regionalen Teilnehmernetzbetreibern angebotenen Internetdienste zeigen, die sich überwiegend an die eigenen Teilnehmer richten. Doch hat die Marktanalyse gezeigt, dass für die große Mehrzahl der Diensteanbieter die Erreichbarkeit möglichst vieler Teilnehmer im öffentlichen Festnetz wesentlich ist.

Es besteht auch die Gefahr der Marktmachtübertragung, weil die Betroffene auf den nachgelagerten Märkten selber aktiv ist. So bietet sie z.B. unter den Rufnummern 11833, 11834, 11836, 11837 und 11864 Auskunftsdienste, unter der Rufnummer 0191011 Internetdienste, mit dem Produkt Call Interactive die Nutzung von MABEZ-Rufnummern, die Realisierung von innovativen Diensten in der Gasse 012 sowie über die Produkte Service 0900 die Nutzung von Premium Rate-Rufnummern, 0180call die Nutzung von Shared Cost-Rufnummern, Freecall 0800 die Nutzung von Freephone-Rufnummern und Service 0700 die Nutzung von persönlichen Rufnummern an.

Die Eigenrealisierung ist keine Alternative. Sie ist kurzfristig nicht möglich und wäre mit erheblichen Investitionen verbunden.

### 3.2.2.2 Verhältnismäßigkeit

Schließlich steht die aufrechterhaltene Verpflichtung in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 TKG.

Die Pflicht dient der Wahrung der Nutzerinteressen, § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG, weil die Verpflichtung den Zugang der Teilnehmer der Betroffenen zu den in den Netzen der Wettbewerber realisierten Diensten ermöglicht und es ihnen damit erlaubt, Anwendungen und Dienste ihrer Wahl zu nutzen und nicht nur auf die Angebote der Betroffenen verwiesen zu sein.

#### - Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung

Nach dem Abwägungskriterium der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen ( § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG) ist die auferlegte Verpflichtung angemessen.

Wie bereits oben erwähnt, sind die Wettbewerber nicht in der Lage, aus eigenen Mitteln die von der Rechtsvorgängerin der Betroffenen über Jahre hinweg aufgebaute flächendeckende Anschlussinfrastruktur in kurzer Zeit nachzubauen bzw. zu ersetzen, um sich auf diese Weise eigene Zugänge zu Endkunden zu verschaffen, die Voraussetzung für den Wettbewerber auf den nachgelagerten Endkunden und Vorleistungsmärkten sind. Eine vollständige Duplizierung der Anschlussinfrastruktur der Betroffenen wäre außerdem unwirtschaftlich. Zudem würde damit die Förderung eines nachhaltigen Wettbewerbs auf der Endkundenseite bzw. auf nachgelagerten Vorleistungsmärkten in zeitlicher Hinsicht behindert und an den Wettbewerb auf dem Anschlussmarkt gekoppelt. Dies gilt insbesondere für den Aufbau einer Alternative zur von der Betroffenen eingerichteten und unterhaltenen IN-Funktionalität mit der zugehörigen Datenbank über die Netze, in denen die jeweiligen Rufnummern für Mehrwertdienste geschaltet sind. In der Zeit seit der letzten Regulierungsverfügung hat kein Wettbewerber eine Alternative zur IN-Datenbank der Betroffenen aufgebaut. Die Wettbewerber übergeben Zuführungsverkehr zu



Mehrwertdiensten weiterhin der Betroffenen, um den Verkehr den Netzen zuzuleiten, in denen die jeweiligen Mehrwertdiensterufnummern geschaltet sind. Hierzu wird auf die Ausführungen unter Punkt J III. 1. b) (6) der Marktanalyse verwiesen. Diese Erwägungen gelten für die PSTN- und die IP-Zusammenschaltung gleichermaßen.

#### - Verfügbare Kapazität

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist ferner abzuwägen, ob die verfügbare Kapazität (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG) für die Zugangsgewährung ausreicht. Die Betroffene wird verpflichtet, auf ihrer untersten Zusammenschaltungsebene Verbindungen zuzuführen. Diese Verpflichtung besteht für Dienste in der Gasse 0180 und 0800 schon seit 1998 und wurde sukzessive erweitert. Es ist deshalb nicht damit zu rechnen, dass es durch die Beibehaltung dieser Verpflichtung zu einer grundsätzlichen Änderung der Netzauslastung und damit zum Erfordernis eines Kapazitätsausbaus kommt. Dabei ist zu beachten, dass lediglich die Zuführung zu Internetdiensten im Verhältnis zum Gesamtverkehr eine relevante Größe darstellt. Bei den MABEZ-Diensten besteht die Gefahr nicht, weil hier der Verkehr gerade begrenzt wird. Sollte gleichwohl eine Erhöhung der Netzkapazität erforderlich sein, z.B. auf Grund eines (unwahrscheinlichen) starken Anstieges des gesamten Verkehrs, so würde auch dies der Auferlegung der Pflicht nicht entgegenstehen; s.o.

#### - Anfangsinvestitionen des Eigentümers

Aus den bereits oben zur Zusammenschaltung angeführten Gründen können die Investitionen für den Bau des Telefonnetzes gegen die Auferlegung der Verpflichtung, Zuführungsleistungen zu gewähren, nicht angeführt werden. Die Errichtung des PSTN zu Monopolzeiten und die Entgeltlichkeit der Leistungserbringung lassen keinen Anlass erkennen, die Verpflichtung aus Gründen des Investitionsschutzes zu unterlassen. Für das über IP-Zusammenschaltungen zu erschließende NGN gilt wie bereits oben dargelegt, dass wegen seiner Rolle als Ersatz für das PSTN keine Investitionsrisiken erkennbar sind, die den Verzicht auf eine Zugangsverpflichtung rechtfertigen könnten.

Auch bei der Zuführung mit IN-Abfrage ist dies nicht anders zu bewerten. Zwar wurde für einige Leistungen die IN-Funktionalität erst nach der Liberalisierung aufgebaut. Doch werden keine besonderen Funktionen des IN genutzt, sondern lediglich die Grundfunktion der Rufnummernumwertung. Es besteht kein grundsätzlicher Unterschied zum Routing im Basisnetz, besondere Investitionsrisiken bestehen nicht.

Zudem handelt es sich bei der betreffenden Zuführungsleistung nicht um eine Leistung, die mit einem besonders erhöhten Investitionsrisiko verbunden wäre, bei welchem es, wie schon zur Zusammenschaltung dargelegt, unter Umständen gerechtfertigt sein könnte, dass für die Anfangszeit - trotz marktmächtiger Stellung - die Verweigerung des Zuganges zulässig sein kann. Dies gilt wegen der bereits dargelegten substitutiven Funktion des NGN der Betroffenen auch für die Zuführung von Verbindungen über IP-Zusammenschaltungen.

Die auferlegte Pflicht betrifft auch hier ein gängiges Vorleistungsprodukt für Telefondienste, d.h. eine Leistung, für die kein besonders gesteigerter Investitionsschutz wie etwa für innovative Dienste geltend gemacht werden kann. Soweit die Betroffene im ausgeführten Umfang Investitionen tätigen muss, werden die damit verbundenen Investitionsrisiken durch die Entgelte angemessen gedeckt.

#### - Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Die Verpflichtung, Zugang durch Zuführung zu Diensten zu gewähren, dient der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs.

Sie ermöglicht Wettbewerbern einen relativ schnellen und einfachen Zugang zu den Endkunden, so dass diese auf den Endkunden- bzw. nachgelagerten Vorleistungsmärkten tätig werden können. Bei funktionierendem Wettbewerb würde jeder Netzbetreiber im Interesse seiner Nutzer die Zuführung zu Diensten freiwillig anbieten, damit diese den Zugang zu einem möglichst breiten Dienstangebot haben. Angesichts der weiterhin überragenden Marktstellung der Betroffenen im Zuführungsmarkt besteht ein solches Interesse der Betroffenen aber nicht, so dass die Beibehal-



tung einer Zugangsverpflichtung geboten ist. Die Ausdehnung der Zugangsverpflichtung auf IP-Zusammenschaltungen fördert effiziente Infrastrukturinvestitionen, weil sie bei der Betroffenen wie den Beziehern der Vorleistungen den mittelfristigen Umstieg auf NGN und die auf wenige Punkte konzentrierten IP-Zusammenschaltungen mit ihrer stark vereinfachten Architektur ermöglichen.

- Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum

Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum (vgl. § 21 Abs. 1 Nr. 5 TKG) werden durch die Zugangsverpflichtung nicht berührt.

- Europaweite Dienste

Die Verpflichtung, Zugang durch Zuführungsleistungen zu gewähren, ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TKG).

- Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote

Im Rahmen der Abwägung ist schließlich zu berücksichtigen, ob bereits auferlegte Verpflichtungen oder freiwillige Angebote, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der Regulierungsziele ausreichen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG).

Die Betroffene bietet die Verbindungsleistungen auch nicht freiwillig an. Zwar hat die Betroffene viele der betroffenen Zuführungsleistungen einvernehmlich mit den Wettbewerbern eingeführt. Doch erfolgte dies vor dem Hintergrund der gesetzlichen und später durch Regulierungsverfügung ausgesprochenen Zusammenschaltungspflicht. Gerade bei der Einführung von Diensten, die von der Betroffenen noch nicht angeboten wurden, kam es zu Verzögerungen, vgl. Beschluss BK 4-98-019/Z14.08.98 vom 22.10.1998 (0700), BK 4-98-034/Z25.10.98 vom 04.01.1998 (0190/0), BK 4c-99-046/Z22.10.99 vom 30.12.1999 (012). Im Übrigen gelten auch hier die zu 3.2.1. gemachten Ausführungen.

Wie oben bereits dargelegt, kann dem Abwägungskriterium des freiwilligen Angebotes kein entscheidendes Gewicht zukommen, wenn Wettbewerber auf die Nutzung eines nicht zu duplizierenden Vorleistungsproduktes angewiesen sind, um ihre Leistung effektiv anbieten zu können. In diesen Fällen genügt ein freiwilliges Angebot nicht, wenn auch nur die abstrakte Gefahr besteht, dass das freiwillige Angebot zurückgenommen bzw. mit unangemessenen Konditionen verknüpft wird. So würde es der Betroffenen grundsätzlich frei stehen, ihr Angebot bei Bedarf vom Markt zurückzuziehen bzw. ein in seinen Bedingungen unzureichendes Angebot zu entwerfen und somit ein Scheitern der Zusammenschaltung zu provozieren. Dies widerspräche den Interessen der Anbieter und der Nutzer an der Wahrnehmung des Angebotes der Mehrwertdiensteanbieter. Ein Verzicht auf eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung würde daher den Nutzerinteressen und der Wettbewerbsentwicklung schaden. Schließlich besteht wegen der Umstellung auf IP-Zusammenschaltungen die Gefahr, dass es wegen der Änderungen von Technik und Prozessen zu Unstimmigkeiten zwischen den Vertragsparteien kommen kann, die ohne eine Zugangsverpflichtung nicht mehr über das Anordnungsverfahren nach § 25 TKG zügig gelöst werden könnten.

### 3.2.3 Terminierung

Die Pflicht der Betroffenen, ihren Zusammenschaltungspartnern Zugang zur Terminierung in ihrem Telefonnetz zu gewähren, ist beizubehalten bzw. für die technologiekonforme Übergabe über IP-Zusammenschaltungen aufzuerlegen. Die Auferlegung dieser Verpflichtung bezieht sich auch auf die Terminierung zu im Netz der Betroffenen geschalteten nationalen Teilnehmerrufnummern (Leistung T-Com B.32), zu Breitbandanschlüssen und der Scheinterminierung zu unter geographischen Rufnummern erreichbaren Mobilfunkanschlüssen (etwa im Angebot t-mobile@home).

### 3.2.3.1 Interessen von Wettbewerbern und Endnutzern

Die auferlegte Verpflichtung ist erforderlich, um die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren.

Die Verpflichtung zur Terminierung im Netz der Betroffenen stellt die Erreichbarkeit der Teilnehmer im Netz der Betroffenen aus den Netzen der Wettbewerber sicher. Damit wird die Kommunikation zwischen den Endnutzern ermöglicht bzw. verbessert. Die Möglichkeit, sowohl jeden Teilnehmer im öffentlichen Telefonnetz erreichen zu können als auch aus allen öffentlichen Telefonnetzen erreichbar zu sein, ist ein Hauptinteresse der Nutzer des öffentlichen Telefonnetzes.

Nachhaltiger Wettbewerb auf den Märkten für Verbindungsleistungen setzt wegen des weiterhin überragenden Marktanteils der Betroffenen bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Festtelefonnetz gerade die Terminierung durch die Betroffene voraus. Die Wettbewerber werden weder auf den Endkundenmärkten für Telefonanschlüsse noch auf denen für Verbindungen erfolgreich sein, wenn sie ihren Kunden nicht die Erreichbarkeit der Teilnehmer der Betroffenen bieten können. Die Betroffene wäre ohne eine Regulierung in der Lage, diese Marktmacht zur Stärkung ihrer Position auf dem Anschluss- und Inlandsverbindungsmarkt zu verwenden.

Den Wettbewerbern stehen auch keine Alternativen zur Verfügung. Die Eigenrealisierung ist nicht möglich, weil die Zielteilnehmer gerade im Netz der Betroffenen angeschlossen sind und ihre diesbezügliche Marktmacht unüberwindlich ist, vgl. Entwurf der Marktdefinition und Marktanalyse I.1.1. Auch ein Resale bietet keinen Ersatz, weil eine netzübergreifende Verbindung die Verbindung der Netze voraussetzt und das Resale gerade die Nutzung des Wettbewerbersnetzes ausschließt. Hinsichtlich der Erfassung der Terminierung zu nationalen Teilnehmerrufnummern und der Terminierung von über PSTN oder technologiekonform über IP übergebenen Verbindungen zu Breitbandanschlüssen sowie die Scheinterminierung gelten auch hier die Ausführungen zu 3.1.1.

### 3.2.3.2 Verhältnismäßigkeit

Die Verpflichtung steht auch in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 TKG.

Die Auferlegung der Pflicht dient der Wahrung der Nutzerinteressen, § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG, weil die Verpflichtung zur Terminierung im Netz der Betroffenen die Erreichbarkeit der Teilnehmer im Netz der Betroffenen aus den Netzen der Wettbewerber sicherstellt. Damit wird die Kommunikation zwischen den Nutzern ermöglicht. Die Möglichkeit, jeden Teilnehmer im öffentlichen Telefonnetz erreichen zu können als auch die Erreichbarkeit aus allen öffentlichen Telefonnetzen ist ein Hauptinteresse der Nutzer des öffentlichen Telefonnetzes.

- Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung

Wie ausgeführt, gibt es keine Alternative zur Terminierung im Netz der Betroffenen.

- Verfügbare Kapazität

Die Betroffene wird verpflichtet, auf ihrer untersten Zusammenschaltungsebene Verbindungen zu terminieren. Diese Verpflichtung besteht schon seit der Einführung von EBC am 01.12.2001. Es ist deshalb nicht damit zu rechnen, dass es durch die Beibehaltung dieser Verpflichtung zu einer grundsätzlichen Änderung der Netzauslastung und damit zum Erfordernis eines Kapazitätsausbaus kommt. Sollte gleichwohl eine Erhöhung der Netzkapazität erforderlich sein, z.B. auf Grund eines (unwahrscheinlichen) starken Anstieges des gesamten Verkehrs, so würde auch dies der Auferlegung der Pflicht nicht entgegenstehen, s.o.

- Anfangsinvestitionen des Eigentümers

Aus den bereits oben angeführten Gründen können die Investitionen für den Bau des Telefonnetzes gegen die Auferlegung der Verpflichtung, Terminierungsleistungen zu gewähren, nicht angeführt werden. Die Errichtung des Netzes zu Monopolzeiten und die Entgeltlichkeit der Leis-

tungserbringung lassen keinen Anlass erkennen, die Verpflichtung aus Gründen des Investitionsschutzes zu unterlassen. Auch bei der Terminierung sind keine besonderen Investitionsrisiken erkennbar, die ein Absehen von der Verpflichtung zur Leistungserbringung rechtfertigen könnten. Dies gilt wegen bereits dargelegten substitutiven Funktion des NGN der Betroffenen auch für die Terminierung von Verbindungen über IP-Zusammenschaltungen.

- Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Die Verpflichtung zur Terminierung dient der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs. Sie ermöglicht Wettbewerbern die Erreichbarkeit der Teilnehmer im Netz der Betroffenen. Für die erfolgreiche Teilnahme auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse oder Inlandsverbindungen ist es erforderlich, seinen Kunden eine möglichst weitgehende Erreichbarkeit anderer Teilnehmer zu gewährleisten. Die Terminierungsleistung ist deshalb essentiell für jede Form des infrastruktur-basierten Wettbewerbs.

Der Wettbewerb auf eigener von der Betroffenen unabhängigen Infrastruktur ist der beste Garant für einen langfristigen und selbsttragenden Wettbewerb. Die Terminierungspflicht erschwert auch die Marktmachtübertragung vom Anschluss zu den Verbindungsleistungen und stützt damit das Entstehen eines nachhaltigen Wettbewerbs.

Die Ausdehnung der Terminierungsverpflichtung auf über IP-Zusammenschaltungen fördert effiziente Infrastrukturinvestitionen, weil sie bei der Betroffenen wie den Beziehern der Vorleistungen den mittelfristigen Umstieg auf NGN und die auf wenige Punkte konzentrierten IP-Zusammenschaltungen mit ihrer stark vereinfachten Architektur ermöglichen.

- Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum

Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum (vgl. § 21 Abs. 1 Nr. 5 TKG) werden durch die Terminierungsverpflichtung nicht berührt.

- Europaweite Dienste

Die Verpflichtung, Zugang zu Terminierungsleistungen zu gewähren, ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TKG).

- Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote

Den Wettbewerbern steht kein freiwilliges Angebot zur Verfügung. Zwar hat die Betroffene mit ihren Wettbewerbern Verträge über die Leistung T-Com-B.1 geschlossen, doch kamen die Verträge nur vor dem Hintergrund der gesetzlichen Verpflichtung aus § 35 Abs. 1 S. 3 TKG<sup>1996</sup> und später der Regulierungsverfügung BK4c-05-002/R zustande. Die Betroffene hat das Angebot der Leistung wiederholt von ungerechtfertigten Bedingungen abhängig gemacht, vgl. exemplarisch den Beschluss BK 4c-99-007/Z23.02.99 vom 04.05.1999. Sie nutzte die Leistung wiederholt als Druckmittel in Verhandlungen. Sie ist grundsätzlich nicht bereit, die Leistung unabhängig von einer vollständigen Einigung über die Zusammenschaltung auch inklusive der Leistungen der Wettbewerber zu vereinbaren. Dies zeigte sich zuletzt im Verfahren zum Standardangebot über Zusammenschaltungsleistungen der Betroffenen, BK4c-05-102/S, in dem die Beschlusskammer eine Änderung des Standardangebotes dahin einfordern musste, dass es auch ausschließlich über die Leistungen der Betroffenen abgeschlossen werden konnte.

Dem Abwägungskriterium des freiwilligen Angebotes kann in Konstellationen wie der vorliegenden zudem kein entscheidendes Gewicht zukommen. Die Terminierungsleistungen der Betroffenen sind für andere Teilnehmernetzbetreiber ein nicht zu duplizierendes Vorleistungsprodukt dafür, ihre Leistung effektiv anbieten zu können. In diesen Fällen genügt auch ein freiwilliges Angebot nicht, wenn auch nur die abstrakte Gefahr besteht, dass das freiwillige Angebot zurückgenommen bzw. mit überhöhten Konditionen verknüpft wird. So würde es der Betroffenen grundsätzlich frei stehen, ihr Angebot bei Bedarf vom Markt zurückzuziehen bzw. ein in seinen Bedingungen unzureichendes Angebot zu entwerfen und somit ein Scheitern der Zusammenschaltung zu provozieren. Dies widerspräche den Interessen der Anbieter und auch gerade den

Interessen der Nutzer an der Wahrnehmung des Angebotes der Betreiber(vor)auswahl. Ein Verzicht auf eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung würde daher den Nutzerinteressen und der Wettbewerbsentwicklung schaden. Schließlich besteht wegen der Umstellung auf IP-Zusammenschaltungen die Gefahr, dass es wegen der Änderungen von Technik und Prozessen zu Unstimmigkeiten zwischen den Vertragsparteien kommen kann, die ohne eine Zugangsverpflichtung nicht mehr über das Anordnungsverfahren nach § 25 TKG zügig gelöst werden könnten. Dies ist auch erforderlich, damit angesichts der Vielzahl der migrierenden ICP gesichert werden kann, dass der Wechsel diskriminierungsfrei und zu angemessenen Bedingungen erfolgen wird.

### 3.3 Kollokation

Die in Ziffer 1.3 tenorierte Kollokationsverpflichtung erfolgt auf der Grundlage von § 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG. Danach *soll* die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, die Verpflichtung auferlegen, Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Leitungen, und Masten zu ermöglichen sowie den Nachfragern oder deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren.

Ungeachtet der „Soll-Verpflichtung“ sind aus den oben unter 3.1 dargelegten Erwägungen auch diesbezüglich die in § 21 Abs. 1 TKG aufgeführten Kriterien im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen.

Sinn und Zweck der Regelung ist es, den Wettbewerbern den Zugang zu den Netzelementen des zugangsverpflichteten Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen, um auf diese Weise den eigentlichen Zugangsanspruch überhaupt erst zu ermöglichen.

Zur Erreichung dieses Zweckes ist die beibehaltene bzw. auferlegte Kollokations- und Zutrittsverpflichtung geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung des Kriterienkataloges des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG auch angemessen.

Um die auferlegte Verpflichtung zur Ermöglichung der Zusammenschaltung überhaupt in Anspruch nehmen zu können, ist es zwingend erforderlich, dass die Wettbewerbsunternehmen Zugang zu den Vermittlungsstellen der Betroffenen, an denen die Zusammenschaltung erfolgt, haben. Dies kann entbündelt nur durch Kollokation am Vermittlungsstellenstandort bzw. am Standort, an dem die IP-Zusammenschaltung gewährt wird, erfolgen.

Die Verpflichtung zur Kollokation und zur Zutrittsgewährung steht auch in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck der Regelung.

Zwar gab es in der Vergangenheit mehrfach Kapazitätsprobleme bei der Bereitstellung der Kollokation durch die Betroffene, doch ließen sich diese durch alternative („virtuelle“) Kollokation wie z.B. Outdour-Boxen und -Kabinen beheben. Eine Beschränkung auf verfügbare Kapazitäten kommt dann nicht in Betracht, wenn dadurch der Zugangsanspruch gefährdet bzw. ausgeschlossen würde (vgl. BT-Drs 15/2316 S. 65 zu § 19 Abs.1 Nr. 2 TKG-E, der § 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG entspricht). Wenn die Kollokation auf die Standorte mit hinreichender Freifläche im Gebäude beschränkt würde, wäre aber der Zugangsanspruch gefährdet, weil die Betroffene ansonsten ihr Netz gerade dahingehend verändern könnte, dass ein entbündelter Zugang am Vermittlungsstellenstandort vereitelt wird. Die Beschränkung auf den gebündelten Zugang bietet auch keine hinreichende Alternative. Denn dann wäre es dem Netzbetreiber verwehrt, eigene oder von Dritten angemietete Übertragungswege zu verwenden. Die Verwehrung der Kollokation würde damit den Wettbewerb in Bezug auf die Bereitstellung von Übertragungswegen beschränken und die Wettbewerber im Aufbau eigener Infrastruktur einschränken.

Die Kollokation gefährdet auch nicht die Anfangsinvestition der Betroffenen. Die hierzu bereits zur Zusammenschaltungsverpflichtung gemachten Ausführungen für die PSTN- wie die IP-Zusammenschaltung gelten entsprechend. Die Betroffene muss die Kollokation nicht unentgeltlich gewähren, sondern erhält hierfür von den Zugangsberechtigten Entgelte, und zwar sowohl für die Einrichtung der Kollokationsmöglichkeit als auch für die Überlassung der Kollokationsflä-

che und der erforderlichen technischen Einrichtungen. In vielen Fällen wird die Kollokation darüber hinaus sogar zu einer besseren Nutzung der vorhandenen Räumlichkeiten führen.

Die Kollokation kann auch in einem separaten Raum erfolgen. Dem Nachfrager darf aber nicht eine kleinere, für seine Zwecke hinreichende Kollokationsfläche verweigert werden, weil ihm ein konfekzionierter Raum mit größerer Fläche angeboten wird. Neben der eigentlichen Verpflichtung zur Kollokationsgewährung umfasst die Zugangsverpflichtung auch sämtliche zusätzliche Leistungen, welche die Inanspruchnahme der Kollokation erst ermöglichen oder zwingend erforderlich sind. Dies betrifft insbesondere das Angebot von Raumluftechnik und einer Energieversorgung, sofern diese Leistungen nicht alternativ von den Zugangsberechtigten selbst realisiert werden können. Andernfalls bestünde die Möglichkeit, über eine Verweigerung solcher Nebenleistungen die Inanspruchnahme der eigentlichen Leistung faktisch erheblich zu erschweren bzw. sogar unmöglich zu machen.

### **3.4 Zulassung von Kooperationsmöglichkeiten, § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG**

Die in Ziffer 1.4 des Entscheidungstenors gegenüber der Betroffenen beibehaltene Verpflichtung, im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtung zur Kollokationsgewährung nach Ziffer 1.3 Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen in der Weise zuzulassen, dass solche Unternehmen ihre jeweils am gleichen Standort einer Vermittlungsstelle mit Netzübergangsfunktion bei der Betroffenen für die Zusammenschaltung angemieteten Kollokationsflächen miteinander verbinden können, gründet auf § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG. Danach kann die Regulierungsbehörde Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter Beachtung der in § 21 Abs. 1 TKG aufgeführten Abwägungskriterien verpflichtet, im Rahmen der Erfüllung von Zugangsverpflichtungen nach § 21 Abs. 3 TKG Nutzungsmöglichkeiten von Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen zuzulassen. Ob und inwieweit einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht solche Verpflichtungen auferlegt werden, steht damit im Ermessen der Beschlusskammer.

Bei der Zugangsverpflichtung nach Abs. 2 Nr. 6 handelt es sich entgegen der Ansicht der Betroffenen auch nicht nur um Leistungen, die erforderlich für die Inanspruchnahme einer auferlegten Zugangsverpflichtung sind. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut: „im Rahmen der Erfüllung der Zugangsverpflichtung“. Die Verpflichtung setzt lediglich das Bestehen einer Zugangsverpflichtung voraus, die auch zu anderen Zwecken als dem eigentlichen Zugang genutzt werden kann. Dagegen folgt aber aus dem Wortlaut gerade nicht, dass die Pflicht aus Nr. 6 der Erfüllung einer anderen Zugangspflicht dienen soll, denn dann müsste es „zur Erfüllung der Zugangsverpflichtung“ heißen. Dies wird auch durch die Gesetzesbegründung (BtDs 15/2316 S. 65) bestätigt, die noch viel weitergehende Formen der Kooperation als die Verbindung der Kollokationsflächen vorsieht.

Die auferlegte Verpflichtung, die beschriebene Kooperationsmöglichkeit zuzulassen, ist geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der Abwägungskriterien des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG auch angemessen, den von § 21 TKG verfolgten Zweck zu erreichen, und beeinträchtigt die Betroffene demgegenüber nicht übermäßig.

Die Verpflichtung, den Wettbewerbern zu gestatten, ihre an einem Zusammenschaltungsstandort angemieteten Kollokationsflächen verbinden zu können, indem ein Unternehmen einem oder mehreren anderen Unternehmen den Zugang zu seinen selbst bereitgestellten oder angemieteten Übertragungswegen gewähren kann, ist geeignet und erforderlich, den erstrebten Erfolg zu erreichen. Denn dadurch sind die Wettbewerber nicht mehr zwingend darauf angewiesen, jeweils einen eigenen Übertragungsweg auf ihrer Kollokationsfläche zu realisieren. Vielmehr können sie durch die gemeinsame Nutzung eines oder weniger Übertragungswege ihre Infrastruktur effizienter nutzen, dadurch Synergieeffekte erreichen und somit ihre Kosten senken. Hierdurch wird die wettbewerbliche Situation der Nachfrager gegenüber der Betroffenen gestärkt. Das entspricht dem Zweck des § 21 TKG. Dies gilt für die PSTN- wie die IP-Zusammenschaltung gleichermaßen, wenngleich für die letztere noch keine praktischen Erfahrungen mit Kooperationen vorliegen.

Die Pflicht, die Zusammenschaltung zu gestatten, erleichtert die Kooperation zwischen den Wettbewerbern, weil so die für die Zusammenschaltung mit der Betroffenen genutzten Übertragungswege auch zur Zusammenschaltung mit Dritten verwendet werden können und dadurch eine bessere Auslastung der Übertragungswege ermöglicht wird. Durch die Zusammenschaltung wird der Wettbewerb auf den Transitmärkten gefördert. Diese Einschätzung wird dadurch bestätigt, dass eben wegen dieses Wettbewerbs auf den Transitmärkten der Umfang der Transitleistungen, zu denen die Betroffene auf Grund dieser Regulierungsverfügung verpflichtet ist, reduziert werden konnte. Diese Reduzierung gibt allerdings der direkten PSTN-Zusammenschaltung unter den Wettbewerbern auf ihren Kollokationsflächen zukünftig ein besonderes Gewicht, um gerade für Betreiber mit einem geringeren Verbindungsaufkommen an einem LEZB eine schnelle und kostengünstige Anbindung durch dritte Transitnetzbetreiber zu ermöglichen, falls die Betroffene nicht mehr zur Erbringung von Transitleistungen bereit sein oder ihre Entgelte hierfür deutlich erhöhen sollte.

Darüber hinaus steht die Verpflichtung auch, insbesondere unter Berücksichtigung der Kriterien des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG, in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § TKG.

Durch die auferlegte Verpflichtung wird die Nutzung und Installation konkurrierender Einrichtungen im Sinne von § 21 S. 2 Nr. 1 TKG weniger erforderlich als sie es bisher war. Denn musste bisher jeder Zugangsberechtigte einen eigenen Übertragungsweg zu seiner angemieteten Kollokationsfläche im Gebäude bzw. auf die Liegenschaft der Betroffenen führen, ist dies durch die eingeräumte Kooperationsmöglichkeit nicht mehr zwingend erforderlich. Die direkte Zusammenschaltung der Wettbewerber spart die Inanspruchnahme von Transitleistungen.

Zwar ist grundsätzlich eine Eigenrealisierung möglich. Doch ist die gemeinsame Nutzung eines Übertragungsweges bis zum ersten Kabelschacht technisch und wirtschaftlich nachrangig zur gemeinsamen Nutzung bis zur Kollokationsfläche. Die Möglichkeit der Zusammenschaltung am Kollokationsstandort erleichtert die Zusammenschaltung besonders in Städten, in denen einer der Kooperationspartner ansonsten nicht präsent wäre, erheblich. Der Eingriff in das Recht der Betroffenen ist demgegenüber gering. Durch die Kollokationsgewährungspflicht verliert sie den unmittelbaren Besitz an der Fläche. Die Kooperationsmöglichkeiten führen zu keiner weiteren spürbaren tatsächlichen Belastung der Betroffenen. Die Verweigerung, der Betroffenen die Kooperation zu gestatten, hat nicht den Schutz vor Eingriffen zum Ziel. Ihr geht es vielmehr darum, den Mehrwert, den die Kollokation durch die Kooperationsmöglichkeit erfährt, zu verhindern. Bei Abwägung der Nachteile der Eigenrealisierung gegenüber der geringen Eingriffstiefe treten deshalb die Interessen der Betroffenen zurück.

Die Verpflichtung führt auch nicht zu Kapazitätsengpässen, die im Rahmen der Angemessenheitsprüfung nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 TKG zu berücksichtigen sind. Vielmehr ermöglicht die Verbindung der Kollokationsflächen zum Zwecke der gemeinsamen Nutzung von Übertragungswegen eine bessere Auslastung der bestehenden Kapazitäten. Anfangsinvestitionen der Betroffenen werden durch die Zulassung einer Verbindung der Kollokationsflächen nicht beeinträchtigt. Darüber hinaus gibt die Auferlegung der Kooperationsermöglichung Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern (§ 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG). Denn hierdurch besteht die Möglichkeit, dass einzelne Unternehmen Übertragungskapazitäten aufbauen und an andere Wettbewerber vermarkten. Schließlich existieren auch keine freiwilligen Angebote der Betroffenen, solche Kooperationsmöglichkeiten zwischen den Wettbewerbern zuzulassen, vgl. Beschluss BK 4a-99-048/Z 22.10.99 vom 30.12.1999.

Andere Verpflichtungen, die der Betroffenen im Rahmen dieser Regulierungsverfügung auferlegt werden, sind ebenfalls nicht ausreichend. Dies gilt insbesondere für die Verpflichtung zur Gewährung von Kollokation gemäß § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG. Denn diese Vorschrift betrifft lediglich die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen durch das zugangsverpflichtete Unternehmen und seine Wettbewerber. Die hier ermöglichte gemeinsame Nutzung von Einrichtungen durch verschiedene Wettbewerber wird von dieser Vorschrift dagegen nicht erfasst. Auch ein Verweis auf Transitdienste der Betroffenen ist nicht angebracht, weil dadurch lediglich die entsprechende Marktmacht perpetuiert würde.

Erneut nicht aufgenommen wurde eine Verpflichtung, den Wettbewerbern die Untervermietung von Flächen in ihren Kollokationsräumen zu gewähren bzw. nicht nachträglich die gewährte Untervermietung zu beenden. Die Möglichkeit zur Untervermietung von Kollokationsflächen war für einige Wettbewerber schon seit langem von Interesse. Die Beschlusskammer hat unter der Geltung des TKG<sup>1996</sup> eine Anordnung, die Untervermietung zu gestatten, stets abgelehnt, vgl. Beschluss BK 4a-99-048/Z 22.10.99 vom 30.12.1999. Es ist auch nicht ersichtlich, wie eine solche Untervermietung in der Übergangsphase vom PSTN zum NGN erforderlich werden sollte.

### 3.5 Gleichbehandlungspflicht, § 19 TKG

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 1.5 tenorierte Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes sind §§ 9 Abs. 2, 13, 19 TKG.

Gemäß § 19 TKG kann ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet werden, dass Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen.

Die Entscheidung der Beschlusskammer, das der Betroffenen auferlegte Diskriminierungsverbot beizubehalten, beruht auf einer pflichtgemäßen Ermessensausübung. Das ausgeübte Ermessen orientiert sich am Zweck der Ermächtigung und überschreitet die gesetzlichen Grenzen, die für die Ausübung des Ermessens gelten, nicht.

Zweck des Diskriminierungsverbots ist zum einen, dass der betreffende Betreiber anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Produkte oder die seiner Tochter- oder Partnerunternehmen, vgl. § 19 Abs. 2 TKG. Zum anderen bezweckt das Diskriminierungsverbot, dass einzelne Wettbewerber von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht ungerechtfertigt bevorzugt bzw. benachteiligt werden. Insgesamt soll damit ein chancengleicher Wettbewerb sowohl zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und anderen Unternehmen als auch zwischen Wettbewerbern, die auf Vorleistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht angewiesen sind und diese in Anspruch nehmen, sichergestellt werden.

Zur Erreichung dieses Zwecks entscheidet sich die Beschlusskammer aus den folgenden Erwägungen für die Beibehaltung bzw. Auferlegung des Diskriminierungsverbotes:

Die Gewährleistung von Rahmenbedingungen im Telekommunikationssektor, die dafür Sorge tragen, dass in möglichst weiten Bereichen Wettbewerb entstehen kann, stellt ein zentrales Ziel des TKG dar,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 56.

Um dieses Ziel auf einem wettbewerbsbeschränkten Markt zu verwirklichen, ist es grundsätzlich sinnvoll, dem dominierenden Unternehmen ein Gebot zur Gleichbehandlung aufzuerlegen. Das gilt insbesondere dann, wenn das beherrschende Unternehmen vertikal integriert ist und für andere Unternehmen, mit denen es konkurriert, Dienste erbringt. Denn dann besteht grundsätzlich immer ein Anreiz für das dominante Unternehmen, dass es sich intern günstigere Konditionen einräumt als es bereit ist, anderen Unternehmen, mit denen es im Wettbewerb steht, einzuräumen. Insbesondere auf dem Markt für die Terminierung in ein Netz, auf dem das beherrschende Unternehmen faktisch keinem Wettbewerb ausgesetzt ist, d.h. über eine tatsächlich unangreifbare Marktstellung verfügt, ist diese Intention stets anzunehmen, sofern keine schwerwiegenden Gründe für eine Ausnahme sprechen. Derartige Ausnahmegründe sind vorliegend nicht ersichtlich.

Behindert wird der Wettbewerb nicht durch die Auferlegung der Verpflichtung nach § 19 TKG, sondern durch die defizitäre Entwicklung des gegenständlichen Marktes. In einem beschränkten Wettbewerbsmarkt wie dem vorliegenden verzerren unterschiedliche Vertragskonditionen für gleiche Leistungsinhalte die Ausgangsbedingungen für chancengleichen Wettbewerb. Entscheidend ist, dass bei Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung die Gefahr besteht,



dass sich am verfahrensgegenständlichen Markt in Abhängigkeit von z.B. der Verhandlungsmacht der einzelnen Nachfrager unterschiedliche Leistungskonditionen entwickeln. In seiner Konsequenz würden sich damit für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslagen ergeben. Um dies zu verhindern, ist es daher erforderlich, dass die Betroffene das von ihr angebotene Leistungs- und Preismodell für die Erbringung der Terminierungs- und Zuführungsleistungen und die dazu erforderliche Zusammenschaltung allen Wettbewerbern gegenüber transparent und in gleicher Weise anbietet.

Andere Mittel reichen hierfür nicht aus. Zwar werden durch die Zusammenschaltungspflicht sowie durch Kontrolle des Zugangsentgeltes gemäß § 30 TKG grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Märkten geschaffen, jedoch stehen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf der Vorleistungsebene auch eine Reihe anderer Instrumente (außer dem Preis) zur Verfügung, um den Wettbewerb zu verzerren. Ist eine Entgeltenehmigungspflicht der Preise für Zuführung und Terminierung festgelegt und steht der Preis daher dem marktmächtigen Unternehmen als wettbewerbsbeeinflussender Parameter nicht zur Verfügung, so kann es beispielsweise das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken. Das Unternehmen hat einen (ökonomischen) Anreiz zu den oben angeführten Praktiken. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich, die sich auf sämtliche mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

Eine Beschränkung der Gleichbehandlungsverpflichtung auf den Preis bzw. eine Einengung der Verhaltenspflicht auf spezielle, konkret benannte Fallgestaltungen ist nicht angezeigt. Insbesondere ist nicht entscheidend, wie sich die Betroffene gerade auf dem Markt verhält oder wie sie sich in der Vergangenheit verhalten hat, sondern es ist von den Möglichkeiten auszugehen, die ihr offen stehen, um Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen oder Nachfrager zu übervorteilen. Die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit der Märkte rechtfertigt den Erlass von abstrakten Verpflichtungen und ist gerade nicht auf eine nachträgliche Kontrolle beschränkt. Die Möglichkeit zur Diskriminierung ist zugleich vielgestaltig und betrifft sämtliche der technischen, betrieblichen und preislichen Leistungsbedingungen. Eine Beschränkung auf einzelne Verhaltensweisen würde Lücken für Diskriminierungen schaffen und damit Ausweichstrategien Vorschub leisten.

Die Pflicht zur Nichtdiskriminierung ist neben der Pflicht zur Zugangsgewährung eine zweite Quelle für die Pflicht zur Leistungserbringung nach definierten Qualitäten, die Absicherung dieser Qualitäten durch Vertragsstrafen und pauschalierten Schadensersatz sowie die Erhebung von Leistungskennwerten über die tatsächlich erbrachte Qualität der Leistungsbereitstellung, insofern diese dazu dienen, die Gleichbehandlung des einzelnen Nachfragers gegenüber anderen Nachfragern und der Leistungsbereitstellung der Betroffenen für die selbst vertriebenen Endnutzerleistungen sicherzustellen. Eine ausdrückliche Auferlegung und Ausgestaltung dieser Verpflichtungen erfolgt jedoch nicht in der Regulierungsverfügung, sondern in den Verträgen über die Leistungsbeziehung, ggf. darauf bezogenen Zusammenschaltungsanordnungen nach § 25 TKG und im Standardangebot.

Die Entscheidung belastet die Betroffene auch nicht unzumutbar. Denn einerseits unterliegt sie ohnehin nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht einem gesetzlichen Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB), und andererseits ist dem Diskriminierungsverbot die Möglichkeit immanent, eine objektive Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe zu rechtfertigen, wobei über letztere im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele zu entscheiden ist,

vgl. auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 50), 6 C 15.07 (Rz. 55), 6 C 16.07 (Rz. 47) und 6 C 17.07 (Rz. 50).



### 3.6 Transparenzverpflichtung bzgl. Vertragsvorlage, § 20 TKG

Die in der Sache beibehaltene Vertragsvorlageverpflichtung stützt sich auf § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. § 13 Abs. 1 und § 20 Abs. 3 TKG.

Gemäß § 20 Abs. 3 TKG kann die Bundesnetzagentur einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, insbesondere verpflichten, ihr Vereinbarungen über von ihm gewährte Zugangsleistungen ohne gesonderte Aufforderung in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen. Die Bundesnetzagentur veröffentlicht, wann und wo Nachfrager nach Zugangsleistungen eine öffentliche Vereinbarung einsehen können.

Diese mit der TKG-Novelle 2012 in das Gesetz eingeführte Vorschrift konkretisiert das in § 20 Abs. 1 TKG enthaltene allgemeine Transparenzgebot mit Blick auf die Vorlage von Zugangsvereinbarungen und ersetzt zugleich den bisherigen § 22 Abs. 3 TKG. Dieser enthielt eine gesetzesunmittelbare Verpflichtung zur Vorlage von Vereinbarungen über Zugangsvereinbarungen. Die Gemeinschaftsrechtskonformität der gesetzesunmittelbaren Wirkung war indes vom VG Köln in Frage gestellt worden. In Angleichung an die zwischenzeitlich auf Grundlage des § 20 Abs. 1 TKG etablierte Regulierungspraxis wurde deshalb der Bundesnetzagentur ein Entschließungsermessen im Rahmen der Auferlegung von Transparenzpflichten eingeräumt,

siehe Begründung zum Gesetzentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 97.

§ 20 Abs. 1 bis 3 TKG setzen insgesamt Art. 9 Abs. 1 und 3 Zugangsrichtlinie um. Nach diesen Normen können die nationalen Regulierungsbehörden marktmächtigen Netzbetreibern Verpflichtungen zur Transparenz in Bezug auf die Zusammenschaltung und/oder den Zugang auferlegen, wonach diese bestimmte Informationen, z.B. Informationen zur Buchführung, technische Spezifikationen, Netzmerkmale, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie Tarife, veröffentlichen müssen. Die nationalen Regulierungsbehörden können genau festlegen, welche Informationen mit welchen Einzelheiten in welcher Form zur Verfügung zu stellen sind. Erwägungsgrund 16 der Zugangsrichtlinie ergänzt, dass Transparenz in Bezug auf die Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen einschließlich der Preise den Verhandlungsprozess beschleunige, Streitigkeiten verhindere und den Marktteilnehmern die Gewissheit biete, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht werde.

Mit der hier auferlegten Vorlageverpflichtung nach § 20 Abs. 3 TKG verfolgt die Beschlusskammer die vorgenannten Zwecke, d.h. sie will damit Verhandlungsprozesse beschleunigen, Streitigkeiten verhindern und Zugangsnachfragern eine Möglichkeit geben zu überprüfen, ob die angebotenen Dienste ohne Diskriminierung erbracht werden. Die Vorlagepflicht an die Bundesnetzagentur und die daran anschließenden Einsichtnahmemöglichkeiten für Zugangsnachfrager sind auch geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um diese Zwecke zu erreichen.

Dies gilt einmal mit Blick auf die Verpflichtung, alle gültigen Verträge vorzulegen. Die zum Zugang berechtigten Unternehmen sollen einen Abgleich zwischen den ihnen angeboten bzw. mit ihnen vereinbarten Klauseln einerseits und den andernorts abgeschlossenen Klauseln andererseits vornehmen können. Für diesen Zweck ist es ohne Belang, ob der entsprechende Drittvertrag vom Zugangsanbieter vor oder nach Feststellung beträchtlicher Marktmacht bzw. vor, nach oder ohne Erlass einer Zugangsverpflichtung abgeschlossen worden ist. Entscheidend ist allein, dass der Drittvertrag momentan in Kraft ist und Grundlage diskriminierendes Handelns sein kann. Diese Verpflichtung hat die Betroffene bereits in der Vergangenheit erfüllt.

Des Weiteren sind die Verträge in einer öffentlichen Fassung vorzulegen. Die Beschlusskammer versteht hierunter eine Vertragsfassung, in der alle Bestimmungen zu regulierten Leistungen und Entgelten offen gelegt sind. Nur unter dieser Voraussetzung kann ein Zugangsnachfrager den o.g. Abgleich in vollständiger Weise vornehmen. Zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Sinne von § 30 VwVfG und Art. 15 Abs. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie kann die Betroffene allerdings Klauseln zu nicht regulierten Leistungen und Entgelten sowie Angaben zur Identität des jeweiligen Vertragspartners (einschließlich der Vereinbarungen etwa zu Ansprechpartnern oder zu konkreten Zugangsarten) schwärzen.

Die Verträge sind ferner ohne gesonderte Aufforderung vorzulegen. Diese Verpflichtung ist erforderlich, um den Zugangsnachfragern die erwünschte Übersicht über die abgeschlossenen

Verträge in vollständiger Form und ohne Zeitverzug gewähren zu können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es in den letzten Jahren eine durchaus nicht zu vernachlässigende Zahl von Einsichtnahmegesuchen in aufgrund Zugangsverpflichtungen abgeschlossenen Verträgen gegeben hat.

Die Veröffentlichung erfolgt schließlich in der Form, dass den Zugangsnachfragern Einsichtnahmemöglichkeiten in den Geschäftsräumen der Bundesnetzagentur gewährt werden. Derart ist zum einen sichergestellt, dass nur die in § 20 Abs. 1 TKG genannten zugangsberechtigten Unternehmen Kenntnis von den Verträgen erlangen können. Zum anderen wird es damit der Beschlusskammer ermöglicht, etwaige Schwärzungen vor Veröffentlichung des Vertrages auf ihre Berechtigung hin überprüfen zu können. Zu letzterem Zweck wird die Betroffene verpflichtet, der Beschlusskammer eine vertrauliche Fassung, d.h. eine vollständig ungeschwärzte Fassung der Verträge vorzulegen.

Der vorliegend beibehaltenen Verpflichtung steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Betroffene gemäß Ziffer 1.7 zur Veröffentlichung eines Standardangebots verpflichtet ist. Mit Blick auf die Rechtsprechung des VG Köln zur Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG,

vgl. VG Köln, Urteil 21 K 6422/09 vom 07.12.2011,

stellt die Beschlusskammer klar, dass die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots gemäß § 23 TKG nach der Intention der Beschlusskammer immer nur Musterbedingungen, nicht aber die im konkreten Einzelfall zwischen zwei Zusammenschaltungspartnern vereinbarten Bedingungen betraf und betrifft. Die Einsichtnahme in ein Standardangebot ermöglicht es Dritten deshalb nicht, im Einzelfall vereinbarte Abweichungen vom Standardangebot zu erkennen. Im Übrigen ist es nach der Vorschrift des § 23 Abs. 5 TKG gerade umgekehrt so, dass die Bundesnetzagentur den Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichten kann, eine Zugangsleistung, die bereits Gegenstand einer Zugangsvereinbarung nach § 22 TKG ist, als Standardangebot auch anderen Nachfragern diskriminierungsfrei anzubieten.

Unter den vorgenannten Maßgaben ist die auferlegte Transparenzvorschrift auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Vorlagepflicht zieht keine unangemessenen Folgen für sonstige Rechtsgüter der Betroffenen oder Dritter nach sich. Der von der Betroffenen zu betreibende wirtschaftliche Aufwand beschränkt sich letztendlich auf das Anfertigen und Übersenden von Vertragsablichtungen und der Durchsicht derselben auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im o. g. Sinne. Dabei ist zu beachten, dass die Betroffene, sofern die Verträge der Beschlusskammer bereits in öffentlicher und vertraulicher Fassung vorliegen sollten, von einer nochmaligen Übersendung absehen kann. Die möglicherweise entstehende Einschränkung wettbewerblicher Flexibilität ist hingegen in erster Linie Folge des Diskriminierungsverbots und jedenfalls mit Blick auf die herausragende Marktstellung der Betroffenen und die daraus resultierenden Verhaltensmöglichkeiten gerechtfertigt. Die Interessen dritter Vertragspartner wiederum werden durch die Ermöglichung von Schwärzungen hinsichtlich deren Identität gewahrt.

Aus den vorgenannten Erwägungen heraus wird die Betroffene zur Vorlage gültiger Zugangsverträge verpflichtet.

### **3.7 Standardangebot, § 23 TKG**

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 1.7 des Tenors beibehaltene bzw. für IP-Zusammenschaltungen auferlegte Verpflichtung der Betroffenen zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ist § 23 Abs. 1 TKG.

Danach kann die Regulierungsbehörde einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt und einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG unterliegt, verpflichten, in der Regel innerhalb von drei Monaten ein Standardangebot für die Zugangsleistung zu veröffentlichen, für die eine allgemeine Nachfrage besteht. Eine solche Verpflichtung kann, wie sich aus § 21 Abs. 1 S. 2 TKG ergibt, gemeinsam mit einer Entscheidung über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG ergehen.

Unter Berücksichtigung des damit der Bundesnetzagentur eröffneten weiteren Ermessensspielraumes ist der Betroffenen weiterhin die Vorlage eines Standardangebotes aufzuerlegen. Sinn und Zweck der Vorlage eines Standardangebotes ist es, den Wettbewerbern dadurch einen schnellen Zugang zu von der Betroffenen für die eigenen Angebote erforderlichen Vorleistungen zu ermöglichen, dass die Betroffene zum Abschluss eines Vertrages über diese Leistungen verpflichtet ist, der von der Bundesnetzagentur bereits auf seine Vollständigkeit und die Erfüllung der Kriterien der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit hin überprüft worden ist. Auf diese Weise kann verhindert werden, dass eine gewünschte Zusammenschaltung durch Vertragsverhandlungen und nach deren möglichem Scheitern durch die Durchführung eines Anordnungsverfahrens nach § 25 TKG verzögert wird. Entgegen der Auffassung der Betroffenen gilt dies gerade für die beginnende Zusammenschaltung über IP. Hier kann durch die zeitnahe Durchführung eines Standardangebotsverfahrens sichergestellt werden, dass allen interessierten ICP schnell gleichartige Zugangsbedingungen gewährt werden und dass Unstimmigkeiten nicht in möglicherweise zahlreichen Anordnungsverfahren, sondern in einem einzigen Standardangebotsverfahren geklärt werden. Der Vortrag der Betroffenen, dass über die vertraglichen Regelungen „weitgehend“ Konsens herrsche und die Tatsache, dass sie bereits über einen Vertragsentwurf verfügt, sprechen dagegen, dass die Pflicht zur Vorlage eines Standardangebotes übermäßig belastend wäre.

Die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 TKG sind in Bezug auf die auferlegten Zugangspflichten weiterhin erfüllt. Denn für die Zugangsleistungen, zu deren Gewährung die Betroffene verpflichtet bleibt, besteht eine allgemeine Nachfrage. Für die PSTN-Zusammenschaltung ergibt sich dies bereits aus der Vielzahl der in der Vergangenheit abgeschlossenen Verträge über diese Leistung. Für die IP-Zusammenschaltung ergibt sich die allgemeine Nachfrage daraus, dass die Betroffene bereits umfangreiche Absprachen mit zahlreichen ICP über die Einrichtung von IP-Zusammenschaltungen getroffen hat, die in einem absehbaren Zeitrahmen die PSTN-Zusammenschaltung ersetzen sollen, so dass die für die PSTN-Zusammenschaltungen bestehende allgemeine Nachfrage auf die IP-Zusammenschaltung wegen ihres substitutiven Charakters übergeht.

Als Frist für die Vorlage eines neuen Standardangebotes ist eine Frist von drei Monaten angemessen. Die Tenorierung einer Vorlagefrist entspricht dem nach § 23 Abs. 1 TKG regelmäßig vorgesehenen Vorgehen und hat seinen Grund darin, dass das mit Beschluss BK 3g-09-059 vom 16.07.2010 letztmalig überprüfte IC-Standardangebot der Betroffenen keine Regelungen für Leistungen der IP-Zusammenschaltung vorsieht, obwohl die Betroffene in diesen Bereichen jedenfalls teilweise bereits Vereinbarungen mit Nachfragern getroffen hat und wie oben dargelegt für diese Leistungen eine allgemeine Nachfrage besteht. Die Länge der Frist ist darin begründet, dass die Betroffene bereits über einen Vertrag über IP-Zusammenschaltungsleistungen verfügt.

Die Beschlusskammer macht keine zusätzlichen Vorgaben zu den Bestandteilen des Standardangebotes. Sie geht aber weiter davon aus, dass das Angebot so umfassend ist, dass es von Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden könnte. Das Angebot muss also wie bisher alle für die Abwicklung der Zusammenschaltung erforderlichen Bedingungen (allgemeine Vertragsregeln sowie Regelung der Zusammenschaltungsleistungen und Preise, Zusammenschaltungsstandorte, technische Bestimmungen und Betrieb, Bestellung und Bereitstellung, Kollokation, Abrechnung, Ansprechpartner) enthalten.

Im Interesse der öffentlichen Sicherheit und auch im Hinblick auf ihre eigenen Sicherheitsinteressen ist die Betroffene nicht dazu verpflichtet, auch die Standorte des Zugangs bzw. der Kollokation zu veröffentlichen. Die Zugangspunkte befinden sich an Netzknoten, die ein besonderes und bevorzugtes Ziel für schädigende Aktionen sein können. Eine Veröffentlichung dieser Orte würde eine dahingehende Gefahr erhöhen. Das berechtigte Informationsinteresse der Betreiber tritt hinter dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und den berechtigten Sicherheitsbelangen der Betroffenen demgegenüber zurück. Es kann den interessierten Betreibern zugemutet werden, dass sie die Standortinformationen erst auf Nachfrage von der Betroffenen erhalten.

### 3.8 Regulierung der Zugangsentgelte, § 30 Abs. 1 TKG

Die Entgelte für die gemäß Ziffern 1.1 bis 1.4. des Tenors auferlegten Zugangsverpflichtungen bleiben bzw. werden gemäß § 30 Abs. 1 TKG weiterhin einer Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Hinsichtlich der Entgelte für ab dem 01.12.2012 erbrachten Terminierungsleistungen richten sich die an die Entgelte anzulegenden Maßstäbe und Methoden indes nach einer anderen Vorgehensweise im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG. Bezüglich der ab dem 01.12.2012 erbrachten Terminierungsleistungen folgen die an die Entgelte anzulegenden Maßstäbe und Methoden grundsätzlich der in der Empfehlung der Kommission vom 07.05.2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU (2009/396/EG), veröffentlicht im ABl. EU 2009 Nr. L 124, S. 67, empfohlenen Vorgehensweise. Die Beschlusskammer behält freilich auch für den letztgenannten Fall die schon bislang geltende Maßgabe bei, dass das relevante Inkrement zur Bestimmung der leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten sämtliche über das fragliche Netz erbrachten Verbindungsleistungen umfasst und diese Kosten nutzungsanteilig verteilt werden, und dass im Übrigen ein angemessener Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten berücksichtigt wird.

Die vorgenannten Entscheidungen folgen aus einer pflichtgemäßen Ausübung des der Bundesnetzagentur in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens. Danach unterliegen Entgelte für nach § 21 TKG auferlegte Zugangsleistungen von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur nach Maßgabe des § 31 TKG. Abweichend hiervon kann die Bundesnetzagentur die vorgenannten Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 oder nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

#### 3.8.1 Tatbestand

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 TKG liegen vor. Es handelt sich bei der Betroffenen um eine Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, die über beträchtliche Marktmacht verfügt. Ihr sind auch nach § 21 TKG Zugangsleistungen auferlegt worden.

#### 3.8.2 Bestehen eines Ermessensspielraums

Sind – wie vorliegend – die tatbestandlichen Merkmale erfüllt, stehen der Bundesnetzagentur Ermessensspielräume in vollem Umfang zu. Die Agentur hat sowohl über das Ob als auch das Wie der Entgeltregulierung zu entscheiden,

vgl. – noch zur alten Fassung des § 30 TKG – BT-Drs. 15/2674, S. 31 f., und BT-Drs. 15/2679, S. 14, sowie die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 56 und 59), 6 C 15.07 (Rz. 63 und 66), 6 C 16.07 (Rz. 53 und 56) und 6 C 17.07 (Rz. 56 und 59), vom 29.10.2008 in der Sache 6 C 38.07 (Rz. 58f.) und vom 28.01.2009 in der Sache 6 C 39.07 (Rz. 38).

Zwar lässt sich aufgrund des Wortlauts (auch) des neugefassten § 30 Abs. 1 TKG durchaus die Auffassung vertreten, dass der Gesetzgeber die Entgeltgenehmigung als Regelfall und eine nachträgliche Regulierung als Ausnahmefall verstanden wissen wollte. Hierauf lassen jedenfalls die Ausgestaltung des S. 1 als offenbar gebundener Entscheidung und die Worte „abweichend von Satz 1“ in S. 2 schließen.

Ein vorgezeichnetes Regel-Ausnahme-Verhältnis stünde indes nicht in Übereinklang mit dem Gemeinschaftsrecht. Mit der Norm des § 30 TKG wollte der Gesetzgeber Art. 13 Zugangs-RL umsetzen. Nach Abs. 1 S. 1 der letztgenannten Vorschrift kann, weist eine Marktanalyse darauf hin, dass ein Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, die nationale Regulierungsbehörde dem betreffenden Betreiber gemäß Art. 8 Zugangs-RL hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang Verpflichtungen u.a. betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise auferlegen.

Der in Bezug genommene Art. 8 Zugangs-RL bestimmt in seinem Abs. 4, dass die auferlegten Verpflichtungen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 Rahmen-RL angemessen und gerechtfertigt sein müssen. Erwägungsgrund 20 Zugangs-RL merkt weiter an, dass der rechtliche Eingriff relativ zurückhaltend sein und beispielsweise der Verpflichtung entsprechen kann, dass die Preise angemessen sein müssen. Er kann aber auch sehr viel weiter gehen und etwa die Auflage beinhalten, dass die Preise zur umfassenden Rechtfertigung ihrer Höhe kostenorientiert sein müssen.

In Ansehung dieser gemeinschaftlichen Vorgaben und unter der Bedingung, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der nationalen Vorschrift – wie hier – gegeben sind, lässt sich für keine der möglichen Entscheidungsvarianten ein genereller Normenvorrang entdecken. Vielmehr ist das in Richtlinie und Gesetz angelegte Entscheidungsprogramm innerhalb des Regulierungsermessens zu bewältigen,

vgl. die Urteile des BVerwG, a.a.O.; ferner BR-Drs. 129/11, S. 100.

Damit liegt es im Ermessen der Bundesnetzagentur, ob und inwieweit sie der Betroffenen Regulierungsverpflichtungen bezüglich ihrer Terminierungsentgelte auferlegt. Gemäß § 40 VwVfG hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

### 3.8.3 Gesetzlich normierte Entgeltkontrollsysteme

Zur Vorbereitung ihrer Ermessensentscheidung hat die Bundesnetzagentur zunächst die verschiedenen gesetzlich normierten Entgeltkontrollsysteme in den Blick zu nehmen.

Der nationale Gesetzgeber hat, was die vorliegende Fallkonstellation betrifft, im TKG die drei nachfolgend dargestellten und zueinander im Stufenverhältnis stehenden Entgeltkontrollsysteme geregelt. Im Fall des Kontrollsystems „Genehmigung“ hat der Gesetzgeber zusätzliche Binnendifferenzierungen vorgenommen.

Die schärfste Form der Entgeltkontrolle ist in § 30 Abs. 1 S. 1 TKG normiert. Diese Vorschrift erlaubt die Unterwerfung von Zugangsentgelten unter eine Genehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG. Innerhalb des Genehmigungsrahmens selbst eröffnen sich der Bundesnetzagentur verschiedene – und auch verschieden weit in die Kostendeckung des Betreibers eingreifende – Vorgehensweisen.

§ 31 Abs. 1 S. 1 TKG bestimmt, dass die Bundesnetzagentur Entgelte nach § 30 Abs. 1 S. 1 entweder (Nr. 1) auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 oder (Nr. 2) auf der Grundlage der von ihr vorgegebenen Maßgrößen für die durchschnittlichen Änderungsraten der Entgelte für einen Korb zusammengefasster Dienste nach Maßgabe des § 33 genehmigt. Sofern allerdings eine andere Vorgehensweise besser als die in Abs. 1 genannten Vorgehensweisen geeignet ist, die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen, genehmigt die Bundesnetzagentur gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG die Entgelte auf der Grundlage dieser anderen Vorgehensweise.

Erlegt die Bundesnetzagentur eine Genehmigungspflicht nach § 31 Abs. 1 S. 1 TKG auf, so ist eine Genehmigung gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 TKG ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 Abs. 1 S. 2 TKG nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach S. 2 oder 3 vorliegen.

In Anlehnung an das allgemeine Wettbewerbsrecht schreibt § 28 Abs. 1 S. 1 TKG vor, dass ein marktmächtiger Diensteanbieter oder Netzbetreiber seine Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich ausnutzen darf. In S. 2 sind dazu verschiedene und in Abs. 2 weiter ausdifferenzierte Regelbeispiele genannt, die sich auf Preishöhenmissbräuche sowie ungerechtfertigte Wettbewerbsbeeinträchtigungen und Vorteilseinräumungen beziehen.

Ergänzend hierzu dürfen die Entgelte gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 TKG die Summe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) und der Aufwendungen nach § 32 Abs. 2 TKG nicht überschreiten. Die KeL ergeben sich nach § 32 Abs. 1 S. 1 TKG aus den langfristigen zusätzli-

chen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Durch den Effizienzmaßstab wird eine Als-Ob-Betrachtung vorgegeben, die den Wettbewerbspreis simuliert,

BVerwG, Urteil 6 C 19.08 vom 24.06.2009, Rz. 18, unter Verweis auf Groebel, in: Berl-KommTKG, § 31 Rz. 10f., 22; vgl. auch BVerwG, Urteil 6 C 34.08 vom 25.11.2009, Rz. 19.

Erlegt die Bundesnetzagentur dagegen eine Genehmigungspflicht nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG („andere Vorgehensweise“) auf, so ist eine Genehmigung gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 TKG ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen des § 28 entsprechen und keine Versagungsgründe nach S. 2 oder 3 vorliegen. Nach S. 2 ist die Genehmigung der Entgelte zu versagen, soweit die Entgelte mit diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen.

Zu „diesem Gesetz“ zählt letztlich auch die – per Regulierungsverfügung konkretisierte – Norm des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG selbst, wonach die Entgelte auf der Grundlage anderer Vorgehensweisen genehmigt werden können, sofern sie besser als die in Abs. 1 genannten Vorgehensweisen geeignet sind, die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen. Die Norm ist ausdrücklich als Auffangvorschrift konzipiert worden,

Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 104.

In den Anwendungsbereich der Norm fällt deshalb nicht nur die in der Gesetzesbegründung beispielhaft genannte Festlegung von Entgelten nach einem Gleitpfad, sondern auch ein Vorgehen etwa nach den Grundsätzen, welche die Kommission in ihrer Empfehlung vom 07.05.2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU (2009/396/EG), veröffentlicht im ABl. EU 2009 Nr. L 124, S. 67, entwickelt hat,

ebenso Kühling, Schranken der Zulässigkeit eines Verzichts auf eine Gemeinkostenzuschlüsselung bei den Terminierungsentgelten im Mobilfunk, 2011, S. 21.

Die vorgenannte Empfehlung ist auf die Rahmen-RL, insbesondere auf Art. 19 Abs. 1 derselben, gestützt. Gemäß § 123a Abs. 3 S. 1 TKG trägt die Bundesnetzagentur bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben derartigen Empfehlungen weitestgehend Rechnung.

Nach Nr. 1 S. 1 und 2 der Empfehlung sollten nationale Regulierungsbehörden, die Preiskontroll- und Kostenrechnungsverpflichtungen im Sinne von Art. 13 der Zugangs-RL auferlegen, solche Zustellungsentgelte festlegen, die sich auf die einem effizienten Betreiber entstehenden Kosten stützen und damit (grundsätzlich) symmetrisch sind. Bei der Bewertung der effizienten Kosten sollen gemäß Nr. 2 der Empfehlung die laufenden Kosten zugrunde gelegt werden, und es soll nach einem Bottom-up-Modell verfahren werden, das sich zur Kostenrechnung auf die Methode der langfristigen zusätzlichen Kosten (Long Run Incremental Costs = LRIC) stützt. Gemäß Nr. 6 S. 1 und 2 der Empfehlung gilt im Rahmen des LRIC-Modells als relevante Zusatzleistung die auf der Vorleistungsebene für Dritte erbrachte Anrufzustellung. Dies setzt voraus, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Bewertung der zusätzlichen Kosten feststellen, wie hoch die Differenz zwischen den langfristigen Gesamtkosten eines Betreibers, der die gesamte Bandbreite von Diensten anbietet, und den langfristigen Gesamtkosten dieses Betreibers ohne Anrufzustellung für Dritte auf der Vorleistungsebene ist. Nach Nr. 6 S. 3 und 4 der Empfehlung sollten die nationalen Regulierungsbehörden die verkehrsunabhängigen Kosten bei der Berechnung der Vorleistungs-Zustellungsentgelte nicht berücksichtigen; die verkehrsbedingten Zusatzkosten sollten sie zunächst anderen Diensten und nur die restlichen verkehrsbedingten Kosten der Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene zuordnen.

Der Sache nach läuft ein Vorgehen anhand der Kommissionsempfehlung darauf hinaus, dass der Vorleistungsnachfrager bzw. der Anrufer nur noch einen – vermutlich relativ geringen – Teil zur Kostendeckung beitragen; die Deckung des verbleibenden Kostendeltas wäre von sonstigen Kunden der Betroffenen, insbesondere ihren Anschlussnehmern, zu leisten. Insofern überlappen sich indes die Vorschriften des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG i.V.m. Nr. 2 und 6 Terminierungsempfehlung und des § 29 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 und S. 2 TKG. Nach der letztgenannten Norm – die sich auf Art. 13 Abs. 2 Zugangs-RL stützt – kann die Bundesnetzagentur ein Unternehmen

mit beträchtlicher Marktmacht durch gesonderte Entscheidung verpflichtet, bestimmte Kostendeckungsmechanismen anzuwenden, soweit dies erforderlich ist, um die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen. Die Bundesnetzagentur hat bei Auferlegung dieser Verpflichtung sicherzustellen, dass die wirtschaftliche Effizienz und ein nachhaltiger Wettbewerb gefördert werden und die Verpflichtung möglichst vorteilhaft für den Endnutzer ist. Diese gesetzlichen Wertungen werden mutatis mutandis auch beim Erlass von auf § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG gestützten Verpflichtungen zu beachten sein. Als nachrangige und auch ältere Vorschrift kann § 29 TKG die Aufnahme einer solchen Verpflichtung in die Regulierungsverfügung freilich nicht sperren.

Abweichend von der Genehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Entgelte allerdings auch einer nachträglichen Regulierung nach § 38 oder nach § 38 Abs. 2 bis 4 unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen.

Unterliegen Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 als kategorial zweitschärfster Form der Entgeltkontrolle, sind sie der Bundesnetzagentur gemäß § 38 Abs. 1 TKG zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten vorzulegen. Die Bundesnetzagentur untersagt innerhalb von zwei Wochen nach Anzeigenzugang die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 28 vereinbar wäre. Unabhängig davon gilt gemäß § 38 Abs. 2 und 4 TKG, dass, wenn der Bundesnetzagentur Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von marktmächtigen Unternehmen nicht den Maßstäben des § 28 genügen, die Bundesnetzagentur unverzüglich eine Überprüfung der Entgelte einleitet.

Gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die nur auf Grund seiner beträchtlichen Marktmacht auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation durchsetzbar sind. Dabei wird als Maßstab für die Erfassung eines Preishöhenmissbrauchs in Anlehnung an § 19 Abs. 4 S. 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 Missbrauchsvorwurfs verbundenen Unrechtsurteils allerdings erst dann, wenn sie diese erheblich überschreiten, wobei der Missbrauchszuschlag je nach den Marktgegebenheiten unterschiedlich sein kann,

s. die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 61), 6 C 15.07 (Rz. 68), 6 C 16.07 (Rz. 58) und 6 C 17.07 (Rz. 61), jeweils unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 28.06.2005 in der Sache KVR 17/04, BGHZ 163, 282, S. 295 f., und Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn. 159.

Sofern die Bundesnetzagentur feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 genügen, stehen ihr nach § 38 Abs. 4 TKG ex-nunc wirkende Untersagungs- und Anordnungsbefugnisse zu.

Werden die Entgelte dagegen gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 TKG dem (dritten) Kontrollsystem nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterworfen, entfällt eine Vorab-Entgeltprüfung. Die Bundesnetzagentur wird vielmehr nur tätig, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen.

Wie aus der vorstehenden Darstellung erhellt, besteht die telekommunikationsrechtliche Entgeltkontrolle letzten Endes in einer Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG, die je nach Fall eingebettet wird in die verfahrensrechtlichen und ggf. auch materiellrechtlichen Bestimmungen des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG, des § 38 Abs. 1 bis 4 TKG oder des § 30 i.V.m. § 31 TKG. Für die Ermessensausübung der Beschlusskammer bedeutet dies, dass sie zunächst eine Entscheidung darüber treffen kann, ob sie überhaupt eine Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG vornimmt. In einem weiteren Schritt ist dann über eine etwaige materielle Ergänzung der Entgeltmaßstäbe sowie über die formelle Ausgestaltung der Gesamtkontrolle zu entscheiden.



### 3.8.4 Ermessensausübung hinsichtlich einer Missbrauchskontrolle

In pflichtgemäßer Ausübung des ihr in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer zunächst entschieden, die Entgelte für die Gewährung der Zugänge nach Ziffern 1.1 bis 1.4. des Tenors einer Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG zu unterwerfen. Mit dieser Entscheidung hat die Beschlusskammer ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

#### 3.8.4.1 Missbrauchskontrolle als Zweck der Entgeltregulierung

Im vorliegenden Fall ist es jedenfalls ein Zweck der Entgeltkontrolle sicherzustellen, dass die Betroffene die aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen einhält. Dieser Zweck folgt aus einer Gesamtschau gesetzlicher Zielbestimmungen und tatsächlicher Marktgegebenheiten.

Gemäß § 27 Abs. 1 TKG soll die Entgeltregulierung eine missbräuchliche Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder von Wettbewerbern durch preispolitische Maßnahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verhindern. Die Bundesnetzagentur stellt dabei nach § 30 Abs. 3 Satz 1 TKG sicher, dass alle Entgelte die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern und für die Verbraucher nicht nur kurzfristig, sondern auch mittel- und langfristige möglichst vorteilhaft sind. Überwölbt werden diese Zielsetzungen, wie es sich auch aus den Verweisen in § 30 Abs. 1 S. 2 und § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG ergibt, von den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 und den – bei der Verfolgung dieser Ziele anzuwendenden – Regulierungsgrundsätzen des § 2 Abs. 3 TKG,

vgl. auch die Begründung zum Gesetzentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 101.

Die Regulierung hat danach u.a. die Nutzer-, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2), einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation, auch in der Fläche, zu fördern und einen unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu gewährleisten (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3), die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 3) sowie den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5). Bei der Verfolgung der vorgenannten Ziele wendet die Bundesnetzagentur objektive, transparente, nicht diskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze an, u.a. indem sie gewährleistet, dass Betreiber von Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Telekommunikationsdiensten unter vergleichbaren Umständen nicht diskriminiert werden (§ 2 Abs. 3 Nr. 2), und indem sie den Wettbewerb zum Nutzen der Verbraucher schützt und, soweit sachgerecht, den infrastrukturbasierten Wettbewerb fördert (§ 2 Abs. 3 Nr. 3).

Diese Zielsetzungen treffen auf Märkte, die – wie in der Festlegung der Präsidentenkammer gezeigt worden ist – von besonders hohen Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind. Auf dem Markt für die Anrufzustellung ist die Betroffene begriffsnotwendig keiner Konkurrenz ausgesetzt, und auf dem Markt für die Zuführung von Verbindungen ist auf längere Sicht nicht erkennbar, dass Marktkräfte diese Marktmacht erodieren lassen könnten.

Diese Umstände können der Betroffenen indes Anreize zu wettbewerbsschädigendem Verhalten im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts liefern. Um ihre eigene Wettbewerbsposition einschließlich derjenigen konzernverbundener Unternehmen sowohl auf dem verfahrensgegenständlichen als auch auf benachbarten Märkten zu stärken, könnte sich die Betroffene veranlassen sehen, durch preisliche Maßnahmen etwa in Form von missbräuchlich überhöhten Preisen, von Preis-Kosten-Scheren oder von sachlich ungerechtfertigten Bündelungen, aber auch durch Vorteilsseinräumungen zugunsten konzernverbundener oder sonstiger Unternehmen die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweils betroffenen Märkten zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die Nachfrager, die an der Betroffenen als Geschäftspartnerin nicht vorbeikommen und ggf. mit ihr auf den Endkundenmärkten konkurrieren, könnten diesen Einflüssen nicht ausweichen. Maßnahmen in der genannten Form würden daher insbesondere den Regulierungszielen des



Nutzer- und Verbraucherschutzes (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2) und des chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3) widersprechen.

Ein Zweck der Entgeltkontrolle muss es damit sein, den Leistungswettbewerb dadurch zu schützen, dass die im allgemeinen Wettbewerbsrecht entwickelten Grenzen für Preismaßnahmen marktmächtiger Unternehmen auch auf dem vorliegenden Markt Beachtung finden.

### **3.8.4.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne**

Die Auferlegung einer Missbrauchsaufsicht anhand des § 28 TKG entspricht dem vorgestellten Zweck. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

Die Auferlegung der Missbrauchskontrolle ist geeignet, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen. Sie ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderer, aber gleich wirksamer Entgelmaßstab zu entdecken, welcher an die Stelle des Missbrauchsmaßstabs nach § 28 TKG treten könnte. Die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Wie bereits ähnlich im Zusammenhang mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot nach § 19 TKG ausgeführt (siehe Ziffer 3.3), belastet die Entscheidung die Betroffene nicht unzumutbar. Denn einerseits unterliegt sie ohnehin einem gesetzlichen Missbrauchsverbot nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht (§§ 19 und 20 GWB und Art. 102 AEUV), und andererseits ist jedenfalls dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot die Möglichkeit immanent, eine objektive Behinderung oder Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe zu rechtfertigen, wobei über letztere im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele zu entscheiden ist,

vgl. auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 50), 6 C 15.07 (Rz. 55), 6 C 16.07 (Rz. 47) und 6 C 17.07 (Rz. 50).

Die Beschlusskammer unterwirft deshalb die auf den Märkten 2 und 3 erhobenen Vorleistungsentgelte der Betroffenen einer Prüfung am Missbrauchsmaßstab des § 28 TKG.

### **3.8.5 Ermessensausübung hinsichtlich eines Genehmigungsverfahrens mit zusätzlicher Preisobergrenzenkontrolle**

In weiterer pflichtgemäßer Ausübung des ihr in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer darüber hinaus entschieden, die Entgelte für die Gewährung der Zugänge nach Ziffern 1.1 bis 1.4 der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG zu unterwerfen. Die Missbrauchskontrolle ist integraler Bestandteil des Genehmigungsverfahrens.

Mit der Genehmigungspflicht werden die fraglichen Entgelte zusätzlich zur Missbrauchskontrolle einer besonderen Preisobergrenzenkontrolle unterworfen. Die Entgelte für die erbrachten Zugangsleistungen werden dabei gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG auf der Grundlage der auf die einzelnen Leistungen entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG bemessen.

#### **3.8.5.1 Entgelte für Zugangsleistungen**

Die Beschlusskammer hat gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG entschieden, die Entgelte für die erbrachten Zusammenschaltungs-, Verbindungs- und Kollokationsleistungen auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG zu genehmigen. Innerhalb des Genehmigungsverfahrens erfolgt auch die Missbrauchskontrolle, § 35 Abs. 3 S. 1 TKG.

Mit dieser Entscheidung hat die Beschlusskammer ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

### **3.8.5.1.1 Hergebrachte KeL-Preisobergrenzenkontrolle als zusätzlicher Zweck der Entgeltregulierung**

Aus einer Betrachtung der verschiedenen Regulierungsziele ergibt sich, dass die Beschlusskammer im vorliegenden Fall nicht nur sicherstellen soll, dass die von der Betroffenen vorgenommenen Preismaßnahmen den aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Anforderungen entsprechen (siehe dazu Ziffer 3.8.4), sondern zusätzlich auch, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Sinne von § 32 TKG die Obergrenze für die Zugangsentgelte darstellen.

#### **3.8.5.1.1.1 Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs, Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte und Gewährleistung unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation**

Vorleistungsentgelte, die nicht über die KeL hinausgehen, stellen das Regulierungsziel eines chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 TKG besser und wirksamer sicher als Entgelte, die in ihrer Höhe bis zur Missbrauchsschwelle getrieben werden.

Wettbewerb im vorgenannten Sinne wird auf den vorliegenden Märkten für Verbindungsleistungen und auf den ihnen nachgelagerten Endkundenmärkten angestrebt, weil ein derartiger Wettbewerb in der Regel verschiedene als vorteilhaft angesehene Funktionen erfüllt. So können namentlich in jeweils akzeptabler Weise Freiheit gewährt, Marktmacht kontrolliert, Preise gesetzt, Einkommen verteilt, Ressourcen alloziert, Anpassungen ermöglicht und technischer Fortschritt induziert werden,

vgl. zu den Wettbewerbsfunktionen Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten: zum Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ im deutschen Wettbewerbsrecht, 2002, S. 44.

Die Entgeltregulierung wendet sich in diesem Zusammenhang dem marktlichen Preismechanismus zu. Dieser Mechanismus trägt wesentlich zur Erreichung der aufgeführten Wettbewerbsfunktionen bei. Gebildet im Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage, zeigen Preise u.a. Knappheitsverhältnisse an, lenken die Produktionsfaktoren in die jeweils rentabelste Verwendungsrichtung und stimmen die Pläne auf den verschiedenen Märkten ab,

vgl. Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. Aufl. 2003, S. 91ff.

In der Regel sollte der Staat den Preismechanismus auf einem Markt möglichst ungestört bzw. allenfalls begrenzt durch die Anforderungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts arbeiten lassen. Dies gilt grundsätzlich auch für Märkte, auf denen ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen. Auf solchen Märkten können relativ hohe Preise des oder der marktmächtigen Unternehmen zu Marktexpansionen und Marktzutritten Dritter und damit nicht nur zu vorteilhaften Marktstrukturänderungen, sondern insgesamt auch zu Mengenausweitungen und Preissenkungen führen. Voraussetzung dafür ist allein, dass bestehende Marktzutrittsschranken innerhalb absehbarer Zeit überwunden werden können. Aktiviert durch den Preismechanismus, würden so die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs bestehende Marktmacht untergraben. Mit Rücksicht hierauf – und auch auf praktische Probleme des Bestimmens unfairer Preise und deren fortlaufender Kontrolle – ist etwa das allgemeine Kartellrecht zurückhaltend, was die Kontrolle absoluter Entgelthöhen anbelangt,

vgl. zur dargestellten Argumentation Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG / Teil 1, 4. Aufl. 2007, Art. 82 Rz. 133f., Furse, „Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition,“ in: European Competition Journal Vol. 4, Nr. 1 (2008) 59, S. 60 und 76ff., Heise, Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften, Berlin 2008, S. 182, jeweils m.w.N. In diesem Sinne auch BR-Drs. 755/03, S. 91 („Zum Abschnitt 3“).

Die vorstehend skizzierte Funktionsweise von Preisen und damit die Ratio einer zurückhaltenden Preisobergrenzenkontrolle sind dagegen auf einem von einem deutlichen Marktversagen

gekennzeichneten Markt – wie den verfahrensgegenständlichen Märkten, vgl. § 10 Abs. 2 S. 1 TKG i.V.m. der Festlegung der Präsidentenkammer – nicht anzutreffen. Aufgrund der hohen Zutrittsschranken werden auch bei weit über dem Wettbewerbspreis liegenden Entgelten keine Markteintritte erfolgen, die innerhalb absehbarer Zeit die Marktmacht der Betroffenen erodieren lassen würden,

vgl. zur ehemals analogen Situation in den sog. „Ausnahmebereichen“ des GWB Baur/Henk-Merten, Kartellbehördliche Preisaufsicht über den Netzzugang, 2002, S. 44; vgl. ferner die Beschlüsse des BGH vom 21.02.1995 in der Sache KVR 4/94, BGHZ 129, 37, S. 49ff., vom 06.05.1997 in der Sache KVR 9/96, BGHZ 135, 323, S. 328, und vom 22.07.1999 in der Sache KVR 12/98, BGHZ 142, 239, S. 252; siehe außerdem Möschel, a.a.O., Rz. 135 (Wettbewerbsrecht EG) sowie Furse, a.a.O., S. 60.

Aus den vorgenannten Gründen kann der Preismechanismus auf den Märkten für Verbindungsaufbau und Anrufzustellung an festen Standorten seinen Allokations- und Planabstimmungsfunktionen nicht gerecht werden. Die Beeinträchtigung beschränkt sich freilich nicht allein auf diese Märkte. Betroffen sind vielmehr auch die nachgelagerten Endkundenmärkte. Denn die alternativen Anbieter von Diensten, von Betreibervorauswahl und von Verbindungen in das Festnetz der Betroffenen können die für den Auftritt im Endkundenbereich notwendigen Zusammenschaltungs-, Verbindungs- und Kollokationsleistungen eben nicht zu wettbewerbskonformen Preisen einkaufen.

Letzteres jedoch könnte einmal dazu führen, dass der für den Auftritt auf den Endkundenmärkten unabdingbare Zugang nach § 21 TKG verwässert würde und ggf. sogar unterlaufen werden könnte. Sinn der auferlegten Zugangsgewährungsverpflichtung ist es namentlich, eine netzübergreifende Kommunikation zu gewährleisten und den Nachfragern Effizienzgewinne durch Vornahme unmittelbarer Zusammenschaltungen zu ermöglichen. Durch Vorleistungsentgelte, die den Wettbewerbspreis überschritten und eine Zusammenschaltung insgesamt oder an bestimmten Zusammenschaltungsorten nicht mehr rentabel erscheinen ließen, könnten diese Ziele in Frage gestellt werden.

Darüber hinaus würden Vorleistungsentgelte, welche den Wettbewerbspreis überschritten, der Betroffenen ein wettbewerbsverzerrendes Quersubventionierungspotenzial erschließen. Auf den Zuführungs- bzw. Terminierungsmärkten erhobene Sonderrenten könnten von ihr als vertikal integrierten Unternehmen genutzt werden, um ihren Auftritt im Endkundenbereich insbesondere auf dem Markt für Anschlüsse zu unterstützen. Die Betroffene würde sich mithin einen von Mitwettbewerbern nicht erreichbaren Vorteil verschaffen. Zudem gingen den Nachfragern bei einem Einkauf zu Preisen, die den Wettbewerbspreis überschritten, Finanzmittel verloren, die ihnen ansonsten für das Agieren auf den Endkundenmärkten zur Verfügung stünden,

vgl. zur Marktmachtübertragung (auch auf nicht beherrschte Märkte) Möschel, a.a.O., Art. 82 Rn. 102f.; ferner EuG, Urteil Rs. T-219/99 vom 17.12.2003, Rz. 127 – British Airways, mit Verweis auf EuGH, Urteil verb. Rs. 6/73 und 7/73 vom 06.03.1974, Rz. 22 – Commercial Solvents, und Urteil Rs. 311/84 vom 03.10.1985, Rz. 26 – CBEM.

Den aufgeführten Beeinträchtigungen der Wettbewerbsmöglichkeiten und – damit einhergehend – des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten kann allerdings regulatorisch entgegengewirkt werden. Mit der hoheitlichen Vorgabe von Preisobergrenzen, welche die ansonsten erwartbaren Wettbewerbsergebnisse nachbilden, lassen sich das Versagen des Preismechanismus kompensieren und Wettbewerbsverzerrungen verhindern.

In der Praxis sind bislang die KeL-Preise als Als-Ob-Wettbewerbspreise angesehen worden,

siehe die Nachweise in Ziffern 3.8.3 und 3.8.5.2.2.1.

Hieran ist festzuhalten. Mit den KeL werden sämtliche mit der Zugangsleistung zusammenhängenden und zu deckenden Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung entgolten. Aus den unter Ziffer 3.8.5.2 dargestellten Gründen ist dagegen im vorliegenden Zusammenhang nicht anzunehmen, dass eine nur teilweise Entgeltung der KeL über die Terminierungsentgelte anhand der LRIC-Grundsätze der Terminierungsempfehlung dem Wettbewerbsergebnis noch näher käme.

Der Gesichtspunkt der Gewährleistung chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs streitet deshalb dafür, keine die KeL überschreitenden Zusammenschaltungs-, Verbindungs- und Kollokationsentgelte zuzulassen.

### **3.8.5.1.1.2 Wahrung von Nutzer- und Verbraucherinteressen**

Vorleistungsentgelte, die nicht die KeL überschreiten, wahren die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 3 TKG genannten Interessen der unmittelbaren und mittelbaren Nachfrager, namentlich der Verbraucher, besser und wirksamer als Entgelte, die in ihrer Höhe erst durch die Missbrauchsschwelle beschränkt werden,

vgl. zur Wahrung der Verbraucherinteressen auch Art. 13 Abs. 2 S. 1 Zugangs-RL, aus dem mittelbar entnommen werden kann, dass neben wirtschaftlicher Effizienz und der Förderung nachhaltigen Wettbewerbs die Belange der Verbraucher bei der Entgeltregulierung von vorrangiger Bedeutung sind, so die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 63), 6 C 15.07 (Rz. 70), 6 C 16.07 (Rz. 60) und 6 C 17.07 (Rz. 63); siehe ferner auch Art. 8 Abs. 2 lit. a Rahmen-RL.

Die Verbraucher werden durch die Vorleistungsentgelte betroffen, weil ein Netzbetreiber die Zuführung aus dem Netz und die Terminierung in das Netz der Betroffenen einkaufen muss, um Endkunden der Betroffenen Dienste und seinen eigenen Endkunden Verbindungen in das Festnetz der Betroffenen anbieten zu können. Die Zusammenschaltungs-, Verbindungs- und Kollokationsentgelte sind Teil seiner Kosten, die er an seinen Endkunden weitergeben wird.

Tatsächlich haben die Endkunden der anderen Festnetz- und Mobilfunknetzbetreiber auch von der bisher betriebenen KeL-Regulierung der verfahrensgegenständlichen Vorleistungsentgelte profitiert. Dieser Schluss ergibt sich aus der Intensität des Wettbewerbs, welcher auf den entsprechenden Endkundenmärkten herrscht, der eine Weitergabe von Entgeltersparnissen an die eigenen Endkunden erzwungen haben muss und der sogar eine Beendigung der Regulierung der Endkundenverbindungsmärkte ermöglichte,

Regulierungsverfügung BK 2a-09-001 vom 22.04.2009.

Die Annahme, die Nachfrager von Zusammenschaltungsleistungen der Betroffenen hätten es sich trotz des Wettbewerbs auf den nachgelagerten Märkten erlauben können, aus den Senkungen der Vorleistungsentgelte resultierende Extra-Margen einzubehalten, widerspräche jeder wettbewerblichen Theorie.

Die empirische Bestätigung dieser theoretischen Einsicht muss sich allerdings wegen bestimmter Besonderheiten der Endkundenmärkte auf gewisse Plausibilitätsüberlegungen beschränken. Die Endkundenmärkte sind, was die Preisgestaltung anbelangt, von letztlich undurchdringbarer Intransparenz gekennzeichnet. Sowohl im Festnetz- als auch im Mobilfunkendkundenbereich lassen sich eine Vielzahl von Einzel- und Bündelangeboten finden, die sich voneinander nicht nur aufgrund von im konkreten Einzelfall ausgehandelten Rabattierungen, sondern auch durch Zu- oder Abbuchungen bestimmter Leistungsmerkmale oder auch durch die Beigabe sonstiger Vergünstigungen unterscheiden. Da es weder praktisch möglich ist, eine Vergleichbarkeit der Tarifstrukturen herzustellen und ein (gewichtetes) Preisniveau für bestimmte Paketbestandteile zu bestimmen, noch es durchführbar erscheint, den Einfluss einzelner Kostenparameter auf die Preisgestaltung zu isolieren, lassen sich die Auswirkungen bestimmter Vorleistungspreissenkungen auf die Endkundenpreise nicht hart nachvollziehen.

Mit Blick auf die Festnetz-Festnetz-Verbindungen lässt sich der steigende Anteil von Pauschalтарifen und Bündelangeboten allerdings am Ehesten erklären, wenn man annimmt, dass die Festnetzbetreiber ihre Endkunden an den erzielten Einsparungen an Terminierungsentgelten nicht vorrangig im Wege wesentlich gesenkter Preise für Anrufe in Festnetze, sondern vielmehr mittels allgemein günstigerer Paketpreise und Pauschalentgelte für Festnetzverbindungen oder im Einzelfall gewährter Preisnachlässe haben teilhaben lassen. Die weitgehende Durchsetzung von Pauschalentgelten für Festnetzverbindungen hat einen Stand erreicht, der anzeigt, dass die Kosten der Leistungsbereitstellung so niedrig sein müssen, dass weder für Anbieter noch Endnutzer Bedarf nach Tarifmodellen besteht, mit denen die zu entrichtenden Entgelte durch den

Umfang der Inanspruchnahme der Leistung beeinflusst werden können. Die Kundenwahrnehmung und damit das Wettbewerbsgeschehen im Festnetzbereich konzentrieren sich zunehmend auf die Anschlussbandbreite und den Bündel-Tarif, der für die Überlassung eines Anschlusses mitsamt Verbindungen in die nationalen Festnetze und das Internet zu zahlen ist,

vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2010/2011, S. 65; nach dem Digital Agenda Scoreboard 2011 der EU-Kommission, S. 63, nimmt Deutschland diesbezüglich den Spitzenplatz in der Europäischen Union ein.

Im Endergebnis hängt die Höhe der Endkundenentgelte im Festnetz von den Vorleistungsentgelten der Betroffenen ab. Es liegt deshalb im Interesse der Verbraucher, dass die Vorleistungsentgelte für Zusammenschaltungs-, Verbindungs- und Kollokationsleistungen die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten.

### **3.8.5.1.1.3 Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes**

Entgelte, die nicht die KeL überschreiten, fördern auch die Entwicklung des Binnenmarktes in der Europäischen Union im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG besser als Vorleistungsentgelte, die erst von der Missbrauchsschwelle begrenzt würden. Es ist mit Blick auf die in Art. 8 Rahmen-RL verankerten unionsweiten Regulierungsziele jedenfalls dem Binnenmarkt zuträglich, wenn die Entgelte für Verbindungsleistungen – gleich welchen Ursprungs – anhand eines insbesondere dem Wettbewerbs- und Verbraucherschutzziel verpflichteten Kostenmaßstabs bestimmt werden.

### **3.8.5.1.1.4 Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen**

Entgelte, die die KeL nicht übersteigen, fördern auch das in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG enthaltene Regulierungsziel des Ausbaus hochleistungsfähiger öffentlicher Telekommunikationsnetze der nächsten Generation. Diese Hochleistungsnetze werden zwar für die Abwicklung von Datenverkehr benötigt, während es hier allein um die Entgeltregulierung auf Märkten für Sprachverkehr geht. Durch die Einbeziehung von über IP-Zusammenschaltungen übergebenen Verbindungsleistungen besteht aber ein Zusammenhang mit dem Wechsel auf diese neuen Netze. Entgelte, die die KeL übersteigen, könnten den Wechsel auf die neuen Hochleistungsnetze behindern und die Investitionsfähigkeit der ICP der Betroffenen in solche Netze und die zugehörige Zusammenschaltung behindern.

### **3.8.5.1.1.5 Ergebnis**

Zweiter Zweck der Entgeltkontrolle hinsichtlich der Entgelte für Zusammenschaltungs-, Verbindungs- und Kollokationsleistungen ist es, eine Überschreitung der KeL im Sinne von § 32 TKG zu verhindern.

### **3.8.5.1.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne**

Lediglich die Auferlegung einer Entgeltkontrolle gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG entspricht dem vorgestellten Zweck. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten. Die Auferlegung ist geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne, um zu gewährleisten, dass die Zugangsentgelte die Kosten der effizienten Leistungserbringung im Sinne von § 32 TKG nicht überschreiten. Zudem ist eine angemessene Verfahrensausgestaltung für die Missbrauchsaufsicht sichergestellt.

### **3.8.5.1.2.1 Eignung**

Die Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht ist geeignet, die genannten Zwecke zu erreichen. In ihrem Rahmen werden sowohl etwaige Verstöße gegen die Missbrauchsvorschrift des §

28 TKG als auch drohende Überschreitungen der KeL im Sinne von § 31 TKG wirksam abgestellt.

### 3.8.5.1.2.2 Erforderlichkeit

Die Genehmigungspflicht gemäß den §§ 30 Abs. 1 S. 1, 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 35 Abs. 3 TKG ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Regime zu entdecken, welches an die Stelle der Entgeltgenehmigungspflicht treten könnte.

Namentlich weniger wirksam als die Entgeltgenehmigungspflicht wäre die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle nach § 30 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 38 TKG. Zwar wäre eine solche Missbrauchskontrolle in der Lage, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen – selbst vor Inkrafttreten neuer Tarife – sicherzustellen. Sie reichte aber aufgrund ihres jedenfalls im vorliegenden Kontext milderen Prüfungsmaßstabes nicht aus, um Überschreitungen der KeL zu begreifen.

Derartige Überschreitungen wären im Falle einer Prüfung der Zugangsentgelte am bloßen Missbrauchsmaßstab jedoch zu erwarten. Dies folgt aus den allgemeinen Anreizen, die die von fehlenden Ausweich- und Einwirkungsmöglichkeiten der Nachfrager gekennzeichneten Marktstrukturen für die Betroffene mit sich bringen. Nachfrager können sich gegen KeL-überschreitende Preise nicht aus eigener Kraft wehren. Es entspräche daher allgemeiner Theorie und Praxis, wenn die Preise zur Gewinnmaximierung über das genannte Niveau gehoben würden,

vgl. zur Preissetzung im (natürlichen) Monopol Wied-Nebbeling, Grundlagen der Mikroökonomik, 2. Aufl. 2001, S. 214ff., insbes. S. 235f.; Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. Aufl. 2003, S. 236ff.; Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 6. Aufl. 2005, S. 194ff.; Kommission, Explanatory Note accompanying the Commission Recommendation, SEC(2009)600, S. 6.

Vorliegend ist kein belastbarer Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass die Betroffene ihr Preissetzungsverhalten gleichwohl zukünftig so handhaben würde, dass sie die Kosten der effizienten Leistungserbringung aus eigenem Entschluss und ohne entsprechende Eingriffsmöglichkeiten aus eigenem Entschluss und ohne entsprechende Eingriffsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur einhalten würde. Gegen ein solches Verhalten sprechen u.a. die Erfahrungen der Beschlusskammer aus den vergangenen Regulierungsverfahren, in denen die schließlich genehmigten Entgelte fast immer deutlich unter den beantragten Entgelten lagen.

Dementsprechend zeigen auch die Erfahrungen der Beschlusskammer mit den von der Betroffenen beantragten Entgelten, dass diese Entgelte teils deutlich über den im Entgeltgenehmigungsverfahren ermittelten KeL lagen.

Der Missbrauchsmaßstab ist damit nicht ausreichend zur Sicherstellung von KeL-Entgelten. Kann der Gefahr von die KeL überschreitenden Entgelten für die auferlegten Zugangsverpflichtungen schon nicht nach § 30 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 38 TKG begegnet werden, so würde selbiges erst recht nicht bei der Auferlegung von Verpflichtungen nach § 30 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG oder gar bei einem vollständigen Absehen von Entgeltkontrollverpflichtungen gelingen.

Die Entgeltgenehmigungspflicht stellt sich damit als zur Zweckerreichung erforderliche Maßnahme dar.

### 3.8.5.1.2.3 Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Auferlegung der Genehmigungspflicht ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der KeL-Regulierung auf andere Rechtsgüter zu entdecken, die in der Abwägung eine solche Regulierung unzulässig erscheinen ließen.

In diesem Zusammenhang ist zwar durchaus zuzugestehen, dass nicht jedwede vorhersehbare Überschreitung der KeL-Obergrenze die Genehmigungspflichtigkeit von Entgelten auslösen kann. Eine auf eine KeL-Obergrenze zielende Entgeltregulierung stellt einen massiven Eingriff in

die unternehmerische Freiheit dar. Ein derartiger Eingriff darf deshalb nur vorgenommen werden, wenn es sich im Lichte der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 und 3 TKG nicht um einen Bagatellfall handelt.

Ob ein solcher Bagatellfall vorliegt, ist anhand des betroffenen absoluten Entgeltvolumens, der marktstrukturellen Bedeutung des Preises und der möglich erscheinenden Spanne zwischen den bei alleiniger Missbrauchs- und bei zusätzlicher KeL-Regulierung geltenden Preisen zu beurteilen. Je niedriger das Entgeltvolumen, die Bedeutung des Preises für die Entwicklung dieses und anderer Märkte sowie das Änderungspotenzial einer KeL-Regulierung sind, desto geringer sind die zu erwartenden positiven Auswirkungen einer KeL-Regulierung und desto eher können in Abwägung mit der Eingriffstiefe einer solchen Regulierung gewisse künftige Überschreitungen der KeL hingenommen werden. Sollte nach dieser Maßgabe eine KeL-Regulierung unverhältnismäßig sein, müsste notgedrungen auf ein schwächeres Kontrollregime zurückgegriffen werden.

Im vorliegenden Fall handelt es sich indes um Märkte, auf denen die Betroffene allein im Jahre 2011 genehmigungspflichtige Verbindungsleistungen im Werte von über [REDACTED] (BuGG) € erbracht hat. Schon geringe prozentuale Preisänderungen können sich folglich zu einem hohen einstelligen €-Millionenbetrag aufsummieren. Der Preis stellt sich außerdem als ein entscheidender Wettbewerbsparameter dar. Die Toleranzgrenze für „unwesentliche“ Überschreitungen der Kosten der effizienten Leistungserbringung, die als Bagatellfall noch keine KeL-Regulierung rechtfertigen würden, ist vor diesem Hintergrund sehr niedrig anzusetzen. Der Beschlusskammer ist nicht ersichtlich, dass eine derart definierte Toleranzgrenze im vorliegenden Fall bei einer bloßen Missbrauchsaufsicht noch eingehalten werden würde.

#### **3.8.5.1.2.4 Ergebnis**

Die KeL-Regulierung der Entgelte für erbrachte Zusammenschaltungs-, Verbindungs- und Kollationsleistungen gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG ist insgesamt geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um die dargestellten Zwecke zu erreichen.

#### **3.8.5.2 Andere Methode der Entgeltregulierung gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 für Terminierungsleistungen**

Nach Überzeugung der Beschlusskammer ist für die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der Terminierungsleistungen eine andere Methode der Entgeltregulierung besser als die bisherige Vorgehensweise geeignet, um die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen. Denn die Regelungsziele lassen sich mit der in der Terminierungsempfehlung vorgegebenen Symmetrie der Terminierungsentgelte und ihre Ermittlung bevorzugt anhand eines Bottom-up-Kostenmodells für ein NGN-Netz besser erreichen. Dagegen ist die Vorgabe aus Nr. 6 der Empfehlung, bei der Festlegung des relevanten Zusatzinkrements zur Bestimmung die leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten zuerst auf andere Dienste zu verteilen und kein Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten zu berücksichtigen, auf Grund nationaler Besonderheit (siehe Ziffern 3.8.5.2.1.1.2.1, 3.8.5.2.1.1.2.2 und 3.8.5.2.1.1.2.2) nicht besser geeignet.

##### **3.8.5.2.1 Bemessungsgrundlage der Terminierungsentgelte**

Die Auferlegung der Genehmigung der Terminierungsentgelte nach den KeL deckt sich insofern mit der Terminierungsempfehlung, als den effizienten Kosten die laufenden Kosten zugrunde gelegt werden und nach einem Bottom-up-Modell verfahren werden kann, das sich zur Kostenrechnung auf die Methode der langfristigen zusätzlichen Kosten stützt (Nr. 2 der Empfehlung). Bei der Festlegung des relevanten Zusatzinkrements zur Bestimmung der leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten sind allerdings entgegen Nr. 6 der Empfehlung – und in Beibehaltung der bisherigen Praxis – sämtliche über das fragliche Netz erbrachten Verbindungsleistungen zu betrachten und die Kosten nutzungsanteilig zu verteilen. Im Übrigen ist ein angemessener Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten zu berücksichtigen. Innerhalb des Genehmi-



gungsverfahrens ist die Missbrauchskontrolle nach § 28 TKG vorzunehmen, § 35 Abs. 3 S. 1 TKG.

Soweit in der Entscheidung, die herkömmliche KeL-Berechnung beizubehalten, eine Abweichung von der Terminierungsempfehlung der Kommission liegt, ist dies – wie im Folgenden dargelegt – sachlich gerechtfertigt. Gemäß Art. 288 Abs. 5 AEUV sind Empfehlungen für die Adressaten unverbindlich. Dies hindert zwar nicht, dass Empfehlungen nach gefestigter Rechtsprechung zur Auslegung innerstaatlicher, Unionsrecht umsetzender Rechtsvorschriften oder zur Ergänzung verbindlicher unionsrechtlicher Vorgaben heranzuziehen sind,

siehe EuGH, Urteil in der Rechtsache C-322/88, Slg. 1989, S. 4407, Rn. 7, 16, 18 – Salvatore Grimaldi; vgl. auch BVerwG, Urteil 6 C 16/07 vom 02.04.2008, Rz. 24.

Zudem trägt die Bundesnetzagentur gemäß § 123a Abs. 3 S. 1 TKG bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben weitestgehend den Empfehlungen Rechnung, die die Kommission – wie etwa die Terminierungsempfehlung – nach Artikel 19 Abs. 1 und 2 Rahmen-RL erlassen hat. Gleichwohl ist es letztlich in die Entscheidung der Bundesnetzagentur gestellt, ob sie einer Empfehlung folgt oder nicht. Beschließt die Bundesnetzagentur, sich nicht an eine Empfehlung zu halten, so teilt sie dies – wie vorliegend geschehen – gemäß § 123a Abs. 3 S. 2 TKG der Kommission unter Angabe ihrer Gründe mit.

Mit ihrer Entscheidung hat die Beschlusskammer ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

#### **3.8.5.2.1.1 Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs, Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte und Gewährleistung unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation**

Terminierungsentgelte, die nicht über die KeL hinausgehen, stellen das Regulierungsziel eines chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 TKG besser und wirksamer sicher als Entgelte, die in ihrer Höhe bis zur Missbrauchsschwelle getrieben werden. Dies ist unter Ziffer 3.8.5.1.1.2 ausführlich dargelegt worden; wegen der Einzelheiten wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen.

Unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsziels ist es dagegen nicht angezeigt, die anzustrebende Preisobergrenze – wie von der Kommission empfohlen – noch weitergehend von einem KeL-Niveau auf ein LRIC-Niveau herabzusenken. Ein der Betroffenen auferlegter Zwang, auf Deckungsbeiträge der Terminierungsentgelte zu leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten weitgehend und zu leistungsmengenneutralen Gemeinkosten vollständig verzichten zu müssen, ist nicht – wie von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG gefordert – besser geeignet als ein KeL-Ansatz im Sinne von § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG, das Regulierungsziel eines chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs zu erreichen.

Die Preisobergrenzenkontrolle im Terminierungsmarkt zielt unter dem Wettbewerbsaspekt darauf ab, das festgestellte Versagen des Preismechanismus durch entsprechende regulatorische Maßnahmen zu kompensieren. Um Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, sollten diejenigen Preise, die sich im Wettbewerbsfall einstellen würden, per Regulierung festgesetzt werden,

vgl. oben Ziffer 3.8.5.1.1.1.

In der bisherigen Regulierungspraxis zu Terminierungsentgelten ist die Beschlusskammer davon ausgegangen, dass der KeL-Preis der Terminierung dem Als-Ob-Wettbewerbspreis entspricht und seine Setzung Wettbewerbsverzerrungen verhindert. Diese Einschätzung ist nunmehr von der Terminierungsempfehlung der Kommission in Frage gestellt worden. Nach Erwägungsgrund 13 S. 5 und 6 der Terminierungsempfehlung fördert ein auf zusätzliche Kosten gestütztes Konzept, das nur effizient entstandene Kosten berücksichtigt, die nicht entstehen würden, wenn der den Mehrkosten zugrunde liegende Dienst nicht mehr bereitgestellt würde, die effiziente Bereitstellung und Nutzung und hält etwaige Wettbewerbsverzerrungen gering. Je weiter sich die Anrufzustellungsentgelte von den Zusatzkosten entfernten, desto größer seien die Wettbewerbs-

verzerrungen zwischen den Festnetz- und Mobilfunkmärkten und/oder zwischen Betreibern mit asymmetrischen Marktanteilen und Verkehrsflüssen.

Die letztgenannten Aussagen lassen sich indes für die deutschen Verhältnisse nicht verifizieren. Es kann weder festgestellt werden, dass der empfohlene LRIC-Preis den Wettbewerbspreis besser trifft als ein KeL-Preis, noch im Wege der Folgenabschätzung geschlossen werden, dass ein LRIC-Preis besser als ein KeL-Preis geeignet wäre, einen unerwünschten Kapitalabfluss aus anderen Bereichen zu verhindern und/oder das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber auf den Endkundenmärkten deutlich zu verbessern.

### **3.8.5.2.1.1.1 Emulation des Wettbewerbspreises**

Im vorliegenden Fall lässt sich nicht aufgrund allgemeiner ökonomischer Erwägungen bzw. mit Blick auf die Besonderheiten des Terminierungsmarktes nachweisen, dass sich ein Wettbewerbspreis für Terminierungen eher auf LRIC-Niveau als auf KeL-Niveau einschwingen würde. Eine LRIC-Regulierung lässt sich derart jedenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt der Emulation des Wettbewerbspreises rechtfertigen.

#### **3.8.5.2.1.1.1.1 Allgemeine Anforderungen an den Marktauftritt**

Bei der Entscheidung über das Ob und Wie eines Marktauftritts mit einem bestimmten Angebot hat ein Unternehmen eine Reihe von Determinanten zu berücksichtigen. Wesentliche Parameter stellen dabei der Angebotspreis und die Angebotsmenge dar. Handelt es sich bei dem relevanten Produktmarkt um einen Markt mit homogenen Gütern und vollständiger Konkurrenz, gilt das Prinzip der Preiseinheitlichkeit. Der erzielbare Preis ist damit für das Unternehmen gesetzt,

vgl. Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, Stichwort „Preisbildung.“

Den vorgegebenen Marktpreis kann ein Unternehmen langfristig nur mitgehen, wenn dieser zumindest seine relevanten Stückkosten abdeckt. Die Stückkosten geben an, wie hoch die Kosten pro Stück sind. Rechnerisch erhält man sie durch Division der Gesamtkosten (die sowohl fixe als auch variable Kosten umfassen) durch die produzierte Menge. Als kurzfristige Preisuntergrenze dienen dagegen die variablen Stückkosten. Solange der Preis wenigstens noch diese Kosten deckt, wird das Unternehmen in der Regel zunächst weiterproduzieren, weil es durch die Produktion jedenfalls keinen Verlust macht. Langfristig muss es allerdings die gesamten Stückkosten (einschließlich der fixen Anteile) decken. Im Wettbewerbsfall deckt der Marktpreis gerade noch die Stückkosten des sog. Grenzanbieters. Wäre der Marktpreis höher, könnten weitere Anbieter mit höherer Stückkostensituation ebenfalls in den Markt eintreten,

vgl. Bartling/Luzius, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 11. Aufl. 1996, S. 87 und 95.

Ist entschieden, dass einem Unternehmen ein Marktauftritt grundsätzlich möglich ist, stellt sich die Frage nach der gewinnmaximalen Ausbringungsmenge. Hier gilt, dass ein Unternehmen die Menge wählt, bei der seine Grenzkosten gleich dem herrschenden Preis sind. Die Grenzkosten geben an, wie sich die Gesamtkosten ändern, wenn die Ausbringungsmenge um eine Einheit geändert wird. Bei jeder Ausbringungsmenge, die kleiner als die vorgenannte Menge wäre, wäre eine Produktionsausweitung lohnend, weil der dabei erzielbare Grenzerlös in Höhe des Preises größer ist als die dafür aufzuwendenden Grenzkosten,

vgl. Bartling/Luzius, a.a.O., S. 84 und 90.

Die Grenzkostenbetrachtung entbindet das Unternehmen freilich nicht davon, dass es parallel die langfristige Mindestdeckung der Stückkosten im Auge behalten muss.

Für den vorliegenden Fall implizieren die bisherigen Erwägungen, dass die – von welchen Kunden auch immer erhobenen – Gesamtbeiträge zur Deckung der Terminierungskosten den Stückkosten eines effizienten Netzbetreibers entsprechen sollten. Anhand dieser Vorgabe wären die regulierten Netzbetreiber gezwungen, mindestens so effizient zu agieren, wie dies auch sonst ein Grenzanbieter auf einem Markt tun müsste. Nach der bisher marktüblichen und von der Beschlusskammer akzeptierten Vorgehensweise sind die Deckungsbeiträge regelmäßig (mit

Ausnahme des Homezonefalls bei Terminierungsentgelten im Mobilfunk) allein von den Vorleistungsnachfragern eingeholt worden.

In einem ersten Schritt ist also festzuhalten, dass der Terminierungspreis grundsätzlich den Stückkosten einer effizient erstellten Terminierungsleistung entsprechen sollte. In einem zweiten Schritt ist jedoch zu überprüfen, ob aufgrund der bereits angedeuteten Besonderheiten der Terminierungsleistung im Wettbewerbsfall mit einem Vorleistungspreis unterhalb der Stückkosten zu rechnen wäre. Entsprechend wäre dann auch der regulatorische Kostenmaßstab abzusenken.

### **3.8.5.2.1.1.2 Besonderheiten der Terminierungsleistung**

Die Terminierungsleistung kommt nicht nur einer, sondern unmittelbar zwei Seiten zugute. Der Vorleistungsnachfrager nutzt die Terminierungsleistung, um seinerseits auf einer nachgelagerten Stufe Verträge mit Endkunden oder Zusammenschaltungspartnern zu erfüllen, in denen er sich zur Verbindungsherstellung verpflichtet hat. Der Angerufene nutzt dagegen die Gelegenheit, ein Gespräch zu führen. Mittelbar begünstigt ist zudem der Anrufer, der die Gelegenheit zur Gesprächsinitiierung und Gesprächsführung erhält,

vgl. Erwägungsgrund 15 der Terminierungsempfehlung; ferner Kommission, Explanatory Note accompanying the Commission Recommendation, SEC(2009)600, S. 17f., und Erwägungsgrund 4 der Märkteempfehlung 2007/879/EG.

Bei Vorhandensein zweier unmittelbarer Leistungsempfänger steht einem Unternehmen – wie der Betroffenen – prinzipiell die Möglichkeit offen, von beiden Seiten einen Deckungsbeitrag zu den Stückkosten der erbrachten Leistung zu verlangen.

Ein Unternehmen wird sich beim Ob und Wie einer solchen Verteilung vorrangig an den jeweiligen Preiselastizitäten ausrichten. Die Preiselastizität der Nachfrage gibt an, um wie viel Prozent sich die Nachfragemenge eines Gutes ändert, wenn die dafür ursächliche Preisänderung dieses Gutes ein Prozent beträgt. Dabei kommt es allerdings nicht allein auf die absoluten Veränderungen von Preis und Menge, sondern immer auch auf deren relativen Bezug zum jeweiligen Ausgangsniveau der Änderungen an. In der Regel weist die Elastizität bei jedem Preis eine andere Größe auf,

vgl. Bartling/Luzius, a.a.O., S. 65f.

Ursächlich für die jeweilige Ausprägung der Preiselastizität sind im Allgemeinen die Bedürfnisintensität, mit der die Nachfrager ein bestimmtes Gut wünschen, der Preis des Gutes selbst, die Preise dritter (komplementärer, substitutiver und unverbundener) Güter sowie die insgesamt geplante Konsumsumme,

vgl. Bartling/Luzius, a.a.O., S. 58ff.

Der Beschlusskammer ist es indes im vorliegenden Fall nicht möglich, die im Wettbewerbsfall (!) bestehenden Preiselastizitäten des Vorleistungsnachfragers, des hinter ihm stehenden anrufenden Endkunden sowie des angerufenen Endkunden zu bestimmen. Zwar mag es möglich sein, für den Regelfall die größere Bedürfnisintensität auf Seiten der Vorleistungsnachfrage zu vermuten. Denn der Terminierungsnachfrager ist gegenüber seinem Endkunden oder Zusammenschaltungspartner vertraglich zur Herstellung der Verbindung verpflichtet. Der anrufende Endkunde selbst bringt ebenfalls - durch die Initiierung des Anrufs – eine hohe Bedürfnisintensität zum Ausdruck. Es fehlt aber bereits an einer genaueren Vorstellung darüber, welche Ausweichmöglichkeiten mit welchen Transaktionskosten denn im Wettbewerbsfalle sowohl für den Vorleistungsnachfrager als auch für den anrufenden Endkunden bestehen würden. Auch bezüglich der sonstigen Parameter, die die Höhe der Preiselastizitäten auf Vorleistungs- und Endkundenseite determinieren, sind keine Daten vorhanden, die einer ernsthaften Belastungsprobe standhalten würden. Insofern bestehen keine Möglichkeiten, eine theoretisch und/oder empirisch abgesicherte Verteilung der Deckungslasten nach Elastizitätsgesichtspunkten vorzunehmen.

Aus dem Umstand, dass die Stückkosten der Terminierungsleistung grundsätzlich von zwei Seiten her gedeckt werden könnten, lässt sich somit nicht ableiten, dass im Wettbewerbsfall tat-

sächlich beide Seiten in Anspruch genommen würden. Das Wettbewerbsergebnis erscheint vielmehr als offen,

so auch IRG/ERG Response to Public Consultation on Termination Rates, ERG (08) 31 rev1, September 2008, S. 3.

Ein regulatorisches Verbot, die Vorleistungsseite für die weitgehende oder vollständige Kostendeckung in Anspruch zu nehmen, wäre eine einschneidende und auch grundrechtsrelevante Maßnahme,

vgl. in nicht ganz unähnlichem Zusammenhang VG Köln, Urteil 21 K 568/08 vom 04.04.2011, Rz. 69ff. (juris), unter Berufung auf BVerwG, Urteil 6 C 6.00 vom 25.04.2001, Rz. 67; siehe zudem BVerfG, Beschluss 1 BvR 1932/08 vom 08.12.2011, Rz. 49.

Es gilt das Prinzip, dass jedem Unternehmen, auch einem marktbeherrschenden, ein unternehmerischer Freiraum zusteht. 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 sinnvoll hält, sofern es sich hierbei nicht solcher Mittel bedient, die der Freiheit des Wettbewerbs zuwiderlaufen,

BVerwG, Urteil 6 C 18.09 vom 20.10.2010, Rz. 30.

Der Betroffenen kann vorliegend nicht nachgewiesen werden, dass sie sich mit dem Verlangen kostendeckender Vorleistungspreise ein Verhalten herausnehmen würde, welches jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsemulation der Freiheit des Wettbewerbs zuwiderliefe. Regulatorisch verfügte Abschläge von der Stückkostendeckung sind derart nicht zu rechtfertigen. Davon getrennt zu untersuchen ist allerdings in einem späteren Prüfungsschritt (siehe Ziffer 3.8.5.2.2.1.2.1), ob eine Reduktion der Vorleistungspreise geboten sein könnte, um einen unerwünschten Kapitalabfluss aus anderen Bereichen zu verhindern und/oder das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber und der anderen Mobilfunknetzbetreiber auf den Endkundenmärkten entscheidend zu verbessern.

### **3.8.5.2.1.1.3 Kostendeckung und Kostenmaßstab**

Im hiesigen Zusammenhang ist davon auszugehen, dass die Stückkosten der Terminierung auf der Vorleistungsseite gedeckt werden (dürfen). Damit stellt sich die Frage, welcher der zur Abwägung stehenden Kostenmaßstäbe der KeL und der LRIC besser geeignet ist, die Stückkosten einer effizient erbrachten Terminierungsleistung abzubilden.

Die Stückkosten einer Leistung werden berechnet, indem die Gesamtkosten der Leistungserstellung durch die produzierte Menge dividiert werden. Die Gesamtkosten der Leistungserstellung bestimmen sich – jedenfalls in einem Mehrproduktunternehmen – durch die wertende Zurechnung bestimmter Kostenpositionen auf die Leistungserstellung.

Nach dem KeL-Maßstab des § 32 Abs. 1 S. 1 TKG ergeben sich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind.

Die erste danach bei der Entgeltbildung zu berücksichtigende Kostenkomponente besteht aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der (effizienten) Leistungsbereitstellung. Das Konzept der Zusatzkosten besagt, dass bei der Kostenfestsetzung lediglich diejenigen Einzelkosten und leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten berücksichtigt werden, die gerade aufgrund eines zur sonstigen Produktion hinzukommenden Inkrements entstehen. Als relevantes Inkrement können etwa – im vorliegenden Zusammenhang – sämtliche während eines Jahres erbrachten Off-net-Terminierungsminuten oder aber sämtliche während eines Jahres über ein bestimmtes Netz erbrachten Verbindungsminuten (einschließlich Minutenäquivalenten von Datendiensten) verstanden werden. Die Langfristbetrachtung führt dazu, dass alle Produktionsfaktoren variabel sind, d.h. auf kurze Sicht fixe Kosten können gleichwohl an sich ändernde Rahmenbedingungen angepasst werden,

vgl. Groebel, in: Berliner Kommentar, 2. Aufl. 2009, § 31 Rz. 25ff.

In ihrer bisherigen Praxis zur Festlegung von Terminierungsentgelten hat die Bundesnetzagentur, soweit es die Einzelkosten anbelangt, als relevantes Inkrement sämtliche während eines Jahres erbrachten Off-net-Terminierungsminuten angesehen. Soweit es dagegen die leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten betrifft, hat sie als relevantes Inkrement sämtliche während eines Jahres über das fragliche Netz abgewickelten Verbindungsminuten (einschließlich Minutenäquivalenten von Datendiensten) verstanden und die zugehörigen Kosten nach Nutzungsanteilen auf die einzelnen Dienste verteilt. Bei der Kostenallokation wurden sämtliche nicht-vorleistungsrelevanten Kostenbeiträge – so z.B. für Vertriebsaufwendungen – in Bezug auf die Terminierungsleistung eliminiert sowie weitere Effizienz Anpassungen durchgeführt.

Die Terminierungsempfehlung bedient sich – etwa in Nr. 2 – ebenfalls der Terminologie der langfristigen zusätzlichen Kosten (LRIC). Die Empfehlung zählt allerdings bei der Berechnung sowohl der Einzelkosten als auch der leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten nach ihrer Nr. 6 (lediglich) die Off-net-Terminierungsminuten zum relevanten Inkrement. In der Folge können Kosten, die bereits notwendig sind, um überhaupt Verbindungsdienste über ein bestimmtes Netz erbringen zu können, nicht (nutzungsanteilig) den Terminierungsminuten zugerechnet werden. Das hinsichtlich der leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten wesentlich engere Inkrement bedingt, dass unter dem LRIC-Maßstab der Terminierungsminute deutlich weniger Kosten als unter einem KeL-Maßstab zugerechnet werden können.

Darüber hinaus – und anders als die Terminierungsempfehlung – normiert § 32 Abs. 1 Satz 1 TKG, dass bei der Entgeltbestimmung als zweite Kostenkomponente ein angemessener Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten anzusetzen ist. Bei den leistungsmengenneutralen Gemeinkosten handelt es sich um diejenigen Gemeinkosten, die keinem Dienst als leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten zugerechnet werden, die aber gleichwohl gedeckt werden müssen, damit der Anbieter insgesamt keine Verluste macht. Die Komplementarität von leistungsmengeninduzierten und leistungsmengenneutralen Gemeinkosten bedingt allerdings, dass es sich um ein insgesamt „atmendes“ Konzept handelt. Werden sämtliche Gemeinkosten als leistungsmengeninduziert bestimmten Diensten zugerechnet, verbleibt kein Raum mehr für einen zusätzlichen Zuschlag zur Deckung leistungsmengenneutraler Gemeinkosten.

Im Vergleich sind die hergebrachten KeL besser als die LRIC geeignet, die Stückkosten einer effizient erstellten Terminierungsleistung abzubilden. Der entscheidende Vorzug besteht darin, dass nach dem KeL-Konzept der Terminierungsleistung auch die (vorleistungsrelevanten und effizienten) Kosten der jeweiligen Verbindungsleistungen verursachungsgerecht zugeordnet werden. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass nach Auffassung der Beschlusskammer kein Anlass besteht, rein netzintern genutzte Leistungen als Hauptleistungen und netzextern verkaufte Leistungen als Zusatzleistungen zu betrachten mit der Folge, dass die Gemeinkosten allein von den Hauptleistungen zu tragen wären,

so aber der Idee nach Faulhaber, Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises, *The American Economic Review* (1975) 966, S. 966; siehe dazu auch Ralph, *Cross-subsidy: A Novice's Guide to the Arcane* (1992), S. 14ff.

Angesichts des regulatorischen Ziels, eine netzübergreifende Kommunikation sicherzustellen, sind extern verkaufte Terminierungsleistungen intern genutzten Verbindungsleistungen wertungsmäßig gleichzustellen. Dieser Wertung entspricht die KeL-Regulierung, indem sie die Kosten einer Bündelproduktion diskriminierungsfrei und verursachungsgerecht auf die einzelnen Dienste verteilt. Bestätigt wird die bessere Eignung der KeL zur Abbildung der Stückkosten im Übrigen auch von der Terminierungsempfehlung selbst, wenn diese in Erwägungsgrund 15 davon ausgeht, dass nicht alle mit der Anrufzustellung verbundenen Kosten über die per LRIC ermittelten Vorleistungsentgelte abgegolten würden.

Ist der KeL-Maßstab besser als der LRIC-Maßstab geeignet, die Stückkosten einer effizient erbrachten Terminierungsminute zu bestimmen, sollte jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Emulation von auf dem Terminierungsmarkt geltenden Wettbewerbspreisen eine Preisobergrenze anhand der KeL angestrebt werden.

### 3.8.5.2.1.1.2 Kapitalabfluss und Wettbewerbsverhalten Dritter auf den Endkundenmärkten

In einem weiteren Schritt ist mit Blick auf die Terminierungsempfehlung zu überprüfen, ob eine LRIC-Preisobergrenze deshalb besser zur Erreichung des wettbewerblichen Regulierungsziels geeignet sein könnte, weil dadurch ein unerwünschter Kapitalabfluss aus anderen Bereichen verhindert und/oder das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber und der Mobilfunknetzbetreiber auf den Endkundenmärkten entscheidend verbessert wird. Nach Auffassung der Beschlusskammer ist freilich auch mit Blick auf diese Fragen eine gegenüber der KeL-Preisobergrenze bessere Eignung der LRIC-Preisobergrenze nicht nachzuweisen.

#### 3.8.5.2.1.1.2.1 Kapitalabflüsse

Nach Erwägungsgrund 3 der Terminierungsempfehlung stehen die Netzbetreiber im Wettbewerb um die Endkunden, weshalb die Zustellungsentgelte einen bedeutenden Strategie- und Wettbewerbsfaktor darstellen können. Überstiegen die Zustellungsentgelte die effizienten Kosten, führte dies zu erheblichen Verlagerungen zwischen den Festnetz- und Mobilfunkmärkten und den Endkunden. Erwägungsgrund 13 ergänzt hierzu, je weiter sich die Anrufzustellungsentgelte von den Zusatzkosten entfernten, desto größer seien die Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Festnetz- und Mobilfunkmärkten. Gemäß der Explanatory Note ist dies bedeutsam, weil die Tatsache, dass die Mobilfunkterminierungsentgelte im europäischen Mittel neun Mal höher als die Festnetzterminierungsentgelte (single transit) lägen, zu substantiellen Transfers zwischen Festnetz und Mobilfunk (bzw. deren Kunden) führen würde. Dies wiederum leiste einen Beitrag zu einer ineffizient geringen Nutzung von Festnetzen in einigen Mitgliedstaaten und könnte sich als Barriere für wichtige Innovationen und Investitionen im Festnetzsektor wie etwa dem Glasfasernetzausbau und der Erstellung von NGN-Netzwerken und gebündelten bzw. konvergenten Diensten erweisen,

vgl. Kommission, Explanatory Note accompanying the Commission Recommendation, SEC(2009)600, S. 15f.

In der bisherigen Praxis anderer nationaler Regulierungsbehörde ist diese Argumentation in Bezug auf die Mobilfunk-Terminierungsentgelte weiter aufgefächert worden. Anders als im Festnetzbereich, in dem die Anschlusskosten von den Anschlussinhabern getragen würden, würden im Mobilfunkbereich die Anschlusskosten in die Terminierungsentgelte eingerechnet werden. Ein Festnetzanschlussinhaber zahle deshalb, rufe er einen Mobilfunkanschluss an, doppelte Anschlussgebühren. Zudem würden, weil die Mobilfunkterminierungsentgelte wesentlich höher seien als die Festnetzterminierungsentgelte, Festnetzbetreiber in gewissem Ausmaß in ihrer Fähigkeit eingeschränkt, Verbindungen zu Mobilfunkanschlüssen in flat-tarifizierte Komplettangebote aufzunehmen. Soweit die Netzbetreiber zögerten, aufgrund der drohenden Auszahlungen an Wettbewerber die Tarife für Festnetz→Mobilfunk-Verbindungen zu senken, würde sie der Wettbewerb auf den Endkundenmärkten dazu zwingen. Im Übrigen sei es durchaus vorteilhaft, wenn der Anbieter der Mobilfunkterminierungsleistung die Differenz zwischen LRIC- und KeL-Entgelten nicht auf dem monopolistisch strukturierten Terminierungsmarkt, auf dem die Gefahr überhöhter Preise bestehe, geltend machen könne, sondern diese Differenz auf dem wettbewerblich organisierten und kontrollierten Endkundenmarkt einholen müsse. Es sei aus den vorgenannten Gründen wünschenswert, dass die absoluten Asymmetrien zwischen Mobilfunk- und Festnetzterminierungsentgelten verringert würden. Letztere werde besser mittels einer LRIC- als einer KeL-Preisobergrenze erreicht,

vgl. etwa GEREK, Stellungnahme zu den Fällen NL/2012/1284 und 1285.

In diesen Gesamtzusammenhang gehört des Weiteren die Erwägung, im Fall einer KeL-Preisobergrenze seien dritte Netzbetreiber beim Angebot pauschal tarifiert Verbindungen zu einem Mobilfunk- oder Festnetzanschluss gegenüber den entsprechenden Angeboten des Netzbetreibers, in dessen Netz der Anschluss geschaltet sei, benachteiligt. Letzterer könne über seine On-net-Pauschalentgelte die (weitgehende) Deckung der Gemeinkosten sicherstellen. In dem Fall, dass die der Pauschalkalkulation zugrunde gelegte durchschnittliche Anzahl an Verbindungsminuten überschritten werde, beschränke sich damit das Kostenrisiko des Anschlussanbieters darauf, dass er keine Deckungsbeiträge zu seinen – von einer LRIC-Preisobergrenze

approximierten – Grenzkosten erhalte. Das entsprechende Kostenrisiko anderer Netzbetreiber sei dagegen viel höher, weil diese bei Überschreitung der der eigenen Pauschalkalkulation zugrunde liegenden durchschnittlichen Anzahl an Verbindungsminuten keine Deckungsbeiträge zu auszahlenden KeL-Terminierungsentgelten erhielten. Diese Ungleichheit könne durch eine LRIC-Berechnung der Terminierungsentgelte eingeebnet werden, weil in diesem Fall auch der dritte Netzbetreiber bei Überschreitung der kalkulierten Minuten nur eine Nicht-Deckung von auszahlenden LRIC-Entgelten befürchten müsse.

Die vorstehend aufgeführten Argumente habe einen gemeinsamen Grundtenor: Unter wohlfahrtsökonomischen Gesichtspunkten seien die bisherigen Marktergebnisse nicht optimal. Zum einen verließ zuviel Kapital den Festnetzsektor, und zum anderen erzeuge das bisherige Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber nicht die erwünschten Wettbewerbsergebnisse in Form günstigerer und möglichst pauschal tarifierter Festnetz-Verbindungen. Beiden Problemen könne nur durch eine LRIC-Regulierung abgeholfen werden.

Nach Auffassung der Beschlusskammer kann indes eine solche bessere Eignung der LRIC-Regulierung gegenüber der KeL-Regulierung jedenfalls für die deutschen Verhältnisse nicht nachgewiesen werden.

#### **3.8.5.2.1.1.2.1.1 Kapitalabflüsse zwischen Festnetz und Mobilfunk**

Einem Kapitalabfluss aus dem Festnetz- in den Mobilfunkbereich kann schon deshalb nicht durch eine LRIC-Regulierung der Festnetz-Terminierungsentgelte entgegengewirkt werden, weil auch im Mobilfunkbereich zukünftig eine KeL-Regulierung der Terminierungsentgelte beabsichtigt ist. Eine Regulierung der Festnetz-Terminierungsentgelte nach LRIC würde den Abstand zwischen Mobilfunk- und Festnetzterminierungsentgelten wieder vergrößern und so dem aus Erwägungsgrund 3 der Terminierungsempfehlung zu entnehmenden Ziel der Annäherung von Festnetz- und Terminierungsentgelten widersprechen. Ohnehin ist die Hauptstoßrichtung von Erwägungsgrund 3 der Terminierungsempfehlung, Kapitalabflüsse vom Festnetz- zum Mobilfunkbereich zu verhindern. Solange die Terminierungsentgelte im Festnetzbereich deutlich unter denen des Mobilfunkbereiches liegen, wird dieses Ziel durch eine KeL-Regulierung der Festnetz-Terminierungsentgelte begünstigt.

Damit verlagert sich der Schwerpunkt der Prüfung, ob die Ermittlung der Terminierungsentgelte nach LRIC besser zur Erreichung der Regulierungsziele des § 2 TKG geeignet ist, auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen den einzelnen Festnetzbetreibern und den Nutzen der Endkunden.

#### **3.8.5.2.1.1.2.1.2 Kapitalabflüsse zwischen Festnetzbetreibern**

Eine LRIC-Preisobergrenze ist ebenfalls nicht besser geeignet als eine KeL-Preisobergrenze, andere Festnetzbetreiber vor unerwünschten Kapitalabflüssen zu bewahren.

In Ergänzung zu den bereits oben referierten Ausführungen hebt die Explanatory Note mit Blick auf Netzbetreiber unterschiedlicher Größe und mit unterschiedlich beschaffenen Verkehrsströmen hervor, Terminierungsentgelte oberhalb effizienter Kosten zögen höhere Off-net-Vorleistungs- und Endkundenpreise nach sich. Da kleinere Netze typischerweise eine relativ größere Anzahl an Off-net-Anrufen hätten, führe dies zu signifikanten Zahlungen an ihre größeren Wettbewerber und beeinträchtige ihre Fähigkeit, mit den On-net/Off-net-Endkundenangeboten größerer Wettbewerber zu konkurrieren. Dies könne die Netzwerkeffekte größerer Netze verstärken und Schranken für kleinere Betreiber errichten, in den Markt einzutreten bzw. in ihm zu expandieren,

vgl. Kommission, Explanatory Note accompanying the Commission Recommendation, SEC(2009)600, S. 16.

Diese Annahmen lassen sich allerdings für die deutschen Verhältnisse so nicht bestätigen. Im Festnetzbereich spricht bereits hiergegen, dass eine Differenzierung nach On- und Off-net-Tarifen nicht (mehr) praktiziert wird und die starke Bedeutung von Pauschaltarifen für Festnetz-



verbindungen nicht erklärbar wäre, wenn die Differenzierung zwischen On- und Off-net-Tarifen für die Festnetzanbieter aller Größen noch eine besondere Rolle spielen würde.

Ein weiteres Argument dafür, dass diese Besorgnis der Terminierungsempfehlung im deutschen Festnetzbereich keine Grundlage hat, ist das Verhältnis der Terminierungsentgelte zur eigenen Wertschöpfung der alternativen Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz. Für das Jahr 2011 ist hier ein eigener Wertschöpfungsanteil von 71% anzunehmen, sämtliche Vorleistungen der Betroffenen machen 29% der Wertschöpfung aus,

vgl. Tätigkeitsbericht 2010/2011 Telekommunikation, S. 48.

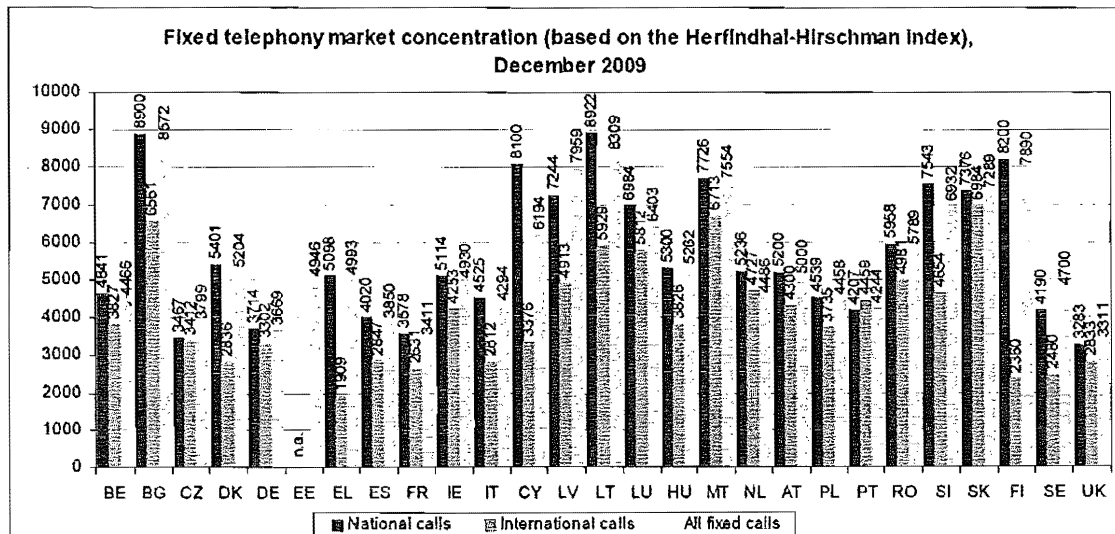
Dieser Wertschöpfungsanteil von Vorleistungen der Betroffenen besteht aus solchen, die teils der Entgeltenehmigungspflicht unterliegen (hier v. a. die Bereitstellung und Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung), die einer nachträglichen Entgeltkontrolle unterliegen (Bitstromzugang) oder ganz aus der Regulierung entlassen worden sind (bestimmte Transitleistungen und Mietleitungen). Der Anteil der Terminierungsentgelte an der Gesamtwertschöpfung der alternativen Teilnehmernetzbetreiber beträgt nur [REDACTED] (BuGG).

Jedenfalls haben die alternativen Teilnehmernetzbetreiber in den vergangenen Jahren auch unter Geltung einer KeL-Regulierung stetig an Marktanteilen hinzugewinnen können. Bei abgehenden Anrufen im Festnetz gingen im Jahre 2011 von Anschlüssen der Betroffenen 99 Mrd. Verbindungsminuten und von Anschlüssen ihrer Wettbewerber 92 Mrd. Verbindungsminuten aus,

vgl. Tätigkeitsbericht 2010/2011 Telekommunikation, S. 43.

Im europäischen Vergleich verfügt Deutschland über eine der gesündesten Marktstrukturen mit einem am Ende des zweiten Quartals 2011 geltenden Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) von nur 3302. Dies ist der drittniedrigste Wert in der EU. Die Einbeziehung der über Anbieter von Betreibervorauswahl würde sogar zu noch niedrigeren Werten führen.

#### Herfindahl-Hirschman-Index bei Telefondienstleistungen im europäischen Vergleich



Quelle: EU-Kommission, Digital Agenda Scoreboard 2011, "Electronic Communications Market Indicators", Seite 19<sup>1</sup>

Der Beschlusskammer ist deshalb nicht ersichtlich, worin mit Blick auf die relative Kapitalausstattung der kleineren Netzbetreiber die wesentlichen Vorteile einer – eingriffsintensiveren – LRIC-Preisobergrenze gegenüber einer KeL-Preisobergrenze bestehen sollten.

<sup>1</sup> [http://ec.europa.eu/information\\_society/digital-agenda/scoreboard/library/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/scoreboard/library/index_en.htm)

### 3.8.5.2.1.1.2 Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber gegenüber Endkunden

Eine LRIC-Preisobergrenze ist auch nicht besser als eine KeL-Preisobergrenze geeignet, das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber so zu steuern, dass als wohlfahrtsmaximierend angesehene Wettbewerbsergebnisse erzielt werden. Nach Auffassung der Beschlusskammer lässt sich nicht nachweisen, dass bei einer LRIC-Preisobergrenze vermehrt (günstige) pauschal tarifierte Festnetz-Entgelte angeboten würden, die bei einer KeL-Regulierung nicht angeboten würden. Vor dem Hintergrund des Erwägungsgrundes 3 würde eine Vergrößerung des Abstandes zwischen Mobilfunk- und Festnetzterminierungsentgelten durch eine einseitige Bemessung der Festnetz-Terminierungsentgelte nach LRIC das Angebot kostengünstiger Pauschalen sogar behindern.

Zunächst ist in diesem Zusammenhang die Rolle zu bestimmen, die eine Senkung von Pauschalierungsrisiken aufgrund einer LRIC-Regulierung spielen würde. Nicht zu verkennen ist, dass im Zuge von Pauschalierungsberechnungen unterlaufene Prognosefehler desto kritischer sind, je höher die dadurch bedingten Kosten sind. Allerdings erscheint fraglich, ob daraus auch ein zwingender Vorteil der LRIC-Regulierung gegenüber einer KeL-Regulierung folgt. Denn zum einen werden sich die Netzbetreiber bei solchen Pauschalierungen ohnehin „von oben“ an den letztendlichen Preis herantasten können. Wenn sich nach einer gewissen Zeit erwiesen hat, dass ein verlangter Pauschalpreis die Kosten der durchschnittlich telefonierten Minutenmengen gut abdeckt, kann der Preis gesenkt werden. Zum anderen erscheint es durchaus möglich – und ist auch in aktuellen Angeboten zu entdecken –, dass mit dem Instrument von Inklusiv- oder Kontingentminuten gearbeitet wird. In beiden Fällen lässt sich das Pauschalierungsrisiko minimieren. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb gerade eine LRIC-Preisobergrenze den gegenüber einer KeL-Preisobergrenze entscheidenden Unterschied bei der Risikobewertung hervorrufen sollte.

Maßgebend für das voraussichtliche Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber erscheint letztlich ein anderer Punkt. Seit Jahren verengen sich Kundenwahrnehmung und Werbetätigkeit im Festnetzbereich auf die Anschlussbandbreite und den Preis, der für das Komplettangebot aus Anschluss mit Doppelflat für Festnetztelefonie und Internetverbindungen zu zahlen ist. Mittlerweile verfügen mehr als die Hälfte der Festnetzkunden über Bündelprodukte aus pauschal bepreister Festnetztelefonie und Internetzugang. Daneben treten mittlerweile auch Komplettangebote, die zusätzlich Fernsehdienste enthalten,

vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur Telekommunikation 2010/2011, S. 43, 60.

Die Tariflisten einiger Anbieter enthalten z. T. nur noch Pauschaltarife für Verbindungen ins Festnetz; minutenabhängige Bepreisungen von Verbindungen finden sich nur noch in Tarifen für Wenigtelefonierer oder Angeboten, deren vorrangiges Ziel die Gewährung des Zugangs zum Internet ist. Die Preise der anderen Angebotskomponenten erfahren dagegen weitaus weniger Aufmerksamkeit. In der Folge haben die Festnetzbetreiber die Ersparnisse aus den vergangenen Senkungen der Zusammenschaltungsentgelte einschließlich der Terminierungsentgelte an die Endkunden ganz überwiegend nicht im Wege niedrigerer minutentarifizierter Verbindungsentgelt im Festnetz, sondern vielmehr in Form günstigerer Bündelpreise weitergegeben. Dieses Wettbewerbsmuster hat sich tief in den Bewusstsein der Endkunden eingegraben.

Diese starke Verbreitung von Pauschalentgelten für Festnetzverbindungen, die ein Ziel der Terminierungsempfehlung ist, ist bereits unter Geltung der KeL-Regulierung der Terminierungsentgelte der Betroffenen erfolgt, so dass die Beschlusskammer keinen Anhaltspunkt dafür hat, dass eine LRIC-Regulierung der Terminierungsentgelte noch zu einer wesentlichen Verstärkung dieser Entwicklung führen könnte. Der mit einer LRIC-Regulierung der Terminierungsentgelte überhaupt noch (theoretisch) erzielbare Nutzen ist vielmehr als so gering anzusehen, dass die mit einer LRIC-Regulierung verbundenen Belastungen für die Betroffene nicht als verhältnismäßig angesehen werden können. Im Übrigen wäre dann, träte man gleichwohl dem Ziel einer LRIC-Preisobergrenze näher, gesondert die Frage einer Vereinbarkeit dieser Grenze mit den Vorgaben des § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG zu klären. Nach dieser Vorschrift wird ein Missbrauch beträchtlicher Marktmacht vermutet, wenn das Entgelt der betreffenden Leistung deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt. In der bisherigen Praxis zu § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG sind (ebenso wie im Fall des § 31 TKG

a.F., siehe dazu Ziffer 3.6.5.1.1.1.3) die langfristigen Zusatzkosten – soweit es die leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten anbelangt – anhand eines breiteren Inkrements ermittelt und damit insgesamt wesentlich höher angesetzt worden, als dies bei einer LRIC-Preisobergrenze der Fall wäre. Da indes die bisherige Praxis der Inkrement-Bildung gerichtlich nicht beanstandet worden und § 28 dementsprechend ausgelegt worden ist,

siehe etwa VG Köln, Urteil 21 K 568/08 vom 04.04.2011, vgl. ferner BVerwG, Urteil 6 C 18/09 vom 20.10.2010,

könnte prima facie davon ausgegangen werden, dass eine LRIC-Preisobergrenze den Dumping-Tatbestand des § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG erfüllt und damit die Voraussetzungen einer sachlichen Rechtfertigung zu prüfen wären. Im vorliegenden Zusammenhang muss die aufgeworfene Frage allerdings nicht endgültig entschieden werden.

Es bleibt festzuhalten, dass eine LRIC-Preisobergrenze nicht besser geeignet ist als eine KeL-Preisobergrenze, das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber so zu steuern, dass als wohlfahrtsmaximierend angesehene Wettbewerbsergebnisse erzielt werden.

### **3.8.5.2.1.1.3 Wahrung von Nutzer- und Verbraucherinteressen**

Terminierungsentgelte, die nicht über die KeL hinausgehen, wahren die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 3 TKG genannten Interessen der unmittelbaren und mittelbaren Nachfrager, namentlich der Verbraucher, besser und wirksamer als Entgelte, die in ihrer Höhe erst durch die Missbrauchsschwelle beschränkt werden. Wegen der diesbezüglichen Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter Ziffer 3.8.5.1.1.2 verwiesen.

Dagegen ist eine LRIC-Preisobergrenze nicht besser geeignet als eine KeL-Preisobergrenze, die Interessen der Nutzer und Verbraucher zu wahren. Letzteres gilt sowohl hinsichtlich der Preishöhen und Preisstrukturen als auch hinsichtlich der Mengeneffekte. Über alle Nutzer und Verbraucher betrachtet, dürften sich die jeweiligen Auswirkungen einer KeL- und einer LRIC-Preisobergrenze vielmehr die Waage halten.

Ins Verhältnis gesetzt zu einer KeL-Regulierung, wären Festnetzendkunden von einer LRIC-Regulierung der Festnetzterminierungsentgelte voraussichtlich insgesamt nachteilig betroffen. Denn die Deckungslücke, welche mit dem Entfall der an sich von den Terminierungsnachfragern zu erbringenden Deckungsbeiträge zur KeL/LRIC-Differenz einhergehen würde, dürfte sich letztendlich für Wettbewerber der Betroffenen nur über Mehrbelastungen der eigenen Endkunden schließen lassen. Inwieweit dabei Kunden kleiner alternativer Teilnehmernetzbetreiber gegenüber denjenigen großer Netzbetreiber, insbesondere der Betroffenen, weniger belastet würden, lässt sich – wie unter Ziffer 3.6.5.1.2.2 gezeigt – nicht hinreichend sicher prognostizieren. Da letztendlich jeder Netzbetreiber seine eigene Strategie zur Deckung der aus dem Terminierungsgeschäft resultierenden Fehlbeträge entwickeln wird, lässt sich ebenfalls nicht vorhersagen, welche Bereiche – Geschäftskunden, Privatkunden, Wenignutzer usw. – in welchem Umfang belastet würden.

Keine verlässlichen Prognosen lassen sich mit Blick auf die Entwicklung von Preisstrukturen und Mengeneffekten treffen. Insbesondere lässt sich nicht nachweisen, dass gerade eine LRIC-Regulierung Unterschiede zu den Ergebnissen einer KeL-Regulierung erzeugen würde. Im Festnetzbereich sind bereits zum jetzigen Zeitpunkt On-net-/Off-net-Differenzierungen nicht mehr zu beobachten, selbst in den Basisangeboten vieler alternativer Teilnehmernetzbetreiber wird Festnetztelefonie nur noch als Flatrate angeboten. Im Festnetzbereich hängen pauschalisierte Festnetzverbindungsentgelte nicht mehr von der Einführung einer LRIC-Regulierung ab. Die auch unter Geltung einer KeL-Regulierung der Terminierungsentgelte zu erwartende Absenkung der Terminierungs- und auch der sonstigen Verbindungsentgelte wird daher in Form günstigerer Paketpreise weitergegeben werden. Die bereits erreichte hohe Durchsetzung von Entgeltpauschalen für Festnetztelefonie bewirkt weiter, dass eine Absenkung dieser Entgelte keine Auswirkung auf die Inanspruchnahme von Festnetztelefonie haben kann. Das in Erwägungsgrund 3 der Terminierungsempfehlung genannte Ziel, durch niedrigere Vorleistungsentgelte niedrigere Endkundenentgelte und dadurch eine höhere Nutzungsrate der betroffenen Dienste zu erreichen kann durch eine LRIC-Preisobergrenze hier nicht mehr gefördert werden, wenn der Endkunde

ohnehin nur ein pauschales Entgelt entrichtet und eine intensivere Nutzung des Dienstes für ihn nicht zu höheren Kosten führt.

Betrachtet über alle Nutzer und Verbraucher, lässt sich damit nicht belegen, dass eine LRIC-Preisobergrenze besser geeignet wäre als eine KeL-Preisobergrenze, die Interessen der Nutzer und Verbraucher zu wahren.

#### **3.8.5.2.1.1.4 Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes**

Entgelte, die nicht die KeL überschreiten, fördern die Entwicklung des Binnenmarktes in der Europäischen Union im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG besser als Vorleistungsentgelte, die erst von der Missbrauchsschwelle begrenzt würden. Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter Ziffer 3.8.5.1.1.3 verwiesen. Eine bessere Eignung einer LRIC-Preisobergrenze zur Förderung der Binnenmarkt-Entwicklung besteht dagegen nicht. Denn eine solche Preisobergrenze wäre eben nicht geeignet, die in Art. 8 Rahmen-RL verankerten unionsweiten Regulierungsziele, insbesondere diejenigen der Wettbewerbsförderung und des Verbraucherschutzes, besser als eine KeL-Regulierung zu erfüllen. In diesem Sinne stimmt im Übrigen die vorliegende Abweichung von der Terminierungsempfehlung – welche nach ihren Erwägungsgründen 1, 4 und 8 das Binnenmarktziel verfolgt – mit den Vorgaben des Art. 19 Rahmen-RL überein.

#### **3.8.5.2.1.1.5 Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen**

Entgelte, die die KeL nicht übersteigen, fördern auch das in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG enthaltene Regulierungsziel des Ausbaus hochleistungsfähiger öffentlicher Telekommunikationsnetze der nächsten Generation. Diese Hochleistungsnetze werden zwar für die Abwicklung von Datenverkehr benötigt, während es hier allein um die Entgeltregulierung auf Märkten für Sprachverkehr geht. Durch die Einbeziehung von über IP-Zusammenschaltungen übergebenen Verbindungsleistungen besteht aber ein Zusammenhang mit dem Wechsel auf diese neuen Netze. Entgelte, die die KeL übersteigen, könnten den Wechsel auf die neuen Hochleistungsnetze behindern und die Investitionsfähigkeit der ICP der Betroffenen in solche Netze und die zugehörige Zusammenschaltung behindern. Die Entgeltregulierung am KeL-Maßstab bewirkt, dass die nachfragenden Netzbetreiber keine Entgelte für ineffiziente Leistungsbereitstellungen bezahlen müssen und dadurch Mittel sparen, die dann für eigene effiziente Investitionen beispielsweise in feste oder mobile Hochleistungsnetze zur Verfügung stehen können.

#### **3.8.5.2.1.1.6 Ergebnis**

Insgesamt ist damit nicht davon auszugehen, dass eine LRIC-Regulierung die Regulierungsziele des § 2 TKG besser verwirklicht als eine KeL-Regulierung der Entgelte. Auch für die Regulierung der Terminierungsentgelte war darum die KeL-Regulierung beizubehalten.

#### **3.8.5.2.2 Symmetriegrundsatz**

Bei der Genehmigung der Terminierungsentgelte für die Betroffene ist zu berücksichtigen, dass die Terminierungsentgelte der deutschen Festnetzbetreiber grundsätzlich symmetrisch ausgestaltet sein sollten, d.h. die Terminierungsentgelte der Betroffenen und der alternativen Teilnehmernetzbetreiber sollten dieselbe Höhe haben. Denn symmetrische Entgelte sind im Sinne des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG besser geeignet als die nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 32 TKG vorgesehenen asymmetrischen Entgelte, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

Unter symmetrischen Entgelten wird dabei verstanden, dass bei der Prüfung, ob eine Leistung effizient erbracht wird, grundsätzlich nicht auf die individuellen Möglichkeiten und Ressourcen des jeweils betroffenen Unternehmens, sondern vielmehr auf die von außen an das Unternehmen herangetragenen wettbewerblichen Anforderungen abgestellt wird.

Die Regulierungsziele der Sicherstellung eines chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs sowie der Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen werden vorliegend am Ehesten erreicht, wenn es der Regulierungsbehörde gelingt, Wettbewerbsergebnisse zu emulieren, d.h. durch Regulierung diejenigen Preise zu bestimmen, die sich auf einem Markt bei wirksamem Wettbewerb einstellen würden,

vgl. oben, Ziffer 3.8.5.1.1.1.

Wettbewerbspreise zeichnen sich allerdings gerade dadurch aus, dass ein einzelnes Unternehmen keinen bestimmenden Einfluss auf den Preis nehmen kann,

siehe BVerwG, Urteil 6 C 34/08 vom 25.11.2009, Rz. 19 sowie Ziffer 3.8.5.2.1.1.1.1.

Ein Unternehmen muss also grundsätzlich unabhängig von den eigenen Voraussetzungen und Möglichkeiten als Preisnehmer entweder den vom Wettbewerb vorgegebenen Preis mitgehen und seine Kostenstruktur bzw. seine interne Produktfinanzierung daran anpassen oder aber aus dem Markt ausscheiden. Dabei kann der Umstand, dass es sich bei Terminierungsmärkten nach den derzeitigen Gegebenheiten um Monopolmärkte handelt, nicht darüber hinwegtäuschen, dass Festnetzterminierungsleistungen verschiedener Unternehmen grundsätzlich technisch und kommerziell vergleichbar sind und durchaus homogene Güter darstellen. In der Konsequenz sind grundsätzlich vergleichbare Effizienzanforderungen an alle Festnetzbetreiber zu stellen.

Um allerdings bestimmten Wettbewerbsverzerrungen, die sich bei einer strikten Anwendung dieses Grundsatzes ergeben würden, zu begegnen, muss es die Möglichkeit geben, unverschuldete Kostennachteile durch entsprechend geringere Effizienzanforderungen zu berücksichtigen. Im Zusammenhang der Terminierungsempfehlung ist hier z. B. bei Mobilfunknetzbetreibern etwa an eine ungünstige Frequenzausstattung und/oder an spezifische Spät-Einsteiger-Nachteile zu denken,

vgl. auch Monopolkommission, a.a.O., Rz. 175.

Eine weitergehende Individualisierung der Entgelte wäre dagegen nicht gerechtfertigt. Zwar stellt das TKG bei der Effizienzprüfung nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG jedenfalls in erster Linie auf die individuellen Ressourcen und damit auf die individuelle Effizienz eines Unternehmens ab,

vgl. ausführlich Beschluss BK 3a-10/098 vom 24.02.2011, Ziffer 4.1.4.12; so auch VG Köln, Beschluss 1 L 793/11 vom 05.12.2011, S. 5f.

Diese unternehmensindividuelle Vorgehensweise ist aber unionsrechtlich nicht vorgegeben. Insbesondere lässt sie sich nicht auf Art. 13 Abs. 1 S. 2 Zugangs-RL n.F. zurückführen, wonach die nationalen Regulierungsbehörden, um zu Investitionen der Betreiber auch in Netze der nächsten Generation anzuregen, den Investitionen des Betreibers Rechnung tragen und ihm eine angemessene Rendite für das entsprechend eingesetzte Kapital ermöglichen, wobei gegebenenfalls die spezifischen Risiken im Zusammenhang mit einem bestimmten neuen Netzprojekt, in das investiert wird, zu berücksichtigen sind,

a.A. mit Blick auf Art. 13 Abs. 1 S. 2 Zugangs-RL a.F. VG Köln, a.a.O., S. 6.

Nach Auffassung der Beschlusskammer ist bei der Auslegung dieser Norm insbesondere der systematische Zusammenhang im Auge zu behalten. Gemäß Art. 13 Abs. 2 S. 1 Zugangs-RL stellen die nationalen Regulierungsbehörden sicher, dass alle vorgeschriebenen Kostendeckungsmechanismen und Tarifsysteme die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft sind. Erwägungsgrund 20 der Zugangs-RL ergänzt hierzu, dass die Methode der Kostendeckung auf die Umstände abgestimmt sein sollte. In anderem Zusammenhang – nämlich dem der TAL-VO – hat der EuGH klargestellt, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Prüfung der von den gemeldeten Betreibern für die Bereitstellung eines entbündelten Zugangs zu ihren Teilnehmeranschlüssen in Rechnung gestellten Preise über eine weit reichende Befugnis verfügen, die die Beurteilung der verschiedenen Aspekte dieser Preise umfasst, und zwar bis hin zur Änderung der Preise, d. h. der vorgeschlagenen Entgelte. Diese weit reichende Befugnis bezieht sich auch auf die den gemeldeten Betreibern entstandenen Kosten, wie z. B. die Zinsen für das eingesetzte Kapital und die Abschreibungen der Anlagegüter, die Berechnungsgrundlage dieser Kosten und die Kostenrechnungsmodelle,

EuGH, Urteil in der Sache C-55/06 vom 24.04.2008, Rz. 159 – Arcor.

Gerade mit Blick auf das in Erwägungsgrund 20 der Zugangs-RL enthaltene Gebot der Abstimmung auf die Umstände ist nicht ersichtlich, weshalb die vorgenannten weit reichenden Befugnisse, die nach der TAL-VO bestanden, nicht auch bei der nach der Zugangs-RL zu treffenden Entscheidung über eine Anwendung symmetrischer bzw. asymmetrischer Effizianzorderungen gegeben sein sollten. Das Unionsrecht steht danach einem Vorgehen anhand symmetrischer Effizianzorderungen nicht im Wege.

Wie auch in Nr. 1 S. 1 und 2 der Terminierungsempfehlung empfohlen, sind die Terminierungsentgelte in grundsätzlich symmetrischer Weise festzulegen.

Anders als in den parallelen Verfahren der Regulierungsverfügungen für Mobilfunknetzbetreiber ist es nicht erforderlich, bereits in der Regulierungsverfügung für die Betroffene die Bemessung der Entgelte anhand eines für alle Festnetzanbieter einheitlichen Kostenmodells aufzuerlegen, um die Erhebung der von der Terminierungsempfehlung angestrebten symmetrischer Entgelte sicherzustellen.

Im Bereich der Regulierung von Festnetzentgelten gilt nur die allgemeine Aussage der Terminierungsempfehlung in Ziffer 9, dass nur objektive Kostenunterschiede, die von dem betroffenen Unternehmen nicht vermieden werden können, eine Abweichung von effizienten Entgelt-niveaus rechtfertigen können. Das Argument eines kürzlich erfolgten Markteintritts wird nur bei Mobilfunknetzbetreibern ausdrücklich erwähnt. Weiter führen sowohl die Empfehlung selbst in ihrem Anhang als auch die Explanatory Note (Ziffer 5.1.3) aus, dass die Festlegung der effizienten Größe eines Festnetzbetreibers schwierig sei und hier die Größenvorteile eines flächendeckenden Anbieters, und das ist vor allem die Betroffene als ehemalige Monopolistin, mit den Vorteilen abgeglichen werden müssen, die alternativen Anbietern dadurch entstehen, dass sie sich beim Ausbau auf besonders lukrative Gebiete und Verbindungen konzentrieren können und nicht zur vollständigen Eigenproduktion gezwungen sind, sondern benötigte Vorleistungen einkaufen können.

Diese Abwägung gegenläufiger Effekte zugunsten und zulasten sowohl des ehemaligen Monopolisten wie der alternative Teilnehmernetzbetreiber sprechen dafür, die effizienten Kosten anhand eines auf einen flächendeckenden Anbieter wie die Betroffene ausgerichteten Kostenmodells zu ermitteln. Dies entspricht im Grundsatz auch der im deutschen Markt für Verbindungsleistungen etablierten Praxis der Vereinbarung reziproker Entgelte für die Betroffene und ihre Festnetz-Wettbewerber.

#### **3.8.5.2.3 Kalkulationsbasis NGN**

Hinsichtlich der Kalkulationsbasis, also der Ausfüllung des Begriffes der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, sieht die Terminierungsempfehlung in Nr. 4 vor, dass für den Kernteil des Festnetzes von einem NGN ausgegangen wird. Dies bedeutet, dass die Kosten der Terminierungsleistung zwischen dem Übergabepunkt und dem Beginn des Anschlussnetzes auf Grundlage eines modernen IP-Netzes zu ermitteln sind. Dagegen sind die Kosten der Übergabe bzw. des Übergabepunktes auf Grundlage der tatsächlich verwendeten Technik zu ermitteln. Diese Vorgabe ist am besten zur Erreichung der Regulierungsziele geeignet.

Hinsichtlich der Kosten der eigentlichen Übergabe, folgt dies unmittelbar aus der Marktdefinition, die auf eine technikkonforme Übergabe und damit die tatsächlich gewählte Übergabetechnik abstellt. Hinsichtlich der Kalkulation des Kernnetzes beruht die Entscheidung auf nachfolgender Abwägung:

##### **3.8.5.2.3.1 Anbieterinteresse der Betroffene**

Die Betroffene als Zugangsverpflichtete und Eigentümerin des Zugangsobjekts hat ein berechtigtes Interesse, ihre Kosten zu decken und zugleich einen angemessenen Gewinn zu erzielen. In diesem Interesse kommt zum Ausdruck, dass die Betroffene – wie jedes Unternehmen – ne-

ben den Zielen von Liquidität und Unabhängigkeit namentlich auch die Ziele des Unternehmenserhalts und der Rentabilität verfolgt,

vgl. zu diesen vier Grundzielen Perridon/Steiner, Finanzwirtschaft der Unternehmung, 13. Aufl. 2004, S. 9 ff. (der Unternehmenserhalt wird dort als „Sicherheit“ bezeichnet, als potenziell fünftes Grundziel wird der Shareholder-Value genannt).

Das Ziel des Unternehmenserhalts lässt sich in zwei komplementäre Unterziele aufspalten. Das Unternehmen muss bestrebt sein, sowohl das investierte Kapital als auch die eigene Produktionsfähigkeit zumindest zu erhalten. In der betriebswirtschaftlichen Literatur werden diese Unterziele noch weiter differenziert danach, ob eine nominale oder reale Kapitalerhaltung und eine reproduktive oder qualifizierte Substanzerhaltung angestrebt werden sollte,

vgl. nur Wöhe/Döring, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 22. Auflage 2005, S. 1072 ff.

Unter dem Gesichtspunkt der Kapital- und Substanzerhaltung muss die Kostenrechnung dafür Sorge tragen, dass nach Ablauf der (ökonomischen) Nutzungszeit einerseits zumindest wieder das ursprünglich investierte Kapital (ggf. zuzüglich eines Inflationsausgleichs) als auch andererseits ausreichende finanzielle Mittel für die Ersatzbeschaffung der Anlage zur Verfügung stehen.

Hierfür eignen sich – jedenfalls bei steigenden Preisen – kalkulatorische Abschreibungen auf Basis des Tagesneuwerts. Die Abschreibungsbeträge ändern sich damit im Gleichklang mit den anlagespezifischen Preisänderungen. Zwar ergibt die Summe der Abschreibungen nicht den Wiederbeschaffungswert für eine Anlage gleicher bzw. moderner Güte. Die Deckungslücke kann aber dadurch geschlossen werden, dass – soweit keine Reinvestitionen während der Nutzungsdauer vorgenommen werden – die Abschreibungsbeträge verzinslich angelegt werden, so dass sie nach Ende der Nutzungsdauer zur Verfügung stehen. Ein berechtigtes Anbieterinteresse, auch nach vollständigem Verzehr der Werte und Umwandlung derselben in Kapitalvermögen (return of capital) weiterhin Abschreibungen auf Basis des Tagesneuwerts vornehmen zu können, besteht nach diesem Ansatz aber grundsätzlich nicht,

vgl. auch für das (nordrhein-westfälische) Kommunalabgabenrecht OVG NRW, Urteil 9 A 1248/92 vom 05.08.1994, Rz. 45 und 61 (juris), bestätigt u.a. mit Urteilen 9 A 3120/03 vom 13.04.2005, Rz. 32 (juris), und 9 A 372/06 vom 01.06.2007, Rz. 52 ff. (juris); aus der Kommentarliteratur ähnlich Busse von Colbe, a.a.O., Vor § 27 Rz. 50.

Damit der Anbieter nach Ablauf der Nutzungsdauer im Falle mangelhafter Vorsorge – so konnte etwa bislang die Betroffene von einem Fortwähren des Bruttowiederbeschaffungsansatzes ausgehen – gleichwohl in der Lage ist, während der Laufzeit der Genehmigung die lokale Infrastruktur zu unterhalten und zu verbessern, sind die in diesem Zeitraum voraussichtlich entstehenden Abschreibungen auf Tagesneuwerte allerdings auf jeden Fall in die Berechnung einzustellen,

vgl. EuGH, a.a.O., Rz. 107, dort jedoch wohl unter der Annahme, dass die Abschreibungen auch während der Nutzungszeit nach Buchwerten ermittelt werden.

Mit Blick auf das Ziel der Rentabilität wird dem Anbieterinteresse dagegen dadurch Rechnung getragen, dass bei der Ermittlung der an die Kapitalgeber zu leistenden Zinszahlungen der Restbuchwert des Investitionsobjekts zugrunde gelegt wird. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass die Kapitalgeber Zinsen auf „ihr“ investiertes Kapital erhalten, soweit es eben noch nicht abgeschrieben ist (return on capital). Zu Zwecken der Zinsberechnung sollte der Investitionswert deshalb aus Anbietersicht zumindest den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Investitionsobjekts abzüglich zwischenzeitlich erfolgter und erfolgender Abschreibungen entsprechen,

vgl. hierzu OVG NRW, Urteil 9 A 1248/92 vom 05.08.1994, Rz. 65 ff. (juris).

Das berechtigte Interesse der Betroffenen richtet sich demnach mindestens auf eine kalkulatorische Abschreibung auf Basis des Wiederbeschaffungswertes eines neuen Netzes und auf eine Verzinsung auf Basis der historischen Kosten. Es kann aber nicht mehr auf die Abschreibung auf Basis eines PSTN abgestellt werden. Zwar ist davon auszugehen, dass die Betroffene auch während der Geltungsdauer dieser Regulierungsverfügung einen erheblichen Teil ihrer Telefonanschlusskunden an ihr PSTN angeschlossen haben wird und damit die Verbindungsleistungen von und zu diesen Endkunden über das PSTN produzieren wird. Doch hat die Betroffene nun-



mehr aktiv mit dem Umbau ihres Anschlussnetzes begonnen, in dem sie sukzessive sog. „Multi Service Access Node“ (MSAN) aufbaut. Der MSAN ermöglicht sowohl die Bereitstellung von Breitband- als auch Schmalbandanschlüssen. Diese werden aber nicht einerseits an das breitbandige IP-Kernnetz und andererseits an das PSTN angeschlossen, sondern alle Anschlüsse werden gemeinsam auf das breitbandige IP-Kernnetz geführt, welches Teil des NGN der Betroffenen ist. Der Aufbau der MSAN ist die Voraussetzung für die Migration vom PSTN zum NGN. Der aktive Beginn der Migration steigert die Wahrscheinlichkeit, dass die Betroffene im Geltungszeitraum dieser Regulierungsverfügung nicht unerheblich in ihr NGN investiert, während neue Investitionen in PSTN-Technik unwahrscheinlich sind. Denn durch den Anschlussrückgang und den Wechsel auf MSAN wird in erheblichem Umfang PSTN-Technik frei, die gegebenenfalls als Ersatz für den altersbedingten Ausfall von PSTN-Technik zur Verfügung stünde.

Nicht relevant ist dagegen, ob der Verkehr über eine PSTN- oder IP-Zusammenschaltung geführt wird. Denn ein effizienter Netzbetreiber wird nicht beide Netze parallel aufbauen, sondern lediglich ein NGN. Der parallele Betrieb des PSTN und NGN beruht alleine darauf, dass das PSTN noch vorhanden und funktionsfähig ist, eine weitere Investition in das PSTN ist gerade nicht mehr effizient.

### **3.8.5.2.3.2 Wahrung der Nutzerinteressen, § 2 Nr. 1 TKG**

Die Interessen der Nutzer und Verbraucher werden gewahrt, wenn sie eine Auswahl zwischen verschiedenen Diensten und Anbietern zu günstigen Preisen haben,

vgl. Schuster, in: Beckscher Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 2 Rz. 5; ähnlich Säcker, in: ders., Berliner Kommentar zum TKG, 3. Aufl. 2009, § 2 Rz. 2.

Diese Auswahl wiederum wird sichergestellt durch einen chancengleichen Wettbewerb insbesondere auf dem oder den Endkundenmärkten für Verbindungsleistungen von Festnetzanschlüssen im Inland zu Festnetzanschlüssen und durch die Vornahme effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen durch die Betroffene und deren Wettbewerber andererseits. Entgelte, die den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen und damit u. a. die Zinsen und Abschreibungen auf einen unter Wettbewerbs- und Infrastrukturgesichtspunkten ermittelten Investitionswert honorieren, entsprechen dem Nutzerinteresse.

Ein hierüber hinausgehender Gehalt des in § 2 Nr. 1 TKG niedergelegten Regulierungsziels ist dagegen, soweit es die spezifische Frage nach der Bemessung des Investitionswertes anbelangt, nicht zu entdecken.

### **3.8.5.2.3.3 Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, § 2 Nr. 2 TKG**

Wie unter Ziffer 3.8.5.2.2 ausgeführt, dienen symmetrische Entgelte gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche, am besten. Symmetrische Entgelte in einem Marktumfeld müssen sich aber an den Kosten eines effizienten Netzbetreibers orientieren. Ein Neuausbau eines Teilnehmernetzes auf Basis des PSTN wäre aber nicht mehr effizient.

Auch unter dem Gesichtspunkt, dass viele Wettbewerber der Betroffenen, die mit ihr im Wettbewerb um die Verbindungsleistungen für Endkunden stehen, erst seit 1998 in den Markt eintreten konnten, spricht nicht gegen eine solche Betrachtung. Zwar spielen die Kosten für die Investitionen in das PSTN für die etablierten Wettbewerber noch eine bedeutende Rolle. Ende 2011 wurden von den durch Wettbewerber bereitgestellten Telefonanschlüssen ca. 37 % und bei Herausrechnung der Telefonanschlüsse der Fernseekabelnetzbetreiber sogar 49 % auf Basis von PSTN realisiert. Doch sinkt die Anzahl der PSTN-Anschlüsse seit 2009 im steigenden Masse

vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2010/2011, S. 32;

und dies wird sich nach Prognose der Beschlusskammer auch so fortsetzen. Deshalb sieht die Beschlusskammer ab dem 01.12.2012 kein Erfordernis mehr zum Schutz der etablierten Wett-

bewerber der Betroffenen noch anteilig Kosten eines auf Basis eines PSTN kalkulierten Netzes zu berücksichtigen.

#### **3.8.5.2.3.4 Effiziente Infrastrukturinvestitionen und Innovationen, § 2 Nr. 3 TKG**

Ein drittes Regulierungsziel ist es nach § 2 Nr. 3 TKG, effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen. Die Preissetzung für die Verbindungsleistung verhält sich neutral zum Regulierungsziel. Denn für keinen Netzbetreiber steht die Investition in das PSTN zur Diskussion, vielmehr erfolgen Investitionen in das NGN. Auch haben die Entgelte, weil sie nicht zwischen einer Verbindung in bzw. aus dem PSTN und NGN differenzieren, keine Auswirkung auf das Tempo der Migration. Dieses richtet sich alleine nach der Differenz der Kosten durch die Migration sowie den Kosten des NGN auf der einen Seite und den Kosten des weiteren Parallelbetriebes des PSTN und des DSL-Breitbandnetzes auf der anderen Seite.

#### **3.8.5.2.3.3 Abwägung**

Im Ergebnis sprechen also alle Regulierungszeile für bzw. nicht gegen eine Kalkulation auf Basis eines NGN.

#### **3.8.5.2.4 Methode der Kostenermittlung**

Aufgrund der Entscheidung, Wettbewerbsergebnisse entsprechend Nr. 4 der Terminierungsempfehlung über eine Kalkulation eines NGN für den Kernteil des Festnetzes sowie symmetrische Entgelte zu emulieren, ist – wie auch Nr. 2 Halbs. 2 Terminierungsempfehlung empfiehlt – eine Ermittlung der zusätzlichen langfristigen Kosten der Leistungsbereitstellung anhand eines analytischen Kostenmodells anderen Vorgehensweisen, namentlich einer Entgeltermittlung anhand von Kostenunterlagen oder Vergleichsmarktbetrachtungen, vorzuziehen.

Die Norm des § 35 Abs. 1 TKG ist deshalb nach der hier verfügbaren Vorgehensweise so zu lesen, dass die der Bundesnetzagentur vorliegenden Kosteninformationen einerseits und die Anstellung einer von der Kostenberechnung des Unternehmens unabhängigen Kostenrechnung und die Heranziehung von Kostenmodelle hierfür andererseits in der Hierarchie der Ermittlungsmethoden „die Plätze tauschen“.

Zu Recht hat die Kommission festgehalten, dass Bottom-Up-Modelle als Ausgangspunkt Nachfragedaten verwenden. Sie bestimmen anhand ökonomischer, technischer und kostenrechnerischer Grundsätze effiziente Netze, die in der Lage sind, die ermittelte Nachfrage zu befriedigen. Bottom-Up-Modelle gewähren eine größere Flexibilität bei der Berücksichtigung von Effizienzüberlegungen und vermindern die Abhängigkeit vom regulierten Unternehmen hinsichtlich benötigter Daten. Mit einem Bottom-Up-Modell wird insofern das Netz eines effizienten Betreibers modelliert, als darin die von der Nachfrage her notwendige und nicht die historisch entstandene Ausstattung berücksichtigt wird,

Kommission, Explanatory Note accompanying the Commission Recommendation, SEC(2009)600, S. 13.

In einer Situation wie vorliegend, in denen der Netzbetreiber sein Netz in eine neue Technik migriert, also zwei parallele Netze betreibt, würde eine Kalkulation auf Basis der historischen Kosten der Betroffene eine Effizienzbetrachtung ausschließen, weil der Erhalt des PSTN nicht dem Gedanken der effizienten Leistungsbereitstellung geschuldet ist, sondern auf dem Umstand beruht, dass das alte Netz noch vorhanden und nutzbar ist. Die Berücksichtigung der ineffizienten PSTN-Infrastruktur bzw. des doppelten Netzbetriebes kommt deshalb nur gemäß § 31 Abs. 2 S. 2 TKG entsprechend § 32 Abs. 2 TKG in Betracht.

Die Kostenermittlung anhand eines Bottom-Up-Modells ist zudem einer Ermittlung mittels einer Vergleichsmarktbetrachtung vorzuziehen. Denn die auf der Verkehrsnachfrage der Betroffenen basierende Netzdimensionierung und daraus folgenden Kosten- und Entgeltwerte werden in einem Bottom-Up-Modell nachvollzogen. Eine Vergleichsmarktbetrachtung kann dagegen die

Entgeltwerte nur über den Vergleich mit dritten Netzbetreibern approximieren. Die mit einer Vergleichsmarktbetrachtung ermittelten Werte sind deshalb grundsätzlich ungenauer als diejenigen, die mit einem Bottom-Up-Modell errechnet werden.

### **3.8.5.2.5 Kein Vorgehen nach der Terminierungsempfehlung vor dem 01.12.2012**

Die vorstehenden Erwägungen gelten nicht für die Zeit vor dem 01.12.2012, weil für die Kontrolle der bis zum 30.11.2012 geltenden Zugangsentgelte ein Vorgehen nach der Terminierungsempfehlung der Kommission nicht besser im Sinne des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG geeignet ist als die bislang geübte Praxis, um die Regulierungsziele des § 2 TKG zu erreichen. Dies gilt sowohl hinsichtlich des generellen Kostenmaßstabs als auch mit Bezug auf die Kalkulationsbasis und die Kostenermittlungsmethode.

Mit Beginn der vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte sind die Festnetzterminierungsentgelte der Betroffenen in mehreren Genehmigungsverfahren anhand der KeL im Sinne des – jetzigen – § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 32 TKG festgelegt worden. Zu diesem tradierten Kostenmaßstab ist mit den LRIC der Terminierungsempfehlung vom 07.05.2009 ein weiterer und durchaus strengerer Kostenmaßstab hinzugetreten.

Im Fall der bis zum 30.11.2012 geltenden Zugangsentgelte sollten die LRIC allerdings noch keine Rolle spielen. Denn einmal sollen die nationalen Regulierungsbehörden nach Ziffer 11 Satz 2 der Terminierungsempfehlung u.a. (lediglich) sicherstellen, dass die Zustellungsentgelte bis zum 31.12.2012 kosteneffizient im LRIC-Sinne umgesetzt werden. Dieser Empfehlung wird durch eine KeL-Regulierung bis zum 30.11.2012 nicht zuwider gehandelt. Darüber hinaus und vor allen Dingen ist das Vertrauen der Betroffenen und der Nachfrager in die von der Beschlusskammer im Beschluss BK 3c-11/008 vom 29.09.2011 vorgenommene Befristung der KeL-Genehmigung für die Terminierungsentgelte bis zum 30.11.2012 zu schützen. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass im gegebenen Prüfungszusammenhang ein LRIC-Maßstab besser im Sinne des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG geeignet sein könnte als ein KeL-Maßstab, um die Regulierungsziele zu erreichen.

Neben dem Kostenmaßstab weicht die Terminierungsempfehlung auch mit Blick auf die konkreten Effizianzforderungen und die (vorrangige) Kostenermittlungsmethode von den Vorgaben des KeL-Ansatzes nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. den §§ 32 und 35 TKG ab. Denn anders als die letztgenannten Normen, die von einer asymmetrischen Festlegung von Entgelten vorrangig anhand von Kostenunterlagen ausgehen, fordert die Terminierungsempfehlung eine grundsätzlich symmetrische Effizienzbestimmung mittels eines analytischen Kostenmodells.

Im gegebenen Zusammenhang der bis zum 30.11.2012 entstehenden Zugangsentgelte sollte der Terminierungsempfehlung allerdings auch mit Blick auf die Symmetrieanforderungen und die empfohlenen Kostenermittlungsmethode nicht gefolgt werden. Nach Ziffer 11 Satz 2 der Terminierungsempfehlung soll die Symmetrie bis zum 31.12.2012 umgesetzt werden. Eine solche Umsetzung ist vorliegend nicht ausgeschlossen. Ferner ist wieder das Vertrauen der Betroffenen und der Nachfrager in die von der Beschlusskammer in der Genehmigung vom 29.09.2011 vorgenommene Befristung der asymmetrischen und aufgrund einer Vergleichsmarktbetrachtung vorgenommenen Genehmigung für die Zugangsentgelte bis zum 30.11.2012 zu schützen. Mit Blick auf die dargestellten Umstände ist die Beschlusskammer der Auffassung, dass für den Zeitraum bis zum 30.11.2012 eine Ermittlung symmetrischer Entgelte aufgrund eines analytischen Kostenmodells nicht besser im Sinne des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG geeignet ist als die im o.g. Beschluss geübte Praxis, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

### **3.9 Getrennte Rechnungsführung**

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Regulierungsbehörde den Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit Zugangsleistungen zu einer getrennten Rechnungsführung verpflichten.

§ 24 TKG setzt Artikel 11 Zugangs-RL um. Der diesen Artikel erläuternde Erwägungsgrund 18 der Richtlinie nimmt wiederum Bezug auf die Empfehlung 98/322/EG vom 8. April 1998 zur Zu-

sammenschaltung (Teil 2 - Getrennte Buchführung und Kostenrechnung). Demnach ist Zweck der getrennten Buchführung, eine aus den Rechnungsbüchern hergeleitete Informationsanalyse vorzulegen, die das Ergebnis von Teilbereichen eines Geschäfts auf der Basis einer Aufgliederung von Kosten und Erlösen mit größtmöglicher Annäherung so beschreibt, als handele es sich um getrennt geführte Geschäftstätigkeiten. Die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung gemäß § 24 Abs. 1 S. 3 TKG soll somit insbesondere Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionen verhindern.

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer allerdings zu dem Ergebnis gekommen, dass die Auferlegung einer solchen Verpflichtung zur Erreichung dieser Zielsetzung vorliegend nicht erforderlich ist und daher unverhältnismäßig wäre.

Die Entgelte, welche die Betroffene für die Zusammenschaltung einschließlich der Kollokation erheben kann, unterliegen der Genehmigungspflicht nach den §§ 30 Abs. 1 S. 1, 31 TKG. Weil Entgelte nur innerhalb der nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG bzw. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG vorgegebenen Höchstgrenzen genehmigungsfähig sind, ist die Gefahr einer unzulässigen Quersubventionierung, die durch eine getrennte Rechnungsführung verhindert werden sollte, ausgeschlossen.

Die Beschlusskammer sieht deshalb von einer Verpflichtung der Betroffenen zur getrennten Rechnungsführung ab.

#### **4. Widerruf von Verpflichtungen**

Die der Betroffenen mit Regulierungsverfügung BK3d-08-023 vom 22.04.2009 auferlegten Verpflichtungen werden gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 TKG widerrufen, soweit sie Leistungen betreffen, für die keine beträchtliche Marktmacht der Betroffenen festgestellt worden ist. Dies betrifft die Verpflichtung zur Erbringung nicht technologiekonform übergebener Zusammenschaltungsleistungen bei Vereinbarung einer technologiekonformen Übergabe für den Fall, dass die Übergabe über PSTN-Zusammenschaltungen erfolgt. Diese Verbindungsleistungen, die von der vorangegangenen Regulierungsverfügung erfasst waren, werden bei Vereinbarung einer technologiekonformen Übergabe nicht mehr auf der untersten Ebene der Zusammenschaltung übergeben und unterfallen daher nicht mehr der Regulierung. Ein Widerruf für die entsprechende Konstellation bei IP-Zusammenschaltungen ist nicht erforderlich, weil Verbindungsleistungen über IP-Zusammenschaltungen von der letzten Regulierungsverfügung nicht erfasst waren.

Im Verhältnis zur allgemeinen Widerrufsregelung des § 49 VwVfG stellt sich § 13 Abs. 1 S. 1 TKG als die speziellere Norm dar. Aus § 9 Abs. 1 TKG ergibt sich im Umkehrschluss und im Lichte des Art. 16 Abs. 3 S. 2 Rahmen-RL, dass Regulierungsverpflichtungen nach dem zweiten Teil des TKG zu widerrufen sind, sobald festgestellt wird, dass entweder der Markt nicht mehr für eine Regulierung in Betracht kommt oder jedenfalls keine beträchtliche Marktmacht des betroffenen Unternehmens mehr vorliegt. Für die Beschlusskammer besteht hier kein Ermessensspielraum, wie ihn etwa § 49 VwVfG gewährt. § 13 Abs. 1 S. 1 TKG ist deshalb auch als speziellere Ermächtigungsnorm für den Widerruf anzusehen,

in diese Richtung auch BVerwG, Urteil vom 14.02.2007, Az.: 6 C 28/05.

Nach der Marktdefinition und -analyse kommen die bundesweiten Märkte für den Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten und die Anrufzustellung in einzelnen Telefonnetzen an festen Standorten insofern nicht mehr für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht, als sie Transitleistungen (mit Ausnahme der Transitleistung für die Betreiber(vor)auswahl) oberhalb der auf die jeweilige Leistung bezogenen untersten Ebene der Zusammenschaltung betreffen oder über Primärmultiplexanschlüsse abgewickelt werden. Die entsprechenden Verpflichtungen sind damit zu widerrufen. Die nach § 13 Abs. 1 S. 2 TKG zu beachtende Ankündigungsfrist ist durch den entsprechenden Hinweis im Rahmen des Konsultationsverfahrens gewahrt worden.

### Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 2 TKG.

Bonn, den XX.XX.2012

Anlage  
Festlegung der Präsidentenkammer

Vorsitzender	Beisitzer	Beisitzer
BK3	BK3b	BK3d
Wilmsmann	Dr. Geers	Wieners