



Beschlusskammer 3

Öffentliche Fassung

BK3d-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,

Antragstellerinnen:

1. NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Am Coloneum 9, 50825 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,
2. Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstraße 88-90, 60326 Frankfurt/Main,
vertreten durch die Geschäftsführung,
3. 01051 Telecom GmbH, Robert-Bosch-Straße 1, 52525 Heinsberg
vertreten durch die Geschäftsführung,
4. Callax Telecom Holding GmbH, Leopoldstrasse 16, 40221 Düsseldorf
vertreten durch die Geschäftsführung,
5. MEGA Communications GmbH, Friedrich-Krupp-Straße 16-18, 51564 Kaarst,
vertreten durch die Geschäftsführung,
6. Communication Services Tele 2 GmbH, In der Steele 39, 40599 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
7. 010033 Telecom GmbH, In der Steele 39, 40599 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
8. E Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Straße 1, 40472 Düsseldorf,
vertreten durch die E-Plus Mobilfunk Geschäftsführungs GmbH, diese vertreten durch die
Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Betroffenen:

Deutsche Telekom AG
Friedrich-Ebert-Allee 140
53113 Bonn
vertreten durch den Vorstand
dieser vertreten durch

Rechtsanwälte Dolde Mayen & Partner
Mildred-Scheel-Straße 1
53175 Bonn –

der Antragstellerinnen zu 3., 4. und 5.:

JUCONOMY Rechtsanwälte
Graf Recke Straße 82
40239 Düsseldorf

der Antragstellerinnen zu 6. und 7.:

JONES DAY Rechtsanwälte
Thurn-und-Taxis-Platz 6
60313 Frankfurt/Main

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.

Gilt für die Zusammenschaltung der Grundsatz einer technologiekonformen Übergabe, dann richtet sich die Bestimmung der untersten Netzkoppelungsebene nach der für die jeweilige Rufnummer hinterlegten Übergabetechnologie (IP oder PSTN). Nicht Be-

standteil des relevanten Marktes sind Verbindungen, die im Rahmen der Geltung des Grundsatzes einer technologiekonformen Übergabe tatsächlich nicht technologiekonform und damit auf einer höheren Netzzugangsebene übergeben werden.

Gilt für die Zusammenschaltung der Grundsatz einer technologieneutralen Übergabe, dann ist die Bestimmung der untersten Netzkoppelungsebene unabhängig von der Technik des Anschlusses.

Zu dem relevanten Markt zählen Terminierungsleistungen zu geographischen Rufnummern, zu Notrufabfragestellen, zu anderen Abfragestellen¹ sowie zu Verbindungen mit Ziel in der Rufnummerngasse 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. 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.

2. Nationaler Markt für 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 Verbindungsnetzbetreiber.*

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.

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

Gilt für die Zusammenschaltung der Grundsatz einer technologieneutralen Übergabe, dann ist die Bestimmung der untersten Netzkoppelungsebene unabhängig von der Technik des Anschlusses.

¹ Hierzu zählt nunmehr auch die Verbindung aus dem Festnetz zu der einheitlichen Behördenrufnummer 115. Grundlage hierfür ist die Verfügung 70/2011 Nr. 2 der BNetzA vom 01.12.2011.

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

- Verbindungs- und Transitleistungen (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 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 sowie
 - Verbindungen zu "Harmonisierten Diensten von sozialem Wert" (HDSW) von ICP unter der Dienstekennzahl 116 xyz.

Zuführungsleistungen zu erstmalig oder erneut auf dem Markt erbrachten Mehrwertdiensten werden diesem Markt ebenfalls zugerechnet, sobald diese verfügbar werden. Verfügbar werden neu oder erneut entstehende Mehrwertdienste mit der Zuteilung einer entsprechenden Diensterufnummer an einen Zuteilungsnehmer.

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.

Gilt für die Zusammenschaltung der Grundsatz einer technologiekonformen Übergabe, dann richtet sich die Bestimmung der untersten Netzkoppelungsebene nach der für die

jeweilige Rufnummer hinterlegten Übergabetechnologie (IP oder PSTN). Nicht Bestandteil des relevanten Marktes sind Verbindungen, die im Rahmen der Geltung des Grundsatzes einer technologiekonformen Übergabe tatsächlich nicht technologiekonform und damit auf einer höheren Netzzugangsebene übergeben werden.

Gilt für die Zusammenschaltung der Grundsatz einer technologieneutralen Übergabe, 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 Primärmultiplex-Anschlüsse

auf die mündliche Verhandlung vom 03.05.2012

folgende

Regulierungsverfügung

rückwirkend auf den 01.12.2012 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 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 leistungsmengen-neutrale 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.
4. Im Übrigen werden die Anträge abgelehnt.

I. 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 TKG¹⁹⁹⁶) 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.

Mit Blick auf die Terminierungsempfehlung der Europäischen Kommission vom 07.05.2009 und auf entsprechende Bitte der Beschlusskammer leitete die für ökonomische Fragen der Telekommunikationsregulierung zuständige Fachabteilung der Bundesnetzagentur Ende 2010 ein Vergabeverfahren für die Erstellung eines analytischen Kostenmodells zur Berechnung von Verbindungsentgelten ein. Im Juni 2011 wurde die WIK-Consult GmbH mit der Erstellung eines solchen Modells beauftragt.

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 ihr gemäß § 3 Nr. 29 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 bezeichnen 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 Vorleistungs- 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.

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung ist am 18.04.2012 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Gleichzeitig ist im Amtsblatt Nr. 7/2012 vom selben Tage per Verfügung Nr. 13/2012 auf diese Veröffentlichung hingewiesen worden. Den interessierten Parteien ist Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Innerhalb dieser Frist sind 16 Stellungnahmen eingegangen.

Die Betroffene ergänzt ihre Stellungnahme vom 29.03.2012 dahin, dass von der Auferlegung einer Verpflichtung zur gebündelten Zusammenschaltung abgesehen werden müsse, weil mit dem Produkt ICAs „physical Co-location“ eine von den Wettbewerbern stark nachgefragte Zugangslösung existiere, in der diese selbst den Übertragungsweg zwischen den Zusammenschaltungspunkten der Betroffenen und ihren eigenen Netzen bereitstellen und dadurch das Angebot einer gebündelten Zusammenschaltung überflüssig machen. Eine Verpflichtung zur gebündelten IP-Zusammenschaltung sei ebenfalls nicht erforderlich, weil die Betroffene bereits freiwillig eine N-ICAs Variante „Customer Connect“ anbiete, in der auch der Inter-Building-Abschnitt zum Kunden enthalten sei. Die Mietleitungsverbindung zwischen dem Zugangsnachfrager und der Betroffenen könne mittlerweile auch von Dritten bereitgestellt werden und sei deshalb nicht mehr regulierungsbedürftig. Auf jeden Fall müsse sie nicht mehr gesondert der Entgeltgenehmigungspflicht unterworfen werden, denn entweder ergebe sich die Genehmigungspflichtigkeit der Entgelte bereits aus der Regulierung der Mietleitungen, oder die betroffenen Mietleitungsabschnitte seien aus der Regulierung entlassen. In beiden Fällen genüge eine nachträgliche Entgeltregulierung, um sicherzustellen, dass die Betroffene für Inter-Building-Abschnitte keine höheren Entgel-

te als diejenigen verlange, die ihr durch andere Entgeltgenehmigungen bereits vorgegeben seien oder die sie am freien Markt verlange.

Im Zusammenhang mit der Zuführung zur Betreibervorauswahl bei NGN-Zusammenschaltungen sei die Ermöglichung der Übergabe des Carrier Identification Code (CIC) nicht erforderlich, weil ihr Ziel nur sein könne, dass Verbindungsnetzbetreiber auch Transitleistungen erbringen. Diese könnten aber nicht erforderlich werden, weil die Zusammenschaltung nur redundant an zwei Punkten erfolge und für solche Transitleistungen deshalb kein Raum sei.

Bezüglich der Entgeltregulierung wendet sich die Betroffene gegen die Ermittlung ausschließlich anhand eines NGN-basierten Kostenmodells. Diese stehe im Widerspruch zur von der Bundesnetzagentur in der Vergangenheit geäußerten Auffassung, dass der Wechsel zu NGN nicht zu drastischen Entgeltabsenkungen führen dürfe und deshalb ein Gleitpfad vorzusehen sei. Außerdem müssten in der Übergangsphase NGN und PSTN bei insgesamt sinkenden Verkehrsmengen parallel betrieben werden, was zu steigenden Kosten und deshalb steigenden Terminierungsentgelten führen müsse. Das vorgesehene „Analytische Kostenmodell für das Breitbandnetz“ des WIK sei nicht genügend auf die tatsächlichen Verhältnisse bezogen und berücksichtige die bestehenden Netzstrukturen nicht ausreichend. Die Definition der Verkehrsklassen und Dienstekategorien sei weiterhin unzureichend. Erhebliche Mängel bei der Bestimmung von sogenannten Mark-up-Faktoren und der Verteilung der Kosten auf die mittlere Bandbreite lägen weiterhin vor. Durch den gewählten Verteilschlüssel für die Kosten würden die tatsächlichen Kosten für Sprachverkehr unterschätzt. Zudem seien die abgefragten Daten nicht klar genug bestimmt, was eine sachgerechte Befüllung des Modells erschwere.

Für ein realistisches Kostenmodell reiche es nicht aus, im Rahmen eines prinzipiell zu begründenden scorched-node-Ansatzes nur die sogenannten „MPoP“-Standorte und die gegenwärtig an jedem dieser Standorte gegebene Nachfrage nach Zusammenschaltungsleistungen anzusetzen, aber nicht die tatsächlich gegebene Technologie zu berücksichtigen, sondern stattdessen von einer zukünftigen Technologie und einer optimierten Wegeführung im Konzentrations- und Kernnetz auszugehen. Hierdurch würde unterstellt, dass der Netzbetreiber sofort sämtliche Skalen- und Verbundvorteile nutzen könne, ohne eine Migrationszeit zu benötigen. Es müsse daher der Parallelbetrieb der verschiedenen Technologien und die daraus folgende schrittweise Migration auf die neue Technologie zu Grunde gelegt werden. Disruptive Entgeltabsenkungen seien zu vermeiden und könnten auch nicht wie von der Beschlusskammer angestrebt durch eine Berücksichtigung des parallelen Betriebs von PSTN und NGN als gerechtfertigter neutraler Aufwand nach § 32 Abs. 2 TKG vermieden werden. Denn dessen Berücksichtigung sei alleine in das Belieben der Beschlusskammer gestellt, während die Anwendung eines Gleitpfades wie vom Gesetzgeber vorgesehen nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG rechtsverbindlich sichergestellt werden könnte. Hierdurch würde für die Betroffene die erforderliche Planungssicherheit geschaffen.

Weiter dürfe die Beschlusskammer bei der Entscheidung über die Entgeltregulierung nicht die bereits erkennbar gewordenen Mängel des Breitbandkostenmodells des WIK ignorieren. Nach dem Grundsatz der planerischen Konfliktbewältigung sei die Beschlusskammer rechtlich verpflichtet, bereits jetzt sicherzustellen, dass das im Entgeltgenehmigungsverfahren zum Einsatz kommende Modell im Zeitpunkt der Entgeltgenehmigung nicht zu sachwidrigen Ergebnissen führe, welche die Rechte der von der Entgeltregulierung betroffenen Unternehmen verletzen. Die Vorgabe der Verwendung eines Kostenmodells sollte deshalb entfallen.

Der BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. (BREKO), die EWE TEL GmbH, die Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN), die QSC AG und die Versatel GmbH begrüßen ausdrücklich die Einbeziehung der über IP-Zusammenschaltungen übergebenen Verbindungsleistungen in die Regulierung. Sie befürworten im Falle des Angebots einer technologiekonformen Übergabe auch die Beschränkung der Regulierung auf technologiekonform übergebene Verbindungsleistungen, weil die bei nicht technologiekonformer Übergabe erforderliche Wandlung auch vom ICP oder Dritten erbracht werden könne. Ein Wandlungsentgelt dürfe aber nur dann erhoben werden, wenn die Betroffene einem ICP die Zusammenschaltung nach den Grundsätzen einer technologiekonformen Übergabe auch tatsächlich anbietet und der ICP somit die Möglichkeit hat, technologiekonform zu übergeben.

Nach Ansicht der Versatel GmbH soll der Wechsel von PSTN- auf IP-Zusammenschaltungen nicht regulatorisch forciert werden, weil gegenwärtig noch die Mehrzahl aller Anschlüsse im PSTN geschaltet sei. Die Geschwindigkeit des Wechsels solle allein den Unternehmen überlassen bleiben.

Die Antragstellerinnen zu 2., 6. und 7. sowie die IEN kritisieren, dass die Betroffene nicht dazu verpflichtet werde, neben einer technologiekonformen Übergabe auch eine technologieneutrale Übergabe anzubieten. Dies verstoße gegen den Grundsatz der Technologieneutralität und gestatte es der Betroffenen, durch ihre Vertragsgestaltung zu entscheiden, ob ihre Leistungen der Regulierung unterliegen oder nicht. Sie könne so auch die Entgeltregulierung unterlaufen und ungerechtfertigt hohe Wandlungsentgelte verlangen. Die IEN fordert, der Betroffenen die Erhebung von Entgelten für zwangsweise herbeigeführte Wandlungsleistungen zu untersagen. Auch sei die Zuordnung von Rufnummern zu Netztechnologien für die Zusammenschaltungspartner nicht zu überprüfen. Viele Zusammenschaltungspartner der Betroffenen könnten es sich zudem nicht erlauben, eine vollständig ausgebaute PSTN-Zusammenschaltung neben einer IP-Zusammenschaltung zu betreiben.

Die Antragstellerinnen zu 3. 4. und 5. bemängeln zusätzlich, dass die Betroffene mangels ausreichender Kapazitäten gar nicht ausreichend schnell genug IP-Zusammenschaltungen anbieten könne, so dass für identische Leistungen zusätzliche Wandlungs- und Transitentgelte erhoben würden, ohne dass die Zusammenschaltungspartner sie vermeiden könnten. Auch müsse die IP-Zusammenschaltung symmetrisch ausgestaltet werden, bisher habe die Betroffene aber noch keine IP-Zusammenschaltung bei ihren Zusammenschaltungspartnern nachgefragt. Die Migrationsprozesse und die Entscheidung über die Anwendung einer technologieneutralen oder technologiekonformen Übergabe dürfe nicht in das Belieben der Betroffenen gestellt werden, ihr seien definierte Migrationsszenarien vorzugeben. Jeder Nachfrager müsse die Möglichkeit haben, sich die Form der Übergabe als auch die damit verbundenen Entgelte anordnen zu lassen.

Die Aufhebung der Beschränkung der Transitleistungen bei der Zuführung zur Betreibervorauswahl bei Ortsgesprächen auf das Überlaufouting wird von der QSC AG und den Antragstellerinnen zu 3., 4. und 5. abgelehnt. Die Aufhebung dieser Einschränkung entwerte die Investitionen der Unternehmen, die in die Erschließung der 474 LEZB investiert haben. Bei deren Investitionsplanungen hätte die disruptive Entscheidung der Aufhebung der Beschränkung der Transitverpflichtung nicht berücksichtigt werden können. Die Betreibervorauswahl für Ortsgespräche trage in ihrer gegenwärtigen Form wesentlich zur Auslastung von LEZB bei. Sollte die bisherige Beschränkung der Transitverpflichtung aufgehoben und das Angebot der Betreibervorauswahl für Ortsgespräche auch jenen Unternehmen geöffnet werden, die lediglich GEZB erschlossen hätten, so würde das die Auslastung der Zusammenschaltungen auf LEZB-Ebene stark beeinträchtigen und zu einem Rückbau von LEZB über das alleine von der Migration zu NGN bewirkte Maß führen. Mit der zurückgehenden Erschließung der LEZB durch Wettbewerber für die Betreibervorauswahl würden auch die Voraussetzungen für die wettbewerbliche Erbringung von Transitleistungen für die Terminierung verschlechtert, so dass hier wieder eine marktbeherrschende Stellung der Betroffenen entstehen und die erneute Regulierung von Transitleistungen außerhalb der Betreibervorauswahl erforderlich werden könne. Im Übrigen sei angesichts der zurückgehenden Verkehrsmengen nicht davon auszugehen, dass noch mit Markteintritten für die Betreibervorauswahl durch weitere Unternehmen gerechnet werden könne, so dass das mit der Aufhebung der Beschränkung der Transitverpflichtung verfolgte Ziel nicht erreicht werden könne und lediglich die getätigten Investitionen der bereits tätigen Anbieter entwertet würden. Die Antragstellerinnen zu 3., 4. und 5. fordern daher, zumindest die Erschließung der 23 GEZB zur Voraussetzung des Angebots der Betreibervorauswahl im Ortsnetz zu machen.

Weiter müsse nach Auffassung der Antragstellerinnen zu 3. 4. und 5. das CIC-Hosting für die Betreibervorauswahl im NGN bereits in der Migrationsphase ermöglicht werden, weil sonst kleinere Anbieter, die die Mindestverkehrsmengen für die IP-Zusammenschaltung nicht erbringen könnten, vom Angebot der Betreibervorauswahl ausgeschlossen würden. Insgesamt müssten Wandlung und Transit für die Betreibervorauswahl unter NGN-Bedingungen vollständig reguliert werden. Weiter sei in der auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung ausdrücklich auszusprechen, dass interne und externe Nachfrager der Vorleistungen der Betroffenen gleich zu behandeln seien, um eine Umgehung des Diskriminierungsverbotes durch Umstrukturierungen der Betroffenen zu verhindern.

Die Auferlegung einer Standardangebotsverpflichtung für die IP-Zusammenschaltung wird vom BREKO, der EWE TEL GmbH, der QSC AG und der Versatel GmbH begrüßt. Die gegenwärtigen Verhandlungen mit der Betroffenen hierzu verliefen nicht so reibungslos, dass auf ein Standardanbot als Grundlage für Zusammenschaltungen verzichtet werden könnte, zumal nur so eine einheitliche Behandlung aller Zugangsnachfrager sicherzustellen sei. In einer Reihe von Fragen sei absehbar, dass sie durch Entscheidungen der Bundesnetzagentur geklärt werden müssten. Die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes hindere die Betroffene auch nicht daran, mit den Zugangsnachfragern vorab in möglichst vielen Punkten eine Einigung zu erzielen.

Hinsichtlich der Entgeltregulierung begrüßen BREKO, EWE TEL GmbH, QSC AG, Telefónica Germany GmbH & Co. oHG, Versatel GmbH und die Antragstellerin zu 8., dass der Entwurf eine Regulierung nach den KeL und nicht nach einem pure LRIC- Ansatz vorsieht. Die Terminierungsempfehlung verstoße durch ihre einseitige Festlegung auf pureLRIC gegen den Grundsatz der Kostendeckung der Entgelte aus Art. 13 Abs.1 der Zugangsrichtlinie sowie gegen die Grundrechte der Berufsfreiheit und der unternehmerischen Freiheit aus Art. 15 und 16 der Grundrechtscharta. Außerdem habe sich die Beschlusskammer ihre Abweichung von der Terminierungsempfehlung ausführlich mit den Marktverhältnissen in Deutschland auseinandergesetzt.

Die von der Terminierungsempfehlung angestrebte Kostenverlagerung von Terminierungs- zu Endkundenentgelten sei aus AGB-rechtlichen Gründen nicht möglich. Durch die mit der Betroffenen abgeschlossenen Reziprozitätsvereinbarungen würden Absenkungen der Terminierungsentgelte der Betroffenen immer auch auf die alternativen Teilnehmernetzbetreiber (aTNB) durchschlagen. Die in der Terminierungsempfehlung für einen pureLRIC-Ansatz herangezogene Differenzierung zwischen On-net- und Off-net-Endkundentarifen bestehe auf dem deutschen Festnetzmarkt nicht mehr. Eine mit pureLRIC erzielbare Entgeltabsenkung würde nicht zu abgesenkten Endkundenentgelten führen, weil sie auf Grund der ohnehin niedrigen Entgelte im Festnetzbereich keine signifikanten Auswirkungen hätten und bereits die Bemessung der Entgelte anhand eines NGN zu erheblichen Absenkungen der Vorleistungsentgelte führe. Die Bemessung der Terminierungsentgelte an pureLRIC entwerte bereits getätigte Investitionen und verzerrte den Wettbewerb, weil Terminierungsleistungen von Nachfragern zu geringeren Kosten nachgefragt werden könnten, als dem Anbieter hierfür Kosten entstünden.

Die Antragstellerin zu 8. betont die Notwendigkeit, die Terminierungsentgelte im Festnetz wie im Mobilfunk nach der gleichen Methode festzusetzen. Die Entgeltermittlung müsse aber nach Ansicht der Versatel GmbH anhand eines PSTN erfolgen, weil hier weiter die meisten Anschlüsse geschaltet seien und sich die entsprechenden Investitionen der alternativen Teilnehmernetzbetreiber noch nicht amortisiert hätten. Es komme höchstens eine Mischung aus den Kosten eines NGN und eines PSTN in Betracht.

Die Antragstellerinnen zu 3. 4. und 5. kritisieren, dass die Vorleistungsnachfrager durch den Wechsel der Entgeltermittlung von einem Wiederbeschaffungsansatz für das PSTN zu einem NGN-Kostenmodell niemals in den Genuss der durch Abschreibungen verminderten historischen Kosten des PSTN kommen würden und das NGN-Kostenmodell von einer Komplexität sei, die von den meisten Nachfragern nicht mehr nachvollzogen werden könne. Außerdem müsse trotz der Entgeltgenehmigungspflicht eine Pflicht zur getrennten Rechnungsführung auferlegt werden, um eine Handhabe für den Fall zu haben, dass die Entgeltenehmigungspflicht durch eine Gerichtsentscheidung aufgehoben wird.

Die Antragstellerinnen zu 2., 6. und 7. und die 1&1 Internet AG fordern für die Regulierung der Terminierungsentgelte dagegen eine vollständige Berücksichtigung der Terminierungsempfehlung einschließlich einer Ermittlung der Kosten nach dem pureLRIC-Maßstab. Die unterschiedliche Anwendung der Terminierungsempfehlung vor und nach dem 01.12.2012 sei willkürlich. Die Berücksichtigung der Gemeinkosten widerspreche der Ermittlung effizienter Kosten und stelle eine Behinderung des Binnenmarktes dar.

Nach Auffassung der 1&1 Internet AG ist eine Abweichung von der Terminierungsempfehlung nicht gerechtfertigt, denn die Beschlusskammer habe für ihre Abweichung von der Terminierungsempfehlung keine nationalen Besonderheiten anführen können. Ihre Erwägungen seien allgemeiner Natur und könnten deshalb die Nichtanwendung einer Vorgabe der Terminierungsempfehlung nicht rechtfertigen. Die KeL-Regulierung führe zu überhöhten Terminierungsentgel-

ten, denn ein Netzbetreiber errichte sein Netz ausschließlich für seine eigenen Kunden und nicht dafür, anderen Netzbetreibern Terminierungsleistungen anzubieten. Deshalb dürften nur die vermeidbaren Kosten der Terminierung in den Terminierungsentgelten berücksichtigt werden. Beim KeL-Ansatz würden dagegen Kosten abgedeckt, die bereits von den Endkunden des Netzbetreibers entgolten worden seien. Die Auffassung der Beschlusskammer, dass es zwischen den einzelnen Netzen nicht mehr zu ungerechtfertigten Kapitalabflüssen komme, könne nicht mit dem Wachstum der Anbieter auf den Endkundenmärkten begründet werden, weil dies Vorleistungs- und Endkundenmärkte vermische. Auf den eigenen Terminierungsmärkten habe jeder Netzbetreiber immer einen Marktanteil von 100%, so dass es hier nicht zu Wachstum kommen könne.

Entgelte nach dem KeL-Maßstab führten zu kollusivem Verhalten zwischen den Netzbetreibern zu Lasten der Endkunden und böten auch ein erhebliches Potential für wettbewerbschädigende Quersubventionierungen. Die von der Beschlusskammer dargestellte starke Verbreitung von Pauschal- und Bündelangeboten und die anhaltende Praxis der Endgerätesubventionierung deute genau auf solche Quersubventionierungen hin. Die aus den KeL-regulierten Entgelte herrührenden Einnahmen würden nicht investiert, sondern zu Preissenkungen auf den Endkundenmärkten verwendet. Dies stelle gerade für Neueinsteiger mit ihren stark asymmetrischen Verkehrsströmen eine Markteintrittsbarriere dar.

Die bestehende Spreizung zwischen Terminierungsentgelten in Festnetz und Mobilfunk könne mit einem pure LRIC-Ansatz ebenfalls besser verringert werden als mit einem KeL-Ansatz, der zudem auch ein Hindernis für den Binnenmarkt darstelle, weil er alleine in Deutschland angewandt werde und hier zu höheren Terminierungsentgelten als im Rest Europas führe. Außerdem erschwere dies länderübergreifende Angebote.

Nach Auffassung der Versatel GmbH ist es nicht angebracht, die Methode der Entgeltgenehmigung bereits in der Regulierungsverfügung festzulegen. Dies müsse vielmehr dem Entgeltgenehmigungsverfahren Vorbehalten bleiben.

Die E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG fordert, dass zukünftig die nicht von der Regulierung erfassten Wandlungsleistungen bei technologiekonformer Übergabe zumindest regulatorisch beobachtet werden müssten, um zu verhindern, dass hier Ersatz für abgesenkte Terminierungsentgelte gesucht werde.

Die NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH und der BUGLAS e. V. fordern, dass die Regulierungsverfügung so ausgestaltet werden müsse, dass sie die Bildung von Teilmärkten für Terminierungsleistungen nach der verwendeten Technologie in der Marktanalyse berücksichtigen könne, weil die Kosten je nach der verwendeten Technologie und der damit verbundenen je unterschiedlichen Lage der Grenze zwischen Anschluss- und Verbindungsnetz unterschiedlich seien und unterschiedliche Terminierungsentgelte rechtfertigen könnten.

Der Betroffenen sei zudem eine Nachfrageverpflichtung für die Terminierungsleistungen der alternativen Teilnehmernetzbetreiber aufzuerlegen, weil die Marktstellung der Betroffenen so überragend sei, dass die aTNB keine angemessenen Vertragsbedingungen für ihre Terminierungs- und Zusammenschaltungsleistungen durchsetzen könnten. Sie beantragt daher die Auferlegung einer entsprechenden Nachfrageverpflichtung.

Schließlich sei die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung erforderlich. Diese werde nicht durch die Pflicht zur Vorlage eines Standardangebotes oder die Pflicht zur Vertragsvorlage überflüssig. Das veröffentlichte Standardangebot gebe keinen Aufschluss über individuell getroffene, potenziell diskriminierende Vereinbarungen mit einzelnen Zugangsnachfragern. Diese könnten auch nicht aus den vorgelegten Verträgen ersehen werden, weil diese umfangreiche Schwärzungen bei den Bestandteilen enthielten, die nicht die regulierten Leistungen betreffen. Außerdem sei es in Zeiten des Technologiewandels erforderlich, die Vorleistungsnachfrager über Änderungen der Planungen zu informieren, die sich nicht sofort im relativ statischen Standardangebot niederschlagen. Die NetCologne beantragt deshalb die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung.

Im Rahmen ihrer Stellungnahmen haben 7 interessierte Parteien eigene Anträge gestellt.

Die Antragstellerin zu 1. beantragt,

1. die Auferlegung einer Nachfrageverpflichtung zum Bezug von Terminierungsleistungen der mit der Betroffenen zusammengeschalteten Teilnehmernetzbetreiber,
2. die Auferlegung einer allgemeinen Transparenzverpflichtung über Zugangsbedingungen nach § 20 TKG.

Die Antragstellerin zu 2. beantragt,

1. die Regelung gemäß Ziffern 1.1 bis 1.4 der Regulierungsverfügung über die Ermöglichung der Zusammenschaltung, der Erbringung von Verbindungsleistungen, die Kollokation und den jederzeitigen Zutritt, die Kooperationsmöglichkeiten, die Maßstäbe der Vereinbarungen über Zugänge, die Vorlage von Verträgen und die Vorlage eines einheitlichen Standardangebotes dahingehend zu ergänzen, dass neben der PSTN-Zusammenschaltung die IP-Zusammenschaltung in einer Weise ausgestaltet werden muss, die eine technologie neutrale Übergabe vorsieht. Die Möglichkeit der Vereinbarung einer technologiekonformen Übergabe ist zu streichen.
2. hilfsweise zu 1. bei einer vereinbarten technologiekonformen Übergabe die Zusammenschaltungsverpflichtung auch für solche Verbindungsleistungen anzuordnen, die sowohl in der Zuführung als auch in der Terminierung über IP übergeben wurden, aber technologiekonform über PSTN zu übergeben gewesen wären und umgekehrt. Wandlungsentgelte dürfen von der Betroffenen auch bei einer vereinbarten technologiekonformen Übergabe nicht erhoben werden.
3. Ziffer 2 Satz 4 der Regulierungsverfügung zu streichen.

Die Antragstellerinnen zu 3., 4. und 5. beantragen,

1. dass der Telekom nicht allein überlassen bleibt, ob sie eine sog. technologie neutrale oder technologiekonforme Übergabe an Nachfrager anbietet, sondern dass der Nachfrager die Form der Übergabe bestimmen kann,
2. die Migration in das NGN für alle am Markt betroffenen Unternehmen einschließlich der Telekom im Rahmen eines von der BNetzA zu beschließenden und transparenten Migrationskonzeptes einzubetten
3. der Telekom aufzugeben, die genaue Zahl der sog. All-IP-Anschlüsse in ihrem Netz zu veröffentlichen sowie die genaue Anzahl der Portierungen auf die zweite Portierungskennung für sog. NGN-Anschlüsse,
4. eventuelle Entgelte der Telekom für eine mögliche Wandlungs- und Transitleistung bei sog. nicht technologiekonformer Übergabe mangels NGN-Zusammenschaltung ebenfalls der Entgeltregulierung nach § 31 TKG zu unterwerfen, sog. ex-ante Entgeltkontrolle,
5. der Telekom aufzugeben, auch das sog. CIC-Hosting bei einer NGN-Zusammenschaltung für das Call-by-Call zu ermöglichen, das Call-by-Call im Ortsnetz für eine PSTN-Zusammenschaltung nur dann zuzulassen, wenn im Ortsnetz mindestens die 23 sog. GEZB erschlossen sind, für eine reine NGN-Zusammenschaltung ohne parallele PSTN-Zusammenschaltung, zunächst noch auszuschließen
6. klarzustellen, dass das sog. Diskriminierungsverbot der Telekom (vgl. Ziff. 1.5 des Tenors des Entwurfs) auch für die Gleichbehandlung „intern gleich extern“ gilt, also nicht nur eine Gleichbehandlung von Dritten untereinander, sondern auch zwischen der Telekom selbst, ihren Tochterunternehmen sowie Dritten, weil andernfalls durch Fusionen innerhalb der Telekom-Gruppe Diskriminierungsverbote umgangen werden können,
7. dass bei dem Angebot der Zusammenschaltungsleistungen der Telekom für den Aufbau und die Terminierung des Gesprächs nicht die genutzte Rufnummer, sondern die Form des Anschlusses entscheidet, die Festnetzzusammenschaltungsleistungen also auch dann gelten, wenn für den Festnetzanschluss eine Mobilfunknummer genutzt wird,

8. bei der Entgeltregulierung die Abschreibungen und historischen Kosten im PSTN zu berücksichtigen,
9. bei dem Kostenmodell für eine Entgeltregulierung anders als bisher auch die Verbindungsnetzbetreiber sowie kleineren Teilnehmernetzbetreiber zu beteiligen und vor der Ausarbeitung des Kostenmodells die Prämissen des Modells in einem transparenten und umfassenden Verfahren öffentlich zur Konsultation zu stellen, weil andernfalls ein intransparentes und komplexes Modell wie das bislang vorgestellte WIK-Modell kleinere Unternehmen von der Kommentierung faktisch ausschließt.
10. der Telekom die sog. getrennte Rechnungsführung aufzuerlegen, weil im Fall eines Gerichtserfolgs der Telekom gegen einen Bescheid der BNetzA mit alleiniger sog. Ex-ante-Entgeltkontrolle faktisch keine Entgeltkontrolle auch im Wege ex-post mehr möglich ist, wie die Erfahrungen mit den Verwaltungsgerichten gezeigt haben,
11. der Telekom aufzuerlegen, dass eventuelle Wandlungsleistungen und Transitleistungen für eine Übergabe in das NGN erst dann gegenüber Unternehmen mit einer bestehenden PSTN Zusammenschaltung bepreist werden dürfen, wenn tatsächlich alle betroffenen Unternehmen die tatsächliche Möglichkeit gehabt haben, eine parallele NGN-Zusammenschaltung mit der Telekom aufzubauen.
12. der Telekom aufzuerlegen, dass Wandlungsleistungen und Transitleistungen für eine Übergabe in das PSTN gegenüber Unternehmen mit einer alleinigen NGN-Zusammenschaltung dagegen von Anfang bepreist werden müssen, damit unter Wettbewerbsgesichtspunkten Unternehmen mit bestehender PSTN-Zusammenschaltung nicht benachteiligt werden.

Die Antragstellerin zu 6. beantragt,

1. die Regelung gemäß Ziffern 1.1 bis 1.4 der Regulierungsverordnung über die Ermöglichung der Zusammenschaltung, der Erbringung von Verbindungsleistungen, die Kollokation und den jederzeitigen Zutritt, die Kooperationsmöglichkeiten, die Maßstäbe der Vereinbarungen über Zugänge, die Vorlage von Verträgen und die Vorlage eines einheitlichen Standardangebotes dahingehend zu ergänzen, dass neben der PSTN-Zusammenschaltung die IP-Zusammenschaltung in einer Weise ausgestaltet werden muss, die eine technologie neutrale Übergabe vorsieht. Die Möglichkeit der Vereinbarung einer technologiekonformen Übergabe ist zu streichen.
2. hilfsweise zu 1. bei einer vereinbarten technologiekonformen Übergabe die Zusammenschaltungsverpflichtung auch für solche Verbindungsleistungen anzuordnen, die sowohl in der Zuführung als auch in der Terminierung über IP übergeben wurden, aber technologiekonform über PSTN zu übergeben gewesen wären und umgekehrt. Wandlungsentgelte dürfen von der Betroffenen auch bei einer vereinbarten technologiekonformen Übergabe nicht erhoben werden, höchst hilfsweise sind jedenfalls eventuelle Wandlungsentgelte der ex ante Entgeltregulierung nach § 31 TKG unter vollständiger Beachtung der Vorgaben der Kommissionsempfehlung nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 TKG zu unterwerfen.
3. Ziffer 2 Satz 4 der Regulierungsverordnung zu streichen.

Die Antragstellerin zu 7. beantragt,

1. die Regelung gemäß Ziffern 1.1 bis 1.4 der Regulierungsverordnung über die Ermöglichung der Zusammenschaltung, der Erbringung von Verbindungsleistungen, die Kollokation und den jederzeitigen Zutritt, die Kooperationsmöglichkeiten, die Maßstäbe der Vereinbarungen über Zugänge, die Vorlage von Verträgen und die Vorlage eines einheitlichen Standardangebotes dahingehend zu ergänzen, dass neben der PSTN-Zusammenschaltung die IP-Zusammenschaltung in einer Weise ausgestaltet werden muss, die eine technologie neutrale Übergabe vorsieht. Die Möglichkeit der Vereinbarung einer technologiekonformen Übergabe ist zu streichen.
2. hilfsweise zu 1. bei einer vereinbarten technologiekonformen Übergabe die Zusammenschaltungsverpflichtung auch für solche Verbindungsleistungen anzuordnen, die sowohl in

der Zuführung als auch in der Terminierung über IP übergeben wurden, aber technologiekonform über PSTN zu übergeben gewesen wären und umgekehrt. Wandlungsentgelte dürfen von der Betroffenen auch bei einer vereinbarten technologiekonformen Übergabe nicht erhoben werden, höchst hilfsweise sind jedenfalls eventuelle Wandlungsentgelte der ex ante Entgeltregulierung nach § 31 TKG unter vollständiger Beachtung der Vorgaben der Kommissionsempfehlung nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 TKG zu unterwerfen.

3. Ziffer 2 Satz 4 der Regulierungsverfügung zu streichen.

Die Antragstellerin zu 8. beantragt,

der Betroffenen die im Tenor des Regulierungsverfügungsentwurfs vom 18.04.2012 zum Verfahren BK3d-12/009 avisierten Regulierungsverpflichtungen aufzuerlegen.

Der Betroffenen, den Antragstellern sowie den sonstigen interessierten Parteien ist in der am 03.05.2012 durchgeführten öffentlichen Anhörung Gelegenheit auch zur mündlichen Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der Verhandlung Bezug genommen. Die schriftlichen Stellungnahmen der interessierten Parteien sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur am 30.05.2012 veröffentlicht worden. Auf diese Veröffentlichung ist im Amtsblatt Nr. 10/2012 vom selben Tage als Mitteilung Nr. 329/2012 hingewiesen worden.

Im Rahmen eines Pre-Notifizierungstreffens am 31.05.2012 hat die Kommission den Wunsch geäußert, dass das im Anschluss an das vorgenannte Konsultationsverfahren durchzuführende Konsolidierungsverfahren aufgeschoben werden solle, bis zumindest die vorläufigen Ergebnisse des nächsten Entgeltgenehmigungsverfahrens bekannt seien. Die Beschlusskammer hat in der Folge von der unmittelbaren Einleitung eines Konsolidierungsverfahrens abgesehen.

Mit Beschluss BK3d-12-009 vom 22.08.2012 hat die Beschlusskammer diejenigen Regulierungsmaßnahmen vorläufig erlassen, die bereits im Konsultationsentwurf vom 18.04.2012 tenoriert worden waren. Die vorläufige Regulierungsverfügung ist bis zum Wirksamwerden der Entscheidung im Hauptsacheverfahren befristet worden.

Mit Beschluss BK3c-12-089 vom 30.11.2012 hat die Beschlusskammer der Betroffenen unter Nutzung des zwischenzeitlich fertiggestellten WIK-Kostenmodells eine vorläufige Genehmigung für die am 21.09.2012 von ihr ab dem 01.12.2012 beantragten Verbindungsentgelte erteilt. Die Terminierungsentgelte sind dabei mit Wirkung ab dem 01.12.2012 in Höhe von 0,0036 E/Min (peak) und 0,0025 €/Min (off-peak) festgesetzt worden. Die vorläufige Genehmigung ist der Europäischen Kommission am 03.12.2012 bekanntgegeben worden.

Dem Bundeskartellamt ist unter dem 25.02.2013 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entwurf der endgültigen Regulierungsverfügung zu äußern. Mit Schreiben vom 28.02.2013 hat das Bundeskartellamt mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absieht.

Unter dem 06.03.2013 hat die Bundesnetzagentur sowohl den Entwurf der vorliegenden Regulierungsverfügung als auch den zwischenzeitlich national konsultierten Entscheidungsentwurf für eine endgültige Entgeltgenehmigung der EU-Kommission, dem GEREK und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt und diese davon unterrichtet.

Mit Schreiben vom 08.04.2013 hat die EU-Kommission der Bundesnetzagentur und dem GEREK mitgeteilt, sie sei der Auffassung, durch den Maßnahmenentwurf – der nach Verständnis der Kommission Regulierungsverfügung und Entgeltgenehmigung in einem umfasst – könnten Hindernisse im Binnenmarkt entstehen, und sie habe ernste Bedenken in Bezug auf dessen Vereinbarkeit mit dem EU-Recht.

Das GEREK hat der EU-Kommission hierzu am 17.05.2013 eine Stellungnahme übermittelt.

Am 20.06.2013 hat eine Telefonkonferenz zwischen Bundesnetzagentur, GEREK und Kommission stattgefunden, um über die angemessenste und effektivste Maßnahme zur Ausräumung der von der Kommission geäußerten ernsten Bedenken zu beraten.

Am 08.08.2013 hat die EU-Kommission der Bundesnetzagentur unter dem Aktenzeichen C(2013) 5112 folgende Empfehlung übersandt:

- 1.“ Die BNetzA sollte die Abhilfemaßnahmen, die eine Preiskontrollverpflichtung bezüglich der von DT für die Festnetz-Anrufzustellung (Markt 3) in Deutschland in Rechnung gestellten Entgelte enthalten, ändern oder zurückziehen, um dafür zu sorgen, dass die Beurteilung der effizienten Kosten im Hinblick auf die im Festnetz-Zustellungsmarkt angewandten Entgelte auf einer reinen BU-LRIC-Methode beruht, da dies die angemessenste Methode für die Regulierung der Entgelte auf den Festnetz-Zustellungsmärkten ist.
2. Die BNetzA sollte die in Nummer 1 genannte Methode unverzüglich, spätestens aber zum 1. November 2013 umsetzen, und zwar mit Blick auf die in Artikel 8 der Rahmenrichtlinie festgelegten Ziele und insbesondere im Hinblick auf Artikel 8 Absatz 3 Buchstabe d der Rahmenrichtlinie, wonach die BNetzA mit den anderen NRB, der Kommission und dem GEREK zusammenarbeiten soll, um die Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis sicherzustellen, und wie empfohlen von der Kommission in ihrer Zustellungsentgelte-Empfehlung von 2009, die der dringenden Notwendigkeit Rechnung trägt, dass die Endkunden den größtmöglichen Nutzen aus effizienten kostengestützten Zustellungsentgelten ziehen können.
3. Die Kommission wird diese Empfehlung auf ihrer Website veröffentlichen. Die BNetzA kann der Kommission binnen drei Arbeitstagen nach Erhalt dieser Empfehlung mitteilen, ob sie der Auffassung ist, dass diese entsprechend den Rechtsvorschriften der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten über das Geschäftsgeheimnis vertrauliche Informationen enthält, die vor der Veröffentlichung gelöscht werden sollten. Ein solches Ersuchen ist zu begründen.
4. Falls die BNetzA beschließen sollte, den Maßnahmenentwurf nicht zurückzuziehen oder im Sinne dieser Empfehlung zu ändern, muss sie dies gemäß Artikel 7a Absatz 7 der Rahmenrichtlinie der Kommission gegenüber begründen.
5. Gemäß Artikel 7a Absatz 6 der Rahmenrichtlinie muss die BNetzA die erlassene Maßnahme der Kommission bis zum 9. September 2013 mitteilen. Dieser Zeitraum kann auf Antrag der BNetzA verlängert werden, damit die BNetzA eine öffentliche Konsultation gemäß Artikel 6 der Rahmenrichtlinie durchführen kann.
6. Diese Empfehlung ist an die BNetzA gerichtet.“

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

II. Gründe

A. Beibehaltung und Auferlegung von Verpflichtungen

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 1 und 2 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 Zusammen-

schaltung 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.

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG) und aufgrund öffentlich mündlicher Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG).

Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ist die Entscheidung gemäß § 132 Abs. 4 TKG behördenintern abgestimmt worden. Darüber hinaus ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern (§ 123 Abs. 1 S. 2 TKG).

Ferner ist der Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission, den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten sowie dem GEREK gemäß § 13 Abs. 1 S. 1, § 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG zur Verfügung gestellt worden.

Die Beschlusskammer hat gemäß § 31 Abs. 2 S. 3 TKG die Auferlegung einer Genehmigungspflicht anhand einer anderen Vorgehensweise im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG besonders begründet. Ebenfalls hat sie vorliegend gemäß § 13 Abs. 4 Nr. 5 S. 2 TKG ihren Beschluss zur Nichtbefolgung der am 08.08.2013 ergangenen Empfehlung C(2013) 5112 der Kommission begründet.

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. Nicht umfasst sind von diesen Märkten Wandlungsleistungen im Netz der Betroffenen, die dazu dienen, unterschiedliche Technologien in Ursprungs- und Zielnetz der bei der Zusammenschaltung zu übergebenden Verbindungen zu überbrücken. Etwas anderes gilt dann, wenn die Betroffene mangels einer zweiten hinterlegten Portierungskennung Terminierungs- bzw. Zuführungsleistungen mit und ohne Wandlung erbringen und somit nicht nach der Anschlusstechnologie differenzieren würde. In diesem Falle, der sogenannten technologieneutralen Übergabe, würden alle nicht nach der Anschlusstechnologie differenzierten Leistungen mit oder ohne ein Wandlungserfordernis zu den jeweiligen Märkten zählen. Verbindungsleistungen sind also von den Märkten erfasst, wenn eine technologieneutrale Übergabe eingerichtet wird oder wenn sie bei der Wahl einer technologiekonformen Übergabe technologiekonform übergeben werden. Die Entscheidung für eine Zusammenschaltung nach dem Grundsatz der Technologiekonformität erfolgt einheitlich für alle Zusammenschaltungsverhältnisse dadurch, dass die Betroffene für die in ihrem Netz geschalteten Nummern eine zweite Portierungskennung hinterlegt und so erkennbar macht, ob Verbindungen von bzw. zu diesen Nummern über PSTN- oder IP-Zusammenschaltungen zu übergeben sind. Für die Geltung des Grundsatzes einer technologiekonformen oder aber einer technologieneutralen Regelung ist es für die Feststellung beträchtlicher Marktmacht nicht von Bedeutung, ob die von dem Anbieter durch eine entsprechende Hinterlegung oder Nichthinterlegung einer zweiten Portierungskennung getroffene Wahl der untersten Netzkoppelungsebene ausdrücklicher Gegenstand der jeweiligen Zusammenschaltungsregelung ist oder wird.

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 Carrier 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 technologieneutrale Übergabe eingerichtet worden ist oder im Falle einer technologiekonformen Übergabe eine Verbindung von oder zu einer Rufnummer übergeben wird, für die eine Übergabe auf IP-Ebene festgelegt worden ist. Ist eine technologiekonforme Übergabe vorgesehen 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. Entscheidet sich die Betroffene – was gegenwärtig der Fall ist – für die Ausgestaltung der Zusammenschaltung nach dem Grundsatz der Technologiekonformität, so ist sie nicht daran gehindert, zusätzlich eine technologieneutrale Zusammenschaltung

tung anzubieten. Solche Verbindungsleistungen unterfallen aber dann nicht bzw. im Falle der nicht technologiekonformen 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. Im Übrigen sieht sie von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG ab. 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 Marktmacht 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. 34 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 Vermittlungsstel-

len, 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 Aufbaus 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 beginnende 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 Zusam-

menschlung, an dem sie kollektiert 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 Förderung 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. Darum ist entgegen der Auffassung der Betroffenen das Produkt ICAs „physical Co-location“ kein gleichwertiger Ersatz für die gebündelte Zusammenschaltung, weil der ICP zusätzlich zu dem von der Betroffenen oder Dritten eingekauften Übertragungsweg auch die Kollokation bei der Betroffenen nachfragen muss, was zu erheblichen zusätzlichen Kosten führen kann. Insbesondere bei kleinen Verkehrsmengen würde der Verweis auf die Eigenrealisierung der Zusammenschaltung zu einer massiven Markteintrittsbarriere führen. Dagegen würde eine Beschränkung auf eine gebündelte Zusammenschaltung die Nachfrager, die eine Kollokation auch zu anderen Zwecken nachfragen, zu ineffizienten Investitionen zwingen. 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 vieler zusätzlicher 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 alleinige Nutzung alternativer Infrastrukturen als nicht tragfähig anzusehen.

Hiergegen kann die Betroffene auch nicht erfolgreich anführen, dass die Regulierung im Mietleitungsmarkt weiter zurückgefahren wird. Nach der Regulierungsverfügung für Abschlussegmente von Mietleitungen für Großkunden (BK2a-12/001-R) unterliegen die Abschlussegmente bis 155 Mbit/s der Regulierung einschließlich Entgeltgenehmigungspflicht. Abschlussegmente oberhalb 155 Mbit/s werden aus der Regulierung entlassen. Damit unterliegen die Abschlussegmente für die bei der gebündelten PSTN-Zusammenschaltung verwendeten Mietleitungen für Inter-Building-Anschnitte von $n \times 2$ Mbit/s weiterhin der Regulierung. Die geringsten Bandbreiten der von der Betroffenen angebotenen N-ICAs betragen 150 Mbit/s und 155 Mbit/s, so dass Inter-Building-Anschnitte mit einer entsprechenden Bandbreite als Mietleitungen weiterhin

der Regulierung unterliegen. Gerade diese niedrigen Bandbreiten dürften in der Anfangsphase der Migration zur IP-Zusammenschaltung sowie dauerhaft von kleineren Netzbetreibern nachgefragt werden, so dass sich die Auferlegung der gebündelten Zusammenschaltung auch aus der marktbeherrschenden Stellung bei diesen Abschlusssegmenten begründen lässt.

Was Mietleitungen mit höheren Bandbreiten betrifft, so vertritt die Festlegung für Mietleitungen die Auffassung, dass die Betroffene hier keine beträchtlichen Vorteile aus ihrem umfassenden Anschlussnetzwerk zur Geltung bringen und daraus Marktzutrittschranken erwachsen könnten,

vgl. Punkt I.I.4 der Festlegung der Präsidentenkammer BK1-09-006.

Die Verpflichtung zum Angebot der gebündelten Zusammenschaltung folgt aber nicht alleine aus einer marktbeherrschenden Stellung bei Mietleitungen an sich, sondern aus dem Erfordernis der gebündelten Zusammenschaltung. Erforderlich, aber auch ausreichend für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung ist ein enger funktionaler Zusammenhang zwischen der Einrichtung, zu der Zugang zu gewährt ist, und dem Markt, für den ein Regelungsbedarf festgestellt worden ist. Nicht erforderlich ist, dass die betroffene Einrichtung selbst Gegenstand einer Marktanalyse und Festlegung ist,

vgl. BVerwG Urteil 6 C 22.08 vom 27.01.2010., Rz. 30.

Ohne eine Zugangsverpflichtung hinsichtlich des Inter-Building-Abschnittes auch für Bandbreiten, für die keine Verpflichtungen zum Zugang zu Mietleitungen auferlegt wurden, könnte die Betroffene für die Nachfrager ungünstige Bedingungen fordern, die einen Zugang zur gebündelten Zusammenschaltung verzögern oder vereiteln könnte.

- 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 Kapa-

zitätserweiterung 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 Bedingungen, 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 infrastrukturasierten 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 TKG¹⁹⁹⁶ 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 TKG¹⁹⁹⁶ 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.

3.1.3 Art und Umfang der Zusammenschaltungsverpflichtung

Die Verpflichtung zur Koppelung der Netze durch Zusammenschaltung richtet sich immer auf die Zusammenschaltung auf der jeweils untersten möglichen Ebene. Die Bestimmung dieser Ebene kann je nach Art der betroffenen Verbindungen und der Übergabetechnologie (PSTN oder IP) variieren. Die von zahlreichen interessierten Parteien vorgetragene Befürchtung, dass die Migration auf IP-Zusammenschaltungen völlig ins Belieben der Betroffenen gestellt sei und ihr die Wahl einer technologiekonformen Übergabe die Möglichkeit zur Erhebung ungerechtfertigter Wandlungsentgelte eröffne, treffen nicht zu. Denn die zur technologiekonformen Übergabe entwickelten Grundsätze gelten nur, wenn die technologiekonforme Übergabe auch tatsächlich von der Betroffenen zur Grundlage ihrer IP-Zusammenschaltung gemacht und einheitlich allen ICP angeboten wird. Das von der Betroffenen in ihrem NGN-Vertragsentwurf zugrunde gelegte Modell basiert auf einer entsprechenden Neuregelung des Nummernplanes durch die Bundesnetzagentur für Portierungskennungen im Rahmen der Verfügung Nr. 41/2009 Amtsblatt 16/2009 vom 26.08.2009,

vgl. Punkt H.I.5.g) (2) (b) der Festlegung der Präsidentenkammer.

Die Möglichkeit zum Zweck der Technologiedifferenzierung zwei Portierungskennungen zugeteilt zu bekommen, soll ausweislich der Verfügungsgründe den Unternehmen, die über Zusammenschaltungspunkte in PSTN- und in IP-Technologie verfügen, gerade ermöglichen, dass der Verkehr am geeigneten Zusammenschaltungspunkt zugeführt wird. Auch aus den bisher vorliegenden Vertragsentwürfen und dem Vorgehen der Betroffenen beim Test von IP-Zusammenschaltungen mit ihren ICP lässt sich kein willkürliches Verhalten erkennen.

Die Festlegung lässt nur solche Verbindungen aus der Regulierungsbedürftigkeit fallen „die im Rahmen der Vereinbarung des Grundsatzes einer technologiekonformen Übergabe tatsächlich nicht technologiekonform und damit auf einer höheren Netzzugangsebene übergeben werden.“ Dabei ist die Leistungserbringung für jede einzelne Verbindung zu betrachten. Ist eine technologiekonforme Übergabe hinsichtlich bestimmter Rufnummern etwa deshalb nicht möglich, weil eine im IP-Netz geschaltete Rufnummer tatsächlich in den Portierungsdatenbanken noch als im PSTN-Netz geschaltet geführt wird, wird eine technologiekonforme Übergabe nicht angeboten bzw. ist der Anschluss zu behandeln, als ob er im PSTN geschaltet ist.

Die von den Antragstellerinnen zu 2., 6. und 7. sowie der IEN geforderte Verpflichtung der Betroffenen auch zum Angebot einer technologieneutralen Übergabe scheitert schon daran, dass diese Bündelung aus Verbindungs- und Wandlungsleistung nach der Festlegung der Präsidentenkammer im Falle der Wahl einer technologiekonformen Übergabe nicht Teil des relevanten Marktes ist (mit Ausnahme der Zuführung zur Betreibervorauswahl). Diese Bestimmung des Umfangs der Zusammenschaltungsverpflichtung, die keine Verpflichtung zum Angebot einer technologieneutralen Übergabe umfasst, verstößt darum auch nicht gegen den Grundsatz der Technologieneutralität.

Sofern bemängelt wird, dass die Zuordnung von Rufnummern zu Netztechnologien für die Zusammenschaltungspartner nicht zu überprüfen sei, ist eine Grundlage für den Vorwurf eines letztlich betrügerischen Verhaltens der Betroffenen nicht erkennbar. Eine falsche Zuordnung würde gegen die Vorgaben der Zuteilungsregeln verstoßen, die die Zuteilung der zweiten Portierungskennung an den Zweck der Differenzierung nach der jeweils verwendeten Technologie bindet

Hinsichtlich der angeblichen Unzumutbarkeit einer parallelen PSTN-Zusammenschaltung ist darauf hinzuweisen, dass die Erforderlichkeit einer parallelen Zusammenschaltung unmittelbar aus der in der Festlegung der Präsidentenkammer vorgenommenen Abgrenzung der entbündelten Leistung folgt, sofern man nur die entbündelte Leistung abnehmen will. Hinsichtlich der tatsächlichen Belastungen ist zu beachten, dass es den ICP möglich ist, den technologiekonfor-

men Zugang zum Netz der Betroffenen über Transitnetzbetreiber zu erhalten. Eine Investition in doppelte Infrastruktur ist nur dann erforderlich, wenn sich der jeweilige Netzbetreiber unter der Geltung des Grundsatzes der technologieneutralen Übergabe dazu entschließt, die regulierte Leistung jeweils an der untersten Netzkoppelungsebene selber nachzufragen. Bereits aktuell hat nur eine begrenzte Anzahl an Unternehmen alle untersten Netzkoppelungsstellen der Betroffenen erschlossen.

Für Verbindungen zwischen den jeweils untersten Netzkoppelungsebenen ist nicht erforderlich, dass jeder Netzbetreiber sämtliche untersten Netzkoppelungsebenen selber anbindet, es reicht vielmehr aus, dass die Verbindungen von einer Anzahl von Netzbetreibern realisiert werden. Ist eine solche Anbindung erst einmal realisiert, so hat die Untersuchung im Rahmen der letzten Marktanalyse bezüglich von Transitleistungen im PSTN gezeigt, dass die Netzbetreiber Transitleistungen auch problemlos extern anbieten könnten. Für die Anbindung der neuen untersten Netzkoppelungsebene auf IP-Ebene ist nichts anderes zu erwarten. Das Auftreten einer Preisschere bzw. überhöhter Preise für die Transitleistungen plus Wandlung ist daher in der gleichen Weise unwahrscheinlich und nicht aufrechtzuerhalten, wie es bereits bei den bisherigen Transitleistungen nach den Ergebnissen der letzten Analyserunde der Fall gewesen ist. Nach dem gegenwärtigen Stand sind bereits mehrere Transitnetzbetreiber mit der Betroffenen testweise über IP zusammengeschaltet, so dass zeitnah mit entsprechenden Angeboten für Transitleistungen für die IP-Zusammenschaltung zu rechnen ist,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer, Punkt H.I.5.g) (2) (b).

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 eingereichten technologiekonformen Übergabe auch technologiekonform übergeben werden.

Nicht mehr erfasst sind im Falle der Wahl einer technologiekonformen Übergabe solche Verbindungsleistungen, die über PSTN übergeben werden, aber nach der Ausgestaltung 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.

Für die Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl war es nicht erforderlich, der Betroffenen wie von den Antragstellerinnen zu 3., 4. und 5 gefordert die Einrichtung eines CIC-Hostings für IP-Zusammenschaltungen aufzuerlegen. Nach den Feststellungen der Marktanalyse ist für die Regulierung der Betreiber(vor)auswahl davon auszugehen, dass ein CIC-Hosting nicht eingerichtet ist. Aus diesem Grunde werden bei der Zuführung zur Betreiber(vor)auswahl auch die nicht technologiekonform übergebenen Verbindungen und die Wandlungsleistung von der Regulierung einschließlich der Entgelte erfasst. Den Anbietern von Leistungen der Betreiber(vor)auswahl ist es darum möglich, ihre Angebote sämtlichen Kunden der Betroffenen zugänglich zu machen, auch wenn diese über IP an das Netz der Betroffenen angeschlossen sind. Dem von den Antragstellerinnen zu 3. 4. und 5 befürchteten Umstand, dass eine IP-Zusammenschaltung mit der Betroffenen wegen zu hoher Mindestverkehre an zu geringen Verkehrsmengen scheitern könnte, kann durch die noch festzulegende Ausgestaltung des Standardangebotes der Betroffenen begegnet werden. Sollte während der Geltungsdauer dieser Regulierungsverfügung ein CIC-Hosting ermöglicht werden, wäre dies in einer nachfolgenden Marktanalyse zu berücksichtigen.

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 fortbesteht.

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 Betreiber(vor)auswahl 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 Festnetzverbindung 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 Betreiber(vor)auswahl 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 Betreiber(vor)auswahl anbieten, der an allen 474 LEZB sowie an zwei IP-Standorten zusammengeschaltet ist. Sofern vorgebracht wird, dass hier nicht mit Neueintritten in den Markt für das Angebot der Betreiber(vor)auswahl für Ortsgespräche zu rechnen sei, ist darauf hinzuweisen, dass auf jeden Fall weiterhin Markteintritte für die Betreiber(vor)auswahl für Fern- und Auslandsgespräche geben wird und neu eintretende Anbieter ihr Angebot auch um die Betreiber(vor)auswahl im Ortsnetz ergänzen können.

Gegen die Aufhebung der bisherigen Beschränkung des Transits für die Betreiber(vor)auswahl kann nicht der Gedanke des Schutzes der Investitionen in die Erschließung der LEZB und der Beitrag des Verkehrs der Betreiber(vor)auswahl im Ortsnetz angeführt werden, weil diese Erwägungen mit der bisherigen Begründung der Einschränkung der Transitverpflichtung der Betroffenen nicht vereinbar sind. Denn diese ist ja die Einschränkung einer an sich bestehenden Zugangsverpflichtung, die in der Vergangenheit mit dem Schutz der Netzintegrität der Betroffenen begründet wurde. Es sollte verhindert werden, dass durch die Verlagerung von Ortsnetzverkehr ins Fernnetz atypische Verkehre in großem Umfang entstehen und die Betroffene zu einer entsprechenden Anpassung ihres Netzes gezwungen werden würde,

vgl. Beschluss BK3d-08-023 vom 22.04.2009, S. 20 f.

Wegen der stark verringerten Verkehrsmenge für die Betreiber(vor)auswahl ist aber nicht mehr vom Fortbestehen dieser Gefahr auszugehen. Die Gesamtmenge der hierüber abgewickelten Verkehrsminuten fiel von 62 Mrd Gesprächsminuten im Jahre 2005 auf 10 Mrd. im Jahr 2011,

vgl. Jahresbericht der Bundesnetzagentur 2011, S 83.

Wegen dieses gefallenem Verkehrsaufkommens ist nicht mehr davon auszugehen, dass die Einschränkung der an sich bestehenden Zugangsverpflichtung zu einem Markt, für den das Bestehen beträchtlicher Marktmacht festgestellt worden ist, weiterhin gerechtfertigt werden kann.

Anders als bei anderen Zuführungsleistungen ist neben der Zuführungs- und Transitleistung auch die Wandlung Teil der regulierten Leistung, so dass bei Einrichtung 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 För-

derung 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 verbundenen 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.

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

Die Anbieter von Betreibervorauswahl 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 Mehrwertdiensterrufnummern 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 erschießende 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 Beibehaltung 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.I.1. Auch ein Resale bietet keinen Ersatz, weil eine netzübergreifende Verbindung die Verbindung der Netze voraussetzt und das Resale gerade die Nutzung des Wettbewerbernetzes 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 Leistungserbringung 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 der 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 TKG¹⁹⁹⁶ 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.

3.2.4 Nachfrageverpflichtung für Terminierungsleistungen alternativer Teilnehmernetzbetreiber

Der Betroffenen war keine Nachfrageverpflichtung für die Terminierungsleistungen der alternativen Teilnehmernetzbetreiber aufzuerlegen. Die der Regulierungsverfügung zu Grunde liegende Festlegung der Präsidentenkammer bietet keinen Hinweis darauf, dass eine solche Nachfrageverpflichtung erforderlich sein könnte, um den Wettbewerbsproblemen abzuhelpfen, die durch die beträchtliche Marktmacht der Betroffenen auf dem Markt für die Anrufzustellung in ihrem Netz verursacht werden.

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. Outdoor-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 Kollokationsfläche 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 konfektionierter 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 verpflichten, 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 wer-

den 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,

vgl. hierzu VG Köln, Urteil 1 K 6442/05 vom 25.10.2012, S. 9f.

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. Die

Verpflichtung zur Gewährung von Kooperationsmöglichkeiten nach § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG geht aber nach dem Willen des Gesetzgebers über die reine Kollokations- und Zugangsgewährung hinaus und soll eben die verbesserte Ausschöpfung des in der Kollokation liegenden wirtschaftlichen Wertes durch die Zugangsnachfrager gestatten, so dass die darin liegende zusätzliche, gegenüber der reinen Kollokation geringfügige Eigentumsbelastung verhältnismäßig ist,

vgl. hierzu VG Köln, Urteil 1 K 6442/05 vom 25.10.2012, S. 11f.

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 TKG¹⁹⁹⁶ 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. Die von den Antragstellerinnen zu 3., 4. und 5.

geforderte ausdrückliche Auferlegung der Gleichbehandlung interner und externer Nachfrager ist nicht erforderlich, weil sie sich bereits aus dem Gesetz ergibt.

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 Entgeltgenehmigungspflicht 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. Insbe-

sondere 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 Transparenzverpflichtungen

3.6.1 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 Zugangvereinbarungen und ersetzt zugleich den bisherigen § 22 Abs. 3 TKG. Dieser enthielt eine gesetzsunmittelbare Verpflichtung zur Vorlage von Vereinbarungen über Zugangvereinbarungen. Die Gemeinschaftsrechtskonformität der gesetzsunmittelbaren 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, veröffentli-

chen 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 Zugangsorten) 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.

3.6.2 Transparenzverpflichtung bzgl. allgemeiner Zugangsbedingungen

In pflichtgemäßer Ermessensausübung ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gelangt, dass die von einigen interessierten Parteien geforderte Transparenzverpflichtung bezüglich der allgemeinen Zugangsbedingungen neben den mit dieser Entscheidung gegenüber der Betroffenen zugleich auferlegten Verpflichtungen zur Vorlage abgeschlossener Verträge über Zugangsleistungen und zur Veröffentlichung eines Standardangebotes nicht erforderlich ist. Denn durch das zu veröffentlichende Standardangebot erhalten Nachfrager sämtliche für den Zugang erforderlichen Informationen. Dies folgt daraus, dass ein Standardangebot gemäß § 23 Abs. 3 S. 4 TKG inhaltlich so umfassend sein muss, dass es von den einzelnen Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden kann. Im Rahmen des Standardangebotes müssen daher alle Zugangsbedingungen veröffentlicht werden, die für den Zugang zum Teilnehmeranschluss wesentlich sind. Darüber hinaus sind keine weiteren Informationen für die Zugangsnachfrage und -inanspruchnahme erforderlich, vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 66, zu § 20 Abs. 2 TKG-E und zu § 21 TKG-E.

Durch die mögliche Einsichtnahme in die abgeschlossenen und der Bundesnetzagentur vorgelegten Verträge über Zugangsleistungen ist es interessierten Parteien zudem möglich, bei ihren Verhandlungen über eine Zugangsvereinbarung auch von besonderen Vertragsregelungen Kenntnis zu erlangen, die auch für ihre Sach- und Interessenlage angemessen sein können. Hiergegen kann nicht angeführt werden, dass diese Verträge wegen der Schwärzungen zu Regelungen für nicht regulierte Leistungen nicht aussagekräftig seien. Vereinbarungen über nicht der Regulierung unterliegende Leistungen können nicht zum Gegenstand regulatorischer Verpflichtungen gemacht werden, so dass ihre Schwärzung nicht zu beanstanden ist. Die wesentlichen Zusammenschaltungsleistungen der Infrastrukturbereitstellung und der Erbringung von Diensten unterliegen der Regulierung einschließlich einer Entgeltkontrolle nach KeL, so dass nicht erkennbar ist, wo der Raum für Diskriminierungen im nicht regulierten Bereich liegen könnte. Von daher liefe die zusätzliche Auferlegung einer Transparenzverpflichtung ins Leere. Sie ist folglich nicht erforderlich und wäre daher unverhältnismäßig.

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. Sofern von einigen interessierten Parteien vorgetragen wird, dass dieser Konsens weit weniger breit sei als von der Betroffenen behauptet, stützt dieser Vortrag die Auferlegung einer Standardangebotsverpflichtung auch für die IP-Zusammenschaltung zum jetzigen Zeitpunkt.

In diesem Standardangebot sind Vorgaben zu einem definierten Migrationsszenario aufzunehmen, wie es von einigen interessierten Parteien gefordert worden ist. Bereits das jetzige Standardangebot enthält Regelungen über Bestandsgarantien für Orte der Zusammenschaltung sowie Regelungen zum Rückbau. Diese Regelungen werden soweit erforderlich für den Wechsel auf eine alleinige IP-Zusammenschaltung zu ergänzen sein. Die Auferlegung eines definierten Migrationspfades schon in der Regulierungsverfügung ist darum nicht erforderlich, zumal die Entwicklung eines solchen Pfades ihren Ausgang vom Bemühen der Betroffenen und ihrer ICP um eine einverständliche Lösung nehmen sollte.

Die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 TKG sind in Bezug auf die auferlegten Zugangsverpflichtungen 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, Leistungsqualitäten und Vertragsstrafen sowie ggf. eine Überwachung der tatsächlich erbrach-

ten Leistungsqualität durch ein Qualitätsmonitoring, 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 berechnete 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.

Innerhalb des § 31 TKG richtet sich die Vorgehensweise allerdings für die Terminierungsentgelte nunmehr nach der Bestimmung des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG. Im Fall der Terminierungsentgelte wendet die Beschlusskammer § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG derart an, dass die Entgelte zwar grundsätzlich im Sinne des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG bemessen werden. Die vorgenannte Regelung ist indes im Sinne 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, auszulegen. Zudem gehen im Konfliktfall – nach der von der Beschlusskammer vorliegend getroffenen Ermessensentscheidung – die von der Kommission empfohlenen Maßstäbe und Methoden dem gesetzlichen Regelmodell vor. In Ausnahme hierzu behält die Beschlusskammer freilich die 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 Vor-

gehensweise 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 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. 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 analog ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 entsprechen Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 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.

Gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG können 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 Anschlussteilnehmern, zu leisten. Insofern überlappen sich 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 verpflichten, 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 langfristig 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 des eigenen Endkundenvertriebs oder 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 Entgeltmaßstab 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 Mengenausweitungen und Preissenkungen, sondern insgesamt auch zu vorteilhaften Marktstrukturänderungen führen. Voraussetzung dafür ist allein, dass bestehende Marktzutrittsschranken innerhalb absehbarer Zeit überwunden werden können. Aktiviert durch den Preismechanismus, würden die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs die bei einem oder meh-

renen Unternehmen vorhandene 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 zurückhalten- den 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 Planabstimmungs- funktionen 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 Betreiberwahl und von Verbindungen in das Festnetz der Betroffenen können die für den Auftritt im Endkundenbereich notwendigen Zu- sammenschaltungs-, Verbindungs- und Kollokationsleistungen eben nicht zu wettbewerbskon- formen 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 netzüber- greifende Kommunikation zu gewährleisten und den Nachfragern Effizienzgewinne durch Vor- nahme unmittelbarer Zusammenschaltungen zu ermöglichen. Durch Vorleistungsentgelte, die den Wettbewerbspreis überschritten und eine Zusammenschaltung insgesamt oder an bestimm- ten 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 Mit- wettbewerbern 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 3.8.5.2.3.1.1

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 für die Terminierungsentgelte nicht anzunehmen, dass eine nur teilweise Entgeltung der KeL über die Terminierungsentgelte anhand der LRIC-Grundsätze der Terminierungsempfehlung dem Wettbewerbsergebnis noch näher käme.

Die Frage, ob sich die Wettbewerbsergebnisse noch besser anhand der von der Kommission zur Anwendung empfohlenen LRIC-Entgelte im Sinne von Nr. 6 i.V.m. Nr. 2 Terminierungsempfehlung emulieren ließen, wird unter Ziffer 3.8.5.2.3.1.1 abgehandelt. Darüber hinaus wird unter Ziffer 3.8.5.2.3.1.2 der Frage nachgegangen, ob – unter Wettbewerbsgesichtspunkten – deshalb einer Genehmigung von LRIC-Entgelten der Vorzug vor derjenigen von KeL-Entgelten gegeben werden sollte, weil dadurch ansonsten entstehende negative Effekte auf anderen Märkte vermieden würden.

Der Gesichtspunkt der Gewährleistung chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs streitet deshalb dafür, jedenfalls 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 beugen.

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.

Eine andere Bewertung ist entgegen dem Vortrag der Betroffenen auch nicht hinsichtlich der Entgeltregulierung für Mietleitungen geboten. Sofern sich eine KeL-Entgeltregulierung auch aus der Regulierungsverfügung für Mietleitungen ergibt, wird die Betroffene durch die auferlegte KeL-Regulierung nicht zusätzlich belastet. Eine einheitliche Entgeltregulierung aller Vorleistungen, die auch Mietleitungstypen erfasst, die als Mietleitungen aus der Regulierung entlassen worden sind, kann nicht gleichwertig durch eine Regulierung am Missbrauchsmaßstab ersetzt werden, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Betroffene unter Hintanstellung ihres sonstigen Markterfolges für Mietleitungen als Inter-Building-Abschnitte den im Rahmen der Missbrauchsprüfung möglichen Missbrauchszuschlag ausschöpfen könnte. Weiter werden diese Mietleitungsverbindungen häufig von beiden Zusammenschaltungspartnern benutzt, so dass die Berücksichtigung dieser gemeinsamen Nutzung eine entgeltrelevante Regelung ist und von der Regulierung erfasst bleiben muss. Dem steht keine besondere Belastung der Betroffenen gegenüber, weil die durch eine Vergleichsmarktbetrachtung ermittelten Entgelte für nicht mehr als Mietleitungen regulierte Inter-Building-Abschnitte (Fernübertragungssegmente) bisher immer akzeptiert worden sind wie zuletzt mit Beschluss BK3g-11/002 vom 31.03.2011.

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 (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 Kollokationsleistungen 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 Entgeltgenehmigung besser als die bisherige Vorgehensweise geeignet, um die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen. Denn die Regelungsziele lassen sich hier 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 der leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten zuerst auf andere Dienste zu verteilen und kein Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten zu berücksichtigen, auf Grund nationaler Besonderheit (siehe Ziffern 3.8.5.2.3.1.2.1.1, 3.8.5.2.3.1.2.1.2 und 3.8.5.2.3.1.2.2) 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 auf NGN-Basis unter Berücksichtigung symmetrischer Effizienzkriterien 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 Genehmigungsverfahrens 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 dargestellt – 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 dies vorliegend nach Beschlusserlass geschehen wird – gemäß § 123a Abs. 3 S. 2 TKG der Kommission unter Angabe ihrer Gründe mit.

Für die Rechtfertigung dieser Abweichung von der Terminierungsempfehlung ist es entgegen der Auffassung der 1&1 Internet AG nicht erforderlich, dass diese auf nationalen Besonderheiten in dem Sinne beruht, dass die Gründe für die Abweichung in anderen Mitgliedstaaten nicht gegeben sind. Art 19 Abs. 2 S. 2 und 3 RahmenRL sprechen nur davon, dass Empfehlungen von den Mitgliedsstaaten weitestgehend zu berücksichtigen und Abweichungen zu begründen sind. Es ist nicht erforderlich, dass die Abweichung ausschließlich in einer nationalen Besonderheit

besteht, denn dies hieße, dass die Zulässigkeit einer Abweichung von Empfehlungen davon abhinge, ob die Gründe für den Erlass der Richtlinie in einem anderen Mitgliedsstaat noch gegeben sind. Die nationale Regulierungsbehörde hat ihre Entscheidung aber alleine auf die national bestehenden Wettbewerbsprobleme auszurichten. Zudem ist es, wie vorliegend gezeigt werden wird, möglich, dass Marktentwicklung und bereits bestehende Regulierung die Gründe für den Erlass einer Empfehlung überholt und die Ziele der Empfehlung bereits vorzeitig und alleine durch Marktkräfte verwirklicht haben, hier die fehlende Differenzierung zwischen On- und Off-net-Verkehren bei Endkundertarifen im Festnetz. Hier wäre es zweckwidrig, die Erreichung der mit der Empfehlung verfolgten Ziele zu ignorieren und damit neue Probleme zu schaffen.

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.

3.8.5.2.2 Symmetrische Effizianzorderungen

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.

Unter symmetrischen Effizianzorderungen 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. Symmetrische Effizianzorderungen 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 möglichen asymmetrischen Entgelte, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

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 3.8.5.2.3.1.1

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 Effizianzorderungen 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 Effizianzorderungen 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 Effizienzanforderungen gegeben sein sollten. Das Unionsrecht steht danach einem Vorgehen anhand symmetrischer Effizienzanforderungen nicht im Wege.

Wie auch in Nr. 1 S. 1 und 2 der Terminierungsempfehlung empfohlen, sollten die Terminierungsentgelte grundsätzlich in symmetrischer Weise festgelegt werden.

3.8.5.2.3 Keine Verschärfung der Entgeltkontrolle anhand des LRIC-Maßstabs

Terminierungsentgelte, die nicht über die KeL hinausgehen, erreichen die Regulierungsziele nach § 2 TKG besser und wirksamer als Entgelte, die in ihrer Höhe bis zur Missbrauchsschwelle getrieben werden. Ein noch strengeres Vorgehen nach den von der Kommission in Nr. 6 i.V.m. Nr. 2 Terminierungsempfehlung vorgesehenen LRIC-Grundsätzen ist dagegen nicht besser im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG als die (symmetrische) KeL-Regulierung geeignet, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen. Im Übrigen fehlt es damit auch an den in § 29 TKG Abs. 3 S. 1 Alt. 2 und S. 2 TKG genannten Voraussetzungen für die regulatorische Vorgabe eines bestimmten Kostendeckungsmechanismus,

vgl. zu letzterem die Ausführungen oben in Ziffer 3.8.3.

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn man zusätzlich zur Terminierungsempfehlung vom 07.05.2009 die weitere Empfehlung C(2013) 5112 vom 08.08.2013 in den Blick nimmt.

Dabei ist letztlich unerheblich, dass die – auf Art. 7a Abs. 5 lit. a) Rahmen-RL gestützte – Empfehlung vom 08.08.2013 nach Auffassung der Beschlusskammer gar nicht hätte ergehen dürfen. Der Kommission steht die Durchführung eines Verfahrens zur einheitlichen Anwendung von Abhilfemaßnahmen gemäß Art. 7a Abs. 1 S. 1 Rahmen-RL nur offen, wenn es um die Auferlegung, Änderung oder Aufhebung regulatorischer Verpflichtungen geht. Nicht erfasst von Art. 7a Rahmen-RL wird dagegen die Beibehaltung einer Maßnahme, wie sie hier mit der Fortführung des KeL-Maßstabs vorliegt und im Tenor durch die Unterscheidung in Ziffer 2. zum Ausdruck gebracht wird. In anderen Normen, so namentlich in Art. 16 Abs. 3 und 4 Rahmen-RL, wird die Beibehaltung einer Maßnahme ausdrücklich als eine eigenständige Form regulierungsrechtliches Handelns neben derjenigen des Auferlegens, Änderns oder Aufhebens aufgeführt. Hinter dem eingeschränkten Anwendungsbereich des Art. 7a Rahmen-RL dürfte die Erwägung stehen, dass eine einmal rechtmäßig erlassene Maßnahme die Vermutung fortwährender Rechtmäßigkeit für sich in Anspruch nehmen darf. Derart ist auch der deutsche Gesetzgeber in § 13 Abs. 4 TKG davon ausgegangen, dass die Eröffnung einer Phase II nur hinsichtlich solcher Maßnahmenentwürfe in Betracht kommt, die nicht lediglich die Beibehaltung einer Verpflichtung beinhalten,

vgl. auch BT-Drs. 17/5707, S. 53, wo zur Begründung auf den „insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 7a Abs. 1 S. 1 Rahmen-RL“ Bezug genommen wird.

Ungeachtet der dargelegten Unzulässigkeit hat die Beschlusskammer gleichwohl die in der Empfehlung enthaltenen inhaltlichen Erwägungen geprüft. Im Ergebnis geben freilich auch diese Erwägungen keinen Anlass, an die Terminierungsentgelte einen LRIC-Maßstab anzulegen.

Wesentlich geprägt werden die Erwägungen von Kommission und GEREK von ihrem Verständnis davon, wie die Darlegungs- und Beweislast verteilt ist. Die Kommission vertritt die Auffassung, es müsse nachgewiesen werden, dass der KeL-Maßstab die Regulierungsziele besser oder zumindest in gleicher Weise wie der LRIC-Maßstab erreichen könne. Das GEREK verschärft die Anforderungen noch dahingehend, dass auf jeden Fall begründet werden müsse, warum eine auf dem KeL-Maßstab beruhende Maßnahme besser geeignet sein solle als eine auf dem LRIC-Maßstab beruhende Maßnahme, um den auf dem deutschen Markt ermittelten Wettbewerbsproblemen zu begegnen,

siehe Kommission, Empfehlung C(2013) 5112 vom 08.08.2013, Erwägungsgründe 39, 49, 51, 77 und 78.

Dagegen untersucht die Beschlusskammer vorliegend, ob der LRIC-Maßstab besser als der KeL-Maßstab geeignet ist, die Regulierungsziele zu erreichen. Das hiesige Vorgehen erscheint auch nach abermaliger Überprüfung als rechtmäßig. Es resultiert aus der entsprechenden Vorgabe des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG. Diese Vorgabe beruht ihrerseits auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wie er etwa in Art. 8 Abs. 1 Rahmen-RL und Art. 8 Abs. 4 S. 1 der Zugangs-RL niedergelegt ist. Danach lässt sich der mit einer LRIC-Regulierung verbundene tiefere Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen nur legitimieren, wenn er eben besser als der mildere Eingriff der KeL-Regulierung geeignet ist, die Regulierungsziele zu erreichen. Die Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen – und auch in der Empfehlung vom 08.08.2013 enthaltenen – Argumenten ist Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen.

3.8.5.2.3.1 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 3.8.5.1.1.1 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. Diese Einschätzung wird dadurch bestätigt, dass nicht nur die Betroffene, sondern auch zahlreiche alternative Teilnehmernetzbetreiber in der nationalen Konsultation die Beibehaltung des KeL-Maßstabes begrüßt haben.

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 soll 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 fördern und etwaige Wettbewerbsverzerrungen geringhalten. Je weiter sich die Anrufzustellungsentgelte von den Zusatzkosten entfernten, desto größer seien die Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Festnetz- und Mobilfunkmärkten und/oder zwischen Betreibern mit asymmetrischen Marktanteilen und Verkehrsflüssen, ,

ebenso Kommission, Empfehlung C(2013) 5112 vom 08.08.2013, Erwägungsgründe 20 und 24.

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.

3.8.5.2.3.1.1 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.

3.8.5.2.3.1.1.1 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. Eine herausgehobene Rolle spielen dabei der Angebotspreis und die Angebotsmenge.

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 nach diesen Maßstäben entschieden, dass einem Unternehmen ein Marktauftritt grundsätzlich möglich ist, stellt sich die weitere 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 bei der Gestaltung seines Marktauftritts nicht davon, dass es in erster Linie 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 für die Terminierungskosten 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.

3.8.5.2.3.1.1.2 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. Hiergegen kann nicht wie von der 1 & 1 Internet AG angeführt werden, dass ein Netzbetreiber sein Netz ausschließlich für seine eigenen Kunden errichtet und nicht dafür, anderen Netzbetreibern Terminierungsleistungen anzubieten. Dies trifft nicht zu. Denn ein Netzbetreiber rechnet unter wettbewerblichen Verhältnissen immer damit, seinen Kunden Verbindungen in Netze Dritter und dritten Netzbetreibern Verbindungen zu seinen Kunden anbieten zu müssen.

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 tatsächlich 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.

Gleiches gilt mit Blick darauf, dass - weil Terminierungsleistungen im Rahmen einer Verbundproduktion mit anderen Diensten erbracht werden - grundsätzlich sonstige Dienste oder auch der Anschluss selbst Deckungsbeiträge zu den Terminierungsstückkosten leisten könnten. Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass dies im Wettbewerbsfalle tatsächlich geschehen würde,

so auch das GEREK, vgl. Kommission, Empfehlung C(2013) 5112 vom 08.08.2013, Erwägungsgrund 48.

Mit der erforderlichen Sicherheit nachweisen lässt es sich freilich nicht.

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, 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.

siehe Ziffer 3.8.5.2.3.1.2; dieser Prüfungsschritt wird von der Kommission übergangen, wenn sie in der Empfehlung C(2013) 5112 vom 08.08.2013, Erwägungsgrund 29 ff, schreibt, die Bundesnetzagentur habe nicht berücksichtigt, dass ein BU-LRIC-Ansatz wettbewerblich nicht gerechtfertigte Kapitalflüsse zwischen den Wettbewerbern unterbinde und zu einer Verbesserung der Angebote für Endkunden, etwa durch neue Paketangebote, führe.

Von dieser Aufteilung der Kosten der Terminierung ist die Doppelverrechnung der Kosten zu unterscheiden, die nach Auffassung der 1 & 1 Internet AG bei Anwendung des KeL-Maßstabs entstünde, weil hier Kosten abgedeckt würden, die bereits von den Endkunden des Netzbetreibers entgolten worden seien. Für diese Auffassung gibt es keine Grundlage. Die KeL-Regulierung hat bereits bisher Doppelverrechnungen vermieden, insbesondere berücksichtigt sie nicht die Kosten der Anschlussnetze, die alleine die Endkunden des jeweiligen Wettbewerbers tragen.

3.8.5.2.3.1.1.3 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.

Darüber hinaus ist bei der KeL-Entgeltermittlung als zweite Kostenkomponente ein angemessener Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten anzusetzen. Bei den leistungsmengenneutralen Gemeinkosten handelt es sich um diejenigen Gemeinkosten, die keinem Dienst als leistungsmengeninduzierte Gemeinkosten zugerechnet werden, die aber gleichwohl gedeckt werden müssen, damit der Anbieter insgesamt keine Verluste macht. Es handelt sich hierbei allerdings um ein „atmendes“ Konzept. Werden sämtliche Gemeinkosten als leistungsmengeninduziert bestimmten Diensten zugerechnet, verbleibt kein Raum mehr für einen zusätzlichen Zuschlag zur Deckung leistungsmengenneutraler Gemeinkosten.

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. Außerdem sind bei der LRIC-Entgeltermittlung leistungsmengenneutrale Gemeinkosten nicht zu berücksichtigen

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 Umstands, dass ein Telefonfestnetz von vornherein auf beide Arten von Verkehr hin dimensioniert wird, sowie 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.

3.8.5.2.3.1.2 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.

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 substantziellen 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., sowie Kommission, Empfehlung C(2012) 3770 vom 13.06.2012, Erwägungsgründe 32f. und 57ff, und Empfehlung C(2013) 5112 vom 08.08.2013, Erwägungsgründe 26 und 72ff.

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, und Kommission, Empfehlung C(2013) 3954 vom 27.06.2013, Erwägungsgrund 60.

Das GEREK hat ferner betont, der Zustelldienst beruhe auf Gegenseitigkeit und treffe damit auf eine Externalität. KeL-Preise für Terminierungsleistungen entsprächen nicht dem Grenznutzen. KeL-Preise wirkten dem mit der Externalität verbundenen Marktversagen nicht entgegen und zielten auch nicht darauf ab, die resultierenden Effizienzverluste und Wettbewerbsauswirkungen zu minimieren. Aus theoretischer Sicht gebe es keinen Grund, warum niedrigere Festnetz-Zustellungsentgelte auf einem vom Wettbewerb bestimmten Markt nicht zu niedrigeren Preisen für Anrufe in andere Netze führen sollten,

siehe Kommission, Empfehlung C(2013) 5112 vom 08.08.2013, Erwägungsgründe 48ff.

In diesen Gesamtzusammenhang gehört des Weiteren die Erwägung, im Fall einer KeL-Preisobergrenze seien dritte Netzbetreiber beim Angebot pauschal tarifierter Verbindungen zu einem netzfremden Mobilfunk- oder Festnetzanschluss gegenüber den entsprechenden Ange-

boten des integrierten Mobilfunk- und Festnetzbetreibers, 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,

so nun auch das GEREK, vgl. Kommission, Empfehlung C(2013) 3954 vom 27.06.2013, Erwägungsgrund 59, zu Mobilfunk-Terminierungsentgelten.

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 der Terminierungsentgelte 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.

3.8.5.2.3.1.2.1 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.

Im Übrigen ist festzustellen, dass entgegen dem Vortrag der Kommission die relativen Unterschiede zwischen den Mobilfunk- und den Festnetzterminierungsentgelten auch bei Anwendung eines LRIC-Maßstabs nicht zwangsläufig eingeebnet werden. So sind die Mobilfunkterminierungsentgelte häufig um mehrere Faktoren höher als die Festnetzterminierungsentgelte. In Frankreich etwa, wo ein LRIC-Maßstab verwendet wird, beliefen sich zum 01.01.2013 die Festnetzterminierungsentgelte auf 0,08 Cent/Min. und die Mobilfunkterminierungsentgelte auf 0,8 Cent/Min.,

vergleiche einerseits GEREK, FTR Benchmark (as of January 2013), Internal Report BoR(13) 57, S. 12, und andererseits GEREK, MTR Benchmark (as of January 2013), Internal Report BoR(13) 58, S. 12.

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.

3.8.5.2.3.1.2.2 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, was im nationalen Konsultationsverfahren vom BREKO, EWE TEL GmbH, QSC AG, Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Versatel GmbH und der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG bestätigt wurde. Die starke Bedeutung von Pauschaltarifen für Festnetzverbindungen wäre nicht erklärbar, 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.

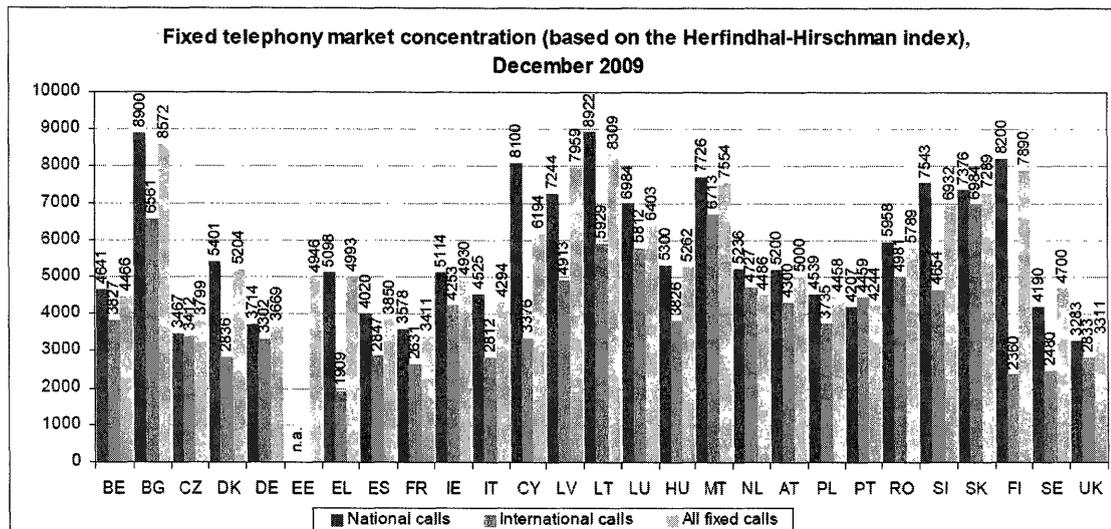
Dieser Wertschöpfungsanteil von Vorleistungen der Betroffenen besteht aus solchen, die teils der Entgeltgenehmigungspflicht unterliegen (hier v. a. die Bereitstellung und Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung), die einer nachträglichen Entgeltkontrolle unterliegen (Bitstromzugang) oder ganz aus der Regulierung entlassen worden sind (bestimmte Transitleistungen und Mietleitungen). Der Anteil der Terminierungsentgelte an der Gesamtwertschöpfung der alternativen Teilnehmernetzbetreiber beträgt nur (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 19²

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.

3.8.5.2.3.1.2.3 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-tarife für Festnetz-Verbindungsleistungen angeboten würden, die bei einer KeL-Regulierung so nicht angeboten würden. Vor dem Hintergrund des Erwägungsgrundes 3 würde eine Vergröße-rung des Abstandes zwischen Mobilfunk- und Festnetzterminierungsentgelten durch eine einsei-tige Bemessung der Festnetz-Terminierungsentgelte nach LRIC das Angebot kostengünstiger Pauschalen sogar behindern.

Damit ist indes auch nicht belegbar, dass eine LRIC-Regulierung zur Beseitigung eines aus ei-ner Externalität resultierenden Marktversagens beitragen würde. Insbesondere das GEREK hat-te vorgetragen, eine an den Grenzkosten orientierte Entgeltfestlegung könnte zu einer Internali-sierung von positiven externen Effekten führen. Nach dieser Vorstellung soll ein vermindertes Terminierungsentgelt zu verminderten Kosten des Anrufers und in der Folge zu einer Erhöhung der Anzahl von Anrufen führen. Mehr Anrufe mehrten den Nutzen des Angerufenen. Diese posi-tiven Wirkungen blieben im Entscheidungskalkül des Terminierungsanbieters unberücksichtigt, wenn dieser allein den Terminierungsnachfrager zur Kostendeckung heranziehen wolle.

Zwar liegt es auf den ersten Blick durchaus nahe, dass eine LRIC-Regulierung von Terminie-rungsentgelten Pauschalisierungsrisiken im Endkundenbereich in gewissem Maße senken (und damit vermehrt Pauschalangebote hervorrufen) könnte. 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 verlang-ter Pauschalpreis die Kosten der durchschnittlich telefonierten Minutenmengen gut abdeckt, kann der Preis gesenkt werden. Zum anderen erscheint es durchaus möglich – und ist auch in

² http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/scoreboard/library/index_en.htm

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.

Selbst wenn jedoch die aufgezeigten Pauschalierungsrisiken als wesentliches Hemmnis angesehen und deshalb ein Schwenk der Vorleistungsregulierung auf den LRIC-Maßstab erfolgen sollte, wäre damit noch keineswegs sichergestellt, dass sich die Festnetzendkunden in der Folge auch wesentlich günstigeren Pauschalangeboten gegenüber sehen würden. Aus Sicht der Beschlusskammer scheint nämlich für die Bereitschaft der Festnetzbetreiber, ihren Endkunden noch günstigere Pauschaltarife für Festnetz-Verbindungsleistungen anzubieten, nicht die Frage einer KeL- oder LRIC-Regulierung im Vorleistungsbereich, sondern vielmehr das Wettbewerbsgeschehen auf den Endkundenmärkten selbst ursächlich zu sein. 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 minutentarifierter 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. Eine mit einem reinen LRIC-Maßstab erzielbare Entgeltabsenkung würde jedenfalls nach Auffassung zahlreicher interessierter Parteien nicht zu abgesenkten Endkundenentgelten führen, weil sie auf Grund der ohnehin niedrigen Entgelte im Festnetzbereich keine signifikanten Auswirkungen hätten. 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 3.8.5.1.1.1.) 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 erfüllen würde und damit die Voraussetzungen einer sachlichen Rechtfertigung zu prüfen wären. Hierbei müsste man sich u. a. mit der Frage ausei-

nandersetzen, warum Terminierungsleistungen von Nachfragern zu geringeren Kosten nachgefragt werden können sollten, als dem Anbieter hierfür Kosten entstehen. Dies drängt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Endkundennutzens auf. Es ist nicht ersichtlich, weshalb bei der Bemessung des beim Nachfrager anzutreffenden Grenznutzens der Terminierungsleistung der bei Dritten – also namentlich dem Angerufenen – ebenfalls entstehende Grenznutzen als Minus in Anschlag gebracht werden müsste. Der (subjektive) Wert einer Leistung vermindert sich nicht zwangsläufig dadurch, dass auch Dritte einen Nutzen aus der Leistung ziehen.

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.

3.8.5.2.3.1.3 Wahrung von Nutzer- und Verbraucherinteressen

Des Weiteren 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 3.8.5.2.3.1.2.2 gezeigt – nicht hinreichend sicher prognostizieren. Da letztendlich jeder Netzbetreiber seine eigene Strategie zur Deckung der aus dem Terminierungsgeschäft resultierenden Fehlbeträge entwickeln würde, lässt sich ebenfalls nicht vorhersehen, welche Bereiche – Geschäftskunden, Privatkunden, Wagnutzer usw. – in welchem Umfang belastet würden. Größere Effizienzreserven, die ohne Belastung der Kunden aufgelöst werden könnten, sind jedenfalls auf dem Endkundenmarkt für Festnetztelefonie nicht zu erwarten, weil dieser hinsichtlich der Verbindungsleistungen bereits wettbewerblich verfasst ist. Dies erkennt letztlich auch das GEREK an, wenn es betont, der Betreiber sollte auf der Grundlage von Preiselastizitäten selbst entscheiden, wie er die – bei einem Netto-Verkehrszustrom entstehende – Deckungslücke schließt,

siehe Kommission, Empfehlung C(2013) 5112 vom 08.08.2013, Erwägungsgrund 50; vgl. ferner Kommission, Stellungnahme C(2012) 9219 im Fall DK/2012/1385 vom 03.12.2012, S. 4, wonach sich bislang bei Kommission, GEREK und nationalen Regulierungsbehörden kein einheitliches Verständnis entwickelt habe, welche regulierten oder unregulierten Produktpreise mit den verbleibenden Terminierungskosten beaufschlagt werden sollten.

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.

3.8.5.2.3.1.4 Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes

Eine LRIC-Preisobergrenze wäre ferner nicht besser als eine KeL-Obergrenze zur Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes in der Europäischen Union im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG geeignet. Im Rahmen des Konsolidierungsverfahrens haben Bundesnetzagentur und Kommission unterschiedliche Positionen zu Inhalt und Gewicht dieses Regulierungsziels vertreten. Im vorliegenden Zusammenhang müssen diese Meinungsunterschiede nicht vollständig aufgelöst werden.

Die Vorschrift des § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG ist in erster Linie zur Umsetzung von Art. 8 Abs. 3 Rahmen-RL erlassen worden,

vgl. die Begründung zum TKG-Entwurf, BT-Drs. 15/2316, S. 56.

Maßgebend für das zutreffende Verständnis des Binnenmarktkriteriums ist somit die letztgenannte Norm. Hiernach tragen die nationalen Regulierungsbehörden zur Entwicklung des Binnenmarktes bei, indem sie unter anderem Hindernisse für die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste abbauen, den Aufbau und die Entwicklung transeuropäischer Netze fördern und untereinander sowie mit der Kommission und dem GEREK zusammenarbeiten, um die Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis und die einheitliche Anwendung dieser Richtlinie und der Einzelrichtlinien sicherzustellen.

Vorliegend von Interesse sind namentlich die Unterziele des Abbaus von Bereitstellungshindernissen (Art. 8 Abs. 3 lit. a) Rahmen-RL) und der Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis (Art. 8 Abs. 3 lit. d) Rahmen-RL).

3.8.5.2.3.1.4.1 Abbau von Bereitstellungshindernissen

Die Bundesnetzagentur sieht die LRIC-Regulierung nicht als besser geeignet als die KeL-Regulierung an, um verbleibende Hindernisse für die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste sowie zugehöriger Einrichtungen und Dienste auf europäischer Ebene abzubauen. Bereits KeL-regulierte Terminierungsentgelte erlauben ein Angebot günstiger länderübergreifender Anrufe. Dem stehen auch nicht die von Kommission und GEREK vorgebrachten Argumente entgegen.

Die Kommission hat im Konsolidierungsverfahren betont, aufgrund einer KeL-Regulierung würden die zustellenden Betreiber in Deutschland in die Lage versetzt, mit dem Terminierungsentgelt einen Gewinn zu Lasten der Betreiber – und somit letztlich der Verbraucher – in jenen Mitgliedstaaten zu erzielen, von denen die Anrufe ausgingen, die ihrerseits vollständig kostenorientierte FTRs anwendeten. Der von der Bundesnetzagentur vorgeschlagene Ansatz führe zu Entgelten, die die in anderen Mitgliedstaaten nach dem LRIC-Maßstab festgesetzten Entgelte in der Hauptverkehrszeit um ca. 240% überstiegen. Eine solche beträchtliche Asymmetrie verfälsche und beschränke nicht nur den Wettbewerb, sondern habe auch erhebliche negative Auswirkungen auf die Entwicklung des Binnenmarkts. Darüber hinaus würden Festnetz-Zustellungsentgelte, die anhand des LRIC-Maßstabs berechnet worden seien, auch Wettbewerbsverzerrungen zwischen Festnetzen und Mobilfunknetzen beseitigen.

Auch das GEREK vertritt die Auffassung, sehr unterschiedliche Zustellungsentgelte in den EU-Mitgliedstaaten würden Hemmnisse für den Binnenmarkt schaffen. Höhere asymmetrische Vorleistungskosten würden auf wettbewerbsorientierten Endkundenmärkten in anderen Mitgliedstaaten zu höheren Endkundenpreisen führen. Dabei könnte es auch Nebenwirkungen auf das

Verhalten der Verbraucher haben und die Defizite beim internationalen Verkehrsausgleich deutscher Festnetzbetreiber noch verstärken. Darüber hinaus würden sich erheblich höhere Zustellungsentgelte, die an deutsche Betreiber zu zahlen wären, angesichts der relativen Größe des deutschen Marktes auch negativ auf die Entwicklung europaweiter Angebote auswirken. Insgesamt käme es zu einer Quersubventionierung deutscher Betreiber auf Kosten ausländischer Betreiber und Verbraucher. Die deutlich höheren deutschen Festnetzterminierungsentgelte könnten auch die Entwicklung europaweiter Angebote negativ beeinflussen,

siehe Kommission, Empfehlung C(2013)5112 vom 08.08.2013, Erwägungsgründe 34ff., 57, 62ff. und 80ff.

Die dargestellten Argumente greifen indes nicht durch. Soweit es um den Vorwurf geht, es komme zu einer Quersubventionierung zugunsten deutscher Unternehmen, ist darauf hinzuweisen, dass der Betroffenen bei einer KeL-Regulierung kein Übergewinn, sondern vielmehr nur das an Entgelten zugestanden wird, was zur vollständigen Deckung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung gerechtfertigt ist. Es liegt also gerade keine Quersubventionierung zulasten der nichtdeutschen Netzbetreiber und Verbraucher vor. In diesem Zusammenhang ist zudem zu beachten, dass nur ca. 7,4 % aller Terminierungsverbindungen³ einen ausländischen Ursprung haben. Auch wenn die Bundesnetzagentur über keine Zahlen für die einzelnen Herkunftsländer verfügt, dürfte es sehr wahrscheinlich sein, dass, angesichts der starken türkischen und russischen Gemeinschaften in Deutschland und den starken Wirtschaftsbeziehungen mit asiatischen und amerikanischen Ländern, allenfalls ca. 3,7% der Anrufe, die in deutschen Mobilfunknetzen terminiert werden, aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union stammen. Der transnationale Einfluss der hiesigen Entgeltfestlegung ist also – auch wenn dies sich aus Sicht einzelner Mitgliedstaaten anders darstellen mag – sehr gering.

Was dagegen die angebliche Einschränkung einzelner europaweiter Angebote angeht, so hegt die Beschlusskammer erhebliche Zweifel an der These, ausländische Endkunden würden unter der Beibehaltung des KeL-Maßstabs in Deutschland leiden. Ein Blick auf einige ausländische Endkundentarife bietet hier ein höchst uneinheitliches Bild, das beim gegenwärtig erreichten Tarifniveau an der Relevanz der genehmigten Terminierungsentgelte für die Bepreisung dieser Auslandsverbindungen zweifeln lässt. Einerseits erlauben die bereits in Anwendung befindlichen Terminierungsentgelte Verbindungen von Österreich nach Deutschland zu Preisen ab 0,0001 €/min, wobei die meisten Angebote ab 0,01 €/min beginnen. (vgl. hierzu die Übersicht auf www.tarifcheck.at in der Rubrik Festnetz). Andererseits finden sich außerhalb solcher Call-through- und Betreibervorauswahl-Angebote Tarife, in denen Auslandsverbindungen entweder bereits Teil eines Pauschaltarifs sind (Beispiel: Orange Frankreich, Tarif Livebox Découverte, boutique.orange.fr/doc/contrat2621.pdf), eines monatlichen Zuschlags (Beispiel: BT International Freedom für 5,50 £ monatlich für 600 Inklusivminuten, danach 0,027 £/min, <http://www.productsandservices.bt.com/products/landline/international-calls>) oder mit Minutentariifen bepreist werden, die das 20- bis 70fache des Terminierungsentgeltes betragen (Beispiel: Orange Frankreich, Tarif Atout, Verbindungspreis von 0,069 €/min zzgl. Entgelt für Verbindungsherstellung von 0,11 €; BT International Charge (regulär) von 0,232 £/min) für Anrufe nach Deutschland (General Tariff Guide for Residential Customers, <http://www.productsandservices.bt.com/products/landline/call-costs>), so dass die Höhe des Terminierungsentgeltes für die zugrunde liegenden Geschäftsmodelle von geringer Bedeutung sein dürfte. Beim gegenwärtig erreichten Niveau der Terminierungsentgelte ist darum davon auszugehen, dass sich die Endkundenentgelte für Auslandsgespräche vorrangig nach dem Geschäftsmodell des jeweiligen Tarifes und nicht nach der Höhe des Terminierungsentgeltes richten. Eine weitere Absenkung durch Anwendung eines LRIC-Maßstabes hätte also keinen Nutzen für europäische Kunden, die die Beeinträchtigungen des regulierten Unternehmens in grundrechtlich geschützten Positionen aufwiegen könnten.

³ Der Wert ergibt sich aus dem geschätzten Wert der in deutschen Festnetzen terminierten Verbindungsminuten von 13,7 Mrd. Verbindungsminuten, geteilt durch die Summe der in deutschen Festnetzen terminierten Verbindungsminuten mit Ursprung in anderen Fest- und Mobilfunknetzen.

3.8.5.2.3.1.4.2 Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis

Eine LRIC-Regulierung ist darüber hinaus auch nicht besser als eine KeL-Regulierung geeignet, um die Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis und die einheitliche Anwendung der Rahmen-RL und der Einzelrichtlinien sicherzustellen.

Dabei kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, welchen Inhalt und welches Gewicht das Ziel einer „einheitlichen Regulierungspraxis“ letztlich genau hat.

Die Beschlusskammer hat im Konsolidierungsverfahren die Auffassung vertreten, Art. 8 Abs. 3 lit. d) Rahmen-RL verlange keine vollständig vereinheitlichte Regulierungspraxis innerhalb der Europäischen Union. Die Vorschrift sei im größeren Zusammenhang des allgemeinen Binnenmarktziels nach Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 26f. AEUV zu sehen. Danach sei der Binnenmarkt kein Selbstzweck, sondern ein Instrument, das im Dienste der anderen Politiken stehe,

siehe dazu auch die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 27.10.2010 („Auf dem Weg zu einer Binnenmarktakte“), KOM(2010) 608 endgültig, S. 4.

Ebenso sei die in Art. 8 Abs. 3 lit. d) Rahmen-RL vorgesehene Zusammenarbeit von Kommission, GEREK und Regulierungsbehörden anderen Zielen, namentlich dem Wettbewerbs- und dem Verbraucherschutzziel, verpflichtet und untergeordnet. In der Kommentarliteratur sei insoweit auch von einer „ancillarischen Funktion“ der Integration die Rede,

siehe Säcker, in: Berliner Kommentar, 2. Auflage 2009, § 2 Rz. 9.

Die nationalen Regulierungsbehörden müssten einen gewissen Spielraum bei der Marktregulierung behalten, denn ansonsten könnten sie nicht ihre Aufgabe erfüllen, einen Markt gemäß und entsprechend der jeweiligen Marktsituation auf Einzelfallbasis zu regulieren,

siehe auch Art. 8 Abs. 1 der Rahmen-Richtlinie und Art. 8 Abs. 4 der Zugangs-Richtlinie sowie EuGH, Rs. C-55/06 Arcor [2008] ECR I-2931, Rz. 153 bis 156, and Rs. C-424/07 Kommission gg. Deutschland [2009] ECR I-11431, Rz. 61.

Dementsprechend normiere Art. 19 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 Rahmen-RL ausdrücklich die Befugnis der nationalen Regulierungsbehörden, sich nicht an eine Empfehlung zu halten, sofern sie dies entsprechend begründeten.

Die Europäische Kommission ist dieser Ansicht in den Verfahren zu den Mobilfunk-Terminierungsentgelten entgegengetreten. Ihrer Auffassung nach soll das Binnenmarktziel nicht dem Wettbewerbs- und Verbraucherziel untergeordnet sein. Ein „Wettbewerb der Systeme“ würde der weiteren Entwicklung des Binnenmarktes eher schaden, denn er würde genau die Art der nach innen gerichteten nationalen Beurteilung fördern, die durch Art. 8 Abs. 3 Rahmen-RL gerade verhindert werden solle,

siehe Kommission, Empfehlung C(2013) 3954 vom 27.06.2013, Erwägungsgrund 43f.

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt sieht die Beschlusskammer allerdings keinen Anlass, von einer besseren Eignung der LRIC-Regulierung zum Erreichen einer einheitlichen Regulierungspraxis auszugehen. Denn nach den Angaben der Kommission haben selbst Ende Juni 2013 lediglich fünf der anderen 26 EU-Mitgliedstaaten Entgelte aufgrund eines LRIC-Maßstabs festgelegt, nämlich Dänemark, Frankreich, Irland, Malta und Belgien, wobei das belgische Terminierungsentgelt mit einer Höhe 0,00256 €/min sogar leicht über dem genehmigten Terminierungsentgelt in der Nebenzeit liegt,

siehe Kommission, Empfehlung C(2013) 5112 vom 08.08.2013, Erwägungsgrund 32, Fußnote 20.

Konsequenterweise wäre zum gegenwärtigen Zeitpunkt auch dann, sollte das Erfordernis der „einheitlichen Regulierungspraxis“ im Sinne der Kommission verstanden werden, eine LRIC-Regulierung nicht besser als eine KeL-Regulierung zur Erreichung des entsprechenden Unterziels geeignet.

Sofern die Kommission – wie schon die 1&1 Internet AG – hiergegen anführt, dass die Nichtanwendung einer LRIC-Preisobergrenze das Entstehen europaweit einheitlicher Angebote behindere, ist darauf hinzuweisen, dass auch die einheitliche Anwendung einer LRIC-Preisobergrenze

nicht zu identischen Vorleistungsentgelten führen würde, so dass europaweit einheitlichen Angeboten immer eine Mischkalkulation aus verschiedenen Vorleistungspreisen zugrunde zu legen wäre.

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass bei der nächsten anlassbezogenen oder turnusgemäßen Überprüfung der vorliegenden Regulierungsverfügung ein besonderes Augenmerk auf die Entwicklung der FTR in Europa zu richten sein wird.

3.8.5.2.3.1.5 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.

3.8.5.2.3.1.6 Abwägung und Ergebnis

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist eine LRIC-Regulierung aus den dargelegten Gründen unter keinem Gesichtspunkt besser als eine KeL-Regulierung geeignet, die Regulierungsziele zu erreichen. Derart ist in Übereinklang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz festzuhalten, dass eine Verschärfung des Regulierungsmaßstabs hin zu einer LRIC-Regulierung derzeit nicht in Betracht kommt.

Auch für die Regulierung der Terminierungsentgelte war darum die KeL-Regulierung beizubehalten.

3.8.5.2.4 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:

3.8.5.2.4.1 Anbieterinteresse der Betroffenen

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 – neben 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 nunmehr aktiv mit dem Umbau ihres Anschlussnetzes begonnen, in dem sie sukzessive sog. „Multi Service Access Nodes“ (MSAN) aufbaut. Der MSAN ermöglicht sowohl die Bereitstellung von Breitband- als auch Schmalbandanschlüssen. Diese werden aber nicht einerseits an das breit-

bandige 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.

3.8.5.2.4.2 Wahrung der Nutzerinteressen, § 2 Abs. 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 Abs. 2 Nr. 1 TKG niedergelegten Regulierungsziels ist dagegen, soweit es die spezifische Frage nach der Bemessung des Investitionswertes angeht, nicht zu entdecken.

3.8.5.2.4.3 Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, § 2 Abs. 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.

Die Kritik der Antragstellerinnen zu 3. 4. und 5., dass die Vorleistungsnachfrager durch den Wechsel der Entgeltermittlung von einem Wiederbeschaffungsansatz für das PSTN zu einem NGN-Kostenmodell niemals in den Genuss niedrigerer Entgelte kommen würden, die sich durch eine Bestimmung auf Grundlage der durch Abschreibungen verminderten historischen Kosten des PSTN ergeben könnten, greift deshalb nicht durch.

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, worauf die Versatel GmbH hingewiesen hat, noch eine bedeutende Rolle. Ende 2011 wurden von den durch Wettbewerber bereitgestellten Telefonanschlüssen ca. 37 % und bei Herausrechnung der Telefonanschlüsse der Fernsehkabelnetzbetreiber 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 Wettbewerber der Betroffenen noch anteilig Kosten eines auf Basis eines PSTN kalkulierten Netzes zu berücksichtigen, sofern sie nicht als neutraler Aufwand der Betroffenen gem. § 32 Abs. 2 TKG berücksichtigt werden können.

3.8.5.2.4.4 Binnenmarktziel

Eine Kalkulation der Investitionswerte auf Basis eines NGN zu Tagesneuwerten entspricht insbesondere dem Wettbewerbsziel nach Art. 8 Rahmen-RL und fördert damit die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG stärker als ein Vorgehen nach anderen Kalkulationsmethoden.

3.8.5.2.4.5 Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen, § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG

Ein weiteres Regulierungsziel ist es nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG, den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu fördern. 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.

3.8.5.2.4.6 Abwägung

Im Ergebnis sprechen also alle Regulierungszeile für bzw. nicht gegen eine Kalkulation auf Basis eines NGN. Sofern sich die Betroffene gegen die Ermittlung ausschließlich auf der Basis von NGN ausspricht, weil dies im Widerspruch zur von der Bundesnetzagentur in der Vergangenheit geäußerten Auffassung stünde, dass der Wechsel zu NGN nicht zu drastischen Entgeltabsenkungen führen dürfe, ist darauf hinzuweisen, dass die Kalkulation auf Basis von NGN ausdrücklich nur für die Terminierungsleistungen und hier für das Kernnetz auferlegt wird. Die Ermittlung der Kosten der Übergabe richtet sich nach der tatsächlich verwendeten Technologie (Ziffer 3.8.5.2.3) und kann darum auch tatsächlich bei der Übergabe verwendete PSTN-Technologie berücksichtigen. Weiter ist in der Regulierungsverfügung ausdrücklich ausgesprochen, dass Kosten für den Weiterbetrieb des PSTN unter dem Gesichtspunkt der neutralen Aufwendungen nach § 32 Abs. 2 TKG berücksichtigt werden können (Ziffer 3.8.5.2.3), wodurch der Effekt eines Gleitpfades erreicht werden kann. Hinsichtlich der Entgelte für die Zuführungsleistungen wird die Kostenermittlung nicht durch die Regulierungsverfügung präjudiziert. Die Entscheidung über die Anwendung eines Kostenmodells ist für diese Leistungen erst im Entgeltgenehmigungsverfahren zu treffen.

3.8.5.2.5 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 Anstel-

lung 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 Betroffene kann darum nicht gegen das Kostenmodell anführen, dass es nicht nur die tatsächlich bestehenden Hauptverteilerstandorte und die an ihnen bestehende Nachfrage, sondern auch die tatsächlich noch verwendete Technologie berücksichtigen müsse.

Die Berücksichtigung der nicht mehr als effizient anzusehenden PSTN-Infrastruktur bzw. des doppelten Netzbetriebes kommt deshalb nur gemäß § 31 Abs. 2 S. 2 TKG entsprechend § 32 Abs. 2 TKG als neutraler Aufwand in Betracht. Diese Berücksichtigung hat gegenüber der Festlegung einer Gleitpfadregelung nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 TKG auch keinen geringeren rechtlichen Gehalt, denn während die Anwendung eines Gleitpfades erst in der Regulierungsverfügung festgeschrieben werden muss, gilt die Berücksichtigung neutralen Aufwands bereits unmittelbar aus dem Gesetz. In beiden Fällen kann die Beschlusskammer nicht willkürlich entscheiden, sondern ist zur pflichtgemäßen Ausübung ihres Ermessens verpflichtet.

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.

Gegen die Anwendung eines Kostenmodells kann auch nicht angeführt werden, dass diese nach den Grundsätzen der planerischen Konfliktbewältigung deshalb ausgeschlossen sei, weil seine Untauglichkeit zur Entgeltermittlung auf Grund bereits festgestellter Mängel bereits jetzt anzunehmen sei. Die Beschlusskammer teilt die Auffassung nicht, dass die Untauglichkeit des WIK-Modells wahrscheinlich sei. Die Kritik der Betroffenen richtet sich im Wesentlichen nicht gegen die „Modellmechanik“ sondern gegen den grundsätzlichen Ansatz der Kostenbestimmung auf Grundlage eines NGN sowie gegen die Festlegung bzw. den Inhalt von Eingabeparametern. Warum eine Kalkulation auf Grundlage eines NGN erfolgen soll, wurde ausführliche unter Ziffer 3.8.2.4 ausgeführt. Hinsichtlich der Eingabeparameter wird darauf hingewiesen, dass diese im Rahmen des Entgeltverfahrens festgelegt werden und noch nicht festgelegt sind. Soweit es zu Unklarheiten bei der Betroffenen über den Inhalt von Eingabeparametern gekommen ist, dürften diese ausgeräumt worden sein bzw. könnten erforderlichenfalls noch ausgeräumt werden.

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.

Aus den vorgenannten Gründen sollten die effizienten Kosten anhand eines auf einen flächendeckenden Anbieter wie die Betroffene ausgerichteten Kostenmodells ermittelt werden. Dies entspricht im Grundsatz auch der im deutschen Markt für Verbindungsleistungen inzwischen etablierten Praxis der Vereinbarung reziproker Entgelte für die Betroffene und ihre Festnetz-Wettbewerber.

3.8.5.2.6 Verhältnismäßigkeit

Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, ist die gewählte Form der Regulierung der Terminierungsentgelte zur Erreichung des mit ihr angestrebten Zwecks geeignet und stellt eine andere Form der KeL-Regulierung der Entgelte kein gleich geeignetes, aber milderer Mittel der Entgeltregulierung dar. Es sind auch keine Einwirkungen der KeL-Regulierung auf andere Rechtsgüter zu entdecken, die in der Abwägung eine solche Regulierung unzulässig erscheinen ließen.

3.8.5.2.7 Ergebnis

Die KeL-Regulierung der Terminierungsentgelte mit der in der Terminierungsempfehlung vorgegebenen Symmetrie der Terminierungsentgelte und ihre Ermittlung bevorzugt anhand eines Bottom-up-Kostenmodells für ein NGN-Netz mit der Maßgabe, 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, ist besser als die bisherige Vorgehensweise geeignet, um die Regulierungsziele nach § 2 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 Zusammenschaltung (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 soll somit insbesondere Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionen verhindern, § 24 Abs. 1 S. 3 TKG.

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,

vgl. hierzu auch VG Köln, Urteil 21 K 2317/11 vom 22.08.2012, S. 22 des amtlichen Umdrucks.

Die Auferlegung einer Pflicht zur getrennten Rechnungsführung ist entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen zu 3., 4. und 5 auch nicht erforderlich, um eine Handhabe für den Fall zu haben, dass die Entgeltgenehmigungspflicht durch eine Gerichtsentscheidung aufgehoben wird. Auf Grund der umfangreichen, im Genehmigungsverfahren erstellten Kostenunterlagen könnte eine Beurteilung der erhobenen Vorleistungsentgelte nach den Gesichtspunkten von Kosten-Kosten- und Preis-Kosten-Scheren erfolgen, wenn wegen der Aufhebung der Genehmigungspflicht nur eine nachträgliche Entgeltregulierung auferlegt werden könnte.

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 Einrichtung einer technologiekonformen Übergabe für den Fall, dass die Übergabe über PSTN-Zusammenschaltungen erfolgt. Diese Verbindungsleistungen, die von der vorangegangenen Regulierungsverfügung erfasst waren, werden bei der Wahl 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.

5. Rückwirkung

Die vorliegende Regulierungsverfügung wirkt auf den 01.12.2012 zurück.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung können Regulierungsverpflichtungen mit Rückwirkung ergehen, sofern die Voraussetzungen für die nunmehr auferlegten Verpflichtungen schon in der Vergangenheit vorgelegen haben, die rückwirkend angeordneten Verpflichtungen für die Vergangenheit ihre Rechtsfolgen noch entfalten können und Gründe des Vertrauensschutzes nicht entgegenstehen,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 36.10 vom 14.12.2011, Rz. 13 und 42ff.

Sind diese Merkmale gegeben, ist das Regulierungsermessen der Behörde erneut eröffnet. Bei Ausübung ihres Ermessens hat diese nach der Erkenntnislage im Zeitpunkt ihrer neuen Entscheidung – denn hierauf bezogen beurteilt sich die Rechtmäßigkeit ihres Handelns – die Sachlage für den zurückliegenden Zeitraum festzustellen und zu bewerten,

BVerwG, a.a.O., Rz. 27.

Nach diesen Maßgaben ist die verfügte Rückwirkung zulässig und angemessen. Für den Zeitraum ab dem 01.12.2012 sind mit der vorläufigen Regulierungsverfügung BK 3d-12/009 vom 24.08.2012 die vorliegend tenorierten Regulierungsmaßnahmen bereits in Kraft gesetzt worden. Dass zu diesem Zeitpunkt die jeweiligen tatbestandlichen und rechtsfolgenseitigen Voraussetzungen für das Ergreifen der tenorierten Regulierungsmaßnahmen vorlagen, lässt sich der Begründung der vorläufigen Regulierungsverfügung entnehmen. Die rückwirkend angeordneten Verpflichtungen können darüber hinaus für den Zeitraum ab dem 01.12.2012 ihre Rechtsfolgen noch entfalten. So ersetzen sie die vorläufige Regulierungsverfügung und übernehmen deren Funktion, eine Rechtsgrundlage für die zwischenzeitlich stattgefundene Zugangsregulierung zu bieten. Mit Blick hierauf stehen im Übrigen dem Erlass einer rückwirkenden Regulierungsverfügung auch keine Gründe des Vertrauensschutzes entgegen.

Die Beschlusskammer hat sich für den Erlass einer rückwirkenden Regulierungsverfügung entschieden, um die Beteiligten und auch die Gerichte von dem Aufwand bei eines doppelten Vorgehens gegen die vorläufige Regulierungsverfügung einerseits und die vorliegende Regulierungsverfügung andererseits zu entlasten. Mit dem rückwirkenden Erlass erledigt sich die vorläufige Regulierungsverfügung auf andere Weise i.S.v. § 43 Abs. 2 VwVfG. Rechtshilfe suchende Beteiligte können sich somit mit etwaigen Klagebegehren auf die vorliegende Regulierungsverfügung konzentrieren.

Im Übrigen geben die tatsächlichen und rechtlichen Entwicklungen, die seit dem Erlass der vorläufigen Regulierungsverfügung stattgefunden haben, keinen Anlass, den von der Rückwirkung erfassten Zeitraum wesentlich anders zu beurteilen, als dies bereits bei Erlass der vorläufigen Regulierungsverfügung geschehen ist.

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 beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

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

Bonn, den 30.08.2013

Anlage
Festlegung der Präsidentenkammer

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Dr. Geers

Wieners