



Beschlusskammer 3

- Konsultationsentwurf -

BK 3b-12/010

## B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Maßnahmen auf dem Markt Nr. 7 „Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen“ der Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung 2007/879/EG), veröffentlicht im ABI. EU 2007, Nr. L 344 S. 65,

gegen

die Lycamobile Germany GmbH, Düsseldorfer Straße 1-7, 60329 Frankfurt am Main, vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene,

– Verfahrensbevollmächtigte

der Betroffenen:

JUCONOMY Rechtsanwälte  
Graf-Recke-Straße 82  
40239 Düsseldorf –

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 Helmut Scharnagl und  
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

nach der von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur beschlossenen Festlegung:

*Die Betroffene und die mit ihm gemäß § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Unternehmen verfügen auf dem regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für Anrufzustellung in das einzelne (virtuelle) Mobilfunknetz über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG.*

auf die mündliche Verhandlung vom [...]

folgende

## **Regulierungsverfügung**

beschlossen:

Der Betroffenen werden folgende Verpflichtungen auferlegt, nämlich

1. Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Koppelung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen zu ermöglichen,
2. über die Koppelung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren,
3. zum Zwecke der Koppelung und Terminierung gemäß Ziffern 1. und 2. Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,

4. dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffern 1. bis 3. auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen,
5. Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen einschließlich aller Bedingungen, die den Zugang zu und die Nutzung von Diensten und Anwendungen beschränken, sowie über die zu zahlenden Entgelte, welche die zum Zugang berechtigten Unternehmen für die Inanspruchnahme der Zugangsleistungen benötigen und für die eine Nachfrage besteht, zu veröffentlichen; die Angaben zu den Standorten der Zusammenschaltung bzw. der Kollokation müssen nicht veröffentlicht werden, sie müssen nur auf Nachfrage interessierten Unternehmen zugänglich gemacht werden,
6. der Bundesnetzagentur gültige Verträge über Zugangsleistungen nach Ziffern 1. bis 3. ohne gesonderte Aufforderung und in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen, es sei denn, der jeweilige Vertrag liegt der Bundesnetzagentur bereits vor,
- 7.1 dass die Entgelte für die bis zum 30.11.2012 erfolgende Gewährung der Zugänge nach Ziffern 1. bis 3. der nachträglichen Regulierung gemäß § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterworfen werden, und
- 7.2 dass die Entgelte für die ab dem 01.12.2012 erfolgende Gewährung der Zugänge nach Ziffern 1. bis 3. der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen werden. Die Entgelte werden auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG genehmigt. Der Effizienzbestimmung sind symmetrische Anforderungen zugrunde zu legen. Die Entgeltermittlung erfolgt vorrangig per Vergleichsmarktbetrachtung im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG.

### **Sachverhalt**

Die Betroffene ist seit Ende 2011 als sogenannter MVNO („Mobile Virtual Network Operator“) in Deutschland tätig.

Ein MVNO zeichnet sich dadurch aus, dass er den Endkunden den Mobilfunkanschluss mittels eigener SIM-Karten („Subscriber Identity Module“) zur Verfügung stellt und die

Netzleistungen grundsätzlich auf Basis eigener Netzinfrastruktur erbringt. Anders als ein originärer Mobilfunknetzbetreiber verfügt er jedoch über keine eigenen Funkschnittstellen zum Endkunden, sondern muss sich diese von dritten Netzbetreibern (im vorliegenden Fall: von der Vodafone D2 GmbH) herstellen lassen.

Mit Festlegung BK 1-10/001 vom 02.01.2012 hat die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur befunden, dass die Betroffene und die mit ihr gemäß § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Unternehmen auf dem regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für Anrufzustellung in das einzelne (virtuelle) Mobilfunknetz über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG verfügen.

Die Beschlusskammer hat mit Schreiben vom 03.04.2012, der Betroffenen am selben Tag per Fax zugegangen und am 17.04.2012 förmlich zugestellt, mitgeteilt, dass sie im Anschluss an diese Festlegung gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 TKG darüber zu entscheiden habe, welche Verpflichtungen sie der Betroffenen auferlege. Zu den möglichen Verpflichtungen zählten namentlich Zugangsgewährungs- und Entgeltregulierungsverpflichtungen sowie Diskriminierungsverbote, Transparenzgebote, Standardangebotsverpflichtungen und Verpflichtungen zur getrennten Rechnungsführung.

Die Betroffene hat von der Stellungnahmegelegenheit keinen Gebrauch gemacht.

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung ist im Amtsblatt Nr. ... vom ... als Mitteilung Nr. ... und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Innerhalb dieser Frist sind ... schriftliche Stellungnahmen eingegangen.

...

Der Betroffenen sowie den sonstigen interessierten Parteien ist in der am ... durchgeführten öffentlichen Verhandlung Gelegenheit auch zur mündlichen Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der Verhandlung Bezug genommen.

...

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

## Gründe

Rechtliche Grundlage für die 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 die Betroffene in Ziffer 1. zur Netzkoppelung und in Ziffer 2. zur Erbringung von Verbindungsleistungen verpflichtet wird,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG, soweit sie in Ziffer 3. dazu verpflichtet wird, zum Zwecke der Koppelung und Terminierung 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, 19 TKG, soweit sie in Ziffer 4. dazu verpflichtet wird, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffer 1. bis 3. auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, 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. 1 TKG, soweit sie gemäß Ziffer 5. zur Veröffentlichung von Zugangsinformationen verpflichtet wird,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 20 Abs. 3 TKG, soweit sie gemäß Ziffer 6. zur Vorlage von Zugangsverträgen verpflichtet wird,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 30 Abs. 1 TKG, soweit gemäß Ziffern 7.1. und 7.2. die Entgelte für die Koppelung und die Terminierung sowie für die Gewährung von Kollokation der nachträglichen Regulierung gemäß § 38 Abs. 2 bis 4 TKG bzw. der Regulierung 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 Auferlegung der tenorierten Verpflichtungen gemäß §§ 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 19, 20 Abs. 1 und 3, 21 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 Bundesnetzagentur im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern. Gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG erfolgen die Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer.

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

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

...

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

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

Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse ist der bundesweite Vorleistungsmarkt für

Anrufzustellung in das einzelne (virtuelle) Mobilfunknetz der Betroffenen

potenziell regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG. Auf diesem Markt verfügt die Betroffene zudem über beträchtliche Marktmacht.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus der als **Anlage** beigefügten, gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG von der Präsidentenkammer getroffenen Festlegung, die wegen § 13 Abs. 5 TKG Inhalt dieser Regulierungsverfügung ist und auf die daher Bezug genommen wird.

## **3. Auferlegung der einzelnen Verpflichtungen**

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens hat die Beschlusskammer der Betroffenen die tenorierten Verpflichtungen auferlegt und von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG abgesehen.

### **3.1 Zusammenschaltung (Koppelung und Terminierung), § 21 Abs. 3 Nr. 3 TKG**

Die Beschlusskammer erlegt der Betroffenen eine Zusammenschaltungsverpflichtung auf.

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.

Zusammenschaltung ist gemäß § 3 Nr. 34 TKG die physische und logische Verbindung zweier Telekommunikationsnetze. Die Zusammenschaltung dient der Kommunikation von Nutzern. Sie erhält ihren Sinn also durch die darüber abgewickelten Verbindungsleistungen. Die Zusammenschaltungspflicht im Sinne einer Netzkoppelungspflicht ist deshalb immer dann – und nur dann – aufzuerlegen, wenn damit auch die Pflicht zur Erbringung von Verbindungsleistungen verbunden wird. Letzteres findet vorliegend seinen Ausdruck in der Verpflichtung der Betroffenen, über die Netzkoppelung auch Verbindungen in ihr Netz zu terminieren. Um diesen Zusammenhang stärker zu betonen, wird im Übrigen in der vorliegenden Regulierungsverfügung von „Koppelung“ gesprochen, wenn die Netzzusammenschaltung als solche gemeint ist.

Bestimmt – wie vorliegend – eine Rechtsvorschrift, dass eine Behörde sich bei einer Ermessensentscheidung in bestimmter Weise verhalten *soll*, bedeutet dies grundsätzlich eine strikte Bindung für den Regelfall. Aus wichtigem Grund oder in atypischen Fällen kann die Behörde jedoch von der vom Gesetzgeber für den Normalfall vorgesehenen Rechtsfolge abweichen. Der Bindungsumfang ist aber auch bei Soll-Vorschriften letztlich von der Auslegung der jeweiligen Einzelbestimmung abhängig,

vgl. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl., § 40 Rz. 40 m.w.N.

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.

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 und/oder Förderung von nachhaltigem Wettbewerb), die Regulierungsziele nach § 2 TKG sowie die Abwägungskriterien in den Ziffern 1 bis 7 jenes Absatzes 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 im Übrigen auch aus Artikel 12 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 „die Verpflichtung zur Zusammenschaltung von Netzen“, ist nach Artikel 12 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1, 2 und 4 Zugangs-RL den dort aufgeführten Faktoren, die mit Ausnahme von Nr. 7 den in § 21 Abs. 1 TKG aufgeführten Kriterien entsprechen, Rechnung zu tragen.

Unter Hinblick auf diese Maßgaben hat sich die Beschlusskammer zur Auferlegung der unter Ziffern 1. und 2. tenorierten Zusammenschaltungspflichten entschlossen. Insbesondere reichen nach Einschätzung der Beschlusskammer bereits nach dem zweiten Teil des TKG auferlegte Verpflichtungen im Sinne von § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 Alt. 1 TKG nicht zur Sicherstellung der in § 2 TKG genannten Regulierungsziele aus.

### **3.1.1 Endnutzerinteressen**

Ein Absehen von der Auferlegung der Verpflichtungen würde 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 zuwider laufen 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 zuwider laufen 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 zuwider laufen würde.

Die Verpflichtung zur Netzkoppelung und 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.



Die Gewährleistung einer netzübergreifenden Erreichbarkeit bedeutet nicht, dass alle Netze direkt miteinander verbunden sein müssen; allerdings muss sichergestellt sein, dass Teilnehmernetzbetreiber, wie die Betroffene, auf Nachfrage die Terminierung gewähren. Zwar würde etwa der Transit über das Festnetz der Telekom Deutschland GmbH grundsätzlich genügen, um auch die Mobilfunkteilnehmer der Betroffenen zu erreichen. Damit bliebe aber die Anrufzustellung zu den Mobilfunkteilnehmern der Betroffenen auf Dauer von einer Festnetzleistung abhängig, wodurch die ehemals dominante Stellung des etablierten Betreibers für die Zukunft zementiert würde. Entscheidend ist darüber hinaus, dass es einem Netzbetreiber nicht verwehrt werden darf, eine unmittelbare Zusammenschaltung zu realisieren, wenn aus dessen Sicht die unmittelbare Zusammenschaltung etwa auf Grund des Ausmaßes des Verkehrs eine Effizienzsteigerung gegenüber dem Transit über das Festnetz bedeutet. Kostenreduzierungen auf Vorleistungsebene dürften zugleich mittelbar den Endkunden zugute kommen.

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 ist gerechtfertigt und steht in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 TKG.

Bei der Prüfung, ob und welche Zugangsverpflichtungen gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den in § 2 TKG beschriebenen, vorliegend in Betracht kommenden Regulierungszielen stehen, sind insbesondere die in § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen.

Die Kriterien entstammen – wie bereits erwähnt – weitgehend Art. 12 Abs. 2 Zugangs-RL. Sie konkretisieren den in Erwägungsgrund 19 Zugangs-RL 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 S. 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 einer 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 angemessen. Alternative Angebote einschließlich vorgelagerter Zugangsprodukte sind aufgrund des marktmanenten Monopols der Betroffenen nicht vorhanden.

#### - Verfügbare Kapazität

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist ferner abzuwägen, ob die verfügbare Kapazität (§ 21 Abs. 1 S. 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.

Die Betroffene wird verpflichtet, Verbindungen zu terminieren. Die entsprechende Terminierungsnachfrage muss allerdings schon im Interesse der eigenen Anschlusskunden bei der Kapazitätsplanung berücksichtigt werden. Ein Ausbau ist daher im Interesse der angeschlossenen Endkunden gerade gewünscht und erforderlich. Die Möglichkeit, dass eine Zugangsverpflichtung zu steigenden Kapazitätsanforderungen führen könnte, spricht deshalb nicht gegen eine Auferlegung derselben.

- Anfangsinvestitionen des Eigentümers

Gemäß § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG sind die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und 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.

Die vorliegend auferlegten Zugangspflichten gefährden nicht in diesem Sinne verstandene Anfangsinvestitionen der Betroffenen. Denn zum einen muss die Betroffene die Netzkoppelung und Terminierungsleistung nicht unentgeltlich gewähren, sondern erhält hierfür von den Zugangsberechtigten Entgelte. Zum anderen handelt es sich bei den betreffenden Zusammenschaltungsleistungen nicht um Dienste, die mit einem besonders erhöhten Investitionsrisiko verbunden wären. Die auferlegten Pflichten betreffen vielmehr Vorleistungsprodukte für Telefondienste, d.h. Leistungen, für die kein besonders gesteigerter Investitionsschutz wie etwa für innovative Dienste geltend gemacht werden kann. Zudem ist die Terminierungsleistung Voraussetzung für ein den Interessen des Anschlusskunden entsprechendes Angebot. Die entsprechenden Investitionen erfolgen deshalb auch in deren Interesse.

Am Ende bedroht die auferlegte Zugangsverpflichtung keine schützenswerten Anfangsinvestitionen der Betroffenen.

- Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Im Rahmen der nach § 21 Abs. 1 TKG erforderlichen Abwägung ist ferner die Notwendigkeit der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung eines wirtschaftlich effizienten Wettbewerbs im Bereich der Infrastruktur, unter anderem durch Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TKG), zu beachten.

Die Verpflichtung zur Terminierung dient einer solchen 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 dienste- und infrastruktur-basierten Wettbewerbs.

- Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum

Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum (vgl. § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TKG) werden durch die Terminierungsverpflichtung nicht berührt.

- Europaweite Dienste

Die Verpflichtung, Zugang durch Terminierungsleistungen zu gewähren, ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 21 Abs. 1 S. 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 S. 2 Nr. 7 TKG).

Die in § 16 TKG normierte Pflicht, anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf Verlangen ein Angebot auf Zusammenschaltung zu unterbreiten, bietet Gewähr für die Aufnahme von Zusammenschaltungsverhandlungen. Auf die Ausgestaltung der Verhandlungsführung und den Inhalt des vorzulegenden Angebotes hat die gesetzliche Verpflichtung nach § 16 TKG indes 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 unab-

hängig von Behinderungsstrategien, die in dem festgestellten Marktversagen begründet sind, gewährleisten zu können, 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 auch die Entgeltkontrolle allein nicht aus. Dem Netzbetreiber stehen neben dem Preis noch eine Reihe anderer Instrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb um die an seinem Netz angeschlossenen Endkunden zu seinen Gunsten zu beeinflussen (Verzögerung bei der Verhandlungsführung; der Bearbeitungsdauer von Zugangsanträgen oder der Zugangsgewährung; Leistung verminderter Qualität; ungerechtfertigte Bündelung z.B. mit dem Transit plus Terminierung in andere Netze etc.).

Ebenso wenig genügt allerdings auch das nach den §§ 19 und 42 TKG geltende Diskriminierungsverbot, um die Gewährung nachfragegerechter Zusammenschaltungsbedingungen sicherzustellen. Zwar hat sich die bisherige Nachfrage sonstiger Unternehmen nach einer direkten Zusammenschaltung aufgrund der vergleichsweise kleinen Teilnehmerzahlen der Betroffenen bisher sehr in Grenzen gehalten. Selbst bei steigenden Teilnehmerzahlen und einem grundsätzlichen Nachfragerinteresse dürfte weniger das „Ob“ einer Zusammenschaltung in Streit stehen – in absehbarer Zeit wird die Betroffene nicht allein von On-net-Verkehren leben können, zudem dient eine rentable Zusammenschaltung auch ihren Interessen an Wirtschaftlichkeit und einer direkten Erreichbarkeit ihrer Endkunden –, sondern vielmehr das „Wie“ einer Zusammenschaltung, d.h. die Leistungs- und Entgeltkonditionen. Sollte es hier allerdings zum Streit kommen, könnte die Bundesnetzagentur nur reaktiv vorgehen. Das Diskriminierungsverbot reicht dabei nicht aus, um eine schnelle und abschließende Klärung der positiv geltenden Zusammenschaltungsbedingungen herbeiführen zu können. Denn unter Hinweis auf das Diskriminierungsverbot könnte die Agentur lediglich eine Gleichbehandlung von Nachfragern erzwingen, ohne aber die tatsächlich geltenden Bedingungen festlegen zu können,

vgl. im Übrigen auch Kommission, Schreiben zur Eröffnung der Phase II im Fall LV/2012/1296 vom 13.03.2012, S. 5f.

Letztlich bietet allein die Möglichkeit eines Anordnungsverfahrens nach § 25 TKG, welches auf Tatbestandsseite die vorherige Auferlegung einer Zugangsverpflichtung erfor-

dert, 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. Die Betroffene bietet die Leistung Anrufzustellung in ihr Netz am Markt an. 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.).

Dem Abwägungskriterium des freiwilligen Angebotes kann in Konstellationen wie der vorliegenden 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 Beschlusskammer sieht die Gefahr auch nicht als ganz gering an. Denn durch die Einführung symmetrischer Mobilfunkentgelte sowie dem Angebot der NGN-Festnetzzusammenschaltung durch die Telekom Deutschland GmbH und dem damit einhergehenden Grundsatz der technikkonformen Übergabe ändert sich das wirtschaftliche und technische Umfeld erheblich. Dies kann dazu führen, dass sich auch die Zusammenschaltungsbedingungen grundlegend ändern.

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 unangreifbaren Marktmacht der Betroffenen sowie ihrer Stellung als Teilnehmernetzbetreiberin und der damit einhergehenden Kontrolle über den Zugang zu den angeschlossenen Endkunden zu tragen.

### **3.1.3 Begrenzung der Zusammenschaltungspflicht**

Die Pflicht der Betroffenen ist auf die Ermöglichung der Zusammenschaltung öffentlicher Telefonnetze mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz zu begrenzen. Denn die festgestellte Marktmacht der Betroffenen bezieht sich auf die Nutzung öffentlicher Telefonnetze. Ein öffentliches Telefonnetz kann sowohl leitungsvermittelnd als auch paketvermittelnd betrieben werden, soweit es die Anforderungen des § 3 Nr. 16 TKG erfüllt. Eine Zusammenschaltung mit sonstigen Telekommunikationsnetzen ist für die Bekämpfung des festgestellten Marktversagens nicht erforderlich.

### **3.1.4 Homezoneprodukte**

Bezüglich der im Rahmen eines etwaigen Homezoneproduktes der Betroffenen erbrachten Terminierungsleistungen ist festzuhalten, dass sich die Zugangsverpflichtung auf die Herstellung einer physischen und logischen Verbindung erstreckt und beschränkt, damit aber nicht die Verpflichtung verbunden ist, mit anderen Festnetzbetreibern spezielle Kooperationsverträge abzuschließen, die es diesen anderen Unternehmen ermöglichen würden, ihrerseits unter Verwendung von Festnetzrufnummern getätigte Anrufe umzuwerten und der Betroffenen mit einer Mobilfunk-Portierungskennung zu übergeben,

vgl. Urteil des BVerwG vom 02.04.2008 in der Sache 6 C 15.07 (Rz. 52).

## **3.2 Kollokation, § 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG**

Die in Ziffer 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.

Sinn und Zweck der Regelung ist es, den Wettbewerbern den Zugang zu den Netzelementen des zugangsverpflichteten Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaf-

fen, um auf diese Weise den eigentlichen Zugangsanspruch überhaupt erst zu ermöglichen.

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

Die Auferlegung der Verpflichtung ist erforderlich, um sicherzustellen, dass die Terminierungspflicht nicht durch die Behinderung der Herstellung der physischen Netzzusammenschaltung faktisch unterlaufen werden kann. Die durch die Verpflichtung geschaffene Option, die Zusammenschaltung möglichst nah am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen zu realisieren, gewährleistet einen entbündelten Zugang, d.h. einen Zugang ohne weitere Leistungen der Betroffenen.

Die Beschlusskammer betont, dass es den Zusammenschaltungspartnern vorbehalten bleibt, bezüglich Standort, Räumlichkeiten und den sonstigen Bedingungen der physischen Netzzusammenschaltung einvernehmliche Regelungen zu treffen. So ist die Betroffene nicht daran gehindert, eine Zusammenschaltung außerhalb ihrer Räumlichkeiten bzw. ihres Grundstückes anzubieten. Insbesondere erwartet die Beschlusskammer nicht, dass eine etwa bestehende kundenseitige Zusammenschaltung eingestellt wird.

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

Sofern es bei der Bereitstellung der Kollokation in den Räumlichkeiten der Betroffenen zu Kapazitätsproblemen kommen sollte, ließen sich diese durch alternative Kollokation wie z.B. Outdoor-Boxen und –Kabinen beheben. Eine generelle Beschränkung auf verfügbare Kapazitäten kommt dann nicht in Betracht, wenn dadurch der Zugangsanspruch gefährdet bzw. ausgeschlossen würde,

vgl. BT-Drs. 15/2316 S. 64f. 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 bzw. auf dem Grundstück der Vermittlungsstelle 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 Verwehrung der Kollokation am Standort der Betroffenen würde damit die Wettbewerber im Aufbau eigener Infrastruktur einschränken.



Von der hier auferlegten Verpflichtung sind beide Formen der Kollokation im Sinne des früheren § 3 NZV 1996 erfasst,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 66 zu § 19 Abs. 3 Nr. 4 TKG-E, der § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG entspricht,

also sowohl die physische als auch die virtuelle. Zur Erfüllung der auferlegten Pflicht reicht daher – sollte eine Unterbringung der für die Nutzung der Zugangs erforderlichen Einrichtungen in den Räumen des Verpflichteten aus tatsächlichen Gründen nicht oder nicht mehr gerechtfertigt sein – aus, wenn die Inanspruchnahme einer ungehinderten Zusammenschaltung und der darüber erbrachten Terminierungsleistungen unter gleichwertigen wirtschaftlichen, technischen und betrieblichen Bedingungen ermöglicht wird.

Die Kollokation gefährdet auch nicht die Anfangsinvestitionen der Betroffenen. Denn 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. Schließlich sind die Investitionsrisiken im Falle erforderlicher Kapazitätserweiterungen in vollem Umfang vom Zugangsnachfrager zu übernehmen,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 65 zu § 19 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E, der § 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG entspricht.

Der Verpflichtung steht auch kein freiwilliges Angebot der Betroffenen entgegen. Es wird insofern auf die Ausführungen unter Ziffer 3.1.2 verwiesen.

### **3.3 Diskriminierungsverbot, § 19 TKG**

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 4. tenorierte Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes sind § 9 Abs. 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 und § 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, der Betroffenen ein Diskriminierungsverbot aufzuerlegen, beruht auf einer pflichtgemäßen Ermessensausübung. Das ausgeübte

Ermessen orientiert sich am Zweck der Ermächtigung und überschreitet die gesetzlichen Grenzen, die für die Ausübung des Ermessens gelten, nicht.

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

Zur Erreichung dieses Zwecks hat sich die Beschlusskammer aus den folgenden Erwägungen für die Auferlegung des Diskriminierungsverbotes entschieden:

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,

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. Kommt wie vorliegend hinzu, dass das beherrschende Unternehmen auf seinem Markt 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 Terminierungsleistungen 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 Missbrauchskontrolle des Zugangspreises 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 Einnengung der Verhaltenspflicht auf spezielle, konkret benannte Fallgestaltungen ist nicht angezeigt. Insbesondere ist nicht entscheidend, wie sich die Betroffene gerade auf dem Markt verhält oder wie sie sich in der Vergangenheit verhalten hat, sondern es ist von den Möglichkeiten auszugehen, die ihr offen stehen, um Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen oder Nachfrager zu übervorteilen. Die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit der Märkte rechtfertigt den Erlass von

abstrakten Verpflichtungen und ist gerade nicht auf eine nachträgliche Kontrolle beschränkt. Die Möglichkeit zur Diskriminierung ist zugleich vielgestaltig und betrifft sämtliche der technischen, betrieblichen und preislichen Leistungsbedingungen. Eine Beschränkung auf einzelne Verhaltensweisen würde Diskriminierungslücken schaffen und damit Ausweichstrategien Vorschub leisten.

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).

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 Schadenersatz 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 sowie in ggf. darauf bezogenen Zusammenschaltungsanordnungen nach § 25 TKG.

### **3.4 Transparenzverpflichtung bzgl. allgemeiner Zugangsbedingungen, § 20 Abs. 1 TKG**

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 5. des Tenors auferlegte Transparenzverpflichtung bezüglich allgemeiner Zugangsbedingungen sind die §§ 9 Abs. 2, 13 und 20 Abs. 1 TKG.

Gemäß § 20 Abs. 1 TKG kann ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichtet werden, für die zum Zugang berechtigten Unternehmen alle für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangs-

leistung benötigten Informationen zu veröffentlichen, insbesondere Informationen zur Buchführung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen einschließlich aller Bedingungen, die den Zugang zu und die Nutzung von Diensten und Anwendungen beschränken, sowie über die zu zahlenden Entgelte.

Durch die – mit der TKG-Novelle 2012 weiter präzierte – Vorschrift wird Artikel 9 Zugangs-RL umgesetzt. Sinn und Zweck einer Transparenzverpflichtung ist, wie sich aus Erwägungsgrund 16 der Zugangs-RL herleiten lässt, dass Unternehmen, die einen Zugang bzw. eine Zusammenschaltung bei einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nachfragen, sich schnell und auf einfache Art und Weise einen Überblick über die einschlägigen Zugangs- bzw. Zusammenschaltungsbedingungen besorgen können. Auf diese Weise können Verhandlungen über den Zugang und damit letztlich auch der Marktzugang der Nachfrager beschleunigt werden. Darüber hinaus sollen transparente Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen Streitigkeiten verhindern, den Marktteilnehmern die Gewissheit bieten, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht wird, und dazu beitragen, die Interoperabilität sicherzustellen.

Zur Erreichung dieses Zwecks hat sich die Beschlusskammer aus den folgenden Erwägungen für die Auferlegung der Transparenzverpflichtung entschieden:

Weil es sich bei der Zusammenschaltung um ein komplexes Produkt handelt, ist zur Konkretisierung der Gleichbehandlungsverpflichtung die Verpflichtung zur Transparenz erforderlich. Es ist erforderlich, dass Wettbewerber, die Interesse an der Inanspruchnahme dieser Leistungen haben, bestimmte Mindestinformationen erhalten, um diese Leistungen in Anspruch nehmen zu können. Hierzu zählen insbesondere die Leistungsbeschreibung, die netztechnische Realisierung einschließlich der Schnittstellenbeschreibungen sowie die Entgelte und deren Abrechnung.

Die Transparenzverpflichtung ist darüber hinaus auch als komplementäre Verpflichtung zum Diskriminierungsverbot statthaft, um jener Verpflichtung effektiv Wirkung zu verschaffen. Denn andernfalls wäre die Betroffene in der Lage, trotz des Diskriminierungsverbotes einzelne Wettbewerber gegenüber anderen zu bevorzugen bzw. zu benachteiligen. Indem die Betroffene jedoch dazu verpflichtet wird, die für die Inanspruchnahme der Zugangsleistungen auf dem verfahrensgegenständlich Markt notwendigen Informationen im Sinne von Musterbedingungen zu veröffentlichen, werden dadurch Informationsasymmetrien zwischen den Wettbewerbern vermieden und dadurch mögliche Diskriminierungsmöglichkeiten beschränkt.

Die Verpflichtung zur Veröffentlichung der für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangsleistungen benötigten Informationen belastet die Betroffene auch nicht in unangemessener Weise. Für die Terminierungsleistungen, die sie auf den verfahrensgegenständlichen Märkten anbietet, verfügt die Betroffene aufgrund der bereits bestehenden Zusammenschaltung über Regelungen - sei es in einem Vertrag oder einer Anordnung -, in denen sämtliche benötigten Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen und über die zu zahlenden Entgelte enthalten sind. Es ist ausreichend und der Betroffenen zuzumuten, dass sie diese Informationen etwa auf Extranetseiten veröffentlicht, wobei eine allgemeine Veröffentlichung nicht erforderlich ist. Vielmehr geht § 20 Abs. 1 TKG selbst von einer beschränkten Veröffentlichung an einen bestimmten Adressatenkreis aus, indem nämlich der Kreis der Begünstigten der Transparenzverpflichtung auf die zum Zugang berechtigten Unternehmen begrenzt wird, d.h. auf Unternehmen, die die Voraussetzungen der Definitionen in § 3 Nr. 29 und 32 TKG erfüllen und die eine Zugangsleistung bei der Betroffenen nachfragen.

Der durch die hiermit auferlegte Transparenzpflicht für die Betroffene entstehende Aufwand steht nicht außer Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck, nämlich einer einfachen Ermöglichung der Inanspruchnahme dieser Leistungen durch Nachfrager und der Verhinderung von Diskriminierungspotenzial.

Darüber hinaus ist auch zu bedenken, dass mit der Auferlegung des Transparenzgebots von der weitergehenden Verpflichtung, ein Standardangebot gemäß § 23 Abs. 1 TKG zu veröffentlichen, absehen werden kann. Die letztere Verpflichtung würde einen weitaus größeren und damit – namentlich in Anbetracht der vorliegenden Verpflichtungsmöglichkeit – letztlich unverhältnismäßigen Aufwand auf Seiten der Betroffenen verursachen. Die Auferlegung einer Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebotes liegt nach Auffassung der Beschlusskammer insbesondere dann nahe, wenn eine Vielzahl die Zugangsleistungen nachfragender bzw. hieran interessierter Marktteilnehmer vorhanden ist, wenn von einem hohen Streitpotenzial bei der Ausgestaltung des Zugangs auszugehen ist oder wenn den verfahrensgegenständlichen Zugangsleistungen eine besonders herausgehobene Bedeutung für die Entwicklung des oder der nachgelagerten Märkte zukommt. Im Hinblick darauf, dass vorliegend keiner dieser Gründe, welcher jeder für sich grundsätzlich die Auferlegung einer Standardangebotspflicht rechtfertigen könnte, gegeben ist und zudem die Möglichkeit einer weniger tiefgreifenden Transparenzver-

pflichtung besteht, kann letztlich von der Auferlegung einer Standardangebotsverpflichtung abgesehen werden.

### **3.5 Vorlage von Zugangsverträgen, § 20 Abs. 3 TKG**

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

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

Diese mit der TKG-Novelle 2012 in das Gesetz eingeführte Vorschrift konkretisiert das in § 20 Abs. 1 TKG enthaltene allgemeine Transparenzgebot mit Blick auf die Vorlage von Zugangsvereinbarungen und ersetzt zugleich den bisherigen § 22 Abs. 3 TKG. Dieser enthielt eine gesetzesunmittelbare Verpflichtung zur Vorlage von Vereinbarungen über Zugangsvereinbarungen. Die Gemeinschaftsrechtskonformität der gesetzesunmittelbaren Wirkung war indes vom VG Köln in Frage gestellt worden. In Angleichung an die zwischenzeitlich auf Grundlage des § 20 Abs. 1 TKG etablierte Regulierungspraxis – siehe für den vorliegenden Fall die Regulierungsverfügung BK 3b-08/089 vom 07.09.2009, mit welcher der Betroffenen entsprechende Vorlageverpflichtungen auferlegt worden waren – wurde deshalb der Bundesnetzagentur ein Entschließungsermessen im Rahmen der Auferlegung von Transparenzpflichten eingeräumt,

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

Mit der nach § 20 Abs. 3 TKG auferlegten Vorlageverpflichtung verfolgt die Beschlusskammer die in Erwägungsgrund 16 der Zugangs-RL genannten und unter Ziffer 3.4 bereits vorgestellten Zwecke einer Transparenzverpflichtung, 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 diskriminierenden 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 5. zur Veröffentlichung bestimmter Vertragsinformatio-



nen 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 nochmals klar, dass die Verpflichtung zur Veröffentlichung bestimmter Informationen nach § 20 Abs. 1 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 die nach § 20 Abs. 1 TKG veröffentlichten Informationen ermöglicht es Dritten deshalb nicht, im Einzelfall vereinbarte Abweichungen von den Musterbedingungen zu erkennen.

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 Regulierung der Zugangsentgelte, § 30 Abs. 1 TKG**

Die Entgelte für die gemäß Ziffern 1. bis 3. des Tenors auferlegten Zugangsverpflichtungen werden, soweit es um die Zugangsgewährung bis zum 30.11.2012 geht, der nachträglichen Regulierung gemäß § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterworfen. Die Entgelte für ab dem 01.12.2012 gewährte Zugänge werden dagegen einer Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen.

Im letztgenannten Fall werden die Entgelte auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG genehmigt. Der Effizienzbestimmung sind symmetrische Anforderungen zugrunde zu legen. Die Entgeltermittlung erfolgt vorrangig per Vergleichsmarktbetrachtung im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG.

Die vorgenannten Entscheidungen folgen aus einer pflichtgemäßen Ausübung des der Bundesnetzagentur in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens. Danach unterliegen Entgelte für nach § 21 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.

### **3.6.1 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 Zugangsleistungen auferlegt worden.

### **3.6.2 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 die Entgeltgenehmigung als Regelfall und eine nachträgliche Regulierung als Ausnahmefall zu verstehen ist. Hierauf lassen jedenfalls

die Ausgestaltung des S. 1 als offenbar gebundener Entscheidung und die Worte „abweichend von Satz 1“ in S. 2 schließen. Ein solches 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 Preisdiscrepanzen 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.

### **3.6.3 Gesetzlich normierte Entgeltkontrollsysteme**

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

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

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

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

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

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

Ergänzend hierzu dürfen die Entgelte gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 TKG die Summe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) und der Aufwendungen nach § 32 Abs. 2 TKG nicht überschreiten. Die KeL ergeben sich nach § 32 Abs. 1 S. 1 TKG aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen

nen 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: BerlKommTKG, § 31 Rz. 10f., 22; vgl. auch BVerwG, Urteil 6 C 34.08 vom 25.11.2009, Rz. 19.

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

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

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

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

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

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

Nach Nr. 1 S. 1 und 2 der Empfehlung sollten nationale Regulierungsbehörden, die Preiskontroll- und Kostenrechnungsverpflichtungen im Sinne von Art. 13 der Zugangs-RL auferlegen, solche Zustellungsentgelte festlegen, die sich auf die einem effizienten Betreiber entstehenden Kosten stützen und damit (grundsätzlich) symmetrisch sind. Bei

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

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

### **3.6.4 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. bis 3. 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.

#### **3.6.4.1 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).

Die dargestellten Zielsetzungen treffen auf einen Markt, der – wie in der Festlegung der Präsidentenkammer gezeigt worden ist – von besonders hohen Marktzutrittsschranken gekennzeichnet ist. Letztlich ist die Betroffene keiner Konkurrenz ausgesetzt. Auch auf längere Sicht ist nicht erkennbar, dass Marktkräfte diese Marktmacht erodieren lassen könnten.

Diese Umstände können der Betroffenen indes Anreize zu wettbewerbserschädigendem 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 veranlasst sehen, durch preisliche Maßnahmen etwa in Form von missbräuchlich überhöhten Preisen, von Preis-Kosten-Scheren oder von sachlich ungerechtfertigten Bündelungen, aber auch durch Vorteilseinräumungen zugunsten konzernverbundener oder sonstiger Unternehmen die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweils betroffenen Märkten zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die Nachfrager, die an der Betroffenen als Geschäftspartnerin nicht vorbeikommen und ggf. mit ihr auf den Endkundenmärkten konkurrieren, könnten diesen Einflüssen nicht ausweichen. Maßnahmen in der genannten Form würden daher insbesondere den Regulierungszielen

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

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

#### **3.6.4.2 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 dem Terminierungsmarkt erhobenen Vorleistungsentgelte der Betroffenen einer Prüfung am Missbrauchsmaßstab des § 28 TKG.

### **3.6.5 Ermessensausübung hinsichtlich einer zusätzlichen Preisobergrenzenkontrolle und der Verfahrensausgestaltung**

In weiterer pflichtgemäßer Ausübung des ihr in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer darüber hinaus entschieden, die Entgelte für gemäß Ziffern 1. bis 3. des Tenors bis zum 30.11.2012 gewährte Zugänge der nachträglichen Regulierung gemäß § 38 Abs. 2 bis 4 TKG zu unterwerfen.

Die Entgelte für ab dem 01.12.2012 gewährte Zugänge werden dagegen einer Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Die an die Entgelte anzulegenden Maßstäbe und Methoden richten sich nach einer anderen Vorgehensweise im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG. Grundsätzlich werden die Entgelte zwar auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG genehmigt. Der Effizienzbestimmung sind allerdings symmetrische Anforderungen zugrunde zu legen. Zudem erfolgt die Entgeltermittlung vorrangig per Vergleichsmarktbetrachtung im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG. Die Missbrauchs kontrolle ist integraler Bestandteil des Genehmigungsverfahrens.

#### **3.6.5.1 Entgelte für bis zum 30.11.2012 erbrachte Zugangsleistungen**

Die Beschlusskammer hat gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 TKG entschieden, die Entgelte für die bis zum 30.11.2012 erbrachten Terminierungs-, Koppelungs- und Kollokationsleistungen einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG zu unterwerfen.

Mit dieser Entscheidung hat die Beschlusskammer ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten. Zweck der Ermächtigung ist es, die Einhaltung einer KeL-Preisobergrenze zu gewährleisten. Für diesen Zweck erweist sich, soweit es die Entgelte für bis zum 30.11.2012 erbrachte Zugangsleistungen anbelangt, die nachträgliche Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG als angemessenes Mittel.

##### **3.6.5.1.1 KeL-Preisobergrenze 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 3.6.4), sondern zusätzlich

auch, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Sinne von § 32 TKG die Obergrenze für die bis zum 30.11.2012 geltenden Zugangsentgelte darstellen.

#### **3.6.5.1.1.1 Kein Vorgehen nach der Terminierungsempfehlung**

Bevor auf die Hinweise eingegangen wird, welche die einzelnen Regulierungsziele für die Bestimmung der anzustrebenden Preisobergrenze geben, ist zunächst festzuhalten, dass jedenfalls für die Kontrolle der bis zum 30.11.2012 geltenden Zugangsentgelte ein Vorgehen nach der Terminierungsempfehlung der Kommission nicht besser im Sinne des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG geeignet ist als die bislang geübte Praxis, um die Regulierungsziele des § 2 TKG zu erreichen. Dies gilt sowohl hinsichtlich des generellen Kostenmaßstabs als auch mit Bezug auf die konkreten Effizienzanforderungen und die Kostenermittlungsmethode.

Die bisherige Entgeltregulierung von MVNOs zielte – neben der Missbrauchsaufsicht – auf die Gewährleistung einer KeL-Preisobergrenze ab,

vgl. Beschluss BK 3b-08/089 vom 07.09.2009, S. 17ff.

Zu dieser tradierten Preisobergrenze ist mit den LRIC der Terminierungsempfehlung vom 07.05.2009 eine weitere und durchaus strengere Preisobergrenze hinzugetreten.

Im Fall der bis zum 30.11.2012 geltenden Zugangsentgelte sollten die LRIC allerdings noch keine Rolle spielen. Denn einmal sollen die nationalen Regulierungsbehörden nach Ziffer 11 Satz 2 der Terminierungsempfehlung u.a. (lediglich) sicherstellen, dass die Zustellungsentgelte bis zum 31.12.2012 kosteneffizient im LRIC-Sinne umgesetzt werden. Dieser Empfehlung wird durch eine KeL-Preisobergrenze bis zum 30.11.2012 nicht zuwider gehandelt. Darüber hinaus und vor allen Dingen ist das Vertrauen der Betroffenen und der Nachfrager in die von der Beschlusskammer im Beschluss BK 3a-10/099 vom 24.02.2011 gegenüber der Vodafone D2 GmbH – der Netzwirtin der Betroffenen – vorgenommene Befristung der KeL-Genehmigung für die Terminierungs-, Koppelungs- und Kollokationsentgelte bis zum 30.11.2012 zu schützen. Die von dieser Genehmigung gesetzten Konditionen finden über die Zusammenschaltungsvereinbarung der Betroffenen mit der Telekom Deutschland GmbH und das Diskriminierungsverbot des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG auch in den von der Betroffenen gewährten Zusammenschaltungsfällen Anwendung. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass im gegebenen Prüfungszusammenhang eine LRIC-Preisobergrenze besser im Sinne des §

31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG geeignet sein könnte als eine KeL-Preisobergrenze, um die Regulierungsziele zu erreichen.

Neben dem Kostenmaßstab weicht die Terminierungsempfehlung auch mit Blick auf die konkreten Effizienzanforderungen und die (vorrangige) Kostenermittlungsmethode von den Vorgaben des KeL-Ansatzes nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. den §§ 32 und 35 TKG ab. Denn anders als die letztgenannten Normen, die von einer asymmetrischen Festlegung von Entgelten vorrangig anhand von Kostenunterlagen ausgehen, fordert die Terminierungsempfehlung eine grundsätzlich symmetrische Effizienzbestimmung mittels eines analytischen Kostenmodells. Im gegebenen Zusammenhang der bis zum 30.11.2012 entstehenden Zugangsentgelte sollte der Terminierungsempfehlung allerdings aus den vorstehend genannten Gründen auch mit Blick auf diese zusätzlichen Anforderungen nicht gefolgt werden.

Soweit danach im Folgenden die Frage einer zur Missbrauchskontrolle hinzutretenden besonderen Preisobergrenzenkontrolle aufgeworfen und beantwortet wird, ist nicht zusätzlich die Zweckmäßigkeit eines Vorgehens nach der Terminierungsempfehlung zu prüfen. Vielmehr ist allein zu untersuchen, ob der – bereits bislang verfolgte – KeL-Ansatz hinsichtlich der bis zum 30.11.2012 geltenden Zugangsentgelte besser als der allgemeine Missbrauchsmaßstab nach § 28 TKG geeignet ist, die Regulierungsziele zu erreichen.

#### **3.6.5.1.1.2 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 dem vorliegenden Terminierungsmarkt und auf den ihm 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 Dritten und damit nicht nur zu Mengenausweitungen und Preisenkungen, sondern insgesamt zu vorteilhaften Marktstrukturänderungen führen. Voraussetzung dafür ist allein, dass bestehende Marktzutrittsschranken innerhalb absehbarer Zeit überwunden werden können. Aktiviert durch den Preismechanismus, würden so die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs bestehende Marktmacht untergraben. Mit Rücksicht hierauf – und auch auf praktische Probleme des Bestimmens unfairer Preise und deren fortlaufender Kontrolle – ist etwa das allgemeine Kartellrecht zurückhaltend, was die Kontrolle absoluter Entgelthöhen anbelangt,

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

Die vorstehend skizzierte Funktionsweise von Preisen und damit die Ratio einer zurückhaltenden Preisobergrenzenkontrolle sind dagegen auf einem von einem deutlichen Marktversagen gekennzeichneten Markt – wie dem verfahrensgegenständlichen Terminierungsmarkt, 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 dem Terminierungsmarkt seinen Allokations- und Planabstimmungsfunktionen nicht gerecht werden. Die Beeinträchtigung beschränkt sich freilich nicht allein auf den Terminierungsmarkt. Betroffen sind vielmehr auch die nachgelagerten Endkundenmärkte. Denn die alternativen Anbieter von Verbindungen in das Mobilfunknetz der Betroffenen können die für den Auftritt im Endkundenbereich notwendigen Koppelungs-, Terminierungs- und Kollokationsleistungen eben nicht zu wettbewerbskonformen Preisen einkaufen.

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

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

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 3.6.3 und 3.6.5.2.1.2.

Soweit es jedenfalls die bis zum 30.11.2012 entstehenden Zugangsentgelte anbelangt, ist hieran auch festzuhalten. Mit den KeL werden sämtliche mit der Zugangsleistung zusammenhängenden und zu deckenden Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung entgolten. Aus den unter Ziffer 3.6.5.1.1.1 dargestellten Gründen ist dagegen im vorliegenden Zusammenhang nicht näher zu untersuchen, ob möglicherweise eine Teilentgeltung der KeL anhand der LRIC-Grundsätze der Terminierungsempfehlung dem Wettbewerbsergebnis noch näher käme.

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

### **3.6.5.1.1.3 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 Terminierung in das Netz der Betroffenen einkaufen muss, um Verbindungen in das Mobilfunknetz der Betroffenen anbieten zu können. Die Koppelungs-, Terminierungs- und Kollokationsentgelte sind Teil seiner Kosten, die er an seinen Endkunden weitergeben wird.

Tatsächlich haben die Endkunden der Festnetz- und Mobilfunknetzbetreiber auch von der seit 2006 betriebenen KeL-Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte profitiert. Dieser Schluss ergibt sich aus der Intensität des Wettbewerbs, welcher auf den entsprechenden Endkundenmärkten herrscht, und der eine Weitergabe von Entgeltersparnissen an die eigenen Endkunden erzwungen haben muss. Die Annahme, die Nachfrager von Mobilfunkterminierungsleistungen 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.

Gleichwohl allerdings dürfte es nicht unmöglich sein, das tatsächliche Wettbewerbsgeschehen der letzten Jahre in großer Linie nachzuzeichnen. Bei der Weitergabe von Vorleistungspreissenkungen scheint sich auf den Endkundenmärkten jeweils ein bestimmtes Muster durchgesetzt zu haben. Dies legt jedenfalls die nachfolgende Tabelle nahe,

aus der sich die Entwicklung des angehenden und ankommenden Sprachverkehrs im Mobilfunk während der Jahre 2005-2010 ablesen lässt:

|  | 2005         | 2006         | 2007         | 2008         | 2009         | 2010          |
|--|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|---------------|
| <b>Aus Mobilfunknetzen abgehender Verkehr (Mrd. Minuten)</b> | <b>43,00</b> | <b>57,11</b> | <b>70,03</b> | <b>86,14</b> | <b>93,61</b> | <b>102,32</b> |
| in nationale Festnetze                                       | 13,28        | 18,46        | 24,60        | 29,65        | 31,43        | 32,95         |
| netzintern (on-net)  | 15,08        | 22,66        | 32,30        | 40,76        | 45,06        | 49,45         |
| in fremde nationale Mobilfunknetze                           | 9,40         | 10,46        | 10,29        | 12,16        | 13,48        | 16,03         |
| in ausländische Netze  | 2,05         | 2,06         | 1,44         | 1,97         | 1,94         | 2,19          |
| sonstiger Verkehr (Dienstnummern)                            | 3,14         | 3,47         | 1,39         | 1,61         | 1,70         | 1,70          |
| <b>In Mobilfunknetzen ankommender Verkehr (Mrd. Minuten)</b> | <b>43,12</b> | <b>52,76</b> | <b>61,16</b> | <b>71,37</b> | <b>76,23</b> | <b>82,07</b>  |
| aus nationalen Festnetzen                                    | 16,19        | 15,95        | 17,70        | 17,73        | 16,68        | 15,63         |
| aus dem eigenen Netz (on-net)                                | 15,08        | 22,66        | 32,30        | 40,76        | 45,06        | 49,45         |
| aus fremden nationalen Mobilfunknetzen                       | 8,40         | 9,35         | 9,57         | 11,34        | 13,12        | 15,48         |
| aus ausländischen Netzen                                     | 1,74         | 1,93         | 1,59         | 1,54         | 1,37         | 1,50          |

Quelle: Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2010/2011, S. 53. Abweichende Angaben bei dem in fremde nationale Mobilfunknetze abgehenden und aus fremden nationalen Mobilfunknetzen ankommenden Verkehr resultieren u. a. aus der unterschiedlichen Fakturierung der Verbindungsminuten durch die Netzbetreiber.

Die vorstehende Entwicklung von F→M- und M→F-Verkehren, die nach anfänglichem Überwiegen der F→M-Verkehre bis 2010 zu einem Verhältnis von 1:2 zugunsten der M→F-Verkehre (bei gleichzeitig absolutem Rückgang der F→M-Verkehre) führte, lässt sich 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 Mobilfunknetze, sondern vielmehr mittels allgemein günstigerer Paketpreise bzw. im Einzelfall gewährter Preisnachlässe haben teilhaben lassen. 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.

Für Anrufe in nationale Mobilfunknetze sind dagegen seit Jahren Standardbruttotarife von ca. 19 ct/min. verbreitet. Bei zwischenzeitlich erreichten Terminierungsentgelten von ca. 3,4 ct/min. betragen diese Tarife ein Mehrfaches der tatsächlichen Kosten. Dies alles legt den Schluss nahe, dass die im Terminierungsbereich erzielten Ersparnisse der Festnetzbetreiber hauptsächlich in die Bündelpreisgestaltung hineingeflossen sind.

Im Mobilfunkbereich lässt sich dagegen eine Entwicklung von M→M Off-net- und M→M On-net-Verkehren beobachten, die 2010 – nach einer zwischenzeitlich noch stärker ausgeprägten Differenz – in ein Verkehrsverhältnis von 1:3 mündete. Offensichtlich ist es den Mobilfunknetzbetreibern gelungen, weite Teile der ausschließlich mobilen Verkehre in den eigenen Netzen zu halten. Zumindest ursprünglich dürften dafür ausgeprägte On-net-/Off-net-Preisdifferenzierungen der verschiedenen Mobilfunknetzbetreiber verantwortlich gewesen sein. Fraglich ist allerdings, ob diese Differenzierungen gegenwärtig noch eine größere Rolle spielen. Das Bundeskartellamt jedenfalls ist in einer Entscheidung vom 28.12.2009, mit der ein gegen die D-Netzbetreiber geführtes Verfahren wegen des angeblich missbräuchlichen Einsatzes von On-net/Off-net-Differenzierungen eingestellt wurde, davon ausgegangen, dass niedrige On-net-Tarife im Mobilfunkendkundenbereich mittlerweile stark an Bedeutung verloren hätten und zunehmend durch einheitliche all-net-Tarife ersetzt worden seien,

vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht B7-170/02 vom 02.02.2010.

Derart kann nicht ausgeschlossen werden, dass in den derzeitigen Verkehrsverhältnissen frühere Community-Bildungen nachwirken, ohne dass es tatsächlich im gewichteten Durchschnitt noch größere Unterschiede zwischen On-net- und Off-net-Tarifen gäbe. Insofern könnten die Off-net-Tarife mittlerweile weitgehend den On-net-Tarifen angepasst worden sein. Genau feststellen lässt sich dies aus den oben mitgeteilten Gründen allerdings nicht.

Im Endergebnis hängt die Höhe der Endkundenentgelte im Festnetz, aber auch im Mobilfunknetz wesentlich – wenn auch zumindest im Festnetz über Umwege – von den Vorleistungsentgelten der Mobilfunknetzbetreiber ab. Es liegt deshalb im Interesse der

Verbraucher, dass die Vorleistungsentgelte für Koppelungs-, Terminierungs- und Kollokationsleistungen die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten.

#### **3.6.5.1.1.4 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. Zwar weisen nur ca. 2% der Mobilfunkterminierungen einen außerdeutschen Ursprung auf. Davon unabhängig ist es aber mit Blick auf die in Art. 8 Rahmen-RL verankerten unionsweiten Regulierungsziele jedenfalls dem Binnenmarkt zuträglich, wenn die Entgelte für Terminierungsleistungen – gleich welchen Ursprungs – anhand eines insbesondere dem Wettbewerbs- und Verbraucherschutzziel verpflichteten Kostenmaßstabs bestimmt werden.

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

Im vorliegenden Zusammenhang nicht unmittelbar von Belang ist das in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG enthaltene Regulierungsziel, den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen. Hochleistungsnetze werden für die Abwicklung von Datenverkehr benötigt. Vorliegend geht es jedoch allein um die Entgeltregulierung auf dem Markt für die Terminierung von Sprachverkehr. Zu dessen verbesserter Abwicklung tragen neue Hochleistungsnetze kaum etwas bei. Zudem würde es wegen des auf den Endkundenmärkten herrschenden Wettbewerbs überraschen, sollten die Mobilfunknetzbetreiber ihre Investitionen in diese Netze wegen einer KeL-Preisobergrenze im Terminierungsbereich – dessen Anteil am Gesamtumsatz in den letzten Jahren ohnehin geschrumpft ist – reduzieren. Im Übrigen ist eine KeL-Preisobergrenze allerdings mittelbar besser als eine bloße Missbrauchskontrolle geeignet, den Ausbau von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen zu beschleunigen, indem nämlich 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 könnten.

### **3.6.5.1.1.6 Ergebnis**

Zum ersten Zweck der Entgeltkontrolle, Preismissbräuche zu vermeiden (siehe Ziffer 3.6.4.1), tritt hinsichtlich der Entgelte für bis zum 30.11.2012 erbrachte Terminierungs-, Koppelungs- und Kollokationsleistungen als zweiter Zweck hinzu, eine Überschreitung der KeL im Sinne von § 32 TKG zu verhindern.

### **3.6.5.1.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne**

Die Beibehaltung einer nachträglichen Regulierung gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entspricht dem vorgestellten zweiten 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 Entgelte für bis zum 30.11.2012 gewährte Zugänge die Kosten der effizienten Leistungserbringung im Sinne von § 32 TKG nicht überschreiten. Zudem ist eine angemessene Verfahrensausgestaltung für die Missbrauchsaufsicht sichergestellt.

#### **3.6.5.1.2.1 Eignung**

Die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG ist hier geeignet, die genannten Zwecke zu erreichen. In ihrem Rahmen werden sowohl etwaige Verstöße gegen die Missbrauchsvorschrift des § 28 TKG als auch Überschreitungen der KeL im Sinne von § 32 TKG – soweit sie im Verhältnis zu anderen Nachfragern als der Telekom Deutschland GmbH drohen – wirksam abgestellt.

Was mögliche Verstöße gegen § 28 TKG anlangt, so ist es gerade Sinn und Zweck von § 38 Abs. 2 bis 4 TKG, hiergegen eine Handhabe zu bieten.

Überschreitungen der KeL werden dagegen nach Einschätzung der Beschlusskammer im Verhältnis zur Telekom Deutschland GmbH bereits dadurch vermieden, dass letztere mit der Betroffenen eine Vereinbarung abgeschlossen hat, in welcher die Höhe der an die Betroffene zu zahlenden Terminierungsentgelte an die Höhe der von der Telekom Deutschland GmbH an die Vodafone D2 GmbH zahlenden Entgelte gekoppelt ist. Zwar entsteht mit der Auferlegung einer Zusammenschaltungspflicht für die Betroffene die Möglichkeit, nach Kündigung dieser Vereinbarung ein Anordnungsverfahren gemäß § 25 Abs. 1 TKG hinsichtlich ihrer eigenen Zugangsentgelte einzuleiten und so – bei Geltung eines Missbrauchsmaßstabs – KeL-überschreitende Entgelte zu erlangen. Dies wird

aber aufgrund der zwischen den Parteien vereinbarten Kündigungsfristen (sechs Monate zum Monatsende) jedenfalls nicht vor Ablauf des 30.11.2012 der Fall sein können. In der dargelegten Koppelung der Entgelte sieht die Beschlusskammer eine Gewähr dafür, dass sich die fraglichen Terminierungsentgelte jedenfalls bis zum 30.11.2012 an den Kosten der effizienten Leistungserbringung orientieren werden. Im Verhältnis zu dritten Nachfragern wird zudem eine strikte Anwendung des in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG normierten Diskriminierungsverbots Überschreitungen verhindern.

Die genannte Kontrollmöglichkeit bedarf auch keiner Ergänzung durch eine vorgängige Anzeigepflicht nach § 38 Abs. 1 TKG. Diese Anzeigepflicht soll zu einer frühzeitigen Information der Beschlusskammer beitragen und damit sicherstellen, dass die Beschlusskammer rechtzeitig missbräuchlichen Entgelten im Sinne des § 28 TKG entgegentreten und so Wettbewerbsschäden und Rückabwicklungsprobleme von Nachfragern verhindern kann.

Das beschriebene Ziel lässt sich nach Einschätzung der Beschlusskammer im vorliegenden Fall auch ohne Anzeigeverpflichtung erreichen. Denn die Beschlusskammer wird aller Erfahrung und Voraussicht nach von Maßnahmen, die möglicherweise gegen die Maßstäbe des § 28 TKG verstoßen, bereits frühzeitig durch die betroffenen Nachfrager selbst unterrichtet werden. Dem Abschluss eines Zusammenschaltungsvertrages gehen nämlich regelmäßig Verhandlungen voraus, in deren Rahmen die Nachfrager Kenntnis von den geplanten Maßnahmen erlangen. Die Nachfrager sind seit Jahren regelmäßig mit Regulierungsverfahren zumindest im Beigeladenen-Status befasst, so dass insofern auch zu erwarten ist, dass sie sowohl sich ihrer Informationsmöglichkeiten bewusst sind als auch hiervon bei befürchteten Diskriminierungen umgehend Gebrauch machen werden. Sollten die danach der Beschlusskammer vorliegenden Informationen nicht für eine sachgerechte Beurteilung der Tatsachenlage ausreichen, könnte die Beschlusskammer ergänzend auf Grundlage etwa von § 127 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 oder 2 TKG entsprechende Auskünfte von der Betroffenen verlangen.

Die Missbrauchskontrolle nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG ist damit geeignet, sowohl Verstöße gegen die allgemeinen Wettbewerbsregeln als auch Überschreitungen der KeL zu vermeiden.

### **3.6.5.1.2.2 Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**

Die Missbrauchskontrolle ist auch erforderlich, um die genannten Ziele zu erreichen. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Regime zu entdecken, welches an die Stelle der Missbrauchskontrolle treten könnte. Namentlich weniger wirksam wäre ein vollständiges Absehen von der Entgeltregulierung. Denn damit ließe sich nicht dem dargestellten Diskriminierungspotenzial der Betroffenen wirksam entgegenzutreten.

Die Missbrauchskontrolle ist schließlich auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen auf andere Rechtsgüter zu entdecken, die in der Abwägung eine solche Regulierung unzulässig erscheinen ließen. Einerseits unterliegt die Betroffene ohnehin nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht einem gesetzlichen Missbrauchsverbot (§ 19 und 20 GWB), und andererseits ist dem Missbrauchsverbot 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).

Letztlich ist der Betroffene die Missbrauchskontrolle hinsichtlich der von ihr erhobenen Entgelte ebenso zumutbar wie die nach § 19 TKG auferlegte Missbrauchskontrolle bezüglich ihres Leistungsverhaltens.

### **3.6.5.1.2.3 Ergebnis**

Die nachträgliche Regulierung der Entgelte für bis zum 30.11.2012 erbrachte Terminierungs-, Koppelungs- und Kollokationsleistungen gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG ist insgesamt geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um die dargestellten Zwecke zu erreichen.

### **3.6.5.2 Entgelte für ab dem 01.12.2012 erbrachte Zugangsleistungen**

Die Beschlusskammer hat gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG entschieden, die Entgelte für ab dem 01.12.2012 gewährte Zugänge einer Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG zu unterwerfen. Die an die Entgelte anzulegenden Maßstäbe und Methoden richten sich nach einer anderen Vorgehensweise im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG. Grund-

sätzlich werden die Entgelte zwar auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG genehmigt. Der Effizienzbestimmung sind allerdings symmetrische Anforderungen zugrunde zu legen. Zudem erfolgt die Entgeltermittlung vorrangig per Vergleichsmarktbetrachtung im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG. Innerhalb des Genehmigungsverfahrens ist die Missbrauchskontrolle nach § 28 TKG vorzunehmen, § 35 Abs. 3 S. 1 TKG.

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

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

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

Mit ihrer Entscheidung hat die Beschlusskammer ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten. Namentlich eignet sich die vorgesehene Vorgehensweise besser als die in § 31 Abs. 1 TKG genannten Vorgehensweisen, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

### **3.6.5.2.1 Symmetrische KeL-Preishöhenkontrolle als zusätzlicher Zweck der Entgeltregulierung**

In Ansehung der verschiedenen Regulierungsziele ergibt sich, dass die Entgelte für die ab dem 01.12.2012 erbrachten Zugangsleistungen über die Missbrauchskontrolle hinausgehend einer Höhenkontrolle anhand der – im bisherigen Sinne bestimmten – lang-



fristigen Zusatzkosten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags für leistungsmengen-neutrale Gemeinkosten, die jeweils bei effizienter Leistungsbereitstellung entstehen, unterworfen werden sollten. Die Entgelte der Betroffenen sollten grundsätzlich symmetrisch zu den Zugangsentgelten der anderen Mobilfunknetzbetreiber genehmigt werden.

#### **3.6.5.2.1.1 Symmetriegrundsatz**

Die Zugangsentgelte der Betroffenen sollten grundsätzlich symmetrisch zu den Zugangsentgelten der anderen Mobilfunknetzbetreiber genehmigt werden. Denn symmetrische Entgelte sind im Sinne des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG besser geeignet als die nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 32 TKG vorgesehenen asymmetrischen Entgelte, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen. Unter symmetrischen Entgelten wird dabei verstanden, dass bei der Prüfung, ob eine Leistung effizient erbracht wird, grundsätzlich nicht auf die individuellen Möglichkeiten und Ressourcen des jeweils betroffenen Unternehmens, sondern vielmehr auf die von außen an das Unternehmen herangetragenen wettbewerblichen Anforderungen abgestellt wird.

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

vgl. oben, Ziffer 3.6.5.1.1.2.

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 3.6.5.2.1.2.1.1.

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 Mobilfunkterminierungsleistungen verschiedener Unternehmen grundsätzlich technisch und kommerziell vergleichbar sind

und durchaus homogene Güter darstellen. In der Konsequenz sind grundsätzlich vergleichbare Effizianzorderungen an alle Mobilfunknetzbetreiber 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 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 jedenfalls für die Terminierungsentgelte empfohlen, sind die vorliegenden Zugangsentgelte in grundsätzlich symmetrischer Weise festzulegen.

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

Symmetrische Zugangsentgelte, 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 3.6.5.1.1.2 und – soweit es die Symmetrie betrifft – unter Ziffer 3.6.5.2.1.1 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 (symmetrischen) KeL-Niveau auf ein (symmetrisches) LRIC-Niveau herabzusenken. Ein der Betroffenen auferlegter Zwang, auf Deckungsbeiträge jedenfalls 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 chancenreichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs zu erreichen.

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

vgl. oben Ziffer 3.6.5.1.1.2.

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

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

#### **3.6.5.2.1.2.1 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 ein-

schwingen würde. Eine LRIC-Regulierung lässt sich derart jedenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt der Emulation des Wettbewerbspreises rechtfertigen.

#### **3.6.5.2.1.2.1.1 Allgemeine Anforderungen an den Marktauftritt**

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

vgl. Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, Stichwort „Preisbildung.“

Den vorgegebenen Marktpreis kann ein Unternehmen langfristig nur mitgehen, wenn dieser zumindest seine relevanten Stückkosten abdeckt. Die Stückkosten oder auch durchschnittlichen totalen Kosten 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. 82, 87 und 95.

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

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

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

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

### **3.6.5.2.1.2 Besonderheiten der Terminierungsleistung**

In einem weiteren Schritt ist 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 anzupassen.

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

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

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

Ein Unternehmen wird sich beim Ob und Wie einer solchen Verteilung vorrangig an den jeweiligen Preiselastizitäten ausrichten. Die Preiselastizität der Nachfrage gibt an, um wie viel Prozent sich die Nachfragemenge eines Gutes ändert, wenn die dafür ursächli-

che 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.

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 von kostendeckenden Vorleistungspreisen ein Verhalten herausnehmen würde, welches jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsemulation der Freiheit des Wettbewerbs zuwiderliefe. Regulatorisch verfügte Abschläge von der Stückkostendeckung sind derart nicht zu rechtfertigen. Davon getrennt zu untersuchen ist allerdings in einem späteren Prüfungsschritt (siehe Ziffer 3.6.5.2.1.2.2), ob eine Reduktion der Vorleistungspreise geboten sein könnte, um einen unerwünschten Kapitalabfluss aus anderen Bereichen zu verhindern und/oder das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber und der anderen Mobilfunknetzbetreiber auf den Endkundenmärkten entscheidend zu verbessern.

### **3.6.5.2.1.2.1.3 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 und Handysubventionierung – in Bezug auf die Terminierungsleistung eliminiert sowie weitere Effizienz Anpassungen durchgeführt.

Die Terminierungsempfehlung bedient sich – etwa in Nr. 2 – ebenfalls der Terminologie der langfristigen zusätzlichen Kosten (LRIC). Die Empfehlung zählt allerdings bei der Berechnung sowohl der Einzelkosten als auch der leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten nach ihrer Nr. 6 (lediglich) die Off-net-Terminierungsminuten zum relevanten In-

krement. In der Folge können Kosten, die bereits notwendig sind, um überhaupt Verbindungsdienste über ein bestimmtes Netz erbringen zu können, nicht (nutzungsanteilig) den Terminierungsminuten zugerechnet werden. Das hinsichtlich der leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten wesentlich engere Inkrement bedingt, dass unter dem LRIC-Maßstab der Terminierungsminute deutlich weniger Kosten als unter einem KeL-Maßstab zugerechnet werden können.

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

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

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

Angesichts des regulatorischen Ziels, eine netzübergreifende Kommunikation sicherzustellen, sind extern verkaufte Terminierungsleistungen intern genutzten Verbindungsleistungen kostenrechnerisch 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.

#### **3.6.5.2.1.2.2 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 anderen Mobilfunknetzbetreiber auf den Endkundenmärkten entscheidend verbessert wird. Nach Auffassung der Beschlusskammer ist freilich auch mit Blick auf diese Fragen eine gegenüber der KeL-Preisobergrenze bessere Eignung der LRIC-Preisobergrenze nicht nachzuweisen.

##### **3.6.5.2.1.2.2.1 Festnetzbereich**

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.

In der bisherigen Praxis anderer nationaler Regulierungsbehörden ist diese Argumentation 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 BoR(12)23 vom 26.03.2012, S. 13f.

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

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

Die vorstehend aufgeführten Argumente haben 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→Mobilfunk-Verbindungen. Beiden Problemen könne nur durch eine LRIC-Regulierung abgeholfen werden.

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

#### **3.6.5.2.1.2.2.1.1 Kapitalabfluss**

Dies gilt einmal mit Blick auf die Ansicht, KeL-regulierte Entgelte führten zu einem unerwünschten und per LRIC-Regulierung abstellbaren Kapitalabfluss aus dem Festnetzsektor. Der Umstand allein, dass Kapital von dem Festnetz- in den Mobilfunksektor wechselt, ist nicht per se schädlich. Einwände ließen sich allenfalls erheben, wenn dem geleisteten Kapital keine entsprechende Gegenleistung gegenüberstünde oder aber – aus überlegener Einsicht – feststünde, dass die Faktorproduktivität des Kapitals im Festnetzsektor höher wäre als im Mobilfunksektor.

Soweit das Äquivalenzinteresse zwischen Leistung und Gegenleistung betroffen ist, kann auf die oben unter Ziffer 3.6.5.2.1.2.1.3 angestellten Erwägungen zur Abbildung der Stückkosten durch die KeL-Entgelte verwiesen werden. Danach erscheint es nicht unbillig, wenn ein Mobilfunknetzbetreiber Entgelte in KeL-Höhe von seinen Vorleistungsnachfragern verlangt. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass dadurch angeblich Anschlusskosten des Mobilfunks auf Festnetzendkunden überwältigt würden. Denn tatsächlich trägt der Mobilfunkteilnehmer die seinem Anschluss zurechenbaren

Kosten – wie etwa die Kosten der SIM-Karte oder des Endkunden-Marketings – selbst. In den KeL-regulierten Terminierungsentgelten finden diese Kosten keine Berücksichtigung. Darüber hinaus ist die KeL-Regulierung nach inzwischen vierzehnjähriger Praxis auch hinreichend genau ausgebildet und strukturiert, um sicherzustellen, dass keine übermäßigen Kosten zu Lasten der Nachfrager anerkannt werden. Zudem ist mit der zwischenzeitlichen Senkung der absoluten Entgelthöhen im Terminierungsbereich die Fehlertoleranz gegenüber relativen Abweichungen gestiegen, d.h. eine 1%-ige Abweichung vom eigentlich richtigen Wert hat nicht die negativen Auswirkungen, die sie bei höheren absoluten Entgelthöhen hätte. Auch wenn durchaus anzuerkennen ist, dass eine Teilverlagerung der Entgeltkontrolle in einen wettbewerblich strukturierten Bereich gewisse Verbesserungen bei der Preisüberwachung mit sich bringen könnte, vermag der letztgenannte Umstand für sich allein nicht den Schluss zu rechtfertigen, dass die KeL-Regulierung durch eine LRIC-Regulierung ersetzt werden sollte.

Was dagegen die höhere Faktorproduktivität des Kapitals im Festnetzsektor angeht, so lassen sich die in der Terminierungsempfehlung hierfür angeführten Beispiele jedenfalls für Deutschland nicht bestätigen. So ist keine ineffizient geringe Nutzung des Festnetzes zu beobachten. Vielmehr liegen die hiesigen Verbindungsanteile über dem europäischen Durchschnitt. Ferner ist nicht ersichtlich, dass für Mobilfunkterminierungen zu zahlende KeL-Entgelte eine signifikante Beeinträchtigung des Glasfaserausbau oder eine fehlende Erstellung von NGN-Netzwerken und von gebündelten bzw. konvergenten Diensten zu verantworten hätten. So werden in einschlägigen Studien als den Glasfaserausbau hemmende Faktoren nicht zu hohe Kapitalabflüsse in den Mobilfunkbereich, sondern vielmehr die tendenziell zu geringe Höhe der Zahlungsbereitschaft der Endkunden, der Liquidität des Kapitalmarkts und der von den Anteilseignern erwarteten Amortisationsdauern genannt,

siehe etwa Büllingen/Stamm/Stett/Hillebrand, Analyse der Kabelbranche und ihrer Migrationsstrategien auf dem Weg in die NGA-Welt, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 365, Februar 2012.

Darüber hinaus ist zu konstatieren, dass bereits in der Vergangenheit im Rahmen eines einheitlichen Regulierungsmaßstabs sowohl die Mobilfunk- als auch die Festnetzterminierungsentgelte gleichermaßen nach dem KeL-Maßstab festgesetzt worden sind. Die gleichwohl resultierenden Unterschiede bei den jeweiligen Stückkosten waren Ausdruck der differierenden Investitionsbedarfe für die Erbringung von Terminierungsleistungen in den jeweiligen Netzen.

Eine LRIC-Preisobergrenze ist derart nicht besser geeignet als eine KeL-Preisobergrenze, unerwünschte Kapitalabflüsse aus dem Festnetzsektor zu unterbinden.

#### **3.6.5.2.1.2.2.1.2 Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber**

Eine LRIC-Preisobergrenze ist allerdings auch nicht besser als eine KeL-Preisobergrenze geeignet, das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber so zu steuern, dass als wohlfahrtsmaximierend angesehene Wettbewerbsergebnisse erzielt werden. Nach Auffassung der Beschlusskammer lässt sich nicht nachweisen, dass bei einer LRIC-Preisobergrenze vermehrt (günstige) pauschal tarifierte Festnetz→Mobilfunk-Entgelte angeboten würden, die bei einer KeL-Regulierung nicht angeboten würden. Vielmehr würden entweder in beiden Fällen Pauschalierungen erfolgen, oder es würden in keinem Fall verstärkte Pauschalierungsbemühungen sichtbar werden.

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

Maßgebend für das voraussichtliche Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber erscheint letztlich ein anderer Punkt. Seit Jahren verengen sich Kundenwahrnehmung und Werbetätigkeit im Festnetzbereich auf die Anschlussbandbreite und den Preis, der für das Komplettangebot aus Anschluss mit Doppelflat für Festnetztelefonie und Internetverbindungen zu zahlen ist (siehe dazu oben, Ziffer 3.6.5.1.1.3). Die Preise der anderen Angebotskomponenten – wie etwa der Festnetz→Mobilfunk-Verbindungen – erfahren

dagegen weitaus weniger Aufmerksamkeit. In der Folge haben die Festnetzbetreiber die Ersparnisse aus den vergangenen Senkungen der Mobilfunkterminierungsentgelte an die Endkunden ganz überwiegend nicht im Wege niedrigerer Festnetz→Mobilfunk-Entgelte, sondern vielmehr in Form günstigerer Bündelpreise weitergegeben. Dieses Wettbewerbsmuster hat sich tief in den Bewusstsein der Endkunden eingegraben.

In der Prognose erscheint es der Beschlusskammer wenig wahrscheinlich, dass sich allein aufgrund der entgeltlichen Differenz zwischen einem KeL-Ergebnis und einem LRIC-Ergebnis dieses Muster auflösen würde. Wahrscheinlicher wäre vielmehr, dass sich eine Weitergabe niedrigerer Entgelte in Form von Pauschalierungen entweder bereits bei einem KeL-Niveau einstellen würde (dessen absolute Höhe künftig niedriger als heute sein dürfte) oder aber sie sich auch bei einem LRIC-Niveau gar nicht erst materialisieren würde. Im letztgenannten Fall würden die Ersparnisse der Festnetzbetreiber weiterhin in den lebhaften geführten Wettbewerb um den günstigsten Paketpreis für das Angebot von Festnetzanschluss plus Festnetz- und Internet-Flat fließen.

Aus den betrachteten Gesichtspunkten lässt sich daher ebenfalls nicht ableiten, dass eine LRIC-Preisobergrenze besser als eine KeL-Preisobergrenze geeignet wäre, das als erwünscht angesehene Angebot vermehrt pauschaltarifizierter Entgelte hervorzurufen.

Im Übrigen wäre dann, träte man gleichwohl dem Ziel einer LRIC-Preisobergrenze näher, gesondert die Frage einer Vereinbarkeit dieser Grenze mit den Vorgaben des § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG zu klären. Nach dieser Vorschrift wird ein Missbrauch beträchtlicher Marktmacht vermutet, wenn das Entgelt der betreffenden Leistung deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt. In der bisherigen Praxis zu § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG sind (ebenso wie im Fall des § 31 TKG a.F., siehe dazu Ziffer 3.6.5.2.1.2.1.3) die langfristigen Zusatzkosten – soweit es die leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten anbelangt – anhand eines breiteren Inkrements ermittelt und damit insgesamt wesentlich höher angesetzt worden, als dies bei einer LRIC-Preisobergrenze der Fall wäre. Da indes die bisherige Praxis der Inkrement-Bildung gerichtlich nicht beanstandet worden und § 28 dementsprechend ausgelegt worden ist,

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

könnte prima facie davon ausgegangen werden, dass eine LRIC-Preisobergrenze den Dumping-Tatbestand des § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG erfüllt und damit die Voraussetzungen



einer sachlichen Rechtfertigung zu prüfen wären. Im vorliegenden Zusammenhang muss die aufgeworfene Frage allerdings nicht endgültig entschieden werden.

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

#### **3.6.5.2.1.2.2 Mobilfunknetzbereich**

Eine LRIC-Preisobergrenze ist ebenfalls nicht besser geeignet als eine KeL-Preisobergrenze, andere Mobilfunknetzbetreiber vor unerwünschten Kapitalabflüssen zu bewahren bzw. diese zu einer Senkung ihrer Off-net-Tarife zu bewegen.

In Ergänzung zu den bereits oben referierten Ausführungen hebt die Explanatory Note mit Blick auf die anderen Mobilfunknetzbetreiber hervor, Terminierungsentgelte oberhalb effizienter Kosten zögen höhere Off-net-Vorleistungs- und Endkundenpreise nach sich. Da kleinere Netze typischerweise eine 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.

#### **3.6.5.2.1.2.2.1 Kapitalabfluss**

Die Explanatory Note betrachtet eine LRIC-Preisobergrenze u.a. deshalb als gerechtfertigt, weil ansonsten drohende Kapitalabflüsse aus dem Bereich der kleineren Mobilfunknetzbetreiber deren Wettbewerbsfähigkeit beschränken und diejenige der größeren Netzbetreibern in spürbarer Weise verstärken würden.

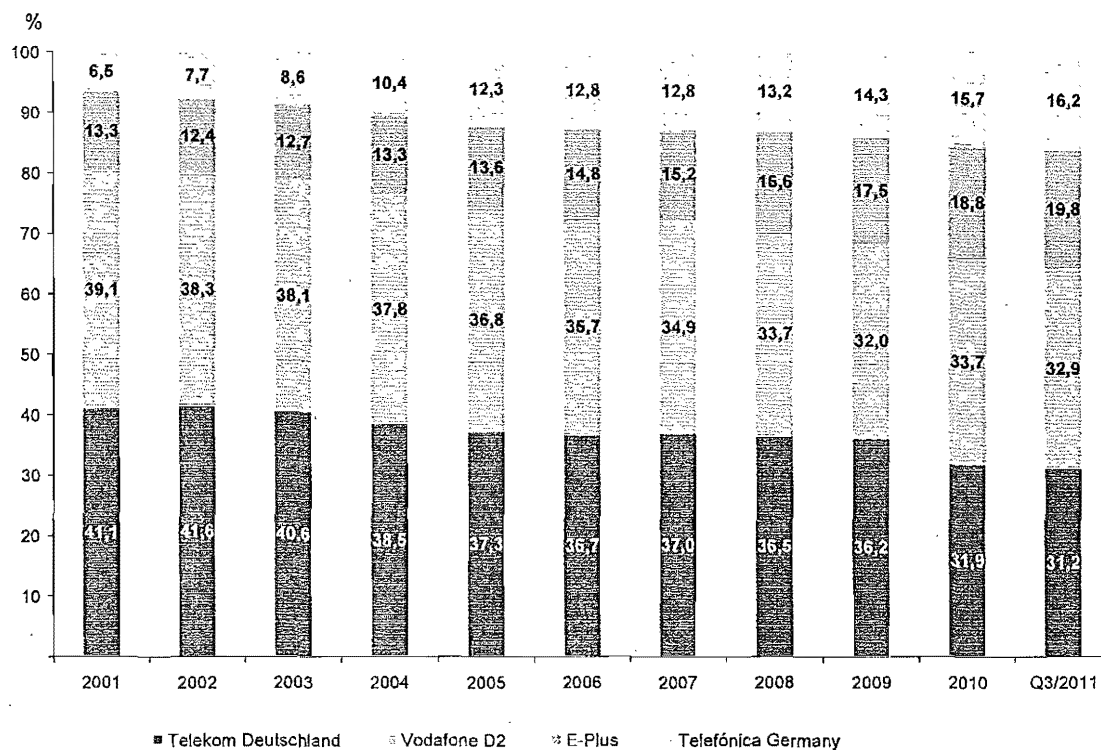
Diese Annahmen lassen sich allerdings für die deutschen Verhältnisse so nicht bestätigen. Im Gegenteil, pessimistische Annahmen gehen dahin, dass eine LRIC-Preisobergrenze die Überlebensfähigkeit der E-Netzbetreiber bedrohen würde,

so die Monopolkommission, Sondergutachten 61, Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern, Tz. 115, 83.

Diese Annahmen muss man nicht teilen. Allerdings lässt sich durchaus die Frage stellen, wo die Vorteile einer LRIC-Preisobergrenze liegen, wenn sich die kleineren (originären) Netzbetreiber gerade nicht für eine solche LRIC-Regulierung, sondern vielmehr für die hergebrachte KeL-Regulierung aussprechen. Dabei ist zu beachten, dass die MVNOs aufgrund ihrer Bindung an das Wirtsnetz und der daraus folgenden Teilhabe an dessen Größenvorteilen zumindest im Grundsatz kostenmäßig nicht schlechter stehen als die Wirtsnetzbetreiber selbst.

Jedenfalls haben die E-Netzbetreiber in den vergangenen Jahren auch unter Geltung einer KeL-Regulierung stetig an Marktanteilen hinzugewinnen können.

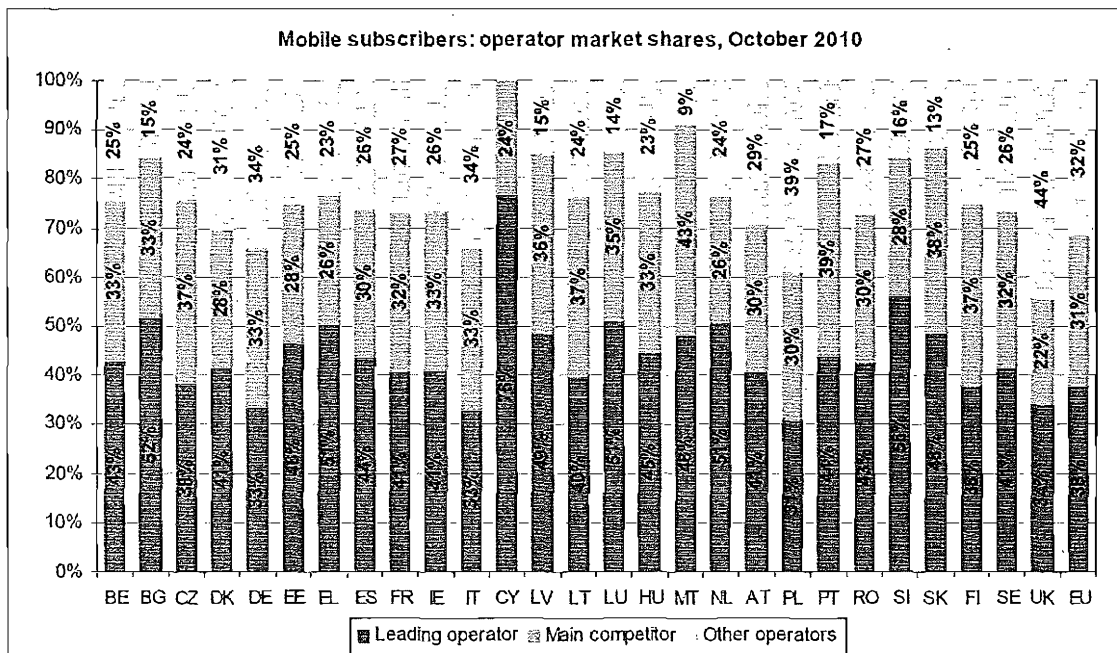
#### Teilnehmer-Marktanteile der Netzbetreiber



Quelle: Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2010/2011, S. 51.

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 2709. Dies liegt nicht weit vom Minimum (bei vier Akteuren) von 2500 entfernt.

## Marktanteilsverteilung im Mobilfunk (europäischer Vergleich)



Quelle: EU-Kommission, Digital Agenda Scoreboard 2011, "Electronic Communications Market Indicators", Seite 10.

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

### 3.6.5.2.1.2.2.2 Wettbewerbsverhalten der anderen Mobilfunknetzbetreiber

Darüber hinaus ist auch die Frage zu verneinen, ob eine LRIC-Preisobergrenze besser als eine KeL-Preisobergrenze geeignet wäre, günstigere und möglichst an die eigenen On-net-Preise angelehnte pauschaltarifizierte Off-net-Preise der anderen Mobilfunknetzbetreiber zu induzieren.

In diesem Fall ist zum einen daran zu erinnern, dass derzeit bereits nicht klar ist, ob On-net/Off-net-Tarifdifferenzierungen überhaupt noch eine größere Rolle im deutschen Markt spielen,

vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht B7-170/07 vom 02.02.2010, S. 3, und oben, Ziffer 3.6.5.1.1.3.

Zum anderen lässt sich nicht nachweisen, dass es im Fall einer LRIC-Preisobergrenze auf Seiten der kleineren Netzbetreiber – einschließlich der MVNOs – wirklich zu signifikanten Senkungen der Off-net-Tarife kommen würde. Zwar bestehen durchaus asymmetrische Verkehrsströme zwischen D-Netzbetreibern und E-Netzbetreibern, die sich ungefähr in einem Verhältnis von 2:1 zu Lasten der E-Netzbetreiber bewegen. Die relativen Auszahlungslasten der E-Netzbetreiber (und auch der MVNOs) würden sich deshalb im Falle einer LRIC-Regulierung auch zunächst einmal verringern. Dem gegenüberzustellen sind allerdings Belastungen der kleineren Netzbetreiber, welche ebenfalls mit einer LRIC-Regulierung verbunden sein dürften. Denn aufgrund ihrer gegenüber den D-Netzbetreibern geringeren Skalenvorteile könnten sie bei einer LRIC-Preisobergrenze gezwungen sein, ihre anderen Dienste – einschließlich der Originierungsdienste – signifikant höher zu bepreisen, um ihre Gesamtkosten zu decken. Genau bestimmen lassen sich die Auswirkungen allerdings nicht. Denn diese Auswirkungen hängen insbesondere ab vom künftigen Anteil des Terminierungsverkehrs am Gesamtverkehr und der Höhe der Kostenunterdeckung, die eine LRIC-Preisobergrenze verursachen würde. Soweit etwa allen Netzbetreibern in gleichem relativen Umfang durch eine LRIC-Preisobergrenze Deckungsbeitragsdefizite entstehen sollten, dürften alle über die gleichen Möglichkeiten verfügen, das entstehende Delta durch Umlage auf andere Entgelte zu kompensieren. Am Ende kann jedenfalls nicht mit hinreichender Sicherheit belegt werden, dass eine LRIC-Preisobergrenze zu verringerten Off-net-Entgelten insbesondere der kleineren Netzbetreiber führen würde.

Insgesamt kann nicht dargelegt werden, dass eine LRIC-Preisobergrenze besser geeignet als eine KeL-Preisobergrenze wäre, günstigere und möglichst an die eigenen On-net-Preise angelehnte pauschaltarifizierte Off-net-Preise der anderen Mobilfunknetzbetreiber zu induzieren.

#### **3.6.5.2.1.2.3 Ergebnis**

Eine symmetrische KeL-Preisobergrenze erfüllt das Regulierungsziel eines chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs besser als die Missbrauchsgrenze. Eine weitere Senkung des Preisniveaus auf eine LRIC-Preisobergrenze ist dagegen mit Blick auf das Wettbewerbsziel nicht angezeigt. Für letzteres spricht im Übrigen auch der Umstand, dass die Verfolgung einer KeL-Preisobergrenze nach Auffassung der Beschlusskammer geringeren Prozessrisiken ausgesetzt sein dürfte als diejenige einer (eingriffsintensiveren) LRIC-Preisobergrenze. Soweit also eine KeL-Preisobergrenze

angestrebt wird, dürfte dies das Wettbewerbsgeschehen von der Rechts- und Planungsunsicherheit entlasten, welche ansonsten mit dem gerichtlichen Vorgehen der Mobilfunknetzbetreiber gegen eine LRIC-Preisobergrenze verbunden wäre.

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

Symmetrische Terminierungsentgelte, die nicht über die KeL hinausgehen, wahren die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 3 TKG genannten Interessen der unmittelbaren und mittelbaren Nachfrager, namentlich der Verbraucher, besser und wirksamer als Entgelte, die in ihrer Höhe erst durch die Missbrauchsschwelle beschränkt werden. Wegen der diesbezüglichen Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter Ziffer 3.6.5.1.1.3 und – soweit es die Symmetrie betrifft – unter Ziffer 3.6.5.2.1 verwiesen.

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

Ins Verhältnis gesetzt zu einer KeL-Regulierung, wären Mobilfunkendkunden von einer LRIC-Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte voraussichtlich insgesamt nachteilig betroffen. Denn die Deckungslücke, welche mit dem Entfall der an sich von den Festnetzbetreibern zu erbringenden Deckungsbeiträge zur KeL/LRIC-Differenz einhergehen würde, dürfte sich letztendlich nur über Mehrbelastungen der eigenen Mobilfunkendkunden schließen lassen. Inwieweit dabei Kunden kleiner Mobilfunknetzbetreiber gegenüber denjenigen großer Netzbetreiber weniger belastet würden, lässt sich – wie unter Ziffer 3.6.5.2.1.2.2.2 gezeigt – nicht hinreichend sicher prognostizieren. Da letztendlich jeder Netzbetreiber seine eigene Strategie zur Deckung der aus dem Terminierungsgeschäft resultierenden Fehlbeträge entwickeln wird, lässt sich ebenfalls nicht vorhersagen, welche Bereiche – Geschäftskunden, Prepaid-Privatkunden, Postpaid-Privatkunden, Wenignutzer usw. – in welchem Umfang belastet würden.

Insgesamt vorteilhafter als eine KeL-Preisobergrenze dürfte eine LRIC-Preisobergrenze für Festnetzendkunden sein. Zwar ist nicht unbedingt damit zu rechnen, dass sich die geringeren Terminierungsentgelte in Form gesenkter Festnetz→Mobilfunk-Verbindungsentgelte wiederfinden lassen. Aufgrund des im Festnetzendkundenbereich herrschenden Wettbewerbs dürfte es aber zumindest zu weiteren allgemeinen oder im

Einzelfall gewährten Preisnachlässen für das Paket aus Festnetzanschluss mit Doppel-Flat für Festnetz- und Internetverbindungen kommen.

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 Mobilfunkbereich sind bereits zum jetzigen Zeitpunkt On-net-/Off-net-Differenzierungen nur noch begrenzt zu beobachten. Dem Endkunden werden vielfach schon derzeit All-net-Tarife – auch in pauschalierter Form – angeboten. Im Festnetzbereich dürfte das Auftauchen pauschalierter Festnetz→Mobilfunk-Verbindungsentgelte ebenfalls nicht gerade von der Einführung einer LRIC-Regulierung abhängen. Entweder wird auch eine KeL-Regulierung mit den voraussichtlich absolut gesenkten Entgelten derartige Tarife hervorrufen, oder es wird bei der Weitergabe in Form günstigerer Paketpreise bei gleichzeitig hohen Festnetz→Mobilfunk-Verbindungsentgelten bleiben.

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

#### **3.6.5.2.1.4 Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes**

Symmetrische Entgelte, die nicht die KeL überschreiten, fördern die Entwicklung des Binnenmarktes in der Europäischen Union im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG besser als Vorleistungsentgelte, die erst von der Missbrauchsschwelle begrenzt würden. Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter Ziffer 3.6.5.1.1.4 verwiesen. Eine bessere Eignung einer LRIC-Preisobergrenze zur Förderung der Binnenmarkt-Entwicklung besteht dagegen nicht. Denn eine solche Preisobergrenze wäre eben nicht geeignet, die in Art. 8 Rahmen-RL verankerten unionsweiten Regulierungsziele, insbesondere diejenigen der Wettbewerbsförderung und des Verbraucherschutzes, besser als eine KeL-Regulierung zu erfüllen. In diesem Sinne stimmt im Übrigen die vorliegende Abweichung von der Terminierungsempfehlung mit den Vorgaben des Art. 19 Rahmen-RL überein.

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

Wie bereits unter Ziffer 3.6.5.1.1.5 dargelegt, ist das in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG enthaltene Regulierungsziel, den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen, vorliegend nicht von unmittelbarer Bedeutung. Eine KeL-Preisobergrenze ist allerdings aufgrund ihrer mittelbaren Wirkungen besser als die Missbrauchsschwelle geeignet, den Ausbau von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen zu beschleunigen, indem nämlich 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 könnten. Eine bessere Eignung einer LRIC-Preisobergrenze gegenüber einer KeL-Preisobergrenze zur Erreichung des Beschleunigungsziels lässt sich dagegen nicht nachweisen. Denn eine Absenkung der anzustrebenden Preisobergrenze auf LRIC-Niveau würde in Summe zu einer Belastung des Mobilfunksektors und zu einer Entlastung des Festnetzsektors führen. Dass dieser Umstand – wiederum in Summe – zu einer Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen im Mobilfunk- und Festnetzsektor führen würde, kann allerdings – wie auch unter Ziffern 3.6.5.2.1.2.2.1.1 und 3.6.5.2.1.2.2.2.1 betont – nicht belegt werden.

### **3.6.5.2.1.6 Ergebnis**

Zweiter Zweck der Entgeltkontrolle hinsichtlich der Entgelte für ab dem 01.12.2012 erbrachte Zugangsleistungen ist es, eine Überschreitung symmetrischer KeL im Sinne von § 32 TKG zu verhindern.

### **3.6.5.2.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne**

Die auf § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG gestützte Entscheidung, die Entgelte für die ab dem 01.12.2012 erbrachten Zugangsleistungen auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG zu genehmigen, wobei der Effizienzbestimmung grundsätzlich symmetrische Anforderungen zugrunde gelegt werden, entspricht dem vorgestellten Zweck. Zudem ist eine angemessene Verfahrensausgestaltung für die Missbrauchsaufsicht si-

chergestellt. Die Begründung für die vorrangige Anwendung einer Vergleichsmarktbeurteilung erfolgt gesondert unter Ziffer 3.6.5.2.3.

#### **3.6.5.2.2.1 Eignung**

Die Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht ist geeignet, die genannten Zwecke zu erreichen. Da nicht mehrere Diensteentgelte zur Genehmigung anstehen, die in einem Korb zur Price-Cap-Genehmigung gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG zusammengefasst werden könnten, kommt allein eine einzeldienstbasierte Genehmigung in Betracht. In ihrem Rahmen werden sowohl etwaige Verstöße gegen die Missbrauchsvorschrift des § 28 TKG als auch drohende Überschreitungen symmetrischer KeL wirksam abgestellt.

#### **3.6.5.2.2.2 Erforderlichkeit**

Die Genehmigungspflicht gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 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. Anders als im Falle der bis zum 30.11.2012 entstehenden Zugangsentgelte ist die Missbrauchsaufsicht jedoch hinsichtlich später entstehender Zugangsentgelte nicht geeignet, die Einhaltung eines symmetrischen KeL-Maßstabs zu gewährleisten. Denn mit der vorliegend verfügbaren Auferlegung einer Zugangsgewährungspflicht würde die Betroffene bei gleichzeitiger Geltung von § 38 TKG in die Lage versetzt, nach einer etwaigen Kündigung ihrer mit der Telekom Deutschland GmbH getroffenen Zusammenschaltungsvereinbarung per Beantragung einer Zusammenschaltungsanordnung nach § 25 Abs. 1 TKG KeL-überschreitende asymmetrische Entgelte gegenüber der Telekom Deutschland GmbH durchzusetzen,

vgl. oben, Ziffer 3.6.5.1.2.1.

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.

### **3.6.5.2.2.3 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 ist nach dieser Maßgabe eine KeL-Regulierung indes nicht unverhältnismäßig. Denn zum einen handelt es sich bei den Zugangspreisen um wesentliche Aktionsparameter, die – wenn sie etwa per Zugangsanordnung in KeL-überschreitender und asymmetrischer Weise hoheitlich festgesetzt würden – eine nicht zu unterschätzende Signalwirkung gegenüber den anderen Netzbetreibern entfalten würden. Zudem wäre das Änderungspotenzial einer KeL-Regulierung gegenüber einer Missbrauchsregulie-

rung insofern nicht unbeträchtlich, als zumindest der in einem Anordnungsverfahren voraussichtlich in voller Höhe beantragte Missbrauchszuschlag,

vgl. dazu Ziffer 3.6.3,

entfallen würde. Der Umstand, dass das absolute Entgeltvolumen überschaubar ist, muss dahinter zurücktreten. Im Übrigen ist im Auge zu behalten, dass sich mit der vorliegend verfügbaren Ermittlung der KeL-Entgelte anhand einer Vergleichsmarktbetrachtung der Aufwand der Betroffenen für die Vorbereitung und Durchführung der Genehmigungsverfahren in vertretbarem Rahmen halten wird.

### **3.6.5.2.3 Methode der Kostenermittlung**

Im vorliegenden Fall sind die Zugangsentgelte der Betroffenen gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG vorrangig anhand der Vergleichsmarktmethode im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG zu ermitteln. Die Norm des § 35 Abs. 1 TKG ist deshalb nach der hier verfügbaren Vorgehensweise so zu lesen, dass die der Bundesnetzagentur vorliegenden Kosteninformationen einerseits und die Anstellung einer Vergleichsmarktbetrachtung andererseits in der Hierarchie der Ermittlungsmethoden „die Plätze tauschen“.

Die vorrangige Anwendung der Vergleichsmarktmethode im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG erlaubt es, die insbesondere für das jeweilige Mobilfunk-Wirtnetz geltenden Zugangsentgelte auf den MVNO-Bereich zu übertragen. Dieses Vorgehen entspricht im Ergebnis dem derzeitigen Stand der Zusammenschaltungsvereinbarung der Betroffenen mit der Telekom-Deutschland GmbH und sichert im Übrigen das Erreichen symmetrischer KeL-Entgelte. Als demgegenüber aufwändigere Methoden müssen Entgeltermittlungen anhand von Kosteninformationen und/oder gemäß Nr. 2 Halbs. 2 Terminierungsempfehlung mittels eines analytischen Kostenmodells hinter die hier verfügbare Vorgehensweise zurücktreten.

Die vorrangige Anwendung der Vergleichsmarktmethode hat Auswirkungen auf den Umfang der Unterlagen, welche zur Prüfung des Antrags erforderlich und deshalb von der Betroffenen gemäß § 31 Abs. 3 und § 34 Abs. 1 TKG zusammen mit dem Entgeltgenehmigungsantrag vorzulegen sind. Zu diesen Unterlagen zählen im vorliegenden Fall – weil aufgrund der Kostenermittlung vorrangig anhand einer Vergleichsmarktbetrachtung nicht erforderlich – nicht die in § 34 Abs. 1 Nr. 1 und 3 TKG genannten Kostennachweise und sonstigen Angaben. Anwendbar bleiben allerdings § 34 Abs. 1 Nr. 2 (Leistungsangaben) und Nr. 4 (Beantragung aufwandsbasierter Entgelte) TKG.

#### **3.6.5.2.4 Homezonedienste und Anrufsammeldienste**

Im vorliegenden Zusammenhang bedarf es keiner Sonderregelungen für Homezone-Vorleistungsentgelte, weil die Betroffene derartige Leistungen nicht im Außenverhältnis erbringt,

vgl. zu den Einzelheiten Beschluss BK 3a-10/098 vom 24.02.2011, S. 30.

Sollte die Betroffene die Erbringung solcher Leistungen allerdings aufnehmen, würden die entsprechenden Entgelte unter die vorliegend auferlegte Genehmigungspflicht fallen.

Grundsätzlich sind auch keine besonderen Vorkehrungen mit Blick auf Entgelte für Verbindungen zu sog. Anrufsammeldiensten zu treffen. Bei diesen Diensten leitet der Anbieter einen an eine Mobilfunkrufnummer gerichteten Anruf zunächst auf eine Plattform, von der aus der Anruf – je nach Wunsch des Endkunden – auf bestimmte Festnetz- und/oder Mobilfunkanschlüsse weitergeleitet wird. Soweit es sich allerdings im Falle der Betroffenen herausstellen sollte, dass sie für einen bestimmten Teil der Terminierungen insbesondere aufgrund des Angebots von Anrufsammeldiensten die Luftschnittstelle nicht in Anspruch nimmt, wäre dies im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens bei der Bestimmung des oder der relevanten Vergleichsmärkte zu berücksichtigen. Die Betroffene wird deshalb aufgefordert, im Rahmen der Antragstellung mitzuteilen, in welchem Verhältnis Terminierungen mit und ohne Benutzung der Luftschnittstelle erbracht werden.

### **3.7 Getrennte Rechnungsführung, § 24 TKG**

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 gemäß § 24

Abs. 1 S. 3 TKG soll somit insbesondere Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionen verhindern.

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

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

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

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

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

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

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

Bonn, den . . .2012

Anlage

Festlegung der Präsidentenkammer

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers