



Az BK2c-13-001-R

## Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

wegen

Widerrufs von Verpflichtungen nach Teil 2 des TKG

auf dem Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Markt 1 der Empfehlung der Kommission vom 17.12.2007 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) (ABL. EU Nr. L344 v. 28.12.2007, S. 65 ff.)

betreffend:

Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn

- vertreten durch die Geschäftsführung -

und die mit ihr im Sinne des § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Unternehmen,

hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn aufgrund der Festlegung der Präsidentenkammer BK1-11/006 vom 08.08.2013

*„Auf dem regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz bzw. zum öffent-*

*lich zugänglichen Telefondienst an festen Standorten, realisiert durch PSTN-Analoganschlüsse, ISDN-Basisanschlüsse, ISDN-PMx-Anschlüsse sowie schmalbandige stationäre Funklösungen und breitbandige Komplettanschlüsse, mit Ausnahme derjenigen Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als 500.000 Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden, verfügen das Unternehmen Telekom Deutschland GmbH und die mit ihm verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), derzeit insbesondere das Unternehmen congstar GmbH, im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht. Der Zugang zum öffentlichen Telefonnetz bzw. zum öffentlich zugänglichen Telefondienst an festen Standorten ist auch dann dem relevanten Markt zugeordnet, wenn er mit anderen Produkten und Dienstleistungen gebündelt angeboten wird.“*

durch  
die Vorsitzende Ute Dreger,  
den Beisitzer Werner Hammen  
sowie den Beisitzer Claudius Möller

am 12.03.2014

beschlossen:

### **(Teil-) W i d e r r u f**

**Die in der Regulierungsverfügung BK2c 09/002-R vom 25.01.2010 auf Seite 3, Ziffern 1 und 2 unter Bezugnahme auf die Entscheidung der Präsidentenkammer, BK1-07/012 vom 28.04.2009, getroffene Regelung wird insoweit widerrufen, als Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als 500.000 und bis zu 1.000.000 Euro netto erbracht werden, Markt 1 unterfallen. Die Erbringung von Zugangsleistungen von mehr als 500.000 Euro und bis zu 1.000.000 Euro Jahresnettoumsatz unterliegt mit diesem Widerruf daher nicht mehr der Regulierung.**

### Sachverhalt

1. In der Festlegung der Beschlusskammer 1 (Präsidentenkammer) BK1-07/012 vom 28.04.2009, die Bestandteil der Regulierungsverfügung BK2c 09/002-R vom 25.01.2010 ist, wurde festgestellt, dass Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als 1.000.000 Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden, nicht dem Markt 1 unterfallen.
2. In der Festlegung der Beschlusskammer 1 BK1-11/006 vom 08.08.2013, wurde festgestellt, dass Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als 500.000 Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden, nicht dem Markt 1 unterfallen.

Nach § 14 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 TKG aktualisiert die Bundesnetzagentur eine Regulierungsverfügung soweit ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass die Ergebnisse auf Grund der §§ 10 bis 12 TKG nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen. Solche Tatsachen hat die Bundesnetzagentur mit der Entscheidung BK1-11/006 vom 08.08.2013 festgestellt. Der Entwurf der Entscheidung BK1-11/006 wurde am 12.06.2013 bei der Kommission der EU notifiziert und dort nicht beanstandet.

Der Widerrufsentswurf sowie das Ergebnis des nationalen Konsultationsverfahrens wurden im Amtsblatt sowie auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht.

Am 03.09.2013 fand in dem Verfahren BK2d-13/001 R eine mündliche Verhandlung statt. Alle Beteiligten hatten im Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme. Die übrigen mit Telekommunikation befassten Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur sowie das Bundeskartellamt sind über das Ergebnis der Konsultation informiert worden und hatten ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme.

Am 04.09.13 wurde der Entwurf gegenüber der die Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedsstaaten notifiziert.

Am 10.09.13 übermittelte die Kommission der Bundesnetzagentur ein Auskunftersuchen; die Antwort darauf erfolgte am 13.09.13. Am 16.09.13 übersandte die Kommission der Bundesnetzagentur ein weiteres Auskunftersuchen, das am 18.09.13 beantwortet wurde.

Am 04.10.13 unterrichtete die Kommission die Bundesnetzagentur und das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) gemäß Artikel 7a Absatz 1 der Rahmenrichtlinie, dass sie ernste Bedenken in Bezug auf die Vereinbarkeit des Maßnahmenentwurfs mit dem EU Recht habe. Konkret bemängelte die Kommission das Fehlen einer ausreichenden Marktdefinition und einer ausreichenden Wettbewerbsanalyse. Die Kommission vertrat die Auffassung, dass ein Widerruf der bestehenden Verpflichtungen in Abwesenheit einer fundierten Marktanalyse sowie ohne eine ausdrückliche Feststellung der effektiven Wettbewerbsfähigkeit des Marktsegmentes gegen die Vorgaben der gemeinschaftlichen Rahmenrichtlinie und hier insbesondere gegen Artikel 16 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie verstoße.

Am 22.10.13 hielten die Kommissionsdienststellen eine Telefonkonferenz mit Sachverständigen des GEREK ab.

Am 15.11.2013 entschied GEREK, dass die von der Kommission geäußerten Zweifel nicht gerechtfertigt seien. Zu diesem Schluss gelangte GEREK nach Prüfung der vorgelegten Unterlagen und der Durchführung einer Telefonkonferenz mit der Bundesnetzagentur am 21.10.2012 sowie einen Tag später mit der Kommissionsdienststelle. Die ernstesten Bedenken der Kommission hinsichtlich des vermeintlichen Fehlens einer richtigen Marktdefinition und der Beurteilung der beträchtlichen Marktmacht für das Segment zwischen 500.000 und 1 Million Euro seien nicht gerechtfertigt. Dabei stellte GEREK ausdrücklich fest, dass die Bundesnetzagentur in der Marktanalyse genügend Informationen dargelegt habe, die sowohl die Trennung des Marktes an der 500.000 Euro Grenze als auch die Entscheidung zur Deregulierung des Marktes im oberen Segment rechtfertigten. Konsequenterweise teilte GEREK die

Auffassung der Kommission, nach der die notifizierte Maßnahme, in der vorgesehen war, die Verpflichtungen in dem oberen Segment zu widerrufen, mit dem EU-Recht und hier insbesondere mit Artikel 16 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie vereinbar sei.

GEREK merkte zugleich an, dass die Kommission, obwohl ihr ausreichende Anhaltspunkte für ein Nachvollziehen der Absicht der Bundesnetzagentur zur Änderung der Marktgrenzen und zur Bewertung der Wettbewerbsbedingungen in dem oberen Segment vorlagen, zum Zeitpunkt der Vorlage der Analyse keinerlei Kritik hierzu vorgetragen hatte. GEREK unterstrich zugleich, dass das Verhalten der Kommission bei der Bundesnetzagentur die verständliche Erwartung der Richtigkeit des beabsichtigten Widerrufs hervorrufen musste.

Um noch verbliebene Unklarheiten zu beseitigen, stellte die Kommission der Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 10.12.2013 weitergehende Fragen. Nach Auffassung der Kommission könne damit die Basis geschaffen werden, die erhobenen ersten Zweifel an dem Entwurf der Bundesnetzagentur zu beseitigen.

Aus Sicht der Kommission sei eine relativ kurze Ergänzung des Entwurfes erforderlich. In Hinsicht auf die Marktdefinition seien eine klare Bewertung und eine präzise Schlussfolgerung von Bedeutung, wonach die Zugangsdienste in dem 500.000 bis 1.000.000 Euro Segment in einem effektiven Wettbewerbsumfeld erfolgten. Dies möge sich am ehesten durch einen Vergleich mit den Wettbewerbsbedingungen in dem Segment über 1.000.000 Euro nachweisen lassen. Bei der Darstellung der beträchtlichen Marktmacht würde die Kommission - im Einklang mit den Vorgaben des GEREK - eine ausführlichere Bewertung des 3 - Kriterien - Tests akzeptieren, insbesondere im Hinblick auf das erste und zweite Kriterium (Marktzutrittschürden und Tendenz zu Wettbewerb). Aus Sicht der Kommission müsste eine entsprechende Ergänzung ohne eine erneute nationale Konsultation möglich sein, da es zu keinen materiellen Änderungen komme.

In ihrem Antwortschreiben vom 21.12.2013 wies die Bundesnetzagentur darauf hin, dass GEREK in seiner Stellungnahme zum Ernste-Zweifel-Schreiben der Kommission zu dem Ergebnis gelangt war, dass die Bundesnetzagentur auf der Grundlage der vorgenommenen Marktanalyse in berechtigter Weise davon ausgehen konnte, die Verpflichtungen in dem oberen Segment widerrufen zu müssen. Insbesondere wurde die Feststellung der Bundesnetzagentur zur Teilung des Marktes an der 500.000 Eu-

ro Grenze sowie zu den Wettbewerbsbedingungen in dem zu deregulierenden Segment gestützt und als hinreichend plausibel bewertet.

Vor diesem Hintergrund hielten sowohl die Bundesnetzagentur als auch GEREK weitergehende Erwägungen zu den Ergebnissen der Marktanalyse nicht für erforderlich. Unabhängig davon und mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass die Klarstellungen in diesem Beschluss (S. 8ff. Gründe, 2.) aus Sicht der Bundesnetzagentur grundsätzlich nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens nach Art. 7a RRL sind, erschien es der Bundesnetzagentur gleichwohl zum Zweck einer einvernehmlichen Beendigung des Phase-II Verfahrens vorliegend ausnahmsweise geboten, die Gründe für die Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse nachfolgend in diesem Beschluss noch einmal in strukturierter Ausführlichkeit darzustellen und ergänzend zu erläutern (S. 8ff. Gründe, 2.).

Mit Beschluss vom 29.01.2014 zog die Kommission ihre ernststen Bedenken gegen den vorgelegten Widerrufsentwurf zurück und wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sie die Stellungnahme des GEREK weitestgehend berücksichtigt und die von der Bundesnetzagentur am 17.12.2013 übermittelten zusätzlichen Informationen wie auch die Stellungnahmen Dritter geprüft und keine ernststen Bedenken hinsichtlich des notifizierten Maßnahmenentwurfs mehr habe.

Die Kommission trug zur Begründung vor, dass sich aus den von der Bundesnetzagentur am 17.12.2013 übermittelten zusätzlichen Informationen, insbesondere der Schlussfolgerung, dass die Zugangsleistungen zwischen 500.000 und 1.000.000 Euro zu demselben relevanten Markt gehören wie die Leistungen über 1.000.000 Euro nunmehr eine klare Abgrenzung des Marktes ergebe, der aus der Vorabregulierung entlassen werden solle. Sie sei der Auffassung, dass es sich bei dieser Schlussfolgerung um einen neuen zusätzlichen Aspekt handele und teile somit nicht die Auffassung des GEREK, dass bereits auf der Grundlage der ursprünglich angemeldeten Maßnahme implizit eine Schlussfolgerung bezüglich der Marktabgrenzung gezogen werden konnte. Die zusätzliche Prüfung der Marktzutrittschranken durch die Bundesnetzagentur stütze die Schlussfolgerung der Bundesnetzagentur, wonach eine Vorabregulierung des Marktes für den Zugang zum Telefonnetz auf der Grundlage von Verträgen mit einem Umsatz von mehr als 500.000 Euro nicht erforderlich sei. Diese Beurteilung untermauere den ursprünglich notifizierten Maßnahmenentwurf, in dem die Bundesnetzagentur ihre Schlussfolgerung auf eine nur

sehr begrenzte Prüfung der Frage, ob das allgemeine Wettbewerbsrecht ausreiche, gestützt habe.

Zu den weiteren verfahrensgegenständlichen Einzelheiten wird auf die Akten Bezug genommen.

### **Gründe**

Die Entscheidung der Beschlusskammer beruht auf §§ 9, 13 Abs. 1, 14, 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 Satz 1 TKG.

#### **1. Zuständigkeit und Verfahren**

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für den Widerruf der auferlegten Verpflichtungen folgt aus § 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 Satz 1 TKG sowie § 116 i.V.m. § 132 Abs. 1 Satz 1 TKG. Danach entscheidet die Regulierungsbehörde im Bereich der in Teil 2 des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern. Gemäß § 132 Abs. 4 Satz 2 TKG erfolgt die Festlegung nach den §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer.

Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Widerruf einer Regulierungsverfügung wurden eingehalten: Die nach § 13 Abs. 1 Satz 3 TKG zu beachtende Ankündigungsfrist ist durch Schreiben an die Betroffene vom 03.07.2013 sowie das durchgeführte Konsultationsverfahren gewahrt worden. Der Entwurf des Widerrufs sowie das Ergebnis des nationalen Konsultationsverfahrens sind gemäß §§ 13 Abs. 1 Satz 1, 12 Abs. 1 TKG i.V.m. § 5 TKG im Amtsblatt Nr. 14 als Mitteilung 186 sowie auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

In dem Verfahren stellten zwei Unternehmen einen Beiladungsantrag, dem jeweils aber im Hinblick auf die Gebundenheit der Entscheidung von der Beschlusskammer nicht entsprochen wurde. Am 03.09.2013 fand gemäß § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG eine

öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der insbesondere die Gründe für die Abtrennung des Widerrufsverfahrens von dem Verfahren zum Erlass einer neuen Regulierungsverfügung erörtert wurden. Die gemäß § 28 VwVfG erforderliche Anhörung ist im Rahmen dieser Verhandlung erfolgt.

Zur Wahrung der einheitlichen Spruchpraxis ist die Entscheidung gemäß § 132 Abs. 4 TKG behördenintern abgestimmt worden. Darüber hinaus ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern. Es hat mit Schreiben vom 06.09.2013 von einer Stellungnahme abgesehen.

Der Entwurf des Widerrufs ist der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1, 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG am 04.09.2013 zur Verfügung gestellt worden.

## **2. Widerruf**

Regulierungsverfügungen dürfen in ihrem Regelungsgehalt nicht über das durch eine Marktfestlegung festgestellte Maß der Regulierungsbedürftigkeit hinausgehen. Nach § 14 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 TKG ist eine Regulierungsverfügung aufzuerlegen, zu ändern oder zu widerrufen, wenn der Bundesnetzagentur aufgrund einer Marktanalyse Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass die Ergebnisse auf Grund der §§ 10 bis 12 TKG nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen. Aufgrund der Erkenntnisse aus der gemäß § 14 Abs. 3 TKG aktualisierten Festlegung der Präsidentenkammer vom 08.08.2013 (Az. BK1-11/006), entspricht die Regulierungsverfügung BK2c 09/002-R vom 25.01.2010 nicht (mehr) den tatsächlichen Marktgegebenheiten. Dieser Erkenntnis liegen im Einzelnen folgende grundsätzliche Erwägungen zugrunde, die die Bundesnetzagentur bereits im Rahmen der ersten Marktanalyse nach dem im Jahr 2002 novellierten europäischen Rechtsrahmen zu dem hier in Rede stehenden oberen Marktsegment einbezogen hatte. Die Bundesnetzagentur bezieht diese in den Voranalysen erfolgten grundsätzlichen Ausführungen, die die Bundesnetzagentur sich explizit auch in der neuen Analyse zu eigen gemacht hatte, in diese Widerrufsentscheidung ein:

### **1. Feststellungen zu dem oberen Segment in der Marktanalyse 2006**

In der Marktanalyse 2006 wurde erstmals ein Sondermarkt für Telefonzugänge, die im Rahmen von kundenindividuellen Gesamtverträgen mit einzelnen Kunden und einem hohen Gesamtumsatz erbracht werden abgegrenzt. Anlass für die Abgrenzung eines Sondermarktes im oberen Segment bildete die Erkenntnis, dass neben Massenprodukten noch ein Produktbereich identifiziert werden konnte, der sich durch exklusive Marktbedingungen auszeichnete. Dieser Marktbereich im Rahmen von kundenindividuellen Gesamtverträgen mit einem besonders hohen Gesamtumsatz zeichnete sich sowohl durch eine besondere Struktur von Anbietern und Nachfragern als auch durch einen besonderen Wettbewerbsdruck, der in diesem Marktsegment ermittelt werden konnte, aus.

So hatten in der damaligen nationalen Konsultation mehrere Parteien darauf hingewiesen, dass es möglicherweise einen eigenen Markt für Systemlösungen geben könne, der deutlich enger und exklusiver sei als die Gesamtheit der sprachorientierten Systemlösungen. In ihren Stellungnahmen hatten mehrere interessierte Parteien darauf hingewiesen, dass dieser Bereich der lukrativen Geschäftskundenverträge ganz besonders umkämpft sei. Zugleich wurde festgestellt, dass sich die Nachfragerstruktur in dem oberen Umsatzsegment von dem unteren Bereich unterschied. Dies ging nicht nur daraus hervor, dass es weniger Nachfrager in diesem Bereich gab. Es war auch davon auszugehen, dass diese Nachfrager alleine aufgrund ihrer Größe gegenüber den Telekommunikationsanbietern eine andere Nachfragemacht ausüben konnten als einzelne Privatkunden, aber auch einzelne mittlere Unternehmen. Daher war zu erwarten, dass solche Großunternehmen in der Lage waren, bei diesen individuell ausgehandelten Verträgen mit einem Jahresumsatz im hohen oberen Bereich sowohl auf die Preise als auch auf mögliche gewünschte Neben- und Serviceleistungen erheblich mehr Druck auszuüben, als dies einem Unternehmen möglich war, das einen Vertrag über Sprachleistungen mit einem geringeren Jahresumsatz hatte. Ferner wurde ausgeführt, dass davon auszugehen sei, solche Verträge hätten i. d. R. noch andere gemeinsame Merkmale. Dazu gehörte beispielsweise, dass solche Verträge einen sehr hohen Anteil an Anschluss- und Verbindungsleistungen umfassten sowie individuell projiziert waren und somit keine oder nur wenig AGB-Leistungen enthielten. So wurde festgestellt, dass davon auszugehen sei, dass der Wettbewerb in diesem Marktsegment erheblich stärker ausgeprägt sei als sonst auf den Endkundenmärkten für Telefonverbindungen und Telefonzugänge. Denn dieser Bereich stellte sich für die Anbieter offensichtlich als besonders lukrativ dar,

während es gleichzeitig nur relativ wenige Unternehmen gab, die einen solchen Jahresumsatz im Bereich der Sprachleistungen überhaupt erreichten und die zudem eine höhere Nachfragemacht hätten. Daher wurde davon ausgegangen, dass in den Verhandlungen zwischen Nachfragern und Telekommunikationsanbietern bzw. in Ausschreibungen die Nachfrager nicht nur aufgrund ihrer Größe und ihres Umsatzpotenzials einen erheblichen Druck gegenüber den Telekommunikationsanbietern ausüben konnten, sondern auch die Telekommunikationsanbieter ihrerseits bereit waren, den für sie lukrativen (potenziellen) Kunden erheblich weiter entgegenzukommen, als dies bei Kunden im noch relativ breiten Markt unterhalb der relevanten Umsatzgrenze der Fall war. Dies galt nicht nur für den Preis bzw. mögliche umsatzabhängige Rabatte, sondern auch für besondere Service- und Nebenleistungen, die zusätzlich gewährt und in den Preis einbezogen werden.

Einen wesentlichen Aspekt der damaligen Analyse bildete die Frage, ab welcher Untergrenze Verträge vorliegen, die sich durch die oben dargelegten besonderen Nachfrager- und Anbieterbedingungen als auch den benannten besonderen Wettbewerbsbedingungen (besonders lukrativ, hoher Wettbewerbsdruck und eine starke Machtposition der Nachfrager) auszeichnen. Bei der Bestimmung der Untergrenze wiederum wurde insbesondere die Anzahl der in den einzelnen Segmenten erfolgten Vertragsabschlüsse zugrunde gelegt.

Ausgehend davon, dass die Kommission in der Fusionskontrollentscheidung BT/AT&T in einer vergleichbaren Fallgestaltung 3.000.000 Euro Jahresumsatz als eine relevante Marktgrenze identifiziert hatte und eine entsprechende Umsatzzahl von einem alternativen Wettbewerber als mögliche Untergrenze benannt wurde, untersuchte die Bundesnetzagentur bei den relevanten Anbietern die Anzahl von Verträgen mit Großkunden. Dabei ging es um Gruppen von Verträgen mit Sprachleistungen mit einem Jahresumsatz von 100.000 Euro bis 1.000.000 Euro, 1.000.000 bis 3.000.000 Euro und mehr als 3.000.000 Euro. Im Rahmen dieser Betrachtung hatte sich gezeigt, dass die Anzahl der Verträge mit einem Jahresumsatz von mehr als 1.000.000 Euro deutlich abnahm, so dass zum damaligen Zeitpunkt die Grenzziehung an der Schwelle von 1.000.000 Euro gerechtfertigt war. Der bereits in der Analyse aus dem Jahre 2006 festgestellte hohe Wettbewerbsdruck in dem oberen Segment sprach insoweit bereits damals für das Vorliegen einer Tendenz zu Wettbewerb, so dass insoweit bereits damals die Anforderungen für das Nichtvorliegen des zweiten Kriteriums festgestellt wurde. Im Ergebnis gilt entsprechendes für

das Nichtvorliegen von beträchtlichen und anhaltenden Marktzutrittschürden. Die bereits damals festgestellte Lukrativität von Angeboten in dem Segment mit den hohen Umsätzen lässt die für den sonstigen Bereich der Kategorie des Marktes Nr. 1 kennzeichnende besondere Marktzutrittschürde hier obsolet werden.

## 2. Überprüfung der einmal identifizierten Untergrenze

Die im Jahr 2006 erstmals ermittelte Untergrenze von 1.000.000 Euro war sodann in der folgenden Analyse des Jahres 2009 erneut geprüft und bestätigt worden. In der aktuellen Festlegung wurde nunmehr insbesondere auch der Bereich von 500.000 bis 1.000.000 Euro mit untersucht. Es zeigte sich hier, dass bereits ab der Grenze von 500.000 Euro die besonderen Marktbedingungen vorlagen, die bisher das obere Marktsegment kennzeichneten. Insbesondere bestätigte sich die Divergenz der Anzahl der Verträge nunmehr bereits an der Grenze von 500.000 Euro (vgl. hierzu auch die weitergehenden Erläuterungen in Art. 9.1.8 der aktuellen Festlegung der Präsidentenkammer, BK1-11/006 vom 08.08.2013).

Da es sich bei der Umsatzzahl von 500.000 Euro um die Untergrenze handelt, ab der von Exklusivverträgen mit den entsprechenden besonderen Wettbewerbsbedingungen des oberen Segmentes ausgegangen werden konnte, und sich diese Situation insoweit gerade nicht von der unterscheidet, die den Bereich der Verträge mit einem Umsatz von mehr als 1.000.000 Euro kennzeichnet, ist insoweit auch von einheitlichen homogenen Wettbewerbsbedingungen und somit von einem einheitlichen oberen Markt für kundenindividuelle Gesamtverträge mit einem Umsatz von mehr als 500.000 Euro auszugehen. Für eine weitergehende Differenzierung des oberen Segmentes etwa an der Grenze von 1.000.000 Euro besteht somit kein Anlass.

## 3. Zur fehlenden Regulierungsbedürftigkeit des oberen Marktsegmentes

Nach Erwägungsgrund 5 der aktuellen Märkteempfehlung 2007 kommen für eine sektorspezifische Regulierung allein solche Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittschürden gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamen Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken. Die Kriterien müssen dabei kumulativ bejaht werden, soll ein bestimmter Telekommunikationsmarkt einer sektorspezifischen Regulierung unterworfen werden. Diese unionsrechtliche Vorgabe ist vom

deutschen Gesetzgeber im nationalen TKG übernommen worden (§ 10 Abs. 2 S. 1 TKG).

Hinzu kommt, dass sektorspezifische Vorabverpflichtungen nach Art. 16 Abs. 4 RRL allein Unternehmen auferlegt werden können, die über eine beträchtliche Marktmacht verfügen. Im Umkehrschluss bedeutet dies zugleich, dass Unternehmen, die nicht mehr über beträchtliche Marktmacht verfügen, etwa weil der Nachfrager eine entgegenstehende Nachfragemacht innehat, nach den unionsrechtlichen Vorgaben auch nicht mehr der sektorspezifischen Regulierung unterworfen werden können.

In Kapitel 9.1.8. der Marktanalyse gelangt die Präsidentenkammer zu dem Ergebnis, dass in dem Markt mit den hohen Umsätzen das allgemeine Wettbewerbsrecht ausreicht, um eventuelles Marktversagen zu beheben. Da nach den unionsrechtlichen Vorgaben die drei Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen, um eine sektorspezifische Regulierung zu rechtfertigen, fehlt nach den Ergebnissen der Marktanalyse in dem vorliegenden Fall mit dem Wegfall des dritten Kriteriums auch die Grundlage für eine Fortsetzung der sektorspezifischen Regulierung.

Weiterhin wurde festgestellt, dass der Markt bezüglich Systemverträgen über 500.000 Euro dadurch gekennzeichnet ist, dass die Kunden hier wegen der Größe und der Individualität der Verträge über eine entgegenstehende Nachfragemacht verfügen. Dies bedeutet zugleich, dass auf diesem Markt kein Unternehmen mehr mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert werden kann.

Vor dem Hintergrund der beiden genannten Aspekte Ausreichen des allgemeinen Wettbewerbsrechts und damit Nichterfüllung des 3. Kriteriums wie auch dem Vorliegen von entgegenstehender Nachfragemacht konnte von einer umfassenden Untersuchung des zweiten und des dritten Kriteriums (Marktzutrittschürden und entgegenstehende Nachfragemacht) aus Sicht der Präsidentenkammer (wie auch des GEREK) abgesehen werden.

Im Übrigen wird das Marktsegment in dem Bereich der Systemlösungsverträge mit einem einzelnen Kunden mit einem Gesamtumsatz ab 500.000 Euro im Verhältnis zu dem üblichen Endkundengeschäft (150 Unternehmen) nur von einer vergleichsweise kleinen Anzahl an Unternehmen (6 Unternehmen) bedient. Dies scheint auf den ersten Blick dafür zu sprechen, dass die Marktzutrittschürden für dieses Geschäftskundensegment wesentlich höher ausfallen als auf dem Endkundenmarkt. Der Grund für die vergleichsweise kleine Anzahl an Unternehmen, die in diesem oberen Segment

überhaupt tätig ist, dürfte insbesondere damit zusammenhängen, dass es sich bei dem Angebot von umfänglichen Systemlösungsverträgen regelmäßig um Leistungen handelt, die vom Anbieter nicht nur ein entsprechendes umfassendes Wissen einfordert, sondern regelmäßig auch ein entsprechend ausgebautes Telekommunikationsnetz benötigt wird.

Allein dass ein Marktsegment speziell im Bereich der Angebote für große Geschäftskunden von einem potenziellen Einsteiger einen gewissen Umfang an eigener Infrastruktur erfordert, führt noch nicht dazu, dass notwendigerweise von sehr hohen Eintrittshürden auszugehen ist. So bleibt zu beachten, dass es in Deutschland grundsätzlich eine ausreichende Anzahl an Unternehmen gibt, die über entsprechende eigene Telekommunikationsinfrastruktur verfügt und in der Lage ist, entsprechend komplexe Systemlösungen in Deutschland sowie häufig auch in anderen Mitgliedstaaten auf dem Markt anzubieten. Entscheidend ist damit nicht allein die Anzahl der potenziellen Markteinsteiger bzw. bereits in den Markt eingetretenen Unternehmen, sondern deren möglicher Einfluss auf den Gesamtmarkt.

Zu beachten ist schließlich, dass sich die für den sonstigen Bereich des Marktes Nr. 1 festgestellte Eintrittshürde (hier insbesondere der Aufwand für die Realisierung der Anschlussbereiche) in dem oberen Segment aufgrund des hohen Gesamtumsatzes regelmäßig in weit geringerem Maße als eine Marktzutrittsschranke erweist. Die besondere Lukrativität von Verträgen mit einzelnen Kunden im Hochpreissegment führt zugleich dazu, dass der einzelne Anbieter in diesem Segment einem besonderen Wettbewerbsdruck durch andere Anbieter ausgesetzt ist, die ebenfalls ein hohes Interesse an einem Vertragsabschluss mit diesen besonders umsatzstarken Kunden haben.

Im Ergebnis bestätigen die Erwägungen der Bundesnetzagentur zu dem fehlenden Erfordernis für eine sektorspezifische Regulierung aufgrund der besonderen Lukrativität dieses Bereiches der Geschäftskunden für alternative Anbieter indirekt auch die Ergebnisse im Rahmen der derzeitigen Festlegung der Bundesnetzagentur BK 1-09/004 vom 25.10.2010 für den Markt Nr. 4 der Empfehlung der EU Kommission (2007/879/EG). Hier wurde festgestellt, dass es - anders als bei derzeitigen Investitionen in massenmarktaugliche Glasfaser (FTTH, Fibre to the home) - bei den hier betrachteten auftragsbezogenen Glasfaser-TALs für große gewerbliche Kunden auch kein Investitionsrisiko gibt, da diese nur kundenindividuell nach Vertragsabschluss

mit dem jeweiligen Endkunden errichtet worden sind bzw. errichtet werden. Die Amortisation der Investitionen ist somit in jedem Fall sichergestellt. Entsprechend spielen anders als bei Massenmarktanwendungen Größenvorteile, Marktanteile etc. für die Refinanzierung der Investition keine Rolle, so dass auch die Wettbewerber der Betroffenen ihre großen gewerblichen Kunden vielfach mit eigenen, selbsterstellten Glasfaser-TALs anschließen konnten.

Konsequenterweise wurde in dem Bereich des Marktes Nr. 4 der entsprechende Teilmarkt aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen. Im Ergebnis konsistent mit diesen Ergebnissen treffen entsprechende Erwägungen auch auf die vorliegende Situation des oberen Marktsegmentes für Systemverträge mit einem hohen Jahresumsatz zu. Hinzu kommt, dass kundenindividuelle Gesamtverträge mit einem Umsatz von mehr als 500.000 Euro regelmäßig eine ganze Anzahl unterschiedlicher Leistungen zusammenfassen, die von dem Kunden als Gesamtleistung nachgefragt werden. Bei diesen handelt es sich zum Teil sogar um Leistungen, die gar keine Telekommunikationsdienstleistung darstellen, wie etwa Beratungsleistungen. Deren Verfügbarkeit richtet sich nach den Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts und damit in Deutschland etwa denen des GWB. Der Telefonzugang stellt insoweit jeweils immer nur einen gewissen Anteil an der Gesamtleistung dar. Jede potenzielle Höhe einer Marktzutrittshürde, die den Telefonzugangsprodukten zugeschrieben werden kann, wird insoweit durch die weiteren Leistungen, die keiner sektorspezifischen Regulierung unterliegen bzw. die unter regulierten Bedingungen erbracht werden, wieder in gewissem Maße relativiert.

Aufgrund dieser Erkenntnisse, die in die Festlegung der Präsidentenkammer Az. BK1-11/006 vom 08.08.2013 eingeflossen sind, ist die Regulierungsverfügung BK2c 09/002-R vom 25.01.2010 durch (Teil-)Widerruf den neuen Erkenntnissen entsprechend in dem nun tenorierten Umfang anzupassen.

Die in der Regulierungsverfügung BK2c 09/002-R enthaltene Regelung hinsichtlich einer Ausnahme von der Regulierungsbedürftigkeit ist daher insoweit zu widerrufen, als Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als 500.000 Euro und bis zu 1.000.000 Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden, von der Regulierungsbedürftigkeit ohne einen Widerruf weiterhin erfasst würden, solche

aber nach der Entscheidung BK1-11/006 nun nicht mehr von der Regulierung zu erfassen sind.

Der Widerruf erfolgt gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 TKG als der gegenüber der allgemeinen Widerrufsregelung des § 49 VwVfG spezielleren Norm. Anders als § 49 VwVfG gewährt § 13 Abs. 1 S. 1 TKG der Beschlusskammer dabei kein Ermessen (so auch BVerwG, Urteil vom 14.02.2007, Az.: 6 C 28/05).

### **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. 1 TKG.

i.V. Dreger

Hammen

Möller