Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 2
BK 2c 13/005

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Beibehaltung, Änderung und Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 1 „Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ 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 Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 344 vom 28. Dezember 2007, S. 65 (im Folgenden: Märkte-Empfehlung)

betreffend:

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

Betroffene,

Antragstellerinnen:

1. 01051 Telecom GmbH, Robert-Bosch-Str. 1, 52525 Heinsberg, vertreten durch die Geschäftsführung,

2. Callax Telecom Holding GmbH, Leopoldstraße 16, 40211 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

3. Communication Services TELE2 GmbH, In der Steele 39, 40599 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

4. HFO Telecom Vertriebs GmbH, Bahnhofstraße 18, D-95028 Hof/Saale, vertreten durch die Geschäftsführung

5. MEGA Communications GmbH, Friedrich-Krupp-Str. 16-18, 41564 Kaarst, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Verfahrensbevollmächtigte:

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

diese vertreten durch
Rechtsanwälte Dolde Mayen & Partner
Mildred-Scheel-Str. 1
53175 Bonn -

der Antragstellerinnen zu 1., 2. und 5.:
Juconomy Rechtsanwälte
Graf-Recke-Straße 82
40239 Düsseldorf

der Antragstellerin zu 3.: BBORS Kreuznacht Rechtsanwälte
Berliner Allee 10
40212 Düsseldorf

der Antragstellerin zu 4.: KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
THE SQUAIRE
Am Flughafen
60549 Frankfurt am Main

hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn

durch

Ernst Ferdinand Wilmsmann (Vorsitzender)
Claudius Möller, LL.M. (Beisitzer)
Dr. Ulrich Geers, LL.M. (Beisitzer)

nach der von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur getroffenen Festlegung:

> *„Auf dem regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz bzw. zum öffentlich 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 ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden, verfügen das Unternehmen Telekom Deutschland GmbH und die mit ihr 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 Dienstleitungen gebündelt angeboten wird.“*

auf die mündliche Verhandlung vom 03.04.2014 folgende

R e g u l i e r u n g s v e r f ü g u n g

beschlossen:

1. Die Entgelte der Betroffenen für Endnutzerleistungen auf dem o.g. Markt bleiben bzw. werden der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend unterworfen.
2. Die bisherige Verpflichtung der Betroffenen zur Ermöglichung von Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl wird dahingehend geändert, dass
   2.1. die Betroffene anderen Unternehmen Zugang zu denjenigen Netzkomponenten, Netzeinrichtungen und Diensten gewähren muss, die erforderlich sind, um den anderen Unternehmen ein Angebot von Betreiberauswahl oder Betreibervorauswahl gegenüber den Teilnehmern der Betroffenen auf dem o.g. Markt zu ermöglichen. Dies gilt nicht, soweit der jeweilige Teilnehmer über schmalbandige stationäre Funklösungen angeschlossen ist. Die Zugangsverpflichtungen nach der Regulierungsverfügung BK 3d-12/009 vom 30.08.2013 bzw. nach einer späteren Regulierungsverfügung betreffend den Verbindungsaufbau, den Verbindungsaufbau plus Transit und den Verbindungsaufbau plus Transit plus Wandlung zur Betreiber(vor)auswahl bleiben von den Verpflichtungen nach Satz 1 unberührt;
   2.2 Vereinbarungen über Zugänge gemäß Ziffer 2.1 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen;
   2.3 die Betroffene 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, veröffentlicht;
   2.4 die Betroffene gültige Verträge über Zugänge gemäß Ziffer 2.1 der Bundesnetzagentur ohne gesonderte Aufforderung und in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorlegt und
   2.5 die Entgelte für die Zugangsleistungen nach Ziffer 2.1 der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterworfen werden.
3. Im Übrigen werden die Anträge der Antragstellerinnen zu 1. bis 5. abgelehnt.

Sachverhalt

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

Ihre aktuell ca. 21,4 Mio. eigenen Festnetz-Endkunden sind derzeit noch ganz überwiegend über analoge und digitale Anschlüsse an ihr leitungsvermittelndes PSTN (Public Switched Telephone Network) angebunden. In zunehmendem Umfang bindet sie ihre Teilnehmer über IP-basierte Anschlüsse an ihr paketorientiertes NGN-Netz (Next Generation Network) an, sog. „All-IP-Anschlüsse“.

Mit der Regulierungsverfügung BK2c-09/002 vom 25.01.2010 wurden der Rechtsvorgängerin der Betroffenen auf dem verfahrensgegenständlichen Markt eine Verpflichtung zur Ermöglichung der fallweisen Betreiberauswahl („Call-by-call“) und der dauerhaften Betreibervorauswahl („Preselection“) sowie eine nachträgliche Entgeltkontrolle für Endnutzerentgelte auferlegt. Die Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl umfasste dabei auch Anschlüsse, die in All-IP-Technik realisiert werden. Die auferlegten Verpflichtungen gründeten auf § 13 in Verbindung mit § 39 (Entgeltkontrolle) bzw. mit § 40 (Betreiber(vor)auswahl) des Telekommunikationsgesetzes vom 22.06.2004 (BGBl. I S. 1190) in der aufgrund des Gesetzes vom 14.08.2009 (BGBl. I 2821) geänderten Fassung – im Folgenden TKG^{2004}. Eine Verpflichtung zum Weiterverkauf von Endkundenanschlüssen zu Großhandelsbedingungen, sog. Anschluss-Resale, wurde der Rechtsvorgängerin der Betroffenen in der Regulierungsverfügung vom 25.01.2010 dagegen nicht auferlegt. Die entsprechenden Anträge der Wettbewerber wurden abgelehnt.

Gegen die Nichtauferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale, erhoben die Colt Telecom GmbH sowie die Antragstellerin zu 3. Klage beim Verwaltungsgericht Köln. Mit Urteilen vom 25.04.2012 verpflichtete das Verwaltungsgericht unter entsprechender Aufhebung von Ziffern 3 und 4 des Tenors der Regulierungsverfügung vom 25.01.2010 die Bundesnetzagentur, über die von den Klägerinnen im Verwaltungsverfahren gestellten Anträge erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden. Gegen diese Urteile legte die Rechtsvorgängerin der Betroffenen die vom Verwaltungsgericht zugelassene Revision ein. Mit Urteilen vom 12.06.2013 wies das Bundesverwaltungsgericht die Revision zurück (BVerwG 6 C 11.12 und BVerwG 6 C 13.12).

Zur Umsetzung des 2009 reformierten EU-Rechtsrahmens wurde mit Gesetz vom 03.05.2012 (BGBl. I S. 958) das TKG^{2004} geändert – im Folgenden TKG. Im Rahmen dessen wurde u.a. die bis dahin in § 40 TKG^{2004} normierte Rechtsgrundlage für die Auferlegung der Betreiber(vor)auswahl als Endkundenleistung aufgehoben und stattdessen in § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG als Zugangsverpflichtung ausgestaltet.

Nach Durchführung des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens auf dem „nationalen Markt für den Verbindungsaufbau, den Verbindungsaufbau plus Transit und Verbindungsaufbau plus Transit plus Wandlung zur Betreiber(vor)auswahl im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten für Orts-, Fern-, NTR-, Auslands- und Mobilfunkverbindungen mit in Einzelwahl oder in festgelegter Vorauswahl vorangestellter Kennzahl für Verbindungsnetzbetreiber“ (Markt 2 der Märkte-Empfehlung) und Festlegung der Betroffenen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf diesem Markt wurden ihr mit der Regulierungsverfügung BK3d-12/009 vom 30.08.2013 unter anderem Zugangsverpflichtungen betreffend den Verbindungsaufbau, den Verbindungsaufbau plus Transit und den Verbindungsaufbau plus Transit plus Wandlung zur Betreiber(vor)auswahl auferlegt. Die Bundesnetzagentur stützte sich bei der Auferlegung dieser Verpflichtungen auf die Vorschriften der §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 3 und Abs. 2 Nr. 1 TKG.

Die turnusmäßige Überprüfung der der Regulierungsverfügung BK 2c-09/002 vom 25.01.2010 zugrunde liegenden Festlegung der Präsidentenkammer hat ergeben, dass die Betroffene und die mit ihr gemäß § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Unternehmen auf den regulierungsbedürftigen bundesweiten Märkten für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz bzw. zum öffentlich 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 ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden, im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht verfügen.

Daher eröffnete die Beschlusskammer zunächst ein Verfahren zum Widerruf derjenigen Verpflichtungen, hinsichtlich deren Leistungen die Betroffene nach der aktualisierten Festlegung BK1-11/006 vom 08.08.2013 über keine beträchtliche Marktmacht mehr verfügt. Mit Beschluss BK2c-13-001 vom 17.03.2014 widerrief die Beschlusskammer *„(d)ie in der °Regulierungsverfügung BK2c-09-002 vom 25.01.2010 auf Seite 3, Ziffern 1 und 2 unter Bezug-*

nahme auf die Entscheidung der Präsidentenkammer, BK1-07/012 vom 28.04.2009, getroffene Regelung…. insoweit …., 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 Jahresnettoumsatz unterfallen seit dem Widerruf daher nicht mehr der Regulierung.

Hinsichtlich der weiterhin regulierungsbedürftigen Marktbestandteile hat die Beschlusskammer am 19.12.2013 ein Verfahren für den Erlass einer Regulierungsverfügung eröffnet und die Betroffene mit Schreiben vom gleichen Tag über die in Betracht kommenden Regulierungsverpflichtungen, nämlich eine Beibehaltung bzw. Auferlegung der nachträglichen Entgeltkontrolle nach §§ 13 Abs. 1 S. 1, 39 Abs. 3 TKG sowie eine Auferlegung der Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl nach §§ 13 Abs. 1 S. 1, 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG, informiert.

Mit Schreiben vom 21.01.2014 hat die Betroffene hierzu Stellung genommen. Sie trägt vor:

Aus ihrer Sicht sei die Auferlegung einer nachträglichen Entgeltregulierung nicht geboten. Es lägen keine Tatsachen vor, aus denen zu schließen sei, dass das Regulierungsziel der Wahrung der Interessen der Nutzer wegen eines Preishöhenmissbrauchs nicht erreicht werden könne. Es sei nicht ersichtlich, dass sie künftig wettbewerbsbehindernde Preise erheben werde, wenn sie im Endkundenbereich aus der Entgeltregulierung entlassen werde, da die Kostendeckung der Endkundenprodukte durch Preis-Kosten-Scheren-Tests im Vorleistungsbereich sichergestellt sei. Auch gehe die Monopolkommission in ihrem aktuellen Sondergutachten davon aus, dass Gefahren für den Wettbewerb wirksam im Rahmen der Vorleistungsregulierung oder mit den Mitteln des allgemeinen Kartellrechts kontrolliert werden könnten. Die Vorstellung, die nachträgliche Entgeltregulierung nach dem TKG sei der kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht überlegen, verkenne, dass auch das Wettbewerbsrecht neben der üblichen Vergleichsmarktbetrachtung den Rückgriff auf Kostenunterlagen und die Prüfung anhand strikter Kostenmaßstäbe zulasse.

Die Beibehaltung bzw. Auferlegung der Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl sei unabhängig von der technischen Realisierungsform der Anschlüsse (Festnetz oder funkbasiert) weder geeignet noch erforderlich oder verhältnismäßig in Bezug auf die Regulierungsziele des TKG. Jedenfalls wäre aber die erstmalige Auferlegung der Betreiber(vor)auswahl an schmalbandigen, stationären Funklösungen nicht gerechtfertigt. Es sei nicht ersichtlich, dass ein Beibehalten der Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl eine nachhaltig wettbewerbsfördernde Wirkung habe. Auf dem Markt für Endkundenanschlüsse bestehe eine immer dynamischere Wettbewerbsentwicklung, infolge deren der Fokus von Endkunden zunehmend weg von Call-by-call und Preselection hin zu Paketangeboten gehe. So seien die Marktanteile von über die Betreiber(vor)auswahl abgewickelten Gesprächsminuten von 62 Mrd. im Jahre 2005 auf rund 9 Mrd. im Jahre 2012 zurückgegangen. Nach Schätzungen der Bundesnetzagentur würden die Gesprächsminuten Ende 2013 sogar nur noch 7 Mrd. Minuten betragen. Auch die Zahl der Preselection-Einstellungen in ihrem Netz sei von 1,7 Mio. Ende 2012 auf 1,3 Mio. Ende 2012 zurückgegangen. Diese Zahlen erlaubten den Schluss, dass die Bedeutung des Geschäftsmodells Call-by-call und Preselection für die für Marktentwicklung bereits jetzt bedeutungslos sei. Jedenfalls sei nicht ersichtlich, wie dieses Geschäftsmodell den Wettbewerb nachhaltig fördere. Auch das Argument, dass die Betreiber(vor)auswahl noch für Gespräche vom Festnetz in die Mobilfunknetze und für Auslandsgespräche von Bedeutung sei, überzeuge nicht. Die Endkunden könnten auf Anbieter wie SIP-Gate und D-Calling zurückgreifen. Von IP-Telefonie und günstigen Mobilfunkangeboten ginge ein hoher Preisdruck aus. Die Betreiber(vor)auswahl habe keine positive Auswirkung auf die Verbraucherinteressen, da Endkunden eine Versorgung aus einer Hand wünschten. Sie sei zudem kein geeignetes Mittel, um Wettbewerb auf dem EU-Binnenmarkt zu fördern, da sie, die Betroffene, mit nicht regulierten Unternehmen konkurriere, die auch Sprachdienste anböten, wie z.B. Skype, Facebook und Google. Darüber hinaus sei die Betreiber(vor)auswahl nicht geeignet, den Ausbau hochleistungsfähiger Netze zu fördern. °Anbieter von Call-by-call und Preselection investierten nicht in entsprechende Netze und beabsichtigten dies auch nicht. Die Verpflichtungen und freiwilligen Angebote der Betroffenen auf

dem Vorleistungsmarkt, wie der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, der Bitstrom-Zugang, WIA-Gate, Carrier-Festverbindungen, WIA und ein unrabattiertes Anschluss-Resale, reichten zur Sicherstellung der Regulierungsziele aus. Diese Leistungen ermöglichten allen Wettbewerbern Endkundenanschlüsse bereitzustellen, so dass hierüber Endkunden mit Verbindungsleistungen versorgt werden könnten.

Jedenfalls sei aber die erstmalige Auferlegung der Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl an schmalbandigen stationären Funklösungen nicht gerechtfertigt. Da diese Anschlüsse technisch anders realisiert würden als Festnetzanschlüsse, stelle sich das Abwägungsmaterial anders dar als bei Festnetzanschlüssen. Die Betroffene würde derzeit kein derartiges Produkt für Endkunden anbieten. Die Auferlegung der Verpflichtung zu Betreiber(vor)auswahl an derartigen Anschlüssen wäre insbesondere auch nicht verhältnismäßig im engeren Sinne. Hierfür müssten zunächst die bisher nicht im Netz vorhandenen technischen Voraussetzungen, wie insbesondere die Implementierung der dafür erforderlichen Software im Mobilfunknetz und die Integration der Funktionalität zwischen Mobilfunknetz und Festnetz sowie dafür neu anzuschaffender Systemtechnik, geschaffen werden. Für die Implementierung der notwendigen Funktionalitäten im Mobilfunknetz gehe sie von Kosten in Höhe eines einstelligen Millionenbetrages aus zuzüglich eventueller Kosten für zusätzlich erforderliche Mobilfunk-Kapazitäten, die von der Nutzerzahl abhängig seien. Für die Anpassung des Festnetzes rechne sie mit weiteren Kosten in Millionenhöhe. Darin seien allerdings noch nicht die Kosten für die Anpassung der Billingsysteme berücksichtigt. In zeitlicher Hinsicht würde die Schaffung der technischen Voraussetzungen im Mobilfunknetz mindestens zwei Jahre und im Festnetz mindestens zwei bis drei Jahre dauern. Nach Ansicht der Betroffenen stünden diese Investitionen und Aufwände in keinem Verhältnis zu der zu erwartenden Nachfrage, so dass sie sich nicht amortisieren würden. Derartige Investitionsrisiken seien unzumutbar.

Die Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG wäre nicht erforderlich, jedenfalls aber ungeeignet und unverhältnismäßig, um die Regulierungsziele zu erreichen. Reseller nutzten mindestens seit 2009 Angebote alternativer Teilnehmernetzbetreiber. In Gebieten, in denen alternative Teilnehmernetzbetreiber nicht tätig seien, könnten Reseller auf funkgestützte Vorleistungsprodukte zurückgreifen, um diese wiederzuverkaufen. Dies bedeute, dass Reseller das gesamte Bundesgebiet durch die Angebote konkurrierender Einrichtungen mit Endkundenanschlüssen versorgen könnten. Ein weiteres Angebot von Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen sei daher auch in Anbetracht des Markttempos nicht erforderlich. Zudem spräche alles dafür, dass sie, die Betroffene, nach Ablauf der 3-Jahresfrist nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TKG aus der Regulierung entlassen werde. Dem könne nicht entgegengehalten werden, dass sie nach wie vor über einen hohen Marktanteil bei Festnetzanschlüssen verfüge und dass sie ihre Marktanteilsverluste habe abschwächen können. Denn dies berücksichtige nicht, dass der Wettbewerb auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse in einem starken Maß von der dynamischen Entwicklung des Wettbewerbs auf dem Markt für Breitbandanschlüsse und durch die Kabelnetzbetreiber getrieben werde. Auch sei zu berücksichtigen, dass den Wettbewerbern mit der TAL, IP-BSA, WIA-Gate und WIA vier wirtschaftlich tragfähige Substitutionsalternativen zur Verfügung stünden, um Endkundenanschlüsse anbieten zu können. Hiermit sei ein umfassendes und lückenloses Portfolio an Vorleistungsprodukten vorhanden, welches die Entwicklung des Endnutzermarktes gewährleiste. Die Nachfrage nach diesen Vorleistungsprodukten und der funktionierende Wettbewerb am Endkundenmarkt bestätigten dies eindrucksvoll. Im Übrigen wäre die Auferlegung von Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen auch nicht geeignet, um die Regulierungsziele zu erreichen. Von einem Anschluss-Resale würde keine wettbewerbsfördernde Wirkung ausgehen. Ein Anschluss-Resale führe allenfalls zu einer Umverteilung bestehender Endkunden-Anschlüsse, aber weder zu einem (quantitativen) Anstieg der Anschlusszahlen noch zu einer (qualitativen) Verbesserung der Anschlüsse oder einem irgendwie gearteten Innovationspotenzial. Außerdem zeige der Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2012/2013, dass der Bestand der analogen und ISDN-Anschlüsse sehr rückläufig sei, d.h. keine neue Nachfrage mehr nach diesen °Anschlüssen bei der Betroffenen bestehe. Ein Anschluss-Resale sei auch nicht geeignet, die Verbraucherinteressen zu wahren oder zu fördern. Es überzeuge nicht, dass ein Anschluss-Resale in Gebieten ohne alternative Teilnehmernetzbetreiber zu einer Wettbewerbsdynamik führen werde. Aufgrund

der von den Wettbewerbern inzwischen erschlossenen Hauptverteilern könnten sich 80 % der Haushalte zwischen mehreren Anbietern von Teilnehmeranschlüssen entscheiden. Nur für maximal 20 % der Haushalte gelte, dass sie nicht durch alternative Teilnehmernetzbetreiber versorgt werden könnten, die auf Vorleistungen wie TAL, IP-Bitstrom, WIA-Gate oder WIA zurückgriffen. Dieser Anteil verringere sich aber noch durch Gebiete, in denen alternative Teilnehmernetzbetreiber eigene Infrastruktur errichtet hätten bzw. in denen Kabelnetzbetreiber tätig seien. Der Anteil müsse daher geringer sein. Insgesamt gehe sie von einer Größenordnung von nur knapp 300.000 wechselbereiten Kunden aus, denen die Verpflichtung zum Anschluss-Resale eine erstmalige Alternative zu ihren Produkten bieten würde. Fraglich sei auch, ob ein Produkt auf Basis eines Anschluss-Resale preislich attraktiv sein könne. Dies gelte insbesondere für Kunden, welche noch über preislich unter den aktuellen Tarifen liegende sog. Alttarife verfügten. Die Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale liefe den Verbraucherinteressen sogar offensichtlich zuwider, wenn der Resale-Abschlag dazu führen würde, dass sie ihre aktuellen Tarife für Neukunden erhöhen müsse, um Preis-Kosten-Scheren zu ihren Vorleistungsprodukten zu verhindern. Ein Anschluss-Resale fördere auch nicht den Ausbau hochleistungsfähiger Anschlussnetze. Potentielle Nachfrager nach einem Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen hätten bislang in keinem nennenswerten Umfang in derartige Netze investiert und es sei aufgrund des Umstandes, dass sowohl Kabelnetzbetreiber als auch sie selbst aufgrund von Vectoring erheblich in ihre Netze investieren würden zudem nicht damit zu rechnen, dass reine Reseller diesen Investitionsvorsprung dann aufholen könnten. Schließlich wäre ein Anschluss-Resale unverhältnismäßig im engeren Sinne. Die Verpflichtung zum Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen würde zum einen zu Investitionsrisiken und zum anderen insbesondere zu erheblichen Problemen bei den offline abzurechnenden Mehrwertdiensten führen. Da die Rechnungsstellung gegenüber dem Endkunden in einem Resellermodell immer nur vom Reseller gegenüber seinem Endkunden erfolgen könne, müsste der Reseller die betreffenden Abrechnungsbeziehungen direkt zu den VNB/SP aufbauen. Zur dauerhaften Abwendung eines Schadens für sie, die Betroffene, durch z.B. fehlende Abrechnungsbeziehungen zwischen Reseller und VNB/SP bzw. fehlgeleitete Leistungsdatensätze der VNB/SP, seien geeignete vertragliche Schutzregeln gegenüber den Resellern unentbehrlich. Sofern diese Verträge nicht vorlägen, dürfen die betreffenden Mehrwertdiensteverbindungen den VNB/SP nicht zugeführt bzw. am Resale-Anschluss gesperrt werden. Zur Implementierung von Sperrfunktionen für diese Dienste wären technische Maßnahmen an den IT-Systemen und der Vermittlungstechnik sowie die Einführung einer Abfragelogik inklusive Datenbank erforderlich. Die dafür erforderlichen Investitionen würden sich auf einen zweistelligen Millionenbetrag belaufen.

Mit Schreiben vom 07.02.2014 hat die Betroffene zusätzlich ausgeführt, dass im Falle einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale für die betroffenen Anschluss-Typen ein neues Resale-Portfolio entwickelt werden müsse, im Rahmen dessen die Leistungsmerkmale dieser Anschlüsse und die relevanten Geschäftsfälle definiert werden müssten, und den dafür erforderlichen zeitlichen und finanziellen Aufwand angegeben.

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung ist am 19.03.2014 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Gleichzeitig ist im Amtsblatt 5/2014 vom selben Tage per Mitteilung Nr. 130/2014 auf diese Veröffentlichung hingewiesen worden. Den interessierten Parteien ist Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von vier Wochen ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Die öffentliche mündliche Verhandlung hat am 03.04.2014 stattgefunden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der Verhandlung verwiesen.

Innerhalb der Konsultationsfrist haben zwölf Unternehmen und Verbände Stellungnahmen eingereicht, die als Ergebnis der nationalen Konsultation im Internet veröffentlicht worden sind.

Die Betroffene hat sich in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung für Endnutzerentgelte sei abwägungsfehlerhaft. Der Markt für Endkundenanschlüsse sei nicht von beträchtlichen Marktzutrittsschranken und mangelnder Tendenz zu wirksamem Wettbewerb geprägt. Ihre Marktanteile seien seit 2008 kontinuierlich gesunken. Es sei zu erwarten, dass es weitere Marktanteilsverluste geben werde. Dies habe auch die Kommission erkannt. Ausweislich des von ihr vorgelegten Entwurfs beabsichtige sie, den Markt 1 aus der Märkteempfehlung zu streichen. Dies entspreche auch der Auffassung der Monopolkommission, die davon ausgehe, dass Gefahren für den Wettbewerb wirksam im Rahmen der Vorleistungsregulierung und mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechtes kontrolliert werden könnten. Die Annahme der Beschlusskammer, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich nicht zur Erreichung der Regulierungsziele ausreichten, sei abwägungsfehlerhaft. Es sei nicht dargelegt, wie die Entgeltregulierung dazu beitragen könne, dass ein Wettbewerber zukünftig bundesweit tätig werden könnte. Die Erhebung kostenunterdeckender Endkundenentgelte sei schon deshalb nicht möglich, weil dies eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere darstellen würde, die im Rahmen der Regulierung der Vorleistungsentgelte kontrolliert werden könne. Soweit die Beschlusskammer darauf hinweise, dass die Regulierung der Vorleistungsentgelte keine Prüfung zulasse, ob die Endnutzerpreise überhöht seien, sei dies zwar zutreffend, rechtfertige die Auferlegung der Regulierung von Endnutzerentgelten aber nur dann, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, dass derartige Verhaltensweisen künftig zu erwarten seien. Für diese Prognose fehle es aber an einer entsprechenden Tatsachengrundlage.

Die Auferlegung der Betreiber(vor)auswahl sei keine geeignete Verpflichtung; sie habe keine wettbewerbsfördernde Wirkung mehr. Dies gelte insbesondere für Auslandsverbindungen, bei denen Skype 2012 einen Marktanteil von 25% erreicht habe. Dies habe die Beschlusskammer nicht berücksichtigt. Außerdem seien die Anbieter sog. Call-through-Dienste in die Betrachtung miteinzubeziehen. Weiterhin sei die Zahl der Preselection-Einstellungen weiter deutlich gesunken. Die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl verhalte sich nicht neutral zum Ziel der Förderung des Ausbaus hochleistungsfähiger Netze. Die Betreiber(vor)auswahl habe zur Folge, dass die Betroffene Einnahmen, die sie ohne deren Ermöglichung generieren könnte, nicht erziele, um sie in ihre Netze zu investieren. Die Verpflichtung sei auch nicht erforderlich, da schmalbandige stationäre Funklösungen eine geeignete Alternative seien. Diese seien austauschbar mit PSTN-Anschlüssen und preislich attraktiv.
Jedenfalls aber müssten die Ziffern 2.1 und 2.5 des Tenors korrigiert werden. Die Zugangsverpflichtung nach Ziffer 2.1 sei zu weitgehend. Sie müsse auf die Verpflichtung beschränkt werden, dass den Wettbewerbern Zugang zu den Diensten gewährt werde, welche die Erbringung der Betreiber(vor)auswahl ermöglichten. Der Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzkomponenten dürfe jedoch nicht auferlegt werden. Es sei fraglich, ob eine Einstellung der dauerhaften Betreiberauswahl (Preselection) durch den Preselection-Anbieter selber technisch überhaupt machbar wäre. Jedenfalls wäre eine solche Verpflichtung weder geeignet noch erforderlich oder verhältnismäßig zur Erreichung der Ziele des § 2 TKG.
Die Auferlegung der Anzeigepflicht für das Preselection-Entgelt sei unangemessen. Ausreichend sei die ex-post-Regulierung.

Das Absehen von der Auferlegung von Betreiber(vor)auswahl an schmalbandigen stationären Funklösungen sei dagegen rechtmäßig.

Ebenfalls sei das Absehen von einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale rechtmäßig; diese Zugangsverpflichtung sei weder geeignet noch erforderlich zur Erreichung der Ziele nach § 2 TKG sei. Das Anschluss-Resale sei ein Nischenprodukt ohne wettbewerbliche Bedeutung. Der potentielle Interessentenkreis könne nicht mit der Zahl der Endkunden gleichgesetzt werden, die bei ihr, der Betroffenen, einen Schmalbandanschluss nutzten. Nicht alle diese Endkunden seien wechselbereit. Nur ein geringer Teil der ca. 9 Mio. Schmalbandnutzer wohnten in Gebieten, die nicht von Wettbewerbern erschlossen seien. Der überwiegende Teil der Endkunden befinde sich schon heute in Gebieten, welche von alternativen Anbietern erschlossen seien. Selbst diese Endkunden schienen aber nicht wechselbereit zu sein.

Das Angebot für die Übernahme von Telefonanschlüssen zu Endkundenbedingungen werde bis Ende 2016 aufrechterhalten.

Die Antragstellerinnen zu 1., 2. und 5. haben in ihrer gemeinsamen Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf die Auferlegung der Betreiber(vor)auswahl begrüßt und beantragen,

> die Regulierungsverfügung entsprechend dem Entwurf der Kammer zu erlassen, insbesondere die Ziff. 2 mit den Ziffern. 1 bis. 4 des Tenors.

Die Antragstellerin zu 3. begrüßt in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf die Auferlegung der Betreiber(vor)auswahl. Es solle jedoch keine Prognose für zukünftige Marktentwicklungen abgegeben werden. Schmalbandige stationäre Funklösungen dürften nicht ausgenommen werden, da sie Teil des Marktes seien. Der dafür von der Betroffenen angegebene Implementierungsaufwand sei nicht nachvollziehbar. Die Einordnung der Betreiber(vor)auswahl als Zugangsleistung sei nicht möglich. § 3 Nr. 4a und 4b TKG definiere die Betreiber(vor)auswahl als Zugang des Teilnehmers zu Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Netzbetreiber. Hier könne nicht der Zugang gem. § 3 Nr. 32 TKG gemeint sein. Die Formulierung sei aus § 40 TKG a.F. übernommen worden und ließe erkennen, dass keine neue zivilrechtliche Qualifikation der Betreiber(vor)auswahl beabsichtigt sei. Die Betreiber(vor)auswahl sei also weiterhin eine Endkundenleistung. Die Zugangsleistung aus § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG habe nur eine Reflexwirkung zugunsten des VNB. Dies könne daher keine Änderung der der Leistungserbringung zugrundeliegenden Vertragsverhältnisse zur Folge haben. Die Zugangsentgelte für die Betreiber(vor)auswahl sollten ex-ante reguliert werden, da sie künftig eine Zugangsleistung sei. Dies könne eine Änderung der Prozesse und damit der Entgelte mit sich bringen. Die Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale sei erforderlich. Ein Anschluss-Resale liege im Verbraucherinteresse. 6,8 Mio. Haushalte nutzen einen reinen Schmalbandanschluss. Die Endkunden hätten kein flächendeckendes Konkurrenzangebot zur Verfügung. Selbst in den Gebieten, in welchen die TAL von Wettbewerbern erschlossen sei, werde sie nur zu 4% für einen reinen Schmalbandanschluss genutzt, da dies unrentabel sei. Die Erschließung der Hauptverteiler sei rückläufig. Es gebe ein Interesse der Endkunden, Leistungen aus einer Hand bekommen zu können. Ein mögliches künftiges schmalbandiges Bitstrom-Angebot der Betroffenen stelle keine Alternative dar, da der Zeitpunkt der Einführung noch völlig unklar sei. Der angeführte Aufwand für die Einführung eines Anschluss-Resale sei nicht nachvollziehbar, da es bereits ein Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen am Markt gebe. Sie beantragt,

> das Entgelt für die Einrichtung der Vorauswahl der Genehmigungspflicht nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu unterwerfen (§ 30 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG) und in die neue Regulierungsverfügung die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu den Telefonanschlüssen der Telekom zu Großhandelsbedingungen zum Zwecke des Weitervertriebs im eigenen Namen und auf eigene Rechnung aufzunehmen.

Die Antragstellerin zu 4. begrüßt die Auferlegung von Betreiber(vor)auswahl. Die Auferlegung eines Anschluss-Resale sei erforderlich. Das Anschluss-Resale diene der Wettbewerbsförderung im ländlichen Raum und habe wesentliche Bedeutung für die Realisierung von Großkundenprojekten. Das Abstellen auf die NGN-Migration der Betroffenen sei aufgrund des in der Vergangenheit wiederholt verschobenen Zeitplanes fragwürdig. Die angeführten Kosten der Umsetzung seien nicht nachvollziehbar, da bereits ein Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen angeboten werde. Sie beantragt,

> 1. die im Konsultationsentwurf vorgesehenen Verpflichtungen, insbesondere Ziff. 2, auch auf mit der Betroffenen verbundene Unternehmen zu erstecken,

2.

a) die Betroffene zur Gewährung des entbündelten Anschluss-Resales zu Großhandelsbedingungen gem. § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG zu verpflichten und die Entgelte der Genehmigung nach § 31 TKG zu unterwerfen. Es ist sicherzustellen, dass der Bezug auf Grundlage der jeweiligen Endkunden-AGB möglich ist und das derzeit praktizierte Verfahren zur Überlassung von AGB-Anschlüssen weiter genutzt werden kann und

b) der Betroffenen aufzuerlegen, innerhalb von drei Monaten ein Standardangebot für die Zugangsleistung unter Ziff. 2 a) zu veröffentlichen.

Die Verizon Deutschland GmbH hat in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf die weitere Auferlegung der Betreiber(vor)auswahl ebenfalls begrüßt. Es bestehe für Endkunden nicht die Möglichkeit, bundesweit Komplettangebote als Alternative zur Betreiber(vor)auswahl zu beziehen. Die nachträgliche Entgeltkontrolle für das Preselection-Entgelt werde der Bedeutung der Betreiber(vor)auswahl nicht gerecht. Es solle bei einer Entgeltgenehmigung bleiben. Ein Anschluss-Resale sei erforderlich, um Kundengesamtlösungen in Form von Firmenverbundnetzen und Bündelprodukten anbieten zu können. Das Begehren von Verizon richte sich hierbei nicht auf ein Massenprodukt, sondern auf ein Nischenprodukt, das gezielt in Einzelfällen dazu dienen könne, Lücken im vorhandenen Vorleistungsportfolio der Betroffenen zu wirtschaftlichen Bedingungen zu schließen. Ein Anschluss-Resale fördere auch den Ausbau hochleistungsfähiger Netze, da ein Wettbewerber, der „einfache Leistungen“ für Kunden erbringen könne, anschließend auch in den Ausbau hochleistungsfähiger Netze investieren werde. Dem Abstellen für den Wegfall der Erforderlichkeit eines Anschluss-Resale auf den Abschluss der NGN-Migration sei zu widersprechen, da der Zeitpunkt der Umstellung, wie die Vergangenheit gezeigt habe, keine feste Plangröße sei.

Die mr next id GmbH hat in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf die beabsichtigten Maßnahmen im Wesentlichen begrüßt. Zusätzlich erforderlich sei jedoch der Zugang zur einheitlichen Rechnungsstellung, nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 TKG.

Der DVTM Deutscher Verband für Telekommunikation und Medien e.V. hat in seiner Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf die Auferlegung der nachträglichen Entgeltkontrolle für Endnutzentgelte sowie die Auferlegung der Betreiber(vor)auswahl begrüßt. Es solle jedoch keine Vorfestlegung bezüglich der Bedeutung der Betreiber(vor)auswahl für die nachfolgende Regulierungsperiode vorgenommen werden. Hilfsweise solle für den Fall des Wegfalls der Betreiber(vor)auswahl in der nächsten Regulierungsperiode eine Übergangsfrist vorgesehen werden. Eine Verpflichtung zum Anschluss-Resale müsse auferlegt werden. Ein solches Vorleistungsprodukt sei ein unverzichtbarer Bestandteil für Angebote im Geschäftskunden-Bereich. Der Verweis auf die NGN-Umstellung bei der Betroffenen helfe nicht weiter, da die diesbezüglichen Planungen immer wieder verschoben worden seien. Die für die Ermöglichung eines Anschluss-Resale aufgeführten Kosten seien nicht nachvollziehbar, da kein über die Übernahme von AGB-Anschlüssen hinausgehender Aufwand erforderlich sei. Gleiches gelte für den angeführten Zeitbedarf. Schließlich gebe es zu einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale im Kundensegment der kleinen und mittleren Unternehmen sowie der Filialisten mit zahlreichen Standorten keine Alternativen. Folge sei eine Remonopolisierung des Geschäftskundenmarktes.

Der VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. hat in seiner Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf die Auferlegung der Betreiber(vor)auswahl begrüßt. Die Betreiber(vor)auswahl habe nach wie vor eine erhebliche Bedeutung für Verbraucher und Unternehmen. Es sollten jedoch die Bedingungen spezifiziert werden, unter denen die Congstar GmbH die Betreiber(vor)auswahl anbieten müsse, insbesondere, ob ein gesonderter IC-Vertrag erforderlich sei.

Ohne die Auferlegung von Anschluss-Resale werde der Geschäftskundenmarkt von der Betroffenen dominiert. Es sei vor allem essentiell, ein Anschluss-Resale für den °Geschäftskundenmarkt zu erhalten. Ein Abstellen auf die Umstellung des Netzes der Betroffe-

nen auf IP-Technik sei nicht tunlich, da in der Vergangenheit diese Umstellung von ihr immer wieder verschoben worden sei. Außerdem sei nicht ersichtlich, dass diejenigen Kunden, welche derzeit keine Auswahl zwischen mehreren Anbietern hätten, nach einer Umstellung auf IP-Technik Angebote von Wettbewerbern erhalten könnten. Der Umsetzungsaufwand zur Implementierung des Anschluss-Resale könne nicht so hoch wie von der Betroffenen angegeben sein.

Aufgrund der Neuregelung der Betreiber(vor)auswahl und der damit verbundenen Veränderungen müsse das Entgelt aufgrund des KeL-Maßstabs ermittelt werden.

Die ecotel communication AG GmbH hat in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vorgetragen, das Anschluss-Resale sei für Angebote im Geschäftskundenmarkt erforderlich, da dort neben Internetzugängen nahezu ausschließlich klassische ISDN-Anschlüsse nachgefragt würden. Ein Abstellen auf den Abschluss der IP-Migration des Netzes der Betroffenen sei hinsichtlich des Zeitpunktes der endgültigen Umstellung zu unsicher. Der von der Betroffenen angeführte Umsetzungsaufwand sei nicht nachvollziehbar. Zumindest müsse das Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen erhalten bleiben. Die Auferlegung der Betreiber(vor)auswahl werde begrüßt, die Betroffene solle jedoch zur Vorlage eines Standardangebots verpflichtet werden.

Die Colt Technology Services GmbH fordert in ihrer Stellungnahme - der im Übrigen die Stellungnahme der IEN im Wesentlichen entspricht - die Betreiber(vor)auswahl wie bisher beizubehalten. Der Kostenmaßstab für das Preselection-Entgelt solle nicht geändert werden, da ein grundlegender Wechsel in der Ausgestaltung der Betreiber(vor)auswahl als Zugangsleistung erfolgt sei. Die Auferlegung eines Anschluss-Resale sei erforderlich. Ein Anschluss-Resale sei kein Massenprodukt, sondern ein Nischenprodukt, das gezielt in Einzelfällen dazu dienen könne, Lücken im Vorleistungsangebot der Betroffenen zu wirtschaftlichen Bedingungen zu schließen. Der Verweis auf ein geringes Potential für die Marktbelebung reiche nicht aus. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts müsse dargelegt werden, dass Anschluss-Resale zu besonderen zusätzlichen Nachteilen für Infrastrukturanbieter führe. Der Verweis auf den Zeitpunkt der NGN-Migration sei nicht zulässig, da dieser in der Vergangenheit immer wieder verschoben worden sei.

Die QSC AG spricht sich in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf für eine Vorlagepflicht individualisierter Verträge aus. Durch die Umgestaltung der Betreiber(vor)auswahl müsse den Nachfragern möglichst schnell ein eigener Anspruch auf Zugang zu den Netzen und Systemen der Betroffenen eingeräumt werden. Diese Änderung der Ausgestaltung müsse jedoch nicht zwingend zu einer Beendigung der F&I-Leistung für die Betreiber(vor)auswahl führen. Das Preselection-Entgelt solle nach dem KeL-Maßstab ex-ante reguliert werden. Sollte die bisherige Ausgestaltung der Betreiber(vor)auswahl jedoch beibehalten werden, reiche die ex-post-Kontrolle aus. Die Absicht der Betroffenen, den Status Quo bei der Umsetzung der Betreiber(vor)auswahl beizubehalten, solle rechtsverbindlich in der Regulierungsverfügung niedergelegt werden. Die Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale sei für Geschäftskunden-Anbieter erforderlich. Der Aufwand für die Implementierung sei nicht signifikant.

Dem Bundeskartellamt ist mit Schreiben vom 28.05.2014 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entwurf der Regulierungsverfügung zu äußern. Mit Schreiben vom 05.05.2014 hat das Kartellamt von einer Stellungnahme abgesehen.

Am 06.06.2014 ist der Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig dem GEREK und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten gemäß § 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG zur Verfügung gestellt worden.

Mit Schreiben vom 03.07.2014 hat die EU-Kommission mitgeteilt, sie gebe keine Stellungnahme ab.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

Gründe

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 1 und 2 des Tenors beibehaltenen bzw. der Betroffenen auferlegten Maßnahmen sind:

- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 39 Abs. 3 S. 1 TKG, soweit die nachträgliche Kontrolle ihrer Entgelte für Endnutzerleistungen beibehalten bzw. erstmals für schmalbandige stationäre Funklösungen auferlegt wird,

- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG, soweit die Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl entsprechend der Neufassung des TKG geändert wird. Bei einer Änderung werden uno actu die vorher geltenden Verpflichtungen widerrufen und neue Verpflichtungen auferlegt. Soweit der Teilnehmeranschluss durch eine schmalbandige stationäre Funklösung realisiert wird, wird keine Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl auferlegt.

- § 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 und 19 TKG, soweit ein Diskriminierungsverbot auferlegt wird,

- § 9 Abs. 2, i.V.m. §§13 und 20 Abs. 1 TKG, soweit eine Transparenzverpflichtung bezüglich allgemeiner Zugangsbedingungen auferlegt wird,

- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1 und § 20 Abs. 3 TKG, soweit eine Vertragsvorlageverpflichtung auferlegt wird und

- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 38 TKG, soweit die Regulierung der Entgelte für den Zugang zur Betreiber(vor)auswahl auferlegt wird.

1. Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die vorliegende Änderung und Auferlegung 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:

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG) und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 Halbs. 1 TKG).

Der Entwurf der Regulierungsverfügung ist 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.

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

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

2. Netzbetreiberin mit beträchtlicher Marktmacht

Die Maßnahmen nach den §§ 19ff und 39 TKG richten sich gegen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze und Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen. Tatsächlich betreibt die Betroffene ein solches öffentliches Telekommunikationsnetz und bietet Telekommunikationsdienstleistungen an. Zudem verfügt sie, wie gemäß den §§ 10 und 11 TKG von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur festgestellt worden ist (Anlage), auf dem bundesweiten Markt für Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten über beträchtliche Marktmacht.

Soweit in der Festlegung der Beschlusskammer 1 BK1-11/006 vom 08.08.2013 festgestellt worden ist, dass die Betroffene bei 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 mehr über eine beträchtliche Marktmacht verfügt und diese daher nicht mehr dem Markt 1 unterfallen, ist bereits mit Beschluss BK2c-13-001-R ein Widerruf der mit Beschluss BK2c-09/002 auferlegten Verpflichtungen zu Betreiber(vor)auswahl und der nachträglichen Entgeltkontrolle erfolgt.

3. Auswahl der einzelnen Verpflichtungen

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens hat die Beschlusskammer die der Betroffenen auf dem verfahrensgegenständlichen Markt mit Beschluss BK 2c-09/002 vom 25.01.2010 auferlegten Verpflichtungen beibehalten bzw. geändert, neue Verpflichtungen auferlegt sowie von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG abgesehen.

3.1 Regulierung der Endnutzerentgelte, § 39 Abs. 1 und 3 TKG

Die Entgelte der Betroffenen für Leistungen auf dem bundesweiten Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz bzw. zum öffentlich zugänglichen Telefondienst an festen Standorten werden gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG weiterhin bzw., soweit sich der Marktumfang gegenüber der letztmaligen Festlegung bezüglich der Einbeziehung von schmalbandigen stationären Funklösungen erweitert hat, erstmals der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend unterworfen.

Die Beibehaltung bzw. Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung beruht auf einer pflichtgemäßen Ausübung des der Bundesnetzagentur in § 39 TKG eingeräumten Ermessens. Entgelte für Endnutzerleistungen marktmächtiger Anbieter von Telekommunikationsdiensten unterliegen, sofern sie keiner Entgeltgenehmigung nach § 39 Abs. 1 S. 1 TKG unterworfen worden sind, der nachträglichen Regulierung, § 39 Abs. 3 S. 1 TKG. Darüber hinaus kann die Bundesnetzagentur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG unter Beachtung der in § 39 Abs. 1 Satz 1 genannten Voraussetzungen verpflichten, ihr Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben. Zudem kann die Bundesnetzagentur nach § 39 Abs. 3 S. 4 TKG marktmächtige Anbieter von Telekommunikationsdiensten verpflichten, ihr Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl von anderen Endnutzern übertragbar sind, unmittelbar nach Vertragsschluss zur Kenntnis zu geben.

3.1.1 Tatbestand

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 39 TKG liegen vor. Bei den auf dem verfahrensgegenständlichen Markt gehandelten Telekommunikationsleistungen handelt es sich um Endnutzerleistungen. „Endnutzer“ im Sinne des TKG ist gemäß § 3 Nr. 8 TKG eine juristische oder natürliche Person, die weder öffentliche Telekommunikationsdienste betreibt noch Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt. Die Privat- und Geschäftskunden, die als Nachfrager auf dem vorliegenden Markt tätig sind, sind derartige Endnutzer. Zudem handelt es sich bei der Betroffenen um eine Anbieterin von Telekommunikationsdiensten. Sie verfügt, wie gemäß den §§ 10 und 11 TKG von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur festgestellt

worden ist, auf dem hier relevanten bundesweiten Markt für Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten über beträchtliche Marktmacht.

Soweit die Betroffene in ihrer Stellungnahme hier noch einmal vorträgt, dass der Markt für Endkundenanschlüsse nicht von beträchtlichen Marktzutrittsschranken und mangelnder Tendenz zu wirksamem Wettbewerb geprägt sei, wird auf die Ausführungen in der als Anlage beigefügten Festlegung der Präsidentenkammer verwiesen.

3.1.2 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. BVerwG, Urteil 6 C 38.07 vom 29.10.2008, Rz. 58f.

Zwar lässt sich aufgrund von Wortlaut und Systematik des § 39 TKG durchaus die Auffassung vertreten, dass – jedenfalls für Märkte, auf denen in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist – die Entgeltgenehmigungspflicht als Regelfall und die nachträgliche Entgeltregulierung als Ausnahmefall zu verstehen sind. Hierauf lassen die Normierung des Genehmigungsfalls in § 39 Abs. 1 TKG und die Ausgestaltung von § 39 Abs. 3 TKG als Auffangtatbestand bei fehlender Unterwerfung der Entgelte unter eine Genehmigungspflicht schließen.

Ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis stünde indes nicht in Übereinklang mit dem Gemeinschaftsrecht.

Mit der Norm des § 39 TKG wollte der Gesetzgeber Art. 17 Universaldienst-RL umsetzen. In dieser Vorschrift ist vorgesehen, dass die nationale Regulierungsbehörde unter den dort genannten Voraussetzungen den als marktmächtig auf dem Endnutzermarkt eingestuften Unternehmen geeignete regulatorische Verpflichtungen auferlegt, die im Hinblick auf die Regulierungsziele des Art. 8 Rahmen-RL dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Dabei hängt jegliche Maßnahme der Endnutzermarktregulierung, also auch die nachträgliche Entgeltregulierung als solche, davon ab, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich nach der Einschätzung der nationalen Regulierungsbehörde zur Erreichung der Regulierungsziele nicht ausreichen.

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. BVerwG, a.a.O.; siehe auch – für die Regulierung von Zugangsentgelten – 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) sowie vom 28.01.2009 in der Sache 6 C 39.07 (Rz. 38).

Damit liegt es im Ermessen der Bundesnetzagentur, ob und inwieweit sie der Betroffenen Regulierungsverpflichtungen bezüglich ihrer Endnutzerentgelte auferlegt.

3.1.3 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 § 39 Abs. 1 S. 1 TKG normiert. Diese Vorschrift erlaubt die Unterwerfung von Entgelten für Endnutzerleistungen unter eine Genehmigungspflicht. Es gelten dann die §§ 31 bis 37 TKG entsprechend. Innerhalb des Genehmigungsrahmens selbst eröffnen sich der Bundesnetzagentur verschiedene – und auch verschieden weit in die Kostendeckung des Betreibers eingreifende – Vorgehensweisen.

Erlegt die Bundesnetzagentur eine Genehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 TKG i.V.m. § 31 Abs. 1 S. 1 TKG entsprechend auf, so ist eine Genehmigung gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 TKG ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 Abs. 1 S. 2 TKG nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach S. 2 oder 3 vorliegen.

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

Ergänzend hierzu dürfen die Entgelte gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 TKG die Summe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) und der Aufwendungen nach § 32 Abs. 2 TKG nicht überschreiten. Die KeL ergeben sich nach § 32 Abs. 1 S. 1 TKG aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Durch den Effizienzmaßstab wird eine Als-Ob-Betrachtung vorgegeben, die den Wettbewerbspreis simuliert,

> BVerwG, Urteil 6 C 19.08 vom 24.06.2009, Rz. 18, unter Verweis auf Groebel, in: 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 analog ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG vorliegen. Gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG können die Entgelte auf der Grundlage anderer Vorgehensweisen genehmigt werden, 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,

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

Sofern Entgelte für Endnutzerleistungen keiner Entgeltgenehmigung unterworfen worden sind, kann die Bundesnetzagentur die Entgelte gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 bis 4 TKG – als kategorial zweitschärfster Form – einer nachträglichen Entgeltregulierung mit Vorlageverpflichtung unterwerfen. In diesem Fall sind Entgelte zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten anzuzeigen bzw. – bei Individualleistungen – unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben. Die Bundesnetzagentur untersagt im erstgenannten Fall 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 entsprechend, 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. Sofern die Bundesnetzagentur feststellt, dass Entgelte

nicht den Maßstäben des § 28 genügen, stehen ihr nach § 38 Abs. 4 TKG entsprechend ex-nunc wirkende Untersagungs- und Anordnungsbefugnisse zu.

Werden die Entgelte dagegen gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG nur dem (dritten) Kontrollsystem nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend unterworfen, entfällt eine Vorab-Entgeltprüfung. Die Bundesnetzagentur wird vielmehr nur tätig, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Endnutzerleistungen 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 § 39 Abs. 3 S. 1 TKG i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend, des § 39 Abs. 3 S. 1 bis 4 TKG i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend oder des § 39 Abs. 1 TKG i.V.m. den §§ 31 bis 37 TKG entsprechend.

Für die Ermessensausübung der Beschlusskammer bedeutet dies, dass sie in einem ersten Schritt eine Entscheidung darüber treffen kann, ob sie überhaupt eine Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG – zunächst im nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG vorgesehenen Verfahren – vornimmt. In weiteren Schritten kann dann über eine etwaige materielle Ergänzung der Entgeltmaßstäbe sowie über eine etwaige Verschärfung der Verfahrensvorschriften entschieden werden.

3.1.4 Ermessensausübung hinsichtlich einer Missbrauchskontrolle

In pflichtgemäßer Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer entschieden, die Entgelte für die verfahrensgegenständlichen Endnutzerleistungen einer Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG zu unterwerfen. Verfahrensrechtlich richtet sich diese Kontrolle – jedenfalls zunächst – nach der Vorschrift des § 39 Abs. 3 S. 1 TKG i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend.

Mit dieser Entscheidung hat die Beschlusskammer gemäß § 40 VwVfG ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

3.1.4.1 Missbrauchskontrolle als Zweck der Entgeltregulierung auf dem verfahrensgegenständlichen Markt

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. Überwölbt werden diese Zielsetzungen, wie es sich auch aus dem Verweis in § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG (entsprechend) 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 Telekommunikations-netzen und Anbieter von Telekommunikationsdiensten unter vergleichbaren Umständen nicht diskriminiert werden (§ 2 Abs. 3 Nr. 2), und indem sie den Wettbewerb zum Nutzen der Verbraucher schützt und, soweit sachgerecht, den infrastrukturbasierten Wettbewerb fördert (§ 2 Abs. 3 Nr. 3).

Diese Zielsetzungen treffen auf einen Markt, der nach wie vor von beträchtlichen Marktzutrittsschranken und einer auch längerfristig mangelnden Tendenz zu wirksamem Wettbewerb gekennzeichnet ist. Die Verhältnisse auf dem verfahrensgegenständlichen Endnutzermarkt werden von der Kombination eines, sowohl in der absoluten Zahl als auch im Verhältnis zu den Wettbewerbern, nach wie vor überragend hohen Endkundenbestandes und nicht leicht zu duplizierender Infrastruktur auf Seiten der Betroffenen geprägt. Die Betroffene realisiert über ihr Anschlussnetz weiterhin die mit Abstand meisten Zugänge zum öffentlich zugänglichen Telefondienst. Zwar sinkt in Folge des Ausbaus von breitbandigen Anschlussleistungen insbesondere auch von Wettbewerberseite die Zahl der Endkunden der Betroffenen. Die dadurch hervorgerufenen Veränderungen genügen jedoch nicht, um für den voraussichtlichen Geltungszeitraum dieser Regulierungsverfügung maßgebliche Änderungen erwarten zu lassen.

Letzteres gilt insbesondere auch mit Blick auf die bestehenden Verpflichtungen im Zugangsbereich. Diese Verpflichtungen werden – wie Art. 17 Abs. 1 lit. b) Universaldienst-RL voraussetzt – nicht innerhalb des Geltungszeitraums dieser Regulierungsverfügung zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 TKG auf dem verfahrensgegenständlichen Markt führen,

> vgl. zum entsprechenden unionsrechtskonformen Verständnis des § 39 Abs. 3 S. 1 TKG BVerwG, Urteil 6 C 38.07 vom 29.10.2008, Rz. 66.

So hat zwar die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Regulierung der Zugänge zur Teilnehmeranschlussleitung und zum Bitstrom die Marktzutrittsschranken für den verfahrensgegenständlichen Endnutzermarkt unzweifelhaft senken können. Gleichwohl kann bislang kein einziger Wettbewerber der Betroffenen flächendeckend den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz bzw. zum öffentlich zugänglichen Telefondienst an festen Standorten in Deutschland anbieten. Dies beruht zum einen darauf, dass TAL-basierte Anbieter aufgrund der dafür notwendigen erheblichen Investitionen bislang nicht in der Lage gewesen sind, bundesweit mehr als 80% der Teilnehmer zu erschließen. Zum anderen werden Bitstrom-basierte Anbieter u.a. durch in Einzelfällen zu große Leitungslängen, durch geringe Preisgestaltungsmöglichkeiten bei einem einfachen Anschlussprodukt sowie durch eine mitunter anzutreffende Abneigung von Endnutzern gegenüber reinen IP-basierten Anschlüssen in ihren Absatzmöglichkeiten eingeschränkt.

Diese Umstände, aber auch bestimmte technische Entwicklungen, die beobachtbaren Marktanteilsentwicklungen und die Bekanntheit der Betroffenen und ihrer Marke lassen darauf schließen, dass es auch längerfristig auf dem verfahrensgegenständlichen Markt keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb gibt,

> vgl. wegen der Einzelheiten Ziffern 11.1 und 11.2 der (anliegenden) Festlegung BK 1-11/006 vom 08.08.2013.

Die vorstehend aufgezeigten Tatsachen können der Betroffenen Anreize zu wettbewerbsschädigendem Verhalten im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts liefern. Um ihre eigene Wettbewerbsposition einschließlich derjenigen konzernverbundener Unternehmen sowohl auf dem verfahrensgegenständlichen als auch auf benachbarten Märkten zu stärken, könnte sich die Betroffene veranlasst sehen, durch Maßnahmen etwa in Form von missbräuchlich überhöhten oder kostenunterdeckenden Preisen, von Preis-Kosten-Scheren, von sachlich ungerechtfertigten Bündelungen oder missbräuchlich ungleichen Preisen die Wettbewerbsbedingungen auf den

jeweils betroffenen Märkten zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Maßnahmen in der genannten Form würden indes 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 deshalb sein, den Leistungswettbewerb dadurch zu schützen, dass die im allgemeinen Wettbewerbsrecht entwickelten Grenzen für Preismaßnahmen marktmächtiger Unternehmen auch auf dem vorliegenden Markt Beachtung finden.

3.1.4.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne

Die Auferlegung einer Missbrauchsaufsicht anhand des § 28 TKG – jedenfalls zunächst in Form des § 39 Abs. 3 S. 1 TKG i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend – entspricht dem vorgestellten Zweck. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

Die Auferlegung der Missbrauchskontrolle ist grundsätzlich – vorbehaltlich der Untersuchungen unter Ziffer 3.1.6 zu einer zusätzlichen Vorlageverpflichtung – geeignet, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen.

Sie ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Vorgehen zu entdecken, welches an die Stelle einer solchen Missbrauchskontrolle treten könnte. Entgegen dem Vortrag der Betroffenen lässt namentlich die Vornahme von Preis-Kosten-Scheren-Tests im Rahmen der TAL- und Bitstrom-Entgeltregulierung eine eigenständige Missbrauchskontrolle der Endnutzerentgelte nicht überflüssig werden. Denn diese Tests zielen in erster Linie auf den Schutz der Wettbewerbsmöglichkeiten von TAL- und Bitstrom-Nachfragern ab. Im Rahmen der Scheren-Tests werden zudem vorrangig die Preise breitbandiger Endkundenprodukte ermittelt und berücksichtigt. Die Schutzbedürfnisse der Nutzer von Zugängen zum öffentlichen Telefonnetz bzw. zum öffentlich zugänglichen Telefondienst an festen Standorten stehen dagegen nur mittelbar im Fokus dieser Tests. Im Übrigen kann mit den Scheren-Tests weder überhöhten noch diskriminierenden Endnutzerpreisen begegnet werden. Letzteres gilt auch, soweit es etwa im Geschäftskundenbereich um die Überprüfung bestimmter individuell geschnürter Bündelprodukte geht. Preis-Kosten-Scheren-Tests im Vorleistungsbereich können deshalb nicht bzw. allenfalls zu geringen Teilen eine eigenständige Missbrauchsaufsicht über die verfahrensgegenständlichen Endnutzerentgelte ersetzen.

Die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Entscheidung belastet 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. 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 Entgelte für die verfahrensgegenständlichen Endnutzerleistungen der Betroffenen einer Prüfung am Missbrauchsmaßstab des § 28 TKG, und zwar – jedenfalls zunächst – auf Grundlage des § 39 Abs. 3 S. 1 TKG i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG.

3.1.5 Ermessensausübung hinsichtlich eines Genehmigungsverfahrens mit zusätzlicher Preisobergrenzenkontrolle

In weiterer pflichtgemäßer Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer entschieden, die Entgelte für Endnutzerleistungen nicht der Genehmigung nach Maßgabe einer zusätzlichen, über die Missbrauchsaufsicht hinausgehenden Preisobergrenzenkontrolle nach dem KeL-Maßstab (§ 31 Abs. 1 TKG) oder einem vergleichbar scharfen bzw. noch schärferen Maßstab (§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG) zu unterwerfen. Eine derartige Preisobergrenzenkontrolle ist kein Zweck der Entgeltregulierung auf dem verfahrensgegenständlichen Markt. Dies zeigt eine Untersuchung der verschiedenen Regulierungsziele.

Unter Wettbewerbsgesichtspunkten gilt, dass der Staat in der Regel den Preismechanismus auf einem Markt möglichst ungestört bzw. allenfalls begrenzt durch die Anforderungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts arbeiten lassen sollte. Dies gilt grundsätzlich auch für Märkte, auf denen ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen. Auf solchen Märkten können relativ hohe Preise des oder der marktmächtigen Unternehmen zu Marktexpansionen und Marktzutritten Dritter und damit nicht nur zu Mengenausweitungen und Preissenkungen, sondern insgesamt zu vorteilhaften Marktstrukturänderungen führen. Voraussetzung dafür ist allein, dass bestehende Marktzutrittsschranken innerhalb absehbarer Zeit überwunden werden können. Aktiviert durch den Preismechanismus, untergraben die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs die bei einem oder mehreren Unternehmen vorhandene Marktmacht. 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. Beschluss BK 3a-12/003 vom 19.07.2013, Ziffer 3.6.5.1.1.1, m.w.N.

Für den vorliegenden Fall ist zwar festzuhalten, dass innerhalb des Geltungszeitraums dieser Regulierungsverfügung nicht mit der Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 TKG auf dem verfahrensgegenständlichen Markt zu rechnen ist,

> vgl. oben, Ziffer 3.1.4.1.

Gleichwohl besteht die Erwartung, dass auf dem Endnutzeranschlussmarkt in absehbarer Zeit ein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt im Sinne von § 39 Abs. 1 S. 2 TKG entsteht. Ein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt ist gemäß § 3 Nr. 12 TKG ein Markt, auf dem der Wettbewerb so abgesichert ist, dass er ohne sektorspezifische Regulierung besteht. Um das Tatbestandsmerkmal der „absehbaren Zeit“ nicht ins Leere laufen zu lassen, darf sich die Absehbarkeit nicht allein auf die vorliegende Regulierungsperiode beziehen. Denn für diese ist bereits im Rahmen von § 10 Abs. 2 S. 1 TKG festgestellt worden, dass hohe Marktzutrittsschranken fortbestehen werden. Vielmehr muss es ausreichen, wenn die Entstehung des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes in nicht zu weitem zeitlichen Abstand zum Ablauf der vorliegenden Regulierungsperiode zu erwarten ist,

> die Beschlusskammer entwickelt insofern die im Beschluss BK 3b-06/016 vom 17.04.2007, Ziffer IV.2.a), vertretene Auffassung zum Verständnis von § 39 Abs. 1 S. 2 TKG fort.

Die Erwartung, dass in diesem Zeitrahmen ein derartiger Markt entstehen wird, stützt sich auf die – bereits jetzt in Ansätzen sichtbaren und in der Festlegung der Präsidentenkammer dargestellten – Erfolge von TAL- und Bitstrom-basierten Wettbewerbern, von Kabelnetzbetreibern sowie – im Falle des Angebots schmalbandiger stationärer Funklösungen – von anderen Mobilfunknetzbetreibern auf dem verfahrensgegenständlichen Markt. Die Wettbewerbsaussichten dieser Anbieter würden durch eine zu strikte Obergrenzenkontrolle der von der Betroffenen verlangten Endnutzerentgelte und der dadurch möglicherweise bewirkten Preissenkungen unnötig verschlechtert werden. Dass der Betroffenen durch etwaige KeL-übersteigende Entgelte °gewisse Quersubventionierungsmöglichkeiten entstehen können, ist unter der vorgenannten Prämisse als notwendiger Nachteil hinzunehmen.

Für die Verbraucher möchte zwar eine etwaige regulatorisch begründete Preissenkung für Produkte der Betroffenen kurzfristig von Vorteil sein. Mittel- bis langfristig gewinnen die Verbraucher jedoch mehr durch das Entstehen eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes. Wettbewerb erfüllt in der Regel verschiedene als vorteilhaft angesehene Funktionen. 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. Beschluss BK 3a-12/003 vom 19.07.2013, Ziffer 3.6.5.1.1.1, m.w.N.

Um dieser Wirkungen willen sollte (auch) aus Verbrauchersicht auf etwaige – regulatorisch bedingte – kurzfristige Preissenkungen verzichtet werden.

Die Regulierungsziele der Binnenmarktförderung und der Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation werden durch die vorliegende Entscheidung allenfalls mittelbar berührt.

In der Gesamtschau der Regulierungsziele spricht mehr dafür als dagegen, von einer zusätzlichen, über die Missbrauchsaufsicht hinausgehenden Preisobergrenzenkontrolle abzusehen. Die Beschlusskammer führt derart kein Genehmigungsregime für die verfahrensgegenständlichen Entgelte ein.

3.1.6 Ermessensausübung hinsichtlich einer zusätzlichen Vorlageverpflichtung

Die Beschlusskammer sieht darüber hinaus von der Auferlegung einer Vorlageverpflichtung für Standardentgelte nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG und/oder für Individualentgelte nach § 39 Abs. 3 S. 4 TKG ab.

Eine solche Vorlageverpflichtung würde zwar die Beschlusskammer in die Lage zu versetzen, rechtzeitig, also vor deren Wirksamwerden oder jedenfalls unmittelbar nach deren Vereinbarung, missbräuchlichen Entgelten im Sinne des § 28 TKG entgegentreten und so Wettbewerbsschäden und Rückabwicklungsprobleme von Nachfragern verhindern zu können. Eine solche Verpflichtung wäre vorliegend aber jedenfalls nicht verhältnismäßig im engeren Sinne. Anders als etwa im Bitstrombereich geht es hier nicht um Entgelte, die einer sensiblen Einpassung in ein bestehendes Entgelttableau bedürften und dabei insbesondere umfangreichen Kosten-Kosten-Scheren-Tests unterzogen werden müssten,

vgl. zur Bitstrom-Regulierung Ziffer 3.5 des Beschlusses BK 3b-09/069 vom 17.09.2010.

In Abwägung mit den Belastungen, die ein nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG einzuhaltenden zweimonatiges Moratorium für die Wettbewerbsflexibilität der Betroffenen insbesondere auch auf den Breitbandendnutzermärkten (mit eingeschlossenem Zugang zu öffentlich zugänglichen Telefondiensten) nach sich ziehen würde, dem administrativen Aufwand für die Kenntnisgabe individueller Verträge und der Möglichkeit für die Bundesnetzagentur, auch anderweitig – wenn auch später als nach § 39 Abs. 3 S. 2 oder 4 TKG – über Wettbewerber oder die Presse Kenntnis von angekündigten oder durchgeführten Preismaßnahmen der Betroffenen im Endnutzerbereich zu erlangen, erscheint eine Vorlageverpflichtung nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG und/oder § 39 Abs. 3 S. 4 TKG – auch im Lichte des Vorbringens im nationalen Konsultationsverfahrens - als jedenfalls nicht angemessen.

3.2 Verpflichtungen zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl

Sofern es die bereits von der letzten Marktdefinition erfassten Endnutzeranschlüsse der Betroffenen anbelangt, wird die schon bislang bestehende Verpflichtung zur Ermöglichung der Be-

treiber(vor)auswahl der Sache nach – wenn auch nunmehr in Form einer Vorleistungsregulierung – aufrecht erhalten (Ziffer 3.2.1). Soweit allerdings der Anschluss des Teilnehmers durch eine schmalbandige stationäre Funklösung realisiert und damit erstmals von der Marktdefinition erfasst wird, wird keine Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl auferlegt (Ziffer 3.2.2).

Zum Vortrag des VATM, dass in der Regulierungsverfügung klargestellt werden müsse, wie die Betreiber(vor)auswahl an Telefonanschlüssen der Congstar ausgestaltet sein soll, ist darauf hinzuweisen, dass Fragen der konkreten Ausgestaltung nicht im Rahmen der Regulierungsverfügung zu prüfen sind. Dies ist vielmehr einem möglichen nachgelagerten Anordnungsverfahren vorbehalten. Gleiches gilt für die Forderung nach einer Umgestaltung der Betreiber(vor)auswahl, mit welcher Wettbewerbern Zugang zu Netzen und Systemen der Betroffenen gewährt werden soll. Denn im Hinblick auf die Regulierungsverfügung ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass sie einen klaren Maßstab dafür vorgibt, ob eine später konkret nachgefragte Zugangsleistung von der regulatorisch auferlegten Verpflichtung abgedeckt ist,

> vgl. BVerwG, Az: 6 C 22.08, v. 27.1.2010, Rz. 26; vgl. auch BVerwG, Az: 6 C 36.08, v. 23.6.2010, Rz. 18.

Insofern ist die Regulierungsverfügung auf eine Konkretisierung durch nachfolgende (Anordnungs-)Entscheidungen angelegt.

3.2.1 Verpflichtungen bezüglich hergebrachter Anschlusstypen

Die Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl bezüglich der hergebrachten Anschlusstypen fächert sich auf in eine Zugangsverpflichtung (Ziffer 3.2.1.1), in ein Diskriminierungsverbot (Ziffer 3.2.1.2), in zwei Transparenzverpflichtungen (Ziffern 3.2.1.3 und 3.2.1.4) und in Maßnahmen der Entgeltregulierung (Ziffer 3.2.1.5).

3.2.1.1 Zugangsverpflichtung

Die bisherige Verpflichtung der Betroffenen zur Ermöglichung von Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl wird dahingehend geändert, dass die Betroffene anderen Unternehmen Zugang zu denjenigen Netzkomponenten, Netzeinrichtungen und Diensten gewähren muss, die erforderlich sind, um den anderen Unternehmen ein Angebot von Betreiberauswahl oder Betreibervorauswahl gegenüber den Teilnehmern der Betroffenen auf dem o.g. Markt zu ermöglichen.

Die Rechtsgrundlage für diese Verpflichtung findet sich in § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG. Nach dieser Norm soll die Bundesnetzagentur Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die – wie die Betroffene – über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter anderem dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten, -einrichtungen und Diensten zu gewähren, um unter anderem die Betreiberauswahl oder die Betreibervorauswahl zu ermöglichen.

Der Begriff der Betreiberauswahl ist in § 3 Nr. 4a TKG definiert als der Zugang eines Teilnehmers zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten im Einzelwahlverfahren durch Wählen einer Kennzahl. Unter einer Betreibervorauswahl wird in § 3 Nr. 4b TKG der Zugang eines Teilnehmers zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten durch festgelegte Vorauswahl verstanden, wobei der Teilnehmer unterschiedliche Voreinstellungen für Orts- und Fernverbindungen vornehmen kann und bei jedem Anruf die festgelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl übergehen kann.

Sinn und Zweck der Bestimmungen des § 21 TKG ist es, Wettbewerbern im Wege des Zugangs eine Mitnutzung der aufgebauten Infrastruktur eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen, um auf diese Weise die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren. Dabei hat der TKG-Gesetzgeber die in Absatz 3 der Vorschrift aufgeführten Zugangsformen als

so essentiell betrachtet, dass ihre Auferlegung in der Regel geeignet, erforderlich und angemessen ist, um den Zweck der Vorschrift zu erreichen. Gleichwohl hat der Gesetzgeber in dieser Vorschrift durch die Bezugnahme auf § 21 Abs. 1 TKG geregelt, dass die in jenem Absatz genannten Vorgaben auch bei der Auferlegung von „Soll-Zugängen“ nicht außer Acht bleiben dürfen. Erforderlich ist damit auch im Rahmen des § 21 Abs. 3 TKG eine vollständige Ermessenausübung nach § 21 Abs. 1 TKG,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 15.

Dieses Ermessen hat die Beschlusskammer pflichtgemäß ausgeübt. Sie hat dazu zunächst den Regelungsgehalt des § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG ergründet und in diesem Zusammenhang geprüft, ob die Betroffene auf einem relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt (Ziffer 3.2.1.1.1). Im Anschluss hieran hat sie die Eignung (Ziffer 3.2.1.1.2), Erforderlichkeit (Ziffer 3.2.1.1.3) und Angemessenheit (Ziffer 3.2.1.1.4) der tenorierten Zugangsverpflichtung zur Erreichung der Regulierungsziele untersucht und – im Ergebnis – bejaht.

3.2.1.1.1 Der Regelungsgehalt des § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG

Die vorliegend herangezogene Vorschrift des § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG wurde in Umsetzung des mit der Richtlinie 2009/140/EG erweiterten Art. 12 Zugangs-RL in das am 03.05.2012 geänderte TKG eingefügt (vgl. BGBl. 2012, Teil 1 Nr. 19, S. 958). Die Vorschrift ersetzt die bisherige Regelung des § 40 TKG^{2004},

vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf, Bt-Drs. 17/5707, S. 59 und 63.

Soweit es den hier relevanten Festnetzanschlussbereich betrifft, sah die Vorschrift des § 40 TKG^{2004} in ihrem Absatz 1 eine gebundene Entscheidung der Bundesnetzagentur zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl zugunsten der Endnutzer vor. Im Gegensatz hierzu ermächtigt § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG die Bundesnetzagentur nunmehr zu einer Ermessensentscheidung im Vorleistungsbereich, deren unmittelbare Nutznießer die nachfragenden Verbindungsnetzbetreiber sind.

Diese Ermessensentscheidung nach § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG ist nicht zu verwechseln mit derjenigen nach § 21 Abs. 3 Nr. 3 TKG. Auf der letztgenannten Grundlage wurde die Betroffene zuletzt mit der Regulierungsverfügung BK 3d-12/009 vom 30.08.2013 verpflichtet, anderen Unternehmen auf dem Zuführungsmarkt (Markt 2 der Empfehlung 2007/879/EG) den Verbindungsaufbau, den Verbindungsaufbau plus Transit und den Verbindungsaufbau plus Transit plus Wandlung zur Betreiber(vor)auswahl zu gewähren. Diese Verpflichtungen bzw. die entsprechenden Verpflichtungen einer späteren Regulierungsverfügung bleiben von der vorliegenden Regulierungsverfügung unberührt. Mit der hiesigen Regulierungsverfügung werden vielmehr die daneben für das Angebot der Betreiber(vor)auswahl notwendigen und bislang von § 40 erfassten Handlungen bzw. Unterlassungen der Betroffenen gegenüber ihren Teilnehmern als nunmehr (zusätzlich) gegenüber anderen Unternehmen erbrachte Zugangsleistungen verstanden und erfasst.

Nach der letzten die Norm des § 40 TKG^{2004} umsetzenden Regulierungsverfügung BK2c-09/002 vom 25.01.2010 wurde die Betroffene verpflichtet, ihren Teilnehmern bzw. Teilnehmern der mit ihr verbundenen Unternehmen den Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit zu ermöglichen, und zwar sowohl durch Betreiberauswahl durch Wählen einer Kennzahl als auch durch Betreibervorauswahl, wobei jedoch bei jedem Anruf die Möglichkeit bestehen musste, die festgelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen. Der Teilnehmer sollte dabei auch unterschiedliche Voreinstellungen für Orts- und Fernverbindungen vornehmen können. Die Betroffene unterlag damit der Verpflichtung, gegenüber ihren Endnutzern – sowohl Bestands- als auch Neukunden – die vertraglichen und technischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass diese die Betreiber(vor)auswahl in Anspruch nehmen konnten,

vgl. Beschluss BK2c-09/002 vom 25.01.2010, Ziffer 3.b, sowie Beschluss BK 2a-05/002 vom 18.07.2005, Ziffer II. 3.b; siehe zum neben der Voreinstellung am Anschluss des Endnutzers notwendigen – und von der Betroffenen auch implementierten – Routing die Spezifikation des AKNN zur Betreiberauswahl (Carrier Selection), Ausgabestand 11.0.0 vom 06.02.2013.

Nach der neuen Konzeption des Gesetzes kann die Schaffung der vorgenannten Voraussetzungen gegenüber anderen Unternehmen als Zugangsleistung erbracht werden. Unter einem Zugang ist gemäß § 3 Nr. 32 S. 1 TKG die Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen zum Zwecke der Erbringung von Telekommunikationsdiensten zu verstehen. In den in § 3 Nr. 32 S. 2 TKG enthaltenen Regelbeispielen für Zugänge wird zwar die Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl nicht eigens erwähnt. Gleichwohl lässt sich aus dem Zweck des § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG – nämlich einen Ersatz für den Wegfall der Norm des § 40 TKG^{2004} zu bieten – schließen, dass eine Zugangsleistung auch darin bestehen kann, dass sich der Zugangsverpflichtete dem Zugangspetenten gegenüber zu bestimmten Handlungen oder Unterlassungen im Verhältnis zu seinen Endnutzern verpflichtet. Allerdings kann die Betroffene dadurch nicht verpflichtet werden, Maßnahmen wie etwa die Voreinstellung auf einen Preselectionanbieter ohne oder gar gegen den Willen des betroffenen Endnutzers vorzunehmen.

Das vorstehend entwickelte Verständnis nimmt die vorliegende Regulierungsverfügung auf, wenn sie - entsprechend dem Wortlaut des § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG – die Betroffene verpflichtet, anderen Unternehmen Zugang zu denjenigen Netzkomponenten, Netzeinrichtungen und Diensten zu gewähren, die erforderlich sind, um den anderen Unternehmen ein Angebot von Betreiberauswahl oder Betreibervorauswahl gegenüber den Teilnehmern der Betroffenen auf dem o.g. Markt zu ermöglichen.

Die von der Betroffenen in ihrer Stellungnahme zum Konsultationsentwurf geäußerte Ansicht, die Zugangsverpflichtung sei zu weit gefasst, da es ausreiche, Zugang nur zu Diensten zu ermöglichen, ist insofern nicht zutreffend, als dass die Zugangsverpflichtung durch die Formulierung des Gesetzestextes ohnehin dahingehend eingeschränkt ist, als der Zugang zu Netzkomponenten und Netzeinrichtungen nur bei Erforderlichkeit zu gewähren ist.

Die derart geänderte Zugangsverpflichtung kann sich auf die beträchtliche Marktmacht stützen, über die die Betroffene auf dem verfahrensgegenständlichen Anschlussmarkt verfügt. Nach der Rechtsprechung ist es nicht erforderlich, dass jeder Zugangsverpflichtung eine beträchtliche Marktmacht auf einem Vorleistungsmarkt zugrunde liegt. Vielmehr genügt eine ausreichende Begründung dafür, dass die betreffende Verpflichtung im Verhältnis zum festgestellten Marktversagen sinnvoll und angemessen ist. Erforderlich, aber auch ausreichend für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung ist daher ein enger funktionaler Zusammenhang zwischen der Einrichtung, zu der Zugang zu gewähren ist, und dem Markt, für den ein Regulierungsbedarf festgestellt worden ist.

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 11.12 vom 12.06.2013, Rz. 26

Ein solcher enger funktionaler Zusammenhang besteht zwischen der auferlegten Zugangsverpflichtung, die der Sache nach darauf hinausläuft, dass die Betroffene die vertraglichen und technischen Voraussetzungen zur Inanspruchnahme der Betreiber(vor)auswahl durch die Endnutzer zu schaffen hat, und dem Endnutzeranschlussmarkt, auf dem die beträchtliche °Marktmacht der Betroffenen festgestellt worden ist. Denn die auferlegte Verpflichtung dient – im Zusammenwirken mit den weiteren in der Regulierungsverfügung BK 3d-12/009 vom 30.08.2013 tenorierten Zugangsverpflichtungen – dazu, die Übertragung der für den Endnutzeranschlussmarkt festgestellten Marktmacht der Betroffenen auf einen zweiten Marktbereich, nämlich denjenigen für Endnutzerverbindungen von Schmalbandanschlüssen zu mobilen oder festen Anschlüssen dritter Teilnehmer im In- und Ausland, zu unterbinden bzw. zumindest zu erschweren.

3.2.1.1.2 Eignung des Angebots von Betreiber(vor)auswahl und der dazu notwendigen Zugangsverpflichtung zur Erreichung der Regulierungsziele

Die auferlegte Zugangsverpflichtung ist geeignet, die verschiedenen Regulierungsziele zu erreichen. Das im vorliegenden Zusammenhang relevante Zielbündel besteht aus vier Grundzielen – nämlich denjenigen der Wettbewerbsförderung, des Verbraucherschutzes, der Ausbaubeschleunigung hochleistungsfähiger Netze und der Binnenmarktförderung –, die teilweise verschiedene weitere Nuancierungen aufweisen.

3.2.1.1.2.1 Förderung des Wettbewerbs

Die Zugangsverpflichtung ist geeignet, den Wettbewerb im Bereich der Endnutzerverbindungen von Schmalbandanschlüssen zu mobilen oder festen Anschlüssen dritter Teilnehmer im In- und Ausland zu fördern.

Bei dem Ziel der Wettbewerbsförderung handelt es sich um das erste Grundziel der Regulierung. Von Interesse ist dabei insbesondere der Wettbewerb auf dem Endnutzermarkt (§ 21 Abs. 1 S. 1 a.E. TKG). Gefördert werden sollen nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation und die damit verbundenen Infrastrukturinvestitionen und Innovationen (§ 21 Abs. 1 S. 1 a.E.; § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4; § 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und Abs. 3 Nr. 3 Alt. 2 und Nr. 4 TKG). Der Wettbewerb soll zudem chancengleich sein (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3 und Abs. 3 Nr. 2 TKG). Bei der Wettbewerbsförderung sind sowohl die Belange in der Fläche (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 a.E. TKG) als auch die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit dem Wettbewerb, die in den verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland herrschen (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 5 Alt. 1 TKG), gebührend zu berücksichtigen.

Die Eignung der Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG, den Wettbewerb im vorgenannten Sinne zu fördern, beruht auf dem Umstand, dass damit die ansonsten von den Anschlussanbietern gegenüber den Endnutzern vorgenommene Koppelung von Anschluss- und Verbindungsleistungen jedenfalls im Fall der Betroffenen aufgebrochen wird. Im Zusammenwirken mit den Verpflichtungen nach der Regulierungsverfügung BK 3d-12/009 vom 30.08.2013 versetzt die hiesige Zugangsverpflichtung nämlich Verbindungsnetzbetreiber in die Lage, den Anschlussteilnehmern der Betroffenen eigene Verbindungsangebote zu unterbreiten.

Die seit Beginn der Regulierung im Jahr 1998 im Sprachbereich angeordnete Entkoppelungsmöglichkeit von Anschluss- und Verbindungsleistungen der Betroffenen macht sich bis heute in der divergenten Entwicklung der Marktanteile im Anschlussbereich einerseits und im Verbindungsbereich bemerkbar. Im Anschlussbereich stellen sich die Marktanteile wie folgt dar:

Telefonanschlüsse/ -zugänge und Wettbewerberanteile in Festnetzen

Telefonanschlüsse/-zugänge und Wettbewerberanteile in Festnetzen

	2011[1]			2012			2013[2]		
	Gesamt-bestand	Wettbewerber-anteil		Gesamt-bestand	Wettbewerber-anteil		Gesamt-bestand	Wettbewerber-anteil	
	in Mio.	in Mio.	in %	in Mio.	in Mio.	in %	in Mio.	in Mio.	in %
Analoganschlüsse	17,37	1,74	10,0	16,09	1,55	9,6	14,65	1,42	9,7
ISDN-Basisanschlüsse	10,83	3,63	33,5	10,10	3,26	32,3	9,02	2,86	31,7
ISDN-PMx-Anschlüsse	0,091	0,03	33,0	0,088	0,03	34,1	0,088	0,03	34,1
öffentliche Telefonstellen	0,060	0,001	1,7	0,050	0,001	2,0	0,048	0,001	2,1
Sprachzugänge über HFC-Netze	3,55	3,55	100,0	4,30	4,30	100,0	5,01	5,01	100,0
Sprachzugänge über FTTB-/FTTH-Netze	0,160	0,160	100,0	0,213	0,209	98,1	0,268	0,256	95,5
Sprachzugänge über entbündelte und für VoIP genutzte DSL-Anschlüsse	5,83	5,32	91,3	6,64	5,70	85,8	8,08	6,09	75,4
Summe Anschlüsse/ Zugänge	**37,89**	**14,43**	**38,1**	**37,48**	**15,05**	**40,2**	**37,16**	**15,67**	**42,2**

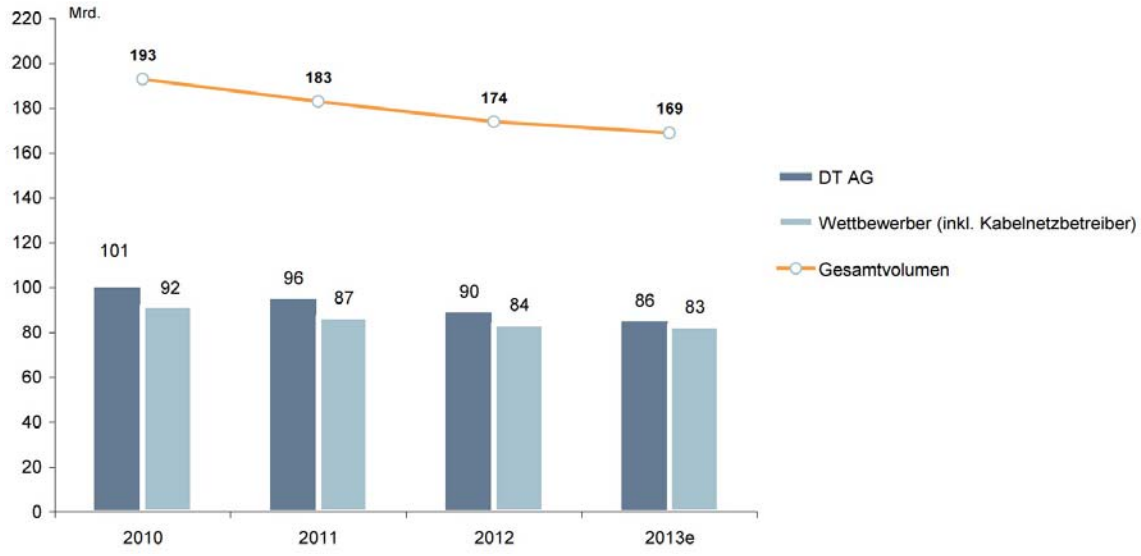
1) aktualisierte Werte
2) Prognosewerte

Angaben ohne Eigenbedarf

Quelle: Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2013, S. 71.

Im Jahr 2013 waren damit bundesweit 57,8% der Telefonanschlüsse bei der Betroffenen geschaltet. Diesem Anteil gegenüber zu stellen sind die Marktanteile im Verbindungsbereich.

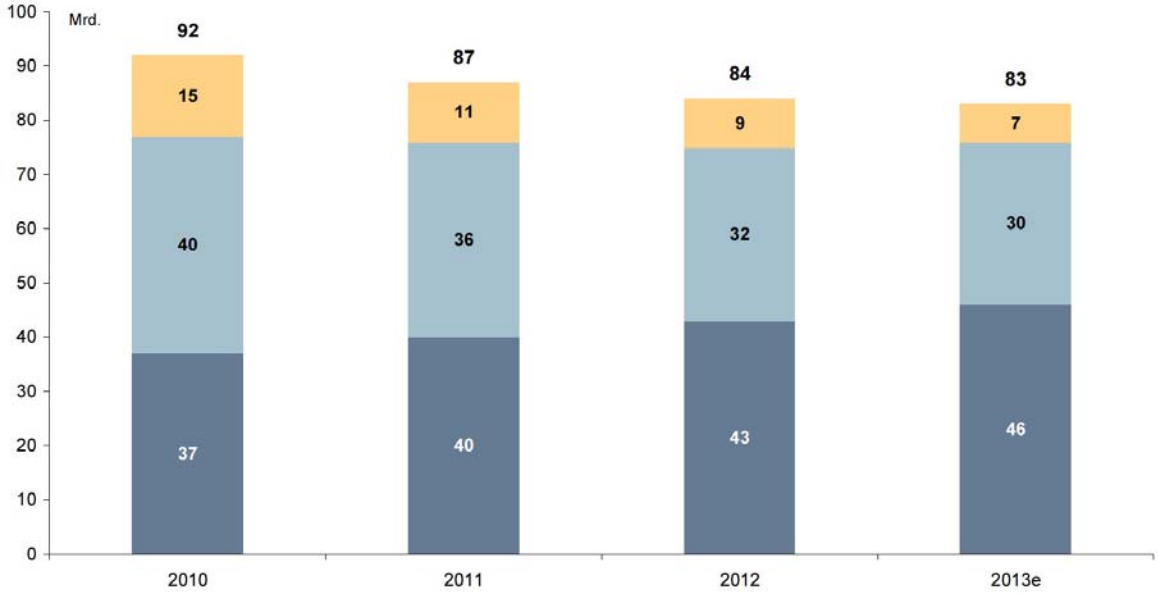
Abgehende Gesprächsminuten in Festnetzen



Quelle: Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2013, S. 75.

Hier hat die Betroffene im Jahr 2013 einen Marktanteil von – lediglich – 50,9%. Rechnet man allerdings die im Jahr 2013 (vornehmlich) über die Betreibervorauswahl und (nachrangig) über die Betreiberauswahl geführten 7 Milliarden Sprachminuten den von der Betroffenen selbst abgewickelten Sprachminuten in Höhe von 86 Milliarden hinzu, ergibt sich, dass im Jahr 2013 insgesamt 55% aller abgehenden Gesprächsminuten von Teilnehmern der Betroffenen erzeugt worden sind.

Über alternative Anbieter geführte Gesprächsminuten



Quelle: Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2013, S. 76.

Auch wenn man konzedieren muss, dass sich aufgrund der vermehrt abgesetzten Anschlüsse alternativer Anbieter und des Angebots von Pauschaltarifen durch die Betroffene sowohl die absoluten als auch die relativen Anteile von über die Betreiber(vor)auswahl abgewickelten Sprachminuten in den letzten Jahren verringert haben, sind im Jahr 2013 gleichwohl noch 4,1% aller Gesprächsminuten und immerhin 7,5% aller von Anschlüssen der Betroffen abgehenden Gesprächsminuten über die Betreiber(vor)auswahl abgewickelt worden. Es handelt sich hierbei nicht um eine vernachlässigbare Größe.

Die Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl – und damit die auferlegte Zugangsverpflichtung – belebt und fördert also den Wettbewerb im Verbindungsbereich.

3.2.1.1.2.2 Verbraucherinteressen

Die Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG ist ebenfalls geeignet, die Nutzer- und Verbraucherinteressen zu wahren.

Nach dem (zweiten) regulatorischen Grundziel sind die Nutzer-, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (§ 21 Abs. 1 S. 1 a.E.; § 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 1. Hs. und Abs. 3 Nr. 3 Alt. 1 TKG). Die Bundesnetzagentur berücksichtigt die Bedürfnisse bestimmter gesellschaftlicher Gruppen, insbesondere von behinderten Nutzern, älteren Personen und Personen mit besonderen sozialen Bedürfnissen (§ 2 Nr. 1 S. 3 TKG). Anzustreben ist ein größtmöglicher Nutzen für die Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 TKG). Außerdem sind wiederum die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit den Verbrauchern, die in den verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland herrschen, gebührend zu berücksichtigen (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 5 Alt. 2 TKG).

Die Auferlegung der hiesigen Zugangsverpflichtung und das damit – im Zusammenwirken mit den auf dem Zuführungsmarkt bestehenden Zugangsverpflichtungen – ermöglichte Angebot von Betreiber(vor)auswahl erhöht die Auswahl für einen wesentlichen Teil der Anschlussteilnehmer, soweit es um die Abwicklung der von ihnen geführten Gespräche geht. Denn zumindest die Teilnehmer der Betroffenen können zwischen einer Reihe unterschiedlicher Anbieter von Verbindungsleistungen wählen. Auch wenn die entsprechenden Nutzerzahlen in den vergangenen

Jahren, worauf die Betroffene hinweist, zurückgegangen sind, belief sich Ende 2012 allein die Zahl der Preselectioneinstellungen im Netz der Betroffenen auf den nach wie vor beachtlichen Wert von 1 Millionen Anschlüsse,

vgl. Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2013, S. 75.

Diese Auswahlmöglichkeit ist zudem gerade mit Blick auf die von der Betroffenen geforderten Preise von Interesse. Dies gilt zwar weniger im Bereich von Verbindungen zu inländischen Festnetzanschlüssen. In diesem Bereich bietet die Betroffene ohnehin verschiedene Pauschaltarife an. Von größerem Interesse sind dagegen die Verbindungen zu inländischen Mobilfunkanschlüssen und generell zu ausländischen Anschlüssen. Hier erhebt die Betroffene häufig minutenbasierte Entgelte, die mitunter weit über den Entgelten liegen, die bei Inanspruchnahme der Betreiber(vor)auswahl fällig werden.

So hat eine diesbezügliche Untersuchung der Bundesnetzagentur ergeben, dass in den heute nicht mehr angebotenen Tarifen der Betroffenen für Altkunden *T-Net Standard* und *T-Net Call Plus Standard* bei konsequenter Nutzung der Betreiberauswahl Ersparnisse zwischen 22% (Wenignutzer) und 65% (Vielnutzer) erzielbar sind. In dem angebotenen Tarif *Call Start* bestehen Ersparnismöglichkeiten durch die Betreiberauswahl zwischen 11% (Wenignutzer) und 48% (Vielnutzer). In dem Tarif *Call Basic*, der 120 Freiminuten enthält, liegen sie zwischen 9% und 41%.

3.2.1.1.2.3 Entwicklung des Binnenmarktes der EU

Weiterhin ist nach § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union und die Bereitstellung europaweiter Dienste zu fördern. Dieses Regulierungsziel wird durch die Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG dadurch gefördert, dass sie den Teilnehmern der Betroffenen die Möglichkeit eröffnet, über die Betreiber(vor)auswahl vergleichsweise günstige Gespräche auch ins europäische Ausland zu führen.

3.2.1.1.2.4 Förderung hochleistungsfähiger Netze.

Schließlich ist nach dem vierten Grundziel der Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG). Die vorliegend auferlegte Zugangsverpflichtung verhält sich letztendlich neutral zu diesem Ziel. Die Verpflichtung hat allein die Abwicklung des gerade nicht auf hochleistungsfähige Netze angewiesenen Sprachverkehrs zum Gegenstand. Die Betroffene trägt in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vor, die Verpflichtung verhalte sich nicht neutral zu dem Ziele der Förderung des Ausbaus hochleistungsfähiger Netze, da die Betroffene Einnahmen, die sie ohne Betreiber(vor)auswahl generieren könnte, nicht erziele, um sie in ihre Netze zu investieren. Diese Frage ist indes im Rahmen der Entgeltregulierung, nicht jedoch bei der Frage einer Zugangsverpflichtung relevant.

3.2.1.1.2.5 Ergebnis

Die auferlegte Zugangsverpflichtung ist geeignet, die maßgeblichen Regulierungsziele zu erreichen bzw. diese jedenfalls nicht zu beeinträchtigen.

3.2.1.1.3 Erforderlichkeit

Die Verpflichtung ist darüber hinaus erforderlich, um die dargelegten Regulierungsziele zu erreichen.

Es ist kein milderes Mittel ersichtlich, welches die Regulierungsziele mit gleicher Wirksamkeit erreichen würde. Dies gilt namentlich auch unter Berücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG) sowie unter Würdigung der Frage, ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG oder freiwillige Angebote am Markt, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der in § 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreichen (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TKG). Weder eine Gesprächsführung über alternative Telefonanschlüsse (Ziffer 3.2.1.1.3.1) noch Möglichkeiten der Gesprächsabwicklung über Internet- und/oder Mobilfunkanschlüsse (Ziffer 3.2.1.1.3.2) würden die verfolgten Ziele mit gleicher Intensität erreichen können.

3.2.1.1.3.1 Gesprächsführung über alternative Telefonanschlüsse

Ein nach wie vor beachtlicher Anteil von Teilnehmern der Betroffenen kann nicht darauf verwiesen werden, Verbindungsleistungen über von ihnen gebuchte Wettbewerber-Telefonanschlüsse abzuwickeln.

Soweit es dabei um hergebrachte Telefonanschlüsse geht, sind zwar nunmehr rund 80% der Haushalte in Deutschland an von Wettbewerbern erschlossene Hauptverteiler angeschlossen. Diese Haushalte können grundsätzlich TAL-basierte Angebote von Wettbewerbern wahrnehmen. Die Erschließung der Hauptverteiler scheint mittlerweile allerdings den Zenit überschritten zu haben. Aufgrund des Wettbewerbsdrucks der TV-Kabelanbieter, der laufenden NGA-Migration und auch der Tatsache, dass sich die bislang nicht erschlossenen Hauptverteiler typischerweise in Regionen befinden, in denen eine Erschließung ohnehin wirtschaftlich schwierig ist, ist in Zukunft eher mit einem Rückbau denn einem Ausbau HVt-TAL-basierter Geschäftsmodelle zu rechnen. Es besteht deshalb nur eine geringe Aussicht, dass die bislang nicht von Wettbewerbern TAL-basiert versorgbaren Endnutzer künftig gleichwohl derartige Angebote erhalten könnten.

Bitstrom-basierte Angebote von Komplettanschlüssen sind dagegen mittlerweile fast flächendeckend verfügbar. So können nach dem Breitbandatlas derzeit mehr als 94% der Endverbraucher mit DSL-Anschlüssen versorgt werden. Allerdings werden Endkunden, die nur (in geringem Umfang) Telefonie nachfragen, über Bitstrom-Vorleistungsprodukte nicht wirtschaftlich angeschlossen werden können. Dies spiegelt sich auch in den Angeboten der Wettbewerber wider. Ein reiner Telefonanschluss ohne Internetzugang wird von namhaften Wettbewerbern nicht mehr oder nur vereinzelt angeboten. Dagegen nutzten Ende 2013 bei der Betroffenen noch 9,043 Millionen Haushalte allein einen Schmalband-Anschluss zu Telefonzwecken,

vgl. Deutsche Telekom AG, Geschäftsbericht 2013, S. 91.

Abgesehen davon, dass es bundesweit noch immer eine gewisse Anzahl nicht DSL-versorgbarer Haushalte gibt, werden jedenfalls die reinen Telefonnutzer der Betroffenen – bei denen es sich typischerweise um eher ältere Haushalte handeln dürfte – mit den Komplettangeboten der Wettbewerber nicht interessengerecht bedient. Die Bundesnetzagentur hat diesbezüglich ermittelt, dass sich beim Vergleich der Tarife *Call Start* oder *Call Basic* der Betroffenen unter zusätzlicher Nutzung der Betreiberauswahl einerseits mit einem Komplettpaket eines DSL-Wettbewerbers andererseits im Fall eines Wenignutzers fast durchweg Mehrkosten bei Nutzung der Komplettpakets ergeben. Diese Mehrkosten steigern sich im Fall von Mittel- und Vielnutzern deutlich.

Darüber hinaus haben ca. 60% der Haushalte Zugang zu Kabelnetzen. Allerdings werden sich die nicht an ein Kabelnetz angebundenen Haushalte regelmäßig in denjenigen Gebieten befinden, in denen auch kein Hauptverteiler durch Wettbewerber erschlossen ist und die Leitung auch nicht bitstromfähig ist. Preislich sind die Angebote der Kabelnetzbetreiber jedoch zumindest für Wenignutzer und teilweise auch für Mittelnutzer durchaus interessant. Bei Vielnutzern entstehen generell höhere Kosten bei Nutzung von Kabelangeboten, weil bei diesem Nutzerprofil die typischerweise nicht pauschal abgerechneten Gespräche in Mobilfunknetze und ins Ausland stärker zu Buche schlagen.

Schließlich sind zwar durch den Ausbaugrad des Mobilfunknetzes in Deutschland stationäre Funklösungen nahezu flächendeckend verfügbar. Allerdings stehen die Endnutzer dieser (relativ neuen) Technologie und ihren Qualitätsmerkmalen noch relativ skeptisch gegenüber. Außerdem mögen zwar die Preise für Verbindungen in das inländische Festnetz durchaus günstig sein. Wie eine Untersuchung der Bundesnetzagentur ergeben hat, übersteigen die Preise für Verbindungen ins Mobilfunknetz oder ins Ausland dagegen jedenfalls diejenigen für Verbindungen von echten Festnetzanschlüssen deutlich. Es ist damit festzuhalten, dass prinzipiell für fast alle Kunden eine Wahlmöglichkeit zwischen unterschiedlichen wettbewerblichen Alternativen besteht. Allerdings bezieht sich die Wahlmöglichkeit in vielen Fällen nicht auf reine Telefonieangebote. Vielmehr handelt es sich bei den Alternativen zu nicht unerheblichen Teilen entweder um Bündelangebote oder um stationäre Funklösungen, bei denen sich zumindest für einen Teil der relevanten Nutzergruppen sowohl Fragen der technischen Akzeptanz als auch der preislichen Austauschbarkeit stellen. Im Übrigen kann angesichts der involvierten Größenordnungen davon ausgegangen werden, dass die Betreiber(vor)auswahl über die gesamte Regulierungsperiode hinweg nicht gleichwertig durch eine Wechselmöglichkeit auf alternative Telefonanschlüsse ersetzt werden kann.

Die Beschlusskammer schließt aber nicht aus, dass sich solche Wechselmöglichkeiten in der an die jetzige Regulierungsperiode anschließende Periode flächendeckend ergeben könnten. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter Ziffer 3.3.2.2 verwiesen. Dies könnte in einer künftigen Entscheidung auch Auswirkungen auf die Bewertung der Erforderlichkeit für die Auferlegung der Betreiber(vor)auswahl haben.

3.2.1.1.3.2 Gesprächsführung über Internet- und/oder Mobilfunkanschlüsse

Die von der Möglichkeit einer Betreiber(vor)auswahl begünstigten Teilnehmer der Betroffenen können aber auch nicht auf Mobilfunkangebote und kostenlose IP-Telefonie-Software, wie z.B. Skype, verwiesen werden.

Zwar ist namentlich die Monopolkommission der Auffassung, es gehe von solchen Angeboten bereits ein erheblicher Preisdruck auf die Betroffene aus,

> Monopolkommission, Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten, Rz. 40.

Allerdings bieten, wie die Präsidentenkammer in ihrer Marktdefinition festgestellt hat, weder Dienste wie Skype noch Mobilfunkangebote einen gleichwertigen Ersatz für die Betreiber(vor)auswahl. In diese Beurteilung spielen namentlich Aspekte wie Zugänglichkeit, Übertragungsqualität und Preis hinein,

> vgl. wegen der Einzelheiten Ziffern 9.1.7 und 9.1.9 der (anliegenden) Festlegung BK 1-11/006 vom 08.08.2013.

An dieser Feststellung konnte auch der erneute Vortrag der Betroffenen zu Skype und Callthrough-Diensten nichts ändern. Vielmehr hat eine von der Bundesnetzagentur im Nachgang zum Konsultationsverfahren durchgeführte Untersuchung ergeben, dass Callthrough und Skype allenfalls ein Komplement zu Telefontarifen der Anschlussbetreiber darstellen können. Bei In-

landsverbindungen und bei Verbindungen in nationale Mobilfunknetze können sie gegenüber Call-by-Call preislich nicht konkurrieren. Bei Telefonaten ins Ausland kann die Nutzung von Callthrough je nach Ziel Ersparnisse gegenüber Call-by-Call bringen (z. B. Türkei). In der Regel können Skype-Telefonate bei Verbindungen ins Ausland nur für Vielsprecher zu Ersparnissen gegenüber Call-by-Call führen, wenn Telefonate vom Computer zu Festnetz- und Mobiltelefonen geführt werden sollen.

3.2.1.1.3.3 Ergebnis

Die Untersuchung möglicher Alternativen hat ergeben, dass kein milderes Mittel vorliegt, welches mit gleicher Wirksamkeit wie die Betreiber(vor)auswahl die Regulierungsziele im Bereich der von Telefonanschlüssen ausgehenden Verbindungsleistungen erreichen könnte.

Von der Prüfung der Frage, ob eine Zugangsverpflichtung der Betroffenen zum Angebot der Betreiber(vor)auswahl erforderlich ist, ist die weitere Frage abzugrenzen, ob diese Verpflichtung auch jeweils in konkrete Zugangsvereinbarungen umgesetzt werden muss. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass, solange die Betroffene ihren Teilnehmern weiterhin die Betreiber(vor)auswahl ermöglicht, es nicht notwendigerweise eines Abschlusses derartiger Zugangsvereinbarungen bedarf. Weil die Betroffene aber ihre Praxis insofern auch ändern könnte, ist die Auferlegung der Zugangsverpflichtung gleichwohl erforderlich, um weiterhin die Betreiber(vor)auswahl sicherzustellen.

3.2.1.1.4 Verhältnismäßigkeit

Die Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne.

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sind einmal die Grundrechte zur Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und auf Schutz des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) im Blick zu behalten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeiten der Gewährung des Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG) sowie mit Bezug auf die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 3) sowie allgemein mit Blick auf Investitionsrisiken (§ 21 Abs. 1 S. 1 a.E.; § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4; § 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und Abs. 3 Nr. 3 Alt. 2 und Nr. 4 TKG). Ferner von Relevanz können die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit sein. So soll etwa die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch gefördert werden, dass die Bundesnetzagentur über angemessene Zeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beibehält (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG). Schließlich können auch die Einwirkungen auf weitere Rechtgüter wie gewerbliche Schutzrechte und Rechte an geistigem Eigentum (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TKG) sowie das Interesse an der Aufrechterhaltung der Netzintegrität und der Sicherheit des Netzbetriebs (§ 21 Abs. 4 und 5 TKG) im Einzelfall von Belang sein.

Nach diesen Maßgaben erscheint die auferlegte Zugangsverpflichtung angemessen.

So reicht insbesondere die verfügbare Kapazität für die Zugangsgewährung aus. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass die Betroffene die über Verbindungsnetzbetreiber generierten Verkehre unproblematisch abwickeln kann.

Mit Blick auf die Anfangsinvestitionen des Eigentümers unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken ist festzustellen, dass Investitionen in den Bau des Telefonnetzes fast ausschließlich zu Monopolzeiten von der Rechtsvorgängerin der Betroffenen getätigt wurden bzw. derzeit in ein NGA-Netz erfolgen, um breitbandige Anschlüsse absetzen zu können. Hinsichtlich des Absatzes von Schmalbandanschlüssen unterliegt die Betroffene damit keinen wesentlichen Investitionsrisiken.

Darüber hinaus ist unter Bezug auf den Grundsatz, wonach einheitliche Regulierungskonzepte über angemessene Zeiträume beibehalten werden sollten, anzumerken, dass vorliegend die bereits seit Öffnung der Telekommunikationsmärkte im Jahre 1998 eingeführte Möglichkeit zur Betreiber(vor)auswahl fortgeführt wird.

Es ist schließlich kein anderes Rechtsgut ersichtlich, dass von der vorliegend getroffenen Entscheidung maßgeblich berührt würde. Die auferlegte Zugangsverpflichtung erscheint damit als verhältnismäßig im engeren Sinne. Ein Absehen von der Verpflichtung würde dagegen die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endnutzermarktes, nämlich im Bereich der Verbindungsleistungen, behindern und den Interessen der Endnutzer im Sinne von § 21 Abs .1 S. 1 a.E. zuwiderlaufen.

3.2.1.2 Diskriminierungsverbot, § 19 TKG

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 2.2 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,

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

Um dieses Ziel auf einem wettbewerbsbeschränkten Markt zu verwirklichen, ist es grundsätzlich sinnvoll, dem dominierenden Unternehmen ein Gebot zur Gleichbehandlung aufzuerlegen. Das gilt insbesondere dann, wenn das beherrschende Unternehmen vertikal integriert ist und für andere Unternehmen, mit denen es konkurriert, Dienste erbringt. Denn dann besteht grundsätzlich immer ein Anreiz für das dominante Unternehmen, dass es sich intern günstigere Konditionen einräumt als es bereit ist, anderen Unternehmen, mit denen es im Wettbewerb steht, einzuräumen. 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 Betreiber(vor)auswahl allen Wettbewerbern gegenüber transparent und in gleicher Weise anbietet.

Andere Mittel reichen hierfür nicht aus. Zwar werden durch die Zugangsverpflichtung sowie durch Kontrolle des Zugangsentgeltes gemäß § 38 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 die Bereitstellung verzögern oder die Anzahl der bestellbaren Einrichtung der Betreibervorauswahl einschränken. Das Unternehmen hat einen (ökonomischen) Anreiz zu den oben angeführten Praktiken. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich, die sich auf sämtliche mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

Eine Beschränkung der Gleichbehandlungsverpflichtung auf den Preis bzw. eine Einengung der Verhaltenspflicht auf spezielle, konkret benannte Fallgestaltungen ist nicht angezeigt. Insbesondere ist nicht entscheidend, wie sich die Betroffene gerade auf dem Markt verhält oder wie sie sich in der Vergangenheit verhalten hat, sondern es ist von den Möglichkeiten auszugehen, die ihr offen stehen, um Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen oder Nachfrager zu übervorteilen. Die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit der Märkte rechtfertigt den Erlass von abstrakten Verpflichtungen und ist gerade nicht auf eine nachträgliche Kontrolle beschränkt. Die Möglichkeit zur Diskriminierung ist zugleich vielgestaltig und betrifft sämtliche der technischen, betrieblichen und preislichen Leistungsbedingungen. Eine Beschränkung auf einzelne Verhaltensweisen würde 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 Schadensersatz sowie die Erhebung von Leistungskennwerten über die tatsächlich erbrachte Qualität der Leistungsbereitstellung, insofern diese dazu dienen, die Gleichbehandlung des einzelnen Nachfragers gegenüber anderen Nachfragern und der Leistungsbereitstellung der Betroffenen für die selbst vertriebenen Endnutzerleistungen sicherzustellen. Eine ausdrückliche Auferlegung und Ausgestaltung dieser Verpflichtungen erfolgt jedoch nicht in der Regulierungsverfügung, sondern in den Verträgen über die Leistungsbeziehung sowie in ggf. darauf bezogenen Zusammenschaltungsanordnungen nach § 25 TKG.

3.2.1.3 Transparenzverpflichtung bzgl. allgemeiner Zugangsbedingungen, § 20 Abs. 1 TKG

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 2.3 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 Zugangsleistung 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 präzisierte – 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 die Betreiber(vor)auswahl bisher als eine Verpflichtung zu Gunsten der Anschlusskunden ausgestaltet war, ist die Verpflichtung zur Transparenz erforderlich, um bei einem ggfs. erfolgenden Abschluss von Zugangsverträgen eine Gleichbehandlung sicherstellen zu können. 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. Die Betroffene realisiert seit 1998 die Betreiber(vor)auswahl. Der Umstand, dass sie diese nunmehr nicht mehr zugunsten ihres Endkunden, sondern der Verbindungsnetzbetreiber erbringen muss, ändert an den Anforderungen an die Betroffenen nichts Grundlegendes. Auch bisher erfolgt die Bestellung der Einstellung der Betreibervorauswahl über den Verbindungsnetzbetreiber. Es ist ausreichend und der Betroffenen zuzumuten, dass sie die erforderlichen 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.

Diese Verpflichtung kommt allerdings erst dann zum Tragen, wenn die Betroffene beschließt die Betreiber(vor)auswahl nicht mehr gegenüber ihren Anschlusskunden direkt zu erbringen.

Der durch die hiermit auferlegte Transparenzpflicht für die Betroffene entstehende Aufwand steht nicht außer Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck, nämlich einer einfachen Ermögli-

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

3.2.1.4 Vorlage von Zugangsverträgen, § 20 Abs. 3 TKG

Die Vertragsvorlageverpflichtung nach Ziffer 2.4 des Beschlusstenors 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 etwa die Regulierungsverfügung BK 3b-08/089 vom 07.09.2009 – 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 3.2.1.3 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.

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 auferlegten Verpflichtung steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Betroffene gemäß Ziffer 2.3 zur Veröffentlichung bestimmter Vertragsinformationen verpflichtet ist. Denn die Verpflichtung zur Veröffentlichung bestimmter Informationen nach § 20 Abs. 1 TKG betrifft immer nur Musterbedingungen, nicht aber die im konkreten Einzelfall zwischen zwei Zusammenschaltungspartnern vereinbarten Bedingungen. 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 Vorlagepflicht 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.

3.2.1.5 Regulierung der Entgelte, § 38 TKG

Die Entgelte der Betroffenen für den Zugang durch Betreiber(vor)auswahl gemäß Ziffer 2.1 werden der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG entsprechend unterworfen.

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.

3.2.1.5.1 Tatbestand

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

3.2.1.5.2 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 Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, die nationale Regulierungsbehörde dem betreffenden Betreiber gemäß Art. 8 Zugangs-RL hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang Verpflichtungen u.a. betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise auferlegen.

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

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

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

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

3.2.1.5.3 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 Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Durch den Effizienzmaßstab wird eine Als-Ob-Betrachtung vorgegeben, die den Wettbewerbspreis simuliert,

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

Erlegt die Bundesnetzagentur dagegen eine Genehmigungspflicht nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG („andere Vorgehensweise“) auf, so ist eine Genehmigung gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 TKG analog ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG vorliegen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen oben unter Ziffer 3.1.3 verwiesen.

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

Unterliegen Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 als kategorial zweitschärfster Form der Entgeltkontrolle, sind sie der Bundesnetzagentur gemäß § 38 Abs. 1 TKG zwei Mona-

te 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, Be-schluss 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 Maß-stäben 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.

3.2.1.5.4 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.

3.2.1.5.4.1 Missbrauchskontrolle als Zweck der Entgeltregulierung auf dem verfahrensgegenständlichen Markt

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. Überwölbt werden diese Zielsetzungen, wie es sich auch aus dem Verweis in § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG (entsprechend) ergibt, von den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 und den – bei der Verfolgung dieser Ziele anzuwendenden – Regulierungsgrundsätzen des § 2 Abs. 3 TKG,

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

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

Diese Zielsetzungen treffen auf einen Markt, der nach wie vor von beträchtlichen Marktzutrittsschranken und einer auch längerfristig mangelnden Tendenz zu wirksamem Wettbewerb gekennzeichnet ist. Die Verhältnisse auf dem verfahrensgegenständlichen Endnutzermarkt werden von der Kombination eines überragend hohen Endkundenbestandes und nicht leicht zu duplizierender Infrastruktur auf Seiten der Betroffenen geprägt. Die Betroffene realisiert über ihr Anschlussnetz weiterhin die mit Abstand meisten Zugänge zum öffentlich zugänglichen Telefondienst. Zwar sinkt in Folge des Ausbaus von breitbandigen Anschlussleistungen insbesondere auch von Wettbewerberseite die Zahl der Endkunden der Betroffenen. Deshalb ist die Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl – und damit die auferlegte Zugangsverpflichtung – zur Belebung und Förderung des Wettbewerbs im Verbindungsbereich sowie der Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen erforderlich.

Dies kann der Betroffenen Anreize zu wettbewerbsschädigendem Verhalten im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts liefern. Um ihre eigene Wettbewerbsposition auf den Verbindungsmärkten zu stärken, könnte sich die Betroffene veranlasst sehen, durch Maßnahmen etwa in Form von missbräuchlich überhöhten Preisen die Wettbewerbsbedingungen zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Maßnahmen in der genannten Form würden indes insbesondere den Regulie-

rungszielen 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 deshalb sein, den Leistungswettbewerb dadurch zu schützen, dass die im allgemeinen Wettbewerbsrecht entwickelten Grenzen für Preismaßnahmen marktmächtiger Unternehmen auch auf dem vorliegenden Markt Beachtung finden.

3.2.1.5.4.2 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 im Zusammenhang mit der Gewährung zur Betreiber(vor)auswahl erhobenen Vorleistungsentgelte der Betroffenen einer Prüfung am Missbrauchsmaßstab des § 28 TKG.

3.2.1.5.5 Ermessensausübung hinsichtlich eines Genehmigungsverfahrens mit zusätzlicher Preisobergrenzenkontrolle

In weiterer pflichtgemäßer Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer entschieden, die Entgelte für den Zugang zur Betreiber(vor)auswahl gemäß Ziffer 2.1 nicht der Genehmigung nach Maßgabe einer zusätzlichen, über die Missbrauchsaufsicht hinausgehenden Preisobergrenzenkontrolle nach dem KeL-Maßstab (§ 31 Abs. 1 TKG) oder einem vergleichbar scharfen bzw. noch schärferen Maßstab (§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG) zu unterwerfen. Eine derartige Preisobergrenzenkontrolle ist nicht erforderlich.

Zwar besteht für Betroffene der Anreize, von den Nachfragern überhöhte Preise zu verlangen. Doch ist zu berücksichtigen, dass die Betroffene für die Gewährung der Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren kein gesondertes Entgelt erheben kann, weil die dafür erforderlichen Aufwendungen Teil der allgemeinen Netzkosten sind und dementsprechend Teil der Kosten der Verbindungsleistungen, die die Betroffene ihren Endkunden sowie ihren Vorleistungskunden erbringt, sind.

Hinsichtlich des Entgeltes für die Einrichtung der Betreibervorauswahl ist zu berücksichtigen, dass die Betroffene dies bisher vom Endkunden erhebt. Das aktuelle Entgelt beruht auf der Entgeltgenehmigung BK 2b-98/001 vom 15.06.1998. Seit dem TKG^{2004} war dieses Entgelt gemäß § 40 Abs. 1 TKG der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 38 Abs. 2 bis 4 TKG zu unterwerfen. Dies war offensichtlich hinreichend, um einen Preishöhenmissbrauch zu verhindern. Mit dieser Regulierungsverfügung erfolgt eine Änderung von einer Verpflichtung zu Gunsten des

Endkunden in eine Zugangsverpflichtung. Doch faktisch ändert sich nichts, denn auch bisher wurde das Entgelt im Ergebnis vom Verbindungsnetzbetreiber erhoben, denn dieser hat in aller Regel dem Endkunden diese Kosten erstattet. Deshalb lässt sich nach Überzeugung der Beschlusskammer die positive Erfahrung mit der nachträglichen Entgeltkontrolle auch auf die Zukunft unter dem geänderten Regulierungsregime übertragen.

Aus den vorstehend dargelegten Gründen waren auch die Anträge der Antragstellerinnen 3. und 4. auf Auferlegung einer ex-ante Kontrolle des Entgeltes für die Einrichtung der Betreiber(vor)auswahl nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung abzulehnen.

3.2.1.5.6 Ermessensausübung hinsichtlich einer zusätzlichen Vorlageverpflichtung

In weiterer pflichtgemäßer Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer entschieden, die Entgelte für den Zugang durch Betreiber(vor)auswahl gemäß Ziffer 2.1 des Tenors der Vorlagepflicht gemäß § 38 Abs. 1 TKG zu unterwerfen.

Die Anzeigepflicht und die damit einhergehende Verpflichtung, vor der Einführung oder Änderung von Tarifen ein zweimonatiges Moratorium einzuhalten, sind erforderlich, um die Verbindungsnetzbetreiber zu schützen. Denn grundsätzlich muss die Betroffene das aktuelle Modell nicht ändern, sie kann also weiterhin die Betreibervorauswahl mit dem Endkunden vertraglich vereinbaren und dementsprechend mit ihm abrechnen. Dieses Endkundenentgelt unterliegt nicht der Anzeigepflicht. Sollte die Betroffene jedoch dieses Regime umstellen wollen oder der Zugangsnachfrager eine Umstellung verlangen, weil die Betroffene die Bedingungen zu Lasten des Endkunden verschlechtert, so ist ein entsprechender Vorlauf erforderlich.

Dies belastet die Betroffene auch nicht in unangemessener Weise. In Abwägung mit den von der Anzeigepflicht verfolgten Zwecken, Wettbewerbsschäden und Rückabwicklungsprobleme von Nachfragern zu vermeiden, ist es der Betroffenen durchaus zuzumuten, durch frühzeitige Planung von Entgeltmaßnahmen die Beeinträchtigungen durch die Anzeigefrist so gering wie möglich zu halten. Danach gleichwohl verbleibende Einschränkungen in der Preissetzungsflexibilität hat sie letztendlich hinzunehmen.

An diesem Ergebnis ändert auch der Verweis der Betroffenen darauf nichts, dass das Entgelt bislang keiner Anzeigepflicht unterworfen war und die Wettbewerber nicht schutzbedürftiger als Endkunden seien. Eine mögliche Umstellung des Regimes bringt potentielle Unsicherheiten mit sich, denen durch Auferlegung der Anzeigepflicht Rechnung getragen werden soll.

3.2.1.6 Schmalbandige stationäre Funklösungen

Anders als bei den unter Ziffer 3.2.1 abgehandelten hergebrachten Anschlusstypen sieht die Beschlusskammer im Fall der schmalbandigen stationären Funklösungen davon ab, die Betroffene zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl zu verpflichten.

Dabei kann dahinstehen, ob die Ausweitung von Betreiber(vor)auswahl auf schmalbandige stationäre Funklösungen geeignet und erforderlich ist, die Wettbewerbsziele zu erreichen. Die Einbeziehung derartiger Funklösungen ist nämlich jedenfalls nicht angemessen. Zum derzeitigen Zeitpunkt bietet die Betroffene gegenüber den Endnutzern schmalbandige stationäre Funklösungen nicht an. Sollte sie dies allerdings in den nächsten Jahren tun wollen, müsste sie nach eigenen Angaben für die Ermöglichung der Betreiber(aus)wahl einen einstelligen Millionenbetrag investieren und zudem aufgrund der notwendigen Implementierungsarbeiten einen erheblichen zeitlichen Verzug bis zum Vermarktungsstart einkalkulieren müssen. Diesen Nachteilen ist gegenüber zu stellen, dass grundsätzlich auch andere Mobilfunknetzbetreiber derartige Anschlüsse anbieten können (und dies teilweise auch schon tun) und es daher in diesem Marktsegment ein geringeres Bedürfnis der Endnutzer als bei den hergebrachten Anschlusstypen bezüglich der Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl gibt. Zudem ist in Rechnung zu stellen, dass stationäre Funklösungen – anders als etwa das Angebot von All-IP-Anschlüssen, die im Rahmen der

Regulierungsverfügung BK 2c-09/002 vom 25.01.2010 Anlass zu Streitigkeiten gegeben hatten – zumindest vorerst Nischenlösungen bleiben dürften.

Aus den vorgenannten Gründen sieht die Beschlusskammer von der Auferlegung von Verpflichtungen bezüglich der Betreiber(vor)auswahl bei schmalbandigen stationären Funklösungen ab. Zugleich wird der entsprechende Antrag der Antragstellerin zu 4. abgelehnt. Für den Fall allerdings, dass die Betroffene künftig derartige Funklösungen als breitenwirksames Substitut für den Festnetz-Universalanschluss einführen sollte, behält sich die Beschlusskammer die Überprüfung und ggf. Ergänzung der vorliegenden Regulierungsverfügung um Verpflichtungen zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl vor.

3.2.1.7 Zugang zur einheitlichen Rechnungsstellung

Der im Rahmen der nationalen Konsultation erhobenen Forderung nach Zugang zur einheitlichen Rechnungsstellung ist nicht nach zu kommen. Der Vortrag, die Betroffene erbringe derzeit die Leistungsbereitstellung hinsichtlich der Fakturierung und Inkassierung von offline abgerechneten Leistungen auf rein freiwilliger Basis, trifft insofern zu, als keine Verpflichtungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG auferlegt worden sind. Es ist allerdings nicht ersichtlich, dass sie ihre bisherige Praxis ändern wollte. Vielmehr gibt es hierzu Vereinbarungen, die durch den Unterarbeitskreis „Billing“ des AKNN im Dokument „Abrechnungsverfahren zwischen Netzbetreibern sowie Netzbetreibern und Endkunden“ beschrieben sind. Ausdrückliches Ziel der Arbeit des Unterarbeitskreises „Billing“ ist danach „, die erforderlichen Abläufe der Verfahren zwischen Netzbetreibern zu beschreiben, um sowohl die Abrechnung zwischen Netzbetreibern als auch gegenüber Anrufern und Dienstanbietern sicherzustellen.“

> vgl.
> http://www.aknn.de/fileadmin/uploads/oeffentlich/Dokument_Abrechnungsverfahren_UAK_B_1.0.0.pdf

3.3 Keine Zugangsverpflichtung zur Ermöglichung eines Weitervertriebs von Anschlüssen

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gekommen, der Betroffenen keine Verpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG aufzuerlegen und die diesbezüglichen Anträge der Antragstellerinnen 3. und 4. abzulehnen. Nach dieser Vorschrift kann die Bundesnetzagentur Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die - wie die Betroffene - über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter Beachtung von § 21 Abs. 1 TKG verpflichten, Zugang zu bestimmten vom Betreiber angebotenen Diensten, wie sie Endnutzern angeboten werden, zu Großhandelsbedingungen zu gewähren, um Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen. Hierbei sind die getätigten und zukünftigen Investitionen für innovative Dienste zu berücksichtigen.

3.3.1 Maßgeblicher Markt, auf dem die beträchtliche Marktmacht vorliegen muss

Der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG stünde nicht entgegen, dass es sich bei dem vorliegend relevanten Markt um einen Endkundenmarkt handelt. Die Festlegung einer bestimmten Regulierungsverpflichtung erfordert keine auf sie bezogene spezifische Marktdefinition und –analyse. Vielmehr genügt eine ausreichende Begründung dafür, dass die betreffende Verpflichtung im Verhältnis zum festgestellten Marktversagen sinnvoll und angemessen ist. Erforderlich, aber auch ausreichend für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung ist daher ein enger funktionaler Zusammenhang zwischen der Einrichtung, zu der Zugang zu gewähren ist, und dem Markt, für den ein Regulierungsbedarf festgestellt worden ist.

> vgl. BVerwG, Urteil 6 C 11.12 vom 12.06.2013, Rn. 26

Diesen engen funktionalen Zusammenhang hat das Bundesverwaltungsgericht für die vorliegend relevante Konstellation bejaht.

> vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 32.

3.3.2 Ermessensausübung

Nach Überzeugung der Beschlusskammer würden die für die Betroffene mit der Auferlegung dieser Abhilfemaßnahme verbundenen Belastungen und Nachteile unter Berücksichtigung der Regulierungsziele bzw. der Regulierungsgrundsätze nach § 2 TKG sowie der Kriterien in § 21 Abs. 1 Nrn. 1 bis 7 TKG außer Verhältnis zu den erreichbaren Vorteilen stehen.

3.3.2.1 Eignung

Nach Ansicht der Beschlusskammer wäre die Auferlegung einer Resale-Verpflichtung zu Großhandelsbedingungen zwar, wenn auch nur in geringem Maße, geeignet, den Wettbewerb auf dem Markt „Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ zu fördern. Denn mit der Vorleistung würde dem Zugangsnachfrager das einfache Angebot von schmalbandigen Anschlüssen ermöglicht. Weil aber die Nachfrage nach solchen Angeboten aktuell lediglich ca. 25% der Festnetzanschlüsse ausmacht,

> vgl. Jahresbericht der Bundesnetzagentur 2013, S. 71 und Geschäftsbericht der Deutsche Telekom AG, S. 91,

und dieser Anteil seit Jahren sinkt und voraussichtlich erheblich weiter sinken wird, bliebe die Wettbewerbswirkung dieser Vorleistung begrenzt.

Die Auferlegung von Anschluss-Resale könnte zudem den Verbraucherinteressen dienen. Mittels Anschluss-Resale wäre es Wettbewerbern nämlich möglich, in Gebieten, welche noch nicht vom Wettbewerb auf TAL-Basis erreicht worden sind, unkompliziert Single-Play-Anschlüsse auf den Markt zu bringen. Der Mehrnutzen für Verbraucher hielte sich allerdings in einem engen Rahmen, da auch Nutzer, welche keine Alternativen zu einem Telefonanschluss bei der Betroffenen haben, dank Betreiber(vor)auswahl nicht darauf angewiesen sind, auch die Verbindungen über die Betroffene abzuwickeln.

Anders als bei der Betreiber(vor)auswahl, die positive Auswirkungen auf das Preisniveau auf den Verbindungsmärkten hatte und nach wie vor hat (s.o. Ziffer 3.2), ist zudem nicht damit zu rechnen, dass sich der Zugang zum Anschluss-Resale positiv auf das Anschlusspreisniveau auswirken würde. Denn unabhängig davon, welchem Entgeltregulierungsregime ein Anschluss-Resale unterworfen würde, wäre jedenfalls darauf zu achten, dass es nicht zu missbräuchlichen Entgelten kommt. Insbesondere dürfte es nicht einen zu geringen Preisabstand zu anderen Vorleistungsprodukten, vor allem zu den Entgelten für den TAL-Zugang, geben, sog. Kosten-Kosten-Scheren. Folglich wäre die Flexibilität der Nutzer von Anschluss-Resale bei der Gestaltung ihrer Endkundenpreise von vorneherein deutlich eingeschränkt.

Ob eine solche Vorleistung zudem geeignet wäre, die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union zu fördern (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG), ist aus Sicht der Beschlusskammer dagegen fraglich. Denn das Anschluss-Resale ist lediglich ein Nischenprodukt und wahrscheinlich nicht für ein übernationales Angebot geeignet.

Die Verpflichtung ist dagegen nicht geeignet, den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG). Denn bei dem aufgrund des zugrunde liegenden relevanten Marktes hier alleine in Betracht kommenden Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen geht es um die Vermarktung schmalbandiger, also leistungsschwacher, Anschlüsse.

3.3.2.2 Erforderlichkeit

Die Auferlegung der Verpflichtung zum Anschluss-Resale wäre nach Ansicht der Beschlusskammer wahrscheinlich auch zur Förderung des Wettbewerbs und der Endkundeninteressen erforderlich.

Zwar stehen dem Zugangsnachfrager im Wesentlichen tragfähige vorgelagerte Zugangsprodukte zur Verfügung, nämlich der Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung sowie der Zugang zum IP-Bitstrom. Doch sind diese bisher nicht hinreichend, um Wettbewerb auf dem verfahrensgegenständlichen Markt zu erreichen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen oben unter Ziffer 3.2.1.1.3.1 verwiesen.

Die Anzahl der für den Zugangsnachfrager tatsächlich nur über ein Anschluss-Resale erreichbaren Endkunden ist begrenzt. Von den ca. 21, 4 Mio Anschlusskunden der Betroffenen, verfügen 9,043 Mio. über einen reinen schmalbandigen Anschluss,

> vgl. Deutsche Telekom AG, Geschäftsbericht 2013, S. 91.

Lediglich diese sind für das Anschluss-Resale adressierbar. Von diesen dürfte aber ein erheblicher Anteil in von TAL-Nachfragern ausgebauten Gebieten liegen. Die Zahl der von alternativen Anbietern erschlossenen Hauptverteilerstandorte ist von zuletzt 3.000 auf nunmehr gut 4.000 weiter angewachsen. Damit sind nunmehr rund 80 % der Haushalte in Deutschland über die entbündelte TAL erreichbar,

> vgl. Festlegung BK 1-11/006 vom 08.08.2013, S. 126

Nach Einschätzung der Beschlusskammer liegt dementsprechend die Anzahl der Endkunden, für welche ein Anschluss-Resale erforderlich wäre, weil es für diese Endkundengruppe keine nachfragegerechten Alternativprodukte gibt, bei maximal 10 % der Anschlüsse, mithin höchstens 3,6 Mio. Anschlüssen. Dabei ist aber davon auszugehen, dass ein erheblicher Anteil dieser Endkunden nicht wechselaffin ist,

> vgl. Festlegung BK 1-11/006 vom 08.08.2013, S. 142 und S. 146.

Damit verringert sich die Bedeutung eines Anschluss-Resale noch einmal zusätzlich.

Zudem plant die Betroffene die Umstellung ihres PSTN/ISDN auf ein NGN. Sie hat inzwischen erklärt, dass sie bis Ende 2018 ihr gesamtes europäisches Netz auf ein All-IP-Netz umstellen will,

> http://www.telekom.com/medien/konzern/217732.

Die PSTN/ISDN-Zusammenschaltung will sie nach eigenem Bekunden und eigenen Planungen bis Ende 2016 durch die NGN-Zusammenschaltung ablösen,

> siehe Ziffer 1 des Hauptteils des von der Antragstellerin zur Überprüfung vorgelegten IC-Standardangebots, das Gegenstand des anhängigen Standardangebot-Überprüfungsverfahrens BK3d-13-033 ist, dort Bl. 9 der Akte.

Damit entfällt wahrscheinlich schon im Laufe des Jahres 2017, spätestens jedoch Ende 2018, die Erforderlichkeit eines Anschluss-Resale vollständig.

Denn für die Umstellung von der PSTN/IDSN-Technik auf das NGN muss sie die reinen ISDN- und PSTN-Anschlüsse an neu zu errichtende Multi-Service-Access-Nodes (MSAN) anschließen. Netzseitig werden die Telefondienste dann im NGN mittels VoIP realisiert. Mit dieser Umstellung

kann die Betroffene dann Zugang auch zu den in IP-Technik realisierten schmalbandigen Telefonanschlüssen gewähren („schmalbandiger Bitstrom“). Nach der Migration ist daher grundsätzlich ein geeigneter Zugang zu diesen Anschlüssen möglich.

3.3.2.3 Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen wäre allerdings nicht angemessen, da die für die Betroffene mit der Auferlegung dieser Abhilfemaßnahme verbundenen Belastungen und Nachteile unter Berücksichtigung der Regulierungsziele bzw. der Regulierungsgrundsätze nach § 2 TKG sowie der Kriterien in § 21 Abs. 1 Nrn. 1 bis 7 TKG außer Verhältnis zu den erreichbaren Vorteilen stehen würden.

Wie dargelegt, ist das Potenzial eines Anschluss-Resales für eine Wettbewerbsbelebung bezogen auf den Gesamtmarkt gering. Zwar mag die Verfügbarkeit eines rabattierten Anschluss-Resales für die Bereitstellung von sog. „Filial-Angeboten“ wünschenswert sein. Es handelt sich dabei jedoch, wie auch in der Stellungnahme der Verizon Deutschland GmbH ausgeführt, um ein Nischenprodukt, von welchem keine Impulse für die Wettbewerbsbelebung auf dem Gesamtmarkt zu erwarten sind. Darüber hinaus war es Wettbewerbern schon in der Vergangenheit, mittels bei der Betroffenen eingekaufter Endkundenanschlüsse, offenbar möglich, sog. „Fialial-Angebote“ am Markt zu platzieren. Hinzu kommt, dass der Markt für Telefonanschlüsse sich weg von reinen Schmalbandanschlüssen hin zu Komplettanschlüssen mit breitbandigem Internetzugang entwickelt. Schmalbandanschlüsse sind bei der Betroffenen zwar noch im beachtlichen Umfang vorhanden. Sie sind aber kaum mehr Gegenstand einer aktiven Vermarktung. Impulse für die Entwicklung eines nachhaltigen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt sind von daher nicht mehr zu erwarten.

Anders als bei der Betreiber(vor)auswahl, die positive Auswirkungen auf das Preisniveau auf den Verbindungsmärkten hatte und nach wie vor hat (s.o. Ziffer 3.2), ist nicht damit zu rechnen, dass sich der Zugang zum Anschluss-Resale positiv auf das Anschlusspreisniveau auswirken würde. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen oben unter Ziffer 3.3.2.1 verwiesen. Gegen die Auferlegung einer Resale-Verpflichtung spricht jedoch zum einen der damit verbundene Einführungsaufwand für die Betroffene. Die Betroffene hat angegeben, dass die Schaffung der notwendigen Voraussetzungen für ein Anschluss-Resale mindestens 12 bis 18 Monate in Anspruch nehmen und insgesamt mindestens einen deutlich einstelligen Millionenbetrag kosten würde. Hierbei sind die von der Betroffenen angegebenen zusätzlichen Kosten für die Herstellung der Abrechenbarkeit von offline gebillten Mehrwertdiensten noch nicht enthalten. Die Beschlusskammer musste diese Angaben allerdings nicht weiter überprüfen. Denn auch bei einer kürzeren Einführungszeit und bei geringeren Kosten, also Aufwand, wäre eine Auferlegung des Zugangs letztlich nicht angemessen, weil diese Zugangsleistung nur für einen Randbereich des Marktes sowie für eine Übergangszeit von drei bis maximal vier Jahren erforderlich wäre.

Vor diesem Hintergrund stünde die erstmalige Auferlegung einer Abhilfemaßnahme auch nicht in Einklang mit dem Regulierungsgrundsatz eines einheitlichen Regulierungskonzeptes und der Förderung der Vorhersehbarkeit und Kontinuität der Regulierung gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG. Wie oben dargestellt, entfällt spätestens mit der vollständigen Umstellung des Netzes der Betroffenen auf ein NGN die Erforderlichkeit eines Anschluss-Resale, da dann auch ein Angebot von schmalbandigem Bitstrom möglich sein wird. Die erstmalige Auferlegung einer Abhilfemaßnahme zu einem Zeitpunkt, in dem bereits das Ende der Erforderlichkeit eben dieser Maßnahme und die Herausnahme des relevanten Marktes aus der Märkteempfehlung absehbar ist

> siehe http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/draft-revised-recommendation-relevant-markets

und infolge deren eine erneute Auferlegung innerhalb des nächsten Überprüfungszeitraums nach jetzigem Erkenntnisstand höchstwahrscheinlich nicht mehr in Betracht kommen wird, entspricht nur dann der Vorhersehbarkeit und Einheitlichkeit der Regulierung, wenn diese im besonderen Maße für die Erreichung der Regulierungsziele, insbesondere der Wettbewerbsförderung, erforderlich ist. Dies ist aber gerade, wie dargelegt, nicht der Fall.

Schließlich spricht gegen die erstmalige Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale zum gegenwärtigen Zeitpunkt, gut 16 Jahre nach Beginn der Marktregulierung, dass das TKG in seiner geltenden Fassung - anders als noch das TKG 1996 - mit dem System der zeitabschnittsweisen Auferlegung individueller Verpflichtungen bezweckt, eine zwar flexible, aber gleichwohl strikt am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Regulierung zur Behebung eines festgestellten Marktversagens zu ermöglichen. Damit soll zugleich eine Überregulierung vermieden und je nach dem Stand der Marktverhältnisse der schrittweise Abbau von Regulierung angestoßen werden.

> vgl. BVerwG, Urteil 6 C 36.10 vom 14.12.2011, Rz. 34 und zuletzt BVerwG, Urteil 6 B 16.13 vom 23.10.2013, Rz. 6

Vor diesem Hintergrund geriete die erstmalige Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale in ein Spannungsverhältnis zu dieser ebenfalls im TKG verankerten Zielsetzung.

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.

Bonn, den 07.07.2014

Wilmsmann (Vorsitzender)	Möller (Beisitzer)	Dr. Geers (Beisitzer)

Anlage
(Festlegung der Präsidentenkammer)