Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 2
BK 2a 06/001-R

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf den Märkten Nr. 1-6 „Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten und öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten“ der Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 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 2003/311/EG) (ABl. EU Nr. L 114 S. 45)

gegen:

das Unternehmen Deutsche Telekom AG, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand und alle mit ihm verbundenen Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 29 TKG, derzeit insbesondere die Unternehmen T-Systems International GmbH und T-Online International AG,

Betroffene,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Redecker, Sellner, Dahs und Widmaier, Mozartstraße 4-10, 53115 Bonn, für die Unternehmen Deutsche Telekom AG, T-Systems Business Services GmbH und T Systems Enterprise Services GmbH sowie Frau Dorothee Zechmann für das Unternehmen T-Online International GmbH

hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen,

am 23.06.2006

durch

den Direktor Dipl.-Ing. Bernhard Kuhrmeyer (Vorsitzender),
den Regierungsdirektor Rainer Busch (Beisitzer 1) und
den Regierungsrat Jörg Lindhorst (Beisitzer 2)

nach anliegender von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur getroffenen Festlegung:

„Auf den regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Märkten für:

1. den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, mit Ausnahme derjenigen Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen € ohne Umsatz-

steuer (d.h. netto) erbracht werden, und

2. öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten (hierzu zählen auch Verbindungen, die über VoIP-Dienste hergestellt werden, sofern der betreffende Dienst neben Verbindungen innerhalb der genutzten IP-Netze auch einen Zugang ins Festnetz gewährleistet und somit Verbindungen in nationale und internationale Festnetze im Sinne einer Any-to-Any-Verbindung ermöglicht), mit Ausnahme derjenigen Verbindungsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen € ohne Umsatzsteuer (d.h. netto) erbracht werden,

verfügen das Unternehmen Deutsche Telekom AG und die mit ihm verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), derzeit insbesondere die Unternehmen T-Systems International GmbH und T-Online International AG, im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht."

folgende

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

beschlossen:

1. <u>Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Märkte 1-2 der EU-Empfehlung)</u>

a.) Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl

Die Betroffene wird 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 besteht, die festgelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen. Der Teilnehmer soll dabei auch unterschiedliche Voreinstellungen für Orts- und Fernverbindungen vornehmen können (§ 40 Abs. 1 TKG).
.
Etwaige Entgelte für Endnutzer, welche die vorgenannten Leistungen in Anspruch nehmen, unterliegen gemäß § 40 Abs. 1 S. 5 TKG der nachträglichen Entgeltregulierung nach Maßgabe des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG.

b.) Anzeigepflicht für Anschlussentgelte

Gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG unterliegen die Entgelte der Betroffenen für Endnutzerleistungen auf dem Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten der nachträglichen Regulierung. Der Betroffenen wird darüber hinaus auferlegt, ihre Entgeltmaßnahmen sowie Entgeltmaßnahmen der mit ihr verbundenen

Unternehmen im Bereich der Entgelte für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Märkte 1-2 der EU-Empfehlung) zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten der Bundesnetzagentur zur Kenntnis zu geben (§ 39 Abs. 3 S. 2 TKG). Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl von anderen Endnutzern übertragbar sind, sind der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben, sofern die betroffenen Zugangsleistungen nicht ausnahmsweise im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen € ohne Umsatzsteuer (d.h. netto) erbracht werden (§ 39 Abs. 3 S. 4 TKG).

2. Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten (Märkte 3 und 5 der EU-Empfehlung)

Gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG unterliegen die Entgelte der Betroffenen für Endnutzerleistungen auf dem Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten der nachträglichen Regulierung. Hierzu zählen aufgrund der durch die Präsidentenkammer getroffenen Festlegung neben den herkömmlichen im Festnetz geführten Sprachtelefondienstverbindungen insbesondere auch solche Verbindungen, die über VoIP-Dienste hergestellt werden, sofern der betreffende Dienst neben Verbindungen innerhalb der genutzten IP-Netze auch einen Zugang ins Festnetz gewährleistet und somit Verbindungen in nationale und internationale Festnetze im Sinne einer Any-to-Any-Verbindung ermöglicht. Der Betroffenen wird darüber hinaus auferlegt, ihre Entgeltmaßnahmen, bzw. Entgeltmaßnahmen der mit ihr verbundenen Unternehmen im Bereich der Entgelte für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten (Märkte 3 und 5 der EU-Empfehlung), d.h. sowohl Entgeltmaßnahmen bei herkömmlichen Festnetz-Inlandsverbindungen als auch Entgeltmaßnahmen für inländische VoIP-Verbindungen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten der Bundesnetzagentur zur Kenntnis zu geben (§ 39 Abs. 3 S. 2 TKG). Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl von anderen Endnutzern übertragbar sind, sind der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben, sofern die betroffenen Verbindungsleistungen nicht ausnahmsweise im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen € ohne Umsatzsteuer (d.h. netto) erbracht werden (§ 39 Abs. 3 S. 4 TKG).

3. Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten (Märkte 4 und 6 der EU-Empfehlung)

Bezüglich des Marktes für öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten (Märkte 4 und 6 der EU-Empfehlung) ist die Präsidentenkammer nach Durchführung des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens zu dem Ergebnis gelangt, dass keine marktbeherrschende Stellung der Deutschen Telekom AG und damit wirksamer Wettbewerb im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 1 TKG besteht. Damit unterliegt die Betroffene auf diesem Markt auch nicht mehr der Entgeltkontrolle und der besonderen Missbrauchsaufsicht nach den Vorschriften des 2. Teils des Gesetzes.

4. Anordnungen im Rahmen der Entgeltregulierung

Die Betroffene wird verpflichtet, der Bundesnetzagentur zeitgleich mit der Vorlage der Tarifanzeige die für eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung der beabsichtigten Entgeltmaßnahme erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen (§ 29 Abs. 1 TKG)

I. Sachverhalt

Die Betroffene ist Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Bundespost Telekom und als solche Eigentümerin der von dieser aufgebauten Telekommunikationsnetze sowie der dazu gehörenden technischen Einrichtungen. Damit verfügt sie über eine bundesweit flächendeckende Telekommunikationsinfrastruktur, auf deren Basis sie unter anderem auch öffentlich zugängliche Telefondienste anbietet.

Im Wesentlichen aufgrund der vormaligen Monopolstellung ihrer Rechtsvorgängerin verfügte die Betroffene während des gesamten Geltungszeitraumes des TKG (a.F.) über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Sprachtelefondienst (vgl. zuletzt Beschlüsse BK 2a 04/007, BK2a 04/013 und BK2a 04/014 vom 25.06.2004).

Am 26.06.2004 trat das novellierte Telekommunikationsgesetz vom 22.06.2004 (BGBl. I, S. 1190) – im folgenden „TKG“ – , mit dem europäische Richtlinienvorgaben

> *(Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 33); Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste (Genehmigungsrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 21); Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 7); Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 51) sowie Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 201 S. 37))*

umgesetzt werden, in Kraft und das TKG (a.F.) außer Kraft.

Mit Bescheid BK2a 04/045 wurde der Betroffenen durch die Bundesnetzagentur auferlegt, bis zum Erlass einer auf dem Ergebnis des seinerzeit anhängigen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens beruhenden endgültigen Regulierungsverfügung ihre Entgeltmaßnahmen im Bereich der Entgelte für Endnutzerleistungen für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, der öffentlichen Orts- und/oder Inlandsgespräche an festen Standorten und der öffentlichen Auslandsgespräche an festen Standorten zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten der Regulierungsbehörde zur Kenntnis zu geben. Diese insoweit vorläufige Anzeigeverpflichtung wurde vom Verwaltungsgericht Köln mit Urteil vom 26.01.2006 aufgehoben, weil nach Auffassung des Gerichts die nach § 39 Abs. 1 S. 1 TKG zu beachtenden konkreten Tatsachen dafür gefehlt hätten, dass die Verpflichtungen im Vorleistungsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nicht zur Erreichung der Regulierungsziele führten. Insbesondere reichten allgemeine, d.h. ohne konkreten Bezug zur Lage auf dem in Betracht kommenden Endnutzermarkt formulierten Erwägungen nicht aus, um das in § 39 Abs. 1 S. 1 TKG normierte Regel-Ausnahme-Verhältnis, welches die Ex-ante-Regulierung im Verhältnis zur Ex-post-Regulierung lediglich als subsidiär ansehe, umzukehren (VG Köln Urteil vom 26.01.2006 - Az. 1 K 266/05 -).

Mit Schreiben vom 09.01.2006 hat die Beschlusskammer der Betroffenen mitgeteilt, dass sie bzw. die mit ihr verbundenen Unternehmen nach dem Ergebnis des im Rahmen der Marktanalyse für die Märkte „Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“, „öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten“ und „öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten“ (Märkte 1-6 der EU-Empfehlung) durchgeführten nationalen Konsultationsverfahrens über eine beträchtliche Marktmacht auf dem Markt für den „Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an

festen Standorten“ und auf dem Markt für „öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten“ verfügen. Ferner wurde ihr mitgeteilt, welche Verpflichtungen aus Sicht der Beschlusskammer für die betroffenen Märkte konkret in Betracht kommen.

In ihrer Stellungnahme vom 23.01.2006 hat die Betroffene diesbezüglich vorgetragen, dass ungeachtet ihrer weiterhin bestehenden erheblichen tatsächlichen und rechtlichen Bedenken gegen die Durchführung und das Ergebnis des Marktanalyseverfahrens aus ihrer Sicht auch die Voraussetzungen für die Auferlegung zusätzlicher Regulierungsverpflichtungen nicht gegeben seien.

So stelle insbesondere die Festlegung einer Genehmigungspflicht eine der besonderen Rechtfertigung bedürftige Ausnahme bei der Regulierung von Endkundenentgelten dar, die insoweit gem. Art. 17 URL nur als ultima ratio in Betracht kommen könne. Der Maßnahmenkatalog des § 39 TKG setze im Übrigen die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nur unzureichend um. Zwar stelle der Gesetzgeber im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben die drei Verfahrensarten nicht gleichberechtigt nebeneinander. Vielmehr werde ein Regel-Ausnahme-Verhältnis vorgegeben, das zu rechtlichen Bindungen der Bundesnetzagentur bei der Ausgestaltung der Regulierungsverfügung führe. Danach sei das Ex-post-Verfahren der gesetzliche Regelfall, die Auferlegung von zusätzlichen Verpflichtungen dagegen nur als ultima ratio anzusehen. Bedenklich wäre jedoch, dass die Eingriffsvoraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 a) URL, die nach der Systematik der Richtlinie eigentlich Voraussetzung für jegliche Maßnahme sein sollten, nur in Bezug auf die Genehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 TKG übernommen worden seien. Dagegen knüpfe bereits die Auferlegung der Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG an geringere Anforderungen an, während die Ex-post-Regulierung nach dem Wortlaut des Gesetzes sogar unmittelbar, d.h. ohne Entscheidung nach § 13 gelten würde. Gegen die Auferlegung einer Genehmigungspflicht spräche insoweit auch, dass diese eine zwingende Verknüpfung zum materiellen Prüfungsmaßstab des § 31 TKG herstellen würde, was dazu führen würde, dass die Preisobergrenze anhand der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung geprüft werden müsste. Eine Genehmigungspflicht könne daher nur dann in Betracht kommen, wenn die betroffenen Entgeltmaßnahmen aufgrund konkreter Anhaltspunkte einen Verstoß gegen § 31 Abs. 1 S. 1 TKG befürchten ließen, was vorliegend nicht der Fall sei.

Im Hinblick auf die vorgesehene Anzeigeverpflichtung sei der Bundesnetzagentur die Position der Betroffenen bekannt, so dass in diesem Verfahrensstadium auf eine vertiefte Stellungnahme verzichtet werde.

Schließlich stelle sich auch die Auferlegung einer uneingeschränkten Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung als rechtswidrig dar. So sei es insoweit genügend, die Verpflichtung auf den T-Net-Basis-Anschluss der Betroffenen zu beschränken.

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung ist im Amtsblatt Nr. 4/2006 vom 22.02.2006 als Mitteilung Nr. 74/2006 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Innerhalb dieser Frist sind sieben schriftliche Stellungnahmen von Unternehmen und Verbänden eingegangen, nämlich von der Firma AOL Deutschland GmbH & Co. KG (AOL), dem Bundesverband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. (VATM), der Firma BT Germany GmbH & Co. OHG (BT), der Firma Arcor AG & Co. KG (Arcor), der Firma Tele2 GmbH (Tele2), der Firma Verizon Business MCI Deutschland GmbH (MCI) und der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN) sowie zwei schriftliche Stellungnahmen des betroffenen Unternehmens, d.h. einerseits eine gemeinsame Stellungnahme der Firmen Deutschen Telekom AG, T-Com, T-Systems Business Services GmbH und T-Systems Enterprise Services GmbH (DTAG) sowie andererseits eine Stellungnahme der Firma T-Online International AG (T-Online).

Die Firma AOL hat sich in ihrer Stellungnahme vom 15.03.2006 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

AOL begrüßt, dass die Anzeigepflicht nicht auf die eigentlichen Tarife beschränkt werde, sondern auch die entgeltrelevanten Bestandteile der allgemeinen Geschäftsbedingungen umfasse. Positiv sei weiterhin, dass ausdrücklich auch VoIP-Verbindungsentgelte der Anzeigepflicht unterworfen würden, da nur so der Gefahr einer Übertragung von Marktmacht aus dem Festnetzbereich auf den VoIP-Bereich begegnet werden könne.

Bedenklich sei allerdings, dass Paketangebote nicht der Anzeigepflicht unterliegen sollten. Nach den Erfahrungen von AOL Deutschland seien jedoch gerade bei diesen Angeboten Quersubventionierungen und Bündelungspraktiken zu befürchten.

Begrüßt werde schließlich auch die Anordnung, dass die Betroffene zeitgleich mit der Tarifanzeige die für die Offenkundigkeitsprüfung erforderlichen Unterlagen zur Verfügung stellen müsse. Allerdings sei die Anordnung nach Auffassung von AOL noch zu wenig spezifiziert. So seien insbesondere bei Pauschalentgelten auch detaillierte Angaben über erwartete und in der Vergangenheit gemessene Nutzungscharakteristika erforderlich. Insoweit wäre es wünschenswert, wenn die von der Betroffenen mit der Tarifanzeige vorzulegenden Unterlagen auch Kostennachweise einschließen würden. Die verlangten Unterlagen sollten auch aus Gründen der Rechtssicherheit im Tenor der Entscheidung ausdrücklich spezifiziert werden.

Der VATM hat sich in seiner Stellungnahme vom 22.03.2006 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Der VATM begrüßt es sehr, dass die Bundesnetzagentur den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen weit versteht.

Allerdings halte der VATM für den Bereich der Anschlussentgelte aufgrund des überragenden Marktanteils die Anordnung einer Genehmigungspflicht für dringend geboten.

Der VATM weist ferner darauf hin, dass der Bundesnetzagentur nach Erlass einer vorläufigen Untersagungsverfügung nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG zwei weitere Monate zur Überprüfung des Entgeltes zur Verfügung stünden.

Soweit in dem Verfügungsentwurf davon ausgegangen werde, dass Paketangebote unter bestimmten Vorrausetzungen nicht der Anzeigepflicht unterliegen, könne dem nicht zugestimmt werden.

Die Anordnung, nach der die Betroffene mit der Tarifanzeige noch bestimmte Unterlagen vorlegen müsse, werde ebenfalls begrüßt. Allerdings sollte die Anordnung insoweit präzisiert werden, dass auch detaillierte Angaben zu den aktuellen und den erwarteten Kosten vorgelegt werden müssen.

Die Firma BT hat sich in ihrer Stellungnahme vom 22.03.2006 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Nach Ansicht von BT sollte im Entscheidungsrubrum klargestellt werden, dass die Entscheidung nicht nur gegenüber der Deutschen Telekom AG, sondern gem. § 3 Nr. 29 TKG auch auch gegenüber den mit ihr verbundenen Unternehmen getroffen wird.

BT begrüßt ausdrücklich die vorgesehene Verpflichtung zur Netzbetreiberauswahl und Netzbetreibervorauswahl nach § 40 Abs. 1 TKG, und zwar unterschiedslos danach, welche Vereinbarung die Betroffene mit ihren Anschlusskunden getroffen hat. § 40 entfalte insoweit neben dem ihm zugrunde liegenden Gedanken des Verbraucherschutz auch einen Drittschutz für Wettbewerbergeschäftsmodelle. Die Betroffene habe danach jedes Verhalten zu unterlassen, das darauf gerichtet sei, die bestehenden Verpflichtungen zu Netzbetreiberauswahl und Netzbetreibervorauswahl zu unterlaufen. Dem könne auch nicht entgegen gehalten werden, dass andere europäische Regulierungsbehörden keine derartigen Verpflichtungen be-

züglich der Endnutzerverträge ausgesprochen hätten, da die Verpflichtung zur Verbindungsnetzbetreiberauswahl und –vorauswahl in den meisten europäischen Staaten im Rahmen des Zusammenschaltungsregimes und nicht als Bestandteil der Endnutzerregulierung verstanden und behandelt werde.

Die Einbeziehung „sprachorientierter Systemlösungen“ in die Märkte 1 bis 6 werden von BT begrüßt. Die von der Bundesnetzagentur zur Marktabgrenzung zugrundegelegte Umsatzgrenze von einer Millionen Euro (netto) sei nicht zu hoch angesetzt. Soweit die Betroffene versuchen sollte, aus einer im September 2005 in Großbritannien eingeleiteten Konsultation eine erheblich niedrigere Obergrenze abzuleiten, müsse dem widersprochen werden. Während die Grenze in Deutschland dazu dient, die Märkte 1-6 richtig abzugrenzen, diene die von der britischen Regulierungsbehörde Ofcom ins Auge gefasste Obergrenze lediglich dazu, ab einer bestimmten betragsmäßigen Grenze das Preiskontrollregime zu flexibilisieren. Für das vorliegende Verfahren sei die Entwicklung des Marktes in Großbritannien insoweit irrelevant.

Die Firma Arcor hat sich in ihrer Stellungnahme vom 22.03.2006 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Arcor begrüße im Kern den Entwurf der Beschlusskammer.

Klarzustellen sei jedoch, dass sich die Prüfung innerhalb des zweiwöchigen Anzeigeverfahrens nicht auf einen Vergleich mit Wettbewerberangeboten beschränken dürfe, sondern gemäß § 28 TKG auch die Prüfung missbräuchlichen Verhaltens bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten umfassen müsse. Maßstab sei insoweit nicht der Vergleich mit den Produkten der Wettbewerber, sondern die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen.

Es werde von Arcor anerkannt, dass, verglichen mit einem Genehmigungsverfahren, innerhalb von zwei Wochen nur eine reduzierte Prüfung erfolgen könne. So sei es beispielsweise realistisch, davon auszugehen, dass diese „Kurzprüfung“ lediglich anhand der von der Betroffenen bereitgestellten Unterlagen erfolgen kann. Sollte im Rahmen dieser Kurzprüfung die Möglichkeit eines Verstoßes gegen § 28 TKG nicht auszuschließen sein, seien bei der sich daran anschließenden ausführlichen Prüfung weitere Unterlagen anzufordern und zu prüfen.

Eine grundsätzlich zwar auch mögliche nachträgliche Regulierung berge nach Einschätzung von Arcor die Gefahr, dass Wettbewerber in ihren wettbewerblichen Möglichkeiten eingeschränkt und geschädigt werden. Sie werfe zudem im Verhältnis zu den Endnutzern erhebliche Rückabwicklungsprobleme auf.

Die Firma Tele 2 hat sich in ihrer Stellungnahme vom 22.03.2006 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

a. <u>Auferlegung der Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung:</u>

Tele2 begrüßt die vorgesehene Verpflichtung der Betroffenen zur Ermöglichung von Call-by-Call und Preselection an allen festen öffentlichen Telefonanschlüssen. Für eine Differenzierung zwischen Basisanschlüssen und anderen Anschlussarten lasse § 40 Abs. 1 TKG keinen Raum. Allerdings sei darauf hinzuweisen, dass sich die Preselection-Verpflichtung in der derzeit formierten Fassung auch auf solche Anschlüsse erstrecken würde, die im Rahmen von Großkundenverträgen bereitgestellt würden. Da die Präsidentenkammer jedoch auf dem Markt für Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen erbracht werden, keine beträchtliche Marktmacht der Betroffenen festgestellt habe, sollte die Reichweite der Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung entsprechend klargestellt werden.

Tele2 teile die Auffassung der Beschlusskammer, dass sich die Call-by-Call und Preselection-Verpflichtung der Deutschen Telekom auch auf Verbindungen erstreckt, die als solches nicht mehr einer Regulierung unterliegen wie z.B. öffentliche Auslandsgespräche.

Nach § 40 Abs. 1 TKG sei es für die Call-by-Call und Preselection-Verpflichtung lediglich erforderlich, dass die beträchtliche Marktmacht auf dem Anschlussmarkt festgestellt worden ist. Auf das Bestehen beträchtlicher Marktmacht auch auf den Verbindungsmärkten komme es dabei aber nicht an. Zudem würde es der Betroffenen anderenfalls ermöglicht, ihre Marktmacht vom Anschlussbereich wieder auf den Verbindungsbereich auszudehnen.

Gegen die Call-by-Call und Preselection-Verpflichtung könne die Betroffene auch nicht mit Erfolg einwenden, die Verpflichtung sei nicht erforderlich, da sie an ihren bestehenden Teilnehmeranschlüssen die Möglichkeit zum Call-by-Call und zur Preselection bereits freiwillig einräume.

Anders als bei § 21 TKG verfüge die Bundesnetzagentur bei § 40 Abs. 1 TKG über keinerlei Spielraum, ob sie die Verpflichtung zum Call-by-Call/Preselection auferlegt oder nicht. Zudem wäre eine Selbstverpflichtung der Betroffenen jederzeit widerruflich und entfalte damit nicht die gleiche Bindungswirkung wie die Regulierungsverfügung. Die förmliche Auferlegung einer Call-by-Call und Preselection-Verpflichtung sei zudem dann erforderlich, wenn man – was hier nicht zu entscheiden ist – annehmen würde, dass eine Missbrauchskontrolle nach § 42 Abs. 1 TKG nur für auferlegte Zugangsleistungen möglich sei.

b. <u>Verpflichtung zur Bereitstellung der Elektronischen Schnittstelle für Preselection-Aufträge:</u>

Aus Sicht von Tele2 sollte die vorgesehene Call-by-Call und Preselection-Verpflichtung allerdings um eine Verpflichtung der Betroffenen zur Bereitstellung einer elektronischen Schnittstelle für Preselection-Aufträge ergänzt werden.

Die Betreiber(vor)auswahl sei eines der wichtigsten Regulierungsinstrumente für die wettbewerbliche Entwicklung der Telekommunikationsmärkte. Dies zeigt sich bereits daran, dass der Bundesnetzagentur in § 40 Abs. 1 TKG kein Ermessen eingeräumt wird, ob sie die Betreiber(vor)auswahl einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem Markt für feste öffentliche Telefonanschlüsse auferlegt oder nicht. Die Call-by-Call und Preselection-Verpflichtung sei jedoch in ihrer Effizienz als Regulierungsinstrument in erheblichem Umfang davon abhängig, dass Preselection-Aufträge diskriminierungsfrei, kostengünstig und zeitnah entgegengenommen und bearbeitet werden. Dies sei nur durch die elektronische Schnittstelle gewährleistet. Um die Effizienz des Regulierungsinstruments der Betreiber(vor)auswahl nicht in das Belieben des regulierten Unternehmens zu stellen, sollte die Verpflichtung zur Bereitstellung der elektronischen Schnittstelle für Preselection-Aufträge als flankierende Maßnahme zur Call-by-Call und Preselection-Verpflichtung auferlegt werden.

Die hierfür notwendige Verpflichtungsbefugnis ergebe sich für die Bundesnetzagentur aus § 21 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Werde eine Zugangsleistung bereits erbracht, könne in diesen Fällen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zumindest die Verpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 TKG auferlegt werden, den Zugang nicht nachträglich zu verweigern (so auch Tomatschki, Berliner Kommentar zum TKG § 21 Rdnr. 94).

Die elektronische Schnittstelle werde derzeit von der Betroffenen als Folge der Preisregulierung der Preselection-Umstellungsentgelte gemäß §§ 25 Abs. 1, 24 Abs. 1 TKG 1996 am Markt angeboten und von dem ganz überwiegenden Teil des Marktes auch genutzt. Die Bundesnetzagentur wäre anderenfalls aber grundsätzlich auch berechtigt, die Betroffene gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 5 TKG zum Zugang zur elektronischen Schnittstelle zu verpflichten. Die Voraussetzungen für eine derartige Zugangsverpflichtung lägen nach Auffassung von Tele 2 insoweit vor. Die Verpflichtung stünde insbesondere in einem angemessenen Ver-

hältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG.

c. Verpflichtung zu entbündeltem Anschlussresale:

In ihrem Entwurf zur Regulierungsverfügung bringe die Beschlusskammer zum Ausdruck, dass eine Verpflichtung der Betroffenen zum „entbündelten“ Anschlussresale derzeit rechtlich ausgeschlossen sei. Tele2 teile diese Auffassung nicht.

§ 150 Abs. 5 TKG, der den Ausschluss des entbündelten Anschlussresale bis zum 30.06.2008 enthalte, sei insoweit offensichtlich mit den EG-Richtlinien vom 07.03.2002 nicht vereinbar und stehe mangels Anwendbarkeit daher einer Verpflichtung der Betroffenen zur Ermöglichung des entbündelten Anschlussresale nicht entgegen.

Ginge man gleichwohl davon aus, dass die Betroffene das entbündelte Anschlussresale erst zum 01.07.2008 zur Verfügung stellen muss, so könne und müsse die Beschlusskammer im Rahmen der anstehenden Regulierungsverfügung die Betroffene jedenfalls verpflichten, das entbündelte Anschlussresale zum 01.07.2008 bereitzustellen.

Ausgehend von früheren Annahmen der Bundesnetzagentur sei von einem Implementierungszeitraum von 18 Monaten für das entbündelte Anschlussresale auszugehen. Die Betroffene müsste daher spätestens zum 01.01.2007 mit der Implementierung beginnen, um tatsächlich am 01.07.2008 zur Bereitstellung des entbündelten Anschlussresale in der Lage zu sein. Die Verpflichtung der Betroffenen zur Implementierung von Maßnahmen, um zum 01.07.2008 das entbündelte Anschlussresale zur Verfügung stellen zu können, werde durch § 150 Abs. 5 TKG nicht ausgeschlossen.

Durch die Verpflichtung der Deutschen Telekom zu Implementierungsmaßnahmen werde diese gesetzgeberische Zielsetzung des § 150 Abs. 5 TKG nicht berührt. Eine vorzeitige Bereitstellung des entbündelten Anschlussresale vor dem 01.07.2008 werde gerade nicht verlangt, das Endkundengeschäft der Deutschen Telekom mit Telefonanschlüssen bliebe bis zum 30.06.2008 unangetastet.

Umgekehrt gebe es jedoch auch keine sachliche Rechtfertigung dafür, die Regelung des § 150 Abs. 5 TKG über dessen Regelungsgehalt hinaus auszudehnen. Dabei sei zu beachten, dass § 150 Abs. 5 TKG eine Ausnahmebestimmung zu § 21 Abs. 1 TKG darstellt, die als solche restriktiv auszulegen sei. Wollte man § 150 Abs. 5 TKG so verstehen, dass die Betroffene auch erst zum 01.07.2008 zu Implementierungsmaßnahmen verpflichtet werden dürfe, so würde der Betroffenen der Anschlussbereich aufgrund der 18-monatigen Implementierungszeit sogar mindestens bis zum 31.12.2009 erhalten bleiben. Dies stünde aber offensichtlich nicht mit dem gesetzgeberischen Willen in Einklang, wonach – als Ausnahme zu § 21 Abs. 1, 2 Nr. 3 TKG - das entsprechende Geschäftsfeld der Betroffenen eben nur bis zum 30.06.2008 geschützt werden sollte. Die in § 21 TKG geregelten Voraussetzungen für eine derartige Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 TKG lägen nach Auffassung von Tele2 insoweit jedenfalls vor. Die Verpflichtung stünde in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG. Die Möglichkeit, das entbündelte Anschlussresale anzuordnen stünde zudem im Einklang mit den Prüfungskriterien des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1-7. Schließlich sei auch ein gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 S. 2 zu beachtender besonderer Investitionsschutz der Betroffenen nicht erkennbar.

Sollte aus Sicht der Beschlusskammer die Auferlegung des entbündelten Anschlussresale ab 01.07.2008 derzeit nicht möglich sein, wäre aus Sicht von Tele2 die jetzt zu erlassende Regulierungsverfügung jedenfalls so zu gestalten, dass eine Überprüfung der Regulierungsverfügung zum 01.01.2007 vorgenommen werden könne. Hierzu sollte eine Befristung der Regulierungsverfügung in diesem Punkt vorgesehen werden.

d. Ex-ante/Ex-post-Regulierung:

Die Beschlusskammer sehe in ihrem Entwurf in Ziffer 1 b) und Ziffer 2 des Tenors vor, dass die Endnutzerentgelte von der Betroffenen für Telefonanschlüsse und Inlandsverbindungen an festen Standorten gemäß § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG der Ex-post Regulierung unterliegen. Tele2 könne dieser Einschätzung der Beschlusskammer allenfalls für die Inlandsverbindungen an festen Standorten zustimmen. Die Endnutzerentgelte für feste öffentliche Telefonanschlüsse sollten dagegen aus Sicht von Tele2 der Genehmigungspflicht unterworfen werden.

Die Beschlusskammer habe überzeugend dargestellt, dass die derzeit bestehenden Regulierungsinstrumente im Vorleistungsbereich nicht ausreichen, um die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG auf dem Endkundenmarkt für Anschlüsse zu erreichen. Dies liege vor allem auch daran, dass eines der wirksamsten Regulierungsinstrumente des Vorleistungsbereichs zur Öffnung des Endkundenanschlussmarktes – das entbündelte Anschlussresale – bis zum 01.07.2008 nicht zur Verfügung stehe.

Die Anzeigepflicht für die Endkundenentgelte für Anschlüsse reiche jedoch nicht aus, um die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG auf den Endkundenanschlussmärkten zu erreichen. Sie könne allenfalls offensichtlich missbräuchliche Endkundenpreisgestaltungen unterbinden. Tele2 könne der Beschlusskammer nicht darin zustimmen, ihre Ermessenserwägungen auf die Erreichung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 TKG zu begrenzen. Auch die in § 2 Abs. 2 Nr. 3 – 8 TKG genannten Regulierungsziele sollten durch geeignete Regulierungsmaßnahmen sichergestellt werden. Ein Rangverhältnis innerhalb der einzelnen Regulierungsziele etwa dergestalt, dass die Ziele der Nr. 1 und 2 den Zielen der Nr. 3 – 8 vorgingen, sehe das TKG nicht vor. Es könne daher nicht – wie die Beschlusskammer auf Seite 13 vorsieht - dahinstehen, „ob aufgrund vorliegender Tatsachen die Annahme gerechtfertigt wäre, dass ohne den Erlass zusätzlicher regulatorischer Verpflichtungen gegebenenfalls auch die Erreichung weiterer Regulierungsziele gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 – 8 TKG, wie etwa die Förderung effizienter Infrastrukturen oder die Förderung der Entwicklung des europäischen Binnenmarktes, nicht hinreichend sichergestellt wäre."

Bis zur Verpflichtung der Betroffenen zur Ermöglichung des entbündelten Anschlussresale können die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG auf dem festen öffentlichen Telefonanschlussmarkt aus Sicht von Tele2 nur durch die Auferlegung einer Genehmigungspflicht für die Endkundenentgelte für Anschlüsse der Deutschen Telekom sichergestellt werden. Wie bereits erwähnt, könne die Anzeigepflicht lediglich offensichtliche Missbräuche bei der Preisgestaltung verhindern. Die Anzeigepflicht beschränke sich in ihrer Wirkung daher darauf, lediglich einen Beitrag zur Erreichung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG (Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen) und Nr. 2 TKG (Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs) zu leisten. Sichergestellt wird der chancengleiche Wettbewerb auf dem Anschlussmarkt - wie dies § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG fordert - durch die Anzeigepflicht jedoch nicht. Dies könne nur die Auferlegung der Genehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 TKG leisten.

Tele2 stimme der Beschlusskammer jedoch zu, dass für den Markt der Inlandsgespräche an festen Standorten lediglich die ex post-Regulierung der Endnutzertarife der Betroffenen in Betracht komme. Tele2 begrüßt insofern die ausdrückliche Feststellung durch die Beschlusskammer. Zwar ergebe sich die fortbestehende Ex-post-Regulierung bereits aus dem Gesetz. Durch die Feststellung in der Regulierungsverfügung wird jedoch klargestellt, dass die Endnutzerentgelte der Betroffenen für Inlandsverbindungen an festen Standorten weiterhin der sektorspezifischen Regulierung unterfallen. Allerdings wäre es wünschenswert, wenn die Beschlusskammer die Klarstellung auch auf die mit der Betroffenen nach § 36 Abs. 2 und 37 Abs. 1 und 2 GWB verbundenen Unternehmen (T-Systems und T-Online) erstrecken würde, so wie § 3 Nr. 29 TKG dies vorsieht. Dies würde der Marktanalyse der Präsidentenkammer entsprechen und damit die angestrebte Rechtsklarheit erhöhen.

e. Auferlegung einer Anzeigepflicht für Anschlussentgelte:

Sollte die Beschlusskammer die Genehmigungspflicht für die Endnutzeranschlussentgelte der Betroffenen nicht anordnen wollen, so sei auch aus Sicht von Tele2 zumindest die Auferlegung der Anzeigepflicht geboten. Der Beschlusskammer sei zuzustimmen, dass Verpflichtungen im Zugangsbereich sowie die Betreiber(vor)-auswahl allein nicht ausreichten, um die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen.

Nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG sei die Auferlegung der Anzeigepflicht davon abhängig, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber(vor)auswahl nach § 40 TKG würden nicht ausreichen, um die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen (§ 39 Abs. 1 Satz 1 TKG). Das VG Köln habe in seiner Entscheidung vom 26.01.2006 (Az. 1 K 266/05) die Auffassung vertreten, dass die Bundesnetzagentur bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG ihre Erwägungen auf „Tatsachen“ stützen müsse. Zudem sollten ihre auf Tatsachen gestützten Erwägungen einen Bezug zur konkreten Lage auf dem in Betracht kommenden Endnutzermarkt erkennen lassen.

Neben den von der Beschlusskammer dargelegten Beispielsfällen lasse sich als weiterer Beleg für wettbewerbswidriges Verhalten der Deutschen Telekom zudem der von der Deutschen Telekom seit dem 01.07.2005 – auch gegenüber Privatkunden - angebotene Tarif „Call Profi“ anführen, der nicht nur eine unverhältnismäßig lange Kündigungsfrist enthalte, sondern auch noch eine Mindestumsatzklausel vorsehe, die einen Wechsel zu einem Wettbewerber erheblich erschwere.

Die Ermessenserwägungen zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG sollten allerdings nicht auf die ersten beiden Ziele (Wahrung der Nutzer und Verbraucherinteressen; Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte) beschränkt bleiben, sondern auch die übrigen Regulierungsziele in die Erwägungen einbeziehen.

Zudem könnte die Beschlusskammer zur weiteren Absicherung ihre Erwägungen in Bezug auf den Endkundenmarkt für Inlandsverbindungen weiter konkretisieren.

Die von der Beschlusskammer vertretene Auffassung, unter bestimmten Bedingungen seien Anschlussbündelprodukte, die auch nichtanzeigepflichtige Leistungsbestandteile beinhalten, von der Anzeigepflicht ausgenommen, werde von Tele2 dagegen nicht geteilt.

Gemäß § 39 Abs. 3 Satz 3 TKG solle die Behörde die ihr angezeigten Entgelte daraufhin überprüfen, ob sie offenkundig gegen § 28 TKG verstoßen oder nicht. Die Anzeigepflicht soll die Prüfung also überhaupt erst ermöglichen. Mit der vorgesehenen Regelung werde jedoch das Ergebnis dieser Prüfung bereits zur Bedingung der Anzeigepflicht gemacht. Es liege auf der Hand, dass die Anzeigepflicht auf diese Weise leer läuft.

Die von der Beschlusskammer vorgesehene Ausnahme der Anzeigepflicht für Anschlusspakete bestehend aus anzeigepflichtigen und nicht-anzeigepflichtigen Leistungen wäre zudem mit § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG unvereinbar.

Eine sachlich ungerechtfertigte Bündelung nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG könne nach kartellrechtlicher Rechtsprechung bereits dann vorliegen, wenn ein Unternehmen, das auf einem Markt marktbeherrschend sei, eine Bündelung auf einem anderen Markt vornehme, auf dem es nicht marktbeherrschend sei. Es sei nicht erforderlich, dass das bündelnde Unternehmen auf beiden Märkten marktbeherrschend sei. Vor diesem Hintergrund könne es nicht darauf ankommen, ob ein Produkt, das mit einem anzeigepflichtigen Produkt gebündelt werden soll, seinerseits anzeigepflichtig ist oder nicht. Entscheidend sei vielmehr, dass das bündelnde Unternehmen durch die Bündelung in die Lage versetzt werde, seine marktbeherrschende Stellung auf den anderen Markt zu übertragen oder zu verstärken. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG er-

fordere daher, dass Bündelprodukte bereits dann anzuzeigen seien, wenn wenigstens ein Leistungsbestandteil von der Beschlusskammer als anzeigepflichtig festgelegt worden sei.

Soweit die Beschlusskammer darauf verweise, dass die Beschränkung der Anzeigepflicht für Paketangebote ihrer ständigen Spruchpraxis entspreche, stoße auch dies auf Bedenken.

Die diesbezügliche Spruchpraxis der Beschlusskammer betreffe die Genehmigungspflicht von Paketangeboten. Tele2 habe im Verfahren Az. BK2a-04/009 im Einzelnen dargelegt, dass diese Spruchpraxis mit den Vorgaben des TKG 1996 nicht vereinbar sei. Sie habe im Widerspruch zu § 25 Abs. 1 TKG 1996 gestanden, der keine Ausnahme von der Genehmigungspflicht entsprechend den von der Beschlusskammer formulierten Bedingungen vorgesehen habe. Bereits dies stehe einer Übertragung dieser Spruchpraxis auf die Anzeigepflicht entgegen.

Hinzu komme, dass diese Spruchpraxis zur Genehmigungspflicht die alte Rechtslage des TKG 1996 betroffen habe. Das TKG 2004 habe jedoch die Regelungen zur Endnutzerentgeltregulierung in einem relevanten Umfang konkretisiert bzw. erweitert. Eine einfache Übertragung der Spruchpraxis zum TKG 1996 auf die neue Rechtslage unter dem TKG 2004 rechtfertige sich daher nicht.

f. Anzeigepflicht für Inlandsverbindungsentgelte:

Tele2 begrüße die Absicht der Beschlusskammer, der Betroffenen auch für ihre Endnutzerentgelte für Inlandsverbindungen an festen Standorten eine Anzeigepflicht aufzuerlegen.

Tele2 teile die Auffassung der Beschlusskammer, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich sowie die Betreiber(vor)auswahl allein nicht ausreichten, um die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG auf dem Markt für Inlandsverbindungen über feste Telefonanschlüsse zu erreichen. Sie stimme der Beschlusskammer insbesondere zu, dass dies u.a. durch den kostenunterdeckenden „10-Cent-Tarif“ belegt werde. Als weitere Tatsache für die Gefahr kostenunterdeckender Tarife durch die Betroffene ließe sich zusätzlich auch die Einführung des Tarifs "Call Time 240" anführen. Auch dieser Tarif sei nach Auffassung von Tele2 kostenunterdeckend. Zwar habe die Bundesnetzagentur den Tarif nach Durchführung eines Ex-post-Entgeltregulierungsverfahrens letztlich unbeanstandet gelassen. In ihrem Schreiben vom 12.10.2005 habe die Beschlusskammer jedoch noch gegenüber der Betroffenen hervorgehoben, dass es der Betroffenen jedenfalls im Rahmen der Vorermittlungen nicht gelungen wäre, den Vorwurf kostenunterdeckender Entgelte zu entkräften. Auch der Einstellungsbeschluss der Bundesnetzagentur vom 12.12.2005 mache deutlich, dass der Tarif aus Sicht der Beschlusskammer nur als gerade noch kostendeckend angesehen werden könne. Der Tarif „Call Time 240“ belege insofern zusätzlich zu dem 10-Cent-Tarif, dass auf dem Endnutzermarkt für Inlandsgespräche an festen Standorten trotz der bereits auferlegten Zugangsverpflichtungen und der Fortführung der Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl die erhebliche Gefahr für kostenunterdeckende Tarife durch die Betroffene bestehe.

Ebenso stimme Tele2 der Beschlusskammer in der Annahme zu, dass auch auf dem Markt für VoIP-Verbindungen Wettbewerb durch Zugangsverpflichtungen sowie durch die Verpflichtung zur Bertreiber(vor)auswahl allein nicht sichergestellt werden könne. Auch hier könnte die Beschlusskammer aus Sicht von Tele2 auf einen konkreten Fall hinweisen. Dafür würde sich das „0-Cent Angebot“ des Tochterunternehmens T-Online International AG anbieten, wonach der Kunde mit T-Online DSL-Telefonie flat für 0 Cent unbegrenzt ins deutsche Festnetz telefonieren könne. Es sei zumindest prüfwürdig, ob 0-Cent-Angebote für VoIP-Produkte kostendeckend sein könnten.

Soweit die Beschlusskammer unter bestimmten Bedingungen die Anzeigepflicht für solche Bündelprodukte ausnehmen wolle, in denen anzeigepflichtige Festnetz-Inlandsverbindungen mit anderen Leistungen gebündelt werden, sei dies jedoch auch hier unzulässig. Bei den Festnetz-Inlandsverbindungen komme jedoch noch hinzu, dass die Bundesnetzagentur die

Ausnahmeregelung anscheinend nicht nur auf solche Bündelprodukte erstrecken wolle, bei denen das anzeigepflichtige Produkt mit einer nicht-anzeigepflichtigen Leistung gebündelt werde. Selbst bei der Bündelung von zwei anzeigepflichtigen Leistungen soll möglicherweise die Ausnahmeregelung greifen, wenn die Leistungen jeweils für sich und zu den angezeigten Tarifen bezogen werden können und nicht kostenunterdeckend seien. Dies ergebe sich daraus, dass bei der Einschränkung der Anzeigepflicht nicht – wie bei den Anschlussprodukten - danach unterschieden werde, ob die weitere im Paket enthaltene Leistung ihrerseits anzeigepflichtig sei oder nicht. Entscheidend solle vielmehr lediglich sein, dass „die weiteren im Paket enthaltenen Leistungen jeweils für sich kostendeckend sind“. Es wäre aus Sicht von Tele2 jedoch kaum nachvollziehbar, warum einzelne Leistungen für sich genommen anzeigepflichtig wären, die Anzeigepflicht jedoch entfällt, wenn die an sich anzeigepflichtigen Produkte gebündelt angeboten würden.

g. Verpflichtung zur Vorlage von geeigneten Unterlagen:

Tele2 unterstütze die vorgesehene Entscheidung der Beschlusskammer, die Betroffene bereits in der Regulierungsverfügung gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 TKG zur Vorlage geeigneter Unterlagen für die Offenkundigkeitsprüfungen zu verpflichten.

Die Erfahrungen im Call Time 240-Verfahren, Az. BK2c 05/003, hätten gezeigt, dass die von der Betroffenen vorgelegten Unterlagen selbst für eine Offenkundigkeitsprüfung unzureichend seien. So habe die Beschlusskammer in dem Anzeigeverfahren zu Call Time 240 lediglich einen Tarifvergleich mit den Wettbewerberpreisen vornehmen können. Ein Vergleich mit den Wettbewerberpreisen sei jedoch nicht aussagekräftig, da Wettbewerber mangels beträchtlicher Marktmacht durchaus kostenunterdeckende Tarife am Markt anbieten dürften und unter Umständen zwecks Gewinnung von Marktanteilen anbieten müssten. Die von der Beschlusskammer geforderte Vorlage detaillierter Angaben über erwartete und in der Vergangenheit gemessene Nutzungscharakteristika sei daher eine notwendige und richtige Verpflichtung der Betroffenen, damit die Bundesnetzagentur wenigstens eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung durchführen könne.

Die Firma MCI hat sich in ihrer Stellungnahme vom 22.03.2006 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Als Ergebnis der Marktdefinition und -analyse habe die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur aus Sicht von MCI zutreffend festgestellt, dass die DTAG und die mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), derzeit insbesondere die Unternehmen T-Systems und T-Online International AG, als marktmächtig im Sinne des § 11 TKG einzustufen seien.

Der vorliegende Entwurf gebe dieses Ergebnis nicht richtig wieder, da im Rubrum lediglich die Deutsche Telekom AG T-Com, nicht aber die mit ihr verbundenen Unternehmen verpflichtet werden sollen.

Um zu verhindern, dass den gemäß § 3 Nr. 29 verbundenen Unternehmen der DTAG, zumindest formal, keine Abhilfemaßnahme auferlegt werden können, werde insoweit eine Rubrumsänderung angeregt. Diese sollte so aussehen, dass entsprechend den Feststellungen des Marktdefinitions und –analyse-Verfahrens auch alle mit der Deutsche Telekom AG verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29), derzeit insbesondere die Unternehmen T-Systems International GmbH und T-Online International AG, als Betroffene in die Regulierungsverfügung als Adressaten mit einbezogen werden.

Aus Sicht von MCI sei zu begrüßen, dass der nunmehr vorliegende Entwurf einer Regulierungsverfügung die DTAG und die mit ihr verbundenen Unternehmen auf den Märkten für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Märkte 1 und 2 der Kommissionsempfehlung 2003/311/EG) gemäß § 40 TKG verpflichte, ihren Teilnehmern den Zu-

gang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit zu ermöglichen (sog. Netzbetreiberauswahl). Die Verpflichtung zur Netzbetreiberauswahl und zur Netzbetreibervorauswahl solle unabhängig davon gelten, welche Vereinbarung die Betroffene(n) mit ihrem Anschlusskunden getroffen habe. Demzufolge dürften sowohl die Netzbetreiberauswahl und -vorauswahl unabhängig vom Vorliegen eines Standard- oder eines Individualvertrages nicht ausgeschlossen werden.

Diese Herangehensweise stimme mit der Sichtweise von MCI überein. Die Verpflichtete dürfe damit die Geltung der Verpflichtung gegenüber dem Endkunden weder individualvertraglich noch im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen ausschließen. Wichtig erscheine auch, dass die bestehenden Verpflichtungen zur Netzbetreiberwahl und Netzbetreibervorauswahl auch nicht durch sonstiges Verhalten umgangen werden dürften. Dies trage dem Gedanken des Verbraucherschutzes Rechnung. Auch die EU-Kommission habe in ihrer Stellungnahme vom 21.12.2005 nach Art. 7 Abs. 3 RRL darauf hingewiesen, dass sie mit der Feststellung wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für Auslandsgespräche übereinstimme, jedoch die Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl unabdingbar für einen wettbewerbsfähigen Status dieses Marktes sei.

Zusätzlich sei darauf hinzuweisen, dass das Vorgehen der Bundesnetzagentur mit dem Vorgehen anderer nationaler Regulierungsbehörden in Europa übereinstimme, welche ihrerseits eine Verpflichtung bezüglich der Endnutzerverträge auferlegt hätten. In einer Vielzahl europäischer Staaten werde die Verpflichtung zur Netzbetreiberauswahl und -vorauswahl nämlich als Bestandteil des Zusammenschaltungsregimes auf den Märkten 8 bis 10 der Kommissionsempfehlung 2003/311/EG verstanden.

Die Verpflichtung bestehe folglich in erster Linie gegenüber dem zusammengeschalteten alternativen Netzbetreiber. Der Endnutzer selbst sei lediglich hinsichtlich der Auswirkungen betroffen. Der alternative Netzbetreiber habe als Zusammenschaltungspartner einen Anspruch darauf, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ihm Verkehre von seinen Anschlusskunden zuführe, und zwar losgelöst vom Inhalt des Endnutzervertrags. Demzufolge kann dem Ansatz der Bundesnetzagentur auch nicht entgegengehalten werden, dass die gegenständliche Auferlegung von Verpflichtungen von anderen europäischen Regulierungsbehörden auf den Märkten 1 bis 6 der Kommissionsempfehlung 2003/311/EG nicht vorgenommen worden seien.

MCI begrüße, dass grundsätzlich auch die sog. „Sprachorientierten Systemlösungen“ infolge der Einbeziehung in die Marktdefinition und Marktanalyse nunmehr Gegenstand der im gegenständlichen Entwurf auferlegten Abhilfemaßnahmen seien.

Diesem Ansatz könne auch nicht die gegenwärtige Entwicklung in anderen europäischen Ländern entgegengehalten werden. Insbesondere betreffe die aktuell in Großbritannien geführte Preisobergrenzendiskussion einen nicht vergleichbaren Sachverhalt.

Wie bereits in den früheren Stellungnahmen von MCI ausgeführt, erscheine aber der Ausschluss der sog. „Sprachorientierten Systemlösungen“ im oberen Segment weiterhin nicht nachvollziehbar und rein willkürlich – ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Gegebenheiten des nationalen Marktes- festgelegt. Im Rahmen der aktuellen Stellungnahme werde noch einmal darauf hingewiesen, dass angesichts der insgesamt weiter steigenden Inanspruchnahme von Telekommunikationsdienstleistungen eine regelmäßige Überprüfung der von der Bundesnetzagentur gezogenen Umsatzgrenze durchgeführt werden müsse, um dem wandelnden Telekommunikationsmarkt und dessen Anforderungen Rechnung tragen zu können. Eine solche erneute Überprüfung dieser Obergrenze sollte bereits jetzt in den Text der Regulierungsverfügung aufgenommen werden.

MCI begrüßt ausdrücklich, dass die Bundesnetzagentur in dem Entwurf einer Regulierungsverfügung ausdrücklich ihre Position zu der Frage der Überlassung von ISDN- und Analog-Anschlüssen erneut klarstellt und die Verpflichtung der Betroffenen wiederholt, wonach diese dazu verpflichtet ist, Anschlüsse zu den jeweils gültigen Endkunden-AGB-Preisen zu überlassen. Dies entspreche nicht nur der zutreffenden Sichtweise der Bundesnetzagentur, sondern auch der inzwischen mehrfach bestätigten Rechtsprechung der Zivil- und Verwaltungs-

gerichte in dieser Sache. MCI hoffe insofern, dass hierdurch die notwendige Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer geschaffen werden könne, welche die Betroffene durch immer neue Gerichtsverfahren in Frage zu stellen versuche.

Der Bundesnetzagentur sei aber zu widersprechen, wenn sie feststelle, dass „eine Nachfrage nach einem gebündelten Resale-Angebot derzeit nicht festgestellt werden könne“. Diese Aussage entspreche nicht den Tatsachen. Es sei vielmehr so, dass nach Kenntnis von MCI zahlreiche Anbieter (darunter MCI) mehrfach bei der Betroffenen um die Vorlage eines Angebots für gebündeltes Resale nachgefragt hätten. Die Betroffene sei trotz dieser – bei MCI dokumentierten Nachfragen – bis heute die Vorlage eines solchen Angebotes schuldig geblieben. Diese Sichtweise wird dadurch bestätigt, dass das Verfahren BK2a 04/026 bis heute bei der Bundesnetzagentur anhängig und noch keiner Entscheidung zugeführt worden sei. Vielmehr ist aktueller Verfahrensstand (Schreiben der DTAG vom 18.3.2005), dass diese sogar ein freiwilliges (!) Angebot für Verbindungsresale erarbeite, was interessierten Abnehmern vorgelegt werden solle. Aktueller Sachstand ist bedauerlicherweise auch hier, dass trotz offensichtlich bestehender Nachfragen die Betroffene die Vorlage eines solchen (freiwilligen) Angebots oder die Vorlage eines gebündelten Angebots ohne ersichtliche Rechtfertigung weiter verzögere.

Die Feststellung der Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang entspreche daher nicht den Tatsachen, vielmehr sollte die Betroffene jedenfalls dazu verpflichtet werden, ein gebündeltes Resale-Angebot vorlegen zu müssen.

Die IEN hat sich in ihrer Stellungnahme vom 22.03.2006 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Die IEN kritisiert ebenfalls das aus ihrer Sicht zu enge Rubrum des Entscheidungsentwurfs und regt insoweit ebenfalls die ausdrückliche Benennung der mit der Deutschen Telekom AG verbundenen Unternehmen, insbesondere T-Systems und T-Online International an.

Ebenso wie einige Wettbewerber begrüßt die IEN die in dem Entwurf dargelegte Auffassung der Beschlusskammer, dass die Betroffene ihre Preselection- und Call-by-Call-Verpflichtung nicht vertraglich abbedingen darf.

Ferner weist auch die IEN auf die unterschiedliche regulatorische Einstufung der Preselection- und Call-by-Call-Verpflichtungen in anderen EU-Mitgliedsstaaten hin.

Auch die IEN begrüßt insoweit die Einbeziehung sogenannter sprachorientierter Systemlösungen in den Anwendungsbereich der auferlegten Abhilfemaßnahmen.

Schließlich begrüßt die IEN die Feststellung, dass die Betroffene auch weiterhin verpflichtet sei, Telekommunikationsanbietern analoge Anschlüsse und ISDN-Anschlüsse zu den jeweils gültigen Endkundenpreisen anzubieten.

Die DTAG hat sich in ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 22.03.2006 im Wesentlichen wie folgt zur vorgesehenen Entscheidung geäußert:

a. <u>Rechtswidrigkeit der Marktdefinition und Marktanalyse</u>:

Die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur habe im Rahmen der Marktanalyse nach § 11 TKG festgestellt, dass die Deutsche Telekom AG und die mit ihr verbundenen Unternehmen auf den Märkten 1, 2, 3 und 5 über beträchtliche Marktmacht verfügen. Diese Marktanalyse sei formell und materiell rechtswidrig. Da sich die erkennende Beschlußkammer aufgrund der Zuständigkeitskonzentration auf die Präsidentenkammer an die Marktbeurteilung der Präsidentenkammer gebunden fühle, beschränke man sich an dieser Stelle auf eine

stichpunktartige Aufzählung der wesentlichen Einwände. Im übrigen wird auf die detaillierte Argumentation der Betroffenen im Marktanalyseverfahren Bezug genommen.

(1) Die Bundesnetzagentur gehe zu Unrecht davon aus, dass nicht zwischen Märkten für Privat- und Geschäftskunden unterschieden werden kann. Dies stehe in offensichtlichem Widerspruch zu Erwägungsgrund 6 der Märkteempfehlung der Kommission.

(2) Marktdefinition und Marktanalyse seien rechtswidrig, weil sprachorientierte Systemlösungen nicht Bestandteil der von der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der Empfehlung der Kommission abgegrenzten Märkte seien und die Betroffene dort nicht über beträchtliche Marktmacht verfüge.

(3) Die Bundesnetzagentur verkenne, dass VoIP kein Substitut zur Sprachtelefonie darstelle und daher nicht Bestandteil der Märkte 3 und 5 sei. Ihre gegenläufige Entscheidung beruhe auf einer unvollständigen und fehlerhaften Untersuchung von VoIP-Diensten.

(4) Die Marktdefinition und -analyse sei unter Verstoß gegen § 12 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 TKG sowie den Grundsatz rechtlichen Gehörs zustande gekommen.

Gegenüber dem ursprünglichen Entwurf der Marktanalyse vom 24.11.2004 sei der fortgeschriebene Entwurf vom 03.08.2005 grundlegend inhaltlich geändert worden. Dies gelte namentlich für den Umstand, dass nunmehr auch die Verbindungen, die über VoIP-Dienste hergestellt werden, von der Marktdefinition umfasst seien und hierfür eine beträchtliche Marktmacht der Betroffenen festgestellt werde.

Diese grundlegenden Änderungen hätten eine erneute Anhörung nach § 12 Abs. 1 Satz 1 TKG erforderlich gemacht. Hierzu hätte der wesentlich geänderte Entwurf erneut im Amtsblatt der Bundesnetzagentur veröffentlicht werden müssen. Nur dies entfalte die mit der Veröffentlichung im Amtsblatt verbundene Anstoßfunktion für Dritte, die möglicherweise nicht durch den Inhalt des ursprünglichen Entwurfs, wohl aber durch seine Änderungen im fortgeschriebenen Entwurf Anlass zur Stellungnahme gesehen hätten.

Die Bundesnetzagentur habe gegen diese Grundsätze verstoßen. Sie habe – trotz der beschriebenen grundsätzlichen Änderungen des Entwurfes vom 24.11.2004 – den Entwurf der Ergebnisse nach §§ 10 und 11 TKG vom 03.08.2005 weder im Amtsblatt noch auf ihrer Internetseite veröffentlicht. Der Entwurf sei lediglich denjenigen Unternehmen zugesandt worden, die bereits zum Entwurf vom 24.11.2004 Stellung genommen hätten. Auf diesen Verfahrensfehler habe auch der VATM in seiner Stellungnahme vom 31.08.2005 hingewiesen.

Soweit die unterrichteten Unternehmen Stellung genommen hätten, habe es die Bundesnetzagentur ferner versäumt, diese Stellungnahmen nach § 12 Abs. 1 Satz 2 TKG zu veröffentlichen.

b. Rechtswidrigkeit der Auferlegung einer Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung:

Die beabsichtigte Auferlegung einer Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung nach § 40 TKG wäre aus folgenden Gründen rechtswidrig.

ba) Doppelte Marktmacht erforderlich

Die Bundesnetzagentur gehe unzutreffend davon aus, dass die beträchtliche Marktmacht entgegen dem Wortlaut des § 40 Abs. 1 TKG auf den Märkten 1 und 2 für die Auferlegung von Pflichten nach § 40 Abs. 1 TKG ausreiche.

Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG dürfe die dort geregelte Verpflichtung nur dann auferlegt werden, wenn das betroffene Unternehmen "bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft" wurde. Für beide Märkte müsse also die beträchtliche Marktmacht vorliegen.

Bei dem "Anschluss an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an bestimmten festen Standorten" handele es sich um einen Märkteverbund, dem die Märkte 1 bis 6 der Empfehlung der Kommission i.S.v. § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG entsprächen. Hierauf werde im Anhang zur Empfehlung der Kommission unter Ziffer 6. ausdrücklich hingewiesen. Danach dürfe einem Unternehmen, das zwar über beträchtliche Marktmacht auf dem Markt für den "Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten" i.S. der Märkte 1 und 2 der Empfehlung verfüge, nicht aber auf den Märkten für Verbindungsleistungen i.S. der Märkte 3 bis 6 der Empfehlung, eine Verpflichtung zur Betreiber(vor-)auswahl nicht auferlegt werden.

Die betroffenen Unternehmen verfügten auf den Märkten 4 und 6 für Auslandsverbindungen nach den Feststellungen der Präsidentenkammer nicht über beträchtliche Marktmacht. Daher dürfe eine Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung für den Marktverbund der Märkte 1 und 2 einerseits und 4 und 6 andererseits nicht auferlegt werden.

bb) § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG als Abwägungsentscheidung

Die Bundesnetzagentur lege ihrer beabsichtigten Regulierungsverfügung die Rechtsauffassung zugrunde, dass sie eine Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung auferlegen müsse, wenn die betroffenen Unternehmen über beträchtliche Marktmacht auf den Märkten 1 und 2 verfügen. Auch dies wäre rechtswidrig. § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG sei keine gebundene Entscheidung. Vielmehr müsse die Bundesnetzagentur im Wege einer Abwägung festlegen, ob und inwieweit die Verpflichtung zur Betreiber(vor-)auswahl auferlegt werde.

Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG verpflichte die Behörde zu Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl „nach Maßgabe des Satzes 4“. Nach § 40 Abs. 1 Satz 4 TKG sei im Rahmen der Ausgestaltung der zur Erfüllung dieser Verpflichtung erforderlichen Zusammenschaltung bei Entscheidungen nach Teil 2 des Gesetzes zu gewährleisten, dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen nicht entfallen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern.

Damit werde der Bundesnetzagentur für die Entscheidung über die Auferlegung von Verpflichtungen nach § 40 Abs. 1 TKG ein umfassendes Abwägungsprogramm auferlegt, bei dem die Ziele des § 2 Abs. 2 TKG zugrunde zu legen seien. Für das Ziel des § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG folge dies schon aus dem Wortlaut des § 40 Abs. 1 Satz 4 TKG. Für die Ziele der Wahrung der Interessen der Nutzer (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) und der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) folge dies aus dem Zweck des § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG, der diese Ziele umsetze und konkretisiere. Dies bestätige die Gesetzesbegründung, ausweislich derer diese Regelung die Ziele des Art. 8 Abs. 2 RRL insgesamt berücksichtige; (BT-Drucks. 15/2316, S. 70); die Ziele des Art. 8 Abs. 2 RRL wiederum sind in § 2 Abs. 2 TKG umgesetzt worden (BT-Drucks. 15/2316, S. 56).

Das somit nach § 40 Abs. 1 TKG der Bundesnetzagenur auferlegte Prüfungsprogramm erfordere eine umfassende Abwägung zwischen den teilweise gegenläufigen Belangen des § 2 Abs. 2 TKG. Während die Nutzerinteressen und die Interessen von Wettbewerbern tendenziell dafür sprechen könnten, die Bedingungen für die Betreiberauswahl weitest möglich zu erleichtern, spreche das Ziel zu gewährleisten, dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen nicht entfallen, möglicherweise gegen derartige Erleichterungen. Für eine sachgerechte Ausübung des Auswahlermessens bei der Auferlegungsentscheidung nach § 40 Abs. 1 i.V.m. § 13 Satz 1 TKG ist es deshalb unerlässlich, dass diese miteinander im Konflikt stehenden Belange im konkreten Einzelfall umfassend und ord-

nungsgemäß abgewogen werden.

Das (nicht rechtskräftige) Urteil des VG Köln vom 26.10.2005 - 21 K 4639/05 - gebe insoweit Anlass zu der Klarstellung, dass die Betroffene damit nicht eine Prüfung der Voraussetzungen der Zusammenschaltung nach § 40 Abs. 1 Satz 4 TKG im Rahmen der Regulierungsverfügung fordere. Vielmehr ziehe die Betroffene aus dem Umstand, dass im Rahmen der Entscheidungen nach § 40 Abs. 1 Satz 4 TKG bei der Umsetzung der Betreiber-(vor-)auswahl eine Abwägung erfolge, den Schluss, dass dann erst Recht eine Abwägung bei der Auferlegung der eigentlichen Verpflichtung erfolgen müsse. Hätte die Bundesnetzagentur nämlich keinerlei Handlungsspielraum bei der Auferlegung der Verpflichtung zur Betreiber(vor-)auswahl, wäre die Auferlegung der Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung durch Regulierungsverfügung überflüssig und bloße Förmelei. In diesem Fall hätte sie als unmittelbar kraft Gesetzes geltende Verpflichtung formuliert werden können.

bc) Fehlen einer Abwägungsentscheidung

Die beabsichtigte Regulierungsverfügung werde diesen Anforderungen an eine Abwägungsentscheidung nicht gerecht. Die Bundesnetzagentur weise lediglich darauf hin, dass beide Vorgaben des Satzes 4" durch bestimmte Entscheidungen der Beschlusskammer 4 im Vorleistungsbereich sichergestellt" seien. Der Verweis auf die betreffenden Entscheidungen genüge den Anforderungen des Satzes 4 jedoch nicht. Die Beachtung der Maßgaben von Satz 4 erfordere eine aktuelle Prüfung des vollständigen Abwägungs- und Entscheidungsprogramms. Die Bundesnetzagentur hätte daher prüfen müssen, ob und welche weitergehenden Maßnahmen gegenwärtig zur Umsetzung dieser Vorgaben erforderlich werden.

c. Unverhältnismäßigkeit der Auferlegung einer uneingeschränkten Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung:

Die beabsichtigte Verpflichtung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG solle ohne Einschränkung den Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit ermöglichen. Eine solche Verpflichtung wäre unverhältnismäßig; jedenfalls wäre es nicht berechtigt, diese Verpflichtung auch auf kundenindividuelle Verträge, VoIP sowie den Sozialtarif zu erstrecken.

ca) Beschränkung der Verpflichtung auf den BasisAnschluss

Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit wäre es bereits geboten, die Call-by-Call- und Preselectionverpflichtung auf den BasisAnschluss (Call Plus T-Net und T-ISDN) zu beschränken.

Die Regelung des § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG diene dem Schutz des Endnutzers. Zu seinem Schutz werde der Regulierungsbehörde die Befugnis verliehen, eine Verpflichtung zum Angebot von Call-by-Call und Preselection aufzuerlegen, sofern der Wettbewerb seine Kontroll- und Steuerungsfunktion auf einem Verbindungsmarkt noch nicht vollständig erfüllen könne. Ob dies der Fall sei, sei von der Regulierungsbehörde im Rahmen des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens sowie bei der Entscheidung über die Auferlegung nach § 40 Abs. 1 TKG zu prüfen.

Hierbei sei sie auch bei der Entscheidung nach § 40 TKG nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, sachgerechte Differenzierungen vorzunehmen. Auch die Verpflichtung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG unterliege dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Bestünden sachgerechte Erwägungen für einen Preselectionausschluss für den Zugang zu einzelnen Diensten, dürfe die Betreibervorauswahl nach § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG deshalb für diese Dienste nicht auferlegt werden. Eine dennoch ausgesprochene Verpflichtung oder eine flächendeckende Verpflichtung nach § 40 Abs. 1 TKG wäre unverhältnismäßig und damit rechtswidrig.

Eine differenzierende Verpflichtung sei auch mit dem Wortlaut der Regelung vereinbar. Das Gesetz fordere nicht, das marktmächtige Unternehmen zu verpflichten, durch Call-by-Call

und Preselection den Zugang zu allen Diensten der unmittelbar zusammengeschalteten Wettbewerber zu ermöglichen, sondern den Zugang zu „den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Wettbewerber“.

Ausgehend von diesen Grundsätzen sei eine flächendeckende Auferlegung der Verpflichtung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG rechtswidrig. Sie stünde im Widerspruch zu den differenzierten Zielen des § 2 Abs. 2 TKG. Hierfür sei namentlich bedeutsam, dass in § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG die „Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen“ ausdrücklich als neues Ziel der Regulierung aufgenommen worden sei. Für den Bereich der Endnutzerdienste bedeute Infrastrukturwettbewerb insbesondere auch Anschlusswettbewerb in Form des Aufbaus eigener Infrastruktur im Anschlussbereich. Zur Entwicklung des Anschlusswettbewerbs bedürfe es indessen einer Eingrenzung der Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung. Gerade weil die Auswahl von Verbindungsnetzbetreibern möglich sei, entschieden sich Kunden gegen Anschlüsse alternativer Teilnehmernetzbetreiber. Die Verpflichtung zu Angeboten von Call-by-Call und Preselection führe daher zu einer Beeinträchtigung des Anschlussmarktes und damit der Teilnehmernetzbetreiber.

Die Unverhältnismäßigkeit einer „flächendeckenden“ Verpflichtung zu Call-by-Call und Preselection nach § 40 Abs. 1 TKG gelte insbesondere auch für Geschäftskunden, die ihre Telekommunikationsbedürfnisse sehr genau analysierten und eine kaufmännisch objektive Entscheidung für einen bestimmten Tarif träfen. Die Inanspruchnahme von Call-by-Call oder Preselection führe u.U. sogar dazu, dass die z.T. auf Volumenrabatten basierenden Tarife nicht optimal i.S. des Kunden genutzt würden. Eine Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung für Geschäftskunden ergebe somit erkennbar keinen Sinn. Ebenso kann der Zweck zur Förderung des Wettbewerbs hiermit nicht erreicht werden, da der Wettbewerb um diese Kunden bereits eine Stufe vorher stattgefunden habe. Denn die Telekommunikationsdiensteanbieter böten eine Vielfalt von Tarifen speziell für Geschäftskunden an, wie die Bundesnetzagentur auf Seite 53 des Notifizierungsentwurfes für die Märkte 1 bis 6 der Kommissionsempfehlung selbst feststelle. Wenn ein Kunde sich erst einmal für einen im Wettbewerb angebotenen Tarif entschieden habe, werde er sich nicht für einen weiteren Tarif entscheiden.

cb) Jedenfalls: Ausschluss der Betreiber(vor-)auswahl für kundenindividuelle Verträge

Jedenfalls unverhältnismäßig wäre die Auferlegung der Betreiber(vor-)auswahl im Rahmen von kundenindividuellen Verträge bis 1 Mio. € Jahresumsatz (netto). Hier gelte das vorstehend bzgl. der Geschäftskunden ausgeführte umso mehr. Solche kundenindividuellen Verträge seien in besonderer Weise auf die individuellen Bedürfnisse des Kunden zugeschnitten. Bei diesen handele es sich um untrennbare Leistungsangebote mit Anschlüssen, Verbindungen und lösungsspezifischen Mehrwertdiensten, die in kundenspezifischer Weise aufeinander abgestimmt werden. Sie zeichneten sich durch eine besondere Leistungsbreite und ihren individuellen Zuschnitt aus, der sich auch in den Preismodellen widerspiegele, indem z.B. Preisstaffelungen in Abhängigkeit des Gesprächsvolumen vereinbart werden. Aufgrund der Abstimmung sämtlicher Leistungen auf die individuellen Bedürfnisse des Kunden und ein ausdifferenziertes Preissystem entscheidee sich der Kunde bewusst dafür, sämtliche Leistungen aus einer Hand zu beziehen.

cc) Ausschluss von Betreibervorauswahl und Call-by-Call bei Inanspruchnahme des Sozialtarifes

Auch die Auferlegung der Betreibervorauswahl und des Call-by-Call für den Sozialtarif wäre unverhältnismäßig, weil die Gewährung eines Sozialtarifes nicht Ausfluss beträchtlicher Marktmacht sei. Die gewährten Vergünstigungen seien freiwillige Leistungen der Betroffenen T-Com, welche diese aus sozialen Gründen für einzelne Nutzergruppen wie behinderte oder sozial bedürftige Menschen erbringe.

cd) Ausdrücklicher Ausschluss der Verpflichtung nach § 40 Abs. 1 TKG für VoIP-

Verbindungen

In ihrem Konsultationsentwurfs der Regulierungsverfügung führe die Beschlusskammer aus, die Verpflichtung nach § 40 Abs. 1 TKG laufe in Bezug auf den Zugang zu VoIP-Diensten leer, da diese unabhängig von einem bestimmten Anschluss genutzt werden könnten. Dies sei zutreffend, finde aber im regelnden Teil der Regulierungsverfügung nicht den entsprechenden Niederschlag. Abgesehen davon, dass VoIP-Verbindungen von der vorstehenden Regulierungsverfügung generell ausgenommen werden müssten, wäre jedenfalls im Rahmen der Ziff. 1a des Entscheidungstenors eine ausdrückliche Regelung geboten.

ce) Keine Begründung von Rechten zugunsten von Verbindungsnetzbetreibern

Rechtswidrig sei schließlich auch die Erwägung der Bundesnetzagentur, dass § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG eine "drittschützende Wirkung" zugunsten von Verbindungsnetzbetreibern habe (Seite 11 des Konsultationsentwurfs). Diesen Ausführungen käme, weil sie tragender Teil der Entscheidungsbegründung wären, regelnde Wirkung i.S.v. § 35 Satz 1 VwVfG zu. Aufgrund dieser Ausführungen würde die rechtsgestaltende Wirkung der Regulierungsverfügung daher auf die Begründung von subjektiven Rechten von Verbindungsnetzbetreibern an der Auferlegung gem. Ziff. 1a des Entscheidungstenors erstreckt.

Die Verpflichtung nach § 40 Abs. 1 TKG begründe - nicht anders als die Verpflichtung nach § 43 Abs. 6 TKG 1996 - keine drittschützende Wirkung zugunsten anderer Netzbetreiber (VG Köln, Beschluss vom 04.04.2001 - 1 L 298/01 -, Blatt 4 BA).

d. Rechtswidrigkeit der Regelung zur nachträglichen Entgeltregulierung gem. § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG (Ziff. 1b Satz 1, Ziff. 2 Satz 1 des Entscheidungstenors)

In Ziff. 1b Satz 1 und Ziff. 2 Satz 1 des Entscheidungstenors des Konsultationsentwurfs verfüge die Bundesnetzagentur, dass die Entgelte der Betroffenen für Endnutzerleistungen auf dem Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten sowie die Entgelte der Betroffenen für Endnutzerleistungen auf dem Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten der nachträglichen Regulierung gem. § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG unterlägen. Es sei unklar, ob es sich insofern um eine eigenständige verbindliche Regelung im Sinne von § 35 Satz 1 VwVfG handele. Auch wenn sich in der Begründung des Konsultationsentwurfs hierzu keine Ausführungen fänden, spreche für einen eigenständigen Regelungscharakter doch die Tatsache, dass sich im regelnden Teil des Verwaltungsaktes (sog. Entscheidungstenor) hierzu ausdrückliche Aussagen finden.

Vorsorglich sei deshalb darauf hinzuweisen, dass eine solche Feststellung rechtswidrig wäre. Zwar entspricht die Feststellung der gesetzlichen Bestimmung des § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG. Diese Vorschrift sei aber gemeinschaftsrechtswidrig.

da) Vorgaben des Gemeinschaftsrechts für die Regulierung von Endnutzerentgelten

Das Gemeinschaftsrecht knüpfe die Auferlegung sämtlicher regulatorischer Verpflichtungen daran, dass aufgrund einer durchgeführten Marktanalyse auf dem nach Art. 15 RRL ermittelten Endnutzermarkt kein wirksamer Wettbewerb bestehe und die Vorleistungsregulierung oder Betreiber(vor-)auswahl nicht zur Erreichung der in Art. 8 RRL vorgegebenen Ziele führen würde (Art. 17 Abs. 1 URL). Lägen diese Voraussetzungen vor, müsse die nationale Regulierungsbehörde eine Verpflichtung auf der Rechtsfolgenseite auferlegen. Sie treffe hierbei eine Auswahl aus den in Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie genannten spezifischen Verpflichtungen. Entscheidend sei hierbei, dass diese Pflichten von den nationalen Regulierungsbehörden durch eigene konstitutive Entscheidung auferlegt würden.

db) Unzureichende Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben

§ 39 TKG setze diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nur unzureichend um.

Bezogen auf die Ex-post-Regulierung sei vor allem zu beanstanden, dass diese gemäß § 39 TKG kraft Gesetzes bereits dann gelte, wenn nur die beträchtliche Marktmacht auf einem Markt festgestellt sei. Eine Entscheidung der Bundesnetzagentur über ihre Auferlegung nach § 13 TKG sei in diesem Fall also entbehrlich.

Auch die Vorgaben von Art. 17 URL zur Rechtsfolgenseite seien unzureichend umgesetzt. Während gemäß Art. 17 Abs. 1 und 2 URL „geeignete regulatorische Verpflichtungen“ auferlegt werden müssten, die „der Art des festgestellten Problems entsprechen“ und angesichts der Ziele nach Art. 8 RRL verhältnismäßig und gerechtfertigt seien, seien im TKG außer der Entgeltregulierung keine weiteren Abhilfemaßnahmen für Endnutzermärkte, wie sie insbesondere in Erwägungsgrund 26 URL aufgezählt sind, vorgesehen.

dc) Folge: Rechtswidrigkeit einer gesonderten Feststellung, dass die Endnutzerentgelte der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG unterliegen

Aus der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG folge, dass die in Ziff. 1b Satz 1 und Ziff. 2. Satz 1 des Konsultationsentwurfs vorgesehene Feststellung rechtswidrig wäre.

e. Rechtswidrigkeit der Auferlegung der Anzeigepflicht für Anschluss- und Verbindungsleistungen

Soweit die Bundesnetzagentur beabsichtige, einheitlich für alle diejenigen Endkundenmärkte der Kommissions-Empfehlung, für die sie im Marktdefinitionsverfahren eine Regulierungsbedürftigkeit und im Marktanalyseverfahren eine beträchtliche Marktmacht der Betroffenen festgestellt habe, die Anzeigepflicht aufzuerlegen, wäre eine solche Verpflichtung ebenfalls rechtswidrig. Die Bundesnetzagentur verkehre das eindeutige Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 39 TKG, indem sie die als besondere Ausnahme vorgesehene (subsidiäre) Anzeigepflicht zur flächendeckenden Regel mache. Zudem sei die Begründung des Konsultationsentwurfs auf Erwägungen gestützt, die ohne erkennbaren Bezug zur konkreten Lage auf den in Betracht kommenden Endnutzermärkten formuliert seien.

ea) Anforderungen an die Auferlegung einer Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG

Nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG könne die Bundesnetzagentur „unter Beachtung von Abs. 1 Satz 1“ Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, ihr Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben. Bei diesem Verweis auf § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG handele es sich um eine Tatbestandsvoraussetzung, bei deren Vorliegen erst das Ermessen, eine Anzeigepflicht nach Abs. 3 Satz 2 aufzuerlegen oder nicht, eröffnet sei (VG Köln, Urteil vom 26.01.2006 - 1 K 266/05 -, Blatt 6 UA.)

Tatbestandsvoraussetzungen:

Nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG müsse die Bundesnetzagentur "Tatsachen" ermitteln, die die Annahme rechtfertigten, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich, worunter sowohl die Zugangsverpflichtung an sich als auch die Entgeltregulierung nach dem vorherigen Unterabschnitt verstanden werden (BT-Drucks. 15/2316, S. 70) oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 TKG nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden. Eine abstrakte Bewertung, dass die Vorleistungsregulierung im betrachteten Endnutzermarkt keine Wirkung entfalte, genüge nicht. Die Bundesnetzagentur müsse vielmehr konkrete Anhaltspunkte für das Versagen der Vorleistungsregulierung bzw. der Betreiber(vor)auswahl in den jeweiligen Märkten haben (Koenig/Winkler, TKMR 2003, 171, 178).

Die insoweit notwendige Prognose beziehe sich darauf, ob die im Gesetz bezeichneten Verpflichtungen im Vorleistungsbereich oder zur Betreiber(vor-)auswahl ausreichten, um die Ziele des § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen. Die Bundesnetzagentur müsse von der Auferlegung ab-

sehen, wenn entweder die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder diejenigen nach § 40 TKG zur Erreichung der Ziele genügten. Das Fehlen wirksamen Wettbewerbs alleine könne hierbei nicht ausreichen. Die marktmächtige Stellung sei bereits für sich Voraussetzung von § 39 TKG, so dass die Prognose nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG darüber hinausgehen müsse (Koenig/Winkler, TKMR 2003, 171, 177).

Aufgrund des Prinzips des Vorrangs der Vorleistungsregulierung bzw. der Betreiber(vor)auswahl müsse die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Prognose auch die Eignung zukünftiger Maßnahmen in diesen Bereichen berücksichtigen und zunächst die Vorleistungsregulierung ausschöpfen (Koenig/Winkler, TKMR 2003, 171, 178).

Dies schließe die Notwendigkeit einer Prognose über die künftige Entwicklung der Märkte – ohne Auferlegung einer Anzeigepflicht – ein.

Da schließlich die Ziele nach § 2 Abs. 2 TKG ihrerseits teilweise gegenläufig seien, müsse die Bundesnetzagentur für die Feststellung, ob „die“ Ziele des § 2 Abs. 2 TKG erreicht seien, eine Abwägung zwischen diesen Zielen sowie die Feststellung treffen, welche Folgen die Auferlegung der Anzeigepflicht für diese Ziele jeweils hätte.

Ermessensausübung nach § 39 Abs. 3 TKG:

Komme die Bundesnetzagentur zu dem Ergebnis, dass die Annahme i.S.v. § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG gerechtfertigt sei, so müsse sie in einem zweiten Schritt von dem ihr nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG eröffneten Ermessen Gebrauch machen. Selbst wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigten, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 TKG nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden, müsse die Bundesnetzagentur die eröffnete Auferlegungsentscheidung nicht treffen. Sie könne dies lediglich tun. Daher müsse die Bundesnetzagentur auch im Rahmen des Ermessens Gesichtspunkte anführen, warum im konkreten Einzelfall ein Anzeigeverfahren durchgeführt werden solle.

eb) <u>Fehlerhaftigkeit der beabsichtigten Entscheidung der Bundesnetzagentur</u>

Diesen gesetzlichen Maßstäben genüge der Konsultationsentwurf nicht.

Keine hinreichenden Tatsachenfeststellungen:

Der Konsultationsentwurf enthalte keine konkreten, auf die einzelnen Märkte bezogenen Tatsachen, sondern stützte die Entscheidung nur auf mögliche Praktiken der betroffenen Unternehmen und die mögliche Gefahr des missbräuchlichen Verhaltens eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht.

Die von der Beschlusskammer bezüglich des Anschlussmarktes benannten (angeblichen) Tatsachen rechtfertigten nicht die Notwendigkeit einer Anzeigepflicht. Abgesehen davon, dass ein einziges Beispiel (vermeintlich) missbräuchlichen Verhaltens der Betroffenen für die Annahme der Unzureichendheit der Vorleistungsregulierung nicht genügen könne, sei das angegebene Beispiel auch deshalb ungeeignet, weil die Bundesnetzagentur seinerzeit auf die Anzeige der betreffenden Tarifmaßnahme durch die Betroffenen keinen offenkundigen Verstoß gegen § 28 TKG hätte erkennen können. Auch im Anschluss an die jeweils durchgeführten Anzeigeverfahren wurde in keinem Fall Bedarf für die Einleitung eines Verfahrens der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 TKG gesehen.

Auch die hier von der Beschlusskammer angestellten Erwägungen genügten keineswegs, um Tatsachen aufzuzeigen, welche die Annahme rechtfertigten, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder nach § 40 TKG nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden.

Der Hinweis auf die (vermeintlich) "immer noch überragende Marktstellung" der Betroffenen sei pauschal. Eine beträchtliche Marktmacht allein reiche als Prognosegrundlage im Rahmen von § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG nicht aus. Hiervon abgesehen könne angesichts der neuesten Zahlen des Tätigkeitsberichts 2004/2005 der Bundesnetzagentur (Stand: Dezember 2005) auch keine Rede davon sein, dass es sich um eine „überragende“ Marktstellung handele. Nach dem Tätigkeitsbericht sei der Anteil der Betroffenen an den Verbindungsminuten bei den Inlandsverbindungen von 60 % auf 56 % zurückgegangen. Angesichts dieser Entwicklung sei die Annahme im Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur umso weniger gerechtfertigt, die Betroffene werde sich allein wegen ihrer Marktstellung künftig missbräuchlich verhalten.

Auch der Hinweis auf die seinerzeit vorgesehene Einführung des 10-Cent-Tarifs rechtfertige eine solche Annahme nicht. Abgesehen davon, dass dieses Beispiel recht weit zurückliege, sei die Ablehnung der Genehmigung auch rechtswidrig gewesen, da sie auf einer fehlerhaften Anwendung der damals maßgeblichen IC+25%-Formel beruht habe.

Fehlerhaftigkeit der Prognose im Übrigen:

Hiervon abgesehen leide die in der Begründung des Konsultationsentwurfs enthaltene Prognose, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder nach § 40 TKG nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden, an weiteren Rechtsfehlern.

Die von der Bundesnetzagentur angenommene „Gefahr“, die Betroffene werde sich künftig durch Dumping-, Preis-Kosten-Schere- oder Bündelungs-Strategien missbräuchlich verhalten, bestehe nicht. Die Bundesnetzagentur habe nicht hinreichend berücksichtigt, dass sie in der Vergangenheit hinsichtlich der von der Betroffenen angezeigten Tarife in keinem einzigen Fall einen Tarif im Rahmen des Anzeigeverfahrens beanstandet habe. In keinem Fall sei es zu einer Beanstandung nach § 39 Abs. 3 Satz 3 TKG wegen offensichtlichen Verstoßes gegen die maßgeblichen materiellen Vorschriften gekommen.

Soweit – in einem einzigen Fall - ein Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 TKG durchgeführt worden sei, sei dies ausschließlich auf die Anzeige von Wettbewerbsunternehmen erfolgt. Auch dieses Verfahren habe nicht zu einer Beanstandung des dort verfahrensgegenständlichen Entgelts geführt.

Dies belege gleichzeitig, dass ein Anzeigeverfahren nicht erforderlich sei. Denn die Möglichkeit von Wettbewerbern, bei der Bundesnetzagentur vermeintliche Verstöße von Tarifen gegen die gesetzlichen Maßstäbe anzuzeigen und Beschwerde zu erheben, bleibe ihnen auch bei fehlender Auferlegung der Anzeigepflicht stets unbenommen.

Bei ihrer Prognose habe die Bundesnetzagentur auch nicht hinreichend die künftige Marktentwicklung berücksichtigt. Diese belege die Wirksamkeit der Zugangsregulierung sowohl für die Anschlussmärkte als auch die Verbindungsmärkte.

Der Anschlussmarkt (Märkte 1 und 2 der Empfehlung der Kommission) sei durch eine hohe Dynamik der Marktanteilsverluste bei Anschlüssen gekennzeichnet.

Ausweislich der siebten gemeinsamen Marktanalyse zur Telekommunikation von Dialog Consult/VATM, hätten die alternativen Carrier im Jahr 2005 erneut eine deutliche Zunahme der absoluten Kundenzahlen verzeichnet. Die höchste relative Steigerung weise das Segment der Komplettanschlusskunden mit 43,5% auf, die zudem erheblich mehr Minuten generierten als andere Kunden der Wettbewerber.

Diese Entwicklung habe auch die Bundesnetzagentur in ihrem Tätigkeitsbericht 2004/2005 bestätigt. Demnach hätten bereits im 1. Quartal 2005 71 Unternehmen neben der DTAG einen analogen oder ISDN-Direktanschluss angeboten, so dass für mehr als die Hälfte der Bevölkerung eine Wahlmöglichkeit zwischen mehr als einem Anschlussbetreiber bestand

(vgl. Seite 13 des Tätigkeitsberichts). Im Sprechzettel zur Veröffentlichung des Tätigkeitsberichts habe der Präsident der Bundesnetzagentur insoweit ausgeführt, dass sich in den vergangenen Jahren die Position der Teilnehmernetzbetreiber deutlich verbessert habe. Die Intensivierung des Wettbewerbs im Anschlussbereich durch das gebündelte Angebot von Telefon- und Breitbandanschlüssen werde durch die dynamisch steigende Zahl von vermieteten Teilnehmeranschlussleitungen dokumentiert. Die Bundesnetzagentur gehe daher davon aus, dass zum Jahresende 2005 mehr als 3 Mio. Teilnehmeranschlussleitungen von Wettbewerbern genutzt würden. Auf den Verbindungsmärkten (Märkte 3 und 5 der Empfehlung der Kommission) verhalte es sich nicht anders. Auch dies belege die Studie von Dialog Consult und VATM.

Abwägungsmängel:

Hiervon abgesehen leide der Konsultationsentwurf an einer Reihe weiterer, jeweils durchgreifender Abwägungsmängel. Die Begründung des Konsultationsentwurfs setze sich mit den gegenläufigen Belangen des § 2 Abs. 2 TKG nicht hinreichend auseinander, sondern stelle einseitig die Interessen der Wettbewerber der Betroffenen in den Vordergrund. Zudem beruhe die Begründung teilweise auf sachfremden Erwägungen. Schließlich setze sich die Bundesnetzagentur mit den Belastungen, die für die Betroffene speziell mit der Anzeigepflicht verbunden seien, nicht hinreichend auseinander. Im einzelnen:

Nicht sachgerecht sei die Begründung des Konsultationsentwurfs, die als Folge der Anzeigepflicht gesetzlich vorgesehene "2-monatige Karenzzeit" bis zum vorgesehenen Inkrafttreten der geplanten Tarifmaßnahme könne von den Wettbewerbern dazu genutzt werden, sich mit entsprechenden eigenen Produkten auf die Tarifmaßnahme der Betroffenen einzustellen. Hiermit werde der Zweck der Vorschrift des § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG verfehlt. Die Anzeigepflicht diene ausschließlich dazu, die Bundesnetzagentur von einer ständigen Marktbeobachtung zu entlasten, um etwaig missbräuchliche Entgeltmaßnahmen aus der Vielzahl von Entgelten herauszufiltern. Sie habe jedoch nicht den Zweck, Wettbewerbern die Möglichkeit zu verschaffen, zeitgleich mit den betroffenen Unternehmen neue Tarife einzuführen und so einen auf innovativen Produkten beruhenden Wettbewerbsvorteil zu zerstören. Eine solche Zweckrichtung widerspräche auch dem Prinzip wirksamen Wettbewerbs. Dieser ist gekennzeichnet als ein Prozess von Vorstoß und Verfolgung, dessen wesentliches Merkmal darin bestehe, dass Vorreitervorteile des vorstoßenden Wettbewerbers möglich sind und erst zeitversetzt durch den nachstoßenden Wettbewerb anderer Unternehmen wieder aufgezehrt würden.

Nicht sachgerecht sei auch die Erwägung, das Anzeigeverfahren habe deshalb einen günstigen Effekt, weil Wettbewerber vor Markteinführung die Einleitung eines Ex-post-Verfahrens innerhalb der 2-Monatsfrist "beantragen" könnten. Ein Antragsrecht Dritter auf Einleitung eines Ex-post-Verfahrens bestehe nicht (Heun, CR 2004, 893, 904). Die Wettbewerber könnten lediglich mit einer Anzeige bei der Bundesnetzagentur versuchen, diese zur Einleitung eines ex post-Verfahrens von Amts wegen zu veranlassen. Diese Möglichkeit einer Anzeige mit dem Ziel, die Bundesnetzagentur zur Verfahrenseinleitung von Amts wegen zu veranlassen, bestehe aber auch ohne Auferlegung einer Anzeigepflicht. Die diesbezügliche Erwägung in der Begründung des Konsultationsentwurfs vermöge daher die Auferlegung dieser vorgesehen Maßnahme nicht zu rechtfertigen.

Hiervon abgesehen sei auch die Annahme, § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG verpflichte das betroffene Unternehmen, die geplante Entgeltmaßnahme erst nach Ablauf von 2 Monaten nach ihrer Anzeige in Kraft treten zu lassen, offensichtlich fehlerhaft. Die Frist des § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG stelle sicher, dass ein Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 38 Abs. 3 TKG vor der geplanten Einführung der Entgeltmaßnahme durch den marktbeherrschenden Betreiber abgeschlossen sei. Das längstens zwei Monate dauernde Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung werde aber nur dann in Gang gesetzt, wenn die Bundesnetzagentur gemäß § 39 Abs. 3 Satz 3 TKG innerhalb von zwei Wochen nach Anzeige der Entgeltmaßnahme feststelle, dass das Entgelt offenkundig nicht mit den Missbrauchsmaß-

stäben des § 28 TKG vereinbar sei. Werde eine Tarifmaßnahme innerhalb dieser Zwei-Wochen-Frist nicht beanstandet, spreche nichts dagegen, dass die Maßnahme unmittelbar umgesetzt werde. Die Zurückstellung der Einführung um weitere sechs Wochen wäre bei einem im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung nicht beanstandeten Tarif dagegen unangemessen (Ebenso auch die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten zur „Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen“, Bonn, Dezember 2005, S. 73).

Hiervon abgesehen leide die vorgesehene Auferlegung der Anzeigepflicht auch an einer Abwägungsdisproportionalität. Mit der einschränkungslosen Auferlegung einer Anzeigepflicht für sämtliche Tarifmaßnahmen, für welche die Bundesnetzagentur eine beträchtliche Marktmacht der Betroffenen festgestellt habe, würden die Ziele des § 2 Abs. 2 TKG nicht zu einem sachgerechten Ausgleich gebracht. Die Begründung des Konsultationsentwurfs nehme eine nur potentielle Möglichkeit oder Gefahr künftigen missbräuchlichen Verhaltens der Betroffenen zum Anlass, dieser durchweg und ohne jede Einschränkung eine Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG aufzuerlegen. Sie setze sich hierbei weder mit der Eingriffsintensität hinreichend auseinander, die diese Maßnahme für die Betroffene zur Folge hat, noch mit der Schutzbedürftigkeit der Wettbewerber. Dies gelte zumal angesichts der Tatsache, dass die Bundesnetzagentur der Auffassung sei, die Anzeigepflicht hindere die Betroffene daran, innerhalb der 2-monatigen Frist des § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG die geplante Tarifmaßnahme in Kraft treten zu lassen. Diese Rechtsauffassung führe dazu, dass die Anzeigepflicht verfahrensrechtlich wie ein Genehmigungsverfahren wirke. Dies werde im Konsultationsentwurf durchaus erkannt (so Blatt 14 oben des Konsultationsentwurfs: "präventiver Charakter"). Diese Wirkung werde durch die Anordnung der Vorlage von Unterlagen nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG, zu denen auch Kostenunterlagen in Form von Nutzungsdaten zählen sollen, nochmals verstärkt. Eine solche Maßnahme führe gegenüber der bisherigen Rechtslage nach dem TKG 1996 nicht zu einer Verringerung der Belastungen aus der sektorspezifischen Entgeltregulierung für die betroffenen Unternehmen, sondern im Gegenteil sogar zu einer erheblichen Mehrbelastung. Würde die Regulierungsverfügung mit dem Inhalt des Konsultationsentwurfs erlassen, wären die Betroffenen auch für den ex post regulierten Bereich verfahrensrechtlichen Anforderungen ausgesetzt, die sich von den Anforderungen eines ex ante Genehmigungsverfahrens nicht unterschieden. Zugleich gewährte das Anzeigeverfahren den betroffenen Unternehmen jedoch nicht die Rechtssicherheit einer Entgeltgenehmigung. Derart weitreichende Folgen widersprächen evident der vom Gesetzgeber des TKG ebenso wie auch vom Gemeinschaftsrecht gewollten Einordnung der Regulierung von Endnutzerentgelten als einer „ultima ratio“.

Die Bundesnetzagentur lehne eine Differenzierung der Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen für unterschiedliche Produktgruppen der betroffenen Unternehmen ab. Sie führe aus, es würden sich keine Kriterien erkennen lassen, die es einerseits der Bundesnetzagentur ermöglichen würden, die Vorlageverpflichtung auf wettbewerblich besonders kritische Tarifmaßnahmen zu beschränken, ohne der Betroffenen nicht gleichzeitig auch den Weg zu einer Umgehung der beabsichtigten Kontrolle zu eröffnen (Seite 22 des Konsultationsentwurfs). Dies sei nicht nur unzutreffend. Die ausnahmslose Auferlegung der Anzeigepflicht verstoße auch gegen das in § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG und Art. 17 Abs. 2 URL verankerte Prinzip, wonach die Auferlegung der Anzeigepflicht als Maßgabe der Endnutzerentgeltregulierung die (seltene) Ausnahme sei.

Das Instrument der Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG sei in zweifacher Weise subsidiär ausgestaltet. Nicht nur sei die Regulierung von Endnutzerdiensten per se subsidiär gegenüber der Regulierung von Vorleistungsprodukten; auch zwischen den drei möglichen Regulierungsinstrumenten bestehe eine Stufenfolge. Die Anzeigepflicht bedürfe daher der besonderen Rechtfertigung.

Dies entspreche auch zwingenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Der Grundsatz der mehrfachen Subsidiarität der Regulierung von Endnutzerdiensten finde sich in Art. 17 Abs. 1 lit. a) und b) URL (Schütz/Attendorn, MMR Beilage 4/2002, 1, 18; Husch/ Kemm-

ler/Ohlenburg, MMR 2003, 139,144; Koenig/ Winkler, TKMR 2003, 171 , 174; Holznagel/Hombergs, K&R 2003, 322, 325 f.). Auch 26 URL betone dies, wonach die nationale Regulierungsbehörde nur die Befugnis haben solle, einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Endnutzer als „letztes Mittel“ aufzuerlegen. Somit sei schon die Regulierung von Endnutzerdiensten ultima ratio und bedarf besonderer Begründung.

Demgegenüber sehe der Konsultationsentwurf die Anzeigepflicht für alle Märkte und alle Endnutzerentgelte vor, die nach dem Ergebnis von Marktdefinition und Marktanalyse der Regulierung nach dem Teil 2 des TKG unterliegen. Hierdurch werde die nach der zwingenden gesetzlichen und gemeinschaftsrechtlichen Konzeption nur als (seltene) Ausnahme vorgesehene Anzeigepflicht zur (flächendeckenden) Regel. Dies verstoße sowohl gegen § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG als auch gegen Art. 17 Abs. 2 URL.

ec) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Regulierungsverfügung aufgrund undifferenzierter Auferlegung der Anzeigepflicht

Schließlich wäre eine Auferlegung der Anzeigepflicht aber auch für einzelne Bereiche sachlich verfehlt.

Keine Anzeigepflicht für VoIP-Verbindungsleistungen

Die beabsichtigte Auferlegung der Anzeigepflicht für Verbindungsleistungen wäre rechtswidrig. Angebote für Verbindungsleistungen, die über VoIP-Dienste hergestellt würden, seien von Verbindungsleistungen, die über PSTN realisiert würden, sachlich abgrenzbar. Für diese Angebote lägen die Voraussetzungen des § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG nicht vor.

Die Bundesnetzagentur gehe zu Unrecht davon aus, dass sie über keine Kriterien verfüge, um VoIP-Angebote von PSTN-Angeboten zu unterscheiden. Diese Angebote seien ohne weiteres voneinander trennbar. Hierfür spreche bereits, dass die Tatsache, dass Verbindungsleistungen technisch unterschiedlich realisiert würden, im Konsultationsentwurf auch durchaus eingeräumt werde. Die Bundesnetzagentur führe insoweit zutreffend aus, dass zur Realisierung von VoIP-Angeboten auf andere Vorleistungsprodukte zurückgegriffen werden müsse als bei PSTN-Angeboten. Auch die Marktanalyse gehe davon aus, dass es sich bei VoIP-Telefonie und PSTN-Telefonie zwar um zusammengehörende, aber dennoch unterschiedliche Produktbereiche handele, die technisch unterschiedlich realisiert werden (S. 60 der Marktanalyse). Dies spiegele auch die tatsächliche Marktsituation wider. VoIP-Angebote würden häufig zusammen mit einem Internetzugangstarif und einem BreitbandAnschluss von Internet Service Providern angeboten und stellten ein Aliud gegenüber dem PSTN-Anschluss und der klassischen Sprachtelefonie dar, die von Teilnehmer- bzw. Verbindungsnetzbetreiber erbracht werden.

Im Hinblick auf VoIP-Angebote gelte in besonders augenfälliger Weise, dass Tatsachen fehlten, welche die Annahme rechtfertigten, die Regulierung des Vorleistungsmarktes sei nicht ausreichend, um die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen. Die Kommission habe die Mitgliedstaaten zu einer zurückhaltenden Regulierung von VoIP-Produkten aufgerufen (Mitteilung der Kommission vom 20.02.2006, KOM (2006) 68, S. 10).

Dies bestätigten auch die Ausführungen der Bundesnetzagentur in ihrem Tätigkeitsbericht für 2004/2005 als auch ihr Jahresbericht vom 16.03.2006. Die Bundesnetzagentur unterstreiche hierin jeweils, dass die Marktentwicklung von VoIP-Diensten durch eine hohe Marktdynamik und hohe Markteintritte gekennzeichnet sei. Die Zahl der VoIP-Anbieter sei demnach von 15 Unternehmen im Jahr 2004 auf 50 Anbieter Ende 2005 gestiegen. Dies belege, dass keine Markteintrittsschranken bestehen, sondern eine Vielzahl von Wettbewerbern unter Rückgriff auf die Vorleistungsprodukte der Betroffenen Angebote entwickeln können.

Die Marktdaten belegten, dass die Betroffene im Bereich von VoIP-Diensten keine herausgehobene Marktposition innehabe. Gemäß Studie „Voice over IP Nutzungs- und Nachfragerparameter im Privatkundenmarkt“ der Hochschlue Heilbronn verfüge die T-Online nur über einen Marktanteil von 6 %. Dominiert werde das Angebot von VoIP-Diensten durch die Unternehmen Skype, 1&1 und Web.de. Weitere marktstarke Unternehmen seien die Firmen GMX, freenet und Schlund & Partner. Zudem haben überaus finanzkräftige Unternehmen wie z.B. Microsoft, Yahoo und Google ihren Markteintritt bereits angekündigt.

Diese Umstände seien auch bei der Abwägungsentscheidung nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG zu berücksichtigen. Die Auferlegung einer Anzeigepflicht für VoIP-Dienste sei zur Erreichung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG nicht erforderlich. Sie sei insbesondere nicht zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und zur Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) geboten. Die vorliegenden Marktdaten belegten vielmehr, dass für den Bereich der VoIP-Dienste bereits lebhafter Wettbewerb herrsche.

Insoweit bestehe auch insbesondere nicht die Gefahr einer Übertragung von Marktmacht der Betroffenen „im Festnetzbereich auf den VoIP-Bereich“, wie im Konsultationsentwurf ausgeführt werde. Wie die Bundesnetzagentur zutreffend festgestellt habe, unterbreite die Betroffene Deutsche Telekom AG, T-Com, keine eigenen VoIP-Angebote am Markt. Die von der Bundesnetzagentur angenommene Marktmacht der T-Com im Bereich der PSTN-Verbindungen und im Anschlussbereich sei daher für sich genommen für das Angebot von VoIP-Verbindungen irrelevant. Da eine Substitutionswirkung zwischen PSTN-Verbindungen und VoIP nur vom PSTN zu VoIP hin, nicht aber umgekehrt, bestehe, seien für die Wechselentscheidung des Endkunden die Angebote und Entgelte für VoIP-Verbindungsleistungen maßgeblich, nicht für PSTN-Verbindungen. VoIP-Verbindungsleistungen würden von der Betroffenen Deutsche Telekom AG, T-Com, aber nicht am Markt angeboten.

Dementsprechend begründe die Bundesnetzagentur ihre Befürchtung einer Marktmachtübertragung auch nur damit, die Betroffene könne „durch eine entsprechende Ausgestaltung der VoIP-Angebote ihrer Tochter T-Online International AG“ versuchen, Wettbewerber mit gezielten Preismissbrauchsstrategien „aus diesem sich noch in einer Frühphase des Wettbewerbs befindlichen Marktsegment [zu] verdrängen“. Für eine solche Annahme bestünden keine Anhaltspunkte. Die Bundesnetzagentur übersehe bei ihrer Argumentation bereits, dass es sich bei der Deutschen Telekom AG und der T-Online International AG um rechtlich eigenständige juristische Personen handele. Ein beherrschungsvertragliches Weisungsrecht bestehe eben sowenig wie ein Gewinnabführungsvertrag. Hiervon abgesehen sei auch nicht erkennbar, wie durch „gezielte Dumping und Cost-Prize-Squeeze-Strategien oder Bündelungsstrategien“ (so Blatt 19 oben des Konsultationsentwurfs) gerade die Anbieter von VoIP-Verbindungen vom Markt verdrängt werden können sollten.

Schließlich habe die Bundesnetzagentur in ihrem Konsultationsentwurf nicht hinreichend berücksichtigt, dass es sich bei dem Angebot von VoIP-Telefonie um ein neues, bisher nicht hinreichend etabliertes Produkt handele. Selbst wenn man insofern die Marktabgrenzung der Marktanalyse der Bundesnetzagentur zugrundelegen und davon ausgehen würde, dass der Markt für VoIP-Verbindungen kein eigenständiger, gegenüber den Märkten 3 und 5 sachlich abgegrenzter Markt sei, griffen insofern doch die dem Erwägungsgrund 15 der Märkte-Empfehlung der Kommission zugrundeliegenden Überlegungen, aus denen heraus ein Regulierungsbedarf für neue Märkte nicht bestehe. Der dem Erwägungsgrund 15 zugrundeliegende Gedanke sei der des vorstoßenden Wettbewerbs. Sofern auf neuen oder sich abzeichnenden Märkten Marktmacht aufgrund von Vorreitervorteilen bestehe, kämen diese Märkte deshalb bei einer sektorspezifischen Regulierung nicht in Betracht, da nach dem Konzept des vorstoßenden Wettbewerbs Vorreitervorteile durch den nachstoßenden Wettbewerb anderer Unternehmen aufgezehrt würden.

Diese Überlegungen seien in ihrer Berechtigung nicht nur auf die Frage der Regulierungsbedürftigkeit für neue oder sich abzeichnende Märkte beschränkt. Sie griffen entsprechend

auch für neue Produkte, die Teil von bestehenden sachlich relevanten Märkten seien. Insofern müsse bei der Entscheidung über den Umfang der Regulierung für diese Märkte ebenfalls dem Konzept des vorstoßenden Wettbewerbs Rechnung getragen werden. Aus solchen Gründen habe die Beschlusskammer 3 der damaligen RegTP die Entgelte für DSL-Anschlüsse rechtlich nicht beanstandet. (RegTP, Beschluss vom 30.03.2001 - BK 3b-00/032, S. 44 ff. des BU).

Vor dem Hintergrund des neuen Regulierungsrahmens nach dem TKG 2004 müsse die Bundesnetzagentur diesem Gedanken schon bei ihren Entscheidungen im Rahmen der Regulierungsverfügung Rechnung tragen. Sofern hier nach der Konstruktion des TKG – ungeachtet der dargelegten gemeinschaftsrechtlichen Bedenken – eine Ex-post-Regulierung nicht vollständig ausscheide, sei bei neuen Produkten jedenfalls von der Auferlegung einer Anzeigepflicht abzusehen. Die im Konsultationsentwurf vorgesehene Anzeigepflicht hingegen würde nicht nur dem Ausnahmecharakter der Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG widersprechen, sondern auch dem Umstand, dass bei neuen Märkten allein schon das Bestehen von Vorreitervorteilen noch keine besonderen Regulierungsmaßnahmen rechtfertige.

ed) Keine Anzeigepflicht für kundenindividuelle Verträge

Auch die Auferlegung einer Anzeigepflicht für kundenindividuelle Verträge wäre rechtswidrig. Entgegen den Ausführungen im Konsultationsentwurf sei es unzutreffend, dass sich keine Kriterien erkennen ließen, die es einerseits der Bundesnetzagentur ermöglichten, die Vorlageverpflichtung auf wettbewerblich besonders kritische Tarifmaßnahmen zu beschränken, ohne der Betroffenen gleichzeitig andererseits den Weg zu einer Umgehung der beabsichtigten Kontrolle zu eröffnen.

Kundenindividuelle Verträge stellten eine eigenständige Produktgruppe dar. Hiervon gehe auch der Gesetzgeber aus, da er es für notwendig befunden habe, durch § 39 Abs. 3 Satz 4 TKG hierfür eine eigenständige gesetzliche Regelung zu treffen. Die Regelung in § 39 Abs. 3 Satz 4 TKG ziele auf Verträge ab, die aufgrund einer spezifischen Nachfrage, die durch AGB-Produkte nicht befriedigt werden könne, spezifische Leistungsbedingungen vorsähen. Ausweislich der Gesetzesbegründung gehörten hierzu "vornehmlich", aber nicht nur, Verträge, die ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens eingegangen sei (BT-Drucks. 15/2316, S. 70 zu § 38 Abs. 1 Satz 3).

Die Auferlegung der Anzeigepflicht für kundenindividuelle Verträge wäre abwägungsfehlerhaft. Bei der Entscheidung über die Auferlegung einer Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG sei maßgeblich zu berücksichtigen, dass Einzelverträge erheblich geringere Bedeutung für den Wettbewerb hätten als flächendeckend, im Massengeschäft angebotene Standardverträge (Kühling/Neumann, Berliner Kommentar zum TKG, § 39 Rdnr. 101.) Bestätigt werde dies durch die spanische Regulierungsbehörde Comision des Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), die bei der Auferlegung von Verpflichtungen für den Telefondienstmarkt anerkenne, dass bei individuell vereinbarten Verträgen eine Disziplinierung des marktmächtigen Unternehmens bereits durch die Nachfragemacht der Kunden stattfinde und dieses somit nicht über einen vollkommen unkontrollierten Verhaltensspielraum verfüge. Aus diesem Grunde habe die spanische Regulierungsbehörde CMT auch für Individualverträge bis zu einer betragsmäßigen Grenze von 600.000 € (netto) keine Verpflichtungen auferlegt. Die Auferlegung von Verpflichtungen sei nicht geboten, weil aufgrund der wirtschaftlich starken Position der Kunden keine Gefahr der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch das marktmächtige Unternehmen bestehe.

Diese Grundsätze müsse die Bundesnetzagentur auch vorliegend – ausgehend von der von ihr vorgenommenen Grenzziehung in Höhe von 1 Mio. € - beachten. Sie müsste dann genauso verfahren wie der spanische Regulierer, weil auch auf dem deutschen Markt aufgrund der wirtschaftlich starken Position der Kunden keine Gefahr der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Betroffenen bestehe.

Auch sei zu beachten, dass eine Anzeigepflicht selbst dann einen unangemessenen Verwaltungsaufwand verursache, wenn nur eine Vertragskopie vorgelegt werden müsse, insbesondere auch dann wenn dies bei jeder Vertragsänderung gelten soll. Typischerweise würden in derartigen individuellen Verträgen kontinuierlich z.B. Anschlüsse neu einbezogen oder ausgenommen, so dass auch die Entgeltbestimmungen kontinuierlich angepasst würden.

Vor allem führe die Vorlagepflicht individueller Verträge auch zur Verunsicherung der Endkunden. In der Vergangenheit hat sich im Zusammenhang mit dem Verfahren "Feststellung der Genehmigungspflicht der Entgelte für geschlossene Benutzergruppen" gezeigt, dass die Wettbewerber allein den Umstand der möglichen "Regulierbarkeit" derartiger Verträge dazu nutzen, Endkunden dahingehend zu beeinflussen, Verträge nicht abzuschließen oder zu kündigen. Nicht anders werde es sich verhalten, wenn individuelle Verträge anzeigepflichtig seien. Es könne jedoch nicht Ziel des TKG sein, dass Wettbewerber einen Wettbewerbsvorsprung durch verfahrensrechtliche Vorschriften erlangten.

Die Auferlegung der Anzeigepflicht für kundenindividuelle Verträge wäre zudem unverhältnismäßig. Insoweit stehe als milderes Mittel die Möglichkeit der Ex-post-Kontrolle der individuell vereinbarten Verträge zur Verfügung. Die Bundesnetzagentur habe jederzeit die Möglichkeit bei Bekanntwerden von Tatsachen, die die Annahme rechtfertigten, dass die Entgelte der betreffenden Leistungen nicht den Maßstäben des § 28 TKG entsprechen (§ 39 Abs. 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 TKG), ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle einzuleiten. Diesen Weg habe auch der spanische Regulierer in der bereits zitierten Entscheidung eingeschlagen. Er habe den spanischen Incumbent lediglich dazu verpflichtet, Individualverträge ein Jahr vorzuhalten, damit diese auf Nachfrage der Regulierungsbehörde übergeben werden könnten. Eine vergleichbare Regelung wäre auch in Deutschland als milderes Mittel vorzusehen.

ee) Keine Anzeigepflicht für Paketangebote

Die Bundesnetzagentur halte auch Paketangebote, die aus (1) aus ihrer Sicht anzeigepflichtigen Leistungen (Anschlüsse, öffentliche Festnetz-Inlandsverbindungen; inländische VOIP-Verbindungen) und (2) „weiteren im Paket enthaltenen Leistungen“ bestünden, grundsätzlich für anzeigepflichtig. Solche Paketangebote sollten nur dann nicht der Anzeigepflicht unterliegen, „wenn die in dem Paket enthaltenen Standard-Anschlussleistungen einzeln angeboten und vom Endkunden auch weiterhin zu den angezeigten Tarifen in Anspruch genommen werden können und die weiteren im Paket enthaltenen Leistungen kostendeckend sind, d.h. nicht durch die Anschlussentgelte querfinanziert werden müssen“ (Seite 16 des Konsultationsentwurfs) bzw. „wenn die in dem Paket enthaltenen öffentlichen Festnetz-Inlandsverbindungen und inländischen VOIP-Verbindungen einzeln angeboten und vom Endkunden auch weiterhin zu den angezeigten Tarifen in Anspruch genommen werden können und die weiteren im Paket enthaltenen Leistungen jeweils für sich kostendeckend sind“ (Blatt 21 unten des Konsultationsentwurfs).

Die Betroffene halte insoweit weiterhin an ihren Einwänden gegen die bisherige Spruchpraxis der Beschlusskammer 2 zu den Paketangeboten fest. Diese Spruchpraxis führe zu einer – noch weitergehenden - Ausdehnung der Regulierung auf weitere Leistungsmerkmale, die auch nach der Regulierungsverfügung – für sich betrachtet – nicht anzeigepflichtig wären. Dies sei vor dem Hintergrund, dass die Regulierung der Endnutzerentgelte unter dem TKG 2004 die „ultima ratio“ sein solle, (noch) weniger hinzunehmen als unter dem bisher geltenden TKG 1996. In der Sache bestehe für die Ausdehnung der Anzeigepflicht weiterhin keine Rechtfertigung. Sie beruhte genau besehen auf der Prämisse, dass (1.) die in dem Paket enthaltenen zusätzlichen Leistungsmerkmale zu dem Preis, der sich aus der Differenz zwischen dem Paketpreis und den darin enthaltenen anzeigepflichtigen Entgelten ergibt, nicht kostendeckend angeboten werden könnten und dass (2.) diese Kostenunterdeckung gerade aus dem Entgeltaufkommen der regulierten Entgelte finanziert werde, nicht hingegen aus anderen (unregulierten) Quellen. Eine Begründung für diese Annahme liefere die Bundes-

netzagentur nicht.

f. Rechtswidrigkeit der Anordnung nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG

Auch die beabsichtigte Anordnung nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG sei rechtswidrig. Die Verpflichtungen nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG dürfen nicht im Rahmen einer Regulierungsverfügung, losgelöst von jeglichem Zusammenhang zu konkreten Entgeltregulierungsverfahren, auferlegt werden. Die Anordnung stehe auch im Widerspruch zu den materiellrechtlichen Maßstäben des Ex-post-Verfahrens.

fa) Keine Auferlegung von Verpflichtungen nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG im Rahmen von Regulierungsverfügungen

Anordnungen nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG dürften nicht im Rahmen von Regulierungsverfügungen auferlegt werden. Dies folge schon aus dem Wortlaut sowohl des § 13 TKG als auch des § 29 TKG.

Abschließender Charakter von § 13 TKG

Durch die Regulierungsverfügung entscheide die Bundesnetzagentur über die Auferlegung, Änderung, Beibehaltung oder den Widerruf von Verpflichtungen. Diese Verpflichtungen seien in § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG abschließend aufgelistet. Es handelt sich nur um Verpflichtungen nach den §§ 19, 20, 21, 24, 30, 39, 40 und 41 Abs. 1 TKG. Die Verpflichtung nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG sei hierin nicht aufgeführt. Schon deshalb sei die beabsichtigte Regelung in Ziff. 4 des Konsultationsentwurfs kein zulässiger Teil einer Regulierungsverfügung.

Verstoß gegen § 29 Abs. 1 Satz 1 TKG

Eine Auferlegung der Kostennachweispflicht nach § 29 TKG im Rahmen einer Regulierungsverfügung nach § 13 TKG verstoße auch gegen § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG. Nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 TKG könne die Regulierungsbehörde nur "im Rahmen oder zur Vorbereitung von Verfahren der Entgeltregulierung" unter den weiteren Voraussetzungen der Vorschrift Anordnungen treffen. Abweichend von § 31 Abs. 1 Nr. 1 TKG 1996, der entsprechende Anordnungen nur im Rahmen eines bereits eingeleiteten Entgeltregulierungsverfahren zugelassen habe (VG Köln, Beschluss vom 21.02.1998 - 1 L 4287/97, S. 7 des BU), könne die Bundesnetzagentur nunmehr zwar auch "zur Vorbereitung von Verfahren", also im Vorfeld eines Regulierungsverfahrens Anordnungen treffen. Der Wortlaut von § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG erfordere insoweit aber stets einen konkreten zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zu einem bestimmten Entgeltregulierungsverfahren (Groebel, Berliner Kommentar zum TKG, § 29 Rdnr. 14: "im Vorfeld des eigentlichen Verfahrens"). Die Anordnung nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG sei damit auf konkrete Entgeltregulierungsverfahren beschränkt.

Demgegenüber werde durch die Regulierungsverfügung im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG das marktmächtige Unternehmen (individuell) verpflichtet, die auferlegten Verpflichtungen für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen (abstrakt) einzuhalten. Die Regulierungsverfügung weise damit gerade keinen Bezug zu einem konkreten Entgeltregulierungsverfahren auf. Sie wirke nicht individuell-konkret, sondern individuell-abstrakt.

fb) Verstoß gegen materiell-rechtliche Maßstäbe des Ex-post-Verfahrens

Die von der Bundesnetzagentur beabsichtigte Anordnung nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG verkehre zudem das Anzeigeverfahren in ein "Quasi-Genehmigungsverfahren". Dies erfolge insbesondere dadurch, dass die Betroffene dazu verpflichtet werde, detaillierte Angaben über erwartete und in der Vergangenheit gemessene Nutzungscharakteristika, also Kostenunterlagen i.S.v. § 33 TKG vorzulegen. Dies verstoße gegen den Charakter des Anzeigeverfahrens als Teil des Verfahrens der nachträglichen Entgeltregulierung.

Anzeigeverfahren als Teil der nachträglichen Entgeltregulierung:

Das Anzeigeverfahren sei ausweislich der Überschrift von § 38 TKG ein Verfahren der nachträglichen Regulierung. Es handele sich um ein Ex-post-Verfahren, das sich nur durch die Verpflichtung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht, die Entgelte bereits vor ihrer Markteinführung der Bundesnetzagentur anzuzeigen, vom klassischen Ex-post-Verfahren unterscheide. Aufgrund der Anzeigepflicht solle die Bundesnetzagentur nur von einer ständigen Marktbeobachtung entlastet werden, um etwaig mißbräuchliche Entgeltmaßnahmen aus der Vielzahl von Entgelten herauszufiltern und frühzeitig ein Ex-post-Verfahren einleiten zu können.

Mit dem Anzeigeverfahren sei hingegen gerade nicht die Verpflichtung des betroffenen Unternehmens verbunden, schon mit der Anzeige der Entgeltmaßnahme Kostenunterlagen vorzulegen. Dies würde auch der Systematik der Prüfungsmethodik im Ex-post-Verfahren widersprechen, weil nach § 38 Abs. 2 Satz 3 TKG ein Vorrang der Vergleichsmarktbetrachtung besteht (Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.08.2005 – BK 3c-05/036, S. 30; Heun, CR 2004, 398 (903); Koenig/Loetz/Neumann, S. 148). Nur dann, wenn eine solche nicht möglich sei, etwa weil kein Vergleichsmarkt existiere oder eine Ermittlung der Mißbrauchsgrenze aufgrund grundsätzlicher struktureller Unterschiede der Vergleichsmärkte nicht möglich sei (Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.08.2005 – BK 3c-05/036, S. 30; Schütz, Rdnr. 769) dürfe die Bundesnetzagentur "nach § 33 vorgehen", d.h. sie könne nach § 33 Abs. 5 Satz 2 TKG Unterlagen im Sinn von § 33 Abs. 1 TKG unter Fristsetzung anfordern (BT-Drucks. 15/2316, S. 114; kritisch Mayen, CR 2005, 21 (30)).

Denaturierung des Anzeigeverfahrens zu einem Quasi-Genehmigungsverfahren bei Kombination mit § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG:

Diese Systematik würde in ihr Gegenteil verkehrt, wenn die Betroffenen bereits mit der Anzeige Unterlagen, insbesondere Kostenunterlagen für die Offenkundigkeitsprüfung vorlegen müßten. Das Anzeigeverfahren würde dann in ein Quasi-Genehmigungsverfahren umgewandelt werden. Daher müsse die Prüfung anhand von Kostenunterlagen dem Ex-post-Verfahren vorbehalten bleiben. Dort bestehe auch eine gesteigerte Mitwirkungs- und Hinwirkungspflicht der Bundesnetzagentur. Unklarheiten hinsichtlich der tatsächlich anfallenden Kosten müssten durch Nachweis- und Erläuterungsaufforderungen der Bundesnetzagentur ausgeräumt werden (OVG Münster, MMR 2003, 615, 617).

g. Erforderlichkeit einer Übergangsregelung

Sollte die Bundesnetzagentur in der endgültigen Regulierungsverfügung an der Anzeigepflicht festhalten, müsse sie aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine Übergangsregelung für solche Tarifmaßnahmen vorsehen, deren Markteinführung nach Erlass der Regulierungsverfügung, aber vor Ablauf der 2-Monatsfrist nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG vorgesehen sei.

ga) Notwendigkeit einer Übergangsregelung

Die Bundesnetzagentur lege § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG dahingehend aus, dass angezeigte Tarifmaßnahmen vor Ablauf der 2-Monatsfrist nicht am Markt eingeführt werden dürften. Daher könnten Markteinführungszeitpunkte, die bereits vor Erlass der Regulierungsverfügung von den betroffenen Unternehmen festgelegt worden seien, mit der 2-Monatsfrist kollidieren, wenn auch diese Tarifmaßnahmen nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG angezeigt werden müssten.

Für diese Fälle sei es erforderlich, die Regulierungsverfügung dahingehend einzugrenzen, dass nur solche Tarifmaßnahmen der Anzeigepflicht unterliegen, die frühestens 2 Monate nach dem Erlass der Regulierungsverfügung in Kraft treten sollen. Dies könne dadurch erreicht werden, dass die Wirkung der Regulierungsverfügung durch aufschiebende Befristung erst 2 Monate nach ihrem Erlass eintreten soll.

gb) Rechtliche Zulässigkeit einer Übergangsregelung

Rechtlich wäre eine solche aufschiebende Befristung nach § 36 Abs. 2 VwVfG zulässig. Danach dürfe ein Ermessensverwaltungsakt nach pflichtgemäßen Ermessen mit einer Nebenbestimmung erlassen werden. Diese Voraussetzungen seien erfüllt. Eine aufschiebende Befristung sei eine Nebenbestimmung i.S.v. § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG. Jedenfalls nach der Auffassung der Bundesnetzagentur sei die Auferlegung von Verpflichtungen nach § 39 TKG ein Verwaltungsakt, der in ihrem Ermessen stehe.

Es sei erforderlich und verhältnismäßig, die Regulierungsverfügung mit einer aufschiebenden Befristung nach § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG zu erlassen. Die Bundesnetzagentur müsse einen reibungslosen Übergang der derzeit geltenden Ex-post-Regulierung zu den Verpflichtungen nach § 13 i.V.m. § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG gewährleisten und auch den betroffenen Unternehmen einen kontinuierlichen Produktfluss ermöglichen. Zudem haben die betroffenen Unternehmen keinen Einfluss auf den Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverfügung, weshalb für sie eine zeitliche Koordinierung von Tarifmaßnahmen mit dem Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverfügung in der Übergangsphase nicht möglich sei. So müssten sie neben der erforderlichen Schulung der Mitarbeiter des Vertriebs und der Versorgung der T-Punkte mit Informationsmaterial zu den neuen Tarifbedingungen vor allem auch mit ausreichendem zeitlichen Abstand vor der Einführung des Tarifs Werbemaßnahmen in Auftrag geben sowie die IV-Systeme auf die neuen Tarifbedingungen umstellen. Da in der Kommunikation gegenüber dem Kunden in der Regel verbindliche Markteinführungstermine genannt würden, müsse schon zum Zeitpunkt der Durchführung dieser Maßnahmen Gewissheit über die Möglichkeit bestehen, die betreffenden Tarife einführen zu können.

Die aufschiebende Befristung in Verbindung mit der Auflage, die Tarifmaßnahmen nach Erlass der Regulierungsverfügung unverzüglich mitzuteilen, laufe auch nicht dem Zweck des Verwaltungsaktes zuwider.

Die Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG habe ausschließlich den Zweck, der Regulierungsbehörde vor Einführung eines Tarifes ausreichend Zeit zu geben, diesen Tarif zu prüfen und ggf. ein Ex-post-Verfahren einzuleiten. Daher könne auch die Bundesnetzagentur - jedenfalls für einen Übergangszeitraum - auf diese Frist verzichten. Die 2-Monatsfrist nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG habe hingegen keine drittschützende Wirkung zugunsten von Wettbewerbern. Zudem könne die Bundesnetzagentur aufgrund der Mitteilung aller betroffenen Tarifmaßnahmen unverzüglich ein Ex-post-Verfahren einleiten.

h. Verfahrensfragen:

Die DTAG behalte sich vor, zu eventuellen Stellungnahmen Dritter zum Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung oder im Anschluss an die öffentlich mündliche Verhandlung ergänzend vorzutragen. Die mündliche Verhandlung sei nach § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG zwingend vorgeschrieben. Die abweichenden Erwägungen des VG Köln in seinem Urteil vom 17.11.2005 (Az. 1 K 2924/05, Blatt 13 UA) seien auf den Abschluß des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens beschränkt.

Die Firma T-Onilne als Betroffene hat sich in ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 22.03.2006 im Wesentlichen wie folgt zur vorgesehenen Entscheidung geäußert:

a. Fehlen der formell-rechtlichen Voraussetzungen für den Erlass der Regulierungsverfügung

Der Entwurf enthalte tatsächliche Feststellungen zu Voice over Internet Protokoll („VoIP“). Gem. § 13 Abs. 3 TKG ergehen Entscheidungen nach § 39 TKG mit den Ergebnissen der Verfahren nach §§ 10 und 11 als einheitlicher Verwaltungsakt. Aus diesem Grund habe die Bundesnetzagentur die Festlegung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur zur

Marktdefinition und Marktanalyse als Anlage 2 der Mitteilung 74/2006 veröffentlicht und sich in dem Entwurf auf diese bezogen.

Konstitutiv für alle Maßnahmen der Marktregulierung nach Teil 2 des TKG sei gem. § 9 Abs. 1 TKG die Durchführung eines rechtmäßigen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens, das einen Markt nach § 10 TKG bestimme, für den eine Marktanalyse nach § 11 TKG ergeben habe, dass kein wirksamer Wettbewerb vorliege. Die Regulierungsverfügung würde mit der Festlegung zur Marktdefinition und zur Marktanalyse gem. § 13 Abs. 3 TKG als einheitlicher Verwaltungsakt ergehen (vgl. VG Köln, Urteil vom 26.01.2006, Az. 1K 266/05). Dieser einheitliche Verwaltungsakt wäre rechtswidrig, da die Regulierungsverfügung auf einer Marktdefinition und Marktanalyse beruhen würde, die mit schwerwiegenden formellen und inhaltlichen Fehlern behaftet sei. Vor diesem Hintergrund sei es erforderlich – trotz des entgegenstehenden Wunsches der Bundesnetzagentur in der Mitteilung Nr. 74/2006 – die schwerwiegenden formellen und inhaltlichen Fehler des Verfahrens der Marktdefinition und Marktanalyse darzulegen.

aa) Mängel des Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens gem. § 12 TKG

Im Rahmen der Durchführung des Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens gem. § 12 TKG sei es zu mehreren gravierenden Verfahrensverstößen gekommen.

So sei der Firma T-Online gem. § 12 Abs. 1 Satz 1 TKG als Interessierte Partei keine ausreichende Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Ergebnisse der Marktdefinition und –analyse und dabei insbesondere zu dem nach Durchführung des Konsultationsverfahrens wesentlich modifizierten Verfügungsentwurfes gegeben worden.

Dieser schwerwiegende Verfahrensfehler sei der Bundesnetzagentur auch bekannt gewesen, da der Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. (VATM) in seiner Stellungnahme vom 31. August 2005 zum modifizierten Entwurf der Bundesnetzagentur zur Marktdefinition und Marktanalyse der Märkte Nr. 1 bis 6 der Märkteempfehlung der EU-Kommission ausdrücklich auf diesen hingewiesen habe. Gleichwohl habe die Bundesnetzagentur den modifizierten Entwurf der EUKommission notifiziert, ohne den Erfordernissen des § 12 Abs. 1 TKG nachzukommen.

Fehlerhaft sei ferner die fehlende Veröffentlichung des Anhörungsverfahrens und deren Ergebnisse gem. § 12 Abs. 1 Satz 2 TKG. Die Bundesnetzagentur hätte insoweit das Anhörungsverfahren sowie dessen Ergebnisse zum modifizierten Entwurf einer Marktdefinition und –analyse für die Märkte Nr. 1 bis 6 der Märkteempfehlung der EU-Kommission in ihrem Amtsblatt und auf ihrer Internetseite veröffentlichen müssen. Dies sei nicht geschehen.

ab) Inhaltliche Mängel der durchgeführten Marktdefinition und –analyse

Auch in inhaltlicher Hinsicht weise das Marktdefinitions- und –analyseverfahren zu den Märkten Nr. 1 bis 6 schwerwiegende Mängel auf, die zur Rechtswidrigkeit einer darauf gestützten Regulierungsverfügung führen würden. Insbesondere seien eine Vielzahl internationaler Anbieter von VoIP-Diensten unberücksichtigt gelassen worden, obgleich deren Angebote in Deutschland über das Internet genutzt werden können. Die Marktdefinition und –analyse sei insoweit fehlerhaft und könne nicht als Grundlage für Maßnahmen der Regulierung nach Teil 2 des TKG fungieren, die zu massiven Eingriffen in verbürgte Grundrechte führen könnten.

Darüber hinaus habe die Bundesnetzagentur in ihrer Marktanalyse unberücksichtigt gelassen, dass so genannte „unmanaged VoIP-Dienste“ spezifische Produktmerkmale aufwiesen, die eine besondere analytische Sorgfalt im Rahmen der Marktanalyse erforderten.

Zudem lasse sich nicht erkennen, inwieweit die Bundesnetzagentur tatsächlich zwischen

reiner onNET- und offNET-Kommunikation über VoIP-Dienste im Rahmen der Marktdefinition und –analyse unterschieden habe.

Soweit überhaupt Markdaten vorlägen, belegten diese, dass die T-Online im Bereich von VoIP-Diensten keine herausgehobene Marktposition innehabe. Vor diesem Hintergrund räume die Bundesnetzagentur letztlich selbst ein, dass die von ihr für den modifizierten Entwurf der Marktdefinition und Marktanalyse im Wege einer Internetrecherche zugrunde gelegten Zahlen aufgrund der starken Marktdynamik Ende 2005 bereits ihre Gültigkeit verloren hätten. Aufgrund der extrem dynamischen Entwicklung des Marktes mit hohen Zahlen an Markteintritten sei der Entwurf bzw. die Festlegung der Marktdefinition und Marktanalyse bereits heute überholt und beruhe in keiner Weise auf belastbaren Marktdaten, die eine Prognose für den in § 14 Abs. 2 TKG vorgesehenen Regelzeitraum von 2 Jahren überhaupt zuließen. Die Festlegung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur bezeichne nicht einmal, welches konkrete Unternehmen in Bezug auf welche VoIP-Dienste über beträchtliche Marktmacht verfügen solle.

ac) Keine Anwendung der Übergangsbestimmung des § 150 Abs. 1 TKG auf VoIP-Dienste

Der Erlass einer rechtmäßigen Regulierungsverfügung im Hinblick auf VoIP-Dienste setze wegen der schwerwiegenden Fehler des Verfahrens der Marktdefinition und Marktanalyse voraus, dass das Verfahren gem. §§ 10ff. TKG erneut durchgeführt werden müsse. Obwohl die Bundesnetzagentur gegenüber der Firma T-Online in dem Entwurf keine regulatorischen Maßnahmen vorsähe, sei anzumerken, dass im Hinblick auf VoIP für die Anwendung der Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 1 TKG kein Raum bestünde. Die T-Online sei unter der Geltung des TKG 1996 weder als marktbeherrschendes Unternehmen auf einem VoIP-relevanten Markt identifiziert worden, noch seien der T-Online regulatorische Verpflichtungen auferlegt worden. Die Feststellungen zur marktbeherrschenden Stellung der Deutschen Telekom AG nach dem TKG 1996 seien der T-Online als eigenständig handelndes börsennotiertes Unternehmen nicht zuzurechnen. Solche Feststellungen existierten im Übrigen bezogen auf VoIP auch nicht und kämen daher selbst im Hinblick auf die Deutsche Telekom AG nach der Rechtsprechung des VG Köln (vgl. Urteil vom 26.01.2006, Az. 1 K 266/05) allenfalls für Sprachtelefondienste für Endkunden, die im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG 1996 erbracht wurden, in Betracht.

ad) Fazit

Aufgrund der aufgezeigten schwerwiegenden formellen und inhaltlichen Mängel der Marktdefinition und Marktanalyse zu den Märkten Nr. 1 bis 6 der Märkteempfehlung der EU-Kommission bestehe derzeit keine Basis für den Erlass einer rechtmäßigen Regulierungsverfügung im Hinblick auf VoIP-Dienste.

b. Hilfsweise: Rechtswidrigkeit der Auferlegung von Anzeigepflichten nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG für Entgeltmaßnahmen für VoIP

Wie bereits oben dargelegt worden sei, lägen die formellen Voraussetzungen der Regulierung der Firma T-Online nach Teil 2 des TKG nicht vor. Eine Anzeigepflicht der Deutsche Telekom AG gem. § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG scheide mithin von vornherein aus. Die nachfolgenden Ausführungen im Hinblick auf die VoIP-Angebote für die Endnutzer der T-Online International AG basierten daher auf einer in doppelter Hinsicht hypothetischen Betrachtung.

ba) Anforderungen an die Auferlegung einer Anzeigepflicht

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG wären auch im Hinblick auf die VoIP-Angebote der T-Online International AG nicht gegeben. Nach der genannten Bestimmung könne die Bundesnetzagentur unter Beachtung von § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, ihr ihre Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben. Die gesetzlichen Vorgabe

„unter Beachtung von § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG“ bedeute, dass die Auferlegung der Pflicht zur vorherigen Kenntnisgabe der Entgelte (Anzeigepflicht) davon abhänge, ob die in § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG genannten Voraussetzungen erfüllt seien. Bei dem Verweis handele es sich nach Struktur und Wortlaut um ein Tatbestandsmerkmal für die Auferlegung einer Anzeigepflicht (vgl. VG Köln, Urteil vom 26.01.2006, Az. 1K 266/05). Auch die Auferlegung einer Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG könne daher nur die Ausnahme sein und nur als „letztes Mittel“ in Betracht kommen („*ultima ratio*-Grundsatz). Im Vordergrund stehe nach der Novellierung des TKG die sektorspezifische Regulierung im Vorleistungsbereich.

Nichts anderes ergebe sich aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des TKG. Der in § 39 Abs. 1 TKG ausdrücklich verankerte *ultima ratio*-Grundsatz gelte für alle Maßnahmen der nachträglichen Entgeltregulierung gem. § 39 TKG, insbesondere auch für die Auferlegung einer Anzeigepflicht. Die gebotene gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des TKG lasse keine andere Schlussfolgerung zu. § 39 TKG diene der Umsetzung von Art 17 Abs. 1 der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten („Universaldienstrichtlinie“). Die Bestimmung unterscheide nicht zwischen Ex-ante- und Ex-post-Maßnahmen im Hinblick auf die Regulierung von Endnutzerleistungen. Die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht in diesem Bereich stehe gem. Art. 17 Abs. 1 Buchstabe b) Universaldienstrichtlinie generell unter der Bedingung, dass mögliche Verpflichtungen im Vorleistungsbereich bzw. im Zusammenhang mit der Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nicht ausreichten, um wirksamen Wettbewerb im Sinne des Art. 8 der Rahmenrichtlinie zu gewährleisten. Der Erwägungsgrund 26 der Universaldienstrichtlinie stelle insofern unmissverständlich klar: „[…] Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer sollten jedoch nur auferlegt werden, wenn die nationalen Regulierungsbehörden der Auffassung sind, dass entsprechende Maßnahmen auf Großkundenebene oder Maßnahmen hinsichtlich der Betreiberauswahl oder Betreibervorauswahl die Erreichung des Ziels der Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs und der Wahrung öffentlicher Interessen nicht gewährleisten würden.“

Im Übrigen würde die Auferlegung einer Anzeigepflicht einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Konsistenzgebot gem. § 27 Abs. 2 TKG darstellen. Insoweit seien die dort niedergelegten Ziele der Entgeltregulierung in Erinnerung zu rufen: Die Bestimmung regele, dass alle Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt werden müssten. Das so formulierte Konsistenzgebot gelte gem. § 27 Abs. 2 Satz 2 TKG insbesondere in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht sowie im Lichte der Ziele des § 2 Abs. 2 TKG. Dies unterstreiche, dass die Entgeltregulierung kein Selbstzweck sei, sondern sich zeitlich und inhaltlich in eine Gesamtkonzeption einfügen müsse. Die Notwendigkeit der Auferlegung einer Anzeigepflicht könne sich also einerseits erst dann ergeben, nachdem eine substantielle und analytisch einwandfreie Marktuntersuchung, an die sich ein angemessener Beobachtungszeitraum anschließen muss, nahe lege, dass eine Fehlentwicklung am Markt gegeben sei. Andererseits setze die Auferlegung einer Anzeigepflicht im Zusammenhang mit Endkundenentgelten in inhaltlich konzeptioneller Hinsicht voraus, dass zunächst regulatorische Maßnahmen auf der Vorleistungsebene ausgeschöpft seien, bevor die Anwendung des schwerwiegenden staatlichen Interventionsinstrumentariums der Entgeltregulierung im Endkundenbereich erwogen werden könne. Jegliche staatliche Intervention in das dynamische und durch erheblichen Wettbewerb gekennzeichnete Marktumfeld für VoIP müsse sich letztlich anhand des Grundsatzes einer offenen Marktwirtschaft, dem alle Mitgliedstaaten der EU und die Gemeinschaft selbst gem. Art. 4 Abs. 1 EGV verpflichtet seien, messen lassen. Vor diesem Hintergrund läge eine Konzentration der Bundesnetzagentur auf den Bereich der Vorleistungsebene nahe (vgl. in diesem Sinne auch die schwedische Regulierungsbehörde „Post & Telestyrelsen“ (PTS), die französische Regulierungsbehörde „Autorité de Régulation des Communication Electroniques et des Postes“ (ARCEP) und die dänische Regulierungsbehörde „IT-og Telestyrelsen“).

bb) Ziele des § 2 Abs. 2 TKG würden durch Regulierung des Zugangsbereich erreicht

Im Lichte der vorstehend skizzierten Grundsätze für die Auferlegung einer Anzeigepflicht werde deutlich, dass die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG durch die gegenwärtige bzw. absehbare Regulierung des Zugangsbereichs erreicht würden. Somit sei die zentrale Voraussetzung für die Auferlegung einer Anzeigepflicht gem. § 39 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG zu verneinen.

Auch die Bundesnetzagentur gehe in ihrem Entwurf davon aus, dass ausreichende Vorleistungen für die Erbringung von VoIP-Angeboten zur Verfügung stünden.

Trotzdem bezweifele die Bundesnetzagentur, dass der Status Quo zur Sicherstellung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG „*im Endnutzerbereich*“ (vgl. S. 10 des Entwurfs) genügten. Sie diskutiere indes nicht, inwieweit die Verpflichtungen im Vorleistungsbereich ausreichend seien oder ob ggf. weiterreichende Zugangsverpflichtungen im Lichte der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG angezeigt erschienen, sondern es werde im Weiteren lediglich eine isolierte Betrachtung des Endnutzerbereichs vorgenommen. Dies entspreche weder dem Wortlaut des § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG noch den in dieser Stellungnahme dargelegten Anforderungen des Gemeinschaftsrechts sowie des Telekommunikationsgesetzes insgesamt.

Die Bundesnetzagentur resümiere nur das - aus ihrer Sicht zufrieden stellende - Angebot an gegenwärtigen Zugangsleistungen. Sie prüfe aber nicht, ob die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG – falls diese nicht bereits erfüllt seien – durch die Auferlegung von regulatorischen Verpflichtungen auf der Vorleistungsebene gewährleistet werden könnten. Vielmehr blendete sie in ihrer isolierten Betrachtung des Endnutzerbereichs die auch vor dem Hintergrund des Konsistenzgebots anzustellende Gesamtbetrachtung vollständig aus. Stattdessen würden eine Reihe abstrakter Überlegungen zur möglichen Entwicklung des VoIP-Bereichs angestellt, z.B. dass die betroffene Deutsche Telekom AG versuchen könne, „*durch eine entsprechende Ausgestaltung der VoIP-Angebote ihrer Tochter T-online International AG […], Wettbewerber mit gezielten Dumping- und Cost- Prize-Squeeze-Strategien oder Bündelungs-Strategien aus diesem sich noch in einer Frühphase des Wettbewerbs befindlichen Marktsegments zu drängen*.“ Tatsächliche Anhaltspunkte für die abstrakten Überlegungen, aus denen sie die Notwendigkeit der Auferlegung einer Anzeigepflicht ableiten wolle, nenne die Bundesnetzagentur in dem Entwurf nicht.

§ 39 Abs. 1 Satz 1 TKG, dessen Voraussetzungen § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG als Tatbestandsmerkmal aufnehme, setzte dagegen gerade voraus, dass „*Tatsachen*“ die Annahme rechtfertigen, die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl genügten nicht, um die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen. Tatsachen würden von der Bundesnetzagentur hingegen nicht genannt. Die Auferlegung einer Anzeigepflicht auf der Basis von Vermutungen oder Erwägungen ohne Bezug zur konkreten Lage würden jedoch das in § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG normierte Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehren (VG Köln, Urteil vom 26.01.2006, Az. 1 K 266/05). Die Regulierungsverfügung wäre auch aus diesem Grunde rechtswidrig.

Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene isolierte Betrachtung des Endnutzerbereichs sei darüber hinaus ermessensfehlerhaft. Die nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG vorzunehmende Abwägung im Lichte der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG könne nicht auf der Basis einer isolierten Betrachtung des Endnutzerbereichs erfolgen. Vielmehr setze Wortlaut und Systematik der Bestimmung sowie die anzustellende gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung voraus, dass zunächst alle Mittel der Regulierung im Vorleistungsbereich ausgeschöpft würden. Regulatorische Maßnahmen im Endkundenbereich sollten im Lichte der Vorschrift auch nach der Gesetzesbegründung nur die Ausnahme, das „*letzte Mittel*“ bleiben (BT-Drs. 15/2316, S. 70). Aufgrund der isolierten Betrachtung des Endnutzerbereichs durch die Bundesnetzagentur finde die nach dem Vorgesagten anzustellende Abwägung aber gar nicht statt. Die Bundesnetzagentur habe zum Beispiel nicht berücksichtigt, welche Schlussfolgerungen sich aus dem mittlerweile durchgeführten Verfahren der Marktdefinition und Marktanalyse zu dem Markt Nr. 12 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission ergäben.

Auch lasse die Bundesnetzagentur die anstehenden Ergebnisse der beratenden Projektgruppe „Rahmenbedingungen der Zusammenschaltung IP-basierter Netze“, die sie im August 2005 selbst ins Leben gerufen habe, unberücksichtigt. Daraus folge, dass die Regulierungsverfügung auch unter den hier angeführten Erwägungen ermessensfehlerhaft wäre.

Aufgrund der zitierten abstrakten Überlegungen der Bundesnetzagentur zu einem möglichen missbräuchlichen Verhalten der betroffenen Deutsche Telekom AG sei abschließend ausdrücklich hervorgehoben, dass die T-Online International AG ein eigenständig handelndes, börsennotiertes Unternehmen sei. Zum Stichtag 31.12.2005 hätten sich 9,86% der Aktien im Streubesitz befunden. T-Online sei nicht an Weisungen der Deutsche Telekom AG als Mehrheitsaktionärin gebunden. Ein Beherrschungsvertrag gem. § 308 AktG bestehe ebenfalls nicht. Vielmehr führe der Vorstand der T-Online ihre Geschäfte unter eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG) und entscheide eigenverantwortlich über ihr VoIP-Angebot für Endnutzer. Die Deutsche Telekom AG sei auch nicht in die Entscheidungen der Organe der T-Online eingebunden. Die abstrakten Überlegungen, die von der Bundesnetzagentur zur Rechtfertigung der regulatorischen Maßnahmen angeführt würden, schieden also tatsächlich von vornherein aus. Die T-Online sei zudem einem erheblichen Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Anzeichen für ein Marktversagen im VoIP-Bereich seien nicht erkennbar. Im Gegenteil: Die hohe Zahl der Markteintritte in einem dynamischen Wettbewerbsumfeld zeige, dass sich ein marktwirtschaftlicher Idealzustand abzeichne, bei dem staatliche Interventionen in jeder Hinsicht tunlichst zu unterbleiben hätten. Im besonders schnelllebigen Internetgeschäft, in dem neue Tarife schnell geschnürt und an den Markt gebracht werden müssten, stelle die Auferlegung einer Anzeigepflicht mit der zweimonatigen Vorlaufzeit einen gravierenden Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar. Eine Anzeigepflicht käme einer staatlich angeordneten Diskriminierung gleich. Die T-Online International AG würde an den äußersten Rand des Wettbewerbs um Endkunden in einem der wettbewerbsintensivsten Bereiche, den Deutschland derzeit erlebt, gedrängt.

Eine Anzeigepflicht für Paketangebote, die VoIP-Dienste beinhalteten, würde bereits aufgrund der vorstehend dargelegten Gründe ausscheiden. Es sei zudem angemerkt, dass auch die von der Bundesnetzagentur in ihrem Entwurf geäußerte Ansicht, sie könne unter bestimmten Bedingungen das staatliche Interventionsinstrumentarium der Entgeltregulierung - ausgehend von einem mit einer Anzeigepflicht belegten VoIP-Tarif - auch auf solche Bestandteile eines Paketangebots anwenden, die nicht der Regulierung unterliegen, rechtsfehlerhaft sei. Eine entsprechende Regulierungsverfügung wäre auch insofern rechtswidrig.

Schließlich wäre auch eine Verpflichtung gem. Ziffer 4 des Tenors, wonach „zeitgleich mit der Vorlage der Tarifanzeige die für eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung der beabsichtigten Entgeltmaßnahmen erforderlichen Unterlagen“ auch im Lichte der von der Bundesnetzagentur angeführten Begründung viel zu unbestimmt. Der Umfang der Anzeigepflicht gem. § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG könne allenfalls eine knappe Leistungsbeschreibung mit Preisangabe umfassen. Anderenfalls würde sich die im Rahmen des § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG vorzunehmende Offenkundigkeitsprüfung im Ergebnis zu einer verkappten Entgeltgenehmigungsuntersuchung wandeln, die nicht mit dem dreistufig gestalteten System der Regulierung im Endkundenbereich gem. § 39 TKG kompatibel wäre.

Zu dem dreistufig gestalteten System der Regulierung im Endkundenbereich gem. § 39 TKG sei schließlich anzumerken, dass in erster Linie die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung im Sinne des § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG erwogen werden müsse. Auch dieses schwächste der drei möglichen Regulierungsinstrumente setze aufgrund der damit verbundenen Eingriffe in die Grundrechte der betroffenen Unternehmen immer voraus, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen einer allgemeinen Regulierungsverfügung bestimme, dass überhaupt Maßnahmen der Entgeltregulierung im Hinblick auf ein bestimmtes Unternehmen anzuwenden seien. Dazu bedürfte es aber – neben einer rechtmäßigen Festlegung zur Marktdefinition und Marktanalyse – einer spezifischen Begründung der Bundesnetzagentur, da auch die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG einen erheblichen Eingriff in die unternehmerische Freiheit des betroffenen Unternehmens

darstelle.

bc) Fazit

Vor dem Hintergrund der schwerwiegenden formellen und inhaltlichen Mängel des Verfahrens der Marktdefinition und Marktanalyse zu den Märkten Nr. 1 bis 6 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission wäre der Erlass einer Regulierungsverfügung ohne die Durchführung eines neuen Verfahrens nach §§ 10ff. TKG rechtswidrig. Im Lichte der daher nur hilfsweise angestellten hypothetischen Betrachtung würde aber auch die Auferlegung einer Anzeigepflicht für VoIP-Angebote nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG zur Rechtswidrigkeit der Regulierungsverfügung führen.

c. Hilfsweise: Notwendigkeit eines ausdrücklichen Ausschlusses von Call-by-Call und Preselection im Hinblick auf VoIP-Dienste

Nach dem Entwurf sollten der Deutsche Telekom AG als Betroffene Call-by-Call und Preselection-Verpflichtungen auferlegt werden. Der Entwurfstenor sehe in Ziffer 1 Buchstabe b) nicht ausdrücklich vor, dass die Verpflichtung nach § 40 Abs. 1 TKG in Bezug auf VoIP keine Anwendung finde. Dagegen wird auf Seite 11 des Entwurfs zutreffend ausgeführt, dass die Call-by-Call und Preselection- Verpflichtung in Bezug auf den Zugang zu VoIP-Diensten leer laufe, da diese unabhängig von einem bestimmten Anschluss genutzt werden könnten. Entsprechend der angestellten hilfsweisen und hypothetischen Betrachtung wäre es daher zumindest erforderlich, VoIP-Dienste vom Verfügungstenor der Ziffer 1 Buchstabe b) ausdrücklich auszunehmen.

Die Stellungnahmen der interessierten Parteien sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens im Amtsblatt Nr. 7/2006 vom 05.04.2006 als Mitteilung Nr. 105/2006 veröffentlicht worden. Hierauf wird bezüglich der weiteren Einzelheiten des jeweiligen Vortrages Bezug genommen.

Um den Entscheidungsentwurf schnellstmöglich bei der EU-Kommission notifizieren zu können, hat die Beschlusskammer das Bundeskartellamt mit Schreiben von 17.03.2006 gebeten, der Bundesnetzagentur bereits vorab eine etwaige Stellungnahme zukommen zu lassen.

Diesbezüglich hat sich das Bundeskartellamt mit Schreiben vom 24.03.2006 wie folgt zum Entscheidungsentwurf geäußert:

Soweit auf Seite 3 unter Ziffer 3 des übersandten Entwurfes angeführt werde, dass auf dem Markt für öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten „keine marktbeherrschende Stellung“ der Deutschen Telekom AG bestehe, werde angeregt, die Formulierung „verfügt nicht über beträchtliche Marktmacht“ zu verwenden. Diese sei deshalb vorzuziehen, weil der Marktbeherrschungsbegriff des TKG und des GWB nicht völlig deckungsgleich seien. So bestünden Unterschiede in Bezug auf die Marktanteilsschwelle, ab der beträchtliche Marktmacht/Marktbeherrschung vermutet werde. Die Beschlussabteilung habe bereits mit Schreiben vom 14.11.2005 an die Bundesnetzagentur, mit dem sie ihr Einvernehmen zur Marktdefinition der Märkte 1-6 erklärt habe, darauf hingewiesen, dass die Feststellung der fehlenden beträchtlichen Marktmacht auf dem Markt für öffentliche Auslandsverbindungen keine Bindungswirkung für die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. § 19 GWB oder Art. 82 EGV habe.

Bezüglich der nicht vorgesehenen Auferlegung einer Inkasso- und Fakturierungsverpflichtung merkt das Bundeskartellamt an, dass es bei § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG darauf ankomme, dass eine solche Vereinbarung „mit dem überwiegenden Teil des Marktes“ geschlossen worden sei und nicht nur, wie auf Seite 9 des Entwurfes angeführt, mit einem „Großteil des Marktes“. Ferner bezweifelt das Bundeskartellamt, ob man automatisch davon ausgehen könne, dass die Deutsche Telekom AG ihre bisherige Praxis unverändert beibehalten werde, weil sie diese Leistungen bislang aufgrund eines Regulierungseingriffs erbracht habe. Auch

sei dem Bundeskartellamt nicht bekannt, seit wann die Deutsche Telekom AG, wie in dem Entwurf angeführt, diskriminierungsfrei Zugang zu ihren Inkasso- und Fakturierungsleistungen anbiete. Im Jahr 2003 hätte es jedenfalls gerade zum Inkasso sowohl beim Bundeskartellamt als auch bei der Bundesnetzagentur noch zahlreiche Beschwerden und zudem zahlreiche kartellrechtliche Zivilstreitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten gegeben.

Bezüglich der in dem Entwurf enthaltenen Feststellung, dass die der Deutschen Telekom AG auferlegte Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung auch für ansonsten nicht mehr der Regulierung unterliegende öffentliche Telefongespräche, z.B. öffentliche Auslandsgespräche gelte, weist das Bundeskartellamt darauf hin, dass sich seiner Auffassung nach eine entsprechende Verpflichtung auch aus § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ergeben dürfte.

Dem Bundeskartellamt ist ferner mit Schreiben vom 05.05.2006 Gelegenheit gegeben worden, sich abschließend zum Entscheidungsentwurf zu äußern. Mit Schreiben vom 10.05.2006 hat das Bundeskartellamt von einer über das Schreiben vom 24.03.2006 hinausgehenden Stellungnahme abgesehen.

....

Unter dem 15.05.2006 hat die Bundesnetzagentur den Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt und diese davon unterrichtet.

Mit Schreiben vom 15.06.2006 hat sich die EU-Kommission wie folgt zum Entscheidungsentwurf geäußert:

1. Effektivität der vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen

   Die DTAG verfüge im Markt für den Zugang zum Telefonnetz über einen Marktanteil von ungefähr 94%. Der Wettbewerbsdruck, der von der Entbündelung ausgehe, könne insbesondere in bestimmten geographischen Gebieten begrenzt sein. Angebote zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleitungen auf Vorleistungsebene (wholesale line rental („WLR")) seien in Deutschland innerhalb eines absehbaren Zeitraums nicht verfügbar, so dass es für alternative Anbieter schwieriger sei, auf der Investitionsleiter Investitionen bis zur Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung vorzunehmen. Da die Deutsche Telekom AG auf dem Endkundenmarkt nur begrenzt (potentiellem) Wettbewerb ausgesetzt sei, sei die Kommission der Ansicht, dass das Risiko übermäßiger Bepreisung durch die Deutsche Telekom AG nicht ausgeschlossen werden könne. Eine nachträgliche Preiskontrolle erscheine zum Schutz der Verbraucher gegen dieses Risiko nicht hinreichend wirksam zu sein, insbesondere angesichts der Tatsache, dass die nach dem TKG vorgesehene nachträgliche Entgeltregulierung nur das Verbot von solchen Entgelten ermögliche, die *offenkundig* missbräuchlich wären. Daher sollte die Bundesnetzagentur erwägen, einen effizienten Preiskontrollmechanismus aufzuerlegen.

2. Nichtauferlegung der Kostenorientierung für die CS-/CPS-Verpflichtung

   Artikel 19 Abs. 4 der Universaldienstrichtlinie sehe vor, dass die Betreiberauswahl (carrier selection („CS")) und Betreibervorauswahl (carrier preselection („CPS")) auf einer kostenorientierten Basis angeboten werden müssten. Auf Grundlage dieser Vorschrift und weiter von Artikel 8 der Rahmenrichtlinie erinnere die Kommission die Bundesnetzagentur an Artikel 19 Abs. 3 der Universaldienstrichtlinie, der vorsehe, dass CS/CPS auf einer kostenorientierten Basis bereitgestellt werden müssten. Die Kommission ersuche daher die Bundesnetzagentur, klarzustellen, wie sie diese Verpflichtung implementieren werde.

3. Nichtauferlegung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung

   Die Kommission sei der Ansicht, dass die Bundesnetzagentur zur effektiven Behebung des identifizierten Marktversagens auf den Endkundenmärkten für den Zugang und für die Inlandsgespräche der Deutschen Telekom AG eine Verpflichtung zur getrennte Buchführung auferlegen sollte. Ohne eine solche Verpflichtung werde es für die Bundesnetzagentur schwierig sein, jegliche Art der Preiskontrolle wirksam auszuüben. Eine solche Verpflichtung zur getrennten Buchführung erscheine auch notwendig, um die Verpflichtung zur Kostenorientierung von CS-/CPS-Entgelten, wie sie in Artikel 19 Abs. 3 der Universaldienstrichtlinie vorgesehen sei, zu implementieren.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

II. Gründe

Vorbemerkung

Mit dem novellierten Gesetz ist gegenüber den Regelungen des TKG (a.F.) ein durch das zugrundeliegende Richtlinienpaket der Europäischen Union (s.o.) ausgelöster neuer Regulierungsansatz im Bereich der Marktregulierung eingeführt worden. Danach ergeben sich die Verpflichtungen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht regelmäßig nicht mehr unmittelbar aus dem Gesetz, sondern sind ihm aufgrund des Ergebnisses eines zuvor nach §§ 10 ff TKG durchgeführten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens durch eine Regulierungsverfügung gemäß § 13 TKG aufzuerlegen.

Voraussetzung für die Auferlegung der im TKG vorgesehenen Regulierungsverpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG durch eine Regulierungsverfügung ist gemäß § 9 TKG, dass die Bundesnetzagentur sachlich und räumlich relevante Telekommunikationsmärkte festlegt, die für eine Marktregulierung nach den Vorschriften des zweiten Teils des TKG in Betracht kommen (Marktdefinition, § 10 Abs. 1 TKG) und im Rahmen einer Marktanalyse feststellt, ob auf den betreffenden Märkten wirksamer Wettbewerb besteht (§ 11 Abs. 1 S. 1 TKG). Erst wenn die Marktanalyse ergeben hat, dass auf einem relevanten Telekommunikationsmarkt kein wirksamer Wettbewerb besteht, weil ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen (§ 11 Abs. 1 S. 2 TKG), werden solchen Unternehmen Maßnahmen nach dem 2. Teil des TKG auferlegt (§ 9 Abs. 2 TKG). Ein Entschließungsermessen hinsichtlich des „ob“ einer Regulierung von Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht besteht daher nicht. Solche Maßnahmen, die durch eine Regulierungsverfügung (§ 13 Abs. 1 S. 1 TKG) auferlegt werden, können u.a. die Auferlegung eines Diskriminierungsverbots (§ 19 TKG), einer Transparenzverpflichtung (§ 20 TKG), von Zugangsverpflichtungen (§ 21 TKG) und einer getrennten Rechnungsführung (§ 24 TKG), Maßnahmen zur Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen (§ 30 TKG) und Endnutzerleistungen (§ 39 TKG) sowie die Auferlegung einer Verpflichtung zur Ermöglichung der Netzbetreiberauswahl und Netzbetreibervorauswahl (§ 40 Abs. 1 TKG) sein.

Auferlegung von Verpflichtungen

Rechtliche Grundlage für die der Betroffenen in Ziffer 1. - 3. des Tenors (Endnutzerleistungen) auferlegten Maßnahmen sind

- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 40 Abs. 1 TKG, soweit die Betroffene gemäß Ziffer 1 a). verpflichtet worden ist, ihren Teilnehmern den Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbietern 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 besteht, die festgelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen.

- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 39 Abs. 3 TKG, soweit die Entgelte der Betroffenen für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Märkte 1-2 der EU-Empfehlung) gemäß Ziffer 1. b) einer Anzeigepflicht unterworfen werden.

- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 39 Abs. 3 TKG, soweit die Entgelte der Betroffenen für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten (Märkte 3 und 5 der EU-Empfehlung) gemäß Ziffer 2. einer Anzeigepflicht unterworfen werden.

Nicht Gegenstand der auferlegten Verpflichtung ist insoweit die in Ziffer 1b Satz 1 und Ziffer 2 Satz 1 des Entscheidungstenors getroffene Aussage, dass die Entgelte der Betroffenen für Endnutzerleistungen auf dem Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten und dem Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten der nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen. Vielmehr ergibt sich für Unternehmen, die nach dem Ergebnis des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens von der Präsidentenkammer als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert worden sind, die Geltung einer nachträglichen Entgeltregulierung insofern bereits aus § 39 Abs. 3 S. 1 TKG selbst.

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

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Auferlegung der tenorierten Verpflichtungen gemäß § 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 39 und 40 TKG ergibt sich aus § 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Danach entscheidet die Bundesnetzagentur im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern, wobei die in diesem Bereich zu treffende Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG entsprechend der Regelung § 132 Abs. 4 S. 2 TKG bereits durch die Präsidentenkammer getroffenen worden sind (siehe Anlage).

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

Das Verfahren wurde mit Schreiben vom 09.01.2006 gegenüber der Betroffenen eröffnet. Entgegen der Auffassung der Betroffenen war es insoweit auch nicht erforderlich, die Einleitung des Verfahrens neben der Deutschen Telekom AG formell auch noch gegenüber sämtlichen gemäß § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Tochterunternehmen, beispielsweise gegenüber T-Online oder T-Systems bekannt zu geben. Soweit sich die Firma T-Online dahingehend eingelassen hat, geschäftlich und rechtlich eigenständig von ihrer Konzernmutter handeln zu können, steht dieser nicht weiter belegten Behauptung der Vermutungstatbestand des § 36 Abs. 2 GWB i.V. m. § 17 Abs. 2 AktG entgegen, nach dem von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet wird, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist. Diese Vermutung trifft im Verhältnis von T-Online zur Deutschen Telekom AG unzweifelhaft zu, da letztere immer noch über 90% der Aktien von T-Online hält. Soweit sich T-Online in diesem Zusammenhang darauf beruft, dass zwischen der Deutschen Telekom AG kein Beherrschungsvertrages im Sinne von § 308 AktG abgeschlossen worden sei, kann dieser Umstand, träfe er denn zu, keinesfalls dazu führen, das Unternehmen insoweit von der Regulierung nach den Vorschriften des TKG freizustellen. Anderenfalls bestünde für das marktbeherrschende Unternehmen die Möglichkeit, sich bereits auferlegten regulato-

rischen Verpflichtungen problemlos dadurch zu entziehen, in dem es seine Geschäfte auf - mangels Beherrschungsvertrag – „rechtlich eigenständige“ Tochterunternehmen überträgt.

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung sowie das Ergebnis des nationalen Konsultationsverfahrens sind jeweils gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 TKG i.V.m. § 5 TKG am 22.02.2006 im Amtsblatt und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen und von Tele2 ist es auch nicht verfahrensfehlerhaft, dass die Beschlusskammer im vorliegenden Verfahren von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen hat. Ausgehend von der Entscheidung des VG Köln vom 24.8.2005 (Az. 1 L 803/05), in der das Verwaltungsgericht das Erfordernis der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung für das Marktanalyseverfahren verneint hat, weil § 12 TKG ein von den üblichen Anhörungsbestimmungen des § 135 Abs. 1 und 2 TKG abweichendes „besonderes Anhörungs- und Konsultationsverfahren“ vorsieht, muss dies folgerichtiger Weise auch für das Verfahren zur Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen nach § 13 Abs. 1 TKG so gelten. Denn für dieses Verfahren finden insoweit gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 1 die Vorschriften über das „besondere Anhörungs- und Konsultationsverfahren“ entsprechende Anwendung, sofern die Maßnahme, wie im vorliegenden Fall, Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten hat.

Dies bedeutet im Ergebnis, dass eine gesetzliche Verpflichtung zur Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung nicht besteht. Ob es daneben im Einzelfall möglicher Weise sachdienlich und zweckmäßig sein kann, innerhalb der festgelegten Konsultationsfrist zusätzlich auch noch einen öffentlichen Anhörungstermin anzuberaumen, liegt ausschließlich im Verfahrensermessen der mit dem Verfahren betrauten Beschlusskammer. Danach erscheint die Durchführung eines zusätzlichen mündlichen Anhörungstermins angesichts der ohnehin bereits umfassenden Stellungnahmerechte interessierter Parteien und des auch so schon beträchtlichen zeitlichen und administrativen Aufwandes des Verfahrens im vorliegenden, die Endnutzermärkte betreffenden, Verfahren verfehlt.

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).

Schließlich ist der Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG zur Verfügung gestellt worden, weil die beabsichtigten Maßnahmen Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben.

2. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen

Nach dem Ergebnis der auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse sind die bundesweiten Märkte für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten und öffentliche Inlandsgespräche (d.h. Festnetz-Inlandsverbindungen und inländischen VoIP-Verbindungen) an festen Standorten regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG. Auf diesen Märkten verfügt die Betroffene insoweit nach wie vor über eine beträchtliche Marktmacht. Dagegen wurde auf dem Markt für öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten (Märkte 4 und 6 der EU-Empfehlung) keine marktbeherrschende Stellung der Betroffenen und damit wirksamer Wettbewerb im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 1 TKG festgestellt.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus der als **Anlage** beigefügten, gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG von der Präsidentenkammer getroffenen Festlegung, die wegen § 13 Abs. 3 TKG Inhalt dieser Regulierungsverfügung ist und auf die daher Bezug genommen wird. Die Präsidentenkammer hat im Rahmen der Konsolidierung der Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse für die Märkte Nr. 1-6 der EU-Empfehlung die Stellungnahme der EU-Kommission

vom 21.12.2005 weitestgehend berücksichtigt.

Soweit in den Stellungnahmen der Betroffenen als auch in den Stellungnahmen der Wettbewerber das Verfahren, bzw. das Ergebnis des durchgeführten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens beanstandet wird, ist darauf hinzuweisen, dass die Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG der Präsidentenkammer vorbehalten sind und die Beschlusskammer bei ihrer Entscheidung über die aufzuerlegenden Regulierungsverpflichtungen an diese Festlegungen gebunden ist. Diesbezüglich wird der Vortrag der Betroffenen und der Wettbewerber zur Kenntnis genommen. Er kann insoweit aber nicht Gegenstand der vorliegenden Anhörung sein.

Aus den genannten Gründen besteht entgegen der Anregung von MCI auch keine Möglichkeit, in den Text der Regulierungsverfügung einen „Überprüfungsvorbehalt" hinsichtlich der von der Präsidentenkammer festgelegten Obergrenze für die den Märkten 1-6 zugeordneten „sprachorientierten Systemlösungen" aufzunehmen.

3. Bestehende Zugangsverpflichtungen

Im Hinblick auf die mögliche Auferlegung von Verpflichtungen nach § 39 Abs. 1 TKG (Genehmigungspflicht) und § 39 Abs. 3 TKG (Anzeigepflicht) muss die Bundesnetzagentur zunächst prüfen, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 TKG nicht zur Ermöglichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden. In diesem Zusammenhang bedarf es zunächst der Feststellung, welchen Zugangsverpflichtungen die Betroffenen im Hinblick auf die unter Punkt 2. genannten Märkte unterworfen ist. Dabei sind im Hinblick auf die verschiedenen technischen Infrastrukturen für Betreiber von Festnetzen oder Internet teilweise unterschiedliche Vorleistungen erforderlich.

a. <u>Festnetz-Sprachtelefondienstangebote</u>

In Bezug auf das Angebot von Festnetz-Sprachtelefondienstleistungen lassen sich entweder als Ergebnis der bereits durch die Bundesnetzagentur auferlegten Verpflichtungen oder aufgrund bereits am Markt vorhandener Angebote der Betroffenen insbesondere folgende Zugangsmöglichkeiten anderer Unternehmen zu Vorleistungen der Betroffenen feststellen.

Regelverpflichtungen

Die in § 21 Abs. 3 TKG vorgesehenen Regelverpflichtungen (Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen sowie Kollokation und gemeinsame Nutzung von Einrichtungen) wurden der Betroffen durch die Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur mit Beschlüssen BK4a 04/075 R vom 20.04.2005 und BK4a 05/002 R vom 05.10.2005 und BK4a 05/005 R vom 16.11.2005 im Festnetz auferlegt.

Resale-Angebote

Eine Verpflichtung der Betroffenen, anderen Unternehmen zum Zwecke des Weitervertriebes an Dritte gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG einen „entbündelten" Zugang zu öffentlichen Festnetzanschlüssen an festen Standorten zu Großhandelsbedingungen zu gewähren, ist derzeit rechtlich ausgeschlossen. Hintergrund hierfür ist, dass die Vorschrift des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG gemäß § 150 Abs. 5 TKG bis zum 30. Juni 2008 nur mit der Maßgabe angewendet werden darf, dass Anschlüsse nur in Verbindung mit Verbindungsleistungen zur Verfügung gestellt werden müssen, so dass ein entbündeltes Anschluss-

Resale zu Großhandelsbedingungen bis zu diesem Zeitpunkt ausgeschlossen ist. Im Übrigen ist auch eine Nachfrage nach einem „gebündelten“ Resale-Angebot aktuell nicht erkennbar.

Soweit seitens des Unternehmens Tele2 die Geltung des § 150 Abs. 5 TKG wegen angeblicher Unvereinbarkeit mit europarechtlichen Vorschriften in Abrede gestellt worden ist, ist festzustellen, dass die Bundesnetzagentur als obere Bundesbehörde an die insoweit eindeutige gesetzliche Regelung gebunden ist, zumal diese auch keinen Spielraum für eine etwaige Auslegung enthält.

Angesichts des Umstandes, dass ausweislich der Stellungnahmen seitens der Wettbewerber offensichtlich ein starkes Interesse an einem entbündelten Anschluss-Resale-Angebot der Betroffenen jedenfalls für die Zeit nach dem 30.Juni 2008 zu bestehen scheint, wird die Betroffene auf ihre Verpflichtung hingewiesen, rechtzeitig alle erforderlichen Vorkehrungen dafür zu treffen, um den Wettbewerbern rechtzeitig zum 1. Juli 2008 ein akzeptables entbündeltes Anschluss-Resale-Angebot zur Verfügung zu stellen.

Entgegen dem Vortrag von MCI liegen der Beschlusskammer auch keine Anhaltspunkte für eine konkrete Nachfrage nach einem gebündelten Resale-Angebot vor. Soweit von MCI diesbezüglich auf ein bei der Beschlusskammer 2 unter dem Aktenzeichen BK2a 04/026 anhängiges Missbrauchsverfahren hingewiesen wird, wurde seinerzeit die Forderung nach einem entsprechenden Angebot von der Beschwerdeführerin in dem betreffenden Verfahren nur äußerst hilfsweise vorgetragen. Als Indiz für eine tatsächliche Nachfrage reicht dies nach Auffassung der Beschlusskammer jedenfalls nicht aus, zumal die Antragstellerin weder im Konsultationsverfahren eine Stellungnahme abgegeben hat, noch auf entsprechende Anfrage der Beschlusskammer ihren damaligen Antrag hinreichend konkretisiert hat.

Für den Fall, dass zukünftig dennoch konkrete Anhaltspunkte für eine ernsthafte Nachfrage nach einem gebündelten Resale zu Tage treten sollten, behält sich die Beschlusskammer vor, eine entsprechende Zugangsverpflichtung auszusprechen.

Unabhängig vom Bestehen einer Resale-Verpflichtung ist die Betroffene allerdings bereits jetzt verpflichtet, Telekommunikationsdiensteanbietern weiterhin analoge Telefonanschlüsse und ISDN-Anschlüsse entsprechend denjenigen Bedingungen, wie sie in ihren derzeit geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen Telefondienst i.V.m. den „Zusätzlichen Bedingungen für Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ geregelt sind, zu den jeweils gültigen Endkunden-AGB-Preisen zu überlassen (vgl. u.a. Beschluss BK2a 04/028 vom 11.11.2005). Damit ist die Möglichkeit gegeben, dass insbesondere kleinere Telekommunikationsdienstleistungsanbieter Paketangebote der Betroffenen auch dann anbieten können, wenn beispielsweise die Anmietung einer Teilnehmeranschlussleitung für sie mit einer überproportional hohen Kostenbelastung verbunden wäre.

Inkasso und Fakturierung

Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG kommt eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung sowie zur Entgegennahme oder dem Einzug von Zahlungen nur in Betracht, soweit der betroffene Netzbetreiber nicht eine Vereinbarung mit dem überwiegenden Teil des insoweit relevanten Marktes der von ihren Anschlusskunden auswählbaren Anbietern abgeschlossen hat bzw. auch anderen Anbietern, die nicht an einer solchen Vereinbarung beteiligt sind, diskriminierungsfrei Zugang zu diesen Dienstleistungen nach den in der Vereinbarung niedergelegten Bedingungen gewährt.

Von der Auferlegung einer formellen Verpflichtung hat die Bundesnetzagentur bislang je-

doch abgesehen, weil die Betroffene aufgrund entsprechender vertraglicher Vereinbarungen für einen Großteil der am Markt agierenden Verbindungsnetzbetreiber und sonstigen Diensteanbieter Inkasso- und Fakturierungsleistungen erbringt und der Bundesnetzagentur diesbezüglich auch keine Beschwerden seitens der Wettbewerber in Bezug auf eine unzureichende Erfüllung dieser Leistungen durch die Betroffene vorliegen. Es liegen auch keine Hinweise dafür vor, dass die Betroffene Anbietern, die keine Vereinbarung geschlossen haben, einen diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Dienstleistungen verweigert.

Soweit in der Stellungnahme des Bundeskartellamtes darauf hingewiesen wurde, dass nach § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG im Hinblick auf die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung darauf abgestellt werden müsse, ob eine Vereinbarung mit dem „überwiegenden“ Teil des insoweit relevanten Marktes abgeschlossen worden sei, hält die Beschlusskammer dieses Merkmal dann für erfüllt, wenn entsprechende Vereinbarungen, wie im vorliegenden Fall, mit dem Großteil der Marktteilnehmer abgeschlossen worden sind.

Soweit das Bundeskartellamt die implizit zum Ausdruck kommende Forderung nach einer diesbezüglichen Verpflichtung damit begründet, dass die Deutsche Telekom AG seinerzeit überhaupt erst nach einer Erlass Missbrauchsanordnung der Regulierungsbehörde bereit gewesen sei, für Wettbewerber Inkasso- und Fakturierungsleistungen zu erbringen, lässt sich daraus keinesfalls der Schluss ziehen, dass die Deutsche Telekom AG entsprechende Leistungen zukünftig alleine deshalb nicht mehr erbringen wird, weil in der vorliegenden Verfügung von einer förmliche Zugangsverpflichtung abgesehen wird. Im Gegenteil hätte die Deutsche Telekom AG in den vergangenen zwei Jahren seit Inkrafttreten des neuen Gesetzes ausreichend Gelegenheit gehabt, die Erbringung von Inkasso- und Fakturierungsleistungen für Wettbewerber in Frage zu stellen. Der Umstand, dass sie dies nicht getan hat, spricht vielmehr dafür, dass sie diese Leistungen auch weiterhin ohne entsprechende förmliche Verpflichtung auf freiwilliger Basis anbieten wird.

Schließlich ist festzustellen, dass die Wettbewerber selbst die Erbringung von Inkasso- und Fakturierungsleistungen durch die Deutsche Telekom AG im Unterschied zum Bundeskartellamt nicht als besonders problematisch zu erachten scheinen. So sind, wie bereits dargelegt, zumindest bei der Bundesnetzagentur keine entsprechenden Beschwerden bekannt. Auch die zur vorgesehenen Regulierungsverfügung eingegangenen Wettbewerberstellungnahmen behandeln dieses Thema nicht.

Elektronische Schnittstelle für Preselection-Aufträge

Entgegen der Auffassung von Tele2 sieht die Beschlusskammer vorliegend auch keine Notwendigkeit, die Betroffene zur Bereitstellung von elektronischen Schnittstellen für die Übermittlung von Preselection-Aufträgen zu verpflichten.

Elektronische Schnittstellen für die Übermittlung von Preselection-Aufträgen werden von der Betroffenen bereits seit mehreren Jahren auf einzelvertraglicher Basis an nachfragende Wettbewerber bereit gestellt. Der Beschlusskammer ist insoweit auch nicht bekannt, dass es, abgesehen von einigen Detailfragen, wie etwa der Frage einer schriftlichen Willenserklärung des Endkunden oder der Ausgestaltung vertraglicher Schadensersatzregelungen (vgl. Beschl. BK2a 04/029 vom 18.07.2005) vom , zu nennenswerten Problemen gekommen wäre, welche das Funktionieren der elektronischen Schnittstelle als solches in Frage gestellt hätten. Gegen eine präventive Regelung spricht im Übrigen auch, dass die in Betracht kommenden Missbrauchskonstellationen äußerst vielgestaltig sein können und sich häufig auch nicht vorhersehen lassen. Im Hinblick auf eine präventiv wirkende Zugangsregelung wäre daher eine Regelungstiefe erforderlich, die so durch die Bundesnetzagentur kaum geleistet werden kann. Darüber hinaus zeigen die bisherigen Erfahrungen, dass das Instrumentarium der besonderen Missbrauchaufsicht durchaus ausreicht, um im Falle eines tatsächlichen Missbrauchs effektiv und angemessen reagieren zu können.

Für den Fall, dass sich die derzeitige Situation in Bezug auf die Bereitstellung elektronischer Schnittstellen dahingehend verändern sollte, dass entgegen der derzeitigen Einschätzung doch ein akuter Regelungsbedarf entstehen sollte, - beispielsweise, weil die Betroffene ihren bisherigen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Wettbewerbern ohne nachvollziehbaren Grund nicht mehr nachkommt – behält sich die Beschlusskammer vor, die vorliegende Regulierungsverfügung um eine entsprechende Zugangsverpflichtung zu ergänzen.

b. VoIP-Angebote

Hinsichtlich des Angebotes an Vorleistungen für VoIP-Anbieter können neben den zuvor dargestellten Zugangsmöglichkeiten insbesondere die Möglichkeiten eines gemeinsamen Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (Line-Sharing) und eines Zugangs zu breitbandigen T-DSL ZISP-Anschlüssen (vgl. BK4a 05/013 vom 03.08.2005 zur Absenkung der Line-Sharing-Entgelte BK3b 04/019 vom 29.09.2004 und BK3d 05/041 vom 28.10.2005 zur Senkung der Nutzungsentgelte für T-DSL-ZISP) angeführt werden.

Daneben bietet die Betroffene Unternehmen mit begrenzter Netzinfrastruktur mit dem Produkt "Internet Service Provider - Gate" (ISP-Gate) die Möglichkeit, die Breitband-Zugangsplattform der Betroffenen zu nutzen und sich T-DSL-Verkehre an einem oder mehreren Standorten auf ihr eigenes Backbone übergeben lassen.

Durch Nutzung des Produkts „OnlineConnect“ können Internetserviceprovider ihren Online-Dienst auf der flächendeckenden IP-Plattform der Betroffenen realisieren, ohne insoweit Investitionen in eigene Netzinfrastruktur vornehmen zu müssen. Die gesamte technische und administrative Umsetzung erfolgt hier durch die Betroffene.

Auch in Bezug auf die Realisierung von VoIP-Verbindungen kann aufgrund der Feststellungen der Marktanalyse davon ausgegangen werden, dass die notwendigen Zusammenschaltungsleistungen um eigenständig VoIP-Verbindungen am Markt anzubieten, grundsätzlich vorhanden sind.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass VoIP-Anbietern ihre Dienste auch anbieten können, ohne selbst Anbieter des Anschlusses zu sein. Voraussetzung ist lediglich, dass der Endnutzer insoweit über irgendeine - wenn möglich breitbandige - Zugangsmöglichkeit zum Internet verfügt.

Als Zwischen-Resumee lässt sich somit festhalten, dass im Vorleistungsbereich die erforderlichen Zugangsmöglichkeiten zwar bestehen, es jedoch noch einer weiteren Prüfung bedarf, ob diese zur Sicherstellung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG im Endnutzerbereich allein ausreichen.

4. Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung

Die Verpflichtung der Betroffenen, ihren Teilnehmern gemäß Ziffer 1 a) des Tenors Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbietern von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit zu ermöglichen, beruht auf § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 40 Abs. 1 TKG.

a. Voraussetzungen der Verpflichtung zur Netzbetreiberauswahl und Netzbetreibervorauswahl

Gemäß § 40 Abs. 1 TKG muss die Bundesnetzagentur Unternehmen, die bei der Bereit-

stellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, nach Maßgabe des Satzes 4 verpflichten, ihren Teilnehmern 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 besteht, die festgelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen. Der Teilnehmer soll dabei auch unterschiedliche Voreinstellungen für Orts- und Fernverbindungen vornehmen können. Die Voraussetzungen für eine Verpflichtung der Betroffenen zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl sind vorliegend erfüllt.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen steht der Beschlusskammer bei der Frage, ob sie eine Call-by-Call- oder Preselectionverpflichtung nach § 40 Abs. 1 TKG auferlegt, kein Ermessen zu (so auch Koenig/Loetz/Neumann Telekommunikationsrecht 1. Auflage Seite 151). Durch die Regelung § 40 Abs. 1 TKG werden insoweit uneingeschränkt die Vorgaben des Art. 19 URL umgesetzt, nach dem die nationalen Regulierungsbehörden Unternehmen, die gem. Art. 16 Abs. 3 URL als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bei Bereitstellung des Anschlusses und dessen Nutzung an festen Standorten gemeldet wurden, verpflichten, ihren Teilnehmern den Zugang zu den Diensten aller zusammengeschalteten Anbieter öffentlich zugänglicher Telefondienste zu ermöglichen, ohne dass den betreffenden Regulierungsbehörden insoweit ein Entscheidungsspielraum eingeräumt wird. Dass die Auferlegung dieser Verpflichtung wegen ihrer wesentlichen Bedeutung für das Entstehen von Wettbewerb im Verbindungsbereich nicht im Ermessen der Behörde stehen kann, verdeutlichen aber auch die Vorschriften des Art 17 Abs. 1 lit b) URL und des § 39 Abs. 1 TKG. Danach muss die Regulierungsbehörde, bevor sie überhaupt Maßnahmen der Endnutzermarktregulierung in Erwägung ziehen kann, zunächst prüfen, inwieweit die Regulierungsziele bereits durch die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl sichergestellt werden können. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber der Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung insoweit einen vergleichbaren gleichen Stellenwert eingeräumt hat, wie etwa auch den in § 21 Abs. 3 TKG geregelten Regelverpflichtungen, für deren Auferlegung der Regulierungsbehörde ebenfalls kein Ermessensspielraum eingeräumt worden ist. Der Betroffenen kann auch nicht zugestimmt werden, dass es sich, nähme man keinen Spielraum für eine Ermessensausübung an, die Auferlegung einer Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung überflüssig und bloße Förmelei sei. Nach Auffassung der Beschlusskammer entspricht es im Gegenteil gerade der grundsätzlichen Systematik der europarechtlichen Vorgaben, dass die Verpflichtungen für die betroffenen Unternehmen sich nicht unmittelbar aus dem jeweiligen Telekommunikationsgesetz ergeben, sondern erst auf der Grundlage eines zuvor durchgeführten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens von der jeweiligen Regulierungsbehörde auferlegt sollen. Dabei hängt es von den gesetzlichen Vorgaben ab, in welchem Umfange der Behörde diesbezüglich ein Ermessensspielraum eingeräumt wird. Im Übrigen kennt das Verwaltungsrecht an vielen Stellen die Unterscheidung zwischen gebundenen Entscheidungen und Ermessensentscheidungen. Gebundene Entscheidungen machen insoweit insbesondere dann Sinn, wenn der Gesetzgeber die Frage, ob Tatbestandsvoraussetzungen für eine Verpflichtung erfüllt sind, nicht der Beurteilung des Bürgers bzw. im vorliegenden Fall des betroffenen Unternehmen überlassen möchte. Hätte also der Gesetzgeber im vorliegenden Fall die Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung als unmittelbar kraft Gesetz geltende Verpflichtung formuliert, so wäre es durchaus zweifelhaft, ob die Betroffene, legt man ihre Ausführungen zum Vorliegen beträchtlicher Marktmacht zugrunde, eine derartige gesetzesunmittelbar geltende Verpflichtung - zumindest, was den Bereich der Auslandsverbindungen betrifft - überhaupt anerkennen würde.

aa) Vorliegen beträchtlicher Marktmacht

Nach den anliegenden Feststellungen der Präsidentenkammer verfügt die Betroffene in-

soweit bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten auch weiterhin über eine beträchtliche Marktmacht i.S.v. § 40 Abs. 1 TKG.

Danach ist es für die Auferlegung einer Call-byCall- und Preselection-Verpflichtung nach § 40 Abs. 1 TKG erforderlich, aber auch ausreichend, dass die Betroffene auf dem Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Märkte 1-2 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission) über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen sprechen sowohl Wortlaut, Systematik als auch Sinn und Zweck der Regelung des § 40 Abs. 1 TKG dafür, als Voraussetzung für die Auferlegung einer Call-by-Call und Preselection-Verpflichtung allein auf das Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht auf den Anschlussmärkten 1 und 2 der EU-Empfehlung abzustellen.

aaa) Grammatikalische Auslegung:

Die grammatikalische Auslegung erfordert es, den Sinn einer Rechtsnorm möglichst nahe an ihrem Wortsinn festzusetzen. Danach ist die Verpflichtung der Ermöglichung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl gegenüber solchen Unternehmen auszusprechen, “die bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Netz und dessen Nutzung an festen Standorten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden“. Danach unterscheidet der Gesetzgeber hinsichtlich des Vorliegens der beträchtlichen Marktmacht offensichtlich zwischen der „Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Netz“ einerseits und „dessen Nutzung an festen Standorten“ andererseits. Unklar ist allerdings, was der Gesetzgeber mit seiner Formulierung „dessen Nutzung an festen Standorten“ überhaupt gemeint hat. Die Betroffene scheint dies dahingehend zu interpretieren, dass für die Auferlegung einer Call-by-Call- oder Preselection-Verpflichtung nicht nur das Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht bei der Bereitstellung des Anschlusses, sondern zusätzlich auch eine beträchtliche Marktmacht auf von der EU-Empfehlung umfassten Verbindungsmärkten (Märkten 3-6) erforderlich ist.

Diese Deutung des Wortsinnes ist jedoch keineswegs zwingend. Vielmehr spricht die gerade die Verwendung des Begriffs „dessen Nutzung“ dafür, dass insoweit allein auf die Bereitstellung und Nutzung des Anschlusses und damit gerade nicht zusätzlich auf benachbarte Verbindungsmärkte abzustellen ist. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Erbringung der Anschlussleistung nicht nur die betriebsfähige Bereitstellung des Anschlusses, sondern auch die Überlassung des Anschlusses zur Nutzung durch den Kunden umfasst. Die betriebsfähige Bereitstellung des Anschlusses (Installation) wird insoweit in der Regel durch ein einmaliges Bereitstellungsentgelt und die Nutzung durch ein monatlich zu entrichtendes Überlassungsentgelt abgedeckt. Mit der Überlassung des Anschlusses zur Nutzung erhält der Kunde nicht nur die Möglichkeit, andere Teilnehmer anzurufen, sondern auch selber angerufen zu werden. Darüber hinaus beschränkt sich die Nutzungsmöglichkeit auch nicht bloß auf Verbindungen innerhalb des Festnetzes (Märkte 3-6 der EU-Empfehlung). Vielmehr kann der Nutzer über den Anschluss ebenfalls Verbindungen in Mobilfunknetze, zu Mehrwertdiensten oder in das Internet herstellen. Träfe die von der Betroffenen vertretene Auffassung zu, wonach im Hinblick auf die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht Anschluss- und Verbindungsmärkte in ihrer Gesamtheit zu betrachten sind, so stellte sich die Frage, warum dies nicht konsequenter Weise auch für Verbindungen in Mobilfunknetze oder Verbindungen zu Onlinediensten oder ins Internet gelten sollte.

aab) Systematische Auslegung

Im Unterschied zur grammatikalischen Auslegung setzt die systematische Auslegung nicht bei der auszulegenden Norm als solcher an, sondern versucht, deren Inhalt durch Rückschlüsse aus ihrer Stellung im Gefüge des betreffenden Gesetzes oder aus dem In-

halt anderer Normen zu bestimmen.

Die von der Betroffenen vertretene Auslegung beruht im wesentlichen auf der Erwägung, dass sich der Gesetzgeber bei der Formulierung des Gesetzes am europäischen Richtlinienrecht orientiert habe und diesbezüglich in der EU-Märkte-Empfehlung ausgeführt werde, dass die Märkte 1-6 dem „Anschluss an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten“ entsprächen. Insoweit sei zu folgern, dass die EU-Kommission im Hinblick auf die Betreiberauswahl und -vorauswahl die Märkte 1-6 in Ihrer Gesamtheit betrachte. Dafür spräche auch die in der Empfehlung verwendete Formulierung „Marktverbund“. Insoweit erscheint es jedoch eher zweifelhaft, ob der EU-Richtliniengeber die Auferlegung einer Preselection- und Call-by-Call-Verpflichtung tatsächlich vom Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht auf sämtlichen in der Empfehlung genannten Endnutzermärkten abhängig machen wollte. Dagegen spricht, dass die EU-Kommission beispielsweise im Konsolidierungsverfahren der österreichischen Regulierungsbehörde nicht beanstandet hat, dass letztere bei der Auferlegung der Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl allein auf die Wettbewerbssituation auf den Anschlussmärkten 1 und 2 abgestellt hat. Dass die Europäische Kommission die Ausführungen zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl in Art. 19 URL und in der Märkte-Empfehlung bei weitem nicht so formal am Wortlaut interpretiert, wie es die Stellungnahme der Betroffenen nahelegen könnte, zeigt auch der Umstand, dass die schwedische Regulierungsbehörde PTS dem Unternehmen TeliaSonera zwar einerseits aufgrund seiner beträchtlichen Marktmacht auf den Anschlussmärkten 1 und 2 eine Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung auferlegt hat, andererseits aber die Verbindungsmärkte 3-6 aufgrund fehlender Marktbeherrschung aus der sektorspezifischen Regulierung herausgenommen hat, ohne dass die Kommission diesbezüglich irgendwelche Einwände erhoben hätte.

aac) Teleologische Auslegung

Schließlich spricht auch nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung alles dafür, die Auferlegung der Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung ausschließlich vom Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Anschlussmarkt abhängig zu machen. Ziel der Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl ist es insoweit, die Wettbewerbsentwicklung auf den Verbindungsmärkten von der Entwicklung auf dem Anschlussmarkt soweit wie möglich zu entkoppeln. In Verbindung mit einer effektiven, streng an den Kosten orientierten Vorleistungsregulierung (TAL und IC-Leistungen) verhindert die Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl, dass Marktmacht vom Anschlussbereich auf den Verbindungsbereich übertragen werden kann. Das Bestehen der Preselection- und Call-by-Call-Verpflichtung war somit neben den streng kostenorientierten IC-Entgelten der wesentlicher Faktor dafür, dass sich der Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten wesentlich schneller entwickelt konnte, als auf den Anschlussmärkten. Vor diesem Hintergrund entbehrt es jeglicher Logik, die Möglichkeit der Auferlegung einer entsprechenden Verpflichtung zusätzlich vom Bestehen einer Marktbeherrschenden Stellung auf den Verbindungsmärkten abhängig zu machen. Eine derartige Interpretation hätte nämlich zur Folge, dass den alternativen Verbindungsnetzbetreibern, die mit ihren Angeboten ganz maßgeblich zur Entwicklung des Wettbewerbs auf den Verbindungsmärkten beigetragen haben, ausgerechnet in dem Moment die Grundlage entzogen würde, wenn sich auf dem am wettbewerblich am weitesten entwickelten Markt der vom Gesetz bezweckte nachhaltige und funktionsfähige Wettbewerb gerade erst etabliert hat.

Ebenso unsinnig und insoweit auch unverhältnismäßig wäre es allerdings, die Betroffene auf Märkten mit nur noch geringen Marktanteilen und eindeutigen wettbewerblichen Strukturen allein deshalb „künstlich“ in der Marktbeherrschung zu lassen, um insoweit die Call-by-Call und Preselection-Verpflichtung aufrecht zu erhalten. Eine Entlassung aus der sektorspezifischen Regulierung käme in diesem Fall wenn überhaupt, frühestens dann in Betracht, wenn die Betroffene auch auf den Anschlussmärkten nicht mehr als

Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einzustufen wäre, was nach Einschätzung der Beschlusskammer noch eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen dürfte. Eine derartige Koppelung der Regulierung auf den Telefon-Verbindungsmärkten an die Marktentwicklung auf den Anschlussmärkten kann nach Auffassung der Beschlusskammer weder vom Richtlinien- noch vom Gesetzgeber gewollt gewesen sein.

Selbst wenn man mit der Betroffenen davon ausgehen wollte, dass nach dem Wortlaut des § 40 Abs. 1 TKG bei der Auferlegung der Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung sowohl auf eine Marktbeherrschung bei den Anschluss-, als auch bei den Verbindungsmärkten ankommt, erscheint es vorliegend erforderlich, den Tatbestand im Wege einer teleologischen Reduktion auf das nach der Intention des Gesetzes Gemeinte einzugrenzen. Im Falle der teleologischen Reduktion wird - aus dem Gedanken heraus, dass das Gesetz mit einer Regelung einen bestimmten Zweck verfolgt - die Rechtsfolge einer Norm nicht angewendet, obwohl der Wortsinn der Norm den Sachverhalt unzweifelhaft erfassen würde. Voraussetzungen dafür ist, dass die vom Wortlaut umfassten Fälle der inneren Teleologie des Gesetzes zuwiderlaufen würden. Dies ist vorliegend aus den oben bereits dargelegten Gründen der Fall. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass nach der Intention der auf Wettbewerbsöffnung auf den Verbindungsmärkten gerichteten gesetzlichen Regelung des § 40 Abs. 1 TKG beabsichtigt gewesen ist, die Verpflichtung zu Preselection und Call-by-Call fortfallen zu lassen, sobald auch nur auf einem der relevanten Verbindungsmärkte Nr. 3-6 der EU-Empfehlung funktionsfähige Wettbewerbbedingungen eingetreten sind.

ab) Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen

Gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 TKG sind im Zusammenhang mit der Auferlegung der Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl auch die Maßgaben des Satzes 4 zu beachten. Danach ist im Rahmen der Ausgestaltung der zur Erfüllung dieser Verpflichtung erforderlichen Zusammenschaltungsleistungen bei Entscheidungen nach Teil 2 des Gesetzes zu gewährleisten, dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen nicht entfallen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern und dass eine effiziente Nutzung des vorhandenen Netzes durch ortsnahe Zuführung erfolgt. Beide Vorgaben wurden insoweit durch entsprechende Entscheidungen der Beschlusskammer 4 im Vorleistungsbereich sichergestellt. In dieser Hinsicht kann insbesondere auf die nach alter Rechtslage ergangenen Anordnungen BK 4c-02-045/Z13.12.02 vom 21.02.2003, BK 4e-03-004/Z03.02.03 vom 27.03.2003 und BK 4d-03-024 /Z19.05.03 vom 11.07.2003 sowie auf die am 05.10.2005 ergangene Regulierungsverfügung BK 4c-05-002/R für die Märkte 8-10 verwiesen werden.

b. Wirkung der Call- by-Call- und Preselection-Verpflichtung

Nach Auffassung der Beschlusskammer wirkt die Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung nicht nur gegenüber dem Teilnehmer, dem insoweit ein unmittelbarer rechtlicher Anspruch zur Auswahl eines alternativen Netzbetreibers gegenüber der Betroffenen eingeräumt wird. Den genannten Vorschriften kommt entgegen der Auffassung der Betroffenen insofern auch eine drittschützende Wirkung zugunsten der Verbindungsnetzbetreiber zu, die im Zusammenhang mit der Verfolgung ihres Geschäftsmodells notwendig darauf angewiesen sind, dass die Betroffene ihrer entsprechenden Verpflichtung insoweit auch vollumfänglich, d.h. ohne Einschränkungen auch im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern, nachkommt (vgl. Beschluss BK2a 05/002 vom 18.07.2005 Seiten 14f.). Dies bedeutet, dass die Betroffene die Geltung der Verpflichtung gegenüber dem Endkunden im Grundsatz weder individualvertraglich noch im Rahmen ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen ausschließen darf. Darüber hinaus hat sie nach ständiger Spruchpraxis der Beschlusskammer grundsätzlich auch jedes sonstige Verhalten zu unterlassen, das darauf gerichtet ist, die Verpflichtung zur Netzbetreiberwahl und Netzbetreibervorauswahl zu unterlaufen.

Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Call-by-Call-Preselection-Verpflichtung nach Auffassung der Bundesnetzagentur nicht nur für öffentliche Inlandsgespräche, sondern auch für ansonsten nicht mehr der Marktregulierung unterliegenden öffentliche Telefongespräche, z.B. für öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten gilt. Insofern wird durch die Verpflichtung eine Übertragung von Marktmacht vom Anschlussbereich auf den Verbindungsbereich verhindert.

Folgerichtig hat auch die EU-Kommission in ihrer Stellungnahme vom 21.12.2005 darauf hingewiesen, dass sie mit der Feststellung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für Auslandsgespräche übereinstimme, der wettbewerbsfähige Status dieses Marktes jedoch von der Existenz aufgelegter Verpflichtungen zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl abhängig sei.

Dagegen läuft die Verpflichtung in Bezug auf den Zugang zu VoIP-Diensten insoweit leer, da diese sich nach den Feststellungen der Marktanalyse gerade dadurch auszeichnen, dass sie unabhängig von einem bestimmten Anschluss im Sinne eines Netzabschlusspunkts genutzt werden können. Erforderlich ist lediglich eine entsprechende Zugangsmöglichkeit zum Internet. Insoweit besteht aus Sicht der Beschlusskammer auch kein Bedürfnis, den Entscheidungstenor, wie von der Betroffenen gefordert, dahingehend klarzustellen, dass VoIP-Verbindungen von der Call-by-Call- und PreselectionVerpflichtung nicht betroffen seien. Ein derartiges Klarstellungsbedürfnis könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn den Anschlussmärkten 1 und 2 der EU-Empfehlung zukünftig noch weitere Anschlussarten zugeordnet werden sollten.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist nach dem Ergebnis der Marktanalyse kein Grund erkennbar, der es rechtfertigen würde, in Bezug auf die Auferlegung einer Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl auf dem Markt für den Zugang zum öffentlichen Festnetz zwischen normalen „AGB-Anschlüssen“ einerseits und dem Angebot von Anschlüssen im Rahmen kundenindividueller Verträge bis 1 Millionen € Jahresumsatz anderseits zu differenzieren.

Für die Beschlusskammer ist es auch nicht nachvollziehbar, warum die Auferlegung der Preselection- und Call-by-Call-Verpflichtung im Hinblick auf den von der Betroffenen angebotenen Sozialtarif unverhältnismäßig sein soll. Der Beschlusskammer ist derzeit kein Anschlusstarif bekannt, bei dem die Betroffene ihren Kunden aus sozialen Gründen Vergünstigungen gewährt. Soziale Vergünstigungen werden nach eigenem Vortrag der Betroffenen vielmehr mit den Verbindungsentgelten verrechnet. Dies bedeutet, dass der Kunde nur dann in den Genuss der sozialen Vergünstigungen kommen kann, wenn er insoweit auch die Verbindungsleistungen der Betroffenen in Anspruch nimmt. Ein Grund, betreffenden Kunden grundsätzlich die Möglichkeit abzusprechen, auf die Vorteile des Sozialtarifs zu verzichten und stattdessen die Leistungen anderer Verbindungsnetzbetreiber zu beziehen, ist nicht ersichtlich.

Zur Stellungnahme des Bundeskartellamtes ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass die hierin geäußerte Ansicht, eine Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung könne sich gegebenenfalls auch aus § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ergeben, eher fragwürdig erscheint. Da jedoch eine Relevanz dieser Fragestellung für die getroffenen Entscheidung nicht ersichtlich ist, kann eine Klärung insoweit dahingestellt bleiben.

Soweit die EU-Kommission in ihrer Stellungnahme im Zusammenhang mit der Auferlegung der Verpflichtung zur Netzbetreiberauswahl und Netzbetreibervorauswahl darauf hinweist, dass diese Leistungen gemäß Art. 19 Abs. 3 URL auf einer kostenorientierter Basis angeboten müssten, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich die von der Deutschen Telekom AG erhobenen Entgelte für die Bereitstellung von Preselection mit jeweils 4,40 € (netto) für die Leistungen „Preselection Ort“, „Preselection Fern“ und „Preselection Ort und Fern“ auf einem Niveau bewegen, welches sich auch im Vergleich mit den Ent-

gelten ehemaliger Incumbents in anderen europäischen Staaten durchaus als sehr moderat darstellt. Darüber hinaus zeigen sowohl der Umstand, dass ausweislich des Tätigkeitsberichts 2004/2005 der Bundesnetzagentur u.a. die Anzahl der Verbindungsminuten Preselection-Anbietern im Zeitraum 2002 bis 2004 um 45% auf 24,3 Milliarden angestiegen und für 2005 mit einem weiteren deutlichen Anstieg zu rechnen ist, als auch der Umstand, dass die Anzahl der Preselection-Kunden im gleichen Zeitraum von 4,14 auf über 6 Millionen angestiegen ist, dass die geltenden Preselection-Tarife die Verbraucher nicht davon abhalten, von ihrer Möglichkeit zur Netzbetreibervorauswahl Gebrauch zu machen. Unabhängig hiervon sind der Bundesnetzagentur in der Vergangenheit weder von Seiten der Endkunden, noch von Seiten der Wettbewerber Beschwerden in Bezug auf überhöhte Preselection-Entgelte bekannt geworden.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Preselection-Entgelte der Betroffenen gemäß § 40 Abs. 1 TKG auf jeden Fall auch der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2-4 i.V.m. 28 TKG unterliegen würden. Insoweit umfasst die Vorschrift des § 28 TKG neben dem Wettbewerberschutz auch den Schutz des Kunden vor missbräuchlich überhöhten Preisen.

5. Entgeltregulierung (Anschlüsse)

Die Festlegung einer Anzeigepflicht für den Markt „Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ (Märkte 1 und 2 der EU-Märkte-Empfehlung) gemäß Ziff. 1. b) beruht auf § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 39 Abs. 3 TKG.

Gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG kann die Bundesnetzagentur unter Beachtung von Abs. 1 Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, ihr Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben.

Aus den nachfolgend angestellten Erwägungen ist die Beschlusskammer in Bezug auf den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten zu dem Ergebnis gelangt, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl auf dem Markt für Inlandsgespräche allein nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen (§ 39 Abs. 3 S. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 1 TKG) und insoweit die Auferlegung einer Anzeigepflicht gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG erforderlich ist.

a. Vorbemerkung:

Bevor nachfolgend im Einzelnen auf das Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen für die Auferlegung einer Anzeigepflicht eingegangen wird, hält es die Beschlusskammer - insbesondere vor dem Hintergrund der in Ziffer 1 der Stellungnahme der EU-Kommission zum Ausdruck kommenden Einschätzung zur Situation auf den Märkten 1 und 2 der EU-Empfehlung – für sinnvoll, nochmals klarzustellen, dass es sich bei der Anzeigpflicht gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG nicht nur um ein bloßes Instrument zur Herstellung von mehr Transparenz handelt, sondern um ein effektives Mittel zur präventiven Verhinderung von Dumpingpreisen, Preis-Kosten-Scheren und unzulässigen Bündelprodukten, aber auch von missbräuchlich überhöhten Preisen.

Ebenso, wie im Entgeltgenehmigungsverfahren, ist es auch im Anzeigeverfahren möglich, Entgeltmaßnahmen jedenfalls dann bereits vor dem Inkrafttreten zu untersagen, wenn im Rahmen Durchführung einer fundierten Offenkundigkundigkeitsprüfung festgestellt worden ist, dass sie nicht mit den Maßstäben des § 28 TKG vereinbar sind. Selbst dann, wenn sich kein offenkundiger Verstoß feststellen lässt, ermöglicht es die unmittelbare Geltung der nachträglichen Regulierung nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG i.V.m. § 38 Abs. 2-4, § 28 TKG der Bundesnetzagentur, bei entsprechendem Verdachtsmomenten jeder-

zeit eine nachträgliche vollumfängliche Überprüfung der betroffenen Entgelte durchzuführen und im Falle Verstoß gegen § 28 TKG untersagen. Dabei kann die Behörde im Bedarfsfall auch auf der Basis von Kostenunterlagen entscheiden, falls eine Überprüfung nach dem Vergleichsmarktsprinzip nicht möglich sein sollte.

b. Realisierung der Regulierungsziele durch Vorleistungsregulierung

Gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG i.V.m. § 39 Abs. 1 TKG ist zunächst prüfen, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Auferlegung der Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 TKG nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden. Im Hinblick auf die Entgeltregulierung von Endnutzerleistungen von besonderer Bedeutung sind dabei einerseits das in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG genannte Ziel der Wahrung der Nutzer- und der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation und andererseits die in § 2 Abs. 2 Nr. 2 vorgesehenen Ziele der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und –netze einschließlich der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche.

Bei der Prüfung dieser Voraussetzungen durch die Bundesnetzagentur handelt es sich um eine besondere Sachkompetenz erfordernde Prognoseentscheidung, bei der der Behörde durch das Gesetz ein eigenständiger Beurteilungsspielraum eingeräumt worden ist. Dementsprechend weist die Betroffene auch zutreffend darauf hin, dass eine rein abstrakte Bewertung nicht ausreicht. Allerdings dürfen aufgrund des Prognosecharakters keine unerfüllbaren Anforderungen in Bezug auf die der Prognose zugrunde liegenden Tatsachen gestellt werden. Vielmehr muss es ausreichen, wenn die Beschlusskammer aufgrund hinreichend konkreter Anhaltspunkte zu dem Ergebnis gelangt, dass alleine die Verpflichtungen im Vorleistungsbereich und die Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl aller Voraussicht nach nicht zur Erreichung der Regulierungsziele führen würden. Konkrete Anhaltspunkte können sich dabei auch daraus ergeben, dass aufgrund des Verhaltens der Betroffenen in der Vergangenheit damit zu rechnen ist, dass die Betroffene ihre weiterhin bestehende Marktmacht auf den Endnutzermärkten missbräuchlich ausnutzt, um durch Dumping-, Preis-Kosten-Scheren- oder Bündelungsstrategien Marktanteile zu verteidigen oder aber sogar Wettbewerber zurückzudrängen.

In Ausübung ihres Beurteilungsspielraumes ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gelangt, dass aus den nachfolgenden Gründen die Verpflichtungen im Zugangsbereich allein nicht ausreichen, um die Nutzerinteressen zu wahren und chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen.

So ist zunächst festzustellen, dass sich, obwohl für alternative Teilnehmernetzbetreiber, wie oben bereits dargestellt, die Möglichkeit zum entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung besteht und obwohl das Entgelt für diese zentrale Vorleistung Ex-ante reguliert ist und sich dementsprechend an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientiert, der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für Anschlüsse deutlich weniger stark entwickelt hat als im Verbindungsbereich.

Auch die Auferlegung der Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 TKG ändert an dieser wettbewerblichen Situation auf dem Anschlussmarkt nichts, da die Auferlegung einer entsprechenden Verpflichtung zwar grundsätzlich geeignet ist, die Entwicklung der Verbindungsmärkte sowohl im Orts-, Fern-, als auch im Auslandsbereich zu fördern und sicherzustellen, jedoch keine direkten Auswirkungen auf die Entwicklung des Anschlussmarktes hat.

Insoweit ist festzustellen, dass die Betroffene trotz ihrer bestehenden Verpflichtungen im Zugangsbereich und ihrer Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl

im Anschlussbereich - nicht zuletzt aufgrund ihrer immer noch äußerst hohen Marktanteile sowohl bei den Absatz- als auch bei den Umsatzzahlen - nach wie vor über eine sehr starke Marktmacht verfügt und sie zumindest derzeit noch einem im Vergleich zu den Verbindungsmärkten weniger starken Wettbewerbsdruck seitens der konkurrierenden alternativen Teilnehmernetzbetreiber ausgesetzt ist. Gegenüber einer potentiellen – im Licht der Beobachtungen der Beschlusskammer jedoch relativ unwahrscheinlichen – Gefahr eines Preishöhenmissbrauchs kritischer und auch wahrscheinlicher ist die Gefahr, dass die Betroffene versuchen könnte, ihre überragende Marktstellung dadurch zu verteidigen, dass sie auf den zunehmenden Wettbewerb mit gezielten Dumping-, Cost-Prize-Squeeze- oder Bündelungs-Strategien reagiert. Dies gilt umso mehr, als der Verlust eines Anschlusskunden für das betroffene Unternehmen in der Regel wesentlich schwerer wiegt, weil hiermit eine unmittelbare und in der Regel längerfristige Kundenbindung verloren geht. Dass es sich hierbei nicht nur um eine theoretische Gefahr handelt, verdeutlich auch das folgende Beispiel. So hat die Betroffene Ende 2005 die Tarife für ISDN-Anschlüsse innerhalb der Optionsangebote CallPlus, CallXXL; CallXXL Freetime und CallXXL Fulltime jeweils um 4 Euro (inkl. USt) abgesenkt, wenn der Endnutzer bei der Betroffenen zugleich einen DSL-Anschluss zubucht. Begründet wurde diese Tarifmaßnahme hier nicht etwa mit realisierten Kosteneinsparungen, sondern damit, dass der ISDN-Anschluss mit der zunehmenden Verbreitung des DSL-Anschlusses an Bedeutung verliere. Die Argumentation der Betroffenen lässt insoweit befürchten, dass sie gegebenenfalls auch kostenunterdeckende Anschlussentgelte in Kauf nehmen würde, um den Endnutzer als Kunden zu behalten.

Zwar würde auch die Ex-post-Regulierung grundsätzlich die Möglichkeit einräumen, entsprechende Tarifmaßnahmen einer nachträglichen Überprüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG zuzuführen. Allerdings bestünde bei einer reinen Ex-post-Kontrolle die Gefahr, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten der betroffenen Netzbetreiber bis zu einer wirksamen Entscheidung der Bundesnetzagentur bereits nachhaltig und ggf. irreversibel geschädigt werden könnten. Ein weiterer wichtiger Vorteil der Anzeigepflicht besteht darin, dass potentielle Kunden im Falle offenkundig missbräuchlicher Tarifmaßnahmen vor den nachteiligen Folgen einer ggf. erforderlich werdenden Rückabwicklung des geschlossenen Vertragverhältnisses geschützt werden.

Aufgrund der dargelegten Tatsachen ist daher davon auszugehen, dass die für die Endnutzerleistungen als Regelfall vorgesehene Ex-post-Regulierung im Hinblick auf das in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG genannte Ziel der Wahrung der Nutzer- und der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation und andererseits im Hinblick auf die in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG vorgesehenen Ziele der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und –netze nicht ausreichend ist, sondern es vielmehr der Festlegung zusätzlicher regulatorischer Verpflichtungen bedarf.

c. Erreichung der Regulierungsziele

Im Rahmen des ihr gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG eingeräumten Entschließungsermessens ist die Beschlusskammer vorliegend zur Überzeugung gelangt, dass die Auferlegung einer Anzeigeverpflichtung zum Zwecke der Erreichung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG und dabei insbesondere zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes erforderlich, aber auch ausreichend ist. Insoweit kann vorliegend dahinstehen, ob aufgrund vorliegender Tatsachen die Annahme gerechtfertigt wäre, dass ohne den Erlass zusätzlicher regulatorischer Verpflichtungen gegebenenfalls auch die Erreichung weiterer Regulierungsziele gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 - 8 TKG, wie etwa die Förderung effizienter Infrastrukturen oder die Förderung der Entwicklung des europäischen Binnenmarktes, nicht hinreichend sichergestellt wären. Jedenfalls kann entgegen der Auffassung der Betroffenen nicht festgestellt werden, dass eine Anzeigepflicht für Anschlussentgelte den in § 2

Abs. 2 Nr. 3 – 8 TKG enthaltenen Regulierungszielen zuwiderlaufen würde.

ca) Geeignetheit der Anzeigepflicht

Die Anzeigepflicht ist nach Auffassung der Beschlusskammer geeignet, die zuvor beschriebenen Risiken entscheidend zu reduzieren und damit entscheidend zur Erreichung der gesetzlichen Regulierungsziele beizutragen, da sie die Betroffene dazu verpflichtet, jede von ihr geplante Tarifmaßnahme im Anschlussbereich mindestens 2 Monate vor In-Kraft-Treten bei der Bundesnetzagentur bekannt zu geben. Hierdurch wird der Weg eröffnet, zumindest offensichtlich nicht mit § 28 TKG zu vereinbarende Tarifmaßnahmen bereits im Vorfeld der Markteinführung zu untersagen und damit wettbewerbsschädigende Auswirkungen von vornherein zu unterbinden. Insoweit kommt der Anzeigepflicht in ihrer Wirkung im gewissem Umfange durchaus ein präventiver Charakter zu.

Darüber hinaus eröffnet die Anzeigepflicht für die Behörde die Möglichkeit, auch solche Telekommunikationsdienstleistungsangebote, die zwar selbst nicht unmittelbar der Anzeigepflicht unterworfen sind, die jedoch als Bestandteil auch Anschlussleistungen beinhalten, z.B. Paketangebote, die für sich keiner Anzeigeverpflichtung unterliegen, in Bezug auf weitere Vereinbarkeit mit § 28 TKG zu untersuchen und gegebenenfalls frühzeitig entsprechende Maßnahmen einzuleiten. Dabei ist allerdings zu beachten, dass Paketangebote betreffende Tarifmaßnahmen der Betroffenen nach ständiger Spruchpraxis der Beschlusskammer dann insgesamt keiner Anzeigepflicht unterliegen, wenn die in dem Paket enthaltenen Standard-Anschlussleistungen einzeln angeboten und vom Endkunden auch weiterhin zu den angezeigten Tarifen in Anspruch genommen werden können und die weiteren im Paket enthaltenen Leistungen kostendeckend sind, d.h. nicht durch die Anschlussentgelte querfinanziert werden müssen (vgl. auch unten Punkt 5. c.).

Schließlich kann sich auch aus der gesetzlich vorgesehen 2-monatigen Karenzzeit bis zum vorgesehenen In-Kraft-Treten der geplanten Tarifmaßnahme ein für die Wettbewerbsmöglichkeiten konkurrierender Unternehmen günstiger Effekt ergeben, wenn eine zunächst unbeanstandet gebliebene Tarifmaßnahme von der Betroffenen ggf. bereits vor dem geplanten Markteinführungstermin, d.h. der konkreten Bezugsmöglichkeit durch den Kunden, bekannt gegeben wird. In diesem Fall könnte die verbleibende Frist von den Wettbewerbern dazu genutzt werden, sich mit entsprechenden eigenen Produkten auf die Tarifmaßnahme der Betroffenen einzustellen oder erforderlichenfalls noch vor Markteinführung die Einleitung eines Ex-post-Verfahrens zu beantragen.

Soweit diesbezüglich von der Betroffenen die Auffassung vertreten wird, dass sie im Falle einer nicht untersagten Entgeltmaßnahme berechtigt sei, den betreffenden Tarif entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift bereits vor Ablauf der 2-Monatsfrist am Markt anzubieten, ist dem nachdrücklich zu widersprechen. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur folgt nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus Sinn und Zweck der Vorschrift, dass vor Ablauf der 2 Monate noch keine wirksamen Verträge abgeschlossen werden dürfen. Hierdurch soll der Bundesnetzagentur unabhängig vom Ausgang des zweiwöchigen Anzeigeverfahrens die Möglichkeit eingeräumt werden, über die Offenkundigkeitsprüfung hinausgehenden Bedenken, beispielsweise aufgrund von ersten Wettbewerberbeschwerden, nachgehen zu können. Unabhängig davon macht die Lesart der Betroffenen aber auch deshalb keinen Sinn, weil die gesetzlich vorgesehene 2-Monatsfrist im Ergebnis leer laufen würde und damit überflüssig wäre. Träfe die Interpretation der Betroffenen zu, so hätte es völlig ausgereicht, auf eine Frist für die Vorlage der Tarifanzeige zu verzichten und den Zeitpunkt der Tarifanzeige insoweit in das Ermessen des betroffenen Unternehmens zu stellen. Dieses hätte in diesem Fall die Möglichkeit gehabt, selbst zu entscheiden, ob es beispielsweise bei kritischeren Tarifen vorsichtshalber die Dauer eines sich an die zweiwöchige Prüfung anschließenden nachträglichen Überprüfungsverfahren einkalkuliert und die Tarifanzeige entsprechend früher einreicht oder ob es bei aus seiner Sicht weniger kritischen Tarifen einen Zeitraum von 2 Wochen

vor Markteinführung als ausreichend erachtet. Aufgrund der insofern eindeutigen Rechtslage kann sich die Beschlusskammer auch nicht den von der Betroffenen zitierten Ausführungen der Monopolkommission in ihrem Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung im Bereich bei der Telekommunikation anschließen, wonach eine Zurückstellung von im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung nicht beanstandeter Tarife unangemessen wäre.

Die Anzeigepflicht erscheint darüber hinaus aber auch ausreichend, um einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen und die Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Anschlussmarktes zu fördern. Belegt wird die disziplinierende Wirkung einer Anzeigepflicht insbesondere auch durch die Erfahrungen mit der durch Beschluss BK2a 04/045 vom 14.12.2004 für den Übergangszeitraum bis zur endgültigen Regulierungsverfügung bereits festgelegten vorläufigen Anzeigepflicht für ehemals der Genehmigungspflicht unterliegenden Sprachtelefondienstentgelte. Danach ist festzustellen, dass sich die von der Betroffenen in dem betreffenden Zeitraum angezeigten Tarifmaßnahmen durchgängig im marktüblichem Rahmen bewegt haben.

In ihren Stellungnahmen hat die überwiegende Anzahl der Wettbewerber die Eignung der Anzeigepflicht insbesondere wegen der immer noch überragenden Marktmacht in Frage gestellt und sich stattdessen für die Auferlegung einer Genehmigungspflicht ausgesprochen.

Dem vermag sich die Beschlusskammer nicht anzuschließen. In Bezug auf eine Bewertung der Wettbewerbsverhältnisse kann es nicht ausreichen, lediglich auf den statischen Marktanteil abzustellen. Vielmehr muss vorliegend auch der bei einem Verlust von monatlich mehr als 100.000 Anschlüssen gerade in den vergangenen zwei Jahren immer dynamischer werdenden Marktentwicklungsprozess in die Betrachtung mit einbezogen werden. Die statische Betrachtung berücksichtigt nicht, dass die Betroffene einem zunehmenden Wettbewerbsdruck nicht nur von Seiten anderer Teilnehmernetzbetreiber, sondern auch von Seiten der Anbieter von Internetdiensten, Mobilfunkanbietern und Kabelnetzbetreibern ausgesetzt sein wird, die in zunehmendem Maße mit substituierenden Angeboten in den Telefondienstmarkt drängen. Diese Dynamik sowie der zunehmende Wettbewerbsdruck sind für die Frage einer Genehmigungspflicht entscheidend und können nicht außer Acht gelassen werden.

Ferner ist zu beachten, dass nach der Intention des Gesetzgebers die Auferlegung einer Genehmigungspflicht überhaupt nur in besonders begründeten Ausnahmefällen in Betracht kommen soll. Ein solcher Ausnahmefall würde etwa dann vorliegen, wenn der Wettbewerb auf dem betreffenden Markt noch so wenig ausgeprägt ist, dass es sich das marktbeherrschende Unternehmen erlauben kann, gegenüber dem Kunden deutlich überhöhte Preise durchzusetzen, ohne insoweit mit Absatzrückgängen rechnen zu müssen. Eine derartige Gefahr eines Preishöhenmissbrauchs kann jedoch trotz des immer noch hohen Marktanteils der Betroffenen im Bereich der öffentlichen Anschlüsse nicht festgestellt werden. Im Gegenteil wurde in der Vergangenheit gerade in diesem Bereich seitens der Wertbewerber der Vorwurf vorgetragen, dass insbesondere der Preis für den analogen Endkundenanschluss im Vergleich zum Preis für die Teilnehmeranschlussleistung zu niedrig bemessen sei. Betrachtet man die oben bereits dargestellten Marktverhältnisse, so erscheint es eher fernliegend, dass die Betroffene ausgerechnet in der aktuellen Wettbewerbssituation dazu übergehen sollte, gegenüber dem Endnutzer überhöhte Anschlusspreise durchzusetzen. Vielmehr müsste sie in diesem Fall damit rechnen, dass viele Kunden etwa eine Erhöhung des monatlichen Überlassungsentgelts für den analogen Anschluss zum Anlass nehmen würden, einen Wechsel zu einem anderen Anschlussanbieter in Erwägung zu ziehen.

cb) Erforderlichkeit der Anzeigepflicht

Die Auferlegung einer Anzeigepflicht ist nach Auffassung der Beschlusskammer vorliegend auch erforderlich. Sowohl nach den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Verwaltungsrechts als auch nach dem europarechtlichen Proportionalitätsgrundsatz ist eine Maßnahme dann erforderlich, wenn kein anderes Mittel zur Verfügung steht, dass mindestens genau so geeignet ist, den Zweck zu erreichen, gleichzeitig aber den Betroffenen weniger belastet. Dies ist vorliegend der Fall. Zwar wäre insoweit möglicherweise auch die Auferlegung einer Genehmigungspflicht geeignet gewesen, die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG zu fördern und sicherzustellen. Allerdings würde eine diesbezügliche Verpflichtung für die Betroffene nicht einen weniger, sondern im Gegenteil sogar deutlich stärker belastenden Eingriff in die grundsätzlich auch der Betroffenen zustehenden unternehmerischen Betätigungsfreiheit darstellen als die Auferlegung einer Anzeigepflicht. Insoweit stellt sich die Anzeigepflicht im Vergleich zur Genehmigungspflicht als zwar ebenso geeignetes jedoch im Hinblick auf die sich für das betroffene Unternehmen ergebenden Belastungen mildere Mittel dar.

cc) Angemessenheit der Anzeigepflicht

Schließlich stellt sich die Festlegung einer Anzeigepflicht nach Abwägung aller in Betracht kommenden öffentlichen und privaten Interessen auch als angemessene Maßnahme dar. Angemessen ist eine Maßnahme dann, wenn die Nachteile, die für das betroffene Unternehmen mit der Maßnahme verbunden sind, nicht völlig außer Verhältnis zu den Vorteilen stehen, die sie bewirkt.

Dies ist vorliegend der Fall. Wie bereits oben dargelegt, dient die Festlegung der Anzeigepflicht dem Zweck, die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen, das heißt insbesondere einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen und die Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu fördern, aber auch die Interessen der Nutzer und Verbraucher zu schützen.

Insoweit besteht also sowohl ein allgemeines öffentliches Interesse als auch ein subjektives Interesse der auf dem betreffenden Markt aktiven Wettbewerber an der Auferlegung einer Anzeigepflicht. Diese überwiegen vorliegend gegenüber den subjektiven Interessen der Betroffenen, insbesondere gegenüber dem Interesse an einer ungehinderten Ausübung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit.

Dabei war insbesondere zu berücksichtigen, dass die Festlegung einer Anzeigepflicht für die Betroffene einen deutlich weniger belastenden Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Betroffenen darstellt als etwa die Festlegung einer Genehmigungspflicht. Darüber hinaus trägt die Auferlegung einer Anzeigepflicht dem Umstand Rechnung, dass der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG zumindest im Endnutzerbereich grundsätzlich Vorrang eingeräumt werden soll, während die Auferlegung einer Genehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 TKG bzw. die Auferlegung einer Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen in Betracht kommen kann. Dabei kommt die Anzeigepflicht der Ex-post-Kontrolle erheblich näher, da ihr zwar durchaus ein gewisser präventiver Charakter zukommt, ihre Prüfungsmaßstäbe aber insoweit mit denen einer reinen Ex-post-Kontrolle übereinstimmen. Während im Genehmigungsverfahren gemäß §§ 31 TKG ff. auf den Maßstab einer strengen Kostenorientierung abzustellen ist, verweist § 39 Abs. 3 S. 3 TKG insoweit auf den auch im Ex-post-Verfahren geltenden Prüfungsmaßstab des § 28 TKG. Der enge Zusammenhang zwischen Anzeigepflicht und Ex-post-Kontrolle wird aber auch daran deutlich, dass das Verfahren im Falle einer Untersagung automatisch in ein normales Verfahren der „Ex-post-Regulierung“ übergeleitet wird.

Im Hinblick auf die Interessen der Betroffenen war schließlich zu berücksichtigen, dass zwar auch die Anzeigepflicht für sie durchaus mit Einschränkungen ihrer unternehmerischen Betätigungsfreiheit verbunden ist, dass sie jedoch durch die Festlegung einer Ge-

nehmigungspflicht einer weitaus stärkeren Belastung ausgesetzt werden würde. So ist es, anders als im Genehmigungsverfahren, im Rahmen des Anzeigeverfahrens bereits wegen des auf eine Offenkundigkeitsprüfung eingeschränkten Prüfungsumfanges und der auf 2 Wochen begrenzten Prüfungsdauer in der Regel nicht möglich, von der Betroffenen zusätzlich zu den für die Offenkundigkeitsprüfung erforderlichen Unterlagen noch weitere Unterlagen für eine vertiefte Kostenprüfung nachzufordern, so dass sich die Prüfung im Normalfall auf einen Vergleich mit entsprechenden Wettbewerberangeboten beschränken muss, so dass die Anzeigeverpflichtung für die Betroffene eine durchaus zumutbare Belastung auferlegt.

Dessen ungeachtet besteht für die Betroffene selbstverständlich die Möglichkeit, entsprechende Unterlagen im Vorfeld eines Anzeigeverfahrens freiwillig bei der Bundesnetzagentur vorzulegen, um etwaige Zweifel in Bezug auf eine Vereinbarkeit der Tarifmaßnahme mit § 28 TKG bereits im Vorfeld der Einführung auszuräumen.

Die in diesem Zusammenhang von der Betroffenen vertretene Auffassung, die Beschlusskammer habe im Rahmen der zu treffenden Abwägungsentscheidung die Interessen des betroffen Unternehmens nicht ausreichend berücksichtigt und sich auch nicht hinreichend mit den sich für sie aus einer Anzeigepflicht ergebenen Belastungen auseinandergesetzt, ist unrichtig. Die Beschlusskammer hat sich intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, welche Folgen die vorgesehene Regulierungsverfügung für das betroffenen Unternehmen haben würde. Aus diesem Grunde hat sich die Beschlusskammer auch nicht für eine Genehmigungspflicht, sondern für eine die Betroffene weniger belastende Anzeigepflicht ausgesprochen. Soweit die Betroffene offensichtlich davon auszugehen scheint, dass sich die Anzeigepflicht inhaltlich oder in Bezug auf die Eingriffsintensität beschränken lasse, ist dem entgegenzuhalten, dass die gesetzlichen Vorgaben eine derartige Beschränkung, etwa auf besonders wettbewerbskritische Tarifkonstellationen nicht zulassen. Diesbezüglich lassen sich insbesondere auch aus dem Ergebnis der Marktanalyse keine Besonderheiten erkennen, die eine differenzierte Ausgestaltung der im TKG vorgesehenen Verpflichtungen innerhalb eines Marktes sachlich rechtfertigen könnten. Auch der Vorwurf, die Bundesnetzagentur habe sich nicht ausreichend mit der Schutzbedürftigkeit der Wettbewerber auseinandergesetzt, ist unbegründet. Die Betroffene verkennt insoweit, dass es bei der Festlegung der Anzeigepflicht gerade nicht um den individuellen Schutz bestimmter Wettbewerber, sondern um die Sicherstellung und Förderung des Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten generell geht.

Entgegen der in der Stellungnahme von Arcor vertretenen Auffassung sieht die Beschlusskammer auch keinen dahingehenden Klarstellungsbedarf, das sich die Offenkundigkeitsprüfung im Normalfall nicht auf den bloßen Vergleich mit Wettbewerberangeboten beschränken dürfe, sondern zusätzlich auch eine Kurzprüfung der Entgelte nach § 28 TKG durchgeführt werden müsse. Arcor verkennt insofern, dass das Gesetz zur Prüfung der Missbrauchstatbestände nach § 28 im Bereich der Ex-post-Kontrolle von Endnutzerentgelten gemäß § 39 Abs. 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 TKG und der Überprüfung nach dem Vergleichsmarktprinzip grundsätzlichen Vorrang gegenüber einer Überprüfung von Kostennachweisen nach § 33 TKG eingeräumt hat. Der Beschlusskammer ist sich diesbezüglich zwar durchaus bewusst, dass ein Vergleich mit Wettbewerberangeboten gerade in einer wettbewerbsintensiveren Marktphase, in der beispielsweise viele heterogene Anbieter in den Markt drängen, durchaus problematisch sein kann. Allerdings sieht die Beschlusskammer gerade in Bezug auf das zweiwöchige Anzeigeverfahren keine Möglichkeit, entgegen der ausdrücklichen gesetzgeberischen Intention vom Vergleichmarktsprinzip abzusehen und stattdessen Prüfungen von Kostenunterlagen durchzuführen. Gegen detaillierte Kostenuntersuchungen im Anzeigeverfahren spricht, wie bereits dargelegt, im Übrigen auch der Offenkundigkeitscharakter der Prüfung nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG, nach der die Nichteinhaltung der Anforderungen des § 28 TKG für die Regulierungsbehörde von Kostennachweisen auf der Grundlage bereits vorhandener Unterlagen, Kenntnisse und Erfahrungen ohne weiteres ersichtlich, d.h. evident sein muss. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn es zur Entscheidung erst noch einer detaillierten Prüfung

von Kostennachweisen bedarf. Eine derartige Prüfung muss insoweit einem sich ggf. später anschließenden Ex-post-Verfahren vorbehalten bleiben. Aus den genannten Gründen ist es auch nicht möglich, nach Eingang der Tarifanzeige noch weitere Kostenunterlagen von der Betroffenen nachzufordern und somit dem Anzeigeverfahren den Charakter eines „Quasigenehmigungsverfahrens“ zu verleihen.

Entgegen der Auffassung von Arcor ist die Bundesnetzagentur auch nicht verpflichtet, das Anzeigeverfahren zwangsläufig in ein Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung überzuleiten, wenn sich nach Abschluss der Prüfung die Möglichkeit eines Verstoßes gegen § 28 TKG nicht ausschließen lässt. Eine derartige automatische Überleitung in ein Ex-post-Verfahren sieht das Gesetz gemäß § 38 Abs. 3 S. 3 TKG insoweit nur für den Fall vor, dass die angezeigte Tarifanmaßnahme wegen eines offenkundigem Verstoßes gegen § 28 TKG von der Beschlusskammer vorläufig untersagt werden muss. Unabhängig davon besteht für die Bundesnetzagentur selbstverständlich die Möglichkeit, etwaige Zweifel bezüglich der Vereinbarkeit mit § 28 TKG gegenüber der Betroffenen mitzuteilen und im Falle eines konkreten Anfangsverdachts gegebenenfalls auch entsprechende Vorermittlungen im Hinblick auf ein sich möglicherweise später anschließendes Ex-post-Verfahren durchzuführen, wobei dann auch entsprechenden Hinweisen von Wettbewerbern eine besondere Bedeutung zukommen kann.

d. Umfang der Anzeigepflicht

Der Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 1 TKG unterliegen nach dem Verständnis der Bundesnetzagentur alle Standardanschlussentgelte der Betroffenen sowie der mit ihr verbundenen Unternehmen, d.h. derzeit insbesondere die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den analogen CallPlus/T-Net-Anschluss, den CallPlus/T-ISDN-Anschluss, CallPlus/Basisanschluss und CallPlus/Primärmultiplexanschluss PMX entsprechend der Leistungsbeschreibung und Preisliste „T-Com CallPlus/T-Net, CallPlus/T-ISDN und CallPlus/Anlagenanschluss“ der Betroffenen sowie die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den T-Net Anschluss-Business und den T-ISDN Mehrgeräteanschluss Business entsprechend der Leistungsbeschreibung und Preisliste „T-Net Anschluss Business“ und „T-ISDN Mehrgeräteanschluss Business“ des mit der betroffenen verbundenen Unternehmens T-Systems Enterprise Services GmbH.

Nach Auffassung der Bundesnetzagentur unterliegen der Anzeigepflicht nach § 39 TKG i.V.m. Art. 17 Abs. 4 URL insoweit nicht nur die eigentlichen Endnutzertarife, sondern auch andere endnutzerrelevante Aspekte, d.h. insbesondere auch die entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Diese Auffassung hat insoweit auch das Verwaltungsgericht Köln in seinem Beschluss 1 L 1832/04 vom 06.09.2004 ausdrücklich bestätigt (Vgl. Seite 3, 4 des Beschlusses).

Entgeltmaßnahmen für Produkte, bei denen die Anschlussleistungen gemeinsam mit weiteren nicht anzeigepflichtigen Leistungen angeboten werden (sog. Paketangebote) unterliegen dagegen nach ständiger Spruchpraxis der Beschlusskammer nicht der Anzeigepflicht, wenn die in dem Paket enthaltenen Standard-Anschlussleistungen einzeln angeboten und vom Endkunden auch weiterhin zu den angezeigten Tarifen in Anspruch genommen werden können und die weiteren im Paket enthaltenen Leistungen kostendeckend sind, d.h. nicht durch die Anschlussentgelte querfinanziert werden müssen. Hintergrund ist die Erwägung, dass bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen in Bezug auf die in das Paketangebot eingegangen Anschlussleistungen ein Verstoß gegen die Missbrauchstatbestände des § 28 TKG nicht mehr in Betracht kommen kann, andererseits aber eine Unterwerfung von Paketangeboten unter die Anzeigepflicht zur Folge hätte, dass auch die eigentlich nicht regulierungsbedürftigen Bestandteile der Pakete zumindest mittelbar ebenfalls einer staatlichen Kontrolle unterworfen würden. Eine derartige Ausdehnung der Regulierung wäre insoweit auch mit dem Zweck des novellierten TKG, die sektorspezifische Regulierung soweit wie möglich zurückzuführen, nur schwer

zu vereinbaren.

Soweit in diesem Zusammenhang von Tele2 darauf hingewiesen wird , dass die bisherige Spruchpraxis den Umfang Genehmigungspflicht nach § 25 Abs. 1 TKG (a.F.) und damit nicht den Umfang der Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG betroffenen hat, trifft dies zwar zu. Dennoch hält die Beschlusskammer eine Übertragung auf die Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG nicht nur für möglich, sondern auch für geboten, da die wesentliche Erwägung, nämlich die Vermeidung von Überregulierung, in beiden Konstellationen identisch ist.

Insoweit kann sich die Beschlusskammer auch nicht der insbesondere von Wettbewerberseite geäußerten Forderung nach einer uneingeschränkten Regulierung sämtlicher Paketangebote anschließen. Eine derart undifferenzierte Lösung liefe im Ergebnis darauf hinaus, dass sich die Regulierung zwangsläufig auch auf solche Leistungen und Produkte erstrecken würde, die zwar üblicherweise häufig zusammen mit Telefondienstleistungen angeboten werden, die selbst jedoch eindeutig nicht den hier relevanten Märkten für öffentliche Anschlüsse und Inlandsverbindungen zugeordnet werden können. Zu denken ist in diesem Zusammenhang insbesondere an die kaum noch überschaubare Zahl von Angeboten, deren Leistungsumfang neben Telefondienstleistungen auch noch sonstige Dienstleistungen, wie etwa Telekommunikations-Hardware, Mobilfunk- oder Internetdienstleistungen umfasst. Ein Bedürfnis, solche natürlichen Bündelangebote einer Anzeigepflicht zu unterwerfen, besteht aus Sicht der Beschlusskammer jedenfalls dann nicht, wenn der regulierte Preis für die in dem Paketangebot enthaltene Telefondienstleistung ungeschmälert in den Paketpreis einfließt und damit auch nicht zur Finanzierung anderer Leistungsbestandteile herangezogen werden kann. Die Beschlusskammer geht insoweit davon aus, dass die aufgestellten Kriterien für eine Ausnahme von der Anzeigepflicht in der Regel ausreichen werden, um mögliche Verstöße gegen § 28 TKG mit hinreichender Sicherheit auszuschließen, zumal die Beschlusskammer jederzeit die Möglichkeit hat, die betreffenden Paketangebote im Falle eines späteren Missbrauchverdachts einer nachträglichen Entgeltkontrolle nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG zuzuführen.

Entgegen der Auffassung von Tele 2 steht die unter den genannten Voraussetzungen mögliche Ausnahme von Paketangeboten von der Anzeigepflicht auch nicht in Widerspruch zur Regelung des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG. Insbesondere durch die Bedingungen, dass die in dem Paket enthaltenen Standard-Anschlussleistungen einzeln angeboten und vom Endkunden auch weiterhin zu den angezeigten Tarifen in Anspruch genommen werden können und der bereits angezeigte Preis ungeschmälert in den Gesamtpaketpreis einbezogen werden muss, wird insoweit gerade verhindert, dass dem Endnutzer keine Leistungen aufgezwungen werden, an denen er eigentlich kein Interesse hätte.

Für den Fall, dass die zukünftigen Erfahrungen zeigen sollten, dass sich die Betroffene im Zusammenhang mit der Erfüllung der Anzeigepflicht nicht an die von der Beschlusskammer aufgestellten Kriterien hält, behält sich die Beschlusskammer vor, die Regulierungsverfügung abzuändern und die Anzeigepflicht auf sämtliche Paketangebote zu erstrecken.

Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen sind der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsschluss zur Kenntnis zu geben (vgl. § 39 Abs. Abs. 3 S. 4 TKG). Nach Sinn und Zweck der Regelung handelt es sich hierbei um eine im Verhältnis zur Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG eigenständige Regelung. Hinsichtlich des Umfanges der einzureichenden Unterlagen ist zu beachten, dass darin alle Informationen enthalten sein müssen, welche die Bundesnetzagentur für eine mögliche spätere Überprüfung benötigt (Bsp.: Vertragskopie).

Aus Sicht der Beschlusskammer lassen sich insoweit auch keine Kriterien erkennen, die

es einerseits der Bundesnetzagentur ermöglichen würden, die Anzeigeverpflichtung auf wettbewerblich besonders kritische Tarifmaßnahmen zu beschränken, ohne der Betroffenen nicht gleichzeitig auch den Weg zu einer Umgehung der beabsichtigten Kontrolle zu eröffnen.

6. Entgeltregulierung (Inlandsgespräche)

Die materiell-rechtliche Grundlage für die Auferlegung einer Anzeigepflicht bezüglich der Entgelte der Betroffenen für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten (Märkte 3 und 5 der EU-Empfehlung) gemäß Ziff. 1. b) ergibt sich aus § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 39 Abs. 3 TKG.

Gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG kann die Bundesnetzagentur unter Beachtung von Abs. 1 Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, ihre Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben.

Aus den nachfolgend angestellten Erwägungen ist die Beschlusskammer in Bezug auf die Inlandsgespräche zu dem Ergebnis gelangt, dass insofern Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl auf dem Markt für Inlandsgespräche allein nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen (§ 39 Abs. 3 S. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 1 TKG) und insoweit speziell zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und zur Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und –netze nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG zusätzlich die Auferlegung einer Anzeigepflicht gemäß § 39 Abs. 2 S. 2 TKG erforderlich ist.

a. Realisierung der Regulierungsziele durch Vorleistungsregulierung

Des weiteren ist auch hier nach § 39 Abs. 1 TKG zu prüfen, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Auferlegung der Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden.

Dabei ist aufgrund der unterschiedlichen Verpflichtungen im Zugangsbereich zu differenzieren, ob es sich bei betroffenen öffentlichen Inlandsgesprächen um reine Festnetzverbindungen, d.h. um den direkten Transport und die Vermittlung von Sprache in Echtzeit zwischen den Netzabschlusspunkten des öffentlichen vermittelnden Netzes (herkömmliche Sprachtelefondienstverbindungen) oder um sog. Voice over IP-Verbindungen (VoIP-Verbindungen), d.h. Sprach-Verbindungen innerhalb der genutzten IP-Netze, Sprach-Verbindungen aus dem IP-Netz in das öffentliche vermittelnde Netz bzw. Sprach-Verbindungen aus dem öffentlichen vermittelnden Netz in das IP-Netz handelt. Insoweit werden die Verbindungen mittels technologisch unterschiedlicher Netze, die somit auch spezifische Kostenstrukturen aufweisen, bereitgestellt.

aa) Herkömmliche Sprachtelefondienstverbindungen

In Bezug auf herkömmliche Sprachtelefondienstverbindungen ist die Betroffene zwar verpflichtet, ihren Wettbewerbern die notwendigen Zusammenschaltungsleistungen, wie etwa die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung, die Kollokation oder Zuführungs- und Terminierungsleistungen bereitzustellen und ihren Teilnehmern die Netzbetreiberauswahl und Netzbetreibervorauswahl zu ermöglichen, so dass es auch alternativen Anbietern grundsätzlich möglich ist, eigenständig Verbindungen am Markt anzubieten (s.o).

Allerdings reichen auch hier die Verpflichtungen im Zugangsbereich und die Verpflichtung zur Netzbetreiberauswahl und Netzbetreibervorauswahl jedenfalls in der derzeitigen Marktsituation für sich genommen noch nicht aus, um insbesondere dem Ziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes und dem Ziel der Wahrung der Nutzerinteressen hinreichend Rechnung zu tragen.

Insbesondere sind die bestehenden Zugangsverpflichtungen nicht geeignet, der Gefahr entgegenzuwirken, dass die Betroffene versuchen könnte, ihre immer noch überragende Marktstellung dadurch zu verteidigen, dass sie auf den zunehmenden Wettbewerb mit gezielten Dumping- und Cost-Prize-Squeeze-Strategien oder mit Bündelungs-Strategien reagiert. Dass es sich hierbei nicht nur um eine theoretische Gefahr handelt, zeigen die entsprechenden Erfahrungen insbesondere im Bereich der Optionsentgelte. Ein konkretes Beispiel hierfür ist, wie oben bereits dargelegt, die von der Betroffenen vorgesehene Einführung des kostenunterdeckenden „10 Cent-Tarifs“, der sich insoweit nicht nur durch seine fehlende Kostendeckung ausgezeichnet hat, sondern auch dadurch, dass die Betroffene offensichtlich den Versuch unternommen hat, mit diesem Tarif die Preisführerschaft im Bereich der Langtelefonierer zu übernehmen. Nur die Auferlegung einer Anzeigepflicht würde insoweit für die Behörde die Möglichkeit eröffnen, einen derartigen, im Vergleich mit Wettbewerberangeboten aus dem Rahmen fallenden Optionstarif im Vorfeld zu verhindern.

Damit wird der Gefahr begegnet, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten der betroffenen alternativen Netzbetreiber bis zu einer wirksamen Entscheidung der Bundesnetzagentur bereits nachhaltig und ggf. irreversibel geschädigt werden könnten. Darüber hinaus dient die Anzeigpflicht im Falle einer offenkundig missbräuchlichen Tarifmaßnahme auch dem Schutz potentieller Kunden vor den nachteiligen Folgen einer ggf. erforderlich werdenden Rückabwicklung des geschlossenen Vertragverhältnisses.

Insofern ist auch im Hinblick auf die Situation auf dem Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten festzustellen, dass nach allen vorliegenden Erkenntnissen die Verpflichtungen im Zugangsbereich allein nicht ausreichen, um die Nutzerinteressen zu wahren und chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Auferlegung einer Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S, 2 TKG sind damit auch hier erfüllt.

ab) VoIP-Verbindungen

Auch in Bezug auf VoIP-Verbindungen geht die Beschlusskammer aufgrund der Feststellungen der Marktanalyse davon aus, dass die notwendigen Zusammenschaltungsleistungen, um eigenständig VoIP-Verbindungen am Markt anzubieten, grundsätzlich vorhanden sind (s.o.).

Der Frage einer Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl in Bezug auf VoIP-Dienstleistungen alternativer Anbieter kommt dagegen keine weitere Bedeutung zu, da diese Dienste aufgrund ihrer technischen Realisierung auch ohne Vorwahl einer Netzbetreiberkennzahl genutzt werden können.

Allerdings reichen nach Auffassung der Beschlusskammer die Verpflichtungen im Zugangsbereich in der derzeitigen Marktsituation für sich genommen noch nicht aus, um insbesondere dem Ziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes und dem Ziel der Wahrung der Nutzerinteressen hinreichend Rechnung zu tragen.

Insbesondere sind die bestehenden Zugangsmöglichkeiten nicht geeignet, der Gefahr einer Übertragung der immer noch überragenden Marktstellung der Betroffenen im Fest-

netzbereich auf den VoIP-Bereich entgegen zu wirken. Diese könnte insbesondere darin bestehen, dass die Betroffene durch eine entsprechende Ausgestaltung der VoIP-Angebote ihrer Tochter T-Online International AG versucht, Wettbewerber mit gezielten Dumping- und Cost-Prize-Squeeze-Strategien oder Bündelungs-Strategien aus diesem sich noch in einer Frühphase des Wettbewerbs befindlichen Marktsegment zu verdrängen. Zwar würde auch hier die Ex-post-Regulierung grundsätzlich die Möglichkeit einräumen, entsprechende Tarifmaßnahmen einer nachträglichen Überprüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG zuzuführen. Allerdings bestünde bei einer reinen Ex-post-Kontrolle die Gefahr, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten der betroffenen alternativen Anbieter in diesem sich noch in einer Anfangsphase des Wettbewerbs befindlichen Marktsegment bis zu einer wirksamen Entscheidung der Bundesnetzagentur bereits nachhaltig und ggf. irreversibel geschädigt werden könnten. Darüber hinaus schützt die Anzeigepflicht auch hier potentielle Kunden im Falle einer offenkundig missbräuchlichen Tarifmaßnahme vor den nachteiligen Folgen einer ggf. erforderlich werdenden Rückabwicklung des geschlossenen Vertragsverhältnisses.

Insofern ist auch hier festzustellen, dass nach allen vorliegenden Erkenntnissen die Verpflichtungen im Zugangsbereich allein nicht ausreichen, um die Nutzerinteressen zu wahren und chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Auferlegung einer Anzeigepflicht für VoIP-Verbindungen nach § 39 Abs. 3 S, 2 TKG sind damit ebenfalls erfüllt.

b. Erreichung der Regulierungsziele

Im Rahmen des ihr gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG eingeräumten Entschließungsermessens ist die Beschlusskammer bezüglich des Marktes für öffentliche Inlandsgespräche zur Überzeugung gelangt, dass die Auferlegung einer Anzeigeverpflichtung zum Zwecke der Erreichung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG und dabei insbesondere zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes erforderlich, aber auch ausreichend ist.
Der Ansicht sowohl der Betroffenen als auch der Firma Tele2 , dass bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmales „Erreichung der Regulierungsziele“ sämtliche der in § 2 Abs. 2 TKG aufgelisteten Ziele Berücksichtigung finden müssen, kann die Beschlusskammer in dieser Allgemeinheit nicht folgen. So lässt sich nur schwer einschätzen, welcher Einfluss die Auferlegung einer Anzeigepflicht beispielsweise auf die in § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG vorgegebenen Ziele der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und der Unterstützung von Innovationen haben könnte. Dies gilt insoweit erst recht für die weiteren Regulierungsziele, wie die Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG), Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Telekommunikationsdiensten zu erschwinglichen Preisen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG), die Förderung von Telekommunikationsdiensten bei öffentlichen Einrichtungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 TKG), die Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG) und schließlich der Gewährleistung einer effizienten Nutzung von Nummerierungsressourcen (§ 2 Abs. 2 Nr. 8 TKG), die insoweit gerade nicht Gegenstand der Marktregulierung nach den Vorschriften des zweiten Teils des Gesetzes sind. Der Erreichung dieser Regulierungsziele dienen vielmehr andere Vorschriften dieses Gesetzes, wie zum Beispiel §§ 52 ff. TKG für die Frequenzregulierung, §§ 66, 67 TKG für die Nummerierung oder §§ 78 ff. TKG für den Universaldienst.

ba) Geeignetheit der Anzeigepflicht

Die Anzeigepflicht ist nach Auffassung der Beschlusskammer geeignet, die unter Punkt a) beschriebenen Risiken entscheidend zu reduzieren, da sie die Betroffene dazu verpflichtet, jede von ihr geplante Tarifmaßnahme im Bereich der Festnetz-Inlandsverbindungen und inländischen VoIP-Verbindungen mindestens 2 Monate vor In-Kraft-Treten bei der Bundesnetzagentur bekannt zugeben. Hierdurch wird der Weg eröff-

net, zumindest offensichtlich nicht mit § 28 TKG vereinbare Tarifmaßnahmen bereits im Vorfeld der Markteinführung zu untersagen und damit wettbewerbsschädigende Auswirkungen von vornherein zu unterbinden. Insofern kommt der Anzeigepflicht in ihrer Wirkung im gewissem Umfange durchaus ein präventiver Charakter zu.

Darüber hinaus eröffnet die Anzeigepflicht für die Behörde die Möglichkeit, auch solche Telekommunikationsdienstleistungsangebote, die zwar selbst nicht unmittelbar der Anzeigepflicht unterworfen sind, die jedoch als Bestandteil auch das Führen von öffentlichen Inlandsgesprächen an festen Standorten beinhalten - wie z.B. Paketangebote - in Bezug auf weitere Vereinbarkeit mit § 28 TKG zu untersuchen und gegebenenfalls frühzeitig entsprechende Maßnahmen einzuleiten.

Schließlich kann sich auch aus der gesetzlich vorgesehen 2-monatigen Karenzzeit bis zum geplanten In-Kraft-Treten der geplanten Tarifmaßnahme im Bereich der Festnetz-Inlandsverbindungen und inländischen VoIP-Verbindungen ein für die Wettbewerbsmöglichkeiten konkurrierender Unternehmen günstiger Effekt ergeben, wenn eine unbeanstandet gebliebene Tarifmaßnahme von der Betroffenen bereits vor dem geplanten Markteinführungstermin bekannt gegeben wird. In diesem Fall könnte die verbleibende Frist von den Wettbewerbern dazu genutzt werden, sich mit entsprechenden eigenen Produkten rechtzeitig auf die Tarifmaßnahme der Betroffenen einzustellen oder erforderlichenfalls noch vor Markteinführung die Einleitung eines Ex-post-Verfahrens zu beantragen.

Die Anzeigepflicht für Tarifmaßnahmen im Bereich der öffentlichen Inlandsgespräche erscheint darüber hinaus aber auch ausreichend, um einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen und die Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten zu fördern. Belegt wird diese Einschätzung zum einen durch die positiven Erfahrungen mit der durch Beschluss BK2a 04/045 vom 14.12.2004 für den Übergangszeitraum bis zur endgültigen Regulierungsverfügung bereits festgelegten vorläufigen Anzeigepflicht für ehemals der Genehmigungspflicht unterliegenden Sprachtelefondienstentgelte. Danach ist, wie oben bereits dargelegt, festzustellen, dass sich die von der Betroffenen in dem betreffenden Zeitraum vorgelegten Tarifmaßnahmen durchgängig im marktüblichen Rahmen bewegt haben.

Insgesamt wird der Wettbewerb im Bereich der öffentlichen Inlandsgespräche durch die vorliegende Festlegung einer Anzeigepflicht somit hinreichend abgesichert, so dass es einer zusätzlichen Einschränkung der Verhaltensspielräume der Betroffenen durch Einführung einer auf strenge Kostenorientierung ausgerichteten Genehmigungspflicht nach Auffassung der Beschlusskammer nicht bedarf.

bb) Erforderlichkeit der Anzeigepflicht

Die Auferlegung einer Anzeigepflicht ist nach Auffassung der Beschlusskammer vorliegend auch erforderlich. Wie oben bereits dargestellt, ist die Erforderlichkeit einer Maßnahme nach den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Verwaltungsrechts bzw. nach dem europarechtlichen Proportionalitätsgrundsatz dann zu bejahen, wenn kein anderes Mittel zur Verfügung steht, dass mindestens genauso geeignet ist, den Zweck zu erreichen, gleichzeitig aber den Betroffenen weniger belastet. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Zwar wäre diesbezüglich möglicherweise auch die Auferlegung einer Genehmigungspflicht geeignet gewesen, die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG zu fördern und sicherzustellen. Allerdings würde eine diesbezügliche Verpflichtung für die Betroffene nicht einen weniger, sondern im Gegenteil sogar deutlich stärker belastenden Eingriff in die grundsätzlich auch der Betroffenen zustehende unternehmerische Betätigungsfreiheit darstellen als die Auferlegung einer Anzeigepflicht. Insoweit stellt sich die Anzeigepflicht im Vergleich zur Genehmigungspflicht als das mildere Mittel dar.

bc) Angemessenheit der Anzeigepflicht

Schließlich stellt sich die Festlegung einer Anzeigepflicht nach Abwägung aller in Betracht kommenden öffentlichen und privaten Interessen auch als angemessene Maßnahme dar. Angemessen ist eine Maßnahme dann, wenn die Nachteile, die für das betroffene Unternehmen mit der Maßnahme verbunden sind, nicht völlig außer Verhältnis zu den Vorteilen stehen, die sie bewirken soll.

Dies ist nach Ansicht der Beschlusskammer vorliegend der Fall. Wie bereits oben dargelegt, bezweckt die Beschlusskammer mit der Festlegung der Anzeigepflicht die Erreichung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG, das heißt insbesondere einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen und die Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu fördern.

Diesbezüglich besteht also sowohl ein allgemeines öffentliches Interesse, als auch ein subjektives Interesse der auf dem betreffenden Markt aktiven Wettbewerber an der Durchführung dieser Maßnahme. Diese überwiegen vorliegend gegenüber den subjektiven Interessen der Betroffenen, insbesondere gegenüber dem Interesse an einer ungehinderten Ausübung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit.

Dabei war insbesondere zu berücksichtigen, dass die Festlegung einer Anzeigepflicht für öffentliche Festnetz-Inlandsverbindungen und inländischen VoIP-Verbindungen für die Betroffene einen deutlich weniger belastenden Eingriff in ihre unternehmerische Freiheit darstellt als etwa die Festlegung einer Genehmigungspflicht. Darüber hinaus trägt die Auferlegung einer Anzeigepflicht dem Umstand Rechnung, dass der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG zumindest im Endnutzerbereich grundsätzlich Vorrang eingeräumt werden soll, was unter anderem daran deutlich wird, dass die Ex-post-Regulierung gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG bereits unmittelbar gilt, während die Auferlegung einer Genehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 TKG bzw. die Auferlegung einer Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen in Betracht kommen kann. Dabei kommt die Anzeigepflicht der Ex-post-Kontrolle erheblich näher, da ihr zwar durchaus ein gewisser präventiver Charakter zukommt, ihre Prüfungsmaßstäbe aber in dieser Hinsicht mit denen einer reinen Ex-post-Kontrolle übereinstimmen. Während im Genehmigungsverfahren insofern gemäß §§ 31 TKG ff. auf den Maßstab einer strengen Kostenorientierung abzustellen ist, verweist § 39 Abs. 3 S. 3 TKG insoweit auf den auch im Ex-post-Verfahren geltenden Prüfungsmaßstab des § 28 TKG. Der enge Zusammenhang zwischen Anzeigepflicht und Ex-post-Kontrolle wird aber auch daran deutlich, dass das Verfahren im Falle einer Untersagung automatisch in ein normales Verfahren der „Ex-post-Regulierung“ übergeleitet wird. Da die Anzeigepflicht also der vom Gesetzgeber im Regelfall favorisierten Regulierungsform deutlich näher kommt, als das Genehmigungsverfahren, ist ihr im Zweifel auch der Vorzug einzuräumen.

Im Hinblick auf die Interessen der Betroffenen in die Abwägung mit einzubeziehen war ferner der Umstand, dass zwar auch die Anzeigepflicht für diese durchaus mit zumutbaren Einschränkungen ihrer unternehmerischen Betätigungsfreiheit verbunden ist, dass diese jedoch durch die Festlegung einer Genehmigungspflicht einer weitaus strengeren Belastung ausgesetzt werden würde.

b. <u>Umfang der Anzeigepflicht</u>

Der Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 1 TKG unterliegen alle Entgeltmaßnahmen, die Änderungen bestehender bzw. neuer Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten betreffen. Soweit die Betroffene diesbezüglich die Forderung aufgestellt hat, zumindest VoIP-Verpindungen von der Anzeigepflicht auszunehmen, ist festzuhalten, dass sich

nach dem Ergebnis der vorliegenden Marktanalyse keine geeigneten Kriterien identifizieren lassen, die eine entsprechende Differenzierung innerhalb des Marktes für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten sachlich rechtfertigen könnten.

Wie oben bereits ausgeführt unterliegen nach Auffassung der Bundesnetzagentur der Anzeigepflicht nach der § 39 TKG i.V.m. Art. 17 Abs. 4 URL nicht nur die eigentlichen Endnutzertarife, sondern auch andere endnutzerrelevante Aspekte, d.h. insbesondere auch die entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Diese Auffassung hat, wie ebenfalls bereits dargelegt, auch das Verwaltungsgericht Köln in seinem Beschluss 1 L 1832/04 vom 06.09.2004 ausdrücklich bestätigt (Vgl. Seite 3, 4 des Beschlusses). Entgeltmaßnahmen für Produkte, bei denen öffentliche Inlandsgespräche gemeinsam mit weiteren Leistungen angeboten werden (sog. Paketangebote) unterliegen dagegen nicht der Anzeigepflicht, wenn die in dem Paket enthaltenen öffentlichen Festnetz-Inlandsverbindungen und inländischen VoIP-Verbindungen einzeln angeboten und vom Endkunden auch weiterhin zu den angezeigten Tarifen in Anspruch genommen werden können und die weiteren im Paket enthaltenen Leistungen jeweils für sich kostendeckend sind, d.h. nicht durch die angezeigten Entgelte für Festnetz-Inlandsverbindungen bzw. inländischen VoIP-Verbindungen querfinanziert werden müssen. Hintergrund ist auch hier die Erwägung, dass bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen in Bezug auf die in das Paketangebot eingegangen Verbindungsleistungen ein Verstoß gegen die Missbrauchtatbestände des § 28 TKG nicht mehr in Betracht kommen kann, andererseits aber eine Unterwerfung von Paketangeboten unter die Anzeigepflicht zur Folge hätte, dass auch die eigentlich nicht regulierungsbedürftigen Bestandteile der Pakete zumindest mittelbar ebenfalls einer staatlichen Kontrolle unterworfen würden. Eine derartige Ausdehnung der Regulierung ließe sich, wie oben bereits ausgeführt insoweit auch mit dem Zeck des novellierten TKG, die sektorspezische Regulierung soweit wie möglich zurückzuführen, nur schwer vereinbaren.

Klarstellend ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die vorgenannten Kriterien für „Verbindungs-Anschlusspakete“ denjenigen entsprechen, die insoweit auch bei der Frage einer Anzeigepflicht für „Anschluss-Paketangebote“ zu beachten sind. Der von Tele2 offensichtlich befürchtete Fall, nach der die Betroffene die Anzeigepflicht dadurch umgeht, dass sie zwei unabhängig von einander der Tarifanzeigepflicht unterliegende Leistungen nur als gemeinsames Paket anbietet, kann bereits deshalb nicht eintreten, weil die Anzeigpflicht nur dann entfällt, wenn die Leistungen vom Endkunden auch einzeln zu den angezeigten Tarifen in Anspruch genommen werden können.

Der Forderung der Betroffenen, Paketangebote generell von der Anzeigepflicht auszunehmen, kann sich die Beschlusskammer auch nicht anschließen. Die Betroffene verkennt, dass dann, wenn eine der in dem Paket enthaltenen und für sich betrachtet nicht der Entgeltregulierung unterliegenden Leistungen nicht kostendeckend ist, insoweit in Bezug auf das regulierte Produkt ein zusätzlicher Rabatt ausgelöst wird. Insofern ermöglicht die Anzeigeverpflichtung die Prüfung, ob die in diesem Fall bestehende Quersubventionierung gegebenenfalls zu einer offenkundigen Kostenunterdeckung des regulierten Produktes führt. Dem kann auch nicht, wie dies die Betroffene in zahlreichen früheren Verfahren bereits versucht hat, entgegengehalten werden, dass die Quersubventionierung auch aus anderen nicht regulierten Bereichen erfolgen dürfe. Träfe diese Annahme nämlich zu, so wäre jeglicher Dumping-Prüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG von Paketangeboten bereits von vorneherein der Boden entzogen, weil die Betroffene immer behaupten könnte, etwaige leistungsbezogene Kostenunterdeckungen durch anderweitige Einnahmen ebenfalls aus nicht regulierten Bereichen abdecken zu können. Angesichts des Umstandes, dass die Betroffene ihre der Entgeltregulierung unterliegenden Leistungen im Regelfall nicht entbündelt, sondern nur als ein Bestandteil von umfassenderen Paketangeboten vertreibt, würde eine generelle Herausnahme der Paketangebote aus Anzeigepflicht den Zweck der Anzeigepflicht, offenkundige Verstöße gegen § 28 TKG bereits präventiv vor der Markteinführung zu identifizieren und zu unterbinden, im Ergebnis konterkarieren.

Der Vorwurf einer unzulässigen Ausdehnung der Entgeltregulierung ist danach unbegründet.

Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen sind der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsschluss zur Kenntnis zu geben (vgl. § 39 Abs. 3 S. 4 TKG). Nach Sinn und Zweck der Regelung handelt es sich hierbei um eine im Verhältnis zur Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG eigenständige Regelung. Erfolgt der Vertragsabschluss durch die Parteien, so sind die Entgeltmaßnahmen bezüglich der individuell vereinbarten Leistungen „unmittelbar" der Bundesnetzagentur „zur Kenntnis zu geben". Hinsichtlich des Umfanges der einzureichenden Unterlagen ist zu beachten, das darin alle Informationen enthalten sein müssen, welche die Bundesnetzagentur für eine mögliche spätere Überprüfung benötigt (Bsp.: Vertragskopie).

Auch hier lassen sich insoweit keine Kriterien erkennen, die es einerseits der Bundesnetzagentur ermöglichen würden, die Vorlageverpflichtung auf wettbewerblich besonders kritische Tarifmaßnahmen zu beschränken, ohne der Betroffenen nicht gleichzeitig auch den Weg zu einer Umgehung der beabsichtigten Kontrolle zu eröffnen.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist es auch nicht zutreffend, dass der Gesetzgeber in § 39 Abs. 3 S. 4 eine eigenständige - d.h. von der Anzeigeverpflichtung unabhängige - gesetzliche Regelung für kundenindividuelle Verträge getroffen hat. Die gesetzliche Regelung sieht vielmehr im Falle der Auferlegung einer Anzeigeverpflichtung zwingend vor, dass Entgeltmaßnahmen für individuell vereinbarte Leistungen als Ausnahme von der Anzeigeverpflichtung der Regulierungsbehörde unmittelbar nach Vertragsschluss zur Kenntnis zu geben sind.

Zweck dieser Regelung ist es, die Betroffene im Bereich des Wettbewerbs um Großkunden, die erfahrungsgemäß eher individuell ausgehandelte Telekommunikationsdienstleistungen nachfragen, gegenüber ihren Wettbewerbern nicht unnötig zu benachteiligen. Einen wesentlichen wettbewerblichen Nachteil würde es insoweit darstellen, wenn jeder Vertrag, den die Betroffene mit einem Großkunden individuell aushandelt, vor seiner Wirksamkeit erst noch das Anzeigeverfahren nach § 39 Abs. 3 S. TKG durchlaufen müsste. Dies trifft insbesondere auch auf solche Konstellationen zu, bei denen die Vergabe der Telekommunikationsleistungen im Wege einer öffentlichen Ausschreibung erfolgt.

Ebenso ist es entgegen der von der Betroffenen zitierten Einschätzung verfehlt, anzunehmen, dass Einzelverträge eine erheblich geringere Bedeutung für den Wettbewerb hätten, als im Massengeschäft angebotene Standardverträge. Im Gegenteil zeigen die Erfahrungen, dass sich der Wettbewerb zumindest in der Anfangszeit nach Beginn der Marktöffnung gerade in diesem besonders lukrativen Segment äußerst intensiv entwickelt hat . Auch dies spricht dafür, dass Entgeltmaßnahmen für individuell vereinbarte Leistungen, wenn sie schon von der Anzeigepflicht befreit sind, der Regulierungsbehörde aufgrund ihrer erheblichen wettbewerblichen Bedeutung zumindest unmittelbar nach Vertragsschluss zur Kenntnis zu geben sind.

Würde man dagegen dem Ansatz der Betroffenen folgen und unterstellen, dass das Gesetz entgegen seinem eindeutigen Regelungsinhalt einen Verzicht der Regulierungsbehörde auf die nachträgliche Vorlage von Entgeltmaßnahmen für individuell vereinbarte Leistungen zulassen würde, so hätte dies zur Folge, dass die Betroffene die Anzeigepflicht problemlos dadurch unterlaufen könnte, indem sie bestimmte Dienstleistungen zukünftig nicht mehr auf AGB-Basis anbietet sondern diese nur noch im Rahmen angeblich „individuell" mit dem Kunden ausgehandelten Verträge vertreibt.

7. Keine Verpflichtung zur getrennten Buchführung

Für die von der EU-Kommission angeregte Verpflichtung der Deutschen Telekom AG zur getrennten Buchführung im Bereich der Regulierung von Endnutzerentgelten besteht nach Auffassung Beschlusskammer zumindest derzeit kein hinreichender Anlass.

So räumt das Gesetz der Bundesnetzagentur einerseits mit der Vorschrift des § 29 TKG im Falle des Bestehens eines konkreten Missbrauchsverdachts weitreichende Anordnungsbefugnisse ein, welche die Behörde u.a. dazu berechtigen, sämtliche zur Vorbereitung eines nachträglichen Entgeltregulierungsverfahrens erforderlichen Kostenunterlagen anfordern.

Unabhängig hiervon stellt sich die Verpflichtung zur getrennten Buchführung im Endnutzerbereich aber auch deshalb als unverhältnismäßig dar, weil hier insbesondere die Frage missbräuchlich überhöhte Preise des marktbeherrschenden Unternehmens im Unterschied zum Vorleistungsbereich bislang keinerlei praktische Relevanz entfaltet hat. Im Fokus der Regulierung der Anschluss- und Verbindungstarife standen vielmehr seit Beginn der Marktöffnung im Wesentlichen Wettbewerberbeschwerden in Bezug auf tatsächliche oder angebliche Dumping-, Kosten-Preis-Scheren- bzw. Produktbündelungsstrategien der Deutschen Telekom. Soweit im Zusammenhang mit der Regulierung von Anschluss- und Verbindungsentgelten Kostenprüfungen erforderlich werden sollten, kann die Bundesnetzagentur also ggf. auf die ihr bereits bekannten Kosten für die entsprechenden Vorleistungen, wie Teilnehmeranschlussleitung, Zuführung oder Terminierung zurückgreifen, da diese über dieselben Netzinfrastrukturen abgewickelt werden, wie die Endnutzerleistungen (vgl.: IC+X%-Regel der Beschlusskammer).

8. Entgeltregulierung (Auslandsgespräche)

Bezüglich des Marktes für öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten (Märkte 4 und 6 der EU-Empfehlung) ist die Präsidentenkammer nach Durchführung des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens zu dem Ergebnis gelangt, dass keine marktbeherrschende Stellung der Deutschen Telekom AG und damit wirksamer Wettbewerb im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 1 TKG besteht. Dementsprechend unterliegt dieser Markt auch keiner Marktregulierung nach den Vorschriften des Teils 2 des Telekommunikationsgesetzes (§ 9 Abs. 1 TKG).

Der Anregung des Bundeskartellamtes, in der den Markt für öffentliche Auslandsverbindungen betreffenden Ziffer 3 des Tenors anstelle der Formulierung „keine Marktbeherrschende Stellung“ die Formulierung „verfügt nicht über beträchtliche Marktmacht“ zu verwenden, kann die Beschlusskammer nicht folgen, da die Kammer insoweit an die entsprechende Formulierung des von der Präsidentenkammer im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt festgelegten Ergebnis der Marktanalyse gebunden ist. Ein Spielraum für die Einführung neuer Begrifflichkeiten besteht insoweit aus Sicht der Beschlusskammer nicht.

9. Anordnungen im Rahmen der Entgeltregulierung

Die Verpflichtung der Betroffenen, der Bundesnetzagentur zeitgleich mit der Vorlage einer Tarifanzeige die für eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen, beruht auf § 29 Abs. 1 Nr. 1 TKG. Danach kann die Regulierungsbehörde im Rahmen oder zur Vorbereitung von Verfahren der Entgeltregulierung anordnen, dass ihr vom Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht detaillierte Angaben zum Leistungsangebot, zum erwarteten Umsatz für Dienstleistungen und Kosten, zu den vorhersehbaren Auswirkungen auf die Endnutzer sowie auf die Wettbewerber und sonstige Unterlagen und Angaben zur Verfügung gestellt werden, die sie zur sachgerechten Ausübung Ihres Entgeltregulierungsrechts auf Grund dieses Gesetzes für erforderlich hält. Die für eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung im Rahmen des Tarifanzeigeverfahrens in jedem Fall erforderliche Unterlagen sind die dem vorzulegenden Entgelt zugrunde liegende Leistungsbeschreibung sowie die entsprechenden Preislisten und Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Um eine

Beurteilung der Marktüblichkeit zu ermöglichen, soll die Betroffene des Weiteren vergleichbare Angebote von Wettbewerbern benennen. Darüber hinaus benötigt die Bundesnetzagentur insbesondere bei Pauschalentgelten im Hinblick auf eine fundierte Prüfung der Vereinbarkeit der vorgesehenen Entgeltmaßnahme mit § 28 TKG auch detaillierte Angaben über erwartete und in der Vergangenheit gemessene Nutzungscharakteristika, soweit diese die Grundlage für die Kalkulation der betreffenden Tarifmaßnahme darstellen.

Die insoweit im Hinblick auf den Gesetzeszweck geeignete und erforderliche Anordnung der Bundesnetzagentur stellt für die Betroffene auch keine übermäßige Belastung dar, weil diese die entsprechenden Daten im Zweifel ohnehin auch intern erheben muss, um bereits im Vorfeld der Markteinführung der vorgesehenen Tarifmaßnahme das Risiko eines möglichen Ex-post-Verfahren hinreichend abschätzen zu können.

Soweit in einigen Stellungnahmen der Wettbewerber angeregt worden ist, die Anordnung näher zu spezifizieren und die Betroffene insbesondere auch zur Vorlage detaillierter Nutzungsdaten und Kostennachweise zu verpflichten, geht dies nach Einschätzung der Beschlusskammer über das für eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung anzufordernde Maß hinaus. Vielmehr müssen die Vorlage detaillierter Kostenunterlagen und die diesbezüglichen Prüfungen dem hierfür bestimmten Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle gemäß §§ 39 Abs. 3 S. 1, 38 Abs. 2-4 TKG vorbehalten bleiben.

Umgekehrt können aber auch die von der Betroffenen vorgetragenen Einwände gegen die Vorlageverpflichtung nicht überzeugen. Die Auffassung der Betroffenen, nach der die Auferlegung der Verpflichtung zur Vorlage von Unterlagen für eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung im Rahmen einer Regulierungsverfügung unzulässig sei, ist bereits deswegen verfehlt, weil es sich bei der getroffenen Anordnung gerade nicht um einen Bestandteil der eigentlichen Regulierungsverfügung, sondern um einen rechtlich völlig eigenständigen Verwaltungsakt handelt. Dies wird auch daran deutlich, dass die Anordnung auf der Rechtsgrundlage des § 29 Abs. 1 TKG und damit gerade nicht auf die gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 TKG für Regulierungsverpflichtungen im Endnutzerbereich relevanten §§ 39 und 40 TKG gestützt worden ist. Zweck der Anordnung ist insoweit die sachgerechte Vorbereitung der fundierten Prüfung im Anzeigeverfahren und der sich möglicherweise später anschließenden Ex-post-Verfahren. Insoweit besteht auch der von der Betroffenen reklamierte konkrete zeitliche und sachliche Verfahrensbezug. Entgegen der Auffassung der Betroffenen verkehrt die getroffene Anordnung das Anzeigeverfahren auch nicht in ein „Quasigenehmigungsverfahren“. Vielmehr ist die Bundesnetzagentur auf die betreffenden Nutzungsdaten angewiesen, um überhaupt eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung vornehmen zu können. Im Unterschied zum Genehmigungsverfahren soll die Betroffene damit gerade nicht zur Vorlage detaillierter Kostenunterlagen verpflichtet werden. Die erfolgte Anordnung trägt damit dem Umstand Rechnung, dass der Prüfungsumfang und die Prüfungsintensität im Offenkundigkeitsverfahren naturgemäß nicht den gleichen Anforderungen unterliegen können, wie im Genehmigungsverfahren oder im Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung.

10. Keine Möglichkeit einer generellen Übergangsregelung

Entgegen der Ansicht der Betroffenen sieht die Beschlusskammer auch keine Möglichkeit zur Festlegung einer generellen Übergangsregelung. Insbesondere lässt sich aus den Vorgaben des TKG keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für eine derartige Reglung ableiten.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50557 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den

Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

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

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

Kuhrmeyer (Vorsitzender)	Busch (Beisitzer)	Lindhorst (Beisitzer)

Anlage
Festlegung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für die Märkte Nr. 1-6 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission