



Az.: BK 2c 07 /004

## **Beschluss**

- geschwärzte Fassung -

In dem Verwaltungsverfahren

wegen

nachträglicher Regulierung der Entgelte für die Endnutzerleistungen

### **des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz**

aufgrund

der Beschwerde der

trilan GmbH, Ostallee 7-13, 54290 Trier, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beschwerdeführerin zu 1 -

K-NET TELEKOMMUNIKATIONS GMBH Barbarossastraße 64, 67655 Kaiserslautern,  
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beschwerdeführerin zu 2 -

VSENET GmbH, Nell-Breuning-Allee 6, 66115 Saarbrücken,  
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beschwerdeführerin zu 3 -

Pfalzkom Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, Kurfürstenstraße 44,  
67061 Ludwigshafen, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beschwerdeführerin zu 4 -

MANet GmbH, Harrlachweg 2, 68163 Mannheim,  
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beschwerdeführerin zu 5 -

TWL-KOM GmbH, Donnersbergweg 2, 67059 Ludwigshafen,  
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beschwerdeführerin zu 6 -

- Verfahrensbevollmächtigter zu 1 bis 6: Rechtsanwalt Jörn Schoof, Nelkenweg 5,  
91093 Hessdorf/Niederlindach -

## G e g e n ü b e r

T-Systems Business Services GmbH, Godesberger Allee 117, 53175 Bonn, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Betroffene –

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Redeker, Sellner, Dahs & Widmaier, Mozartstraße 4-10, 53115 Bonn -

## u n t e r B e i l a d u n g d e r

Arcor AG & Co. KG, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 1 –

Versatel AG, Niederkasseler Lohweg 181-183, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 2 –

COLT Telecom GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 3 –

Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstraße 88, 50326 Frankfurt, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 4 –

QSC AG, Mathias-Brüggen-Straße 55, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 5 –

BT (Germany) GmbH & Co. oHG, Barthstraße 22, 80339 München, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 6 –

NetCOLOGNE GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 7 –

BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Hans-Böckler-Straße 3, 53225 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladener zu 8 –

EWE TEL GmbH, Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 9 –

M-Net Telekommunikations GmbH, Niederlassung NFkom, Spittlertorgraben 13, 0429 Nürnberg, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 10 –

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

am 21.01.2008

durch

den Vorsitzenden Dir. Dipl. Ing. Bernhard Kuhmeyer,  
die Beisitzerin lfd. RegDir`n Ute Dreger sowie  
den Beisitzer ORR Jörg Lindhorst

auf die öffentliche mündliche Verhandlung vom 08.01.2008

e n t s c h i e d e n:

1. Die im T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz Rahmenvertrag per 01.02.2007 festgelegten und von den beigetretenen Kunden erhobenen Entgelte genügen nicht den Maßstäben des § 28 TKG.
2. Der Betroffenen werden weitere Vertragsabschlüsse auf der Grundlage des Rahmenvertrag T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz mit Stand 01.02.2007 untersagt.
3. Die auf Grundlage des Rahmenvertrages T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz mit Stand 01.02.2007 in Einzelverträgen vereinbarten Entgelte sind mit dieser Entscheidung unwirksam.

## G r ü n d e

### I.

#### 1. Verfahrensgegenstand:

Mit Wirkung zum 01.02.2007 schlossen die T-Systems Business Services GmbH, eine Tochter der Deutschen Telekom AG, und die kommunalen Spitzenverbände in Rheinland-Pfalz (Gemeinde- und Städtebund, Städtetag und Landkreistag) einen Vertrag über das „Telekom Virtual Private Network Kommunen des Landes Rheinland-Pfalz (T-VPN Rh.-Pf.)“.

Der Vertrag regelt die Bezugskonditionen folgender Telekommunikationsdienstleistungen:

- Primärmultiplex-Anschlüsse (N30)
- ISDN-Basisanschlüsse einschließlich DSL 6MBit BS Verbindungsleistungen (N2dsl 6 BS)
- ISDN-Basisanschlüsse einschließlich DSL 2MBit BS Verbindungsleistungen (N2dsl 2 BS)
- ISDN-Basisanschlüsse einschließlich DSL 1MBit BS Verbindungsleistungen (N2dsl 1 BS)
- ISDN-Basisanschlüsse einschließlich DSL 6MBit (N2dsl6)
- ISDN-Basisanschlüsse einschließlich DSL 2MBit (N2dsl2)
- ISDN-Basisanschlüsse einschließlich DSL 1MBit (N2dsl1)
- ISDN-Basisanschlüsse (N2)
- Analog-Anschlüsse einschließlich DSL 6MBit Verbindungsleistungen (N1dsl 6 BS)

- Analog-Anschlüsse einschließlich DSL 1MBit Verbindungsleistungen (N1dsl 1 BS)
- Analog-Anschlüsse einschließlich DSL 1 MBit (N1dsl 1)
- Analog Anschlüsse (N1)

Der Vertrag T-VPN Rh.-Pf. umfasst damit Preise verschiedener Arten schmal-und breitbandiger Telekommunikationsanschlüsse einschließlich eines Verbindungspreises im Sinne einer Flatrate (sog. Portpreise). Die Anschlüsse samt Verbindungsleistungen sind im Vertrag einzeln bepreist. Der Vertrag bezieht sich auf eine genau definierte Anzahl von Anschlüssen und Nutzkanälen [REDACTED].

Die Portpreise sind so kalkuliert, dass jedem Nutzkanal eine definierte Verkehrsmenge zugeordnet wird. Diese Verkehrsmenge umfasst Verbindungen ins Festnetz und einen prozentualen Anteil von Verbindungen mit einer definierten Verkehrsverteilung. Diese Verkehrsmengen werden unabhängig vom jeweiligen Nutzungsaufkommen für jeden Anschluss bzw. Nutzkanal unterstellt. Die tatsächliche Nutzung der Kanäle kann und wird im Einzelfall von dem pauschalen Ansatz abweichen. Die tatsächliche Nutzung der Anschlüsse ist für die Kalkulation der Portpreise irrelevant.

Die Nutzer des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz sind nicht zur Abnahme bestimmter Leistungen oder Kontingente an Anschlüssen verpflichtet. Sie können Art und Umfang der Anschlüsse nach ihrem individuellen Verkehrsaufkommen unter ökonomischen Aspekten frei wählen und – auch nach Vertragsschluss – einzelne zu den Konditionen des T-VPN für sie wirtschaftlich ungünstige Anschlüsse aus dem Leistungsumfang wieder herausnehmen und zu ggf. günstigeren AGB-Preisen von der Betroffenen oder anderen Anbietern beziehen.

Die Portpreise unterliegen einer Anpassungsklausel mit Wirkung für die zukünftige Nutzung, wenn innerhalb des 12monatigen Wertstellungszeitraums eine durchschnittliche Abweichung der tatsächlichen Nutzung von über 10% gegenüber dem Pauschalansatz festgestellt wurde. Eine Nacherhebung von Entgelten findet nicht statt.

Der Vertrag ist als Rahmenvertrag ausgestaltet. Die rahmenvertraglich vereinbarten Abnahmekonditionen richten sich an kommunale Körperschaften und Unternehmen im Bundesland Rheinland-Pfalz (Nutzer) wie z.B. Stadtwerke, Sparkassen oder kommunale Einrichtungen. Die Nutzer beziehen ihren Bedarf an Telekommunikationsdienstleistungen zu den Bezugsbedingungen des Rahmenvertrages.

Dabei erfolgt der Bezug von Leistungen zu den Konditionen des Vertrages nicht unmittelbar aus dem Rahmenvertrag, sondern setzt den Abschluss von „Beitrittsverträgen“ durch die einzelnen Nutzer voraus.

Das Umsatzvolumen des Rahmenvertrages betrug zum Markteintritt per 01.02.2007 unter 1 Millionen Euro. Eine Kenntnissgabe des Rahmenvertrages an die Bundesnetzagentur erfolgte nicht. Ebenso wurden die Beitrittsverträge nach § 39 Abs. 3 Satz 4 TKG nicht vorgelegt.

Mit Schreiben vom 10.07.2007 legten die K-Net Telekommunikations-GmbH und die VSENet GmbH über ihren Verfahrensbevollmächtigten Herrn Rechtsanwalt Jörn Schoof Beschwerde gegen die Vertragsgestaltung des T-VPN Rh.-Pf. ein. Mit Schreiben vom 16.08.2007 teilte Herr Rechtsanwalt Schoof mit, dass sich nunmehr auch die MAnet GmbH und die TWL-Kom GmbH der Beschwerde anschließen.

Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass alle Beitrittsverträge zum T-VPN der Kenntnissgabepflicht und der nachträglichen Entgeltregulierung des § 39 TKG unterfallen, da sie Entgelte für Leistungen der Märkte 1-6 betreffen und ihr Umsatzvolumen 1 Million Euro jährlich nicht überschreiten dürften. Sie unterstellen mangels genauer Kenntnis der Vertragskonditionen die Eigenständigkeit der Beitrittsverträge. Der T-VPN-Vertrag sei dagegen voraussicht-

lich ein bloßes Rahmenabkommen über Einkaufskonditionen. Zudem erachten die Beschwerdeführer das Portpreismodell bereits bei überschlägiger Schätzung als ungerechtfertigten Verstoß gegen § 28 Abs. 1 Nr. 1 (Dumping) und Nr. 3 TKG (Bündelung). Kostendeckende Konkurrenzangebote seien nicht möglich, eine (wirtschaftliche) Nachbildbarkeit sei nicht gegeben. Zudem sei die Bündelung von schmal- und breitbandigen Leistungsbestandteilen sowie Mobilfunkdienstleistungen unzulässig.

Mit Schreiben vom 27.08.2007 forderte die Bundesnetzagentur die T-Systems Enterprise Services GmbH (TSE) zur Stellungnahme auf.

Mit Schreiben vom 12.09.2007 verwies diese darauf, dass mit der T-Systems Business Services GmbH vorliegend eine andere Untergesellschaft der T-Systems Vertragspartner sei, gab stellvertretend für diese jedoch eine Stellungnahme zu der Beschwerde ab.

Dabei hielt sie an ihrer bereits in anderen Verfahren zum Ausdruck gebrachten Auffassung zur Einstufung von Rahmenverträgen als Gesamtvertrag fest. Sie sah die Entgelte als bislang nicht reguliert an, da sie den zur Vereinbarung der Entgelte geschlossenen Rahmenvertrag als Gesamtvertrag mit einem Kunden und einem Jahresumsatz von über 1 Mio. Euro ansah. Derartige Gesamtverträge seien jedoch als eigenständiger Markt aus den der Regulierung von Endkundenentgelten zugrundeliegenden Märkten 1-6 der EU-Empfehlung ausgenommen worden, ohne dass hierfür bislang eine eigenständige Auferlegung von telekommunikationsrechtlichen Verpflichtungen nachgeholt wurde.

Ohne Anerkenntnis einer Rechtspflicht übergab sie dennoch den Rahmenvertragstext, die angeforderten Verkehrszahlen und eine Liste der Beigetretenen, deren jeweiliger Jahresumsatz durchgehend unter 1 Mio. Euro liegt. Nach Angaben der Betroffenen waren bis zum 01.02.2007 [REDACTED] Nutzer mit insgesamt [REDACTED] Nutzkanälen dem T-VPN beigetreten. Diese wiesen 2006 eine durchschnittliche Auslastung von [REDACTED] Verkehrsminuten/Nutzkanal auf.

Mit Schreiben vom 15.10.2007 legte die T-Systems Enterprise eine Marktübersicht zu Anschlussentgelten vor und verwies darauf, dass diese unter ihren eigenen Preisen liegenden Entgelte bei der Kostenprüfung des T-VPN Rh.-Pf. zu berücksichtigen seien. Hilfsweise wurde auf eigene Privatkundenentgelte hingewiesen.

Mit E-Mail vom 30.10.2007 teilte T-Systems Enterprise mit, dass mit dem Anschlussbestand des T-VPN Rh.-Pf. per 30.09.2007 ein Jahresumsatzvolumen von über 1 Mio. Euro errechnet sei.

Die Beschlusskammer hat nach Abschluss der Vorermittlungen mit Beschluss vom 20.11.2007 ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle gemäß §§ 39 Abs. 3 S. 1, 38 Abs. 2 bis 4 TKG i.V.m. § 28 TKG eingeleitet. Die Eröffnung von Amts wegen wurde der Betroffenen am 20.11.2007 bekannt gegeben.

Die Betroffene gab hierzu mit Schriftsatz vom 04.01.2008 sowie nochmals im Nachgang zur mündlichen Verhandlung mit Schreiben vom 11.01.2008 eine Stellungnahme ab. Auch die Beschwerdeführer und Beigeladenen nahmen in Anschluss an die mündliche Verhandlung nochmals Stellung.

## **2. Vortrag der Betroffenen**

Die Betroffene macht erneut geltend, dass eine Befugnis zur Durchführung eines Verfahrens der ex-post-Regulierung nach § 39 Abs. 2 Satz 1, HS 2 i.V.m. § 38 TKG nicht gegeben sei, da es sich um einen Gesamtvertrag mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als 1 Millionen EURO handle. Für solche Tarife und Leistungen sei bisher ein Marktdefinitions- und -analyseverfahren nicht durchgeführt worden, so dass ein regulatorisches Eingreifen auf diesem Markt nicht möglich sei.

Hierzu führt sie im Einzelnen aus:

## 2.1 Gesamtvertrag mit einem Kunden

Die Ausführungen der Kammer im Einleitungsbeschluss vom 20.11.2007, wonach es sich bei dem T-VPN-Vertrag Kommunen Rheinland-Pfalz nicht um einen Gesamtvertrag mit einem Kunden handele überzeugten nicht.

aa) Die Einordnung der Endkunden der Verträge als Einkaufsgemeinschaft sei unzutreffend. Es handele sich um einen Vertrag mit einer geschlossenen Benutzergruppe und damit zugleich um ein Angebot sprachbasierter Systemlösungen.

Den Ausführungen der Präsidentenkammer in der Marktdefinition und –analyse sei an keiner Stelle zu entnehmen, dass es sich bei einem kundenindividuellen Gesamtvertrag um etwas Anderes handeln solle als einen Vertrag mit einer geschlossenen Benutzergruppe. Anknüpfungspunkt und daher maßgeblich für die Überlegungen der Präsidentenkammer seien die sprachbasierten Systemlösungen gewesen.

Hierzu hat sie im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 08.01.2007 zur Auslegung weiter ausgeführt, dass in einer zur Kommentierung gestellten Vorversion der Marktdefinition und –analyse für den Begriff der „sprachorientierten Systemlösung“ drei Untergruppe genannt worden seien, deren eine der Vertrag für eine geschlossene Benutzergruppe gewesen sei. Die geschlossene Benutzergruppe sei daher immer als ein einziger Kunde im Sinne der Systemlösungen zu sehen, gleichgültig wie viele Mitglieder sie habe.

Der Begriff „kundenindividueller Gesamtvertrag“ gehe insoweit zurück auf die Marktdefinition durch die Präsidentenkammer. Für die Auslegung des Begriffs müssten deshalb diejenigen Kriterien herangezogen werden, die für die Marktabgrenzung maßgeblich waren

bb) Auch aus dem Kundenbegriff des § 1 Abs. 1 TKG 1997, an den die Regulierungsverfügung anlehnen solle, ergebe sich nichts Anderes. Der Umstand, dass die Regulierungsverfügung von einem "Gesamtvertrag mit einem Kunden" spreche, in der Marktdefinition dagegen von "sprachorientierten Systemlösungen für (Groß)Kunden" die Rede sei, begründe keine sachliche Unterscheidung, denn auch ein Vertrag über eine Sprachorientierte Systemlösung werde mit den Kunden abgeschlossen und nicht für die Kunden. Die Wahl der Präposition sei ausschließlich sprachlich geboten, begründe aber keinen inhaltlichen Unterschied.

cc) Die Bundesnetzagentur weise zudem in einem internen Vermerk (Blatt 17 der Verwaltungsvorgänge) darauf hin, dass der Begriff "einzelner Kunde" nicht im Rahmen der Marktanalyse thematisiert worden sei, so dass auch denkbar sei, ihn weiter auszulegen und sogar "Einkaufsgemeinschaften" zuzulassen. Über Verträge mit geschlossenen Benutzergruppen hinaus entfalle damit auch die Kenntnispflicht bei Einkaufsgemeinschaften.

dd) Da es sich um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter handele, müssten alle Nutzer in die Berechnung des Jahresumsatzes einbezogen werden. Denn die Nutzer hätten einen Anspruch gegen die Betroffene auf Errichtung eines T-VPN. Die Betroffene müsse damit rechnen, dass das vereinbarte (Mindest)Gesamtvolumen des Vertrages auch tatsächlich in Anspruch genommen würde.

ee) Die Erwägungen der Präsidentenkammer seien auf dieses (Mindest)Umsatzvolumen anzuwenden. Nur große Player seien in der Lage, solche Gesamtvolumen überhaupt zur Verfügung zu stellen, zu denen die Betroffene sich verpflichtet habe.

## **2.2 Prognostizierbarkeit eines Jahresumsatzes von mehr als 1 Millionen EURO**

Der Vertrag habe nach dem von der Kammer zugrunde gelegten Stichtag 01.02.2007 ein Jahresumsatzvolumen von mehr als 1 Mio. EURO entwickelt. Der Vertrag weise per 30.09.2007 einen Bestand auf, bei dessen Hochrechnung man zu einem Jahresumsatz im ersten Jahr nach Vertragsabschluss von [REDACTED] Mio. EURO gelange.

Diese Prognose sei der Bewertung des Vertrags zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zugrunde zu legen. Denn die Betroffene hätte aufgrund ihrer Erfahrungen anhand anderer Verträge mit öffentlich-rechtlichen Vertragspartnern, der Anzahl der zu erwartenden Nutzer und des Telefonierverhaltens der Kommunen von dieser Prognose ausgehen dürfen.

## **2.3 Unzulässigkeit der Ausblendung nachträglicher Entwicklungen durch die Beschlusskammer**

Auch wenn die Betroffene kein Jahresumsatzvolumen von mehr als 1 Mio. EURO prognostiziert hätte, habe die Kammer ihren Betrachtungen nach § 38 Abs. 4 TKG die tatsächliche Umsatzentwicklung im Zeitpunkt der Entscheidung zugrunde zu legen. Denn im Rahmen des § 28 TKG bedürfe es zunächst eines feststellenden Verwaltungsaktes, wonach die Entgelte missbräuchlich seien. An diese Feststellung knüpfe sich im zweiten Schritt eine Unwirksamkeitserklärung. Die Unwirksamkeitserklärung wirke nach § 38 Abs. 4 TKG "ab dem Zeitpunkt der Feststellung", also ex nunc ab dem Zeitpunkt der Beschlussfassung. Sie sei ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt, da sie nach § 38 Abs. 4 Satz 4 i.V.m. § 37 Abs. 1 und 2 TKG unmittelbar auf bestehende Verträge einwirke. Die Entgelte, auf die eingewirkt werden solle, müssten zum Zeitpunkt der Entscheidung daher noch Gegenstand des Vertrages und noch missbräuchlich sein. § 38 Abs. 4 TKG sei ausweislich der Gesetzesbegründung aber § 32 GWB 1998 nachgebildet. Für § 32 GWB 1998 sei anerkannt, dass eine Untersagungsverfügung dann ausgeschlossen sei, wenn die Eingriffsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Entscheidung fehlten.

Schließlich sei die Kammer im Verfahren BK2a 04/036 nach § 42 TKG selbst davon ausgegangen, dass ein Einschreiten dann nicht mehr möglich sei, wenn das missbräuchliche Verhalten beendet sei.

## **2.4 Anzeigepflicht**

Die Erwägungen der Kammer zum Leerlaufen der Anzeigepflicht bei Abstellung auf Zeitpunkt der Verhandlung gingen fehl, da die Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG nicht Gegenstand des Verfahrens nach § 28 TKG sei.

Die Gestaltung der Entgelte im T-VPN-Vertrag Kommunen Rheinland-Pfalz sei auch nicht missbräuchlich. Weder seien die Vermutungstatbestände des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG erfüllt, noch lägen die Voraussetzungen nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG vor.

Dies gelte bereits unter Zugrundelegung der Kostenansätze der Kammer. Einzelne Kostenumsätze seien aber auch unzutreffend.

Hierzu führt die Betroffene im Einzelnen aus:

## **2.5 Keine Vermutung erheblicher, sachlich nicht gerechtfertigter Wettbewerbsbeeinträchtigung nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG**

### **2.5.1 Vorrang der Vergleichsmarktbetrachtung**

aa) Die Kammer habe ihren Betrachtungen zu Unrecht die Kosten der Betroffenen zugrunde

gelegt. Denn nach § 38 Abs. 2 Satz 3 TKG bestehe ein Vorrang der Vergleichsmarktbetrachtung. 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, dürfe die Bundesnetzagentur nach § 33 TKG vorgehen. Die Ausführungen der Kammer, dass eine Vergleichsmarktbetrachtung nicht möglich sei, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Endkundenentgelte der Wettbewerber kostenunterdeckend seien, berechtige hingegen nicht dazu, von einer Vergleichsmarktbetrachtung abzusehen. Denn diese Vermutung sei nicht geeignet, von Wettbewerbern am Markt angebotene Preise außer Acht zu lassen. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die Entgelte für schmalbandige Anschlüsse.

bb) Lege man den Berechnungen der Kammer die Anschlusspreise der Wettbewerber zu Grunde, sei die Preisuntergrenze eingehalten.

cc) Die Betroffene habe bereits im Vorermittlungsverfahren mit Anlage zum Schreiben vom 15.10.2007 einen Benchmark von Wettbewerberangeboten bezüglich ISDN- und PMX-Anschlüssen vorgelegt, aus dem sich ergebe, dass die Marktpreise für diese Anschlusskomponenten unterhalb derjenigen Preise lägen, die die Betroffene in ihrer Berechnung der Preisuntergrenze in Ansatz gebracht habe. Da es sich bei diesen Vergleichspreisen um AGB-Preise handele, sei davon auszugehen, dass Individualangebote der Wettbewerber entweder preislich günstiger oder in Bezug auf den Leistungsumfang höherwertiger seien.

Recherchen hätten diese Annahme belegt, z.B. Angebot Versatel aus mündlicher Verhandlung. Das dortige Entgelt für den PMX unterschreite das verfahrensgegenständliche Angebot der Betroffenen um ein Vielfaches.

Ergänzend weitere Angebote vorgelegt, die erheblich niedriger als verfahrensgegenständliche Anschlussentgelte seien. Betroffene folge insoweit lediglich dem (nochmals niedrigeren) Preisniveau der Wettbewerber.

Die Kammer sei insoweit amtsermittlungspflichtig. Die Betroffene trage keine Beweislast.

### **2.5.2 Unzutreffende Annahmen bei der Bestimmung der Preisuntergrenze**

Auch bei kostenbasierter Ermittlung der Preisuntergrenze liege ein Verstoß gegen § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG nicht vor. Denn die Kammer sei insoweit von unzutreffenden Annahmen ausgegangen. Bei Berücksichtigung der erforderlichen Korrekturen sei die Preisuntergrenze eingehalten. Dies unter Berücksichtigung der Ist-Daten des Umsatzvolumens wie auch unter Zugrundelegung der Prognose bei Vertragsabschluss.

Die Kammer habe bei der Ermittlung der Preisuntergrenze unzutreffende Annahmen getroffen.

#### **aa) Kosten für Internet-Nutzung/Breitband-Zuführung**

Bei der Kalkulation "normaler" DSL-Anschlüsse dürften entgegen dem Ansatz der Kammer keine Kosten für Internet-Nutzung angesetzt werden.

Der T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz beinhalte als Breitbandanschlüsse sowohl DSL als auch DSL-Business-Anschlüsse. Während bei DSL-Business die Breitbandzuführung im jeweiligen Preis mit enthalten ist, sei dies bei den „normalen“ DSL-Anschlüssen nicht der Fall. Der Kunde müsse hier einen separaten Internet-Zugangsdienst beauftragen und bezahlen, welcher daher auch nicht Bestandteil des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz sei.

Somit dürften keine Kosten für die Internet-Nutzung bei der Kalkulation dieser „normalen“ DSL-Anschlüsse angesetzt werden.

## **bb) Gesamte Breitband-Kosten**

Die von der Kammer bei der Ermittlung der Kosten für die breitbandigen Anschlüsse und die Internetnutzung angesetzte Formel führe in unzulässiger Weise zu einem doppelten Aufschlag bei den Kosten für die Breitband-Zuführung.

## **cc) Schmalbandige Anschlüsse**

Statt der Preise der AGB-Business-Anschlüsse seien die Preise für AGB-CallPlus-Anschlüsse einzustellen.

1) Entgegen der Annahme der Beschlusskammer seien CallPlus-Anschlüsse der Betroffenen Geschäftskundenprodukte und würden auch als solche mit geschäftskundenspezifischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertrieben, die die Betroffene bereits mit Schreiben vom 15.10.2007 an die Kammer übersandt habe.

Im Übrigen stehe der Ansatz der Kammer in Widerspruch zu den Feststellungen der Präsidentenkammer, wonach es keine Kriterien zur Unterscheidung von Produkten für Privatkunden und Geschäftskunden geben solle. Daher sei die Kammer verpflichtet, die Entgelte für CallPlus-Anschlüsse bei der Ermittlung der Preisuntergrenze zugrunde zu legen.

2) Die Kammer scheine ausweislich der Verwaltungsvorgänge Zweifel hinsichtlich der Eignung der CallPlus-Anschlüsse als Vergleichsmaßstab zu haben, weil diese Anschlüsse – anders als die BusinessCall-Anschlüsse – im Hinblick auf den Entstördienst nicht dem Service Level Agreement der Rahmenverträge entsprechen würden. Dies sei sachlich wie rechtlich nicht nachvollziehbar. Der Umstand, dass nach der Service Level Agreement die Entstörung der Anschlüsse im Portpreis enthalten sei, rechtfertige nicht, dass die Entgelte für die BusinessCall-Anschlüsse zugrunde gelegt würden. Insofern sei es geboten, bei Zugrundelegung der Preise für die CallPlus-Anschlüsse im Übrigen speziell die Kosten der Entstörungslieferung isoliert kostenbasiert zu ermitteln. Die monatlichen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung beliefen sich – unter Zugrundelegung der Ansätze der Kammer – daher auf 0,60 EURO/Monat und Anschluss.

## **2.6 Keine Vermutung erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG**

Die Voraussetzungen nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG lägen nicht vor, da es effizienten Wettbewerbern der Beschwerden möglich sei, den T-VPN-Vertrag Kommunen Rheinland-Pfalz zu vergleichbaren Konditionen anzubieten.

### **2.6.1 Keine Anwendbarkeit von § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG innerhalb des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG**

Die Prüfung der Preis-Kosten-Schere könne nicht Gegenstand der Missbrauchsprüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG sein, da es sich um zwei klar getrennte Tatbestände handele.

Die fehlende Nachbildbarkeit sei kein abschließendes Kriterium für das Vorliegen einer sachlich ungerechtfertigten Bündelung. Das sage nicht, dass eine sachlich ungerechtfertigte Bündelung "insbesondere dann vorliegt", wenn die Nachbildbarkeit nicht möglich sei. Nach dem Wortlaut komme es nicht auf die Nachbildbarkeit des Produkts an, sondern darauf, ob das Produkt zu vergleichbaren Konditionen angeboten werden könne. Eine vollständige Identität des Produkts werde gerade nicht gefordert.

### 2.6.2 Gesamtbetrachtung des Endnutzermarktes

Bei der Prüfung der Nachbildbarkeit sei nicht darauf abzustellen, ob "der im Rahmen des Bündels gewährte Preisnachlass (gegenüber dem Einzelbezug der Leistung) von Wettbewerbern in gleicher Weise gewährt werden kann, ohne dass diese unprofitabel werden". Denn dadurch würde die Betrachtung auf diejenigen Leistungen beschränkt, die im verfahrensgegenständlichen Bündel enthalten seien. Eine solche eingeschränkte Betrachtung sei nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG, dessen Maßstäbe die Kammer zugrunde legt, nicht zulässig, da durch den dortigen Zusatz "auf dem Endkundenmarkt" der Gesetzgeber verdeutliche, dass für die Prüfung, ob eine angemessene Gewinnmarge erzielt werden könne, nicht auf den jeweiligen Einzeltarif abzustellen sei.

Zu prüfen sei vielmehr, ob effiziente Konkurrenten diese Tarife im Rahmen ihres Gesamtangebotes, d.h. in Kombination mit anderen Tarifen (und damit unter Ausnutzung etwaiger dort erzielter Gewinne) nachvollziehen können, ohne Verluste zu machen.

Dabei dürfe sich die Betrachtung nicht auf das Gesamtportfolio derjenigen Produkte beschränken, die mithilfe der Vorleistungen zu realisieren seien, sondern müsse sämtliche Leistungen (und damit verbundene Gewinn) einbeziehen, die mit den genannten Endnutzerleistungen dem Endnutzermarkt angehören.

Hierbei sei auf das Gesamtangebot der Wettbewerber schlechthin ohne Beschränkung auf den jeweils sachlich relevanten Markt im Sinne der wettbewerbsrechtlichen Marktabgrenzung abzustellen.

Ein Verstoß gegen die Preis-Kosten-Schere sei danach ausgeschlossen, wenn der durchschnittliche Preis für das Endkundenprodukt einen so hinreichenden Abstand zum Vorleistungsentgelt gewährleistet, dass ein effizienter Wettbewerber eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf diesem Endnutzermarkt insgesamt realisieren könne.

### 2.6.3 Betrachtung der Kostenstruktur eines effizienten Wettbewerbsunternehmens

Im Rahmen des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG dürfe nicht auf die Kosten effizienter Leistungsbereitstellung des marktmächtigen Unternehmens abgestellt werden und auf diesem (Um-) Weg weiterhin an der IC+25%-Formel festgehalten werden. Da ein einheitlicher Effizienzbegriff zu Grunde zu legen sei, widerspräche dieses Vorgehen der bewussten und damit vorrangigen Entscheidung des Gesetzgebers auf Absenkung der Preisuntergrenze in § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG und übersehe, dass § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG auf eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals erforderliche Preis-Kosten-Relation auf dem Endnutzermarkt insgesamt abstelle. Demgegenüber setze das Kriterium IC+25% notwendig an der einzelnen Leistung sowie an den Kosten ihrer effizienten Leistungsbereitstellung an, die jedoch nicht Prüfungsgegenstand von § 28 TKG, sondern nur von § 31 TKG seien.

Es seien Kosten und Profitabilität des effizienten Wettbewerbsunternehmens zu Grunde zu legen. Die Kammer dürfe - jedenfalls nicht ohne Ermittlung - nicht davon ausgehen, dass die Kostenlage der Wettbewerber ungünstiger sei als die der Betroffenen und die Nachbildbarkeit daher ungünstiger als nach den Kriterien der Kammer. Infolge des Streiks bei der DT AG und der Debatte um den Mindestlohn im Postsektor bestünden Anhaltspunkte für eine günstigere Kostenstruktur bei Lohn- und Gehaltskosten der Wettbewerber.

Die Frage der Nachbildbarkeit des IC+25%-Kriteriums dürfe daher nicht angewandt werden, da dieses entwickelt sei, um im ex-ante-Verfahren Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der DT AG abzubilden.

Für die Frage der Nachbildbarkeit dürften nicht die AGB-Endkundentarife der Betroffenen zugrunde gelegt werden. Vielmehr müsse ermittelt werden, inwieweit effiziente Wettbewerber

ber der Betroffenen auch niedrigere Entgelte als die AGB-Endkundenentgelte nachbilden könnten.

#### **2.6.4 Vorrang der Vergleichsmarktbetrachtung**

Auch im Rahmen des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG gelte der Vorrang der Vergleichsmarktbetrachtung. Danach läge selbst unter Zugrundelegung der Berechnungsweise der Kammer eine Preis-Kosten-Schere nicht vor.

#### **2.6.5 Keine Preis-Kosten-Schere bei Korrektur der Berechnung der Kammer**

Die Kammer sei bei der Preis-Kosten-Scheren Prüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG im Rahmen des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG von unzutreffenden Kostenansätzen ausgegangen. Bei Korrektur dieser Ansätze läge auch unter Zugrundelegung des von der Kammer angenommenen Prüfprogramms eine Preis-Kosten-Schere nicht vor.

#### **2.6.6 Keine Preis-Kosten-Schere bei Zugrundelegen der Ist-Daten**

Da für die Prüfung des Missbrauchs allein der Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblich sei, seien der Prüfung die bereits mit Schreiben vom 15.10.2007 vorgelegten Ist-Nutzungsdaten zu Grunde zu legen. Danach ergebe sich keine Preis-Kosten-Schere.

#### **2.6.7 Keine Preis-Kosten-Schere bei Zugrundelegen der Ist-Daten und Korrektur der Anschlussentgelte**

Eine Preis-Kosten-Schere ergebe sich umso weniger als den Berechnungen richtigerweise die Anschlussentgelte CallPlus zuzüglich Entstörungsleistung zugrunde zu legen sei.

#### **2.7 Kein Missbrauch nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG**

Es läge kein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG vor.

Soweit ein Missbrauch nach den Vermutungstatbeständen des § 28 Abs. 2 TKG angenommen werde, seien zusätzlich die Voraussetzungen nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG zu ermitteln. Die Vermutungstatbestände des § 28 Abs. 2 TKG regelten insofern nur die objektive Beweislast. Die Vermutung entfalte erst dann ihre Wirkung, wenn nach Ausschöpfung aller Möglichkeiten der Behörde zur Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen ein non liquet verbleibe. Die Kammer müsse daher nicht nur die Vermutungsvoraussetzungen ermitteln, sondern auch die Vermutungsfolgen. Sie müsse daher auch prüfen, ob Umstände vorlägen, die gegen die Annahme der vermuteten erheblichen Beeinträchtigung so sprächen. Erst wenn nach Ausschöpfung aller Erkenntnismittel ein missbräuchliches Verhalten weder auszuschließen noch zu bejahen sei, treffe die materielle Beweislast das regulierte Unternehmen.

#### **2.8 Keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Missbrauchs nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG**

Es fehle an einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG.

Zunächst seien keine Anhaltspunkte dafür benannt, dass der T-VPN-Vertrag Kommunen Rheinland-Pfalz den Wettbewerb auf den Märkten 1,2,3 und 5 der Regulierungsverfügung vom 23.06.2006 erheblich beeinträchtigen würde mithin ein Missbrauch nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG vorliege.

Es fehle also an der Feststellung, dass der T-VPN-Vertrag Kommunen Rheinland-Pfalz ob-

ektiv zur Beeinträchtigung der Marktverhältnisse geeignet sei, d.h. ein Verhalten zum Ausdruck bringe, das erfahrungsgemäß zu erheblichen Risiken für die Funktionsfähigkeit auf dem betreffenden Markt führe.

Da die Präsidentenkammer einen eigenständigen Markt für kundenindividuelle Gesamtverträge mit einem Jahresumsatz bis einschließlich 1 Mio. EURO verneint und diese Produkte statt dessen den Märkten 1,2 3 und 5 zugeordnet habe, seinen für die Ermittlung der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auch diese Märkte maßgeblich und nicht, ob ein Unternehmen den Kommunen Rheinland-Pfalz einen vergleichbaren Vertrag anbieten könne.

Der von der Betroffenen im Rahmen des T-VPN-Vertrages Kommunen Rheinland-Pfalz derzeit erzielte Jahresumsatz zeige in Relation zu den Umsatzvolumina von 900 Mio. EURO, die ausweislich der vorgelegten Infocom-Studie auf dem Markt für sprachorientierte Systemlösungen größer 1 Mio. EURO in 2006 generiert wurden, dass eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht vorliegen könne.

Diese Schlussfolgerung gelte umso mehr, wenn man mit der Kammer davon ausginge, dass der T-VPN-Vertrag Kommunen Rheinland-Pfalz nicht Gegenstand der Regulierungsverfügung vom 23.06.2006 sei. Denn in diesem Fall seien Maßstab für das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG die Märkte 1-6.

Setze man Absatz und Umsatz des T-VPN-Vertrages Kommunen Rheinland-Pfalz in Relation zum Gesamtmarkt an Telefonanschlüssen und Verbindungsleistungen in Deutschland, sei der Vertrag nach den von der Bundesnetzagentur veröffentlichten Daten wettbewerblich offensichtlich irrelevant.

## **2.9 Sachliche Rechtfertigung**

Hinsichtlich der sachlicher Rechtfertigung nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 TKG werde auf Hinweise der Bundesnetzagentur zu Preis-Kosten-Scheren vom 14.11.2007, Seite 61, 62 Bezug genommen. Dort heiße es wie folgt: *„In diesem Zusammenhang kommen möglicherweise auch (nicht bloß temporär) günstigere Wettbewerbsangebote als ein denkbarer Anknüpfungspunkt für den Nachweis einer solchen sachlichen Rechtfertigung in Betracht“.*

Die Betroffene habe solche günstigeren Angebote mit Schreiben vom 15.10.2007 vorgelegt. Dabei handele es sich um AGB-Tarife der Wettbewerber. Individualangebote seien verfahrensgemäß noch günstiger. Recherchen hätten diese Annahme belegt. Hierzu sei in der mündlichen Verhandlung z.B. noch ein Angebot der Beigeladenen zu 2 (Versatel) überreicht worden. Das dortige Entgelt für den PMX-Anschluss unterschreite das verfahrensgegenständliche Angebot der Betroffenen um ein Vielfaches.

Ergänzend seien weitere Angebote vorgelegt worden, die erheblich niedriger als die verfahrensgegenständlichen Anschlussentgelte seien. Betroffene folge insoweit lediglich dem (nochmals niedrigeren) Preisniveau der Wettbewerber.

Die Kammer sei hinsichtlich der Frage sachlicher Rechtfertigung des T-VPN Angebots amtsmittlungspflichtig. Die Betroffene trage keine Beweislast.

## **3. Vortrag der Beschwerdeführer und Beigeladenen**

3.1 Zur Zulässigkeit der nachträglichen Regulierung der im Rahmen des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz erhobenen Entgelte bekräftigen die Beschwerdeführer und Beigeladenen im Wesentlichen, dass es sich entgegen den Ausführungen der Betroffenen nicht um einen Gesamtvertrag mit einem Kunden handele, sondern um eine Vielzahl von Einzelverträgen, die auch hinsichtlich des Umsatzvolumens nicht zusammenzufassen sein.

3.2 Zum Vorwurf missbräuchlichen Verhaltens wird ausgeführt, dass zum einen hinsichtlich der Kosten effizienter Wettbewerber vorliegend eine in Vergleichsmarktbetrachtung nicht möglich sei, zum anderen entgegen dem Vortrag der Betroffenen vergleichbar niedrige Angebote der Wettbewerber nicht existierten. Das Angebot der Betroffenen sei insoweit zu vergleichbaren Konditionen nicht nachbildbar.

3.3 Ferner sei – auch für den Fall einer nachträglich eingetretenen Kostendeckung – davon auszugehen, dass im Zeitpunkt der Entscheidung ein Missbrauch bestehe.

3.4 Darüber hinaus regen die Beschwerdeführer und Beigeladenen an, die Entscheidung über § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG hinaus auch auf die weiteren Tatbestände des § 28 Abs. 2 TKG zu stützen, die ebenfalls als erfüllt ansehen.

Insbesondere der Verstoß gegen § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG solle nicht dahingestellt bleiben, sondern explizit festgestellt werden.

Zwar treffe es zu, dass sich die von der Bundesnetzagentur festgestellte Marktmacht der Betroffenen nicht auf sämtliche dem Bündelangebot zugrunde liegenden Leistungen erstrecke. Das Bündelangebot des Portpreismodells sei aber so konzipiert, dass Nachfrager ein „Rosinenpicken“ betreiben könnten und somit z.B. nur „Lokationszugänge N30“ (= PMX-Anschlüsse einschließlich Verbindungen) bei der Betroffenen einkaufen könnten, während etwa Breitbandanschlüsse über einen anderen Vertrag bei der Betroffenen oder bei Wettbewerbsunternehmen eingekauft würden. Der Rahmenvertrag schreibe nur eine Mindestanzahl an Nutzkanälen vor. Ansonsten sei jeder Nutzer frei in der Entscheidung, welche Leistungen er beziehen wolle, d.h. der Kunde beziehe seinen Bedarf nur einzeln und nicht notwendig komplett mit allen Anschlüssen. Das dadurch ermöglichte Rosinenpicken (durch den Kunden) müsse bei der Kalkulation des Angebots berücksichtigt werden. Diese Möglichkeit gebiete eine andere Betrachtungsweise in Bezug auf die Prüfung missbräuchlicher Entgelte gem. § 28 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG als dies im Eröffnungsbeschluss noch zum Ansatz komme.

In Bezug auf den Lokationszugang Typ N30 basiere der Einkauf von Vorleistungen durch Wettbewerber auf regulierten Produkten, die die Betroffene als vertikal integriertes Unternehmen anbiete. Bei der Prüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG in Bezug auf die Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte seien für N30 insbesondere die regulierten Zusammenschaltungs- und TAL-Entgelte als Kostentreiber für den Vorleistungsbezug anzusetzen. Hier bestehe eine Preis-Kosten-Schere für PMX-Anschlüsse.

Die durchschnittliche Auslastung von PMX-AS liege zudem signifikant höher als die rechnerische Angabe im Preisblatt des T-VPN Rahmenvertrages Rheinland-Pfalz mit [REDACTED] Min/Kanal/Monat (d.h. unter Einbeziehung auch von ISDN- zu Analog-Anschlüssen) dargestellt.

3.5 Die Beschwerdeführer und Beigeladenen regen zudem an, die Verletzung der Meldepflicht hinsichtlich der Einzelverträge nach § 39 Abs. 3 Satz 4 TKG mit einem Bußgeldverfahren nach § 149 Abs. 1 Nr. 7 TKG zu ahnden, eine Vorteilsabschöpfung nach § 43 TKG in Betracht zu ziehen und Verfahren nach § 42 TKG und § 126 TKG anzustrengen.

#### **4. Konsistenz**

Die übrigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur sind über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die sich aus § 132 Abs. 4 TKG zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ergebenden Informations-, Austausch- und Abstimmungspflichten wurden insofern beachtet.

Die Anhörung des Bundeskartellamtes nach § 123 TKG ist erfolgt. Das Bundeskartellamt hat sich mit Schreiben vom 24.01.2008 geäußert.

Zu den weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Akten Bezug genommen.

## II.

Die Entscheidung beruht auf §§ 39 Abs. 3 S. 1, 38 Abs. 2 bis 4 TKG i.V.m. § 28 TKG.

Die Kammer hat - nach Durchführung einer Ermittlungsverfahrens nach § 38 Abs. 2 Satz 1 TKG - festgestellt, dass die von der Betroffenen im Rahmen des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz geforderten und vereinbarten Entgelte in ihrer Gesamtheit nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen und die Betroffene ihre Stellung als Anbieter von Telekommunikationsdiensten und Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten missbräuchlich ausnutzt. Das verbotene Verhalten ist demnach nach § 38 Abs. 4 Satz 1 TKG zu untersagen und die beanstandeten Entgelte ab dem Zeitpunkt der Entscheidung für unwirksam zu erklären.

§ 38 Abs. 2 Satz 2 TKG wurde beachtet. Die Einleitung der Überprüfung wurde der Betroffenen am 20.11.2007 mitgeteilt. Die Entscheidungsfrist nach § 38 Absatz 3 TKG ist gewahrt.

### Im Einzelnen:

#### **1. Zulässigkeit der nachträglichen Entgeltregulierung**

Die Bundesnetzagentur ist entgegen der Rechtsauffassung der Betroffenen auf Grundlage der ihr in §§ 39 Abs. 3, 38 Abs. 2 i.V.m. 28 TKG eingeräumten Befugnisse von Amts wegen zuständig für die Überprüfung der Entgelte des T-VPN Rh.-Pf. Dies ergibt sich aus der Auferlegung der nachträglichen Entgeltkontrolle für Leistungen der beherrschten Märkte 1,2,3 und 5 durch die Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R v. 23.06.2006.

Gemäß § 39 Abs. 3 TKG ist die Bundesnetzagentur zur nachträglichen Regulierung der Entgelte für Endnutzerleistungen von Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen befugt, die über beträchtliche Marktmacht verfügen und keiner Entgeltgenehmigung unterworfen worden sind. Hiervon erfasst sind Einzelentgelte und Entgelte für Leistungsbündel, in denen Leistungen enthalten sind, die Märkten zuzuordnen sind, auf denen der Anbieter über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die Regulierungsbedürftigkeit richtet sich nach der Zuordnung von Leistungen zu diesen Telekommunikationsmärkten.

Das Unternehmen Deutsche Telekom AG (DTAG) und die mit ihm verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG) verfügen gemäß Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R v. 23.06.2006 im Sinne des § 11 TKG sowohl über beträchtliche Marktmacht auf den regulierungsbedürftig relevanten Märkten für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten als auch für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten. Entgelte der DTAG für Endnutzerleistungen auf diesen Märkten unterliegen gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG der nachträglichen Regulierung. Dies erfasst auch die verfahrensgegenständlichen Tarifmaßnahmen.

Soweit vergleichbare Leistungen an geschlossene Benutzergruppen ursprünglich nicht der auf die Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen „für die Öffentlichkeit“ gerichteten Entgelt-Regulierung des TKG 1997 unterlagen (vgl. Urt. OVG NW 13 A 85/03 v. 18.05.2005 – S.11-15), wurden sie mit Wegfall dieser Beschränkung durch Inkrafttreten des TKG 2007 und Erlass der Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R der nachträglichen Entgeltregulierung unterworfen.

Die T-VPN-Verträge beziehen sich auf ein Bündel unterschiedlicher Telekommunikationsdienstleistungen, die unter anderem den Märkten 1, 2, 3 und 5 der EU-Empfehlung zuzuordnen sind, für die mit Regulierungsverordnung BK2a 06/001-R v. 23.06.2006 eine beträchtliche Marktmacht der DTAG und der mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), wie der Betroffenen, festgestellt wurde.

### 1.1 Kein Gesamtvertrag mit einem einzelnen Kunden

Den genannten Märkten sind zwar solche Leistungen nicht zuzuordnen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Million Euro ohne Umsatzsteuer (d.h. netto) erbracht werden. Hierzu gehören die Leistungen der vorliegenden Portpreismodelle jedoch nicht. Ein Gesamtvertrag mit einem Kunden liegt nämlich nur dann vor, wenn der Vertrag die der Entgeltmaßnahme zugrundeliegenden synallagmatischen Leistungsbeziehungen mit den konkreten Abnehmern regelt. Die Bezeichnung bezieht sich dagegen nicht auf bloße Rahmenverträge, die durch Festlegung abstrakter Entgelte/Bezugskonditionen lediglich die Grundlage separater konkretisierender Leistungsaustauschverträge bilden.

Die Rechtsfigur des „Gesamtvertrags“ ist lediglich ein Synonym für gemischt (atypische) Verträge, bei denen mehrere Leistungen gebündelt erfasst werden, die separat betrachtet verschiedenartigen Vertragstypen zugeordnet würden. Während Vor- bzw. Rahmenverträge auf den nachfolgenden Abschluss eines bzw. mehrerer weiterer Verträge gerichtet sind, die den Vertragsinhalt konkretisieren, stellt der Gesamtvertrag rechtstechnisch einen Vertrag dar, mit dem Ziel einen komplexen Sachverhalt einer einheitlichen rechtlichen Regelung zu unterwerfen. Dies wird auch durch die Hinzunahme des Begriffs des „einen Kunden“ betont. Denn der Begriffswahl in der Regulierungsverordnung lag das Verständnis zugrunde, dass der Kunde als Vertragspartner Bezugspunkt der Leistungs- und Gegenleistungsverpflichtungen ist, auch dann, wenn er - wie z.B. im Falle eines Unternehmensverbundes - Rechte und Pflichten für rechtliche Untergliederungen umfasst. Hierbei lehnt sich die Regulierungsverordnung an den Kundenbegriff des § 1 Abs. 1 TKV 1997 an, demzufolge Kunden diejenigen sind, die Leistungen vertraglich in Anspruch nehmen oder begehren. Anders wäre die Beschränkung der Ausnahmeregelung auf Verträge über 1 Mio. Euro auch gar nicht handhabbar, denn sie impliziert dass aus dem Gesamtvertrag selbst Umsatz durch Leistungsaustausch generiert wird.

Irreführend ist insofern die Ansicht der Betroffenen, dass sich aus dieser Legaldefinition zugleich ablesen lasse, dass ein „Kunde“ in Abgrenzung zum „Vertragspartner“ eine Vielzahl von Rechtspersonlichkeiten repräsentieren kann, weshalb der Begriff von der Bundesnetzagentur gewählt worden sei. Immerhin spricht die Regulierungsverordnung ausdrücklich von einem „Gesamtvertrag mit einem Kunden“, was den Kunden zum Vertragspartner macht.

In dieser funktionalen Wechselbeziehung unterscheidet sich die Rechtsfigur auch von der der „sprachbasierten Systemlösungen für (Groß-)Kunden“, wie sie im Rahmen der Marktanalyse zu den Märkten 1-6 diskutiert wurden und hinsichtlich derer ein der Bundesnetzagentur bekannter (Rahmen-)Vertrag z.B. alle Kommunen in Baden-Württemberg (T-VPN BW) betraf.

An dieser Unterscheidung ändert auch der Einwand der Betroffenen nichts, dass der Rechtsfigur des Gesamtvertrags die Fallgruppe der TK-Dienstleistungen für geschlossene Nutzergruppen zugrunde gelegen hätte, die anders als diejenigen „für die Öffentlichkeit“ unter dem Regime des TKG 1996 nicht der Regulierung unterfielen. Da diese Gesamtverträge auf der Vorstellung der geschlossenen Benutzergruppen basierten, könnten diese nun nicht im Nachhinein durch Auslegung aus dem Bedeutungsumfang herausgelöst werden.

Zwar ist wie ausgeführt zutreffend, dass die geschlossenen Benutzergruppen, wie das T-VPN BW, im Rahmen der Marktanalyse unter dem von der DTAG eingebrachten Schlagwort der sprachbasierten Systemlösungen diskutiert worden sind. Allerdings ist ein eigener Markt für diese Systemlösungen im Ergebnis abgelehnt worden. Nicht als Ersatz, sondern in Ab-

grenzung hierzu wurde aufgrund eines bei der Diskussion festgestellten eigenständigen Bedürfnisses stattdessen ein eigener Markt für Gesamtverträge mit einem Kunden und einem Jahresumsatz von über 1 Mio. Euro anerkannt. Mit der Schaffung der neuen Rechtsfigur des Gesamtvertrages wurde die Ablehnung einer Kontinuität der undifferenzierten regulatorischen Behandlung geschlossener Benutzergruppen bzw. sprachbasierter Systemlösungen zum Ausdruck gebracht. Weder ist „Kunde“ mit Benutzergruppe gleichzusetzen, noch entspricht eine Systemlösung dem Gesamtvertrag. Und auch die Kenntnis der Bundesnetzagentur von einzelnen TDN/T-VPN-Verträgen, wie dem T-VPN BW, ist daher kein Anhaltspunkt bei ihrer regulatorischen Einordnung.

Damit kommt es bei der Bestimmung der Kundeneigenschaft nicht darauf an, welchen Zusammenschluss von Abnehmern die DTAG als Benutzergruppe zusammenfasst und wem sie einen entsprechenden Gruppentarif anbietet, sondern wer nach objektiver Betrachtung rechtlich und wirtschaftlich Abnehmer einer Leistung ist.

Dem gegenüber steht – wie im T-VPN Rh.-Pf. - die bloße Einkaufsgemeinschaft, die trotz Bündelung der Nachfragemacht, aus rechtlich ansonsten unabhängigen Rechtspersonen besteht und die als Ganze keine Leistungs- oder Gegenleistungsverpflichtungen begründet, sondern nur abstrakte Abnahmekonditionen verhandelt.

Zwar wurden die Leistungen und die entsprechenden Entgelte des T-VPN Rh.-Pf. im Hinblick auf den Bedarf einer konkreten Gruppe vornehmlich an Bestandskunden zugeschnitten. Die Leistungen werden aber nicht auf Grundlage bzw. im Rahmen des T-VPN-Rahmenvertrages erbracht. Der Rahmenvertrag enthält mit dem Portpreismodell vielmehr lediglich die Vereinbarung von Bezugskonditionen. Die synallagmatischen Leistungsbeziehungen beruhen auf den eigenständigen Beitrittsverträgen der Nutzer, bei denen keiner für sich genommen die Umsatzgrenze von einer Million Euro überschreitet. So heißt es in § 1 Abs. 3 des (Rahmen)-Vertrages:

*„Die Vertragsparteien vereinbaren, dass die Nutzer die Leistungen im Wege eines eigenständigen Vertragsverhältnisses (Nutzervertrag) mit T-Systems beziehen können, welches gemäß § 5 durch Beitrittserklärung zu diesem Vertrag und zu den in diesem Vertrag in Abschnitt 2 und 3 einheitlich festgelegten Konditionen sowie den in Anhang, Teil A (Entgelte) vereinbarten Preisen zustande kommt.“*

Die gegen vorstehende - bereits im Einleitungsbeschluss vom 20.11.2007 enthaltene Einordnung der Vertragsverhältnisse – seitens der Betroffenen vorgetragene Argumentation, wonach es sich bei dem T-VPN Rheinland-Pfalz um einen Vertrag für eine geschlossene Benutzergruppe und nicht für die Öffentlichkeit handle und der wegen Überschreitung der Umsatzgrenze von 1 Mio. EURO nicht in den Anwendungsbereich der Regulierungsverfügung falle, geht in mehrfacher Hinsicht fehl:

Der argumentative Rückgriff der Betroffenen auf Methoden der Auslegung ist bereits methodisch unzulässig.

Die nach §§ 10, 11 TKG zu treffenden Festlegungen der Regulierungsverfügung lauten im hier relevanten Teil

*„mit Ausnahme derjenigen Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträge mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen EURO ohne Umsatzsteuer (d.h. netto) erbracht werden ...“*

Die Regulierungsverfügung stellt damit ihrem Wortlaut nach eindeutig fest, dass nur solche Verträge nicht der Regulierung unterliegen können, die mit einem einzelnen Kunden geschlossen werden. Dies schließt zwar nicht aus, dass mit einem einzelnen Kunden mehrere Verträge geschlossen werden, die unterschiedliche Leistungen (gebündelt) enthalten und

dennoch gemeinsam für die Zwecke der Umsatzschwelle betrachtet werden. Ausgeschlossen ist aber, ein oder mehrere Verträge mit mehreren Kunden für die Umsatzschwelle in Betracht zu ziehen. Die Formulierung „mit einem einzelnen Kunden“ ist sprachlich klar auf eine einzelne (juristische) Person bezogen formuliert. Eine erweiternde Interpretation verstößt gegen diesen Wortlaut.

Angesichts des eindeutigen Wortlauts der Regulierungsverfügung kann auf die den Festlegungen zugrundeliegenden Ausführungen der Bundesnetzagentur in der entsprechenden Marktdefinition und Marktanalyse nicht zurückgegriffen werden. Dies gilt selbst dann, wenn diese, was allerdings unzutreffend ist, eine andere Interpretation erfordern würden. Denn die Festlegungen der Regulierungsverfügung sind insoweit ein feststellender Verwaltungsakt mit eigenständiger Regelungswirkung (siehe Heun/Heun, Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, G, Rdn. 214 sowie VG Köln, Beschluss vom 05.02.2007 – 21 L 1591/06, Absatz Nr. 31 sowie VG Köln, Urteil vom 01.03.2007 – 1 K 3928/06, Absatz Nr. 20 und Urteil vom 08.03.2007 – 1 K 3918/06, Absatz Nr. 23). Die in den Festlegungen getroffenen Feststellungen sind zudem zwischenzeitlich gerichtlich bestätigt worden (VG Köln, Urteil vom 05.09.2007 – 21 K 3395/06, Absatz Nr. 65 ff.). Den Ausführungen des VG Köln zu diesem Thema kann überdies entnommen werden, dass auch das Gericht bei den sog. Systemverträgen immer von Verträgen mit einem einzelnen Kunden ausgegangen ist (VG Köln, Urteil vom 05.09.2007 – 21 K 3395/06, zum Beispiel Absatz Nr. 67: „.....Lokationen des Kunden ....Lokationen desselben Kunden .....“).

Die auf den Begriff der geschlossenen Benutzergruppe nach TKG 1996 aufbauenden Erwägungen der Betroffenen sind darüber hinaus im vorliegenden Verfahren unerheblich. Denn - wie bereits oben ausgeführt - wurden Leistungen an geschlossene Benutzergruppen mit Wegfall dieser Beschränkung durch Inkrafttreten des TKG 2007 und Erlass der Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R der nachträglichen Entgeltregulierung unterworfen, womit sich eine Anknüpfung an diese Begriffsbildung verbietet.

Die Einwände gehen aber auch in der Sache fehl. Zum einen ist es unzutreffend, dass es sich bei dem T-VPN Rheinland-Pfalz um einen Vertrag handelt, der unter der alten Rechtslage als Vertrag für eine geschlossene Benutzergruppe einzuordnen gewesen wäre. Zum anderen wäre der Einwand - selbst wenn dies zutreffen würde - irrelevant, da der Begriff des Vertrages für eine geschlossene Benutzergruppe nicht deckungsgleich mit dem der sprachorientierten Systemlösung, wie in der Regulierungsverfügung verwendet, ist. Des Weiteren handelt es sich bei dem T-VPN Rheinland-Pfalz aber auch weder um eine sprachorientierte Systemlösung noch um einen Gesamtvertrag mit einem Kunden, der die Umsatzgrenze von 1 Mio. EURO pro Jahr übersteigt.

Es trifft nicht zu, dass der T-VPN Rheinland-Pfalz nach der Rechtslage des TKG 1996 als Vertrag für eine geschlossene Benutzergruppe einzustufen gewesen wäre. Der Begriff der geschlossenen Benutzergruppe ergab sich aus § 3 Nr. 19 TKG 1996 als Gegenbegriff zur „Öffentlichkeit“. In der hier allein in Frage kommenden Variante der „sonstigen geschlossenen Benutzergruppe“ war dafür erforderlich, dass es sich um einen Teilnehmerkreis handelte, der in gesellschaftsrechtlichen oder schuldrechtlichen Dauerbeziehungen oder sonstigen nicht vertraglichen, aber dauerhaften Verbindungen zur Verfolgung gemeinsamer beruflicher, wirtschaftlicher oder hoheitlicher Ziele standen (Beck'scher TKG Kommentar-Schuster, 2. Auflage, § 3 Rdn. 18a).

Bereits auch aus der Präambel Absatz 1 und 2 des Rahmenvertrages ergibt sich, dass sich bei dem T-VPN Rheinland-Pfalz um einen Rahmenvertrag mit den kommunalen Spitzenverbänden in Rheinland-Pfalz handelt, dem grundsätzlich alle kommunalen Körperschaften und Unternehmen, wie etwa Stadtwerke, Sparkassen, kommunale Einrichtungen, wie Krankenhäuser, Kindergärten, Schwimmbäder etc. beitreten können. Des Weiteren steht es dem möglichen Beitrittskreis aber auch noch grundsätzlich frei, seinen Bedarf an Telekommunikationsdienstleistungen anderweitig zu decken. Damit wäre dann aber der mögliche Teilneh-

merkreis einmal schon zu groß und unbestimmt, um die Voraussetzungen einer geschlossenen Benutzergruppe erfüllen zu können. Des Weiteren fehlt auch die notwendige innere Verbundenheit im Sinne eines gemeinsamen Zwecks zwischen den Teilnehmern. Diesen ist lediglich gemeinsam, das sie im Lande Rheinland-Pfalz niedergelassen sind und einen irgendwie gearteten hoheitlichen Bezug haben. Von einem gemeinsamen hoheitlichen Zweck kann aber bei z.B. einer im Wesentlichen unternehmerisch und im freien Wirtschaftsverkehr tätigen Sparkasse verglichen mit dem eines Kindergartens und z.B. einer Behörde nicht ausgegangen werden.

Dass die Beitretenden in der Präambel des T-VPN Rahmenvertrages als geschlossene Benutzergruppe bezeichnet werden, ist demgegenüber irrelevant. Maßgeblich ist insoweit allein das inhaltlich Vereinbarte.

Selbst wenn es sich um eine geschlossene Benutzergruppe handeln sollte, wäre dies unerheblich. Denn wie in der Regulierungsverfügung ausführlich dargestellt, sollte der Begriff „geschlossene Benutzergruppe“ unter dem Rechtsrahmen des TKG 1996 einen Gegenbegriff zu dem der „Öffentlichkeit“ darstellen (vgl. Marktdefinition und Marktanalyse, Ziffer H.I.b. (1), S. 81).

Schon die Festlegung der Bundesnetzagentur (Marktdefinition- und Marktanalyse) zu den Märkten 1-6 gem. der Märkteempfehlung der EU-Kommission stellt insoweit eindeutig richtig:

*„Entgegen der Ansicht der DT AG im Rahmen ihrer zweiten Stellungnahme zum Marktanalyseentwurf kann infolgedessen die aus § 3 Nr. 19 TKG 1996 bekannte Differenzierung für den Öffentlichkeitsbegriff zwischen dem „Angebot (...) für beliebige natürliche oder juristische Personen“ und dem Angebot „lediglich für die Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen“ in der bekannten Form nicht mehr vorgenommen werden. Einen wie bisher nach § 3 Nr. 19 TKG 1996 vorgenommenen Ausschluss der Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen“, der aufgrund der Stellung in der Legaldefinition systematisch „vor die Klammer gezogen“ war, kennt das TKG 2004 nicht mehr. Ersatzlos weggefallen ist die bisher aus § 3 Nr. 15 TKG 1996 bekannte Definition für den „Sprachtelefondienst“.* (Festlegung der Bundesnetzagentur zu den Märkten 1.6, S. 87).

Die Regulierungsverfügung begründet auch, dass und warum diese Unterscheidung sowohl nach dem neuen Rechtsrahmen des TKG 2004 wie auch europarechtlich nicht aufrechtzuerhalten ist (vgl. Ziff. H.I.4.b (2) – (6) der Festlegung). Die Regulierungsverfügung schlussfolgert hieraus, dass nichts gegen eine Einordnung der im Rahmen der sprachorientierten Systemlösungen angebotenen Verbindungsleistungen als öffentliche Telefonverbindungen im Sinne der Märkte 3 – 6 spricht (vgl. Ziff. H.I.b. (7) der Festlegung, Seite 89).

Die Argumentation der Betroffenen, es sei der Regulierungsverfügung und der Festlegung „an keiner Stelle zu entnehmen, dass es sich bei einem kundenindividuellen Gesamtvertrag um etwas Anderes als einen Vertrag für eine geschlossene Benutzergruppe handeln soll“ geht insoweit fehl, als sich auch an keiner Stelle der Regulierungsverfügung und der Festlegung die Aussage findet, dass ein Vertrag für eine geschlossene Benutzergruppe automatisch als sprachorientierte Systemlösung zu qualifizieren sei. Ein solcher Automatismus lässt sich auch nicht der Definition der sprachorientierten Systemlösungen durch die Bundesnetzagentur als Angebote, die „regelmäßig dadurch gekennzeichnet <sind> dass das jeweilige Produkt ein auf den Kunden individuell ausgelegtes Bündel verschiedener Leistungen ist, das häufig von diesem ausgeschrieben wird und im Ergebnis preislich günstiger ist“ (vgl. Festlegung, Seite 77, Ziff. H.I.4. (a), entnehmen. Vielmehr stehen die beiden Begriffe nicht deckungsgleich nebeneinander.

Fehl geht auch die Argumentation der Betroffenen in der mündlichen Verhandlung, dass sich das Gegenteil dadurch belegen lasse, dass in einer zur Kommentierung gestellten Vorversion der Festlegung für den Begriff der „sprachorientierten Systemlösung“ drei Untergruppe

genannt worden seien, deren einer der Vertrag für eine geschlossene Benutzergruppe gewesen sei. Vielmehr ist umgekehrt zu schlussfolgern: Aus der Tatsache, dass nach Durchführung des Konsultationsverfahrens eine Aufnahme der Untergruppen in die Regulierungsverfügung nicht erfolgte, ergibt sich, dass eine entsprechende Gleichsetzung gerade nicht gewollt war.

Der Einwand, der T-VPN Rheinland-Pfalz sei als sprachorientierte Systemlösung einzuordnen, ist unerheblich. Denn selbst wenn es sich um sprachorientierte Systemlösungen handeln würde, würden diese dem Anwendungsbereich der Regulierungsverfügung und damit der nachträglichen Entgeltregulierung unterfallen, da es sich – wie oben ausgeführt – nicht um einen Vertrag mit einem einzelnen Kunden im Sinne von Ziffer 5 der Festlegung (vgl. S. 101f.) handelt.

Der T-VPN Rheinland-Pfalz ist auch nicht als sprachorientierte Systemlösung im Sinne der Regulierungsverfügung zu qualifizieren.

Der Rahmenvertrag T-VPN Rheinland-Pfalz regelt ein Leistungsbündel, das lediglich aus verschiedenen Telefonanschlüssen (PMX, ISDN-Basis und ISDN Analog) und die über diese Anschlüsse abgewickelten Verbindungen besteht. Der Leistungsumfang geht damit über ein Endkunden-AGB-Angebot, das sich über einen Anschluss zuzüglich Flatrate erstreckt, nicht hinaus. Es handele sich damit gerade nicht um eine einzelfallbezogene Systemlösung inklusive Hard- und Software und Dienstleistungen, sondern nur Auswahl von einzelnen Standardleistungen. Es handelt sich damit gerade nicht um ein „auf den Kunden individuell ausgelegtes Bündel verschiedener Leistungen“, bei dem ab dem Erreichen bestimmter Umschwellen eine Austauschbarkeit dieser Leistungen mit den üblicherweise den Märkten 1- 6 unterfallenden Leistungen nicht mehr gegeben ist. Dies gilt um so mehr, da es sich um einen regional beschränkten Vertrag handelt, bei dem – wie das vorliegende Verfahren zeigt – gerade Regio-Carrier als Wettbewerber auftreten. Der Bereich sprachorientierter Systemlösungen ist nach den Ausführungen in der Regulierungsverfügung (Ziff. H.I.4. (f), Seite 96) aber gerade durch gekennzeichnet, dass über einem Umsatzvolumen von 1 Mio. ein Wettbewerb zu Regio-Carriern in der Regel nicht mehr besteht.

Schließlich spricht der von der Betroffenen bemühte Begriff der sprachorientierten Systemlösung selbst gegen die Annahme eines Gesamtvertrages mit einem einzelnen Kunden im Sinne von Ziffer 5 der Festlegung. Der Umstand, dass jeder Beigetretene den Umfang der in Anspruch genommenen Leistungen – aus einem Standardangebot – selbst wählen und durch „Herauskündigen einzelner Leistungen“ (z.B. aus Gründen der Unwirtschaftlichkeit einzelner Anschlusspreise) nachträglich modifizieren kann, spricht gegen die Annahme, dass eine (einzige) an die speziellen Bedürfnisse eines Kunden angepasste individuelle Lösung angeboten würden. Selbst bzw. gerade dann, wenn es sich also um Systemlösungen handeln würde, lägen aufgrund des jeweils unterschiedlichen Leistungsumfangs eine Vielzahl von Systemlösungen und eben nicht eine einzige vor.

In diesem Sinne weist auch die vom Bundesministerium des Inneren erstellte „Unterlage für Ausschreibungen und Bewertung von IT-Leistungen (UFAB IV) vom 01.11.2006 darauf hin, dass der beabsichtigte Beitritt bzw. der Abruf aus Rahmenvereinbarungen der verfahrensgegenständlichen Art auf Seiten des Beitretenden immer vergaberechtlich gesondert zu prüfen sei und jeder Einzelabruf (Beitritt) ein eigenes Vergabeverfahren darstelle (vgl. UFAB IV, Seite 54).

Schließlich weisen die weiteren Beteiligten zu Recht darauf hin, dass auch die Praxis der Vertragsanbahnung gegen die Annahme eines Vertrages mit einem einzelnen Kunden spricht. Werbeflyer der Betroffenen zeigen, dass die jeweils potenziell beitretenden Organisationen als Kunden geworben werden. Im Falle eines zentral bindenden Vertrages müsste dieser Aufwand nicht unternommen werden. Endlich sprechen Sinn und Zweck der Regulierungsverfügung gegen die Annahme eines Vertrages mit einem einzelnen Kunden. Wäre es

nämlich einem marktmächtigen Anbieter durch Ausnahme von der Entgeltregulierung gestattet, möglichst viele einzelne Kunden unter dem Dach einheitlicher Rahmenverträge zu gewinnen, so hätte dies den dem Regulierungsanliegen zuwider laufenden Effekt einer Vereinheitlichung von Vertragsangeboten. Die Vielfältigkeit von am Markt erhältlichen Endkundenangeboten würde sich verringern, weil marktmächtige Unternehmen regulierungsindiziert Produktvereinheitlichung betreiben würden. Folglich hätten die Endkunden immer weniger Produktangebote zur Auswahl, was der Wahrung von Nutzerinteressen zuwiderliefe.

## 1.2 Unerheblichkeit des Umsatzvolumens des Rahmenvertrages

Der Vortrag der Betroffenen, der Vertrag weise per 30.09.2007 einen Bestand auf, bei dessen Hochrechnung man zu einem Jahresumsatz im ersten Jahr nach Vertragsabschluss von [REDACTED] EURO gelange, ist im Rahmen der Frage der Zulässigkeit nachträglicher Entgeltregulierung nicht erheblich. Denn nach den vorstehenden Ausführungen handelt es sich nicht um einen Vertrag mit einem einzelnen Kunden, sondern um eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen, die hinsichtlich der Umsatzschwelle entsprechend gesondert zu betrachten ist. Die Einzelverträge übersteigen ein Jahresumsatzvolumen von 1 Mio EURO aber nicht.

Dahinstehen kann im Rahmen der Zulässigkeit des Verfahrens folglich auch die Frage, ob den Betrachtungen nach § 38 Abs. 4 TKG die Umsatzentwicklung zum Zeitpunkt des Markteintritts (01.02.2007) oder im Zeitpunkt der Entscheidung zu Grunde zu legen ist und ob eine (nachträglich Prognose) oder die spätere Umsatzentwicklung berücksichtigt werden muss. Denn auch im Zeitpunkt der Entscheidung überschreiten die jeweiligen Einzelverträge ein Umsatzvolumen von 1 Mio. jährlich nicht.

Dass der Bezugspunkt für die Beurteilung des Gesamtvertragsvolumens nur der einzelne Vertrag sein kann, der zu Zahlungspflichten und dementsprechend Umsatz führt, ergibt sich überdies aus folgenden Überlegungen:

Die Festlegungen zur Marktdefinition und Marktanalyse fordern bereits nach dem eindeutigen Wortlaut bei der Nennung der sachlich relevanten Märkte jeweils einen „Gesamtvertrag mit einem einzelnen Kunden“ (vgl. Ziff. H.I.5 der Festlegung, Seite 101f). Des Weiteren wird dort klargestellt, dass die Umsatzschwelle „pro Vertrag“ erreicht werden muss (vgl. Ziff. H.I. 4(f) der Festlegung, Seite 96). Die Tatsache, dass nicht nur auf „einen Kunden“ verwiesen wurde (was eventuelle noch Raum für eine Interpretation im Sinne des Verweises auf eine Kundengruppe gelassen hätte), sondern klarstelle, dass die Befreiung für Verträge mit einem „einzelnen“ Kunden im Sinne einer Besonderheit geht, macht deutlich, dass hier eben keine (Rahmen)Verträge bzw. gleichlautende Verträge mit einer Vielzahl von Einzelkunden erfasst werden sollten.

Gemeint sind also Vertragspartner (Kunden), die Umsatz generieren und die für diesen Umsatz eine Rechnung erhalten. Bei der Beurteilung des Umsatzvolumens haben daher Verträge auszuscheiden, die wie die Rahmenvereinbarung des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz keinen Umsatz vereinbaren, sondern nur den vertraglichen Rahmen (als Form „Allgemeiner Geschäftsbedingungen“), welcher von den einzelnen Vertragspartnern angenommen werden kann.

Zwar kann ein einziger Vertragspartner nach der Präsidentenkammerentscheidung vom 23.06.2006 mehrere Leistungen zusammenfassen lassen, so dass der eigenständige Markt der Verträge mit einem Umsatz größer 1 Mio. EURO vorliegt. Dies gilt aber nicht, wenn mehrere Vertragspartner völlig getrennt, auch schuldrechtlich, beauftragen.

Gleiches ergibt sich auch aus der Tatsache, dass der Rahmenvertrag selbst gerade nicht die konkrete Leistungsbeziehung mit dem jeweiligen Kunden regelt. Diese wird erst durch den jeweiligen Beitrittsvertrag bestimmt. In diesem ist dann rechtlich eigenständig (§ 1 Abs. 3 des Rahmenvertrages) geregelt, welche konkreten Leistungen der Kunde in Anspruch nimmt.

Der Kunde muss insbesondere auch nicht pauschal das gesamte Leistungsbündel des Rahmenvertrages beziehen, sondern wählt seinen individuellen Leistungsumfang mittels des Einzelvertrages, den er auch individuell wieder kündigen kann. Es handelt sich bei dem Rahmenvertrag daher nur um die Regelungen einer Art Einkaufsgemeinschaft, eine Art Branchentarif, während die tatsächlichen Leistungsbeziehungen unter den jeweiligen Einzelverträgen abgewickelt werden. Die Einkaufsgemeinschaft besteht aus mehreren Rechtspersönlichkeiten, die aber auch mehrere Kunden im Sinne der Regulierungsverfügung darstellen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass ein anderes Verständnis entgegen den Zielsetzungen der Regulierungsverfügung dazu führen würde, dass sich die Betroffene der Regulierung dadurch entziehen könnte, dass sie eine Vielzahl gleichlautender und gleich tarifizierter Klein- und ggf. sogar Kleinstverträgen über Standardleistungen jeweils unter einem Rahmenvertrag zusammenfasst und damit unregulierte Branchentarife einführt.

Die Betroffene führt zu Recht aus, dass die Festlegungen der Bundesnetzagentur zu den Märkten 1-6 von der Prämisse ausgehen, dass ab einem Jahresumsatz von mehr als 1 Mio. EURO pro Vertrag die Austauschbarkeit aus Anbietersicht stark eingeschränkt sei, weil hier nur noch einige große Anbieter in der Lage seien, die Nachfrage zu erfüllen (S. 96). Nach den dortigen Ausführungen ist es aufgrund des hohen Vertragsvolumens eher unwahrscheinlich, dass Regio-Carrier in diesem Segment tätig sind.

Dieser Ansatz der Bundesnetzagentur wird durch die Argumentation der Betroffenen jedoch ins Gegenteil verkehrt, wenn – wie von der Betroffenen in der mündlichen Verhandlung vorgetragen – das über einen T-VPN-Rahmenvertrag akquirierte und als Summe der Vertragsvolumina der einzelnen Kundenverträge errechnete oder prognostizierte Vertragsvolumen zur Grundlage der Betrachtung gemacht würde. Dieses Verständnis hätte als nämlich zur Konsequenz, dass die regulatorische Förderung des Wettbewerbs um alle Kunden mit einem beliebig kleineren Vertragsvolumen als 1 Mio. EURO deshalb dort ausfiele, wo große Anbieter Rahmenverträge offerierten, welche jeweils zahlreiche einzelne Kundenverträge betreffen. Wenn dieser Ansatz zuträfe, müsste der Adressatenkreis von Rahmenverträgen nur entsprechend groß formuliert werden, um eine Regulierungsbedürftigkeit der Märkte wegdefinieren zu können. Dieser Zirkelschluss ist ersichtlich nicht Ziel der Festlegungen der Bundesnetzagentur und kann es nach den gesetzlichen Vorgaben auch gar nicht sein.

Etwas anders ergibt sich auch nicht aus dem Vortrag der Betroffenen, der Rahmenvertrag sei ein bindendes Angebot im Sinne eines echten Vertrages zugunsten Dritter, zu dem der Nutzer nur noch den Beitritt also die Annahme des Angebots erklären müsse. Denn der Vertrag entfaltet eine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung jedenfalls für den Dritten nicht. Der Rahmenvertrag begründet keine vertraglichen Leistungsverhältnisse zu einzelnen Kunden. Ein Leistungsaustausch findet nur mit den Einzelkunden statt. Erst der einzelne Nutzer begründet wirkliche Rechtsbeziehungen. Der Umfang des Leistungsaustausches wird zudem durch einzelne Nutzer bestimmt, da einzelnen Leistungsverhältnisse unabhängig voneinander kündbar oder abänderbar sind. Schuldner des Vertrages sind entsprechend obiger Ausführungen die Einzelkunden. Die Vertragspartner des Rahmenvertrages treten auch nicht etwa als Reseller auf.

### **1.3 Kenntnissgabepflicht nach § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG**

Dass der Rahmenvertrag wie mit Schreiben vom 30.10.2007 vorgetragen im Nachhinein ein Umsatzvolumen von mehr als 1 Mio. Euro entwickelt hat, befreit daher nicht von der Kenntnissgabepflicht nach § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG. bezüglich der Beitrittsverträge.

Die Kammer behält sich – über den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens hinaus – vor, die Kenntnissgabepflicht außerhalb des vorliegenden Verfahrens nach § 149 Absatz 1 Nr. 7 TKG weiter zu verfolgen.

Die Kammer zieht ferner in Erwägung, die Vertragsgestaltung des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz einer Untersuchung im Hinblick auf §§ 42, 43 TKG zu unterziehen und ggf. nach § 126 TKG vorzugehen.

Des Weiteren behält sich die Kammer vor, die Anbahnung der Vertragsverhältnisse im Hinblick auf die vom Bundesministerium des Inneren erstellte „Unterlage für Ausschreibungen und Bewertung von IT-Leistungen (UFAB IV)“ vom 01.11.2006 näher zu analysieren.

## **2. Begründetheit**

Die im Rahmen des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz vereinbarten und erhobenen Entgelte genügen nicht den Maßstäben des § 28 TKG. Die Betroffene hat durch die Vertragsgestaltung ihre marktbeherrschende Stellung bei der Forderung und Vereinbarung der Entgelte des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz im Sinne missbräuchlich ausgenutzt. Die Entgelte stellen ein missbräuchliches Verhalten im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG dar. Die Betroffene nimmt bei dem Produktangebot T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz eine Bündelung vor, die nicht nachbildbar und damit sachlich nicht gerechtfertigt ist. Es ist insbesondere effizienten Wettbewerbern der Betroffenen nicht möglich, das Bündelangebot zu vergleichbaren Konditionen anzubieten.

Das Produktangebot stellt sich als missbräuchliches Verhalten nach § 28 Abs. 1 Satz 1 TKG dar, denn es bewirkt Marktverschließungseffekte und beeinträchtigt die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt damit in erheblicher Weise. Eine sachliche Rechtfertigung hierfür ist nicht nachgewiesen und auch nicht erkennbar.

### **2.1 Missbräuchliches Verhalten nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG (Sachlich ungerechtfertigte Bündelung wegen fehlender Nachbildbarkeit)**

Das Produktangebot T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz erfüllt den Vermutungstatbestand missbräuchlichen Verhaltens nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

Die Kammer geht insofern von folgenden Grundannahmen aus:

a) Der Vertrag T-VPN Rh.-Pf. stellt ein sog. „gemischtes Bündel“ von Leistungen im Sinne der von der Bundesnetzagentur im August 2005 veröffentlichten „Hinweise zu sachlich ungerechtfertigter Bündelung i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG“ dar (vgl. Amtsblatt BNetzA Nr. 15/2005 vom 10. August 2005, Mit.-Nr.196, Pkt. 2.1). Denn die im Rahmen des T-VPN Rh.-Pf. vereinbarten Anschlüsse und Verbindungsleistungen werden sämtlich auch zur Einzelabnahme angeboten. Im Rahmen des T-VPN Rh.-Pf. werden die Leistungen in ihrer Gesamtheit (als Bündel) für die beigetretenen Kunden aber zu einem Preis erbracht, der unterhalb des Preises für den kombinierten Einzelbezug der Produkte liegt.

Der Vertrag T-VPN Rh.-Pf. stellt sich darüber hinaus als Bündelung von Anschluss- und Verbindungsleistungen, als Bündelung von schmal- und breitbandigen Anschlüssen wie auch als Bündelung von regulierten und unregulierten Leistungen dar.

b) Gegenstand der im Einleitungsbeschluss zugrunde gelegten Missbrauchsprüfung war zunächst die Vertragsgestaltung und Kalkulation des T-VPN Rh.-Pf. zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Prüfungsgegenstand war die Nachbildbarkeit des Bündelangebots in der historischen Wettbewerbssituation per 01.02.2007. Der Prüfung zugrunde gelegt wurde daher zunächst die vereinbarte Gesamtheit von Leistungen per 01.02.2007, der per 01.02.2007 definierte Kundenbestand und die für den Zeitpunkt 01.02.2007 von der Betroffenen dargelegte Kalkulation.

c) Eine Bündelung ist durch effiziente Wettbewerber nachbildbar, wenn diese Zugang zu allen Bestandteilen des Produktbündels haben können und die Wettbewerber die Bestandteile des Bündelangebots zu Entgelten erhalten, die es ihnen ermöglichen, das Bündelprodukt zu vergleichbaren Konditionen anzubieten (vgl. „Hinweise zu sachlich ungerechtfertigter Bündelung i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG, a.a.O., Pkt. 4.1).

Bei gemischter Bündelung bemisst sich die Frage, ob ein effizienter Wettbewerber ein Produkt zu vergleichbaren Konditionen anbieten kann danach, ob der im Rahmen des Bündels gewährte Preisnachlass (gegenüber dem Einzelbezug der Leistungen) von Wettbewerbern in gleicher Weise gewährt werden kann, ohne dass diese unprofitabel werden (vgl. . „Hinweise zu sachlich ungerechtfertigter Bündelung i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG, a.a.O., Pkt. 4.1; „Hinweise zur Preis-Kosten-Schere i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG“, Amtsblatt BNetzA vom 14.11.2007, Mit.-Nr. 940, Pkt.4.4).

Die Nachbildbarkeit bemisst sich nicht nach der Kostenstruktur der Einzelleistungen (Anschlüsse und Verbindungen), sondern nach dem Gesamtpreis des Paketangebots. Daher kann dahinstehen, ob und ggf. welche Portpreise im Einzelnen nachbildbar wären. Denn aus Sicht des Kunden, der das Bündelangebot als Ganzes nachfragt, geht es weniger darum, auf welche Leistungskomponenten der Preisnachlass entfällt, als vielmehr um den Gesamtpreis des Paketangebots (vgl. „Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG, Amtsblatt BNetzA, a.a.O., Pkt. 4.4, S. 57).

Es ist zudem weder notwendig noch angemessen, unregulierte Bestandteile eines Bündelangebots separat der Regulierung zu unterwerfen. Die Preiskalkulation nicht regulierter Komponenten - auch für einzelne nicht regulierte Komponenten im Bündelprodukt – und die Frage der Endbündelung von Endkundenangeboten bezogen auf die unregulierten Komponenten, sollte Entscheidung des Unternehmens sein, solange die Preise in der Summe nachbildbar sind (vgl. „Hinweise zu sachlich ungerechtfertigter Bündelung i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG“, a.a.O., Pkt. 4.4).

d) Das Portpreismodell des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz ist Hinblick auf das gesamte Leistungsbündel aus Wettbewerbersicht auch zum Zeitpunkt der vorliegenden Entscheidung nicht kostendeckend und kann somit zu vergleichbaren Konditionen nicht angeboten werden (vgl. hierzu Punkt 2.1.3).

### **2.1.1 Kein Vorrang des Vergleichsmarktpinzips**

Die Kostenunterdeckung ergibt sich unter Zugrundelegung der von der Betroffenen angegebenen Verkehrszahlen im Wege der Kostenprüfung nach §§ 38 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. 33 TKG.

Eine Überprüfung nach dem Vergleichsmarktpinzip gemäß § 38 Abs. 2 Satz 3 TKG i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 3 TKG war vorliegend nicht möglich.

Zum einen kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von den Wettbewerbern verwendeten Entgelte in diesem stark umkämpften Marktsegment kostenunterdeckend und damit ungeeignet zur Bestimmung der Missbrauchsschwellen des § 28 TKG sind. Die Wettbewerber sind in der Praxis nämlich gezwungen, sich an den Preisen der Betroffenen zu orientieren bzw. diese sogar im Einzelfall noch zu unterschreiten. Die Entgelte der Wettbewerber stellen schon aus diesem Grunde keine taugliche Vergleichsgröße im Rahmen des § 28 Abs. 2 TKG dar.

Damit war nach § 38 Abs. 2 Satz 3 TKG eine auf die Kosten der Betroffenen gestützte Kostenprüfung nach § 33 TKG vorzunehmen.

Der Einwand der Betroffenen, die Kammer hätte eine Vergleichsmarkt Betrachtung anhand der von ihr vorgelegten von Wettbewerbern am Markt angebotenen (niedrigeren) Preise

durchführen müssen, anhand derer sich keine Kostenunterdeckung ergäbe, geht fehl.

Die von der Betroffenen vorgelegten Wettbewerberangebote sind aus obigen Gründen für eine Vergleichsmarktbetrachtung i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG ungeeignet. Zudem ist zu beachten, dass gerade individuelle Vereinbarungen einen breiten systematischen Vergleich von Angeboten unmöglich machen.

Unabhängig davon ist darauf hinzuweisen, dass das in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Angebots der Beigeladenen zu 2 (Versatel) nicht geeignet ist, eine Nachbildbarkeit anzunehmen. Der dortige Preis ist mit dem Portpreismodell nicht vergleichbar. Denn er stellt einen reinen Grundpreis für den Anschluss dar nebst minutenbasierten Preisen für Verbindungsleistungen ohne jede Flatrate-Komponente.

Eine Vergleichsmarktbetrachtung scheidet zudem - auch nach Auffassung des Bundeskartellamtes - aus, da ein hierfür geeigneter vergleichbarer, dem Wettbewerb geöffneter Markt nicht ersichtlich ist. Aus kartellrechtlicher Sicht kann zudem als Vergleichsmaßstab ohnehin kein Wettbewerbsangebot desselben Marktes in Betracht kommen, sondern nur von einem anderen (in der Regel räumlichen) Markt (im vorliegenden Fall also einen ausländischen Markt). Wettbewerberangebote desselben Marktes sind vielmehr im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens zu berücksichtigen, wie dies unter Abschnitt 2.5 erfolgt.

### **2.1.2 Kosten effizienter Wettbewerber**

Da es sich bei dem im Rahmen der Nachbildbarkeit zugrunde zu legenden effizienten Wettbewerber nicht um konkrete Unternehmen, sondern um eine reine Referenzgröße handelt, wurden zur Bestimmung der Kosten im Vorermittlungsstadium im Einklang mit den „Hinweisen zur Preis-Kosten-Schere i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG“ (vgl. Amtsblatt BNetzA vom 14.11.07, a.a.O.) bestimmte Grundannahmen getroffen:

#### **(a) Kosten für Verbindungen**

Aufgrund regulierter Vorleistungen im Verbindungsbereich (IC-Entgelte), können diese zusätzlich eines 25%igen Aufschlags für Vermarktung, Delkredere und Inkasso näherungsweise als Ersatz für die Kosten effizienter Wettbewerber bei der Nachbildung von Verbindungsleistungen herangezogen werden.

Der noch unter § 24 TKG 1996 von der Beschlusskammer hierfür systematisch entwickelte Aufschlag von 25% (Beschluss v. 16.02.2000, Az. BK2-1 99/035) wird auch unter dem Regime des TKG 2004 als adäquat erachtet (vgl. zuletzt Beschluss v. 12.12.2005, Az. BK2c 05/003). Obwohl Basis dieser Formel die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens sind, kann sie zur Abschätzung vertretbarer Wettbewerberkosten herangezogen werden. Da auch effiziente Wettbewerber auf die Vorleistungen des vertikal integrierten marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen sind und an dieser Stelle nicht zu unterstellen ist, dass effiziente Wettbewerber angesichts geringerer Größenvorteile durch effizientere Eigenleistungen *generell* im Saldo günstiger produzieren können als es den anhand des KeL-Maßstabes ermittelten Vorleistungsentgelten entspricht, können hilfsweise die genehmigten Vorleistungsentgelte als Approximation für die Kosten des effizienten Wettbewerbers herangezogen werden.

Unabhängig davon, inwieweit einzelne effiziente Wettbewerber unter den Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens bleiben können, ist im Rahmen einer Grenzbetrachtung davon auszugehen, dass eine relevante Anzahl von effizienten Wettbewerbern zumindest zur Nachbildung des geprüften Tarifs auf den vollständigen Bezug aller relevanten Vorleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen ist. Da in diesem Falle nur noch der Vertriebsbereich dazu beitragen kann, das Kostenniveau des marktbeherrschenden Unter-

nehmens zu unterbieten, verbleibt für Effizienzvorteile dieser Wettbewerber zur Kompensation etwaiger Mehrkosten an anderer Stelle allerdings nur geringer Spielraum.

Um die Kosten zu senken und damit den Preissetzungsspielraum zu erhöhen, können effiziente Wettbewerber allerdings bereits im Vorleistungsbereich kostengünstigere Eigenleistungen erbringen. Dabei ist hier zu unterstellen, dass effiziente Wettbewerber wettbewerberimmanente Kosten, wie Kollokationsraummieten, durch günstigere Kosten der Eigenleistungen bzw. gezielte Kundenaquisition zur höheren Auslastung von Netzelementen gerade kompensieren können (z.B. Eigenleistungen der Verbindungsnetzbetreiber auf der Fernebene). Damit kann die Ermittlung der (Produktions-)Kosten effizienter Wettbewerber auf den Vorleistungskosten des marktbeherrschenden Unternehmens zuzüglich eines darin nicht enthaltenen 25% Aufschlags für Vermarktung, Delkredere und Inkasso aufsetzen.

Die Heranziehung von Interconnection-Entgelten ist deshalb für den gesamten schmalbandigen Verbindungsbereich möglich wie er Gegenstand des T-VPN Rh.-Pf. ist.

## **(b) Kosten für Anschlüsse**

### **(1) Kosten für schmalbandige Anschlüsse**

Für schmalbandige Anschlüsse werden in ständiger Praxis der Bundesnetzagentur die jeweiligen Endkunden-Entgelte eingesetzt. Die Bundesnetzagentur geht insofern davon aus, dass die Wettbewerber u.a. aufgrund des Zugangs zur TAL und ihrer eigenen Wertschöpfung in der Lage sein müssten, die Endkunden-Entgelte insgesamt kostendeckend nachzubilden. Die Endkundenentgelte sind damit oberer Benchmark für die Kosten effizienter Wettbewerber bei schmalbandigen Anschlüssen wie sie im T-VPN Rh.-Pf vereinbart wurden.

Der Einwand der Betroffenen, statt der Preise der AGB-Business-Anschlüsse seien die Preise für AGB-CallPlus-Anschlüsse zzgl. bestimmter Kostenwerte für die verkürzte Entstörfrist einzustellen, ist systemwidrig. Soweit die Betroffene eine Kostenbetrachtung befürwortet, müsste sie Kostenunterlagen für sämtliche anschlussbezogenen Leistungen, d.h. nicht nur auszugsweise für ein Leistungsmerkmal (Entstörung) vorlegen.

Im Übrigen erscheint es grundsätzlich sachgerecht, die Anschlusspreise als Approximation der zugrundeliegenden Kosten anzusehen, weil im Zuge der Beseitigung eines seinerzeit festgestellten Anschlusskostendefizits im Jahr 2003 die Maßgrößen der Price-Cap-Regulierung gerade in der Weise angepasst worden sind, dass die Endkundenpreise in der Mittelung über alle Anschlussarten den zugrundeliegenden effizienten Kosten entsprachen. Zwar können seitdem geringfügige Änderungen sowohl auf der Kosten- als auch auf der Preis- und Leistungsseite eingetreten sein. Dies spricht aber nicht dagegen, die Preise als Approximationswerte in die Preis-Kosten-Scheren-Prüfung einzubeziehen. Der von der Betroffenen gewählte Ansatz ist auch deshalb nicht berechtigt, weil in dem hier gegenständlichen T-VPN-Vertrag gar keine CallPlus-Anschlüsse enthalten sind. Leistungsmerkmal der CallPlus-Anschlüsse ist eine garantierte Entstörfrist von längstens 24 Stunden. Die der Beschlusskammer bekannten T-VPN-Verträge garantieren eine verkürzte Entstörfrist für Telefonanschlüsse von maximal 8 Std. Dementsprechend ist der CallPlus-Anschluss als Referenz ungeeignet. Selbst wenn man jedoch das Entgelt eines CallPlus-Anschlusses ansetzen würde, müssten aus den o.g. Gründen zur Vermeidung von Systemwidrigkeiten korrespondierende Entgelte für eine auf 8 Std. verkürzte Entstörzeit veranschlagt werden. Ein entsprechendes Entgelt bietet die Betroffene für den sog. Comfort-Service in Höhe von 85,16 €/Jahr bzw. 7,16 €/Monat an. Somit würde für den ISDN-Anschluss ein Entgelt von 27,80 €/Monat resultieren.

Die Beschlusskammer hat hingegen ein Entgelt von 24,95 €/Monat (netto) veranschlagt. Dieser Ansatz bildet einen typischen Business-Anschluss der Betroffenen ab. Diese Betrachtung ist sogar konservativ zum Vorteil der Betroffenen gewählt, weil ausschließlich ISDN-

Mehrgeräteanschlüsse betrachtet werden, obwohl sicherlich auch ein gewisser Anteil teurer Anlagenanschlüsse hätte berücksichtigt werden müssen.

## **(2) Kosten für breitbandige Anschlüsse**

Da es sich hierbei um eine unregulierte Leistung handelt, können bei breitbandigen Anschlüssen nicht die Endkunden-Entgelte als Kosten eines effizienten Wettbewerbers angesetzt werden.

Insoweit wurden vorliegend die Kosten für einen breitbandigen Anschluss zugrunde gelegt. Der zuletzt vor 2 Jahren von der Bundesnetzagentur ermittelte Wert für die Kosten eines breitbandigen Anschlusses beträgt 8,30 Euro und wurde im vorliegenden Verfahren von der Betroffenen auch nicht in Frage gestellt. Es ist zwar fraglich, ob dieser Preis bei erneuter Überprüfung im Rahmen weiterer Verfahren bestätigt werden wird. Aufgrund des - bezogen auf den Umsatz - relativ niedrigen Anteils der DSL-Anschlüsse im Gesamtangebot würde aber auch ein deutlich niedrigerer Wert am Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere im Ergebnis nichts ändern. Das Angebot der Betroffenen wäre insoweit selbst bei Ansatz der DSL-Anschluss mit Null EURO noch kostenunterdeckend. Es bleibt der Betroffenen aber unbenommen, einen anderen Wert nachzuweisen.

Zu Recht weist die Betroffene allerdings darauf hin, dass die von der Kammer bei der Ermittlung der Kosten für die breitbandigen Anschlüsse und die Internetnutzung angesetzte Formel in unzulässiger Weise zu einem doppelten Aufschlag bei den Kosten für die Breitband-Zuführung führe. (Zu den Auswirkungen auf die Kalkulation der Kammer vgl. nachfolgend Punkt (3)).

## **(3) Kosten für Internetnutzung**

Für die Ermittlung der Kosten für Internetnutzung wurde in Abweichung vom Eröffnungsbeschluss von einer durchschnittlichen Nutzung von ca. 7,2 GB pro Nutzkanal ausgegangen. Diese Größenordnung entspricht den im Tätigkeitsbericht 2006 / 2007 der Bundesnetzagentur veröffentlichten Zahlen zu Breitbandnutzung und -anschlüssen.

Die hier anzunehmenden Kosten von 2,41 Euro ergeben sich aus der Anwendung des Online-Connect Tarifs der DTAG zuzüglich eines 23%igen Aufschlags für die Vertriebskosten (Anschluss und Nutzung). Aufgrund von früheren Untersuchungen ist ein Aufschlag von ca. 23 % als wahrscheinlich anzusehen. Der Betroffenen ist aber darin zu folgen, dass bei der Kalkulation "normaler" DSL-Anschlüsse entgegen den dem Einleitungsbeschluss zugrunde liegenden Berechnungen keine Kosten für Internet-Nutzung angesetzt werden dürfen.

Der T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz beinhaltet als Breitbandanschlüsse sowohl DSL als auch DSL-Business-Anschlüsse. Während bei DSL-Business die Breitbandzuführung im jeweiligen Preis mit enthalten ist, ist dies bei den „normalen“ DSL-Anschlüssen nicht der Fall. Der Kunde muss hier einen separaten Internet-Zugangsdienst beauftragen und bezahlen, welcher daher auch nicht Bestandteil des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz ist.

Somit dürfen daher keine Kosten für die Internet-Nutzung bei der Kalkulation dieser „normalen“ DSL-Anschlüsse angesetzt werden.

Die gegenüber dem Einleitungsbeschluss hierzu vorgenommenen Korrekturen sowie zur Internet-Nutzung wie auch zu den Kosten für breitbandige Anschlüsse führen insgesamt zu einer Verringerung der Kostenunterdeckung um            %

### **2.1.3 Mengengerüst der Kostenermittlung**

Bei der auf diesen Kostenfaktoren aufsetzenden Berechnung kommt es zudem auf die tatsächliche bzw. zu erwartende durchschnittliche Nutzung eines Leistungsangebots an.

Grundlage dieser Prognose ist insbesondere die Fortschreibung vergleichbarer, empirisch gewonnener durchschnittlicher Nutzerprofile. Im vorliegenden Fall ist die Prüfung auf das Portpreismodell im Ganzen bezogen worden. Inwieweit in Abhängigkeit von den jeweiligen Wettbewerbsbedingungen auch andere Vorgehensweisen bzw. Anknüpfungspunkte für die Nachbildbarkeits-Prüfung denkbar sind, kann an dieser Stelle dahin stehen, da selbst die aus Sicht der Betroffenen vorteilhafteste Annahme einer weitgehenden Mischkalkulation bereits zur Feststellung einer Preis-Kosten-Schere führt.

### 2.1.3 Fehlende Nachbildbarkeit

Es ist effizienten Wettbewerbern der Betroffenen nicht möglich, das Bündelprodukt T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz zu vergleichbaren Konditionen anzubieten. Denn nach den o.g. Festlegungen ergibt sich insgesamt eine Kostenunterdeckung, die zur Feststellung fehlender Nachbildbarkeit durch effiziente Wettbewerber führt.

1) Die ermittelte Kostenunterdeckung ergibt sich bei einem Nutzerbestand von [REDACTED] Teilnehmern per 01.02.2007 wie folgt (vgl. Anlage 1):

Die Kosten für Sprach-Verbindungen belaufen sich auf [REDACTED] EURO. Diese Summe ergibt sich unter Berücksichtigung der im T-VPN geschalteten Kanäle und folgender zugrunde gelegten Verkehrsverteilung:

Von den im T-VPN Vertrag vereinbarten [REDACTED] Min/Kanal/Monat gehen [REDACTED] in die Mobilfunknetze (davon [REDACTED]). Die übrigen Verbindungsminuten sind dem Festnetz zuzuordnen. Diese Verbindungsminuten teilen sich nach Angaben der Betroffenen im Schreiben vom 12.09.2007 auf in [REDACTED]

Die Kammer hat die Kosten für Anschlüsse mit [REDACTED] EURO errechnet. Die Kosten für Anschlüsse errechnen sich aus dem Produkt der im T-VPN-Vertrag Anhang A (Entgelte) festgelegten Anzahl der Anschlüsse und der für die Kosten veranschlagten AGB-Preise für analoge und digitale Anschlüsse zuzüglich etwaiger Breitbandanteile (vgl. Punkt 2.1.2 b) (2)).

Die Einnahmen aus dem T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz belaufen sich auf [REDACTED] EURO/Monat. Diese Summe ergibt sich aus den Produkten von Anschlüssen und Portpreis je Anschluss nach Anhang Teil A des T-VPN-Rahmenvertrages.

Die Differenz aus den so errechneten Einnahmen und Kosten beläuft sich auf – [REDACTED] EURO/Monat. Dies entspricht einer Kostenunterdeckung von [REDACTED]

2) Die Nichtberücksichtigung der DSL-Anschlüsse als Kosten (vgl. 2.1.2 b) (2)) ergibt sich eine rechnerische Kostenunterdeckung von – [REDACTED] EURO/Monat. Dies entspricht einer Kostenunterdeckung von [REDACTED] (vgl. Anlage 2).

3) Unter Zugrundelegung der von der Betroffenen angesetzten Kosten für den Nutzerbestand von [REDACTED] Teilnehmern per 30.09.2007 ergibt sich - unter Berücksichtigung der im T-VPN-Vertrag vereinbarten Gradientenanpassung von [REDACTED] nach § 8 und der Entgeltanpassung nach § 3 des Vertrages - eine Kostenunterdeckung von [REDACTED] EURO/Monat (vgl. Anlage 3).

Wegen der der Feststellung der Kostenunterdeckung im Einzelnen zugrundeliegenden Berechnungen wird auf die Anlagen Bezug genommen.

4) Der Einwand der Betroffenen, es komme nicht auf die Nachbildbarkeit des Produkts an, sondern darauf, ob das Produkt zu vergleichbaren Konditionen angeboten werden könne, geht insoweit fehl als die Kammer ihre Betrachtung nicht auf eine vollständige Identität möglicher Produkte von Wettbewerbern gestützt hat.

Zu Unrecht macht die Betroffene auch eine Gesamtbetrachtung des Endkundenmarktes bei der Frage der Nachbildbarkeit geltend. Denn der zitierte Zusatz "auf dem Endkundenmarkt" ist ein Tatbestandsmerkmal des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG und eben nicht des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG und für dessen Prüfung somit nicht heranzuziehen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Hinweis der Kammer, dass beiden Tatbeständen dieselben Prüfmaßstäbe zugrunde lägen. Ein Verstoß gegen § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG war vorliegend nicht zu prüfen. Zur Begründung wird auf Punkt 2.2 verwiesen.

Auch der Einwand der Betroffenen, das IC+25% Kriterium setze an der einzelnen Leistung und damit an den im Rahmen des § 28 TKG nicht zu prüfenden Kosten effizienter Leistungsbereitstellung an und widerspreche aufgrund einheitlichen Effizienzbegriffs der Entscheidung des Gesetzgebers auf Absenkung der Preisuntergrenze in § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG, ist nicht zutreffend. Denn der Dumpingmaßstab aus § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG gilt ausschließlich für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und entfaltet damit keine Relevanz für die Kosten ihrer - nicht marktmächtigen - Wettbewerber.

Dem Einwand der Betroffenen, sie habe höhere Lohn- und Gehaltskosten als effiziente Wettbewerber, so dass die insoweit niedrigeren Kosten der Wettbewerber bei der Nachbildbarkeit zum Ansatz kommen müssten, vermag die von der Kammer vorgenommene Benchmark-Betrachtung nach den Kosten der Betroffenen nicht in Frage zu stellen. Denn möglicherweise geringeren Lohn- und Gehaltskosten der Wettbewerber stehen erfahrungsgemäß höhere Kosten an anderer Stelle (z.B. in Form geringerer Skalenvorteile und Verbundvorteile) gegenüber. Wettbewerber haben damit strukturelle andere Kosten als die Betroffene, so dass eine Einzelbetrachtung der Kosten für die Frage der Nachbildbarkeit nicht weiter führt.

Soweit die Betroffene argumentiert, das IC+25%-Kriterium dürfe nicht angewandt werden, da dieses entwickelt worden sei, um im ex-ante-Verfahren die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der DT AG abzubilden, ist dies zunächst richtig. Das noch unter dem TKG 1996 entwickelte Kriterium hatte aber auch die Funktion, im Wege des Vergleichs eine Preis-Kosten-Schere prüfen zu können. Dabei sind die IC-Tarife als Kosten der Wettbewerber zugrunde zu legen. Denn die Wettbewerber müssen die IC-Leistungen zu diesen Preisen einkaufen und als Kosten verbuchen. Wenn aber den Wettbewerbern diese Kosten entstehen, muss sich auch die Betroffene diese Kosten anrechnen lassen. Damit ist das IC+25% Kriterium ein geeigneter Maßstab, um die Kosten effizienter Wettbewerber abzubilden (vgl. hierzu auch die Ausführungen zu 2.1.2 (a)).

Entsprechendes gilt für den Einwand, dass für die Frage der Nachbildbarkeit nicht die AGB-Endkundertarife der Betroffenen zugrunde gelegt werden dürften, sondern ermittelt werden müsse inwieweit effiziente Wettbewerber der Betroffenen auch niedrigere Entgelte als die AGB-Endkundenentgelte nachbilden könnten. Die Produkte der Wettbewerber sind - wie ausgeführt - nicht geeignet deren Kosten zu belegen.

### **2.1.5 Missbrauch (Nachbildbarkeit) im Zeitpunkt der Entscheidung**

Der festgestellte Missbrauch besteht nicht nur per Stand 01.02.2007, sondern ist auch mit Stand 30.09.2007 gegeben. Auf die mit den Unterlagen zum Nutzungsstand 30.10.2007 behauptete Kostendeckung kommt es aufgrund der Preisanpassungsklausel nach § 8 des Rahmenvertrages nicht an.

Zu Recht weist die Betroffene darauf hin, dass ein Missbrauch nach § 28 TKG im Zeitpunkt der Entscheidung vorliegen müsse, d.h. das Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung anhalten und die Wettbewerbsbeeinträchtigung fortbestehen muss. Im Zeitpunkt der Entscheidung liegt ein Verstoß gegen § 28 Abs. 2 Nr. 3, Abs 1 Satz 2 Nr. 2 TKG vor.

Denn die festgestellte Kostenunterdeckung besteht auch im Zeitpunkt der Entscheidung. Die

Kostendeckung ergibt sich insofern nicht nur unter Zugrundelegung der Nutzungsdaten des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz per 01.02.2007 (Markteintritt), sondern zur Überzeugung der Kammer auch nach der Ist-Nutzung (Stand: 30.09.2007).

Ob der Kostenprüfung die Nutzungsdaten per Markteintritt (01.02.2007) oder die Ist-Nutzungsdaten per 30.09.2007 zugrunde zu legen sind, kann damit letztlich offen bleiben. Denn das Angebot ist zum einen wie zum andern Zeitpunkt nicht kostendeckend bzw. läuft unmittelbar in erneute Kostenunterdeckung hinein.

#### a) Entwicklung der Bestandszahlen

Die mit E-Mail vom 30.10.2007 (und nicht mit Schreiben vom 15.09.2007) übermittelten Nutzungsdaten sind zunächst nicht geeignet, den Fortbestand der per 01.02.2007 festgestellten Kostenunterdeckung in Frage zu stellen. Die übermittelten Daten sind nicht plausibel und können der Beurteilung daher nicht zugrunde gelegt werden. Nach dem Ergebnis der amtlichen Ermittlungen ist davon auszugehen, dass die zum Zeitpunkt des Markteintritts vorliegende und festgestellte Kostenunterdeckung fortbesteht. Dies gilt selbst dann, wenn man die von der Betroffenen benannten Nutzungsdaten der Missbrauchsprüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG zugrunde legen würde. Denn mit der vertraglich vereinbarten Preissenkung tritt mit geändertem Nutzungsverhalten erneut Kostenunterdeckung ein.

Im Einzelnen:

1. Mit E-Mail vom 15.10.2007 wird vorgetragen, dass die durchschnittliche Nutzung der Beigetretenen so stark gesunken sei, dass Kostendeckung erzielt werde. Die angegebenen Zahlen sind aber in keiner Weise plausibel.

Aus den Zahlen können folgende Aussagen abgeleitet werden:

Die errechnete Kostendeckung ergibt sich aus einer ca. [REDACTED] Absenkung der Nutzung durch die Kunden. Dabei geht die zurückgegangene Nutzung mit einer Erhöhung der Anzahl von Kunden einher. Während das T-VPN Rheinland-Pfalz per 01.02.2007 einen Bestand von [REDACTED] Kunden aufwies, waren es per 15.09.2007 eine Anzahl von [REDACTED] Kunden. Es lag also ein Zuwachs um ca. [REDACTED] Kunden vor. Der Kundenzuwachs führt zu einer Erhöhung der Kanalzahl um [REDACTED] Kanäle auf [REDACTED] Kanäle. Unter Zugrundelegung von [REDACTED] Kanälen sinkt die durchschnittliche Kanalauslastung von [REDACTED] Minuten/Kanal um [REDACTED] Minuten/Kanal auf [REDACTED] Minuten/Kanal und damit um ca. [REDACTED] und erreicht hiermit soeben die Kostendeckung.

Daraus ist zu schlussfolgern, dass die neu hinzugewonnen ca. [REDACTED] Kunden ein Nutzungsverhalten zeigen, das um ca. [REDACTED] niedriger als das der [REDACTED] Kunden per 01.02.2007 liegt. Denn nur so ist erklärbar, dass sich eine ca. [REDACTED] Absenkung der Nutzung gerechnet über sämtliche Kunden ergibt.

Nach dem Ergebnis der Ermittlungen der Kammer kann aber nicht angenommen werden, dass die dem T-VPN neu beigetretenen Kunden ein derart eklatant abweichendes Nutzungsverhalten hätten als die Kunden per 01.02.2007. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Das T-VPN Rheinland-Pfalz ist als Portpreismodell und in der Zielgruppe dem bei der Kammer bekannten T-VPN SIZ (Sparkassen und Informationszentrum) vergleichbar. Für dieses T-VPN werden von den Wettbewerbern dem T-VPN Rheinland-Pfalz ähnliche zum Teil sogar höhere Nutzungsdaten vorgelegt als mit einer Kanalauslastung von [REDACTED] Minuten/Kanal in Anhang A Punkt 1.2 des Rahmenvertrages zwischen den Vertragsparteien vereinbart.

Auch der insoweit vergleichbare OECD-Wert für small and medium Enterprises (Revised

OECD Price Benchmarking Baskets 2006) weist mit durchschnittlich ca. 564 Minuten/Kanal eine deutlich höhere Nutzung durch – insoweit vergleichbare – kleine und mittlere Unternehmen aus.

Auch im Vergleich mit Daten zu Privatkunden (Tarif XXL Fulltime Spezial II) lässt sich feststellen, wie sich ein Tarif entwickelt, wenn sog. „low user“ dazu kommen. Bei dem Tarif XXL Fulltime Spezial II ergab sich insofern eine Rückentwicklung des durchschnittlichen Nutzungsverhaltens in [REDACTED] Monaten im Durchschnitt um maximal [REDACTED]. Nach Maßgabe dieses Vergleichs ist es nicht erklärlich, dass es beim T-VPN Rheinland-Pfalz zu einem Rückgang in [REDACTED] Monaten um ca. [REDACTED] gekommen sein sollte.

Insbesondere auch der Umstand, dass sowohl die Betroffene wie die Kunden des T-VPN-Vertrages Rheinland-Pfalz als Organisationen des öffentlichen Rechts (und deren Eigenbetriebe) langjährige und damit gesicherte Kenntnis über die entsprechenden Nutzungsprofile haben, rechtfertigt die Annahme, dass der im Rahmenvertrag vereinbarte Referenzwert der Kanalauslastung der tatsächlichen Nutzung entspricht. Die Betroffene hat – zumal es sich vorliegend um Vertragsverhältnisse mit einem großen Anteil an sog. Bestandskunden handelt – gute Kenntnis über den Nutzungsumfang der „Zielgruppe“ des Vertrages. Dies gilt auch für die Kunden selbst, die regelmäßig zu entsprechenden Angaben in Ausschreibungen gezwungen sind und Kenntnis über ihr Nutzungsprofil auch aufgrund vorausgegangener Vertragsverhältnisse mit Telekommunikationsdienstleistern, jedenfalls aber eine recht gute Vorstellung über ihre Nutzung haben. Es ist daher davon auszugehen, dass die Vertragsparteien per 01.02.2007 aufgrund beidseitiger langjähriger Erfahrung mit den in § 8 des Rahmenvertrages in Verbindung mit Anhang Teil A; Punkt 1.2 vereinbarten Kanalauslastung von [REDACTED] Minuten/Kanal das tatsächliche Nutzungsverhalten der Zielgruppe widerspiegeln. Abweichungen in einer Größenordnung von +/- 10% wurden dabei bereits durch § 8 Absatz 2 und 3 des Rahmenvertrages berücksichtigt.

Die Kammer geht ferner davon aus, dass kommunale Einrichtungen – zumal in ihrer gegenwärtig häufig kritischen wirtschaftlichen Lage – keine Verträge eingehen, mit denen Nutzungsmengen vereinbart werden und bezahlt werden müssen, die über dem ihnen bekannten eigenen Bedarf liegen.

Dass es zu einem ausgeprägten Nutzungsrückgang gekommen sein sollte, ist zudem um so weniger anzunehmen als die Kunden nach den vertraglichen Vereinbarungen die Möglichkeit haben, „unwirtschaftliche“ Anschlüsse, d.h. solche, bei denen aufgrund geringer Nutzung eine minutenbasierte Abrechnung aufgrund von AGB-Angeboten günstiger ist, selbst nachträglich aus dem Leistungsumfang des T-VPN Rheinland-Pfalz-Vertrages herauszunehmen und entsprechende Anschlussanalysen und Beratungen durch die Betroffene selbst auch erfolgen. Angesichts der Vertragsgestaltung ist daher davon auszugehen, dass die Kunden gezielt kostenträchtige, stark genutzte Anschlüsse in den T-VPN-Tarif überführen. Dies hat zur Folge, dass vorwiegend die kostenintensiven Anschlüsse zu dem T-VPN-Tarif nachgefragt werden.

Ausweislich des schriftlichen Vortrags der Beschwerdeführer und entsprechender unbestrittener Aussagen in der mündlichen Verhandlung besteht nach dem Rahmenvertrag in Verbindung mit dem jeweiligen „Leistungsschein“ zudem die Möglichkeit, dass der einzelner Kunde entscheidet, für welche Lokationszugänge er eine Beitrittsvereinbarung abschließt. Es können z.B. Anschlüsse an einzelnen Standorten auf das Portpreismodell umgestellt werden und andere wiederum nicht. Auch innerhalb von Standorten kann der einzelnen Kunde entscheiden, welche Lokationszugänge er vertraglich vereinbart. Der Kunde kann daher eine Optimierung der zu zahlenden Entgelte bewirken, indem die Anschlüsse mit geringen Verbindungsvolumina entweder nicht in den Vertrag integriert oder im weiteren Zeitablauf wieder herausgelöst.

Die behauptete Entwicklung stellt die Ursprungssituation folglich derart in Frage, dass sie

nicht glaubhaft ist.

#### **b) Perpetuierung der Kostenunterdeckung (Preisanpassungsklausel)**

Selbst aber, wenn man der Missbrauchsprüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG die Nutzungsdaten aus der E-Mail der Betroffenen vom 30.10.2007 zugrunde legt, tritt lediglich vorübergehend Kostendeckung ein. Denn nach § 8 Absatz 2 des Rahmenvertrages werden die monatlichen Portpreise bei einer Abweichung eines oder mehrerer Gültigkeitsparameter um mehr als 10% gegenüber dem Referenzwert, im Mittel über die zwölf Monate eines Wertstellungszeitraums, mit Wirkung ab dem nächsten Wertstellungszeitraum je Prozent Abweichung gemäß der vereinbarten Gradienten für Steigerung und Reduktion angehoben bzw. abgesenkt.

Die sich aus den mit Mail vom 30.10.2007 ergebende Absenkung der Verkehrsauslastung führt damit (per 01.02.2008: Wertstellungszeitraum = 12 Monate ab Bereitstellung) zwangsläufig zu einer Absenkung der Portpreis-Entgelte und damit erneut in die Kostenunterdeckung.

Die Kostenunterdeckung beläuft sich unter Zugrundelegung der von der Betroffenen angesetzten Kosten für den Nutzerbestand von [REDACTED] Teilnehmern per 30.09.2007 - unter Berücksichtigung der im T-VPN-Vertrag vereinbarten Gradientenanpassung von [REDACTED] % nach § 8 und der Entgeltanpassung nach § 3 des Vertrages - auf [REDACTED] EURO/Monat (vgl. Anlage 3).

Damit ist selbst unter Zugrundelegung der „Ist-Daten“ der Betroffenen aufgrund der Vertragsgestaltung im Zeitpunkt der Entscheidung eine Kostenunterdeckung gegeben.

#### **2.2 Missbräuchliches Verhalten nach § 28 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 TKG (Preis-Kosten-Schere)**

Eine Prüfung gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 TKG (Preis-Kosten-Schere) war vorliegend nicht explizit durchzuführen, da der Prüfung sachlich ungerechtfertigter Bündelung (§ 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG) incidenter die Maßstäbe der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG zugrunde gelegt wurden (vgl. hierzu auch „Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG, Amtsblatt BNetzA a.a.O., Pkt. 4.4, Seite 56), sodass mittelbar eine Prüfung des marktlichen Verhaltens auch nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG erfolgt ist. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Prüfsystematik im vorliegenden Fall analog zur durchgeführten Nachbildbarkeitsprüfung anzuwenden gewesen wäre und ebenfalls nicht bezogen auf jede einzelne Leistungskomponente hätte erfolgen dürfen. Unter dieser Prämisse aber unterscheiden sich beide Prüfungen nicht materiell und führen zu gleichen Ergebnissen.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass es in der Gesetzesbegründung zu § 26 TKG-E mit Blick auf die Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren heißt: „Dabei ist es nicht notwendig, dass dies für jeden einzelnen Tarif gilt, sofern nur sichergestellt ist, dass effiziente Konkurrenten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht diese Tarife in Kombination nachvollziehen können.“ Für den vorliegenden Fall wäre dies so zu interpretieren, dass auch im Rahmen einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG auf das gesamte Angebot und nicht bloß auf einzelne Angebotsbestandteile abzustellen wäre. Zwar gibt es kein eindeutiges Kriterium dafür, auf welche Kombination von Tarifen jeweils zu rekurrieren wäre. Vieles spricht jedoch dafür, dass Leistungsbestandteile, die in dieser Form gebündelt vermarktet werden, zumindest das als eher schwächer anzusehende Kriterium einer Kombination von Tarifen erfüllen. Dies wird auch durch das Verhalten der Kunden belegt, die die betreffenden Leistungsbestandteile offenbar typischerweise in Kombination „aus einer Hand“ nachfragen.

### **2.3 Missbräuchliches Verhalten nach § 28 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 TKG (Dumping)**

Die Feststellung sachlicher ungerechtfertigter Bündelung aufgrund fehlender Nachbildbarkeit nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG rechtfertigt nicht zwangsläufig die Annahme, dass die Betroffene die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf erhebliche Weise auch dadurch beeinträchtigt, dass sie im Rahmen des T-VPN Rh.-Pf. Entgelte fordert und vereinbart, die die langfristigen zusätzlichen Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht decken (§ 28 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 TKG; sog. Dumping). Denn der Dumpingtatbestand hebt nicht - wie § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG - auf die Kosten effizienter Wettbewerber, sondern auf die eigenen Kosten des Marktbeherrschers ab (vgl. „Hinweise zur Preis-Kosten-Schere i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG“, Amtsblatt BNetzA, a.a.O., Pkt. 2.3). Da nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens ohne Berücksichtigung der Gemeinkosten anzusetzen sind, liegt der Schwellwert zur Erfüllung des Dumpingtatbestandes „höher“ als der nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG, d.h. der Dumpingtatbestand wird insofern erst „später“ ausgelöst als § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG als er ein höheres Delta zwischen Angebotspreis und Kosten voraussetzt als § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG. Bei Unterschreiten einer bestimmten Kostengrenze kann daher zusätzlich zu einem Verstoß gegen § 28 Abs. 2 Nr. 3 auch ein solcher gegen § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG vorliegen, ist aber nicht zwingend gegeben.

Der Prüfung des Dumpingtatbestandes nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG erfolgt bei Bündelprodukten auf Grundlage derselben Bezugsgrößen wie die Prüfung auch der weiteren Tatbestände des § 28 Abs. 2 TKG, d.h. im Rahmen eines einheitlichen Bezugsmaßstabes ist der Prüfung auch hier der Vertrag T-VPN Rh.-Pf. in seiner Gesamtheit als Bündel zugrunde zu legen (vgl. sinngemäß „Hinweisen zur Preis-Kosten-Schere i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG“, Amtsblatt BNetzA, a.a.O., Pkt. 4.1).

Auch auf eine Dumping-Prüfung kann demnach an dieser Stelle verzichtet werden.

### **2.4 Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG)**

Der festgestellte Verstoß gegen § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG geht mit einem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Betroffenen bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG einher. Die Entgelte des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz beeinträchtigen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in erheblicher Weise.

Die festgestellte Vorgehensweise lässt klar erkennen, dass die Betroffene ihre Marktmacht ausnutzt, indem sie versucht durch gezielt kostenunterdeckende Angebote Wettbewerber vom Markt zu verdrängen und so den Wettbewerb zu behindern.

Die Entgelte des T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz stehen insoweit nur als Präzedenzfall für eine Reihe weiterer der Kammer bekannter T-VPN-Verträge, die im Hinblick auf die Maßstäbe des § 28 TKG ebenfalls als kritisch einzustufen sind.

Die T-VPN Angebote der Betroffenen, darunter auch der T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz, richten sich gezielt an Branchen oder Berufsgruppen, die bislang typische Business-Kunden regionaler Wettbewerbsunternehmen sind. Strategie der Betroffenen ist es dabei, systematisch den Bereich umsatzträchtiger Kunden an sich zu binden. Diese Praxis ist im Bereich der Organisationen öffentlichen Rechts um so kritischer zu bewerten, als diese aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gehalten sind, Ausschreibungsverfahren durchzuführen, die auf die Ermittlung des günstigsten Angebots zielen, ohne wettbewerbliche Überlegungen der verfahrensgegenständlichen Art von vornherein berücksichtigen zu können. Das Angebot der Betroffenen entfaltet damit eine auf Verdrängung der Wettbewerber im öffentlichen Sektor gerichtete Sogwirkung.

Bei einer Einzelfallbetrachtung bestünde die Gefahr, zu Lasten der von einem Fall erneut betroffenen Wettbewerber die Praxis der Betroffenen zu bestätigen und einer flächendeckenden Ausbreitung Vorschub zu leisten.

Mit diesen Rahmenvertrags-Angeboten gehen Marktverschließungseffekte einher, da in ihrer Folge den Wettbewerbern wesentliche Teile ganzer Branchen verschlossen bleiben. Durch die Konzeption von Rahmenverträgen mit Verbänden bzw. zentralen Organisationseinheiten können deren zahlreiche Mitglieder auf einen Schlag von der Betroffenen geworden werden. Die Preismissbräuchlichkeit macht die Annahme des Angebots besonders attraktiv, so dass weite Teile eines Branchensegments nicht mehr dem Wettbewerb zugänglich sind. Es bestehe die Gefahr einer immer weiter ausufernden Marktverschließung bedeutender Marktteile im Geschäftskundenbereich. Gerade der Bereich der Geschäftskunden stellt aber das Kerngeschäft der Wettbewerber der Betroffenen dar.

Die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung ist auch nicht mit Blick auf den auf dem Markt für sprachorientierte Systemlösungen oder auf den Märkten 1 bis 6 durch die Betroffene anteilig erzielten Umsätze abhängig. Die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung sind aufgrund der obigen Ausführungen insofern bereits erheblich als effiziente Wettbewerber im Bereich umsatzstarker Kunden im Ergebnis nicht erfolgreich tätig sein können. Auf das erzielte Umsatzvolumen kommt es daher in der vorliegenden Fallkonstellation nicht an.

Darüber hinaus verfügt die Betroffene über eine überaus starke Marktstellung bei schmalbandigen Anschlüssen. Das Bundeskartellamt weist insofern zusätzlich darauf hin, dass der diesbezüglich vorhandene Wettbewerb daher besonders schützenswert und insofern auch eine Abschottung weniger umsatzstarker Segmente erheblich ist.

### **2.5 Sachliche Rechtfertigung des Verhaltens (§ 28 Abs. 1 Satz 2 e.E.)**

Eine sachliche Rechtfertigung für die erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen ist weder nachgewiesen und noch ersichtlich. Über die fachliche Beurteilung der Tatsachenlage hinaus ist das Ermessen der Bundesnetzagentur auf Null reduziert.

Das Verhalten der Betroffenen ist insbesondere auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil (nicht bloß temporär) günstigere Wettbewerbsangebote im Markt existierten. Es ist nicht nachgewiesen und auch nicht anzunehmen, dass die Betroffene insoweit lediglich dem (nochmals niedrigeren) Preisniveau der Wettbewerber folgen würde. Überdies vermag ein ggf. kostenunterdeckendes Angebot von Wettbewerbern eine Kostenunterdeckung durch die Betroffene nicht ohne weiteres zu rechtfertigen. Denn nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG ist der Marktbeherrscher zu längerer Kostenunterdeckung eben nicht befugt. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass die Existenz der Betroffenen von einer Kostenunterdeckung abhängig wäre.

Die von der Betroffenen zur Rechtfertigung in Bezug genommenen Wettbewerberangebote sind – wie ausgeführt – mit den verfahrensgegenständlichen Entgelten nicht vergleichbar, und können schon aus diesem Grunde keine Rechtfertigung für kostenunterdeckende Preise bieten.

### **3. Anordnung von Entgelten (§ 38 Abs. 4 Satz 2 TKG)**

Nach § 38 Abs. 4 Satz 2 TKG kann die Kammer die Untersagung missbräuchlicher Entgelte mit einer Anordnung von Entgelten verbinden, die den Maßstäben des § 28 TKG genügen. Die Kammer hat aufgrund der Besonderheiten des Angebots im vorliegenden Verfahren von dieser Möglichkeit ausnahmsweise abgesehen. Die Anordnungsbefugnis zielt auf den Schutz des regulierten Unternehmens, dass nicht zu einer endgültig unentgeltlichen Leistungs-

erbringung verpflichtet werden soll (vgl. Mielke in Berliner Kommentar zum TKG, § 38 Rdn. 117). Im Allgemeinen werden daher überwiegende Gründe dafür sprechen, von der Anordnungsbefugnis Gebrauch zu machen. Eine Anordnung kann vorliegend – auch mit Rücksicht auf die Interessen der Betroffenen – aber nicht erfolgen, da es in Anbetracht der Bündelung und vorgenommenen Mischkalkulation nicht verhältnismäßig wäre, Anordnungen zu den Entgelten einzelner Leistungsbestandteile zu treffen. Die von der Kammer vorgenommenen Berechnungen lassen erkennen, dass einzelne Leistungsbestandteile des Bündelangebots T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz kostenunterdeckend, andere hingegen kostenüberdeckend sind. Da im Rahmen von Bündelangeboten aber auf einzelne darin enthaltene Leistungskomponenten nicht abzustellen ist, kann auch nicht abgeordnet werden, dass alle Leistungsbestandteile zu – genau festzustellenden – kostendeckenden Entgelten anzubieten wären. Das vorliegende Missbrauchsverfahren stellt insoweit lediglich fest, dass die Höhe der Entgelte im Bündel missbräuchlich ist, nicht aber, dass einzelne Leistungen missbräuchlich bepreist wurden. Da Beurteilungsgrundlage der Missbrauchsprüfung mithin nur die Kostendeckung der Gesamtkalkulation war, könnte – vergleichbar einem Price-Cap-Verfahren - allenfalls angeordnet werden, dass die im Bündel enthaltenen Leistungen im Mittel um einen bestimmten Prozentsatz abzusenken wären. Eine solche Anordnung entspräche – als Instrument der ex ante Regulierung von Vorleistungsentgelten - aber nicht der in § 38 Abs. 4 Satz 2 TKG vorgesehenen Anordnung bestimmter Entgelte. Es wäre ein unverhältnismäßiger Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der Betroffenen, wenn die Kammer in das Verhältnis der Kostendeckungsgründe der Einzelleistungen untereinander eingreifen würde. Es muss daher insbesondere bei den hier vorliegenden Endkundenleistungen der Betroffenen vorbehalten bleiben, das Verhältnis der den einzelnen Leistungen im Bündel zuzuordnenden Entgelthöhen selbst und neu zu bestimmen.

#### **4. Anordnung der Entbündelung (§ 38 Abs. 4 Satz 5 TKG)**

Nach § 38 Abs. 4 Satz 5 TKG ordnet die Kammer im Falle eines festgestellten Missbrauchs einer Stellung mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG auch an, in welcher Weise das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Entbündelung vorzunehmen hat. Die Regelung steht nicht im Ermessen der Kammer, so dass eine Entbündelung grundsätzlich anzuordnen ist. Die Vorschrift läuft mit Blick auf das Angebot T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz jedoch leer. Denn sämtliche einzelne Leistungsbestandteile des Bündelangebots sind am Markt bereits auch als Einzelleistungen erhältlich. Die Anordnung einer Entbündelung nach § 38 Abs. 4 Satz 5 TKG würde vorliegend daher keinen eigenständigen Regelungsgehalt aufweisen und wäre damit sinnwidrig. Die Besonderheit des vorliegenden Angebots besteht darin, dass die sachlich nicht gerechtfertigte Bündelung nicht – wie von Gesetzgeber vorausgesetzt – darin liegt, dass bestimmte Leistungen nur im Bündel und eben nicht einzeln erhältlich sind, die Nachbildbarkeit durch Wettbewerber also daran scheitert, dass diese keinen Zugriff auf Einzelleistungen oder Vorprodukte haben. Vorliegend begründet sich die mangelnde Nachbildbarkeit hingegen nicht aus der Bündelung selbst, sondern aus einem „Preis-Höhen-Missbrauch“ im Bündel. Diese Art des Missbrauchs kann nur durch eine Senkung der Entgelte insgesamt, nicht aber durch eine Entbündelung erreicht werden. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es ausreichend, die gegenwärtigen Entgelte zu untersagen und neue Entgelte einer Prüfung nach § 38 Abs. 4 Satz 3 TKG zu unterziehen. Eine Anordnung nach § 38 Abs. 4 Satz 5 TKG ist nicht geeignet, den festgestellten Missbrauch zu beheben.

#### **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.

3 Anlagen

Kuhmeyer  
(Vorsitzender)

Dreger  
(Beisitzerin)

Lindhorst  
(Beisitzer)