



Beschlusskammer 2

Az.: BK 2b 07 /008

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

w e g e n

nachträglicher Regulierung der Endnutzerleistung

Portpreise TDN SIZ Informationszentrum der Sparkassenorganisation GmbH

g e g e n  b e r

der T-Systems Enterprise Services GmbH, Am Probsthof 49, 53121 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Betroffene -

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

den Vorsitzenden Dir. Dipl.Ing. Bernhard Kuhmeyer,
die Beisitzerin lfd. RegDir'n Ute Dreger sowie
den Beisitzer ORR Jrg Lindhorst

am 25.11.2008 entschieden:

1. Zur Überprüfung der Entgeltmaßnahme „Portpreise TDN SIZ“ wird hiermit ein Verfahren der nachträglichen Regulierung gemäß §§ 39 Abs. 3 S. 1, 38 Abs. 2 bis 4 TKG i.V.m. § 28 TKG eingeleitet.
2. Der Betroffenen wird aufgegeben, binnen zwei Wochen seit Zustellung dieses Beschlusses die Daten aus der Überprüfung der Portpreise des letzten Wertstellungszeitraums nach Anhang zum T-VPN Vertrag Teil A Punkt 1.3, insbesondere die Gltigkeitsparameter gemäß Anhang zum T-VPN Vertrag Punkt 1.2 (Kanalauslastung gemäß Whitelist, Verbindungsminuten in nationale Mobilfunknetze gemäß Whitelist, Verbindungsminuten je Nutzkanal zu Aus-

kunftsdiensten der DT AG, Verbindungsminuten je Nutzkanal zu Shared Cost Services) vorzulegen.

3. Für den Fall, dass die Betroffene der Anordnung gemäß Ziffer 1. nicht nachkommt, wird die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 10.000,00 € angedroht.

G r ü n d e

I.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Am 27.08.1998 schloss die Deutsche Telekom AG mit der Sparkasseninformationszentrum GmbH (SIZ) einen Vertrag über das Telekom Designed Network SIZ (TDN SIZ). Der Vertrag ist als Rahmenvertrag ausgestaltet und regelt die den Instituten und Institutionen der Deutschen Sparkassenorganisationen anzubietenden Leistungen, deren Entgelte sowie weitere vertraglichen Bedingungen. Die Entgelte sind in Anhang Teil A des Rahmenvertrages geregelt. Der ursprünglich allein nutzungsabhängigen Kalkulation der Entgelte (sog. Minutenentgelte) lag eine Gesamtbetrachtung des Informations- und Kommunikationsbedarfs sämtlicher Institute und Institutionen der Deutschen Sparkassenorganisationen als Bestandskunden wie potenzieller Nutzer der Entgeltmaßnahme zugrunde. Der Bezug von Leistungen erfolgt nicht unmittelbar aus dem Rahmenvertrag, sondern setzt den Abschluss von „Beitrittsverträgen“ durch die einzelnen Nutzer voraus. Die Nutzer sind beim Abschluss dieser „Beitrittsverträge“ nicht zur Abnahme bestimmter Leistungen oder Kontingente von Anschlüssen verpflichtet.

Mit Wirkung zum 01.09.2002 wurde das gesamte Systemlösungsgeschäft mit den Bereichen Telekommunikation und Informationstechnologie im Zuge einer Kompetenzbündelung auf die T-Systems International GmbH, einem 100%igen Tochterunternehmen der Deutschen Telekom AG, übertragen. Damit einhergehend trat T-Systems International GmbH in alle Rechte und Pflichten aus dem Vertrag TDN SIZ ein. Am 14.12.2005 wurde die T-Systems International GmbH in T-Systems Enterprise Services GmbH umfirmiert und somit „neuer“ Vertragspartner der Nutzer des TDN SIZ.

Mit Stand [REDACTED] wurde auf der Grundlage des Rahmenvertrages TDN SIZ als Alternative zu den Minutenentgelten eine Tarifierung anhand kalkulatorisch unterstellter Verkehrsmengen eines jeden Nutzkanals eingeführt (sog. Portpreise).

Die sich ebenfalls aus Anhang Teil A zum Rahmenvertrag ergebenden einzelnen Portpreise erfassen folgende Telekommunikationsdienstleistungen:

- Primärmultiplex-Anschlüsse (N30)
- ISDN-Basisanschlüsse incl. DSL 6MBit BS Verbindungsleistungen (N2dsl 6 BS)
- ISDN-Basisanschlüsse incl. DSL 2MBit BS Verbindungsleistungen (N2dsl 2 BS)
- ISDN-Basisanschlüsse incl. DSL 1MBit BS Verbindungsleistungen (N2dsl 1 BS)
- ISDN-Basisanschlüsse incl. DSL 6MBit (N2dsl6)
- ISDN-Basisanschlüsse incl. DSL 2MBit (N2dsl2)
- ISDN-Basisanschlüsse incl. DSL 1MBit (N2dsl1)
- ISDN-Basisanschlüsse (N2)
- Analog-Anschlüsse incl. DSL 6MBit Verbindungsleistungen (N1dsl 6 BS)
- Analog-Anschlüsse incl. DSL 2MBit Verbindungsleistungen (N1dsl2 BS)
- Analog-Anschlüsse incl. DSL 1MBit Verbindungsleistungen (N1dsl 1 BS)
- Analog-Anschlüsse incl. DSL 6MBit (N1dsl6)
- Analog-Anschlüsse incl. DSL 2MBit (N1dsl2)
- Analog-Anschlüsse incl. DSL 1MBit (N1dsl1)
- Analog Anschlüsse (N1)

Die Portpreise umfassen damit verschiedener Arten schmal- und breitbandiger Telekommunikationsanschlüsse einschließlich eines Verbindungspreises im Sinne einer Flatrate.

T-Systems beabsichtigt, sämtliche Nutzer von der Entgeltmaßnahme „Minutenentgelte“ in die Entgeltmaßnahme „Portpreise“ zu überführen.

Der Wechsel der Nutzer von der Entgeltmaßnahme Minutenentgelte in die Entgeltmaßnahme Portpreise vollzieht sich durch erneute Abgabe einer Beitrittserklärung zum Rahmenvertrag TDN SIZ vom 27.08.1998.

Von den insgesamt [REDACTED] Nutzern der beiden Entgeltmaßnahmen der Kundengruppe TDN SIZ hatten per [REDACTED] Nutzer ([REDACTED]%) einen Beitrittsvertrag unter Einbeziehung der Portpreise geschlossen. Nach Schätzung von T-Systems werden bis Ende 2008 ca. [REDACTED] % der Nutzer in die Entgeltmaßnahme „Portpreise“ migriert sein.

Auch die Portpreise wurden auf Grundlage einer Gesamtbetrachtung des Informations- und Kommunikationsbedarfs aller Institute und Institutionen der Deutschen Sparkassenorganisationen als potenzieller Nutzer kalkuliert. Entsprechend beziehen sich die Entgeltmaßnahmen TDN-SIZ-Minutenentgelte wie TDN-SIZ-Portpreise auf eine genau definierte Anzahl von Anschlüssen und Nutzkanälen [REDACTED].

Wie schon bei den Minutenentgelten sind die Nutzer bei Vereinbarung von Portpreisen nicht zur Abnahme bestimmter Leistungen oder Kontingente von Anschlüssen verpflichtet, sondern können Art und Umfang der Anschlüsse nach ihrem individuellen Verkehrsaufkommen unter ökonomischen Aspekten frei wählen.

Die Portpreise sind so kalkuliert, dass jedem Nutzkanal eine definierte Verkehrsmenge zugerechnet 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.

Das Gesamtverkehrsvolumen im TDN SIZ (Minutenentgelte und Portpreise) unterliegt einer 6-monatigen Überprüfung durch T-Systems. Der Vertrag kann gekündigt werden, wenn das Gesamtverkehrsvolumen sämtlicher Nutzer des Sprachbereichs um mehr als [REDACTED] gegenüber dem 12 Monate zuvor im Durchschnitt in Rechnung gestellten Verkehrsvolumen sinkt. (§ 5 Abs. 4 des Rahmenvertrages).

Die Portpreise unterliegen darüber hinaus einer Anpassungsklausel mit Wirkung für die zukünftige Nutzung, wenn innerhalb des 12-monatigen Wertstellungszeitraums eine durchschnittliche Abweichung der tatsächlichen Nutzung von über 10% gegenüber dem Pauschalansatz festgestellt wurde. Eine Nacherhebung von Entgelten findet nicht statt (Anhang Teil A, Punkt 1.3).

Das Gesamtumsatzvolumen aus den beiden Entgeltmaßnahmen Minutenentgelt und Portpreisentgelt übersteigt einen Jahresumsatz von 1 Millionen Euro. Die auf die einzelnen Entgeltmaßnahmen entfallenden Umsatzvolumina sind der Kammer nicht bekannt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die mit den einzelnen Nutzern geschlossenen Beitrittsverträge einen Jahresumsatz von 1 Millionen Euro einzeln nicht erreichen.

Aufgrund von Beschwerden aus dem Markt sind die Portpreise seit Juni 2007 immer wieder der Überprüfung unterzogen worden. Ein Verstoß gegen die Maßstäbe des § 28 TKG konnte dabei zunächst nicht festgestellt werden. Dabei war Grundlage der Ermittlungen die bei Ein-

führung der Portpreise von T-Systems angestellte Prognose, dass alle (aufgrund Inanspruchnahme der Minutenentgelte in ihrem Nutzungsverhalten bekannten) Kunden unter Beibehaltung ihres Nutzungsverhaltens aus der Entgeltmaßnahme Minutenentgelt sukzessive in die Entgeltmaßnahme Portpreisentgelt wechseln, d.h. einen neuen Vertrag schließen würden. Die der Bildung der Portpreise zugrundeliegende prognostische Gesamtkalkulation zeigte – unter Zugrundelegung der Prüfmaßstäbe des Verfahrens BK 2c 07/004 - keine Verstöße gegen § 28 TKG:

Ausweislich Anhang Teil A, Punkt 1.2 des in die Beitrittsverträge einbezogenen Rahmenvertrages TDN SIZ wurde der Entgeltmaßnahme Portpreise eine Kanalauslastung von [REDACTED] Minuten/Kanal/Monat zugrunde gelegt. Diese Annahme erschien plausibel, zum einen da T-Systems angab den Wert aus dem ihr bekannten tatsächlichen Nutzungsverhalten der Kunden ermittelt zu haben, zum anderen, da er im Bereich der Angaben zum Nutzungsverhalten von „Business Small and Medium Enterprises aus den „Revised OECD Price Benchmarking Baskets 2006“ (www.oecd.org/dataoecd/56/23/41049579.pdf) lag.

Auch von Wettbewerbern vorgelegte Daten zum Nutzungsverhalten einzelner Sparkassenorganisationen, die ein den Mittelwert von [REDACTED] Minuten/Kanal/Monat um ein Vielfaches übersteigendes Nutzungsverhalten dokumentierten, vermochten die Kalkulation in ihrer Gesamtheit nicht in Frage zu stellen, da es sich um wenige Einzelfälle handelte.

Anhaltende Beschwerden aus dem Markt gaben jedoch Hinweise darauf, dass das tatsächliche Nutzungsverhalten der Nutzer der Portpreise mit den bei Einführung der Entgeltmaßnahme von T-Systems getroffenen Annahmen möglicherweise nicht übereinstimmen könnte, so dass Prüfmaßstab ggf. eine neue, am tatsächlichen Nutzungsverhalten orientierte Kalkulation zu sein hätte.

In einem Gespräch am 07.04.2008 erklärte sich T-Systems bereit, Daten zum tatsächlichen Nutzungsverhalten der Kunden der Portpreise vorzulegen. T-Systems erklärte in diesem Gespräch aktuell über Daten aus der Überprüfung des Nutzungsverhaltens auf Anpassungsbedarf in den Verträgen zur Verfügung stellen zu wollen. Im Zeitraum von [REDACTED] [REDACTED] seien [REDACTED] in ihren Nutzungen überprüft worden. Ein Anpassungsbedarf aufgrund geänderten Nutzungsverhaltes habe sich hieraus nicht ergeben. .

Mit Schreiben vom 08.05.2008 legte T-Systems eine Stichprobe über das Nutzungsverhalten von [REDACTED], der seit [REDACTED] von den Minutenentgelten in die Portpreise migrierten [REDACTED] Nutzer für den Zeitraum [REDACTED] vor. Die Stichprobe zeigte eine durchschnittliche Nutzkanalauslastung, die um [REDACTED] höher lag als diejenige, welche bei der Kalkulation des gesamten (bis < [REDACTED] ausschließlich in Minutenentgelt befindlichen) Kundenstammes zugrunde gelegt wurde, nämlich durchschnittlich [REDACTED] Minuten/Kanal/Monat statt der kalkulierten [REDACTED] Minuten/Kanal/Monat.

Mit Schreiben vom 22.07.2008 wurde T-Systems um Gegenüberstellung der tatsächlichen Nutzung der erhobenen [REDACTED] Kunden bei Inanspruchnahme der Minuten- und Portpreis sowie um Rückäußerung zur Repräsentativität der übermittelten Stichprobe gebeten.

Mit Schreiben vom 18.08.2008 legte T-Systems eine Auswertung des Nutzungsverhaltens der [REDACTED] Nutzer bei Inanspruchnahme der Minutenentgelte für den Zeitraum [REDACTED] vor. Danach lag die Verkehrsauslastung der [REDACTED] Nutzer bei Inanspruchnahme der Minutenentgelte im [REDACTED] bei [REDACTED] Minuten/Kanal/Monat, während er im Vergleichszeitraum [REDACTED] unter Inanspruchnahme der Portpreise [REDACTED] Minuten/Kanal/Monat betrug. Im [REDACTED] lag die Nutzkanalauslastung bei den Minutenentgelten bei [REDACTED] Mi-

nuten/Kanal/Monat und im Vergleichszeitraum [REDACTED] bei Inanspruchnahme der Portpreise bei [REDACTED] Minuten/Kanal/Monat.

T-Systems führt im Schreiben vom 18.08.2008 aus, die damit festzustellende überdurchschnittliche Nutzkanalauslastung der [REDACTED] Nutzer sei bekannt gewesen und in die prognostische Kalkulation der [REDACTED] Minuten/Kanal bereits vorab eingegangen. Ferner weist sie darauf hin, dass die Stichprobe erhoben sei *„lediglich zur detaillierten Darstellung des Nutzungsverhalten, um die Fragestellung der Bundesnetzagentur bzgl. eines vermeintlichen „Rosinenpickens“ sowie „Stadt-Land-Gefälle“ anhand gemessener Nutzungsdaten im Portpreismodell“* zu klären. Außerdem heißt es in dem Schreiben: *“Die Liste der [REDACTED] Nutzer besteht also aus zwei Stichproben, welche durch zufällige Auswahl von Portpreis-Nutzern in den städtischen bzw. in den ländlichen Regionen entstanden.“*

Mit Mail vom 13.11.2008 teilte T-Systems mit, dass aufgrund einer Neuorganisation innerhalb des Konzerns die Regulierungsaufgaben des Unternehmens durch die Sparte T-Home der DTAG wahrgenommen würden und bat weitere Korrespondenz zu Individualverträgen mit dieser Einheit zu führen. Mit Mail vom 24.11.2008 teilte die DTAG für T-Systems mit, dass eine SIZ Service GmbH gegründet werden solle, die Vertragspartnerin eines neuen Corporate Voice Vertrages mit T-System werden solle. Die Entgeltmaßnahme solle mit der SIZ Service GmbH als einzigem Kunden abgeschlossen werden und werde ein verändertes Preismodell aufweisen. Hierzu liege bereits ein Lol vor. Mit Mail ebenfalls vom 24.11.2008 übersandte die DTAG die in Bezug genommenen Absichtserklärung, die mit Datum [REDACTED] [REDACTED] unterzeichnet ist. Unter In-Aussicht-Stellung eines Abschlusses des Hauptvertrages noch binnen der laufenden Woche, wurde um Zurückstellung der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und Wiederaufnahme der Vorermittlungen wegen geänderter Tatsachengrundlage gebeten.

Zum Sach- und Streitstand im Einzelnen wird auf die Akten Bezug genommen.

II.

Die Entscheidung zu 1 beruht auf §§ 38 Abs. 2 S. 1 TKG i.V.m. § 28 TKG, 127 Abs. 1 Nr. 1,2 TKG i.V.m. Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R vom 23.06.2006

Gemäß § 38 Abs. 2 S. 1 TKG leitet die Bundesnetzagentur unverzüglich eine Überprüfung von Entgelten ein, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass diese nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Verfahrens der nachträglichen Regulierung von Entgelten liegen vor.

Die Vorermittlungen belegen die Annahme, dass die Portpreise des TDN SIZ nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen. Es besteht Grund zur Annahme, dass die Betroffene mit der bekannt gewordenen Entgeltmaßnahme ihre Stellung als Anbieter von Telekommunikationsdiensten und Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten missbräuchlich ausnutzt.

Die die Verfahrenseinleitung begründende Tatsachengrundlage wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Absicht erklärt wurde zur Deckung des TK-Dienstleistungsbedarfs der Sparkassen künftig einen Vertrag mit nur einer Rechtsperson abzuschließen, die ihrerseits Vertragspartner der einzelnen Sparkassenorganisationen werden soll. Denn die Absicht eines solchen ggf. auch zeitnahen Vertragsabschlusses, berührt die mit den einzelnen Sparkassenorganisationen auf Grundlage des Portpreismodells abgeschlossenen Einzelverträge nicht. Der Vertrag mit einer neuen Gesellschaft als einzigem Vertragspartner würde sich im Verhältnis zu den heutigen Vertragspartnern der Einzelverträge nur als Angebot zum Abschluss neuer Verträge zur Bedeckung ihres TK-Bedarfs und somit als weiteres „Migration-sangebot“ darstellen. Es bliebe aber der Entscheidung der einzelnen Kunden vorbehalten, ob

und ggf. zu welchem Zeitpunkt, sie zum Eintritt in ein Vertragsverhältnis mit der neuen Tochtergesellschaft der SIZ GmbH und Annahme von geänderten Konditionen bereit wären. Die Entgeltmaßnahme „Portpreise TDN SIZ“ verbleibt damit auch bei Absicht zügiger Vertragsumstellung auf einen einzelnen Kunden auf zunächst unabsehbare Zeit im Markt. Zudem ist auch in Anbetracht des Umstandes, dass auch die beabsichtigte Migration sämtlicher Sparkassen-Kunden von der verbrauchsabhängigen Abrechnung auf die Portpreisabrechnung sich seit März 2007 noch nicht abschließend vollzogen hat, die Annahme einer kurzfristigen Erledigung des nach gegenwärtigem Stands zu vermutenden Verstoßes der Portpreise gegen § 28 TKG nicht berechtigt.

Die verfahrensgegenständlichen Entgelte unterliegen gemäß Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R vom 23.06.2006 der nachträglichen Entgeltregulierung.

Insofern ist ein Verfahren nach § 38 Abs. 2 Satz 1 TKG einzuleiten.

Die Entscheidung zu 2 beruht 127 Abs. 1 Nr. 1, 2 TKG.

Im Einzelnen:

Anordnung zu 1:

1. Formelle Voraussetzungen

Die Bundesnetzagentur ist auf Grundlage der Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R vom 23.06.2006 i.V.m. den nach §§ 38 Abs. 2, 28 TKG eingeräumten Befugnissen von Amts wegen zuständig für die Überprüfung der Portpreise des TDN SIZ. 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 Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R vom 23.06.2006 unterliegen Entgelte für Endnutzerleistungen von Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen der nachträglichen Regulierung. 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 Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R der nachträglichen Regulierung. Dies erfasst auch die verfahrensgegenständlichen Entgeltmaßnahmen.

Die Portpreise nach Anhang Teil A der Beitrittsverträge zum TDN SIZ 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 Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R eine beträchtliche Marktmacht der DTAG und der mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), wie der Betroffenen, festgestellt wurde.

Nach Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R sind den genannten Märkten 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. Die mit den einzelnen Kunden abgeschlossenen Verträge übersteigen dieses Volumen jedoch nicht.

2. Materielle Voraussetzungen

Durch die mit Schreiben vom 18.08.2008 vorgelegten Verkehrszahlen zum (tatsächlichen) Nutzungsverhalten bei Inanspruchnahme der Portpreise des TDN SIZ wurden Tatsachen bekannt, die die Annahme rechtfertigen, dass die Portpreise gegen die Maßstäbe des § 28 TKG verstoßen. Insofern ist nach bisherigem Ermittlungsstand die Annahme sachlich ungerechtfertigter Bündelung aufgrund fehlender Nachbildbarkeit nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG gerechtfertigt. Es erscheint möglich, dass die Portpreise die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf den genannten Telekommunikationsmärkten i.S.d. § 28 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 2 TKG auf erhebliche Weise beeinträchtigen, ohne dass für diese missbräuchliche Verhaltensweise bislang eine sachliche Rechtfertigung i.S.d. § 28 Abs. 1 S. 2 a. E. TKG nachgewiesen wäre.

2.1 § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG

Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 ist zu vermuten, weil es nach gegenwärtigem Erkenntnisstand effizienten Wettbewerbern nicht möglich sein dürfte, die Portpreise zu vergleichbaren Konditionen anzubieten. Nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2, Abs. 1 Satz 1 TKG liegt damit vermutlich eine sachlich ungerechtfertigte Bündelung vor. Es erscheint möglich, dass mit den Portpreisen TDN SIZ Marktverschließungseffekte verbunden sind.

2.1.1 Bündelung

Die Entgeltmaßnahme „Portpreise TDN SIZ“ 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 vereinbarten Anschluss- und Verbindungsleistungen werden sämtlich auch zur Einzelabnahme angeboten. Im Rahmen der Beitrittsverträge mit Portpreisen 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.

Die Entgeltmaßnahme 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.

2.1.2 Vergleichsmarktbetrachtung nicht möglich

Eine Überprüfung der Nachbildbarkeit nach dem Vergleichsmarktprinzip gemäß § 38 Abs. 2 Satz 3 TKG i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 3 TKG ist vorliegend nicht möglich.

Eine Vergleichsmarktbetrachtung scheidet aus, da ein hierfür geeigneter vergleichbarer, dem Wettbewerb geöffneter Markt nicht ersichtlich ist. Wettbewerbsangebote desselben Marktes kommen nach kartellrechtlichen Maßstäben als Vergleichsmaßstab nicht in Betracht, sondern nur Angebote eines anderen (in der Regel räumlichen) Marktes (im vorliegenden Fall also einen ausländischen Markt).

2.1.3 Nachbildbarkeit durch effiziente Wettbewerber

Nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 TKG ist eine sachlich ungerechtfertigte Bündelung anzunehmen, wenn es effizienten Wettbewerbern nicht möglich ist, das Bündelprodukt zu vergleichbaren Konditionen anzubieten.

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, Mitt.-Nr. 940, Pkt.4.4).

Die Nachbildbarkeit bemisst sich nicht nach der Kostenstruktur der Einzelleistungen (Anschlüsse und Verbindungen) sondern nach dem gesamten Paktangebot. 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 das gesamte Paketangebot (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).

Die Frage der Nachbildbarkeit zu vergleichbaren Konditionen beschränkt die Missbrauchsprüfung nicht auf denkbare strukturelle bzw. technische Hindernisse einer Nachbildbarkeit. Vielmehr lässt sich dem Wortlaut „zu vergleichbaren Konditionen“ und dem Verweis auf effiziente Wettbewerber entnehmen, dass es insbesondere auch um die Frage geht, ob effiziente Wettbewerber in der Lage sind, ein entsprechendes Bündelprodukt hinsichtlich der Preisgestaltung nachzubilden (vgl. auch Schuster/Ruhle in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage, § 28, Rdnr. 99). Dies kann aber nur dann der Fall sein, wenn Wettbewerber eine vergleichbare Preisgestaltung anbieten können, ohne unprofitabel zu werden. Anders ausgedrückt müssen effiziente Wettbewerber in der Lage sein, ein entsprechendes Produkt langfristig gewinnbringend anzubieten. Hieran fehlt es aber regelmäßig, wenn die Spanne zwischen den zu entrichtenden Vorleistungsentgelten und den angebotenen Endkundenentgelten nicht ausreichend groß ist, um effizienten Wettbewerbern die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endkundenmarkt zu ermöglichen.

Eine festgestellte Preis-Kosten-Schere im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 2 stellt im Bereich von Bündelangeboten mithin einen Fall (von mehreren möglichen Fällen) der fehlenden Nachbildbarkeit im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 3 S. 2 TKG dar. Folglich weisen die Missbrauchstatbestände des § 28 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 TKG insoweit eine gemeinsame Schnittmenge auf. Zwar lässt das Fehlen einer Preis-Kosten-Schere nicht den Rückschluss zu, dass ein Bündelangebot im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG nachbildbar ist. Jedoch ist im umgekehrten Fall bei Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere im Bereich von Bündelangeboten stets auch von einer fehlenden Nachbildbarkeit auszugehen. Es ist daher rechtlich zulässig und inhaltlich zielführend, die Maßstäbe einer Preis-Kosten-Schere bei der Prüfung der Nachbildbarkeit von Bündelangeboten im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG anzulegen.

Dies gilt um so mehr vor dem Hintergrund, als dass die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere bei Bündelprodukten nicht an jeder Einzelleistung eines Bündels ansetzt, sondern am Bündelangebot insgesamt vorzunehmen ist, sofern dieses von Wettbewerbern in strukturell gleicher Weise angeboten werden kann. Dass die Preis-Kosten-Scheren-Prüfung nicht bezogen auf jede einzelne Leistung vorzunehmen ist, folgt zum einen aus der Gesetzesbegründung zu § 26 TKG-E, der zufolge es nicht notwendig ist, dass die Vermeidung einer Preis-Kosten-Schere für jeden einzelnen Tarif gilt, sofern nur sichergestellt ist, dass effiziente Konkurrenten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht diese Tarife in Kombination nachvollziehen können (BT-Drucks. 15/2316, Seite 67). Zum anderen wäre eine Preis-Kosten-Scheren-Prüfung bezogen auf jede einzelne Leistungskomponente auch praktisch kaum leistbar, weil dies nicht nur zu einer kaum handhabbaren Vielzahl von Einzelprüfungen führen, sondern auch dezidierte Daten über die durchschnittliche Kanalauslastung für einen bzw. jeden bestimmten Anschlussstyp erfordern würde, deren Erhebung in keinem angemessenen Verhältnis stünde.

Folglich ist der Prüfungsgegenstand im Rahmen der Untersuchung der Nachbildbarkeit eines Bündelproduktes mit demjenigen identisch, der auch Ausgangspunkt der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung ist.

2.1.4 Kosten effizienter Wettbewerber

Legt man den Portpreisen die von T-Systems angegebenen Verkehrszahlen der Stichprobe der [REDACTED] Nutzer aus dem Zeitraum der Abrechnung ihres TK-Bedarfs auf Basis der Minutenentgelte zugrunde, so sind die Portpreise im Hinblick auf das gesamte Leistungsbündel aus Wettbewerbersicht nicht kostendeckend und können somit zu vergleichbaren Konditionen nicht angeboten werden.

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:

Gegenstand der gegenwärtigen Missbrauchsprüfung ist die Nachbildbarkeit der Portpreise unter Zugrundelegung des tatsächlichen Nutzungsverhaltens der Beigetretenen.

Die errechnete Kostenunterdeckung ergibt sich danach wie folgt (vgl. Anlage):

(1) Kosten für Sprachverbindungen

Die Kosten für Sprach-Verbindungen belaufen sich auf [REDACTED] EURO. Diese Summe ergibt sich unter Berücksichtigung der sich aus Anhang A Punkt 11 für die Portpreise ergebenden [REDACTED] Kanäle und folgender zugrunde gelegter Verkehrsverteilung:

(2) Nutzkanalauslastung

Die mit Schreiben vom 18.08.2008 übermittelte Stichprobe zeigt für [REDACTED] (Minutenentgelte) eine durchschnittliche Nutzung von [REDACTED] Minuten/Kanal/Monat; für den [REDACTED] ergeben sich [REDACTED] Minuten/Kanal/Monat. Die durchschnittliche Nutzung beträgt daher im (unbereinigten) arithmetischen Mittel [REDACTED] Min/Kanal/Monat.

Zwar wird in Anhang Teil 1 Punkt 1.2 der Portpreise von einer Nutzkanalauslastung von [REDACTED] Minuten/Kanal/Monat ausgegangen. Dieser Wert war der Überprüfung der Portpreise aber nicht zugrunde zu legen. Denn das durch die Stichprobe belegte tatsächliche Nutzungsverhalten entspricht der kalkulatorisch angenommenen Auslastung von [REDACTED]

██████████ Minuten/Kanal/Mona nicht.

Die Stichprobe ist nach gegenwärtigem Stand der Ermittlungen auch als repräsentativ anzusehen:

Die über ██████████ Nutzer gezogene Stichprobe spiegelt das Nutzungsverhalten von knapp ██████████ % der per ██████████ in die Entgeltmaßnahme Portpreise migrierbaren ██████████ Nutzer.

Zwar hat T-Systems im Schreiben vom 18.08.2008 angemerkt, die Stichprobe sei eigens für die Belange der BNetzA gezogen worden und insofern nicht repräsentativ. Die Anmerkung rechtfertigt aber keine anderen Annahmen, da im selben Schreiben die Rede davon ist, dass es sich um „zufällig“ ausgewählte Nutzer handelt, was wiederum für „Repräsentativität“ spricht. Darüber hinaus hat T-Systems in einem Gespräch vom 07.04.2008 erklärt, zur Aufklärung des tatsächlichen Nutzungsverhaltens bei den Portpreisen die Daten aus der vertraglich vereinbarten Stichprobe zur Überprüfung des Nutzungsverhaltens zu übersenden. Es wird daher davon ausgegangen, dass es sich bei der übersandten Stichprobe um eine solche Überprüfung handelt, die folglich als repräsentativ anzusehen ist.

Die vertraglich vereinbarte Kanalauslastung von ██████████ Minuten/Kanal/Monat kann – zugunsten von T-Systems - den Berechnungen auch deshalb nicht zugrunde gelegt werden, weil diese der mit ██████████ Minuten/Kanal/Monat errechneten Größenordnung der unteren Malusstufe (Mindestabnahmemenge) aus Anhang Teil A (Seite 1, Stand 19.02.2007) und damit nicht dem regelmäßig zu erwartenden Verkehrsaufkommen entspricht. Der regelmäßig zu erwartende Referenzwert der Auslastung beträgt demgegenüber bei den Minutenentgelten ██████████ Minuten/Kanal/Monat und liegt daher eher im Bereich des Mittelwerts der Stichprobe.

Andererseits wurde – zulasten von T-Systems - auch nicht von dem Grenzwert von ██████████ Minuten der Tarifstufe „Bonus“ nach Anhang Teil A, Entgelte für T-VPN II, Seite 1 der Minutenentgelte ausgegangen, dessen Annahme zu einer noch höheren Kostenunterdeckung aus Sicht effizienter Wettbewerber führen würde.

Bei Einführung eines nutzungsunabhängigen Pauschalentgeltes, wie den Portpreisen, ist tendenziell eher von einem Anstieg der Nutzung als von einem Rückgang auszugehen. Mit dem zugrunde gelegten Mittelwert wird von einem konstanten Nutzungsverhalten ausgegangen.

(3) Verkehrsverteilung

(a) Verbindungen zu Mobilfunknetzen

Von dem Mittelwert in Höhe von ██████████ Min/Kanal/Monat gehen laut Anhang Teil A Punkt 1.2 in die Mobilfunknetze ██████████ (davon ausweislich der Verteilung der Mobilfunkteilnehmer nach Mobile Communications Europe, Stand: 4Q/07 D-Netze = 71,48 % = 33,62 Min/Kanal und E-Netze 28,52% = 13,41 Min/Kanal).

(b) Verbindungen zu Shared Cost Diensten

Von dem Mittelwert in Höhe von ██████████ Min/Kanal/Monat gehen laut Anhang Teil A Punkt 1.2 zu Shared-Cost-Diensten (Servicetelefonie) ██████████ Tarifeinheiten (TE). Unter Zugrundelegung einer durchschnittlichen Verbindungsdauer von 3,3 Minuten/TE (vgl. BK 3c-07-023 vom 23.11.07; BK4b-06-062 vom 30.11.06) ergeben sich hieraus ██████████ Minuten/Kanal.

(c) Verbindungen zu Auskunftsdiensten

Von dem Mittelwert in Höhe von [REDACTED] Min/Kanal/Monat gehen laut Anhang Teil A Punkt 1.2 zu Auskunftsdiensten [REDACTED] Tarifeinheiten (TE). Unter Zugrundelegung einer durchschnittlichen Verbindungsdauer von 3,3 Minuten/TE (vgl. BK 3c-07-023 vom 23.11.07; BK4b-06-062 vom 30.11.06) ergeben sich hieraus [REDACTED] Minuten/Kanal.

(d) Verbindungen ins Festnetz

Die übrigen Verbindungsminuten sind dem Festnetz zuzuordnen. Diese Verbindungsminuten teilen sich nach Angaben der T-Systems im Schreiben vom 12.09.2007 auf in [REDACTED]

(4) 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 (vgl. BK3c 07/023 vom 23.11.2007; BK4b 06/005 vom 13.04.2006).

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 Beschlüsse v. 12.12.2005, Az. BK2c 05/003 und 21.01.2008 Bk2c 07/004). Obwohl Basis dieser Formel die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens sind, kann sie zur Abschätzung vertretbarer Wettbewerberskosten 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 Unternehmens 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 Kollokationsraummierten, 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 schmalbandi-

gen Verbindungsbereich möglich wie er Gegenstand der Portpreise ist.

(5) Kosten für Anschlüsse

Die Kammer hat unter Zugrundelegung der im TDN SIZ Anhang A Punkt 1.1 für Portpreise festgelegten Anzahl der Anschlüsse die Gesamtkosten für Anschlüsse mit [REDACTED] EURO errechnet.

(a) 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 eine Approximation an die Kosten effizienter Wettbewerber bei schmalbandigen Anschlüssen wie sie bei den Portpreisen vereinbart wurden.

Die Anschlusspreise stellen eine Approximation an die zugrundeliegenden Kosten dar, 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. Denn seinerzeit haben Prüfungen zu dem Ergebnis geführt, dass auf Seiten der Deutschen Telekom AG ein Anschlussdefizit in Höhe von 1,41 € zu konstatieren war (vgl. Beschluss BK 4a-03-009 / E 19.02.03 vom 29. April 2003, S. 26). Dabei wurde auf eine Kombination von Analog-, ISDN- und PMX-Anschlüssen abgestellt. Um dem marktbeherrschenden Unternehmen die Beseitigung dieses Anschlussdefizits zu ermöglichen, ist das Price-Cap-Regime (durch Anpassung der angewandten X-Faktoren) in der Weise modifiziert worden, dass die Endkundenpreise exakt so weit angehoben werden konnten, dass eine Kostendeckung - mit Blick auf die *Mischkalkulation* - erreicht wurde (vgl. Beschluss BK 2a-03-010 vom 22. Juli 2003).

Da sich die relevanten Vorleistungs- und Endkundenpreise in Saldo seither nur relativ geringfügig geändert haben, wird nach wie vor davon ausgegangen, dass sich bei den Anschlüssen - in der Mischung über alle Anschlussarten - Kosten und Endkundenentgelte eng aneinander orientieren, sodass die AGB-Endkunden in diesem speziellen Fall grundsätzlich weiterhin als geeignete Approximation für die Kosten effizienter Wettbewerber gelten können.

Die Beschlusskammer hat ein Entgelt von 24,95 €/Monat (netto) für Lokationen N2 veranschlagt. Dieser Ansatz bildet einen typischen Business-Anschluss der Betroffenen ab. Diese Betrachtung ist konservativ zum Vorteil von T-Systems gewählt, weil ausschließlich ISDN-Mehrgeräteanschlüsse betrachtet werden, obwohl sicherlich auch ein gewisser Anteil teurer Anlagenanschlüsse hätte berücksichtigt werden müssen.

(b) Kosten für breitbandige Anschlüsse

Breitbandige Anschlüsse sind seit Mai 2008 u.a. durch IP-BSA nachbildbar. Daher wurden - abweichend von der im Beschluss BK2c 07/004 vorgenommenen Berechnung mit 8,30 € - die Kosten für breitbandige Anschlüsse nach BK3c 08/004 vom 13.05.2008 zugrunde gelegt. Die Kosten für den Anschluss (bestehend aus Splitter und DSLAM) belaufen sich damit auf insgesamt 6,55 €.

(6) Einnahmen aus Portpreisen

Die Einnahmen aus der Entgeltmaßnahme belaufen sich unter Zugrundelegung der vereinbarten Portpreise und der Anzahl der Lokationszugänge nach Anhang Teil A Punkt 1.1 des Rahmenvertrages auf [REDACTED] EURO/Monat.

(7) Kostenunterdeckung Portpreise

Die Differenz aus den errechneten monatlichen Einnahmen in Höhe von [REDACTED] und monatlichen Anschluss- [REDACTED] und Verbindungskosten [REDACTED] in Höhe von insgesamt [REDACTED] beläuft sich auf – [REDACTED] EURO/Monat. Dies entspricht einer Kostenunterdeckung von [REDACTED]

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

2.2 Sachliche Rechtfertigung des Verhaltens (§ 28 Abs. 1 Satz 2 a.E.)

Eine sachliche Rechtfertigung für die nach § 28 Abs. 2 Satz 1 TKG vermutete erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG ist bislang nicht ersichtlich.

Ungeachtet der Frage, ob bei geplanten Migrationen eine zeitweilige Kostenunterdeckung hingenommen werden könnte, ist nach gegenwärtigem Erkenntnisstand vorliegend insbesondere nicht davon auszugehen, dass bei der von T-Systems geplanten vollständigen Migration der Kunden in die Entgeltmaßnahme „Portpreise“ eine erhebliche Änderung, d.h. Verringerung der tatsächlichen Nutzung eintreten und somit aus Sicht effizienter Wettbewerber Kostendeckung eintreten würde.

Über die fachliche Beurteilung der Tatsachenlage hinaus ist das Ermessen der Bundesnetzagentur auf Null reduziert.

Aufgrund des Vorliegens von Tatsachen, die die Annahme einer Verletzung der Maßstäbe des § 28 TKG rechtfertigen, ist gemäß § 38 Abs. 2 Satz 1 TKG unverzüglich ein Verfahren nachträglicher Entgeltprüfung einzuleiten.

Anordnung zu 2:

Nach § 127 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 TKG ist die Bundesnetzagentur berechtigt, Auskünfte zu verlangen, die erforderlich sind für, die systematische oder einzelfallbezogene Überprüfung von Verpflichtungen, die sich aus oder aufgrund des TKG ergeben, Beschwerden vorliegen, eine Verletzung von Pflichten angenommen wird oder Ermittlungen von Amts wegen geführt werden.

Die mit der Anordnung zu 2 verlangten Auskünfte sind erforderlich, um die Vereinbarkeit der Portpreise TDN SIZ mit den Maßstäben des § 28 TKG zu überprüfen. Die Auskunft wird zur weiteren Aufklärung des tatsächlichen Nutzungsverhaltens der Portpreiszur Nutzer benötigt. Das tatsächliche Nutzungsverhalten ist relevant für Feststellungen zur Nachbildbarkeit der Entgelte durch effiziente Wettbewerber im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

Die Anordnungsbefugnis ergibt sich sowohl vor dem Hintergrund vorliegender Beschwerden wie auch unter dem Gesichtspunkt der Amtsermittlung nach § 38 Abs. 2 TKG.

Die Frist zur Auskunftserteilung ist angemessen im Sinne des § 127 Abs. 3 Satz 3 TKG. Die Erhebung der erbetenen Daten ist in Anhang Teil A Punkt 1.2 und 1.3 der SIZ-Verträge vertraglich vereinbart. Es wird daher davon ausgegangen, dass die Daten bei der Betroffenen vorliegen und im Hinblick auf den Vertragszweck ausgewertet sind, so dass lediglich eine Übersendung der Daten erforderlich ist, die binnen zwei Wochen möglich sein sollte. Die Frist ist im Übrigen im Hinblick auf die zwei-monatige Verfahrensfrist nach § 38 Abs. 3 TKG kurz zu halten.

Anordnung zu 3:

Für den Fall, dass die Betroffene der Anordnung gemäß Ziffer 2. des Tenors nicht nachkommt, wird die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 10.000,00 € angedroht.

Diese Androhung beruht auf § 13 Abs. 1 S. 1 VwVG, wonach Zwangsmittel schriftlich angedroht werden müssen. Die Androhung bezieht sich nach § 13 Abs. 3 S. 1 VwVG auf ein bestimmtes Zwangsmittel, nämlich auf ein Zwangsgeld. Gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 VwVG kann die Betroffene vorliegend zur Vornahme der aufgegebenen Handlung durch ein Zwangsgeld angehalten werden. Die verlangte Handlung kann nämlich nicht durch einen anderen vorgenommen werden und hängt nur vom Willen der Betroffenen ab. Der Betrag des Zwangsgeldes wird schließlich gemäß § 13 Abs. 5 VwVG in bestimmter Höhe, nämlich 10.000,00 €, angedroht.

Die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes ist angemessen. Gemäß § 127 Abs. 9 TKG kann zur Durchsetzung von Anordnungen nach § 127 TKG nach Maßgabe des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes ein Zwangsgeld bis zu 500.000 Euro festgesetzt werden. Das angedrohte Zwangsgeld bewegt sich weit unterhalb dieser Höchstgrenze. Andererseits musste das Zwangsgeld in einer Höhe angedroht werden, die geeignet erscheint die Mitarbeit bei der Einhaltung der zwei-monatigen Verfahrensfrist nach § 38 Abs. 3 TKG sicher zu stellen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen Ziffer 2 und 3 des Beschlusses kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

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

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 1 TKG.

Anlage

Kuhrmeyer
(Vorsitzender)

Dreger
(Beisitzerin)

Lindhorst
(Beisitzer)