Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 2

Az.: BK2a 09/001-R

(Beschluss)

In dem Verwaltungsverfahren

w e g e n

Widerrufs von Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG auf den Märkten für Verbindungen in inländische Festnetze an festen Standorten und Verbindungen in inländische Mobilfunknetze an festen Standorten

betreffend:

Deutsche Telekom AG, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand und alle mit ihr verbundenen Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 29 TKG,

Betroffene

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Redeker, Sellner, Dahs und Widmaier,
Mozartstraße 4 – 10, 53115 Bonn

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

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 11.02.2009

durch

den Vorsitzenden Dir. Dipl. Ing. Bernhard Kuhrmeyer,

den Beisitzer ORR Jörg Lindhorst sowie

den Beisitzer RR Claudius Möller

nach anliegender von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur getroffenen Festlegung, dass die Märkte für:

1. Verbindungen in inländische Festnetze an festen Standorten, mit Ausnahme derjenigen Verbindungsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Million Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden,

2. Verbindungen in inländische Mobilfunknetze an festen Standorten, mit Ausnahme derjenigen Verbindungsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Million Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden,

nicht mehr als regulierungsbedürftig gemäß § 10 Abs. 2 S. 1 TKG angesehen wird

am 22.04.2009

beschlossen:

1. Der Tenor zu 2. der Regulierungsverfügung BK 2a 06/001-R vom 23.06.2006 wird widerrufen.

2. Die Regulierungsverfügung BK 2a 07/001-R vom 14.12.2007 wird widerrufen.

G r ü n d e

I.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

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

Gemäß Tenor zu 2. der Regulierungsverfügung BK 2a 06/001-R vom 23.06.2006 sowie Regulierungsverfügung BK 2a 07/001-R vom 14.12.2007 wurden der Betroffenen Verpflichtungen für nationale inländische Festnetzverbindungen sowie für nationale inländische Verbindungen vom Festnetz in die nationalen Mobilfunknetze nach dem 2. Teil des TKG auferlegt.

Diese Regulierungsverfügungen wurden in verschiedenen gerichtlichen Instanzen teilweise aufgehoben bzw. modifiziert.

a) *Anzeigeverpflichtung VoIP und vorzulegende Unterlagen*

Das Verwaltungsgericht Köln hat die Anzeigeverpflichtung für VoIP-Verbindungen der Regulierungsverfügung vom 23.06.2006 mit Urteil 21 K 3395/06 aufgehoben.

Das Bundesverwaltungsgericht hat dieses Urteil am 29.10.2008 (Az. 6 C 38/07) bestätigt (BVerwG 6 C 38/07, Rn 38).

Den Umfang der gem. Tenor 4. der Regulierungsverfügung vom 23.06.2006 vorzulegenden Unterlagen für die Anzeige einer Tarifmaßnahme hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 2. Juli 2008 – BVerwG 7 C 38.07 – DVBI 2008) dahingehend konkretisiert, dass sich die Anordnung auf die dem vorzulegenden Entgelt zugrunde liegende Leistungsbeschreibung sowie die entsprechenden Preislisten und Allgemeinen Geschäftsbedingungen bezieht (vgl. ebenda Rn. 18, Rn 7).

b) Marktanalyse und Verfahren

Eine erneut durchgeführte Marktdefinition und Marktanalyse (Az. BK1-07/011) wurde im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 12/2008 vom 02.07.2008 als Mitteilung 322 veröffentlicht.

Mit Schreiben vom 21.01.2009 hat die Beschlusskammer der Betroffenen mitgeteilt, dass sie bzw. die mit ihr verbundenen Unternehmen nach dem Ergebnis des im Rahmen der Marktanalyse für die Märkte *„öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten“* und *„Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze“* durchgeführten nationalen Konsultationsverfahrens künftig aus der Regulierung entlassen werden solle bzw. dass diesbezüglich bestehende Verpflichtungen widerrufen werden sollen.

Der Entwurf eines Widerrufs bisheriger Regulierungsverfügungen ist im Amtsblatt Nr. 02/2009 als Mitteilung Nr. 102/2009 sowie auf den Internetseiten der BNetzA veröffentlicht. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, bis zum 25.02.2009 dazu Stellung zu nehmen.

Beiladungsanträge wurden mit folgender Begründung abgelehnt:

> Gemäß § 134 Abs.2 Nr.3 TKG sind an einem Verfahren vor der Beschusskammer Personen und Personenvereinigungen beteiligt, deren Interessen durch die Entscheidung berührt werden und die die Regulierungsbehörde auf ihren Antrag zu dem Verfahren beigeladen hat.. Soweit eine Beiladung im Einzelfall nicht notwendig auszusprechen ist, steht die Entscheidung darüber, ob ein Unternehmen zu einem Verfahren vor der Beschlusskammer beigeladen wird, damit grundsätzlich im pflichtmäßigen Ermessen der Beschlusskammer. Damit waren betroffene Unternehmen nicht notwendig zu dem Verwaltungsverfahren beizuladen. Dies wäre nur dann erforderlich, wenn die Interessen von Wettbewerbern der Betroffenen durch die anstehende Entscheidung der Beschlusskammer derart berührt werden, dass diese Entscheidung zugleich rechtsgestaltende Wirkung für das jeweilige Unternehmen hat. Eine solche rechtsgestaltende Wirkung ist nur dann anzunehmen, wenn durch die Entscheidung der Beschlusskammer die Rechte des beizuladenden Unternehmens gleichzeitig und unmittelbar begründet, aufgehoben oder geändert werden. Dies ist bei dem Widerruf von Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG auf den Märkten für Verbindungen in inländische Festnetze an festen Standorten und Verbindungen in inländische Mobilfunknetze an festen Standorten in Bezug auf Ihr Unternehmen nicht der Fall. Die in der Entscheidung vorgesehene Maßnahmen betreffen daher zunächst unmittelbar ausschließlich die Betroffene.
> Rechte der beiladungsbegehrenden Unternehmen werden durch die beabsichtigte Entscheidung nicht gleichzeitig und unmittelbar begründet, aufgehoben oder geändert.
> Bei der danach zu treffenden Ermessensentscheidung über Ihren Beiladungsantrag hat die Beschlusskammer insbesondere berücksichtigt, dass die Interessen der beiladungsantragstellenden Unternehmen im Verfahren auch ohne eine Beiladung hinreichend vertreten und artikuliert werden können. Denn die für den Erlass einer Regulierungsverfügung zu beachtenden Verfahrenvorschriften sehen vor, dass der Entwurf einer solchen Entscheidung öffentlich zu konsultieren ist. Im Rahmen dieser Konsultierung haben die interessierten Parteien Gelegenheit, zu dem Entscheidungsentwurf Stellung zu nehmen, § 13 Abs.1 S.1 TKG i.V.m. §12 Abs.1 S.1 TKG. Darüber hinaus hatten Vertreter betroffener Unternehmen auch Gelegenheit, sich im Rahmen der am 11.02.2009 stattgefundenen öffentlichen Anhörung zum Entwurf der Regulierungsverfügung zu äußern. Ein weiterer Erkenntnisgewinn infolge einer förmlichen Beiladung von Unternehmen, der den dadurch entstehenden Verwaltungsmehraufwand (z.B. Versendung von Verfahrensunterlagen einschließlich der dafür anfallenden Kosten) zu rechtfertigen vermag, ist daher nicht zu erwarten.

Schließlich ist eine Beiladung auch nicht erforderlich, damit Unternehmen Kenntnis über die im Verfahren von anderen interessierten Parteien abgegebenen Stellungnahmen erhalten. Denn gemäß § 13 Abs.1 S.1 TKG i.V.m. §12 Abs.1 S.1 TKG sind die Ergebnisse der Anhörung zu veröffentlichen. Dementsprechend wird die Beschusskammer die eingegangenen Stellungnahmen in einer der nächsten Ausgaben des Amtsblattes und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlichen.

Die öffentliche mündliche Verhandlung hat am 11.02.2009 stattgefunden. Darin haben Vertreter der E-Plus Service GmbH & Co.KG auf ihre zur Marktanalyse abgegebene Stellungnahmen vom 30.07.08 und auf ein weiteres Schreiben vom 09.09.08 verwiesen und zu Protokoll gegeben, dass aus ihrer Sicht verschiedene Aspekte der Marktdefinition und Marktanalyse und somit der Entwurf des Widerrufs nicht nachvollziehbar seien.

Ihre Auffassung hat die E-Plus in einer schriftlichen Stellungnahme vom 24.02.2009 bekräftigt. Sie kritisiert die Auffassung der BNetzA, wonach der Markt für Verbindungen aufgrund einer Tendenz zu wirksamen Wettbewerb nicht mehr regulierungsbedürftig sei. Demzufolge halte sie auch die geplanten Widerrufe der Regulierungsverfügungen BK 2a 7/001-R vom 23.06.2006 und BK 2a 06/001-R vom 14.12.2007 für rechtswidrig.

Die Betroffene hat sich während der öffentlichen mündlichen Verhandlung sowie nachfolgend mit schriftlicher Stellungnahme vom 16.02.09 wie folgt geäußert:

„1. Die Beschlusskammer geht zutreffend davon aus, dass sie sämtliche Verpflichtungen aus den Regulierungsverfügungen vom 23.06.2006 und 14.12.2007 widerrufen muss, soweit diese seinerzeit auf der Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht der Betroffenen auf den Märkten für Verbindungen in inländische Festnetze an festen Standorten bzw. für Verbindungen in inländische Mobilfunknetze an festen Standorten beruhte.

Die Präsidentenkammer hat im Rahmen der nach § 14 Abs. 2 TKG erneut durchzuführenden Marktdefinition und Marktanalyse festgestellt, dass die Betroffene auf den vorgenannten Märkten nicht mehr über beträchtliche Marktmacht verfügt, so dass die Märkte nicht mehr nach § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG als regulierungsbedürftig anzusehen sind. An diese Feststellungen ist die Beschlusskammer 2 gebunden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss die Beschlusskammer daher die diesbezüglich in den Regulierungsverfügungen vom 23.06.2006 und 14.12.2007 auferlegten Verpflichtungen nach § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG widerrufen. Ein Ermessensspielraum, wie in § 49 VwVfG vorgesehen, besteht insoweit nicht.

BVerwG, Urteil vom 14.02.2007) – BVerwG 6 C 28.05, Rdnr. 22.

2. Aus Gründen der Rechtsklarheit regen wir außerdem an, auch die Anordnung nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG in der Regulierungsverfügung vom 23.06.2006 zu widerrufen, soweit der Betroffenen hierdurch aufgegeben worden war, zeitgleich mit der Vorlage der Tarifanzeige für Verbindungen in inländische Festnetze an festen Standorten weitere Unterlagen vorzulegen.

Der Durchführung des Verfahrens nach § 12 TKG bedarf es insoweit nicht, weil die Anordnung nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG keine Verpflichtung nach § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG, sondern eine an die Regulierungsverfügung anknüpfende regulatorische Entscheidung im Einzelfall nach Teil 2 Abschnitt 3 des TKG ist, die nur im Sinn eines Sammelverwaltungsaktes mit den Entscheidungen nach § 13 Abs. 1 TKG gebündelt worden ist.

Da die Spezialregelung des § 13 Abs. 1 TKG für den Widerruf nur für die in § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG aufgezählten Verpflichtungen gilt, beruht der Widerruf der Anordnung nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG als belastender Verwaltungsakt auf § 49 Abs. 1 VwVfG. Insoweit ist das Ermessen der Beschlusskammer auf Null reduziert, weil die Pflicht zur Vorlage von Unterlagen durch den Widerruf der Remedies nach § 13 Abs. 1 TKG gegenstandslos geworden ist.

3. Schließlich muss der Widerruf der Regulierungsverfügung vom 14.12.2007 auf die gemäß Tenor zu 1., zu 1.2 und zu 3. verfügten Maßnahmen beschränkt werden, weil die Verfügung gemäß Tenor zu 2. der Regulierungsverfügung vom 14.12.2007 weiterhin Gültigkeit hat.

Die Arcor AG & Co. KG hat am 24.02.2009 eine Stellungnahme eingereicht. Sie kritisiert die Ergebnisse der Marktanalyse und bittet im Hinblick auf einen möglichen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Betroffenen auf den Märkten für Verbindungen in das Festnetz und Mobilfunknetz an festen Standorten um nochmalige kritische Überprüfung des Ergebnisses der Marktanalyse. Ferner bezweifelt Arcor, dass nach dem beabsichtigten Widerruf der Regulierungsverfügungen für nationale Inlandsverbindungen zukünftig Preis-Kosten-Scheren zwischen einem nicht regulierten Endkundenprodukt der Betroffenen und den regulierten Vorleistungsentgelten zeitnah behoben werden könnten.

Die eingegangenen Stellungnahmen wurden im Amtsblatt der BnetzA Nr. 05/2009 als Mitteilung 182 veröffentlicht.

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.

Der beabsichtigte Beschlussentwurfs zur Notifizierung an die EU wurde dem Bundeskartellamt am 03.03.2009 übersandt. Mit Schreiben vom 05.03.2009 hat es von einer Stellungnahme abgesehen.

Der beabsichtigte Beschlussentwurf wurde am 13.03.2009 gegenüber Europäischen Kommission gem. Artikel 7 der Richtlinie 2002/21/EG notifiziert. Die Europäische Kommission hat mit Schreiben vom 16.03.2009 den Eingang der Notifizierung zum 13.03.2009 bestätigt. Sie hat ferner mitgeteilt, dass, sofern die Kommission nicht mitteilt, dass Notifizierung unvollständig ist, die in Artikel 7 Absatz 3 der Richtlinie 2002/21 genannte Frist am 14.04.2009 ausläuft.

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

II.

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

1. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus § 132 Abs.1 Satz 1 TKG, denn es handelt sich um eine Entscheidung nach den Regelungen des Zweiten Teils des TKG.

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

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

2. Marktanalyse und Regulierungsbedürftigkeit

Aufgrund der Festlegungen der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur entfallen die Vorraussetzungen für eine Marktregulierung nach den Vorschriften des § 9 Abs. 1 TKG. Daher sind der Tenor zu 2. der Regulierungsverfügung BK 2a 06/001-R vom 23.06.2006 und die Regulierungsverfügung BK 2a 07/001-R vom 14.12.2007 gem. § 13 Abs. 1 S. 1 TKG zu widerrufen.

Im Verhältnis zur allgemeinen Widerrufsregelung des § 49 VwVfG stellt sich § 13 Abs. 1 S. 1 TKG als die speziellere Norm dar. Aus § 9 Abs. 1 TKG ergibt sich im Umkehrschluss und im Lichte des Art. 16 Abs. 3 S. 2. Rahmen RL, dass Regulierungsverpflichtungen nach dem zweiten Teil des TKG zu widerrufen sind, sobald festgestellt wird, dass entweder der Markt nicht mehr für eine Regulierung in Betracht kommt oder jedenfalls keine beträchtliche Marktmacht des betroffenen Unternehmens mehr vorliegt. Für die Beschlusskammer besteht insoweit auch kein Ermessensspielraum, wie ihn etwa § 49 VwVfG gewährt. § 13 Abs. 1 S. 1 TKG ist deshalb auch als speziellere Ermächtigungsnorm für den Widerruf anzusehen.

Bezüglich des Vortrags von E-Plus und Arcor ist anzumerken, dass die Beschlusskammer an die Festlegungen der Präsidentenkammer gebunden ist. Eine Überprüfung der Feststellungen der Marktanalyse ist daher nicht möglich.

Die nach § 13 Abs. 1 S. 2 TKG zu beachtende Ankündigungsfrist ist durch den entsprechenden Hinweis im Rahmen des Konsultationsverfahrens gewahrt worden.

Im Hinblick auf die von der Betroffenen geforderten Beschränkung des Widerrufs auf die gemäß Tenor zu 1., zu 1.2 und zu 3. verfügten Maßnahmen der Regulierungsverfügung BK 2a 07/001-R vom 14.12.2007 wird hiermit klargestellt, dass weiterhin keine Regulierungsbedürftigkeit auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze besteht.

Zu den Bedenken der Arcor, wonach zukünftig keine Preis-Kosten-Scheren zwischen einem nicht regulierten Endkundenprodukt der Betroffenen und den regulierten Vorleistungsentgelten zeitnah behoben werden könnten, ist auf folgendes hinzuweisen:

Die Regulierungsbedürftigkeit von Anschlüssen und von Paketen, die regulierungsbedürftige Festnetzanschlüsse enthalten, ist nicht aufgehoben. Insoweit können die von Arcor genannten Prüfungen stattfinden.

Der von der Betroffenen angeregte Widerruf des Tenors zu 4. der Regulierungsverfügung vom 23.06.2006 für Inlandsverbindungen erübrigt sich, da keine entbündelte Verbindungen mehr angezeigt werden.

7. Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Ur-

kundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

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

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

Kuhrmeyer (Vorsitzender)	Lindhorst (Beisitzer)	Möller (Beisitzer)