



Beschlusskammer 2
BK 2c 09/002-R

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 1 „Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ der Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung 2007/879/EG), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 344 vom 28. Dezember 2007, S. 65 (im Folgenden: Märkte-Empfehlung)

gegen:

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

Betroffene,

Antragstellerinnen:

1. 01051 Telecom GmbH, Robert-Bosch-Str. 1, 52525 Heinsberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. Callax Telecom Holding GmbH, Leopoldstraße 16, 40211 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. Colt Telecom GmbH, Herriotstraße 4, 69528, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. Communication Services TELE2 GmbH, In der Steele 39, 40599 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. Deutsche Telekom AG, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,
6. ecotel communication AG, Prinzenallee 9-11, 40549 Düsseldorf, vertreten durch den Vorstand,
7. MEGA Satellitenfernsehen GmbH, Friedrich-Krupp-Str. 16-18, 41564 Kaarst, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Verfahrensbevollmächtigte:

der Betroffenen,

Rechtsanwälte Dolde Mayen & Partner, Mildred-Scheel-Straße 1, 53175 Bonn, für die Deutsche Telekom AG,

der Antragstellerinnen zu 1., 2. und 7.,

Juconomy Rechtsanwälte, Graf-Recke-Straße 82, 40239 Düsseldorf

der Antragstellerin zu 3.,

SBR Schuster Berger Rechtsanwälte, Nordstraße 116, 40477 Düsseldorf

der Antragstellerin zu 4.,

BBORS Kreuznacht Rechtsanwälte, Berliner Allee 10, 40212 Düsseldorf

Der Antragstellerin zu 6.,

Rechtsanwälte Lehner Dänekamp & Mayer, Am Seestern 8, 40547 Düsseldorf

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

am 25.01.2010

durch

Dipl.-Ing. Bernhard Kuhmeyer

Claudius Möller, LL.M.

Jörg Lindhorst

(Vorsitzender),

(Beisitzer)

(Beisitzer)

nach anliegender von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur getroffenen Festlegung:

„Auf dem regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, mit Ausnahme derjenigen Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Million € ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden, verfügen das Unternehmen Deutsche Telekom AG und die mit ihm verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), derzeit insbesondere die Unternehmen Congstar GmbH und die Unternehmen der T-Systems Gruppe, im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht.“

folgende

Regulierungsverfügung

beschlossen:

I.

Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten
(Markt 1 der EU-Empfehlung)

1. Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl

Die Betroffene wird verpflichtet, ihren Teilnehmern bzw. Teilnehmern der mit ihr verbundenen Unternehmen den Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit zu ermöglichen, und zwar sowohl durch Betreiberauswahl durch Wählen einer Kennzahl als auch durch Betreibervorauswahl, wobei jedoch bei jedem Anruf die Möglichkeit besteht, die festgelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen. Der Teilnehmer soll dabei auch unterschiedliche Voreinstellungen für Orts- und Fernverbindungen vornehmen können (§ 40 Abs. 1 TKG).

2. Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung

Entgelte für Endnutzerleistungen der Betroffenen, die dem Markt 1 zugerechnet werden, werden der nachträglichen Regulierung nach Maßgabe des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterworfen.

3. Die Beschlusskammer behält sich die Anordnung eines Anschluss-Resale vor, sofern die Entwicklung im Anschlussmarkt dies erforderlich macht.

4. Im Übrigen werden die Anträge der beteiligten Antragstellerinnen abgelehnt.

Sachverhalt

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

Im Zuge des Auslaufens der Übergangsfrist von § 150 Abs. 5 TKG führte die Bundesnetzagentur unter dem Az. BK2c 08/007 eine Abfrage zum Bedarf und der Notwendigkeit von entbündeltem Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen durch. Diese Abfrage wurde als Mitteilung Nr. 309/2008 im Amtsblatt 11/2008 der Bundesnetzagentur vom 18. Juni 2008 veröffentlicht. Auf diese Abfrage hin gingen bei der Bundesnetzagentur insgesamt 14 Stellungnahmen ein. Davon sprachen sich die Unternehmen 1&1 Internet AG, 1XNet GmbH, BT (Germany) GmbH & Co. oHG, COLT Telecom GmbH, Communication Services TELE2 GmbH, EURO TELEGROUP MediaLine GmbH, QSC AG, TELCAT MULTICOM GmbH, der telegol GmbH und Verizon Deutschland GmbH für die Anordnung von Anschluss-Resale und die Unternehmen Arcor AG & Co. KG, Deutsche Telekom AG, M-net Telekommunikations GmbH sowie der BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. dagegen aus. Die Stellungnahmen wurden im Amtsblatt der Bundesnetzagentur und dem Internet veröffentlicht. Das Verfahren BK2c 08/007 ist in das vorliegende Verfahren aufgegangen.

Mit Datum vom 20. August 2008 stellte die ecotel communication AG einen Antrag auf Erlass einer Regulierungsverfügung für den Bereich Anschluss-Resale. Dieser Antrag (Az. BK2c 08/011) ist in dem Verfahren BK2c 08/007 aufgegangen.

Mit Schreiben vom 23.01.2009 hat die Beschlusskammer der Betroffenen mitgeteilt, dass sie bzw. die mit ihr verbundenen Unternehmen nach dem Ergebnis des im Rahmen der Marktanalyse für den Markt „Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Markt 1 der EU-Empfehlung) durchgeführten nationalen Konsultationsverfahrens über eine beträchtliche Marktmacht auf dem Markt für den „Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ verfügen. Ferner wurde ihr

mitgeteilt, welche Verpflichtungen aus Sicht der Beschlusskammer für die betroffenen Märkte konkret in Betracht kommen.

Mit Schreiben vom 13.02.2009 gab die Betroffene daraufhin eine erste Stellungnahme ab. Darin äußerte sie sich im Wesentlichen wie folgt:

Es seien keine Gesichtspunkte ersichtlich, die die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung für geboten erscheinen ließen. Die Regulierung von Entgelten im Endkundenbereich sei nach Art. 17 Abs. 1 und 2 URL ultima ratio.

Die Auferlegung einer Verpflichtung zu Betreiber(vor)auswahl am All-IP-Anschluss sei nicht gerechtfertigt. Jedenfalls wäre es aber ermessensfehlerhaft, eine netzseitige, anstelle einer geräteseitigen Betreiber(vor)auswahl aufzuerlegen. Aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung gelange man zu dem Ergebnis, dass unter Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz allein der schmalbandige Anschluss zu verstehen sei. Der Gemeinschaftsgesetzgeber habe, wie sich aus Erwägungsgrund 8 URL ergebe, bei den in der URL formulierten Verpflichtungen die PSTN-Technologie im Fokus gehabt. Die Kommission sei davon ausgegangen, dass die Breitbandtechnologie nicht mit der gleichen Intensität reguliert werden müsse, wie die PSTN-Technologie. Die systematische Auslegung von § 40 TKG ergebe, dass auch der nationale Gesetzgeber ausschließlich das PSTN-Netz vor Augen gehabt habe. Würde Betreiber(vor)auswahl auch am All-IP-Anschluss angeboten werden müssen, könne der Forderung von § 40 Abs. 1 S. 4 TKG, Anreize zu geben, in Infrastruktureinrichtungen zu investieren, nicht mehr erfüllt werden. Die Betreiber(vor)auswahl am All-IP-Anschluss sei ein reines Arbitragegeschäft, da Verbindungsnetzbetreiber in einem IP-Netz keine oder nur eine geringe eigene Wertschöpfung realisieren könnten. Grund hierfür sei, dass die effiziente Anzahl potentieller Zusammenschaltungspunkte in einem IP-Netz deutlich geringer sei als im heutigen PSTN. Ein Anreiz, in eigene Infrastruktur zu investieren bestünde daher nicht, so dass dieses Geschäftsmodell den Wettbewerb nicht langfristig sicherte. Aufgrund der sinkenden Anzahl an Pol in einem IP-basierten NGN sei eine „ortsnahe Zuführung“ wie in § 40 Abs. 1 Satz 4 TKG vorgesehen, nicht wie im PSTN realisierbar. Eine Zusammenschaltung, wie sie im heutigen PSTN in den einzelnen Ortsnetzen (lokaler Einzugsbereich) möglich sei, gäbe es so im IP-Netz aufgrund der zentraleren Netzstruktur und der sich daraus ergebenden geringeren Anzahl an Pols nicht. Dies ließe ebenfalls darauf schließen, dass § 40 Abs. 1 Satz 4 TKG PSTN-basiert sei. Weiterhin sei unter einem „anderen“ Unternehmen nach § 40 Abs. 2 Satz 1 TKG nicht eine „andere“ juristische Person zu verstehen. Andernfalls sei § 40 Abs. 2 Satz 1 TKG nicht auf ein Unternehmen anwendbar, das sowohl die Festnetz- als auch die Mobilfunksparte in einer juristischen Person vereine. Vielmehr ergebe sich aus dem Regelungszusammenhang mit § 40 Abs. 2 Satz 2 TKG, dass der Anknüpfungspunkt für die Privilegierung des § 40 Abs. 2 Satz 1 TKG der Umstand sei, dass eine andere als die PSTN-Technologie eingesetzt werde. Denn der Einsatz einer neueren Technologie sei immer gleichzusetzen mit einem späteren Markteintritt unter liberalisierten Voraussetzungen, so dass ein milderer Regulierungsmaßstab gerechtfertigt sei. Schließlich ergebe auch eine Auslegung nach Sinn und Zweck, dass § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG auf die PSTN-Technologie beschränkt sei. Im Jahr 1998 seien Call-by-Call und Preselection ein wesentlicher Marktöffner gewesen, weil die meisten Wettbewerber der Betroffenen noch über keine nennenswerten Infrastruktureinrichtungen verfügt hätten. Dies rechtfertige es auch, das marktbeherrschende Unternehmen allein aufgrund seiner Marktbeherrschung zur Betreiber(vor-)auswahl zu verpflichten. Zwischenzeitlich hätten sich die Marktgegebenheiten jedoch grundlegend verändert, weshalb eine voraussetzungslose Verpflichtung zur Betreiber(vor-)auswahl nicht für neue Technologien gelten könne. Jedenfalls habe die Bundesnetzagentur ein Auswahlermessens bei der Festlegung der technischen Realisierung der Betreiber(vor-)auswahl nach 40 Abs. 1 Satz 1 TKG. Die Bundesnetzagentur dürfe in Ausübung ihres Auswahlermessens in Bezug auf die technische Realisierung der Betreiber(vor-)auswahl nur eine Verpflichtung zur geräteseitigen Betreiber(vor-)auswahl aussprechen. Eine netzseitige Implementierung der Betreiber(vor-)auswahl sei weder erforderlich noch verhältnismäßig. Die routerseitige Realisierung der Betreiber(vor-)auswahl sei ebenso gut geeignet, die Interessen der Verbraucher und des Wettbewerbs zu wahren wie die netzseitig implementierte Betreiber(vor-)auswahl. Die durch eine netzseitige Implementierung notwendig werdenden Arbeiten und deren Kosten stünden demgegenüber in keinem sinnvollen Verhältnis zur Marktfähigkeit der Betreiber(vor-)auswahl. Dabei sei ergänzend zu beachten, dass in jedem Fall zunächst eine unsortierte Verkehrsübergabe aus dem IP ins PSTN über 15

Gateways erfolge, damit sodann die Verbindungen in den meisten Fällen über große Strecken im PSTN-Netz der Betroffenen zum richtigen Netzübergang geroutet werden könnten. Hier entstünde also ein deutlich höherer netztechnischer Aufwand als bei der herkömmlichen Betreiber(vor-)auswahl an PSTN-Anschlüssen; daher sei für eine Abrechnung immer Tarifzone III als angemessen anzusetzen, da die Telekom immer eine zusätzliche Transport-Leistung in ihrem Netz zu erbringen habe. Insofern müsse die Abrechnung der Zuführungsleistung von All-IP-Anschlüssen abweichend tarifiert werden. Hierfür sei über die bisher beschriebenen Investitionen hinaus eine Anpassung des Billingmechanismus erforderlich, bei dem unterschieden werden könne, ob die Verbindung von einem PSTN-Anschluss oder von einem All-IP-Anschluss komme. Die dargestellten Belastungen der Betroffenen seien auch deshalb unverhältnismäßig, weil die Betroffene voraussichtlich in den nächsten zwei Jahren nur Double-Play-Produkte anbieten und zudem der Endkunde noch für längere Zeit eine Wahlmöglichkeit zwischen PSTN-basierten und IP-basierten Endkundenanschlüssen haben werde. Da die monatlichen Überlassungsentgelte absehbar keine Unterschiede aufwiesen, sei die Kaufentscheidung des Kunden zugunsten einer All-IP-Variante eines Double-Play-Pakets auch eine bewusste Entscheidung gegen die herkömmliche Betreiber(vor-)auswahl.

Die Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 TKG sei nicht gerechtfertigt. Für die Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale bestehe keinerlei Notwendigkeit, weil den Wettbewerbern der Deutschen Telekom AG durch die TAL, IP-BSA, WIA und das Angebot von AGB-Endkundenanschlüssen für Wettbewerber vier wirtschaftlich tragfähige Substitutionsalternativen zur Verfügung stünden, um Endkundenanschlüsse anbieten zu können (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 7 TKG). Die vorhandenen Vorleistungsangebote der Deutschen Telekom seien so umfassend, dass auch Wettbewerber darauf aufbauende attraktive, den Teilnehmeranschluss einschließende Endkundenangebote unterbreiten könnten. Diese Ansicht würde auch in den Stellungnahmen einzelner Telekommunikationsunternehmen (z.B. Arcor und M-net) sowie durch BREKO im Rahmen der Anhörung zur Auferlegung eines Anschluss-Resale vertreten. Die Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale verstieße auch gegen § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG, denn sie behindere und fördere nicht die geforderte Nachhaltigkeit der Entwicklung des wettbewerbsorientierten Marktes durch Infrastrukturinvestitionen. Jede Form von Resale-Verpflichtung beeinträchtigt tendenziell die Rahmenbedingungen, auf deren Grundlage andere Netzbetreiber, die in alternative Infrastrukturen investiert haben bzw. investieren wollen, vertrauen. Reseller von Anschlüssen betrieben im Vergleich zu Teilnehmernetzbetreibern ein risikoloses Geschäft, da sie nicht in eigene Infrastrukturkapazitäten vorab investieren müssten. Die Möglichkeit des Resellers, ohne nennenswerte bzw. nicht jederzeit revidierbare Investitionen in den Anschlussmarkt einsteigen zu können, stelle die wettbewerbspolitischen Weichen einseitig in Richtung eines reinen Diensteanbieterwettbewerbs. Investitionen in infrastrukturbasierte Teilnehmernetze würden hierdurch automatisch entwertet. Das hiervon ausgehende Signal für das Ziel der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs sei fatal. Geschäftsstrategien von Anbietern, die selbst in Infrastruktur investierten, erwiesen sich als ökonomisch nicht mehr sinnvoll. Die Folge sei, dass der für einen langfristigen Wettbewerb notwendige Infrastrukturwettbewerb substantiell gefährdet wäre. Darüber hinaus müssten als ungenanntes Abwägungskriterium nach § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG ("insbesondere") die Investitionen berücksichtigt werden, die die Deutsche Telekom AG für die Implementierung eines Anschluss-Resales vornehmen müsse. Insbesondere stelle sich das Problem der offline abzurechnenden Mehrwertdienste. Verbindungen zu Diensternummern würden gemäß der multilateral abgestimmten "Spezifikation Betreiberauswahl" immer direkt dem Netzbetreiber zugeführt, der den Dienst in seinem Netz anbiete. Sie ließen sich also nicht über z. B. eine Preselectioneinstellung vom Anschluss entkoppeln.

Der Entwurf der Regulierungsverfügung wurde im Amtsblatt der Bundesnetzagentur 5/2009 als Mitteilung Nr. 174/2009 sowie auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Nach Ablauf der einmonatigen Stellungnahmefrist, die am 15.04.2009 endete, sind schriftliche Stellungnahmen von 23 Unternehmen und Verbänden zu dem Entscheidungsentwurf eingegangen, die im Amtsblatt der Bundesnetzagentur 8/2009 als Mitteilung Nr. 272/2009 abgedruckt und im Internet veröffentlicht wurden.

Die 01051 Telekom GmbH, Callax Telecom Holding GmbH und MEGA Satellitenfernsehen GmbH haben sich in ihren Stellungnahmen vom 15.04.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Die Betreiber Auswahl trage zu einem Großteil den Telekommunikationswettbewerb. Voice-over-NGN-Anschlüsse würden bereits aktiv vermarktet. Voice-over-NGN sei eine Anslusstechologie und kein Dienst. Die technische Umsetzung von Betreiber Auswahl bei Voice-over-NGN-Anschlüssen sei unproblematisch, dies zeige das Beispiel der Schweiz. Eine Auswahl von Betreibern am Router des Endnutzers sei kein ausreichendes Äquivalent.

Die Arcor AG & Co. KG hat sich in ihrer Stellungnahme vom 15.04.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Der Entwurf sei grundsätzlich zu begrüßen, es bestehe jedoch die Gefahr, dass die nachträgliche Entgeltregulierung ein zu schwaches Instrument darstelle, wenn sie nicht mit der Anzeigepflicht verbunden werde, da die Bundesnetzagentur dann Entgelte erst nach ihrer Markteinführung überprüfen könne und so bis zur Untersagung die wettbewerblichen Möglichkeiten der Wettbewerber eingeschränkt werden könnten. Der Verpflichtung zum entbündelten Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen sei unter dem Aspekt zuzustimmen, dass dadurch Anreize zu Investitionen in eigenen Infrastrukturausbau gesetzt würden und die Nachhaltigkeit des Wettbewerbs gefördert werde.

Die BT (Germany) GmbH & Co. oHG hat sich in ihrer Stellungnahme vom 22.04.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Die Beibehaltung der Betreiber(vor)auswahl unabhängig von der verwendeten Anslusstechologie werde begrüßt. Ebenso werde die Beibehaltung der nachträglichen Entgeltregulierung begrüßt, da ansonsten damit zu rechnen sei, dass die Betroffene durch preismissbräuchliches Verhalten versuchen werde, den relevanten Markt abzuschotten. Dies zeigten insbesondere die Missbrauchsverfahren zu T-VPNs. Die Abschaffung der Anzeigepflicht sei nicht nachzuvollziehen. Es habe sich an der Situation im Vergleich zu 2006 nichts geändert, so dass nichts für die Abschaffung spräche. Die Auferlegung von Anschluss-Resale werde ausdrücklich begrüßt, die Verpflichtung müsse jedoch einen Preisabschlag von mind. 20% vorsehen, da es Wettbewerbern sonst nicht möglich sei, ihre eigenen Kosten in den Bereichen Rechnungsstellung, First-Level-Support und Vertrieb zu decken. Ein Geschäftskundenanbieter wie BT werde darüber hinaus kaum jemals in irgendeinem HVT die kritische Anzahl von Kunden erreichen. Zugestimmt werde der Bundesnetzagentur aber insoweit, als dass ein Schwerpunkt auf der Ausgestaltung von standardisierten und behinderungsfreien Prozessen liege.

Die Colt Telecom GmbH hat sich in ihrer Stellungnahme vom 15.04.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen stelle kein gleich wirksames Mittel dar. Auch sei § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG nicht als Anspruchsgrundlage für 1:1-Resale geeignet. Anschluss-Resale sei notwendig, da Großkundenprojekte durch den Bezug von Anschlüssen überhaupt erst realisierbar seien. TAL, IP-BSA und WIA wirkten nicht substituierend, da sich mit TAL und IP-BSA eine Versorgung einzelner Standorte nicht wirtschaftlich realisieren ließe, ohne erheblich in den Ausbau zu investieren. Zudem seien IP-BSA und WIA als IP-basierte Dienste in der leitungsvermittelten Telefonie nicht einsetzbar. Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen bedeute ein Abschmelzen der Marge bei Colt, da jeder angemietete Anschluss quersubventioniert werden müsse. Es sei möglich, einen Rabatt anzuordnen, der zwar kein eigenes Geschäftsmodell auf Resale-Basis ermögliche, gleichzeitig jedoch die Notwendigkeit der Quersubventionierung verringere. Die Betroffene erhöhe bei 1:1 Resale ihre Marge, da die Abnahme von Anschlüssen en gros mit Einsparungen verbunden sei. Anschluss-Resale müsse auf Basis der Endkunden-AGB angeboten werden und das derzeit praktizierte Bestellverfahren müsse fortgeführt werden.

Die Communication Services TELE2 GmbH hat sich in ihrer Stellungnahme vom 15.04.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Die Verpflichtung zu Betreiber(vor)auswahl werde begrüßt. Ebenso die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung. Die vorgesehene Form des unrabattierten Anschluss-Resale begründe einen Verstoß gegen §§ 21, 30, 132 TKG. Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen weise einen Doppelcharakter auf und widerspräche damit dem Sinn und Zweck der Zugangsregulierung in § 21 Abs. 1 TKG. Anschluss-Resale ohne Rabatt stelle keine Zugangsleistung dar. Die Festlegung eines Zugangsprodukts zu Endkundenbedingungen stelle einen unzulässigen Eingriff in die Entgeltkontrolle dar. Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen sei kein im Vergleich zu rabattiertem Anschluss-Resale gleich wirksames aber milderer Mittel. Anschluss-Resale sei nicht nur ein Komplementärprodukt für die Versorgung von Geschäftskunden. TELE 2 strebe den Bezug von Anschluss-Resale für Privatkundenprodukte an. Endkundenprodukte auf Basis von Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen seien unrentabel. Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen müsse aus anderen Leistungen quersubventioniert werden. Für einen Großteil der HVT bestehe keine wirtschaftlich tragfähige Grundlage für einen Wechsel von Anschluss-Resale zur TAL-Nachfrage. Die Wettbewerbsförderung für reine Schmalbandkunden erfordere Anschluss-Resale. Anschluss-Resale ohne Abschlag trage nicht zur Wettbewerbsbelebung auf dem Endkundenmarkt bei. Durch konsistente Entgeltregulierung könne eine Wettbewerbsförderung auf dem Anschlussmarkt und die Erhaltung von Anreizen in Infrastrukturinvestitionen andererseits sichergestellt werden.

Die Deutsche Telekom AG hat sich in ihrer Stellungnahme vom 16.04.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

§ 40 TKG gelte ausschließlich für PSTN-Anschlüsse. Dies ergebe sich aus der URL sowie den aktuellen Vorschlägen der Kommission für eine Überarbeitung des Richtlinienpakets. Die URL beziehe sich ausschließlich auf PSTN-Anschlüsse, wie sich aus der Zusammenschau von Art. 4 Abs. 1 URL, Erwägungsgrund 8 und Art. 19 URL ergebe. In dem entsprechenden Erwägungsgrund zur Änderung der Richtlinie heißt es, dass der technische Fortschritt behindert werde, wenn Betreiber(vor)auswahl weiterhin direkt durch Gemeinschaftsrecht vorgegeben werde. Dies zeige, dass Art. 19 URL nicht technologieneutral sei. Jedenfalls bestehe ein Auswahlermessen bei der Festlegung des Mittels zur Umsetzung der Verpflichtung. Soweit die Bundesnetzagentur dieses Ermessen hilfsweise ausgeübt habe, habe sie es fehlerhaft ausgeübt. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, dass die Verpflichtung zu Betreiber(vor)auswahl ein Kriterium für die Entlassung der Verbindungsmärkte aus der Regulierung sein solle, da sich die Verpflichtung zu Betreiber(vor)auswahl bislang nur auf PSTN-Anschlüsse bezogen habe. § 40 TKG ließe sich keine Verpflichtung zu offenem Call-by-Call entnehmen. Betreiberkennzahlen kämen zur Anwendung, die zuvor in den Router einprogrammiert worden seien. Die Betroffene sehe die Einrichtung von routerseitiger Betreiber(vor)auswahl nicht als Hindernis an. Die Anordnung von Betreiber(vor)auswahl gegenüber Congstar sei jedenfalls unverhältnismäßig, da die Vorleistungen dort teilweise von QSC bezogen würden und die Möglichkeit von Betreiber(vor)auswahl erst implementiert werden müsste. Dies sei insbesondere angesichts des Anteils der Congstar am Anschlussbestand der Betroffenen in Höhe von [REDACTED] unverhältnismäßig. Zumindest müsse der Betroffenen jedoch eine Implementierungsfrist von 9 Monaten zugestanden werden. Die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung sei nicht erforderlich. Die Auferlegung von Anschluss-Resale sei rechtswidrig. Es gebe ausreichend substituierende Vorleistungsprodukte. Es fehle an einer Feststellung der Marktmacht auf dem Resale-Markt.

Die Initiative Europäischer Netzbetreiber hat sich in ihrer Stellungnahme vom 15.04.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Die Verpflichtung zu Betreiber(vor)auswahl werde begrüßt. Dem Wegfall der Anzeigepflicht stehe man jedoch kritisch gegenüber. Bemängelt werde das Fehlen der Verpflichtung zu Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen. Nur durch die Gewährung eines Rabattes werde

den nachfragenden Unternehmen die Nachbildung eines Anschlussprodukts unter Erzielung einer angemessenen Marge ermöglicht.

Die ecotel communication ag, HFO Telecom AG, VR Com GmbH, MyPhone GmbH, StarCom Telekommunikation oHG, easybell GmbH, 010010 Telecom GmbH, nacamar GmbH und Tele-Son Vertriebs GmbH haben sich in ihrer gemeinsamen Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 15.04.2009 und die ecotel communication ag zusätzlich im Antrag vom 20.08.2008 im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Ohne rabattiertes Anschluss-Resale würden VNB, die bislang Betreiber(vor)auswahl-Dienste erbracht haben, durch die Bündelprodukte der Betroffenen aus dem Markt gedrängt, da Endkunden aufgrund der in den Bündelprodukten enthaltenen Verbindungsanteile ihr Interesse verlieren, Verbindungen über VNB herzustellen. VNB seien daher gezwungen diese Bündelprodukte unter Bezug von Anschlüssen der Betroffenen nachzumodellieren. Mit unrabattierten Anschlüssen könne kein kostendeckendes eigenes Bündelprodukt geschaffen werden. Für den PSTN-Telefonanschluss existiere kein alternatives Qualitätsprodukt. Anschluss-Resale sei nicht als reines Komplementärprodukt für Teilnehmernetzbetreiber anzusehen. Nur durch rabattierte Telefonanschlüsse würden die Verbindungsnetzbetreiber in die Lage versetzt, eigene Verbindungsleistungen mit dem Anschluss zu wettbewerbsfähigen Preisen zu koppeln.

Die mr. nexnet GmbH hat sich in ihrer Stellungnahme vom 15.04.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Die technologie neutrale Anordnung von Betreiber(vor)auswahl werde begrüßt. Ebenso werde die Anordnung von Anschluss-Resale begrüßt. Resaleprodukte müssten jedoch so gestaltet sein, dass sie weder mit den AGB-Produkten der Betroffenen identisch sind, noch dürften sie andererseits den Anreiz zu eigenen Investitionen entfallen lassen.

Die QSC AG hat sich in ihrer Stellungnahme vom 09.04.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Die Beibehaltung der Betreiber(vor)auswahl und die Anwendung auf IP-basierte Anschlüsse werde begrüßt. Gleiches gelte für die Anordnung der nachträglichen Entgeltregulierung und von Anschluss-Resale. Es werde jedoch gebeten, den Verzicht auf einen Rabatt nochmals zu überdenken.

Der Telecom e.V. hat sich in ihrer Stellungnahme vom 14.04.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Der Entwurf werde sowohl substantiell als auch hinsichtlich der Begründung begrüßt.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband hat sich in seiner Stellungnahme vom 16.04.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Der vzbv erwarte im Sinne der geplanten Verfügung die Verpflichtung zu Betreiber(vor)auswahl auch am All-IP-Anschluss mit netzseitiger Implementierung, die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung sowie eine Verpflichtung zum Angebot von entbündeltem Anschluss-Resale.

Der Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. hat sich in seiner Stellungnahme vom 21.04.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Die netzseitige Implementierung von Betreiber(vor)auswahl sei sicherzustellen. Die nachträgliche Entgeltkontrolle werde begrüßt. Die Verpflichtung zu einem konsistent rabattierten Anschluss-Resale sollte ausgesprochen werden.

Die Verizon Deutschland GmbH hat sich in ihrer Stellungnahme vom 15.04.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl und die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung seien zu begrüßen. Die Auferlegung von Anschluss-Resale ohne Einräumung eines Rabattes sei jedoch ungeeignet und ermögliche nicht die Nachbildung von Produkten der Betroffenen mit entsprechender Marge. Die Voraussetzungen für eine Zugangsverpflichtung lägen vor. Auch fehlten konkrete Angaben zu Bestellschnittstellen.

Die mündliche Anhörung fand am 24.04.2009 statt.

Nach der öffentlich-mündlichen Verhandlung vom 24.04.2009 sind bis zum 05.05.2009 sieben ergänzende schriftliche Stellungnahmen von Unternehmen und Verbänden zu dem Entscheidungsentwurf eingegangen, die im Amtsblatt der Bundesnetzagentur 9/2009 als Mitteilung Nr. 290/2009 abgedruckt wurden.

Die 01051 Telekom GmbH, Callax Telecom Holding GmbH und MEGA Satellitenfernsehen GmbH haben sich in ihren Stellungnahmen vom 05.05.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Die Unternehmen sprächen sich gegen die Auferlegung von Anschluss-Resale aus. § 40 TKG sei technologieneutral zu lesen.

Die Colt Telecom GmbH hat sich in ihrer Stellungnahme vom 05.05.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Eine Verpflichtung zum Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen ergäbe sich auch aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht und sei daher, dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung folgend, auch aufgrund des TKG anzuordnen.

Die Communication Services TELE 2 GmbH hat sich in ihrer Stellungnahme vom 05.05.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Eine Beschränkung von § 40 TKG auf PSTN-Technik sei nicht ersichtlich. Eine routerseitige Implementierung von Betreiber(vor)auswahl sei nicht mit § 40 TKG vereinbar. Es sei sachgerecht an der Anzeigepflicht festzuhalten. Die Festlegung eines Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen sei aufzuheben und die Entgelte für das Anschluss-Resale einem nachgelagerten Verfahren der Entgeltkontrolle zu überlassen.

Die Deutsche Telekom AG hat sich in ihrer Stellungnahme vom 05.05.2009 zum Entscheidungsentwurf im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Auferlegung von netzseitiger Betreiber(vor)auswahl auch bei All-IP-Anschlüssen sei nicht technologieneutral. Die Möglichkeit von Betreiber(vor)auswahl könne nicht am All-IP-Anschluss festgemacht werden, da sie nur eine Funktionalität des Voicedienstes sein könne. Zu berücksichtigen sei jedoch zumindest die anstehende Änderung des Gemeinschaftsrechts, mit der Art. 19 URL außer Kraft treten werde.

Die Auferlegung der Anzeigepflicht sei entgegen dem Vorbringen einiger Wettbewerber in der mündlichen Anhörung nicht erforderlich und angemessen.

Die Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale sei rechtswidrig.

In Rahmen ihrer Stellungnahmen haben sechs Unternehmen eigene Anträge gestellt.

Die Antragstellerinnen zu 1., 2. und 6. beantragen gleichlautend,

die Auferlegung der Verpflichtungen gegenüber Deutsche Telekom AG und verbundenen Unternehmen entsprechend Ziff. 1 (Verpflichtungen zu Betreiber- und Betreiber-vorauswahl und Ziff. 2 (Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung) des Tenors des Entwurfs der Kammer vom 10.03.2009.

Die Antragstellerin zu 3. beantragt,

die Regulierungsverfügung, Entwurf vom 10.03.2009, Az. BK2c 09/002 wie folgt zu ergänzen:

3. Anordnung zu Gewährung von Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen

a)

Die Betroffene wird verpflichtet, anderen Unternehmen zum Zwecke des Weitervertriebs an Dritte gem. § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG einen „entbündelten“ Zugang zu öffentlichen Festnetzanschlüssen zu Großhandelsbedingungen zu gewähren.

Dabei hat die Betroffene ihr Angebot wie folgt auszugestalten:

- Das Vertragsangebot basiert auf den jeweils gültigen Endkunden-AGB.
- Im Hinblick auf das Bestellverfahren wird das derzeit praktizierte Verfahren zur Überlassung von AGB-Anschlüssen fortgeführt.
- Das Vertragsangebot darf keine Umschaltgebühr vorsehen.
- Das Angebot muss ein Unter-Reselling gestatten.
- Das Angebot darf keinen Investitionskostenzuschuss vorsehen.

b)

Die Entgelte für die Zugangsleistung gemäß lit. A) liegen in angemessenem Abstand, der eine Nachbildung der Anschluss-Produkte der Betroffenen zu wirtschaftlichen Bedingungen ermöglicht, zu den entsprechenden AGB-Preisen der Betroffenen. Die Entgelte nach Satz 1 werden der Genehmigung nach § 31 TKG unterworfen.

Die Antragstellerin zu 4. beantragt,

1. an der in Ziffer I.1. vorgesehenen Verpflichtung zum Angebot von Betreiber- und –vorauswahl für sämtliche Produkte auf dem Markt 1 festzuhalten und die Verpflichtung dahingehend zu ergänzen, dass die Betreiber- und –vorauswahl an DSL-basierten Komplettanschlüssen durch eine netzseitige Implementierung realisiert werden muss,

2. die in Ziffer I.3a) in Verbindung mit der Begründung zum Entwurf enthaltene Festlegung aufzuheben, wonach für das Anschluss-Resale keine preislichen Großhandelsbedingungen gelten dürfen,

3. die in Ziffer I.3b) für das Anschluss-Resale nachträgliche Entgeltkontrolle durch die Auferlegung der Entgeltregulierung nach § 30 Abs. 5 TKG zu ersetzen,

4. an der in Ziffer II. vorgesehenen Auferlegung des Standardangebots festzuhalten.

Die Antragstellerin zu 5. beantragt,

die Auferlegung der Verpflichtung zur Betreiber- und Betreiber-vorauswahl nach § 40 TKG auf PSTN-Anschlüsse zu beschränken und

festzustellen, dass der Betroffenen keine Verpflichtung nach § 39 TKG auferlegt wird.

Die Antragstellerin zu 6. beantragt,

1. Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG 2004 auf entbündeltes Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen

1.1 Der Antragstellerin ist ein vollständiges, insbesondere mit Preisen und erforderlichen Leistungsbeschreibungen und Arbeitshandbüchern und sonstigen ergänzenden Dokumenten versehenes, annahmefähiges Resale-Angebot im Hinblick auf Telefonanschlüsse (analog, ISDN-Basisanschluss und ISDN-PMX-Anschluss) zu unterbreiten. Dieses Angebot ist in der Weise zu entbündeln, dass die Antragstellerin die Anschlüsse von der Antragsgegnerin nachfragen kann, ohne zugleich Verbindungsleistungen von der Antragsgegnerin nachfragen zu müssen. Mit dem Resale-Angebot zu verbinden sind alle anschlussgebundenen Leistungsmerkmale gemäß Leistungsbeschreibung „Zusätzliche Leistungen Anschlussart“ (CLIP, CLIR, Rufverfolgung, Sicherheitspaket, Rufnummern-erweiterung etc.).

1.2 Im Rahmen der Unterbreitung des Angebotes ist der Antragstellerin die Option einzuräumen, die Anschlüsse ihrer Resale-Kunden dauerhaft auf ihr Netz bzw. das von ihr genutzte Netz Dritter voreinstellen zu lassen (Preselection) sowie die Option, eine Verbindungsnetzbetrieberauswahl im Einzelfall (Call-by-Call) zu unterdrücken (Call-by-Call-Sperre). Dies gilt nicht für Verbindungen mit Zugangskennzahlen oder Rufnummern, bei denen für die Endkunden der Antragsgegnerin in deren AGB vorgesehen ist, dass die Verbindungen ausschließlich als Verbindungen der Antragsgegnerin oder ausschließlich als Verbindungen des Netzbetreibers hergestellt werden, bei dem die gewünschte Rufnummer eingerichtet ist.

In Ergänzung zu dem Antrag zu Ziff. 1. beantragen wir des Weiteren:

2. Die Antragsgegnerin wird weiterhin im Wege einer Verpflichtung nach § 19, 20 und 24 TKG 2004 dazu verpflichtet,

2.1 dass Vereinbarungen über Zugänge gemäß Ziff. 1. auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen, insbesondere mit folgenden Maßgaben:

2.1.1 Das Produktangebot enthält ein diskriminierungsfreies Bereitstellungsverfahren mit verbindlichen Bereitstellungsfristen und bei Nichteinhaltung fällig werdend Vertragsstrafen. Hierbei sind die jeweiligen Aufträge innerhalb von sechs Arbeitstagen zu bestätigen und innerhalb von zwölf Arbeitstagen bereitzustellen. Hält die Antragsgegnerin die zuvor niedergelegten Bestätigungs- bzw. Bereitstellungstermine nicht ein, erfolgt eine Gutschrift zugunsten der Antragstellerin in entsprechender Anwendung der Ziff. 10.1 lit. a), b), 10.2, 10.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Call Plus, wobei die dort angegebenen Gutschriften allerdings pro Werktag einer Verspätung anfallen. Das Produktangebot enthält keine Forecast- und Planungsverpflichtungen zu Lasten der Antragstellerin. Die jeweiligen Vertragsverhältnisse sind für die Antragstellerin zum Schluss eines jeden Werktages kündbar, wobei die Kündigung der Antragsgegnerin mindestens sechs Werk-tage vor dem Tag, an dem sie wirksam werden soll, zugehen muss.

2.1.2 Das Produktangebot enthält diskriminierungsfreie Prozessabläufe (insbesondere Regelungen zum Ordermanagement, Service, Billing), die einen reibungslosen Bereitstellungsprozess gewährleisten und insbesondere auch sicherstellen, dass die Telefonanschlüsse in einem abgestimmten Prozess gleichzeitig mit ggf. von der Antragstellerin nachzufragenden Resale DSL-Anschlüssen bereitgestellt werden.

2.1.3 Das Produktangebot enthält diskriminierungsfrei nachfolgende weitere Vorgaben:

2.1.3.1 Die Lieferung der Rechnungsdaten erfolgt über die elektronische Schnittstelle Edifact (ELFE-Format) einschließlich der dazugehörigen elektronischen EVN-Daten für die über den Teilnehmernetzbetreiber abgerechneten Verbindungsleistungen im Eva-Datenformat;

2.1.3.2 Bei Bereitstellung der Telefonanschlüsse im Wege der Anschlussübernahme (Übernahme eines bereits beim Endkunden bestehenden und im Netz der Antragsgegner-

rin geschalteten Anschlusses), sind die Telefonanschlüsse von der Antragsgegnerin im Wege der Anschlussübernahme zu den Bedingungen einer Vertragsübernahme durch Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Telefonanschlussvertrag unter Aufrechterhaltung aller mit dem Telefonanschluss zu diesem Zeitpunkt verbundenen Leistungsmerkmale (Preselection, CLIP, CLIR und sonstige) zur Verfügung zu stellen, ohne dass zuvor der Prozess „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung“ von der Antragsgegnerin verlangt werden darf. Vorgenanntes gilt auch für die Beibehaltung der Übernahme des mit dem zu übernehmenden Telefonanschluss verbundenen T-DSL-Anschlusses im Wege der Vertragsübernahme durch Übertragung der Rechte und Pflichten; wobei die Anträge unter Ziff. 2.1.3. 1 und 2.1.3.2 unter Aufrechterhaltung der bislang diesbezüglich bereits zwischen der Antragstellerin und der Konzerntochter der Antragsgegnerin T-Systems Business Services GmbH praktizierten Abläufe im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Endkunden-Telefonanschlüssen als AGB-Produkt entsprechen.

2.1.4 Die Bereitstellung der angefragten Produkte erfolgt innerhalb einer Implementierungsfrist, die 1 Monat nach Erlass der Regulierungsverfügung nicht überschreiten darf

2.1.5 Die Antragstellerin ist nicht zur Übernahme der Investitionskosten für die Entwicklung einer Datenbanklösung zur Abrechnung offline gebillter Mehrwertdiensternummern verpflichtet.

2.1.6 Eventuelle Sicherheitsleistungen dürfen von der Antragsgegnerin nur unter den Voraussetzungen des § 321 BGB erhoben werden. Geforderte Sicherheitsleistungen dürfen der Höhe nach den Betrag der jeweils offenen Forderung nicht überschreiten. Die Antragsgegnerin hat Sicherheitsleistungen unverzüglich nach Erfüllung der jeweils zu sichernden Forderung zurückzugeben.

2.2 Die Antragsgegnerin hat Informationen zur technischen Spezifikation, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen und über die zu zahlenden Entgelte, die die zum Zugang gemäß Ziff. 1. berechtigten Unternehmen für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangsleistungen auf dem vorgenannten Markt benötigen, zu veröffentlichen sowie

2.3 ihre Vorleistungspreise für die externen angebotenen Zugangsleistungen auf dem verfahrensgegenständlichen Markt und ihre internen Verrechnungspreise für die entsprechenden intern genutzten Vorleistungen transparent zu gestalten sowie der Bundesnetzagentur auf Anforderung Informationen über die jeweiligen Absatzmengen der extern angebotenen und intern genutzten Vorleistungsprodukte und die entsprechenden Umsätze vorzulegen.

3. Entgeltgenehmigung

Es wird ferner beantragt festzustellen, dass die Entgelte für Zugangsleistungen nach Ziff. 1. der Genehmigung nach Maßgabe der § 31, 30 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 TKG 2004 unterliegen.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 30.10.2009 Gelegenheit gegeben, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern. Davon machte das Bundeskartellamt mit Schreiben vom 05.11.2009 Gebrauch und übermittelte folgende Anmerkungen.

Aus der Sicht des Bundeskartellamtes sei es zweifelhaft, ob ein Anschlussprodukt zu Endkundenbedingungen nach der eigenen Zielformulierung der Beschlusskammer ausreichen könne. Denn auch die Beschlusskammer gehe offensichtlich davon aus, dass ein Anschluss-Resale als Vorleistungsprodukt jedenfalls komplementär für infrastrukturbasierte, aber (noch) nicht flächendeckend tätige Wettbewerber zur Erreichung der Regulierungsziele notwendig sei. Werde aber die Notwendigkeit eines Vorleistungsproduktes zur Erreichung der Regulierungsziele grundsätzlich anerkannt, könne dieses Vorleistungsprodukt aus Sicht des Bundeskartellamtes nicht zu den von den Nachfragern eines solchen Resale-Produktes durchweg abgelehnten Endkunden-

bedingungen angeboten werden. Eine freiwillige Selbstverpflichtung der Betroffenen zu einem solchen Produkt reiche daher aus Sicht der Beschlussabteilung nicht aus.

Zunächst könne von der formalen Auferlegung des Anschluss-Resale gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG nur dann abgesehen werden, wenn freiwillige Angebote am Markt, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreichen. Dass die hierfür notwendige Marktakzeptanz im Hinblick auf das freiwillige Angebot der Betroffenen zum Anschluss-Resale vorhanden sei, bezweifle die Beschlusskammer selbst im Entwurf der Regulierungsverfügung. Auch die Beschlussabteilung halte es für zweifelhaft, ob das vorliegende freiwillige Angebot von einem großen Teil des Marktes akzeptiert werde. Wenn jedoch eine Akzeptanz zu diesen Bedingungen nicht vorliege, werde das Resale-Produkt auch kaum nachgefragt werden, so dass auch das Regulierungsziel einer komplementären Versorgung mit Resale-Produkten zumindest erheblich gefährdet würde. Auch der nur komplementäre Nachfrager würde in seinem Preissetzungsspielraum erheblich eingeschränkt, da er sein Angebot entweder regional differenzieren müsse oder seine Preise insgesamt am Anschluss-Resale-Preis ausrichten müsse. Im Ergebnis käme es zu einer Annäherung der Preise in Richtung des Endkundenpreises der Betroffenen.

Darüber hinaus sei es zweifelhaft, ob Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen mit den Regelungen von § 28 TKG, den die Beschlusskammer ausdrücklich für anwendbar hält, in Einklang gebracht werden könne. Das Bundeskartellamt stimme der Kammer insofern zu, als auch unregulierte Vorleistungsprodukte bezogen auf ihr Verhältnis zu den regulierten Produkten einer Prüfung nach § 28 TKG zu unterziehen seien. Zu Recht weise die Beschlusskammer daher darauf hin, dass Preis-Kosten-Scheren bezogen auf den Anschluss an den Maßstäben des § 28 TKG gemessen werden müssten. Werde aber ein Anschluss-Resale als notwendiges (komplementäres) Vorleistungsprodukt auf der Grundlage von Regulierungsrecht — wenn 'auch nur über § 21 Abs. 1 Abs. 7 TKG — installiert, müsse der nach § 28 TKG erforderliche Abstand zwischen Vorleistungs- und Endkundenprodukt eingehalten werden. Es bestünden erhebliche Zweifel, dass die Endkundenbedingungen des nachgelagerten Anschluss-Produktes der Betroffenen die Kosten eines effizienten Wettbewerbers einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals decken könnten.

Dies bedeute nicht, dass notwendigerweise schon in der Regulierungsverfügung das Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen mit festgelegten pauschalen Rabatten angeordnet werden müsse. Das Bundeskartellamt stimme der Beschlusskammer auch in diesem Punkt zu, dass eine solche Anordnung nicht erforderlich sei und je nach Höhe des Rabattes — auch falsche Anreize zulasten des Infrastrukturwettbewerbs setzen könne. Es sei ausreichend, aber auch erforderlich, die Preisgestaltung der Betroffenen im Einzelfall anhand von § 28 TKG zu prüfen. Die Auffassung der Beschlusskammer, dass ein Resale-Angebot zu Endkundenbedingungen ausreichen solle, stehe jedoch sehr wahrscheinlich im Widerspruch zu der gleichzeitigen Aussage der Beschlusskammer, dass § 28 TKG gelten müsse. Denn dieser fordere letztlich die Rabattierung in Höhe der langfristig zusätzlichen Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung.

Die Beschlussabteilung halte daher die Anordnung eines komplementären Vorleistungsproduktes des Anschluss-Resales für sinnvoll und jedenfalls für nicht ausschließbar auf der Grundlage § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG. Zu welchen Bedingungen ein solches Produkt zulässigerweise angeboten werden müsse, wäre — soweit die Betroffene hierzu Anlass gibt — in Einzelverfahren nach § 28 TKG zu prüfen.

Im Übrigen werde von einer Stellungnahme abgesehen.

Am 16.11.2009 wurde der Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten gemäß § 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG zur Verfügung gestellt.

Am 17.11.2009 übersandte die EU-Kommission der Bundesnetzagentur ein Schreiben mit Fragen zum Entwurf der Regulierungsverfügung. Diese Fragen wurden mit Datum 20.11.2009 beantwortet.

Am 16.12.2009 übersandte die EU-Kommission der Bundesnetzagentur eine Stellungnahme gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Richtlinie 2002/21/EG zum notifizierten Entwurf der Regulierungsverfügung. Die Kommission nehme die Schlussfolgerungen der BNetzA zur Kenntnis, wonach die freiwillige Selbstverpflichtung der Betroffenen genügend Sicherheiten biete, so dass es nicht notwendig sei, als Abhilfemaßnahme eine Verpflichtung zum Weiterverkauf von Teilnehmeranschlüssen auf der Vorleistungsebene (WLR) aufzuerlegen. Demgegenüber habe die Kommission mehrfach hervorgehoben, dass WLR-Bedingungen derart sein sollten, dass sie einerseits Preis-Kosten-Scheren vermeiden und andererseits nicht von Investitionen in entbündelte Teilnehmeranschlüsse in geografischen Gebieten abhalten, in denen solche Investitionen wirtschaftlich sinnvoll wären. Dieser Grundsatz solle auch für Preise gelten, die entsprechend einer freiwilligen Selbstverpflichtung festgesetzt werden. In dieser Hinsicht nehme die Kommission insbesondere die Erklärung der BNetzA zur Kenntnis, dass ohne Verpflichtung zur WLR-Bereitstellung mit Abschlag vom Endkundenpreis die BNetzA nicht in der Lage wäre, die in § 28 TKG vorgesehene Prüfung auf Bestehen einer Preis-Kosten-Schere vorzunehmen. Vor diesem Hintergrund dränge die Kommission die BNetzA zur Auferlegung einer WLR-Verpflichtung als Abhilfemaßnahme, um sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörde in der Lage ist, das Bestehen einer Preis-Kosten-Schere zu prüfen. Wie auch das BKartA ausführte, müsse die BNetzA dazu keinen bestimmten Abschlag vom Endkundenpreis (Rabatt) festsetzen.

Hinsichtlich einer Notwendigkeit der Überprüfung der freiwilligen Selbstverpflichtung der Betroffenen nehme die Kommission die Darlegung der BNetzA zur Kenntnis, wonach die freiwillige Selbstverpflichtung der Betroffenen Teil der von der BNetzA verfolgten Regulierungsstrategie zur Erreichung der gesetzten Regulierungsziele sei. In ihrer Antwort auf das Auskunftsersuchen erklärte die BNetzA, dass die Selbstverpflichtung der Betroffenen dieselben Bedingungen für die WLR-Bereitstellung enthalte, wie sie im ursprünglichen, von der BNetzA zu nationalen Konsultation gestellten Verpflichtungsvorschlag vorgesehen waren. Weiter sei die freiwillige Selbstverpflichtung der Betroffenen dem Regulierungsdruck geschuldet, der entstanden war, nachdem die BNetzA in der nationalen Konsultation vorgeschlagen hatte, eine WLR-Verpflichtung aufzuerlegen. Daher wertete die BNetzA die freiwillige Selbstverpflichtung der Betroffenen als eine Maßnahme mit Regulierungscharakter.

Die Kommission widerspreche der Einschätzung der BNetzA, dass die freiwillige Selbstverpflichtung der Betroffenen die Merkmale einer auferlegten Verpflichtung aufweise. Erstens war die freiwillige Selbstverpflichtung der Betroffenen nicht Gegenstand einer nationalen Konsultation und genüge daher auch nicht den Anforderungen von Artikel 6 der Rahmenrichtlinie. Zweitens werde das Produkt der Betroffenen weder zu Vorleistungsbedingungen angeboten, noch gebe es Anzeichen für eine erhebliche Verbreitung auf dem Markt. Daher könne die freiwillige Selbstverpflichtung der Betroffenen keinesfalls als Grundlage für die Rechtfertigung genutzt werden, dass eine Regulierungsmaßnahme nicht getroffen werde, die zur Lösung eines festgestellten Wettbewerbsproblems auf dem relevanten Markt notwendig sei.

Mit Schreiben vom 22.12.2009 hat die Betroffene gegenüber der BNetzA nochmals zur Erforderlichkeit einer Implementierungsfrist für die Bereitstellung von Call-by-Call und Preselection-Funktionen am All-IP Anschluss Stellung genommen. Die bisherigen Entwürfe der Bundesnetzagentur entfalten keine rechtliche Bindungswirkung. Ihnen sei die Möglichkeit der Änderung immanent, so dass es dem betroffenen Unternehmen auf dieser Grundlage nicht zumutbar sei, weitreichende Investitionsentscheidungen zu treffen. Die Implementierungsfrist von Call-by-Call und Preselection an All-IP-Anschlüssen werde geraume Zeit in Anspruch nehmen. Die Betroffene hat eine diesbezügliche Studie angekündigt.

Mit Schreiben vom 07.01.2009 hat die ecotel communication AG nochmals Stellung genommen. Darin wiederholt sie ihre formale Kritik zum Verfahren. Des weiteren bekräftigt sie ihre Forderung zur Notwendigkeit der Auferlegung eines entbündelten Anschluss-Resale auf der Vorleistungsebene zu Großhandelsbedingungen sowie zu der aus ihrer Sicht unzureichende freiwilligen Selbstverpflichtung der Betroffenen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

Gründe

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

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

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

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

Das Verfahren wurde mit Schreiben vom 23.01.2009 gegenüber der Betroffenen eröffnet und Gelegenheit gegeben, sich zu den beabsichtigten Regulierungsmaßnahmen zu äußern, so dass die gemäß § 28 VwVfG erforderliche Anhörung erfolgt ist.

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

Eine öffentliche mündliche Verhandlung wurde am 24.04.2009 durchgeführt.

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

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

2. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen

Nach dem Ergebnis der auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse sind die bundesweiten Märkte für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG. Auf diesem Markt verfügt die Betroffene insoweit nach wie vor über eine beträchtliche Marktmacht.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus der als **Anlage** beigefügten, gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG von der Präsidentenkammer getroffenen Festlegung, die wegen § 13 Abs. 3 TKG Inhalt dieser Regulierungsverfügung ist und auf die daher Bezug genommen wird. Die Präsidentenkammer hat im Rahmen der Konsolidierung der Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse für den Markt Nr. 1 der EU-Empfehlung die Stellungnahme der EU-Kommission vom 17.04.2009 weitestgehend berücksichtigt.

3. Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung

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

Etwaige Entgelte für Endnutzer, welche die vorgenannten Leistungen in Anspruch nehmen, unterliegen gemäß § 40 Abs. 1 S. 5 TKG der nachträglichen Entgeltregulierung nach Maßgabe des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG.

a. Voraussetzungen der Verpflichtung zur Netzbetreiberauswahl und Netzbetreibervorauswahl

Gemäß § 40 Abs. 1 TKG muss die Bundesnetzagentur Unternehmen, die bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, nach Maßgabe des Satzes 4 verpflichten, ihren Teilnehmern den Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit zu ermöglichen, und zwar sowohl durch Betreiberauswahl durch Wählen einer Kennzahl als auch durch Betreibervorauswahl, wobei jedoch bei jedem Anruf die Möglichkeit besteht, die festgelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen. Der Teilnehmer soll dabei auch unterschiedliche Voreinstellungen für Orts- und Fernverbindungen vornehmen können. Die Voraussetzungen für eine Verpflichtung der Betroffenen zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl sind vorliegend erfüllt.

aa) Vorliegen beträchtlicher Marktmacht

Nach den anliegenden Feststellungen der Präsidentenkammer verfügt die Betroffene insoweit bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten auch weiterhin über eine beträchtliche Marktmacht i.S.v. § 40 Abs. 1 TKG.

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

vgl. Urteil des BVerwG vom 29.10.2008 in Sachen 6 C 38.07 (Rz. 44).

bb) Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen

Gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 TKG sind im Zusammenhang mit der Auferlegung der Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl auch die Maßgaben des Satzes 4 zu beachten. Danach ist im Rahmen der Ausgestaltung der zur Erfüllung dieser Verpflichtung erforderlichen Zusammenschaltungsleistungen bei Entscheidungen nach Teil 2 des Gesetzes zu gewährleisten, dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen nicht entfallen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern und dass eine effiziente Nutzung des vorhandenen Netzes durch ortsnahe Zuführung erfolgt. Beide Vorgaben werden in den entsprechenden Entscheidungen der zuständigen Beschlusskammer berücksichtigt.

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

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

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Preselection-Entgelte der Betroffenen gemäß § 40 Abs. 1 TKG der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2-4 i.V.m. 28 TKG unterliegen.

c. Technologieneutralität der Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung

Die zur Realisierung von Anschlüssen verwendete Technologie befindet sich im Wandel. So wird bei den sog. Komplettanschlüssen neben dem Zugang zu Datendiensten auch der Zugang zum Telefondienst mittels des „Internet Protocol“ (IP) realisiert. § 40 TKG erlaubt insofern jedoch keine Differenzierung der Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung aufgrund der verwendeten Technologie, sie ist von dieser unabhängig. Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass einer Anwendbarkeit von § 40 TKG auf All-IP-Anschlüsse § 40 Abs. 1 S. 4 TKG entgegenstehe, wonach bei der Auferlegung von Betreiber(vor)auswahl zu gewährleisten ist, dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen nicht entfallen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern. Die langfristige Stärkung des Wettbewerbs kann gegebenenfalls durch ein größeres Gewicht auf Infrastrukturwettbewerb gegenüber reinem Dienstewettbewerb erreicht werden. Eine Stärkung des Wettbewerbs kann jedoch sicher nicht durch Freistellung der Betroffenen von Regulierung im Bereich Betreiber(vor)auswahl am All-IP-Anschluss erreicht werden. Hintergrund der Regelung des § 40 Abs. 1 S. 4 TKG ist die Förderung des Wettbewerbs und nicht der Schutz der Betroffenen vor Wettbewerb. Im Übrigen ist nichts erkennbar, was der wortgetreuen Umsetzung der Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung bei Komplettanschlüssen entgegenstehen sollte. Soweit die Betroffene vorträgt, eine richtlinienkonforme Auslegung von § 40 TKG ergäbe, dass sich die Vorgaben der Universaldienstrichtlinie (URL) nur auf PSTN bezögen, kann dem nicht gefolgt werden. In dem von der Betroffenen angeführten Erwägungsgrund geht es ausschließlich um die Frage, welche Art von Anschluss im Rahmen des Universaldienstes bereitgestellt werden muss. Hieraus lässt sich kein Schluss dahingehend ziehen, dass die URL sich insgesamt auf die PSTN-Technologie beschränken soll.

d. Auslegung von § 40 Abs. 2 TKG

Soweit die Betroffene vorträgt, der Begriff des „anderen Unternehmens“ in § 40 Abs. 2 TKG sei so zu verstehen, dass ein Unternehmen dann ein „anderes Unternehmen“ sei, wenn es eine andere Technologie zur Realisierung von Anschlüssen ver-

wende, erscheint dies fernliegend. Allenfalls kann man den Begriff des „anderen Unternehmens“ so verstehen, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf anderen Märkten gemeint sind. IP-basierte sog. Komplettanschlüsse sind vorliegend aber gerade dem Markt 1 zugeordnet worden.

e. Ortsnahe Zuführung

Die Betroffene trägt vor, dem Erfordernis der „ortsnahen Zuführung“ aus § 40 Abs. 1 S. 4 TKG könne aufgrund der geringeren Zahl von Zusammenschaltungspunkten in IP-basierten Netzen nicht in gleichem Maße wie in einem PSTN-Netz Rechnung getragen werden.

Der Begriff der ortsnahen Zuführung ist vor dem Hintergrund der Einführung von Betreiber(vor)auswahl im Ortsnetz zu lesen. Mit dieser Formulierung sollte sichergestellt werden, dass Netzbetreiber, die von Betreiber(vor)auswahl im Ortsnetz profitieren wollen, die Zusammenschaltung in dem jeweiligen Ortsnetz realisieren müssen. Das bedeutet letztlich, dass die Zusammenschaltung jeweils so ortsnah wie im jeweiligen Fall möglich erfolgen soll. Wenn in einem IP-basierten Netz die Zahl der Zusammenschaltungspunkte sinken sollte, ist die Vorgabe so zu verstehen, dass die Zusammenschaltung ortsnah zum jeweiligen Zusammenschaltungspunkt erfolgen soll. Es mag zutreffen, dass die Betroffene vorträgt, die Übergabe aus dem IP-Netz in das PSTN-Netz unsortiert erfolgt und deshalb Verbindungen über große Strecken im PSTN-Netz der Betroffenen geroutet werden müssen. Die sich daraus gegebenenfalls ergebenden Zusammenschaltungs- und Abrechnungsfragen sind in entsprechenden Vereinbarungen zu klären. Ein technisches Hindernis für die Realisierung von Betreiber(vor)auswahl an All-IP-Anschlüssen stellen sie jedenfalls nicht dar.

f. Kein Ermessen

Nicht zuletzt ist der Beschlusskammer bei der Frage der Auferlegung der Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung kein Ermessen eingeräumt. § 40 TKG entspricht insoweit auch dem zugrundeliegenden Artikel 19 der Universaldienstrichtlinie, wo es in Absatz 1 heißt, dass die nationalen Regulierungsbehörden die Unternehmen, die gemäß Artikel 16 Abs. 3 als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten gemeldet wurden, verpflichten, ihren Teilnehmern den Zugang zu den Diensten aller zusammengeschalteten Anbieter öffentlich zugänglicher Telefondienste zu ermöglichen. Es wäre am deutschen Gesetzgeber, aufbauend auf einer Neufassung der EU-Richtlinien, gegebenenfalls eine Anpassung der Call-by-Call - und Preselection-Verpflichtung vorzunehmen. Auch bei Frage der Ausgestaltung der Verpflichtung zu Betreiber(vor)auswahl eröffnet § 40 Abs. 1 TKG der Beschlusskammer kein Ermessen. So beschreibt das Gesetz detailliert, dass Betreiberauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu ermöglichen ist und auch die Möglichkeit bestehen muss, eine Betreibervorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl im Einzelfall zu übergehen. Betreiberkennzahlen sind dabei Nummern im Sinne von § 3 Nr. 13 TKG. Eine routerseitige Implementierung, bei welcher der Nutzer einzelne Anbieter erst in ein Integrated Access Device einprogrammieren muss, um sie anschließend für einzelne Telefonate auszuwählen, lässt sich nicht darunter subsumieren. Auch die EU-rechtlichen Vorgaben sehen bei festgestellter Marktherrschaft insoweit keinen Ermessensspielraum bei der Frage der Auferlegung von Betreiber(vor)auswahl vor.

g. Betreiber(vor)auswahl nicht abbedingbar

Soweit die Betroffene vorträgt, dass sich ihre Kunden durch Auswahl eines PSTN-basierten bzw. IP-basierten Anschlusses für bzw. gegen die Betreiber(vor)auswahl entscheiden könnten, ist dem die stehende Auffassung der Beschlusskammer entgegenzuhalten, dass diese Wahlmöglichkeit dem Kunden nicht eröffnet und die Betreiber(vor)auswahl nicht, auch nicht indirekt, abbedingbar ist.

h. Möglicher künftiger europäischer Rechtsrahmen

Wenn die Betroffene eine mögliche Änderung im europäischen Rechtsrahmen als Argument gegen die Geltung von § 40 TKG auch für IP-basierte Komplettanschlüsse vorträgt, ist dem entgegenzuhalten, dass zum einen der neue Rechtsrahmen derzeit noch nicht verabschiedet worden ist. Zum anderen kann darüber hinaus nicht vorausgesagt werden, wie die künftigen Richtlinien vom deutschen Gesetzgeber in deutsches Recht umgesetzt werden, da dem Gesetzgeber, nicht zuletzt aufgrund des effet utile Prinzips, bei der Umsetzung von Richtlinien ein gewisser Umsetzungsspielraum zusteht.

i. Congstar

Die Betroffene trägt vor, dass die Anordnung von Betreiber(vor)auswahl gegenüber Congstar insbesondere aufgrund des geringen Anteils von Congstar im Anschlussbestand der Betroffenen in Höhe von [REDACTED] unverhältnismäßig sei, da die Vorleistungen dort teilweise von QSC bezogen würden und die Möglichkeit von Betreiber(vor)auswahl erst implementiert werden müsste. Unabhängig vom fehlenden Ermessensspielraum bezüglich der Auferlegung von Betreiber(vor)auswahl ist diesem Vorbringen entgegenzuhalten, dass die Betroffene für die Einrichtung von Betreiber(vor)auswahl in ihrem eigenen IP-Netz ohnehin Einrichtungsmaßnahmen durchzuführen hat.

j. Keine Implementierungsfrist

Wenn die Betroffene vorträgt, dass die Umsetzung der Verpflichtung für Betreiber(vor)auswahl 9 Monate in Anspruch nehmen soll, um das Routing zu implementieren, ist dies nicht nachvollziehbar. Die Technik zur Aussonderung von Verkehr aus dem IP-Netz der Betroffenen ist bereits vorhanden. Benötigt wird die Technik zur Aussonderung des Verkehrs bereits zum jetzigen Zeitpunkt, da die regulierte Zusammenschaltung zwischen verschiedenen Netzen weiterhin ausschließlich leitungsvermittelt erfolgt. Das heißt, wenn ein Anrufer von einem All-IP-Anschluss der Betroffenen einen Teilnehmer im Netz eines Wettbewerbers anruft, findet die zur Verbindungsherstellung erforderliche Zusammenschaltung leitungsvermittelt statt. Dies gilt sogar für den Fall, dass ein All-IP-Kunde der Betroffenen einen PSTN-Kunden der Betroffenen anruft, da in jedem Fall der Übergang vom All-IP-Netz in das PSTN-Netz gewährleistet werden muss. Die vom Teilnehmer gewählte Rufnummer muss daher in jedem Fall ausgewertet werden, um feststellen zu können, wohin ein Anruf geleitet werden muss. Weil also ein Netzübergang vom IP-Netz der Betroffenen in das PSTN-Netz vorhanden ist und die Betreiber(vor)auswahl im heutigen PSTN implementiert ist, ist nicht nachvollziehbar, warum Betreiber(vor)auswahl nicht ohne weiteres zu realisieren sein sollte.

Am Beispiel der Erreichbarkeit von Servicernummern aus All-IP-Netzen soll im Folgenden aufgezeigt werden, dass die Ermöglichung von Betreiber(vor)auswahl am All-IP-Anschluss auch unproblematisch umzusetzen ist.

Die für die Erreichbarkeit von Servicernummern notwendige Zusammenschaltung erfolgt im PSTN-Netz. Um Servicernummern vom All-IP-Anschluss erreichen zu können,

ist es daher notwendig, die gewählte Rufnummer auszuwerten, damit der Verkehr in das PSTN-Netz übergeben werden kann. In gleicher Weise kann eine gewählte Rufnummer auch dahingehend ausgewertet werden, ob die Rufnummer eine Betreiberkennzahl enthält und sie somit zum Zwecke der Zusammenschaltung in das PSTN-Netz überführt werden muss, um dort weiter ausgewertet zu werden.

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass in der Schweiz die Betreiber(vor)auswahl an All-IP-Anschlüsse bereits seit geraumer Zeit möglich ist und dort ohne nennenswerten technischen Aufwand implementiert worden ist.

Abschließend ist anzumerken, dass die Betroffene bereits seit Februar 2009 von der bevorstehenden Verpflichtung zu Betreiber(vor)auswahl am All-IP-Anschluss Kenntnis hat und sich somit bereits auf die Umsetzung einstellen konnte.

Was das Schreiben der Betroffenen vom 22.12.2009 betrifft, ist anzumerken, dass lediglich nochmals auf die Erforderlichkeit einer 9-monatigen Implementierungsfrist hingewiesen wird. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Stellungnahme der Betroffenen außerhalb der nationalen Konsultations- und Notifizierungsfrist gegenüber der EU-Kommission eingegangen ist. Soweit die gesetzlich vorgesehene sofortige Vollziehbarkeit der Entscheidungen im Zuständigkeitsbereich der Beschlusskammern, § 137 Abs. 1 TKG, zu beachten ist, kann sich die Betroffene im Übrigen auch nicht darauf berufen, dass die Regulierungsverfügung noch nicht erlassen wurde. Sämtliche Entwürfe der Regulierungsverfügung hatten insoweit bereits die Anordnung der Betreiber(vor)auswahl, auch am All-IP-Anschluss, zum Gegenstand.

4. Entgeltregulierung

Die Festlegung der nachträglichen Regulierung für den Markt „Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ (Markt 1 der EU-Märkte-Empfehlung) beruht auf § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 39 Abs. 3 TKG.

Gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG unterliegen Entgelte für Endnutzerleistungen von Anbietern mit beträchtlicher Marktmacht der nachträglichen Regulierung, sofern sie nicht der Entgeltgenehmigung unterworfen worden sind. Anders als die Formulierung des Gesetzes nahelegt, gilt die Pflicht zur Entgeltregulierung nicht schon kraft Gesetz, da ein derartiges Verständnis der Norm nicht mit Gemeinschaftsrecht vereinbar wäre. Eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ergibt, dass die nachträgliche Entgeltregulierung im Rahmen des Regulierungsermessens der Auferlegung durch die Bundesnetzagentur bedarf.

Vgl. Urteil des BVerwG vom 29.10.2008 in Sachen 6 C 38.07 (Rz. 58).

Anders als der Wortlaut zunächst vermuten lassen könnte, hängt schon die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung davon ab, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl für sich genommen nicht zur Erreichung der Regulierungsziele führen.

Vgl. Urteil des BVerwG vom 29.10.2008 in Sachen 6 C 38.07 (Rz. 66).

Im Hinblick auf die Entgeltregulierung von Endnutzerleistungen von besonderer Bedeutung sind dabei einerseits das in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG genannte Ziel der Wahrung der Nutzer- und der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation und andererseits die in § 2 Abs. 2 Nr. 2 vorgesehenen Ziele der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze einschließlich der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche.

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

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

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

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

Insoweit ist festzustellen, dass die Betroffene trotz ihrer bestehenden Verpflichtungen im Zugangsbereich und ihrer Verpflichtung zur Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl im Anschlussbereich - nicht zuletzt aufgrund ihres immer noch hohen Marktanteils sowohl bei den Absatz- als auch bei den Umsatzzahlen - nach wie vor über eine starke Marktmacht verfügt und sie zumindest derzeit noch einem im Vergleich zu den Verbindungsmärkten weniger starken Wettbewerbsdruck seitens der konkurrierenden alternativen Teilnehmernetzbetreiber ausgesetzt ist. Gegenüber einer potentiellen – im Licht der Beobachtungen der Beschlusskammer zwar nicht zwingenden aber doch nicht gänzlich unwahrscheinlichen – Gefahr eines Preishöhenmissbrauchs kritischer und auch wahrscheinlicher ist die Gefahr, dass die Betroffene versuchen könnte, ihre überragende Marktstellung dadurch zu verteidigen, dass sie auf den zunehmenden Wettbewerb mit gezielten Dumping-, Cost-Price-Squeeze- oder Bündelungs-Strategien reagiert. Dies gilt umso mehr, als der Verlust eines Anschlusskunden für das betroffene Unternehmen in der Regel wesentlich schwerer wiegt, weil hiermit eine unmittelbare und in der Regel längerfristige Kundenbindung verloren geht. Dass es sich hierbei nicht nur um eine theoretische Gefahr handelt, ist beispielsweise an den gegen die Betroffene eingeleiteten Entgeltüberprüfungsverfahren BK2c 07/004 und BK2b 07/008 zu erkennen.

a. Erreichen der Regulierungsziele

Im Rahmen ihrer Ermessensausübung ist die Beschlusskammer vorliegend zur Überzeugung gelangt, dass die Auferlegung der nachträglichen Regulierung zum Zwecke der Erreichung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG und dabei insbesondere zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes erforderlich, aber auch ausreichend ist. Insoweit kann vorliegend dahinstehen, ob aufgrund vorliegender Tatsachen die Annahme gerechtfertigt wäre, dass ohne den Erlass zusätzlicher regulatorischer Verpflichtungen gegebenenfalls auch die Erreichung weiterer Regulierungsziele gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 - 8 TKG, wie etwa die Förderung effizienter Infrastrukturen oder die Förderung der Entwicklung des europäischen Binnenmarktes, nicht hinreichend sichergestellt wären.

b. Geeignetheit

Die Auferlegung einer nachträglichen Regulierung nach § 39 Abs. 2 bis 4 TKG ist hier geeignet, die genannten Zwecke zu erreichen. In ihrem Rahmen werden etwaige Verstöße gegen die Missbrauchsvorschrift des § 28 TKG wirksam abgestellt.

Was mögliche Verstöße gegen § 28 TKG anbelangt, so ist es gerade Sinn und Zweck von § 39 Abs. 3 S. 1 TKG, hiergegen eine Handhabe zu bieten.

Die nachträgliche Regulierung nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG ist damit nach derzeitiger Einschätzung der Beschlusskammer geeignet, Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu vermeiden.

c. Erforderlichkeit

Die nachträgliche Regulierung ist auch erforderlich, um die genannten Ziele zu erreichen. Es ist kein mildereres, aber gleich wirksames Regime zu entdecken, welches an die Stelle der nachträglichen Regulierung treten könnte.

Namentlich weniger wirksam wäre ein vollständiges Absehen von der Entgeltregulierung. Denn damit ließe sich dem dargestellten Missbrauchspotenzial der Betroffenen nicht wirksam entgegenreten.

d. Angemessenheit

Die Auferlegung der nachträglichen Regulierung ist schließlich auch angemessen. Angemessen ist eine Maßnahme dann, wenn die Nachteile, die für das betroffene Unternehmen mit der Maßnahme verbunden sind, nicht völlig außer Verhältnis zu den Vorteilen stehen, die sie bewirkt.

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

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

Dabei war insbesondere zu berücksichtigen, dass die Auferlegung der nachträglichen Regulierung für die Betroffene einen deutlich weniger belastenden Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Betroffenen darstellt als etwa die Festlegung einer Genehmigungspflicht. Darüber hinaus trägt die Auferlegung der nachträglichen Regulierung dem

Umstand Rechnung, dass der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG im Endnutzerebereich grundsätzlich Vorrang eingeräumt werden soll, während die Auferlegung einer Genehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 TKG nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen in Betracht kommen kann. Während im Genehmigungsverfahren gemäß §§ 31 TKG ff. die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht unterschritten werden dürfen, gilt im ex post-Verfahren der Prüfungsmaßstab des § 28 TKG.

Im Hinblick auf die Interessen der Betroffenen war schließlich zu berücksichtigen, dass zwar auch die Auferlegung der nachträglichen Regulierung für sie durchaus mit Einschränkungen ihrer unternehmerischen Betätigungsfreiheit verbunden ist, dass sie jedoch durch die Festlegung einer Genehmigungspflicht einer weitaus stärkeren Belastung ausgesetzt werden würde.

Abschließend ist zu beachten, dass die Betroffene im Vergleich zum Geltungszeitraum der Regulierungsverfügung BK 2a 06/001-R durch den Wegfall der Anzeigepflicht deutlich entlastet worden ist, da sie nunmehr neue Tarife auf den Markt bringen kann, ohne den Karenzzeitraum der Anzeigepflicht abwarten zu müssen.

e. Umfang der nachträglichen Regulierung

Der nachträglichen Regulierung unterliegen nach dem Verständnis der Bundesnetzagentur die Entgelte aller von der Marktanalyse Markt 1 umfassten Anschlussarten der Betroffenen sowie der mit ihr verbundenen Unternehmen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass Bündel, die einen Anschluss enthalten insgesamt der nachträglichen Regulierung unterliegen.

Der nachträglichen Regulierung unterliegen insoweit nicht nur die eigentlichen Endnutzertarife, sondern auch die entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Unter entgeltrelevanten Bestandteilen versteht man solche Klauseln, die entweder die Modalitäten der Entgeltberechnung oder der Entgeltbezahlung betreffen oder die nach der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei der Ermittlung und Festlegung des Entgelts für eine Leistung vernünftigerweise zu berücksichtigen sind bzw. anders gewendet solche Bestimmungen, die sich nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben bei der Entgeltbildung auswirken,

vgl. VG Köln, Urteil 1 K 2272/01 vom 08.07.2004, S. 7f. des amtlichen Umdrucks, m.w.N.

prüfen sind.

vgl. VG Köln, Beschluss 1 L 1832/04 vom 06.09.2004, S 3f. des amtlichen Umdrucks; VG Köln, Urteil 1 K 7854/01 vom 04.11.2004, S. 6 des amtlichen Umdrucks; zustimmend Schuster/Ruhle, in: Beck'scher Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 28 Rn. 17f.; a.A. Mielke, in: Berliner Kommentar zum TKG, 2006, § 38 Rn 17, 37.

f. Wegfall der Anzeigepflicht bzw. Kenntnissgabepflicht

Der Wegfall der Anzeige- bzw. Kenntnissgabepflicht wurde in einigen Stellungnahmen zum Konsultationsentwurf kritisiert (Arcor, BT, Tele2, IEN, QSC). Insbesondere wurde vorgebracht, es bestehe die Gefahr, dass die nachträgliche Entgeltregulierung ein zu

schwaches Instrument darstelle, wenn sie nicht mit der Anzeigepflicht verbunden werde, da die Bundesnetzagentur dann Entgelte erst nach ihrer Markteinführung überprüfen könne und so bis zur Untersagung die wettbewerblichen Möglichkeiten der Wettbewerber eingeschränkt werden könnten (Arcor). Die Abschaffung der Anzeigepflicht sei nicht nachzuvollziehen, da sich an der Situation im Vergleich zu 2006 nichts geändert habe, so dass nichts für die Abschaffung spräche (BT).

Die Erfahrungen der letzten Jahre mit der Anzeige- und der Kenntnisgabepflicht rechtfertigen eine weitere Belastung der Betroffenen mit diesen Maßnahmen nicht. So erfolgte im Rahmen der Anzeigepflicht keine förmliche Untersagung angezeigter Entgeltmaßnahmen vor Ablauf der Zweimonatsfrist des § 39 Abs. 3 S. 2 TKG. Vergleichbar stellt sich die Situation bei der Kenntnisgabepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 4 TKG dar. Von den fünf von 2006 bis zum ersten Quartal 2009 durchgeführten förmlichen Entgeltüberprüfungsverfahren wurden vier durch Wettbewerberbeschwerden ausgelöst. Dem stehen für denselben Zeitraum insgesamt 173 Individualverträge gegenüber, die der Beschlusskammer zur Kenntnis gegeben worden sind.

5. Anschluss-Resale

Eine Verpflichtung zu Anschluss-Resale gemäß § 21 Abs. 1 TKG wird abweichend vom veröffentlichten Konsultationsentwurf nicht auferlegt. Die Beschlusskammer hatte sich im Konsultationsentwurf vorbehalten, von der formalen Auferlegung von Anschluss-Resale abzusehen, sollte die Betroffene im Zuge des Konsultationsverfahrens ein freiwilliges Angebot zu Anschluss-Resale vorlegen. Nicht zuletzt hat die Bundesnetzagentur gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 7 2. Alt. TKG bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist, insbesondere zu prüfen, ob freiwillige Angebote am Markt, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der Regulierungsziele ausreichen.

a. Selbstverpflichtung

Am 19.10.2009 hat die Betroffene der Bundesnetzagentur eine Selbstverpflichtung der Betroffenen in Bezug auf die Überlassung von AGB-Endnutzeranschlüssen an Telekommunikationsdiensteanbieter vorgelegt, welche dieser Regulierungsverfügung als Anlage beigefügt ist. Diese Selbstverpflichtung baut auf dem von der Betroffenen seit 2005 angebotenen Prozess zur Anschlussübernahme auf. Vor dem Hintergrund der Anordnung der Bundesnetzagentur vom 30.01.2009, BK2c 08-008, sagt die Betroffene bei der Übernahme von Telefonanschlüssen insbesondere eine unterbrechungsfreie Überlassung, mit dem im Zeitpunkt der Übernahme bestehenden Leistungsumfang zu. Für die monatlichen Entgelte bedeutet dies, dass die bislang von dem Endkunden der Betroffenen zu entrichtenden Entgelte unverändert im Wege des 1:1 Resale übernommen werden. Dabei darf von einer Neubereitstellung nur dann ausgegangen werden, wenn die Betroffene auch ihren eigenen Kunden im vorliegenden Fall eine Neubereitstellung berechnen würde. Insofern besteht die Möglichkeit der Übernahme auch für Alttarife. Die Selbstverpflichtung erfüllt damit die im Verfahren BK2c 08-008 aufgestellten Anforderungen. Die Betroffene hat für die Übernahme eines bestehenden Telefonanschlusses ein Übernahmeentgelt in Höhe von 30 Euro brutto angezeigt. Dies entspricht in der Höhe dem Entgelt, welches die Betroffene bis zum Jahr 2006 für die Übernahme eines bestehenden Telefonanschlusses erhoben hat.

Zu der Feststellung der EU-Kommission im Schreiben vom 16.12.2009, dass eine freiwillige Selbstverpflichtung nicht Gegenstand der nationalen Konsultation war, ist folgendes anzumerken: Die Beschlusskammer hat sich im Konsultationsentwurf bereits vorbehalten, von der formalen Auferlegung von Anschluss-Resale abzusehen, sollte die Betroffene im Zuge des Konsultationsverfahrens ein freiwilliges Angebot zu Anschluss-Resale vorlegen. Insofern ist die prinzipielle Möglichkeit bereits im Konsultationsverfahren adressiert worden. Die Selbstverpflichtung entspricht damit dem im Konsultationsentwurf

vorgesehenen Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen. Es bedarf damit keiner neuen Konsultation im Markt. Ein Verstoß gegen EU-Recht ist insofern nicht festzustellen.

In diesem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass die Stellungnahme der ecotel communication GmbH vom 07.01.2010, die insoweit nach Abschluss der Notifizierungsfrist gegenüber der EU-Kommission eingegangen ist, keine andere Bewertung bezüglich des Anschluss-Resale und der freiwilligen Selbstverpflichtung der Betroffenen zulässt.

Was die Stellungnahme der EU-Kommission zu den Ausführungen der BNetzA zu der Prüfung von Preis-Kosten-Scheren betrifft, so ist hier anzumerken, dass auf der Ebene der Endkundertarife im Hinblick auf die Nachbildbarkeit der Endkundertarife durch effiziente Wettbewerber jederzeit eine Überprüfung gem. § 28 Abs. 2, Nr. 3 TKG möglich ist. Damit ist – entsprechend der ständigen Spruchpraxis der Beschlusskammer – gewährleistet, dass es effizienten Wettbewerbern möglich ist, die typischerweise gebündelten Produkte des marktbeherrschenden Unternehmens zu vergleichbaren Konditionen anzubieten.

b. Marktakzeptanz

Unter Anwendung des seit 2005 gelebten Prozesses zur Anschlussübernahme, auf dem die vorgelegte Selbstverpflichtung aufbaut, wurde bei der Betroffenen allein im Jahr 2008 eine kumulative Absatzzahl von ca. [REDACTED] Anschlüssen erreicht. Insofern trifft die Feststellung der EU-Kommission in der Stellungnahme vom 16.12.2009 nicht zu, dass kein vom Markt akzeptiertes Angebot vorliegt. Die nunmehr vorgelegte Selbstverpflichtung baut auf diesem Prozess auf und verbessert ihn insoweit, als dass im Falle der Anschlussübernahme ein gegenüber dem Neubereitstellungsentgelt stark reduziertes Übernahmeentgelt erhoben wird und eine unterbrechungsfreie Übernahme möglich ist. Es ist jedoch nichtsdestotrotz fraglich, ob vor dem Hintergrund des im Konsultationsverfahren von Teilen des Marktes vorgetragenen Wunsches nach einem rabattierten Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen, das Kriterium der Marktakzeptanz als erfüllt angesehen werden kann. Ob mit der Selbstverpflichtung der Betroffenen dieses Kriterium des § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG erfüllt wird, kann jedoch letztlich dahinstehen, da die Verpflichtung der Betroffenen zu einem rabattierten Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen zur Sicherstellung der Regulierungsziele nicht erforderlich ist. Die Nichtanordnung von Anschluss-Resale erfolgt daher auch nicht, anders als vom Bundeskartellamt in seinen Anmerkungen verstanden, auf Grundlage von § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG.

c. Erreichen der Regulierungsziele

Mit der vorliegenden Selbstverpflichtung der Betroffenen wird den Regulierungszielen der Wahrung der Nutzer- und insbesondere der Verbraucherinteressen, der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und – netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche und der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen Rechnung getragen. Bereits im Konsultationsentwurf hat die Beschlusskammer ausgeführt, warum die Einräumung eines Rabattes zur Erreichung dieser Ziele nicht erforderlich ist.

Diese Einschätzung ist im Notifizierungsentwurf unverändert übernommen worden. Insofern sind derzeit keine Aspekte ersichtlich, dass – entgegen den Äußerungen der EU-Kommission – von dieser Einschätzung abgesehen werden müsste.

(1) Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen

Auf Grundlage der Selbstverpflichtung der Betroffenen werden im Sinne des in § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG beschriebenen Regulierungsziels auch Anreize zu Investitionen in effiziente Infrastruktureinrichtungen gefördert, weil die Inanspruchnahme von Telefonanschlüssen der Betroffenen gegenüber der vollständigen Eigenrealisierung und auch gegenüber der TAL-Realisierung, die die Erschließung bis zu den Hauptverteilern der Betroffenen erfordert, schneller und einfacher möglich ist. Die Nutzung von Telefonanschlüssen der Betroffenen ermöglicht einen sukzessiven Aufbau alternativer Infrastruktur entsprechend dem Erfolg auf den Endkundenmärkten. Denn der Wettbewerber erhält damit die Möglichkeit, einen eigenen Kundenstamm für seine Dienste aufzubauen und an sich zu binden, der ihm wiederum die Basis dafür geben kann, zu wagen, noch weiter in eigene Infrastruktur zu investieren. Schließlich müssen Wettbewerber der Betroffenen, die schon jetzt in Infrastruktur investieren, welche sie von der Infrastruktur der Betroffenen unabhängiger macht, keine Entwertung ihrer Investitionen durch das vergleichsweise risikolosere auf Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen basierende Geschäftsmodell von Resellern bzw. Diensteanbietern befürchten. Nicht zuletzt wäre bei einer Auferlegung von rabattiertem Anschluss-Resale der Prüfkatalog des § 21 Abs. 1 S. 2 TKG zu beachten gewesen. § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TKG verlangt dabei ausdrücklich, bei Auferlegung einer Zugangsverpflichtung die Notwendigkeit der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs durch Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen zu berücksichtigen. Derartige Anreize wären bei Auferlegung von rabattiertem Anschluss-Resale in geringerem Maße gegeben.

(2) Chancengleicher und nachhaltiger Wettbewerb

Ebenfalls wird ein chancengleicher Wettbewerb und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche sichergestellt. Ein Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen würde tendenziell die Rahmenbedingungen beeinträchtigen, unter denen Netzbetreiber in alternative Infrastruktur investiert haben und die Tragfähigkeit von infrastrukturbasierten Geschäftsmodellen belasten. Ein nachhaltiger Wettbewerb wird letztlich von Infrastrukturinvestitionen getragen, die eine weitergehende Unabhängigkeit von Infrastruktur der Betroffenen ermöglichen. Dies gilt auch für den Wettbewerb in der Fläche, der sich nachhaltig nur entwickeln kann, wenn eine Entwertung von Infrastrukturinvestitionen verhindert wird.

(3) Verbraucherinteressen

Schließlich wahrt dies langfristig auch die Verbraucherinteressen, da davon auszugehen ist, dass mittelfristig das Verbraucherinteresse an einer breitbandigen Versorgung überwiegen wird und durch den Verzicht auf die Anordnung eines Rabattes sichergestellt werden kann, dass der weitere Ausbau von Breitbandinfrastruktur nicht durch eine Bevorzugung von Anbietern mit schwächerem eigenem Infrastrukturausbau behindert wird. Das Verbraucherinteresse an dem zügigen Ausbau einer breitbandigen Telekommunikationsinfrastruktur wird nicht zuletzt anhand der Breitbandstrategie der Bundesregierung deutlich. Ziel der Breitbandstrategie ist, dass bis spätestens Ende 2010 flächendeckend leistungsfähige Breitbandanschlüsse verfügbar sein sollen und bis 2014 bereits für 75 Prozent der Haushalte Anschlüsse mit Übertragungsraten von mindestens 50 Megabit pro Sekunde zur Verfügung stehen sollen, mit dem Ziel, solche hochleistungsfähigen Breitbandanschlüsse möglichst bald flächendeckend verfügbar zu haben.

Die Regulierungsziele werden auch trotz der einjährigen Kündigungsfrist der freiwilligen Selbstverpflichtung der Betroffenen erreicht. Die Selbstverpflichtung der Betroffenen sieht eine Kündigung derselben durch die Betroffene mit einer Frist von einem Jahr vor, bleibt also nicht unbeschränkt dauerhaft bestehen. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob ein Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen ungeachtet der Selbstverpflichtung angeordnet werden müsste, da die Betroffene sich so selbständig und unsanktioniert der Verpflichtung entziehen könnte. Letztlich wäre eine derartige Anordnung von Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen trotz vorliegender Selbstverpflichtung jedoch unverhältnismäßig. Die Bundesnetzagentur könnte in dem Jahr zwischen Anzeige der Aufkündigung der Selbstverpflichtung und Wirksamwerden der Kündigung eine ergänzende Regulierungsverfügung erlassen und eine Anordnung erlassen.

d. Vorbringen der Wettbewerber

Die Wettbewerber haben im Rahmen der nationalen Konsultation insbesondere vorgebracht, dass ein Anschluss-Resale mit einem Preisabschlag von mind. 20% angeordnet werden müsse, da es Wettbewerbern sonst nicht möglich sei, ihre eigenen Kosten in den Bereichen Rechnungsstellung, First-Level-Support und Vertrieb zu decken (BT), Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen ein Abschmelzen der Marge bedeute, dass jeder angemietete Anschluss quersubventioniert werden müsse (Colt), Endkundenprodukte auf Basis von Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen unrentabel seien und Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen aus anderen Leistungen quersubventioniert werden müsse (TELE2), mit unrabattierten Anschlüssen kein kostendeckendes eigenes Bündelprodukt geschaffen werden könne (ecotel) und die Auferlegung von Anschluss-Resale ohne Einräumung eines Rabattes ungeeignet sei, da dies nicht die Nachbildung von Produkten der Betroffenen mit entsprechender Marge ermögliche (Verizon).

Vorab ist zunächst festzustellen, dass sich auf dem Telekommunikationsmarkt kein Wettbewerber der Betroffenen betätigt, der ein Geschäftsmodell verfolgt, welches ausschließlich den Vertrieb von Telefonanschlüssen zum Gegenstand hat. Es werden zumindest Bündel bestehend aus einem Telefonanschluss und Verbindungsminuten oder ausschließlich Verbindungsleistungen angeboten. Soweit Wettbewerber der Betroffenen ein rein auf Betreiber(vor)auswahl basierendes Modell verfolgen, ist anzumerken, dass in diesem Marktsegment ein rückläufiger Trend zu beobachten ist. Der Grund dafür ist insbesondere in der zunehmenden Verbreitung von Bündelangeboten mit Pauschaltarifen für Telefongespräche zu finden, die von Kunden in stetig zunehmendem Maße nachgefragt werden. Davon betroffene Verbindungsnetzbetreiber sehen sich daher vielfach angehalten, ihre Geschäftsmodelle zu variieren. Zwar haben auch Verbindungsnetzbetreiber eine gewisse Infrastruktur aufgebaut, soweit sie zum Angebot von Betreiber(vor)auswahl in eigene Verbindungsnetze investiert haben. Die Erreichung der Regulierungsziele auf dem Verbindungsmarkt und dabei insbesondere der Schutz von Investitionen in Verbindungsinfrastruktur werden jedoch durch die Vorleistungsregulierung gewährleistet. Die vorliegende Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 1 „Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ betrifft hingegen ausschließlich den Endkundenmarkt für Telefonanschlüsse und nicht den Endkundenmarkt für Verbindungen, welcher zudem mit Regulierungsverfügung BK2a 09-001 aus der Regulierung entlassen wurde.

Nicht zuletzt ist durch die Auferlegung der Verpflichtung zu Betreiber(vor)auswahl das Geschäftsmodell der reinen Verbindungsnetzbetreiber weiter gesichert.

Dem Vorbringen der Wettbewerber ist weiterhin entgegenzuhalten, dass nach dem Stand der erreichten Marktentwicklung Geschäftsmodelle, die allein auf dem Einzelwiederverkauf von Telefonanschlüssen der Betroffenen basieren, nicht tragende Säulen einer weiteren Verfestigung wettbewerblicher Strukturen auf dem Telekommunikationsmarkt sind. Der Wiederverkauf von Telefonanschlüssen soll Anbietern vielmehr die Abdeckung auch derjenigen Gebiete ermöglichen, in denen noch kein eigener Infrastrukturausbau stattgefunden hat und das Angebot von Bündeln ermöglichen. Die eingebündelten Anschlüsse tragen dabei mittelbar, im Zusammenspiel sämtlicher Bündelbestandteile bzw. im Rah-

men eines flächendeckenden Angebots zum Erfolg von Geschäftsmodellen bei, indem sie das Bündel bzw. ein flächendeckendes Angebot nachfragegerecht komplettieren. Soweit das Bundeskartellamt davon ausgeht, dass das auch die komplementäre Versorgung mit Resale-Produkten ohne Anordnung eines Rabattes gefährdet sei, ist anzumerken, dass, wie oben dargestellt, sogar bisher schon, trotz Neubereitstellungsentgelt und fehlender Unterbrechungsfreiheit, eine nicht zu vernachlässigende Nachfrage nach Telefonanschlüssen der Betroffenen seitens der Wettbewerber besteht.

Die Möglichkeit dieser Form des Wiederverkaufs von Telefonanschlüssen ist dabei ausreichend, um die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren. Die Gewährung eines Rabattes ist zur Erreichung dieses Ziels nicht erforderlich. Zu diesem Ergebnis kommt man insbesondere auch dann, wenn man die vorhandenen Vorleistungen TAL und IP-Bitstrom betrachtet. Mit TAL und IP-Bitstrom existieren zwei Vorleistungsprodukte, auf denen unmittelbar aufbauend Unternehmen unter Verwendung eigener Infrastruktur langfristig und nachhaltig in Wettbewerb zur Betroffenen treten können. Im Gegensatz dazu ist derzeit davon auszugehen, dass ein rein auf dem Weiterverkauf rabattierter Telefonanschlüsse der Betroffenen aufbauendes Geschäftsmodell den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG in geringerem Maße Rechnung tragen würde. Insbesondere besteht bei derartigen Geschäftsmodellen keine zwingende Notwendigkeit und kaum ein Anreiz in weitreichendem Umfang in den Ausbau von Infrastruktur zu investieren. Diesem Aspekt trägt dagegen der reine Wiederverkauf von Telefonanschlüssen zu Endkundenbedingungen Rechnung, da allein darauf aufbauend kein alleine tragfähiges Geschäftsmodell betrieben werden kann. Es besteht somit ein Anreiz weitergehende Investitionen in Gebieten zu tätigen, in denen zuvor unter Verwendung von Telefonanschlüssen der Betroffenen Kunden gewonnen werden konnten.

Soweit in Stellungnahmen vorgetragen wird, dass eine Nachbildbarkeit von Bündelprodukten der Betroffenen ohne rabattiertes Anschluss-Resale nicht möglich sei, ist festzustellen, dass die Regelungen des TKG, insbesondere § 28 TKG, möglichem Missbrauch durch die Betroffene in Form von Dumping und Preis-Kosten-Scheren bezogen auf den Anschluss, um den allein es vorliegend geht, vorbeugen. Damit ist auch die Überprüfbarkeit der Nachbildbarkeit des entbündelten Anschlusses gewährleistet. Soweit das Bundeskartellamt in seinen Anmerkungen auf die hier beschriebene Anwendbarkeit von § 28 TKG eingeht, ist zunächst festzustellen, dass das Bundeskartellamt letztlich nicht der Ansicht ist, dass eine Anordnung von rabattiertem Anschluss-Resale erforderlich ist. Wenn das Bundeskartellamt die obigen Ausführungen zu § 28 TKG so versteht, dass die Beschlusskammer der Ansicht sei, § 28 TKG sei vorliegend auf den Abstand zwischen Vorleistungs- und Endkundenprodukt anwendbar sei, handelt es sich dabei um ein Missverständnis. Mit den Ausführungen zu § 28 TKG sollte lediglich klar gestellt werden, dass § 28 auf die AGB-Preise der Betroffenen an sich anwendbar ist. Soweit jedoch, wie hier, im Rahmen einer Abwägung von der Auferlegung eines rabattierten Anschluss-Resale abgesehen wurde, können auf Grundlage etwaiger Prüfungen in Hinblick auf § 28 TKG keine Anpassungen der Resale-Entgelte auferlegt werden.

Die Einführung eines Anschluss-Resale zu Großkundenbedingungen wäre, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der bisherigen und zu erwartenden Marktentwicklung nicht das richtige Regulierungsinstrument. Denn die Entwicklung zeigt, dass mit zunehmender Wettbewerbsintensität die Abhängigkeit von Vorleistungen der Betroffenen abnimmt, da Wettbewerber jeweils bei Erreichen einer kritischen Masse auf einer Stufe der Investitionsleiter Investitionen auf der nächst höheren Infrastrukturstufe vornehmen. Aufgrund der Entscheidungen der Bundesnetzagentur, hat sich durch den Wettbewerb auf TAL-Basis ein infrastrukturbasierter Wettbewerb entwickelt, mit der Folge, dass eine Vielzahl von Unternehmen sich durch einen Ausbau von Infrastruktur in Richtung Endkunde unabhängiger von den Vorleistungen der Betroffenen machen kann, soweit sie nicht durch Preissenkungen von stärker diensteorientierten Wettbewerbern unter Druck gesetzt wird. Diesen erreichten Erfolg gilt es nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Forderung nach der

langfristigen Sicherung eines stärkeren Wettbewerbs des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TKG zu bewahren.

6. Vorbehalt einer ergänzenden Regulierungsverfügung

Aufgrund der freiwilligen Selbstverpflichtung der Betroffenen ist derzeit die Erreichung der Regulierungsziele sichergestellt.

Die Beschlusskammer behält sich allerdings im Falle der Nichterfüllung oder Aufkündigung der freiwilligen Selbstverpflichtung der Betroffenen vor, eine ergänzende Regulierungsverfügung und eine Anordnung zu erlassen.

Dieser Vorbehalt gilt auch, wenn die Entwicklung im Anschlussmarkt dies erforderlich machen sollte. Insoweit wird die Betroffene aufgefordert, beginnend ab dem 01.07.2010 jeweils halbjährlich über die Entwicklung des Resale-Absatzes zu berichten. Sollte die Betroffene dieser Aufforderung nicht nachkommen, behält sich die Beschlusskammer ein Auskunftsverlangen gem. § 127 TKG vor.

Die Bundesnetzagentur behält sich vor, im Rahmen einer Änderung dieser Regulierungsverfügung, der Betroffenen eine Verpflichtung für Anschluss-Resale aufzuerlegen, sollte die Selbstverpflichtung widerrufen bzw. in wesentlichen Teilen verändert werden, die Marktentwicklung dies erforderlich machen oder Entgelte erhoben werden, die über die AGB-Entgelte hinausgehen. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die Bereitstellungsprozesse.

Abschließend weist die Beschlusskammer darauf hin, dass die Selbstverpflichtung in Abhängigkeit des Produktportfolios der Betroffenen auf weitere zukünftig gegebenenfalls entbündelt angebotenen Anschlussarten auszudehnen sein könnte.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

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

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

(Vorsitzender)

(Beisitzer)

(Beisitzer)