



Beschlusskammer 2

Az.: BK 2b 09 /006

Beschluss

(geschwärzte Fassung)

In dem Verwaltungsverfahren

wegen

nachträglicher Regulierung der Endnutzerleistung

Portpreise T-VPN GEMA

gegenüber

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

- Betroffene -

Beigeladene:

1. Versatel AG, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung
2. M-Net Telekommunikations GmbH, Niederlassung NFkom, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung
3. NetCOLOGNE GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung

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

die vertretende Vorsitzende Claudia Horn,

die Beisitzerin Ute Dreger sowie

den Beisitzer Jörg Lindhorst

am 09.09.2009 beschlossen:

1. Die in der Entgeltmaßnahme T-VPN GEMA mit Wirkung zum [REDACTED] festgelegten und von den beigetretenen Kunden erhobenen Entgelte genügen nicht den Maßstäben des § 28 TKG.

verschiedener Arten schmal- und breitbandiger Telekommunikationsanschlüsse einschließlich eines Verbindungspreises im Sinne einer Flatrate.

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

Die im [REDACTED] vereinbarte Entgeltmaßnahme wurde der Bundesnetzagentur im [REDACTED] angezeigt.

Gemäß Anhang Teil A zum T_VPN-Vertrag wurde bei einer Anzahl von [REDACTED] eine Kanalauslastung von [REDACTED] Minuten/Monat vereinbart. Der Anteil an Draht-Funk-Verbindungen betrug [REDACTED] % = [REDACTED] Minuten/Monat. Der Anteil an Verbindungen zu Shared Cost Diensten betrug [REDACTED] % = [REDACTED] Minuten/Monat.

Die Überprüfung dieser Entgeltmaßnahme anhand der Maßstäbe der Entscheidungen BK2c 07/004, BK2b 07/008, BK2b 09/004, BK2b 09/005 rechtfertigte die Annahme, dass die Entgelte aus Sicht eines effizienten Wettbewerbs nicht nachbildbar sind und also nicht den Maßstäben des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG genügen.

Das Ergebnis der Untersuchungen wurde an die Betroffene mit Schreiben vom 07.05.2009 mitgeteilt. Um die Vorermittlungen auf aktuellem Sachstand abschließen zu können, wurde die Betroffene mit selbem Schreiben gebeten, ggf. zwischenzeitlich erfolgte Änderung der Entgeltmaßnahme unter Beifügung der entsprechenden Unterlagen bis 28.05.2009 mitzuteilen und bezüglich der vereinbarten Kanalauslastung die tatsächliche Nutzung über die gelebte Vertragsdauer nachzuweisen.

Mit Schreiben vom 14.05.2009 wurden Entgelte und Gültigkeitsparameter mitgeteilt, die aufgrund einer im [REDACTED] durchgeführten Vertragsänderung seit [REDACTED] gelten. Ein Nachweis der Kanalauslastung erfolgte zunächst nicht.

Nach dieser Vertragsänderung ist ab [REDACTED] bei einer Anzahl von [REDACTED] eine Kanalauslastung von [REDACTED] Minuten/Monat vereinbart. Die Kanalauslastung wurde im [REDACTED] damit um ca. [REDACTED] niedriger angesetzt als im [REDACTED]. Gleichzeitig erfolgte eine Senkung der Anschlusspreise. Der Anschluss N30 wurde von [REDACTED] € auf [REDACTED] € gesenkt; der N2 wurde von [REDACTED] €, auf [REDACTED] € gesenkt.

Unter Zugrundelegung der ab [REDACTED] gültigen Entgelte ergibt sich rechnerisch kein Verstoß gegen die Maßstäbe des § 28 TKG.

Die erfolgte, ungewöhnlich hohe Absenkung des vertraglich vereinbarten Nutzungsverhaltens nach [REDACTED] Monaten Vertragslaufzeit, warf jedoch Fragen hinsichtlich der Belastbarkeit der Annahmen bzw. Aussagen zur Kanalauslastung auf. Dies galt umso mehr als die neuen Gültigkeitsparameter aufgrund einer neuen Wertstellung erfolgten, die nach § 4 Abs. 2 des Vertrages [REDACTED] vorzunehmen gewesen wäre.

Die Betroffene wurde daher mit Schreiben vom 08.06.2009 unter Fristsetzung zum 17.06.2009 erneut aufgefordert, die Kanalauslastung in Form der tatsächlichen Nutzung über die gelebte Vertragsdauer nachzuweisen. Der Nachweis zur Kanalauslastung wurde mit Schreiben vom 24.06.2009 geführt. Danach ergibt sich über den Zeitraum [REDACTED] eine durchschnittliche Kanalauslastung von [REDACTED] Minu-

Die Beigeladenen haben keine Stellungnahme abgegeben.

Sämtliche Beteiligten haben mitgeteilt, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu verzichten.

Die im Bereich der Telekommunikation tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur sind über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Das Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 09.07.2009 über die Einleitung des Verfahrens informiert und erhielt mit Schreiben vom 18.08.2009 Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beschlussentwurf. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 21.08.2009 von einer Stellungnahme abgesehen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akten Bezug genommen.

II.

Die Entscheidung beruht auf §§ 38 Abs. 2 bis 4, 28 TKG i.V.m. Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R vom 23.06.2006.

Die Kammer hat von der ihr nach § 38 Abs. 4 Satz 2 TKG eingeräumten Befugnis zur Anordnung von Entgelten im Rahmen ihres Ermessens Gebrauch gemacht (vgl. hierzu Punkt C).

Der nach § 38 Abs. 4 Satz 5 TKG vorgesehene Anordnung zur Entbündelung bedurfte es im konkreten Verfahren nicht, da die Leistungen bereits auch entbündelt angeboten werden (vgl. hierzu Punkt D).

A. Verfahren und Zulässigkeit

1. Verfahren

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus den §§ 116 Abs. 1, 132 Abs. 1 Satz 1 TKG.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt. Die Beteiligten hatten Gelegenheit zur Stellungnahme. Auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde von allen Beteiligten verzichtet (§ 135 Abs. 3 Satz 1 TKG).

Den sich aus § 132 Abs. 4 TKG zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ergebenden Informations-, Austausch- und Abstimmungspflichten wurde entsprochen. Die im Telekommunikationsbereich tätigen Beschlusskammern und Abteilungen wurden über die beabsichtigte Entscheidung informiert und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Da es sich um eine Entscheidung nach Teil 2 Abschnitt 3 des Gesetzes handelt, war gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 TKG auch dem Bundeskartellamt rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Diesem Erfordernis wurde durch Übermittlung des mit Gründen versehenen Eröffnungsbeschlusses mit Schreiben vom 09.07.2009 sowie des Entscheidungsentwurfs mit Schreiben vom 18.08.2009 genügt.

Die Entscheidungsfrist nach § 38 Absatz 3 TKG ist gewahrt.

2. Anordnung der nachträgliche Entgeltregulierung (§ 38 TKG)

Die Entgeltmaßnahme unterliegt der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG findet Anwendung auf Entgelte, die der nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen. Die Anordnung der nachträglichen Entgeltregulierung bezüglich der in der Entgeltmaßnahme T-VPN GEMA enthaltenen Leistungen ist mit Regulierungsver-

fügung BK2a 06/001-R vom 23.06.2006 erfolgt, in der die Marktbeherrschung festgestellt und die nachträglichen Entgeltkontrolle für Leistungen der beherrschten Märkte 1,2,3 und 5 angeordnet wurde (vgl. Urteil des BVerwG vom 29.10.2008, 6 C 38.07 / VG 21 K 3395/96).

Gemäß Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R vom 23.06.2006 unterliegen Entgelte für Endnutzerleistungen von Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen der nachträglichen Regulierung. Die Rechtmäßigkeit der Anordnung wurde bestätigt zuletzt durch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.10.08 (BVerwG 6 C 38.07 / VG 21 K 3395/06). Von der Anordnung erfasst sind Einzelentgelte und Entgelte für Leistungsbündel, in denen Leistungen enthalten sind, die Märkten zuzuordnen sind, auf denen der Anbieter über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die Regulierungsbedürftigkeit richtet sich nach der Zuordnung von Leistungen zu diesen Telekommunikationsmärkten.

Das Unternehmen Deutsche Telekom AG (DTAG) und die mit ihm verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), zu denen auch die Betroffene zählt, verfügen gemäß Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R v. 23.06.2006 im Sinne des § 11 TKG sowohl über beträchtliche Marktmacht auf den regulierungsbedürftig relevanten Märkten für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten. Entgelte der DTAG für Endnutzerleistungen auf diesem Markt unterliegen gemäß Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R der nachträglichen Regulierung. Dies erfasst auch die verfahrensgegenständlichen Entgeltmaßnahmen.

Die Portpreise in den Beitrittsverträgen zum T-VPN GEMA beziehen sich auf ein Bündel unterschiedlicher Telekommunikationsdienstleistungen, die unter anderem den Markt 1 der EU-Märkte-Empfehlung 2003 zuzuordnen sind, für die mit Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R eine beträchtliche Marktmacht der DTAG und der mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), wie der Betroffenen, festgestellt wurde. Die Zuordnung der in den Verträgen enthaltenen Leistungen zu Markt 1, für den Marktbeherrschung festgestellt wurde, wird durch den Wegfall der Märkte 3 und 5 nach EU-Märkte-Empfehlung 2007 und den am 22.04.2009 erfolgten Widerruf der Regulierungsverfügung betreffend diese Märkte (Verbindungsmärkte) nicht in Frage gestellt.

Nach Ziffer 1 b) der Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R vom 23.02.2006 sind den genannten Märkten zwar solche Leistungen nicht zuzuordnen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Million Euro ohne Umsatzsteuer (d.h. netto) erbracht werden. Diese Voraussetzungen sind bei der vorliegenden Entgeltmaßnahme jedoch nicht gegeben. Denn die mit den einzelnen Kunden der Entgeltmaßnahme abgeschlossenen Verträge wie auch das Gesamtvolumen der Entgeltmaßnahme T-VPN GEMA (**Stand: [REDACTED]**) erreichen diese Summe nicht.

3. Beträchtliche Marktmacht (§ 28 Abs. 1 Satz 1 TKG)

Die Betroffene erfüllt die Anwendungsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1 TKG. Die hierfür erforderliche Feststellung beträchtlicher Marktmacht der Betroffenen erfolgte mit Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R vom 23.06.2006.

4. Vorverfahren (§ 38 TKG)

Das Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle ist zweistufig angelegt. Werden Tatsachen bekannt, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen, ist nach § 38 Abs. 2 TKG ein förmliches Verfahren zur Überprüfung der Entgelte einzuleiten. Gemäß § 38 Abs. 2 Satz 2 TKG ist die Einleitung der Überprüfung dem betroffenen Unternehmen schriftlich mitzuteilen. Nach § 38 Abs. 3 TKG ist innerhalb von zwei Monaten nach Einleitung dieser Überprüfung zu entscheiden.

Die Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 Satz 1 und 2 TKG, § 38 Abs. 3 TKG sind gewahrt.

Der Kammer sind im Rahmen von Vorermittlungen Tatsachen bekannt geworden, die die Annahme eines Verstoßes der Entgeltmaßnahme gegen § 28 TKG rechtfertigten. Das entsprechende förmliche Ermittlungsverfahren wurde mit Beschluss vom 09.07.2009 eingeleitet und die Einleitung der die Betroffene gegenüber der Bundesnetzagentur vertretenden und Zustellbevollmächtigten DT AG bekannt gegeben

Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens hat die Kammer festgestellt, dass die von der Betroffenen zum [REDACTED] als Portpreise festgelegten und erhobenen Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen. Das verbotene Verhalten ist demnach nach § 38 Abs. 4 Satz 1 TKG zu untersagen und die beanstandeten Entgelte ab dem Zeitpunkt der Entscheidung für unwirksam zu erklären.

B. Verstoß gegen die Maßstäbe des § 28 TKG

Die im Rahmen der zum [REDACTED] wirksam gewordenen Entgeltmaßnahme vereinbarten und erhobenen Entgelte genügen nicht den Maßstäben des § 28 TKG. Die Betroffene als Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen nutzt mit der Forderung und Vereinbarung der Entgelte ihre beträchtliche Marktmacht missbräuchlich aus (§ 28 Abs. 1 Satz 1 TKG). Es handelt sich um ein Bündelangebot, das von effizienten Wettbewerbern der Betroffenen nicht zu vergleichbaren Konditionen angeboten werden kann (§ 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG). Die mit Erfüllung dieses Tatbestands einhergehende Vermutung erheblicher Behinderung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen (§ 28 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 TKG) ist nicht widerlegt noch ist eine sachliche Rechtfertigung gegeben. Mit Verwirklichung des gesetzlichen Regelungsbeispiels des Missbrauches nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG liegt ein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 Satz 1 TKG vor.

Im Einzelnen:

Die Betroffene nimmt mit der Entgeltmaßnahme eine sachlich ungerechtfertigte Bündelung im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG vor.

1. sachlich ungerechtfertigte Bündelung (§ 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG)

Die Entgeltgestaltung stellt sich als missbräuchlich im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG dar. Die Betroffene nimmt mit dem Produktangebot Portpreise Stand: [REDACTED] eine Bündelung vor, die zu vergleichbaren Konditionen von effizienten Wettbewerbern der Betroffenen nicht nachbildbar (§ 28 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 TKG) und damit sachlich nicht gerechtfertigt ist (§ 28 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 TKG).

1.1 Bündelung

Die Entgeltmaßnahme „T-VPN GEMA, Portpreise Stand: <01.03.2009 BuGG>“ stellt ein sog. „gemischtes Bündel“ von Leistungen im Sinne der von der Bundesnetzagentur im August 2005 veröffentlichten „Hinweise zu sachlich ungerechtfertigter Bündelung i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG“ dar (vgl. Amtsblatt BNetzA Nr. 15/2005 vom 10. August 2005, Mit.-Nr.196, Pkt. 2.1). Denn die vereinbarten Anschluss- und Verbindungsleistungen werden sämtlich auch zur Einzelabnahme angeboten. Im Rahmen der Beitrittsverträge zum T-VPN GEMA werden die Leistungen in ihrer Gesamtheit (als Bündel) für die beigetretenen Kunden erbracht.

1.2 Prüfung der Nachbildbarkeit nach Maßgabe von Kostenunterlagen (§ 38 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 33 TKG)

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

Zur Nachbildbarkeit einer Bündelung durch effiziente Wettbewerber gelten die den Verfahren BK2c 07/004, BK2b 07/008, Bk2b 09/004, BK2b 09/005 zugrunde gelegten Grundsätze. Auf die dortigen Ausführungen wird Bezug genommen.

Die mangelnde Nachbildbarkeit / Kostenunterdeckung aus Sicht effizienter Wettbewerber ergibt sich im Wege der Kostenermittlung nach §§ 38 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 33 TKG.

Zwar ordnet § 38 Abs. 2 Satz 3 TKG soweit möglich eine Überprüfung der Nachbildbarkeit nach dem Vergleichsmarktprinzip an. Eine Vergleichsmarkt Betrachtung ist vorliegend aber nicht möglich, so dass von der nach § 38 Abs. 2 TKG für diesen Fall ausdrücklich eröffneten Möglichkeit der Prüfung der Nachbildbarkeit nach Maßgabe von Kostenunterlagen gemäß § 33 TKG Gebrauch zu machen war. Zur weiteren Begründung wird auf oben genannte Entscheidung der Beschlusskammer Bezug genommen.

1.3 Kostenermittlung

Der Kostenermittlung nach § 33 TKG war die tatsächliche durchschnittliche Kanalauslastung von [REDACTED] Minuten/Monat zu Grunde zu legen.

Legt man den Portpreisen die tatsächliche durchschnittliche Kanalauslastung von [REDACTED] Minuten/Kanal/Monat bei einer Anzahl von [REDACTED] Kanälen zugrunde, ergibt sich eine Kostenunterdeckung aus Sicht eines effizienten Wettbewerbers in Höhe von [REDACTED] %.

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

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

(1) Kosten für Sprachverbindungen

Die Kosten für Sprach-Verbindungen belaufen sich auf [REDACTED] EURO. Diese Summe ergibt sich unter Berücksichtigung der tatsächlichen Nutzkanalauslastung von [REDACTED] Minuten/Kanal/Monat sowie der [REDACTED] Nutzkanäle gemäß Leistungsschein.

Der Berechnung wurde die IC+25%-Formel zugrunde gelegt. Zur weiteren Begründung wird auf die Ausführungen der Beschlüsse BK2c 07/004, BK2b 07/008, Bk2b 09/004, BK2b 09/005 Bezug genommen.

(2) Verkehrsverteilung

Der Feststellung der Kosten für Sprach-Verbindungen wurde folgende Verkehrsverteilung zugrunde gelegt:

(a) Verbindungen zu Mobilfunknetzen

Von der tatsächlichen Nutzkanalauslastung in Höhe von [REDACTED] Min/Kanal/Monat gehen gemäß vorgelegter Erhebung tatsächlich in die Mobilfunknetze [REDACTED] (davon ausweislich der Verteilung der Mobilfunkteilnehmer nach Mobile Communications Europe, Stand: 4Q/07 [REDACTED])

(b) Verbindungen ins Festnetz

Die übrigen Verbindungsminuten sind dem Festnetz zuzuordnen. Diese Verbindungsminuten teilen sich unter Zugrundelegung von OECD Telecoms Price Benchmarking Baskets 2006 auf in [REDACTED]

(3) Kosten für Verbindungen

Aufgrund regulierter Vorleistungen im Verbindungsbereich (IC-Entgelte), können diese zusätzlich eines 25%igen Aufschlags für Vermarktung, Delkredere und Inkasso näherungsweise als Ersatz für die Kosten effizienter Wettbewerber bei der Nachbildung von Verbindungsleistungen herangezogen werden. Die Heranziehung von Interconnection-Entgelten ist für den gesamten schmalbandigen Verbindungsbereich möglich wie er Gegenstand der Portpreise ist. Zur weiteren Begründung wird auf die Beschlüsse BK2c 07/004, BK2b 07/008, BK2b 09/004, BK2b 09/005 Bezug genommen.

(4) Kosten für Anschlüsse

Für schmalbandige Anschlüsse werden in ständiger Praxis der Bundesnetzagentur die jeweiligen Endkunden-Entgelte als Näherungswert für die Kosten effizienter Wettbewerber eingesetzt (vgl. BK2c 07/004, BK2b 07/008, BK2b 09/004, BK2b 09/005). Die Bundesnetzagentur geht insofern davon aus, dass die Wettbewerber u.a. aufgrund des Zugangs zur TAL und ihrer eigenen Wertschöpfung in der Lage sein müssten, die Endkunden-Entgelte insgesamt kostendeckend nachzubilden. Die Endkundenentgelte sind damit eine Approximation an die Kosten effizienter Wettbewerber bei schmalbandigen Anschlüssen wie sie bei den Portpreisen vereinbart wurden.

Die Beschlusskammer hat ein Entgelt von 260,76 €/Monat (netto) für Lokationen N30 veranschlagt. Dieser Ansatz bildet einen typischen Business-PMX-Anschluss der Betroffenen ab.

(5) Einnahmen aus Portpreisen

Die Einnahmen aus der Entgeltmaßnahme belaufen auf [REDACTED] Euro/Monat.

(6) Ergebnis der Kostenermittlung

Als Ergebnis der Kostenermittlung ist festzustellen, dass die im Rahmen der Entgeltmaßnahme geforderten und vereinbarten Entgelte von effizienten Wettbewerbern der Betroffenen nicht nachbildbar sind.

Die Differenz aus den Einnahmen in Höhe von [REDACTED] EURO/Monat und den monatlichen Kosten für Verbindungen ([REDACTED] EURO) sowie den monatlichen Kosten für Anschlüsse ([REDACTED] EURO/Monat) beläuft sich auf [REDACTED] /Monat. Dies entspricht einer Kostenunterdeckung aus Sicht eines effizienten Wettbewerbers von ([REDACTED] %).

Wegen der der Feststellung der Kostenunterdeckung im Einzelnen zugrundeliegenden Berechnungen wird auf die **Anlage 1** Bezug genommen.

Die Beschlusskammer behält sich vor, den Fortbestand der Gültigkeitsparameter des Vertrages zu einem späteren Zeitpunkt zu überprüfen.

1.2 Feststellung sachlich ungerechtfertigter Bündelung (§ 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG)

Die Bündelung ist mit Feststellung fehlender Nachbildbarkeit des Bündelprodukts bereits von Gesetzes wegen als sachlich ungerechtfertigt im Sinne von § 28 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 TKG anzusehen. Weiterer Feststellungen zum Vorliegen einer „sachlich ungerechtfertigten“ Bündelung bedarf es nicht. Zur weitergehenden Begründung wird auf die Beschlüsse BK2c 07/004, BK2b 07/008, Bk2b 09/004, BK2b 09/005 Bezug genommen.

2. Behinderungsmissbrauch (§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG)

Die obige Feststellung des Verstoßes gegen § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG zieht nach § 28 Abs. 2 Halbsatz 1 die gesetzliche Vermutung eines missbräuchlichen Verhaltens nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG (Behinderungsmissbrauch) nach sich. Von Gesetzes wegen ist damit zu vermuten, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen durch die Entgeltmaßnahme erheblich beeinträchtigt werden.

Der Vermutungstatbestand des § 28 Abs. 2 TKG umfasst auch das Merkmal der „Erheblichkeit“ der Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen (vgl. Fetzer in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG Kommentar, 2008, § 28, Rdnr. 84).

Auch über die Vermutungswirkung des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG hinaus ist von einer erheblichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen durch die Entgeltmaßnahme auszugehen. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu vergleichbaren Konstellationen der Entgeltgestaltung in den Verfahren BK2c 07/004, BK2b 07/008, Bk2b 09/004, BK2b 09/005 Bezug genommen. Auf die Preisabsenkungsklausel nach § 4 Abs. 5 des T-VPN-Vertrages mit der GEMA, die als anschauliches Beispiel für strategisches Vorgehen und besonderes Marktgefährdungspotenzial im Verfahren BK2b 09/005 (T-VPN Bayerisches Rotes Kreuz) bereits angesprochen wurde, wird besonders hingewiesen.

Das Verhalten der Betroffenen ist mit Blick auf ihre nach wie vor überragende Marktstellung bei schmalbandigen Anschlüssen (vgl. zuletzt Veröffentlichung des Entwurfs zur Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Markt Nr. 1 der Märkte-Empfehlung), Amtsblatt BNetzA vom 27.08.2008, Mitt. 436, Seite 1945) besonders kritisch zu beurteilen. Das Bundeskartellamt hat hierzu bereits im Verfahren Bk2c 07/004 darauf hingewiesen, dass der diesbezüglich vorhandene Wettbewerb daher besonders schützenswert und insofern auch eine Abschottung weniger umsatzstarker Segmente erheblich ist.

§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG verlangt im Übrigen auch keine erhebliche Beeinträchtigung auf „dem“ Telekommunikationsmarkt, für den Marktbeherrschung festgestellt wurde, sondern nur eine erhebliche Beeinträchtigung auf „einem“ Telekommunikationsmarkt. Es reicht daher aus, dass die Behinderung auf einem vor- oder nachgelagerten Markt auftritt (Fetzer in Arndt/Fetzer/Scherer, TKG Kommentar, 2008, § 28 Rdnr. 35).

3. fehlende sachliche Rechtfertigung der Behinderung (§ 28 Abs. 1 Satz 2 a.E. TKG)

Die erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeit ist als Ausdruck eines Nichtleistungswettbewerbs sachlich nicht gerechtfertigt. Eine Rechtfertigung ergibt sich auch nicht nach Maßgabe einer Interessenabwägung aller Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG.

Das vorliegende Verfahren bietet keine Besonderheiten gegenüber der in den Verfahren BK2c 07/004, BK2b 07/008, Bk2b 09/004, BK2b 09/005 durchgeführten Interessenabwägung. Insofern kann auf die dortigen Ausführungen Bezug genommen werden. Dem Schutz der Wettbewerber stehen keine nach Maßgabe der Zielsetzungen des TKG überwiegenden Interessen der Betroffenen gegenüber. Die sachlich ungerechtfertigte Bündelung bzw. Kostenunterdeckung des Angebots als solchem ist aus wettbewerblichen Überlegungen gerade

nicht gerechtfertigt. Der Betroffenen kann damit kein Interesse an der Aufrechterhaltung des Angebots zugewilligt werden.

4. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 28 Abs. 1 Satz 1 TKG)

Mit Vorliegen der Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG ist ein Regelbeispiel des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erfüllt. Die Entgeltmaßnahme verstößt damit gegen § 28 Abs. 1 Satz 1 TKG.

C. Anordnung von Entgelten (§ 38 Abs. 4 Satz 2 TKG)

Die Kammer hat das ihr nach § 38 Abs. 4 Satz 2 TKG eingeräumte Ermessen hinsichtlich der Festsetzung von Entgelten, die den Maßstäben des § 28 TKG genügen, dahingehend ausgeübt, dass hinsichtlich der gegenwärtigen Vertragsfassung des T-VPN GEMA die im Tenor bezeichneten Entgelte angeordnet werden.

Nach § 38 Abs. 4 Satz 2 TKG kann die Kammer die Untersagung missbräuchlicher Entgelte mit einer Anordnung von Entgelten verbinden, die den Maßstäben des § 28 TKG genügen. Die Anordnungsbefugnis zielt auf den Schutz des regulierten Unternehmens, das nicht zu einer phasenweise unentgeltlichen Leistungserbringung verpflichtet sein soll (vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 70 zu § 36 TKG-E). Im Allgemeinen werden daher überwiegende Gründe dafür sprechen, von der Anordnungsbefugnis Gebrauch zu machen. Dies ist auch vorliegend der Fall.

Das angeordnete Entgelt weist – unter Zugrundelegung der ausgeführten Prüfmaßstäbe – einen Kostendeckungsgrad von % aus (**Anlage 2**) und ist damit aus Sicht eines effizienten Wettbewerbers nachbildbar im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG. Das angeordnete Entgelt ist damit geeignet, den festgestellten Verstoß gegen § 28 TKG abzustellen.

Die Anordnung ist auch erforderlich. Zwar steht alternativ zu einer Entgeltanordnung nach § 38 Abs. 4 Satz 2 TKG die Möglichkeit offen, auf eine Entgeltanordnung zu verzichten und es der Betroffenen zu überlassen, nach § 38 Abs. 4 Satz 3 TKG einen eigenen Entgeltvorschlag zu unterbreiten. Der Verzicht auf eine Entgeltanordnung stellt aber vorliegend kein die Betroffene weniger belastendes Procedere zur Erzielung eines TKG konformen Entgelts dar. Anders als in den Verfahren BK2c 07/004, BK2b 07/008 und BK2b 09/005, in denen die Kammer mit Blick auf unternehmerische Gestaltungsspielräume bei der Findung eines mit § 28 TKG vereinbaren Entgelts auf eine Entgeltanordnung verzichtet hatte, hat die Betroffene die Anordnung des Entgelts selbst beantragt.

Zwar hat die Betroffene nicht ausdrücklich den Antrag gestellt, die von ihr mit Schreiben vom 24.06.2009 benannten (neuen) Entgelte anzuordnen. Sie hat aber – nicht zuletzt angesichts des offenkundigen Rechenfehlers bei der Berechnung der tatsächlichen Kanalauslastung – in ihrer Stellungnahme vom 13.08.2009 auf den von ihr eingereichten „Vorschlag“ Bezug genommen und ihre Stellungnahme auf diesen einen Punkt beschränkt. Die Betroffene hat ferner im Schreiben vom 24.06.2009 gebeten zu bestätigen, dass ihr „Entgeltvorschlag mit den Maßstäben des § 28 TKG in Einklang steht ...“, um den Kunden zeitnah über die geplante Anpassung informieren zu können.“ Daraus geht hervor, dass es der Betroffenen um schnellstmögliche Implementierung TKG-konformer Entgelte in die Vertragsverhältnisse geht. Die Bezeichnung der benannten Entgelte als „Entgeltvorschlag“ ist bei verständiger Würdigung daher nicht dahingehend zu verstehen, dass es der Betroffenen darum geht, eine Einbeziehung der benannten Entgelte in Endkundenverträge im Wege des Verfahrens über einen „Entgeltvorschlags“ im Sinne des § 39 Abs. 4 Satz 3 TKG zu bewirken, sondern darum eine schnellstmögliche Änderung der Vertragsverhältnisse herbeizuführen. Dieses Verständnis wird belegt dadurch, dass die Betroffene im Schreiben vom 24.06.2009 offenbar davon ausging, durch einen „Entgeltvorschlag“ bereits im Vorverfahren ein Verfahren nach §§ 38

Abs. 2 bis 4, 28 TKG vermeiden zu können und die Kunden, bei Feststellung der Vereinbarkeit mit den Maßstäben des § 28 TKG, über eine damit eingetretene Änderung ihrer Verträge nur noch „informieren“ zu müssen. Das von der Betroffenen verfolgte Ziel schnellstmöglicher Implementierung TKG-konformer Entgelte wird am ehesten erreicht, durch entsprechende Antragstellung im laufenden Verfahren. Die Stellungnahme der Betroffenen vom 13.08.2009 ist daher bei verständiger Würdigung so zu verstehen, dass beantragt wird, die von ihr benannten Entgelte nach § 38 Abs. 4 Satz 2 TKG anzuordnen.

Die Betroffene hat sowohl die Höhe des Entgelts wie die Gültigkeitsparameter selbst benannt. Unter diesen Voraussetzungen stellt sich die Anordnung des beantragten Entgelts als die bei gleicher Eignung für die Betroffene am wenigsten belastende Maßnahme dar, zumal das alternative Verfahren nach § 38 Abs. 4 Satz 3 TKG bei gleichem Ergebnis in der Sache mit weiterem Aufwand und zeitlichen Verzögerungen für alle Beteiligten verbunden wäre.

Die Anordnung ist auch verhältnismäßig, da sie auf Antrag der Betroffenen ergeht und diese nicht über das gesetzlich vorgesehene Maß hinaus belastet, diese vielmehr als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt über §§ 38 Abs. 4 Satz 4, 37 Abs. 2 TKG insofern entlastet als die angeordneten Entgelte von Gesetzes wegen unmittelbar an Stelle der mit den Endkunden vertraglich vereinbarten Entgelte treten, ohne dass es weiterer Umsetzungsakte durch die Betroffene bedarf.

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

Nach § 38 Abs. 4 Satz 5 TKG ordnet die Kammer im Falle eines festgestellten Missbrauchs einer Stellung mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG auch an, in welcher Weise das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Entbündelung vorzunehmen hat. Die Regelung steht nicht im Ermessen der Kammer, so dass eine Entbündelung grundsätzlich anzuordnen ist. Die Vorschrift läuft mit Blick auf die Portpreise des T-VPN GEMA jedoch leer. Denn sämtliche einzelne Leistungsbestandteile des Bündelangebots (Verbindungen und PMX-Anschlüsse) sind am Markt bereits auch als Einzelleistungen erhältlich. Die Anordnung einer Entbündelung nach § 38 Abs. 4 Satz 5 TKG würde vorliegend daher keinen eigenständigen Regelungsgehalt aufweisen und wäre damit sinnwidrig. Die Besonderheit des vorliegenden Angebots besteht darin, dass die sachlich nicht gerechtfertigte Bündelung nicht – wie von Gesetzgeber vorausgesetzt – darin liegt, dass bestimmte Leistungen nur im Bündel und eben nicht einzeln erhältlich sind, die Nachbildbarkeit durch Wettbewerber also daran scheitert, dass diese keinen Zugriff auf Einzelleistungen oder Vorprodukte haben. Vorliegend begründet sich die mangelnde Nachbildbarkeit hingegen nicht aus der Bündelung, d.h. dem Angebot als Gesamtheit, sondern aus der Preisgestaltung des Gesamtangebots.

Diese Art des Missbrauchs kann nur durch eine Erhöhung der Entgelte insgesamt, nicht aber durch eine Entbündelung abgestellt werden. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es ausreichend, das gegenwärtige Entgelt zu untersagen und neue Entgelte anzuordnen. Eine Anordnung nach § 38 Abs. 4 Satz 5 TKG dagegen ist nicht geeignet, den festgestellten Missbrauch zu beheben.

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 beigefügt werden, dass alle Beteiligten

eine Ausfertigung erhalten können.

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

2 Anlagen

Horn
(vertretende
Vorsitzender)

Dreger
(Beisitzerin)

Lindhorst
(Beisitzer)