



- Beschlusskammer 3 -

BK 3b-06-037 und -039/R

## B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem bundesweiten Markt für das Mindestangebot an Mietleitungen (mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s gemäß Artikel 18 und Anhang VII des Universaldienst-Richtlinie) für Endkunden

betreffend:

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

Betroffene zu 1.,

T-Systems Enterprise Services GmbH, Mainzer Landstraße 50, 60325 Frankfurt am Main, vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene zu 2.,

Deutsche Telekom AG, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,

Betroffene zu 3.,

- Verfahrensbevollmächtigte:

der Betroffenen zu 1. und 2.: T-Systems Enterprise Services GmbH  
Regulierungsabteilung  
Am Probsthof 49  
53121 Bonn -

hat die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA), Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

den Vorsitzenden Ernst Ferdinand Wilmsmann,  
den Beisitzer Helmut Scharnagl und  
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

nach der von der Präsidentenkammer der BNetzA beschlossenen Festlegung:

*„Das Unternehmen Deutsche Telekom AG und die mit ihm verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), derzeit insbesondere die Unternehmen T-Systems Business Services GmbH und T-Systems Enterprise Services GmbH, verfügen auf dem bundesweiten Markt für das Mindestangebot an Mietleitungen (mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s gemäß Artikel 18 und Anhang VII der Universaldienst-Richtlinie) für Endkunden im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht.“*

folgende

## **Regulierungsverfügung**

beschlossen:

1. Die Betroffenen werden verpflichtet zur Bereitstellung des Mindestangebots an Mietleitungen entsprechend dem jeweils gültigen Verzeichnis von Normen, welches die Kommission auf der Grundlage des Artikels 17 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 33) erstellt.
2. Entgelte der Betroffenen für die nach Ziffer 1. erbrachten Leistungen unterliegen der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend.
3. Aufschiebend bedingt für den Fall, dass mangels eines gültigen gemeinschaftsrechtlichen Normenverzeichnisses die Verpflichtungen nach Ziffern 1. und 2. gegenstandslos werden, unterliegen die Entgelte der Betroffenen für die Bereitstellung der im (dann ehemaligen) Beschluss der Europäischen Kommission vom 24.07.2003 über das Mindestangebot an Mietleitungen mit harmonisierten Merkmalen und die entsprechenden Normen gemäß Artikel 18 der Universalrichtlinie (2003/548/EG), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union vom 25.07.2003 unter der Nr. L 186/43, genannten Mietleitungstypen der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend.

### **Sachverhalt**

In Nachfolge der Deutschen Bundespost betreiben die konzernverbundenen Betroffenen Übertragungswege, mit denen eine permanente leitungsgebundene und/oder funkgestützte Verbindung zwischen verschiedenen Standorten hergestellt wird. Diese Leitungen vermieten sie u.a. auch an Endkunden.

Eine vertiefende Darstellung der wettbewerblichen Gegebenheiten in diesem Endkundenbereich enthält die als **Anlage** beigefügte Festlegung der Präsidentenkammer zur Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich des Mindestangebots an Mietleitungen (mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s gemäß Artikel 18 und Anhang VII des Universaldienst-Richtlinie) für Endkunden, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Mit Schreiben vom 17. und 20.10.2006 hat die Beschlusskammer den Betroffenen mitgeteilt, dass nach dem Ergebnis des nationalen Konsultationsverfahrens sowie des europäischen Konsolidierungsverfahrens zur entsprechenden Marktdefinition und Marktanalyse die Betroffene zu 3. und die mit ihr verbundenen Unternehmen, derzeit insbesondere die Betroffenen zu 1. und 2., auf dem bundesweiten Markt für das Mindestangebot an Mietleitungen (mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s gemäß Artikel 18 und Anhang VII des Universaldienst-Richtlinie) für Endkunden im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht verfügen, und angekündigt, dass die Beschlusskammer beabsichtigt, eine Regulierungsverfügung zu erlassen, nach welcher die Betroffenen zur Bereitstellung eines Mindestangebots von Mietleitungen gemäß § 41 Abs. 1 TKG verpflichtet sowie die entsprechenden Mietleistungsentgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 41 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 39 Abs. 3 S. 1 TKG unterworfen werden.

Die Betroffenen zu 1. und 2. haben mit Schreiben vom 27.10.2006 begrüßt, dass die Entgelte bezüglich des Mindestangebots von Mietleitungen lediglich einer nachträglichen Regulierung ohne Anzeigepflicht unterworfen werden sollten. Sie gingen dabei davon aus, dass Telecom Designed Networks (TDN) als kundenindividuelle Systemlösungen im Endkundenmarkt der BNetzA nicht angezeigt werden müssten. Außerdem erwarteten sie aufgrund des festgestellten fehlenden Regulierungsbedarfs für Bandbreiten über 2 Mbit/s eine Aufhebung der bisherigen diesbezüglichen regulatorischen Auflagen.

Die verpflichtende Bereitstellung eines Mindestangebotes von Mietleitungen gemäß § 41 Abs. 1 TKG sei jedoch nicht mehr gerechtfertigt. Die EU-Kommission habe bereits im Rahmen ihres Reviews angekündigt, dass sie die bisherige Universaldienstpflicht zum Angebot von Mietleitungen mit bestimmten Schnittstellen aufheben wolle. Entsprechend sehe auch bereits der Entwurf der nächsten Märkteempfehlung keinen Markt mehr für das Mindestangebot von Mietleitungen vor. In diesem Zusammenhang sei insbesondere darauf hinzuweisen, dass für die analogen 64 Kbit/s Mietleitungen eine stark sinkende Nachfrage zu verzeichnen sei, die im Wesentlichen daraus resultiere, dass diese Varianten technisch veraltet seien.

Durch eine Pflicht zu einem künstlichen, nicht mehr marktgerechten Mindestangebot gemäß § 41 Abs. 1 TKG wären die Betroffenen aber dennoch verpflichtet, diese Varianten für den Geltungszeitraum der Regulierungsverfügung bundesweit vorzuhalten, obwohl die zugehörige, technisch veraltete Produktionsplattform nicht in betriebswirtschaftlich ausreichender Weise ausgelastet werden könne und sie Kunden nicht auf eine modernisierte Plattform mit anderen Produktvarianten migrieren dürften. Dadurch würden in der Zukunft unnötige zusätzliche Rückbaukosten entstehen. Eine Pflicht zum Mindestangebot würde damit ein effizientes Wirtschaften der Betroffenen in unverhältnismäßiger Weise behindern.

Sollte die BNetzA dennoch an der Verpflichtung zum Mindestangebot von Mietleitungen festhalten, so sollte diese unter dem Vorbehalt der weiteren rückläufigen Entwicklung der in Rede stehenden Mietleitungen ausgesprochen werden. Als Nachweis für den Nachfragerückgang wären die Betroffenen zu einem regelmäßigen Reporting bereit.

Des weiteren sollte die Verpflichtung unter den Vorbehalt gestellt werden, dass bei Herausnahme des Mindestangebots von Mietleitungen aus der Universaldienstrichtlinie mit deren Verabschiedung die Verpflichtung zum Angebot von Mietleitungen bestimmter Schnittstellen aufgehoben werde.

In formeller Hinsicht sollte die Regulierungsverfügung nicht nur gegenüber den Betroffenen zu 1. und 2., sondern gegenüber dem Gesamtkonzern ausgesprochen werden.

Die Betroffene zu 3. hat sich mit Schreiben vom 06.11.2006 der Stellungnahme der Betroffenen zu 1. und 2. angeschlossen.

Der Entwurf der Regulierungsverfügung ist am 24.01.2007 auf den Internetseiten der BNetzA veröffentlicht worden. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen. Die interessierten Parteien sind in diesem Zusammenhang darum gebeten worden, sich auch dazu zu äußern, ob und wie die anstehende Gesetzesänderung zu § 42 Abs. 4 S. 3 TKG (vgl. Bundesrats-Drucksache 886/06 vom 15.12.2006) in der Regulierungsverfügung berücksichtigt werden sollte.

Die zusätzliche Veröffentlichung des Entwurfs im Amtsblatt der BNetzA konnte aufgrund eines Büroversehens erst im Amtsblatt Nr. 03/2007 vom 07.02.2007 als Mitteilung Nr. 92/2007 erfolgen. Bereits am 24.01.2007 hatte die Beschlusskammer jedoch sowohl die Betroffenen als auch den BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. und den VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. telefonisch von der Entwurfsveröffentlichung im Internet unterrichtet und die letztgenannten Verbände um Weitergabe dieser Information an die Mitgliedsunternehmen gebeten.

Innerhalb der genannten Frist sind sechs Stellungnahmen eingegangen.

Die Arcor AG & Co. KG (Arcor) begrüßt den Entwurf der Regulierungsverfügung im Kern. Gleichwohl sei eine Änderung des Entwurfs erforderlich. Zwar könne Arcor die Ausführungen nachvollziehen, nach denen eine Entgeltgenehmigungsfrist gemäß § 39 Abs. 1 TKG nicht erforderlich sei, um die Regulierungsziele von § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen. Es bestehe jedoch die Gefahr, dass die damit vorzunehmende nachträgliche Entgeltregulierung ein zu schwaches Instrument darstelle, wenn sie nicht mit einer Anzeigepflicht gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG verbunden werde.

Ohne Anzeigepflicht sei es der Beschlusskammer nur möglich, missbräuchliche Entgelte nach deren Markteinführung zu überprüfen und zu untersagen. Hierbei bestehe die Gefahr, dass Wettbewerber der Betroffenen durch diese Entgelte bis zu einer Untersagung durch die BNetzA in ihren wettbewerblichen Möglichkeiten eingeschränkt und damit geschädigt würden. Ebenso dürfte es in der Praxis schwierig sein, bereits geschlossene Verträge mit den Endkunden rückabzuwickeln. Es sei daher erforderlich, dass die Beschlusskammer missbräuchliche Entgelte bereits vor deren Markteinführung untersage.

Eine Anzeigepflicht sei von einer Genehmigungspflicht qualitativ zu unterscheiden. Denn eine Anzeigepflicht ermögliche es nur, ein missbräuchliches Verhalten entsprechend § 28 TKG im Rahmen einer Offenkundigkeitsprüfung mit eingeschränktem Prüfungsumfang und einer zunächst auf zwei Wochen begrenzten Prüfungsdauer vor Markteinführung der Entgelte zu prüfen. Ein Genehmigungsverfahren ziele demgegenüber darauf ab sicher zu stellen, dass auch nicht sofort erkennbar missbräuchliches Verhalten unterbunden werde.

Darüber hinaus entfalte eine Anzeigepflicht auch eine präventive Wirkung und erschwere ein mögliches strategisches Vorgehen der Betroffenen. Um sicher zu stellen, dass der Marktanteil von über 70% nicht dazu benutzt werde, die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen zumindest temporär auf erhebliche Weise zu beeinträchtigen, sei die Auferlegung einer Anzeigepflicht erforderlich.

Die BT (Germany) GmbH & Co. oHG (BT) begrüßt die Auferlegung einer Pflicht zur Bereitstellung eines Mindestangebots an Mietleitungen. Der Entwurf versäume allerdings, Klarheit im Hinblick auf die Frage zu schaffen, ob Mietleitungen im Rahmen von sog. TDN-Verträgen von der Regulierungsverfügung erfasst seien oder nicht.

Es sei zweifelhaft, dass es in der konkreten Situation gerechtfertigt sei, von jeglichen Ex-ante-Maßnahmen im Preisbereich abzusehen.

Dies gelte schon für die Annahme, es lägen keine Tatsachen vor, welche die Annahme rechtfertigten, dass Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 TKG nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden. Denn Verpflichtungen im Zugangsbereich seien – nachdem das Marktanalyseverfahren auf den Vorleistungsmärkten 13 und 14 bislang noch nicht zum Erlass einer Regulierungsverfügung geführt habe – gerade noch nicht getroffen. Im Widerspruch zum Subsidiaritätsprinzip hebe der Entwurf damit Verpflichtungen auf, ohne dass die Regulierungsbehörde zu der von Tatsachen getragenen Schlussfolgerung hätte kommen können, dass Maßnahmen nach der Zugangsrichtlinie ausreichen, um die Regulierungsziele zu erreichen. Dabei hätten die von der Regulierungsbehörde in den vergangenen Jahren geführten Missbrauchsverfahren deutlich gezeigt, dass die Betroffene zu 3. nicht vor missbräuchlichen Verhaltensweisen zurückschrecke. Da keine Maßnahmen im Zugangsbereich getroffen worden wären und die entsprechenden Missbrauchsverfügungen seinerzeit vor den Gerichten keinen Bestand gehabt hätten, spreche

in tatsächlicher Hinsicht wenig bis gar nichts dafür, der Betroffenen auf dem Endnutzermarkt die Wohltat einer Deregulierung zukommen zu lassen.

Die Regulierungsbehörde dürfe sich auch nicht auf Informationen der Betroffenen über ihre künftige Preispolitik verlassen. Zum einen könnten die Betroffenen gleichwohl ihre Preispolitik im Sinne einer Entgelterhöhung ändern, zum zweiten sei eine freiwillige Selbstverpflichtung kein Ersatz für eine staatliche Verhaltenskontrolle. Außerdem habe sich die Regulierungsbehörde bei Beschwerden von BT über Preisdumping durch TDN- und sonstige Systemlösungsverträge stets auf den Standpunkt gestellt, man kenne diese Verträge nicht, und solange BT diese Verträge nicht vorlege, könne die Behörde auch nicht einschreiten. Hinzuweisen sei darauf, dass für die Betroffene damit kein nennenswerter Aufwand verbunden sei, denn die Betroffene müsse ohnehin die Originale und Kopien der von ihr abgeschlossenen Verträge archivarisch bearbeiten. Eine weitere Kopie dürfte in diesem Prozess keine nennenswerte Rolle spielen.

Bezüglich § 42 Abs. 4 S. 3 TKG-neu solle die Beschlusskammer die entsprechende Wertung des Gesetzgebers in die Beurteilung der angemessenen Abhilfemaßnahmen einfließen lassen.

Die M-net Telekommunikations GmbH (M-net) begrüßt die Entgeltkontrolle für Mietleitungen für Endnutzer bis zu 2 Mbit/s grundsätzlich, sieht eine nachträgliche Entgeltkontrolle jedoch nicht als ausreichend an.

In ihrer Marktanalyse komme die BNetzA zu dem Ergebnis, dass zwischen Vorleistungsebene und Endkundenebene zu differenzieren sei. Trotz dieser Differenzierung sei es jedoch die Aufgabe einer konsistenten Regulierungspolitik, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen diesen beiden Märkten herzustellen.

Die Erfahrungen im TAL-Bereich hätten gezeigt, dass es bei einer unterschiedlichen Regulierungsintensität in benachbarten Märkten zu massiven Wettbewerbsverzerrungen kommen könne. So unterläge der TAL-Preis der Ex-ante-Regulierung, der Wholesale-Preis hingegen einer bloßen nachträglichen Missbrauchskontrolle. Hier habe die Betroffene zu 3. ihre Preisgestaltungsfreiräume dazu genutzt, um infrastrukturbasierte Anbieter als Nachfrager der Vorleistungsproduktes TAL gegenüber Resale-Anbietern enorm zu benachteiligen.

Ein vergleichbares Szenario sei auch auf dem verfahrensgegenständlichen Markt denkbar, wenn auch mit umgekehrten Vorzeichen. Der Markt für Carrier-Festverbindungen als benachbarter Vorleistungsmarkt unterliege einer Ex-ante-Regulierung. Durch eine Ex-post-Regulierung auf dem verfahrensgegenständlichen Markt würde man der Betroffenen zu 3. vergleichsweise freie Gestaltungsmöglichkeiten bei Endkundenpreisen ermöglichen. Im Ergebnis könnten damit Wettbewerber durch Endkundenpreise nahe der Vorleistungspreise oder sogar darunter von einem Markteintritt abgehalten werden.

In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass § 30 Abs. 1 TKG die Ex-ante-Regulierung als den gesetzlich vorgesehenen Normalfall betrachte. Erst wenn positiv festgestellt werde, dass eine nachträgliche Entgeltkontrolle ausreiche, dürfe von einer Ex-post-Regulierung Gebrauch gemacht werden. Um eine konsistente Regulierungspolitik auf benachbarten Märkten sicherzustellen, müsse sich die BNetzA gleichartiger Instrumente bedienen können.

Die Plusnet GmbH & Co. KG (Plusnet) sieht aufgrund der geografisch unterschiedlichen Wettbewerbsintensitäten im Bereich Mietleitungen in der geplanten Aufhebung der Ex-ante-Genehmigungspflicht der Entgelte für Mietleitungen eine Gefahr der wettbewerbsschädlichen Quersubventionierung seitens der Betroffenen.

Beim Angebot von Mietleitungen bis 2 Mbit/s sei die Wettbewerbssituation durch folgende Faktoren gekennzeichnet: In den Ballungsgebieten herrsche eine relativ hohe Wettbewerbsintensität, weil immer Anbieter mit Hilfe der DSL Technik Mietleitungen auf Basis von Teilnehmeranschlussleitungen(TAL) anböten. Die Zahl der Anbieter umfasse deshalb nicht nur Carrier mit eigener Infrastruktur bis in den Anschlussbereich, sondern auch Anbieter, die TAL der Betroffenen zu 3. als Vorprodukt mieteten, um Mietleitungen anzubieten.

Sofern keine eigene Infrastruktur im Anschlussbereich und auch keine TAL der Betroffenen zu 3. für den Anschlussbereich zur Verfügung stehe, versuchten die Anbieter, die Mietleitungen mit

Hilfe ihrer eigenen Infrastruktur und einer gemieteten CFV der Betroffenen zu 3. für den Anschlussbereich zu realisieren.

In den ländlichen Gebieten sei dagegen die Wettbewerbssituation völlig anders: Hier gebe es kaum Anbieter mit eigener Infrastruktur bis in den Anschlussbereich und auch kaum Anbieter, welche die TAL der Betroffenen zu 3. nutzen könnten. Je geringer die Bevölkerungsdichte sei, desto geringer werde die Wettbewerbsintensität und desto größer werde die Marktmacht der Betroffenen bis hin zum Monopol in vielen ländlichen Regionen, in denen die Betroffenen die einzigen Anbieter von Mietleitungen seien.

In der Regel würden Bandbreiten über 2 Mbit/s von Anbietern bereitgestellt, die über eine eigene Glasfaser-Infrastruktur bis in den Anschlussbereich verfügten und den Kunden damit direkt anschließen könnten. Dies sei bei Innenstädten mit hoher Bevölkerungsdichte und bei Verbindungen zwischen den Netzknoten der Carrier der Fall, in denen dann auch eine relativ hohe Wettbewerbsintensität herrsche. In den ländlichen Gebieten entspreche die Wettbewerbssituation dagegen der Situation bei den Mietleitungen bis 2 Mbit/s.

Diese Wettbewerbssituation biete einen Anreiz zur Quersubventionierung für die Betroffenen. Dieser Anreiz sei unabhängig von der Bandbreite der Mietleitungen. So könnten die Betroffenen die Preise in Gebieten hoher Wettbewerbsintensität (z.B. Ballungsgebiet oder bundesweite Backbone-Strecken) senken und eine gezielte Verdrängungsstrategie gegen die dort tätigen Wettbewerber mit eigener Infrastruktur oder gemieteten TAL beginnen.

Der Anreiz für die Betroffenen, diese Verdrängungsstrategie auch tatsächlich zu beginnen, liege darin, dass sie diese Strategie länger als die Wettbewerber durchhalten könnten, da sie in der Lage seien, die Preissenkungen quer zu subventionieren. Die dafür notwendigen übermäßigen Gewinne könnten durch Preissteigerungen in den Gebieten erzielt werden, in denen der Wettbewerb auf Basis der TAL oder Glasfaser nicht oder nur ungenügend entwickelt sei. Eine solche Entwicklung würde diese Gebiete außerdem noch stärker als bisher im Kampf um attraktive Unternehmensniederlassungen zurückwerfen.

Bei größeren Kundenprojekten gehe es häufig um die bundesweite Vernetzung von Kundenstandorten. Der Kunde erwarte dabei ein Gesamtangebot für alle Standorte. Sofern der Anbieter deshalb nicht über eigene Infrastruktur an diesen Kundenstandorten verfüge, müsse er Mietleitungen hinzukaufen. In Gebieten mit geringer Wettbewerbsintensität könne er diese Mietleitungen häufig ausschließlich bei den Betroffenen beziehen. Sofern die Betroffenen selbst bei diesem Kundenprojekt anboten, hätten sie einen hohen Anreiz, dem nachfragenden Wettbewerber hohe Preise für Mietleitungen zu berechnen, um sich das Kundenprojekt zu sichern.

Aus dieser Situation ergebe sich die zwingende Schlussfolgerung, dass es derzeit verfrüht sei, die Betroffenen aus der Entgeltgenehmigungspflicht für Mietleitungen zu entlassen. Die Tatsache, dass es einige Gebiete mit höherer Wettbewerbsintensität gebe, rechtfertige nicht die Aufhebung der Entgeltgenehmigungspflicht für den Gesamtmarkt der Mietleitungen. Die Gefahr negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb überwiege hier eindeutig.

Telecom e.V. bezeichnet das Themengebiet des Marktes 7 als erheblich für den Geschäftserfolg seiner Mitglieder. Mittlerweile hänge die Wahl von Standorten einerseits oder die erfolgreiche Umsetzung von Organisationskonzepten in der Fläche andererseits ganz erheblich von den an den Standorten angebotenen telekommunikationstechnischen Möglichkeiten und deren Kosten ab.

Daher sollte es ein telekommunikationspolitisches Ziel sein, ein möglichst homogenes Angebot in der Fläche zu erreichen, damit Wirtschafts- und Standortpolitik möglichst unabhängig von TK-Infrastrukturen blieben und sich die „Digitale Kluft“ nicht weiter vergrößere. Diesem Anspruch würden die vorgelegten Regulierungsverfügung sowie die bereits abgeschlossene Marktdefinition und auch die Vorgaben aus der Universaldienstrichtlinie der EU nicht ausreichend gerecht. Tragisch sei, dass nicht einmal die nationalen Spielräume, die die Universaldienstrichtlinie lasse, ausgenutzt würden.

Wesentlicher Kritikpunkt der geschäftlichen Endnutzer sei, dass moderne Produkte mit den Bandbreiten bis zu 2 Mbit/s nicht flächendeckend zur Verfügung stünden (insbesondere z.B.

ADSL und SDSL in unterschiedlichen Geschwindigkeitsabstufungen) und Bandbreiten oberhalb von 2 Mbit/s erst gar nicht reguliert seien. Es gebe also für diese Produkte keine Versorgungspflicht (zu angemessenen Entgelten) oder einen Universaldienstanspruch.

Dies führe dazu, dass nur die Betroffenen eine flächendeckende Lösung anbieten können. Wenn man also an dem bestehenden faktischen Monopol nicht vorbeikomme, müsse man sich aus Sicht der Endnutzer fragen, warum man diesem Unternehmen nicht eine generelle Versorgungspflicht für Endnutzer-Festverbindungen von Bandbreiten bis 155 Mbit/s (SDH STM-1) (inkl. DSL für Bandbreiten bis 16 Mbit/s) auferlege.

Nach Ansicht des Telecom e.V. ist das in der Fläche anzubietende Angebot von Mietleitungen (Mindestangebot) veraltet. Es beschränkt sich auf analoge Festverbindungen und strukturierte und unstrukturierte Festverbindungen mit einer Bandbreite von 64 Kbit/s und 2 Mbit/s. Zwischengeschwindigkeiten gebe es, obwohl der Verband das immer wieder angemahnt habe, nicht. Für Verbindungen oberhalb 2 Mbit/s gebe es keine Angebotspflicht oder andere Auflagen. Es sei nicht verwunderlich, dass an den Standorten, wo Alternativangebote existieren, die alten Verbindungen zurückgebaut würden, da sie nicht mehr dem Stand der Technik und der Kosten entsprächen. Dies sei zumindest in Ballungsgebieten der Fall. Aber überall woanders seien die geschäftlichen Endnutzer auf das Mindestangebot zwingend angewiesen, andernfalls könnten sie ihr Geschäft dort einstellen und keine neuen Standorte aufmachen. Das Mindestangebot sei also trotz rückläufiger Zahlen unbedingt erforderlich.

Bezüglich der Angebote mit Geschwindigkeiten oberhalb von 2 Mbit/s müssten Mittel und Wege gefunden werden, eine flächendeckende Versorgung sicherzustellen. Mit einem zeitweise gewährten Monopol für den VDSL-Ausbau in den Ballungsräumen sei sicher nicht geholfen. Hier seien flächendeckende Erweiterungen im Anschlussnetz erforderlich, die volkswirtschaftlich ideal mit den gemeinsamen Kräften aller Anbieter angegangen werden müssten. Hier vermisse Telecom e.V. die moderierende Kraft der Politik. Angebote von Investoren zu Open Access Plattformen würden bisher nur ausgebremst, nicht jedoch gefördert. Nicht zuletzt hieraus ergebe sich der Ansatz der EU-Politik, die marktbeherrschenden- Unternehmen der einzelnen Mitgliedstaaten in eine Netz- und eine Dienste-Gesellschaft aufzuspalten.

Der Telecom e.V. stellt sich deshalb ein in der Stellungnahme genauer beschriebenes Pflichtangebot bezüglich weiterer Leitungen vor.

Dem Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. (VATM) zufolge sei die derzeitige Wettbewerbssituation auf dem Markt für Mietleitungen unabhängig von der Bandbreite durch eine geografisch sehr unterschiedliche Wettbewerbsintensität gekennzeichnet. Diese unterschiedliche Wettbewerbsintensität eröffne den Betroffenen einen Anreiz, Wettbewerber durch Quersubventionierung vom Markt zu verdrängen. Die Möglichkeit zur Quersubventionierung entstehe hier durch die marktbeherrschende Stellung der Betroffenen in einigen Regionen.

Die Erfolgsaussichten für diese Verdrängungsstrategie seien hoch, da große Teile des Bundesgebietes durch eine geringe Wettbewerbsintensität gekennzeichnet seien und sie mithin ein großes finanzielles Reservoir für Quersubventionierung bildeten. Aus dieser Situation ergebe sich die zwingende Schlussfolgerung, dass es derzeit verfrüht sei, die Betroffenen aus der Entgeltgenehmigungspflicht für Mietleitungen zu entlassen. Die Tatsache, dass es einige Gebiete mit höherer Wettbewerbsintensität gebe, rechtfertige nicht die Aufhebung der Entgeltgenehmigungspflicht für den Gesamtmarkt der Mietleitungen. Die Gefahr negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb überwiege hier eindeutig.

Der VATM regt vor diesem Hintergrund an, zunächst klare Kriterien zu definieren, wie Quersubventionierung auf dem Markt für Mietleitungen wirksam erkannt und unterbunden werden kann. Hier bestehe noch erheblicher Diskussionsbedarf. Erst dann könne in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob eine Lockerung der ex-ante-Entgeltgenehmigungspflicht möglich sei, ohne den Wettbewerb zu gefährden.

Für den Fall, dass die Beschlusskammer an der beabsichtigten Entgeltregulierung festhalte, spricht sich der VATM hilfsweise dafür aus, diese mit einer Anzeigeverpflichtung zu versehen, da sich andernfalls die nachträgliche Entgeltregulierung als zu schwaches Instrument erweise:

Ohne eine entsprechende Anzeigepflicht sei es der Beschlusskammer nur möglich, missbräuchliche Entgelte der Betroffenen nach deren Markteinführung zu überprüfen und zu untersagen. Hierbei bestehe die Gefahr, dass Wettbewerber der Betroffenen durch ein missbräuchliches Entgeltniveau bis zu einer Untersagung der Bundesnetzagentur in ihren wettbewerblichen Möglichkeiten erheblich beeinträchtigt würden. Ebenso dürfte es in der Praxis schwierig sein, bereits geschlossene Verträge mit den Endkunden rückabzuwickeln. Eine solche Anzeigepflicht sei darüber hinaus von einer Genehmigungspflicht qualitativ zu unterscheiden, so dass hier nicht ohne weiteres auf die gleiche Argumentation zurückgegriffen werden könne, die zur Ablehnung der Genehmigungspflicht führe. Eine Anzeigepflicht entfalte außerdem eine präventive Wirkung entfalte und erschwere ein mögliches strategisches Verhalten der Betroffenen, das darauf gerichtet sei, wettbewerbliche Vorteile zu erlangen.

Im Rahmen der öffentlichen Konsultation ist den Betroffenen sowie den interessierten Parteien in der am 08.02.2006 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Den Betroffenen ist darüber hinaus mit Schreiben vom 09.03.2007 Gelegenheit gegeben worden, zur Einfügung der aufschiebenden Bedingung Stellung zu nehmen. Die Betroffenen haben von der Abgabe einer Stellungnahme abgesehen.

Die Stellungnahmen der Wettbewerbsunternehmen und Verbände sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens im Amtsblatt Nr. 06/2007 vom 21.03.2007 als Mitteilung Nr. 206/2007 veröffentlicht worden.

Dem Bundeskartellamt (BKartA) ist unter dem 26.03.2007 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern. Mit Schreiben vom 30.03.2007 teilte das BKartA mit, dass es gegen den Entwurf vor dem Hintergrund, dass der betreffende Markt zum einen wahrscheinlich in der nächsten Märkteempfehlung der EU-Kommission nicht mehr enthalten sein und in der Folge aus der Regulierung entlassen werden würde und sich der Markt zum anderen rückläufig entwickle, im Ergebnis keine Einwände habe.

Unter dem 03.04.2007 hat die BNetzA den Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt und diese davon unterrichtet.

Mit Schreiben vom 03.05.2007 hat die EU-Kommission sich wie folgt zum Entscheidungsentwurf geäußert:

Sie sei nicht überzeugt, dass die Auferlegung der nachträglichen Entgeltkontrolle ein wirksames Instrument zur Behebung des festgestellten Marktversagens sei. Die Analyse der Vorleistungsmärkte sei noch nicht abgeschlossen. Die aktuelle Regulierung erfasse hauptsächlich End-zu-End-Mietleitungen und scheine es Wettbewerbern nicht zu ermöglichen, Teilsegmente einzukaufen. Darüber hinaus verfügten die Betroffenen [BuGG...] Marktanteil, deshalb sei das Risiko überhöhter Preise nicht auszuschließen. Eine Zusage der Betroffenen die Entgelte nicht zu erhöhen sei deshalb nicht hinreichend. Auch die bisherige Preissetzung der Betroffenen sei kein hinreichendes Indiz für eine vorausschauende Betrachtung. Deshalb werde die Bundesnetzagentur aufgefordert, die Betroffenen einem effizienten Preiskontrollmechanismus zu unterwerfen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

## Gründe

Die Beschlusskammer hat den Betroffenen auf dem bundesweiten Markt für das Mindestangebot an Mietleitungen (mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s gemäß Artikel 18 und Anhang VII des Universaldienst-Richtlinie) für Endkunden die tenorierten Verpflichtun-

gen auferlegt und in pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG abgesehen.

## **I. 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 41 Abs. 1 TKG ergibt sich aus § 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Danach entscheidet die Regulierungsbehörde im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern. Dies gilt im Hinblick auf die Regelung in § 132 Abs. 4 S. 2 TKG nicht für in diesem Bereich zu treffende Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG. Letztere sind von der Präsidentenkammer erfolgt (s.u. II.).

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

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 BNetzA veröffentlicht worden.

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.

## **II. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen zu 1. bis 3.**

Nach dem Ergebnis einer auf Grundlage der §§ 10 ff. TKG durchgeführten Marktdefinition kommt der bundesweite Markt für das Mindestangebot an Mietleitungen (mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s gemäß Artikel 18 und Anhang VII des Universaldienst-Richtlinie) für Endkunden i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht. Auf diesen Märkten verfügen die im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Betroffenen zu 1. bis 3. über beträchtliche Marktmacht.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus der als **Anlage** beigefügten und 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.

## **III. Auswahl und Auferlegung der Verpflichtungen auf dem Mietleitungsmarkt**

Der Betroffenen waren aufgrund der nachfolgend dargestellten Erwägungen Verpflichtungen zur Bereitstellung eines Mindestangebots an Mietleitungen sowie zur Entgeltregulierung aufzuerlegen.

### **1. Bereitstellung eines Mindestangebots an Mietleitungen nach § 41 Abs. 1 TKG**

Gemäß § 41 Abs. 1 TKG verpflichtet die Regulierungsbehörde Unternehmen, die auf dem Markt für die Bereitstellung eines Teils oder der Gesamtheit des Angebots an Mietleitungen über beträchtliche Marktmacht verfügen, zur Bereitstellung des Mindestangebots an Mietleitungen entsprechend dem jeweils gültigen Verzeichnis von Normen, welches die Kommission auf der Grundlage des Artikels 17 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommuni-

kationsnetze und –dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 33) erstellt. Der Regulierungsbehörde steht in diesem Fall kein Entschließungs- oder Auswahlermessen zu. Den Betroffenen als über beträchtliche Marktmacht auf diesem Markt verfügenden Unternehmen ist deshalb die entsprechende Verpflichtung aufzuerlegen.

Das in Bezug genommene und derzeit gültige Verzeichnis von Normen findet sich im Beschluss der Europäischen Kommission vom 24.07.2003 über das Mindestangebot an Mietleitungen mit harmonisierten Merkmalen und die entsprechenden Normen gemäß Artikel 18 der Universalrichtlinie (2003/548/EG), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union vom 25.07.2003 unter der Nr. L 186/43. Die Beschlusskammer hat sich gemäß § 41 Abs. 1 TKG an diesen Beschluss zu halten. Sofern sowohl die Betroffenen als auch der Telecom e.V. der Ansicht sind, die im Beschluss enthaltenen Vorgaben spiegeln nicht mehr den aktuellen Stand der Technik wider, müssten sie dies auf gemeinschaftlicher Ebene geltend machen. Für den Fall, dass der o.g. Beschluss ersatzlos aufgehoben werden sollte, wird die Rechtslage durch die in Ziffer 3. des Tenors enthaltene und unter Ziffer IV. begründete aufschiebende Bedingung geregelt.

## **2. Entgeltregulierung nach § 41 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 39 TKG**

Die Entgelte der Betroffenen für Leistungen nach dem o.g. Normenverzeichnis unterliegen gemäß den §§ 41 Abs. 3 S. 1 und 39 Abs. 3 S. 1 TKG der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend. Die Anwendung dieser Vorschriften sowie das Absehen von einer Auferlegung weitergehender Verpflichtungen, d.h. insbesondere einer Entgeltgenehmigungspflicht gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 TKG oder einer Anzeigepflicht gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG, beruhen auf den nachfolgend dargestellten Erwägungen. Das Ermessen ist dabei entsprechend dem Zweck der in § 39 Abs. 1 und Abs. 3 enthaltenen Ermächtigungen ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens sind eingehalten worden, § 40 VwVfG.

### **a) Keine Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht, § 39 Abs. 1 S. 1 TKG**

Die von den Betroffenen verlangten Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte sind keiner Entgeltgenehmigungspflicht gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 TKG zu unterwerfen. Es liegen bereits keine Tatsachen vor, welche die Annahme rechtfertigen, dass Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 TKG nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden.

Sinn und Zweck des genannten Tatbestandsmerkmals ist es, die Subsidiarität der Endnutzerregulierung gegenüber der Zugangsregulierung zum Tragen zu bringen (vgl. BR-Drs. 755/03 zu § 37 des TKG-Regierungsentwurfes sowie Art. 17 Abs. 1 lit. b) Universalrichtlinie). § 39 Abs. 1 S. 1 TKG erfordert deshalb eine tatsächengestützte Prognose, dass trotz Zugangsregulierung die konkrete Gefahr einer Verfehlung der Ziele des § 2 Abs. 2 TKG auf dem jeweiligen Endnutzermarkt besteht (vgl. VG Köln, Urteil vom 26.01.2006 in der Sache 1 K 266/05, S. 8 ff. des amtlichen Umdrucks). Aufgrund der vorliegenden Daten kann indes zum derzeitigen Zeitpunkt keine derartige Gefahr ausgemacht bzw. belastbar belegt werden.

Zwar ist nicht zu verkennen, dass die Betroffenen als Nachfolgeunternehmen des ehemaligen Staatsmonopolisten mit einem über 70% liegenden Marktanteil nach Umsatzerlösen eine nach wie vor starke Marktstellung besitzen. Angesichts eines Marktvolumens, welches in den letzten Jahren deutlich zurückgegangen ist und aufgrund des laufenden Umschwenkens der Nachfrage auf breitbandigere Angebote wohl auch weiterhin zurückgehen wird, steht auch nicht zu erwarten, dass sich Wettbewerber stärker in diesem Markt engagieren und so die Marktanteile der Betroffenen in dem von dieser Regulierungsverfügung abgedeckten Zeitraum von zwei Jahren entscheidend senken werden.

Gleichwohl gibt es weder aufgrund der Regulierungshistorie noch aufgrund gegenwärtiger Hinweise ausreichend belastbare Anhaltspunkte, die eine spürbare Verfehlung der Regulierungsziele auf diesem Markt, namentlich die Wahrung der Nutzerinteressen sowie die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation, nahe legen würden.

Die von der Beschlusskammer 3 der damaligen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) unter den Aktenzeichen BK3a-99/013, BK3c-00/040 und BK3a-01/035 geführten Missbrauchsverfahren bezüglich Mietleitungen hatten jeweils ein Verhalten der Betroffenen zu 3. auf dem Vorleistungs-, nicht aber auf dem hier gegenständlichen Endnutzermarkt zum Gegenstand. Die von der Beschlusskammer 2 der RegTP bis zum Jahre 2004 unter den Aktenzeichen BK2a-99/031, BK2a-00/008, BK2a-00/034, BK2a-01/006, BK2b-02/009, BK2b-02/020, BK2b-03/004, BK2b-03/024, BK2b-04/010, BK2b-04/027 und BK2b-04/039 durchgeführten Entgeltgenehmigungsverfahren für analoge und digitale Standardfestverbindungen endeten fast durchweg mit antragsgemäßen Genehmigungen, d.h. die von der Betroffenen zu 3. verlangten und beantragten Entgelte orientierten sich regelmäßig an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.

Seit Auslaufen der letzten Genehmigungen haben die Betroffenen nach Kenntnis der Beschlusskammer auch keine (erheblichen) Entgelterhöhungen vorgenommen. Mit Schreiben vom 11.01.2007 haben die Betroffenen zu 1. und 2., die den wesentlichen Teil der verfahrensgegenständlichen Mietleitungen anbieten, mitgeteilt, dass für das Jahr 2007 bei den Mietleitungsprodukten kleiner 2 Mbit/s **[BuGG...]** und bei den Mietleitungsprodukten gleich 2 Mbit/s **[BuGG...]** beabsichtigt sei. Während es bei letzteren Produkten im Jahr 2008 **[BuGG...]** geben sollte, müsse die Preissituation bei Mietleitungsprodukten kleiner 2 Mbit/s von der Stückkostenentwicklung abhängig gemacht werden.

Insgesamt lassen sich aus dieser Lage keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür ableiten, dass die konkrete Gefahr einer Verfehlung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG besteht.

An dieser Einschätzung vermögen auch die im Konsultationsverfahren vorgebrachten Argumente der interessierten Parteien nichts zu ändern.

BT trägt zum einen vor, im Endnutzerbereich könne deshalb nicht auf eine Entgeltgenehmigungspflicht verzichtet werden, weil die BNetzA den Betroffenen noch keine Regulierungspflichten im Vorleistungsbereich auferlegt habe. Dieses Vorbringen verkennt allerdings die geltende Rechtslage. Gemäß Ziffer 1 des insoweit bestandskräftigen Beschlusses BK 2b 04/027 vom 30.11.2004 ist die Betroffene zu 3. verpflichtet, anderen Unternehmen Zugang zu den CFV 64 kbit/s, 2, 34, 155 und 622 Mbit/s zu gewähren. Die entsprechenden Entgelte unterliegen der Entgeltgenehmigungspflicht. Zudem hat sich die Betroffene zu 3. zu einem freiwilligen Angebot bestimmter weiterer Leistungen zu bestimmten Preisen verpflichtet.

Zum anderen wendet sich BT gegen die Nichtauferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht, weil nicht sicher sei, dass die Entgelte nicht doch erhöht würden. Allerdings hat BT keine konkreten Anhaltspunkte für die Unglaubhaftigkeit der entsprechenden Aussage der Betroffenen beigebracht. Zudem setzt sie sich in Widerspruch zu ihrer weiteren Einlassung, die Betroffenen betrieben auf dem verfahrensgegenständlichen Markt Preisdumping. Dabei hat sie allerdings auch die letztgenannten Vorwürfe nicht weiter substantiiert.

M-net fordert die Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht zur Verhinderung von Preis-Kosten-Scheren. Bei Preis-Kosten-Scheren ist jedoch § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG einschlägig. Die Entgeltgenehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 S. 1 TKG richtet sich allein gegen Preishöhenmissbräuche. Derartige Missbräuche werden aber von M-net für den Endnutzermarkt offensichtlich nicht befürchtet. Für ein von den Betroffenen ausgehendes Preisdumping hat die M-Net allerdings auch keine Anhaltspunkte oder gar Belege beigebracht.

Soweit schließlich Plusnet die Sorge hat, als Netzbetreiberin Mietleitungen nicht mehr zu KeL-regulierten Preisen beziehen zu können, ist sie auf die Regulierung des Vorleistungsbereichs zu verweisen.

Auch die von der EU-Kommission vorgebrachten Bedenken gegen eine nachträgliche Entgeltkontrolle sind nicht tragfähig. Zwar ist – worauf die EU-Kommission in ihrer Stellungnahme hinweist – die Marktanalyse für die Vorleistungsmärkte noch nicht abgeschlossen. Allerdings ist die Betroffene zu 3. derzeit aufgrund der Ziffer 1. des Beschlusses BK 2b 04/027 vom 30.11.2004 verpflichtet, zu den hier relevanten Carrierfestverbindungen bis zu einer Bandbreite von 2 Mbit/s Zugang zu gewähren und sich die Entgelte nach Maßgabe des § 31 TKG genehmigen zu lassen. Entgegen den Befürchtungen der EU-Kommission muss ein Wettbewerber für ein eigenes

Angebot auch keine Ende-zu-Ende-Verbindung einkaufen, denn die Carrierfestverbindungen unterteilen sich in Segmente im Anschlusslinien- und Verbindungsliniennetz, so dass eine Nachfrage nur eines Teilsegments möglich ist. Auch der hohe Marktanteil der Betroffenen begründet keine Gefahr der Ausbeutung der Verbraucher. Denn die Betroffene ist in einigen Ballungsgebieten Wettbewerbern mit eigener Infrastruktur ausgesetzt, die auf den Preissetzungsspielraum der Betroffenen disziplinierend einwirken. Dies wird auch durch die Stellungnahmen der M-net, BT, Plusnet und des VATM im Rahmen der Konsultation bestätigt, die auf die Gefahr zu niedriger Endkundenentgelte in Ballungsgebieten hingewiesen haben. Vor diesem Hintergrund ist entgegen der Ansicht der EU-Kommission auch die bisherige Preissetzung der Betroffenen wesentlich, denn durch diese wird die im Interesse der Verbraucher bestehende disziplinierende Wirkung der Wettbewerber auf die Betroffenen belegt.

Gegen wettbewerbswidrige Entgelte in den Ballungsgebieten bietet die nachträgliche Entgeltkontrolle hinreichende Eingriffsmöglichkeiten. Die Betroffenen müssen gemäß § 41 Abs. 2 TKG ihre Tarife veröffentlichen und gemäß § 39 Abs. 2 S. 4 TKG Verträge über individuell vereinbarte Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl von anderen Endnutzern übertragbar sind, unmittelbar nach Vertragsschluss vorlegen. Dadurch ist eine Transparenz gegeben, die im erforderlichen Fall eine Kontrolle ermöglicht.

Wegen der Transparenzverpflichtung können die Betroffenen auch nicht heimlich eine regionale Preisdifferenzierung praktizieren. Einer willkürlichen Preisdifferenzierung kann aber mit der nachträglichen Entgeltkontrolle hinreichend begegnet werden.

Die Beschlusskammer kommt deshalb zu dem Ergebnis, dass schon mangels einer konkret drohenden Verfehlung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG den Betroffenen keine Entgeltgenehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 S. 1 TKG aufzuerlegen ist. Sollte sich allerdings abzeichnen, dass die Betroffenen das ihnen grundsätzlich zur Verfügung stehende Preiserhöhungspotenzial trotz der Ausführungen im Schreiben vom 11.01.2007 in spürbarer Weise ausnutzen sollten, müsste diese Entscheidung einer Überprüfung unterzogen werden.

#### **b) Nachträgliche Entgeltregulierung, § 39 Abs. 3 S. 1 TKG**

Die Entgelte der Betroffenen für die Bereitstellung und Überlassung der verfahrensgegenständlichen Mietleitungen sind keiner Entgeltgenehmigungspflicht unterworfen worden. Folglich unterliegen diese Entgelte gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend.

#### **c) Keine Auferlegung einer Anzeigepflicht, § 39 Abs. 3 S. 2 TKG**

Eine Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG ist weder für die verfahrensgegenständlichen Mietleitungen im Allgemeinen noch für die verfahrensgegenständlichen TDN-Produkte im Besonderen aufzuerlegen. Dies folgt bereits daraus, dass – wie gezeigt – die konkrete Gefahr einer Verfehlung der Regulierungsziele nicht nachweisbar ist. Das Bestehen einer solchen Gefahr ist aber bei der Anwendung des von § 39 Abs. 3 S. 2 TKG in Bezug genommenen § 39 Abs. 1 S. 1 TKG erforderlich, um die Auferlegung einer Anzeigepflicht zu rechtfertigen (vgl. dazu VG Köln, Urteil vom 26.01.2006 in der Sache 1 K 266/05, S. 6 ff. des amtlichen Umdrucks).

Aufgrund des Fehlens dieses Tatbestandsmerkmals braucht die Beschlusskammer nicht ihr Auswahlermessen bezüglich einer Anzeigeverpflichtung auszuüben. Gleichwohl lässt sich an dieser Stelle anmerken, dass Arcor die von ihr mit allgemeinen Erwägungen geforderte Anzeigeverpflichtung ebenfalls nicht weiter substantiiert hat.

### **IV. Nebenbestimmungen**

Die Regulierungsverfügung ist mit einer aufschiebenden Bedingung zu versehen. Denn nach den sich nunmehr verdichtenden Vorstellungen der Europäischen Kommission soll der Beschluss vom 24.07.2003 über das Mindestangebot an Mietleitungen mit harmonisierten Merk-

malen und die entsprechenden Normen gemäß Artikel 18 der Universalrichtlinie (2003/548/EG, vgl. ABl. EU 2003, Nr. L 186/43) in einigen Monaten ersatzlos aufgehoben werden. Eine solche Aufhebung würde sowohl die in Ziffer 1. des Tenors auferlegte Verpflichtung zur Bereitstellung eines Mindestangebots nach § 41 Abs. 1 TKG als auch die in Ziffer 2. des Tenors festgestellte Entgeltregulierung nach § 41 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 39 TKG gegenstandslos werden lassen.

Die Aufhebung des Beschlusses vom 24.07.2003 würde indes nicht die entsprechende Festlegung der Präsidentenkammer zur Marktdefinition und Marktanalyse berühren. Denn in dieser Festlegung ist der entsprechende Markt zwar unter Bezugnahme auf die im o.g. Beschluss aufgeführten Mietleitungstypen abgegrenzt worden. Sowohl die Abgrenzung als auch die Feststellungen zur potenziellen Regulierungsbedürftigkeit und beträchtlichen Marktmacht sind aber von der Präsidentenkammer letztlich eigenständig getroffen worden. Die Festlegung bliebe damit auch nach Aufhebung des o.g. Beschlusses in Kraft.

Die Beschlusskammer wäre deshalb gemäß § 9 Abs. 2 TKG auch nach Aufhebung des Beschlusses vom 24.07.2003 weiterhin verpflichtet, den Betroffenen Verpflichtungen nach dem zweiten Teil des TKG aufzuerlegen. Diese Verpflichtung wird umgesetzt, indem für den Fall einer solchen Aufhebung die Anwendbarkeit der gesetzlichen Mindestvorschrift des § 39 Abs. 3 S. 1 TKG eröffnet wird.

Sollte der o.g. Beschluss vom 24.07.2003 entgegen der sich derzeit abzeichnenden Entwicklung letztendlich nicht aufgehoben, sondern nur durch einen anderen Beschluss ersetzt werden, wäre über die in § 41 Abs. 1 TKG vorgesehene und in Ziffer 1. des Tenors wiederholte dynamische Verweisung auf das jeweils gültige Normenverzeichnis sichergestellt, dass sich die den Betroffenen auferlegten Bereitstellungspflichten nur auf diejenigen Leistungen beziehen, welche die Europäische Kommission als jeweils notwendig erachtet.

Die Vorschrift des § 14 Abs. 1 Alt. 2 TKG bleibt von den vorgenannten Erwägungen unberührt. Sollte also die Märkteempfehlung der Kommission vom 11.02.2003 (2003/311/EG, ABl. EU 2003, Nr. L 114/45) geändert werden, müssten, sofern in der neuen Empfehlung selbst keine Übergangsregelungen enthalten wären, die Regelungen der §§ 10 bis 13 TKG entsprechend angewendet werden.

## **V. Hinweis**

Entsprechend der Bitte der Betroffenen ist darauf hinzuweisen, dass die von den Betroffenen für die Übergangszeit zwischen dem Außerkrafttreten des TKG<sup>1996</sup> und dem Inkrafttreten der Regulierungsverfügung im Bereich der Mietleitungsprodukte zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten eingegangene regulatorische Selbstverpflichtung mit Blick auf den Endkundenbereich mit Inkrafttreten der vorliegenden Regulierungsverfügung als gegenstandslos anzusehen ist.

## **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50557 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

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

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

Bonn, den 15.05.2007

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers