



- Beschlusskammer 3 -

BK 3a-06/040

## B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Überprüfung des vorgelegten Standardangebots für Terminierungsleistungen

der T-Mobile Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene,

Beigeladene:

1. E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Platz 1, 40468 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. Net Cologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstr. 86, 60326 Frankfurt / Main, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. 01051 Telecom GmbH, Robert-Bosch-Str. 1, 52525 Heinsberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. Versatel Holding GmbH, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
6. M-net Telekommunikations GmbH, Niederlassung NEFkom, Splittertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
7. 01058 Telecom GmbH, Leopoldstraße 16, 40211 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
8. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V., Oberländer Ufer 180-182, 50968 Köln, vertreten durch den Vorstand,
9. Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
10. COLT Telecom GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt/Main, vertreten durch die Geschäftsführung,
11. Arcor AG & Co. KG, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn, vertreten durch die Geschäftsführung,
12. QSC AG, Mathias-Brüggen-Straße 55, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Betroffenen: Rechtsanwälte Redeker, Sellner, Dahs & Widmaier  
Mozartstraße 4-10  
53115 Bonn

der Beigeladenen zu 4.: JUCONOMY Rechtsanwälte  
Graf-Recke-Straße 82  
40239 Düsseldorf

der Beigeladenen zu 7.: Loschelder Rechtsanwälte  
Konrad-Adenauer-Ufer 11  
50668 Köln

der Beigeladenen zu 10.: Jones Day Rechtsanwälte  
Grüneburgweg 102  
60323 Frankfurt –

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

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

auf die mündliche Verhandlung vom 07.02.2007 beschlossen:

Der Betroffenen wird aufgegeben, das vorgelegte Standardangebot in der Fassung vom 29.11.2006, zuletzt geändert mit Schriftsatz vom 29.03.2007, wie folgt zu ändern und bis zum 31.08.2007 erneut vorzulegen:

#### Allgemein

Das Standardangebot ist so zu fassen, dass es ausschließlich die von der Betroffenen erbrachten Zugangsleistungen erfasst.

#### Ziffer 5.3 lit. a) Abs. 3 Hauptteil

Die Regelungen zur Vereinbarungsfiktion sind dahingehend zu ergänzen, dass die Betroffene ihren Vertragspartnern die beantragten Entgelte unverzüglich nach Antragstellung schriftlich mitteilt.

#### Ziffer 5.3 lit. c) Hauptteil i.V.m. Anlage 8

In Ziffer 5.3 lit. c) Hauptteil i.V.m. Anlage 8 ist eine Preisliste aufzunehmen, welche die bei fehlender Genehmigungspflicht geltenden Preise enthält.

Die Preise können nach Abschluss der Vereinbarung von Seiten der Betroffenen nur durch schriftliche Mitteilung an den Vertragspartner und nur mit Wirkung für die Zukunft geändert werden.

#### Ziffer 11.2 Hauptteil

Die Regelungen zur ordentlichen Kündigung sind so abzuändern, dass eine ordentliche Kündigung durch die Betroffene während der Mindestlaufzeit des Standardangebotes nicht möglich ist.

#### Ziffer 13.1 Hauptteil

Die Klausel zur Sicherheitsleistung ist so zu ändern, dass die Sicherheitsleistung zu erstatten ist, wenn das bisherige Zahlungsverhalten die Zuverlässigkeit des Vertragspartners bestätigt hat. Eine als Geldsumme hinterlegte Sicherheitsleistung ist angemessen zu verzinsen.

## Ziffer 13.2 Hauptteil

Die in Abs. 1 vorgesehene Zustimmungsklausel ist dahingehend abzuändern, dass in allen Fällen der Übertragung von Rechten und Pflichten aus dem Vertrag die Zustimmung des anderen Vertragspartners erforderlich ist, letztere aber nur aus wichtigem Grund verzögert oder verweigert werden darf.

Das in Abs. 2 S. 1 enthaltene Sonderkündigungsrecht ist zu streichen.

## Ziffer 1.1 lit.a) Satz 2 Anlage 4

Es ist auf die Genehmigungspflichtigkeit sowie die bisher fehlende Genehmigung der OdZ-Aufschläge hinzuweisen.

## Ziffer 1.4 Anlage 8

Das Mindestverkehrsentsgelt ist durch Sonderregelungen zur Abweisung von Neubestellungen und zur Kündigung von Zusammenschaltungsanschlüssen bei Unterschreiten bestimmter Verkehrsmengen zu ersetzen.

## Service Level Agreements und Bereitstellungsfristen

Im Standardangebot sind die Bereitstellungsbedingungen für die Zusammenschaltungsanschlüsse zu regeln.

## Übergangsbedingungen

Es ist klarzustellen, dass bei Fortsetzung bereits bestehender Vertragsbeziehungen auf Grundlage des Standardangebots keine überflüssigen Maßnahmen zu Lasten des Vertragspartners der Betroffenen durchgeführt werden.

## Gründe

### I.

Im Zusammenhang mit der Regulierungsverfügung zu Mobilfunkterminierungsleistungen auf dem Markt der Betroffenen vom 29.08.2007 (BK 4-06-001/R) ist der Betroffenen auf der rechtlichen Grundlage von § 23 Abs. 1 TKG auferlegt worden, ein Standardangebot für diejenigen Zugangsleistungen, zu deren Angebot sie durch die Regulierungsverfügung verpflichtet worden ist und für die eine allgemeine Nachfrage besteht, zu veröffentlichen. Daraufhin hat die Betroffene mit Schreiben vom 29.11.2006 der Beschlusskammer ihr Standardangebot übersandt und letzteres am 30.11.2006 auf ihrer Internet-Homepage veröffentlicht.

Die Beschlusskammer hat anschließend das vorliegende Überprüfungsverfahren eingeleitet und dies mit der Mitteilung Nr. 437 im Amtsblatt Nr. 24/2006 der Bundesnetzagentur bekannt gegeben.

Der Betroffenen und den Beigeladenen ist in der am 07.02.2007 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Die Beigeladenen zu 3., 4., 5., 8., 10., 11. und 12. haben zum Standardangebot schriftliche Stellungnahmen abgegeben. Die Betroffene hat zu den Forderungen der Beigeladenen Stellung bezogen und dabei mit Schreiben vom 29.03.2007 das Standardangebot in einzelnen Punkten abgeändert.

Die übrigen Beschlusskammern und die Abteilungen sind über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 26.06.2007 ist dem Bundeskartellamt (BKartA) Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beschlussentwurf eingeräumt worden. Das BKartA hat mit Schreiben vom 03.07.2007 mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absehe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

## II.

Der Betroffenen sind gemäß § 23 Abs. 2 und 3 TKG die tenorierten Vorgaben für ihr Standardangebot zu machen. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus den §§ 116 Abs. 1, 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Das Verfahren zur Überprüfung des Standardangebotes ist zweistufig angelegt. Wird ein Standardangebot von der Betroffenen vorgelegt, so überprüft die Bundesnetzagentur es im ersten Schritt darauf, ob es vollständig ist und den Vorgaben der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit genügt. Soweit das Standardangebot nicht diesen Anforderungen entspricht, fordert sie die Betroffene zu einer Änderung des Standardangebotes und seiner erneuten Vorlage auf. In einem zweiten Schritt wird das von der Betroffenen überarbeitete Standardangebot auf die Erfüllung der Vorgaben der Bundesnetzagentur hin überprüft und eine Mindestlaufzeit festgesetzt. Sofern die Vorgaben nicht erfüllt wurden, nimmt die Bundesnetzagentur Veränderungen am Standardangebot vor.

### **Maßstab und Prüfungsumfang**

Gemäß § 23 Abs. 3 TKG kann die Beschlusskammer der Betroffenen Vorgaben für einzelne Bedingungen, insbesondere in Bezug auf Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit, machen, soweit das Standardangebot unzureichend ist. Das ist dann der Fall, wenn das Angebot nicht so umfangreich ist, dass es ohne weiteres angenommen werden kann, oder die jeweiligen Regelungen keinen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Betroffenen sowie der Nachfrager bieten. Wie aus § 25 Abs. 5 TKG zu erschließen ist, kann die Bundesnetzagentur dabei sämtliche Bedingungen der Zugangsgewährung überprüfen.

Das Gebot der Billigkeit erfordert, dass die Leistungen des Standardangebotes zu Bedingungen angeboten werden, die den Zwecken angemessen sind, die die Wettbewerber beim Bezug dieser Leistungen verfolgen, so dass die Entstehung funktionsfähigen Wettbewerbes ermöglicht wird. Weil die Entgelte, die der Genehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen sind, nicht Gegenstand des Standardangebotsverfahrens sind, geht es um die Angemessenheit der Umstände der Leistungserbringung durch die Betroffene. Belastungen und Einschränkungen der Wettbewerber bei Bestellung und Bezug dieser Leistungen müssen durch schützenswerte Interessen der Betroffenen gerechtfertigt sein. Umgekehrt gilt, dass die Wettbewerber nicht die für sie jeweils vorteilhaftesten Bedingungen beanspruchen können. Einmal gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Betroffene nicht zu Vertragsbedingungen verpflichtet werden kann, deren Belastungen für sie in keinem angemessenen Verhältnis mehr zu dem Nutzen für ihre Wettbewerber stehen. Zweitens ist das Standardangebot ein Instrument, um dem in der Regulierungsverfügung festgestellten Marktversagen zu begegnen. Wettbewerber können daher unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit keine besseren Bedingungen fordern, als sie zwischen Unternehmen in einem wettbewerblichen Umfeld zu erwarten wären.

Das Gebot der Chancengleichheit muss nach dem Zweck des Gesetzes ausgelegt werden, durch Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten, §§ 1 und 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Hieraus lässt sich folgern, dass für Wettbewerber gleiche Ausgangsbedingungen geschaffen werden sollen. Im Bezug auf die Regelung des § 23 Abs. Satz 3 TKG heißt das, dass die Vertragsbedingungen so zu gestalten sind, dass der Zusammenschaltungspartner in einem chancengleichen Wettbewerb sowohl mit der Zugangsverpflichteten als auch mit anderen Wettbewerbern treten kann.

Das Gebot der Rechtzeitigkeit bedeutet, dass die von der Betroffenen gewährten Zugangsleistungen innerhalb von Fristen bereitgestellt werden müssen, die es den auf diese Leistungen angewiesenen Zusammenschaltungspartnern ermöglichen, effektiv am Markt tätig sein zu können. Das Gebot ist eine weitere Ausprägung des auch in § 42 Abs. 3 TKG niedergelegten Grundsatzes, demzufolge das marktmächtige Unternehmen durch sachlich unbegründete zeitliche Verzögerungen seine Wettbewerber nicht behindern können soll.

Das Standardangebot muss weiter so umfangreich ausgestaltet sein, dass es ohne weitere Verhandlungen angenommen werden kann. Die wesentlichen Vertragsbestandteile für eine Zusammenschaltung müssen in ihm enthalten sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Einzelheiten des Bezuges der Zugangsleistungen der Betroffenen so weit festgelegt sind, dass das Leistungsverhältnis ohne weitere Ergänzungen des Vertrages abgewickelt werden könnte. Es muss daher auch die Entgelte der Leistungen enthalten. Die Zugehörigkeit der Entgelte zur vollständigen Regelung des Zusammenschaltungsverhältnisses lässt sich auch § 25 Abs. 5 S. 1 TKG entnehmen. Die Höhe der Entgelte wird im Standardangebotsverfahren jedoch nicht überprüft, sondern ist den Entgeltgenehmigungsverfahren vorbehalten. Die Entgelte für die Terminierung und für die Kollokation sind der Genehmigungspflicht nach § 31 TKG unterworfen.

Es muss schließlich alle diejenigen Leistungen umfassen, nach denen eine allgemeine Nachfrage besteht.

Unter Leistungen sind hierbei als Hauptleistungen Zugangsleistungen zu verstehen, weil nur solche durch ein Verfahren nach § 23 Abs. 2 TKG ermittelt werden können und nur hinsichtlich solcher Leistungen eine marktbeherrschende Stellung bestehen kann. Für die mit der Leistungserbringung oder in ihrem Vorfeld einhergehenden Nebenpflichten – wie etwa Informationspflichten – gilt das Erfordernis der allgemeinen Nachfrage jedoch nicht zwingend. Sie können sich bereits aus den Grundsätzen der Billigkeit, Rechtzeitigkeit und Chancengleichheit ergeben, ohne dass es hierfür des Nachweises einer allgemeinen Nachfrage bedarf. Der Grad, in dem solche Nebenleistungen nachgefragt werden, kann jedoch ein Hinweis darauf sein, inwieweit diese Nebenleistungen aus den vorgenannten Grundsätzen heraus Teil des Standardangebotes sein müssen.

Prüfungsgegenstand ist das von der Betroffenen vorgelegte Standardangebot in der im Verfahren modifizierten Fassung. Sofern die Änderungen nicht ausdrücklich in den Gründen aufgeführt werden, wird hierfür auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

## **Allgemein**

### **Begrenzung auf Leistungen der Betroffenen**

a) Die Beigeladene zu 8. betont, entsprechend der Regulierungsverfügung und aus Gründen der Chancengleichheit und Billigkeit seien im Standardangebot ausschließlich die Terminierungsleistungen in die Netze von Mobilfunknetzbetreibern zu regeln. Die Beigeladene zu 11. hebt hervor, sie könne insbesondere aufgrund des ihr selbst auferlegten Diskriminierungsverbots keine Vorgaben der Betroffenen für die Festnetzterminierung akzeptieren. Es seien daher alle Bestandteile zu streichen, die Zugangsleistungen zum Netz des Vertragspartner regelten.

Die Betroffene verweist demgegenüber auf Ziffer 2.1 Hauptteil, welche ausdrücklich klarstelle, dass das Standardangebot ausschließlich Terminierungsleistungen der Betroffenen betreffe. Soweit Bestimmungen für den gegenseitigen Leistungsaustausch enthalten seien, diene dies der Übersichtlichkeit der Vertragsgestaltung. Aus dem Standardangebot seien jedoch sämtliche Regelungen herausgenommen worden, welche die Leistungen des IC-Partners beschreiben oder regeln. Insoweit dürfte dem Anliegen der Beigeladenen zu 11. hinreichend Rechnung getragen worden sein.

b) Die Betroffene weist insofern zu Recht auf Ziffer 2.1 Hauptteil hin, als dort die vertraglich geregelte Zusammenschaltung auf die Terminierung von Verkehr aus dem Telekommunikationsnetz des Vertragspartners im Netz der Betroffenen beschränkt wird. Gleichwohl soll der Vertragspartner nach Ziffer 3.2 Hauptteil der Betroffenen im Regelfall Zusammenschaltungsdienste nach den Bedingungen dieses Vertrages, d.h. des Standardangebotes, anbieten. Dementspre-

chend schreibt beispielsweise Ziffer 1.2 Anlage 9 vor, innerhalb welcher Zeiträume der Vertragspartner seine Terminierungsleistungen abzurechnen hat, während etwa die Ziffern 7.1 und 8.2 Regelungen zur Saldierung gegenseitiger Forderungen vorsehen.

Die letztgenannten Klauseln sowie alle weiteren Klauseln, die sich auf Leistungen des Vertragspartners beziehen, sind so abzuändern, dass ein Vertragsschluss ausschließlich über die Leistungen der Betroffenen möglich ist. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die Betroffene und ihr jeweiliger Vertragspartner übereinkommen, ihre Leistungsbeziehungen in einem einheitlichen Vertragswerk zu regeln. Das Standardangebot selbst muss jedoch so gestaltet sein, dass es getrennt von den Leistungen der Vertragspartner abgeschlossen werden und sich die Betroffene in Vertragsverhandlungen über Leistungen des Vertragspartners nicht darauf berufen kann, dass sich dieser bei Annahme des Standardangebotes schon zur Erbringung bestimmter Leistungen bzw. Vertragsbedingungen verpflichtet habe. Denn gemäß § 23 Abs. 1 TKG sind Gegenstand des Standardangebotes allein Zugangsleistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht, deren Erbringung diesem nach § 21 TKG auferlegt worden ist.

#### **Ziffer 4.4 lit. A) Hauptteil**

##### **Übertragungswege**

a) Die Beigeladenen zu 8. und 11. fordern, dass der Vertragspartner zwischen allen verfügbaren Übertragungsmöglichkeiten selbst wählen können müsse. Es müsse deshalb gewährleistet sein, dass der Vertragspartner nicht allein auf Übertragungswege der Deutsche Telekom AG zurückgreifen dürfe.

Die Betroffene betont, sie biete mehrere technische Zusammenschaltungsoptionen an. Die unter B) genannten Optionen eröffneten dem Zusammenschaltungspartner die Möglichkeit, mittels eigener Übertragungswege die Zusammenschaltung mit der Betroffenen zu realisieren.

b) Gemäß Ziffer 1.1 Tenor der Regulierungsverordnung BK 4-06-001/R vom 29.08.2006 ist die Betroffene verpflichtet, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen zu ermöglichen. Nicht verpflichtet worden ist die Betroffene dazu, die Zusammenschaltung mittels eines Übertragungsweges zu einem Standort des Wettbewerbers zu ermöglichen. Die in Ziffer 4.4 lit. A) Hauptteil enthaltene Option des Vertragspartners, sich mittels angemieteter Übertragungswege mit der Betroffenen zusammenzuschalten, stellt mithin ein überobligatorisches Angebot der Betroffenen dar. Es unterliegt nicht der Überprüfung durch die Beschlusskammer.

#### **Ziffer 5 Hauptteil**

##### **Entgelte**

a) Die Beigeladene zu 3. hebt hervor, die vorgesehene Vereinbarungsfiktion zwingt die Vertragspartner in eine Ungewissheit hinein, die früher nicht bestanden habe, weil zumindest die vereinbarten Entgelte bekannt gewesen seien. Es handele sich im Ergebnis um ein einseitiges Preisbestimmungsrecht, wenn auch unter der Kontrolle der Bundesnetzagentur im betreffenden Entgeltgenehmigungsverfahren. Die Vorschrift des § 31 Abs. 5 TKG solle gerade Transparenz bewirken, indem genehmigungspflichtige Entgelte vor dem beabsichtigten Inkrafttreten vorzulegen seien. Nur im Falle einer vertraglichen Vereinbarung könne hiervon eine Ausnahme gemacht werden. Die mit den Regelungen in § 35 Abs. 5 S. 2 bis 4 TKG intendierte Schutzwirkung werde jedoch unzulässig ausgehöhlt. Im vorliegenden Fall wisse und solle der Vertragspartner nicht wissen, in welcher Höhe ein Genehmigungsantrag sowie eine daran anknüpfende Rechtsschutzmaßnahme überhaupt erfolgen werde. Folglich sei er zu unnötigen Rückstellungen gezwungen. Dies sei insbesondere deshalb gefährlich, weil die Netzbetreiber – wie geschehen – „Phantasiepreise“ zur Genehmigung beantragen würden.

Ein Verstoß gegen das Gebot der Rechtzeitigkeit sei offensichtlich, weil die Betroffene entgegen der analog anzuwendenden Regelung des § 23 Abs. 4 S. 3 TKG ihr Standardangebot mit Schriftsatz vom 29.03.2007 einseitig während des laufenden Verfahrens geändert habe.

Ferner werde gegen die Gebote der Billigkeit und Chancengleichheit verstoßen, weil die Genehmigung vom 08.11.2006 nun einmal an die Stelle der vertraglichen Vereinbarungen getreten und im Gesetz nicht vorgesehen sei, dass diese Vereinbarungen bei Entfall der Genehmigungspflicht mit Wirkung für die Vergangenheit wiederaufleben würden. § 35 Abs. 5 TKG sei die einzige und damit die abschließende Regelung zur rückwirkenden Entgelterhebung.

Die letztgenannte Norm müsse den Marktteilnehmern eine hinreichend sichere Geschäftsgrundlage bieten. Nachdem die Eilrechtsanträge der Betroffenen im Herbst 2006 noch vom VG Köln abgelehnt worden seien, hätten die Marktteilnehmer auf den Fortbestand der Regulierung vertrauen können. Der Vertrauensschutz könne nicht durch eine rückwirkende Fiktion umgangen werden. Sollte die Beschlusskammer die Regelung gleichwohl anerkennen, sollte erneut in die mündliche Verhandlung eingetreten werden, um den Beteiligten das rechtliche Gehör nicht unzulässig zu verkürzen.

Nach Ansicht der Beigeladenen zu 4. seien die von der Betroffenen angebotenen Entgeltbedingungen zu untersagen. Die rückwirkende Erhöhung der Entgelte wäre nach Wegfall der Ex-ante-Entgeltkontrolle wahrscheinlich nicht mehr im Wege der Ex-post-Kontrolle durch die Bundesnetzagentur zu korrigieren. Analog § 35 Abs. 5 TKG sei eine Möglichkeit zur Nacherhebung für die Vergangenheit zu untersagen. Zu überlegen wäre höchstens, ob zugunsten der Mobilfunker in diesen Konstellationen – vergleichbar mit § 35 Abs. 5 TKG – das Verfahren nach § 80 Abs. 5 bzw. § 123 VwGO zu vereinfachen wäre.

Bereits das genehmigte Entgelt hätte vorliegend nach dem Ex-Post-Maßstab des § 28 TKG keinesfalls höher genehmigt werden dürfen. Die vermeintliche Gesetzeslücke für den rückwirkenden Übergang von der Ex-ante- zur Ex-post-Kontrolle sei daher analog § 35 Abs. 5 TKG dadurch zu schließen, dass für den zurückliegenden Zeitraum ausschließlich die genehmigten Entgelte weitergälten. Diese hätten auch die Klauseln der Betroffenen vorgesehen, wie sie anfangs freiwillig in den Standardangeboten vereinbart, nun aber verschärft werden sollen. Ohne eine solche Klausel müsse der Staat den Differenzschaden ersetzen.

Außerdem sei zu berücksichtigen, dass ohne die Entgeltgenehmigungspflicht der Betroffenen eine Pflicht zur getrennten Rechnungsführung gemäß § 24 TKG auferlegt worden wäre. Es würde der Behörde also bei der Überprüfung der rückwirkenden Nacherhebungen ein wichtiges Instrumentarium fehlen, diese Entgelte nachträglich zu überprüfen. Auch dies spreche dafür, dass die genehmigten Entgelte auch nach Wegfall der Genehmigungspflicht nachträglich nicht geändert werden könnten. Sollte die Kammer die neu eingeführten Klauseln zulassen, werde um Anberaumung einer weiteren mündlichen Verhandlung gebeten.

Nach Auffassung der Beigeladenen zu 5. habe der Gesetzgeber in § 35 Abs. 5 TKG einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen hinsichtlich der Geltung und Überprüfung behördlich genehmigter Entgelte getroffen. Die entsprechende Wertung sei auch bei einem Entfall der Entgeltgenehmigungspflicht zu beachten. Die vertragliche Fixierung von Nachforderungsansprüchen würde zu unkalkulierbaren Zusatzkosten führen. Weil auch höchst unsicher sei, ob die Regulierungsbehörde für vergangene Zeiträume Ex-post-Kontrollverfahren durchführen könne, sollte eine Regelung vergleichbar dem IC-Festnetzstandardangebot in das Standardangebot aufgenommen werden.

Die Beigeladene zu 8. betont, mit der Klausel würden Vertragsverhandlungen über Preise in der Zukunft faktisch abgeschnitten werden, obwohl § 35 Abs. 5 TKG ersichtlich von einer freien Verhandlungbarkeit der Preise ausgehe. Die Klausel stelle den Preis in das alleinige Ermessen der Betroffenen.

Die Beigeladene zu 10. merkt hinsichtlich der Vereinbarungsfiktion an, dass ein erheblicher Rückstellungsbedarf entstünde, sollten die Klausel Geltung erlangen. Einige Vertragspartner, denen nicht Preise von 11 ct/min. angeboten worden seien, würden dabei sogar noch weiter benachteiligt. Sollte die Fiktion anerkannt werden, würde es Monate oder Jahre dauern, bis künftig gesunkene Vorleistungsentgelte an den Verbraucher weitergegeben werden könnten.

Mit Blick auf die Rückwirkungsproblematik bei Wegfall der Entgeltgenehmigungspflicht sollte die ursprünglich von der Betroffenen vorgesehene und aktuell im IC-Festnetzbereich geltende Regelung greifen, wonach zunächst die genehmigten Entgelte als vereinbarte Entgelte weitergelten

sollten und für den Zeitraum danach eine Neuaushandlung unter Geltung des § 315 BGB vorgesehen war.

Die vorgesehene Änderung (es sei keineswegs nur eine Verdeutlichung des ursprünglichen Angebots) sei nicht innerhalb der von der Regulierungsverfügung vorgesehenen drei Monate nach deren Erlass vorgelegt worden und deshalb unbeachtlich. Außerdem sei die Änderung nicht rechtzeitig i.S.v. § 23 TKG gewesen. Wolle die Bundesnetzagentur die Änderung gleichwohl berücksichtigen, müsse sie erneut in das Verfahren eintreten, eine neue mündliche Verhandlung durchführen und allen Nachfragern erneut Gelegenheit zur Stellungnahme geben.

Die Einfügung der verlangten Rückwirkungsklausel würde einen Wettbewerbsvorteil für die Betroffene mit sich bringen, weil diese gegenüber ihren eigenen Kunden keine Unwägbarkeiten einkalkulieren müsse. Die Wettbewerber müssten hingegen Vorbehaltsklauseln mit ihren Kunden vereinbaren, wollten sie nicht das Risiko eines erheblichen Verlusts eingehen. Es sei deshalb die ursprünglich in Ziffer 5.2 lit. b) und c) vorgesehene Klausel anzuordnen.

Nach Meinung der Beigeladenen zu 11. würde mit der vorgeschlagenen Regelung zu Lasten der Vertragspartner von einer wesentlichen Vorschrift der Entgeltregulierung abgewichen werden. Die Vertragspartner wären in noch größerem Umfang zur Bildung von Rückstellungen für den Fall gezwungen, dass die Betroffene eine Entgeltfestsetzung der Beschlusskammer nicht akzeptiere.

Schließlich hält auch die Beigeladene zu 12. eine rückwirkende Erhöhung der Entgelte außerhalb des Geltungsbereiches von § 35 Abs. 5 TKG für unzulässig. Um die Unsicherheiten hinsichtlich möglicher weiterer Forderungen abzufangen, müssten die Vertragspartner Rückstellungen in Höhe der Differenz zwischen den beantragten und den genehmigten Entgelten bilden. Dies würde zu einer nicht hinnehmbaren Beeinträchtigung der Chancengleichheit im Wettbewerb führen.

Eine rückwirkende Erhöhung sei lediglich im Ausnahmefall des § 35 Abs. 5 TKG zulässig. Ein solcher Fall läge hier aber nicht vor. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass die Bundesnetzagentur voraussichtlich keine Missbrauchskontrolle bezüglich nachverlangter Entgelte durchführen dürfe, weil diese Regulierung nur ex-nunc möglich sei.

Die Gesetzeslücke könne nur geschlossen und in die Interessen der Marktteilnehmer könnten nur durch eine analoge Anwendung von § 35 Abs. 5 TKG berücksichtigt werden. Es sei daher die ursprüngliche Klausel der Beigeladenen zu 1. in alle Standardangebote aufzunehmen.

Die Betroffene weist die Kritik als unberechtigt zurück, weil die Klauseln einzeln und auch in Zusammenschau allenfalls zugunsten der Vertragspartner der Betroffenen von der ohnehin geltenden Rechtslage abweichen würden. Es bestünde keinerlei rechtliche Verpflichtung für die Betroffene, durch eine vertragliche Klausel einer Entgeltgenehmigung eine Wirksamkeit zukommen zu lassen, die diese verwaltungsrechtlich nicht habe. Damit sei aber der Leistungsaustausch in dem Vertrag nur unvollständig geregelt. Die vorgesehene Klausel griffe deshalb die Wertung des § 316 BGB auf, sei allerdings noch insofern für die Nachfrager günstiger als diese Vorschrift, weil den Nachfragern zunächst Preisverhandlungen angeboten würden. Zudem werde den Nachfragerinteressen durch die Bestimmung des § 315 Abs. 3 BGB Rechnung getragen. Vertrauensschutz darauf, dass die Genehmigungspflicht nicht entfällt, haben die Vertragspartner nicht. Dies zeige die Regelung des § 50 VwVfG, die einen Vertrauensschutz allein bei bestandskräftigen Verwaltungsakten zuerkennt.

b) Die in Ziffer 5.3 lit. a) Abs. 3 S. 2 Hauptteil vorgesehene Vereinbarungsfiktion ist im Kern nicht zu beanstanden. Will die Betroffene Entgelte erheben, die über den genehmigten Entgelten liegen, so reicht hierfür die Rückwirkung des § 35 Abs. 5 S. 1 TKG alleine nicht aus, weil in diesem Falle zusätzlich das Verfahren nach § 35 Abs. 5 S. 2 durchzuführen ist. Dieses Verfahren kann jedoch nicht die vertragliche Vereinbarung des höheren Entgeltes ersetzen. Darum hat die Betroffene ein berechtigtes Interesse daran, eine Klausel in den Vertrag aufzunehmen, der die von ihr beantragten Entgelte in die Leistungsbeziehung mit den Vertragspartnern einführt. Umgekehrt können die Vertragspartner nicht verlangen, dass die Betroffene nur genehmigte Entgelte verlangt, weil der Betroffenen dann die vom TKG ausdrücklich ermöglichte Erhebung ursprünglich höherer Entgelte abgeschnitten wäre.

Aus Klarstellungsgründen hat die Betroffene ihren Vertragspartnern die beantragten Entgelte allerdings unverzüglich nach Antragstellung schriftlich mitzuteilen. Die Vertragspartner müssen ihre eigenen Kalkulationen anpassen können. Es ist nicht erkennbar, wie der Betroffenen dadurch ein unzumutbarer Aufwand entstehen sollte.

Ferner ist nichts gegen die in Ziffer 5.3 lit. b) Hauptteil enthaltene Regelung einzuwenden, nach welcher die Betroffene bei einem nur in die Zukunft wirkenden Entfall der Genehmigungspflicht die Entgelte nach einer dreimonatigen Übergangsfrist letztlich einseitig i.S.v. § 315 BGB festsetzen kann. Im Geschäftsverkehr muss die Betroffene auf sich ändernde Kostenstrukturen oder Wettbewerbsbedingungen reagieren können. Preisänderungen unterlägen zudem der Aufsicht der Bundesnetzagentur gemäß § 30 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 38 bzw. gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG sowie ergänzend der gerichtlichen Aufsicht nach § 315 Abs. 3 BGB. Die Nachfrager wären also auch nicht schutzlos gestellt.

Als ebenfalls grundsätzlich angemessen erweist sich die in Ziffer 5.3 lit. c) Hauptteil enthaltene Regelung bezüglich eines rückwirkenden Entfalls der Genehmigungspflicht. In einem solchen Fall gelangen nämlich gemäß Ziffer 5.3 lit. c) aa) Hauptteil die zwischen den Parteien vereinbarten Entgelte zur Anwendung.

Diese durchaus billige Regelung droht indes im vorliegenden Fall leerzulaufen. Denn das Standardangebot schweigt sich bislang darüber aus, ob überhaupt und welche Preise für diesen Fall angeboten werden. Um also der genannten Regelung zu praktischer Wirkung zu verhelfen, wird die Betroffene aufgefordert, eine Preisliste vorzulegen, die bei Entfall der Genehmigungspflicht Anwendung findet. Der Betroffenen ist die Vorlage einer Preisliste auch möglich und zuzumuten. Dies zeigt das Verhalten der O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, die im Parallelverfahren BK 3a-06-043 freiwillig ein solches Angebot unterbreitet hat.

Die vereinbarte Preisliste kann allerdings nach dem Vorbild entweder des von der Beigeladenen zu 1. im Verfahren BK 3a-06-042 (dort Ziffer 7.3 Hauptteil) oder des von der O2 (Germany) GmbH & Co. OHG im Verfahren BK 3a-06-043 vorgelegten Standardangebots (dort Ziffer 5.2.2 Hauptteil) durch schriftliche Mitteilung an den Vertragspartner mit Wirkung für die Zukunft abgeändert werden. Ansonsten würde sich die Betroffene mit der Vorlage der Preisliste im Standardangebotsverfahren für die Mindestlaufzeit des Standardangebots starr binden. Eine solche Bindung widerspräche aber dem o.g. Grundsatz, dass die Betroffene im Geschäftsverkehr auf sich ändernde Kostenstrukturen oder Wettbewerbsbedingungen reagieren können muss.

Die Regelungen zur Vereinbarungsfiktion, welche auf die besondere Rechtslage im Falle einer Genehmigungspflicht abstellen, bleiben von dieser Vereinbarung unberührt. Im Übrigen ist es selbstverständlich, dass mit dem Standardangebot nicht in vorherige Verträge eingegriffen werden kann, d.h. die Auffangregelungen können erst ab Vertragsabschluss ex-nunc gelten.

Entgegen der Ansicht einiger Beigeladener war die Beschlusskammer nicht gehalten, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten. Der Themenkomplex „Entgeltbedingungen“ war in seiner Gesamtheit Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Die Beigeladenen hätten sich insofern bereits in der Verhandlung zu ihren Vorstellungen äußern können. Zudem hat die Beschlusskammer den von den Beigeladenen schriftlich geäußerten Einwänden gegenüber den neuen Regelung bei Entfall der Genehmigungspflicht mit der o.g. Aufforderung Rechnung getragen.

## **Ziffer 6.2 Abs. 2 Hauptteil**

### **Elektronische Rechnung**

a) Die Beigeladene zu 11. sieht kein Erfordernis, am digitalen Signaturverfahren zwingend teilzunehmen. Der Absatz solle deshalb gestrichen werden

Die Betroffene betont hingegen, das Erfordernis einer qualifiziert digital signierten Rechnung in elektronischer Form diene dem Interesse aller Partner. Durch die elektronische Übersendung der Rechnung werde die Effizienz gesteigert. Sie ermögliche die Führung eines papierlosen Büros, einfachere und zeitgemäße Dokumentenverwaltung und vermeide Medienbrüche, da das Format einer qualifiziert digital signierten Rechnung sämtlichen Formanforderungen entspreche.

In Abs. 1 der Ziffer 6.2 sei zudem geregelt, dass ein Rechnungsversand auch auf postalischem Wege möglich sei, so dass die Teilnahme an digitalen Signaturverfahren nicht obligatorisch sei. Sie stelle lediglich ein gleichwertiges Rechnungsversandmedium zum postalischen Versand dar.

b) Die Klausel ist nicht zu ändern. Zu Recht weist die Betroffene darauf hin, dass die Vertragspartner alternativ Rechnungen auf postalischem Wege erhalten können. Elektronische Rechnungen sollten hingegen schon allein aufgrund der Vorschrift des § 14 Abs. 3 Nr. 1 Umsatzsteuergesetz (Ausstellung von Rechnungen) mit einer elektronischen Signatur versehen werden. Denn nach dieser Norm ist eine elektronisch übermittelte Rechnung mit einer qualifizierten elektronischen Signatur (wahlweise mit Anbieter-Akkreditierung) zu versehen.

## **Ziffer 11.2**

### **Ordentliche Kündigung**

Die vorgesehene ordentliche Kündigung der Betroffenen entspricht nicht den gesetzlichen Vorgaben für das Standardangebot. Eine ordentliche Kündigung ist so lange nicht möglich, wie die Betroffene innerhalb der Mindestgeltungsdauer des Standardangebotes verpflichtet ist, sofort wieder zu den Bedingungen des Standardangebotes mit dem Vertragspartner abzuschließen. Aus § 23 Abs. 4 S. 3 TKG ist zudem zu schließen, dass das Standardangebot während seiner Mindestlaufzeit grundsätzlich nur nach § 23 Abs. 6 TKG durch Anordnung der Bundesnetzagentur geändert werden kann. Eine ordentliche Kündigung durch die Betroffene ist damit frühestens zum Ende der Mindestlaufzeit möglich. Die Kündigungsregeln für die Betroffene sind daher so anzupassen, dass sie Auswirkungen der Mindestlaufzeit berücksichtigen und eine ordentliche Kündigung frühestens mit Ablauf der Mindestlaufzeit möglich ist.

## **Ziffer 13.1 Hauptteil**

### **Sicherheitsleistung**

a) Nach Ansicht der Beigeladenen zu 3. müsse es eine Regelung geben, die das konkrete Sicherungsbedürfnis im Einzelfall bewerte und so etwa das bisherige Zahlungsverhalten des Zusammenschaltungspartners berücksichtige. Die verlangte Klausel tue dies nicht und verstoße gegen die Praxis der Bundesnetzagentur. Der Umstand, dass sich das Standardangebot an alle Unternehmen richte, werde dadurch berücksichtigt, dass die Sicherheitsleistung eben erst nach sechs Monaten anstandsloser Zahlung zurückgefordert werden dürfe. Ein weitergehendes Insolvenzrisiko könne grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden und sei Teil des allgemeinen Geschäftsrisikos. Im Übrigen gelte auch hier, dass die Nachfrager der Terminierungsleistung einem ebensolchen Risiko auf Seiten der Betroffenen ausgesetzt seien. Schließlich sei nicht ersichtlich, weshalb die im Festnetzbereich von der Bundesnetzagentur am 04.04.07 anerkannte Sicherheitsklausel im IC-Festnetzvertrag nicht auf den vorliegenden Bereich übertragen werden könne. Es sei deshalb auch eine Zinsklausel in das Angebot aufzunehmen.

Die Beigeladene zu 4. verlangt, die Klauseln an die Entscheidung BK 4c-04-025/Z21.06.04 vom 25.06.2004 anzupassen. Sie verweist darauf, dass die Stellung einer entsprechenden Sicherheitsleistung die Hinterlegung einer entsprechenden Summe bei einer Bank erfordere.

Die Beigeladene zu 8. stellt das Bedürfnis für eine Regelung zur Sicherheitsleistung nicht in Abrede. Die Regelung müsse aber auch das bisherige Zahlungsverhalten des Zusammenschaltungspartners berücksichtigen und mit der bisherigen Entscheidungspraxis der Bundesnetzagentur etwa hinsichtlich der Deutsche Telekom AG vereinbar sein. So sei bei pünktlicher Zahlung innerhalb der letzten 6 Monate kein berechtigtes Interesse an der Forderung einer Sicherheitsleistung zu erkennen.

Die Beigeladene zu 10. moniert ebenfalls, dass eine Regelung für den Fall fehle, dass der Zusammenschaltungspartner seinen Zahlungsverpflichtungen in den letzten 6 Monaten rechtzeitig nachgekommen sei. Im bisherigen Vertrag sei geregelt gewesen, dass eine Sicherheitsleistung in angemessener Höhe verlangt werden könne, wenn zu befürchten sei, dass der Vertragspartner den vertraglichen Verpflichtungen nicht oder nicht rechtzeitig nachkomme.

Verkehrsüblich seien Sicherheitsklauseln, wie sie die Konzernmutter der Betroffenen oder die beiden kleineren Mobilfunknetzbetreiber anböten, und die eine Rückerstattung bei ordentlichem Zahlungsverhalten vorsähen. Hieran sollte sich auch das Angebot der Betroffenen orientieren. Das frühere Lizenzierungsverfahren habe im Übrigen keinen Schutz vor Insolvenz geboten, weil sich nach einem Zeitraum von sechs oder zwölf Monaten nach Lizenzerteilung aus der ursprünglich geprüften Leistungsfähigkeit keinerlei Aussage zur aktuellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens mehr herleiten ließ. Eine mehrmonatige Leistungserbringung lasse hingegen eine indizielle Aussage hinsichtlich der aktuellen Leistungsfähigkeit zu. Die Bundesnetzagentur habe mit ihrer Entscheidung im IC-Festnetzbereich eine Variante der von der Beigeladenen zu 10. alternative geforderten Klauseln angeordnet.

Nach Auffassung der Betroffenen ist die Forderung von Sicherheiten zum Schutz gegen Forderungsausfälle und Insolvenz des Vertragspartners ein im Geschäftsverkehr übliches Sicherungsmittel, das regelmäßig ohne Berücksichtigung des bisherigen Zahlungsverkehrs eingesetzt werde. Dies habe das VG Köln bestätigt. Dem stehe auch nicht die Spruchpraxis der Bundesnetzagentur für Zusammenschaltungsanordnungen entgegen. Eine solche Regelung sei jedenfalls in einem Standardangebot, das von jedem Unternehmen am Markt angenommen werden könne, nicht vertretbar. Denn die Betroffene müsse danach in großem Umfang in Vorleistung treten, ohne Einfluss auf die Auswahl ihrer Vertragspartner zu haben. Diese bedürften nach dem neuen TKG jedoch nicht mal mehr einer Lizenz und unterlägen damit auch keiner Prüfung der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit. Die Sicherheitsleistung sei damit in notwendiges Korrelat zum Kontrahierungszwang.

b) Das Standardangebot ist in Anlehnung an die von der Beigeladenen zu 1. in dem Verfahren BK3a-06-042 bzw. von der O2 (Germany) GmbH & Co. OHG in dem Verfahren BK3a-06-043 vorgelegten Sicherheitsklauseln so zu ändern, dass die Sicherheitsleistung zu erstatten ist, wenn das bisherige Zahlungsverhalten die Zuverlässigkeit des Vertragspartners bestätigt hat. Eine als Geldsumme hinterlegte Sicherheitsleistung ist angemessen zu verzinsen.

Der Betroffenen ist zuzugeben, dass die Forderung von Sicherheiten zum Schutz gegen Forderungsausfälle und Insolvenz des Vertragspartners ein im Geschäftsverkehr übliches Sicherungsmittel darstellt und insofern auch im vorliegenden Zusammenhang ihre Berechtigung hat. Indes vermindert sich das Sicherungsinteresse in dem Maße, in dem der Zusammenschaltungspartner seine Leistungsfähigkeit und –willigkeit unter Beweis gestellt hat. Um letzterem die nicht unerheblichen Kosten der Sicherheitsleistung zu ersparen, ist deshalb die Sicherheitsleistung nach Ablauf einer zumindest weitgehend beanstandungsfreien Periode zurückzuerstatten. Aus Sicht der Beschlusskammer stellt diese Regelung einen billigen Ausgleich zwischen den gegenläufigen Interessen der Parteien dar.

Gegen die Rückerstattungspflicht lässt sich auch nicht einwenden, das VG Köln vertrete diesbezüglich eine andere Meinung. In dem von der Betroffenen angeführten Beschluss des VG Köln vom 25.10.2001 – 1 L 1901/91 – geht es allein um die grundsätzliche und vorliegend auch nicht bestrittene Berechtigung einer Sicherheitsleistung. Dem Beschluss lässt sich indes nicht entnehmen, dass der Betroffenen keinerlei Restrisiko verbleiben dürfe und also eine Sicherheitsleistung während der gesamten Vertragslaufzeit beizubringen sei. Wäre das VG Köln dieser Auffassung gewesen, hätte es dies auch durchaus zum Ausdruck gebracht. Denn dem damaligen Rechtsstreit lag gerade eine Sicherheitenklausel zugrunde, welche eine Rückerstattungspflicht des Sicherungsnehmers für den Fall einer über eine gewisse Periode beanstandungsfreien Zahlung vorsah (vgl. den o.g. Beschluss, S. 3 des amtlichen Umdrucks).

Ferner unbeachtlich ist der Einwand, die Sicherheitsleistung sei ein notwendiges Korrelat zum Kontrahierungszwang mit Unternehmen, die keiner Zuverlässigkeitsprüfung durch die Bundesnetzagentur mehr unterlägen. Schon die in früheren Zusammenschaltungsanordnungen – als solche Ausdruck eines Kontrahierungszwangs – zugunsten der Deutsche Telekom AG angeordneten Sicherheitsklauseln sahen Rückerstattungsklauseln deshalb vor, weil der Vertragspartner im Rahmen der Vertragsbeziehung seine Leistungsfähigkeit und –willigkeit bestätigt hatte, nicht aber, weil aufgrund einer Lizenzprüfung die Zuverlässigkeit des Vertragspartners angenommen werden konnte.

Mit Blick auf die Zinsklausel ist anzumerken, dass kein Grund erkennbar ist, warum der Betroffenen im Ergebnis ein zinsloses Darlehen gewährt werden sollte, wenn die Sicherheit durch Hinterlegung bewirkt werden sollte.

## **Ziffer 13.2 Hauptteil**

### **Zustimmung zu Übertragungen und fristlose Kündigung bei Gesellschafterwechsel**

a) Nach Ansicht der Beigeladenen zu 3. sollte die geforderte antizipierte Zustimmung beidseitig gelten, ansonsten müsse auf die antizipierte Zustimmung verzichtet werden. Für den Vertragspartner entfalte sie nur Wirkung, wenn der Vertragspartner ebenfalls einem Konzern angehöre. Bei einem Gesellschafterwechsel auf Seiten des Zusammenschaltungspartners stelle die fristgerechte Kündigung einen ausreichenden Schutz des Mobilfunknetzbetreibers dar, sofern der Gesellschafterwechsel inakzeptable Auswirkungen auf das Zusammenschaltungsverhältnis haben sollte. Außerdem wäre diese Fallkonstellation durch die Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage geregelt.

Die Beigeladene zu 5. hebt mit Blick auf die Klausel zum Gesellschafterwechsel hervor, die Durchführung des Zusammenschaltungsvertrages werde aufgrund der allgemein gültigen Regeln von einer Rechtsnachfolge nicht berührt. Ein Sonderkündigungsrecht sei daher nicht angemessen. Die Klausel sei zudem unter dem Aspekt der generellen Zusammenschaltungspflicht nicht sach- und zweckgerecht, da die Betroffene unmittelbar nach Kündigung zum Abschluss eines neuen Zusammenschaltungsvertrages mit dem Rechtsnachfolger verpflichtet wäre. Für den Vertragspartner könne dies eine unangemessene Härte bedeuten, da er neben einem erheblichen zusätzlichen Aufwand evtl. auch neue Einmalentgelte zu tragen hätte

Die Beigeladene zu 11. fordert eine umfassende Zustimmungspflicht für die Übertragung von Rechten und Pflichten aus dem Vertrag. Eine Ausnahme für verbundene Unternehmen stelle die Bestimmung der zur Leistungserbringung verpflichteten Partei in das Belieben der Betroffenen. Die in Abs. 2 vorgesehene „Change of Control“-Klausel entbehre jeder sachlichen Grundlage. Die Betroffene sei durch die vereinbarte Sicherheitsleistung hinreichend geschützt.

Die Betroffene stellt klar, dass in Abs. 1 die antizipierte Zustimmung des Vertragspartners ausschließlich für die Übertragung von Rechten und Pflichten der Betroffenen auf eine andere Gesellschaft im Konzernverbund der Deutsche Telekom AG geregelt sei. Für andere Fälle der Übertragung von Rechten und Pflichten aus diesem Vertrag von einer Vertragspartei auf Dritte bleibe es bei dem in Satz 1 der Regelung normierten Erfordernis einer vorherigen schriftlichen Zustimmung. Eine reziproke Ausgestaltung der konzerninternen Übertragung könne schlicht deshalb nicht allgemeingültig getroffen werden, weil ein solcher Konzernverbund nicht in allen Fällen vorliege. Die Übertragung im Konzernverbund bringe ersichtlich keine mit einer Übernahme durch einen unbekanntem Dritten vergleichbare Unsicherheit mit sich.

Die Regelung in Abs. 2 sei angemessen, weil die Betroffene im Falle des Wechsels der Mehrheitsbeteiligung beim Vertragspartner überprüfen können müsse, welche Auswirkungen der Gesellschafterwechsel auf das Zusammenschaltungsverhältnis haben werde und ob dieses mit dem Rechtsnachfolger weitergeführt oder beendet werden sollte. Um unbegründete Befürchtungen der Vertragspartner zu zerstreuen, sei die Betroffene aber bereit, eine klarstellende Klausel in den Standardvertrag hinsichtlich der Einmalentgelte aufzunehmen.

b) Die in Abs. 1 vorgesehene Zustimmungsklausel ist analog Ziffer 25 des IC-Festnetz-Standardvertrags der Deutsche Telekom AG dahingehend abzuändern, dass in allen Fällen der Übertragung von Rechten und Pflichten aus dem Vertrag die Zustimmung des anderen Vertragspartners erforderlich ist, letztere aber nur aus wichtigem Grund verzögert oder verweigert werden darf. Eine solche Klausel stellt einerseits sicher, dass ein Vertragspartner seinen Schuldner nicht ohne sein weiteres Zutun verliert (wie es bei der antizipierten Zustimmung der Fall wäre), berücksichtigt andererseits aber auch das Interesse namentlich konzerngebundener Unternehmen, geplante Konzernumstrukturierungen nicht in das Belieben Dritter stellen zu müssen.

Das in Abs. 2 S. 1 enthaltene Sonderkündigungsrecht ist zu streichen. Der Wechsel der Mehrheitsbeteiligung ist als solcher keine Grund, welcher die Zusammenschaltungspflicht der Betroffenen ausschließen könnte.

#### **Ziffer 1.1 lit.a) Satz 2 Anlage 4**

##### **OdZ-Aufschläge**

a) Die Beigeladene zu 10. bittet um einen klarstellenden Hinweis darauf, dass die Aufschläge nur bei entsprechender Bundesnetzagentur-Genehmigung gelten würden. Die Betroffene hält einen solchen Hinweis für entweder überflüssig oder aber - wenn es keine Genehmigungspflicht gebe – für falsch.

b) Aus Klarstellungsgründen sollte ein Hinweis auf die Genehmigungspflichtigkeit sowie die bisher fehlende Genehmigung der entsprechenden Entgelte erfolgen.

#### **Ziffer 1.4 Anlage 8**

##### **Mindestverkehrsentgelte**

a) Die Beigeladenen zu 3. und 10. beklagen, das Erfordernis von 150.000 Minuten/Monat stelle eine erhebliche Verschlechterung gegenüber den derzeitigen Vertragsbedingungen dar. Angemessener sei es, die Mindestverkehrsmenge über einen 3-Monats-Zeitraum zur Abfederung saisonaler Schwankungen zu definieren.

Die Beigeladene zu 5. hält eine vollumfängliche Zahlungsverpflichtung im Falle des Nichterreichens vereinbarter Mindestverkehrsmengen für unangemessen. Für jeden Netzübergang seien Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte zu entrichten, der Zusammenschaltungspartner habe deshalb bereits einen Anreiz zum wirtschaftlichen Handeln. Zumindest müsse dem Zusammenschaltungspartner eine angemessene sanktionsfreie „Karenzzeit“ zugewilligt werden, innerhalb welcher die Mindestverkehrsmenge „eingeholt“ oder aufgebaut bzw. nach einer Kündigung aufgebaut werden könne. Eine Sanktionierung könne allenfalls darin bestehen, dass ein Betrag in Höhe eines festzulegenden Prozentsatzes (beispielsweise 10%) der Investitionskosten für den Netzanschluss zu zahlen sei. In der jetzigen Form stellen die harten Rechtsfolgen bei Unterschreitung der Mindestverkehrsmengen eine signifikante Hürde für eine direkte Zusammenschaltung dar.

Nach Ansicht der Beigeladenen zu 8. stelle die verlangte Mindestverkehrsmenge eine deutliche Verschlechterung im Vergleich zur allgemeinen Vertragspraxis dar. Das Standardangebot der kleineren Netzbetreiber sei verhältnismäßiger.

Die Betroffene streicht dagegen heraus, dass die Regelungen zur Mindestverkehrsmenge ein wichtiges Instrument zur Sicherung der Investitionen darstellten. Dabei würden nicht bereits die Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte eine solche Sicherung gewährleisten. Denn dies sei gerade bzgl. der Überlassungsentgelte erst im Falle der Abnahme der Menge gegeben, welche der Kalkulation der Entgelte zugrunde liege. Insofern diene die Abrechnung einer Mindestverkehrsmenge pro Monat gerade dazu, die Sicherstellung der Investitionen durch die erhobenen Entgelte zu gewährleisten.

Die Betroffene werde zudem für einen Zeitraum von maximal 6 Monaten (Hochlaufphase) die Mindestverkehrsmengen nicht zur Anwendung bringen. Darüber hinaus würden vom Zusammenschaltungspartner gekündigte Zusammenschaltungsanschlüsse nicht mehr bei der Berechnung der Mindestverkehrsmenge berücksichtigt.

b) Bereits in der mit Beschluss BK3a/b-06-008 vom 08.11.2006 erteilten Entgeltgenehmigung zugunsten der O2 (Germany) GmbH & Co. OHG hat die Beschlusskammer auf S. 20 des amtl. Umdrucks mit Blick auf Mindestverkehrsmengen folgendes ausgeführt:

*Die Forderung von Mindestverkehrsmengen betrifft überdies auch deshalb eher einen Planungsaspekt, weil sich der Nachfrager nach einer Zusammenschaltung vor deren Realisierung darüber im Klaren werden muss, ob sich eine unmittelbare Zusammen-*

*schaltung und die damit verbundenen zusätzlichen Kosten neben einer Zusammenschaltung etwa mit der Beigeladenen zu 11. als größter Festnetzbetreiberin und einer Verkehrsabwicklung im Wege des Transits über diese überhaupt wirtschaftlich lohnt. Hierfür ist von vorneherein ein Mindestverkehrsaufkommen erforderlich, ohne dass es einer Garantie bedürfte. Vor diesem Hintergrund kann einer Mindestverkehrsgarantie zudem eher die Wirkung eines Zugangshindernisses und nur nachrangig einer Entgeltbedingung zukommen. Soweit die Notwendigkeit von Mindestverkehrsgarantien u.a. mit Investitionskosten im Falle übermäßiger Bestellungen begründet wird, ist zu berücksichtigen, dass für jeden bereitgestellten Netzanschluss Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte in der nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung genehmigten Höhe verlangt werden können.*

Damit sich die verlangte Mindestverkehrsmenge nicht zu einer unnötigen Marktzutrittsbarriere auswächst, ist die vorgesehene Sanktion (Mindestverkehrsentgelt) zu streichen und durch besondere Regelungen zur Abweisung von Neubestellungen und zur Kündigung in Anlehnung an das IC-Festnetz-Standardangebot der Deutsche Telekom AG zu ersetzen. Bei Nichterfüllung bestimmter Verkehrsmengen wird die Betroffene damit in die Lage versetzt, Neubestellungen von Zusammenschaltungsanschlüssen abzulehnen bzw. bestehende Anschlüsse zu kündigen. Auf diese Weise kann sie sich vor einer Verschwendung knapper Anschlussressourcen wirksam und ausreichend schützen.

### **Service Level Agreements (SLAs) und Bereitstellungsfristen**

a) Nach Auffassung der Beigeladenen zu 3. sollten sich grundsätzlich in allen Standardverträgen SLAs und Bereitstellungsfristen finden. Netzübergänge sollten etwa innerhalb von drei Monaten nach Bestellung durch den Vertragspartner bereitgestellt werden. Die Bundesnetzagentur sollte die Verträge um entsprechende Klauseln im Interesse einer zügigen Vertragsimplementierung und –umsetzung erweitern. Der Umstand, dass Bestellungen in der Vergangenheit offensichtlich reibungslos abgewickelt worden seien, mache nicht in die Zukunft wirkende Verpflichtungen entbehrlich.

Die Betroffene hält dagegen angesichts des bisher reibungslosen Ablaufs der Bereitstellungen solche Regelungen für überflüssig. Sie entsprächen damit auch nicht dem Ausgleich berechtigter Interessen.

b) Die Bereitstellung von Zusammenschaltungsanschlüssen stellt einen wesentlichen Teil der Leistung der Betroffenen dar. Die Bereitstellungsbedingungen sollten deshalb etwa in Anlehnung an die entsprechenden Regelungen im Standardangebot der Beigeladenen zu 1. oder diejenigen der Deutsche Telekom AG im IC-Festnetzbereich festgeschrieben werden. Der Umstand, dass es diesbezüglich offensichtlich noch nicht zu größeren Auseinandersetzungen gekommen ist, spricht nicht dagegen, die von der Betroffenen zu erfüllenden Leistungsbedingungen klarzustellen.

### **Übergangsbedingungen**

a) Die Beigeladenen zu 3. und 10. fordern, es solle für diejenigen Zusammenschaltungspartner, die auf das Standardangebot umschwenken wollen, klargestellt werden, dass bereits vereinbarte und/oder realisierte OdZ bestehen blieben, Bereitstellungs- bzw. Überlassungsentgelte nicht erneut berechnet würden und Tests nicht erneut durchgeführt werden müssten. Darüber hinaus betont die Beigeladene zu 3., sofern Individualverträge beibehalten würden, müsste sichergestellt werden, dass Klauseln aus Individualverträgen, die dort im Vergleich zum Standardvertrag nachteilhaft vereinbart worden seien, auch noch nachträglich in der Fassung aus dem Standardvertrag in den Individualvertrag übernommen werden könnten. Es dürfe diesbezüglich nicht zu einer Diskriminierung kommen. Nach Auffassung der Beigeladenen zu 4. sei sicherzustellen, dass für die Vertragspartner beim Übergang zum Standardvertrag keine zusätzlichen Kosten, etwa Bereitstellungs- oder Testkosten, anfielen.

Die Betroffene betont, hinsichtlich der OdZ stelle es keine Schwierigkeit oder Belastung dar, die bereits vereinbarten bzw. realisierten OdZ auch in den neuen Standardvertrag zu übernehmen. Bezüglich der bereits geleisteten Entgelte bzw. der Durchführung von Tests sei die Betroffene zur Aufnahme einer klarstellenden Regelung in das Standardangebot bereit. Wollte ein Vertragspartner allerdings günstigere Klauseln aus dem Standard-Vertrag vereinbaren, ginge dies nur durch eine Komplettannahme des letztgenannten Vertrages.

b) Die von der Betroffenen vorgeschlagene und in das Standardangebot zu übernehmende Klausel stellt sicher, dass bei einer Umstellung der Vertragsbeziehung auf den Standardvertrag keine überflüssigen Maßnahmen zulasten der Zusammenschaltungspartner durchgeführt werden. Dagegen ist es entgegen den Forderungen der Beigeladenen zu 3. nicht angezeigt, die Übernahme ausgewählter Klauseln in Individualverträge zu ermöglichen. Eine derartige Regelung kann nicht im vorliegenden, allein den Standardvertrag betreffenden Verfahren getroffen werden. Richtige Verfahrensart zur Regelung individueller Vertragsbeziehungen ist das Anordnungsverfahren gemäß § 25 TKG.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Die vorliegende Entscheidung kann gemäß § 23 Abs. 4 S. 4 TKG nur insgesamt mit der Entscheidung nach § 23 Abs. 4 S. 1 und 2 TKG angegriffen werden.

Eine gleichwohl erhobene Klage hätte keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 1 TKG.

Bonn, den 06.07.2007

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers