



BK 4c-06-003/R

## B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 16 „Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen“ der Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung 2003/311/EG) (ABl. EU Nr. L 114 S. 45)

gegen

die E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Platz 1, 40403 Düsseldorf,  
vertreten durch die Geschäftsführung

Betroffene,

– Verfahrensbevollmächtigte:

Backer & McKenzie LLP Rechtsanwälte, Bethmannstraße 50-54, 60311 Frankfurt am Main –

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

durch

den Vorsitzenden Dipl.-Ing Jarl-Georg Knobloch,  
den Beisitzer Ernst Ferdinand Wilmsmann und  
den Beisitzer Matthias Wieners

nach der von der Präsidentenkammer der BNetzA beschlossenen Festlegung:

*Die Betroffene verfügt auf dem regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für Anrufzustellung in ihr Mobiltelefonnetz über beträchtliche Marktmacht.*

folgende

## I.

### **Regulierungsverfügung**

beschlossen:

1. Die Betroffene wird dazu verpflichtet, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen
  - 1.1. die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobilfunk-Telefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen zu ermöglichen,
  - 1.2. über die Zusammenschaltung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren und
  - 1.3. zum Zwecke des Zugangs gemäß Ziffern 1.1. und 1.2. Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren.
2. Die Betroffene wird dazu verpflichtet, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffer 1. auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen.
3. Die Entgelte für die Gewährung des Zugangs und der Kollokation gemäß Ziffer 1. unterliegen der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG.

## II.

Der Betroffenen wird auferlegt, ein Standardangebot für Zugangsleistungen, zu deren Angebot sie durch die in dieser Entscheidung ergangenen Regulierungsverfügung verpflichtet worden ist und für die eine allgemeine Nachfrage besteht, innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung zu veröffentlichen.

Die Angaben zu den Standorten des Zugangs bzw. der Kollokation müssen nicht veröffentlicht werden, sie müssen nur auf Nachfrage interessierten Unternehmen zugänglich gemacht werden.

### **Sachverhalt**

Die Betroffene betreibt ein digitales zelluläres Mobilfunknetz nach dem GSM-Standard (Global System for Mobile Communicatios) und nach dem UMTS-Standard (Universal Mobile Telecommunications Standard). Sie verwendet im GSM-Netz im Bereich von 1.800 MHz Frequenzen, am 03.02.2006 wurden ihr zusätzlich Frequenzen aus dem Bereich von 900 MHz zugeteilt. Das UMTS-Netz wird einheitlich im Frequenzbereich 1.900/2.100 MHz betrieben. Während das GSM-Netz grundsätzlich bundesweit flächendeckend ausgebaut ist, verfügt das UMTS-Netz erst über eine teilweise Flächenabdeckung. Das GSM-Netz der Betroffenen wurde 1994 in einigen Regionen in Betrieb genommen und sukzessive im Bundesgebiet ausgebaut. Sie hat über 11 Millionen Teilnehmer angeschlossen. Diese sind sowohl ihre eigenen Kunden als auch Kunden von „Resellern“. Mit dem Aufbau der UMTS-Netze hat sie in der Folge der Frequenzuteilung im Jahr 2000 sukzessive begonnen.

Mit Schreiben vom 08.02.2006 hat die Beschlusskammer der Betroffenen mitgeteilt, dass sie nach dem Ergebnis des im Rahmen der Marktanalyse für den Bereich der Zusammenschaltung

durchgeführten nationalen Konsultationsverfahrens über beträchtliche Marktmacht verfügt, und ihr daher angekündigt, Maßnahmen gemäß §§ 13, 19, 21, 30 und 23 TKG aufzuerlegen

In ihrer Stellungnahme vom 22.02.2006 hat sich die Betroffene für eine asymmetrische Regulierung der D- und E-Netzbetreiber ausgesprochen. Die D-Netzbetreiber würden faktisch ein Duopol am Endkundenmarkt bilden und diese Marktstörung müsse bei der Auferlegung der Regulierungsverpflichtungen berücksichtigt werden. Insbesondere die Entgelte der D-Netzbetreiber seien im Verhältnis zum Terminierungsentgelt der Betroffenen überhöht. Deshalb sei die Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG gegenüber der Betroffenen nicht erforderlich. Wegen der geringen Marktmacht der Betroffenen auf dem Endkundenmarkt wäre die Auferlegung eines Diskriminierungsverbots und eine Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung übermäßig. Eine asymmetrische Regulierung der Mobilfunknetzbetreiber würde auch in mehreren Mitgliedsstaaten verfolgt.

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung ist im Amtsblatt Nr. 7/2006 vom 05.04.2006 als Mitteilung Nr. 106/2006 und auf den Internetseiten der BNetzA veröffentlicht worden, indem der Entwurf für die T-Mobile Deutschland GmbH mit folgender Erklärung abgedruckt bzw. auf der Homepage der BNetzA eingestellt worden:

„Nachfolgend wird gemäß § 13 Abs. 1, 12 Abs. 1 i.V.m. § 5 TKG der Entwurf einer Regulierungsverfügung nach § 13 TKG für den Bereich der Märkte im Sinne von Nr. 16 der Kommissions-Empfehlung (Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen) veröffentlicht. Die Regulierungsverfügung soll dabei gegenüber jedem der in der nachfolgenden Liste genannten Mobilfunknetzbetreiber als Einzelbeschluss ergehen. Von einem gesonderten Abdruck der 4, im Wesentlichen identischen Beschlusskonzepte gegenüber den aufgeführten Mobilfunknetzbetreiber wird aus verfahrensökonomischen Gründen abgesehen.

Liste der Betroffenen:

Aktenzeichen	Adresse
BK4c-06-001 /R	T-Mobile Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn
BK4c-06-002 /R	Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40543 Düsseldorf
BK4d-06-003 /R	E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Platz 1,40403 Düsseldorf
BK4d-06-004 /R	O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München“

Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Innerhalb der Frist sind mehre Stellungnahmen eingegangen.

Die 01051 Telecom GmbH unterstützt grundsätzlich den konsultierten Entwurf. Sie regt allerdings folgende Ergänzungen der Regulierungsverfügung an:

- „4. Die Betroffene wird dazu verpflichtet, für Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Zugang gemäß Ziffer 1.1 und 1.2 eine getrennte Rechnungsführung gemäß § 24 TKG durchzuführen.
5. Es wird festgestellt, dass das Diskriminierungsverbot gemäß Ziffer 2. auch die On-Net-Gespräche im Netz der Betroffenen sowie die Homezone-Produkte umfasst, die über eine geographische Rufnummer in ihrem Netz terminiert werden. Die Betroffene hat in Bezug auf das Entgelt der Leistung „Terminierung in ihr Mobilfunknetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die die Betroffene ihrem eigenen Festnetzbereich, oder anderen Betreibern, mit denen sie zusammen ein Homezoneangebot unterbreitet, und sich selbst bei On-Net-Gesprächen anbietet.
6. Es ist sicherzustellen, dass mit der Regulierungsverfügung eine angemessene Spreizung zwischen den Terminierungsentgelten der D-Netze von T-Mobile und Vodafone einerseits und der E-Netze von O2 und E-Plus andererseits vereinbar ist; die Entgelte müssen individuell für die Mobilfunknetzbetreiber und nicht allgemein reguliert werden.“

Die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung sei geboten, um jeglichen Missbrauch für die Zukunft auszuschließen. Die angeregte Ziffer 5. diene der Transparenz. Entgegen den Ausführungen im Konsultationsentwurf komme eine nachträgliche Entgeltkontrolle nicht in Betracht. Die Auferlegung der Genehmigungspflicht sei erforderlich, weil die Betroffene die Erlöse aus ihren überhöhten Terminierungsentgelten dazu einsetze, um einen Verdrängungswettbewerb gegen die Festnetzbetreiber zu führen. Im Übrigen sei die Genehmigungspflicht auch geboten, weil die Betroffene auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkangebote über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Entgegen dem Konsultationsentwurf könne auch eine Feststellung der mangelnden Marktmacht nicht ohne ein Notifizierungsverfahren nach § 12 TKG erfolgen. Der in einigen EU-Ländern vorgesehene Gleitpfad sei ohne wirtschaftliche Rechtfertigung nur gewählt worden, weil eine sofortige Anpassung an die tatsächlichen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, die der Regel zwischen 0,05 €/min und 0,07 €/min angesetzt wurden, einen disruptiven Effekt auf die Mobilfunknetzbetreiber haben könnte.

Der breko Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. ist der Ansicht, dass eine Genehmigungspflicht erforderlich sei, weil die Entgelte der Betroffenen überhöht seien. Angemessen für die D-Netze sei ein Entgelt von maximal 0,06 €/min und für die E-Netze möglicherweise etwas höher. So sei aktuell in Großbritannien ein Entgelt von 0,084 €/min unter Berücksichtigung von „Netzwerkexternalitäten“ und in Österreich eine Absenkung bis 2008 auf 0,069 €/min genehmigt. Von einer Genehmigungspflicht könne nur abgesehen werden, wenn die Entgelte auf Kostenniveau vereinbart würden, dies sei bei Entgelten über 0,09 €/min nicht der Fall. Ein Vergleich mit den Regulierungsverfügungen für die alternativen Teilnehmernetzbetreibern sei nicht sachgerecht, weil die Entgelte der Betroffenen auf einem ganz anderem Niveau lägen.

Der VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. begrüßt den Konsultationsentwurf. Die Genehmigungspflicht sei geeignet, die überhöhten Mobilfunkterminierungsentgelte zu senken und damit die Wettbewerbsverzerrungen zwischen Mobilfunk und Festnetz zu beseitigen. Allerdings seien differenzierte Regulierungsmaßnahmen zwischen den Netzbetreibern geboten, insbesondere sei ein Hinweis auf die unterschiedlichen Kostenstrukturen der D- und E-Netze aufzunehmen.

Die Mobilcom Communicationstechnik GmbH ist der Ansicht, der Wettbewerb am Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste habe sich seit 2001 verschlechtert. Die Diensteanbieter könnten den Wettbewerb nicht fördern, weil sie keine hinreichende Nachfragemacht hätten. Die Marge der Diensteanbieter habe sich verringert, während die Einnahmeüberschüsse der Netzbetreiber aus den Terminierungsentgelten oder dem internationalem Roaming hoch geblieben seien.

Die Talkline GmbH & Co. KG ist der Ansicht, dass die Netzbetreiber die Serviceanbieter weniger als Wettbewerber und mehr als Vertriebspartner sähen. Auf Grund der begrenzten Vorprodukte könne sie nicht in einen Innovationswettbewerb mit den Netzbetreibern treten. Der Anteil der Kunden, die ihren Mobilfunkvertrag über einen Diensteanbieter abschließen, sei rückläufig. Deshalb sei kein funktionierender Wettbewerb auf den Endkundenmärkten mehr vorhanden.

Die 01058 Telecom GmbH begrüßt die Auferlegung der Verpflichtungen. Insbesondere sei die Auferlegung einer Genehmigungspflicht erforderlich. Schon die praktizierte Preisdifferenzierung zwischen dem Terminierungsentgelt sowie der Erreichbarkeit unter geografischer Rufnummer oder den On-Net-Gesprächen begründe das Erfordernis der Genehmigungspflicht. Die Marktanalyse für den Mobilfunkendkundenmarkt verstoße gegen § 12 TKG. Im Übrigen seien die D-Netzbetreiber auch marktmächtig. Die Anzahl der Diensteanbieter habe sich verringert und der Abstand der D-Netze zu den E-Netzen steige. Der Wettbewerb durch Diensteanbieter sei im Übrigen aber auch für die Terminierung ohne Bedeutung. Die Mobilfunknetzbetreiber setzten die Erlöse aus ihren überhöhten Terminierungsentgelten zu einem Verdrängungswettbewerb gegen das Festnetz ein.

Die Mobilkom Austria AG & Co. KG ist der Ansicht, dass die Mobilterminierungsentgelte der Betroffenen auch von großer wirtschaftlicher Bedeutung für die Wettbewerber in Österreich seien. Ca. 30 % des internationalen Mobilfunkverkehrs in Österreich gehe nach Deutschland. Die Entgelte lägen aber in Deutschland über denen in Österreich, was nicht gerechtfertigt sei. Gegen die in Aussicht gestellte nachträgliche Entgeltregulierung spreche, dass dann die Entgelte der D- und E-Netze nicht reziprok seien. Dies sei aber entsprechend der ökonomischen

Theorie geboten. Bei unterschiedlichen Entgelten bestünde die Gefahr, dass Betreiber mit geringerem Markterfolg bzw. geringerer Produktivität geschützt würden. Dies könnte zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Auch länderübergreifend stelle sich die Frage der Reziprozität. Die Betroffene verlange ein höheres Terminierungsentgelt als die Mobilkom Austria AG & Co. KG, obwohl sie über eine deutlich höhere Teilnehmerzahl verfügen und die österreichische Topografie zu deutlich höheren Netzkosten führe.

Die Debitel AG ist der Ansicht, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Mobilfunkkundenmarkt seit 2001 nicht verbessert hätten. Der Marktanteil der Diensteanbieter verringere sich kontinuierlich. Die Diensteanbieter seien nicht in der Lage, den Verhaltensspielraum der Netzbetreiber entscheidend einzuschränken.

Die Vodafone D2 GmbH ist der Ansicht, dass die Auferlegung einer Genehmigungspflicht nicht in Betracht komme, weil der Wettbewerbsdruck auf Endkundenebene auch Auswirkung auf die Gestaltung der Terminierungsentgelte habe. Im Übrigen sei die nachträgliche Entgeltkontrolle auch hinreichend, um die Interessen der Verbraucher zu wahren. Die im Konsultationsentwurf zitierte Entscheidung des VG Köln betreffe die Entgeltkontrolle nicht marktmächtiger Unternehmen. Wenn aber beträchtliche Marktmacht vorläge, könne im vollen Umfang gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 TKG geprüft werden, ob die Entgelte überhöht seien. Auch sei angesichts der drastischen Preisrückgänge im Endkundensegment im Mobilfunk keine Gefährdung der Verbraucherinteressen gegeben. Auch eine Gefährdung der Interessen der Festnetzkunden sei nicht gegeben, weil sich schon bisher nicht die Reduktion der Terminierungsentgelte in den Endkundenentgelten widerspiegele.

Eine asymmetrische Regulierung zwischen der Betroffenen und Vodafone D 2 GmbH, zu Lasten letzter, komme nicht in Betracht, weil es weder einen relevanten zeitlichen noch technischen Nachteil der Betroffenen gebe.

Die Betroffene ist der Ansicht, dass die Konsultationspflicht verletzt worden sei, weil lediglich der Entwurf für ein anderes Unternehmen veröffentlicht worden sei. Die Besonderheiten, die die Betroffene betreffen, wie die unterschiedliche Frequenzausstattung, fehlten im Entwurf. Für die Betroffene sei nicht ersichtlich, welche spezifischen Regulierungsmaßnahmen ihr drohten. Aus der Formulierung, die Entwürfe seien „im Wesentlichen“ identisch, folge, dass es Unterschiede gebe. Im Übrigen habe sich die Beschlusskammer auch nicht hinreichend mit der ersten Stellungnahme der Betroffenen auseinander gesetzt.

Die Marktanalyse sei fehlerhaft, weil sie – die Betroffene – nicht marktmächtig sei. Eine Konsultation des Marktes 16 der Empfehlung der EU-Kommission ohne die gleichzeitige Konsultation einer Regulierungsverfügung zum Markt für Sprachverbindungen von Festnetzen in die Mobilfunknetze verstoße gegen das Konsistenzgebot. Die Pflicht zur gemeinsamen Behandlung folge aus dem Umstand, dass die als hoch kritisierten Verbraucherpreise für Verbindungen vom Festnetz in die Mobilfunknetze auch auf Übergewinne der Festnetzbetreiber, insbesondere der Deutschen Telekom AG, zurückzuführen seien. Entsprechend habe die Kommission auch gefordert, den Markt für Verbindungen in Mobilfunknetze zu analysieren und ggfs. regulatorische Maßnahmen vorzuschlagen. Ohne eine parallele Regulierung der Endkundenentgelte der Deutschen Telekom AG würde die Regulierung des Terminierungsentgeltes einseitig zu Lasten der Betroffenen gehen.

Es sei eine asymmetrische Entgeltregulierung zwischen den D- und E-Netzen geboten. Dies entspreche auch der europäischen Praxis. Zwar seien die Entgelte aller Netzbetreiber überhöht, doch seien die E-Netze wegen ihrer Frequenzausstattung gegenüber den D-Netzbetreibern sowie den späteren Markteintritt benachteiligt. Die E-Netze benötigten eine höhere Margen um ihren Netzausbau fortsetzen zu können. Im Übrigen sei die Betroffene bereit, ihre Entgelte zu senken, wenn die Entgelte der D-Netzbetreiber erheblich stärker gesenkt würden und so der Abstand zwischen den Entgelten erheblich steigen würde.

Eine Zugangsverpflichtung sei unverhältnismäßig, weil der Wettbewerbsdruck die Betroffene zur Zusammenschaltung zwingt. Eine Gleichbehandlungspflicht sei der Betroffenen nicht aufzuerlegen, weil eine Diskriminierung durch sie nicht so wettbewerbsschädlich sei. Die Auferlegung eines Standardangebots sei übermäßig, weil die Zahl der Nachfrager gering sei.

Die T-Mobile Deutschland GmbH ist der Ansicht, dass die Regulierungsverfügung zeitgleich mit der gegen sie gerichteten Entscheidung ergehen müsse. Die Auferlegung einer Genehmigungspflicht sei erforderlich, weil bei der Betroffenen ein erhöhtes Missbrauchspotential bestehe. Die von der Betroffenen geforderte Erhöhung des Abstandes ihres Entgeltes entbehre jeglicher Grundlage. Vielmehr würden sich im europäischen Vergleich die Abstände verringern.

Der Betroffenen sowie den interessierten Parteien ist in der am 27.04.2006 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Das Ergebnis des Konsultationsverfahrens ist im Amtsblatt Nr. 10/2006 vom 24.05.2006 als Mitteilung Nr. 175/2006 und auf den Internetseiten der BNetzA veröffentlicht worden.

Dem Bundeskartellamt ist mit Schreiben vom 20.06.2006 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern. Mit Schreiben vom 22.06.2006 hat das BKartA erklärt, dass aus ihrer Sicht es keinesfalls offensichtlich sei, dass jegliche Form der beträchtlichen Marktmacht auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste ausgeschlossen sei. Die Begründung für die Nichtauferlegung der getrennten Rechnungsführung sei plausibel. Doch angesichts der Begründung sei nicht ersichtlich, wann überhaupt die Auferlegung der getrennten Rechnungsführung verhältnismäßig und geboten sei. Die Verpflichtung könne allerdings nicht nur Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionierungen verhindern, sondern auch zu einer effektiven Entgeltregulierung und zur Nachvollziehbarkeit der finanziellen Beziehungen beitragen.

Unter dem 23.06.2006 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 27.06.2006 hat die Beschlusskammer 3 die vier Mobilfunknetzbetreiber über die Konsultation informiert und aufgefordert, Kostenunterlagen vorzubereiten, damit zügig ein Entgeltverfahren durchgeführt werden kann. Daraufhin hat die Vodafone D2 GmbH vorgetragen, dass die Auferlegung einer Genehmigungspflicht erst nach einer Übergangsfrist zulässig sei. Denn gemäß § 31 Abs. 5 TKG müsse das regulierte Unternehmen seine Entgelte zehn Wochen vorher beantragen. Weiter sei gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 TKG der Widerruf einer Verpflichtung den betroffenen Unternehmen innerhalb einer angemessenen Frist vorher anzukündigen. Dies gelte auch für die Veränderung von Pflichten.

Mit Schreiben vom 20.07.2006 hat die EU-Kommission sich wie folgt zum Entscheidungsentwurf geäußert: Die BNetzA solle unverzüglich eine effektive Preisregulierung vornehmen. Das gewählte Konzept Sorge über einen längeren Zeitraum hinweg nicht für Rechtssicherheit und Transparenz für Betreiber und Verbraucher. Deshalb werde die BNetzA aufgefordert, zügig über die Entgeltanträge der Betreiber zu entscheiden. Um die Interessen der Verbraucher besser zu wahren, fordert die Kommission die BNetzA auf, unverzüglich ein Kostenmodell zur Berechnung der Terminierungsentgelte für Mobiltelefonnetzbetreiber zu entwickeln. Dieses Modell solle der Tatsache Rechnung tragen, dass die Betreiber unterschiedliche Kostenstrukturen haben, die auf unterschiedlichen technischen Gegebenheiten ihrer Netze beruhen oder auf Skalenvorteile zurückzuführen sind, die sich aus den unterschiedlichen Marktanteilen ergeben. Betreiber sollten im Laufe der Zeit jedoch effizienter werden, besonders wenn sie Marktanteile hinzu gewinnen. Die spezifischen Merkmale von Produkten wie zum Beispiel Genion, T-Mobile@home oder Vodafone Zuhause seien bei der Kostenberechnung zu berücksichtigen und es sei zu untersuchen, ob die Terminierungskosten, die in diesen Produkten mit enthalten sind, spezielle Tarife für derartige Terminierungsleistungen rechtfertigen.

Eine getrennte Rechnungsführung solle auferlegt werden. Zwar sei dies nicht erforderlich, um das Diskriminierungsverbot durchzusetzen oder Quersubventionierungen zu verhindern. Doch sei die Auferlegung notwendig und angemessen, um z.B. eine effizientere Tarifgenehmigung zu gewährleisten und die Transparenz von Finanztransaktionen zu verbessern. Ohne eine derartige Verpflichtung dürfte die wirksame Wahrnehmung der Preiskontrolle durch die BNetzA mit größeren Schwierigkeiten verbunden sein.

Am 18.08.2006 beantragte die Betroffene:

das Verfahren wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 16 „Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen“ bis zum Abschluss der Erstellung eines Kostenmodells für die Berechnung von Mobilfunk-Terminierungsentgelten auszusetzen.

Die Kommission habe die Erstellung eines Kostenmodells gefordert und die Beschlusskammer müsse die Stellungnahme der Kommission gemäß §§ 13, 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG weitestgehend berücksichtigen. Die Entgeltregulierung könne konsistent auch nur auf Grundlage eines Kostenmodells erfolgen. Denn wegen der erheblichen Auswirkung der wechselseitigen Entgelte auf den Wettbewerb zwischen den Mobilfunkunternehmen müssten die Genehmigungsverfahren für alle vier Unternehmen synchron erfolgen. Wenn aber nur ein Unternehmen keine oder unzureichende Kostenunterlagen vorlege, müsse auf Grundlage eines Kostenmodells entschieden werden. Die Entgeltgenehmigung könnten nicht auf Grundlage der bisher von der BNetzA durchgeführten Vergleichsmarktuntersuchung erfolgen, weil diese zu inkonsistenten Ergebnissen führen würde.

Im Übrigen sei die Aussetzung auch geboten, weil die Endkundenentgelte für Verbindungen vom Festnetz in die Mobilfunknetze noch nicht der Regulierung unterlägen. Dies sei aber geboten, weil ansonsten die Genehmigungspflicht für die Terminierungsentgelte den Endnutzern nichts nutzen werde und die Sicherung des chancengleichen Wettbewerbs zwischen dem Festnetz und den Mobilfunknetzen nicht erreicht werden könnte.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

## **Gründe**

### **A. Auferlegung von Verpflichtungen**

Rechtliche Grundlage für die der Betroffenen auferlegten Maßnahmen sind:

- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 1 TKG soweit sie in Ziffer 1.1 zur Zusammenschaltung und 1.2 zur Erbringung von Verbindungsleistungen verpflichtet worden ist,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG soweit sie in Ziffer 1.3 dazu verpflichtet worden ist, zum Zwecke der Zusammenschaltung Kollokation und im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 19 TKG soweit sie in Ziffer 2. dazu verpflichtet worden ist, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffer 1. auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 30 Abs. 1 S. 1 TKG soweit gemäß Ziffer 3. die Entgelte für die Zusammenschaltung und Verbindungsleistung sowie die Gewährung von Kollokation der Regulierung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen.

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

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Auferlegung der tenorierten Verpflichtungen gemäß §§ 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 19, 21 Abs. 2 Nr. 6, Abs. 3 Nr. 2 und 4, 30 sowie 23 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. Gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG erfolgte die Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer (s.o. 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.

Der Entwurf der Regulierungsverfügung ist 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, weil die beabsichtigten Maßnahmen Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben.

Dem Bundeskartellamt ist Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern (§ 123 Abs. 1 S. 2 TKG).

Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ist die Entscheidung vor Erlass gemäß § 132 Abs. 4 TKG behördenintern abgestimmt worden.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen liegt auch keine fehlerhafte Konsultation vor. Denn es wurde in hinreichender Weise ein Entwurf der geplanten Maßnahmen gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 TKG zur Konsultation gestellt. Dabei kommt es nicht darauf an, dass in dem Entwurf selber der Name der Betroffenen genannt wird; entscheidend ist, dass den interessierten Parteien ersichtlich ist, welchem Unternehmen welche Maßnahmen auferlegt werden sollen. Entgegen der Ansicht der Betroffenen, war das der Fall. Denn bei der Veröffentlichung wurde klargestellt, dass die Entwürfe „im Wesentlichen“ identisch seien. Damit musste jedem verständigen Leser klar sein, dass allen vier Netzbetreibern die gleichen Maßnahmen auferlegt werden sollten. Weiter wurde damit auch klargestellt, dass die Beschlusskammer in den unterschiedlichen Startbedingungen der Netzbetreiber keinen hinreichenden Ansatzpunkt für eine Differenzierung sah. Vielmehr wurde die Genehmigungspflicht mit der Marktmacht auf dem relevanten Markt sowie der Wirkung überhöhter Entgelte auf die Endkunden sowie die mangelnden Eingriffsmöglichkeiten begründet. Ein unterschiedlicher Sachverhalt ist hier nicht gegeben, zumal die Betroffene selber vorträgt, dass ihre Entgelte überhöht seien.

## **2. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen**

Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse ist der bundesweite Vorleistungsmarkt

Anrufzustellung (Terminierung) in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Betroffenen einschließlich der lokalen Anrufweiterleitung,

regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG. Auf diesem Markt verfügt die Betroffene über eine beträchtliche Marktmacht.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus den als **Anlage 1 und 2** beigefügten, gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG von der Präsidentenkammer getroffenen Festlegungen, die wegen § 13 Abs. 3 TKG Inhalt dieser Regulierungsverfügung sind und auf die daher Bezug genommen wird.

## **3. Auferlegung der einzelnen Verpflichtungen gemäß Ziffer I. des Tenors**

### **3.1. Zusammenschaltung**

Nach § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG *soll* die Bundesnetzagentur Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmarkt verfügen, die Verpflichtung auferlegen, die Zusammenschaltung zu ermöglichen.

Bestimmt – wie vorliegend – eine Rechtsvorschrift, dass eine Behörde sich bei einer Ermessensentscheidung in bestimmter Weise verhalten *soll*, bedeutet dies grundsätzlich eine strikte Bindung für den Regelfall. Aus wichtigem Grund oder in atypischen Fällen kann die Behörde jedoch von der vom Gesetzgeber für den Normalfall vorgesehenen Rechtsfolge abweichen. Der Bindungsumfang ist aber auch bei Soll-Vorschriften letztlich von der Auslegung der jeweiligen Einzelbestimmung abhängig (vgl. Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Auflage, § 40 Rdnr. 40 m.w.N.).

Sinn und Zweck der Regelung des § 21 TKG ist es, Wettbewerbern im Wege des Zugangs eine Mitnutzung der aufgebauten Infrastruktur eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen.

Dabei hat der TKG Gesetzgeber die in Absatz 3 der Vorschrift aufgeführten Zugangsformen als so essentiell betrachtet, dass ihre Auferlegung in der Regel geeignet, erforderlich und angemessen ist, um den Zweck der Vorschrift zu erreichen. Gleichwohl hat der Gesetzgeber in dieser Vorschrift durch die Bezugnahme auf § 21 Abs. 1 TKG vorgegeben, dass die in jenem Absatz genannten Richtungsvorgaben nach Satz 1 (Wahrung der Nutzerinteressen oder Förderung von nachhaltigem Wettbewerb), die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG sowie die Abwägungskriterien in den Ziffern 1 bis 7 jenes Absatzes auch bei der Auferlegung von „Soll-Zugängen“ nicht außer Acht bleiben dürfen. Dass diese Gesichtspunkte auch bei der Auferlegung einer Verpflichtung, Zusammenschaltung zu ermöglichen, mit zu berücksichtigen sind, ergibt sich auch aus Artikel 12 der Zugangs-RL, der durch § 21 TKG in nationales Recht umgesetzt worden ist. Denn bei der Auferlegung von Verpflichtungen nach Artikel 12 Abs. 1 Zugangs-RL, mithin auch bei der Verpflichtung nach lit i), nämlich „die Verpflichtung zur Zusammenschaltung von Netzen“, ist nach Artikel 12 Abs. 2 Zugangs-RL den dort aufgeführten Faktoren, die mit Ausnahme von Nr. 7 den in § 21 Abs. 1 TKG aufgeführten Kriterien entsprechen, Rechnung zu tragen.

Zusammenschaltung ist gemäß § 3 Nr. 34 TKG die physische und logische Verbindung zweier Telekommunikationsnetze. Die Zusammenschaltung dient der Kommunikation von Nutzern. Sie erhält ihren Sinn somit nur durch die darüber abgewickelten Verbindungsleistungen. Die Zusammenschaltungspflicht ist deshalb immer dann – und nur dann – aufzuerlegen, wenn damit auch die Pflicht zur Gewährung des Zugangs durch Verbindungsleistungen verbunden wird.

Die Pflicht der Betroffenen war auf die Ermöglichung der Zusammenschaltung öffentlicher Telefonnetze mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz zu begrenzen. Denn die festgestellte Marktmacht der Betroffenen bezieht sich auf die Nutzung öffentlicher Telefonnetze. Ein öffentliches Telefonnetz kann sowohl leitungsvermittelnd als auch paketvermittelnd betrieben werden, soweit es die Anforderungen des § 3 Nr. 16 TKG erfüllt. Eine Zusammenschaltung mit sonstigen Telekommunikationsnetzen ist für die Bekämpfung des in Ziffer III. der Anlage festgestellten Marktversagens nicht erforderlich.

### **3.2 Terminierung**

Der Betroffenen war die Pflicht aufzuerlegen, ihren Zusammenschaltungspartnern Zugang durch die Terminierung in ihrem Telefonnetz zu gewähren.

**a.** Ein Absehen von der Auferlegung der Verpflichtung würde den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen, § 21 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 TKG.

Die im Gesetz verwendete Formulierung, nach der eine Verpflichtung auferlegt werden kann, wenn andernfalls „die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes behindert oder diese Entwicklung den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde“ ist missverständlich. Aufgrund der Bezugnahme in der Gesetzesbegründung auf Art. 12 der Zugangs-RL wird deutlich, dass es im Rahmen des Merkmals nach § 21 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 TKG nicht darauf ankommen soll, ob die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes den Interessen der Nutzer zuwiderlaufen würde. Tatsächlich greift der Terminus „diese Entwicklung“ im Rahmen der 2. Alternative daher nicht die vorgenannte „Entwicklung eines wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes“ auf, sondern bezieht sich auf die Entwicklung, die zu erwarten wäre, wenn von der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung abgesehen würde, d.h. es ist zu untersuchen, ob ein Verzicht auf die Auferlegung der Zugangsverpflichtung den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde.

Die Verpflichtung zur Terminierung im Netz der Betroffenen stellt die Erreichbarkeit der Teilnehmer im Netz der Betroffenen aus den Netzen der Wettbewerber sicher. Damit wird die Kommunikation zwischen den Endnutzern ermöglicht bzw. verbessert. Die Möglichkeit, sowohl jeden Teilnehmer im öffentlichen Telefonnetz erreichen zu können als auch die Erreichbarkeit aus allen öffentlichen Telefonnetzen, ist ein Hauptinteresse der Nutzer des öffentlichen Telefonnetzes.

Die Gewährleistung einer netzübergreifenden Erreichbarkeit bedeutet nicht, dass alle Netze direkt miteinander verbunden sein müssen; allerdings muss sichergestellt sein, dass Teilnehmernetzbetreiber, wie die Betroffene, auf Nachfrage die Terminierung gewähren. Zwar

würde etwa im Falle der Anrufzustellung vom Festnetzbetreiber zur Betroffenen der Transit über das Netz der Deutschen Telekom AG grundsätzlich genügen, um auch die Teilnehmer der Betroffenen zu erreichen. Damit bliebe aber die Anrufzustellung zu der Betroffenen auf Dauer von der Leistung der Deutschen Telekom AG abhängig, wodurch die ehemals dominante Stellung des etablierten Betreibers für die Zukunft zementiert würde. Entscheidend ist darüber hinaus, dass es einem Netzbetreiber nicht verwehrt werden darf, eine unmittelbare Zusammenschaltung zu realisieren, wenn aus dessen Sicht die unmittelbare Zusammenschaltung etwa auf Grund des Ausmaßes des Verkehrs eine Effizienzsteigerung gegenüber dem Transit über das Netz der Deutschen Telekom AG bedeutet. Kostenreduzierungen auf Vorleistungsebene dürften zugleich mittelbar den Endkunden zu gute kommen.

Die Auferlegung der Zusammenschaltungspflicht nach § 21 TKG setzt im Übrigen nicht voraus, dass die Betroffene bereits zuvor den Zugang konkret verweigert bzw. unzumutbar erschwert hat. Die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit der Märkte rechtfertigt gerade den Erlass von abstrakten Vorabverpflichtungen. Entscheidend für die Frage der Auferlegung und Auswahl der einzelnen Vorabverpflichtungen sind die Ergebnisse der Marktuntersuchung.

**b.** Die Verpflichtung ist gerechtfertigt und steht in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG.

Bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den in § 2 Abs. 2 TKG beschriebenen, vorliegend in Betracht kommenden Regulierungszielen steht, sind insbesondere die in § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen.

Die Kriterien entstammen – wie bereits erwähnt – weitgehend Art. 12 Abs. 2 Zugangs-RL. Sie konkretisieren den in Erwägungsgrund 19 der Zugangs-RL enthaltenen Gedanken, nach dem das Recht des Infrastruktureigentümers zur kommerziellen Nutzung seines Eigentums mit den Rechten anderer Diensteanbieter auf Zugang abzuwägen ist.

- Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung

Das Abwägungskriterium der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen ( § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG) ist in der Begründung zum Regierungsentwurf des TKG näher erläutert (vgl. BT-Drucks. 755/03, 88). Danach soll bei diesem Kriterium insbesondere geprüft werden, ob die Kosten der Nutzung alternativer Angebote im Vergleich zum nachgefragten Angebot oder einer Eigenfertigung das beabsichtigte Dienstangebot unwirtschaftlich machen würden, ob unzumutbare zeitliche Verzögerungen durch die Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten entstünden, ob mit der Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten eine wesentliche Verminderung der Qualität des beabsichtigten Dienstangebots einherginge und welche Auswirkungen die Inanspruchnahme einer alternativen Zugangsmöglichkeit auf den Netzbetrieb haben könnte.

Nach diesen Kriterien ist die auferlegte Verpflichtung angemessen. Alternative Angebote sind aufgrund des marktmanenten Monopols der Betroffenen nicht vorhanden.

- Verfügbare Kapazität

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist ferner abzuwägen, ob die verfügbare Kapazität (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG) für die Zugangsgewährung ausreicht. Der Gesetzgeber hat in der Begründung zu diesem Abwägungskriterium ausgeführt, dass ein Kapazitätsausbau grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein soll. Denn andernfalls besteht die Gefahr, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung ins Leere läuft.

Zu beachten ist aber, dass Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht durch die Ausbaupflichtung keine wirtschaftlichen Nachteile entstehen dürfen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen die Nachfrager daher diese Investitionsrisiken in vollem Umfang übernehmen.

Die Betroffene wird verpflichtet, Verbindungen zu terminieren. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass sich die Mobilfunknutzung weiter intensivieren wird und dadurch auch eine Steigerung der Terminierungsnachfrage ausgelöst wird. Soweit die vorhandene Kapazität für die Abwicklung dieses Verkehrs nicht hinreichend ist, steht die begrenzte (aktuelle) Kapazität der

Verpflichtung nicht entgegen. Denn die erhöhte Nachfrage ist gerade Teil der Unternehmensstrategie und müsste schon im Interesse der eigenen Anschlusskunden bei der Planung berücksichtigt werden. Ein Ausbau ist daher im Interesse der angeschlossenen Endkunden gerade gewünscht und erforderlich.

- Anfangsinvestitionen des Eigentümers

Gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG sind die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken zu berücksichtigen. Die Bundesnetzagentur muss bei ihrer Beurteilung prüfen, ob und in welchem Zeitraum sich die zu tätigen Investitionen amortisieren werden.

Die Zugangspflichten gefährden nicht die Anfangsinvestition der Betroffenen. Denn zum einen muss die Betroffene die Zusammenschaltung und Terminierungsleistung nicht unentgeltlich gewähren, sondern erhält hierfür von den Zugangsberechtigten Entgelte.

Zum anderen handelt es sich bei den betreffenden Zusammenschaltungs- und Terminierungsleistungen nicht um Dienste, die mit einem besonders erhöhten Investitionsrisiko verbunden wären, bei welchen es unter Umständen gerechtfertigt sein könnte, dass für die Anfangszeit - trotz marktmächtiger Stellung - die Verweigerung des Zuganges zulässig sein kann (vgl. die Ausführungen der Kommission unter Erwägungsgrund Nr. 19 zur Zugangs-RL unter Verweis auf die Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationssektor; ABl. EG Nr. C 265, v. 22. 8. 1998, S. 2.). Die auferlegten Pflichten betreffen Vorleistungsprodukte für Telefondienste, d.h. Leistungen, für die kein besonders gesteigerter Investitionsschutz wie etwa innovative Dienste geltend gemacht werden kann. Die Terminierungsleistung ist Voraussetzung für ein den Interessen des Anschlusskunden entsprechendes Angebot. Es handelt sich daher nicht um ein spezifisches Investitionsrisiko der Terminierung, sondern um einen Teil des dem Leistungsgegenstand „Anschluss“ innewohnenden Produktrisikos. Dies gilt auch für die Telefonverbindungen zu UMTS-Anschlüssen. Zwar kommt für UMTS-Anschlüsse grundsätzlich ein Schutz der Anfangsinvestitionen in Betracht, doch ist es derzeit für den Anrufer nicht ersichtlich, ob eine Telefonverbindung ihr Ziel bei einem UMTS- oder GSM-Anschluss hat. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass sich dies auch in näher Zukunft nicht ändern wird. Denn es wird noch einige Zeit dauern, bis aus Kundensicht eine zum GSM-Netz vergleichbare UMTS-Netzabdeckung erreicht wird. Wenn aber der Nachfrager keine Wahlmöglichkeit hat und der Telefondienst im Zweifel auch über das GSM-Netz erfolgen kann, ist es nicht angemessen, ein durch den neuen Netzaufbau begründetes besonderes Investitionsrisiko bei der Frage, ob eine Zugangspflicht auferlegt wird, zu berücksichtigen.

- Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Im Rahmen der nach § 21 Abs. 1 TKG erforderlichen Abwägung ist ferner die Notwendigkeit der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG) zu beachten.

Die Verpflichtung zur Terminierung dient der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs. Sie ermöglicht Wettbewerbern die Erreichbarkeit der Teilnehmer im Netz der Betroffenen. Für die erfolgreiche Teilnahme auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse oder Inlandsverbindungen ist es erforderlich, seinen Kunden eine möglichst weitgehende Erreichbarkeit anderer Teilnehmer zu gewährleisten. Die Terminierungsleistung ist deshalb essentiell für jede Form des dienst- und infrastruktur-basierten Wettbewerbs.

- Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum

Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum (vgl. § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TKG) werden durch die Terminierungsverpflichtung nicht berührt.

- Europaweite Dienste

Die Verpflichtung, Zugang durch Terminierungsleistungen zu gewähren, ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TKG).

- Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote

Im Rahmen der Abwägung ist schließlich auch zu berücksichtigen, ob bereits auferlegte Verpflichtungen oder freiwillige Angebote, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der Regulierungsziele ausreichen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG).

Die in § 16 TKG normierte Pflicht, anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf Verlangen ein Angebot auf Zusammenschaltung zu unterbreiten, bietet Gewähr für die Aufnahme von Zusammenschaltungsverhandlungen. Auf die Ausgestaltung der Verhandlungsführung und den Inhalt des vorzulegenden Angebotes hat die gesetzliche Verpflichtung nach § 16 TKG keinen Einfluss. Ohne den Druck, dass die streitig verbliebenen Bedingungen im Falle des Scheiterns auf privatrechtlicher Ebene schließlich von Seiten der Behörde rechtsverbindlich festgelegt werden können, könnte die Betroffene ihre unangreifbare Stellung auf dem Vorleistungsmarkt dazu ausnutzen, die Zusammenschaltung zu verhindern. Um die Zusammenschaltung von Netzen unabhängig von Behinderungsstrategien, die in dem festgestellten Marktversagen begründet sind, gewährleisten zu können, bedarf es daher einer Grundlage, im Falle des Scheiterns privatautonomer Verhandlungen die Zusammenschaltung in einem absehbarem Zeitraum umfassend, d.h. insbesondere auch deren technische, betriebliche und ökonomische Bedingungen, im Anordnungswege nach § 25 TKG festlegen zu lassen.

Zur Gewährleistung der netzübergreifenden Erreichbarkeit und damit dem Schutz der Interessen der Endnutzer sowie zur Sicherung bzw. Förderung des Wettbewerbs reicht die Entgeltkontrolle allein nicht aus. Dem Teilnehmernetzbetreiber stehen neben dem Preis noch eine Reihe anderer Instrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb um die an seinem Netz angeschlossenen Endkunden zu seinen Gunsten zu beeinflussen (Verzögerung bei der Verhandlungsführung; der Bearbeitungsdauer von Zugangsanträgen oder der Zugangsgewährung; Leistung verminderter Qualität; ungerechtfertigte Bündelung z.B. mit dem Transit plus Terminierung in andere Netze etc.). Allein die Möglichkeit eines Anordnungsverfahrens nach § 25 TKG, welches auf Tatbestandsseite die vorherige Auferlegung einer Zugangsverpflichtung erfordert, bietet Gewähr für die Realisierung einer Zusammenschaltung innerhalb eines bestimmten, für den Wettbewerber überschaubaren Zeitrahmens.

Im Rahmen des § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG hat die Behörde ferner zu prüfen, ob ein freiwilliges Angebot für die Erreichung der Regulierungsziele ausreichend ist. Die Betroffene bietet die Leistung Anrufzustellung in ihr Netz am Markt an. Selbst wenn insoweit ein „freiwilliges Angebot“ im Sinne des § 21 Abs. 2 S. 2 Nr. 7 TKG vorliegen würde, würde dies jedoch nicht dazu führen, dass eine abstrakte Zugangsverpflichtung durch die Behörde nicht mehr auferlegt werden könnte.

Dem Abwägungskriterium des freiwilligen Angebotes kann in Konstellationen wie der vorliegenden kein entscheidendes Gewicht zukommen. Die Marktteilnehmer sind auf die Nutzung eines nicht zu duplizierenden Vorleistungsproduktes angewiesen, um überhaupt auf dem Markt auftreten zu können. Ferner besteht ein überragendes Interesse der Endnutzer an der Erreichbarkeit aller anderen Nutzer – wie es durch §§ 18, 25 Abs. 3 TKG zum Ausdruck kommt. In diesen Fällen genügt auch ein freiwilliges Angebot nicht, wenn auch nur die abstrakte Gefahr besteht, dass das freiwillige Angebot zurückgenommen bzw. mit überhöhten Konditionen verknüpft wird. So würde es den Betroffenen grundsätzlich frei stehen, ihr Angebot bei Bedarf vom Markt zurückzuziehen bzw. ein in seinen Bedingungen unzureichendes Angebot zu entwerfen und somit ein Scheitern der Zusammenschaltung zu provozieren. Ein Fehlschlagen der Zusammenschaltung widerspricht gerade den Interessen der Nutzer an der Sicherstellung bzw. Förderung netzübergreifender Kommunikation. Ein Verzicht auf eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung würde daher den Nutzerinteressen und der Dynamik des Geschäfts schaden.

Die konkrete Belastung für die Betroffene ist begrenzt. Im Falle des Scheiterns der Verhandlungen ist sie dem Risiko ausgesetzt, dass seitens der Bundesnetzagentur auch dann eine Zusammenschaltung angeordnet würde bzw. eine Zusammenschaltung zu Konditionen erfolgt, zu deren Gewährung die Betroffene in den entsprechenden Verhandlungen nicht bereit gewesen war. Ein Risiko, welches in Anbetracht der festgestellten unangreifbaren Marktmacht der Betroffenen sowie ihrer Stellung als Teilnehmernetzbetreiberin und der damit einhergehenden Kontrolle über den Zugang zu den angeschlossenen Endkunden allerdings

gerechtfertigt ist. Zu berücksichtigen bleibt, dass die Betroffene die Verbindungsleistungen nicht unentgeltlich gewähren muss, sondern hierfür von den Zugangsberechtigten Entgelte erhält.

Weiterhin zu berücksichtigen bleibt, dass die Auferlegung der Verpflichtung im Ergebnis nur die bereits nach § 37 TKG<sup>1996</sup> bestehende, gegenüber allen Netzbetreibern, d.h. auch gegenüber den nicht marktbeherrschenden Betreibern, gesetzesunmittelbar wirkende Verpflichtung zur Zusammenschaltung - beschränkt auf die tenorierte Leistung - fortführt. Der Pflichtenkreis der Betroffenen wird daher im Ergebnis gegenüber der Rechtslage nach dem TKG<sup>1996</sup> nicht erweitert!

### 3.3 Kollokation, § 21 TKG

Die in Ziffer I.1.3 tenorierte Kollokationsverpflichtung erfolgt auf der Grundlage von § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG. Danach *soll* die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, die Verpflichtung auferlegen, Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Leitungen, und Masten zu ermöglichen sowie den Nachfragern oder deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren.

Sinn und Zweck der Regelung ist es, den Wettbewerbern den Zugang zu den Netzelementen des zugangsverpflichteten Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen, um auf diese Weise den eigentlichen Zugangsanspruch überhaupt erst zu ermöglichen.

Zur Erreichung dieses Zweckes ist die auferlegte Kollokations- und Zutrittsverpflichtung geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung des Kriterienkataloges des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG auch angemessen.

Die Auferlegung der Verpflichtung ist erforderlich, um sicherzustellen, dass die Terminierungspflicht nicht durch die Behinderung der Herstellung der physischen Netzzusammenschaltung faktisch unterlaufen werden kann. Die durch die Verpflichtung geschaffene Option, die Zusammenschaltung möglichst nah am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen zu realisieren, gewährleistet einen entbündelten Zugang, d.h. einen Zugang ohne weitere Leistungen der Betroffenen.

Die Beschlusskammer betont, dass es nach wie vor den Zusammenschaltungspartnern vorbehalten bleibt, bezüglich Standort, Räumlichkeiten und den sonstigen Bedingungen der physischen Netzzusammenschaltung einvernehmliche Regelungen zu treffen. So ist die Betroffene nicht daran gehindert, eine Zusammenschaltung außerhalb ihrer Räumlichkeiten bzw. ihres Grundstückes anzubieten. Insbesondere erwartet die Beschlusskammer nicht, dass etwa eine bestehende kundenseitige Zusammenschaltung eingestellt wird.

Die Verpflichtung zur Kollokation und zur Zutrittsgewährung steht auch in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck der Regelung.

Sofern es bei der Bereitstellung der Kollokation in den Räumlichkeiten der Betroffenen zu Kapazitätsproblemen kommen sollte, ließen sich diese durch alternative Kollokation wie z.B. Outdoor-Boxen und –Kabinen beheben. Eine generelle Beschränkung auf verfügbare Kapazitäten kommt dann nicht in Betracht, wenn dadurch der Zugangsanspruch gefährdet bzw. ausgeschlossen würde (vgl. BT-Drs 15/2316 S. 64f. zu § 19 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E, der § 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG entspricht). Wenn die Kollokation auf die Standorte mit hinreichender Freifläche im Gebäude bzw. auf dem Grundstück der Vermittlungsstelle beschränkt würde, wäre aber der Zugangsanspruch gefährdet, weil die Betroffene ansonsten ihr Netz gerade dahingehend verändern könnte, dass ein entbündelter Zugang am Vermittlungsstellenstandort vereitelt wird. Die Verweigerung der Kollokation am Standort der Betroffenen würde damit die Wettbewerber im Aufbau eigener Infrastruktur einschränken.

Von der hier auferlegten Verpflichtung sind beide Formen der Kollokation im Sinne des bisherigen § 3 NZV 1996 erfasst (vgl. BT-Drs 15/2316 S. 66. zu § 19 Abs. 3 Nr. 4 TKG-E, der § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG entspricht), also sowohl die physische als auch die virtuelle. Zur Erfüllung der auferlegten Pflicht reicht daher – sollte eine Unterbringung der für die Nutzung der Zugangs erforderlichen Einrichtungen in den Räumen des Verpflichteten aus tatsächlichen Gründen nicht oder nicht mehr gerechtfertigt sein – aus, wenn die Inanspruchnahme einer ungehinderten

Zusammenschaltung und der darüber erbrachten Terminierungsleistungen unter gleichwertigen wirtschaftlichen, technischen und betrieblichen Bedingungen ermöglicht wird.

Die Kollokation gefährdet auch nicht die Anfangsinvestition der Betroffenen. Denn die Betroffene muss die Kollokation nicht unentgeltlich gewähren, sondern erhält hierfür von den Zugangsberechtigten Entgelte, und zwar sowohl für die Einrichtung der Kollokationsmöglichkeit als auch für die Überlassung der Kollokationsfläche und der erforderlichen technischen Einrichtungen. In vielen Fällen wird die Kollokation darüber hinaus sogar zu einer besseren Nutzung der vorhandenen Räumlichkeiten führen. Schließlich sind die Investitionsrisiken im Falle erforderlicher Kapazitätserweiterungen in vollem Umfang vom Zugangsnachfrager zu übernehmen (vgl. BT-Drs 15/2316 S. 65 zu § 19 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E, der § 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG entspricht).

Der Verpflichtung steht auch kein freiwilliges Angebot der Betroffenen entgegen. Es wird insofern auf die Ausführungen unter Ziffer 3.2 b) verwiesen.

### **3.4 Gleichbehandlungspflicht, § 19 TKG**

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer I.2. tenorierte Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes sind §§ 9 Abs. 2, 13, 19 TKG.

Gemäß § 19 TKG kann ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet werden, dass Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen.

Die Entscheidung der Beschlusskammer, der Betroffenen ein Diskriminierungsverbot aufzuerlegen, beruht auf einer pflichtgemäßen Ermessensausübung. Das ausgeübte Ermessen orientiert sich am Zweck der Ermächtigung und überschreitet die gesetzlichen Grenzen, die für die Ausübung des Ermessens gelten, nicht.

Zweck des Diskriminierungsverbots ist zum einen, dass der betreffende Betreiber anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Produkte oder die seiner Tochter- oder Partnerunternehmen (vgl. § 19 Abs. 2 TKG). Zum anderen bezweckt das Diskriminierungsverbot, dass einzelne Wettbewerber von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht ungerechtfertigt bevorzugt bzw. benachteiligt werden. Insgesamt soll damit ein chancengleicher Wettbewerb sowohl zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und anderen Unternehmen als auch zwischen Wettbewerbern, die auf Vorleistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht angewiesen sind und diese in Anspruch nehmen, sichergestellt werden.

Zur Erreichung dieses Zwecks hat sich die Beschlusskammer aus den folgenden Erwägungen für die Auferlegung des Diskriminierungsverbotes entschieden:

Die Gewährleistung von Rahmenbedingungen im Telekommunikationssektor, die dafür Sorge tragen, dass in möglichst weiten Bereichen Wettbewerb entstehen kann, stellt ein zentrales Ziel des TKG dar (BT-Drs. 15/2316, S.56). Um dieses Ziel auf einem wettbewerbsbeschränkten Markt zu verwirklichen, ist es grundsätzlich sinnvoll, dem dominierenden Unternehmen ein Gebot zur Gleichbehandlung aufzuerlegen. Das gilt insbesondere dann, wenn das beherrschende Unternehmen vertikal integriert ist und für andere Unternehmen, mit denen es konkurriert, Dienste erbringt. Denn dann besteht grundsätzlich immer ein Anreiz für das dominante Unternehmen, dass es sich intern günstigere Konditionen einräumt als es bereit ist, anderen Unternehmen, mit denen es im Wettbewerb steht, einzuräumen. Kommt wie vorliegend hinzu, dass das beherrschende Unternehmen auf seinem Markt faktisch keinem Wettbewerb ausgesetzt ist, d.h. über eine tatsächlich unangreifbare Marktstellung verfügt, ist diese Intention stets anzunehmen, sofern keine schwerwiegenden Gründe für eine Ausnahme sprechen. Derartige Ausnahmegründe sind vorliegend nicht ersichtlich.

Behindert wird der Wettbewerb nicht durch die Auferlegung der Verpflichtung nach § 19 TKG, sondern durch die defizitäre Entwicklung des gegenständlichen Marktes. In einem beschränkten

Wettbewerbsmarkt wie dem vorliegenden verzerren unterschiedliche Vertragskonditionen für gleiche Leistungsinhalte die Ausgangsbedingungen für chancengleichen Wettbewerb. Entscheidend ist, dass bei Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung die Gefahr besteht, dass sich am verfahrensgegenständlichen Markt in Abhängigkeit von z.B. der Verhandlungsmacht der einzelnen Nachfrager unterschiedliche Leistungskonditionen entwickeln. In seiner Konsequenz würden sich damit für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslagen ergeben. Um dies zu verhindern, ist es daher erforderlich, dass die Betroffene das von ihr angebotene Leistungs- und Preismodell für die Erbringung der Terminierungsleistungen und die dazu erforderliche Zusammenschaltung allen Wettbewerbern gegenüber transparent und in gleicher Weise anbietet.

Andere Mittel reichen hierfür nicht aus. Zwar werden durch die Zusammenschaltungspflicht sowie durch Kontrolle des Zugangsentgeltes gemäß § 30 TKG grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Märkten geschaffen, jedoch stehen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf der Vorleistungsebene auch eine Reihe anderer Instrumente (außer dem Preis) zur Verfügung, um den Wettbewerb zu verzerren. Ist eine Missbrauchskontrolle des Zugangspreises festgelegt und steht der Preis daher dem marktmächtigen Unternehmen als wettbewerbsbeeinflussender Parameter nicht zur Verfügung, so kann es beispielsweise das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken. Das Unternehmen hat einen (ökonomischen) Anreiz zu den oben angeführten Praktiken. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich, die sich auf sämtliche mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

Eine Beschränkung der Gleichbehandlungsverpflichtung auf den Preis bzw. eine Einengung der Verhaltenspflicht auf spezielle, konkret benannte Fallgestaltungen war nicht angezeigt. Insbesondere ist nicht entscheidend, wie sich die Betroffene gerade auf dem Markt verhält oder wie sie sich in der Vergangenheit verhalten hat, sondern es ist von den Möglichkeiten auszugehen, die ihr offen stehen, um Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen oder Nachfrager zu übervorteilen. Die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit der Märkte rechtfertigt den Erlass von abstrakten Verpflichtungen und ist gerade nicht auf eine nachträgliche Kontrolle beschränkt. Die Möglichkeit zur Diskriminierung ist zugleich vielgestaltig und betrifft sämtliche der technischen, betrieblichen und preislichen Leistungsbedingungen. Eine Beschränkung auf einzelne Verhaltensweisen würde Diskriminierungslücken schaffen und damit Ausweichstrategien Vorschub leisten.

Die Entscheidung belastet die Betroffene auch nicht unzumutbar. So steht es der Betroffenen frei, die Leistungskonditionen festzulegen und - soweit die Unterschiedlichkeit der Umstände dies rechtfertigt – in diesem Rahmen ggf. auch verschiedene Modelle am Markt anzubieten (vgl. § 19 Abs. 2 TKG). Es ist nicht erkennbar, dass dies unüberwindbare Schwierigkeiten aufwerfen sollte. Die hierfür erforderlichen Informationen liegen ihr aufgrund der bereits realisierten Zusammenschaltung vor.

Entgegen der Forderung der 01051 Telecom GmbH keine besondere Verpflichtung hinsichtlich der netzinternen Verbindungen aufzuerlegen. Durch die auferlegte Genehmigungspflicht wird verhindert, dass die Betroffene übermäßige Gewinne durch die Zusammenschaltung erwirtschaftet. Deshalb besteht kein besonderes Bedürfnis für eine spezielle Regelung.

### **3.5 Entgeltregulierung, § 30 Abs. 1 TKG**

Die Entgelte für die gemäß Ziffer I. 1 des Tenors auferlegten Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG werden gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen.

Die in § 30 Abs. 1 S. 2 TKG aufgeführten Voraussetzungen für eine Abweichung vom Genehmigungserfordernis nach Satz 1 der Vorschrift liegen nicht vor. Zwar wurde die Betroffene vor dem Inkrafttreten des novellierten TKG nicht als marktbeherrschend auf dem relevanten Markt für die Terminierung in ihrem Netz festgestellt und sie verfügt nach Überzeugung der Be-

schlusskammer auch nicht zugleich über beträchtliche Marktmacht auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt i.S.d. § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG, doch ist die nachträgliche Regulierung der Entgelte nicht ausreichend, um die Regulierungsziele zu erreichen.

Durch die Marktmacht der Betroffenen wird das Regulierungsziele „Wahrung der Verbraucherinteressen“ gefährdet, ohne dass dieser Gefährdung durch eine nachträgliche Entgeltkontrolle hinreichend begegnet werden kann.

#### **a) Wahrung der Verbraucherinteressen, § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG**

Die Verbraucherinteressen werden mittelbar durch die Entgelte der Betroffenen berührt, wenn die Entgelte der Betroffenen überhöht sind.

Überhöht sind die Entgelte grds. dann, wenn sie sich nicht an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren. In einem optimalen Wettbewerbsmarkt gleichen sich die Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung an, vgl. Groebel in: Berliner Kommentar, § 28 TKG Rz 26. Nach Sinn und Zweck des TKG werden aber wettbewerbliche Entgelte grds. den Interessen der Verbraucher gerecht, denn soweit funktionierender Wettbewerb herrscht, ist eine Regulierung (mit Ausnahme des § 18 TKG) ausgeschlossen. Wenn die Kostenregulierung nicht der Erreichung der Regulierungsziele dienen würde, wäre diese auch nicht als Regelfall gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG vorgesehen.

Allerdings wird nicht jede drohende Kostenüberschreitung ein Eingreifen der BNetzA rechtfertigen. Insofern ist es hinreichend, wenn sich die Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren. Denn es ist immer auch die Auswirkung überhöhter Entgelte auf die jeweiligen Regulierungsziele zu beachten. Je größer die Bedeutung der Entgelte für die jeweiligen Regulierungsziele ist, um so mehr ist eine stärkere Kostenorientierung geboten.

Die gebotene Kostenorientierung der Entgelte kann aber durch eine nachträgliche Regulierung gemäß § 38 TKG nicht ausreichend sichergestellt werden. Denn Prüfungsmaßstab der nachträglichen Entgeltkontrolle ist lediglich die Missbräuchlichkeit der Entgelte. Das heißt, bei der Preishöhenkontrolle wird geprüft, ob die Entgelte erheblich von den hypothetischen Marktpreisen abweichen, also im Ergebnis ob die Entgelte maßlos sind.<sup>1</sup> Die Betroffene selber hat erklärt, dass sich ihr Entgelt nicht an den Kosten orientiert und dass dieses überhöht ist.

Die Verbraucher werden durch Entgelte der Betroffenen auch betroffen, weil ein Netzbetreiber die Terminierung in das Netz der Betroffenen einkaufen muss, um Verbindungen in das Mobilfunknetz der Betroffenen anbieten zu können. Das Terminierungsentgelt ist Teil seiner Kosten, die er an seinen Endkunden weitergeben wird. Es ist zwar festzustellen, dass die Mobilfunk- sowie auch viele Festnetzanbieter die jeweiligen Senkungen des Terminierungsentgeltes nicht an alle ihre Kunden direkt und in voller Höhe weitergegeben haben. Doch führen erfahrungsgemäß spürbare Absenkungen der Entgelte zu durchschnittlich niedrigeren Endkundenentgelten. Besonders aufgrund des Wettbewerbs im Mobilfunkendkundenmarkt können es sich die Anbieter nicht leisten, die Einsparungen beim Einkauf der Terminierung dauerhaft nicht an die Endkunden weiterzuleiten. Dies wird allerdings nicht nur durch direkte Preissenkungen erfolgen. Im Bereich des Festnetzes wird der Markt zwar noch durch die Deutsche Telekom AG dominiert, ob dies auch für Verbindungen in die Mobilfunknetze gilt, ist noch nicht abschließend untersucht.<sup>2</sup> Doch selbst bei einer überwiegenden Marktmacht der Deutschen Telekom AG würde auch hier ein Druck bestehen, die Kostenersparnisse im Kampf um Marktanteile einzusetzen. Insbesondere die vermehrt angebotenen Optionstarife für Verbindungen in Mobilfunknetze wären ohne die Senkungen der Terminierungsentgelte in den letzten Jahren nicht möglich. Von einer Senkung der Terminierungsentgelte würde zwar nicht jeder Endkunde direkt profitieren. Doch würde im Ergebnis der ganz überwiegende Teil der Mobilfunk- und Festnetzkunden von einer Senkung profitieren.

<sup>1</sup> VG Köln, Urteil 1 K 8432 vom 15.09.2005, S. 20 und zum vgl. § 19 GWB BGH, Beschluss KVR 17/04 vom 28.12.2005, S. .

<sup>2</sup> Auf den Markt sind sehr unterschiedliche Endkundenentgelte zu beobachten. So werden neben den im Verfahren angeführten Tarifen von mehreren Verbindungsnetzbetreibern auch sehr geringe Entgelte angeboten. Viele Teilnehmernetzbetreiber bieten auch Optionstarife mit vergünstigten Verbindungen in die Mobilfunknetze an.

Im umgekehrten Fall der Erhöhung der Entgelte wäre die Reaktion ähnlich, die Anbieter würden zumindest zeitversetzt diese auf den Kunden abwälzen. Im Ergebnis ist die Höhe der Endkundenentgelte für Verbindungen in das Mobilfunknetz der Betroffenen im hohen Maße von dem Terminierungsentgelt der Betroffenen abhängig. Wegen der beträchtlichen Marktmacht besteht die Gefahr, dass die Betroffene überhöhte Entgelte für die Terminierung verlangt.

Der Gefährdung der Interessen der Kunden der anderen Netze kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Endkunden der Betroffenen von überhöhten Terminierungsentgelten profitieren würden. Es könnte schon nicht sichergestellt werden, dass überhöhte Terminierungsentgelte im vollem Umfang für die Bindung der eigenen Kunden eingesetzt würde, also den Kunden der Betroffenen durch günstigere Verbindungsentgelte oder sonstige Vergünstigungen (z.B. unentgeltliche Überlassung von Endgeräten), zu Gute käme.

Auch kann die Belastung der Anrufer nicht mit der Entlastung der Angerufenen verrechnet werden, denn für eine solche Verschiebung gäbe es keine Rechtfertigung. Die durch überhöhte Terminierungsentgelte belasteten Verbraucher würden auch keinen eigenen Nutzen aus der Besserstellung der Kunden der Betroffenen ziehen. Denn die Mobilfunkpenetration ist schon so weit fortgeschritten, dass eine Quersubventionierung zugunsten der Kunden der Betroffenen nicht mehr die Verfügbarkeit von Mobilfunkanschlüssen wesentlich steigert.<sup>3</sup>

Die Verbraucherinteressen sind auch wesentlich betroffen. Denn die Entgelte sind sowohl für die Verbindung von Festnetzanschlüssen als auch von Mobilfunkanschlüssen in das Netz der Betroffenen von hoher Bedeutung. Zwar ist das durchschnittliche Verbindungsvolumen in Mobilfunknetze im Verhältnis zum Festnetz gering. Doch sind die Entgelte für Verbindungen in Mobilfunknetze in der Regel bedeutend höher als Verbindungen ins Festnetz. Deshalb haben Verbindungen ins Mobilfunknetz eine relativ höhere Bedeutung für den Verbraucher als Festnetzverbindungen. Dementsprechend ist im Interesse der Verbraucher auch ohne eine Marktmacht der Betroffenen auf den Endkundenmärkten eine enge Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung geboten.

Insofern geht auch der Verweis der Betroffenen auf die Regulierungsverfügungen für die Festnetzbetreiber fehl. Denn diese verfügen, mit Ausnahme der Deutschen Telekom AG, über einen im Verhältnis zur Betroffenen so geringen Kundenstamm, dass die Terminierungskosten für Verbindungen zu den Kunden des jeweiligen Netzbetreibers für die Verbraucher in der Summe relativ gering ist. Hinzu kommt, dass sich die geltenden Entgelte der Netzbetreiber an den regulierten Entgelten der Deutschen Telekom AG orientieren und nach Einschätzung der Beschlusskammer mittelfristig (ab Ende 2008) diesen entsprechen werden.

Die Beschlusskammer sieht es deshalb zur Wahrung der Verbraucherinteressen als erforderlich an, die Entgelte der Betroffenen einer Kostenprüfung zu unterwerfen.

#### **b) Verhältnis zu der Regulierung der D-Netzbetreiber**

Es war keine gesonderte Regelung hinsichtlich des Abstandes zwischen den E- und D-Netzen aufzunehmen. Soweit ein Abstand zwischen den Entgelten geboten ist, wird dies das Ergebnis der Entgeltgenehmigungsverfahren sein. Der Umstand, dass die Netze mit unterschiedlichen Frequenzen ausgestattet sind und zu unterschiedlichen Zeitpunkten in den Markt getreten sind, rechtfertigt keine grundsätzliche Differenzierung zwischen den Netzbetreibern. Denn aus beiden Umständen ergibt sich keine Schranke für den Markteintritt. Hinsichtlich des hier relevanten Marktes ist die Marktmacht der Netzbetreiber identisch. Zwar sind die Marktanteil der D-Netzbetreiber am Endkundenmarktes deutlich höher. Aber wie oben ausgeführt, ist die Entgeltregulierung hier gerade nicht wegen der Marktmacht am Endkundenmarkt geboten.

#### **c) Konsistenzgebot**

Entgegen der Ansicht der Betroffenen kann die Verpflichtung auch ohne eine gleichzeitige Auferlegung von Pflichten hinsichtlich der Endkundenentgelte für Verbindungen vom Festnetz in Mobilfunknetze ergehen. Einen Verstoß gegen das Konsistenzgebot ergibt sich daraus nicht. Warum es hier eine zeitliche Abstimmung bedarf, ist nicht ersichtlich. Wie ausgeführt, dient die

<sup>3</sup> Koenig/Vogelsang, Gutachten, S. 162. Ob hier solche Kompensationen zu berücksichtigen wären, kann also offen bleiben.

Regulierung der Entgelte auch nicht nur dem Schutz der Festnetzkunden, sondern auch dem Schutz der Mobilfunkkunden. Eine Regulierung der Festnetzverbindungsentgelte hätte aber keine Auswirkung auf die Mobilfunkverbindungsentgelte.

Im Übrigen wurde aber auch schon dargelegt, dass auch ohne eine entsprechende Regulierung die Änderungen der Terminierungsentgelte eine Auswirkung auf das Endkundenentgeltniveau hat. Deshalb profitieren die Verbraucher auch ohne eine Regulierung der Endkundenentgelte von der hier auferlegten Maßnahme.

Die Betroffene ist der Ansicht ohne eine Regulierung der Endkundenentgelte für Verbindungen in Mobilfunknetze könne eine Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs im Verhältnis Mobilfunk- und Festnetzbetreibern nicht erreicht werden. Gegen diese Annahme spricht schon, dass der Mobilfunkendkundenmarkt und die Festnetzendkundenmärkte getrennte Märkte sind. Soweit die Festnetzbetreiber Übergewinne erwirtschaften, könnten sie diese aber auch nur bedingt gegen die Mobilfunknetzbetreiber einsetzen. Die Entgelte der Deutschen Telekom AG für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten sowie für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten unterliegen der Entgeltregulierung. Das heißt sie könnte ihre Übergewinne gerade nicht dazu nutzen, die Festnetznutzung zu subventionieren. Andererseits müssten die Mobilfunknetzbetreiber, wenn es einen Wettbewerb zwischen Mobilfunk und Festnetz gibt, sogar von überpreuerten Festnetz-Mobilfunkverbindungen profitieren, weil dadurch die Nutzung des Mobilfunkanschlusses gegenüber dem Festnetzanschluss attraktiver wird.

#### **d) Stellungnahme der EU-Kommission**

Die BNetzA versteht die Stellungnahme der Kommission hinsichtlich der Genehmigungspflicht dahin, dass sie auf die Umsetzung der gewählten Maßnahme der Entgeltregulierung gerichtet ist und nicht auf eine Änderung der Maßnahme. Zwar führt die Kommission aus, dass das gewählte Konzept der Entgeltgenehmigung über einen längeren Zeitraum hinweg nicht für Rechtssicherheit und Transparenz für Betreiber und Verbraucher Sorge. Doch fordert sie zugleich, dass über die Anträge der verschiedenen Betreiber auf Genehmigung der Terminierungsentgelte zügig entschieden werde. Das Genehmigungsverfahren sieht eine Entscheidung innerhalb von zehn Wochen auf den Antrag vor. Deshalb ist die Sorge der Kommission unbegründet. Das Genehmigungsverfahren bietet gerade Gewähr, dass binnen einer kurzen Frist die Entgelte festgesetzt werden.

Auch die Forderung, unverzüglich ein Kostenmodell zu erstellen, zielt nicht darauf, eine andere Verpflichtung aufzuerlegen, sondern im Rahmen der Entgeltregulierung auf ein Kostenmodell zurückgreifen zu können. Denn sollte ein Kostenmodell zu einem Teil bzw. zur Grundlage der Regulierungsverfügung gemacht werden, wie dies in einigen anderen Mitgliedsstaaten der Fall ist, so würde dies zu einer erheblichen Verzögerung führen. Dagegen aber wendet sich die Kommission gerade, in dem sie eine zügige Entscheidung über die Entgeltgenehmigung anmahnt.

#### **e) Übergangsfrist und Aussetzung**

Dem Antrag der Betroffenen auf Aussetzung des Verfahrens bis zur Erstellung eines Kostenmodells kann nicht stattgegeben werden. Entgegen der Ansicht der Betroffenen kann eine konsistente Entgeltregulierung nicht *nur* auf Basis eines Kostenmodells erfolgen. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass sich die Betroffene und die drei anderen Mobilfunkunternehmen entsprechend ihrer gesetzlichen Verpflichtung um die Vorlage von hinreichenden Kostenunterlagen bemühen. Deshalb kann die Beschlusskammer auch nicht per se davon ausgehen, dass nicht auf Grundlage der vorgelegten Kostenunterlagen entschieden wird. Sollten der Kostennachweise eines Unternehmens unvollständig sein, kann aber auch die Möglichkeit bestehen, mit Hilfe der von anderen Unternehmen vorgelegten Unterlagen die Kosten zu ermitteln.

Sollte eine Entscheidung nicht auf Basis der vorgelegten Kostenunterlagen gefällt werden können, gestattet § 35 Abs. 1 TKG ausdrücklich die Entscheidung auf Grundlage einer Vergleichsmarktbetrachtung. Eine Vergleichsmarktbetrachtung erscheint auch für die Mobilfunkmärkte

nicht ausgeschlossen.<sup>4</sup> Im Ergebnis geht die Beschlusskammer davon aus, dass die ersten unmittelbar anstehenden Genehmigungsverfahren auch ohne die Hilfe eines Kostenmodells konsistent beschieden werden können.

Gegen ein Aussetzen der Regulierungsverfügung bis zur Erstellung eines Kostenmodells spricht, dass damit die erforderliche Entgeltprüfung und ggf. erforderliche Entgeltanpassung erheblich verzögert würde. Nach vorläufiger Schätzung dauert die Erstellung und Kommentierung eines Kostenmodells (bei einer freihändigen Vergabe) mindestens sechs Monate. Die erforderliche Datenabfrage sowie die Erstellung der Kostenstudie würde zusätzlich noch mindestens zwei Monate beanspruchen. Eine solche Verzögerung ist nicht gerechtfertigt und widerspricht auch der Stellungnahme der Kommission, die gerade eine zügige Entscheidung über die Genehmigungsanträge fordert.

Entgegen der Forderung der Vodafone D2 GmbH war auch keine Übergangsfrist vorzusehen. Zwar muss das regulierte Unternehmen gemäß § 31 Abs. 5 TKG zehn Wochen vor Auslaufen der Genehmigung einen Entgeltantrag stellen. Doch dient die Norm nicht dem Schutz des regulierten Unternehmens, sondern dem Schutz der Nachfrager. Es soll nämlich sichergestellt werden, dass vor dem Inkrafttreten des Entgeltes eine Regulierung des Entgeltes erfolgt. Dadurch soll im Interesse des Nachfragers Transparenz geschaffen werden. Allerdings wird das Interesse der Nachfrager nur begrenzt geschützt. Denn gemäß § 35 Abs. 5 TKG wirkt eine Entgeltgenehmigung grundsätzlich zurück auf die Leistungserbringung. Damit wertet der Gesetzgeber das Ziel angemessene Entgelte zu setzen höher als das Transparenzinteresse. Die Zehnwochenfrist spricht also nicht für eine Übergangsfrist.

Die Frist ist auch nicht zum Schutz der Betroffenen erforderlich, weil durch eine vorläufige Anordnung gemäß § 130 TKG sichergestellt werden kann, dass die Betroffene durch die sofortige Einführung der Genehmigungspflicht nicht um ihren Entgeltanspruch gebracht wird. Der Beschlusskammer sind die Anforderungen, die ein Kostennachweis an ein Unternehmen stellt, bewusst. Doch kann sich die Betroffene nicht darauf berufen, dass sie ab dem Erlass der Regulierungsverfügung noch zwölf Wochen für die Erstellung der Kostenunterlagen braucht. Denn ihr wurde schon mit Schreiben vom 08.02.2006 mitgeteilt, dass die Auferlegung einer Genehmigungspflicht erwogen werde. Dies wurde mit der Veröffentlichung des Konsultationsentwurfes am 05.04.2006, der die Genehmigungspflicht vor sah, bestätigt. Mit Schreiben vom 27.06.2006 wurde sie dann über die Konsolidierung informiert und ausdrücklich zur Vorbereitung des Genehmigungsverfahrens aufgefordert. Nach Ansicht der Beschlusskammer hatte die Betroffene also hinreichend Zeit zur Vorbereitung ihres Genehmigungsantrages gehabt.

Eine Übergangsfrist kann auch nicht auf § 13 Abs. 1 S. 1 TKG gestützt werden. Die Ankündigungsfrist regelt lediglich den Widerruf einer Verpflichtung und nicht die erstmalige Auferlegung. Dies wird auch durch Art. 16 der Richtlinie 2002/21/EG bestätigt. Die Rahmenrichtlinie sieht nämlich in Absatz 3 die Ankündigung der Aufhebung der bereichsspezifischen Verpflichtungen vor, wenn festgestellt wird, dass auf einem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht, während keine Ankündigung für die Auferlegung, Änderung oder den Widerruf von Verpflichtungen vorgesehen ist, wenn beträchtliche Marktmacht besteht. Diese Differenzierung erklärt sich einfach dadurch, dass für einen Markt auf dem wirksamer Wettbewerb herrscht keine Maßnahmen konsultiert werden. Dagegen werden die betroffenen Parteien bei einem regulierungsbedürftigen Markt auf dem kein wirksamer Wettbewerb herrscht durch das Konsultationsverfahren über die geplanten Maßnahmen informiert. Daraus folgt auch, dass die Ankündigung des Widerrufs im Rahmen der Konsultation erfolgen kann.

Im Übrigen wurde der Betroffenen spätestens mit der Veröffentlichung des Konsultationsentwurfes die geplante Auferlegung der Maßnahme angekündigt. Sie hatte also 21 Wochen Zeit, sich auf das Entgeltgenehmigungsverfahren vorzubereiten.

---

<sup>4</sup> Im Ergebnis richtet sich die von der Betroffenen vorgetragene Kritik auch nicht grds. gegen die Entscheidung auf Basis einer Vergleichsmarktbetrachtung, sondern gegen die konkret durchgeführten Betrachtungen. Diese dienten aber nicht dazu, die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu prüfen, sondern zu prüfen, ob die jeweils beantragten Entgelte missbräuchlich i.S.d. § 28 Abs. 1 TKG waren. Beschluss BK 4c-04—048/Z06.07.04 vom 08.11.2004, S. 12; BK 3b-04/027 vom 28.12.2004, S. 24; BK 3d-04/028 vom 28.12.2004, S. 16f; BK 4c-05-071/E22.09.04 vom 02.13.2005, S. 9.

### 3.6 Getrennte Rechnungsführung, § 24 TKG

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Regulierungsbehörde den Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit Zugangsleistungen zu einer getrennten Rechnungsführung verpflichten. § 24 TKG setzt Artikel 11 Zugangs-RL um. In diesem Zusammenhang nimmt Erwägungsgrund 18 der Richtlinie auf die Empfehlung 98/322/EG vom 8. April 1998 zur Zusammenschaltung (Teil 2 - Getrennte Buchführung und Kostenrechnung) Bezug. Demnach ist Zweck der getrennten Buchführung, eine aus den Rechnungsbüchern hergeleitete Informationsanalyse vorzulegen, die das Ergebnis von Teilbereichen eines Geschäfts auf der Basis einer Aufgliederung von Kosten und Erlösen mit größtmöglicher Annäherung so beschreibt, als handele es sich um getrennt geführte Geschäftstätigkeiten (vgl. EU-Empfehlung vom 8. April 1998, Abl. L 141 vom 13.05.1998, S. 7). Die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung gemäß § 24 Abs. 1 S. 3 TKG soll somit insbesondere Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionen verhindern.

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer allerdings zu dem Ergebnis gekommen, dass die Auferlegung einer solchen Verpflichtung im Zusammenhang mit den durch diese Entscheidung auferlegten Verpflichtungen zur Erreichung dieser Zielsetzung nicht erforderlich ist und daher unverhältnismäßig wäre.

Die Entgelte, welche die Betroffene für die Zusammenschaltung einschließlich der Kollokation erheben kann, unterliegen der Genehmigungspflicht nach §§ 30 Abs. 1 S. 1, 31 TKG. Im Rahmen dessen hat die Betroffene gemäß § 33 Abs. 2 TKG Kostennachweise für die einzelne entgeltgenehmigungspflichtige Leistung vorzulegen. Weil auf der Grundlage der vorgelegten Kostennachweise, einer Vergleichsmarktbetrachtung bzw. einer Modellrechnung (vgl. § 35 Abs. 1 TKG) Entgelte nach § 31 Abs. 1 TKG nur dann genehmigungsfähig sind, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten, ist die Gefahr einer unzulässigen Quersubventionierung, die durch eine getrennte Rechnungsführung verhindert werden sollte, ausgeschlossen.

Darüber hinaus soll die gemäß § 33 Abs. 3 TKG regelmäßig zu Beginn eines jeden Geschäftsjahres von der Betroffenen vorzulegende Übersicht über die Gesamtkosten des Unternehmens sowie deren Aufteilung auf die Kostenstellen und auf die einzelnen Leistungen nach Einzel- und Gemeinkosten die Verifizierung, ob unzulässige Quersubventionierungen zwischen den einzelnen Leistungen, insbesondere zwischen dem regulierten und nicht regulierten Bereich vorliegen, ermöglichen.

Entgegen der Ansicht der Kommission ist die Auferlegung der getrennten Rechnungsführung nicht notwendig um eine effizientere Tarifgenehmigung zu gewährleisten und die Transparenz von Finanztransaktionen zu verbessern. Maßstab der Entgeltgenehmigung sind gemäß § 31 Abs. 1 TKG die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Diese können auch ohne eine getrennte Rechnungsführung ermittelt werden. Der Beschlusskammer ist auf Grund ihrer Erfahrung mit Entgeltgenehmigungsverfahren gegenüber der Deutschen Telekom AG nicht ersichtlich, inwiefern die Auferlegung einer getrennten Rechnungsführung die Effizienz des Genehmigungsverfahrens gesteigert hätte. Der Beschlusskammer ist auch nicht ersichtlich, wieso dies bei der Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte anders sein sollte.

Weshalb das hier festgestellte Marktversagen eine Transparenz von „Finanztransaktionen“ erfordert, erschließt sich der Beschlusskammer nicht. Die Kommission hat festgestellt, dass die getrennte Rechnungsführung nicht erforderlich sei um das Diskriminierungsverbot durchzusetzen oder Quersubventionierungen zu verhindern. Eine Kontrolle der Zahlungsströme, die nicht im Zusammenhang mit der auferlegten Entgeltregulierung stehen, ist aber nicht erforderlich.

## B. Standardangebot

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer II. des Tenors der Betroffenen auferlegte Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ist § 23 Abs. 1 TKG.

Danach soll die Regulierungsbehörde einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt und einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG unterliegt, verpflichten, in der Regel innerhalb von drei Monaten ein Standardangebot für die Zugangsleistung zu veröffentlichen, für die eine allgemeine Nachfrage besteht. Eine solche Verpflichtung kann, wie sich aus § 21 Abs. 1 S. 2 TKG ergibt, gemeinsam mit einer Entscheidung über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG ergehen.

Die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 TKG sind in Bezug auf die auferlegten Zugangsverpflichtungen erfüllt. Die Zugangsleistungen werden mit zunehmenden Verkehr auf dem Netz der Betroffenen auf immer größere Nachfrage stoßen. Schon jetzt ist die Betroffene mit allen nationalen Mobilfunknetzbetreibern und einigen Festnetzbetreibern zusammengeschaltet. Das Interesse der Festnetzbetreiber wird mit deren eigenen Erfolg sowie dem der Betroffenen steigen, so dass gerade für diese weiteren Nachfragen ein Standardangebot zu einer beschleunigten Zusammenschaltung führen wird.

Die Beschlusskammer hat keine Vorgaben zu den Bestandteilen des Standardangebotes gemacht. Sie geht aber davon aus, dass das Angebot so umfassend ist, dass es von Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden könnte. Das Angebot muss also alle für die Abwicklung der Zusammenschaltung erforderlichen Bedingungen (allgemeine Vertragsregeln sowie Regelung der Zusammenschaltungsleistungen und Preise, Zusammenschaltungsstandorte, technische Bestimmungen und Betrieb, Bestellung und Bereitstellung, Kollokation, Abrechnung, Ansprechpartner) enthalten.

## 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 30.08.2006

Anlagen  
Festlegung der Präsidentenkammer  
Kurzgutachten: Marktuntersuchung 2001

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Knobloch

Wilmsmann

Wieners