



Beschlusskammer 4

BK 4d-06-037/E22.03.06

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

der HanseNet Telekommunikation GmbH, Überseering 33a, 22297 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

und

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

Antragsgegnerin,

wegen Anordnung von Entgelten für die Zusammenschaltungsleistungen HanseNet-B.1 und HanseNet-B.2

- Verfahrensbevollmächtigte:

der Antragsgegnerin:

Rechtsanwälte Redeker, Dahs, Sellner, Widmaier u.a.
Mozartstraße 4-10
53115 Bonn

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

durch
den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jarl Georg Knobloch,
den Beisitzer Matthias Wieners und
den Beisitzer Dipl.-Kfm Axel Schug

beschlossen:

1. Für die Leistung HanseNet-B.1, welche die Antragsgegnerin aufgrund der mit Beschluss BK4a-03-039/Z 25.06.03 vom 03.09.03 angeordneten Zusammenschaltung bei der Antragstellerin nachfragt, werden ab dem 01.06.06 die folgenden Entgelte angeordnet:

	<u>Haupttarif</u>	<u>Nebentarif</u>
	werktags (Montag-Freitag) 09.00 Uhr - 18.00 Uhr	werktags 18.00 - 09.00 Uhr; sowie an Samstagen, Sonntagen und bundeseinheitlichen Feiertagen 00.00 Uhr - 24.00 Uhr
	€/Min	€/Min
Tarifzone I	0,0069	0,0053
Tarifzone II	0,0105	0,0076
Tarifzone III	0,0153	0,0106

Abweichend davon gilt das Entgelt für die Tarifzone I, wenn der LEZB, in dem die Verbindung terminiert wird, nur für andere Leistungen (Telekom-B.1, Telekom-B.2 oder Telekom-O.12) erschlossen ist, oder der LEZB, in dem die Verbindung terminiert wird, nicht erschlossen ist, weil die Antragstellerin einer Bestellaufforderung nicht innerhalb von 20 Werktagen nachgekommen ist oder ICAs nicht abgenommen hat. Für Verbindungen, die aufgrund der Leistung „Automatisches Überlaufrouting HanseNet-B.1“ nicht im LEZB übergeben werden, gilt das Entgelt für die Tarifstufe I. Für Verbindungen, die aufgrund der Leistung „Automatisches Überlaufrouting HanseNet-B.1“ nicht im GEZB übergeben werden, gilt das Entgelt für die Tarifstufe II.

2. Die Genehmigung ist befristet bis längstens zum 30.11.08.
3. Der Antragstellerin wird auferlegt, die Entgelte für die Leistungen HanseNet-B.1, die sie in Zusammenschaltungsverträgen mit anderen Netzbetreibern als der Antragsgegnerin vereinbart hat, unverzüglich an die in Ziffer 1. ab dem 01.06.06 angeordneten Entgelte anzupassen und der Beschlusskammer die erfolgten Anpassungen bis zum 01.08.06 nachzuweisen.
4. Die Anordnung der Entgelte steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass
 - a. die Antragstellerin und die Antragsgegnerin sich über die Entgelte für die Leistungen HanseNet-B.1 vertraglich einigen,
 - b. die Antragstellerin die in Ziffer 3. auferlegte Verpflichtung nicht erfüllt.
5. Der Beschluss BK4a-03-039/Z 25.06.03 vom 03.09.03 wird hinsichtlich der Anordnung der Leistung HanseNet-B.2 widerrufen.
6. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

I Sachverhalt

Die Antragstellerin betreibt ein öffentliches Telekommunikationsnetz und hat ihr Netz mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der Antragsgegnerin zusammengeschaltet. Rechtliche Grundlage für diese Zusammenschaltung ist derzeit die Zusammenschaltungsanordnung vom 03.09.03 (Az. BK4a-03-039/Z 25.06.03). In dieser Zusammenschaltungsanordnung wurde die Antragstellerin dazu verpflichtet, die Leistungen HanseNet-B.1 und HanseNet-B.2 gegenüber der Antragsgegnerin zu erbringen. Die Antragstellerin wurde im Gegenzug dazu verpflichtet, die

jeweils für diese Leistungen vorläufig genehmigten, genehmigten oder teilgenehmigten Entgelte an die Antragstellerin zu zahlen. Die Zusammenschaltungsanordnung war erforderlich geworden, weil die Antragstellerin, wie auch andere Teilnehmernetzbetreiber, keine „reziproke“ Abrechnung ihrer Zusammenschaltungsleistungen mehr akzeptieren wollte und sie sich mit der Antragsgegnerin über eine vertragliche Festlegung dieser Zusammenschaltungsentgelte nicht einigen konnte. Die streitigen Entgelte wurden mit der Entscheidung BK 4a-04-055/E20.08.04 vom 26.10.04 befristet bis zum 31.05.06 angeordnet. Im Hinblick auf den bevorstehenden Ablauf der Befristung hat die Antragstellerin am 22.03.06 einen Antrag auf Anordnung der Entgelte ab dem 01.06.06 eingereicht.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, ihr Antrag sei zulässig und begründet. Die beantragten Entgelte unterlägen der nachträglichen Entgeltkontrolle und seien anzuordnen, weil ein Preishöhenmissbrauch nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG nicht vorliege. Für die Prüfung der Missbräuchlichkeit komme es dabei entsprechend der aktuellen Rechtsprechung des VG Köln auf den „höchsten unverzerrten Wettbewerbspreis“ an. Als höchste Wettbewerbspreise seien die Entgelte in Spanien und Österreich zu Grunde zu legen. Zwar würden die beantragten Entgelte die höchsten Vergleichspreise in den genannten Ländern überschreiten, diese Abweichung bedeute jedoch keinen missbräuchlichen durchsetzbaren Preis. Denn missbräuchliche Entgelte würden nur vorliegen, sofern der zu beurteilende Preis den wettbewerbsanalogen Preis erheblich übersteige. In einem auf § 19 GWB beruhenden Verfahren habe unlängst das OLG Düsseldorf entschieden, dass eine Preiserhöhung nur dann Ausdruck der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung sein könne, wenn zwischen dem zur kartellrechtlichen Überprüfung stehenden Preis und dem Wettbewerbspreis ein deutlicher Abstand bestehe. In dem zu entscheidenden Fall habe das Oberlandesgericht einen Abstand von 10 % als nicht missbräuchlich erachtet.

Sie beantragt:

Für die Zusammenschaltungsentgelte HanseNet-B.1 und HanseNet-B.2, die die Antragsgegnerin aufgrund der mit Beschluss BK4a-03-039/Z25.06.03 vom 03.09.2003 angeordneten Zusammenschaltung bei der Antragstellerin nachfragt, werden für den Zeitraum ab dem 01.06.2006 die folgenden Entgelte angeordnet.

	<u>Haupttarif</u>	<u>Nebentarif</u>
	werktags (Montag-Freitag) 09.00 Uhr - 18.00 Uhr	werktags 18.00 - 09.00 Uhr; sowie an Samstagen, Sonntagen und bundeseinheitlichen Feiertagen 00.00 Uhr - 24.00 Uhr
	€/Min	€/Min
Tarifzone I	0,0096	0,0071
Tarifzone II	0,0106	0,0076
Tarifzone III	0,0123	0,0086

Die Antragsgegnerin beantragt,
den Antrag abzulehnen.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass der Antrag hinsichtlich der Entgelte für die Basisleistungen HanseNet-B.1 und HanseNet-B.2 ungegründet sei. Die beantragten Entgelte seien überhöht. Eine Anordnung könne nur auf Grundlage einer Einzelkostenprüfung nach § 31 TKG erfolgen. Selbst wenn die Bundesnetzagentur zu unrecht an der ex-post Regulierung nach § 30

Abs. 1 Satz 2 TKG festhalten sollte, würde die Anordnung jedes höheren als des reziproken Entgeltes gegen § 28 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG verstoßen. Die Leistungen seien technisch und betrieblich identisch, weil sie sich beide auf nationale Festnetze beziehen. Bei funktionsfähigem Wettbewerb würden diese Leistungen daher zu gleichen Preisen ausgetauscht. Keinesfalls aber könnte die Antragstellerin höhere Entgelte für reziproke Leistungen erzielen. Auch die von der Antragstellerin vorgelegte Vergleichsmarktbetrachtung könne ihre Forderung nicht stützen. Sie beruhe auf falschen rechtlichen Annahmen und sei methodisch fehlerhaft. Die Vergleichsmarktbetrachtung könne schon deshalb nicht als Grundlage für die Anordnung der beantragten Entgelte herangezogen werden, weil es ihr an einer hinreichenden Datenbasis mangle. Die Antragstellerin habe willkürlich zwei EU-Länder herausgegriffen. Eine Vergleichsmarktbetrachtung müsse jedoch auf einer Vielzahl von vergleichbaren Ländern beruhen. Bei Preisen, die nach dem Prinzip der verzögerten Reziprozität gebildet werden, handele es sich nicht um Wettbewerbspreise, sondern regulatorisch künstlich hergestellte Preise, die weder einen Zusammenhang mit den tatsächlichen Kosten der alternativen Teilnehmernetzbetreiber noch mit denjenigen Entgelten herstellen, die sich im Wettbewerb herausbilden würden. Im Rahmen des der Beschlusskammer zustehenden Anordnungsermessens sei zu berücksichtigen, dass verschiedene Zuschlagssätze weder im Vorleistungs- noch im Endkundenbilling der Antragsgegnerin derzeit möglich sei.

Das Bundeskartellamt, dem der Beschlussentwurf mit Schreiben vom 23.05.06 zugeleitet worden ist, hat von einer Stellungnahme abgesehen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftsätzlichen Äußerungen der Parteien im Verwaltungsverfahren, den sonstigen Inhalt der Verwaltungsakten sowie die Ausführungen unter Ziffer II. verwiesen.

II Gründe

Die Entgelte für die Leistung HanseNet-B.1 sind nicht in der von der Antragstellerin beantragten Höhe anordnungsfähig, sondern lediglich im tenorierten Umfang.

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus §§ 116 Abs 1, 132 Abs. 1 S. 1 TKG. Gemäß § 132 Abs. 4 TKG in Verbindung mit der Geschäftsordnung der Bundesnetzagentur sind die übrigen Beschlusskammern und die Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

1 Widerruf

Die Anordnung der Leistung HanseNet-B.2 im Beschluss BK4a-03-039/Z 25.06.03 wird gemäß § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG widerrufen. Die Antragsgegnerin hat ihren Verbindungsnetzbetreiberdienst für Kunden anderer Netze eingestellt und deshalb kein Interesse mehr an der Leistung.

Mit dem Widerruf besteht auch kein Interesse an einer Festsetzung entsprechender Entgelte.

2 Rechtsgrundlage

Die Entscheidung war auf der Grundlage von § 25 Abs. 1, 5 und 6 TKG i.V.m. §§ 30 Abs. 1 S.2, 38, 28 TKG zu treffen.

3 Voraussetzungen für die Entgeltanordnung gemäß § 25 TKG

Die Zusammenschaltung wurde mit Beschluss BK4a-03-039/Z 25.06.03 vom 03.09.03 angeordnet, die Entgeltregelung läuft am 31.05.06 aus. Die Parteien haben sich auch nicht über das Entgelt einigen können.

4 Entgeltanordnung nach § 25 TKG

Liegen die Voraussetzungen für eine Entgeltanordnung gemäß § 25 Abs. 1, 5 und 6 TKG vor, so gelten gemäß § 25 Abs. 5 S. 3 TKG hinsichtlich der „festzulegenden Entgelte“ die §§ 27 bis 38 TKG.

Verfahrensgegenstand sind die Entgelte für die Terminierungsleistungen der Antragstellerin in ihrem Netz. Die Entgelte für diese Verbindungsleistungen unterliegen gemäß Ziffer I. 4. des Tenors der Regulierungsverfügung BK 4d-05-32/R vom 29.05.06 als auferlegte Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 TKG der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG.

5 Maßstäbe der nachträglichen Entgeltregulierung

Gemäß § 38 TKG müssen Entgelte, die der nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen, den Maßstäben des § 28 TKG genügen. Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus § 38 Abs. 2 TKG, nach dem die Regulierungsbehörde eine Überprüfung von Entgelten einleitet, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass die Entgelte für die Zugangsleistungen nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen, sowie insbesondere auch aus Absatz 4 der Vorschrift. Danach muss die Regulierungsbehörde nachträglich zu überprüfende Entgelte, die nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen, untersagen.

Die Entgelte für die Leistung HanseNet-B.1 waren folglich daraufhin zu überprüfen, ob sie den Maßstäben des § 28 TKG genügen.

6 Preishöhenmissbrauch, § 28 Abs. 1 S.2 Nr. 1 TKG

Die von der Antragstellerin beantragten Entgelte liegen durchschnittlich um ca. 36 % über den Referenzтарifen, die sich aus einer geeigneten, speziellen internationalen Vergleichsmarktbetrachtung (siehe Ziffer 6.1) ergeben und verstoßen damit gegen § 28 Abs. 1 Nr. 1 TKG.

Bei der Prüfung, ob ein Preishöhenmissbrauch im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, kann grundsätzlich auf die zu § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden. Denn nach der Begründung zu § 26 TKG-RegE, dem § 28 TKG entspricht, orientiert sich die Vorschrift an § 19 Abs. 4 GWB (a.a.O., S. 67). Während für die Feststellung, ob ein Missbrauch gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB zu verzeichnen ist, insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen sind, ist nach dem TKG Ausgangspunkt für eine Missbrauchsprüfung von Entgelten das vom Gesetzgeber in § 38 Abs. 2 S. 3 TKG besonders hervorgehobene Vergleichsmarktprinzip entsprechend § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG.

Im Rahmen der Missbrauchsprüfung nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 TKG ist im Gegensatz zum Vorgehen bei der Regulierung nach § 31 TKG keine strenge Effizienzbetrachtung durchzuführen. Der mildere Maßstab der Ex Post-Kontrolle gegenüber der Ex-ante-Genehmigung ergibt sich zum einen aus der Begründung zu § 36 TKG-RegE, dem § 38 TKG entspricht. Danach soll eine Preisobergrenze nicht nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung geprüft werden (vgl. Begründung zu § 36 TKG-E, a.a.O., S 70, in dem auf § 29 Abs. 1 und 2 TKG-E Bezug genommen wird). Ferner verweist § 38 Abs. 2 TKG gerade nicht auf § 31 TKG, sondern „nur“ auf § 28 TKG. Schließlich ergibt sich aus der Begründung zu § 26 TKG-RegE, dem jetzigen § 28 TKG, dass die „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung .. allerdings der zentrale Ansatzpunkt im Bereich der Entgeltgenehmigungen (bleiben)“ (Hervorhebung nur hier). Hieraus folgt umgekehrt, dass dieser Maßstab nicht von vornherein im Rahmen der Missbrauchskontrolle nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 TKG gilt.

6.1 Vergleichsmarktbetrachtung der BNetzA als geeignete Methode i. S. v. § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG

Die Beschlusskammer hat zur Bewertung der beantragten Entgelte und zur Quantifizierung der anordnungsfähigen Entgelte die im vorausgegangenen Beschluss vom 26.10.04 dargelegte Methodik der Vergleichsmarktbetrachtung – auch unter Beachtung der zwischenzeitlichen

Rechtsprechung des VG Köln – weiterentwickelt.

Hierbei wurden methodische Ansätze des internationalen Tarifvergleichs einbezogen, der eine Grundlage für die mit Beschluss (Az. BK4b-06-005/E02.02.06) vom 13.04.06 - ab dem 01.06.06 – genehmigten Tarife für die Leistungen T-Com-B.1/-B.2 gewesen ist.

Ermittlung des „höchsten unverzerrten Wettbewerbspreises“

Im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung war - unter Beachtung der von der Rechtsprechung zu § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB entwickelten Kriterien – zunächst der „höchste unverzerrte Wettbewerbspreis“ zu bestimmen:

- Ein missbräuchliches Verhalten im Sinne des § 28 Abs. 1 i. V. m. §§ 38 Abs. 2 S. 3, § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG ist anhand der Preise solcher Unternehmen zu bewerten, die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten anbieten, wobei die Besonderheiten der Vergleichsmärkte zu berücksichtigen sind. Der Grund für diese abweichende Regelung im TKG liegt darin, dass Telekommunikationsmärkte mit wirksamem Wettbewerb nur in geringem Maße existieren und somit eine Vergleichsmarktbetrachtung nach den GWB-Kriterien leer laufen würde.
- Bei der Vergleichsmarktbetrachtung waren darüber hinaus grundsätzlich die Entgelte strukturgleicher ausländischer Anbieter, d. h. der alternativen Teilnehmernetzbetreiber in den Vergleichsländern, zu berücksichtigen. Dabei konnten die Entgelte in den Vergleichsländern jedoch nur insoweit herangezogen werden, wie sie mit hinreichender Sicherheit ermittelbar waren.

Aufgrund der erheblichen Problematik bei der Eruiierung eventueller nicht reziproker Entgelte (siehe auch Ziffer 6.2) wurden in die Quantifizierung der Referenztarife ausschließlich die reziproken Entgelte einbezogen. Aussagefähige und gesicherte Daten zu nicht reziproken Tarifen sind derzeit nach den Ermittlungen der BNetzA schlichtweg nicht feststellbar. Nach dem Kenntnisstand der Bundesnetzagentur entsprechen im Übrigen nach wie vor in vielen Ländern die Tarife für die Terminierungs- und Zuführungsleistungen alternativer Teilnehmernetzbetreiber den betreffenden Entgelten der marktbeherrschenden Anbieter.

Gegen die Verwendung von nicht reziproken Entgelten bei der Vergleichsmarktbetrachtung spricht im Übrigen auch, dass die betreffenden Tarife zumindest teilweise nach dem Prinzip der „verzögerten Reziprozität“ festgelegt werden dürfen, also den früheren Entgelten des jeweiligen Marktbeherrschers entsprechen können, und derartige allein regulatorisch, ohne Markt- und Kostenbezug bestimmten Tarife, wie auch die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 25.04.06 zutreffend ausführt, als Näherungswerte für „unverzerrte Wettbewerbspreise“ ungeeignet sind.

- Des weiteren war zur Bestimmung eines Preises, der sich i. S. von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB „bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würde“, nicht auf jedweden beliebig hohen Vergleichstarif zurückzugreifen. Mit dem Maßstab des „wettbewerbsanalogen Preises“ wäre es im vorliegenden Fall nicht vereinbar, wenn aus einer Vielzahl von Vergleichsländern, die seit einem mehr oder weniger langen Zeitraum für den Wettbewerb geöffnet und in denen funktionsfähige Wettbewerbsstrukturen ggf. noch nicht abschließend ausgebildet sind, einfach der höchste Wert herangezogen würde. Denn die höheren Vergleichstarife können trotz der Öffnung für den Wettbewerb noch erhebliche Verzerrungen bzw. signifikante Abweichungen von „analogen Wettbewerbspreisen“ aufweisen, die bei wirksamem Wettbewerb gerade nicht zu verzeichnen wären. Derartige Unterschiede zu Als-ob-Wettbewerbspreisen können beispielsweise aus einer im Vergleich zu anderen Ländern langsameren Entwicklung der Wett-

bewerbsstrukturen resultieren oder auch befristeten regulatorischen Vorgaben. Der nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG zulässige Rückgriff auf „für den Wettbewerb geöffnete Märkte“, der in das Gesetz aufgenommen wurde, um Vergleichsmarktbetrachtungen im Telekommunikationsbereich überhaupt zu ermöglichen, darf aber nicht dazu führen, dass das Ergebnis der Vergleichsmarktbetrachtung mit einem „wettbewerbsanalogen Preis“ nichts mehr zu tun hat.

Bei der Festlegung der Referenztarife für die Leistung HanseNet-B.1 in den einzelnen Tarifzonen waren daher nur diejenigen Länder zu betrachten, in denen von einer hinreichenden Annäherung an einen unverzerrten Wettbewerbspreis auszugehen ist. Gleichzeitig war der mildere Maßstab des § 28 TKG zu beachten.

Eine ausreichende Näherung an Wettbewerbspreise liegt im Falle einer Vielzahl vorliegender Vergleichswerte dann mit hoher Wahrscheinlichkeit vor, wenn die Entgelte – bei Vergleichbarkeit der betreffenden Länder zu den deutschen Märkten – bereits gewissen Effizienzaspekten genügen. Internationale Vergleichstarife für die Terminierung und Zuführung, die dieses Kriterium erfüllen, wurden zuletzt in dem Verfahren zu den Tarifen für die Leistungen T-Com-B.1/-B.2 anhand des sog. „erweiterten EU- Vergleichs“ bestimmt (siehe Beschluss (Az. BK 4b-06-005/E02.02.06) vom 13.04.06, S. 39ff. des aml. Umdrucks, und nähere Erläuterung unten).

Darüber hinaus waren die für die Leistung T-Com-B.1 der Antragsgegnerin – unter Beachtung der spezifischen deutschen Marktstruktur - mit Beschluss vom 13.04.06 genehmigten Entgelte als weitere Vergleichswerte in die Untersuchung einzubeziehen. Von den damit verfügbaren fünf Vergleichsländern, in denen näherungsweise von unverzerrten Wettbewerbspreisen auszugehen ist, war das Land mit den höchsten Einzelwerten zur Bestimmung der Referenztarife auszuwählen.

Bei der Ermittlung der vier internationalen Vergleichswerte – neben dem deutschen Wert - auf Basis des erweiterten EU-Vergleichs wurde im Einzelnen wie folgt vorgegangen:

Zur Umrechnung der Tarife von Ländern, in denen der Euro nicht die Landeswährung darstellt, wurden wie bislang Wechselkurse verwendet und dabei zur Minimierung von Wechselkurschwankungen ein Zweijahreszeitraum (1. Quartal 2004 bis 4. Quartal 2005) betrachtet.

Sofern in den Vergleichsländern Entgelte pro Verbindungsaufbau (Call Setup-Charges) anfallen, wurden diese durch die durchschnittlichen Gesprächsdauern in den einzelnen Tarifzonen geteilt und zu den Zusammenschaltungsentgelten pro Minute addiert. Die durchschnittlichen Gesprächsdauern wurden mangels anderweitig verfügbarer Daten anhand der von der Antragsgegnerin für die Leistungen T-Com-B.1 im Verfahren BK 4b-06/005/E02.02.06 gelieferten Angaben ermittelt.

Die Tarifvergleiche erfolgten getrennt für Peak- und Offpeak-Entgelte. Die Peak- und Offpeak-Tarife in den Vergleichsländern wurden, ebenfalls anhand der Verkehrsmengenverteilungen aus dem Verfahren BK 4b-06/005/E02.02.06, zunächst zu einem 24-Stunden-Tarif aggregiert.

Im Rahmen des erweiterten EU-Vergleichs werden zwei wesentliche Leistungsmerkmale von Zusammenschaltungsdienstleistungen - die erreichbaren Teilnehmeranschlüsse und die abgedeckte Fläche – einbezogen, um gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG die „Besonderheiten der Vergleichsmärkte“ hinreichend zu berücksichtigen und die ausländischen Entgelte an die deutschen Verhältnisse anzupassen:

Zu diesem Zweck wird für alle Vergleichsländer

- die Anzahl der Teilnehmeranschlüsse, die durchschnittlich je Ort der Zusammenschaltung mit einem Tarif (local, single transit bzw. double transit) erreichbar sind und

- die geographische Fläche, die durchschnittlich je Ort der Zusammenschaltung mit einem Tarif abgedeckt werden kann,

ermittelt.

Die betreffenden Werte wurden - getrennt für die teilnehmer- und flächenbezogene Variante - in Tabellen aufgelistet und graphisch dargestellt.

Die so definierten unterschiedlichen Punkte der elementbasierten Tarifzonen wurden je Land zu Kurven verbunden. Des Weiteren wurde mittels einer linearen „kleinste-Quadrate Regression“ die Regressionsgrade, die sich aus den Werten für alle betrachteten Länder ergibt, ermittelt. In einem nächsten Schritt wurden diejenigen Länder aussortiert, deren durchschnittliche Teilnehmerzahlen und durchschnittliche Flächen die x-Achse nicht weitgehend abdecken – , deren Vergleichbarkeit also offenkundig nicht gewährleistet ist, - oder bei denen aufgrund ihrer Höhe in Relation zu anderen Vergleichstarifen von Verzerrungen auszugehen ist, die einem analogen Wettbewerbspreis nicht gerecht werden.

Auf diese Weise wurden Großbritannien, Frankreich, Italien und Schweden als Referenzländer ausgewählt. In diesen vier Ländern decken die durchschnittlichen Teilnehmerzahlen bzw. die durchschnittlichen Flächen je POI einen hinreichenden Abschnitt der x-Achse ab. Ebenso liegen die zugehörigen Tarife in allen vier Referenzländern mit mindestens 3 Punkten unterhalb der o. g. Regressionsgraden, die auf Grundlage der Daten von sämtlichen Ländern ermittelt wurde.

Darüber hinaus waren, wie oben erwähnt, die für die Leistungen T-Com-B.1 der Antragsgegnerin genehmigten Entgelte als weitere Vergleichswerte einzubeziehen.

Die höchsten Einzelpreise innerhalb der verfügbaren fünf Vergleichsländer liegen in Schweden vor und wurden als Referenztarife herangezogen. Die dortigen Entgelte für Terminierungs- und Zuführungsleistungen alternativer Teilnehmernetzbetreiber sind im Übrigen reziprok.

Im Hinblick auf die Werte in Schweden wurde nunmehr eine spezielle Regressionsanalyse (ebenfalls lineare kleinste-Quadrate Regression) durchgeführt und so die für die Ermittlung der Referenzwerte maßgebliche Regressionsgrade bestimmt. Diese Gerade beschreibt den Zusammenhang zwischen den unterschiedlichen x-Werten und der dazugehörigen durchschnittlichen Höhe der Tarife in Schweden. Die Referenzpreise für die deutschen alternativen Teilnehmernetzbetreiber ergaben sich graphisch als Schnittpunkte der senkrechten Linien über den deutschen x-Achsen-Werten mit dieser Regressionsgeraden bzw. mathematisch durch Einsetzen der deutschen x-Werte in die Geradengleichung.

Die Vorgehensweise führte für jede der drei Tarifzonen - getrennt für die teilnehmer- und flächenbezogene Variante - jeweils zu einem Referenzwert für den 24-Stundendurchschnitt:

	(Teilnehmeranschlüsse) €/Minute	(Fläche) €/Minute
Local (Tarifzone I)	0,00626	0,00529
Single Transit (Tarifzone II)	0,00777	0,00656
Double Transit (Tarifzone III)	0,00971	0,00821

Tabelle 1

Aus den beiden Ergebnissen für die drei Tarifzonen wurden gewogene Mittel gebildet.

Denn die Daten zu den Teilnehmeranschlüssen stellen eine Einflussgröße dar, die in eindeutigen Zusammenhang zu den vermittlungstechnischen Kosten steht. Die Flächenangaben haben

demgegenüber vorrangig Auswirkungen auf die linien- und übertragungstechnischen Kosten. Die teilnehmer- und flächenbezogenen Referenztarife wurden daher mit den Anteilen der vermittlungstechnischen gegenüber den linien- und übertragungstechnischen Kosten gewichtet (wiederum anhand der Daten aus dem Verfahren BK 4b-06/005/E02.02.06: 67,53 % bzw. 32,47 %). Auf diese Weise ist in stärkerem Maße als bei Bildung eines ungewichteten Mittels gewährleistet, dass die über den internationalen Tarifvergleich bestimmten Preise den spezifischen Verhältnissen in Deutschland entsprechen.

Durch die Gewichtung der o. g. flächen- und teilnehmerbezogenen Beträge ergeben sich folgende 24-Stunden-Durchschnittswerte (€/Minute):

Local (Tarifzone I)	0,0059
Single Transit (Tarifzone II)	0,0074
Double Transit (Tarifzone III)	0,0092

Tabelle 2

Sicherheitszuschlag

Der bei Anwendung der GWB-Vorgaben teilweise berücksichtigte „Sicherheitszuschlag“ war hier nicht anzusetzen. Der Sicherheitszuschlag hat im Wesentlichen den Zweck, kostenwirksamen Unterschieden der Marktstruktur zwischen dem relevanten Markt und den Vergleichsmärkten Rechnung zu tragen (vgl. z. B. BGH, Beschluss vom 28.06.05 – KVR 17/04, S. 13 des amtl. Umdrucks; Weyer (2005), Kommentar zu § 19 GWB, in Frankfurter Kommentar, S. 608). Genau dies erfolgt aber bereits durch die dargestellte Regressionsberechnung: Statt geschätzte Pauschalen einzubeziehen, werden nach der Methodik der BNetzA die Entgelte im Ausland unter Rückgriff auf die beiden wesentlichen kostenrelevanten Parameter an die deutschen Verhältnisse angepasst. So liegen die schwedischen Tarife nach dieser Umrechnung um durchschnittlich ca. 5 % über den tatsächlich in Schweden für die Terminierungs- und Zuführungsleistungen erhobenen Entgelten.

Missbräuchlichkeit der beantragten Entgelte

Unter Einbezug der für die alternativen Teilnehmernetzbetreiber maßgeblichen Verkehrsmengen, die anhand einer Datenermittlung der Antragsgegnerin - in Zusammenhang mit dem Auszahlungsbetrag an ICP als Bestandteil der Leistung T-Com-O.2 - in dem Verfahren (Az. BK 4b-06/005/E02.02.06) errechnet werden konnten, lässt sich nunmehr ein Gesamtdurchschnitt aus den beantragten Tarifen und aus den Referenztarifen gemäß Tabelle 2 ermitteln:

	Antragswert (€/Minute)	Referenztarif (€/Minute)	Gewichtung
Tarifzone I	0,0083	0,0059	79,29 %
Tarifzone II	0,0091	0,0074	18,84 %
Tarifzone III	0,0100	0,0092	1,87 %
Gewichteter Durchschnitt	0,008483	0,006244	

Tabelle 3

Hinweis: Die Peak- und Offpeak-Werte laut Antrag wurden anhand der Verkehrsmengen aus dem o. g. Verfahren in einem ersten Schritt zu einem 24-Stundenwert verdichtet.

Der durchschnittliche Antragswert (0,0085 €/Minute) liegt damit um 35,9 % über dem gemittelten Referenztarif (0,0062 €/Minute). Ungeachtet der Berücksichtigung eines nach der Rechtsprechung zu § 19 GWB einzubeziehenden „Erheblichkeitszuschlags“ ist damit ein Preishöhenmissbrauch unstrittig zu bejahen.

Sachliche Gründe für eine Preisgestaltung, die nach der Rechtsprechung zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB ein erhebliches Abweichen von einem wettbewerbsanalogem Preis rechtfertigen und einen Missbrauchsvorwurf ausschließen würden, sind der Beschlusskammer nicht ersichtlich.

6.2 Vergleichsmarktbetrachtung der Antragstellerin

Der von der Antragstellerin beigefügte internationale Tarifvergleich stellt keine geeignete Grundlage für eine Bewertung der beantragten Tarife nach den Maßstäben des § 28 TKG dar.

Die Antragstellerin greift in einem ersten Schritt auf die Entgelte für Terminierungsleistungen in Österreich und Spanien zurück, die nach ihren Ermittlungen die „höchsten Einzelpreise in Europa“ darstellen. Bei den Tarifen aus Österreich handelt es sich dabei um die Terminierungsentgelte des Incumbents. Die Tarife für Terminierungsleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens in Spanien werden unter Verweis auf eine Entscheidung der dortigen Regulierungsbehörde noch um 30% erhöht. Die Peak- und Offpeak-Beträge werden anhand der Verkehrsmengen der Antragstellerin zu 24-Stundendurchschnittswerten je Tarifzonen und darüber hinaus zu einem tarifzonenunabhängigen 24-Stundenbetrag verdichtet.

Die Abweichungen des aus den beantragten Tarifen ermittelten tarifzonenunabhängigen 24-Stundendurchschnittsbetrages (0,008230 €/Minute laut Berechnung der Antragstellerin) von den entsprechenden Ergebnissen anhand des internationalen Tarifvergleichs (Österreich: 0,006723 €/Minute; Spanien: 0,006726 €/Minute) belaufen sich auf 22,42 % bzw. 22,36% und stellen nach Einschätzung der Antragstellerin keinen „missbräuchlichen, nur aufgrund einer beträchtlichen Marktmacht durchsetzbaren Preis“ dar.

Zunächst konnte von der Bundesnetzagentur nicht verifiziert werden, dass die Terminierungsentgelte alternativer Teilnehmernetzbetreiber in Spanien die entsprechenden Entgelte von Telefonica um bis zu 30-Prozent überschreiten dürfen. Nach Mitteilung des zuständigen Regulierers gilt in Spanien Reziprozität. Im Übrigen stellen die Angaben zu nicht reziproken Entgelten in der Regel Obergrenzen dar, über deren tatsächliche Ausschöpfung nichts bekannt ist.

Des Weiteren ist es, wie unter Ziffer 6.1 ausführlich erläutert, zur Bestimmung unverzerrter Wettbewerbspreise nicht zulässig, auf jedes beliebige Land zurückzugreifen. Österreich und Spanien zählen nach den Ermittlungen der Bundesnetzagentur gerade nicht zu den Ländern, in denen derzeit von unverzerrten Wettbewerbspreisen auszugehen ist und sind deshalb nicht in die Vergleichsmarktbetrachtung einzubeziehen.

7 Bestimmung der tenorierten Entgelte

Zur Bestimmung der anordnungsfähigen Entgelte waren die Ergebnisse der Vergleichsmarktbetrachtung gemäß Ziffer 6.1 noch um einen Erheblichkeitszuschlag von 6 % zu erhöhen.

Ein solcher Erheblichkeitszuschlag ist dem Grunde nach gerechtfertigt, weil nicht jede Preisüberhöhung Ausdruck der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ist. Erforderlich für die Feststellung der Missbräuchlichkeit ist deshalb – zumindest grundsätzlich – ein deutlicher Abstand zwischen dem zur Überprüfung stehenden Preis und dem als Vergleichsmaßstab heranzuziehenden (wirklichen oder fiktiven) Wettbewerbspreis (VG Köln mit Beschluss vom 15.03.06 unter Bezugnahme auf die Grundsätze der Rechtsprechung des BGH zu § 19 Abs. 4 GWB, AZ 1 L 109/06 S. 5 der Druckversion; in der Sache ging es dabei um die Prüfung des Preishöhenmissbrauchs im Bereich der Terminierung von Gesprächen in einem Mobilfunknetz).

Bei der konkreten Bemessung der Zuschlagshöhe ist vorliegend allerdings zu berücksichtigen, dass der sachliche Markt von einer natürlichen Monopolsituation geprägt ist (vgl. die von der Präsidentenkammer getroffene Festlegungen nach §§ 10 f. TKG auf den Märkten der Anrufzustellung in einzelnen alternativen Festnetzen, wonach alle alternativen Teilnehmernetzbetreiber

in ihren Netzen über beträchtliche Marktmacht beim Angebot von Terminierungsleistungen verfügen, (BK 4d-05-32/R). In einem derartigen Fall ist es gerechtfertigt, dass ein Missbrauch bereits bei einem geringeren Zuschlag bejaht werden kann, als er unter normalen Marktgegebenheiten erforderlich wäre (vgl. Kartellsenat des BGH im Beschluss KVR 17/04 vom 28.06.05 zu § 19 Abs. 4 GWB und dem insoweit vergleichbaren netzbasierten Strommarkt). Vor diesem Hintergrund ist ein Zuschlagswert von 6 % als gerechtfertigt anzusehen (vgl. auch OLG Düsseldorf, B. v. 17.03.04 – VI Kart 18/03 (V)).

Das Ansetzen eines Erheblichkeitszuschlags von 6 % hat im Übrigen zur Folge, dass die absolute Differenz zwischen den Entgelten für die Leistung T-Com-B.1 und HanseNet-B.1 im Vergleich zu den bisher geltenden Tarifen nach der unten näher erläuterten Berechnungsmethodik unverändert 0,0017 €/Minute beträgt.

Denn die Beschlusskammer hat – zum Vorteil von Endkunden, Antragsgegnerin und auch der Antragstellerin – die tenorierten Tarife dergestalt festgelegt, dass wie bislang in allen Tarifpositionen eine einheitliche Differenz zwischen den Entgelten für die Leistung T-Com-B.1 und HanseNet-B.1 (bzw. ein einheitlicher „Aufschlag“) zu verzeichnen ist.

Unterschiedliche Differenzen demgegenüber hätten, wie die Antragsgegnerin in ihrem Schreiben vom 25.04.06 ausführlich erörtert, eine erhebliche Billing-Problematik zur Folge gehabt. So wären für die Antragsgegnerin und auch für die Wettbewerber Investitionen für die Abrechnungssoftware erforderlich geworden. Auch hätte das bislang praktizierte Durchreichen der höheren Terminierungstarife an die Endkunden durch die Antragsgegnerin im Falle unterschiedlicher „Aufschläge“ einen Ausbau von Hard- und Softwarekomponenten erforderlich gemacht und darüber hinaus Probleme bei der Zuordnung von Tarifzonen im Vorleistungsbereich zu den Kommunikationsdatensätzen der Endkunden verursacht. Ein einheitlicher absoluter „Zuschlag“ in allen Tarifpositionen erhöht demgegenüber im Falle des Durchreichens die Transparenz für den Endkunden. Ein unveränderter absoluter Zuschlag vermeidet darüber hinaus erneute Beschwerden, die durch höhere Endkundentarife bei Gesprächen aus dem Netz der Antragsgegnerin in das Netz der Antragstellerin verursacht werden. Dies ist sowohl im Sinne der Antragsgegnerin wie auch der Antragstellerin.

Zu betonen ist, dass das Tarifniveau bzw. der gewichtete Durchschnitt aus allen Tarifpositionen, der durch den ermittelten höchsten analogen Wettbewerbspreis zzgl. des Erheblichkeitszuschlages vorgegeben ist, durch die aus den genannten Gründen erfolgte Umrechnung nicht verändert wird.

Zur Quantifizierung der nach Tarifzonen sowie nach Peak- und Offpeak differenzierten Entgelten mit „einheitlichem Aufschlag“ wurde zunächst der gewogene Durchschnitt der Referenztarife gemäß Tabelle 2 um den Erheblichkeitszuschlag von 6 % erhöht (0,006244 €/Minute zzgl. 6 % ergeben 0,006619 €/Minute).

Des Weiteren wurde aus den mit Beschluss (Az. BK 4b-06-005/E02.02.06) vom 13.04.06 für die Leistung T-Com-B.1 genehmigten Tarifen ebenfalls ein gewogenes Mittel gebildet. Zur Gewichtung wurden entsprechend den o. g. Referenztarifen die 24-Stunden-Durchschnittswerte der T-Com-B.1-Entgelte (siehe Beschluss vom 13.04.06, S. 39 und 46 des amtl. Umdrucks) sowie wiederum die aus dem Verfahren BK 4b-06-005/E02.02.06 vorliegenden Verkehrsmengen für die Terminierungsleistungen der alternativen Teilnehmernetzbetreiber herangezogen. Im Ergebnis errechnet sich ein Wert von 0,004949 €/Minute ($0,0043 \text{ €/Minute} \cdot 79,29\% + 0,0071 \text{ €/Minute} \cdot 18,84\% + 0,0108 \text{ €/Minute} \cdot 1,87\%$).

Die Differenz zwischen den beiden Beträgen ergibt den für alle Tarifpositionen „einheitlichen Aufschlag“ auf die T-Com-B.1-Tarife in Höhe von gerundet 0,0017 €/Minute:

Gewichtetes Mittel aus den Referenztarifen zzgl. Erheblichkeitszuschlag €/Minute	Gewichtetes Mittel aus den T-Com-B.1-Entgelten €/Minute	Differenz €/Minute
0,006619 €/Minute	0,004949 €/Minute	0,0017 €/Minute

Tabelle 4

Die tenorierten Entgelte für die Leistung HanseNet-B.1 errechnen sich durch Addition dieses Betrages auf die mit Beschluss vom 13.04.06 genehmigten Tarife für die Leistung T-Com-B.1:

	Tarife T-Com-B.1		Tarife HanseNet-B.1	
	Peak (€/Minute)	Offpeak (€/Minute)	Peak (€/Minute)	Offpeak (€/Minute)
Tarifzone I	0,0052	0,0036	0,0069	0,0053
Tarifzone II	0,0088	0,0059	0,0105	0,0076
Tarifzone III	0,0136	0,0089	0,0153	0,0106

Tabelle 5

Durch die dargestellte Umrechnung wird das zulässige Tarifniveau auf Grundlage des höchsten unverzerrten Wettbewerbspreises beibehalten, da eine Gewichtung der Entgelte für die Leistung HanseNet-B.1 mit den Verkehrsanteilen für die Terminierungsleistungen der alternativen Teilnehmernetzbetreiber wiederum das - unter Einbezug der Referenztarife zzgl. Erheblichkeitszuschlag - bestimmte gewogene Mittel ergibt.

8 Geltungszeitraum der Entscheidung

Die Entscheidung gilt antragsgemäß ab dem 01.06.06, d.h. ab dem Zeitpunkt des Auslaufens der Befristung. Eine Befristung ist bei einer Beurteilung der Entgelte an den Missbrauchsmaßstäben des § 28 TKG, die sich laut Gesetzesbegründung zu § 26 TKG-RegE an § 19 Abs. 4 GWB orientieren, möglich (vgl. weiter ausführend dazu: BK 4c-05-071 / E 22.09.05 vom 01.12.05, S. 12 f.).

Die Beschlusskammer erwartet, dass sich die Entgelte der Wettbewerber und diejenigen der Antragsgegnerin nach dem Auslaufen der hier gewährten Befristung auf ein einheitliches Niveau einpendeln werden, weil sich die Teilnehmernetzbetreiber ansonsten nicht dauerhaft am Markt behaupten könnten. Insofern werden höhere Entgeltforderungen der Wettbewerber nach Einschätzung der Beschlusskammer ein nunmehr mit dem Auslaufen der hier beschlossenen Befristung letztmalig begehrtes Auslaufphänomen sein.

Unter Zugrundelegung dieser Gesichtspunkte sowie angesichts dessen, dass die Entgelte der Antragsgegnerin für die Leistung T-Com-B.1 bis zum 30.11.08 genehmigt worden sind, erscheint es sinnvoll und sachgerecht, auch die hier angeordneten Entgelte bis zu diesem Zeitpunkt zu befristen. Damit verfügen nunmehr beide Zusammenschaltungspartner bis zu dem selben Zeitpunkt über eine hinreichende wirtschaftliche Planungssicherheit für ihre bestehende Netzzusammenschaltung.

9 Auflage

Mit der Antragstellerin in Ziffer 3. des Tenors auferlegten Verpflichtung, die in anderen Zusammenschaltungsverträgen vereinbarten Entgelte an die hier festgelegten anzupassen, wird entsprechend § 25 Abs. 5 S. 2 TKG die Anordnung mit einer Bedingung in Bezug auf Chancengleichheit und Billigkeit zu Lasten der Antragstellerin verbunden.

Damit wäre es unvereinbar, wenn ausschließlich die Antragsgegnerin der Antragstellerin für die Leistung HanseNet-B.1 höhere Entgelte zahlen müsste, nicht jedoch die übrigen mit der Antragstellerin unmittelbar zusammengeschalteten Netzbetreiber.

Die Fristsetzung für den Nachweis der Auflagenerfüllung bis zum 01.08.06 ist aus Sicht der Beschlusskammer ausreichend. Sie musste damit rechnen, dass die Beschlusskammer im Falle der Anordnung eines höheren als eines reziproken Entgeltes wiederum eine solche Anpassungsaufgabe in die Entscheidung aufnehmen würde.

10 Widerrufsvorbehalt

Die Aufnahme der Widerrufsvorbehalte in Ziffer 4. des Tenors gemäß § 36 VwVfG war erforderlich.

Für den Fall, dass die Parteien eine Zusammenschaltungsvereinbarung über die beantragten Entgelte schließen, ist wegen des Vorrangs des Vertragsschlusses vor der Anordnung, der in den §§ 16, 25 Abs. 2 TKG zum Ausdruck kommt, die dieser Entscheidung zugrunde liegende Zusammenschaltungsanordnung zu widerrufen. Denn damit wäre einer Entgeltregulierung gemäß § 25 Abs. 6 S. 1 TKG die Grundlage entzogen. Ein Fortbestehen der Anordnung nach einer anderweitigen vertraglichen Einigung entspräche nicht der Systematik des TKG, welches die Entgeltregulierung gemäß § 25 Abs. 6 S. 1 TKG nur für den Fall vorsieht, dass die Parteien vertraglich nicht einig sind und daher eine Anordnung erforderlich ist, und würde beide Parteien im Falle einer vertraglichen Einigung unverhältnismäßig belasten und in ihren Handlungsmöglichkeiten einschränken.

Der Widerrufsvorbehalt für den Fall, dass die Antragstellerin die Entgelte in Verträgen mit anderen Netzbetreibern nicht an die hiermit genehmigten Entgelte anpasst, war aufzunehmen, um die Einhaltung der Vorgaben des § 25 Abs. 5 S. 2 TKG durch die Antragstellerin sicherzustellen und so eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Antragsgegnerin gegenüber anderen Netzbetreibern, die über eine unmittelbare Netzzusammenschaltung mit der Antragstellerin verfügen, zu vermeiden. Der Widerrufsvorbehalt ist auch verhältnismäßig. Insbesondere stellt er gegenüber der auflösenden bzw. aufschiebenden Bedingung das mildere Mittel dar.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

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

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

Bonn, den 31.05.06

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Knobloch

Schug

Wieners