



Beschlusskammer 4

BK 4d-06-055/R

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf den Märkten im Sinne von Nr. 9 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:

Telefonica Deutschland GmbH, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene,

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 Martin Hopp und
den Beisitzer Matthias Wieners

nach der von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur beschlossenen Festlegung:

„ Auf dem

netzweiten Markt für Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz der Betroffenen an festen Standorten einschließlich der lokalen Anrufweiterleitung

verfügt die Betroffene im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht.“

folgende

Regulierungsverfügung

beschlossen:

1. Die Betroffene wird dazu verpflichtet, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen
 - 1.1. die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen zu gewähren,
 - 1.2. über die Zusammenschaltung Verbindungsleistungen für die Anrufzustellung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten einschließlich der lokalen Anrufweiterleitung zu erbringen,
 - 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 Betroffene wird dazu verpflichtet, Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie über die zu zahlenden Entgelte, welche die zum Zugang berechtigten Unternehmen für die Inanspruchnahme der vorgenannten Zugangsleistungen benötigen und für die eine Nachfrage besteht, 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.
4. Die Entgelte für die Gewährung des Zugangs und der Kollokation gemäß Ziffer 1. unterliegen der nachträglichen Regulierung nach §§ 30 Abs. 1 S. 2, 38 Abs. 2 bis 4 TKG.

Sachverhalt

Die Betroffene betreibt ein öffentliches Telekommunikationsnetz im Teilnehmeranschlussbereich und bietet den mit ihr zusammengeschalteten Netzbetreibern unmittelbar Terminierungsleistungen in ihrem Netz an. Die Zusammenschaltungsregelungen enthalten neben den allgemeinen Vertragsbedingungen insbesondere die technischen und betrieblichen Regelungen über die Zusammenschaltung und weitere zusätzliche Leistungen. Im Rahmen der Zusammenschaltung ist die Betroffene verpflichtet, die Leistung Anrufzustellung im eigenen Netz zu erbringen.

Mit Schreiben vom 17.07.2006 hat die Beschlusskammer der Betroffenen mitgeteilt, dass sie nach dem Ergebnis des im Rahmen der Marktanalyse für den Bereich Anrufzustellung in einzelnen Festnetzen durchgeführten nationalen Konsultationsverfahrens über beträchtliche Marktmacht verfügt und angekündigt, dass die Beschlusskammer beabsichtigt, ihr Verpflichtungen nach den §§ 13, 19, 20, 21, 30 Abs. 1 S. 2 TKG aufzuerlegen.

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung ist im Amtsblatt Nr. 17/2006 vom 30.08.2006 als Mitteilung Nr. 284/2006 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Der Betroffenen sowie den interessierten Parteien ist in der am 14.09.2006 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Dem Bundeskartellamt (BKartA) ist mit Schreiben vom 19.07.2007 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern (§ 123 Abs. 1 S. 2 TKG). Mit Schreiben vom 24.07.2007 hat das BKartA mitgeteilt, dass es zu dem Entwurf keine Stellungnahme abgibt.

Unter dem 31.07.2007 hat die BNetzA den Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt und diese davon unterrichtet.

Mit Schreiben vom 31.07.2007 hat die EU-Kommission sich wie folgt zum Entscheidungsentwurf geäußert:

Die EU-Kommission weist darauf hin, dass die Bestimmungen des deutschen Rechts, die sich auf die doppelte Marktbeherrschung beziehen und die Befugnisse der Bundesnetzagentur zur Auferlegung von Abhilfemaßnahmen einschränken, derzeit einem Verstoßverfahren gemäß Artikel 226 EG-Vertrag unterliegen. Die Möglichkeit der Auferlegung einer Vorabpreiskontrolle im Großhandel sei durch die Zugangsrichtlinie unabhängig von der beträchtlichen Marktmacht des Betreibers in dem oder den betreffenden Einzelhandelsmärkten gegeben.

Die EU-Kommission lädt ein, zu prüfen, ob die Betroffene aufgrund fehlender Vorabpreiskontrollen versucht, ihre Terminierungsgebühren im Festnetz zu erhöhen. Wenn das der Fall sei, solle die Bundesnetzagentur überdenken, eine Vorabpreiskontrolle aufzuerlegen.

Der Maßnahmeentwurf bezieht sich auf die im Fall DE/2005/0239 durchgeführte Marktmachtanalyse. Um die rechtliche Sicherheit und die aufsichtsrechtliche Transparenz zu erhöhen, lädt die EU-Kommission die Bundesnetzagentur ein, die Argumente und Ergebnisse ihrer Marktmachtanalyse im Zusammenhang mit den endgültigen Maßnahmen zu verdeutlichen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

Gründe

1. Auferlegung von Verpflichtungen

Rechtliche Grundlage für die der Betroffenen in Ziffer I. 1.-4. des Tenors 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, 20 TKG soweit sie in Ziffer 3. zur Transparenz verpflichtet worden ist,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 30 Abs. 1 S. 2 TKG soweit gemäß Ziffer 3. die Entgelte für die Zusammenschaltung und Verbindungsleistung sowie die Gewährung von Kollokation der Regulierung nach Maßgabe des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterliegen.

2. 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, 20, 21 Abs. 3 Nr. 2 und 4 sowie § 30 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 erfolgten die Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer (s.u. II.3).

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 Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ist die Entscheidung vor Erlass gemäß § 132 Abs. 4 TKG behördenintern abgestimmt worden. Dem Bundeskartellamt (BKartA) ist mit Schreiben vom 19.07.2007 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern.

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.

3. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen

Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse ist der Vorleistungsmarkt „Anrufzustellung (Terminierung) in das öffentliche Telefonnetz der Betroffenen an festen Standorten 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 der als Anlage beigefügten, gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG von der Präsidentenkammer getroffenen Festlegung, die wegen § 13 Abs. 3 TKG Inhalt dieser Regulierungsverfügung ist und auf die daher Bezug genommen wird. Damit wird auch die Anregung der EU-Kommission berücksichtigt, die Argumente und Ergebnisse der Marktmachtanalyse im Zusammenhang mit den endgültigen Maßnahmen zu verdeutlichen.

Am 15.02.2005 hat die Bundesnetzagentur (damals noch RegTP) gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 10 Abs. 3 und § 11 Abs. 3 TKG der Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten den Definitions- und Analyseentwurf notifiziert.

Nachdem die Kommission mit Entscheidung K (2005) 1442 endg. vom 17.05.2005 nach Art. 7 Abs. 4 lit. b) Richtlinie 2002/21/EG die Bundesnetzagentur (damals noch RegTP) aufgefordert hat, den notifizierten Entwurf zurückzuziehen, weil die notifizierte Fassung nicht den eindeutigen Schluss zulasse, dass der die alternativen Teilnehmernetzbetreiber betreffende Maßnahmeentwurf mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei, hat die Präsidentenkammer die Festlegung im Rahmen der Konsolidierung der Ergebnisse der Marktdefinition und -analyse zum Markt Nr. 9 der Empfehlung 2003/311/EG in Bezug zu den hier relevanten Terminierungsmärkten alternativer Teilnehmernetzbetreiber im Einklang mit der Entscheidung der Kommission vom 17.05.2005 abgeändert. Der überarbeitete Entwurf zur Marktdefinition und -analyse im Bereich der Anrufzustellung in einzelne Netze alternativer Teilnehmernetzbetreiber im öffentlichen Festtelefonnetz wurde am 29.08.2005 der EU-Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt. Mit Schreiben vom 28.09.05 hat die Kommission der Europäischen Gemeinschaften der Bundesnetzagentur

mitgeteilt, dass sie von einer Stellungnahme nach Art. 7 Abs. 3 der Rahmen-RL zu dem überarbeiteten Entwurf einer Marktdefinition und -analyse absieht.

4. Auferlegung der einzelnen Verpflichtungen

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens hat die Beschlusskammer der Betroffenen auf dem Markt Anrufzustellung im Netz der Betroffenen die tenorisierten Verpflichtungen auferlegt.

Die Beschlusskammer geht dabei davon aus, dass die auferlegten Verpflichtungen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen sowie angemessen und nachvollziehbar sind. Insbesondere wird die unterschiedliche besondere Ausgangslage der Betroffenen als alternativer Netzbetreiberin gegenüber der Deutschen Telekom AG, der ehemaligen Monopolistin für Sprachtelefonie, berücksichtigt. So werden der Betroffenen bedeutend geringere Verpflichtungen auferlegt als dies gegenüber der Deutschen Telekom AG mit der Regulierungsverfügung BK4c 05-002/R vom 05.10.2005 geschehen ist (keine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes, keine ex-ante Entgeltgenehmigungspflicht). Dadurch wird der besonderen Situation der Betroffenen in Hinsicht auf ihre Stellung auf den nachgelagerten Endkundenmärkten Rechnung getragen. Für eine weitergehende Differenzierung zwischen der Betroffenen und anderen alternativen Teilnehmernetzbetreibern bestand auf Grund der im Wesentlichen vergleichbaren Ausgangslage insbesondere im Verhältnis zur Deutschen Telekom AG kein Anlass.

4.1. Zusammenschaltungspflicht, § 21 TKG

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 also durch die darüber abgewickelten Verbindungsleistungen. Die Zusammen-

schaltungspflicht 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 Telefonnetz 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.

4.2 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 Merkmales 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 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 zwischen alternativen Netzbetreibern der Transit über das Netz der Deutschen Telekom AG grundsätzlich genügen, um auch die Teilnehmer an Netzen zu erreichen, die nicht unmittelbar miteinander zusammengeschaltet sind. Damit bliebe aber die Anrufzustellung zu alternativen Teilnehmernetzbetreibern 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, auf ihrer untersten Zusammenschaltungsebene Verbindungen zu terminieren. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass durch eine Steigerung der Kundenzahl 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 selbst gewählt 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 auch nicht die Anfangsinvestition der Betroffenen. Denn die Betroffene muss die Zusammenschaltung und Terminierungsleistung nicht unentgeltlich gewähren, sondern erhält hierfür von den Zugangsberechtigten Entgelte.

Es handelt 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.

- 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 Zuführungsleistungen 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 nachträgliche Entgeltkontrolle nach § 30 Abs. 3 TKG allein nicht aus. Dem Teilnehmernetzbetreiber stehen neben dem Preis noch eine Reihe anderer Instrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb um die an sein 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 1996 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 1996 nicht erweitert.

4.3 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 sicher zu stellen, 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 Vermittlungsstellenort 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 Zusammenschaltung, die z.B. über die Kollokation bei der Deutschen Telekom AG bzw. in Telehäusern verwirklicht ist, nunmehr für einzelne Leistungsbestandteile ausgesondert wird. Schließlich besteht die Kollokationspflicht allein für die Terminierungsleistung der Betroffenen. Bei bidirektionalem Verkehr wird jeder der Beteiligten an der Beibehaltung bzw. Realisierung einer einzigen, eben der jeweils kostengünstigsten Variante, interessiert sein. Durch die Auferlegung der Kollokationspflicht wird der Beschlusskammer die Möglichkeit eröffnet, die Bedingungen der Zusammenschaltung im Streitfall in einer für beide Seiten akzeptablen Weise anordnen zu können.

Die Verpflichtung der Deutschen Telekom AG zur Kollokationsgewährung reicht demgegenüber als Substitut für eine eigenständige Verpflichtung der Betroffenen nicht aus. Einerseits kann in den Räumen der Deutschen Telekom AG jeweils nur die Verkehrsübergabe mit der Deutschen Telekom AG bzw. anderen an dem betreffenden Standort vertretenen Netzbetreibern erfolgen; nicht jeder Nachfrager muss aber immer auch mit der Deutschen Telekom AG zusammenschaltet sein bzw. am gleichen Standort wie die Betroffene bei der Deutschen Telekom AG kollokiert sein.

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. Outdour-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 Verwehrung 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 Zu-

gangsberechtigten 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).

4.4 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 ein tatsächlich unangreifbare Marktstellung verfügt, ist diese Intention stets anzunehmen, sofern keine schwerwiegenden Gründe für eine Ausnahme sprechen.

Derartige Ausnahmegründe sind vorliegend nicht ersichtlich. Insbesondere bietet die im Vergleich zur Deutschen Telekom AG vergleichsweise geringe absolute Netzgröße bzw. die niedrige Zahl von angeschlossenen Endkunden der Betroffenen keinen sachlichen Grund, marktmissbräuchliches Verhalten zu tolerieren. Auch die Intention, eine Verbesserung der Marktstellung auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt zu erzielen, kann nicht dazu dienen, missbräuchliches Verhalten auf dem vorgelagerten Markt zu rechtfertigen.

Soweit von einigen Unternehmen im Rahmen der Konsultation des Entwurfes die Ansicht vertreten worden ist, dass die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 19

TKG das vermeintliche Bedürfnis des Marktes zu Individuallösungen und damit auch den Wettbewerb behindere, kann dies die Beschlusskammer nicht überzeugen.

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 fairen 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 insbesondere 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.

4.5 Transparenzverpflichtung, § 20 TKG

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer I.3. des Tenors auferlegte Transparenzverpflichtung sind §§ 9 Abs. 2, 13, 20 TKG.

Gemäß § 20 Abs. 1 TKG kann ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichtet werden, für die zum Zugang berechtigten

Unternehmen alle für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangsleistung benötigten Informationen zu veröffentlichen, insbesondere Informationen zur Buchführung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie über die zu zahlenden Entgelte.

Durch die Vorschrift wird Artikel 9 Zugangs-RL umgesetzt. Sinn und Zweck einer Transparenzverpflichtung ist, wie sich aus Erwägungsgrund 16 der Zugangs-RL herleiten lässt, dass Unternehmen, die einen Zugang bzw. eine Zusammenschaltung bei einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nachfragen, sich schnell und auf einfache Art und Weise einen Überblick über die einschlägigen Zugangs- bzw. Zusammenschaltungsbedingungen besorgen können. Auf diese Weise können Verhandlungen über den Zugang und damit letztlich auch der Marktzugang der Nachfrager beschleunigt werden. Darüber hinaus sollen transparente Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen Streitigkeiten verhindern, den Marktteilnehmern die Gewissheit bieten, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht wird, und dazu beitragen, die Interoperabilität sicherzustellen.

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

Weil es sich bei der Zusammenschaltung und dem Zugang zu Terminierungsleistungen um ein komplexes Produkt handelt, ist zur Konkretisierung sowohl der Zugangs- als auch der Gleichbehandlungsverpflichtung die Verpflichtung zur Transparenz erforderlich. Es ist erforderlich, dass Wettbewerber, die Interesse an der Inanspruchnahme dieser Leistungen haben, bestimmte Mindestinformationen erhalten, um diese Leistungen in Anspruch nehmen zu können. Hierzu zählen insbesondere die Leistungsbeschreibung, die netztechnische Realisierung einschließlich der Schnittstellenbeschreibungen sowie die Entgelte und deren Abrechnung.

Die Transparenzverpflichtung ist darüber hinaus auch als komplementäre Verpflichtung zur Zugangsgewährung und zum Diskriminierungsverbot statthaft, um jenen Verpflichtungen effektiv Wirkung zu verschaffen. Denn andernfalls wäre die Betroffene in der Lage, trotz des Zugangsgebotes sowie des Diskriminierungsverbotes einzelne Wettbewerber gegenüber anderen zu bevorzugen bzw. zu benachteiligen. Indem die Betroffene jedoch dazu verpflichtet wird, die für die Inanspruchnahme der Zugangsleistungen auf den verfahrensgegenständlichen Märkten notwendigen Informationen zu veröffentlichen, werden dadurch Informationsasymmetrien zwischen den Wettbewerbern vermieden und dadurch mögliche Diskriminierungsmöglichkeiten beschränkt.

Die Verpflichtung zur Veröffentlichung der für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangsleistungen benötigten Informationen belastet die Betroffene auch nicht in unangemessener Weise. Für die Terminierungsleistungen, die sie auf den verfahrensgegenständlichen Märkten anbietet, verfügt die Betroffene aufgrund der bereits bestehenden Zusammenschaltung über Regelungen - sei es in einem Vertrag oder einer Anordnung -, in denen sämtliche benötigten Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen und über die zu zahlenden Entgelte enthalten sind. Es ist ausreichend und der Betroffenen zuzumuten, dass sie diese Informationen etwa auf ihren Extranetseiten veröffentlicht, wobei eine allgemeine Veröffentlichung nicht erforderlich ist. Vielmehr geht § 20 Abs. 1 TKG selbst von einer beschränkten Veröffentlichung an einen bestimmten Adressatenkreis aus, indem nämlich der Kreis der Begünstigten der Transparenzverpflichtung auf die zum Zugang berechtigten Unternehmen begrenzt wird, d.h. auf Unternehmen, die die Voraussetzungen der Definitionen in § 3 Nr. 29 und 32 TKG erfüllen und die eine Zugangsleistung bei der Betroffenen nachfragen.

Der durch die hiermit auferlegte Transparenzpflicht für die Betroffene entstehende Aufwand steht nicht außer Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck, nämlich einer einfachen Ermöglichung der Inanspruchnahme dieser Leistungen durch Nachfrager und der Verhinderung von Diskriminierungspotenzial.

Die Veröffentlichung war dabei aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auf die Informationen zu begrenzen, für die eine Nachfrage besteht. Hierdurch wird vermieden, dass das Transparenzgebot die Betroffenen zwingen würde, ein Angebot zu entwickeln, für das es noch keine Nachfrage gibt. Insbesondere solange bei der Betroffenen keine Zusammenschaltung über Kollokation nachgefragt wird, kann sie auch die Bedingungen für eine kundenseitige Zusammenschaltung veröffentlichen.

4.6 Entgeltregulierung, § 30 Abs. 1 S. 2 TKG

Die Entgelte für die gemäß Ziffer I.1. des Tenors auferlegten Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG unterliegen gemäß Ziffer I.4. des Tenors nach § 30 Abs. 1 S. 2 TKG der nachträglichen Regulierung gemäß § 38 Abs. 2 bis 4 TKG. Die in § 30 Abs. 1 S. 2 TKG aufgeführten Voraussetzungen für eine Abweichung vom Genehmigungserfordernis nach Satz 1 der Vorschrift liegen hier vor.

Gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 TKG soll die Regulierungsbehörde solche Entgelte dann einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterwerfen, wenn der Betreiber erstens nicht gleichzeitig auch auf dem Markt für Endkundenleistungen, auf dem der Betreiber tätig ist, über beträchtliche Marktmacht verfügt; zweitens nach Inkrafttreten des Gesetzes beträchtliche Marktmacht festgestellt worden ist, ohne dass der Betreiber vor Inkrafttreten des Gesetzes auf dem relevanten Markt von der Regulierungsbehörde als marktbeherrschend eingestuft wurde und drittens diese Maßnahme zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG ausreicht.

Das Kriterium der Doppelmarktbeherrschung ist vorliegend nicht erfüllt, weil die Betroffenen zwar auf dem Zugangsmarkt, nicht aber auf dem Endkundenmarkt (Märkte Nr. 1 bis 6. der EU – Empfehlung) über beträchtliche Marktmacht verfügen. Entsprechend dem am 24.11.2004 gemäß § 12 Abs. 1 TKG zur nationalen Konsultation veröffentlichten Entwurf zur Marktdefinition und -analyse im Bereich des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, der öffentlichen Orts- und/oder Inlandsgespräche an festen Standorten verfügt allein die Deutsche Telekom AG auf den entsprechenden Endkundenmärkten über eine beherrschende Stellung. Im Rahmen der Untersuchung wurde festgestellt, dass dabei alle untersuchten Marktbeherrschungskriterien für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Deutschen Telekom AG sprechen. Zwar sind die Betroffenen jeweils auf den nachgelagerten Endkundenmärkten aktiv. In Anbetracht der überragenden Marktposition der Deutschen Telekom AG auf den betreffenden Endkundenmärkten ist in absehbarer Zeit also nicht mit einem Übergang der Marktmacht auf einzelne Betroffene auf dem Endkundenmarkt zu rechnen.

Ferner ist vor Inkrafttreten des novellierten TKG allein die Deutsche Telekom AG als marktbeherrschend auf den relevanten Märkten für Verbindungsleistungen festgestellt worden (so Beschluss BK 4c-03-123/E22.09.03 vom 28.11.2003, BK 4f-03-127/E28.11.03 vom 30.01.2004 (ICP-Z.4), BK 4f-03-133/E12.12.03 vom 17.02.2004 (T-Com-O.5) sowie BK 4d-04-029/E19.05.04 vom 25.06.2004 (ICP-Z.17)). Eine Feststellung bezüglich der Betroffenen erfolgte demgegenüber nicht.

Auch die Feststellung des Fehlens einer „doppelten Dominanz“ entbindet nach § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG die Beschlusskammer nicht von dem Erfordernis der Durchführung einer umfassenden Abwägungsentscheidung in Hinsicht auf die Frage der Erforderlichkeit einer Vorabgenehmigung zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG. Die Kritik der EU-Kommission an der Norm geht deshalb ins Leere.

Die nachträgliche Entgeltkontrolle reicht auf Grund der derzeitigen Sachlage zur Erreichung der Regulierungsziele aus. Eine Verpflichtung zur ex-ante Genehmigung der jeweiligen Entgelte und damit zur Kostenorientierung wäre demgegenüber unverhältnismäßig. In Anbetracht der vergleichsweise geringen Endkundenmarktanteile ist die Leistung für den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten so wie für den Schutz der an anderen Netzen angeschlossenen Endkunden nicht von so großer Bedeutung wie die entsprechende Leistung der Deutschen Telekom AG. Angesichts dessen wird die Prüfungstiefe der nachträglichen Entgeltkontrolle hinreichend gerecht. Eine Verpflichtung zur ex-ante Genehmigung der jeweiligen Entgelte und

damit zur Kostenorientierung wäre demgegenüber unverhältnismäßig. Zwar sind auch im Rahmen einer nachträglichen Entgeltkontrolle Kostenprüfungen möglich; nach § 38 Abs. 2 S. 3 TKG wird jedoch bei der nachträglichen Entgeltregulierung dem weniger aufwändigen und damit - in Anbetracht des im Vergleich zur Deutschen Telekom geringeren Gefährdungspotentials von Maßnahmen der Betroffenen - grundsätzlich angemessenerem Vergleichsverfahren gegenüber der Kostenprüfung der Vorrang eingeräumt. Dabei gilt es auch zu berücksichtigen, dass die nachträgliche Entgeltregulierung zumindest nach der bislang gesammelten Erfahrung entweder in weiten Teilen zu einer einvernehmlichen Festlegung der Entgelthöhe geführt hat oder, soweit eine Streitbeilegung vor der Beschlusskammer gesucht wurde, eine Entgelthöhe angeordnet wurde, die von den Verfahrensparteien, wie auch der Betroffenen, fast ausnahmslos akzeptiert bzw. zumindest gerichtlich nicht in Frage gestellt worden ist.

Die Beschlusskammer hat keinen Anlass zu der Vermutung, dass die Form der Entgeltregulierung entscheidend für die Höhe der von der Betroffenen geforderten bzw. beantragten Terminierungsentgelte ist. Weiter weist sie zugleich darauf hin, dass sie die reziproke Abrechnung der Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen im Festnetzsektor, wie sie auch in anderen Ländern der EU entweder bereits praktiziert wird oder in Aussicht steht, in Deutschland im Ergebnis für den sachgerechten und mittelfristig zu beschreitenden Weg erachtet. In der letzten Runde der Anordnung nichtreziproker Terminierungsentgelte hat sie Ihrer Erwartung Ausdruck gegeben, dass eine Grundlage für die Anordnung solcher Entgelte nach dem 30.11.2008 nicht mehr gegeben sein wird (vgl. u. a. BK 4b-06-009/E15.03.06, S. 15).

Auch die Prüfungsdichte der nachträglichen Entgeltkontrolle ist hinreichend. Gemäß § 37 Abs. 1 TKG ist eine Entgeltgenehmigung eine Erlaubnis, die Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht ist also ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Damit muss jedes Entgelt geprüft werden, bevor die Betroffene es erheben kann. Dagegen erfolgt die nachträgliche Entgeltkontrolle fakultativ und eine Beanstandung der Entgelte wirkt nur in die Zukunft.

Für die vorliegend relevante Verhinderung eines Preishöhenmissbrauchs ist dieser Unterschied jedoch nicht wesentlich. Soweit ein Nachfrager einer Zugangsleistung die Entgelte der Betroffenen als überhöht ansieht, wird er um Überprüfung der Entgelte ersuchen. Deshalb ist es anders als beim Dumping oder der Preisdifferenzierung unwahrscheinlich, dass überhöhte Entgelte nicht kontrolliert werden. Die Wirksamkeit einer nachträglichen Entgeltregulierung unterliegenden Entgelts erfordert einen Vertragsschluss der Betroffenen mit dem Nachfrager. Dadurch dürfte auch gewährleistet sein, dass der Verdacht des Preishöhenmissbrauchs schon vor dem Wirksamwerden des Entgeltes bekannt werden und damit ein schnelles Eingreifen möglich sein wird. Sollten sich die Parteien, wie auch in der Vergangenheit zu beobachten, über die Höhe der zu zahlenden Terminierungsentgelte nicht einigen können, so kann die Festlegung der heranzuziehenden Entgeltsätze auf Antrag einer der beiden Parteien im Rahmen der Durchführung eines Verfahrens zur Streitbeilegung nach § 25 Abs. 1, 5 und 6 TKG verbindlich angeordnet werden. Vergleichbar einer Entgeltgenehmigung wird in aller Regel die Festsetzung der Entgelte auch im Rahmen einer Anordnung nach § 25 Abs. 1, 5 und 6 TKG bereits vor der Zugangsgewährung getroffen. Im Ergebnis ist also weder zu befürchten, dass ein Ausbeutungsmissbrauch unentdeckt bleibt, noch dass erst verspätet interveniert wird.

Liegen die drei Ausnahmetatbestandsmerkmale kumulativ vor, so soll die Behörde die Entgelte einer nachträglichen Regulierung unterwerfen, d.h. auch dann, wenn die drei Merkmale erfüllt sind, bedarf es noch einer – eingeschränkten – Ermessensausübung, um von der ex-ante Entgeltregulierung abzuweichen. Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung ist es, ineffiziente Überbürokratisierung zu vermeiden. Gründe für das Abweichen von dieser Sollverpflichtung sind nicht ersichtlich.

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 beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

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

Bonn, den 21.09.2007

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Knobloch

Hopp

Wieners