



Beschlusskammer 2
BK 2a 07/001-R

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen möglicher Auferlegung von Verpflichtungen auf den Märkten für „Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze“ und „Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze“

gegen:

das Unternehmen Deutsche Telekom AG, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand und alle mit ihm verbundenen Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 29 TKG, derzeit insbesondere das Unternehmen T-Systems International GmbH,

Betroffene,

- Verfahrensbevollmächtigte:

hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen,

am 14.12.2007

durch

den Direktor Dipl.-Ing. Bernhard Kuhmeyer
den Regierungsdirektor Rainer Busch
den Oberregierungsrat Jörg Lindhorst

(Vorsitzender),
(Beisitzer 1) und
(Beisitzer 2)

nach anliegender von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur getroffenen Festlegung:

„Auf den regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für „Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze, mit Ausnahme derjenigen Verbindungsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen € ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden, verfügen das Unternehmen Deutsche Telekom AG und die mit ihm verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), derzeit insbesondere das Unternehmen T-Systems International GmbH, im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht.“

folgende

Regulierungsverfügung

beschlossen:

1. Markt für „Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze“

Gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG unterliegen die Entgelte der Betroffenen für Endnutzerleistungen auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze der nachträglichen Entgeltregulierung. Hierzu zählen aufgrund der durch die Präsidentenkammer getroffenen Festlegung auch solche Verbindungen, die über VoIP-Dienste hergestellt werden, sofern der betreffende Dienst neben Verbindungen innerhalb der genutzten IP-Netze auch einen Zugang ins Festnetz gewährleistet und somit Verbindungen in nationale und internationale Festnetze im Sinne einer Any-to-Any-Verbindung ermöglicht.

2. Darüber hinaus wird die Betroffene verpflichtet, ihre Entgeltmaßnahmen, bzw. Entgeltmaßnahmen der mit ihr verbundenen Unternehmen im Bereich der Entgelte für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten der Bundesnetzagentur zur Kenntnis zu geben (§ 39 Abs. 3 S. 2 TKG). Ausgenommen von dieser Verpflichtung sind jedoch Verbindungen, die über VoIP-Dienste hergestellt werden.

Es wird darauf hingewiesen, dass Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl von anderen Endnutzern übertragbar sind, der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben sind, sofern die betroffenen Verbindungsleistungen nicht ausnahmsweise im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen € ohne Umsatzsteuer (d.h. netto) erbracht werden (§ 39 Abs. 3 S. 4 TKG).

2. Markt für „Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze“

Bezüglich des Marktes für „Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze“ ist die Präsidentenkammer nach Durchführung des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens zu dem Ergebnis gelangt, dass keine beträchtliche Marktmacht der Deutschen Telekom AG und damit wirksamer Wettbewerb im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 1 TKG besteht. Damit unterliegt die Betroffene auf diesem Markt auch nicht mehr der Entgeltkontrolle und der besonderen Missbrauchsaufsicht nach den Vorschriften des 2. Teils des Gesetzes.

3. Anordnungen im Rahmen der Entgeltregulierung

Die Betroffene wird verpflichtet, der Bundesnetzagentur zeitgleich mit der Vorlage der Tarifanzeige die für eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung der beabsichtigten Entgeltmaßnahme erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen (§ 29 Abs. 1 TKG).

Die Betroffene ist Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Bundespost Telekom und als solche Eigentümerin der von dieser aufgebauten Telekommunikationsnetze sowie der dazu gehörenden technischen Einrichtungen. Damit verfügt sie über eine bundesweit flächendeckende Telekommunikationsinfrastruktur, auf deren Basis sie unter anderem auch öffentlich zugängliche Telefondienste anbietet.

Am 26.06.2004 trat das novellierte Telekommunikationsgesetz vom 22.06.2004 (BGBl. I, S. 1190) – im folgenden „TKG“ – , mit dem europäische Richtlinienvorgaben

(Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 33); Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 21); Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 7); Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 51) sowie Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 201 S. 37))

umgesetzt werden, in Kraft und das TKG (a.F.) außer Kraft.

Mit Schreiben vom 21.02.2007 hat die Beschlusskammer der Betroffenen mitgeteilt, dass sie bzw. die mit ihr verbundenen Unternehmen nach dem Ergebnis des im Rahmen der Marktanalyse für die Märkte „Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze“ und „Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze“ durchgeführten nationalen Konsultationsverfahrens über eine beträchtliche Marktmacht auf dem Markt für „Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze“ verfügen. Ferner wurde ihr mitgeteilt, welche Verpflichtung aus Sicht der Beschlusskammer für den betroffenen Markt konkret in Betracht kommt.

In ihrer Stellungnahme vom 20.03.2007 hat die Betroffene diesbezüglich als Argumente gegen eine Anzeigepflicht im Wesentlichen vorgetragen, dass es sich vorliegend bereits formal um einen eigenständigen, von den Märkten 1-6 völlig losgelöst zu betrachtenden Markt handle. Dieser unterscheide sich auch in Bezug auf die festzustellenden Marktverhältnisse deutlich vom Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten, weil die Wettbewerber nicht im gleichen Maße auf Vorleistungen der Betroffenen angewiesen seien, wie im Bereich der öffentlichen Inlands- und Auslandsverbindungen. Schließlich seien in den vergangenen Jahren zumindest in diesem Bereich keine Missbräuche der Betroffenen festgestellt worden.

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung ist im Amtsblatt Nr. 13/2007 vom 04.07.2007 als Mitteilung Nr. 504/2007 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.

Innerhalb dieser Frist sind 3 schriftliche Stellungnahmen von Unternehmen und Verbänden eingegangen. Ferner hat auch die Betroffene die Gelegenheit zur Abgabe einer nochmaligen schriftlichen Stellungnahme genutzt. Darüber hinaus wurde der Betroffenen sowie den interessierten Parteien die Gelegenheit gegeben, in einer am 02.08.2007 durchgeführten mündlichen

Anhörung zum Konsultationsentwurf Stellung zu nehmen.

- Schriftliche Stellungnahmen der Firmen M-net Telekommunikations GmbH (M-net) und NetCologne GmbH (NetCologene) vom 31.07.2007 bzw. 06.08.2007:
Nach gleichlautender Auffassung der Firmen M-net und NetCologne eröffne der Umstand, dass sich die Kenntnisgabeverpflichtung nach § 39 Abs. 3 S. 4 TKG nicht für Gesamtverträge mit einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen Euro gelten sollte, der Betroffenen einen leicht begehbaren Weg zur Umgehung der beabsichtigten Kontrolle. (1) Ein Interesse der Betroffenen, welches diese Einschränkung rechtfertigen könnte, sei nicht ersichtlich. Die Beschlusskammer erkenne zu Recht, dass sich die Verpflichtung zur Anzeige individuell vereinbarter Leistungen nach § 39 Abs. 3 S. 4 TKG bereits unmittelbar aus dem Gesetz und eigenständig neben etwaigen behördlich auferlegten Anzeigepflichten gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG ergebe, weil sie die Behörde in die Lage versetzen sollte, ihre gesetzliche Kontrollfunktion auch im Hinblick auf Individualverträge wahrnehmen zu können, welche im Unterschied zu den AGB-Produkten normalerweise nicht veröffentlicht werden würden.

Ebenfalls zutreffend folgere die Beschlusskammer hieraus, dass § 39 Abs. 3 S. 4 TKG entsprechend seinem eindeutigen Regelungsinhalt einen Verzicht der Regulierungsbehörde auf die nachträgliche Vorlage von Entgeltmaßnahmen für individuell vereinbarte Leistungen nicht zulasse, da die Betroffene anderenfalls die Anzeigepflicht problemlos dadurch unterlaufen könnte, dass sie bestimmte Dienstleistungen zukünftig nicht mehr auf AGB-Basis anbietet, sondern diese nur noch im Rahmen angeblich „individuell“ mit dem Kunden ausgehandelter Verträge vertreibt.

Keine geringeren Umgehungsperspektiven eröffnen sich aber für die Betroffene aufgrund der beabsichtigten Einschränkung der Kenntnisgabe an die Bundesnetzagentur bezüglich Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Million € ohne Umsatzsteuer. Danach könnte die Betroffene die Anzeigepflicht problemlos unterlaufen, indem sie das Umsatzvolumen künstlich in die Höhe treibt – etwa durch Einbeziehung dem regulierten Markt nicht zugehöriger Leistungen, wie Hard- und Softwarelieferungen oder durch lediglich formelle Zusammenfassung zahlreicher Geschäftsverhältnisse unter einem Rahmenvertragswerk.

Da die Wettbewerbsunternehmen der Betroffenen in den allermeisten Fällen keinen Einblick in solche individuellen Vertragsgestaltungen mit Endkunden erlangten, müsse davon ausgegangen werden, dass die Wirksamkeit der Preismissbrauchskontrolle insofern nur durch eine zwingende Anzeige an die Bundesnetzagentur spätestens unmittelbar nach Vertragsabschluss sichergestellt werden kann – wie sie der Gesetzgeber auch in § 39 Abs. 3 S. 4 TKG vorgesehen hat.

Jede weitere Einschränkung führe zur faktisch unkontrollierten Definitionshoheit der Betroffenen über das Vorliegen der Anzeigevoraussetzungen. Es ginge im Ergebnis jedenfalls nicht an, dass die Betroffene selbst den regulatorischen Mindestmaßstab der Preismissbrauchskontrolle systematisch setzen und ggf. umgehen könne.

Darüber hinaus sei auch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen der Betroffenen nicht wenigstens die Anzeigepflicht unmittelbar nach Vertragsabschluss unzumutbar sein sollte. Wie die Kammer ebenfalls bereits ausgeführt habe, sei dieser letztmögliche Zeitpunkt der Kenntnisgabe vom Gesetzgeber gewählt worden, um die Betroffene so wenig wie möglich bei Vertragsabschlüssen oder Ausschreibungen im Großkundengeschäft zu benachteiligen. Ein geringerer Eingriff ist zur zwingend erforderlichen Sicherstellung der Missbrauchskontrolle ohnehin nicht denkbar.

Der betreffende Hinweis im Tenor sei daher zur Klarstellung wie folgt abzuändern:

„Es wird darauf hingewiesen, dass Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl von anderen Endnutzern übertrag-

bar sind, der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben sind. Dies gilt auch für Verbindungsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Million € ohne Umsatzsteuer (d.h. netto) erbracht werden (§ 39 Abs. 3 S. 4 TKG)“

Die Verpflichtung zur Kenntnisgabe individuell vereinbarter Leistungen nach § 39 Abs. 3 S. 4 TKG an die Bundesnetzagentur rechtfertige sich zur Vermeidung von Umgehungsstrategien und zur Sicherstellung der Prüfungskompetenz der Bundesnetzagentur gerade auch dann, wenn sich im Einzelfall als Ergebnis der Prüfung herausstellen sollte, dass im konkreten Fall eine beträchtliche Marktmacht der Betroffenen nicht vorgelegen habe. Die gesetzliche Verpflichtung nach § 39 Abs. 3 S. 4 TKG bezwecke die Sicherstellung der Prüfungskompetenz bei der Bundesnetzagentur. Ein Verzicht auf die Verpflichtung zur Kenntnisgabe wäre mit einer Verlagerung der Prüfungskompetenz an das regulierte Unternehmen gleichzusetzen.

Zudem sollte in der Regulierungsverfügung klargestellt werden, dass zur Bewertung von Jahresumsätzen allein auf die betreffenden Endnutzerleistungen des regulierten Marktes abzustellen sei – und nicht etwa auf dem betreffenden Markt nicht zugehörige Leistungen wie beispielsweise Hard- und Softwarelieferungen, Beratungsdienstleistungen oder anderes darin einbezogen werden dürften.

- Schriftliche Stellungnahme der Firma E-Plus Mobilfunk GmbH & Co KG (E-Plus) vom 03.08.2006:

In dem am 4. Juli 2007 veröffentlichten Konsultationsentwurf werde zwar richtigerweise festgestellt, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigten, dass die für den Zeitraum der Regulierungsverfügung gültigen Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und zur Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsnetze und -dienste nicht ausreichend seien und daher die Auferlegung zusätzlicher Verpflichtungen in diesem Markt erforderlich sei.(2)

Es bleibe jedoch vollkommen unklar, warum die Entgelte der auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze über beträchtliche Marktmacht verfügenden Betroffenen gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG lediglich der nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen sollten.

Aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 2. August 2007 müsse allerdings davon ausgegangen werden, dass die Beschlusskammer die ihr spätestens mit unserer Beschwerde vom 22. März 2007 bekannten Preishöhen- und Diskriminierungsmissbräuche der Betroffenen bisher in keiner Weise im hiesigen Verwaltungsverfahren berücksichtigt habe.

Die Beschwerde über die missbräuchliche Ausgestaltung der Endkundentarife der Betroffenen für Verbindungen in das E-Plus-Mobilfunknetz werde daher im gesamten Umfang zum Gegenstand der Stellungnahme in diesem Verfahren gemacht.

Unter Bezugnahme auf die in dieser Beschwerde gemachten Ausführungen sei offenkundig, dass eine nachträgliche Entgeltregulierung keinesfalls ausreichend sein könne, um die bestehenden Wettbewerbsprobleme adäquat zu adressieren. Vielmehr müssten die Entgelte der Betroffenen für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 TKG einer Entgeltgenehmigungspflicht unterworfen werden.

1. Preishöhenmissbrauch schade den Verbraucherinteressen und Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs

Der Beschlusskammer sei zunächst zwar zuzustimmen, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich und zur Betreiber(-vor-)auswahl nicht zur Erreichung der Regulierungs-

ziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden.

Wie bereits in der mündlichen Verhandlung erwähnt, sei jedoch vollkommen unverständlich, warum die Beschlusskammer das wesentliche Wettbewerbsproblem im Endkundenmarkt für Verbindungen aus dem Festnetz in die nationalen Mobilfunknetze, nämlich die deutlich überhöhten Endkundenpreise der Betroffenen, im Regulierungsverfügungsentwurf vollkommen unerwähnt lasse.

Wie der Beschlusskammer spätestens aufgrund der E-Plus-Beschwerde vom 22. März 2007 bekannt sei, liegen die Endkundenpreise der Betroffenen für Verbindungen in das E-Plus-Mobilfunknetz nämlich teilweise um etwa 100 % über dem Betrag, der sich bei einer Entgeltbildung unter Berücksichtigung der IC+25%-Formel ergeben würde und seien somit in erheblichem Umfang missbräuchlich überhöht. Ähnliches gelte für die Endkundenpreise der Betroffenen für Gespräche in die anderen inländischen Mobilfunknetze.

Wie der Beschlusskammer ebenfalls spätestens aufgrund der E-Plus-Beschwerde vom 22. März 2007 bekannt sei, seien diese überhöhten Endkundenpreise der Betroffenen nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass weder die in den Jahren bis 2005 erfolgten „freiwilligen“ noch die im vergangenen Jahr im Wege der Entgeltgenehmigung regulierten Absenkungen der Mobilfunkterminierungsentgelte auch nur annäherungsweise an die Endkunden weitergegeben worden seien („Retention“-Problematik). Vielmehr habe diese „Retention“ der Absenkungen der Terminierungsentgelte zu Lasten der deutschen Verbraucher zu regulatorisch geduldeten Mehreinnahmen bei der Betroffenen in erheblicher Millionen-Euro-Höhe geführt.

Diese Mehreinnahmen der Betroffenen könnten auch nicht dadurch „gerechtfertigt“ werden, dass auch andere Festnetzbetreiber die Absenkungen der Mobilfunkterminierungsentgelte nicht oder nicht vollständig an die eigenen Endkunden weitergegeben hätten. Diesen Betreibern sei auf dem hier in Frage stehenden Endkundenmarkt für Verbindungen aus dem Fest- in die Mobilfunknetze von der Bundesnetzagentur nämlich keine beträchtliche Marktmacht und somit keine damit einhergehende Marktstrukturverantwortung zuerkannt worden.

Ferner könnten diese Mehreinnahmen auch nicht dadurch „gerechtfertigt“ werden, dass Endkunden auf günstigere Endkundenangebote beispielsweise von Call-by-Call- / Preselection-Anbietern ausweichen könnten, da die Beschlusskammer richtigerweise selbst feststelle, dass derartige Angebote und die Verpflichtungen im Zugangsbereich zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und zur Förderung eines nachhaltigen wettbewerbsorientierten Marktes gerade nicht ausreichend seien. Entscheidend sei vielmehr, dass die Endkundenpreise der Betroffenen den gesetzlichen Maßstäben nicht genügten und diese Maßstäbe daher behördlich durchgesetzt werden müssten.

Darüber hinaus laufe der Preishöhenmissbrauch der Betroffenen auch dem Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs zuwider, da dadurch das „Hochpreisimage“ des Mobilfunks künstlich aufrecht erhalten und damit zu Lasten von Vodafone, E-Plus und O2 - aufgrund der Konzernverbundenheit von T-Com / T-Home mit T-Mobile sei eine negative Beeinträchtigung von T-Mobile auszuschließen - die Substitution von Festnetz- durch Mobilfunkverbindungen verlangsamt werde.

Da keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass die Betroffene Absenkungen der Mobilfunkterminierungsentgelte zukünftig weitergeben und ihre Endkundenpreise für Verbindungen aus ihrem Netz in die nationalen Mobilfunknetze in entsprechendem Umfang absenken werde, sei offenkundig, dass die Betroffene auch zukünftig missbräuchlich überhöhte Endkundenpreise für Gespräche vom Fest- in die inländischen Mobilfunknetze verlangen werde.

Dieser Marktmachtmissbrauch könne nur unterbunden werden, indem der Betroffenen

auf dem hier in Frage stehenden Markt eine Entgeltgenehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 S. 1 TKG auferlegt wird.

2. Diskriminierungsmissbrauch schade Verbraucherinteressen und Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs

Zudem adressiere die Beschlusskammer auch in keiner Weise den ihr spätestens seit der E-Plus-Beschwerde vom 22. März 2007 bekannten Diskriminierungsmissbrauch der Betroffenen, der ebenfalls sowohl den Verbraucherinteressen schade als auch einen chancengleichen Wettbewerb zwischen den D- und den E-Netzbetreibern behindere.

Dieser Diskriminierungsmissbrauch bestehe darin, dass der Abstand zwischen den Endkundenpreisen der DT für Gespräche in die D-Netze und in die E-Netze erheblich größer ist als der Abstand der Terminierungsentgelte dieser Anbietergruppen.

Dadurch würden die Endkunden von E-Plus und O2 diskriminiert, da sie nur zu verhältnismäßig ungünstigeren Konditionen erreicht werden könnten als die Endkunden von T-Mobile und Vodafone.

Diese Diskriminierung schlage auch auf E-Plus und O2 durch, da durch diese Preisbildung die Nachfrage nach Mobilfunkterminierungen in den E-Netzen beschränkt werde.

Dieser Diskriminierungsmissbrauch könne - wie auch der Preishöhenmissbrauch – nicht dadurch „gerechtfertigt“ werden, dass Endkunden auf günstigere Endkundenangebote beispielsweise von Call-by-Call-/Preselection-Anbietern ausweichen könnten, da die Beschlusskammer richtigerweise selbst feststelle, dass derartige Angebote und die Verpflichtungen im Zugangsbereich zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und zur Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes gerade nicht ausreichend seien.

Auch hier sei vielmehr entscheidend, dass die Endkundenpreise der Betroffenen den gesetzlichen Maßstäben nicht genügen und diese Maßstäbe daher behördlich durchgesetzt werden müssten.

Da keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich sind, dass die Betroffene ihre Preisbildung zukünftig ändere und ihre Endkundenpreisabstände auf den Abstand der Mobilfunkterminierungsentgelte verringere, sei auch zukünftig von einem derartigen Diskriminierungsmissbrauch auszugehen.

Auch dieser Marktmachtmissbrauch kann nur unterbunden werden, indem der Betroffene eine Entgeltgenehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 S. 1 TKG auferlegt werde.

3. Konsistenzgebot erfordere Entgeltgenehmigungspflicht

Ferner würden von der Beschlusskammer auch die Erfordernisse des Konsistenzgebots aus § 27 Abs. 2 S. 1 TKG vollkommen unbeachtet gelassen.

Danach habe die Regulierungsbehörde darauf zu achten, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt seien.

Bereits am 30. August 2006 habe die Bundesnetzagentur die Mobilfunkterminierungsentgelte von T-Mobile, Vodafone, E-Plus und O2 einer Entgeltgenehmigungspflicht unterworfen.

Diese Verpflichtung sei im Wesentlichen damit begründet worden, dass die Verbraucherinteressen mittelbar durch die Mobilfunkterminierungsentgelte betroffen würden, da diese Entgelte (Einkaufs-) Kosten der Festnetzbetreiber darstellten, welche an die End-

kunden weitergegeben würden, und da potentiell die Gefahr bestehe, dass die Mobilfunknetzbetreiber überhöhte Terminierungsentgelte verlangen würden.

Potentiell überhöhte Terminierungsentgelte könnten sich somit mittelbar zu Lasten der Endkunden auswirken (Bundesnetzagentur-ABl. 17/2006 vom 20.8.2006, S. 2288).

Wie der Beschlusskammer spätestens seit der E-Plus-Beschwerde vom 22. März 2007 bekannt sei, bestehe bei den tatsächlichen Endkundenpreisen der Betroffenen für Verbindungen aus dem Fest- in die nationalen Mobilfunknetze nicht nur potentiell die Gefahr überhöhter Preise. Vielmehr seien diese Preise faktisch in erheblichem Ausmaß missbräuchlich überhöht.

Wenn die Bundesnetzagentur die Entgeltgenehmigungspflicht auf den Märkten für die Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen bereits darauf stütze, dass nur potentiell überhöhte Entgelte verlangt werden könnten, müsse eine Entgeltgenehmigungspflicht erst recht bei faktisch überhöhten Preisen der Betroffenen auf dem Markt für Verbindungen aus dem Fest- in die nationalen Mobilfunknetze auferlegt werden.

Ansonsten würde die von der Bundesnetzagentur mit Vehemenz vor dem Bundesverwaltungsgericht verteidigte Entgeltgenehmigungspflicht auf den Märkten für die Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen zumindest gegenüber dem Verbraucher weiterhin leer laufen und lediglich die Betroffene begünstigen.

4. Wettbewerbsverhältnisse unterschieden sich gegenüber Endkundenmarkt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten

Von einer Entgeltgenehmigungspflicht könne schließlich auch nicht abgesehen werden, da auf dem Endkundenmarkt für Verbindungen aus dem Fest- in andere nationale Festnetze die Betroffene lediglich einer nachträglichen Entgeltregulierung unterworfen worden sei.

Die Bundesnetzagentur habe aus ihrer am 21. November 2005 bei der Europäischen Kommission notifizierte Analyse des Endkundenmarktes für Verbindungen aus dem Fest- in andere nationale Festnetze nämlich Verbindungen von Fest- in die nationalen Mobilfunknetze gerade mit der Begründung ausgenommen, dass Letztere aufgrund ihrer höheren Preise, einer viel ausgeprägteren Varianz innerhalb der Preisstruktur und der nicht vollständigen Mobilfunkpenetration in der Bundesrepublik Deutschland nicht mit Verbindungen aus dem Fest- in andere nationale Festnetze substituierbar seien (Sache DE/2005/0306 bis DE/2005/0311, SG-Greffe (2005) D/207601 vom 21.12.2005).

Es sei daher unverständlich, dass die Beschlusskammer in der konsultierten Regulierungsverfügung nunmehr die Auffassung vertritt, dass nach dem Ergebnis der Marktanalyse gerade nicht davon ausgegangen werden könne, dass sich die Verhältnisse auf beiden Märkten deutlich unterschieden.

Wäre dies tatsächlich der Fall, müsste sich die Bundesnetzagentur jedenfalls die Frage gefallen lassen, warum die Analyse des Endkundenmarktes für Verbindungen aus dem Fest- in die nationalen Mobilfunknetze erst am 27. April 2007 und mithin knapp anderthalb Jahre nach der Analyse der Endkundenmärkte für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten bei der Europäischen Kommission notifiziert worden sei.

Es sei daher zu Gunsten der Bundesnetzagentur davon auszugehen, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Endkundenmarkt für Verbindungen aus dem Fest- in andere nationale Festnetze vom Endkundenmarkt für Verbindungen aus dem Fest- in inländische Mobilfunknetze erheblich unterscheiden und die Identifizierung getrennter Märkte rechtfertigen.

Diese Abgrenzung unterschiedlicher Märkte stehe der Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 TKG keinesfalls entgegen.

5. Ermessensreduzierung auf Null und dauerhaftes Marktversagen

Nach alledem sei auch das Ermessen der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht auf Null reduziert. Aufgrund der bestehenden Marktmachtmissbräuche der Betroffenen sei auch nicht damit zu rechnen, dass ohne Entgeltgenehmigungspflicht in absehbarer Zeit ein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt entstehen würde.

Die Bundesnetzagentur unterliege mithin der Rechtspflicht, der Betroffenen auf dem Endkundenmarkt für Verbindungen aus dem Fest- in die nationalen Mobilfunknetze eine Entgeltgenehmigungspflicht gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 TKG aufzuerlegen.

- Schriftliche Stellungnahme der Betroffenen vom 06.08.2007

Im Nachgang zur öffentlichen Anhörung vom 02.08.2007 mache die Betroffene gerne von der Möglichkeit Gebrauch, zum Konsultationsentwurf betreffend die Regulierungsverfügung für die Märkte "Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze" und "Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze" Stellung zu nehmen.

Es werde an dieser Stelle jedoch davon abgesehen, zur Marktdefinition und Marktanalyse betreffend den Markt für "Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze" der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur näher Stellung zu nehmen, da die erkennende Beschlusskammer hieran gebunden sei und ihr eine Abänderung im weiteren Verfahren nicht möglich sei. Allerdings werde darauf hingewiesen, dass die Marktdefinition und Marktanalyse mit erheblichen tatsächlichen und rechtlichen Mängeln behaftet sei. Fehlerhaft sei insbesondere, dass VoIP-Inlandsgespräche sowie Verbindungsleitungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von bis zu 1 Mio. € erbracht würden, als Bestandteil des Marktes betrachtet würden. Zudem leide die Marktanalyse an einem erheblichen Ermittlungsdefizit, auf dem sie beruhe. Dies gelte etwa, soweit sie auch VoIP-Inlandsverbindungen dem Markt zurechne und sich insoweit auf die Marktanalyse der Märkte 3 und 5 stütze. Schon die dort zugrundegelegten Daten seien jedoch veraltet bzw. unvollständig gewesen. Eine ordnungsgemäße Datenerhebung und eine umfassende, belastbare Marktbeurteilung hätten daher nicht stattgefunden. Die Marktanalyse unterliege darüber hinaus aber noch weiteren Mängeln, die im einzelnen in der Stellungnahme der Deutschen Telekom AG zum Konsultationsentwurf betreffend die Marktdefinition und Marktanalyse vom 20.12.2006 dargestellt seien und auf die konkret Bezug genommen werde.

Soweit die Beschlusskammer beabsichtigt, als Remedy auf dem Markt "Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze" die Anzeigepflicht aufzuerlegen, wäre eine solche Verpflichtung offensichtlich rechtswidrig. Die Beschlusskammer sei keineswegs aus Konsistenzgründen dazu verpflichtet, ebenso wie für die Leistungen der Märkte 1 bis 6 die Anzeigepflicht aufzuerlegen. Es sei bereits unzutreffend, dass die Märkte 3 und 5 einerseits und der hier verfahrensgegenständliche Markt eine "sehr große Nähe" (Seite 9, vorletzter Absatz der Begründung des Konsultationsentwurfs) zu einander aufweisen würden, was die Auferlegung der Anzeigepflicht zwingend erforderlich mache. Auch hiervon abgesehen lägen die Voraussetzungen von § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG nicht vor. Gehe man davon aus, dass die nachträgliche Entgeltregulierung kraft Gesetzes gelte, woran allerdings aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen erhebliche Bedenken bestehen würden (vgl. insoweit auf die Ausführungen der Betroffenen im Konsultationsverfahren betreffend die Regulierungsverfügung Märkte 1 bis 6), müsse es hierbei bleiben. Die Bundesnetzagentur dürfe darüber hinaus keine Verpflichtungen nach § 39 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG auferle-

gen (hierzu unten A.). Desweiteren wäre auch die beabsichtigte Anordnung nach § 29 Abs. 1 TKG rechtswidrig (hierzu unten B.).

A. Rechtswidrigkeit der Auferlegung der Anzeigepflicht

Die Auferlegung der Anzeigepflicht für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze wäre rechtswidrig.

Im einzelnen:

I. Anforderungen an die Auferlegung einer Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG

Nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG könne die Bundesnetzagentur "unter Beachtung von Abs. 1 Satz 1" Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, ihre Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben. Bei diesem Verweis auf § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG handelt es sich um eine Tatbestandsvoraussetzung, bei deren Vorliegen erst das Ermessen, eine Anzeigepflicht nach Abs. 3 Satz 2 aufzuerlegen oder nicht, eröffnet sei (VG Köln, Urteil vom 26.01.2006 - 1 K 266/05, S. 6 UA).

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG müsse die Bundesnetzagentur "Tatsachen" ermitteln, die die Annahme rechtfertigten, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich, worunter sowohl die Zugangsverpflichtungen an sich als auch die Entgeltregulierung nach dem vorherigen Unterabschnitt verstanden würden (BT-Drucks. 15/2316, S. 70), oder die Verpflichtung zur Betreiber(auswahl) und Betreiber(vor-)auswahl nach § 40 TKG nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden. Hierbei sei zu beachten, dass die Anzeigepflicht schon dann nicht auferlegt werden dürfe, wenn entweder die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder diejenigen nach § 40 TKG zur Erreichung der Ziele genügten. Dies bedeute, dass die Bundesnetzagentur Tatsachen sowohl im Hinblick auf die Unzulänglichkeit der Vorleistungsregulierung als auch der Betreiber(vor-)auswahl ermitteln müsse.

Die insoweit von der Bundesnetzagentur zu treffende Prognose bestehe darin, ob die im Gesetz bezeichneten Verpflichtungen im Vorleistungsbereich oder zur Betreiber(vor-)auswahl ausreichen, um die Ziele des § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen. Das Fehlen wirksamen Wettbewerbs trotz der Verpflichtungen im Vorleistungsbereich bzw. nach § 40 TKG alleine könne als Kriterium nicht ausreichen. Die marktmächtige Stellung sei bereits für sich Voraussetzung von § 39 TKG, so dass die Prognose nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG darüber hinausgehen müsse (König/Winkler, TKMR 2003, Seite 171 (177)).

Ferner genüge auch nicht eine abstrakte Bewertung, dass Vorleistungsregulierung im betrachteten Endnutzermarkt keine Wirkung entfalte. § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG fordere nämlich ausdrücklich "Tatsachen" als Grundlage für die Einschätzung des Marktes. Die Bundesnetzagentur müsse folglich reale, nachprüfbare Umstände für das Versagen der Vorleistungsregulierung bzw. der Betreiber(vor-)auswahl in den jeweiligen Märkten darlegen; potentielle oder mögliche Praktiken des betroffenen Unternehmens oder nur denkbare Entwicklungen seien nicht ausreichend (VG Köln, CR 2006, Seite 402 (404); König/Winkler, TKMR 2003, Seite 171 (178)).

Aufgrund des Prinzips des Vorrangs der Vorleistungsregulierung bzw. der Betreiber(vor-)auswahl müsse die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Prognose auch die Eignung zukünftiger Maßnahmen in diesen Bereichen berücksichtigen und ggf. zunächst die Vorleistungsregulierung ausschöpfen (König/Winkler, TKMR 2003, Seite

171 (178); Kühling/Neumann, Berliner Kommentar zum TKG, § 39 Rn. 52 f.)

Dies schließt die Notwendigkeit einer Prognose über die künftige Entwicklung der Märkte - ohne Auferlegung einer Anzeigepflicht - ein.

§ 39 Abs. 1 Satz 1 TKG verlange weiter, dass die Vorleistungsregulierung nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würde. Da diese Ziele ihrerseits teilweise gegenläufig seien, müsse die Bundesnetzagentur für die Feststellung, ob "die" Ziele des § 2 Abs. 2 TKG erreicht seien, eine Abwägung zwischen diesen Zielen sowie die Feststellung treffen, welche Folgen die Auferlegung der Anzeigepflicht für diese Ziele jeweils hätte. Sie müsse darüber hinaus auch sämtliche Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber(vor)auswahl nach § 40 TKG daraufhin überprüfen, ob sie zur Erreichung dieser Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden.

2. Ermessensausübung nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG

Komme die Bundesnetzagentur zu dem Ergebnis, dass die Annahme im Sinne von § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG gerechtfertigt sei, so müsse sie in einem zweiten Schritt von dem ihr nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG eröffneten Ermessen Gebrauch machen. Selbst wenn also Tatsachen die Annahme rechtfertigen würden, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 TKG nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden, müsse die Bundesnetzagentur die eröffnete Auferlegungsentscheidung nicht treffen. Sie könne dies lediglich tun. Daher müsse die Bundesnetzagentur auch im Rahmen des Ermessens Gesichtspunkte anführen, warum im konkreten Einzelfall ein Anzeigeverfahren durchgeführt werden soll.

II. Fehlerhaftigkeit der beabsichtigten Entscheidung der Bundesnetzagentur

Diesen gesetzlichen Maßstäben genüge die beabsichtigte Auferlegung der Anzeigepflicht nicht.

1. Keine Auferlegung aus Konsistenzgründen

Die Beschlusskammer gehe davon aus, dass die Auferlegung der Anzeigepflicht geboten sei, weil von der EU-Kommission "gefordert worden [sei], auch Verbindungen aus dem Festnetz in in- und ausländische Mobilfunknetze den Märkten für öffentliche Inlands- und Auslandsgespräche an festen Standorten zuzuordnen, weil der vorliegend analysierte 'Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze' zumindest eine sehr große Nähe zum bereits regulierten 'Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten' aufweist." (Seite 9 des Konsultationsentwurfs).

Diese Erwägungen der Bundesnetzagentur seien falsch. Die Marktverhältnisse auf den Märkten 3 und 5 unterschieden sich grundlegend von denjenigen auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze. Daher könnten die Tatsachen, die in der Regulierungsverfügung betreffend die Märkte 1 bis 6 für die Auferlegung der Anzeigepflicht maßgeblich waren, um die Voraussetzungen von § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG zu bejahen, nicht unbesehen auf die verfahrensgegenständlichen Leistungen übertragen werden.

- a) Bereits die Grundprämisse der Beschlusskammer, die Marktverhältnisse seien nahezu identisch, steht in offensichtlichem Widerspruch zur Marktanalyse der Präsidentenkammer betreffend die Märkte 1 bis 6. (4)

In der Marktanalyse Sprachtelefondienst habe die Bundesnetzagentur ausführ-

lich die Nicht-Substituierbarkeit von Festnetz-Festnetz-Verbindungen einerseits und Festnetz-Mobilfunk-Verbindungen andererseits begründet (S. 66 ff. der notifizierten Marktanalyse Sprachtelefonie). Die Präsidentenkammer sei insoweit zu dem Ergebnis gelangt, dass zwischen diesen Verbindungsarten weder eine nachfrage- noch eine angebotsseitige Substituierbarkeit besteht. Bestätigt werde sie hierin durch die von ihr selbst angeführten EU-Kommissionspositionen. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen werde die Ausführungen der Präsidentenkammer konkret in Bezug genommen.

- b) Zudem wiesen die Marktverhältnisse auf den Vorleistungsmärkten deutliche Unterschiede auf. (5)

Hier widerspreche das Schreiben der Beschlusskammer vom 21.02.2007 sogar der Marktanalyse der Märkte 1-6.

Die für den Markt essentiellen Vorleistungen (Terminierung in Mobilfunknetze) würden von der Betroffenen diskriminierungsfrei von den jeweiligen Mobilfunknetzbetreibern zu den genehmigten Entgelten bezogen. Innerhalb des Konzerns Deutsche Telekom AG und in Leistungsbeziehung mit anderen verbundenen Unternehmen bestehe daher kein Unterschied zum Bezug von Terminierungsleistungen bei Mobilfunknetzbetreibern, die nicht mit der Deutschen Telekom AG verbunden seien. Folglich sei für die Festnetzsparte der Deutschen Telekom AG die Terminierungsleistung in Mobilfunknetze zu 100% Fremdbezug.

- c) Es sei schließlich unzutreffend, dass die Kommission von einer sehr großen Nähe zwischen den Märkten 1 bis 6 einerseits und dem verfahrensgegenständlichen Markt andererseits ausgehe, weil sie im Rahmen der Konsolidierung der Marktanalyseverfahren für die Märkte 1 bis 6 gefordert habe, auch die verfahrensgegenständlichen Verbindungen den Märkten 1 bis 6 zuzuordnen.(6)

Die seinerzeitige Stellungnahme der EU-Kommission habe gerade keinen gemeinsamen Markt für Festnetz-Festnetz-Verbindungen und Festnetz-Mobilfunk-Verbindungen, sondern lediglich die Untersuchung der Märkte für Festnetz-Mobilfunkverbindungen gefordert. Sie habe in ihrem Schreiben vom 21.12.2005 nur ausgeführt, dass sie nicht davon überzeugt sei, dass die Nichtberücksichtigung der Verbindungen in Mobilfunknetze als Bestandteile der Märkte 3 und 5 gerechtfertigt sei. Sie habe dies aber im Ergebnis akzeptiert und die Bundesnetzagentur dazu aufgefordert, schnellstmöglich die von ihr ausgegrenzten, eigenständigen Märkte für Verbindungen in Mobilfunknetze zu untersuchen.

Andernfalls hätte die EU-Kommission zwingend nach § 12 Abs. 2 Nr. 3 TKG ernsthafte Zweifel an der Marktdefinition und Marktanalyse äußern müssen. Dies habe sie aber nicht getan. Das Fehlen von „Ernsthaften Zweifeln“ zeigt, dass die Kommission die Marktabgrenzung der Bundesnetzagentur für die Märkte 1-6 als zutreffend erachtet habe. Im Übrigen sei auch in anderen EU-Ländern im Rahmen der Marktuntersuchungen oftmals ein separater Markt für Festnetz-Mobilfunk-Verbindungen festgestellt worden.

- d) Auch die Behauptung der Bundesnetzagentur, die EU-Kommission habe "keinen Zweifel daran gelassen, dass sie den Markt für Verbindungen in Mobilfunknetze im gleichen Maße für regulierungsbedürftig erachtet, wie den Markt für öffentliche Inlandsverbindungen", (S. 10, 2. Absatz des Konsultationsentwurfs), sei falsch. Die Kommission habe der Bundesnetzagentur lediglich aufgegeben, den Markt für Verbindungen in Mobilfunknetze zu untersuchen " und - gegebenenfalls - re-

gulatorische Maßnahmen innerhalb des kürzest möglichen Zeitraums vorzuschlagen" (Europäische Kommission, Schreiben vom 21.12.2005 - SG-Greffe (2005) D/207601, S. 5)

Die Kommission ist also keineswegs davon ausgegangen, dass die Untersuchung der Märkte für Verbindungen aus dem Festnetz in in- und ausländische Mobilfunknetze zwingend zu regulatorischen Maßnahmen führen muss, geschweige denn zu den gleichen Maßnahmen wie auf den Märkten 1-6. (7)

2. Keine Tatsachen nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG ersichtlich

Es sind auch sonst keine Tatsachen ersichtlich, die die Annahme rechtfertigen würden, dass die Vorleistungen im Zugangsbereich und die Call-by-Call- und Preselecti-onverpflichtung nicht zur Erreichung der Regulierungsziele in § 2 Abs. 2 TKG führen würden.

a) Regulierung von Endnutzerdiensten nach Art. 17 URL als ultima ratio

§ 39 TKG solle Art. 17 Abs. 1 und 2 URL umsetzen (vgl. BT-Drucks. 15/2316, S. 70). Art. 17 URL sehe die Regulierung von Endnutzerdiensten insgesamt als ultima ratio an. Vorrangig sei die Regulierung des Vorleistungsmarktes sowie die Auferlegung der Betreiber(vor-)auswahl nach § 40 TKG.

Die Auferlegung sämtlicher regulatorischer Verpflichtungen werde in Art. 17 Abs. 1 URL daran geknüpft, dass aufgrund einer nach Art. 16 Abs. 3 URL durchgeführten Marktanalyse auf dem nach Art. 15 RRL ermittelten Endnutzermarkt kein wirksamer Wettbewerb bestehe (lit. a) und die Vorleistungsregulierung oder Betreiber(vor-)auswahl nicht zur Erreichung der in Art. 8 RRL vorgegebenen Ziele führen würde (lit. b). Lägen die Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 1 URL vor, müsse die nationale Regulierungsbehörde eine Verpflichtung auf der Rechtsfol-genseite auferlegen. Bereits die Tatbestandsvoraussetzungen stellten damit eine erhebliche Hürde für ein Einschreiten der Bundesnetzagentur auf.

Die in Art. 17 Abs. 1 lit. a) und b) URL zum Ausdruck kommende mehrfache Subsidiarität der Regulierung von Endnutzerdiensten (Schütz/Attendor, MMR Beilage 4/2002, 1 (18); Husch/ Kemmler/Ohlenburg, MMR 2003, 139 (144); Koenig/ Winkler, TKMR 2003, 171 (174); Holznagel/Hombergs, K&R 2003, 322 (325 f.)), betone auch Erwägungsgrund 26 URL, wonach die nationale Regulierungs-behörde die Befugnis haben solle, einem Unternehmen mit beträchtlicher Markt-macht nach gebührender Prüfung als „letztes Mittel“ Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Endnutzer aufzuerlegen. Somit sei schon die Regulierung von End-nutzerdiensten ultima ratio und bedürfe besonderer Begründung. (8)

b) Draht-Funk-Verbindungen hätten schon unter dem TKG 1996 nur der ex-post-Regulierung unterlegen. Die Auferlegung einer Anzeigepflicht stellte daher eine Verschärfung der Regulierung dar. Diese wäre mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar.

Dementsprechend heiße es auch zutreffend auf Seite 66 der am 23.06.2006 be-kannt gegebenen Marktdefinition und Marktanalyse der Präsidentenkammer für die Märkte 1-6:

"Der Sinn und Zweck des neuen Rechtsrahmens spricht ferner gegen eine Einbeziehung der Verbindungen in inländische Mobiltelefonnetze. Denn dadurch würde das generelle Ziel, einen Regulierungsabbau zu erreichen, verfehlt. Die Telefonverbindungen in inländische Mobiltele-phonnetze waren vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtsrahmens und

dessen Umsetzung durch das TKG 2004 nicht Gegenstand von regulatorischen Maßnahmen."

Die neue Märkte-Empfehlung, die im Laufe des Jahres 2007 in Kraft treten solle, gehe sogar noch darüber hinaus und sehe in ihrer Entwurfsfassung keine Endkundenverbindungsmärkte mehr vor, da sie davon ausgehe, dass seit der letzten Märkte-Empfehlung sich europaweit wettbewerbliche Verhältnisse herausgebildet hätten. Länder wie Großbritannien, die bereits die zweite „Runde“ der Marktanalyse durchgeführt haben, hätten bereits die Entlassung der Märkte für Endkundenverbindungen aus der Regulierung eingeleitet. (9)

Selbst wenn man berücksichtigt, dass die Bundesnetzagentur abweichend davon in einzelnen Märkten Marktmacht ermitteln sollte und Maßnahmen festlegen könnte, ist es unverhältnismäßig, die bestehenden regulatorischen Rahmenbedingungen für einen absehbar zu entlassenden Markt zu verschärfen. (10)

- c) Die Auferlegung der Anzeigepflicht sei nicht durch die Marktverhältnisse oder aufgrund konkreter missbräuchlicher Verhaltensweisen geboten, die den Schluss zulassen würden, dass die Betroffene nicht die nach den Feststellungen der Präsidentenkammer noch bestehende beträchtliche Marktmacht missbräuchlich ausnutzen würde. Es lägen keine auf den verfahrensgegenständlichen Markt bezogenen Tatsachen vor.

aa) Es lägen keine Tatsachen vor, die darauf schließen lassen würden, dass das Regulierungsziel der Wahrung der Interessen der Nutzer aufgrund eines Preishöhenmissbrauchs nicht erreicht werden könnte.

Die Beschlusskammer sei in der Vergangenheit niemals wegen eines etwaigen Preishöhenmissbrauches regulatorisch tätig geworden. Die Beschlusskammer habe in der öffentlichen Anhörung zu Recht darauf hingewiesen, dass ein Preishöhenmissbrauch angesichts der Möglichkeit von Preselection und Call-by-Call ausscheide. Genüge aber die Betreiber(vor-)auswahl zur Erreichung des Verbraucherschutzes nach § 2 Abs. 2 TKG, scheide die Auferlegung einer Anzeigepflicht aus, wie sich ausdrücklich aus § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG ergebe.

Der von der e-plus Mobilfunk GmbH erhobene Einwand des Preishöhenmissbrauchs wegen der Überschreitung der IC+25%-Formel sei ebenfalls unzutreffend. Die IC+25%-Formel sei von der Bundesnetzagentur zur Ermittlung der Preisuntergrenze entwickelt worden, bestimme aber keine Preisobergrenze. Andernfalls wäre jegliche Preisdifferenzierung im Endkundenbereich ausgeschlossen. Eine unterschiedliche Bepreisung unterschiedlicher Tarife entspreche jedoch herkömmlichen Marktgepflogenheiten und stelle kein missbräuchliches Verhalten dar.

Die Entgelte für inländische Draht-Funk-Verbindungen der Betroffenen würden zudem seit Jahren den Absenkungen der Abrechnungssätze für die Terminierung ins Mobilfunknetz folgen.

Im übrigen gebe der diesbezügliche Vortrag der e-plus in der öffentlichen Anhörung sowie die hiermit zusammenhängende Erwähnung einer der Betroffenen nicht bekannten Beschwerde der e-plus durch die Beschlusskammer Anlass zu dem Hinweis, dass sowohl der Grundsatz rechtlichen Gehörs als auch Sinn und Zweck des Konsultationsverfahrens nach § 12 TKG es gebieten würden, der Betroffenen sämtliche Stellungnahmen und Umstände, auf die die Beschlusskammer ihre Entscheidung stützen wolle, zugänglich zu machen.

bb) Ebenso wenig seien Draht-Funk-Tarife - nach dem eigenen Bekunden der

Bundesnetzagentur - Gegenstand von Missbrauchsverfahren gewesen. Dies könne die Bundesnetzagentur nicht einfach wegwischen und statt dessen auf Erwägungen für die Auferlegung der Anzeigepflicht auf anderen Märkten verweisen. Hierdurch werde das gesamte Gefüge von Marktdefinition, Marktanalyse und Auferlegung von Remedies ad absurdum geführt. Insbesondere könne der Hinweis, dass auf anderen Märkten ähnliche Marktanteile bestünden und auch die sonstigen Marktbeherrschungskriterien ähnlich seien, die Ermittlung von Tatsachen, die den betrachteten Markt betreffen, nicht ersetzen.

Die Betrachtung des absoluten Marktanteils gebe keinen Aufschluss über die Bedeutung von Draht-Funk-Verbindungen für den Wettbewerb. Dies gelte auch für die sonstigen Kriterien zur Ermittlung der beträchtlichen Marktmacht. Während sich die Finanzkraft bei ein und demselben Unternehmen zwangsläufig nicht unterscheide, auch wenn unterschiedliche Märkte betrachtet würden, bestünden im Hinblick auf den Zugang zu den Beschaffungsmärkten gerade - wie bereits oben dargelegt - deutliche Unterschiede gegenüber den Beschaffungsmärkten der Märkte 3 und 5.

Im Gesamtgefüge der Endkundenleistungen habe der Markt für inländische Draht-Funk-Verbindungen zudem eine sehr viel geringere Bedeutung als die Märkte 3 und 5. Wie der Bundesnetzagentur bekannt sei, sei der Anteil der Draht-Funk-Verbindungen an den Gesamtverbindungsminuten gering. Daher sei davon auszugehen, dass die Tarife für Draht-Funk-Verbindungen die Kaufentscheidung der Endkunden nicht maßgeblich beeinflussten.

Auch der Fokus der Wettbewerber scheine nicht auf den Draht-Funk-Verbindungen zu liegen. Denn der Betroffenen sei nicht bekannt, dass Draht-Funk-Verbindungen von Wettbewerbern beworben würden. Auch dies spreche dafür, dass die wettbewerbliche Bedeutung der Draht-Funk-Verbindungen hinter derjenigen der Verbindungen der Märkte 3 und 5 zurückbleibe. Insoweit verwundere es auch nicht, dass in der öffentlichen Anhörung von keinem Wettbewerber die Gefahr eines möglichen Behinderungsmissbrauchs vorgetragen worden sei.

cc) Selbst wenn die Bundesnetzagentur aber auf Erwägungen aus der Regulierungsverfügung für die Märkte 1-6 zurückgreifen dürfte, würden dies keine Auferlegung einer Anzeigepflicht rechtfertigen. Die Bundesnetzagentur habe ihre Prognose, dass für die Entgelte für Orts- und Fernverbindungen der Märkte 3 und 5 die ex-post-Regulierung nicht zur Erreichung der Ziele des § 2 Abs. 2 TKG ausreiche, entgegen § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG nicht auf hinreichende konkrete Tatsachen gestützt. (11)

Auch die ex-post-Regulierung sei eine Art der Entgeltregulierung, welche ebenfalls der Wahrung der Ziele des § 2 Abs. 2 TKG und erst recht dem in § 27 Abs. 1 TKG normierten speziellen Ziel der Entgeltregulierung diene. Sie werde daher vom Gesetzgeber grundsätzlich als ebenso geeignetes Mittel der Preiskontrolle angesehen wie die Kennznisgabe- oder Genehmigungspflicht. Bei Endkundenleistungen reiche nach der Vorstellung des Gesetzgebers die ex-post-Kontrolle sogar in der Regel aus. (VG Köln, Urt. v. 08.03.2007 - 1 K 3918/06, S. 19 UA.)

Die Abweichung von der ex-post-Regulierung sei daher die besonders zu rechtfertigende Ausnahme. Zu deren Begründung genüge es nicht, sich auf vereinzelte Umstände zu berufen. Die Bundesnetzagentur berufe sich jedoch lediglich auf das Beispiel der "von der Betroffenen vorgesehene[n] Einführung des kostenunterdeckenden '10-Cent-Tarifs'" (Seite 62 der Beschlussbegründung der Regulierungsverfügung Märkte 1-6).

Die Verweigerung der Genehmigung des 10-Cent-Tarifs lasse keinen Schluss darauf zu, dass die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG durch eine reine ex-post-Regulierung gefährdet wären. Es habe sich beim 10-Cent-Tarif um einen neuartigen Tarif (stundengetakteter Tarif) gehandelt, dessen Kalkulation zwischen der Betroffenen und der Bundesnetzagentur streitig gewesen sei. Eine gerichtliche Klärung im Wege der Verpflichtungsklage sei seitens der Betroffenen nur deshalb nicht herbeigeführt worden, weil hiermit eine sofortige Einführung dieses neuartigen Tarifs nicht hätte erreicht werden können. Daher habe man statt dessen die Genehmigung des Tarifs enjoy, dem die Kalkulationsmethodik der Bundesnetzagentur zugrunde gelegt worden war, beantragt und erhalten.

Zudem habe die Bundesnetzagentur außer Acht gelassen, dass seit 1998 eine dreistellige Zahl von Genehmigungen erteilt worden sei. Diese Tatsachen würden von ihr nicht in der Abwägung berücksichtigt. Statt dessen habe sie ihre Entscheidung zur Auferlegung der Anzeigepflicht ausschließlich auf eine einzige Tatsache gestützt, die noch dazu einen anderen Markt betreffe. Dies trage jedoch nicht.

dd) Ebenso wenig könne aus Umständen in der Vergangenheit darauf geschlossen werden, dass die Betroffene zukünftig wettbewerbsbehindernde Preise erheben werde.

Die Präsidentenkammer selbst habe auf Seite 66 der Marktdefinition und Marktanalyse der Märkte 1-6 darauf hingewiesen, dass die Telefonverbindungen in inländische Mobiltelefonnetze vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtsrahmens und dessen Umsetzung durch das TKG 2004 nicht Gegenstand von regulatorischen Maßnahmen gewesen seien.

Selbst wenn - abweichend von der Calltime240-Entscheidung der Bundesnetzagentur - sogar jede einzelne Verbindungsminute auf der Grundlage der IC+25%-Regel überprüft würde, wären sämtliche Entgelte sowohl bei historischen Tarifen, die nur noch im Bestand geführt würden, als auch bei Tarifen in der aktuellen Vermarktung kostendeckend.

- d) Die Auferlegung der Anzeigepflicht sei auch unverhältnismäßig. Soweit die Bundesnetzagentur der Meinung sei, dass die Anzeigepflicht die Betroffene nur geringfügig belastet, ihr aber zugleich grundlegende Vorteile gegenüber dem Genehmigungsverfahren gewährt würden (S. 13 des Konsultationsentwurfs), ist dies abwägungsfehlerhaft.

Die Auslegung der Bundesnetzagentur von § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG, dass vor Ablauf der 2 Monate keine wirksamen Verträge abgeschlossen werden dürfen, stelle eine erhebliche Belastung der Klägerin dar. Die Bundesnetzagentur gehe demnach davon aus, dass § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB darstelle, sowohl Verträge abzuschließen als auch bestehende Verträge nach Ablauf der 2-Monatsfrist an angezeigte Entgelte rückwirkend anzupassen. (12)

Die Betroffenen teile diese Rechtsansicht nicht. Deren Fehlerhaftigkeit ergibt sich zum einen aus den von der Bundesnetzagentur selbst beschriebenen, von ihr offensichtlich gebilligten und angestrebten Folgen einer solchen „Karenzzeit“. Diese bestünden darin, dass *„die verbleibende Frist von Wettbewerbern dazu genutzt werden [scil. kann], sich mit entsprechenden eigenen Produkten auf die Tarifmaßnahme der Betroffenen einzustellen“* (S. 12 des Konsultationsentwurfs). Dies widerspreche den bindenden Aussagen des Bundesverfassungsgerichts über die verfassungsrechtlich zulässige Reichweite von Maßnahmen der Entgeltregulierung. Das Bundesverfassungsgericht habe hierzu in seinem Beschluss

vom 14.03.2006 ausgeführt, die Entgeltkontrolle solle:

„lediglich sichern, dass die Beschwerdeführerin kein Entgelt erhebt, das die anderen Marktteilnehmer unangemessen benachteiligt. Das an den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung orientierte Entgelt darf die Beschwerdeführerin nach dem Telekommunikationsgesetz festlegen, ohne dass dieses Recht durch Nachteile anderer Art erkauft werden muss. [...] Nachteile des marktmächtigen Unternehmens durch eine von der Entgelthöhe unabhängige Verbesserung der Wettbewerbssituation der anderen Marktteilnehmer dürfen grundsätzlich auch nicht dadurch bewirkt werden, dass die Verfolgung des legitimen Ziels der Sicherung effektiven Rechtsschutzes für die Wettbewerber zu der Nebenwirkung eines weitgehenden Wegfalls grundrechtlichen Geheimnisschutzes für die Beschwerdeführerin führt.“

BVerfG, Beschluss vom 14.03.2006 - 1 BvR 2087/03 und 1 BvR 2111/03, Blatt 53/54 des amtlichen Umdrucks (Hervorhebung nicht im Original).

Gewendet auf den vorliegenden Fall bedeute dies: Die Belange der Entgeltregulierung rechtfertigten nur Maßnahmen, die durch eine Überprüfung der Entgelthöhe gerechtfertigt seien. Nachteile des marktmächtigen Unternehmens durch eine von der Entgelthöhe unabhängige Verbesserung der Wettbewerbssituation der anderen Wettbewerber, die auch darin liegen könne, dass diese durch die Karenzpflicht in die Lage versetzt würden, eigene Produkte zu entwickeln und insofern die Innovationskraft des marktmächtigen Unternehmens zu bekämpfen, gingen über dieses Ziel hinaus. Sie denaturierten die Anzeigepflicht - zumal in Verbindung mit der in Ziff. 3 des Entscheidungstenors vorgesehenen Vorlagepflicht nach § 29 TKG - zu einem verkappten Genehmigungsverfahren.

Bedenken gegen die Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur bestünden auch deshalb, weil § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG nur eine formelle Verfahrensvorschrift und kein materiell-rechtliches Verbot zum Vertragsabschluss sei. § 37 TKG greife nach § 39 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 38 Abs. 4 Satz 4 TKG nur im Fall der Unwirksamkeitserklärung nach § 38 Abs. 4 Satz 1 TKG ein, so dass Entgelte, die ohne ordnungsgemäße Anzeige vereinbart würden, wirksam seien.

Mielke, in: Berliner Kommentar zum TKG, § 38 Rdnr. 41.

§ 39 Abs. 3 Satz 2 TKG formuliere auch kein Verbot, „Planungen“ zu ändern und die Markteinführung eines Tarifs vorzulegen. Andernfalls würde es sich um eine verkappte Genehmigungspflicht handeln. Ein materiell-rechtliches Verbot zur Vereinbarung eines Entgeltes ergebe sich auch nicht aus dem Regelungszusammenhang. Dieser spricht vielmehr gegen ein Fortdauern der Karenzzeit nach Ablauf der 2-Wochenfrist nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG. Die 2-Monatsfrist in § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG sei nur dann sinnvoll, wenn die Bundesnetzagentur innerhalb von zwei Wochen nach Anzeige der Entgeltmaßnahme feststelle, dass das Entgelt offenkundig nicht mit den Missbrauchsmaßstäben des § 28 TKG vereinbar sei. Die dann erfolgende Untersagung sei gleichzusetzen mit der Einleitung eines ex-post-Verfahrens, da der offenkundige Verstoß gegen § 28 TKG einen hinreichenden Anfangsverdacht nach § 39 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 38 Abs. 2 Satz 1 TKG begründe. Dies bedeutet umgekehrt: Wird eine Tarifmaßnahme innerhalb dieser Zwei-Wochen-Frist nicht beanstandet, spreche nichts dagegen, dass die Maßnahme unmittelbar umgesetzt werde. Die Zurückstellung der Einführung um weitere sechs Wochen wäre bei einem im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung nicht beanstandeten Tarif unangemessen. Eine derartige Beschränkung der Vertragsfreiheit des betroffenen Unternehmens würde sogar über die Restriktionen

durch die Genehmigungspflicht hinaus gehen.

Es ist auch keineswegs zutreffend, dass die 2-Monatsfrist im Ergebnis leer laufen würde, würde man sie wie die Betroffene verstehen. Die Frist des § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG stelle sicher, dass ein Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 38 Abs. 3 TKG vor der geplanten Einführung der Entgeltmaßnahme durch den marktbeherrschenden Betreiber abgeschlossen sei. Das längstens zwei Monate dauernde Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung werde aber nur dann in Gang gesetzt, wenn die Bundesnetzagentur gemäß § 39 Abs. 3 Satz 3 TKG innerhalb von zwei Wochen nach Anzeige der Entgeltmaßnahme feststellt, dass das Entgelt offenkundig nicht mit den Missbrauchsmaßstäben des § 28 TKG vereinbar ist. Werde eine Tarifmaßnahme innerhalb dieser Zwei-Wochen-Frist nicht beanstandet, spreche nichts dagegen, dass die Maßnahme unmittelbar umgesetzt werde. Die Zurückstellung der Einführung um weitere sechs Wochen wäre bei einem im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung nicht beanstandeten Tarif dagegen unangemessen. (Ebenso auch die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten zur „Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen“, Bonn, Dezember 2005, S. 73.)

III. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Regulierungsverfügung aufgrund undifferenzierter Auferlegung der Anzeigepflicht

Schließlich wäre eine Auferlegung der Anzeigepflicht aber auch für einzelne Bereiche sachlich verfehlt.

1. Keine Anzeigepflicht für VoIP-Verbindungsleistungen

Die beabsichtigte Auferlegung der Anzeigepflicht für Verbindungsleistungen wäre rechtswidrig. Angebote für Verbindungsleistungen, die über VoIP-Dienste hergestellt würden, seien von Verbindungsleistungen, die über PSTN realisiert würden, sachlich abgrenzbar. Für diese Angebote lägen die Voraussetzungen des § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG nicht vor.

a) Abgrenzung von VoIP- und PSTN-Verbindungsleistungen

Die Bundesnetzagentur gehe zu Unrecht davon aus, dass sie über keine Kriterien verfüge, um VoIP-Angebote von PSTN-Angeboten zu unterscheiden. Diese Angebote seien ohne weiteres voneinander trennbar.

aa) Hierfür spreche bereits, dass die Verbindungsleistungen technisch unterschiedlich realisiert würden. Zur Realisierung von VoIP-Angeboten müsse auf andere Vorleistungsprodukte zurückgegriffen werden als bei PSTN-Angeboten.

bb) Auch die Marktanalyse für die Märkte 3 und 5, auf welche die verfahrensgenständliche Marktanalyse bezug nehme, gehe davon aus, dass es sich bei VoIP-Telefonie und PSTN-Telefonie um unterschiedliche Produkte handele, die technisch unterschiedlich realisiert würden (S. 60 der Marktanalyse Märkte 3 und 5).

cc) Dies spiegelt auch die tatsächliche Marktsituation wider. VoIP-Angebote werden häufig zusammen mit einem Internetzugangstarif und einem Breitbandanschluss von Internet Service Providern angeboten und stellen ein Aliud gegenüber dem PSTN-Anschluss und der klassischen Sprachtelefonie dar, die von Teilnehmer- bzw. Verbindungsnetzbetreiber erbracht werden.

b. Voraussetzungen von § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG liegen nicht vor

Im Hinblick auf VoIP-Angebote gelte in besonders augenfälliger Weise, dass Tatsachen fehlten, welche die Annahme rechtfertigten, die Regulierung des Vorleistungsmarktes sei nicht ausreichend, um die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen.

aa) Die Kommission habe die Mitgliedstaaten zu einer zurückhaltenden Regulierung von VoIP-Produkten aufgerufen:

"Die Kommission befürwortet eine zurückhaltende Regulierung und begrüßt es, dass mehrere NRB - entsprechend dem Ansatz der Kommission - eine vorausblickende Haltung gegenüber der VoIP-Regulierung einnehmen. Die Kommission ist sich mit einigen NRB darin einig, dass VoIP zum Anrufmarkt gehört, und hat sich für so wenig Regulierung wie möglich dieser Dienste entschieden. In der Folge war die VoIP-Regulierung in den Mitgliedstaaten bisher sehr zurückhaltend. Erste Erfahrungen deuten auf nur sehr niedrige Markteintrittsschranken hin."

Mitteilung der Kommission vom 20.02.2006, KOM(2006) 68, S. 10.

bb) Dies bestätigten auch die Ausführungen der Bundesnetzagentur in ihrem Tätigkeitsbericht für 2004/2005 als auch ihr Jahresbericht vom 16.03.2006.

Die Bundesnetzagentur unterstreiche hierin jeweils, dass die Marktentwicklung von VoIP-Diensten durch eine hohe Marktdynamik und hohe Markteintritte gekennzeichnet sei. Die Zahl der VoIP-Anbieter sei demnach von 15 Unternehmen im Jahr 2004 auf 50 Anbieter Ende 2005 gestiegen. Dies belege, dass keine Markteintrittsschranken bestünden, sondern eine Vielzahl von Wettbewerbern unter Rückgriff auf die Vorleistungsprodukte der Betroffenen Angebote entwickeln könnten.

cc) Die Marktdaten belegten, dass die Betroffene im Bereich von VoIP-Diensten keine herausgehobene Marktposition innehat. Dies zeige auch eine von der Betroffenen vorgelegte Befragung von VoIP-Nutzern.

Danach habe die T-Online seinerzeit nur über einen Marktanteil von 6 %. Dominiert werde das Angebot von VoIP-Diensten durch die Unternehmen Skype, 1&1 und Web.de. Weitere marktstarke Unternehmen seien die Firmen GMX, freenet und Schlund & Partner. Zudem hätten überaus finanzkräftige Unternehmen wie z.B. Microsoft, Yahoo und Google ihren Markteintritt bereits angekündigt.

dd) Diese Umstände seien auch bei der Abwägungsentscheidung nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG zu berücksichtigen. Die Auferlegung einer Anzeigepflicht für VoIP-Dienste sei zur Erreichung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG nicht erforderlich. Sie sei insbesondere nicht zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und zur Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) geboten. Die vorliegenden Marktdaten belegten vielmehr, dass für den Bereich der VoIP-Dienste bereits lebhafter Wettbewerb herrsche.

c) Keine Rechtfertigung der Auferlegung für neue Produkte

Die Auferlegung der Anzeigepflicht für neue Produkte wäre auch nicht sachlich gerechtfertigt. Bei dem Angebot von VoIP-Telefonie handele es sich um ein neues, bisher nicht hinreichend etabliertes Produkt. Selbst wenn man insofern die Marktabgrenzung der Marktanalyse der Bundesnetzagentur zugrundelegen würde, griffen insofern doch die dem Erwägungsgrund 15 der Märkte-Empfehlung

der Kommission zugrundeliegenden Überlegungen, aus denen heraus ein Regulierungsbedarf für neue Märkte nicht bestehe.

Der dem Erwägungsgrund 15 zugrundeliegende Gedanke ist der des vorstoßenden Wettbewerbs. Sofern auf neuen oder sich abzeichnenden Märkten Marktmacht aufgrund von Vorreitervorteilen besteht, kommen diese Märkte deshalb bei einer sektorspezifischen Regulierung nicht in Betracht, da nach dem Konzept des vorstoßenden Wettbewerbs Vorreitervorteile durch den nachstoßenden Wettbewerb anderer Unternehmen aufgezehrt werden.

Diese Überlegungen seien in ihrer Berechtigung nicht nur auf die Frage der Regulierungsbedürftigkeit für neue oder sich abzeichnende Märkte beschränkt. Sie griffen entsprechend auch für neue Produkte, die Teil von bestehenden sachlich relevanten Märkten seien. Insofern müssten bei der Entscheidung über den Umfang der Regulierung für diese Märkte ebenfalls dem Konzept des vorstoßenden Wettbewerbs Rechnung getragen werden. Aus solchen Gründen habe die Beschlusskammer 3 der damaligen RegTP die Entgelte für DSL-Anschlüsse rechtlich nicht beanstandet. (RegTP, Beschluss vom 30.03.2001 - BK 3b-00/032, S. 44 ff. des Beschlussesumdrucks).

Vor dem Hintergrund des neuen Regulierungsrahmens nach dem TKG 2004 müsse die Bundesnetzagentur diesem Gedanken schon bei ihren Entscheidungen im Rahmen der Regulierungsverfügung Rechnung tragen. Sofern hier nach der Konstruktion des TKG eine ex-post-Regulierung nicht vollständig ausscheide, sei bei neuen Produkten jedenfalls von der Auferlegung einer Anzeigepflicht abzusehen. Die geplante Anzeigepflicht hingegen würde nicht nur dem Ausnahmeharakter der Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG widersprechen, sondern auch dem Umstand, dass bei neuen Märkten allein schon das Bestehen von Vorreitervorteilen noch keine besonderen Regulierungsmaßnahmen rechtfertigen würde.

2. Keine Anzeigepflicht für kundenindividuelle Verträge

Soweit die Beschlusskammer davon auszugehen scheine, dass die Anzeigepflicht für individuelle Verträge kraft Gesetzes gilt, sei dies unzutreffend. § 39 Abs. 3 Satz 4 TKG sei eine bloße Verfahrensvorschrift, die im Falle der Auferlegung der Anzeigepflicht den Vorlagezeitpunkt regelt. Die Auferlegung einer Anzeigepflicht für kundenindividuelle Verträge wäre jedoch rechtswidrig.

a) Kundenindividuelle Verträge als eigenständige Produktgruppe

Kundenindividuelle Verträge stellen eine eigenständige Produktgruppe dar. Hier von gehe auch der Gesetzgeber aus, da er es für notwendig befunden hat, durch § 39 Abs. 3 Satz 4 TKG hierfür eine eigenständige gesetzliche Regelung zu treffen.

Die Regelung in § 39 Abs. 3 Satz 4 TKG zielt auf Verträge ab, die aufgrund einer spezifischen Nachfrage, die durch AGB-Produkte nicht befriedigt werden könne, spezifische Leistungsbedingungen vorsehen. Ausweislich der Gesetzesbegründung gehörten hierzu "vornehmlich", aber nicht nur, Verträge, die ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens eingegangen sei (BT-Drucks. 15/2316, S. 70 zu § 38 Abs. 1 Satz 3).

b) Auferlegung der Anzeigepflicht abwägungsfehlerhaft

Die Auferlegung der Anzeigepflicht für kundenindividuelle Verträge wäre abwägungsfehlerhaft.

aa) Bei der Entscheidung über die Auferlegung einer Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG sei maßgeblich zu berücksichtigen, dass Einzelverträge erheblich geringere Bedeutung für den Wettbewerb hätten als flächendeckend, im Massengeschäft angebotene Standardverträge (Kühling/Neumann, Berliner Kommentar zum TKG, § 39 Rdnr. 101).

Bestätigt werde dies durch die spanische Regulierungsbehörde Comision des Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), die bei der Auferlegung von Verpflichtungen für den Telefondienstmarkt anerkenne, dass bei individuell vereinbarten Verträgen eine Disziplinierung des marktmächtigen Unternehmens bereits durch die Nachfragemacht der Kunden stattfinde und dieses somit nicht über einen vollkommen unkontrollierten Verhaltensspielraum verfüge. Aus diesem Grunde habe die spanische Regulierungsbehörde CMT auch für Individualverträge bis zu einer betragsmäßigen Grenze von 600.000 € (netto) keine Verpflichtungen auferlegt. Die Auferlegung von Verpflichtungen sei nicht geboten, weil aufgrund der wirtschaftlich starken Position der Kunden keine Gefahr der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch das marktmächtige Unternehmen bestehe.

Diese Grundsätze müsse die Bundesnetzagentur auch vorliegend – ausgehend von der von ihr vorgenommenen Grenzziehung in Höhe von 1 Mio. € - beachten. Sie müsste dann genauso verfahren wie der spanische Regulierer, weil auch auf dem deutschen Markt aufgrund der wirtschaftlich starken Position der Kunden keine Gefahr der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Betroffenen bestehe.

bb) Auch sei zu beachten, dass eine Anzeigepflicht selbst dann einen unangemessenen Verwaltungsaufwand verursache, wenn nur eine Vertragskopie vorgelegt werden müsse.

cc) Vor allem führe die Vorlagepflicht individueller Verträge auch zur Verunsicherung der Endkunden. In der Vergangenheit habe sich im Zusammenhang mit dem Verfahren "Feststellung der Genehmigungspflicht der Entgelte für geschlossene Benutzergruppen" gezeigt, dass die Wettbewerber allein den Umstand der möglichen "Regulierbarkeit" derartiger Verträge dazu nutzten, Endkunden dahingehend zu beeinflussen, Verträge nicht abzuschließen oder zu kündigen. Nicht anders werde es sich verhalten, wenn individuelle Verträge anzeigepflichtig seien. Es könne jedoch nicht Ziel des TKG sein, dass Wettbewerber einen Wettbewerbsvorsprung durch verfahrensrechtliche Vorschriften erlangen.

c) Unverhältnismäßigkeit

Die Auferlegung der Anzeigepflicht für kundenindividuelle Verträge wäre zudem unverhältnismäßig. Insoweit stehe als milderer Mittel die Möglichkeit der ex-post-Kontrolle der individuell vereinbarten Verträge zur Verfügung. Die Bundesnetzagentur habe jederzeit die Möglichkeit bei Bekanntwerden von Tatsachen, die die Annahme rechtfertigten, dass die Entgelte der betreffenden Leistungen nicht den Maßstäben des § 28 TKG entsprechen (§ 39 Abs. 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 TKG), ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle einzuleiten.

Diesen Weg habe auch der spanische Regulierer eingeschlagen. Er habe den spanischen Incumbent lediglich dazu verpflichtet, Individualverträge ein Jahr vorzuhalten, damit diese auf Nachfrage der Regulierungsbehörde übergeben wer-

den könnten. Eine vergleichbare Regelung wäre auch in Deutschland als milderes Mittel vorzusehen.

B) Rechtswidrigkeit der Anordnung nach § 29 Abs. 1 TKG

Rechtswidrig sei schließlich auch die beabsichtigte Verpflichtung der Betroffenen, der Bundesnetzagentur zeitgleich mit der Vorlage der Tarifanzeige die für eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung der beabsichtigten Entgeltmaßnahme erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen (§ 29 Abs. 1 TKG). Dies verkehre das Anzeigeverfahren in ein "Quasi-Genehmigungsverfahren". Die Betroffene werde dazu verpflichtet, detaillierte Angaben über erwartete und in der Vergangenheit gemessenen Nutzungscharakteristika, also Kostenunterlagen im Sinne von § 33 TKG vorzulegen.(13)

Eine solche Ausgestaltung der Anzeigepflicht verstoße gegen seinen Charakter als Teil des Verfahrens der nachträglichen Entgeltregulierung.

1. Anzeigepflicht als Teil der nachträglichen Entgeltregulierung

Die Anzeigepflicht sei ausweislich der Überschrift von § 38 TKG ein Verfahren der nachträglichen Regulierung. Es handele sich um ein ex-post-Verfahren, das sich nur durch die Verpflichtung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht, die Entgelte bereits vor ihrer Markteinführung der Bundesnetzagentur anzuzeigen, vom klassischen ex-post-Verfahren unterscheide. Aufgrund der Anzeigepflicht solle die Bundesnetzagentur nur von einer ständigen Marktbeobachtung entlastet werden, um etwaig missbräuchliche Entgeltmaßnahmen aus der Vielzahl von Entgelten herauszufiltern und frühzeitig ein ex-post-Verfahren einleiten zu können.

Mit der Anzeigepflicht sei hingegen nicht die Verpflichtung des betroffenen Unternehmens verbunden, schon mit der Anzeige der Entgeltmaßnahme Kostenunterlagen vorzulegen. Dies würde auch der Systematik der Prüfungsmethodik im ex-post-Verfahren widersprechen, weil nach § 38 Abs. 2 Satz 3 TKG ein Vorrang der Vergleichsmarktbetrachtung besteht (Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.08.2005 – BK 3c-05/036, S. 30; Heun, CR 2004, 398 (903); Koenig/Loetz/Neumann, Telekommunikationsrecht, S. 148.) Nur dann, wenn eine solche nicht möglich sei, etwa weil kein Vergleichsmarkt existiere oder eine Ermittlung der Mißbrauchsgrenze aufgrund grundsätzlicher struktureller Unterschiede der Vergleichsmärkte nicht möglich sei (Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.08.2005 – BK 3c-05/036, S. 30; Schütz, Rdnr. 769) dürfe die Bundesnetzagentur "nach § 33 vorgehen", d.h. sie könne nach § 33 Abs. 5 Satz 2 TKG Unterlagen im Sinn von § 33 Abs. 1 TKG unter Fristsetzung anfordern (BT-Drucks. 15/2316, S. 114).

Die Bundesnetzagentur konkretisiere die von ihr in Ziffer 4. des Tenors ausgesprochene Verpflichtung zur Vorlage der "für eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung ... erforderlichen Unterlagen" jedoch gerade dahingehend, dass auch "detaillierte Angaben über erwartete und in der Vergangenheit gemessene Nutzungscharakteristika, soweit diese die Grundlage für die Kalkulation der betreffenden Tarifmaßnahmen darstellen", vorgelegt werden müssten (Seite 16 des Konsultationsentwurfs). Die Bundesnetzagentur räumt also selbst ein, dass es sich bei derartigen Nutzungscharakteristika um Daten handelt, die für eine kostenbasierte Kalkulation notwendig sind. Solche Daten dürfen jedoch nach § 38 Abs. 2 Satz 2 TKG im Rahmen des ex-post-Verfahrens erst dann herangezogen werden, wenn eine Vergleichsmarktbetrachtung nicht möglich sei. Dies sei aber in jedem Einzelfall im Anschluss an die Anzeige eines Tarifes zu prüfen.

2. Denaturierung der Anzeigepflicht zu einem Quasi-Genehmigungsverfahren bei Kombination mit § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG

Diese Systematik würde in ihr Gegenteil verkehrt, wenn die Deutsche Telekom AG bereits mit der Anzeige Unterlagen, insbesondere Kostenunterlagen für die Offenkundigkeitsprüfung vorlegen müsste. Die Anzeigepflicht würde dann in ein Quasi-Genehmigungsverfahren umgewandelt werden.

Die Vorlage von Unterlagen für eine "fundierte Offenkundigkeitsprüfung", wie die Bundesnetzagentur in Ziffer 3. des Tenors ausführe, widerspreche gerade der Funktion der Offenkundigkeitsprüfung nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG. Demnach untersage die Bundesnetzagentur eine angezeigte Entgeltmaßnahme bis zum Abschluss der Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 28 TKG vereinbar wäre. Offenkundigkeit sei in Anlehnung an § 27 Abs. 3 TKG a.F. dann gegeben, wenn die Nichteinhaltung der Anforderungen für die Bundesnetzagentur aufgrund bereits vorhandener Unterlagen, Kenntnisse und Erfahrungen ohne weiteres ersichtlich sei. Eine Offenkundigkeit sei dagegen nicht gegeben, wenn die Bundesnetzagentur zur Entscheidungsfindung noch Ermittlungen durchführen müsste bzw. auf weitere Nachweise des Antrag stellenden Unternehmens oder Stellungnahmen von Beteiligten an gewiesen wäre (RegTP, Beschluss vom 04.03.1999 - BK 2-1-99/004, zitiert nach Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Auflage, § 27 Rdnr. 25).

Die Untersagung nach § 39 Abs. 3 Satz 3 TKG setze also voraus, dass sich die Nichteinhaltung der Maßstäbe des § 28 TKG nach dem Erkenntnisstand zum Zeitpunkt der Entscheidung geradezu aufdrängen müsse. Dies führe die Bundesnetzagentur auf Seite 58 und 59 der Beschlussbegründung sogar selbst aus. Daher sei es ein Widerspruch in sich, überhaupt eine "fundierte" Offenkundigkeitsprüfung durchzuführen und darüber hinaus auch noch auf der Grundlage von Unterlagen, zu deren Vorlage die Betroffene bereits ohne konkreten Zusammenhang zu einem bestimmten Verfahren verpflichtet worden sei.

Vielmehr müsse die Prüfung anhand von Kostenunterlagen dem ex-post-Verfahren vorbehalten bleiben. Dort bestehe auch eine gesteigerte Mitwirkungs- und Hinwirkungspflicht der Bundesnetzagentur (OVG Münster, MMR 2003, 615 (617))

Die Stellungnahmen des betroffenen Unternehmens und interessierten Parteien sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens im Amtsblatt Nr. 16/2007 vom 15.08.2007 als Mitteilung Nr. 588/2007 veröffentlicht worden. Hierauf wird bezüglich der weiteren Einzelheiten des jeweiligen Vortrages Bezug genommen.

Im Klageverfahren der Betroffenen gegen die Regulierungsverfügung Märkte 1 - 6 hat das Verwaltungsgericht Köln am 05.09.2007 die Regulierungsverfügung vom 23.06.2006 insoweit aufgehoben, als die Betroffene dazu verpflichtet worden ist, Entgeltmaßnahmen für inländische VOIP-Verbindungen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten anzuzeigen. Zugleich wurde auch die in der Regulierungsverfügung damit einhergehende Verpflichtung der DTAG für eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung der beabsichtigten Entgeltmaßnahmen für inländische VoIP-Verbindungen erforderlichen Unterlagen aufgehoben (VG Köln Az. 21 K 3395/06).

Dem Bundeskartellamt ist mit Schreiben vom 18.10.2007 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern. Mit Schreiben vom 30.10.2007 hat das Bundeskartellamt diesbezüglich mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absehe....

....

Unter dem 31.10.2007 hat die Bundesnetzagentur den Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt und diese davon unterrichtet.

Am 20.11.2007 richteten die Dienststellen der Kommission daraufhin ein Auskunftsersuchen an die Bundesnetzagentur, welches mit Schreiben vom 23.11.2007 beantwortet wurde.

Mit Schreiben vom 30.11.2007 hat sich die EU-Kommission wie folgt zum Entscheidungsentwurf geäußert:

“...Die Kommission ist sich bewusst, dass die DTAG, die nach wie vor einen erheblichen Marktanteil im oben beschriebenen notifizierten Markt besitzt, die Absenkung der Mobilfunk-Terminierungsgebühren nicht in vollem Umfang ihre Endkunden weitergibt.

Die Kommission fordert die BNetzA auf, unverzüglich das Niveau der Festnetz-zu-Mobilfunk-Entgelte zu überwachen sowie den Umfang, in dem die Festnetzbetreiber die durch Regulierung eingeleiteten Senkungen von Terminierungsentgelten an ihre Endkunden weitergeben. Für den Fall, dass sich herausstellt, dass die Kostensenkungen im Vorleistungsmarkt keine Auswirkung auf die Entgelte für Verbindungen im Endkundenmarkt nach sich ziehen, fordert die Kommission die BNetzA auf, auf nationaler Ebene die Auferlegung angemessener Maßnahmen zum Schutz der Verbraucherinteressen zu prüfen.“

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

II. Gründe

Vorbemerkung

Mit dem novellierten Gesetz ist gegenüber den Regelungen des TKG (a.F.) ein durch das zugrundeliegende Richtlinienpaket der Europäischen Union (s.o.) ausgelöster neuer Regulierungsansatz im Bereich der Marktregulierung eingeführt worden. Danach ergeben sich die Verpflichtungen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht regelmäßig nicht mehr unmittelbar aus dem Gesetz, sondern sind ihm aufgrund des Ergebnisses eines zuvor nach §§ 10 ff TKG durchgeführten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens durch eine Regulierungsverfügung gemäß § 13 TKG aufzuerlegen.

Voraussetzung für die Auferlegung der im TKG vorgesehenen Regulierungsverpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG durch eine Regulierungsverfügung ist gemäß § 9 TKG, dass die Bundesnetzagentur sachlich und räumlich relevante Telekommunikationsmärkte festlegt, die für eine Marktregulierung nach den Vorschriften des zweiten Teils des TKG in Betracht kommen (Marktdefinition, § 10 Abs. 1 TKG) und im Rahmen einer Marktanalyse feststellt, ob auf den betreffenden Märkten wirksamer Wettbewerb besteht (§ 11 Abs. 1 S. 1 TKG). Erst wenn die Marktanalyse ergeben hat, dass auf einem relevanten Telekommunikationsmarkt kein wirksamer Wettbewerb besteht, weil ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen (§ 11 Abs. 1 S. 2 TKG), werden solchen Unternehmen Maßnahmen nach dem 2. Teil des TKG auferlegt (§ 9 Abs. 2 TKG). Ein Entschließungsermessen hinsichtlich des „ob“ einer Regulierung von Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht besteht daher nicht. Solche Maßnahmen, die durch eine Regulierungsverfügung (§ 13 Abs. 1 S. 1 TKG) auferlegt werden, können u.a. die Auferlegung eines Diskriminierungsverbots (§ 19 TKG), einer Transparenzverpflichtung (§ 20 TKG), von Zugangsverpflichtungen (§ 21 TKG) und einer getrennten Rechnungsführung (§ 24 TKG), Maßnahmen zur Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen (§ 30 TKG) und Endnutzerleistungen (§ 39 TKG) sowie die Auferlegung einer Verpflichtung zur Ermöglichung der Netzbetreiberauswahl und Netzbetreibervorauswahl (§ 40 Abs. 1 TKG) sein.

Auferlegung von Verpflichtungen

Rechtliche Grundlage für die der Betroffenen in Ziffer 1 Abs. 2 des Tenors auferlegte Anzeige-

pflicht für Entgeltmaßnahmen im Bereich der Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze ist § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 39 Abs. 3 TKG.

Nicht Gegenstand der auferlegten Verpflichtung ist insoweit die in Ziffer 1 Abs. 1 des Entscheidungstenors getroffene Aussage, dass die Entgelte der Betroffenen für Endnutzerleistungen auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze der nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen. Vielmehr ergibt sich für Unternehmen, die nach dem Ergebnis des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens von der Präsidentenkammer als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert worden sind, die Geltung einer nachträglichen Entgeltregulierung insofern bereits aus § 39 Abs. 3 S. 1 TKG selbst. Entsprechendes gilt insoweit auch für den in Ziffer 1 Abs. 3 enthaltenen Hinweis, dass Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl von anderen Endnutzern übertragbar sind, der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben sind, sofern die betroffenen Verbindungsleistungen nicht ausnahmsweise im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen € ohne Umsatzsteuer (d.h. netto) erbracht werden (§ 39 Abs. 3 S. 4 TKG).

Soweit in diesem Zusammenhang seitens der Firmen M-net und NetCologne GmbH vorgetragen wurde, dass der ex-post-Regulierung nach § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG und der Kenntnissgabepflichtung nach § 39 Abs. 3 S. 4 TKG auch Gesamtverträge mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen € unterliegen sollen, ist dem zu widersprechen. Gemäß § 9 Abs. 1 TKG können der Marktregulierung nach den Vorschriften des zweiten Teils des TKG nur solche Märkte unterliegen, auf denen die Voraussetzungen des § 10 TKG vorliegen und für die eine Marktanalyse nach § 11 TKG ergeben hat, dass kein wirksamer Wettbewerb vorliegt. Dies bedeutet bezogen auf das vorliegende Verfahren, dass für eine Entgeltregulierung nach § 39 Abs. 3 TKG nur solche Individualverträge in Betracht kommen können, die insoweit Leistungen der von der Präsidentenkammer analysierten Märkte 1-6 zum Gegenstand haben. Da Verbindungsleistungen im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen € nach dem Ergebnis der vorliegenden Marktanalyse jedoch gerade nicht den Märkten 1-6 der EU-Kommissionsempfehlung zugeordnet wurden, greift insoweit die Entgeltregulierung von Endnutzerleistungen bezogen auf diese Verträge zumindest derzeit noch nicht.

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

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Auferlegung der tenorierten Verpflichtung gemäß § 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 39 Abs. 3 S. 2 TKG ergibt sich aus § 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Danach entscheidet die Bundesnetzagentur im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern, wobei die in diesem Bereich zu treffende Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG entsprechend der Regelung § 132 Abs. 4 S. 2 TKG bereits durch die Präsidentenkammer getroffenen worden sind (siehe Anlage).

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

Das Verfahren wurde mit Schreiben vom 21.02.2007 gegenüber der Betroffenen eröffnet.

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 am 04.07.2007 (Entwurf) bzw. am 18.08.2007 (Ergebnis des Konsultationsverfahrens) im Amtsblatt und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ist die Entscheidung gemäß § 132 Abs. 4 TKG behördenintern abgestimmt worden. Darüber hinaus ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern (§ 123 Abs. 1 S. 2 TKG).

Schließlich ist der Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG zur Verfügung gestellt worden, weil die beabsichtigten Maßnahmen Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben.

2. **Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen**

Nach dem Ergebnis der auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse ist der bundesweite Markt für „Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze“ regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG. Auf diesem Markt verfügt die Betroffene insoweit nach wie vor über eine beträchtliche Marktmacht. Dagegen wurde auf dem Markt für „Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze“ keine marktbeherrschende Stellung der Betroffenen und damit wirksamer Wettbewerb im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 1 TKG festgestellt.

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.

3. **Bestehende Zugangsverpflichtungen**

Im Hinblick auf die mögliche Auferlegung von Verpflichtungen nach § 39 Abs. 1 TKG (Genehmigungspflicht) und § 39 Abs. 3 TKG (Anzeigespflicht) muss die Bundesnetzagentur zunächst prüfen, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 TKG nicht zur Ermöglichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden. (8) Hierin kommt insoweit der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck, dass die Auferlegung von zusätzlichen Regulierungsmaßnahmen nach der Intention der neuen gesetzlichen Regelungen nur als letztes Mittel (ultima ratio) in Betracht kommen soll und dementsprechend, wie die Betroffene zurecht hinweist, einer besonderen Begründung bedarf (Berücksichtigung der DTAG Stellungnahme) In diesem Zusammenhang bedarf es daher zunächst der Feststellung, welchen Zugangsverpflichtungen die Betroffenen im Hinblick auf die unter Punkt 2. genannten Märkte unterworfen sind. Dabei sind im Hinblick auf die verschiedenen technischen Infrastrukturen für Anbieter herkömmlicher Festnetz-Sprachtelefondienstleistungen einerseits und für VoiP-Anbieter andererseits teilweise unterschiedliche Vorleistungen erforderlich.

a. Festnetz-Sprachtelefondienstangebote

In Bezug auf das Angebot von Festnetzbetreibern lassen sich entweder als Ergebnis der bereits durch die Bundesnetzagentur auferlegten Verpflichtungen oder aufgrund bereits am Markt vorhandener Angebote der Betroffenen insbesondere folgende Zugangsmöglichkeiten anderer Unternehmen zu Vorleistungen der Betroffenen feststellen.

Regelverpflichtungen

Die in § 21 Abs. 3 TKG vorgesehenen Regelverpflichtungen (Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen sowie Kollokation und gemeinsame Nutzung von Einrichtungen) wurden der Betroffenen durch die Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur mit Beschlüssen BK4a 04/075 R vom 20.04.2005 und BK4a 05/002 R vom 05.10.2005 und BK4a 05/005 R vom 16.11.2005 im Festnetz auferlegt.

Resale-Angebote

Anhaltspunkte für eine Nachfrage nach einem Resale-Angebot für Verbindungen aus dem Festnetz in andere Mobilfunknetze, sei es entbündelt oder gebündelt mit anderen Zugangs- und/oder Verbindungsleistungen liegen derzeit nicht vor.

Für den Fall, dass zukünftig wider Erwarten doch noch konkrete Anhaltspunkte für eine ernsthafte Nachfrage nach einem entbündelten oder gebündelten Resale-Angebot für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze zu Tage treten sollten, behält sich die Beschlusskammer vor, eine entsprechende Zugangsverpflichtung auszusprechen.

Inkasso und Fakturierung

Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG kommt eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung sowie zur Entgegennahme oder dem Einzug von Zahlungen nur in Betracht, soweit der betroffene Netzbetreiber nicht eine Vereinbarung mit dem überwiegenden Teil des insoweit relevanten Marktes der von ihren Anschlusskunden auswählbaren Anbietern abgeschlossen hat bzw. auch anderen Anbietern, die nicht an einer solchen Vereinbarung beteiligt sind, diskriminierungsfrei Zugang zu diesen Dienstleistungen nach den in der Vereinbarung niedergelegten Bedingungen gewährt.

Von der Auferlegung einer formellen Verpflichtung hat die Bundesnetzagentur bislang jedoch abgesehen, weil die Betroffene aufgrund entsprechender vertraglicher Vereinbarungen für einen Großteil der am Markt agierenden Verbindungsnetzbetreiber und sonstigen Diensteanbieter Inkasso- und Fakturierungsleistungen erbringt und der Bundesnetzagentur diesbezüglich auch keine Beschwerden seitens der Wettbewerber in Bezug auf eine unzureichende Erfüllung dieser Leistungen durch die Betroffene vorliegen. Es liegen auch keine Hinweise dafür vor, dass die Betroffene Anbietern, die keine Vereinbarung geschlossen haben, einen diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Dienstleistungen verweigert.

b. VoIP-Angebote

Hinsichtlich des Angebotes an Vorleistungen für VoIP-Anbieter können neben den zuvor dargestellten Zugangsmöglichkeiten insbesondere die Möglichkeiten eines gemeinsamen Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (Line-Sharing) und eines Zugangs zu breitbandigen T-DSL ZISP-Anschlüssen (vgl. BK4a 05/013 vom 03.08.2005 zur Absenkung der Line-Sharing-Entgelte BK3b 04/019 vom 29.09.2004 und BK3d 05/041 vom 28.10.2005 zur Senkung der Nutzungsentgelte für T-DSL-ZISP) angeführt werden.

Daneben bietet die Betroffene Unternehmen mit begrenzter Netzinfrastruktur mit dem Produkt "Internet Service Provider - Gate" (ISP-Gate) die Möglichkeit, die Breitband-Zugangsplattform der Betroffenen zu nutzen und sich T-DSL-Verkehre an einem oder mehreren Standorten auf ihr eigenes Backbone übergeben zu lassen.

Durch Nutzung des Produkts „OnlineConnect“ können Internetserviceprovider ihren Online-Dienst auf der flächendeckenden IP-Plattform der Betroffenen realisieren, ohne insoweit Investitionen in eigene Netzinfrastruktur vornehmen zu müssen. Die gesamte technische und administrative Umsetzung erfolgt hier durch die Betroffene.

Auch in Bezug auf die Realisierung von VoIP-Verbindungen kann aufgrund der Feststellungen der Marktanalyse davon ausgegangen werden, dass die notwendigen Zusammenschaltungsleistungen, um eigenständig VoIP-Verbindungen am Markt anzubieten, grundsätzlich vorhanden sind.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass VoIP-Anbietern ihre Dienste auch anbieten können, ohne selbst Anbieter des Anschlusses zu sein. Voraussetzung ist lediglich, dass der Endnutzer insoweit über irgendeine - wenn möglich breitbandige - Zugangsmöglichkeit zum Internet verfügt.

c. Zwischenresumee

Als Zwischen-Resumee lässt sich somit festhalten, dass im Vorleistungsbereich die erforderlichen Zugangsmöglichkeiten zwar bestehen, es jedoch noch einer weiteren Prüfung bedarf, ob diese zur Sicherstellung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG im Endnutzerbereich allein ausreichen.

4. Bestehen einer Verpflichtungen zur Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl nach § 40 TKG

Eine Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl nach § 40 TKG wurde der Betroffenen im Rahmen der Regulierungsvorgang für die Märkte 1 – 6 der Empfehlung der EU-Kommission mit Beschluss BK2a 06/001-R vom 23.06.2006 auferlegt. Danach ist die Betroffene verpflichtet, ihren Teilnehmern den Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit zu gewähren, und zwar sowohl durch Betreiber Auswahl im Einzelwahlverfahren (Call-by-Call) oder durch eine festeingestellte Betreiber vorauswahl (Preselection). Die Verpflichtung umfasst insoweit auch die Möglichkeit, Verbindungsleistungen in inländische und ausländische Mobilfunknetze über alternativen Netzbetreiber zu beziehen. Auch hier bedarf es jedoch noch einer weiteren Prüfung, ob die Verpflichtung zur Netzbetreiber Auswahl und Netzbetreiber vorauswahl bereits ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG im Endnutzerbereich sicherzustellen.

5. Notwendigkeit der Festlegung einer Anzeigepflicht

Die materiell-rechtliche Grundlage für die Auferlegung einer Anzeigepflicht bezüglich der Entgelte der Betroffenen für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze gemäß Ziff. 1. Abs. 2 des Entscheidungstenors ergibt sich aus § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 39 Abs. 3 TKG.

Gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG kann die Bundesnetzagentur unter Beachtung von § 39 Abs. 1 TKG Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, ihre Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben.

Aus den nachfolgend angestellten Erwägungen ist die Beschlusskammer in Bezug auf die Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze zu dem Ergebnis gelangt, dass insofern Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze allein nicht zur Errei-

chung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen (§ 39 Abs. 3 S. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 1 TKG) und insoweit speziell zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und zur Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und –netze nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG zusätzlich die Auferlegung einer Anzeigepflicht gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG erforderlich ist.

a. Realisierung der Regulierungsziele durch Vorleistungsregulierung

Des Weiteren ist auch hier nach § 39 Abs. 1 TKG zu prüfen, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Auferlegung der Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl nach § 40 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden.

Dabei ist aufgrund der unterschiedlichen Verpflichtungen im Zugangsbereich zu differenzieren, ob es sich bei betroffenen Verbindungen um Verbindungen handelt, die ihren Ursprung im öffentlichen vermittelnden Netzes haben oder um sog. Voice over IP-Verbindungen (VoIP-Verbindungen), d.h. Sprach-Verbindungen aus dem IP-Netz in inländische Mobilfunknetze handelt. Insoweit werden die Verbindungen mittels technologisch unterschiedlicher Netze, die somit auch spezifische Kostenstrukturen aufweisen, bereitgestellt.

aa) Herkömmliche Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze

In Bezug auf herkömmliche Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze ist die Betroffene zwar verpflichtet, ihren Wettbewerbern die notwendigen Zusammenschaltungsleistungen, wie etwa die entbundelte Teilnehmeranschlussleitung, die Kollokation oder Zuführungs- und Terminierungsleistungen bereitzustellen und ihren Teilnehmern die Netzbetreiberauswahl und Netzbetreibervorauswahl zu ermöglichen, so dass es auch alternativen Anbietern grundsätzlich möglich ist, eigenständig Verbindungen am Markt anzubieten (s.o.).

Allerdings reichen auch hier die Verpflichtungen im Zugangsbereich und die Verpflichtung zur Netzbetreiberauswahl und Netzbetreibervorauswahl jedenfalls in der derzeitigen Marktsituation für sich genommen noch nicht aus, um insbesondere dem Ziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes und dem Ziel der Wahrung der Nutzerinteressen hinreichend Rechnung zu tragen.

Insbesondere sind die bestehenden Zugangsverpflichtungen nicht geeignet, der Gefahr entgegenzuwirken, dass die Betroffene versuchen könnte, ihre immer noch überragende Marktstellung dadurch zu verteidigen, dass sie auf den zunehmenden Wettbewerb mit gezielten Dumping- und Cost-Prize-Squeeze-Strategien oder mit Bündelungs-Strategien reagiert. Dass es sich hierbei nicht nur um eine theoretische Gefahr handelt, zeigen die entsprechenden Erfahrungen im Bereich der öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten (Märkte 3-5 der EU-Kommissions-Empfehlung), die sich aufgrund weitgehend vergleichbarer Marktverhältnisse auch auf den vorliegenden Markt übertragen lassen (vgl. insoweit Beschluss BK BK2a 06/001-R vom 23.06.2006).

Gegen die Auferlegung einer Anzeigepflicht könnte insoweit zwar eingewendet werden, dass Endnutzerentgelte Verbindungen vom Festnetz in Mobilfunknetze nach alter Rechtslage im Unterschied zu den seinerzeit genehmigungspflichtigen Sprachtelefondienststarifen lediglich einer ex-post-Kontrolle nach § 25 Abs. 2 TKG a.F. unterlegen haben. Die Auferlegung weitergehender Verpflichtungen könnte daher von der Betroffenen als Verschärfung der Regulierung empfunden werden.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass von der EU-Kommission im Rahmen der Konsolidierung des Marktanalyseverfahrens für die Märkte 1-6 der EU-Kommissionsempfehlung gefordert worden, auch Verbindungen aus dem Festnetz in in- und ausländische Mobilfunknetze den Märkten für öffentliche Inlands- und Auslandsgespräche an festen Standorten zuzuordnen, weil der vorliegend analysierte „Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze“ zumindest eine sehr große Nähe zum bereits regulierten „Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten“ aufweist.

Dementsprechend weisen auch die festgestellten Marktverhältnisse auf dem Markt für öffentliche Inlandsgespräche an feststen Standorten trotz gewisser Unterschiede im Zugangsbereich eine weitgehende Übereinstimmung mit den Marktverhältnissen auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze aus. Sowohl in Bezug auf die Höhe der abgesetzten Verbindungsminuten als auch bei den Umsatzerlösen verfügt die Betroffene nach wie vor über Marktanteile von über 50% während sich ihre selbst stärksten Mitbewerber durchgängig im einstelligen Prozentbereich bewegen. Auch im Hinblick auf die weiteren Marktbeherrschungsfeststellungskriterien, wie etwa der Finanzkraft, dem Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten oder dem Bestehen ausgleichender Nachfragemacht erscheinen die Marktverhältnisse auf dem „Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze“ einerseits und dem „Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten“ andererseits nach den Feststellungen der Präsidentenkammer vergleichbar. Angesichts annähernd gleicher Marktverhältnisse muss aber auch davon ausgegangen werden, dass auch die auf den jeweiligen Märkten drohende Missbrauchspotentiale, d.h. hier die konkrete Möglichkeit von Dumping-, Cost-Prize-Squeeze- oder Bündelungs-Strategien des marktbeherrschenden Unternehmens, vergleichbar sind. Zur Begründung der Erforderlichkeit einer Anzeigepflicht kann daher vollumfänglich auf die Gründe der Regulierungsverfügung für den Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten (Beschluss BK 2a 06/001-R vom 23.06.2006) Bezug genommen werden.

Zum Einwand der Betroffenen, dass die Betrachtung losgelöst von den Märkten 1-6 zu erfolgen habe, weil es sich vorliegend bereits formal um einen eigenständigen Markt handele, ist folgendes anzumerken. Zwar mag es zutreffen, dass Verbindungen in Mobilfunknetze von der Bundesnetzagentur formal eigenständigen Märkten zugeordnet wurden, jedoch hat die EU-Kommission im Rahmen ihrer Stellungnahme zur Marktanalyse für die Märkte 1-6 keinen Zweifel daran gelassen, dass sie den Markt für Verbindungen in Mobilfunknetze im gleichen Maße für regulierungsbedürftig erachtet, wie den Markt für öffentliche Inlandsverbindungen. So führt die Kommission auf Seite 4 ihrer Stellungnahme vom 21.12.2005 nicht nur aus, dass sie eine zu enge Marktdefinition für nicht gerechtfertigt hält, sondern fordert die Behörde zugleich auf, den Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze zu analysieren und gegebenenfalls innerhalb des kürzestmöglichen Zeitraums regulatorische Maßnahmen vorzuschlagen (vgl. Seite 5 der EU-Stellungnahme). Dabei weist Sie insbesondere auf den Umstand hin, dass Verbindungsleistungen in das PSTN und Verbindungsleistungen in Mobilfunknetze regelmäßig (insbesondere von der Betroffenen) als Bündel angeboten werden und eine Regulierung des Marktes ohne Berücksichtigung von Mobilfunkleistungen in Mobilfunknetze daher nur eingeschränkt effektiv wäre. Dies zeigt, dass die Europäische Kommission der Regulierung der Entgelte für Verbindungen in Mobilfunknetze eine ebenso hohe Bedeutung zumisst, wie der Regulierung der reinen Festnetztarife. (Berücksichtigung Stellungnahme DTAG). Durch eine unterschiedliche Regulierungsintensität in diesem Bereich würden der Betroffenen entgegen der Intention der EU-Kommission insbesondere bei den angesprochenen Bündelangeboten unkontrollierte Verhaltensspielräume zur Vornahme von offenkundig missbräuchlichen Verdrängungspraktiken eingeräumt.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen kann jedenfalls nach dem bislang feststehenden Ergebnis der Marktanalyse auch nicht davon ausgegangen werden, dass sich die

Marktverhältnisse wesentlich voneinander unterscheiden, weil die öffentlichen Inlandsverbindungen an festen Standorten einerseits und Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze nach dem Ergebnis der vorliegenden Marktanalysen aufgrund der aus Sicht der Nachfrage derzeit noch fehlenden Substituierbarkeit unterschiedlichen Märkten zugeordnet wurden. Vielmehr weisen die Marktverhältnisse auf dem Markt für öffentliche Inlandsgespräche und dem Markt für Verbindungen in inländische Mobilfunknetze nach den Feststellungen der Präsidentenkammer eine weitestgehende Übereinstimmung aus. So sind in beiden Märkten im wesentlichen die gleichen Anbieter vertreten, die den Kunden ihre Verbindungsleistungen entweder als Teilnehmernetzbetreiber über eigene Anschlüsse oder als Verbindungsnetzbetreiber im Rahmen von Call-by-Call oder Preselection anbieten. Wie bereits dargelegt verfügt die Betroffene nach dem Ergebnis der jeweiligen Marktanalysen in beiden Märkten sowohl in Bezug auf die Höhe der abgesetzten Verbindungsminuten als auch bei den Umsatzerlösen nach wie vor über einen Marktanteil von über 50% während sich ihre selbst stärksten Mitbewerber durchgängig im einstelligen Prozentbereich bewegen. Auch im Hinblick auf die weiteren Marktbeherrschungsfeststellungskriterien, wie etwa der Finanzkraft, dem Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten oder dem Bestehen ausgleichender Nachfragemacht erscheinen die Marktverhältnisse auf dem „Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze“ einerseits und dem „Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten“ andererseits nach den Feststellungen der Präsidentenkammer weitgehend vergleichbar. Dies spricht aus Konsistenzgesichtspunkten eindeutig dafür, für beide Märkte auch die gleichen Regulierungsverpflichtungen festzulegen, im vorliegenden Fall also die Entgelte für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze einer Anzeigepflicht zu unterwerfen, sofern sie nicht im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem Jahresumsatz von mehr als einer Million Euro angeboten werden.

Soweit die Betroffene darauf hinweist, dass sie bei der Leistungserbringung auf Terminierungsleistungen von Mobilfunkanbieter angewiesen sei, so ist dies zwar zutreffend, kann aus Sicht der Beschlusskammer aber die grundsätzliche Vergleichbarkeit der Marktbedingungen nicht in Frage stellen. Vielmehr ist festzustellen, dass die Betroffene auch bei reinen Festnetzverbindungen in zunehmenden Maß auf den Bezug von Terminierungsleistungen anderer Teilnehmernetzbetreiber angewiesen ist. Dabei unterliegen sowohl die Entgelte der von der Betroffenen selbst angebotenen Terminierungsleistungen, als auch die Terminierungsentgelte der Teilnehmer- und Mobilfunknetzbetreiber der ex-ante-Regulierung nach dem 2. Teil des TKG. Vor diesem Hintergrund vermag die Beschlusskammer nicht nachzuvollziehen, warum der bloße Grad des Fremdbezuges von Terminierungsleistungen einen nennenswerten Einfluss auf die in den jeweiligen Märkten anzutreffenden Wettbewerbsverhältnisse haben sollte, zumal die Kosten für den Fremdbezug von Terminierungsleistungen ebenso, wie die bei einer Eigenrealisation entstehenden, in Kalkulation der Endnutzerleistung einfließen und damit letztlich vom Endnutzer zu tragen sind.

Insoweit ist auch dem Umstand, dass die Tarife der Betroffenen für Verbindungen vom Festnetz in inländische Mobilfunknetze bislang noch nicht Gegenstand von Missbrauchsverfahren der Bundesnetzagentur gewesen sind, keine überhöhte Bedeutung beizumessen. Relevant ist vielmehr alleine, ob aufgrund des Ergebnisses der Marktanalyse Gründe dafür ersichtlich sind, dass trotz vergleichbarer Marktverhältnisse bei öffentlichen Inlandsgesprächen ein höheres Missbrauchspotential gegeben sein sollte als bei Verbindungen in inländische Mobilfunknetze. Diese lassen sich jedenfalls aus dem derzeitigen Entwurf nicht ableiten.

Im Gegenteil zielt auch die Auferlegung einer Anzeigepflicht für Tarifmaßnahmen im Bereich der Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze aufgrund ihrer Wirkungsweise vorrangig darauf ab, kurzfristigen Gefährdungen des Wettbewerbs effektiv begegnen zu können.

Ein wichtiges Indiz für das Potential zur Beeinträchtigung der Wettbewerbsverhältnisse

durch etwaige missbräuchliche Verhaltensweisen stellt dabei die sich nach den Beobachtungen der Bundesnetzagentur deutlich intensivierende Substitutionsbeziehung zwischen Festnetztelefonie und Mobilfunk dar. So belegt die Tatsache, dass sich laut der E-Communications Haushaltsumfrage der Europäischen Kommission in Deutschland der Anteil der ausschließlich mobil erreichbaren Haushalte auf immerhin schon 11% erhöht hat, dass ein wachsender Teil der Endnutzer Festnetz- und Mobilfunkleistungen als miteinander konkurrierend betrachtet. Dies wiederum wird nach Einschätzung der Bundesnetzagentur nicht ohne Auswirkung auf die Präferenzen der Kunden und deren Produktwahrnehmung bleiben. Hierfür spricht auch, dass auch die Mobilfunkanbieter zunehmend Produkte vermarkten, die gezielt in Konkurrenz zu Festnetzangeboten herkömmlicher Telefondienstleister treten. Auch werden im Rahmen der Vermarktung mitunter – wie beispielweise beim Angebot „Zehnsation“ von E-Plus – gerade die günstige Konditionen in die Mobilfunknetze besonders herausgestellt.

Bezieht man die dargestellte Entwicklung in die Betrachtung ein, so spricht vieles dafür, dass die Entgelte für Gespräche in die Mobilfunknetze auch bei Kunden von Festnetz-anbietern verstärkt in den Fokus rücken. Unter dieser Prämisse jedoch erscheint das von der Betroffenen in ihren Stellungnahmen herausgestellte Argument, dass eine Änderung der Festnetz-Mobilfunk-Entgelte verhältnismäßig ungeeignet sei, um Kunden zu gewinnen bzw. zu halten, nicht überzeugend. Vielmehr ist nicht zu erkennen, warum eine Preisgestaltung bei Festnetz-Mobilfunkverbindungen nicht in gleicher Weise wie bei Festnetz-Festnetz-Verbindungen zu Wettbewerbsbehinderungen führen können sollte.

Hinzu kommt prinzipiell ein Gefährdungspotential, welches sich aus einer möglichen Ungleichbehandlung von Verbindungen in verschiedene Mobilfunknetze ergibt. Zwar weist die Betroffene darauf hin dass die Terminierungsleistungen in Mobilfunknetze für ihre Festnetzsparten zu 100% Fremdbezug darstellten. Gleichwohl scheint nicht eindeutig prognostizierbar, welche Auswirkungen der Trend in Richtung umfassender Paketangebote aus Festnetz- und Mobilfunkangeboten auf die künftige Struktur der Betroffenen als Konzern und mithin auch auf die Preiskalkulation des marktbeherrschenden Betreibers haben wird.

Die vorliegend beschriebenen konkreten Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer Anzeigeverpflichtung lassen sich vorliegend auch nicht dadurch durch den Hinweis der Betroffenen relativieren, dass es in der Vergangenheit nur in bestimmten Einzelfällen, etwa bei der Einführung des „10 Cent“-Tarifes oder des Calltime 240 Tarifes, zu von der Bundesnetzagentur beanstandeten Preismissbräuchen gekommen ist. Das nicht mehr Missbrauche zu verzeichnen gewesen sind, ist jedoch nach Überzeugung der Beschlusskammer weniger auf das Verhalten der Betroffenen sondern vielmehr auf die bis Juni 2004 bestehende Genehmigungspflicht und die danach bis auf Ausnahme von einigen Monate durchgängig geltende Anzeigepflicht zurückzuführen. Die Betroffene hat in der Vergangenheit stets damit rechnen müssen, dass missbräuchliche Tarife bereits vor Markteinführung nicht genehmigt bzw. im Falle eines offenkundigen Missbrauchs vorläufig untersagt worden werden. Die genannten ex-ante-Verpflichtungen haben im Übrigen zumindest mittelbar auch Einfluss auf die hier verfahrensgegenständlichen Entgelte für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze gehabt, da sie in der Vergangenheit gerade im Zusammenhang mit der Genehmigung von Optionsangeboten zumindest inzident mitgeprüft worden sind (vgl. Beschlüsse BK2-1 00/001 vom 31.03.2000, BK2b 00/003 vom 11.04.2000, BK2c 00/006 vom 02.05.2000).

Gegen einen Verzicht auf die Anzeigepflicht spricht schließlich - nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund des noch anhängigen Gerichtsverfahren zur Regulierungsverfügung für die Märkte 1-6 - die sich aus dem Konsistenzgebot ergebene Verpflichtung der Regulierungsbehörde, bei der Festlegung von Regulierungsverpflichtungen einheitliche Maßstäbe anzuwenden.

Im Ergebnis ist daher im Hinblick auf die Situation auf dem Markt für herkömmliche Ver-

bindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze festzustellen, dass nach allen vorliegenden Erkenntnissen die Verpflichtungen im Zugangsbereich allein nicht ausreichen, um die Nutzerinteressen zu wahren und chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen. Erst die Auferlegung einer Anzeigepflichtung schafft als „ultima ratio“ die Voraussetzung dafür, kurzfristig missbräuchliche Tarifmaßnahmen zu erkennen und auf diese zu reagieren. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Auferlegung einer Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG sind damit auch hier erfüllt.

ab) VoIP-Verbindungen

Auch in Bezug auf VoIP-Verbindungen in inländische Mobilfunknetze geht die Beschlusskammer davon aus, dass die notwendigen Zusammenschaltungsleistungen, um eigenständig Verbindungen aus dem Internet in inländische Mobilfunknetze am Markt anzubieten, grundsätzlich vorhanden sind (s.o.).

Der Frage einer Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl in Bezug auf VoIP-Dienstleistungen alternativer Anbieter kommt dagegen keine weitere Bedeutung zu, da alternative VoIP-Anbieter aufgrund ihrer technischen Realisierung auch ohne Vorwahl einer Netzbetreiberkennzahl genutzt werden können.

Im Unterschied zu den herkömmlichen Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze liegen derzeit noch keine ausreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich in der derzeitigen Marktsituation alleine nicht ausreichen, um insbesondere dem Ziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes und dem Ziel der Wahrung der Nutzerinteressen hinreichend Rechnung zu tragen.

Zwar besteht trotz der vorhandenen Zugangsmöglichkeiten durchaus die Gefahr einer Übertragung der immer noch überragenden Marktstellung der Betroffenen im Festnetzbereich auf den VoIP-Bereich. Diese könnte insbesondere darin bestehen, dass die Betroffene durch eine entsprechende Ausgestaltung der VoIP-Angebote ihrer Tochter T-Online International AG versucht, Wettbewerber mit gezielten Dumping- und Cost-Price-Squeeze-Strategien oder Bündelungs-Strategien aus diesem sich noch in einer Frühphase des Wettbewerbs befindlichen Marktsegment zu verdrängen. Auch könnte bei einer bloßen ex-post-Kontrolle die Gefahr bestehen, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten der betroffenen alternativen Anbieter in diesem sich noch in einer Anfangsphase des Wettbewerbs befindlichen Marktsegment bis zu einer wirksamen Entscheidung der Bundesnetzagentur bereits nachhaltig und ggf. irreversibel geschädigt werden. Schließlich könnte die Festlegung einer Anzeigepflicht potentielle Kunden im Falle einer offenkundig missbräuchlichen Tarifmaßnahme vor den nachteiligen Folgen einer ggf. erforderlich werdenden Rückabwicklung des geschlossenen Vertragsverhältnisses schützen.

Allerdings reichen die vorgenannten generellen Befürchtungen vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Köln zur Begründung einer Anzeigepflichtung nicht aus. Vielmehr müssen konkrete Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich und die Verpflichtungen zur Dienstbetreiberauswahl und Dienstbetreibervorauswahl alleine nicht zur Erfüllung der Regulierungsziele nach §2 Abs. 2 TKG führen würden. Derartige konkrete Tatsachen sind im Bereich der VoIP-Verbindungen jedenfalls bislang nicht ersichtlich. Vielmehr handelt es sich um ein Marktsegment, in dem auch die Marktanteile der Betroffenen offensichtlich noch deutlich unter denen im herkömmlichen Festnetzbereich liegen und in dem die Betroffene jedenfalls derzeit noch nicht über eine vergleichbare herausragende Marktstellung verfügt, wie im Festnetzbereich. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Auferlegung einer Anzeigepflicht für Verbindungen aus dem Internet in inländische Mobilfunknetze nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG sind damit vorliegend nicht erfüllt.

b. Erreichung der Regulierungsziele

Im Rahmen des ihr gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG eingeräumten Entschließungsermessens ist die Beschlusskammer bezüglich des Marktes für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze zur Überzeugung gelangt, dass die Auferlegung einer Anzeigeverpflichtung zum Zwecke der Erreichung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG und dabei insbesondere zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes erforderlich, aber auch ausreichend ist.

ba) Geeignetheit der Anzeigepflicht

Die Anzeigepflicht ist nach Auffassung der Beschlusskammer geeignet, die unter Punkt a) beschriebenen Risiken entscheidend zu reduzieren, da sie die Betroffene dazu verpflichtet, jede von ihr geplante Tarifmaßnahme im Bereich von Verbindungen in inländische Mobilfunknetze mindestens 2 Monate vor In-Kraft-Treten bei der Bundesnetzagentur bekannt zugeben. Hierdurch wird der Weg eröffnet, zumindest offensichtlich nicht mit § 28 TKG vereinbare Tarifmaßnahmen bereits im Vorfeld der Markteinführung zu untersagen und damit wettbewerbsschädigende Auswirkungen von vornherein zu unterbinden. Insofern kommt der Anzeigepflicht in ihrer Wirkung im gewissem Umfange durchaus ein präventiver Charakter zu.

Darüber hinaus eröffnet die Anzeigepflicht für die Behörde die Möglichkeit, auch solche Telekommunikationsdienstleistungsangebote, die zwar selbst nicht unmittelbar der Anzeigepflicht unterworfen sind, die jedoch als Bestandteil auch das Führen von öffentlichen Inlandsgesprächen an festen Standorten beinhalten - wie z.B. Paketangebote - in Bezug auf weitere Vereinbarkeit mit § 28 TKG zu untersuchen und gegebenenfalls frühzeitig entsprechende Maßnahmen einzuleiten. Auch kann die Behörde die nach dem Anzeigeverfahren verbleibende Zeit dazu nutzen, gegebenenfalls noch verbleibende Bedenken gemeinsam mit der Betroffenen noch vor Markteinführung auszuräumen, um hierdurch mögliche Schäden für die Betroffene bzw. für deren Endkunden zu vermeiden.

Schließlich kann sich auch aus der gesetzlich vorgesehen 2-monatigen Karenzzeit bis zum geplanten In-Kraft-Treten der geplanten Tarifmaßnahme im Bereich der Verbindungen in inländische Mobilfunknetze ein für die Wettbewerbsmöglichkeiten konkurrierender Unternehmen günstiger Effekt ergeben, wenn eine unbeanstandet gebliebene Tarifmaßnahme von der Betroffenen bereits vor dem geplanten Markteinführungstermin bekannt gegeben wird. In diesem Fall könnte die verbleibende Frist von den Wettbewerbern dazu genutzt werden, sich mit entsprechenden eigenen Produkten rechtzeitig auf die Tarifmaßnahme der Betroffenen einzustellen oder erforderlichenfalls noch vor Markteinführung die Einleitung eines ex-post-Verfahrens zu beantragen.

Die Anzeigepflicht für Tarifmaßnahmen im Bereich der Verbindungen in inländische Mobilfunknetze erscheint darüber hinaus aber auch ausreichend, um einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen und die Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten zu fördern. Belegt wird diese Einschätzung zum einen durch die positiven Erfahrungen mit der durch Beschluss BK2a 04/045 vom 14.12.2004 für den Übergangszeitraum bis zur endgültigen Regulierungsverfügung bereits festgelegten vorläufigen Anzeigepflicht für ehemals der Genehmigungspflicht unterliegenden Sprachtelefondienstentgelte. Danach ist, wie oben bereits dargelegt, festzustellen, dass sich die von der Betroffenen in dem betreffenden Zeitraum vorgelegten Tarifmaßnahmen durchgängig im marktüblichen Rahmen bewegt haben.

Insgesamt wird der Wettbewerb im Bereich der öffentlichen Verbindungen in inländische Mobilfunknetze durch die vorliegende Festlegung einer Anzeigepflicht somit hinreichend

abgesichert, so dass es einer zusätzlichen Einschränkung der Verhaltensspielräume der Betroffenen durch Einführung einer auf strenge Kostenorientierung ausgerichteten Genehmigungspflicht nach Auffassung der Beschlusskammer nicht bedarf.

Insoweit teilt die Beschlusskammer auch nicht die in der Stellungnahme von E-Plus enthaltenen Befürchtungen in Bezug auf die Gefahr möglicher Preishöhenmissbrauch- und Diskriminierungsstrategien durch die Betroffene. Zwar ergibt sich aus der Festlegung der Präsidentenkammer vom 13.06.2007 für den Markt für Verbindungen vom Festnetz in inländische Mobilfunknetze, dass die Betroffene zwar über beträchtliche Marktmacht verfügt. Ungeachtet dessen sprechen die fast identischen Marktanteile der DT AG bei Absätzen und Umsätzen und zum anderen ähnliche Preise einer Reihe von Teilnehmer-netzbetreibern gegen einen Preishöhenmissbrauch. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass auch die bestehende Verpflichtung der Betroffenen zur Netzbetreiberauswahl und Netzbetreibervorauswahl wesentlich dazu beiträgt, den Anreiz zur Setzung überhöhter bzw. diskriminierender Preise deutlich zu reduzieren, da hierdurch jedem Endkunden, der die Preise der DTAG in dem betreffenden Bereich für überhöht oder diskriminierend erachtet, die Möglichkeit eröffnet wird, auf günstigere Angebote anderer Netzbetreiber auszuweichen.

Im Übrigen weist die Betroffene in ihrer Stellungnahme zum Preishöhenmissbrauchsvorwurf der Firma E-Plus zutreffend darauf hin, dass die von der Beschlusskammer entwickelte „IC+25%-Regel“ ursprünglich zu dem Zweck entwickelt wurde, absolute Preisuntergrenzen im Zusammenhang von Dumping- und Kosten-Preis-Scheren-Prüfungen zu ermitteln. Sie kann insoweit jedoch nicht zur Bestimmung von Preisobergrenzen im Endnutzerebereich herangezogen werden, da hierdurch dem regulierten Unternehmen jegliche Möglichkeit zu nachfrageorientierten Tariffdifferenzierungen genommen würde. Es ist daher verfehlt, wenn E-Plus zur Rechtfertigung ihres Preishöhenmissbrauchs alleine auf das von der Betroffenen für Verbindungen in Mobilfunknetze erhobene Standardentgelt abstellt und die von der Betroffenen im Rahmen von Optionstarifen angebotenen und zum Teil deutlich günstigeren Tarife für Fest-Mobil-Verbindungen bei der Betrachtung außer Acht lässt, zumal sich sowohl die Optionstarife als auch der Standardtarif im Vergleich mit den Tarifen anderer Teilnehmernetzbetreiber nach Einschätzung der Kammer durchaus in einem vergleichbaren Rahmen bewegen.

bb) Erforderlichkeit der Anzeigepflicht

Die Auferlegung einer Anzeigepflicht ist nach Auffassung der Beschlusskammer vorliegend auch erforderlich. Wie oben bereits dargestellt, ist die Erforderlichkeit einer Maßnahme nach den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Verwaltungsrechts bzw. nach dem europarechtlichen Proportionalitätsgrundsatz dann zu bejahen, wenn kein anderes Mittel zur Verfügung steht, das mindestens genauso geeignet ist, den Zweck zu erreichen, gleichzeitig aber den Betroffenen weniger belastet.

Zwar würde auch ohne Auferlegung einer Anzeigepflicht aufgrund der gesetzesunmittelbaren Geltung der ex-post-Regulierung grundsätzlich die Möglichkeit bestehen, missbräuchliche Tarifmaßnahmen nach Markteinführung einer nachträglichen Überprüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG zuzuführen. Diese erscheint vorliegend jedoch nicht ausreichend, weil die Gefahr bestünde, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten der betroffenen Netzbetreiber bis zu einer wirksamen Entscheidung der Bundesnetzagentur bereits nachhaltig und ggf. irreversibel geschädigt werden könnten. Für die Auferlegung einer Anzeigepflicht spricht darüber hinaus, dass potenzielle Kunden im Falle offenkundig missbräuchlicher Tarifmaßnahmen vor den nachteiligen Folgen einer ggf. erforderlich werdenden Rückabwicklung des geschlossenen Vertragsverhältnisses geschützt werden.

Dagegen wäre die Auferlegung einer Genehmigungspflicht zwar geeignet, die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG zu fördern und sicherzustellen. Allerdings würde eine diesbezügliche Verpflichtung für die Betroffene nicht einen weniger, sondern im Gegen-

teil sogar deutlich stärker belastenden Eingriff in die grundsätzlich auch der Betroffenen zustehende unternehmerische Betätigungsfreiheit darstellen als die Auferlegung einer Anzeigepflicht. Insoweit stellt sich die Anzeigepflicht im Vergleich zur Genehmigungspflicht als das mildere Mittel dar.

bc) Angemessenheit der Anzeigepflicht

Schließlich stellt sich die Festlegung einer Anzeigepflicht nach Abwägung aller in Betracht kommenden öffentlichen und privaten Interessen auch als angemessene Maßnahme dar. Angemessen ist eine Maßnahme dann, wenn die Nachteile, die für das betroffene Unternehmen mit der Maßnahme verbunden sind, nicht völlig außer Verhältnis zu den Vorteilen stehen, die sie bewirken soll.

Dies ist nach Ansicht der Beschlusskammer vorliegend der Fall. Wie bereits oben dargelegt, bezweckt die Beschlusskammer mit der Festlegung der Anzeigepflicht die Erreichung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG, das heißt insbesondere einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen und die Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu fördern.

Diesbezüglich besteht also sowohl ein allgemeines öffentliches Interesse als auch ein subjektives Interesse der auf dem betreffenden Markt aktiven Wettbewerber an der Durchführung dieser Maßnahme. Diese überwiegen vorliegend gegenüber den subjektiven Interessen der Betroffenen, insbesondere gegenüber dem Interesse an einer ungehinderten Ausübung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit.

Dabei war insbesondere zu berücksichtigen, dass die Festlegung einer Anzeigepflicht für Verbindungen in inländische Mobilfunknetze für die Betroffene einen deutlich weniger belastenden Eingriff in ihre unternehmerische Freiheit darstellt als etwa die Festlegung einer Genehmigungspflicht. Darüber hinaus trägt die Auferlegung einer Anzeigepflicht dem Umstand Rechnung, dass der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG zumindest im Endnutzerebereich grundsätzlich Vorrang eingeräumt werden soll, was unter anderem daran deutlich wird, dass die ex-post-Regulierung gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG bereits unmittelbar gilt, während die Auferlegung einer Genehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 TKG bzw. die Auferlegung einer Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen in Betracht kommen kann. Dabei kommt die Anzeigepflicht der ex-post-Kontrolle erheblich näher, da ihr zwar durchaus ein gewisser präventiver Charakter zukommt, ihre Prüfungsmaßstäbe aber in dieser Hinsicht mit denen einer reinen ex-post-Kontrolle übereinstimmen. Während im Genehmigungsverfahren insofern gemäß §§ 31 TKG ff. auf den Maßstab einer strengen Kostenorientierung abzustellen ist, verweist § 39 Abs. 3 S. 3 TKG insoweit auf den auch im ex-post-Verfahren geltenden Prüfungsmaßstab des § 28 TKG. Der enge Zusammenhang zwischen Anzeigepflicht und ex-post-Kontrolle wird aber auch daran deutlich, dass das Verfahren im Falle einer Untersagung automatisch in ein normales Verfahren der „ex-post-Regulierung“ übergeleitet wird. Da die Anzeigepflicht also der vom Gesetzgeber im Regelfall vorgesehenen Regulierungsform deutlich näher kommt, als das Genehmigungsverfahren, ist ihr im Zweifel auch der Vorzug einzuräumen.

Im Hinblick auf die Interessen der Betroffenen in die Abwägung mit einzubeziehen war ferner der Umstand, dass zwar auch die Anzeigepflicht für diese durchaus mit zumutbaren Einschränkungen ihrer unternehmerischen Betätigungsfreiheit verbunden ist, dass diese jedoch durch die Festlegung einer Genehmigungspflicht einer weitaus strengeren Belastung ausgesetzt werden würde.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist die Maßnahme auch nicht etwa deshalb unverhältnismäßig, weil die betroffenen Verbindungsentgelte nach den Vorschriften des alten TKG lediglich einer ex-post-Regulierung unterlagen und die Auferlegung einer An-

zeigeverpflichtung insoweit aus ihrer Sicht eine Verschärfung gegenüber der früheren Regulierungssituation darstellt. Die Betroffene verkennt insoweit, dass der Regulierung nach dem 2004 außer Kraft getretenen TKG und der Regulierung nach dem TKG völlig unterschiedliche Regulierungsansätze zugrunde liegen. Während nach alter Rechtslage bestimmten Telekommunikationsdienstleistungen qua Gesetz konkrete Regulierungsinstrumenten zugewiesen wurden, setzt die Regulierung nach neuer Rechtslage eine vorherige Analyse dahingehend voraus, ob und inwieweit der betroffene Markt tatsächlich regulierungsbedürftig ist. Reicht danach, wie im vorliegenden Fall, das bislang unmittelbar geltendes Regulierungsinstrument nicht mehr aus, so muss es der Behörde möglich sein, stattdessen das geeignete schärfere Regulierungsinstrument zur Anwendung zu bringen.

Ebenso ist auch der Hinweis der Betroffenen, dass Endkundenverbindungsmärkte nach der geplanten neuen Märkte-Empfehlung nicht mehr reguliert werden sollen, nicht geeignet die Verhältnismäßigkeit der getroffenen Entscheidung in Frage zu stellen. Die Beantwortung der Frage, welches Regulierungsinstrument erforderlich, geeignet und angemessen ist, kann insoweit nicht auf bloßen Spekulationen in Bezug mögliche zukünftige wettbewerbliche Entwicklungen beruhen, sondern muss sich vielmehr aus den Feststellungen der von der Präsidentenkammer durchgeführten Marktanalyse ableiten lassen, die insoweit zu dem Ergebnis kommen, dass in dem hier betroffenen Bereich eben noch kein hinreichend wirksamer Wettbewerb vorliegt.

Schließlich wird die Angemessenheit der Anzeigepflicht entgegen der Ansicht der Betroffenen auch nicht durch die unmittelbar aus dem Gesetz folgende zweimonatige Karenzzeit zwischen Anzeige und Inkrafttreten der Tarife in Frage gestellt. Zwar bedeutet die Karenzzeit jedenfalls dann, wenn der angezeigte Tarif nicht innerhalb von zwei Wochen als offenkundig missbräuchliche untersagt worden ist, eine gewisse Einschränkung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit der Betroffenen. Diese Einschränkung ist jedoch augenscheinlich vom Gesetzgeber als eine vom betroffenen Unternehmen noch hinzunehmende Belastung eingestuft worden.

b. Umfang der Anzeigepflicht

Der Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 1 TKG unterliegen alle Entgeltmaßnahmen, die Änderungen bestehender bzw. neuer Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Verbindungen in inländische Mobilfunknetze betreffen.

Nach Auffassung der Bundesnetzagentur unterliegen der Anzeigepflicht nach der § 39 TKG i.V.m. Art. 17 Abs. 4 URL nicht nur die eigentlichen Endnutzertarife, sondern auch andere endnutzerrelevante Aspekte, d.h. insbesondere auch die entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Diese Auffassung hat auch das Verwaltungsgericht Köln in seinem Beschluss 1 L 1832/04 vom 06.09.2004 ausdrücklich bestätigt (Vgl. Seite 3, 4 des Beschlusses). Entgeltmaßnahmen für Produkte, bei denen Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze gemeinsam mit weiteren Leistungen angeboten werden (sog. Paketangebote) unterliegen dagegen nicht der Anzeigepflicht, wenn die in dem Paket enthaltenen Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze einzeln angeboten und vom Endkunden auch weiterhin zu den angezeigten Tarifen in Anspruch genommen werden können und die weiteren im Paket enthaltenen Leistungen jeweils für sich kostendeckend sind, d.h. nicht durch die angezeigten Entgelte für Verbindungen in inländische Mobilfunknetze querfinanziert werden müssen. Hintergrund ist die Erwägung, dass bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen in Bezug auf die in das Paketangebot eingegangenen Verbindungsleistungen ein Verstoß gegen die Missbrauchtatbestände des § 28 TKG nicht mehr in Betracht kommen kann, andererseits aber eine pauschale Unterwerfung aller Paketangebote unter die Anzeigepflicht zur Folge hätte, dass auch die eigentlich nicht regulierungsbedürftigen Bestandteile der Pakete zumindest mittelbar ebenfalls einer staatlichen Kontrolle

unterworfen würden. Eine derartige Ausdehnung der Regulierung ließe sich insoweit auch mit dem Zweck des novellierten TKG, die sektorspezifische Regulierung soweit wie möglich zurückzuführen, nur schwer vereinbaren.

Der in früheren Verfahren von der Betroffenen vorgetragene Forderung, Paketangebote generell von der Anzeigepflicht auszunehmen, kann sich die Beschlusskammer nach wie vor nicht anschließen. Die Betroffene verkennt, dass dann, wenn eine der in dem Paket enthaltenen und für sich betrachtet nicht der Entgeltregulierung unterliegenden Leistungen nicht kostendeckend ist, insoweit in Bezug auf das regulierte Produkt ein zusätzlicher Rabatt ausgelöst wird. Insofern ermöglicht die Anzeigeverpflichtung die Prüfung, ob die in diesem Fall bestehende Quersubventionierung gegebenenfalls zu einer offenkundigen Kostenunterdeckung des regulierten Produktes führt. Dem kann auch nicht, wie dies die Betroffene in zahlreichen früheren Verfahren bereits versucht hat, entgegengehalten werden, dass die Quersubventionierung auch aus anderen nicht regulierten Bereichen erfolgen dürfe. Träfe diese Annahme nämlich zu, so wäre jeglicher Dumping-Prüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG von Paketangeboten bereits von vorneherein der Boden entzogen, weil die Betroffene immer behaupten könnte, etwaige leistungsbezogene Kostenunterdeckungen durch anderweitige Einnahmen ebenfalls aus nicht regulierten Bereichen abdecken zu können. Angesichts des Umstandes, dass die Betroffene ihre der Entgeltregulierung unterliegenden Leistungen im Regelfall nicht entbündelt, sondern nur als ein Bestandteil von umfassenderen Paketangeboten vertreibt, würde eine generelle Herausnahme der Paketangebote aus Anzeigepflicht den Zweck der Anzeigepflicht, offenkundige Verstöße gegen § 28 TKG bereits präventiv vor der Markteinführung zu identifizieren und zu unterbinden, im Ergebnis konterkarieren.

Der Vorwurf einer unzulässigen Ausdehnung der Entgeltregulierung ist danach unbegründet.

Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen sind der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsschluss zur Kenntnis zu geben (vgl. § 39 Abs. 3 S. 4 TKG). Nach Sinn und Zweck der Regelung handelt es sich hierbei um eine im Verhältnis zur Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG eigenständige sich bereits unmittelbar aus dem Gesetz ergebende Verpflichtung, die die Behörde in die Lage versetzen soll, ihre gesetzliche Kontrollfunktion auch im Hinblick auf Individualverträge wahrnehmen zu können, welche im Unterschied zu den AGB-Produkten normalerweise nicht veröffentlicht werden würden. Erfolgt der Vertragsabschluss durch die Parteien, so sind die Entgeltmaßnahmen bezüglich der individuell vereinbarten Leistungen „unmittelbar“ der Bundesnetzagentur „zur Kenntnis zu geben“. Hinsichtlich des Umfangs der einzureichenden Unterlagen ist zu beachten, dass darin alle Informationen enthalten sein müssen, welche die Bundesnetzagentur für eine mögliche spätere Überprüfung benötigt (Bsp.: Vertragskopie).

Auch hier lassen sich insoweit keine Kriterien erkennen, die es einerseits der Bundesnetzagentur ermöglichen würden, die Kenntnispflicht auf wettbewerblich besonders kritische Tarifmaßnahmen zu beschränken, ohne der Betroffenen nicht gleichzeitig auch den Weg zu einer Umgehung der beabsichtigten Kontrolle zu eröffnen.

Zweck dieser Regelung ist es, die Betroffene im Bereich des Wettbewerbs um Großkunden, die erfahrungsgemäß eher individuell ausgehandelte Telekommunikationsdienstleistungen nachfragen, gegenüber ihren Wettbewerbern nicht unnötig zu benachteiligen. Einen wesentlichen wettbewerblichen Nachteil würde es insoweit darstellen, wenn jeder Vertrag, den die Betroffene mit einem Großkunden individuell aushandelt, vor seiner Wirksamkeit erst noch das Anzeigeverfahren nach § 39 Abs. 3 S. TKG durchlaufen müsste. Dies trifft insbesondere auch auf solche Konstellationen zu, bei denen die Vergabe der Telekommunikationsleistungen im Wege einer öffentlichen Ausschreibung erfolgt.

Ebenso wäre es verfehlt, anzunehmen, dass Einzelverträge eine erheblich geringere Bedeutung für den Wettbewerb hätten als im Massengeschäft angebotene Standardverträge. Im Gegenteil zeigen die Erfahrungen, dass sich der Wettbewerb zumindest in der Anfangszeit nach Beginn der Marktöffnung gerade in diesem besonders lukrativen Segment äußerst intensiv entwickelt hat. Auch dies spricht dafür, dass Entgeltmaßnahmen für individuell vereinbarte Leistungen, wenn sie schon von der Anzeigepflicht befreit sind, der Regulierungsbehörde aufgrund ihrer erheblichen wettbewerblichen Bedeutung zumindest unmittelbar nach Vertragsschluss zur Kenntnis zu geben sind.

Würde man dagegen unterstellen, dass das Gesetz entgegen seinem eindeutigen Regelungsinhalt einen Verzicht der Regulierungsbehörde auf die nachträgliche Vorlage von Entgeltmaßnahmen für individuell vereinbarte Leistungen zulassen würde, so hätte dies zur Folge, dass die Betroffene die Anzeigepflicht problemlos dadurch unterlaufen könnte, indem sie bestimmte Dienstleistungen zukünftig nicht mehr auf AGB-Basis anbietet sondern diese nur noch im Rahmen angeblich „individuell“ mit dem Kunden ausgehandelten Verträge vertreibt.

6. Keine Verpflichtung zur getrennten Buchführung

Es besteht nach Auffassung der Beschlusskammer nach wie vor kein hinreichender Anlass die Betroffene im Bereich der Regulierung von Endnutzerentgelten zu einer getrennten Buchführung zu verpflichten.

Zum einen räumt das Gesetz der Bundesnetzagentur mit der Vorschrift des § 29 TKG im Falle des Bestehens eines konkreten Missbrauchsverdachts weitreichende Anordnungsbe-fugnisse ein, welche die Behörde u.a. dazu berechtigen, sämtliche zur Vorbereitung eines nachträglichen Entgeltregulierungsverfahrens erforderlichen Kostenunterlagen anzufordern.

Unabhängig hiervon stellt sich die Verpflichtung zur getrennten Buchführung im Endnutzerbereich aber auch deshalb als unverhältnismäßig dar, weil hier insbesondere die Frage missbräuchlich überhöhte Preise des marktbeherrschenden Unternehmens im Unterschied zum Vorleistungsbereich bislang keinerlei praktische Relevanz entfaltet hat. Im Fokus der Regulierung von Telekommunikationsendnutzertarifen standen vielmehr seit Beginn der Marktöffnung im wesentlichen Wettbewerberbeschwerden in Bezug auf tatsächliche oder angebliche Dumping-, Kosten-Preis-Scheren- bzw. Produktbündelungsstrategien der Betro-fenen. Soweit im Zusammenhang mit der Regulierung der Entgelte für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze Kostenprüfungen erforderlich werden sollten, kann die Bundesnetzagentur also ggf. auf die ihr bereits bekannten Kosten für die entspre-chenden Vorleistungen, wie Teilnehmeranschlussleitung, Zuführung oder Terminierung zu-rückgreifen, da diese über dieselben Netzinfrastrukturen abgewickelt werden, wie die End-nutzerleistungen (vgl.: IC+X%-Regel der Beschlusskammer).

7. Entgeltregulierung (Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze)

Bezüglich des ebenfalls analysierten Marktes für Verbindungen aus dem Festnetz in aus-ländische Mobilfunknetze ist die Präsidentenkammer nach Durchführung des Marktdefiniti-ons- und Marktanalyseverfahrens zu dem Ergebnis gelangt, dass keine beträchtliche Marktmacht der Deutschen Telekom AG vorliegt und damit wirksamer Wettbewerb im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 1 TKG besteht. Dementsprechend unterliegt dieser Markt auch keiner Marktregulierung nach den Vorschriften des Teils 2 des Telekommunikationsgesetzes (§ 9 Abs. 1 TKG).

8. Anordnungen im Rahmen der Entgeltregulierung

Die Verpflichtung der Betroffenen, der Bundesnetzagentur zeitgleich mit der Vorlage einer Tarifierungsanzeige die für eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen, beruht auf § 29 Abs. 1 Nr. 1 TKG. Danach kann die Regulierungsbehörde im Rahmen oder zur Vorbereitung von Verfahren der Entgeltregulierung anordnen, dass ihr vom Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht detaillierte Angaben zum Leistungsangebot, zum erwarteten Umsatz für Dienstleistungen und Kosten, zu den vorhersehbaren Auswirkungen auf die Endnutzer sowie auf die Wettbewerber und sonstige Unterlagen und Angaben zur Verfügung gestellt werden, die sie zur sachgerechten Ausübung ihres Entgeltregulierungsrechts auf Grund dieses Gesetzes für erforderlich hält. Die für eine fundierte Offenkundigkeitsprüfung im Rahmen des Tarifierungsverfahrens in jedem Fall erforderlichen Unterlagen sind die dem vorzulegenden Entgelt zugrunde liegende Leistungsbeschreibung sowie die entsprechenden Preislisten und Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Um eine Beurteilung der Marktüblichkeit zu ermöglichen, soll die Betroffene des Weiteren vergleichbare Angebote von Wettbewerbern benennen. Darüber hinaus benötigt die Bundesnetzagentur insbesondere bei Pauschalentgelten im Hinblick auf eine fundierte Prüfung der Vereinbarkeit der vorgesehenen Entgeltmaßnahme mit § 28 TKG auch detaillierte Angaben über erwartete und in der Vergangenheit gemessene Nutzungscharakteristika, soweit diese die Grundlage für die Kalkulation der betreffenden Tarifmaßnahme darstellen.

Soweit die Betroffene in diesem Zusammenhang den Eindruck zu erwecken versucht, dass die Anzeigepflicht durch die Verpflichtung zur Vorlage der beschriebenen Unterlagen in ein Genehmigungsverfahren umgewandelt werde, so ist dem eindeutig zu widersprechen. Tatsächlich weichen die vorzulegenden Unterlagen sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht deutlich von den gemäß § 33 TKG in einem Genehmigungsverfahren vorzulegenden Unterlagen ab. Sie sollen vielmehr der Beschlusskammer ermöglichen, sich innerhalb der sehr kurzen zweiwöchigen Prüfungsfrist eine hinreichend fundierte Einschätzung in Bezug auf das Vorliegen eines offenkundigen Verstoßes gegen § 28 TKG verschaffen zu können. Die Vorlage entsprechender Unterlagen liegt im übrigen auch im eigensten Interesse der Betroffenen, da mit einer hinreichend fundierten Offenkundigkeitsprüfung im Ergebnis auch das Risiko der späteren Einleitung eines ex-post-Verfahrens deutlich verringert werden würde.

Die insoweit im Hinblick auf den Gesetzeszweck geeignete und erforderliche Anordnung der Bundesnetzagentur stellt für die Betroffene auch keine übermäßige Belastung dar, weil diese die entsprechenden Daten im Zweifel ohnehin auch intern erheben muss, um bereits im Vorfeld der Markteinführung der vorgesehenen Tarifmaßnahme das Risiko eines möglichen ex-post-Verfahrens hinreichend abschätzen zu können. Die Zulässigkeit einer derartigen Anordnung hat im Übrigen auch die 21. Kammer des Verwaltungsgerichts Köln in seiner Entscheidung 21 K 3395/07 vom 05.09.2007 grundsätzlich bestätigt (vgl. VG Köln, Urteil vom 05.09.2007, Az. 21 K 3395/06).

9. Hinweise

Angesichts der Aufforderung der Kommission zur unverzüglichen Überwachung des Umfangs, in dem die Festnetzbetreiber die durch Regulierung eingeleiteten Senkungen von Mobilfunk-Terminierungsentgelten an ihre Entkunden weitergeben, wird die Bundesnetzagentur ihre intensive Beobachtung des Marktes, insbesondere nach der jetzt erfolgten erneuten Absenkung der Mobilfunkterminierungsentgelte fortsetzen und sofern erforderlich unverzüglich entsprechende Maßnahmen einleiten.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50557 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbe-

amten 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.

Kuhrmeyer
(Vorsitzender)

Busch
(Beisitzer)

Lindhorst
(Beisitzer)

Anlage

Festlegung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für die Märkte „Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze“ und „Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze“