



Beschlusskammer 3

BK3g-14/027 bis 045

## B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt „Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“ (Markt Nr. 3 der Empfehlung 2007/879/EG)

betreffend die

Betroffene,

– Verfahrensbevollmächtigte:

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

durch

den Vorsitzenden Ernst Ferdinand Wilmsmann,  
den Beisitzer Matthias Wieners und  
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

nach den von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur beschlossenen Festlegungen:

*Auf den netzweiten Vorleistungsmärkten für*

- *Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz des jeweiligen Unternehmens an festen Standorten einschließlich der lokalen Anrufweiterleitung*

*verfügen die nachfolgend genannten Unternehmen und die mit ihnen verbundenen Unternehmen gemäß § 3 Nr. 29 TKG jeweils im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht:*

(...)

*Betroffene*

(...)

*Zu diesem Vorleistungsmarkt zählen sowohl Terminierungsleistungen, die über Schmalbandanschlüsse zugestellt werden, als auch Terminierungsleistungen, die auf Breitbandanschlüssen (DSL, Breitbandkabel-Netz, IP-basierter Glasfaseranschluss, stationäre Mobilfunklösungen) terminiert werden und auf der Ebene des PSTN oder telefondienstspezifisch auf der Ebene des Internet Protokolls jeweils auf der untersten Netzkoppelungsebene übergeben werden. Die telefondienstspezifische Übergabe zeichnet sich dadurch aus, dass der anbietende Netzbetreiber die Möglichkeit hat, den Anruf fallbezogen zu verwirklichen oder zu verweigern und die Verbindungsdaten für die Abrechnung jedes einzelnen Gespräches zu erheben und zu verarbeiten.*

*Gilt für die Zusammenschaltung der Grundsatz einer technologiekonformen Übergabe, dann richtet sich die Bestimmung der untersten Netzkoppelungsebene nach der für die jeweilige Rufnummer hinterlegten Übergabetechnologie (IP oder PSTN). Nicht Bestandteil des relevanten Marktes sind Verbindungen, die im Rahmen der Geltung des Grundsatzes einer technologiekonformen Übergabe tatsächlich nicht technologiekonform und damit auf einer höheren Netzzugangsebene übergeben werden.*

*Gilt für die Zusammenschaltung der Grundsatz einer technologieneutralen Übergabe, dann ist die Bestimmung der untersten Netzkoppelungsebene unabhängig von der Technik des Anschlusses.*

*Zu dem relevanten Markt zählen Verbindungsleistungen zu geographischen Rufnummern, zu Notrufabfragestellen, zu anderen Abfragestellen<sup>1</sup> sowie zu Verbindungen mit Ziel in der Rufnummerngasse 0(32).*

*Zuzurechnen sind diesen Märkten neben Verbindungen zu Endkunden, die direkt am Netz des Anbieters angeschlossen sind, auch Verbindungsleistungen, bei denen der Verkehr, für den nachfragenden Netzbetreiber nicht unmittelbar ersichtlich, zur Terminierung in ein nachfolgendes Drittnetz (Fest- oder Mobilfunknetz) weitergeleitet wird (so genannte „Scheinterminierung“).*

*Nicht von dem Markt umfasst sind Terminierungsleistungen mit Übergabe auf IP-Ebene, bei denen die Übergabe nicht speziell telefondienstspezifisch, d. h. diensteneutral erfolgt. Bei der diensteneutralen Übergabe von IP-Datenverkehr im Rahmen von so genannten Peering-Abkommen ist nicht die konkrete Telefonverbindung, sondern der Datenaustausch in seiner Gesamtheit Gegenstand der Abrechnung und der Leistung.*

auf die mündliche Verhandlung vom 29.10.2014

folgende

### **Regulierungsverfügung**

beschlossen:

Der Betroffenen werden folgende Verpflichtungen auferlegt, nämlich

1. Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Telefonfestnetz am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen zu ermöglichen,
2. über die Zusammenschaltung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren,

<sup>1</sup> Hierzu zählt seit dem 01.03.2012 auch die Verbindung aus dem Festnetz zu der einheitlichen Behördenrufnummer 115. Grundlage hierfür ist die Verfügung 70/2011 Nr. 2 der BNetzA vom 01.12.2011.

3. zum Zwecke der Zusammenschaltung und Terminierung gemäß Ziffern 1. und 2. Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
4. dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffern 1. bis 3. auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen,
5. Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen einschließlich aller Bedingungen, die den Zugang zu und die Nutzung von Diensten und Anwendungen beschränken, sowie über die zu zahlenden Entgelte, welche die zum Zugang berechtigten Unternehmen für die Inanspruchnahme der Zugangsleistungen benötigen und für die eine Nachfrage besteht, zu veröffentlichen; die Angaben zu den Standorten der Zusammenschaltung bzw. der Kollokation müssen nicht veröffentlicht werden, sie müssen nur auf Nachfrage interessierten Unternehmen zugänglich gemacht werden,
6. der Bundesnetzagentur gültige Verträge über Zugangsleistungen nach Ziffern 1. bis 3. ohne gesonderte Aufforderung und in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen, es sei denn, der jeweilige Vertrag liegt der Bundesnetzagentur bereits vor,
7. dass die Entgelte für Gewährung der Zugänge nach Ziffern 1. bis 3. der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen werden. Die Entgelte werden auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG genehmigt. Der Effizienzbestimmung sind symmetrische Anforderungen zugrunde zu legen. Die Entgeltermittlung erfolgt vorrangig per Vergleichsmarktbetrachtung im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG.

## I. Sachverhalt

Die Betroffene betreibt ein öffentliches Telekommunikationsnetz im Teilnehmeranschlussbereich und bietet den mit ihr zusammengeschalteten Netzbetreibern Terminierungsleistungen in ihrem Netz an.

In der auf Grund des Telekommunikationsgesetzes vom 22.06.2004 und der Empfehlung 2003/311/EG der EU-Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, durchgeführten Marktanalyse für den Bereich Anrufzustellung in einzelnen Festnetzen und der auf ihrer Grundlage getroffenen Festlegungen der Präsidentenkammer wurde die beträchtliche Marktmacht der alternativen Teilnehmernetzbetreiber, zu denen Betroffene zählt, auf dem Markt der Anrufzustellung in ihren Festnetzen erstmals 2005 und im Jahre 2008 erneut festgestellt. Mit den im Jahre 2009 erlassenen Regulierungsverfügungen wurden die alternativen Teilnehmernetzbetreiber zur Nichtdiskriminierung, Transparenz und Vorlage von abgeschlossenen Verträgen über Zugangsleistungen verpflichtet. Die Entgelte für Zugangsleistungen wurden der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterworfen. Die bis dahin für alternative Teilnehmernetzbetreiber bestehende Verpflichtung zur Zusammenschaltung wurde widerrufen. Gegenüber der Betroffenen ist bisher keine Regulierungsverfügung erlassen worden.

Seit Erlass der letzten Regulierungsverfügungen gegenüber Festnetzbetreibern haben die Telekom Deutschland GmbH und viele ihrer Wettbewerber damit begonnen, die Umstellung der bisher auf der Basis des leitungsvermittelten PSTN erfolgten Zusammenschaltungen auf IP-basierte Zusammenschaltungen einzuleiten, um ihre Festnetze vollständig in ein paketvermitteltes Netz der nächsten Generation (NGN) mit einem IP-basierten Kernnetz umzuwandeln. Während einige alternative Teilnehmernetzbetreiber bereits untereinander über IP-Zusammenschaltungen im Wirkbetrieb verfügen, hat die Telekom Deutschland GmbH bisher nur testweise Zusammenschaltungen mit einzelnen Unternehmen realisiert.

Für die IP-Zusammenschaltung bestehen im Markt gegenwärtig zwei Modelle. Einige alternative Teilnehmernetzbetreiber übergeben im Zuge einer sogenannten technologieneutralen Übergabe auch Verkehre von und zu PSTN-Anschlüssen zusammen mit Verkehren von und zu IP-Anschlüssen über IP-Zusammenschaltungen. In diesem Fall muss der Anruf über ein Media Gateway wieder in die PSTN-Technologie übersetzt werden. Die Telekom Deutschland GmbH will dagegen in der Übergangszeit von der PSTN- zur IP-basierten Zusammenschaltung eine sogenannte technologiekonforme Übergabe von Verbindungen anbieten. Hierbei richtet sich die Technologie der Übergabe nach der Netztechnologie, in der der angerufene bzw. bei der Zuführungsleistungen der anrufende Anschluss geschaltet ist. Die Technologie des jeweiligen Anschlusses wird durch die Portierungskennung für PSTN- bzw. IP-Anschlüsse, die der jeweiligen Rufnummer zugewiesen ist, identifiziert. Die Zuordnung der Portierungskennungen zu den jeweiligen Rufnummern kann über eine Datenbank der Bundesnetzagentur abgefragt werden. Diese Datenbankabfrage ermöglicht es dem jeweiligen Zusammenschaltungspartner (ICP), die Übergabe über die jeweils vorgesehene Art der Zusammenschaltung durchzuführen. Erfolgt die Übergabe nicht technologiekonform, so wird eine Umwandlung des Anrufes in die richtige Technologie über ein Media Gateway erforderlich und soll vom Zusammenschaltungspartner bezahlt werden.

Die Überprüfung der Festlegung der Präsidentenkammer gemäß § 14 Abs. 2 TKG hat zu der Festlegung BK1-10/002 vom 23.08.2012 geführt, nach der die darin genannten alternativen Teilnehmernetzbetreiber und die mit ihnen gemäß § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Unternehmen auf den regulierungsbedürftigen netzweiten Märkten für die Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten (Markt Nr. 3 der Empfehlung 2007/879/EG) über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG verfügen. Gegenüber der vorangegangenen Festlegung der Präsidentenkammer umfasste die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht neben den über PSTN übergebenen Verbindungsleistungen auch Verbindungsleistungen, die über telefondienstspezifische IP-Zusammenschaltungen auf der untersten Ebene übergeben werden (im Folgenden bezeichnen IP-Zusammenschaltungen immer telefondienstspezifische Zusammenschaltungen). Vor dem Hintergrund dieser Festlegung wurden Verfahren zum Erlass von Regulierungsverfügungen, Az. BK3g-12/011 bis 067, eingeleitet, deren Gegenstand die auch jetzt gegenüber der Betroffenen vorgesehenen Verpflichtungen waren. Die EU-Kommission bemängelte im Phase-II-Verfahren die gewählte Form der Entgeltregulierung. Unter dem 21.10.2013 erließ sie eine Empfehlung des Inhalts, die Bundesnetzagentur solle die Abhilfemaßnahmen, die eine Preiskontrollverpflichtung enthalten, ändern oder zurückziehen, um dafür zu sorgen, dass die Beurteilung der effizienten Kosten im Hinblick auf die im Festnetz-Zustellungsmarkt angewandten Entgelte auf einer reinen BU-LRIC Methode und dem effizientesten Netz beruhe, da dies die angemessenste Methode für die Regulierung der Entgelte auf den Festnetz-Zustellungsmärkten sei. Für die Einzelheiten wird auf die Verwaltungsakten zu den Verfahren BK3g-12/011 bis 067 verwiesen.

Unter dem 19.11.2013 wurden Regulierungsverfügungen gegenüber den von der Festlegung BK1-10/002 vom 23.08.2012 erfassten alternativen Teilnehmernetzbetreibern erlassen.

In der weiteren, am 30.05.2014 beschlossenen Festlegung BK1-13/001 wurde für zusätzliche alternative Teilnehmernetzbetreiber, u. a. für die Betroffene, das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht festgestellt.

Mit Schreiben vom 25.08.2014 hat die Beschlusskammer der Betroffenen mitgeteilt, dass sie nach dem Ergebnis der gemäß § 14 Abs. 1 TKG durchgeführten Marktanalyse über beträchtliche Marktmacht verfügt und angekündigt, dass die Beschlusskammer beabsichtigt, ihr Verpflichtungen nach den §§ 13, 19, 20, 21 und 30 Abs. 1 S. 1 TKG aufzuerlegen. Dabei wurde die Betroffene ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Beschlusskammer erwägt, der Betroffenen eine Zusammenschaltungsverpflichtung aufzuerlegen und die für den auferlegten Zugang erhobenen Entgelte einer Entgeltgenehmigungspflicht zu unterwerfen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

## II. Gründe

Rechtliche Grundlage für die der Betroffenen auferlegten Maßnahmen sind:

- §§ 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 3 und Abs. 2 Nr. 1 TKG, soweit sie in Ziffer 1 des Tenors zur Netzkopplung durch entbündelte Zusammenschaltung und in Ziffer 2 des Tenors zur Erbringung von Terminierungsleistungen verpflichtet worden ist,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG, soweit sie in Ziffer 3 des Tenors dazu verpflichtet worden ist, zum Zwecke der Zusammenschaltung Kollokation und im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 19 TKG, soweit sie in Ziffer 4 des Tenors dazu verpflichtet worden ist, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffern 1 bis 3 des Tenors auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 20 Abs. 1 und 2 TKG, soweit sie in Ziffer 5 des Tenors zur Transparenz verpflichtet worden ist,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 20 Abs. 3 TKG, soweit sie in Ziffer 6 des Tenors zur Vertragsvorlage verpflichtet worden ist, und
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 30 Abs. 1 TKG, soweit gemäß Ziffer 7 die Entgelte für die Zusammenschaltung und die Terminierung sowie für die Gewährung von Kollokation der Regulierung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen.

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

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Auferlegung der tenorierten Verpflichtungen gemäß §§ 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 19, 20, 21 und 30 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. Gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG erfolgt die Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer.

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

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung sowie das Ergebnis des nationalen Konsultationsverfahrens sind jeweils gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 TKG i.V.m. § 5 TKG im Amtsblatt und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Eine öffentliche mündliche Verhandlung wurde am 29.10.2014 durchgeführt.

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).

Ferner ist der Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission, den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten sowie dem GEREK gemäß § 13 Abs. 1 S. 1, § 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG zur Verfügung gestellt worden.

Die Beschlusskammer hat gemäß § 31 Abs. 2 S. 3 TKG die Auferlegung einer Genehmigungspflicht anhand einer anderen Vorgehensweise im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG besonders begründet.

## 2. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen

Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse ist der netzweite Vorleistungsmarkt für die Anrufzustellung (Terminierung) in das öffentliche Telefonnetz der Betroffenen an festen Standorten einschließlich der lokalen Anrufweiterleitung regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG. Dieser Markt umfasst auch Terminierungsleistungen, die zu Breitbandanschlüssen und/oder zu Nummern der Gasse 0(32) erbracht werden, sofern sie ausschließlich über PSTN-Zusammenschaltungen übergeben werden. Erfolgt daneben oder ausschließlich eine Übergabe über IP-Zusammenschaltungen, so sind die Terminierungsleistungen erfasst, wenn eine technologie neutrale Übergabe vorgesehen wird oder wenn sie bei Wahl einer technologiekonformen Übergabe technologiekonform übergeben werden. Der Markt für Terminierungsleistungen umfasst darüber hinaus auch die sogenannte Scheinterminierung zu über geographischen Rufnummern erreichbaren Anschlüssen in einem nachfolgenden Drittnetz (Fest- oder Mobilfunknetz). Auf diesem Markt verfügt die Betroffene über eine beträchtliche Marktmacht.

Nicht umfasst sind von diesen Märkten Wandlungsleistungen im Netz der Betroffenen, die dazu dienen, unterschiedliche Technologien von Übergabe und Anschluss zu überbrücken. Etwas anderes gilt dann, wenn die Betroffene mangels einer zweiten hinterlegten Portierungskennung Terminierungs- bzw. Zuführungsleistungen mit und ohne Wandlung erbringt und somit nicht nach der Anschluss-technologie differenziert. In diesem Falle, der sogenannten technologie neutralen Übergabe, würden alle nicht nach der Anschluss-technologie differenzierten Leistungen mit oder ohne ein Wandlungserfordernis zu den jeweiligen Märkten zählen. Verbindungsleistungen sind also von den Märkten erfasst, wenn eine technologie neutrale Übergabe eingerichtet wird oder wenn sie bei der Wahl einer technologiekonformen Übergabe technologiekonform übergeben werden. Die Entscheidung für eine Zusammenschaltung nach dem Grundsatz der Technologiekonformität erfolgt einheitlich für alle Zusammenschaltungsverhältnisse dadurch, dass die Betroffene für die in ihrem Netz geschalteten Nummern eine zweite Portierungskennung implementiert und so erkennbar macht, ob Verbindungen von bzw. zu diesen Nummern über PSTN- oder IP-Zusammenschaltungen zu übergeben sind. Für die Geltung des Grundsatzes einer technologiekonformen oder aber einer technologie neutralen Regelung ist es für die Feststellung beträchtlicher Marktmacht nicht von Bedeutung, ob die von dem Anbieter durch eine entsprechende Hinterlegung oder Nicht hinterlegung einer zweiten Portierungskennung getroffene Wahl der untersten Netzkoppelungsebene ausdrücklicher Gegenstand der jeweiligen Zusammenschaltungsregelung ist oder wird.

Keine Regulierungsbedürftigkeit besteht in dem Fall, in dem die Verbindungsleistungen nicht auf der untersten Ebene übergeben werden. Bei der IP-Zusammenschaltung erfolgt die Übergabe auf der untersten Ebene, wenn entweder eine technologie neutrale Übergabe eingerichtet worden ist oder im Falle einer technologiekonformen Übergabe eine Verbindung von oder zu einer Rufnummer übergeben wird, für die eine Übergabe auf IP-Ebene festgelegt worden ist. Ist eine technologiekonforme Übergabe vorgesehen und wird eine auf PSTN-Ebene zu übergebende Verbindung über eine IP-Zusammenschaltung übergeben oder umgekehrt, so wird diese Verbindungsleistung nicht auf der untersten Zusammenschaltungsebene übergeben, weil zusätzlich zur Verbindungsleistung noch eine Wandlung über Media Gateways in die richtige Technologie vorgenommen werden muss, die eigentlich im Verantwortungsbereich des Zusammenschaltungspartners liegt und von ihm vorgenommen werden könnte. Entscheidet sich die Betroffene für die Ausgestaltung der Zusammenschaltung nach dem Grundsatz der Technologiekonformität, so ist sie nicht daran gehindert, zusätzlich eine technologie neutrale Zusammenschaltung anzubieten. Solche Verbindungsleistungen unterfallen aber dann nicht bzw. im Falle der nicht technologiekonformen Übergabe einer Verbindung über PSTN-Zusammenschaltungen nicht mehr der Regulierung.

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

Für die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht ist es unerheblich, ob bereits eine IP-Zusammenschaltung angeboten wird oder nicht. Der Entwurf der Festlegung ordnet die

Terminierungsleistungen einem einheitlichen Markt zu unabhängig von der Technologie, in der die Zusammenschaltung erfolgt.

### 3. Auferlegung der einzelnen Verpflichtungen

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens erlegt die Beschlusskammer der Betroffenen die tenorierten Verpflichtungen auf dem verfahrensgegenständlichen Markt auf. Im Übrigen sieht sie von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG ab.

#### 3.1. Netzkoppelung und Erbringung von Terminierungsleistungen

Die in Ziffern 1 und 2 des Tenors auferlegte Verpflichtung, die Koppelung der Netze durch Zusammenschaltung bei der Betroffenen zu ermöglichen, und die Verpflichtung zur Erbringung von Terminierungsleistungen gründen auf §§ 9 Abs. 2, 21 Abs. 3 Nr. 3 TKG.

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

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

Zusammenschaltung ist gemäß § 3 Nr. 34 TKG die physische und logische Verbindung zweier öffentlicher Telekommunikationsnetze. Die Zusammenschaltung dient der Kommunikation von Nutzern, sie erhält ihren Sinn also durch die darüber abgewickelten Verbindungsleistungen. Die Zusammenschaltungspflicht ist deshalb immer dann – und nur dann – aufzuerlegen, wenn damit auch die Pflicht zur Gewährung des Zugangs durch Verbindungsleistungen verbunden wird. Dies ist durch die Verpflichtung zur Terminierung von Anrufen in das Netz der Betroffenen gegeben.

Eine Zusammenschaltung setzt also die Verbindung zweier Telekommunikationsnetze voraus. Die Verbindung kann theoretisch durch die Betroffene, den Wettbewerber oder durch beide Parteien gemeinsam erbracht werden. Aufzuerlegen ist jedoch nur die entbündelte Zusammenschaltung am Standort der Betroffenen. Anders als im Falle der Telekom Deutschland GmbH nicht aufzuerlegen ist eine gebündelte Zusammenschaltung am Standort des Vorleistungsnachfragers, bei der die Betroffene zusätzlich einen Übertragungsweg zu ihrem eigenen Netz bereitstellen müsste. Denn weder verfügt die Betroffene über ein bundesweites Mietleitungsnetz, das ihr dies problemlos ermöglichen würde, noch ist dies erforderlich, um anderen Wettbewerbern den sukzessiven Ausbau ihrer eigenen Infrastruktur zu ermöglichen, denn sie hat ihnen gegenüber nicht den Vorteil, ihre Marktstellung zu Zeiten eines sie begünstigenden Monopols aufgebaut zu haben.

Die Kommission hat in ihrem Schreiben vom 20.06.2013 zu den Regulierungsverfügungen BK3g-12/011 bis 067 bemängelt, dass die alternativen Teilnehmernetzbetreiber anders als die Telekom Deutschland GmbH nur hinsichtlich der Infrastrukturleistungen bei der Zugangsgewährung an ihrem Vermittlungsstellenstandort der Entgeltgenehmigungspflicht unterliegen. Die Pflicht zur Zusammenschaltung am Vermittlungsstellenstandort des Zugangsnachfragers und die damit zusammenhängende Entgeltgenehmigungspflicht müsse auch auf die alternativen Teilnehmernetzbetreiber erstreckt werden, um ihnen die diskriminierungsfreie Deckung ihrer Zusammenschaltungskosten zu ermöglichen.

Diese Forderung übersieht, dass die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen und der damit zusammenhängenden Entgeltgenehmigungspflicht nicht dem Schutz der verpflichteten Unternehmen dient. Eine Schutzwirkung entfaltet § 21 TKG nur gegenüber solchen Unternehmen, die Zugang zum Netz des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht begehren, aber nicht gegenüber dem marktmächtigen Unternehmen selbst,

vgl. VG Köln, Urteil 1 K 6671/09 vom 01.07.2010, S. 9ff.

Die Beschränkung der Genehmigungspflichtigkeit der Entgelte für die Bereitstellung und Überlassung von Zusammenschaltungsinfrastruktur ist damit die Folgewirkung der Nichtauferlegung der Verpflichtung zur Zusammenschaltung am Vermittlungsstellenstandort des Zugangsnachfragers, die als solche nicht durch die beträchtliche Marktmacht der Betroffenen gerechtfertigt wäre. Diese Zusammenschaltung am Vermittlungsstellenstandort des Zugangsnachfragers ist als freiwillige Leistung der Betroffenen anzusehen, die über ihre regulatorischen Verpflichtungen hinausgeht und deren Entgelte sie auf rein vertraglicher Basis festlegen kann und muss.

Weiter wird die Auferlegung dieser Verpflichtung gegenüber der Telekom Deutschland GmbH mit der Erleichterung des Markteintritts für Zugangsnachfrager begründet. Die Zusammenschaltung mit der Betroffenen und den anderen Teilnehmernetzbetreibern ist aber nicht mit der Erschließung des Zugangs zum Netz der Telekom Deutschland GmbH vergleichbar, das mit sehr weitem Abstand über die meisten Telefonanschlüsse verfügt und über das mit Hilfe von Transitleistungen auch andere Netzbetreiber erschlossen werden können.

Die Verpflichtung der Betroffenen ist auf die Ermöglichung der Zusammenschaltung öffentlicher Telefonnetze mit ihrem öffentlichen Telefonnetz zu begrenzen. Denn die festgestellte Marktmacht der Betroffenen bezieht sich auf die Nutzung öffentlicher Telefonnetze. Eine Zusammenschaltung mit sonstigen Telekommunikationsnetzen ist für die Bekämpfung des hier festgestellten Marktversagens nicht erforderlich.

### **3.1.1 Interessen von Endnutzern und Wettbewerbern**

Die Auferlegung der Verpflichtung ist erforderlich, um gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 TKG die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren.

Eine Zusammenschaltung ist erforderlich, um überhaupt Verbindungsleistungen über Netzgrenzen hinweg austauschen zu können und die Erreichbarkeit der Teilnehmer im Netz der Betroffenen aus den Netzen der Wettbewerber sicherzustellen. Dies gilt für die PSTN- wie die IP-Zusammenschaltung gleichermaßen.

In den vorangegangenen Regulierungsverfügungen gegenüber alternativen Teilnehmernetzbetreibern war die Beschlusskammer zu der Auffassung gelangt, dass die Auferlegung einer Zusammenschaltungsverpflichtung nicht mehr erforderlich sei, und hatte die Zusammenschaltungsverpflichtung daher widerrufen.

Ausschlaggebend für ihre damalige Überzeugung war, dass das Interesse der alternativen Teilnehmernetzbetreiber an der Zusammenschaltung zum Zwecke der Erreichbarkeit ihrer eigenen Kunden angesichts ihrer im Verhältnis zu derjenigen der Antragstellerin zu sehenden Teilnehmerzahl so groß sei, dass nicht mit der Durchsetzung unangemessener Zusammenschaltungsbedingungen zu rechnen sei, und zwar selbst bei großen alternativen Teilnehmernetzbetreibern.

Selbst bei steigenden Teilnehmerzahlen und einem grundsätzlichen Nachfragerinteresse dürfte jedoch weniger das „Ob“ einer Zusammenschaltung in Streit stehen, sondern vielmehr das „Wie“ einer Zusammenschaltung, d.h. die Leistungs- und namentlich die Entgeltkonditionen. Hinsichtlich der Leistungs- und Entgeltkonditionen könne die Betroffene aber wegen der ihr auferlegten Diskriminierungsverbote nach §§ 19, 28 und 42 TKG andere Zusammenschaltungspartner nicht schlechter behandeln als die Telekom Deutschland GmbH, so dass eine zusätzliche Zusammenschaltungsverpflichtung keinen zusätzlichen Nutzen hätte und unverhältnismäßig wäre. Sollte sich hingegen ein neues wirtschaftliches und technologisches Umfeld bilden, könnte dies einen Anlass für eine Änderung des Pflichtenumfanges geben,

vgl. z. B. Beschluss BK3d-08-035 vom 07.09.2009, S. 15 ff.).

Diese Änderung des wirtschaftlichen und technologischen Umfeldes ist nun eingetreten. Denn innerhalb der voraussichtlichen dreijährigen Geltungsdauer (§ 14 Abs. 2 S. 1 TKG) der Regulierungsverfügung ist mit Einrichtung einer IP-Zusammenschaltung zumindest parallel zu den bestehenden PSTN-Zusammenschaltungen des Netzes der Betroffenen zu rechnen. Hierfür sorgen schon die entsprechenden Planungen der Telekom Deutschland GmbH, die innerhalb dieses Zeitrahmens eine IP-Zusammenschaltung mit allen ihren Zusammenschaltungspartnern erreichen will. Daneben ist es möglich, dass sich die Betroffene direkt mit anderen Netzbetreibern über IP zusammenschalten könnte, etwa mit großen Transitnetzbetreibern. Dies kann nach einem von dem Modell der Telekom Deutschland GmbH abweichenden Verfahren geschehen, etwa durch die Vereinbarung einer technologieutralen Übergabe.

Die Einführung eines neuen Zusammenschaltungsregimes mit neuen Vertragsbestimmungen gibt daher Anlass, die Auferlegung einer Zusammenschaltungsverpflichtung neu zu bewerten. Sie ist nun als notwendig anzusehen, um gem. § 21 Abs. 1 S. 1 TKG die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren. In der Phase des technologischen Übergangs von PSTN- auf IP-Zusammenschaltungen besteht die gesteigerte Möglichkeit zu Streitigkeiten sowohl über die Bedingungen der IP-Zusammenschaltung als auch über den Rückbau der bestehenden PSTN-Zusammenschaltungen. Die Beschlusskammer erwartet, dass die Diskussion um die Migration zum NGN auch Auswirkungen auf alle Zusammenschungsverhältnisse haben wird, unabhängig davon, ob der jeweilige Anbieter selber aktuell eine Migration seines Netzes oder seiner Zusammenschaltungsinfrastruktur plant. Denn jeder Netzbetreiber, der eine Migration plant, wird nicht nur die unmittelbar betroffenen Zusammenschungsverhältnisse bezüglich eines Anpassungsbedarfs überprüfen, sondern alle. Damit werden direkt oder indirekt fast alle Zusammenschungsverhältnisse in Frage gestellt. Diese neue Dynamik begründet die Möglichkeit von Zusammenschaltungsstreitigkeiten und damit die Gefahr eines Marktmachtmissbrauches der Betroffenen. Weiter haben zahlreiche Stellungnahmen interessierter Parteien zu den Regulierungsverfügungen BK3g-12/011 bis 067 gezeigt, dass offensichtlich eine Reihe von Unternehmen mit NGA-Netzen höhere Terminierungsentgelte für angemessen halten, so dass die Gefahr von Streitigkeiten über die zu entrichtenden Entgelte besteht. Diese Gefahr ist auch dadurch begründet, dass in den auf der Grundlage der erlassenen vorläufigen Regulierungsverfügungen durchgeführten Entgeltgenehmigungsverfahren alternativer Teilnehmernetzbetreiber vorgetragen worden ist, dass einige alternative Teilnehmernetzbetreiber die Zusammenschaltung an allen ihren Zugangspunkten zum reinen Terminierungsentgelt verweigern und nur die Zusammenschaltung zum Mischentgelten mit Transitleistungen anbieten würden. Diesen möglichen Behinderungen des Zugangs kann nur durch die marktweite Auferlegung einer Zugangsverpflichtung begegnet werden kann.

Eine Unterscheidung nach den Teilnehmerzahlen der alternativen Teilnehmernetzbetreiber ist bei der Entscheidung über die Auferlegung der Zugangsverpflichtung nicht gerechtfertigt. Denn die Festlegung differenziert hinsichtlich der beträchtlichen Marktmacht nicht nach der Größe der alternativen Teilnehmernetzbetreiber, weil die Möglichkeit, Zusammenschaltungs- und weitere Regulierungsverpflichtungen aufzuerlegen, die unterschiedliche Nachfragemacht der auf den Endkundenmärkten im Wettbewerb stehenden Telekommunikationsunternehmen sowohl

hinsichtlich der Telekom Deutschland GmbH als auch anderer alternativer Teilnehmernetzbetreiber ausgleicht,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer, Punkt J.2.

Mithin ist davon auszugehen, dass auch kleineren Teilnehmernetzbetreibern keine ausreichende Nachfragemacht gegenübersteht, die ihre beträchtliche Marktmacht auf dem Terminierungsmarkt einschränken könnte. In Zusammenschau mit den bereits genannten Gründen spricht für eine Zugangsverpflichtung auch der Gedanke der Waffengleichheit: Wenn andere Netzbetreiber nicht in der Lage sind, Angebotsmacht auszuüben, weil die Betroffene den Zugang zu ihren Leistungen im Anordnungsverfahren erzwingen kann, dann ist es nur billig, wenn auch der Zugang zu den Terminierungsleistungen der Betroffenen über das Anordnungsverfahren erzwingbar ist.

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

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

Die Möglichkeit, sowohl jeden Teilnehmer im öffentlichen Telefonnetz erreichen zu können als auch aus allen öffentlichen Telefonnetzen erreichbar zu sein, ist ein Hauptinteresse der Nutzer des öffentlichen Telefonnetzes, so dass ein Verzicht auf die Verpflichtung zur Zusammenschaltung den Endnutzerinteressen widerspräche.

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

### **3.1.2 Verhältnismäßigkeit**

Die Verpflichtung steht auch in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 TKG.

Bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den in § 2 TKG beschriebenen Regulierungszielen der Förderung des Interesses der Endnutzer, der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste und der Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation, auch in der Fläche, steht, sind insbesondere die in § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen.

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

- Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung

Das Abwägungskriterium der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG) ist in der Begründung zum Regierungsentwurf des TKG näher erläutert,

vgl. BR-Drucks. 755/03, S. 88.

Danach soll bei diesem Kriterium insbesondere geprüft werden, ob die Kosten der Nutzung alternativer Angebote im Vergleich zum nachgefragten Angebot oder eine Eigenfertigung das beabsichtigte Dienstangebot unwirtschaftlich machen würden, ob unzumutbare zeitliche Verzögerungen durch die Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten entstünden, ob mit der Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten eine wesentliche Verminderung der Qualität des beabsichtigten Dienstangebots einherginge und welche Auswirkungen die Inanspruchnahme einer alternativen Zugangsmöglichkeit auf den Netzbetrieb haben könnte. In den Blick zu nehmen ist auch – wie nunmehr am Ende des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG besonders hervorgehoben – die Tragfähigkeit anderer vorgelagerter Zugangsprodukte, wie etwa der Zugang zu Leitungsrohren.

Nach diesen Kriterien ist die auferlegte Verpflichtung angemessen.

Die Zusammenschaltung der Netze auf PSTN- und/oder IP-Basis ist die Grundvoraussetzung dafür, überhaupt Anrufe eigener Endkunden des Wettbewerbers zu Endkunden der Betroffenen weiterleiten zu können oder Anrufe ihrer Endkunden zugeführt zu bekommen. Sie kann deshalb nicht durch die Nutzung konkurrierender Einrichtungen ersetzt werden. Dasselbe gilt für die Nutzung der Terminierungsleistungen der Betroffenen.

- Verfügbare Kapazität

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

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

Die Betroffene wird verpflichtet, Verbindungen zu terminieren. Die entsprechende Terminierungsnachfrage muss allerdings schon im Interesse der eigenen Anschlusskunden bei der Kapazitätsplanung berücksichtigt werden. Ein Ausbau ist daher im Interesse der angeschlossenen Endkunden gerade gewünscht und erforderlich. Die Möglichkeit, dass eine Zugangsverpflichtung zu steigenden Kapazitätsanforderungen führen könnte, spricht deshalb nicht gegen eine Auferlegung derselben.

Hinsichtlich der entbündelten Zusammenschaltung bei PSTN hat die Erfahrung bereits gezeigt, dass entsprechende Kapazitäten vorhanden sind. Für die entbündelte IP-Zusammenschaltung ist davon auszugehen, dass die Betroffene die entsprechenden Einrichtungen an den dafür vorgesehenen Standorten nachfragegerecht dimensionieren kann, zumal bei einer IP-Zusammenschaltung gegenüber der bisherigen PSTN-Zusammenschaltung Anschlüsse mit höherer Kapazität verwendet werden, so dass ein geringerer Platz beansprucht wird. Zudem dürfte wie bei der Telekom Deutschland GmbH auch bei der Betroffenen in der Startphase eine langsame Migration vom PSTN auf IP-basierte Zusammenschaltungen erfolgen. Deshalb hat die Beschlusskammer keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Nachfrage nach der IP-Zusammenschaltung in der Anfangsphase stark steigen wird.

- Anfangsinvestitionen des Eigentümers

Gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG sind die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken zu berücksichtigen. Unter Anfangsinvestitionen des Eigentümers, die das Gesetz im Hinblick auf die in Art. 14 GG ebenso wie im Gemeinschaftsrecht verankerte Eigentumsgarantie besonders hervorhebt, sind

Investitionen zu verstehen, die mit dem erstmaligen Markteintritt verbunden sind. Solche Investitionen sind im Gegensatz zu Ersatz- oder Erneuerungsaufwendungen mit einem erhöhten Risiko behaftet, welches nach der Wertung des Gesetzes den Eigentümerbelangen besonderes Gewicht verleiht. Die Berücksichtigung der Anfangsinvestitionen und der mit ihnen verbundenen Risiken soll namentlich ermöglichen, dass auch ein zugangspflichtiges Unternehmen in den Genuss des mit einer Produktinnovation einhergehenden sog. Vorreitervorteils kommen kann. Hinsichtlich des Gewichts dieses Abwägungskriteriums ist zu differenzieren anhand der verschiedenartigen Bedingungen, unter denen die Infrastrukturinvestitionen getätigt wurden, wobei auch die Gefahr einer etwaigen Marktmachtübertragung Bedeutung erlangen kann,

so BVerwG, Urteil 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 22, unter Verweis auf Thomaschki/Neumann, Berliner Kommentar, 2. Auflage 2009, § 21 Rz. 83ff.

Die vorliegend auferlegten Zugangspflichten gefährden nicht in diesem Sinne verstandene Anfangsinvestitionen der Betroffenen. Denn zum einen muss die Betroffene die Netzkoppelung und Terminierungsleistung nicht unentgeltlich gewähren, sondern erhält hierfür von den Zugangsberechtigten Entgelte. Zum anderen handelt es sich bei den betreffenden Zusammenschaltungsleistungen nicht um Dienste, die mit einem besonders erhöhten Investitionsrisiko verbunden wären. Die auferlegten Pflichten betreffen vielmehr Vorleistungsprodukte für Telefondienste, d.h. Leistungen, für die kein besonders gesteigerter Investitionsschutz wie etwa für innovative Dienste geltend gemacht werden kann. Zudem ist die Terminierungsleistung Voraussetzung für ein den Interessen des Anschlusskunden entsprechendes Angebot. Die entsprechenden Investitionen erfolgen deshalb auch in deren Interesse.

Im Zusammenhang mit neu errichteten oder zukünftig zu errichtenden NGN-Infrastrukturen ist einmal zu berücksichtigen, dass der Aufbau eines Telefonnetzes mittels NGN dem aktuellen Stand der Technik entspricht. Die Investition in das NGN ist jedenfalls im Hinblick auf die Terminierung nicht mit besonderen Investitionsrisiken verbunden. Denn sie dient vornehmlich dem Angebot von Diensten an den eigenen Teilnehmer und für die Terminierung bedarf es keiner eigenständigen Investition, sie ist lediglich im Rahmen der Kapazitätsplanung zu berücksichtigen. Das Investitionsrisiko steht deshalb im Zusammenhang mit der eigenen Endkundenbeziehung, während die Terminierungsleistung lediglich eine zusätzliche Leistung an Dritte ist, die ohne die Endkundenbeziehung gar nicht erbracht würde.

Die Verpflichtung nach § 21 TKG ist nicht auf die zum Zeitpunkt ihrer Auferlegung bereits bestehenden Infrastrukturen beschränkt, sondern kann auch erst noch aufzubauende Infrastrukturen erfassen. Ein abweichendes Verständnis lässt sich weder aus dem Wortlaut des § 21 TKG noch aus dessen Zusammenspiel mit § 19 TKG und § 22 TKG, aus der Möglichkeit einer späteren Ausweitung der Regulierungsverfügung oder aus der Änderung von Rahmenrichtlinie und Zugangsrichtlinie herleiten.

Dem Wortlaut des § 21 TKG ist keine Beschränkung der Zugangsgewährungspflicht auf diejenigen Infrastrukturen zu entnehmen, die bereits zum Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverfügung bestehen. Sowohl der Verweis auf „bestimmte“ Netzkomponenten und –einrichtungen in Abs. 2 Nr. 1 als auch derjenige auf bestimmte vom Betreiber „angebotene“ Dienste in Abs. 2 Nr. 3 kann sich ohne weiteres auf erst künftig vorhandene „bestimmte“ Einrichtungen und „bestimmte angebotene“ Dienste beziehen.

#### - Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Im Rahmen der nach § 21 Abs. 1 TKG erforderlichen Abwägung ist ferner die Notwendigkeit der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung eines wirtschaftlich effizienten Wettbewerbs im Bereich der Infrastruktur, unter anderem durch Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TKG), zu beachten.

Die Verpflichtung zu Zusammenschaltung und Terminierung dient einer solchen langfristigen Sicherung des Wettbewerbs. Sie ermöglicht Wettbewerbern die Erreichbarkeit der Teilnehmer im Netz der Betroffenen. Für die erfolgreiche Teilnahme auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse oder Inlandsverbindungen ist es erforderlich, seinen Kunden eine

möglichst weitgehende Erreichbarkeit anderer Teilnehmer aller Teilnehmernetze zu gewährleisten. Die Terminierungsleistung ist deshalb essentiell für jede Form des dienste- und infrastrukturbasierten Wettbewerbs.

- Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum

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

- Europaweite Dienste

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

- Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote

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

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

Dem Diskriminierungsverbot nach § 19 TKG kommt wegen des geänderten wirtschaftlichen und technologischen Umfeldes nicht mehr dieselbe Wirkung wie bisher zu. Denn die IP-Zusammenschaltung kann auch nach dem von der Telekom Deutschland GmbH nicht verwendeten Ansatz einer technologieneutralen Übergabe erfolgen, für die die mit der Telekom Deutschland GmbH getroffene Zusammenschaltungsvereinbarung keine Regelungen hergibt, auf die sich ein Zugangsnachfrager über § 19 TKG im Wege eines Gleichbehandlungsanspruchs beziehen könnte. Die Klärung dieser Streitigkeiten muss daher notfalls im Anordnungsverfahren nach § 25 TKG erfolgen können.

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

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

dass eine abstrakte Zugangsverpflichtung durch die Behörde nicht mehr auferlegt werden könnte,

vgl. hierzu auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 47f.), 6 C 15.07 (Rz. 50f.), 6 C 16.07 (Rz. 44f.) und 6 C 17.07 (Rz. 47f.).

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

Die konkrete Belastung für die Betroffene ist begrenzt. Im Falle des Scheiterns der Verhandlungen ist sie dem Risiko ausgesetzt, dass seitens der Bundesnetzagentur eine Zusammenschaltung zu Konditionen angeordnet wird, zu deren Gewährung die Betroffene in den entsprechenden Verhandlungen nicht bereit gewesen war. Dieses Risiko hat sie aber in Anbetracht der festgestellten unangreifbaren Marktmacht der Betroffenen sowie ihrer Stellung als Teilnehmernetzbetreiberin und der damit einhergehenden Kontrolle über den Zugang zu den angeschlossenen Endkunden zu tragen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Betroffene in ihrem Zusammenschaltungsvertrag mit der Antragstellerin bereits über ein Vertragswerk zur Regelung zur Zusammenschaltung verfügt und dieses im Falle einer Zusammenschaltungsanfrage nicht neu erstellen muss.

Gegen die Zusammenschaltungsverpflichtung kann auch nicht angeführt werden, dass die Betroffene zur unwirtschaftlichen Zusammenschaltungen verpflichtet werden könnte. Denn die Betroffene kann für ihre Zusammenschaltungsleistungen, hier der Bereitstellung von Infrastruktur, kostendeckende Entgelte verlangen oder die Zusammenschaltung von angemessenen Mindestverkehren abhängig machen. Die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit muss dabei der zugangsbegehrenden Partei vorbehalten bleiben. So ist es denkbar, dass ein Transitnetzbetreiber auch im Einzelfall für ihn unwirtschaftliche Zusammenschaltungen nachfragt, weil er im Wettbewerb zur Telekom Deutschland GmbH Transit zu möglichst vielen Teilnehmernetzbetreibern anbieten will. Eine Partei, die trotz fehlender Wirtschaftlichkeit eine Zusammenschaltung verlangt, würde sich somit selbst schädigen.

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

### **3.1.3 Begrenzung der Zusammenschaltungspflicht**

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

Die Betroffene ist nicht zur Einrichtung einer Zusammenschaltungsmöglichkeit auf IP-Ebene verpflichtet, wenn sie selbst über kein IP-Netz verfügt bzw. keinen Sprachverkehr über ihr IP-

Netz leitet. Sie bleibt in ihrer Entscheidung frei, ob sie sich für eine technologiekonforme oder technologieneutrale Form der Übergabe entscheidet.

### **3.2 Kollokation, § 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG**

Die in Ziffer 3. tenorierte Kollokationsverpflichtung erfolgt auf der Grundlage von § 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG. Danach *so*ll die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, die Verpflichtung auferlegen, Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Leitungen und Masten zu ermöglichen sowie den Nachfragern oder deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren.

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

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

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

Die Beschlusskammer betont, dass es nach wie vor den Zusammenschaltungspartnern vorbehalten bleibt, bezüglich Standort, Räumlichkeiten und den sonstigen Bedingungen der physischen Netzzusammenschaltung einvernehmliche Regelungen zu treffen. So ist die Betroffene nicht daran gehindert, eine Zusammenschaltung außerhalb ihrer Räumlichkeiten bzw. ihres Grundstückes anzubieten. Insbesondere erwartet die Beschlusskammer nicht, dass eine etwa bestehende kundenseitige Zusammenschaltung eingestellt wird. Bei der gemeinsamen Unterbringung in sogenannten Telehäusern ist es für die Erfüllung der Kollokationsverpflichtung ausreichend, wenn die Zusammenschaltung durch die Verbindung der Räumlichkeiten der zugangsbegehrenden und der zugangsgewährenden Parteien erreicht werden kann.

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

Sofern es bei der Bereitstellung der Kollokation in den Räumlichkeiten der Betroffenen zu Kapazitätsproblemen kommen sollte, ließen sich diese durch alternative Kollokation wie z.B. Outdoor-Boxen und –Kabinen beheben. Eine generelle Beschränkung auf verfügbare Kapazitäten kommt dann nicht in Betracht, wenn dadurch der Zugangsanspruch gefährdet bzw. ausgeschlossen würde,

vgl. BT-Drs. 15/2316 S. 64f. zu § 19 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E, der § 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG entspricht.

Wenn die Kollokation auf die Standorte mit hinreichender Freifläche im Gebäude bzw. auf dem Grundstück der Vermittlungsstelle beschränkt würde, wäre aber der Zugangsanspruch gefährdet, weil die Betroffene ansonsten ihr Netz gerade dahingehend verändern könnte, dass ein entbündelter Zugang am Vermittlungsstellenstandort vereitelt wird. Die Verwehrung der Kollokation am Standort der Betroffenen würde damit die Wettbewerber im Aufbau eigener Infrastruktur einschränken.

Von der hier auferlegten Verpflichtung sind beide Formen der Kollokation im Sinne des früheren § 3 NZV 1996 erfasst,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 66 zu § 19 Abs. 3 Nr. 4 TKG-E, der § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG entspricht,

also sowohl die physische als auch die virtuelle. Zur Erfüllung der auferlegten Pflicht reicht daher – sollte eine Unterbringung der für die Nutzung der Zugangs erforderlichen Einrichtungen in den Räumen des Verpflichteten aus tatsächlichen Gründen nicht oder nicht mehr gerechtfertigt sein – aus, wenn die Inanspruchnahme einer ungehinderten Zusammenschaltung und der darüber erbrachten Terminierungsleistungen unter gleichwertigen wirtschaftlichen, technischen und betrieblichen Bedingungen ermöglicht wird.

Die Kollokation gefährdet auch nicht die Anfangsinvestitionen der Betroffenen. Denn die Betroffene muss die Kollokation nicht unentgeltlich gewähren, sondern erhält hierfür von den Zugangsberechtigten Entgelte, und zwar sowohl für die Einrichtung der Kollokationsmöglichkeit als auch für die Überlassung der Kollokationsfläche und der erforderlichen technischen Einrichtungen. In vielen Fällen wird die Kollokation darüber hinaus sogar zu einer besseren Nutzung der vorhandenen Räumlichkeiten führen. Schließlich sind die Investitionsrisiken im Falle erforderlicher Kapazitätserweiterungen in vollem Umfang vom Zugangsnachfrager zu übernehmen,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 65 zu § 19 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E, der § 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG entspricht.

Der Verpflichtung steht auch kein freiwilliges Angebot der Betroffenen entgegen. Es wird insofern auf die Ausführungen unter Ziffer 3.1.2 verwiesen.

### **3.3 Gleichbehandlungspflicht, § 19 TKG**

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 4 tenorierte Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes sind §§ 9 Abs. 2, 13, 19 TKG.

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

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

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

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

Die Gewährleistung von Rahmenbedingungen im Telekommunikationssektor, die dafür Sorge tragen, dass in möglichst weiten Bereichen Wettbewerb entstehen kann, stellt ein zentrales Ziel des TKG dar,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 56.

Um dieses Ziel auf einem wettbewerbsbeschränkten Markt zu verwirklichen, ist es grundsätzlich sinnvoll, dem dominierenden Unternehmen ein Gebot zur Gleichbehandlung aufzuerlegen. Das gilt insbesondere dann, wenn das beherrschende Unternehmen vertikal integriert ist und für andere Unternehmen, mit denen es konkurriert, Dienste erbringt. Denn dann besteht

grundsätzlich immer ein Anreiz für das dominante Unternehmen, dass es sich intern günstigere Konditionen einräumt als es bereit ist, anderen Unternehmen, mit denen es im Wettbewerb steht, einzuräumen. Auf dem Markt für die Terminierung in ein Netz, auf dem das beherrschende Unternehmen faktisch keinem Wettbewerb ausgesetzt ist, d.h. über eine tatsächlich unangreifbare Marktstellung verfügt, ist diese Intention stets anzunehmen, sofern keine schwerwiegenden Gründe für eine Ausnahme sprechen. Aus diesem Grunde ist es für die Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung nicht erforderlich, dass das betroffene Unternehmen bereits in der Vergangenheit ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen vorgenommen hat.

Behindert wird der Wettbewerb nicht durch die Auferlegung der Verpflichtung nach § 19 TKG, sondern durch die defizitäre Entwicklung des gegenständlichen Marktes. In einem beschränkten Wettbewerbsmarkt wie dem vorliegenden verzerren unterschiedliche Vertragskonditionen für gleiche Leistungsinhalte die Ausgangsbedingungen für chancengleichen Wettbewerb. Entscheidend ist, dass bei Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung die Gefahr besteht, dass sich am verfahrensgegenständlichen Markt in Abhängigkeit von z.B. der Verhandlungsmacht der einzelnen Nachfrager unterschiedliche Leistungskonditionen entwickeln. In der Konsequenz würden sich damit für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslagen ergeben. Um dies zu verhindern, ist es daher erforderlich, dass die Betroffene das von ihr angebotene Leistungs- und Preismodell für die Erbringung der Terminierungsleistungen und die dazu erforderliche Zusammenschaltung allen Wettbewerbern gegenüber transparent und in gleicher Weise anbietet.

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

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

Die Entscheidung belastet die Betroffene auch nicht unzumutbar. Denn einerseits unterliegt sie ohnehin nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht einem gesetzlichen Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB), und andererseits ist dem Diskriminierungsverbot die Möglichkeit immanent, eine objektive Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe zu rechtfertigen, wobei über letztere im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele zu entscheiden ist,

vgl. auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 50), 6 C 15.07 (Rz. 55), 6 C 16.07 (Rz. 47) und 6 C 17.07 (Rz. 50).

Die Pflicht zur Nichtdiskriminierung ist neben der Pflicht zur Zugangsgewährung eine zweite Quelle für die Pflicht zur Leistungserbringung nach definierten Qualitäten, die Absicherung dieser Qualitäten durch Vertragsstrafen und pauschalierten Schadensersatz sowie die Erhebung von Leistungskennwerten über die tatsächlich erbrachte Qualität der Leistungsbereitstellung, insofern diese dazu dienen, die Gleichbehandlung des einzelnen Nachfragers gegenüber anderen Nachfragern und der Leistungsbereitstellung der Betroffenen für die selbst vertriebenen Endnutzerleistungen sicherzustellen. Eine ausdrückliche Auferlegung und Ausgestaltung dieser Verpflichtungen erfolgt jedoch nicht in der Regulierungsverfügung, sondern in den Verträgen über die Leistungsbeziehung und ggf. darauf bezogenen Zusammenschaltungsanordnungen nach § 25 TKG.

### **3.4 Transparenzverpflichtung bzgl. allgemeiner Zugangsbedingungen, § 20 TKG**

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 5 des Tenors auferlegte Transparenzverpflichtung bezüglich allgemeiner Zugangsbedingungen sind die §§ 9 Abs. 2, 13, 20 Abs. 1 und 2 TKG.

Gemäß § 20 Abs. 1 TKG kann ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichtet werden, für die zum Zugang berechtigten Unternehmen alle für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangsleistung benötigten Informationen zu veröffentlichen, insbesondere Informationen zur Buchführung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen, Bedingungen, die den Zugang zu und die Nutzung von Diensten und Anwendungen beschränken können, sowie über die zu zahlenden Entgelte.

Durch die Vorschrift wird Artikel 9 Zugangs-RL umgesetzt. Sinn und Zweck einer Transparenzverpflichtung ist, wie sich aus Erwägungsgrund 16 der Zugangs-RL herleiten lässt, dass Unternehmen, die einen Zugang bzw. eine Zusammenschaltung bei einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nachfragen, sich schnell und auf einfache Art und Weise einen Überblick über die einschlägigen Zugangs- bzw. Zusammenschaltungsbedingungen besorgen können. Auf diese Weise können Verhandlungen über den Zugang und damit letztlich auch der Marktzugang der Nachfrager beschleunigt werden. Darüber hinaus sollen transparente Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen Streitigkeiten verhindern, den Marktteilnehmern die Gewissheit bieten, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht wird, und dazu beitragen, die Interoperabilität sicherzustellen. Mit der Neufassung des TKG erstreckt sich die Transparenzverpflichtung auch auf alle Bedingungen, die den Zugang zu und die Nutzung von Diensten und Anwendungen beschränken können. Ziel dieser Änderung ist es, dass Vorleistungsnachfrager über mögliche Einschränkungen der bezogenen Vorleistungen informiert sind, um diese in ihren Angebote berücksichtigen und ihren Kunden gegenüber transparent machen zu können,

vgl. Kabinettsentwurf S. 102 f.

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

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

Die Transparenzverpflichtung ist darüber hinaus auch als komplementäre Verpflichtung zum Diskriminierungsverbot statthaft, um jener Verpflichtung effektiv Wirkung zu verschaffen. Denn andernfalls wäre die Betroffene in der Lage, trotz des Diskriminierungsverbotes einzelne Wettbewerber gegenüber anderen zu bevorzugen bzw. zu benachteiligen. Indem die Betroffene jedoch dazu verpflichtet wird, die für die Inanspruchnahme der Zugangsleistungen auf dem verfahrensgegenständlichen Markt notwendigen Informationen zu veröffentlichen, werden

dadurch Informationsasymmetrien zwischen den Wettbewerbern vermieden und dadurch mögliche Diskriminierungsmöglichkeiten beschränkt.

Die Verpflichtung zur Veröffentlichung der für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangsleistungen benötigten Informationen belastet die Betroffene auch nicht in unangemessener Weise. Für die Terminierungsleistungen, die sie auf dem verfahrensgegenständlichen Markt anbietet, verfügt die Betroffene aufgrund der bereits bestehenden Zusammenschaltung über Regelungen - sei es in einem Vertrag oder einer Anordnung -, in denen sämtliche benötigten Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen und über die zu zahlenden Entgelte enthalten sind. Es ist ausreichend und der Betroffenen zuzumuten, dass sie diese Informationen etwa auf Extranetseiten veröffentlicht. Die interessierten Parteien, die sich im Verfahren zu den Regulierungsverfügungen BK3g-12/011 bis 067 gegen die Auferlegung einer allgemeinen Transparenzverpflichtung ausgesprochen haben, haben für die Unzumutbarkeit der Veröffentlichung dieser bereits vorhandenen Informationen keine konkreteren tatsächlichen Gründe vorgetragen. Eine allgemeine Veröffentlichung ist nicht erforderlich. Vielmehr geht § 20 Abs. 1 TKG selbst von einer beschränkten Veröffentlichung an einen bestimmten Adressatenkreis aus, indem nämlich der Kreis der Begünstigten der Transparenzverpflichtung auf die zum Zugang berechtigten Unternehmen begrenzt wird, d.h. auf Unternehmen, die die Voraussetzungen der Definitionen in § 3 Nr. 29 und 32 TKG erfüllen und die eine Zugangsleistung bei der Betroffenen nachfragen.

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

Darüber hinaus ist auch zu bedenken, dass mit der Auferlegung des Transparenzgebots von der weitergehenden Verpflichtung, ein Standardangebot gemäß § 23 Abs. 1 TKG zu veröffentlichen, abgesehen werden kann. Die letztere Verpflichtung würde einen weitaus größeren und damit – namentlich in Anbetracht der vorliegenden Verpflichtungsmöglichkeit – letztlich unverhältnismäßigen Aufwand auf Seiten der Betroffenen verursachen. Die Auferlegung einer Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebotes liegt nach Auffassung der Beschlusskammer insbesondere dann nahe, wenn eine Vielzahl die Zugangsleistungen nachfragender bzw. hieran interessierter Marktteilnehmer vorhanden ist, wenn von einem hohen Streitpotenzial bei der Ausgestaltung des Zugangs auszugehen ist oder wenn den verfahrensgegenständlichen Zugangsleistungen eine besonders herausgehobene Bedeutung für die Entwicklung des oder der nachgelagerten Märkte zukommt. Im Hinblick darauf, dass vorliegend keiner dieser Gründe, welcher jeder für sich grundsätzlich die Auferlegung einer Standardangebotspflicht rechtfertigen könnte, gegeben ist und zudem die Möglichkeit einer weniger tiefgreifenden Transparenzverpflichtung besteht, kann letztlich von der Auferlegung einer Standardangebotsverpflichtung abgesehen werden.

### **3.5 Transparenzverpflichtung bzgl. Vertragsvorlage, § 20 TKG**

Die in der Sache in Ziffer 6 des Tenors auferlegte Vertragsvorlageverpflichtung stützt sich auf § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. § 13 Abs. 1 und § 20 Abs. 3 TKG.

Gemäß § 20 Abs. 3 TKG kann die Bundesnetzagentur einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, insbesondere verpflichten, ihr Vereinbarungen über von ihm gewährte Zugangsleistungen ohne gesonderte Aufforderung in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen. Die Bundesnetzagentur veröffentlicht, wann und wo Nachfrager nach Zugangsleistungen eine öffentliche Vereinbarung einsehen können.

Diese mit der TKG-Novelle 2012 in das Gesetz eingeführte Vorschrift konkretisiert das in § 20 Abs. 1 TKG enthaltene allgemeine Transparenzgebot mit Blick auf die Vorlage von Zugangsvereinbarungen und ersetzt zugleich den bisherigen § 22 Abs. 3 TKG. Dieser enthielt eine gesetzesunmittelbare Verpflichtung zur Vorlage von Vereinbarungen über die

Zugangsgewährung. Die Gemeinschaftsrechtskonformität der gesetzesunmittelbaren Wirkung war indes vom VG Köln in Frage gestellt worden. In Angleichung an die zwischenzeitlich auf Grundlage des § 20 Abs. 1 TKG etablierte Regulierungspraxis wurde deshalb der Bundesnetzagentur ein Entschließungsermessen im Rahmen der Auferlegung von Transparenzpflichten eingeräumt,

siehe Begründung zum Gesetzentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 97.

§ 20 Abs. 1 bis 3 TKG setzen insgesamt Art. 9 Abs. 1 und 3 Zugangsrichtlinie um. Nach diesen Normen können die nationalen Regulierungsbehörden marktmächtigen Netzbetreibern Verpflichtungen zur Transparenz in Bezug auf die Zusammenschaltung und/oder den Zugang auferlegen, wonach diese bestimmte Informationen, z.B. Informationen zur Buchführung, technische Spezifikationen, Netzmerkmale, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie Tarife, veröffentlichen müssen. Die nationalen Regulierungsbehörden können genau festlegen, welche Informationen mit welchen Einzelheiten in welcher Form zur Verfügung zu stellen sind. Erwägungsgrund 16 der Zugangsrichtlinie ergänzt, dass Transparenz in Bezug auf die Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen einschließlich der Preise den Verhandlungsprozess beschleunige, Streitigkeiten verhindere und den Marktteilnehmern die Gewissheit biete, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht werde.

Mit der hier auferlegten Vorlageverpflichtung nach § 20 Abs. 3 TKG verfolgt die Beschlusskammer die vorgenannten Zwecke, d.h. sie will damit Verhandlungsprozesse beschleunigen, Streitigkeiten verhindern und Zugangsnachfragern eine Möglichkeit geben zu überprüfen, ob die angebotenen Dienste ohne Diskriminierung erbracht werden. Die Vorlagepflicht an die Bundesnetzagentur und die daran anschließenden Einsichtnahmemöglichkeiten für Zugangsnachfrager sind auch geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um diese Zwecke zu erreichen.

Dies gilt einmal mit Blick auf die Verpflichtung, alle gültigen Verträge vorzulegen. Die zum Zugang berechtigten Unternehmen sollen einen Abgleich zwischen den ihnen angebotenen bzw. mit ihnen vereinbarten Klauseln einerseits und den andernorts abgeschlossenen Klauseln andererseits vornehmen können. Für diesen Zweck ist es ohne Belang, ob der entsprechende Drittvertrag vom Zugangsanbieter vor oder nach Feststellung beträchtlicher Marktmacht bzw. vor, nach oder ohne Erlass einer Zugangsverpflichtung abgeschlossen worden ist. Entscheidend ist allein, dass der Drittvertrag momentan in Kraft ist und Grundlage diskriminierendes Handelns sein kann.

Des Weiteren sind die Verträge in einer öffentlichen Fassung vorzulegen. Die Beschlusskammer versteht hierunter eine Vertragsfassung, in der alle Bestimmungen zu regulierten Leistungen und Entgelten offen gelegt sind. Nur unter dieser Voraussetzung kann ein Zugangsnachfrager den o.g. Abgleich in vollständiger Weise vornehmen. Zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Sinne von § 30 VwVfG und Art. 15 Abs. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie kann die Betroffene allerdings Klauseln zu nicht regulierten Leistungen und Entgelten sowie Angaben zur Identität des jeweiligen Vertragspartners (einschließlich der Vereinbarungen etwa zu Ansprechpartnern oder zu konkreten Zugangsorten) schwärzen.

Die Verträge sind ferner ohne gesonderte Aufforderung vorzulegen. Diese Verpflichtung ist erforderlich, um den Zugangsnachfragern die erwünschte Übersicht über die abgeschlossenen Verträge in vollständiger Form und ohne Zeitverzug gewähren zu können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es in den letzten Jahren eine durchaus nicht zu vernachlässigende Zahl von Einsichtnahmegesuchen in aufgrund von Zugangsverpflichtungen abgeschlossenen Verträgen gegeben hat.

Die Veröffentlichung erfolgt schließlich in der Form, dass den Zugangsnachfragern Einsichtnahmemöglichkeiten in den Geschäftsräumen der Bundesnetzagentur gewährt werden. Derart ist zum einen sichergestellt, dass nur die in § 20 Abs. 1 TKG genannten zugangsberechtigten Unternehmen Kenntnis von den Verträgen erlangen können. Zum anderen wird es damit der Beschlusskammer ermöglicht, etwaige Schwärzungen vor Veröffentlichung des Vertrages auf ihre Berechtigung hin überprüfen zu können. Zu letzterem Zweck wird die Betroffene verpflichtet, der Beschlusskammer eine vertrauliche Fassung, d.h. eine vollständig ungeschwärzte Fassung der Verträge vorzulegen.

Der vorliegend auferlegten Verpflichtung steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Betroffene gemäß Ziffer 5 zur Veröffentlichung bestimmter Vertragsinformationen verpflichtet ist. Mit Blick auf die Rechtsprechung des VG Köln zur Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG,

vgl. VG Köln, Urteil 21 K 6422/09 vom 07.12.2011,

stellt die Beschlusskammer klar, dass die Verpflichtung zur Veröffentlichung bestimmter Informationen nach § 20 Abs. 1 TKG nach der Intention der Beschlusskammer immer nur Musterbedingungen, nicht aber die im konkreten Einzelfall zwischen zwei Zusammenschaltungspartnern vereinbarten Bedingungen betraf und betrifft. Die Einsichtnahme in die nach § 20 Abs. 1 TKG veröffentlichten Informationen ermöglicht es Dritten deshalb nicht, im Einzelfall vereinbarte Abweichungen von den Musterbedingungen zu erkennen.

Unter den vorgenannten Maßgaben ist die auferlegte Transparenzvorschrift auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Vorlagepflicht zieht keine unangemessenen Folgen für sonstige Rechtsgüter der Betroffenen oder Dritter nach sich. Der von der Betroffenen zu betreibende wirtschaftliche Aufwand beschränkt sich letztendlich auf das Anfertigen und Übersenden von Vertragsablichtungen und die Durchsicht derselben auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im o. g. Sinne. Dabei ist zu beachten, dass die Betroffene, sofern die Verträge der Beschlusskammer bereits in öffentlicher und vertraulicher Fassung vorliegen sollten, von einer nochmaligen Übersendung absehen kann. Die möglicherweise entstehende Einschränkung wettbewerblicher Flexibilität ist hingegen in erster Linie Folge des Diskriminierungsverbots und jedenfalls mit Blick auf die herausragende Marktstellung der Betroffenen und die daraus resultierenden Verhaltensmöglichkeiten gerechtfertigt. Die Interessen dritter Vertragspartner wiederum werden durch die Ermöglichung von Schwärzungen hinsichtlich deren Identität gewahrt.

Aus den vorgenannten Erwägungen heraus wird die Betroffene zur Vorlage gültiger Zugangsverträge verpflichtet.

### **3.6 Regulierung der Zugangsentgelte, § 30 Abs. 1 TKG**

Die Entgelte für die gemäß Ziffern 1 bis 3. des Tenors auferlegten Zugangsverpflichtungen werden einer Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Innerhalb des § 31 TKG richtet sich die Vorgehensweise nach der Bestimmung des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG.

Die letztgenannte Bestimmung wird derart angewandt, dass die Entgelte zwar grundsätzlich im Sinne des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG bemessen werden. Der Effizienzbestimmung sind allerdings symmetrische Anforderungen zugrunde zu legen. Zudem erfolgt die Entgeltermittlung vorrangig per Vergleichsmarktbetrachtung im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG.

Der Entgeltgenehmigungspflicht unterliegen die Terminierungsleistung der Betroffenen und diejenigen Leistungen, die für die Zusammenschaltung am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen erbracht werden. Erfolgt die Zugangsgewährung zur Terminierungsleistung auf andere Weise, namentlich durch die Zusammenschaltung am Ort des Zugangsnachfragers, unterliegt lediglich die Verbindungsleistung Terminierung der Entgeltregulierung, nicht aber die sonstigen Leistungen, die die Betroffene für die Zusammenschaltung erbringt. Ist die Betroffene also z. B. mit dem Zugangsnachfrager im Wege einer Zusammenschaltung des Typs „Physical Co-location“ an der Vermittlungsstelle der Telekom Deutschland GmbH zusammengeschaltet, unterliegen ihre Zusammenschaltungsleistungen außerhalb der Terminierung nicht der Entgeltgenehmigungspflicht.

Die vorgenannten Entscheidungen folgen aus einer pflichtgemäßen Ausübung des der Bundesnetzagentur in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens. Danach unterliegen Entgelte für nach § 21 auferlegte Zugangsleistungen von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur nach Maßgabe des § 31 TKG. Abweichend hiervon kann die Bundesnetzagentur die vorgenannten Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 oder

nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

### 3.6.1 Tatbestandliche Voraussetzungen

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 TKG liegen vor. Es handelt sich bei der Betroffenen um eine Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, die über beträchtliche Marktmacht verfügt. Ihr sind auch nach § 21 Zugangsleistungen auferlegt worden.

### 3.6.2 Bestehen eines Ermessensspielraums

Sind – wie vorliegend – die tatbestandlichen Merkmale erfüllt, stehen der Bundesnetzagentur Ermessensspielräume in vollem Umfang zu. Die Agentur hat sowohl über das Ob als auch das Wie der Entgeltregulierung zu entscheiden,

vgl. – noch zur alten Fassung des § 30 TKG – BT-Drs. 15/2674, S. 31 f., und BT-Drs. 15/2679, S. 14, sowie die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 56 und 59), 6 C 15.07 (Rz. 63 und 66), 6 C 16.07 (Rz. 53 und 56) und 6 C 17.07 (Rz. 56 und 59), vom 29.10.2008 in der Sache 6 C 38.07 (Rz. 58f.) und vom 28.01.2009 in der Sache 6 C 39.07 (Rz. 38).

Zwar lässt sich aufgrund des Wortlauts (auch) des neugefassten § 30 Abs. 1 TKG durchaus die Auffassung vertreten, dass die Entgeltgenehmigung als Regelfall und eine nachträgliche Regulierung als Ausnahmefall zu verstehen ist. Hierauf lassen jedenfalls die Ausgestaltung des S. 1 als offenbar gebundener Entscheidung und die Worte „abweichend von Satz 1“ in S. 2 schließen. Ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis stünde indes nicht in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht.

Mit der Norm des § 30 TKG wollte der Gesetzgeber Art. 13 Zugangs-RL umsetzen. Nach Abs. 1 S. 1 der letztgenannten Vorschrift kann, weist eine Marktanalyse darauf hin, dass ein Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, die nationale Regulierungsbehörde dem betreffenden Betreiber gemäß Art. 8 Zugangs-RL hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang Verpflichtungen u.a. betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise auferlegen.

Der in Bezug genommene Art. 8 Zugangs-RL bestimmt in seinem Abs. 4, dass die auferlegten Verpflichtungen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 Rahmen-RL angemessen und gerechtfertigt sein müssen. Erwägungsgrund 20 Zugangs-RL merkt weiter an, dass der rechtliche Eingriff relativ zurückhaltend sein und beispielsweise der Verpflichtung entsprechen kann, dass die Preise angemessen sein müssen. Er kann aber auch sehr viel weiter gehen und etwa die Auflage beinhalten, dass die Preise zur umfassenden Rechtfertigung ihrer Höhe kostenorientiert sein müssen.

In Ansehung dieser gemeinschaftlichen Vorgaben und unter der Bedingung, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der nationalen Vorschrift – wie hier – gegeben sind, lässt sich für keine der möglichen Entscheidungsvarianten ein genereller Normenvorrang entdecken. Vielmehr ist das in Richtlinie und Gesetz angelegte Entscheidungsprogramm innerhalb des Regulierungsermessens zu bewältigen,

vgl. die Urteile des BVerwG, a.a.O.; ferner BR-Drs. 129/11, S. 100.

Damit liegt es im Ermessen der Bundesnetzagentur, ob und inwieweit sie der Betroffenen Regulierungsverpflichtungen bezüglich ihrer Terminierungsentgelte auferlegt. Gemäß § 40 VwVfG hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

### 3.6.3 Gesetzlich normierte Entgeltkontrollsysteme

Zur Vorbereitung ihrer Ermessensentscheidung hat die Bundesnetzagentur zunächst die verschiedenen gesetzlich normierten Entgeltkontrollsysteme in den Blick zu nehmen.

Der nationale Gesetzgeber hat, was die vorliegende Fallkonstellation betrifft, im TKG die drei nachfolgend dargestellten und zueinander im Stufenverhältnis stehenden Entgeltkontrollsysteme geregelt. Im Fall des Kontrollsystems „Genehmigung“ hat der Gesetzgeber zusätzliche Binnendifferenzierungen vorgenommen.

Die schärfste Form der Entgeltkontrolle ist in § 30 Abs. 1 S. 1 TKG normiert. Diese Vorschrift erlaubt die Unterwerfung von Zugangsentgelten unter eine Genehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG. Innerhalb des Genehmigungsrahmens selbst eröffnen sich der Bundesnetzagentur verschiedene – und auch verschieden weit in die Kostendeckung des Betreibers eingreifende – Vorgehensweisen.

§ 31 Abs. 1 S. 1 TKG bestimmt, dass die Bundesnetzagentur Entgelte nach § 30 Abs. 1 S. 1 entweder (Nr. 1) auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 oder (Nr. 2) auf der Grundlage der von ihr vorgegebenen Maßgrößen für die durchschnittlichen Änderungsraten der Entgelte für einen Korb zusammengefasster Dienste nach Maßgabe des § 33 genehmigt. Sofern allerdings eine andere Vorgehensweise besser als die in Abs. 1 genannten Vorgehensweisen geeignet ist, die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen, genehmigt die Bundesnetzagentur gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG die Entgelte auf der Grundlage dieser anderen Vorgehensweise.

Erlegt die Bundesnetzagentur eine Genehmigungspflicht nach § 31 Abs. 1 S. 1 TKG auf, so ist eine Genehmigung gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 TKG ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 Abs. 1 S. 2 TKG nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach S. 2 oder 3 vorliegen.

In Anlehnung an das allgemeine Wettbewerbsrecht schreibt § 28 Abs. 1 S. 1 TKG vor, dass ein marktmächtiger Diensteanbieter oder Netzbetreiber seine Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich ausnutzen darf. In S. 2 sind dazu verschiedene und in Abs. 2 weiter ausdifferenzierte Regelbeispiele genannt, die sich auf Preishöhenmissbräuche sowie ungerechtfertigte Wettbewerbsbeeinträchtigungen und Vorteilseinräumungen beziehen.

Ergänzend hierzu dürfen die Entgelte gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 TKG die Summe der KeL und der Aufwendungen nach § 32 Abs. 2 TKG nicht überschreiten. Die KeL ergeben sich nach § 32 Abs. 1 S. 1 TKG aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Durch den Effizienzmaßstab wird eine Als-Ob-Betrachtung vorgegeben, die den Wettbewerbspreis simuliert,

BVerwG, Urteil 6 C 19.08 vom 24.06.2009, Rz. 18, unter Verweis auf Groebel, in: BerlKommTKG, § 31 Rz. 10f., 22; vgl. auch BVerwG, Urteil 6 C 34.08 vom 25.11.2009, Rz. 19.

Erlegt die Bundesnetzagentur dagegen eine Genehmigungspflicht nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG („andere Vorgehensweise“) auf, so ist eine Genehmigung gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 TKG analog ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG vorliegen. Nach S. 2 ist die Genehmigung der Entgelte zu versagen, soweit die Entgelte mit diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen.

Gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG können die Entgelte auf der Grundlage anderer Vorgehensweisen genehmigt werden, sofern sie besser als die in Abs. 1 genannten Vorgehensweisen geeignet sind, die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen. Die Norm ist ausdrücklich als Auffangvorschrift konzipiert worden,

Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 104.

In den Anwendungsbereich der Norm fällt deshalb nicht nur die in der Gesetzesbegründung beispielhaft genannte Festlegung von Entgelten nach einem Gleitpfad, sondern auch ein Vorgehen etwa nach den Grundsätzen, welche die Kommission in ihrer Empfehlung vom 07.05.2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU (2009/396/EG), veröffentlicht im ABl. EU 2009 Nr. L 124, S. 67, entwickelt hat,

ebenso Kühling, Schranken der Zulässigkeit eines Verzichts auf eine Gemeinkostenzuschlüsselung bei den Terminierungsentgelten im Mobilfunk, 2011, S. 21.

Die vorgenannte Empfehlung ist auf die Rahmen-RL, insbesondere auf Art. 19 Abs. 1 derselben, gestützt. Gemäß § 123a Abs. 3 S. 1 TKG trägt die Bundesnetzagentur bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben derartigen Empfehlungen weitestgehend Rechnung.

Nach Nr. 1 S. 1 und 2 der Empfehlung sollten nationale Regulierungsbehörden, die Preiskontroll- und Kostenrechnungsverpflichtungen im Sinne von Art. 13 der Zugangs-RL auferlegen, solche Zustellungsentgelte festlegen, die sich auf die einem effizienten Betreiber entstehenden Kosten stützen und damit (grundsätzlich) symmetrisch sind. Bei der Bewertung der effizienten Kosten sollen gemäß Nr. 2 der Empfehlung die laufenden Kosten zugrunde gelegt werden, und es soll nach einem Bottom-up-Modell verfahren werden, das sich zur Kostenrechnung auf die Methode der langfristigen zusätzlichen Kosten (Long Run Incremental Costs = LRIC) stützt. Gemäß Nr. 6 S. 1 und 2 der Empfehlung gilt im Rahmen des LRIC-Modells als relevante Zusatzleistung die auf der Vorleistungsebene für Dritte erbrachte Anrufzustellung. Dies setzt voraus, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Bewertung der zusätzlichen Kosten feststellen, wie hoch die Differenz zwischen den langfristigen Gesamtkosten eines Betreibers, der die gesamte Bandbreite von Diensten anbietet, und den langfristigen Gesamtkosten dieses Betreibers ohne Anrufzustellung für Dritte auf der Vorleistungsebene ist. Nach Nr. 6 S. 3 und 4 der Empfehlung sollten die nationalen Regulierungsbehörden die verkehrsunabhängigen Kosten bei der Berechnung der Vorleistungs-Zustellungsentgelte nicht berücksichtigen; die verkehrsbedingten Zusatzkosten sollten sie zunächst anderen Diensten und nur die restlichen verkehrsbedingten Kosten der Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene zuordnen.

Der Sache nach läuft ein Vorgehen anhand der Kommissionsempfehlung darauf hinaus, dass der Vorleistungsnachfrager bzw. der Anrufer nur noch einen – vermutlich relativ geringen – Teil zur Kostendeckung beitragen; die Deckung des verbleibenden Kostendeltas wäre von sonstigen Kunden der Betroffenen, insbesondere ihren Anschlussteilnehmern, zu leisten. Insofern überlappen sich die Vorschriften des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG i.V.m. Nr. 2 und 6 Terminierungsempfehlung und des § 29 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 und S. 2 TKG. Nach der letztgenannten Norm – die sich auf Art. 13 Abs. 2 Zugangs-RL stützt – kann die Bundesnetzagentur ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch gesonderte Entscheidung verpflichten, bestimmte Kostendeckungsmechanismen anzuwenden, soweit dies erforderlich ist, um die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen. Die Bundesnetzagentur hat bei Auferlegung dieser Verpflichtung sicherzustellen, dass die wirtschaftliche Effizienz und ein nachhaltiger Wettbewerb gefördert werden und die Verpflichtung möglichst vorteilhaft für den Endnutzer ist. Diese gesetzlichen Wertungen werden mutatis mutandis auch beim Erlass von auf § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG gestützten Verpflichtungen zu beachten sein. Als nachrangige und auch ältere Vorschrift kann § 29 TKG die Aufnahme einer solchen Verpflichtung in die Regulierungsverfügung freilich nicht sperren.

Abweichend von der Genehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Entgelte allerdings auch einer nachträglichen Regulierung nach § 38 oder nach § 38 Abs. 2 bis 4 unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen.

Unterliegen Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 als kategorial zweitschärfster Form der Entgeltkontrolle, sind sie der Bundesnetzagentur gemäß § 38 Abs. 1 TKG zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten vorzulegen. Die Bundesnetzagentur untersagt innerhalb von zwei Wochen nach Anzeigenzugang die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 28 vereinbar wäre. Unabhängig davon gilt gemäß § 38 Abs. 2 und 4 TKG, dass, wenn der Bundesnetzagentur

Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von marktmächtigen Unternehmen nicht den Maßstäben des § 28 genügen, die Bundesnetzagentur unverzüglich eine Überprüfung der Entgelte einleitet.

Gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die nur auf Grund seiner beträchtlichen Marktmacht auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation durchsetzbar sind. Dabei wird als Maßstab für die Erfassung eines Preishöhenmissbrauchs in Anlehnung an § 19 Abs. 4 S. 2 GWB ein „Als-Ob-Wettbewerbspreis“ zugrunde gelegt, d.h. ein hypothetischer Preis, der sich bei wirksamem Wettbewerb auf dem beherrschten Markt ergäbe. Missbräuchlich überhöht gegenüber einem solchen hypothetischen Preis sind die Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens wegen des mit dem Missbrauchsvorwurf verbundenen Unrechtsurteils allerdings erst dann, wenn sie diese erheblich überschreiten, wobei der Missbrauchszuschlag je nach den Marktgegebenheiten unterschiedlich sein kann,

s. die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 61), 6 C 15.07 (Rz. 68), 6 C 16.07 (Rz. 58) und 6 C 17.07 (Rz. 61), jeweils unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 28.06.2005 in der Sache KVR 17/04, BGHZ 163, 282, S. 295 f., und Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn. 159.

Sofern die Bundesnetzagentur feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 genügen, stehen ihr nach § 38 Abs. 4 TKG ex-nunc wirkende Untersagungs- und Anordnungsbefugnisse zu.

Werden die Entgelte dagegen gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 TKG dem (dritten) Kontrollsystem nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterworfen, entfällt eine Vorab-Entgeltprüfung. Die Bundesnetzagentur wird vielmehr nur tätig, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen.

Wie aus der vorstehenden Darstellung erhellt, besteht die telekommunikationsrechtliche Entgeltkontrolle letzten Endes in einer Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG, die je nach Fall eingebettet wird in die verfahrensrechtlichen und ggf. auch materiellrechtlichen Bestimmungen des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG, des § 38 Abs. 1 bis 4 TKG oder des § 30 i.V.m. § 31 TKG. Für die Ermessensausübung der Beschlusskammer bedeutet dies, dass sie zunächst eine Entscheidung darüber treffen kann, ob sie überhaupt eine Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG vornimmt. In einem weiteren Schritt ist dann über eine etwaige materielle Ergänzung der Entgeltmaßstäbe sowie über die formelle Ausgestaltung der Gesamtkontrolle zu entscheiden.

### **3.6.4 Ermessensausübung hinsichtlich einer Missbrauchskontrolle**

In pflichtgemäßer Ausübung des ihr in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer zunächst entschieden, die Entgelte für die Gewährung der Zugänge nach Ziffern 1 bis 3 des Tenors einer Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG zu unterwerfen. Mit dieser Entscheidung hat die Beschlusskammer ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

#### **3.6.4.1 Missbrauchskontrolle als Zweck der Entgeltregulierung**

Im vorliegenden Fall ist es jedenfalls ein Zweck der Entgeltkontrolle sicherzustellen, dass die Betroffene die aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen einhält. Dieser Zweck folgt aus einer Gesamtschau gesetzlicher Zielbestimmungen und tatsächlicher Marktgegebenheiten.

Gemäß § 27 Abs. 1 TKG soll die Entgeltregulierung eine missbräuchliche Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder von Wettbewerbern durch preispolitische Maßnahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verhindern. Die Bundesnetzagentur stellt dabei nach § 30 Abs. 3 Satz 1 TKG sicher, dass alle Entgelte die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern und für die Verbraucher

nicht nur kurzfristig, sondern auch mittel- und langfristig möglichst vorteilhaft sind. Überwölbt werden diese Zielsetzungen, wie es sich auch aus den Verweisen in § 30 Abs. 1 S. 2 und § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG ergibt, von den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 und den – bei der Verfolgung dieser Ziele anzuwendenden – Regulierungsgrundsätzen des § 2 Abs. 3 TKG,

vgl. auch die Begründung zum Gesetzentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 101.

Die Regulierung hat danach u.a. die Nutzer-, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2), einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation, auch in der Fläche, zu fördern und einen unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu gewährleisten (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3), die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 3) sowie den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5). Bei der Verfolgung der vorgenannten Ziele wendet die Bundesnetzagentur objektive, transparente, nicht diskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze an, u.a. indem sie gewährleistet, dass Betreiber von Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Telekommunikationsdiensten unter vergleichbaren Umständen nicht diskriminiert werden (§ 2 Abs. 3 Nr. 2), und indem sie den Wettbewerb zum Nutzen der Verbraucher schützt und, soweit sachgerecht, den infrastrukturbasierten Wettbewerb fördert (§ 2 Abs. 3 Nr. 3).

Die dargestellten Zielsetzungen treffen auf einen Markt, der – wie in der Festlegung der Präsidentenkammer gezeigt worden ist – von besonders hohen Marktzutrittsschranken gekennzeichnet ist. Letztlich ist die Betroffene keiner Konkurrenz ausgesetzt. Auch auf längere Sicht ist nicht erkennbar, dass Marktkräfte diese Marktmacht erodieren lassen könnten.

Diese Umstände können der Betroffenen indes Anreize zu wettbewerbschädigendem Verhalten im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts liefern. Um ihre eigene Wettbewerbsposition sowohl auf dem verfahrensgegenständlichen als auch auf benachbarten Märkten zu stärken, könnte sich die Betroffene veranlasst sehen, durch preisliche Maßnahmen etwa in Form von missbräuchlich überhöhten Preisen, Preis-Kosten-Scheren oder von sachlich ungerechtfertigten Bündelungen, aber auch durch Vorteilsräumungen zugunsten des eigenen Endkundenarms oder sonstiger Unternehmen die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweils betroffenen Märkten zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die Nachfrager, die an der Betroffenen als Geschäftspartnerin nicht vorbeikommen und ggf. mit ihr auf den Endkundenmärkten konkurrieren, könnten diesen Einflüssen nicht ausweichen. Maßnahmen in der genannten Form würden daher insbesondere den Regulierungszielen des Nutzer- und Verbraucherschutzes (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2) und des chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3) widersprechen.

Ein Zweck der Entgeltkontrolle muss es damit sein, den Leistungswettbewerb dadurch zu schützen, dass die im allgemeinen Wettbewerbsrecht entwickelten Grenzen für Preismaßnahmen marktmächtiger Unternehmen auch auf dem vorliegenden Markt Beachtung finden.

#### **3.6.4.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne**

Die Auferlegung einer Missbrauchsaufsicht anhand des § 28 TKG entspricht dem vorgestellten Zweck. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

Die Auferlegung der Missbrauchskontrolle ist geeignet, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen. Sie ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderer, aber gleich wirksamer Entgeltmaßstab zu entdecken, welcher an die Stelle des Missbrauchsmaßstabs nach § 28 TKG treten könnte. Die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Wie bereits ähnlich im Zusammenhang mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot nach § 19 TKG ausgeführt (siehe Ziffer 3.3), belastet die Entscheidung die Betroffene nicht unzumutbar. Denn einerseits unterliegt sie ohnehin einem gesetzlichen Missbrauchsverbot nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht (§§ 19 und 20 GWB und Art. 102 AEUV), und andererseits ist jedenfalls dem

Behinderungs- und Diskriminierungsverbot die Möglichkeit immanent, eine objektive Behinderung oder Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe zu rechtfertigen, wobei über letztere im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele zu entscheiden ist,

vgl. auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 50), 6 C 15.07 (Rz. 55), 6 C 16.07 (Rz. 47) und 6 C 17.07 (Rz. 50).

Die Beschlusskammer unterwirft deshalb die auf dem Terminierungsmarkt erhobenen Vorleistungsentgelte der Betroffenen einer Prüfung am Missbrauchsmaßstab des § 28 TKG.

### **3.6.5 Ermessensausübung hinsichtlich eines Genehmigungsverfahrens mit zusätzlicher Preisobergrenzenkontrolle bei Terminierungsentgelten**

In weiterer pflichtgemäßer Ausübung des ihr in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer darüber hinaus entschieden, die Entgelte für die Zugangsleistungen der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG zu unterwerfen.

Innerhalb des § 31 TKG richtet sich die Vorgehensweise nach der Norm des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG. Danach genehmigt die Bundesnetzagentur Entgelte abweichend von Absatz 1 auf der Grundlage anderer Vorgehensweisen, sofern die Vorgehensweise besser als die in Absatz 1 genannten Vorgehensweisen geeignet ist, die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen.

In Anwendung dieser Norm werden die Zugangsentgelte grundsätzlich im Sinne des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG bemessen. Der Effizienzbestimmung sind symmetrische Anforderungen im Sinne der Terminierungsempfehlung der Kommission zugrunde zu legen. Zudem erfolgt die Entgeltermittlung vorrangig per Vergleichsmarktbetrachtung im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG. Innerhalb des Genehmigungsverfahrens ist die Missbrauchskontrolle nach § 28 TKG vorzunehmen, § 35 Abs. 3 S. 1 TKG.

Soweit in der Entscheidung, eine KeL-Berechnung (und eben keine LRIC-Berechnung) unter Symmetriebedingungen aufzuerlegen, eine Abweichung von der Terminierungsempfehlung der Kommission liegt, ist dies – wie im Folgenden dargelegt – sachlich gerechtfertigt. Gemäß Art. 288 Abs. 5 AEUV sind Empfehlungen für die Adressaten unverbindlich. Dies hindert zwar nicht, dass Empfehlungen nach gefestigter Rechtsprechung zur Auslegung innerstaatlicher, Unionsrecht umsetzender Rechtsvorschriften oder zur Ergänzung verbindlicher unionsrechtlicher Vorgaben heranzuziehen sind,

siehe EuGH, Urteil in der Rechtsache C-322/88, Slg. 1989, S. 4407, Rn. 7, 16, 18 – Salvatore Grimaldi; vgl. auch BVerwG, Urteil 6 C 16/07 vom 02.04.2008, Rz. 24.

Zudem trägt die Bundesnetzagentur gemäß § 123a Abs. 3 S. 1 TKG bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben weitestgehend den Empfehlungen Rechnung, die die Kommission – wie etwa die Terminierungsempfehlung – nach Artikel 19 Abs. 1 und 2 Rahmen-RL erlassen hat. Gleichwohl ist es letztlich in die Entscheidung der Bundesnetzagentur gestellt, ob sie einer Empfehlung folgt oder nicht. Beschließt die Bundesnetzagentur, sich nicht an eine Empfehlung zu halten, so teilt sie dies gemäß § 123a Abs. 3 S. 2 TKG der Kommission unter Angabe ihrer Gründe mit.

Mit ihrer Entscheidung hat die Beschlusskammer ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt (vgl. Ziffer 3.6.5.1) und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten (vgl. Ziffer 3.6.5.2). Namentlich eignet sich die vorgesehene Vorgehensweise besser als die in § 31 Abs. 1 TKG genannten (unspezifizierten bzw. unmodifizierten) Vorgehensweisen, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen. Dies gilt auch mit Blick auf die vorrangige Methode der Kostenermittlung (vgl. Ziffer 3.6.5.3).

### **3.6.5.1 Symmetrische KeL-Preisobergrenzenkontrolle als zusätzlicher Zweck der Entgeltregulierung**

Aus einer Betrachtung der verschiedenen Regulierungsziele ergibt sich, dass die Beschlusskammer im vorliegenden Fall nicht nur sicherstellen soll, dass die von der Betroffenen vorgenommenen Preismaßnahmen den aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Anforderungen entsprechen (vgl. Ziffer 3.6.4), sondern zusätzlich auch, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Sinne von § 32 TKG i.V.m. Nr. 1 S. 1 Terminierungsempfehlung die Obergrenze für die Zugangsentgelte darstellen. An die Effizienzbestimmung sind allerdings in Abweichung von § 32 Abs. 1 TKG grundsätzlich symmetrische Anforderungen im Sinne von Nr. 1 S. 2 i.V.m. Nr. 9 und 10 Terminierungsempfehlung zu stellen. Eine Anwendung des strengeren LRIC-Ansatzes im Sinne von Nr. 6 i.V. m. Nr. 2 Terminierungsempfehlung kommt dagegen nicht in Betracht.

#### **3.6.5.1.1 KeL-Preisobergrenzenkontrolle**

Eine Untersuchung der Regulierungsziele des § 2 TKG ergibt zunächst, dass eine KeL-Preisobergrenze einer bloßen Missbrauchs-Preisobergrenze vorzuziehen ist.

##### **3.6.5.1.1.1 Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs, Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte und Gewährleistung unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation**

Zugangsentgelte, die nicht über die KeL hinausgehen, stellen das Regulierungsziel eines chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 TKG besser und wirksamer sicher als Entgelte, die in ihrer Höhe bis zur Missbrauchsschwelle getrieben werden.

Wettbewerb im vorgenannten Sinne wird auf dem vorliegenden Terminierungsmarkt und auf den ihm nachgelagerten Endkundenmärkten angestrebt, weil ein derartiger Wettbewerb in der Regel verschiedene als vorteilhaft angesehene Funktionen erfüllt. So können namentlich in jeweils akzeptabler Weise Freiheit gewährt, Marktmacht kontrolliert, Preise gesetzt, Einkommen verteilt, Ressourcen alloziert, Anpassungen ermöglicht und technischer Fortschritt induziert werden,

vgl. zu den Wettbewerbsfunktionen Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten: zum Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ im deutschen Wettbewerbsrecht, 2002, S. 44.

Die Entgeltregulierung wendet sich in diesem Zusammenhang dem marktlichen Preismechanismus zu. Dieser Mechanismus trägt wesentlich zur Erreichung der aufgeführten Wettbewerbsfunktionen bei. Gebildet im Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage, zeigen Preise u.a. Knappheitsverhältnisse an, lenken die Produktionsfaktoren in die jeweils rentabelste Verwendungsrichtung und stimmen die Pläne auf den verschiedenen Märkten ab,

vgl. Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. Aufl. 2003, S. 91ff.

In der Regel sollte der Staat den Preismechanismus auf einem Markt möglichst ungestört bzw. allenfalls begrenzt durch die Anforderungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts arbeiten lassen. Dies gilt grundsätzlich auch für Märkte, auf denen ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen. Auf solchen Märkten können relativ hohe Preise des oder der marktmächtigen Unternehmen zu Marktexpansionen und Marktzutritten Dritten und damit nicht nur zu Mengenausweitungen und Preissenkungen, sondern insgesamt auch zu vorteilhaften Marktstrukturänderungen führen. Voraussetzung dafür ist allein, dass bestehende Marktzutrittsschranken innerhalb absehbarer Zeit überwunden werden können. Aktiviert durch den Preismechanismus, würden die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs die bei einem oder mehreren Unternehmen vorhandene Marktmacht untergraben. Mit Rücksicht hierauf – und auch auf praktische Probleme des Bestimmens unfairer Preise und deren fortlaufender Kontrolle – ist etwa das allgemeine Kartellrecht zurückhaltend, was die Kontrolle absoluter Entgelthöhen anbelangt,

vgl. zur dargestellten Argumentation Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG / Teil 1, 4. Aufl. 2007, Art. 82 Rz. 133f., Furse, "Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition," in: European Competition Journal Vol. 4, Nr. 1 (2008) 59, S. 60 und 76ff., Heise, Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften, Berlin 2008, S. 182, jeweils m.w.N. In diesem Sinne auch BR-Drs. 755/03, S. 91 ("Zum Abschnitt 3").

Die vorstehend skizzierte Funktionsweise von Preisen und damit die Ratio einer zurückhaltenden Preisobergrenzenkontrolle sind dagegen auf einem von einem deutlichen Marktversagen gekennzeichneten Markt – wie dem verfahrensgegenständlichen Terminierungsmarkt, vgl. § 10 Abs. 2 S. 1 TKG i.V.m. der Festlegung der Präsidentenkammer – nicht anzutreffen. Aufgrund der hohen Zutrittsschranken werden auch bei weit über dem Wettbewerbspreis liegenden Entgelten keine Markteintritte erfolgen, die innerhalb absehbarer Zeit die Marktmacht der Betroffenen erodieren lassen würden,

vgl. zur ehemals analogen Situation in den sog. „Ausnahmebereichen“ des GWB Baur/Henk-Merten, Kartellbehördliche Preisaufsicht über den Netzzugang, 2002, S. 44; vgl. ferner die Beschlüsse des BGH vom 21.02.1995 in der Sache KVR 4/94, BGHZ 129, 37, S. 49ff., vom 06.05.1997 in der Sache KVR 9/96, BGHZ 135, 323, S. 328, und vom 22.07.1999 in der Sache KVR 12/98, BGHZ 142, 239, S. 252; siehe außerdem Möschel, a.a.O., Rz. 135 (Wettbewerbsrecht EG) sowie Furse, a.a.O., S. 60.

Aus den vorgenannten Gründen kann der Preismechanismus auf dem Terminierungsmarkt seinen Allokations- und Planabstimmungsfunktionen nicht gerecht werden. Die Beeinträchtigung beschränkt sich freilich nicht allein auf den Terminierungsmarkt. Betroffen sind vielmehr auch die nachgelagerten Endkundenmärkte. Denn die alternativen Anbieter von Verbindungen in das Festnetz der Betroffenen können die für den Auftritt im Endkundenbereich notwendigen Koppelungs-, Terminierungs- und Kollokationsleistungen eben nicht zu wettbewerbskonformen Preisen einkaufen.

Letzteres jedoch könnte einmal dazu führen, dass der für den Auftritt auf den Endkundenmärkten unabdingbare Zugang nach § 21 TKG verwässert würde und ggf. sogar unterlaufen werden könnte. Sinn der auferlegten Zugangsgewährungsverpflichtung ist es namentlich, eine netzübergreifende Kommunikation zu gewährleisten und den Nachfragern Effizienzgewinne durch Vornahme unmittelbarer Zusammenschaltungen zu ermöglichen. Durch Vorleistungsentgelte, die den Wettbewerbspreis überschritten und eine Zusammenschaltung insgesamt oder an bestimmten Zusammenschaltungsorten nicht mehr rentabel erscheinen ließen, könnten diese Ziele in Frage gestellt werden.

Darüber hinaus würden Vorleistungsentgelte, welche den Wettbewerbspreis überschritten, der Betroffenen ein wettbewerbsverzerrendes Quersubventionierungspotenzial erschließen. Auf dem Terminierungsmarkt erhobene Sonderrenten könnten von ihr als vertikal integrierten Unternehmen genutzt werden, um ihren Auftritt im Endkundenbereich zu unterstützen. Die Betroffene würde sich mithin einen von Mitwettbewerbern nicht erreichbaren Vorteil verschaffen. Zudem gingen den Nachfragern bei einem Einkauf zu Preisen, die den Wettbewerbspreis überschritten, Finanzmittel verloren, die ihnen ansonsten für das Agieren auf den Endkundenmärkten zur Verfügung stünden,

vgl. zur Marktmachtübertragung (auch auf nicht beherrschte Märkte) Möschel, a.a.O., Art. 82 Rn. 102f.; ferner EuG, Urteil Rs. T-219/99 vom 17.12.2003, Rz. 127 – British Airways, mit Verweis auf EuGH, Urteil verb. Rs. 6/73 und 7/73 vom 06.03.1974, Rz. 22 – Commercial Solvents, und Urteil Rs. 311/84 vom 03.10.1985, Rz. 26 – CBEM.

Den aufgeführten Beeinträchtigungen der Wettbewerbsmöglichkeiten und – damit einhergehend – des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten kann allerdings regulatorisch entgegengewirkt werden. Mit der hoheitlichen Vorgabe von Preisobergrenzen, welche die ansonsten erwartbaren Wettbewerbsergebnisse nachbilden, lassen sich das Versagen des Preismechanismus kompensieren und Wettbewerbsverzerrungen verhindern.

In der Praxis sind bislang die KeL-Preise als Als-Ob-Wettbewerbspreise angesehen worden,

siehe die Nachweise in Ziffern 3.6.3.

Hieran ist auch im vorliegenden Zusammenhang (jedenfalls zunächst) festzuhalten. Die Frage, ob sich die Wettbewerbsergebnisse noch besser anhand der von der Kommission zur Anwendung empfohlenen LRIC-Entgelte im Sinne von Nr. 6 i.V.m. Nr. 2 Terminierungsempfehlung emulieren ließen, wird unter Ziffer 3.6.5.1.3.1.1 abgehandelt.

Der Gesichtspunkt der Gewährleistung chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs streitet deshalb dafür, jedenfalls keine die KeL überschreitenden Koppelungs-, Terminierungs- und Kollokationsentgelte zuzulassen.

### **3.6.5.1.1.2 Wahrung von Nutzer- und Verbraucherinteressen**

Vorleistungsentgelte, die nicht die KeL überschreiten, wahren die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 3 TKG genannten Interessen der unmittelbaren und mittelbaren Nachfrager, namentlich der Verbraucher, besser und wirksamer als Entgelte, die in ihrer Höhe erst durch die Missbrauchsschwelle beschränkt werden,

vgl. zur Wahrung der Verbraucherinteressen auch Art. 13 Abs. 2 S. 1 Zugangs-RL, aus dem mittelbar entnommen werden kann, dass neben wirtschaftlicher Effizienz und der Förderung nachhaltigen Wettbewerbs die Belange der Verbraucher bei der Entgeltregulierung von vorrangiger Bedeutung sind, so die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 63), 6 C 15.07 (Rz. 70), 6 C 16.07 (Rz. 60) und 6 C 17.07 (Rz. 63); siehe ferner auch Art. 8 Abs. 2 lit. a Rahmen-RL.

Die Verbraucher werden durch die Vorleistungsentgelte betroffen, weil ein Netzbetreiber die Terminierung in das Netz der Betroffenen einkaufen muss, um Verbindungen in das Telefonfestnetz der Betroffenen anbieten zu können. Die Zusammenschaltungs-, Terminierungs- und Kollokationsentgelte sind Teil seiner Kosten, die er an seinen Endkunden weitergeben wird.

Tatsächlich haben die Endkunden der Festnetz- und Mobilfunknetzbetreiber auch von der seit 2006 betriebenen KeL-Regulierung der Festnetzterminierungsentgelte profitiert. Dieser Schluss ergibt sich aus der Intensität des Wettbewerbs, welcher auf den entsprechenden Endkundenmärkten herrscht, und der eine Weitergabe von Entgeltersparnissen an die eigenen Endkunden erzwungen haben muss. Die Annahme, die Nachfrager von Festnetzterminierungsleistungen hätten es sich trotz des Wettbewerbs auf den nachgelagerten Märkten erlauben können, aus den Senkungen der Vorleistungsentgelte resultierende Extra-Margen einzubehalten, widerspräche jeder wettbewerblichen Theorie.

Die empirische Bestätigung dieser theoretischen Einsicht muss sich allerdings wegen bestimmter Besonderheiten der Endkundenmärkte auf gewisse Plausibilitätsüberlegungen beschränken. Die Endkundenmärkte sind, was die Preisgestaltung anbelangt, von deutlicher Intransparenz gekennzeichnet. Sowohl im Festnetz- als auch im Mobilfunkendkundenbereich lassen sich eine Vielzahl von Einzel- und Bündelangeboten finden, die sich voneinander nicht nur aufgrund von im konkreten Einzelfall ausgehandelten Rabattierungen, sondern auch durch Zu- oder Abbuchungen bestimmter Leistungsmerkmale oder auch durch die Beigabe sonstiger Vergünstigungen unterscheiden. Da es weder praktisch möglich ist, eine Vergleichbarkeit der Tarifstrukturen herzustellen und ein (gewichtetes) Preisniveau für bestimmte Paketbestandteile zu bestimmen, noch es durchführbar erscheint, den Einfluss einzelner Kostenparameter auf die Preisgestaltung zu isolieren, lassen sich die Auswirkungen bestimmter Vorleistungspreissenkungen auf die Endkundenpreise nicht hart nachvollziehen.

Mit Blick auf die Festnetz-Festnetz-Verbindungen lässt sich der steigende Anteil von Pauschaltarifen und Bündelangeboten allerdings am ehesten erklären, wenn man annimmt, dass die Festnetzbetreiber ihre Endkunden an den erzielten Einsparungen an Terminierungsentgelten mittels allgemein günstigerer Paketpreise und Pauschalentgelte für Festnetzverbindungen oder im Einzelfall gewährter Preisnachlässe haben teilhaben lassen. Die weitgehende Durchsetzung von Pauschalentgelten für Festnetzverbindungen hat einen Stand erreicht, der anzeigt, dass die Kosten der Leistungsbereitstellung so niedrig sein müssen, dass weder für Anbieter noch Endnutzer Bedarf nach Tarifmodellen besteht, mit denen die zu

entrichtenden Entgelte durch den Umfang der Inanspruchnahme der Leistung beeinflusst werden können. Die Kundenwahrnehmung und damit das Wettbewerbsgeschehen im Festnetzbereich konzentrieren sich zunehmend auf die Anschlussbandbreite und den Bündel-Tarif, der für die Überlassung eines Anschlusses mitsamt Verbindungen in die nationalen Festnetze und das Internet zu zahlen ist,

vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2010/2011, S. 65; nach dem Digital Agenda Scoreboard 2011 der EU-Kommission, S. 63, nimmt Deutschland diesbezüglich den Spitzenplatz in der Europäischen Union ein.

Im Endergebnis hängt die Höhe der Endkundenentgelte im Festnetz von den Vorleistungsentgelten der Betroffenen ab. Es liegt deshalb im Interesse der Verbraucher, dass die Vorleistungsentgelte für Zusammenschaltungs-, Verbindungs- und Kollokationsleistungen die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten.

#### **3.6.5.1.1.3 Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes**

Entgelte, die nicht die KeL überschreiten, fördern auch die Entwicklung des Binnenmarktes in der Europäischen Union im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG besser als Vorleistungsentgelte, die erst von der Missbrauchsschwelle begrenzt würden. Es ist mit Blick auf die in Art. 8 Rahmen-RL verankerten unionsweiten Regulierungsziele jedenfalls dem Binnenmarkt zuträglich, wenn die Entgelte für Verbindungsleistungen – gleich welchen Ursprungs – anhand eines insbesondere dem Wettbewerbs- und Verbraucherschutzziel verpflichteten Kostenmaßstabs bestimmt werden.

#### **3.6.5.1.1.4 Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen**

Entgelte, die die KeL nicht übersteigen, fördern auch das in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG enthaltene Regulierungsziel des Ausbaus hochleistungsfähiger öffentlicher Telekommunikationsnetze der nächsten Generation. Diese Hochleistungsnetze werden zwar für die Abwicklung von Datenverkehr benötigt, während es hier allein um die Entgeltregulierung auf Märkten für Sprachverkehr geht. Durch die Einbeziehung von über IP-Zusammenschaltungen übergebenen Verbindungsleistungen besteht aber ein Zusammenhang mit dem Wechsel auf diese neuen Netze. Entgelte, die die KeL übersteigen, könnten den Wechsel auf die neuen Hochleistungsnetze behindern und die Investitionsfähigkeit der ICP der Betroffenen in solche Netze und die zugehörige Zusammenschaltung behindern.

#### **3.6.5.1.1.5 Ergebnis**

Die Untersuchung der Regulierungsziele nach § 2 TKG hat ergeben, dass die Bundesnetzagentur neben einer Einhaltung der allgemeinen Missbrauchsmaßstäbe (siehe Ziffer 3.6.4.1) auch die Einhaltung einer KeL-Preisobergrenze im Sinne von § 32 TKG i.V.m. Nr. 1 S. 1 Terminierungsempfehlung – zum Verständnis der Effizienzanforderungen sogleich – anstreben sollte.

#### **3.6.5.1.2 Symmetrische Effizienzanforderungen**

Abweichend von den Vorgaben des § 32 TKG sollten die Effizienzanforderungen grundsätzlich symmetrisch ausgestaltet werden. Unter Effizienzsymmetrie wird dabei verstanden, dass bei der Prüfung, ob eine Leistung effizient erbracht wird, nicht auf die individuellen Möglichkeiten und Ressourcen des jeweils betroffenen Unternehmens, sondern vielmehr auf die von außen an das Unternehmen herangetragenen wettbewerblichen Anforderungen abgestellt wird. Symmetrische Effizienzanforderungen sind besser geeignet als das asymmetrische Vorgehen nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 32 TKG, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

Die Regulierungsziele der Sicherstellung eines chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs sowie der Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen werden vorliegend am Ehesten erreicht, wenn es der Regulierungsbehörde gelingt, Wettbewerbsergebnisse zu emulieren, d.h. durch Regulierung diejenigen Preise zu bestimmen, die sich auf einem Markt bei wirksamem Wettbewerb einstellen würden,

vgl. oben, Ziffer 3.6.5.1.1.1.

Wettbewerbspreise zeichnen sich allerdings gerade dadurch aus, dass ein einzelnes Unternehmen keinen bestimmenden Einfluss auf den Preis nehmen kann,

siehe BVerwG, Urteil 6 C 34/08 vom 25.11.2009, Rz. 19, und unten, Ziffer 3.6.5.1.3.1.1.1.

Ein Unternehmen muss also grundsätzlich unabhängig von den eigenen Voraussetzungen und Möglichkeiten als Preisnehmer entweder den vom Wettbewerb vorgegebenen Preis mitgehen und seine Kostenstruktur bzw. seine interne Produktfinanzierung daran anpassen oder aber aus dem Markt ausscheiden. Dabei kann der Umstand, dass es sich bei Terminierungsmärkten nach den derzeitigen Gegebenheiten um Monopolmärkte handelt, nicht darüber hinwegtäuschen, dass Festnetzterminierungsleistungen verschiedener Unternehmen grundsätzlich technisch und kommerziell vergleichbar sind und durchaus homogene Güter darstellen. In der Konsequenz sind grundsätzlich vergleichbare Effizianzorderungen an alle alternativen Teilnehmernetzbetreiber zu stellen.

Um allerdings bestimmten Wettbewerbsverzerrungen, die sich bei einer strikten Anwendung dieses Grundsatzes ergeben würden, zu begegnen, muss es die Möglichkeit geben, unverschuldete Kostennachteile durch entsprechend geringere Effizianzorderungen zu berücksichtigen. Im Zusammenhang der Terminierungsempfehlung ist hier etwa im Mobilfunkbereich an eine ungünstige Frequenzausstattung und/oder an spezifische Spät-Einsteiger-Nachteile zu denken,

vgl. auch Monopolkommission, a.a.O., Rz. 175.

Eine weitergehende Individualisierung der Entgelte wäre dagegen nicht gerechtfertigt. Hinsichtlich der Berücksichtigung von NGA-Infrastrukturen bei alternativen Teilnehmernetzbetreibern ist zu beachten, dass diese Infrastrukturen nicht vorrangig für die Abwicklung von Sprachverkehr errichtet werden, was es erschwert, sie für die Rechtfertigung asymmetrischer Entgelte heranzuziehen. Hinzu kommt, dass auch die Telekom Deutschland GmbH in ihrem Netz NGA-Infrastrukturen verwirklicht bzw. verwirklichen wird und dies im Kostenmodell, sobald und sofern diese Infrastrukturen für die Bemessung der Entgelte Relevanz gewinnen sollten, abgebildet werden kann. Auch NGA-Infrastrukturen bei einigen alternativen Teilnehmernetzbetreibern sprechen also nicht gegen das Ziel symmetrischer Entgelte.

Das TKG stellt bei der Effizienzprüfung nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG zwar in erster Linie auf die individuellen Ressourcen und damit auf die individuelle Effizienz eines Unternehmens ab,

vgl. ausführlich Beschluss BK 3a-10/098 vom 24.02.2011, Ziffer 4.1.4.12; so auch VG Köln, Beschluss 1 L 793/11 vom 05.12.2011, S. 5f.

Diese unternehmensindividuelle Vorgehensweise ist aber unionsrechtlich nicht vorgegeben. Insbesondere lässt sie sich nicht auf Art. 13 Abs. 1 S. 2 Zugangs-RL n.F. zurückführen, wonach die nationalen Regulierungsbehörden, um zu Investitionen der Betreiber auch in Netze der nächsten Generation anzuregen, den Investitionen des Betreibers Rechnung tragen und ihm eine angemessene Rendite für das entsprechend eingesetzte Kapital ermöglichen, wobei gegebenenfalls die spezifischen Risiken im Zusammenhang mit einem bestimmten neuen Netzprojekt, in das investiert wird, zu berücksichtigen sind,

a.A. mit Blick auf Art. 13 Abs. 1 S. 2 Zugangs-RL a.F. VG Köln, a.a.O., S. 6.

Nach Auffassung der Beschlusskammer ist bei der Auslegung dieser Norm insbesondere der systematische Zusammenhang im Auge zu behalten. Gemäß Art. 13 Abs. 2 S. 1 Zugangs-RL stellen die nationalen Regulierungsbehörden sicher, dass alle vorgeschriebenen Kostendeckungsmechanismen und Tarifsysteme die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft sind.

Erwägungsgrund 20 der Zugangs-RL ergänzt hierzu, dass die Methode der Kostendeckung auf die Umstände abgestimmt sein sollte. In anderem Zusammenhang – nämlich dem der TAL-VO – hat der EuGH klargestellt, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Prüfung der von den gemeldeten Betreibern für die Bereitstellung eines entbündelten Zugangs zu ihren Teilnehmeranschlüssen in Rechnung gestellten Preise über eine weit reichende Befugnis verfügen, die die Beurteilung der verschiedenen Aspekte dieser Preise umfasst, und zwar bis hin zur Änderung der Preise, d. h. der vorgeschlagenen Entgelte. Diese weit reichende Befugnis bezieht sich auch auf die den gemeldeten Betreibern entstandenen Kosten, wie z. B. die Zinsen für das eingesetzte Kapital und die Abschreibungen der Anlagegüter, die Berechnungsgrundlage dieser Kosten und die Kostenrechnungsmodelle,

EuGH, Urteil in der Sache C-55/06 vom 24.04.2008, Rz. 159 – Arcor.

Gerade mit Blick auf das in Erwägungsgrund 20 der Zugangs-RL enthaltene Gebot der Abstimmung auf die Umstände ist nicht ersichtlich, weshalb die vorgenannten weit reichenden Befugnisse, die nach der TAL-VO bestanden, nicht auch bei der nach der Zugangs-RL zu treffenden Entscheidung über eine Anwendung symmetrischer bzw. asymmetrischer Effizianzorderungen gegeben sein sollten. Das Unionsrecht steht danach einem Vorgehen anhand symmetrischer Effizianzorderungen nicht im Wege.

Gegen das gewählte Vorgehen kann auch nicht angeführt werden, dass 31 Abs. 2 Nr. 1 TKG nur erheblich Abweichungen von den in § 31 Abs. 1 TKG normierten Formen der Entgeltgenehmigung, aber nicht ihre leichte Abwandlung oder Mischung zulasse. Die Gesetzesbegründung zu dieser Vorschrift lässt sich nicht dahin auslegen, dass nur starke Abweichungen von den übrigen Entgeltbestimmungsformen von § 31 Abs. 1 S. 2 TKG gedeckt wären,

vgl. BR-Drucks- 129/11, S. 104 f.

Das ausdrücklich genannte Beispiel eines Gleitpfades für Entgeltveränderungen stellt gerade eine Mischung verschiedener Ansätze der Entgeltermittlung dar, nämlich des Ansatzes, aus dem sich das Ausgangsniveau, und des Ansatzes, aus dem sich das Zielniveau des Gleitpfades ergibt. Der von der Verizon Deutschland GmbH im Verfahren zu den Regulierungsverfügungen BK3g-12/011 bis 067 angestellte Vergleich mit dem Verhältnis von § 21 Abs. 1 und § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG im Urteil VG Köln 21 K 1142/10 erfasst die vorliegende Lage nicht, weil im urteilsgegenständlichen Fall das passende Regulierungsinstrument bereits ausgestaltet vorlag.

Bei der Effizienzbestimmung im Rahmen der KeL-Prüfung sollten danach grundsätzlich symmetrische Effizianzorderungen angestrebt werden.

### **3.6.5.1.3 Keine Verschärfung der Entgeltkontrolle anhand des LRIC-Maßstabs**

Terminierungsentgelte, die nicht über die KeL hinausgehen, erreichen – wie gezeigt – die Regulierungsziele nach § 2 TKG besser und wirksamer als Entgelte, die in ihrer Höhe bis zur Missbrauchsschwelle getrieben werden. Eine noch strengeres Vorgehen nach den von der Kommission in Nr. 6 i.V.m. Nr. 2 Terminierungsempfehlung vorgesehenen LRIC-Grundsätzen ist dagegen nicht besser im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG als die (symmetrische) KeL-Regulierung geeignet, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen. Im Übrigen fehlt es damit auch an den in § 29 TKG Abs. 3 S. 1 Alt. 2 und S. 2 TKG genannten Voraussetzungen für die regulatorische Vorgabe eines bestimmten Kostendeckungsmechanismus,

vgl. zu letzterem die Ausführungen oben in Ziffer 3.6.3.

Die Bundesnetzagentur hat mit Beschluss vom 30.08.2013 die Regulierungslage hinsichtlich der Terminierungsleistungen der Telekom Deutschland GmbH (BK3d-12/009) und hinsichtlich der Terminierungsleistungen der alternativen Teilnehmernetzbetreiber mit den Beschlüssen BK3g-12/011 bis 067 vom 19.11.2013 überprüft und (teils neu) geregelt. Hinsichtlich der Terminierungsentgelte ist dabei festgesetzt worden, dass jeweils eine symmetrische KeL-Obergrenze angestrebt werden sollte. Dies sollte dadurch erfolgen, dass die genehmigten Terminierungsentgelte der Telekom Deutschland GmbH für die Bestimmung der

Terminierungsentgelte der alternativen Teilnehmernetzbetreiber im Wege einer Vergleichsmarktbetrachtung herangezogen werden.

Mit Blick hierauf erscheint es im vorliegenden Fall und unter Beachtung der verschiedenen Regulierungsziele – namentlich denjenigen der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs, Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte und Gewährleistung unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation, Wahrung von Nutzer- und Verbraucherinteressen, Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes sowie Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen – angezeigt, auch hinsichtlich der Terminierungsentgelte der Betroffenen eine symmetrische KeL-Obergrenze anzustreben. Eine Verschärfung des Maßstabs hin zu einer – jedenfalls im Ergebnis asymmetrischen – LRIC-Obergrenze würde die Betroffene gegenüber den anderen Anbietern von Terminierungsleistungen benachteiligen. Denn während die anderen Unternehmen (auch von der Betroffenen) KeL-Entgelte verlangen und die entsprechenden Erlöse in den Wettbewerb investieren könnten, würde die Betroffene selbst bei einer LRIC-Regulierung nur geringere Einnahmen pro Terminierungsminute erzielen können. Eine solche Benachteiligung der Betroffenen wäre sachlich nicht zu rechtfertigen. Im Gegenteil: Unternehmen würden vom erstmaligen Marktzutritt in den Festnetzbereich abgeschreckt werden, würden sie gegenüber den bereits tätigen – und nach KeL-Grundsätzen regulierten – Unternehmen schlechter gestellt werden.

Dieser Begründung kann insbesondere nicht entgegengehalten werden, dass die Bundesnetzagentur hiermit in einen Zirkelschluss gerate, weil sich dann die Nichtanwendung von LRIC durchweg aus der Bezugnahme auf das Vorgehen gegenüber anderen Unternehmen ergeben könnte. Denn die bereits regulierten Unternehmen stellen anzahl- und umsatzbezogen den weit überwiegenden Teil der Teilnehmernetzbetreiber dar, so dass eine Schlechterstellung der Betroffenen keine wahrnehmbare Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse durch die Anwendung von LRIC erzielen könnte.

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass bei der nächsten anlassbezogenen oder turnusgemäßen Überprüfung der vorliegenden Regulierungsverfügung, die zusammen mit den bereits erlassenen Regulierungsverfügungen gegenüber den anderen alternativen Teilnehmernetzbetreibern erfolgen wird, ein besonderes Augenmerk auf die Entwicklung der Festnetz-Terminierungsentgelte in Europa zu richten sein wird.

#### **3.6.5.1.4 Abwägung und Ergebnis**

Eine Untersuchung der Regulierungsziele nach § 2 TKG hat erbracht, dass die Vorleistungsentgelte nicht nur die allgemeinen Missbrauchsgrenzen, sondern darüber hinaus auch eine grundsätzlich symmetrische KeL-Obergrenze einhalten sollen. Eine weitere Verschärfung der Preisobergrenze nach den in Nr. 6 i.V.m. Nr. 2 Terminierungsempfehlung vorgesehenen Grundsätzen ist dagegen nicht besser i.S.v. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG als die KeL-Regulierung geeignet, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen, und widerspräche dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

#### **3.6.5.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne**

Die auf § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG gestützte Entscheidung, die Entgelte für die erbrachten Zugangsleistungen auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG zu genehmigen, wobei der Effizienzbestimmung grundsätzlich symmetrische Anforderungen zugrunde gelegt werden, entspricht dem vorgestellten Zweck. Zudem ist eine angemessene Verfahrensausgestaltung für die Missbrauchsaufsicht sichergestellt. Die Begründung für die vorrangige Anwendung einer Vergleichsmarktbetrachtung erfolgt gesondert unter Ziffer 3.6.5.3.

### 3.6.5.2.1 Eignung

Die Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht ist geeignet, die genannten Zwecke zu erreichen. Da nicht mehrere Dienstentgelte zur Genehmigung anstehen, die in einem Korb zur Price-Cap-Genehmigung gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG zusammengefasst werden könnten, kommt allein eine einzeldienstbasierte Genehmigung in Betracht. In ihrem Rahmen werden sowohl etwaige Verstöße gegen die Missbrauchsvorschrift des § 28 TKG als auch drohende Überschreitungen symmetrischer KeL wirksam abgestellt.

### 3.6.5.2.2 Erforderlichkeit

Die Genehmigungspflicht gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Regime zu entdecken, welches an die Stelle der Entgeltgenehmigungspflicht treten könnte.

Namentlich weniger wirksam als die Entgeltgenehmigungspflicht wäre die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle nach § 30 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 38 TKG. Zwar wäre eine solche Missbrauchskontrolle in der Lage, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen – selbst vor Inkrafttreten neuer Tarife – sicherzustellen. Anders als im Falle der bisher erhobenen Zugangsentgelte ist die Missbrauchsaufsicht jedoch nicht mehr geeignet, die Einhaltung eines symmetrischen KeL-Maßstabs zu gewährleisten. Denn mit der vorliegend verfügten Auferlegung einer Zugangsgewährungspflicht würde die Betroffene bei gleichzeitiger Geltung von § 38 TKG in die Lage versetzt, nach einer etwaigen Kündigung ihrer mit der Telekom Deutschland GmbH getroffenen Reziprozitätsvereinbarung per Beantragung einer Zusammenschaltungsanordnung nach § 25 Abs. 1 TKG KeL-überschreitende asymmetrische Entgelte gegenüber der Telekom durchzusetzen.

Das in der Konsultation im Verfahren zu den Regulierungsverfügungen BK3g-12/011 bis 067 wieder erkennbar gewordene Interesse vieler alternativer Teilnehmernetzbetreiber an asymmetrischen Entgelten ist ein Anlass für die Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht für alternative Teilnehmernetzbetreiber, um die Symmetrie der Entgelte im gesamten Markt wirklich sicherstellen zu können. Die einheitliche Durchsetzung der Symmetrie lässt es auch nicht zu, nur solchen alternativen Teilnehmernetzbetreibern eine Entgeltgenehmigungspflicht aufzuerlegen, bei denen konkrete Anhaltspunkte für das Streben nach asymmetrischen Terminierungsentgelten bestehen. Der Missbrauchsmaßstab ist damit nicht ausreichend zur Sicherstellung von KeL-Entgelten. Kann der Gefahr von die KeL überschreitenden Entgelten für die auferlegten Zugangsverpflichtungen schon nicht nach § 30 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 38 TKG begegnet werden, so würde selbiges erst recht nicht bei der Auferlegung von Verpflichtungen nach § 30 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG oder gar bei einem vollständigen Absehen von Entgeltkontrollverpflichtungen gelingen.

Die Entgeltgenehmigungspflicht stellt sich damit als zur Zweckerreichung erforderliche Maßnahme dar.

### 3.6.5.2.3 Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Auferlegung der Genehmigungspflicht ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der KeL-Regulierung auf andere Rechtsgüter zu entdecken, die in der Abwägung eine solche Regulierung unzulässig erscheinen ließen.

In diesem Zusammenhang ist zwar durchaus zuzugestehen, dass nicht jedwede vorhersehbare Überschreitung der KeL-Obergrenze die Genehmigungspflichtigkeit von Entgelten auslösen kann. Eine auf eine KeL-Obergrenze zielende Entgeltregulierung stellt einen massiven Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar. Ein derartiger Eingriff darf deshalb nur vorgenommen werden, wenn es sich im Lichte der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 und 3 TKG nicht um einen Bagatellfall handelt.

Ob ein solcher Bagatellfall vorliegt, ist anhand des betroffenen absoluten Entgeltvolumens, der marktstrukturellen Bedeutung des Preises und der möglich erscheinenden Spanne zwischen den bei alleiniger Missbrauchs- und bei zusätzlicher KeL-Regulierung geltenden Preisen zu beurteilen. Je niedriger das Entgeltvolumen, die Bedeutung des Preises für die Entwicklung dieses und anderer Märkte sowie das Änderungspotenzial einer KeL-Regulierung sind, desto geringer sind die zu erwartenden positiven Auswirkungen einer KeL-Regulierung und desto eher können in Abwägung mit der Eingriffstiefe einer solchen Regulierung gewisse künftige Überschreitungen der KeL hingenommen werden. Sollte nach dieser Maßgabe eine KeL-Regulierung unverhältnismäßig sein, müsste notgedrungen auf ein schwächeres Kontrollregime zurückgegriffen werden.

Im vorliegenden Fall ist nach dieser Maßgabe eine KeL-Regulierung indes nicht unverhältnismäßig. Denn zum einen handelt es sich bei den Zugangspreisen um wesentliche Aktionsparameter, die – wenn sie etwa per Zugangsanordnung in KeL-überschreitender und asymmetrischer Weise hoheitlich festgesetzt würden – eine nicht zu unterschätzende Signalwirkung gegenüber den anderen Netzbetreibern entfalten würden. Zudem wäre das Änderungspotenzial einer KeL-Regulierung gegenüber einer Missbrauchsregulierung insofern nicht unbeträchtlich, als zumindest der in einem Anordnungsverfahren voraussichtlich in voller Höhe beantragte Missbrauchszuschlag,

vgl. dazu Ziffer 3.6.3,

entfallen würde. Der Umstand, dass das absolute Entgeltvolumen überschaubar ist, muss dahinter zurücktreten. Zu bedenken ist auch, dass es zwischen alternativen Teilnehmernetzbetreibern zu anderen Formen der IP-basierten Zusammenschaltung kommen kann, namentlich der Vereinbarung einer technologieneutralen Übergabe, die von der Telekom Deutschland GmbH nicht angeboten wird. Das bisherige Konzept der Übertragung der KeL-regulierten Entgelte der Telekom Deutschland GmbH auf die alternativen Teilnehmernetzbetreiber durch Reziprozitätsvereinbarung und Diskriminierungsverbot stößt hier an seine Grenzen. Im Übrigen ist im Auge zu behalten, dass sich mit der vorliegend verfügbaren Ermittlung der KeL-Entgelte anhand einer Vergleichsmarktbetrachtung der Aufwand der Betroffenen für die Vorbereitung und Durchführung der Genehmigungsverfahren in vertretbarem Rahmen halten wird.

### **3.6.5.3 Methode der Kostenermittlung**

Im vorliegenden Fall sind die Zugangsentgelte der Betroffenen gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG vorrangig anhand der Vergleichsmarktmethode im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG zu ermitteln. Die Norm des § 35 Abs. 1 TKG ist deshalb nach der hier verfügbaren Vorgehensweise so zu lesen, dass die der Bundesnetzagentur vorliegenden Kosteninformationen einerseits und die Anstellung einer Vergleichsmarktbetrachtung andererseits in der Hierarchie der Ermittlungsmethoden „die Plätze tauschen“.

Die vorrangige Anwendung der Vergleichsmarktmethode im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG erlaubt es, die für die Telekom Deutschland GmbH ermittelten Entgelte auf die alternativen Teilnehmernetzbetreiber zu übertragen. Dieses Vorgehen entspricht im Ergebnis dem derzeitigen Stand der Zusammenschaltungsvereinbarung der Betroffenen mit der Telekom Deutschland GmbH und sichert im Übrigen das Erreichen symmetrischer KeL-Entgelte. Als demgegenüber aufwändigere Methoden müssen Entgeltermittlungen anhand von Kosteninformationen und/oder gemäß Nr. 2 Halbs. 2 Terminierungsempfehlung mittels eines analytischen Kostenmodells hinter die hier verfügbare Vorgehensweise zurücktreten.

Sofern gefordert wird, bei der Ermittlung der KeL weiterhin von einem PSTN-Netz auszugehen oder die Entgelte aus einer Mischung von Kosten des NGN und des PSTN abzuleiten, ist darauf hinzuweisen, dass bei der Ermittlung der Entgelte der Telekom Deutschland GmbH die Kosten der Übergabe sich nach der tatsächlich verwendeten Technologie richten (vgl. Ziffer 3.8.5.2.4 des Beschlusses BK3d-12/009 vom 30.08.2013) und darum auch tatsächlich bei der Übergabe verwendete PSTN-Technologie berücksichtigen kann. Weiter ist in der Regulierungsverfügung für die Telekom Deutschland GmbH ausdrücklich ausgesprochen, dass Kosten für den

Weiterbetrieb des PSTN unter dem Gesichtspunkt der neutralen Aufwendungen nach § 32 Abs. 2 TKG berücksichtigt werden können (Ziffer 3.8.5.2.4 des Beschlusses BK3d-12/009 vom 30.08.2013). Eine zusätzliche Berücksichtigung eigenen neutralen Aufwands der Betroffenen erfolgt im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung nicht.

Im Übrigen hat die vorrangige Anwendung der Vergleichsmarktmethode Auswirkungen auf den Umfang der Unterlagen, welche zur Prüfung des Antrags erforderlich und deshalb von der Betroffenen gemäß § 31 Abs. 3 und § 34 Abs. 1 TKG zusammen mit dem Entgeltgenehmigungsantrag vorzulegen sind. Zu diesen Unterlagen zählen im vorliegenden Fall – weil aufgrund der Kostenermittlung vorrangig anhand einer Vergleichsmarktbetrachtung nicht erforderlich – nicht die in § 34 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 TKG genannten Kostennachweise und sonstigen Angaben. Die in § 34 Abs. 3 TKG vorgesehene regelmäßige Vorlage von Kostenunterlagen ist ebenfalls nicht erforderlich. Anwendbar bleibt allerdings § 34 Abs. 1 Nr. 2 TKG (Leistungsangaben). Damit wird der Umfang der bei der Antragstellung vorzulegenden Unterlagen stark beschränkt, so dass die Betroffene durch die Entgeltgenehmigungspflicht nicht mit einem erheblichen Verwaltungsaufwand belastet wird.

Die Beschlusskammer stellt schließlich klar, dass die in § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 S. 2 TKG enthaltene Verweisung auf § 32 Abs. 2 TKG entsprechend vorliegend folgenlos bleibt. Gemäß § 32 Abs. 2 S. 1 TKG werden Aufwendungen, die nicht in den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung enthalten sind, zusätzlich zu Absatz 1 nur berücksichtigt, soweit und solange hierfür eine rechtliche Verpflichtung besteht oder das die Genehmigung beantragende Unternehmen eine sonstige sachliche Rechtfertigung nachweist. Im vorliegenden Zusammenhang sind Abweichungen vom Symmetriegrundsatz indes – wie unter Ziffer 3.6.5.1.2 dargelegt – allein nach Nr. 9 und 10 der Terminierungsempfehlung zu beurteilen. Darüber hinausgehende Entgeltunterschiede lassen sich dagegen mit dem verfügbaren Symmetrieziel nicht in Übereinklang bringen.

### **3.7 Getrennte Rechnungsführung, § 24 TKG**

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Regulierungsbehörde den Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit Zugangsleistungen zu einer getrennten Rechnungsführung verpflichten.

§ 24 TKG setzt Artikel 11 Zugangs-RL um. Der diesen Artikel erläuternde Erwägungsgrund 18 der Richtlinie nimmt wiederum Bezug auf die Empfehlung 98/322/EG vom 8. April 1998 zur Zusammenschaltung (Teil 2 - Getrennte Buchführung und Kostenrechnung). Demnach ist Zweck der getrennten Buchführung, eine aus den Rechnungsbüchern hergeleitete Informationsanalyse vorzulegen, die das Ergebnis von Teilbereichen eines Geschäfts auf der Basis einer Aufgliederung von Kosten und Erlösen mit größtmöglicher Annäherung so beschreibt, als handele es sich um getrennt geführte Geschäftstätigkeiten. Die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung soll somit insbesondere Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionen verhindern, § 24 Abs. 1 S. 3 TKG

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer allerdings zu dem Ergebnis gekommen, dass die Auferlegung einer solchen Verpflichtung zur Erreichung dieser Zielsetzung vorliegend nicht erforderlich ist und daher unverhältnismäßig wäre.

Die Entgelte, welche die Betroffene für die Zusammenschaltung einschließlich der Kollokation erheben kann, unterliegen der Genehmigungspflicht nach den §§ 30 Abs. 1 S. 1, 31 TKG. Weil Entgelte nur innerhalb der nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG bzw. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG vorgegebenen Höchstgrenzen genehmigungsfähig sind, ist die Gefahr einer unzulässigen Quersubventionierung, die durch eine getrennte Rechnungsführung verhindert werden sollte, ausgeschlossen,

vgl. hierzu auch VG Köln, Urteil 21 K 2317/11 vom 22.08.2012, S. 22 des amtlichen Umdrucks.

Die Beschlusskammer sieht deshalb von einer Verpflichtung der Betroffenen zur getrennten Rechnungsführung ab.

**Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

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

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

Bonn, den 2014

Anlage  
Festlegung der Präsidentenkammer

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Wieners

Dr. Geers