



Beschlusskammer 3

BK3-1-22/012

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Maßnahmen auf dem Markt Nr. 2 „Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene in einzelnen Mobilfunknetzen“ der Empfehlung der Kommission vom 09.10.2014 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung 2014/710/EU), veröffentlicht im ABl. EU 2014, Nr. L 295, S. 79,

betreffend

die Lebara Limited
7th Floor, Import Building, 2 Clove Crescent, East India
Dock, London, E14 2BE, Großbritannien,
vertreten durch den Vorstand,

Betroffene,

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

durch

die Vorsitzende Ute Dreger,
den Beisitzer Helmut Scharnagl und
den Beisitzer Matthias Wieners

nach der von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur beschlossenen
Kurzfestlegung:

„Neben den in der aktuellen Festlegung bereits benannten Unternehmen verfügt auf den relevanten bundesweiten Märkten für die Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene in einzelnen Mobilfunknetzen auch das Unternehmen Lebara Limited. über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 TKG.“

folgende

Regulierungsverfügung

beschlossen:

- I. Der Betroffenen werden folgende Verpflichtungen auferlegt:
 1. Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Koppelung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen zu ermöglichen,
 2. über die Koppelung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren,
 3. zum Zwecke der Koppelung und Terminierung gemäß Ziffern 1. und 2. Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
 4. Die Pflichten aus Ziffer 1. bis 3. gelten nicht für Verbindungen mit Ursprung außerhalb der Europäischen Union, soweit und solange für diese Verbindungen die im delegierten Rechtsakt gemäß Art. 75 Abs. 1 EKEK geregelte maximale Obergrenze für die Anrufzustellung ins Mobilfunknetz nicht gilt.
 5. den Zugang dadurch in diskriminierungsfreier Weise zu gewähren, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffern 1. bis 3. auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren, der in Bezug auf Funktionsumfang und Preis mindestens jenem vergleichbar ist, den sich die Betroffene selbst intern bereitstellt, und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen sowie
 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. 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.
- II. Es wird festgestellt, dass die Betroffene dem delegierten Rechtsakt gemäß Art. 75 Abs. 1 EKEK unterworfen ist.

Sachverhalt

Die Betroffene ist ein Anbieter für Mobile Dienste (AMD). Sie betreibt seit Mai 2022 als sog. „Full-MVNO“ ein bundesweit öffentliches (virtuelles) zellulares Mobilfunknetz über das sie eigenständig Terminierungsleistungen unter Verwendung von Mobile-Dienste-Rufnummern realisiert. Zuvor war die Betroffene bereits als sog. „Light-MVNO“ tätig. Zur Erbringung ihrer Dienste stellte die Betroffene ursprünglich auf das Mobilfunknetz der Telekom Deutschland GmbH ab. Mit der Aufnahme der Tätigkeit als „Full-MVNO“ wechselte sie in das mobile Anschlussnetz der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, über welches sie seit August 2022 Vorleistungen zur Erbringung von Endkundenangeboten bezieht. Seit dem Netzbetreiberwechsel nimmt die Betroffene, neben den Endkundenbeziehungen, auch die Verwaltung und den Betrieb des virtuellen Mobilfunknetzes selbständig wahr. Sie verfügt hierzu über die Hoheit eigener Rufnummernblöcke für Mobile Dienste.

Im Rahmen einer sog. „Kurzfestlegung“ (Az. BK1-22/002 vom xx.xx.2023) hat die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur festgestellt, dass die Betroffene auf dem regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für Anrufzustellung in ihr Netz über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG verfügt.

Im Hinblick auf das unter dem Aktenzeichen BK1-22/002 vom 02.11. bis zum 02.12.2022 durchgeführte nationale Konsultationsverfahren bezüglich einer Kurzfestlegung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur, mit der die beträchtliche Marktmacht der Betroffenen auf dem bundesweiten Markt für Anrufzustellungen in ihr Mobilfunknetz festgestellt werden sollte, hat die Beschlusskammer von Amts wegen ein Verfahren zur Auferlegung einer Regulierungsverfügung eingeleitet und mit Schreiben vom 08.11.2022 der Betroffenen mitgeteilt, dass sie erwägt, eine Zusammenschaltungs-, Gleichbehandlungs-, Transparenz- und Genehmigungsverpflichtung aufzuerlegen. Im Hinblick auf den gemäß Art. 75 EKEK mittlerweile eingeführten delegierten Rechtsakt und der damit einhergehenden unionsweit einheitlichen Obergrenze für ein Mobilfunkterminierungsentgelt (MTR) solle von einer Genehmigungspflicht abgesehen werden. Die Terminierung für Verbindungen mit Ursprung außerhalb der EU solle entsprechend dem EKEK begrenzt werden.

Die Betroffene antwortete hierauf mit Schreiben vom 22.11.2022. Sie gab an, dass ihr die Entscheidungspraxis der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Regulierung der Mobilfunkterminierungsmärkte bekannt sei und sie eine entsprechende Anwendung begrüße. Auf Basis dessen habe sie keine Kommentare oder Einwände zum geplanten Erlass der Regulierungsverfügung.

Des Weiteren beantragte die Betroffene,

„die Regulierungsverfügung an Lebara Limited zu richten und ausschließlich auf das virtuelle Mobilfunknetz von Lebara Limited Bezug zu nehmen.“

sowie die Verpflichtung zur Terminierung von Verbindungen in das Lebara-Netz auf Verbindungen aus EU/EWR-Ländern zu beschränken und in Übereinstimmung mit anderen vergleichbaren Regulierungsverfügungen für Mobilfunkterminierungsmärkte die diesbezügliche Verpflichtung wie folgt zu formulieren:

„über die Koppelung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren, es sei denn, die Verbindungen haben ihren Ursprung in einem Staat außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums.“

[Weiterer Verfahrensgang]

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die anliegende Kurzfestlegung der Präsidentenkammer sowie auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

Gründe

1. Rechtsgrundlage

Die auferlegten Maßnahmen beruhen auf folgenden rechtlichen Grundlagen:

- § 13 Abs. 1 TKG i.V.m. §§ 14 Abs. 1 und 2, 26 Abs. 3 Nr. 1 und 7 TKG, soweit die Betroffene in **Ziffer I.1.** zur Netzkoppelung und in **Ziffer I.2.** zur Erbringung von Verbindungsleistungen verpflichtet wird,
- § 13 Abs. 1 TKG i.V.m. §§ 14 Abs. 1 und 2, 26 Abs. 3 Nr. 9 TKG, soweit sie in **Ziffer I.3.** dazu verpflichtet wird, zum Zwecke der Koppelung und Terminierung Kollokation und im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
- § 13 Abs. 1 TKG i.V.m. § 14 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 75 EKEK i.V.m. Art. 1 Nr. 4 i.V.m. Art. 2 des delegierten Rechtsakts der EU-Kommission soweit in **Ziffer 1.4.** des Tenors die Pflicht zur Terminierung von Anrufen mit Ursprung außerhalb der Europäischen Union begrenzt wird,
- § 13 Abs. 1 TKG i.V.m. §§ 14 Abs. 1 und 2, 24 Abs. 1 TKG, soweit sie in **Ziffer I.5.** dazu verpflichtet wird, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffer 1. bis 3. auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen,
- § 13 Abs. 1 TKG i.V.m. §§ 14 Abs. 1 und 2, 25 Abs. 3 TKG, soweit sie gemäß **Ziffer I.6.** zur Vorlage von Zugangsverträgen verpflichtet wird,
- § 13 Abs. 1 TKG i.V.m. §§ 14 Abs. 1 und 2, 25 Abs. 1 TKG, soweit sie gemäß **Ziffer I.7.** zur Veröffentlichung von Informationen verpflichtet wird,
- § 13 Abs. 1 TKG i.V.m. § 38 Abs. 5 TKG, soweit in **Ziffer II.** die Geltung des delegierten Rechtsakts gemäß Art. 75 Abs. 1 EKEK festgestellt wird.

2. Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die vorliegende Regulierungsverfügung ergibt sich aus §§ 13 TKG i.V.m. § 211 Abs. 1 S. 1 TKG.

Danach entscheidet die Bundesnetzagentur im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern. Gemäß § 211 Abs. 5 S. 2 TKG erfolgen die Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer.

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

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung sowie das Ergebnis des nationalen Konsultationsverfahrens sind jeweils gemäß §§ 14 Abs. 2, 12 Abs. 1 TKG i.V.m. § 192 TKG im Amtsblatt und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ist die Entscheidung gemäß § 211 Abs. 5 S. 2 TKG behördenintern abgestimmt worden. Dem Bundeskartellamt ist Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern (§ 197 Abs. 1 Nr. 1 TKG).

Der Entwurf der Regulierungsverfügung ist der EU-Kommission, den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten sowie dem GEREK gemäß § 14 Abs. 3 S. 1, § 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG zur Verfügung gestellt worden.

3. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen

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

Anrufzustellung in das Mobilfunknetz der Betroffenen

regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG i.V.m. Art. 64 Abs. 3 S. 1 EKEK. Auf diesem Markt verfügt die Betroffene zudem über beträchtliche Marktmacht.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus der als **Anlage** beigefügten, gemäß § 211 Abs. 5 S. 2 TKG von der Präsidentenkammer getroffenen Kurzfestlegung, die wegen § 13 Abs. 7 TKG Inhalt dieser Regulierungsverfügung ist und auf die daher Bezug genommen wird.

Entsprechend der Marktdefinition ist das Netz der Betroffenen ein „Mobilfunknetz“ i.S.d. Festlegung. Zur sachlichen Marktabgrenzung ist in der Kurzfestlegung unter Ziffer 8.2.1.4. ausgeführt:

„Die Marktabgrenzung hat sich damit in sachlicher Hinsicht nicht zu der letztmaligen Abgrenzung im Rahmen der aktuellen Festlegung verändert.“

Es ist weiterhin von betreiberindividuellen Terminierungsmärkten auszugehen. Ein sachlicher Markt erstreckt sich damit wie bislang auf die Netzgrenzen des M(V)NO, der die Hoheit über die entsprechenden Rufnummern für Mobile Dienste innehat. Die verschiedenen technischen Arten der Realisierung der Anrufzustellung (z. B. die Anrufzustellung über ein öffentliches zelluläres Mobilfunknetz oder über das offene Internet) sind als untereinander austauschbar anzusehen, sodass sämtliche Anrufzustellungsleistungen, die mittels einer telefondienstspezifischen Zusammenschaltung an den terminierenden Netzbetreiber übergeben werden, unabhängig von ihrer technischen Realisierung (sowohl über zellulare Mobilfunknetze als auch über das offene Internet) und unabhängig von der Originierung des Gespräches dem relevanten Markt zuzurechnen sind.“

4. Auferlegung der einzelnen Verpflichtungen

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens hat die Beschlusskammer der Betroffenen Verpflichtungen auferlegt und im Übrigen von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG abgesehen.

4.1 Zusammenschaltung (Koppelung und Terminierung), § 26 Abs. 3 Nr. 7 TKG

Nach § 26 Abs. 3 Nr. 7 TKG kann die Bundesnetzagentur Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmarkt verfügen, die Verpflichtung auferlegen, die Zusammenschaltung zu ermöglichen und nach § 26 Abs. 3 Nr. 1 TKG Zugang zu bestimmten physischen Netzkomponenten zu gewähren.

Zusammenschaltung ist gemäß § 3 Nr. 79 TKG derjenige Zugang, der die physische und logische Verbindung zweier öffentlicher Telekommunikationsnetze herstellt. Die Zusammenschaltung dient der Kommunikation von Nutzern. Sie erhält ihren Sinn also durch die darüber abgewickelten Verbindungsleistungen. Die Zusammenschaltungspflicht im Sinne einer Netzkoppelungspflicht ist deshalb immer dann – und nur dann – aufzuerlegen, wenn damit auch die Pflicht zur Erbringung von Verbindungsleistungen verbunden wird. Letzteres findet vorliegend seinen Ausdruck in der Verpflichtung der Betroffenen, über die Netzkoppelung auch Verbindungen in ihr Netz zu terminieren. Um diesen Zusammenhang stärker zu betonen, wird in der vorliegenden Regulierungsverfügung von „Koppelung“ gesprochen, wenn die Netzzusammenschaltung als solche gemeint ist.

Gemäß § 26 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur marktmächtige Betreiber verpflichten, anderen Unternehmen Zugang nach Maßgabe dieser Vorschrift zu gewähren, wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endnutzermarktes behindert und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden. Bei der Prüfung, ob und welche

Zugangsverpflichtungen gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 TKG stehen, hat die Bundesnetzagentur die in § 26 Abs. 21 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien zu prüfen.

Nach diesen Maßgaben erstreckt die Beschlusskammer die Netzkoppelungs- und Terminierungspflichten grundsätzlich auf alle von der Marktdefinition umfassten Leistungen.

Erfasst von der Netzkoppelungspflicht sind telefondienstspezifische Zusammenschaltungen sowohl auf PSTN- als auch auf IP-Ebene,

vgl. Anlage, Ziffer 8.3.1.5.

Die Terminierungspflicht betrifft die über diese Übergabestellen realisierten Sprachverbindungen aus dem Telefonnetz des Zusammenschaltungspartners zu Telefonanschlüssen über das öffentliche Telekommunikationsnetz der Betroffenen mit einer Mobile Dienste-Nummer als Zielrufnummer,

siehe Anlage, Ziffer 8.3.1.5.

Die Terminierungspflicht gilt allerdings nicht für Verbindungen mit Ursprung außerhalb der Europäischen Union, soweit und solange für diese Verbindungen die im delegierten Rechtsakt gemäß Art. 75 Abs. 1 EKEK geregelte maximale Obergrenze für die Anrufzustellung ins Mobilfunknetz nicht gilt,

siehe unten, Ziffer 4.1.4.

Die Verpflichtungen sind geeignet, erforderlich und angemessen, um die hier relevanten Regulierungsziele zu erreichen.

4.1.1 Eignung

Die tenorierten Zusammenschaltungsverpflichtungen eignen sich zur Erreichung der im vorliegenden Fall bedeutsamen Regulierungsziele.

Erstens sind die Nutzer-, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (§ 26 Abs. 1 S. 1 a.E.; § 26 Abs. 2 S. 12 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 S. 1 lit. b) TKG). Anzustreben ist ein größtmöglicher Nutzen für die Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität (§ 26 Abs. 2 S. 12 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. d) TKG). Außerdem sind die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit den Verbrauchern, die in den verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland herrschen, gebührend zu berücksichtigen (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 5 Alt. 2 TKG).

In Einklang mit diesen Zielen stellen die Verpflichtungen zur Netzkoppelung und zur Terminierung die Erreichbarkeit der Teilnehmer im Netz der Betroffenen aus den Netzen der Wettbewerber unter Nutzung einer Rufnummer für Mobile Dienste sicher. Damit wird die Kommunikation zwischen den Endnutzern ermöglicht bzw. verbessert. 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.

Die Gewährleistung einer netzübergreifenden Erreichbarkeit bedeutet nicht, dass alle Netze direkt miteinander verbunden sein müssen; allerdings muss sichergestellt sein, dass Teilnehmernetzbetreiber, wie die Betroffene, auf Nachfrage die Terminierung gewähren. Zwar würde etwa der Transit über das Netz der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG grundsätzlich genügen, um auch die Mobile Dienste-Kunden der Betroffenen zu erreichen. Damit bliebe aber die Anrufzustellung zu den Endkunden der Betroffenen auf Dauer von der Netzleistung des Transitnetzbetreibers abhängig und der hier regulierte Engpass würde sich damit nur auf dieses Netz verlagern.

Ferner sollte es einem Netzbetreiber nicht verwehrt werden, eine unmittelbare Zusammenschaltung zu realisieren, wenn aus dessen Sicht die unmittelbare Zusammenschaltung etwa auf Grund des Ausmaßes des Verkehrs eine Effizienzsteigerung gegenüber dem Transit über

das Festnetz bedeutet. Kostenreduzierungen auf der Vorleistungsebene dürften zugleich mittelbar den Endkunden zu Gute kommen.

Zweitens von Interesse ist der Wettbewerb insbesondere auf dem Endnutzermarkt (§ 26 Abs. 1 TKG). Gefördert werden sollen nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation und die damit verbundenen Infrastrukturinvestitionen und Innovationen (§ 26 Abs. 1.; § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 4; § 2 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und Abs. 23 Nr. 3 TKG). Der Wettbewerb soll zudem chancengleich sein (§ 26 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 TKG). Bei der Wettbewerbsförderung sind sowohl die Belange in der Fläche (§ 26 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 a.E. TKG) als auch wiederum die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit dem Wettbewerb, die in den verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland herrschen (§ 26 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 5 TKG), gebührend zu berücksichtigen.

Die Verpflichtung zur Zusammenschaltung dient einer solchen Förderung 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 unter Nutzung einer Rufnummer für Mobile Dienste zu gewährleisten. Die Kopplungs- und Terminierungsleistungen sind deshalb essentiell für jede Form des dienst- und infrastrukturbasierten Wettbewerbs.

Drittens ist die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union, u.a. in Form der Bereitstellung europaweiter Dienste, zu fördern (§ 26 Abs. 2 S. 1 und S. 2 Nr. 6 TKG; i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG). Die Verpflichtung, Zugang zu Terminierungsleistungen zu gewähren, ermöglicht eine solche Bereitstellung europaweiter Dienste.

Soweit schließlich der Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen ist (§ 26 Abs. i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG), hat die vorliegend auferlegte Zusammenschaltungspflicht hierauf keinen Einfluss. Es ist nicht ersichtlich, wie und weshalb die – ggf. erzwungene – Zustellung von *Sprachverbindungen* den Ausbau derartiger Netze behindern oder auch beschleunigen sollte. Im Vergleich zu den insgesamt transportierten Datenverbindungen benötigen die verfahrensgegenständlichen Sprachverbindungen nur geringe Netzkapazitäten.

4.1.2 Erforderlichkeit

Die auferlegte Zusammenschaltungsverpflichtung ist auch erforderlich zur Zielerreichung.

Im Rahmen dieses Prüfungspunktes hat die Beschlusskammer zum einen die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG) zu berücksichtigen.

Die Regelung geht wortgleich auf § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG²⁰⁰⁴ zurück. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf des TKG²⁰⁰⁴ zu § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 soll bei dem Abwägungskriterium der technischen und wirtschaftlichen **Tragfähigkeit** der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen 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,

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

Nach diesen Kriterien ist die auferlegte Verpflichtung erforderlich. Denn alternative Angebote einschließlich vorgelagerter Zugangsprodukte sind aufgrund des marktmanenten Monopols der Betroffenen nicht vorhanden.

Hieran ändert sich auch nichts, wenn man zusätzlich die Angebote sogenannter Over-the-Top-Kommunikationsdienste (OTT) in den Blick nimmt. Diese Angebote versetzen den Netzbetreiber, dessen Endkunde eine Mobile Dienste-Nummer im Netz der Betroffenen anruft und damit eine entsprechende Verbindungsherstellung beauftragt, nicht in die Lage, der Terminierungsleistung der Betroffenen auszuweichen. Denn aufgrund der Hoheit der Verkehrsführung zu bestimmten Rufnummern ist eine alternative Erbringung der Vorleistung durch einen dritten Anbieter (hier: OTT) grundsätzlich nicht möglich.

vgl. Anlage Ziffer 8.2.1.1.

Zum anderen ist zu prüfen, ob bereits auferlegte Verpflichtungen oder freiwillige Angebote, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der Regulierungsziele ausreichen (§ 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG).

Die in § 20 Abs. 1 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 Angebots hat die gesetzliche Verpflichtung nach § 20 Abs. 1 TKG allerdings 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 § 35 TKG festlegen zu lassen.

Zur Gewährleistung der netzübergreifenden Erreichbarkeit und damit des Schutzes der Interessen der Endnutzer sowie zur Sicherung bzw. Förderung des Wettbewerbs reicht auch die MTR-Obergrenze 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 etc.). Allein die Möglichkeit eines Anordnungsverfahrens nach § 35 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.

Jedenfalls wäre ein Angebot für die Erreichung der Regulierungsziele nicht *ausreichend*. Die Betroffene bietet die Leistung Anrufzustellung in ihr Netz zwar am Markt an. Dem Abwägungskriterium des Angebotes kann in Konstellationen wie der vorliegenden aber kein entscheidendes Gewicht zukommen. Die Marktteilnehmer sind auf die Nutzung eines nicht zu duplizierenden Vorleistungsproduktes angewiesen, um überhaupt auf dem Markt auftreten zu können. Ferner besteht ein überragendes Interesse der Endnutzer an der Erreichbarkeit aller anderen Nutzer, wie es durch §§ 21, 35 Abs. 3 TKG zum Ausdruck kommt. In diesen Fällen genügt auch ein freiwilliges Angebot nicht, wenn auch nur die abstrakte Gefahr besteht, dass das freiwillige Angebot zurückgenommen bzw. mit überhöhten Konditionen verknüpft wird. So würde es der Betroffenen grundsätzlich freistehen, 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 Zusammen-

schaltung zu Konditionen angeordnet wird, zu deren Gewährung die Betroffene in den entsprechenden Verhandlungen nicht bereit war. Dieses Risiko hat sie aber in Anbetracht ihrer festgestellten unangreifbaren Marktmacht sowie ihrer Stellung als Teilnehmernetzbetreiberin und der damit einhergehenden Kontrolle über den Zugang zu den angeschlossenen Endkunden zu tragen.

4.1.3 Angemessenheit

Die tenorierte Zusammenschaltungsverpflichtung erweist sich auch als angemessen.

Bei der Prüfung der Angemessenheit sind die Grundrechte zur Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und auf Schutz des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) im Blick zu behalten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeiten der Gewährung des Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 TKG) sowie mit Bezug auf die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 3; siehe auch § 26 Abs. 1; § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 4; § 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und Abs. 3 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 3 lit. a) TKG). Ferner von Relevanz können die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit sein. So soll etwa die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch gefördert werden, dass die Bundesnetzagentur über angemessene Zeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beibehält (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG). Schließlich können auch die Einwirkungen auf weitere Rechtsgüter wie gewerbliche Schutzrechte und Rechte an geistigem Eigentum (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 TKG) sowie das Interesse an der Aufrechterhaltung der Netzintegrität und der Sicherheit des Netzbetriebs (§ 26 Abs. 4 und 5 TKG) im Einzelfall von Belang sein.

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist danach abzuwägen, ob die *verfügbare Kapazität* (§ 26 Abs. 2 S. 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 Ausbauverpflichtung 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. Wie bereits erwähnt, wird der Ausbau der Mobilfunknetze derzeit aber ohnehin im Wesentlichen vom steigenden Volumen der abzuwickelnden Datenverbindungen getrieben. Die vorliegend regulierten Leistungen sind dagegen allenfalls marginal für stattfindende Netzerweiterungen verantwortlich.

Ferner sind gemäß § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 TKG die *Anfangsinvestitionen* des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und 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 zugangsverpflichtetes 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

ge-tätigt 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. 83 ff, zur gleichlautenden Norm im TKG²⁰⁰⁴.

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 genügendes Angebot. Die entsprechenden Investitionen erfolgen deshalb auch in deren Interesse.

Am Ende bedroht die auferlegte Zugangsverpflichtung keine schützenswerten Anfangsinvestitionen der Betroffenen.

Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum (vgl. § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 TKG) werden durch die Terminierungsverpflichtung nicht berührt.

Die Angemessenheit der Zusammenschaltungsverpflichtung ist damit gegeben.

4.1.4 Begrenzung der Terminierungspflicht bei Anrufen mit Ursprung außerhalb der Europäischen Union

Die in Ziffer I.1. bis 3. geregelten Pflichten für Verbindungen mit Ursprung außerhalb der Europäischen Union gelten nicht, soweit und solange für diese Verbindungen die im delegierten Rechtsakt gemäß Art. 75 Abs. 1 EKEK geregelte maximale Obergrenze für die Anrufzustellung ins Mobilfunknetz nicht gilt.

4.1.4.1 Geeignetheit der Zugangsverpflichtung

Die Verpflichtung der Betroffenen, über Netzkopplungen auch solche Verbindungen in ihr Netz zu terminieren, die ihren Ursprung außerhalb der EU haben, muss geeignet sein, die hier relevanten Regulierungsziele zu erfüllen bzw. zu befördern.

Im Einzelnen:

Interessen der Nutzer, § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG

Die in § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG genannten Interessen der Nutzer und Verbraucher werden gewahrt, wenn diese eine Auswahl zwischen verschiedenen Diensten und Anbietern zu günstigen Preisen haben. Die Nutzer haben unmittelbar, die Verbraucher mittelbar ein berechtigtes Interesse daran, dass die Vorleistungsnachfrager nicht mehr an die Betroffene zahlen müssen, als dies bei wirksamem Wettbewerb der Fall wäre.

Durch die Zugangsverpflichtung werden die Interessen der Nutzer grundsätzlich gefördert, da sie sicherstellt, dass die einzelnen Teilnehmer im Netz der Betroffenen auch für Anrufer außerhalb der EU über eine Ortsnetzrufnummer erreichbar sind und zugleich auch ihrerseits Teilnehmer außerhalb der EU erreichen können. Die fragliche Zugangsverpflichtung dient insoweit dem Hauptinteresse der Teilnehmer des öffentlichen Telefonnetzes, indem es deren Kommunikationsmöglichkeiten ermöglicht bzw. verbessert.

Andererseits erfolgt über die Zusammenschaltung in der Regel auch der Einkauf der Terminierungsleistung in die andere Richtung, also in den Staat außerhalb der EU. Das Nutzerinteresse ist vor diesem Hintergrund insbesondere darauf gerichtet, in Richtung der Staaten außerhalb

der EU zu möglichst günstigen Preisen telefonieren zu können. Soweit der delegierte Rechtsakt nicht anwendbar ist, sehen sich die Betroffene und andere deutsche und europäischen Netzbetreiber indes mit (sehr) hohen Terminierungskosten in etlichen Zielstaaten außerhalb der EU konfrontiert. Aufgrund dieser hohen Kosten ist es einigen Telefonnetzbetreibern nicht möglich, ihren Kunden attraktive Angebote oder sogar Flatrates für Verbindungen in Staaten außerhalb der EU zu unterbreiten.

Wie zuletzt im Beschluss BK3a-20/025 vom 29.09.2020 unter 5.1 ausgeführt, sprechen in diesem Zusammenhang gute Gründe dafür, dass eine Rücknahme regulatorischer Verpflichtungen hinsichtlich der Terminierung für Verbindungen mit Ursprung außerhalb der EU der Betroffenen die Möglichkeit eröffnet, im Wege ausgeglichener Vertragsverhandlungen auf eine Absenkung der Terminierungsentgelte hinzuwirken, wodurch die Verfügbarkeit attraktiver Endkundenprodukte für Verbindungen zu Teilnehmern außerhalb der EU verbessert würde.

Die Geeignetheit der hier in Rede stehenden Zugangsverpflichtung für die Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen ist je nach Perspektive unterschiedlich zu bewerten. Für eine Geeignetheit der Verpflichtung spricht der Aspekt der Konnektivität, also die Ermöglichung und Optimierung möglichst umfangreicher Kommunikationsmöglichkeiten. Ein primäres Abstellen auf das Interesse an möglichst günstigen Preisen für Verbindungen zu Teilnehmern außerhalb der EU streitet zugleich aber auch gegen die Geeignetheit der fraglichen Verpflichtungen.

Förderung des Wettbewerbs, § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG

In vergleichbarer Weise erscheint die Geeignetheit der Zugangsverpflichtung zu Gunsten von Netzbetreibern außerhalb der EU auch zumindest fraglich im Hinblick auf die Förderung des Wettbewerbs auf dem hier relevanten Markt. Grundsätzlich dienen Zugangsverpflichtungen im Sinne des § 26 TKG dazu, die Erreichbarkeit der Teilnehmer im Netz der Betroffenen zu ermöglichen bzw. zu erweitern. Auch für jede erfolgreiche Teilnahme auf dem hier gegenständlichen Markt ist es essentiell, den eigenen Kunden eine möglichst weitgehende Erreichbarkeit anderer Teilnehmer zu sichern. Schon von daher sind Kopplungs- und Terminierungsverpflichtungen bedeutsam für einen dienste- und infrastrukturasierten Wettbewerb.

Unter Berücksichtigung der Ausführungen im Beschluss BK3a-20/025 vom 29.09.2020 unter Ziffer 5.1 spricht aber einiges dafür, dass ein Absehen von einer derartigen Zugangsverpflichtung die Wettbewerbssicherstellung und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte letztlich stärker befördert. Denn wie sich gezeigt hat, steigt mit einem größeren Verhandlungsspielraum gegenüber Netzbetreibern außerhalb der EU auch die Wahrscheinlichkeit deutlich abgesenkter gegenseitiger Terminierungsentgelte. Entsprechende Kostensenkungen können sodann für eine Verbesserung der hiesigen Endkundenangebote genutzt werden. Jedenfalls wären sie aber geeignet, der eingeschränkten bzw. entfallenen Verfügbarkeit von attraktiven Endkundenprodukten entgegenzuwirken.

Wenn derart allen fraglichen deutschen Netzbetreibern im Ergebnis die Möglichkeit eröffnet wird, die gegenseitigen Terminierungsentgelte frei mit Netzbetreiber außerhalb der EU bzw. Transit-Netzbetreibern auszuhandeln, so liegt es gleichzeitig an ihnen, wie geschickt und kraftvoll sie diesen Verhandlungsspielraum einbringen. Auf diese Weise wird der Wettbewerb zwischen ihnen befördert.

Eine (Beibehaltung der) Zugangsverpflichtung würde hingegen die entsprechenden Verhandlungs- und damit Wettbewerbsdynamiken erheblich reduzieren und scheint somit nicht geeignet, das Regulierungsziel maßgeblich zu fördern.

Entwicklung des Binnenmarktes der EU, § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG

Hinsichtlich des Regulierungsziels, die Entwicklung des EU-Binnenmarktes, u.a. in Form der Bereitstellung europaweiter Dienste, zu fördern (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 TKG; § 21 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG) verhält sich die Zugangsverpflichtung für Verbindungen von Teilnehmern außerhalb der EU im Grundsatz neutral. Durch die in Rede stehenden Verbindungen

wird der Binnenmarkt nicht unmittelbar betroffen. Denn innerhalb der EU besteht für Zugangsverpflichtungen und die MTR-Obergrenze bereits ein weitgehendes level playing field. Eine Änderung der hier in Rede stehenden Zugangsverpflichtungen bezüglich eingehender Verbindungen von außerhalb der EU hat hierauf keinen Einfluss.

Unter dem Gesichtspunkt einer *Harmonisierung* des EU-Binnenmarktes kann gleichwohl angebracht werden, dass eine Aufrechterhaltung regulatorischer Kontrolle in Bezug auf eingehende Verbindungen von außerhalb der EU einer Vereinheitlichung regulatorischer Vorgehensweisen nicht dienlich ist. Von den 26 weiteren Mitgliedsstaaten ist die (Entgelt-)Regulierung der Terminierung von Verbindungen mit Ursprung in Staaten außerhalb der EU in 16 Staaten eingeschränkt. Dies umfasst vor allem auch die vier nach Deutschland bevölkerungsreichsten Mitgliedsstaaten Frankreich, Italien, Spanien und Polen in denen zusammen fast die Hälfte der EU-Bevölkerung lebt. In diesem Sinne wäre vielmehr ein *Widerruf* der Terminierungspflicht für Anrufe von außerhalb der EU einer Harmonisierung des EU-Binnenmarktes dienlich.

Förderung hochleistungsfähiger Netze, § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 lit. a TKG

Hinsichtlich der Förderung des beschleunigten Ausbaus und der Nutzung von Telekommunikationsnetzen mit sehr hoher Kapazität verhält sich die hier in Rede stehende Zugangsverpflichtung letztlich neutral. Das Regulierungsziel bezieht sich gemäß der Definition in § 3 Nr. 33 TKG auf Anschlussnetze und damit nicht auf den beschleunigten Ausbau und Nutzung des NGN, über das die Terminierung realisiert wird. Es ist nicht ersichtlich, wie sich die Zusammenschaltungspflicht bzw. deren Wegfall auf den Ausbau der Anschlussnetze auswirken könnte.

Zwischenergebnis

Eine Verpflichtung erweist sich somit jedenfalls teilweise als geeignet, die Regulierungsziele zu fördern.

4.1.4.2 Erforderlichkeit der Zugangsverpflichtung

Die Verpflichtung der Betroffenen, über Netzkopplungen auch solche Verbindungen in ihr Netz zu terminieren, die ihren Ursprung in einem Staat außerhalb der EU haben, muss erforderlich sein, um die Regulierungsziele zu erfüllen bzw. zu fördern. Insofern ist die Betrachtung insbesondere auf die Regulierungsziele zu richten, für deren Erreichung oder Förderung die Zugangsverpflichtung geeignet ist. Die Zugangsverpflichtung wäre insofern erforderlich, wenn kein gleichwertiger, weniger eingriffsintensiver Ersatz für die Zugangsverpflichtung bestünde. Es stellt sich mithin die Frage, ob die Auferlegung der in Rede stehenden Zugangsverpflichtung (unter Ausschluss eines Leistungsverweigerungsrechts) in diesem Sinne erforderlich ist, um die insoweit beachtlichen Regulierungsziele zu erreichen.

Im Rahmen dieses Prüfungspunktes hat die Beschlusskammer zunächst die *technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit* der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG) zu berücksichtigen.

Entsprechend der Begründung zum Regierungsentwurf des TKG 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,

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

Nach diesen Kriterien ist die Verpflichtung erforderlich. Denn alternative Angebote einschließlich vorgelagerter Zugangsprodukte sind aufgrund des marktmanenten Monopols der Betroffenen nicht vorhanden.

Es liegt auch kein hinreichendes, Angebot im Sinne des § 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG vor, das bereits für die Erreichung der Regulierungsziele genügt. Die Betroffene bietet die Leistung Anrufzustellung in ihr Netz zwar am Markt an. Dies führt indes nicht dazu, dass eine Zugangsverpflichtung durch die Beschlusskammer 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.) zu der gleichlautenden Norm im TKG²⁰⁰⁴.

Denn dem Abwägungskriterium des Angebotes kann auch in Konstellationen wie der hier in Rede stehenden kein entscheidendes Gewicht zukommen. Auch die Netzbetreiber außerhalb der EU (bzw. Transitnetzbetreiber) sind als Nachfrager auf die Nutzung eines nicht zu duplizierenden Vorleistungsproduktes angewiesen, um überhaupt auf dem hiesigen Markt auftreten zu können. Bereits deshalb genügt allein ein freiwilliges Angebot nicht, wenn auch nur die abstrakte Gefahr besteht, dass das freiwillige Angebot zurückgenommen bzw. mit überhöhten Konditionen verknüpft wird. So wäre es der Betroffenen grundsätzlich möglich, ein Angebot bei Bedarf vom Markt zurückzuziehen bzw. ein in seinen Bedingungen unzureichendes Angebot zu entwerfen und somit ein Scheitern der Zusammenschaltung zu provozieren. Demzufolge erweist sich die Auferlegung insbesondere im Hinblick auf das Konnektivitätsinteresse als erforderlich.

4.1.4.3 Angemessenheit der Zugangsverpflichtung

Erweist sich die Zugangsverpflichtung bezüglich der Verbindungen mit Ursprung außerhalb der EU nach Maßgabe der obigen Ausführungen damit als teilweise geeignet und erforderlich, ist ihre Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne in den Blick zu nehmen. Bei der dementsprechenden Prüfung, ob die Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen steht, sind vornehmlich die in § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien sowie die Regulierungsgrundsätze zu berücksichtigen.

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist hervorzuheben, dass die Auferlegung bzw. Beibehaltung der Zugangsverpflichtung hinsichtlich der Verbindungen mit Ursprung außerhalb der EU mit nicht unerheblichen Schmälerungen grundrechtlich geschützter Freiheiten einherginge. Insbesondere könnte die Betroffene gegenüber Netzbetreibern außerhalb der EU nicht, oder nur noch in eingeschränkter Weise, über das Ob und das Wie der Nutzung ihres Netzes zwecks Terminierung bestimmen. Es ist insoweit allerdings deutlich zu betonen, dass die dahingehende Beschwerde insoweit weniger schwer wiegt, als dass die Betroffene grundsätzlich auch aus eigenem Antrieb ein ganz erhebliches Interesse an der Erbringung, also dem *Ob* der fraglichen Leistung hat. Gleichwohl wird durch die Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen ihr wirtschaftlich-strategischer Handlungsspielraum gegenüber Netzbetreibern außerhalb der EU in Bezug auf das *Wie* der Nutzung begrenzt. Die tatsächlichen Folgen dessen wurden zuletzt im Beschluss BK3a-20/025 vom 29.09.2020 unter 5.1 skizziert.

Es stellt sich mithin die Frage, ob diese Beschwerde im Hinblick auf die zu berücksichtigenden Regulierungskriterien und -grundsätze angemessen erscheint.

Die im Rahmen dieser Angemessenheitsprüfung zunächst zu beachtenden Kriterien aus § 26 Abs. 2 S. 2 TKG stünden einer Zugangsverpflichtung jedenfalls nicht entgegen.

Denn hiernach wäre einmal abzuwägen, dass – wie ausgeführt – die verfügbare Kapazität (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 TKG) für die Zugangsgewährung ausreicht und eine etwaige Zugangsverpflichtung auch keine Anfangsinvestitionen der Betroffenen im Sinne des § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 TKG gefährdet.

Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum (vgl. § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 TKG) wären durch die Terminierungsverpflichtung nicht berührt.

Damit stellt sich im Kern die Frage, ob sich die mit einer Auferlegung bzw. Beibehaltung der fraglichen Zugangsverpflichtung einhergehende Beschwer im Hinblick auf die Wahrung der Nutzer- bzw. Verbraucherinteressen rechtfertigen lässt. Wie bereits beschrieben, nehmen sich die Nutzer- und Verbraucherinteressen im vorliegenden Kontext nicht einheitlich aus. Während ein Abzielen auf möglichst günstige Verbindungspreise zu Staaten außerhalb der EU letztlich für einen Entfall der in Rede stehenden Zugangsverpflichtung streitet, spricht das Konnektivitätsinteresse eher für eine Beibehaltung der fraglichen Verpflichtung,

vgl. oben unter Ziffer 4.1.4.1.

Die Bedeutsamkeit beider Aspekte im hiesigen Kontext ist daher näher zu beleuchten.

Erwiese sich ein Entfall der Zugangsverpflichtung im Hinblick auf die Ermöglichung günstigerer Endkundenentgelte für Verbindungen mit Ursprung außerhalb der EU – wie beschrieben – als vorzugswürdig, so kann dies selbstredend nur dann gelten, wenn der Entfall regulatorischer Kontrolle nicht zu einer eskalierenden Preisspirale führte, die durch das wechselseitige Anheben der gegenseitigen Terminierungsentgelte auf Vorleistungsebene letztlich auch negative Auswirkungen auf die Endkundenpreise für Verbindungen in Staaten außerhalb der EU hätte. In Bezug auf diese denkbare Gefahr lässt sich indes festhalten, dass keine durchschlagenden Anhaltspunkte für deren zwingenden Eintritt gegeben sind. Wie sich aus der Erfahrung mit der Deregulierung zugunsten der Mobilfunknetzbetreiber bereits ergibt, geht ein Entfall der Regulierung für Verbindungen außerhalb der EU keineswegs automatisch mit einem Anstieg der Endkundenentgelte einher. Vielmehr haben sich schon Entgelt*senkungen* eingestellt. Außerdem lässt sich die Gefahr der „Provokation“ einer Eskalationsspirale dadurch eindämmen, dass die regulatorische Kontrolle von Verbindungen aus Staaten außerhalb der EU bestehen bleibt bzw. automatisch wieder aktiviert wird, wenn und soweit die für die Verbindungen von der Betroffene zu dem Netzbetreiber gemäß Art. 1 Nr. 4 i.V.m. Art. 2 des delegierten Rechtsakt an die MTR-Obergrenze gebunden ist, weil von Seiten des anderen Netzbetreibers keine überhöhten Terminierungsentgelte verlangt werden. Aus diesem Grund wurde der vorliegende Beschluss mit einer dahingehenden auflösenden Bedingung versehen,

siehe hierzu unten Ziffer 5.

Berücksichtigt man das Nutzer- und Verbraucherinteresse vornehmlich im Hinblick auf die Sicherstellung möglichst umfangreicher Konnektivität, so ist zunächst zu konstatieren, dass zumindest die abstrakte Gefahr eines (vereinzelt) Konnektivitätsausfalls im Falle eines Widerrufs der fraglichen Zugangsverpflichtung besteht. Dessen ungeachtet erweist sich diese Gefahr allerdings als eine eher fernliegende. Dass sich diese abstrakte Gefahr tatsächlich konkretisiert, die Betroffene also einem Netzbetreiber außerhalb der EU bzw. Transitnetzbetreiber keinen Netzzugang mehr gewährt und infolgedessen Teilnehmer im Netz der Betroffenen nicht mehr aus bestimmten Staaten außerhalb der EU erreichbar sind bzw. in diese telefonieren können, erscheint sehr unwahrscheinlich. Dies folgt nicht nur aus dem Eigeninteresse der Betroffenen, den eigenen Endkunden stets eine umfassende Erreichbarkeit aus allen Staaten zu gewährleisten, sondern schon aufgrund des hohen Wettbewerbsdrucks auf Endkundenebene. Nicht zuletzt auch durch das Erstarken der Anbieter von OTT-Diensten erscheint es kaum plausibel, dass die Betroffene Sprachverbindungen in bestimmte Staaten außerhalb der EU aufgrund des Entfalls der entsprechenden Zugangsverpflichtung nicht länger anbieten wird. Zu berücksichtigen wäre ebenso der zulasten der Betroffenen eintretende Umsatz- und Reputationsverlust.

Zusammengenommen stellt sich also die Gefahr eines Konnektivitätsausfalls als recht gering dar. Demgegenüber wird das Nutzer- und Verbraucherinteresse hinsichtlich möglichst günstiger Verbindungspreise kaum durch die theoretische Gefahr einer Preiseskalationsspirale entkräftet. Wenn aber aus Nutzer- und Verbrauchersicht mit nahezu an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass es auch im Falle eines Widerrufs der fraglichen Zugangsverpflichtung nicht dazu kommen wird, dass Teilnehmer aus einzelnen Staaten außerhalb der EU nicht erreichbar wären, und sich zugleich die Wahrscheinlichkeit

sinkender Verbindungspreise signifikant erhöht, so spricht dies dafür, dass Nutzer- und Verbraucherinteresse im hiesigen Kontext vornehmlich unter dem Aspekt der Preisoptimierung in die Erwägung einzustellen.

Folglich ist auch das Nutzer- und Verbraucherinteresse so zu werten, dass es sich – insoweit gleichlaufend zum Anbieterinteresse der Betroffenen – hauptsächlich auf einen Entfall der Zugangsverpflichtung bezüglich eingehender Verbindungen von außerhalb der EU richtet. Hieraus folgt konsequenterweise, dass die Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen nicht angeführt werden kann, um die mit der in Rede stehenden Zugangsverpflichtung einhergehenden Belastungen für die Betroffene zu rechtfertigen.

Diese Erwägungen gelten mit Blick auf die Regulierungsziele der Wettbewerbsförderung sowie der Förderung hochleistungsfähiger Netze entsprechend.

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung für Verbindungen von außerhalb der EU, für die die MTR-Obergrenze des delegierten Rechtsakts nicht gilt, nicht angemessen ist, da keine durchschlagenden Aspekte ersichtlich sind, welche die grundrechtlichen Beeinträchtigungen auch im Hinblick auf die Förderung der Regulierungsziele im Ergebnis zu rechtfertigen vermögen. Vielmehr stellt es sich so dar, dass durch den Widerruf dieser Zugangsverpflichtung einer Entwicklung entgegen gewirkt werden kann, die insbesondere den Interessen der Endkunden entgegenläuft.

4.2 Kollokation, § 26 Abs. 3 Nr. 9 TKG

Die in Ziffer I.3. tenorierte Kollokationsverpflichtung erfolgt auf der Grundlage von § 26 Abs. 3 Nr. 9 TKG. Danach *kann* die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, die Verpflichtung auferlegen, Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von zugehörigen Einrichtungen 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 § 26 Abs. 2 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.

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. zur gleichlautenden Norm im TKG²⁰⁰⁴.

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 zur gleichlautenden Norm im TKG²⁰⁰⁴,

also sowohl die physische als auch die virtuelle. Zur Erfüllung der auferlegten Pflicht reicht daher – sollte eine Unterbringung der für die Nutzung des 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 zur gleichlautenden Norm im TKG²⁰⁰⁴.

Der Verpflichtung steht auch kein freiwilliges Angebot der Betroffenen entgegen. Es wird insofern auf die Ausführungen unter Ziffer 4.1.4.2 verwiesen.

4.3 Diskriminierungsverbot, § 24 Abs. 1 TKG

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer I.5. tenorierte Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes sind § 13 Abs. 1 TKG i.V.m. §§ 14 Abs. 1 und 2 und § 24 TKG.

Gemäß § 24 Abs. 1 TKG kann ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet werden, dass Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen.

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

Zweck des Diskriminierungsverbots ist zum einen, dass der betreffende Betreiber anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Produkte oder die seiner Tochter- oder Partnerunternehmen. Zum anderen bezweckt das Diskriminierungsverbot, dass einzelne Wettbewerber von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht ungerchtfertigt bevorzugt bzw. benachteiligt werden. Insgesamt soll damit ein chancengleicher

Wettbewerb sowohl zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und anderen Unternehmen als auch zwischen Wettbewerbern, die auf Vorleistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht angewiesen sind und diese in Anspruch nehmen, sichergestellt werden.

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

Die Gewährleistung von Rahmenbedingungen im Telekommunikationssektor, die dafür Sorge tragen, dass in möglichst weiten Bereichen Wettbewerb entstehen kann, stellt ein zentrales Ziel des TKG dar, § 1 Abs. 1 TKG.

Um dieses Ziel auf einem wettbewerbsbeschränkten Markt zu verwirklichen, ist es grundsätzlich sinnvoll, dem dominierenden Unternehmen ein Gebot zur Gleichbehandlung aufzuerlegen. Das gilt insbesondere dann, wenn das beherrschende Unternehmen vertikal integriert ist und für andere Unternehmen, mit denen es konkurriert, Dienste erbringt. Denn dann besteht grundsätzlich immer ein Anreiz für das dominante Unternehmen, dass es sich intern günstigere Konditionen einräumt als es bereit ist, anderen Unternehmen, mit denen es im Wettbewerb steht, einzuräumen. Kommt wie vorliegend hinzu, dass das beherrschende Unternehmen auf seinem Markt faktisch keinem Wettbewerb ausgesetzt ist, d.h. über eine tatsächlich unangreifbare Marktstellung verfügt, ist diese Intention stets anzunehmen, sofern keine schwerwiegenden Gründe für eine Ausnahme sprechen. Derartige Ausnahmegründe sind vorliegend nicht ersichtlich.

Behindert wird der Wettbewerb nicht durch die Auferlegung der Verpflichtung nach § 24 Abs. 1 TKG, sondern durch die defizitäre Entwicklung des gegenständlichen Marktes. In einem beschränkten Wettbewerbsmarkt wie dem vorliegenden, verzerren unterschiedliche Vertragskonditionen für gleiche Leistungsinhalte die Ausgangsbedingungen für chancengleichen Wettbewerb. Entscheidend ist, dass bei Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung die Gefahr besteht, dass sich am verfahrensgegenständlichen Markt in Abhängigkeit von z.B. der Verhandlungsmacht der einzelnen Nachfrager unterschiedliche Leistungskonditionen entwickeln. In seiner Konsequenz würden sich damit für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslagen ergeben. Um dies zu verhindern, ist es daher erforderlich, dass die Betroffene das von ihr angebotene Leistungs- und Preismodell für die Erbringung der Terminierungsleistungen und die dazu erforderliche Zusammenschaltung allen Wettbewerbern gegenüber transparent und in gleicher Weise anbietet.

Andere Mittel reichen hierfür nicht aus. Zwar werden durch die Zusammenschaltungspflicht sowie durch Kontrolle des Zugangsentgeltes auf Einhaltung der Terminierungsobergrenze gemäß § 38 Abs. 6 TKG grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Märkten geschaffen, jedoch stehen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf der Vorleistungsebene auch eine Reihe anderer Instrumente (außer dem Preis) zur Verfügung, um den Wettbewerb zu verzerren. Ist eine Missbrauchskontrolle des Zugangspreises festgelegt und steht der Preis daher dem marktmächtigen Unternehmen als wettbewerbsbeeinflussender Parameter nicht zur Verfügung, so kann es beispielsweise das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken. Das Unternehmen hat einen (ökonomischen) Anreiz zu den oben angeführten Praktiken. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich, die sich auf sämtliche mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

Eine Beschränkung der Gleichbehandlungsverpflichtung auf den Preis bzw. eine Einengung der Verhaltenspflicht auf spezielle, konkret benannte Fallgestaltungen 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 offenstehen, um Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen, Mitbewerber vom

Markt zu verdrängen oder Nachfrager zu übervorteilen. Die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit der Märkte rechtfertigt den Erlass von abstrakten Verpflichtungen und ist gerade nicht auf eine nachträgliche Kontrolle beschränkt. Die Möglichkeit zur Diskriminierung ist zugleich vielgestaltig und betrifft sämtliche der technischen, betrieblichen und preislichen Leistungsbedingungen. Eine Beschränkung auf einzelne Verhaltensweisen würde Diskriminierungslücken schaffen und damit Ausweichstrategien Vorschub leisten.

Die Entscheidung belastet die Betroffene auch nicht unzumutbar. 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) zum TKG²⁰⁰⁴.

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, ggf. darauf bezogenen Zusammenschaltungsanordnungen nach § 35 TKG und im Standardangebot.

4.4 Vorlage von Zugangsverträgen, § 25 Abs. 3 TKG

Die Vertragsvorlageverpflichtung stützt sich auf § 13 Abs. 1 TKG i.V.m. §§ 14 Abs. 1 und 2 und § 25 Abs. 3 TKG.

Gemäß § 25 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.

Mit der hier auferlegten Vorlageverpflichtung nach § 25 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.

Daneben stellt die Bundesnetzagentur mit Hilfe der Vorlagepflicht die Einhaltung der unionsweiten Obergrenze der Terminierungsentgelte sicher, die sie gem. § 38 Abs. 6 TKG zu überprüfen hat (s.a. Ziffer 4.6.1).

Dies gilt einmal mit Blick auf die Verpflichtung, alle gültigen Verträge vorzulegen. Die zum Zugang berechtigten Unternehmen sollen einen Abgleich zwischen den ihnen angeboten 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 offengelegt 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 Verträge über zugangsregulierte Leistungen gegeben hat.

Zugangsnachfragern wird auf Nachfrage Einsichtnahme gewährt werden. Derart ist zum einen sichergestellt, dass nur die in § 25 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.

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 der 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.

4.5 Transparenzverpflichtung bzgl. allgemeiner Zugangsbedingungen, § 25 Abs. 1 TKG

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer I.7. des Tenors auferlegte Transparenzverpflichtung bezüglich allgemeiner Zugangsbedingungen sind die § 13 Abs. 1 TKG i.V.m. §§ 14 Abs. 1 und 2, § 25 Abs. 1 TKG.

Gemäß § 25 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 einschließlich aller Bedingungen, die den Zugang zu und die Nutzung von Diensten und Anwendungen beschränken, sowie über die zu zahlenden Entgelte.

Durch die Vorschrift wird Art. 69 EKEK umgesetzt. Sinn und Zweck einer Transparenzverpflichtung ist, wie sich aus EG (182) EKEK herleiten lässt, dass Unternehmen, die einen

Zugang bzw. eine Zusammenschaltung bei einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nachfragen, sich schnell und auf einfache Art und Weise einen Überblick über die einschlägigen Zugangs- bzw. Zusammenschaltungsbedingungen besorgen können. Auf diese Weise können Verhandlungen über den Zugang und damit letztlich auch der Marktzugang der Nachfrager beschleunigt werden. Darüber hinaus sollen transparente Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen Streitigkeiten verhindern, den Marktteilnehmern die Gewissheit bieten, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht wird, und dazu beitragen, die Interoperabilität sicherzustellen.

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

Weil es sich bei der Zusammenschaltung 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 im Sinne von Musterbedingungen zu veröffentlichen, werden dadurch Informationsasymmetrien zwischen den Wettbewerbern vermieden und dadurch mögliche Diskriminierungsmöglichkeiten beschränkt.

Die Verpflichtung zur Veröffentlichung der für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangsleistungen benötigten Informationen belastet die Betroffene auch nicht in unangemessener Weise. Für die Terminierungsleistungen, die sie auf den verfahrensgegenständlichen Märkten anbieten möchte, verfügt die Betroffene aufgrund einzelner bereits bestehende Zusammenschaltungen über Regelungen, in denen bereits zahlreiche benötigte Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen und über zu zahlenden Entgelte enthalten sind. Es ist ausreichend und der Betroffenen zuzumuten, dass sie diese Informationen soweit notwendig ergänzt und etwa auf Extranetseiten veröffentlicht, wobei eine allgemeine Veröffentlichung nicht erforderlich ist. Vielmehr geht § 25 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. 69 und 74 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 § 29 Abs. 1 TKG zu veröffentlichen, absehen 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 keiner dieser Gründe, welcher jeder für sich grundsätzlich die Auferlegung einer Standardangebotspflicht rechtfertigen könnte, vorliegend gegeben ist, reicht die Auferlegung der weniger tiefgreifenden Transparenzverpflichtung hier aus.

4.6 Mobilfunkterminierungsentgelt

4.6.1 Entgeltregulierung

Die Beschlusskammer sieht von der Auferlegung einer Maßnahme der Entgeltregulierung gemäß § 38 Abs. 1 TKG ab.

Gemäß Art. 75 EKEK legt die EU Kommission durch einen delegierten Rechtsakt ein unionsweites maximales MTR fest. Seit Inkrafttreten des Rechtsaktes am 01.07.2021 dürfen keine höheren MTR erhoben werden. Die Bundesnetzagentur stellt gemäß § 38 Abs. 6 S. 2 TKG die Einhaltung der Obergrenze sicher.

4.6.2 Geltung der MTR-Obergrenze

Gemäß Art. 290 Abs. 1 S. 1 AEUV entfalten die Regelungen eines delegierten Rechtsakts allgemeine Geltung, sie bedürfen keiner nationalen Umsetzung. Der Wortlaut des Art. 290 AEUV ist eindeutig. Weil die Ermächtigung der EU-Kommission zum Erlass eines delegierten Rechtsaktes auch nicht auf Verordnungen gemäß Art. 288 AEUV beschränkt ist, sondern in jedem Gesetzgebungsakt erfolgen kann, folgt auch aus dem Umstand, dass eine Richtlinie (grundsätzlich) einer nationalen Umsetzung bedarf, nicht, dass der delegierte Rechtsakt erst mit der nationalen Umsetzung der Richtlinie wirksam werden kann. Denn gemäß Art. 290 AEUV kann die EU-Kommission gerade unmittelbar durch die Richtlinie zum Erlass eines diese ergänzenden delegierten Rechtsaktes ermächtigt werden. Dies ist durch Art. 75 Abs. 1 EKEK erfolgt. Der Umsetzung bedarf dagegen die Ermächtigung der nationalen Regulierungsbehörden zur Überwachung gemäß Art. 75 Abs. 3 EKEK.

5. Auflösende Bedingungen

Die auflösende Bedingung in Ziffer I.4. des Tenors stellt sich ebenfalls nach Maßgabe von § 36 VwVfG als rechtmäßig dar.

Sie stellt sicher, dass die Betroffene, der eine Monopolstellung in Bezug auf die Terminierung in ihr Netz zukommt, ihre marktmächtige Position nicht missbräuchlich ausnutzt. Um zu gewährleisten, dass die Betroffene die ihr zufallenden Bewegungsspielräume zwar nutzen kann, um Verhandlungen mit den Netzbetreibern außerhalb der Europäischen Union bzw. Transitnetzbetreibern „auf Augenhöhe“ zu führen, sie gleichzeitig aber dazu anzuhalten, nicht nunmehr ihrerseits übermäßig hohe Terminierungsentgelte von (Transit-) Netzbetreibern außerhalb der Europäischen Union einzufordern, wird eine auflösende Bedingung vorgesehen, für den Fall, dass das Terminierungsentgelt unter die MTR-Obergrenze des delegierten Rechtsaktes fällt.

Die auflösende Bedingung soll gewährleisten, dass die Betroffene zwar auf die Forderung von Terminierungsentgelten, die deutlich über den in Deutschland bzw. der Europäischen Union geltenden Festnetz- bzw. Mobilfunkterminierungsentgelten liegen, auf gleichem Entgeltniveau reagieren kann. Soweit aber die Verbindung in einen Staat außerhalb der Europäischen Union die MTR-Obergrenze nicht übersteigt oder auf einer vergleichbaren Grundlage reguliert wird, besteht kein Erfordernis für eine „Verteidigung“ der Betroffenen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, erhoben werden.

Bonn, den yy.xx.2023

Anlage
Kurzfestlegung der Präsidenten-
kammer

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Dreger

Scharnagl

Wieners

Hinweis:

Diese öffentliche Leistung ist gebührenpflichtig. Die Gebührenfestsetzung erfolgt zu einem späteren Zeitpunkt.