

Stellungnahme der AOL Deutschland GmbH & Co. KG vom 14.06.2005:

1. Marktabgrenzung

Marktabgrenzung nicht berücksichtigt werden sollen. In unserem Schreiben vom 8. Oktober 2004 zum Entwurf der Marktabgrenzung für Verbindungsleistungen im Festnetz hatten wir ausführlich begründet, warum die geplante Zusammenfassung der Leistungen 0.12 Transit Single plus Zuführung / 0.12 Transit double plus Zuführung mit 0.14 Transit plus Zuführung in einem gemeinsamen Markt unzulässig ist. Wir legten dar, dass insbesondere der für die Marktabgrenzung relevante Gesichtspunkt der Nachfragesubstitution eine Zusammenfassung beider Produkte in einem einzigen Markt nicht rechtfertigt. Durch die Zusammenfassung wird ignoriert, dass beide Punkte auf unterschiedlichen Marktstufen angeboten und deshalb aus Nachfragersicht nicht austauschbar sind.

Gleiches gilt im Ergebnis für die von RegTP offenbar weiter geplante Zusammenfassung der Leistung 0.2 plus Terminierung einerseits und B.1 Transit Single Plus-Terminierung / 6.1 double plus Terminierung andererseits in einem gemeinsamen Markt. Auch diese Zusammenfassung überzeugt mangels Austauschbarkeit der Produkte aus Nachfragersicht nicht. B.1 fordert, anders als 0.2, die direkte Zusammenschaltung mit dem jeweiligen Teilnehmer-netzbetreiber. Unsere rechtlichen Bedenken halten wir in vollem Umfange aufrecht. Wir verweisen insoweit im einzelnen auf unser Schreiben vom 8.10.2004.

2. VoIP-Verkehr

Wir gehen davon aus, dass die Zusammenschaltungsverpflichtung, so wie sie gemäß Ziff. 1 des Entwurfs der Regulierungsverfügung DT AG auferlegt werden soll, auch für VoIP-Verkehr gilt, der aus Drittnetzen DTAG zum Zwecke des Transits I der Terminierung zugeführt wird. Sachliche, insbesondere technische Gründe, die gegen die Verpflichtung der DTAG sprechen sollten, solchen Sprachverkehr über ihre Netze im Wege des Transits oder der Terminierung (Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten) zu führen, sind für uns nicht ersichtlich. Im Sinne größtmöglicher Rechtssicherheit und zur Vermeidung späterer Missverständnisse sollte dies indes zumindest in der Begründung der Regulierungsverfügung explizit klargestellt werden.

3. Gleichbehandlungsverpflichtung

Dem Entwurf der Wir entnehmen dem Beschlussentwurf, dass unsere Anmerkungen zur Regulierungsverfügung zufolge soll DT AG neben der in Ziff. 1 näher ausgestalteten Zusammenschaltungspflicht in Ziff. 2 eine Gleichbehandlungsverpflichtung auferlegt werden. DT AG soll danach dazu verpflichtet werden, ihre Zusammenschaltungsvereinbarungen so auszugestalten, dass sie einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen.

Dieser Verpflichtungstenor ist aus unserer Sicht deutlich unzureichend. Wir hatten bereits in früheren Stellungnahmen die geringe Regulierungstiefe geplanter Regulierungsverfügungen kritisiert. Dieser Kritik wurde zum Teil mit dem Hinweis begegnet, im Rahmen der Überprüfung des von DT AG vorzulegenden Standardangebotes seine detailliertere Vorgaben möglich.

Sinn der Regulierungsverfügung ist es, sowohl dem verpflichteten Unternehmen als auch den zugangsberechtigten Wettbewerbern Klarheit über die jeweiligen Rechte und Pflichten zu verschaffen und damit allen Marktteilnehmern Planungssicherheit zu geben. Die bloße Wiedergabe des Gesetzestextes reicht hierfür nicht aus. Dies gilt insbesondere dann, wenn, wie in diesem Fall, die gesetzlichen Möglichkeiten nicht ausgeschöpft werden. § 19 Abs. 2 TKG konkretisiert das in Abs. 1 enthaltene Diskriminierungsverbot dahingehend, dass die Gleichbehandlungsverpflichtungen sicherzustellen haben, 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- und Partnerunternehmen. In die Regulierungsverfügung aufgenommen werden soll diese gesetzliche Konkretisierung jedoch offenbar nicht.

Aus dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 TKG geht nicht klar hervor, ob die dort genannten Pflichten als gesetzliche Pflichten im Fall einer Auferlegung nach Abs. 1 automatisch gelten oder ebenfalls der Auferlegung durch Regulierungsverfügung bedürfen. Diese Auslegungsfrage könnte umgangen werden, wenn RegTP die Verpflichtungen in Abs. 2 in den Tenor der Regulierungsverfügung aufnähme.

Wir bitten daher nachhaltig, die bisherige Entwurfsfassung zu überdenken. Bekanntermaßen war das Gebot des gleichwertigen Zugangs unter dem TKG 1996 erheblich umstritten. Insbesondere stellte sich die Frage, ob hierunter eine materielle Gleichwertigkeit oder nur eine formale Gleichbehandlung zu verstehen sei. Das Verwaltungsgericht Köln folgte der zweiten Auslegung. Der Gesetzgeber hat sich indes nunmehr, insoweit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben folgend, für die erste Auslegung entschieden. Dies macht die Konkretisierung des Gleichbehandlungsgebotes in § 19 Abs. 2 TKG deutlich. Dort wird explizit von gleichwertigen Bedingungen gesprochen. Gerade zur Vermeidung erneuter Rechtsstreitigkeiten um den Begriff des gleichwertigen Zugangs sollte die Konkretisierung des Gleichbehandlungsgebotes in § 19 Abs. 2 in die Regulierungsverfügung aufgenommen werden. Ein bloßer Hinweis auf § 19 Abs. 2 TKG in der Begründung der Regulierungsverfügung entfaltet nicht den gleichen Verbindlichkeitsgrad wie dessen Aufnahme in den Tenor.

Wir bitten zudem, den Begriff der Gleichwertigkeit dahingehend zu konkretisieren, dass Gleichwertigkeit umfassend für Art und Umfang der Bereitstellung von Diensten gilt. Zudem muss jegliche Ungleichbehandlung auch in zeitlicher Hinsicht unzulässig sein. Gleichwertigkeit bedeutet also, dass Zugangsanträge nicht ohne sachlichen Grund verzögert bearbeitet werden und dass das marktbeherrschende Unternehmen den nachfragenden Wettbewerbern Zusammenschaltungsleistungen so rechtzeitig anbietet, dass diese mit darauf aufbauenden Endkundenprodukten des

Marktbeherrschers effektiv konkurrieren können. Eine solche Konkretisierung der Gleichbehandlungsverpflichtung ist im Sinne konsistenter Anwendung des TKG geboten, enthält doch die Missbrauchsaufsicht des § 42 Abs. 2 und 3 sowie das in § 39 Abs. 4 TKG enthaltene Parallelitätsgebot bereits entsprechende Wertungen. Es wäre systemwidrig und damit unzulässig, das Niveau der ex ante-Regulierung unter die Anforderungen der Missbrauchsaufsicht in § 42 Abs. 2 und 3 TKG abzusenken. Wir schlagen daher folgende Ergänzung zu Ziff. 2 vor:

"Insbesondere hat die Betroffene anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige

Bedingungen anzubieten und Dienste und Informationen für Dritte nach Art, Zeit und Umfang zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitzustellen wie für ihre eigenen Produkte oder die ihrer Tochter- oder Partnerunternehmen."

Eine solche Ergänzung würde sich noch im Rahmen Ihres Ansatzes halten, nur grundlegende Verpflichtungen im Rahmen einer Regulierungsverfügung zu tenorieren, sie würde den Nachfragern nach Zusammenschaltungsprodukten mehr Rechtssicherheit geben, als die bloße Wiederholung von § 19 Abs. 1 TKG.

4. Entgeltgenehmigungspflicht

Nach Ziff. 3 der geplanten Regulierungsverfügung unterliegen Entgelte für die Gewährung des Zugangs der Genehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG.

Im Hinblick auf das laufende Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission geben wir zu bedenken, ob die Ausführungen zur Begründung der Entgeltgenehmigungspflicht in Ziff. 3 der geplanten Regulierungsverfügung nicht, zumindest hilfsweise, durch Ermessenserwägungen ergänzt werden sollten, die die Anordnung der Entgeltgenehmigungspflicht auch dann tragen würden, wenn die gesetzliche Grundlage ein derartiges umfassendes Ermessen der RegTP vorsähe. Dies würde die Angreifbarkeit der Regulierungsverfügung in diesem Punkt reduzieren.

5. Transparenzverpflichtung

Der Entwurf der Regulierungsverfügung sieht eine Transparenzverpflichtung der DT AG nach § 20 TKG nicht vor.

Es ist für uns nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen RegTP gerade in diesem für den Wettbewerb auf den Telekommunikationsendkundenmärkten so entscheidenden Vorleistungsbereich auf eine Transparenzverpflichtung verzichtet. § 20 Abs. 1 TKG gibt Ihrer Behörde die Möglichkeit, gegenüber DT AG anzuordnen, alle für die Inanspruchnahme der Zusammenschaltungsleistungen benötigten Informationen zu veröffentlichen, insbesondere Informationen zur Buchführung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen. Es bedarf keiner näheren Ausführung, dass diese Informationen für eine effektive Zusammenschaltung unentbehrlich sind.

Der Anordnung einer Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG steht auch nicht entgegen, dass RegTP damit rechnet, solche Informationen seien Gegenstand des Standardangebotes, dessen Vorlage angeordnet wird. Hiergegen spricht, dass von interessierter Seite im Streitfall argumentiert werden könnte, ein Standardangebot

habe nur diejenigen Punkte zu umfassen, die durch Regulierungsverfügungen gedeckt seien. Es ließe sich darstellen, dass Regulierungsverfügungen auf einer vorgelagerten Ebene den Regulierungsrahmen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht abstecken, die Vorlage eines Standardangebots nur der Ausfüllung dieses Rahmen gilt, sich also innerhalb des einmal durch Regulierungsverfügung gesteckten Rahmens zu bewegen hat.

Ob diese denkbare Auslegung richtig ist, sei hier dahingestellt. Angesichts der derzeitigen Unwägbarkeiten verwaltungsgerichtlicher Überprüfung von Regulierungsentscheidungen auf der Grundlage des neuen Telekommunikationsgesetzes kann ein derartiges Risiko jedoch nicht ausgeschlossen werden.

Es würde daher allen Marktteilnehmern und auch Ihrer Behörde mehr Rechtssicherheit geben, wenn DTAG ausdrücklich im Sinne des § 20 Abs. 1 TKG zur Transparenz und damit einer Verpflichtung zur umfassenden Information über die für die Nutzung ihrer Zusammenschaltungsleistungen erforderlichen Daten verpflichtet würde.

6. Getrennte Rechnungsführung

Die gleichen Erwägungen gelten im Ergebnis für das Unterlassen einer Verpflichtung der DT AG zur getrennten Rechnungsführung für die anzuordnenden Zusammenschaltungsleistungen.

Insoweit ist es aus unserer Sicht unzulässig, mit den Vorlagepflichten für Kostennachweise in Entgeltgenehmigungsverfahren nach § 33 TKG den Verzicht auf die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung nach § 24 TKG zu rechtfertigen. Der Anwendungsbereich des § 24 TKG ist deutlich umfassender als der des § 33 TKG. § 33 ist auf Entgeltgenehmigungsverfahren beschränkt; es ist sehr fraglich, ob in der nach § 33 Abs. 3 TKG vorzulegenden Kostenträgerrechnung die internen Verrechnungspreise als Grundlage der Bemessung von Endkundenentgelten als solche ausgewiesen werden. Zudem: § 33 verlangt nur die Vorlage einer Kostenträgerrechnung für Zwecke der Genehmigungsverfahren; eine umfassende, davon unabhängige getrennte Rechnungsführung im SMP-Unternehmen selbst ist damit

nicht zwangsläufig verbunden. Sie aber ist für eine effektive Missbrauchsaufsicht erforderlich.

Gerade dies fordert aber § 24 Abs. 1 TKG. § 24 TKG ermöglicht es, einem SMP-Netzbetreiber allgemein für bestimmte Zugangsleistungen von vorneherein getrennte Rechnungskreise vorzuschreiben. Dies ist völlig unabhängig von konkreten Entgeltgenehmigungsverfahren. Es gibt der RegTP die Chance, auch im Rahmen der Missbrauchsaufsicht auf getrennt geführte Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen für die Zusammenschaltungsvorleistungen des regulierten Unternehmens zurückzugreifen.

Dies kann gerade im Rahmen der Regulierung von Endnutzerentgelten, die voraussichtlich nur der Missbrauchsaufsicht unterliegen, relevant sein, da diese Entgelte maßgeblich von den Kosten der Vorleistungen geprägt sind. Diese Zielrichtung verfolgt gerade § 24 Abs. 1 Satz 2 TKG, wenn er RegTP die Befugnis gibt anzuordnen, die Vorleistungspreise und die internen Verrechnungspreise - die für die Endkundenentgeltbildung relevant sind - transparent zu gestalten, um unzulässige Quersubventionen zu vermeiden.

Zwar kann die RegTP auch im Missbrauchsverfahren die Vorlage von Kostennachweisen verlangen, dies aber nur dann, wenn eine Entgeltüberprüfung aufgrund der primär anzuwendenden Vergleichsmethode nicht möglich ist (§ 38 Abs. 2 Satz 3 TKG). Solche Kostennachweise stehen, so könnte jedenfalls die gesetzliche Regelung in § 38 Abs. 2 TKG ausgelegt werden, RegTP nicht im Vorfeld der förmlichen Verfahrenseinleitung zur Verfügung.

Hier greift § 24 TKG. Entscheidend ist gerade in der Abgrenzung zu den Ermittlungsbefugnissen der RegTP im Rahmen der Missbrauchsaufsicht die präventive Zielrichtung der Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung in § 24 TKG. Diese Verpflichtung ist als "remedy" ausgelegt, die von vornherein bestimmte

Missbrauchsrisiken reduzieren soll. Dies ergibt sich insbesondere aus § 24 Abs. 1 Satz 2 TKG. Danach verlangt die Regulierungsbehörde insbesondere von einem vertikal integrierten Unternehmen in der Regel, seine Vorleistungspreise und seine internen Verrechnungspreise transparent zu gestalten. Damit sollen Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionen verhindert werden. Als Teil der Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung kann RegTP die regelmäßige Vorlage von Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen verlangen. Zudem können diese Informationen in geeigneter Form veröffentlicht werden, soweit dies zur Erreichung der Regulierungsziele beiträgt. § 24 TKG bietet' damit eine wertvolle Erkenntnisgrundlage für die laufende Aufsicht der Regulierungsbehörde, außerhalb laufender Genehmigungs- oder förmlicher Missbrauchsverfahren.

Die Vorlage von Buchungsunterlagen ermöglicht es RegTP, schon im Vorfeld zu prüfen, ob der Verdacht eines Missbrauchs besteht. Fehlt es an einer Verpflichtung nach § 24 TKG, hat RegTP keine solche Erkenntnisgrundlage. Sie ist dann für ihre Missbrauchsaufsicht auf Hinweise von Wettbewerbern angewiesen. Konkrete Buchungsunterlagen - und diese nur in Form der Kostenträgerrechnung - erhält sie allenfalls erst dann, wenn sie aufgrund anderer Daten zu dem Ergebnis gekommen ist, ein Missbrauch könne vorliegen und sie deshalb ein entsprechendes Regulierungsverfahren eingeleitet hat.

Allein schon die Anordnung der getrennten Rechnungsführung hat, und dies spiegelt § 24 Abs. 1 TKG ausdrücklich, präventiven Charakter. Ist ein SMP-Unternehmen zur regelmäßigen Vorlage transparenter Buchungsunterlagen verpflichtet, so reduziert dies die Neigung, unzulässige Quersubventionen oder Diskriminierungen zu praktizieren, beträchtlich. Die Wirkung einer solchen präventiven Regulierungsmaßnahme kann durch die Veröffentlichung von Informationen über die Kostenrechnung des SMP-Unternehmens erheblich erhöht werden. Dies trägt in beträchtlichem Umfang zur Markttransparenz bei. Eine solche Veröffentlichung von Kostenunterlagen ist in § 33 TKG nicht vorgesehen.

Zu betonen ist schließlich, dass § 24 Abs. 1 Satz 2 TKG eine Regelverpflichtung der DTAG vorsieht. Für uns sind keine Gründe ersichtlich, warum von dieser Regel in diesem Hauptanwendungsfall der Regulierung auf den Märkten 8 bis 10 abgewichen werden sollte. Diese Regelverpflichtung liefe im übrigen, entgegen der Zielrichtung des Gesetzgebers leer, wenn

man einer Verpflichtung nach § 24 immer unter Hinweis auf die Kostennachweisvorlage nach § 33 TKG ausweiche. Der Umstand, dass der Verzicht auf diese Verpflichtung im Entwurf nicht begründet wird, weist im übrigen auf einen Ermessensausfall ihrer Behörde hin.

Vor diesem Hintergrund bitten wir nachdrücklich darum, die Chancen, die die Anordnung der getrennten Rechnungsführung birgt, zu nutzen.

Stellungnahme der COLT Telecom vom 17.06.2005:

COL T Telecom begrüßt ausdrücklich, dass die RegTP trotz der Veto-Entscheidung der EU-Kommission hinsichtlich der Untersuchung des Marktes Nr. 9 den Entwurf einer Regulierungsverfügung gegenüber der Betroffenen veröffentlicht hat. Denn die Veto-Entscheidung gilt ausdrücklich nicht für den Maßnahmenentwurf in Bezug auf die Anrufzustellung im Netz der Betroffenen.

1. Unzulässigkeit einer Vorabinformation der Betroffenen

Aus Sicht von COLT Telecom ist es als sehr bedenklich anzusehen, dass die RegTP der Betroffenen vorab die Gelegenheit eröffnet zu dem Entwurf der Regulierungsverfügung Stellung zu nehmen. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass der Betroffenen eine entsprechende Regulierungsverfügung bereits unter dem 17. Februar 2005 angekündigt wurde.

Eine Rechtsgrundlage für eine solche Vorabinformation enthält das TKG jedoch nicht. Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 TKG ist dem betroffenen Unternehmen lediglich im Falle des Widerrufs von Verpflichtungen, dies innerhalb einer angemessenen Frist vorher anzukündigen. Ein Widerruf von Verpflichtungen ist mit der vorliegenden Regulierungsverfügung jedoch nicht verbunden.

Eine Befugnis zur Vorabinformation der Betroffenen folgt auch nicht aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs. § 28 Abs. 1 VwVfG sieht lediglich vor, dass dem Betroffenen vor Erlass eines Verwaltungsaktes, der in seine Rechte eingreift, Gelegenheit zu geben ist, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern.

Durch diese Vorabinformation der Betroffenen werden zudem die Interessen der Wettbewerber der Betroffenen erheblich beeinträchtigt. Dies lässt sich am Beispiel der Regulierungsverfügung hinsichtlich der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung belegen. Ausweislich des Sachverhalts der Regulierungsverfügung hatte die RegTP der Betroffenen bereits am 19. November 2004 angekündigt, welche Verpflichtungen ihr auferlegt werden sollten. Hierzu zählte auch die Verpflichtung zur getrennten Rechnungslegung nach § 24 TKG. Von der Auferlegung dieser Verpflichtung nahm die RegTP jedoch Abstand, nachdem die Betroffene in ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2004 hieran Kritik geäußert hatte. Der zur Kommentierung am 22. Dezember 2004 veröffentlichte Entwurf der Regulierungsverfügung sah diese Verpflichtung nicht mehr vor.

Auch über die vorliegende Regulierungsverfügung hat die RegTP die Betroffenen wiederum vorab und zwar bereits am 17. Februar 2005 in Kenntnis gesetzt. Den Wettbewerbern standen diese Informationen jedoch erst mit Veröffentlichung des Entwurfs der Regulierungsverfügung am 20. Mai 2005 zur Verfügung, also mehr als drei (!) Monate später.

Durch diese Verhaltensweise setzt sich die RegTP der Gefahr aus, mit der Betroffenen "Absprachen" zu treffen. Diese Vorgehensweise ließe sich selbst mit den Grundsätzen des informellen Verwaltungshandels nicht mehr vereinbaren.

2. Tenor des Entwurfs der Regulierungsverfügung

Ziffer 1.2 des Tenors verweist auf die Festlegungen der Präsidentenkammer. Diese Festlegungen sind oberhalb des Tenors aufgeführt und sollen der Regulierungsverfügung als Anlage beigefügt werden. Der Tenor zu Ziffer 1.2 ist damit zwar hinreichend bestimmt, aber jedenfalls nicht einfach überschaubar. Wir regen daher an, die Festlegungen durch die Präsidentenkammer direkt in den Tenor der Regulierungsverfügung aufzunehmen.

3. Verpflichtung zur getrennten Rechnungslegung fehlt bislang

COL T Telecom fordert, dass der Betroffenen auch die Verpflichtung nach § 24 TKG aufzuerlegen ist. Gerade im Bereich der Zusammenschaltungsleistungen besteht die Gefahr einer Quersubventionierung zwischen regulierten und nicht regulierten Leistungen. Eine solche Gefahr kann nur durch eine getrennte Rechnungsführung wirksam verhindert werden. Die Genehmigungspflicht der Entgelte Zusammenschaltungsleistungen schließt eine Quersubventionierungsmöglichkeit dagegen nicht aus. Denn ohne eine getrennte Rechnungsführung vermag die RegTP im Rahmen ihrer Kostenprüfung gar nicht zu erkennen, ob Kosten einer anderen Leistung zugeschlüsselt wurden.

Außerdem verlangt § 24 Abs. 1 Satz 2 TKG im Falle eines vertikal integrierten Unternehmen - bei der Betroffenen handelt es sich um solches Unternehmen - als Regelfall, dass dieses Unternehmen zu verpflichten ist, seine Vorleistungspreise und seine internen Verrechnungspreise transparent zu gestalten. Da sich die RegTP mit dieser Verpflichtung offenkundig bislang nicht auseinandergesetzt hat, wäre die Verfügung bereits aus diesem Grund rechtswidrig.

4. Zuführung zu Diensten

Hinsichtlich der Zugangsverpflichtung "Zuführung zu Diensten" stellt die RegTP in ihrer Begründung klar, dass nur die Verbindungsleistung Gegenstand der Regulierungsverfügung sei. Nicht zum Verfahrensgegenstand gehörten die Verpflichtungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG, da Fragen der einheitlichen Rechnungsstellung oder des sog. Online-Billing nicht Teil der Zusammenschaltung seien. Insoweit verweist die RegTP auf ihre Beschlüsse BK4c-99-037/Z04.08.99 vom 14. Oktober 1999 und BK 4c-03-128/Z02.12.03 vom 30. Januar 2004.

Wenig hilfreich ist auch die Aussage der RegTP, eine derartige Zugangsverpflichtung könne Gegenstand einer gesonderten Regulierungsverfügung sein. Dem Grundsatz der Verfahrensökonomie hätte es vielmehr entsprochen, eine etwaige Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG bereits an dieser Stelle zu prüfen.

Die Haltung der RegTP ist ohnehin nicht haltbar. Im Rahmen einer Regulierungsverfügung nach §§ 13, 21 TKG kommt es eben gerade nicht darauf an, ob die aufzuerlegende Verpflichtung Teil einer Zusammenschaltungsleistung sein kann. Vielmehr geht es darum, Abhilfemaßnahmen festzulegen, um dem Mangel an wirksamem Wettbewerb auf den relevanten Märkten wirksam entgegen zu treten. Die RegTP handelt also ermesensfehlerhaft, wenn sie davon ausgeht, sie könne im Rahmen dieser Regulierungsverfügung nicht zugleich Verpflichtungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG auferlegen.

5. Transit plus Zuführung für die Betreiberauswahl

Bezüglich der Zugangsverpflichtung "Transit plus Zuführung für die Betreiberauswahl" führt die RegTP aus, dass die Verpflichtung bei Transitleistungen plus Zuführung für die Betreiberauswahl für Ortsverbindungen nicht gelte. Die RegTP meint irrtümlicherweise, dass ohne diese Beschränkung die Gefahr von erheblichen atypischen Verkehren bestehen würde. Die Betroffene müsse nach Auffassung der RegTP für das Ausfall- und

Überlauffrouting von Ortsverbindungen über ihr Fernnetz führen. Insoweit bestünde angesichts des Verkehrsvolumens die akute Gefahr einer massiven Verkehrsverlagerung von der Ortsnetzebene in die Fernnetzebene. Sie verweist insoweit auf ihren Beschluss BK 4c-02-045/Z13.12.02 vom 21. Februar 2003. Die RegTP führt weiter aus, dass die Betroffene ihr Netz in erheblichem Umfang ausbauen müsse, um eine Gefährdung der Netzintegrität durch den Transitverkehr zu vermeiden. Eine solche Ausbaupflichtung stünde aber nicht mehr im Verhältnis zum verfolgten Ziel, weil die Markteintrittsbarriere durch die Verpflichtung zum Transit + Zuführung für die Betreiberauswahl für Fern- und Auslandsverbindungen diese erheblich abmildere. In § 40 Abs. 1 Satz 4 TKG habe der Gesetzgeber insofern den Vorrang des Infrastrukturschutzes vor den Interessen der Wettbewerber statuiert. Diese Begründung der RegTP vermag nicht zu überzeugen.

Widersprüchlich ist bereits, dass die RegTP an allen anderen Stellen bei der Prüfung des Abwägungskriteriums der verfügbaren Kapazität (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG) stets darauf verweist, eine Erhöhung der Netzkapazität stünde der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nicht entgegen (Seite 10 des Entwurfs). Insoweit führt die RegTP ferner richtig aus, dass ein Telefonnetz nicht statisch sei, sondern entsprechend der aktuellen Nachfrage angepasst werden müsse. Insbesondere könne die Übertragungskapazität zwischen den Vermittlungsstellen relativ kurzfristig angepasst werden. Eine solche kurzfristig realisierbare Kapazitätserweiterung müsse die Betroffene auch vornehmen. Eine Belastung der Betroffenen sei damit jedoch nicht verbunden, da die Nachfrager die Investitionsrisiken in vollem Umfang übernehmen müssten.

Diese Argumentation greift jedoch hinsichtlich des Ausfall- und Überlauffroutings bei Ortsverbindungen in gleichem Maße. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Betroffenen bei den Ortsverbindungen ein Kapazitätsausbau im Falle des Ausfall- und Überlauffroutings nicht zugemutet werden kann, wohingegen dies bei jeder der anderen Zugangsverpflichtungen sehr wohl der Fall ist.

Hinzu kommt, dass die Wettbewerber der Betroffenen durch das fehlende Ausfall- und Überlauffrouting bei Ortsverbindungen bei den call-by-call- und Preslection-Angeboten in qualitativer Hinsicht gegenüber dem Angebot der Betroffenen erheblich benachteiligt werden. Denn die Betroffene nutzt ein solches Ausfall- und Überlauffrouting für Ortsverbindungen sehr wohl. Zudem stehen der Betroffenen auch die sog. Querwegen zur Verfügung.

Schließlich ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung an dieser Stelle aber auch deshalb fehlerhaft, weil die RegTP die jeweiligen Interessen nicht gegeneinander abwägt. Vielmehr erfolgt die Zusammenschau der Abwägungsgesichtspunkte offensichtlich zielorientiert. Die RegTP behauptet insoweit lediglich, dass die wettbewerblichen Auswirkungen der nicht auferlegten Transitverpflichtung nicht so groß seien, dass die Wettbewerber nicht auf eine Eigenrealisierung verwiesen werden könnten. Dieses Argument ist bereits deshalb falsch, weil eine Eigenrealisierung wegen der dafür erforderlichen kurzfristigen Infrastrukturmaßnahmen kurzfristig nicht umsetzbar ist. Die RegTP argumentiert aber auch widersprüchlich, da sie an anderer Stelle eine Eigenrealisierung der Wettbewerber jedenfalls kurzfristig - im Falle von Ortsverbindungen jedoch auch dauerhaft - ausschließt.

6. Entbündelungsgrad

In Bezug auf den gebündelten Zugang zum Telefonnetz der Betroffenen ist es zunächst grundsätzlich richtig, dass die Betroffene auch dazu verpflichtet werden soll, neben der Netzanbindung auch einen Übertragungsweg für die Netzverbindung bereit zu stellen. Nicht einzusehen ist allerdings, weshalb Nachfragern insoweit nicht die Option offen stehen soll, den Übertragungsweg auch eigenständig zu realisieren. Eine Verpflichtung zur Bereitstellung eines Übertragungsweges für die Netzverbindung sollte daher nur in den Fällen bestehen, wenn dies auch tatsächlich von dem nachfragenden Wettbewerber gewünscht wird.

7. Zulassung von Kooperationsmöglichkeiten

COLT Telecom begrüßt ausdrücklich, dass die RegTP im Rahmen der Regulierungsverfügung von ihrem Ermessen dahingehend Gebrauch macht, dass sie auch eine Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG vorsehen möchte. Hierdurch wird den Wettbewerbern der Betroffenen erstmalig ermöglicht, erstens ihre Kollokationsflächen zu verbinden, und diese Verbindung zum Zwecke der Zusammenschaltung zu nutzen. Hiermit beendet die RegTP endlich eine jahrelang praktizierte Behinderungsstrategie der Betroffenen.

8. Gleichbehandlungsverpflichtung

Hinsichtlich der Gleichbehandlungsverpflichtungen wäre es wünschenswert, wenn die RegTP der Betroffenen konkretere Vorgaben macht - also die unbestimmten Rechtsbegriffe mit Leben füllt. Die alleinige Wiedergabe des Gesetzestextes führt nicht gerade zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit.

9. Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots

Auch die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes innerhalb von einem Monat ist grundsätzlich zu begrüßen. In Anbetracht des laufenden Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland hätte die RegTP allerdings aufgrund der von der EU-Kommission angegriffenen Soll-Vorschrift hilfsweise eine echte Ermessensprüfung durchführen können.

COL T Telecom geht davon aus, dass die RegTP auch im Falle einer Ermessenvorschrift zu demselben Ergebnis gekommen wäre. Durch derartige Hilfsbegründung hätte sich eine etwaige EU-Rechtswidrigkeit des § 23 TKG nicht negativ auf den Erlass der Regulierungsverfügung auswirken können. Wir regen daher nachdrücklich an, die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots mit einer entsprechenden Hilfsbegründung zu versehen.

Stellungnahme der Arcor GmbH & Co. KG vom 19.06.2005:

A) Verfahrensfehler: Keine mündliche Verhandlung zur Marktdefinition und Marktanalyse

Ausweislich § 13 Abs. 3 TKG ergehen die Marktdefinition und -analyse sowie die hierauf fußende Regulierungsverfügung als ein einheitlicher Verwaltungsakt. Beide Entscheidungen ergehen demnach im selben Verwaltungsverfahren.

Da es sich bei der zugrunde liegenden Marktdefinition und Marktanalyse ebenfalls um ein Beschlusskammerverfahren handelt, § 132 Abs. 1, Satz 1, 1. Hs. TKG, sind die Vorschriften über diese Verfahrensart auch für die Marktdefinition und Marktanalyse anwendbar. Demzufolge hat auch die Entscheidung zur Marktdefinition und Marktanalyse auf der Grundlage einer mündlichen Verhandlung zu erfolgen, § 135 Abs. 3, Satz 1, 1. Hs. TKG.

Die Marktdefinition und Marktanalyse der Märkte 8 bis 10 sind von der RegTP vor ihrer derzeit der Kommission gegenüber notifizierten Entscheidung nicht zum Gegenstand einer mündlichen Verhandlung gemacht worden. Aufgrund der so erfolgten Verletzung der Beteiligungsrechte nach § 135 Abs. 1 und 2 TKG ist der aus den Teilentscheidungen zur Marktanalyse und Marktdefinition einerseits und zur Regulierungsverfügung andererseits bestehende Verwaltungsakt formell rechtswidrig.

Wir regen daher die Nachholung einer mündlichen Verhandlung auch zur Teilentscheidung der Marktdefinition und Marktanalyse an.

B) Materielle Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Entscheidung.

1. Adressaten der Entscheidung

Vorliegend sieht der Verfügungsentwurf als adressiertes Unternehmen im Sinne von § 21 Abs. 1 TKG die Deutsche Telekom AG (im Weiteren: DTAG) vor. Ebenso Adressaten der Entscheidung sind nach § 3 Nr. 29 TKG die mit der DTAG im Sinne des § 36 Abs. 2 und § 37 Abs. 1 und 2 GWB verbundenen Unternehmen.

Die Regulierungsverfügung trifft somit nicht lediglich die Deutsche Telekom AG, sondern zugleich ihre Tochterunternehmen, soweit diese alleine oder in Verbindung mit anderen Unternehmen des Verbundes nach § 36 Abs. 2 GWB die Voraussetzung der beträchtlichen Marktmacht aufweisen. Soweit demnach die DTAG für die hier in Rede stehenden Leistungen der Märkte 8 bis 10 als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht qualifiziert wird, gilt demnach die entsprechende Regulierungsverfügung automatisch auch für die mit der DTAG verbundenen Unternehmen, soweit bei diesen die betreffenden Leistungen nachgefragt werden. Wie bereits in der mündlichen Verhandlung vom 01.06.2005 vorgetragen regen wir an, zur Vermeidung späterer Auseinandersetzungen zu diesem Punkt einen entsprechenden klarstellenden Hinweis in die Regulierungsverfügung aufzunehmen.

2. Technologieneutralität

Ferner regen wir an, im Hinblick auf den Grundsatz der Technologieneutralität nach § 1 TKG durch einen entsprechenden Hinweis klar zu stellen, dass die Adressaten der beabsichtigten Verfügung die entsprechenden Leistungen nicht nur im Rahmen von PSTN - Zusammenschaltungen zu erbringen haben, sondern bei der Anwendung jeder denkbaren Technologie, insbesondere bei der Nutzung von IP-, ATM- und anderen Datenprotokollen.

In ihrer Notifizierung an die EU-Kommission zu den Märkten 8 bis 10 hat die RegTP bereits klargestellt, dass unter die der geplanten Regulierungsverfügung zugrunde liegenden Marktdefinition für diese Märkte alle schmalbandigen Verbindungsleistungen fallen sollen und hat dabei in Abgrenzung zu den Leistungen des Marktes 12 eine Grenze von 128 kbit/s angenommen.

Da Sprachverbindungsleistungen, die potentiell verschiedene Übertragungstechnologien nutzen, stets durch die geringste Übertragungskapazität von 56 kbit/s je analogem PSTN-Nutzkanal begrenzt sind, unterfallen diese Leistungen also unabhängig von der eingesetzten Technologie den Märkten 8 bis 10.

Zur Vermeidung späterer Auseinandersetzungen hierüber halten wir auch hier einen klarstellenden Hinweis für erforderlich.

3. Fehlende Leistungen

a) Verpflichtung zur Abnahme von ICP-Leistungen

Zu der in der mündlichen Verhandlung angesprochenen Frage einer Abnahmepflicht der DTAG für die Leistungen ihrer Interconnectionpartner (ICP) hat die Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung angedeutet, sie sehe solche Leistungen nicht als möglichen Gegenstand einer Regulierungsverfügung gegenüber der DTAG.

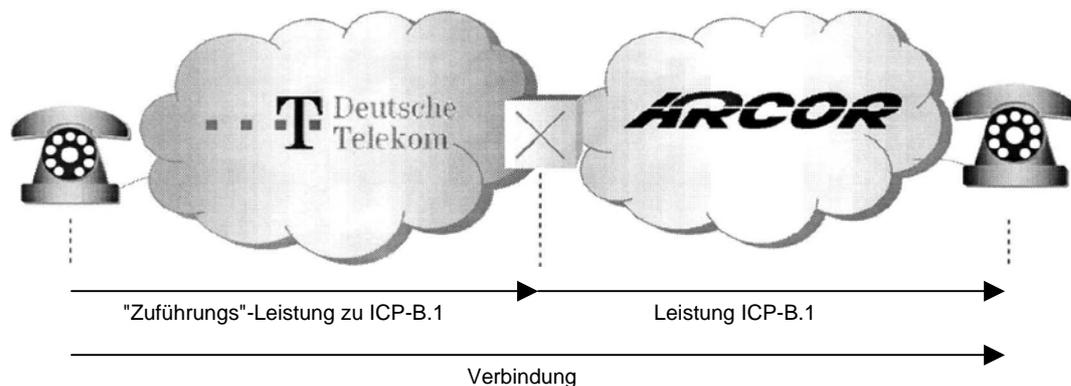
Unser entsprechender Hinweis in der mündlichen Verhandlung wurde von der Beschlusskammer in dem Sinne aufgefasst, dass die Anordnung der ICP-Leistungen als solche angeordnet werden sollten. Hierzu hat die Beschlusskammer geäußert, der Begriff der Zusammenschaltung als Sonderfall des Zugangs sehe lediglich den Zugang zum Netz der

Adressatin der Verfügung vor. Die Anordnung von Leistungen im Netz der Interconnection-partner sei daher nicht als Teil des von der Adressatin verlangten Zugangs möglich.

Ferner ging die RegTP davon aus, dass eine Verpflichtung der ICP zur Erbringung solcher Leistungen gegenüber der DTAG im Rahmen der Regulierungsverfügung nach § 21 TKG zur Folge hätte, dass die Entgelte für die ICP-Leistungen ebenfalls der ex-ante-Entgeltregulierung unterliegen würden.

Hierzu erlauben wir uns den Hinweis, dass wir als Gegenstand einer solchen Abnahmeverpflichtung nicht die Verpflichtung der ICP zur Erbringung dieser Leistungen sehen, sondern die Verpflichtung der DTAG, die "Zuführungs"- bzw. "Terminierungs"-Komponente zu diesen Leistungen zu erbringen.

Dabei handelt es sich lediglich physikalisch um eine Zuführungs- bzw. Terminierungsleistung, nicht jedoch im kommerziellen Sinne: Soweit ein ICP die Erreichbarkeit seiner Anschlusskunden gewährleisten will und hierzu der DTAG die entsprechende Terminierungsleistung anbietet, ist es zur Gewährleistung der Kommunikationsmöglichkeit eines Nutzers im Netz des ICP mit dem anrufenden Nutzer im Netz der DTAG erforderlich, dass die DTAG diese Verbindung an den ICP übergibt, die Verbindung als bis zum Netzübergang mit dem ICP "zuführt".



Ausgehend von der Definition der Zusammenschaltung nach § 3 Nr. 34 TKG ergibt sich für Zusammenschaltungsleistungen die Definition, dass hierunter alle Leistungen zu fassen sind, welche diejenige physikalische und logische Verbindung öffentlicher Telekommunikationsnetze gewährleisten, die erforderlich ist, um den Nutzern eines Unternehmens die Kommunikation mit den Nutzern desselben oder eines anderen Unternehmens ermöglichen.

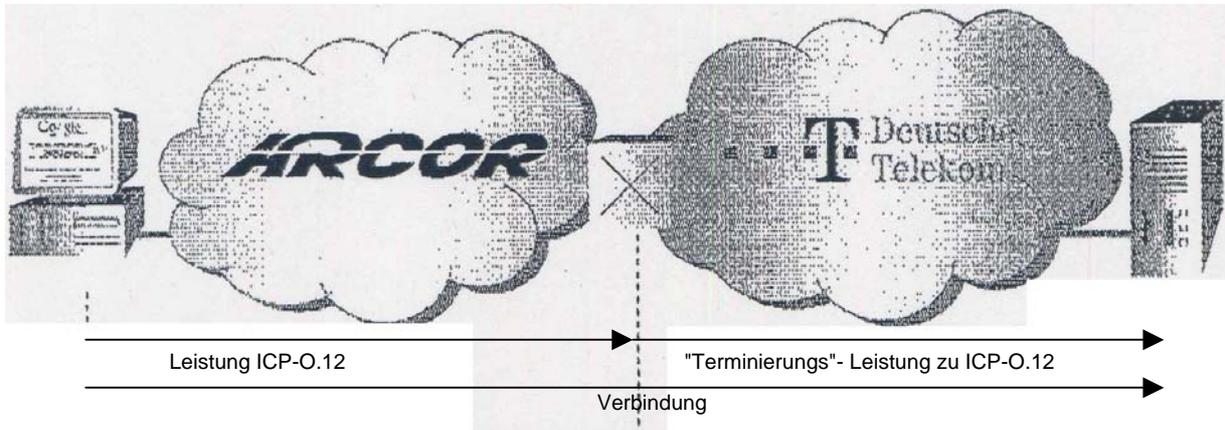
Um die Kommunikation des A-Teilnehmers im Netz der DTAG mit dem B-Teilnehmer im Netz des ICP zu ermöglichen, ist es erforderlich, dass die DTAG die Verbindung bis zu Netzübergabepunkt zum Netz des ICP transportiert und dort die Leistung ICP-B.1 in Anspruch nimmt. Die "Zuführung" zum Netzübergabepunkt und die Abnahme der Leistung ICP-B.1 sind also Leistungen, die nach der oben genannten Definition Zusammenschaltungsleistungen der DTAG darstellen.

Dass es sich im kommerziellen Sinne dabei nicht um eine Zuführungsleistung handelt, die vom ICP zu entgelten wäre, spielt dabei für die Qualifizierung der Leistung als Zusammenschaltungsleistung keine Rolle. Erheblich ist dies allein für die Frage, ob der DTAG hierfür ein Entgelt zusteht, was zu verneinen ist: Nach dem Prinzip "calling party pays" ist die Verbindung durch das von der DTAG ihrem Endkunden gegenüber erhobene Entgelt abgegolten. Ein Anspruch auf ein Entgelt gegenüber dem ICP besteht somit nicht mehr.

Folgerichtig nach der Systematik der bisherigen Zusammenschaltungsvereinbarungen zwischen der DTAG und ihren ICP ist hierfür keine Regelung einer eigenen Zusammenschaltungsleistung erforderlich. Vielmehr genügt es, diese Leistungspflicht der DTAG als Mitwir-

kungspflicht im Rahmen der Leistungsbeschreibungen der ICP-IC-Leistungen vorzusehen. An der Qualität dieser "Zuführungs"- und Abnahmeleistung als echte Zusammenschaltungsleistung ändert dies nichts.

Gleiches gilt für die Zuführungsleistungen der ICP, beispielsweise die Leistung ICP0.12 (Zuführung zu Online-Diensten der DTAG):



Auch hier stellt die "Terminierungs"-Leistung der DTAG eine Leistung dar, die als eine echte Zusammenschaltungsleistung im Sinne von § 3 Nr. 34 TKG zu qualifizieren ist: Auch hier ist die Kommunikation zwischen dem A-Teilnehmer und dem Online-Dienst als dem B-Teilnehmer nur möglich, wenn dem ICP die Zuführungsleistung abgenommen wird und die Verbindung durch die DTAG zur Senke "terminiert" wird. Auch hier steht dieser Einordnung der Leistung die Abrechnung nicht entgegen (vgl. 0.).

Die Verpflichtung der DTAG zur Abnahme und Weiterleitung der ICP-Leistungen ist daher in die Regulierungsverfügung mit aufzunehmen.

b) Leistungen mit Quelle oder Senke an einer Abschlusspunkt, dem eine NTR zugeordnet ist

Weiterhin sind - entgegen der erklärten Absicht der RegTP, dies nicht zu tun - solche Verbindungen mit aufzunehmen, die ihre Quelle oder Senke an einem Abschlusspunkt haben, dem eine Nationale Teilnehmerrufnummer (NTR) zugeordnet ist.

Hierzu sieht sich die RegTP mangels entsprechender Marktdefinition und Marktanalyse derzeit außer Stande.

Zwar hat die RegTP auch in ihrer Notifizierung der Marktdefinition und Marktanalyse diese Verbindungen angesprochen und mangels vorhandener Marktdaten die Zuordnung dieser Verbindungen zu den Märkten 8 bis 10 zunächst nicht vorgenommen (vgl. 57 der Notifizierung).

Dies ist jedoch widersprüchlich im Hinblick auf die übrige der vorgenommenen Marktdefinition zugrunde liegende Systematik.

Die RegTP hat hierbei angenommen, dass ein einheitlicher Markt für sämtliche Zuführungsleistungen sowie jeweils einheitliche Märkte für Terminierungsleistungen je Netz bestehen. Unterfallen sämtliche Terminierungsleistungen im Netz der DTAG diesem Markt für Terminierungsleistungen, so gilt dies auch für zu terminierende Verbindungen, deren Quelle oder Senke in einem Abschlusspunkt bestehen, dem eine NTR zugeordnet ist. Gleiches gilt für die entsprechenden Zuführungsleistungen: Unterfallen alle Zuführungsleistungen dem bundesweit einheitlichen Markt für Zuführungsleistungen, so gilt dies auch für solche zuzuführenden

Verbindungen, deren Quelle oder Senke an einem Abschlusspunkt liegen, dem eine NTR zugeordnet ist.

Vor dem Hintergrund dieser getroffenen Marktdefinition sind demnach auch die entsprechenden Verbindungsleistungen von und zu NTR von der Marktdefinition und somit der Marktanalyse erfasst und demzufolge in die Regulierungsverfügung aufzunehmen.

c) Weitere Leistungen

Ferner weisen wir nochmals darauf hin, dass in die Regulierungsverfügung auch andere Leistungen als Verbindungsleistungen mit aufzunehmen sind, soweit diese für die Durchführbarkeit der Zusammenschaltung erforderlich sind, insbesondere Maßnahmen wie die Bereitstellung von Interconnection-Anschlüssen (ICAs), die Durchführung von Konfigurationsmaßnahmen etc. Diese Leistungen sind für die Durchführung der Zusammenschaltung ebenso unerlässlich wie die Erbringung der Zusammenschaltungsleistungen selbst.

In diesem Sinne hatten wir im Rahmen der mündlichen Verhandlung auch die Beschlusskammer verstanden, so dass wir davon ausgehen, dass eine entsprechende klarstellende Ergänzung der Regulierungsverfügung erfolgt.

d) Online Billing bei VPN-Diensten und Auskunftsdiensten

Wir weisen ferner darauf hin, dass im Verfügungsentwurf in Abhängigkeit davon, ob es sich um eine Transit- oder eine Zuführungsleistung handelt, danach unterschieden wird, ob Verbindungen zu VPN- und Auskunftsdiensten nur im Offline- oder sowohl im Offline- als auch im Online-Billing angeboten werden müssen (vgl. Ziffer 2 und 5 der zitierten Festlegungen der Präsidentenkammer).

Diese Differenzierung ist nicht nachvollziehbar und möglicherweise lediglich ein redaktionelles Versehen. Wir regen daher an, die entsprechende Ergänzung um die Online-Variante auch für diejenigen VPN- und Auskunftsdienste vorzusehen, die keine Transitkomponente enthalten.

Stellungnahme der COMMUNICATION SERVICES TELE2 GMBH vom 20.06.2005:

Tele2 begrüßt im Grundsatz die im Entwurf vorgesehenen Regulierungsverfügungen. Allerdings sind aus Sicht von Tele2 einzelne Ergänzungen erforderlich.

I. Zugangsverpflichtung

Mit Blick auf die vorgesehenen Zugangsverpflichtungen ist im Anschluss an die mündliche Verhandlung ergänzend anzumerken:

1. Kooperationsmöglichkeit für Kollokation

Tele2 begrüßt ausdrücklich die in Ziffer 1.4 der Regulierungsverfügung vorgesehene Kooperationsmöglichkeit zwischen Nachfragern auf den Kollokationsflächen der Deutschen Telekom. Die Beschlusskammer sieht in der vorgesehenen Kooperationsmöglichkeit zutreffend eine wesentliche und von Tele2 in der Vergangenheit auch angestrebte Erleichterung der Kollokation.

a) Wettbewerber der Deutschen Telekom sind, anders als Deutsche Telekom selbst, weiterhin mit erheblichen Kosten für die Kollokation belastet. Unter dem Gesichtspunkt eines

chancengleichen Wettbewerbs besaß Deutsche Telekom daher im bisherigen Regulierungsregime einen erheblichen Kostenvorteil, da sie nicht bzw. in weit geringerem Maße Kosten für Kollokation zu tragen hatte. Mit der jetzt vorgesehenen Kooperationsmöglichkeit wird dieses Ungleichgewicht zwar nicht vollständig beseitigt, aber teilweise abgeschwächt. Dies entspricht im besonderem Maße dem Regulierungsziel, chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG).

Mit der in der Regulierungsverfügung vorgesehenen gemeinsamen Nutzung folgt die Beschlusskammer daher einer in der Zugangsrichtlinie vorgesehenen Zugangsverpflichtung. Auch die Zusammenschaltung auf der Kollokationsfläche einschließlich entsprechender Vermittlungstechnik hat der Gesetzgeber ausdrücklich als von § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG umfasst angesehen (BT-Drs. 15/2316, S. 65).

b) Die gegen diesen Punkt von Deutsche Telekom in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Einwände sind sämtlich nicht tragfähig.

aa) Den verfassungsrechtlichen Bemühungen der Deutschen Telekom mit Blick auf Art. 12 und 14 GG steht im bereits im Ansatz entgegen, dass der Gesetzgeber mit § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG von der in der Zugangsrichtlinie ausdrücklich vorgesehenen „Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung“ (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 f Zugangsrichtlinie 2002/19) Gebrauch gemacht hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet eine grundrechtliche Überprüfung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen grundsätzlich nicht mehr statt (BVerfG 73, 339, 375; 102, 147, 161 vgl. auch Ehlers in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 3 Rdnr. 45).

bb) Im Übrigen greifen die verfassungsrechtlichen Bemühungen der Deutschen Telekom aber auch in der Sache nicht. Vorliegend ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass eine Zugangsverpflichtung wie in § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG eine verhältnismäßige Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit sowie eine angemessene Ausgestaltung der Eigentumsfreiheit darstellt. Entgegen dem Vortrag der Deutschen Telekom ist der Rechtsprechung des BVerwG nicht zu entnehmen, dass der Sozialbezug der Eigentumsfreiheit in Art. 14 Abs. 1 GG „eine neue Belastung“ über das TKG 1996 hinaus ausschliesse. Soweit das BVerwG in seiner Entscheidung vom 25.04.2001 (Az.: 6 C 6.00) überhaupt auf den ersten Börsengang der Deutschen Telekom und das TKG von 1996 Bezug genommen hat, erfolgte dies lediglich ergänzend und als Begründung dafür, dass Deutsche Telekom von Anfang an keine grundrechtlich geschützte vermögensrechtliche Position erwerben konnte. Vorrangig zu dieser Überlegung betonte das BVerwG allerdings bereits in seiner Entscheidung vom 25.04.2001, dass die unter dem Schutz eines staatlichen Monopols und unter Verwendung von öffentlichen Mitteln entstandene Netzinfrastruktur der Deutschen Telekom einen intensiven sozialen Bezug besitzt und Zugangsverpflichtungen daher verhältnismäßig sind. In seiner jüngeren Rechtsprechung, etwa im Resale-Urteil vom 03.12.2003 (Az.: 6 C 20.02, Umdruck S. 26 f.) nimmt das Bundesverwaltungsgericht nur noch auf diesen vorrangigen Gesichtspunkt Bezug; ein Hinweis auf die Rechtslage zum Zeitpunkt des ersten Börsenganges der Deutschen Telekom erfolgt im Urteil vom 03.12.2003 bereits nicht mehr.

cc) Schließlich ist auch der Hinweis der Deutschen Telekom auf eine angeblich fehlende Wesentlichkeit der Kooperation zwischen den Nachfragern auf Kollokationsflächen verfehlt. Bereits der Wortlaut von § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG („im Rahmen der Erfüllung der Zugangsverpflichtung“) belegt, dass insoweit die Anforderungen für eine Zugangsverpflichtung dem Grunde nach nicht eingreifen; hierauf verweist die Beschlusskammer selbst in der Begründung zur Regulierungsverfügung. Im Übrigen kommt es auf die von Deutsche Telekom bemühte „Wesentlichkeit“ auch anhand der Maßstäbe in § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG nicht (mehr) an.

2. Bereits gewährter Zugang

Das TKG sieht in § 21 Abs. 2 Nr. 2 vor, dass das marktbeherrschende Unternehmen verpflichtet werden kann, bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu ver-

weigern. Aus Sicht von Tele2 umfasst der Begriff des „Zugangs“ im Sinne dieser Bestimmung auch die Modalitäten eines Zugangs und damit die von Deutsche Telekom in ihrem bisherigen Standardvertrag angebotenen Zusammenschaltungsleistungen und -bedingungen.

Nach unserer Einschätzung sollte Deutsche Telekom daher gestützt auf § 21 Abs. 2 Nr. 2 TKG verpflichtet werden, nicht hinter den Stand ihres derzeitigen Standardvertrages zurückzufallen. Eine solche Regulierungsverfügung erscheint auch nach Maßgabe der Vorgaben in § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG angemessen. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Bedingungen im aktuellen Standardvertrag zumindest weitgehend der Beschlusspraxis der Kammer entsprechen.

Hilfsweise sollte die Beschlusskammer jedenfalls mit Blick auf die Regulierungsverpflichtung zur Vorlage eines Standardangebots im Sinne von § 23 TKG die Erwartung äußern, dass Deutsche Telekom für das Standardangebot die Beschlusspraxis der Kammer entsprechend den derzeit geltenden Zusammenschaltungsanordnungen berücksichtigt (dazu unten III).

3. Abnahmeverpflichtung

Aus Sicht von Tele2 sollte im Tenor der Regulierungsverfügung klargestellt werden, dass die Verpflichtung zur Zusammenschaltung auch die Abnahme von Verbindungen aus den Netzen der jeweiligen Zusammenschaltungspartner umfasst.

a) Die Abnahmeverpflichtung betrifft in erster Linie die Sicherstellung eines End-zu-End-Verbunds im Sinne von § 18 Abs. 1 TKG. Mit der vom Gesetzgeber – abweichend von den früheren Fassungen des Gesetzes – schließlich gewählten Fassung des § 18 TKG bezieht sich die Sicherstellung des End-zu-End-Verbunds allein auf nicht-marktbeherrschende Unternehmen. Für marktbeherrschende Unternehmen wie Deutsche Telekom ergibt sich diese Verpflichtung aus § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG sowie aus der allgemeinen Verpflichtung zur Zusammenschaltung im Sinne von § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG. Der Begriff der Zusammenschaltung im Sinne von § 3 Nr. 34 TKG verdeutlicht, dass dieser mit der Ermöglichung der Kommunikation zwischen Nutzern verschiedener Netze auch den End-zu-End-Verbund im Sinne von § 18 Abs. 1 TKG umfasst.

b) Die Abnahmeverpflichtung würde der Herstellung des End-zu-End-Verbund insofern dienen, als Deutsche Telekom verpflichtet würde, die Zuführungsleistungen ihres Zusammenschaltungspartners abzunehmen. Die Entgegennahme kann zum einen in der Weiterleitung zu einem Dienst im Netz der Deutschen Telekom bestehen oder in der Transitleistung zu einem Dienst im Netz eines dritten Netzbetreibers. Die Zuführung an Deutsche Telekom zu einem Endnutzer im Netz der Deutschen Telekom oder eines dritten Netzbetreibers scheidet nach derzeitiger Marktlage aus, da die Tarifierung dem Grundsatz folgt, dass der anrufende Nutzer für die Verbindung zu zahlen hat.

aa) Für die Abnahme zur Anrufzustellung zu einem Dienst im Netz der Deutschen Telekom könnte die Auffassung vertreten werden, dass es sich hierbei nicht um eine Leistung auf den Märkten 8-10 der Märkteempfehlung handelt. Deutsche Telekom erbringt insoweit eine Leistung an den Diensteanbieter und kauft hierfür die Zuführungsleistungen des Zusammenschaltungspartners ein. Daher kommt in Betracht, dass Deutsche Telekom eine Abnahmeverpflichtung für diese Zuführungsleistungen als Regulierungsverpflichtung auf dem entsprechenden Markt der Anrufzustellung für Diensteanbieter auferlegt wird. Dem TKG ist allerdings ein Vorrang der Regulierung der Vorleistungsmärkte gegenüber den Endnutzermärkten zu entnehmen. Dies spricht dafür, der Deutschen Telekom eine entsprechende Abnahmeverpflichtung als Regulierungsverfügung auf dem „nationalen Markt für Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz der Betroffenen“ (Markt Nr. 4 der Marktdefinition) aufzuerlegen.

bb) Soweit mit der Abnahmeverpflichtung ein Transit zum Dienst im Netz eines Dritten erbracht wird, unterfällt die Abnahmeverpflichtung dem „Nationalen Markt für Transitdienste im öffentlichen Telefonnetz ... zu Diensten“ (Markt Nr. 5 der Marktdefinition). Hier erbringt Deutsche Telekom zwar eine Vorleistung an den dritten Netzbetreiber, in dessen Netz der

Dienst geschaltet ist. Im Rahmen der Zusammenschaltungsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG sowie als Voraussetzung der Ende-zu-Ende-Kommunikation im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG kann eine entsprechende Abnahmeverpflichtung jedoch auferlegt werden.

c) Mit der Auferlegung einer Abnahmeverpflichtung als Unterfall der Zusammenschaltung würde sich auch keine Genehmigungspflicht für die Zuführungsleistung des Zusammenschaltungspartners aus §§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1 TKG ergeben. Die Abnahmeverpflichtung stellt vertragsrechtlich lediglich eine Nebenpflicht zu der Hauptpflicht des Zusammenschaltungspartners dar, die Zuführungsleistung zu erbringen. Ein Entgelt für die Abnahmeleistung der Deutschen Telekom, welches der Entgeltregulierung unterfallen könnte, besteht hierbei nicht.

4. Klarstellung zur Preselection-Einrichtung

Im Entwurf der Regulierungsverfügung sind zwar die mit Call-by-Call und Preselection in Verbindung stehenden Verbindungsleistungen umfasst. Dagegen sieht der Entwurf keine Verpflichtung für die Einrichtung von Preselection vor. Zur Umsetzung einer Preselection-Verpflichtung aus § 40 Abs. 1 TKG ist diese Einrichtung und eine entsprechende Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens hierzu erforderlich. Eine entsprechende Verpflichtung würde ebenfalls die Zusammenschaltung der Deutschen Telekom mit Verbindungsnetzbetreibern betreffen. Um den fehlenden abschließenden Charakter der geplanten Regulierungsverfügung deutlich zu machen, regen wir eine entsprechende Klarstellung für die noch ausstehende Verpflichtung zur Einrichtung der Preselection an.

Die Präsidentenkammer hat in ihrer Notifizierung der Marktdefinition und Marktanalyse für die Märkte 8-10 der Märkteempfehlung unter G. I 1 a) (7) (Seite 45) zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei der Einrichtung von Preselection nicht selbst um eine Verbindungsleistung, sondern um eine Annex-Leistung zu einer Zugangs- bzw. Endkundenleistung handele. Nach Auffassung von Tele2 handelt es sich bei der Preselection-Einrichtung selbst um eine Zugangsleistung. Selbst wenn es sich um eine Annex-Leistung zu einer Endkundenleistung handeln sollte, würde die Preselection-Einrichtung im Verhältnis zwischen dem auf dem Anschlussmarkt beherrschenden Unternehmen und seinem Zusammenschaltungspartner auferlegt werden. Wir regen daher unter Ziffer 3.1.1 der Regulierungsverfügung eine entsprechende Klarstellung für die noch notwendige Ergänzung mit Blick auf die Einrichtung der Preselection an.

II. Getrennte Rechnungsführung

Tele2 hält es weiterhin für erforderlich, neben der Genehmigungspflicht nach §§ 30, 31 TKG Deutsche Telekom auch zur getrennten Rechnungsführung im Sinne von § 24 TKG zu verpflichten.

Die getrennte Rechnungsführung ist nicht bereits von der Genehmigungspflicht am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung umfasst. Dies gilt insbesondere für die Verpflichtung aus § 24 Abs. 1 Satz 2 TKG, wonach das marktbeherrschende Unternehmen sowohl seine Vorleistungspreise als auch seine internen Verrechnungspreise transparent zu gestalten hat. Die im Rahmen der Entgeltgenehmigungsverfahren vorzulegenden Kostennachweise erstrecken sich insbesondere nicht auf die internen Verrechnungspreise der Deutschen Telekom. Soweit bisher bekannt, gilt dies auch für die Kostenträgerrechnung im Sinne von § 33 Abs. 3 TKG. Vor allem für eine Preiskontrolle gegen eine verbotene Quersubventionierung und zur Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren erscheint daher die Auferlegung der getrennten Rechnungsführung zusätzlich zur Genehmigungspflicht der Zusammenschaltungsentgelte erforderlich.

Die Auferlegung einer getrennten Rechnungsführung zusätzlich zur ex ante-Entgeltregulierung ist auch nicht am Maßstab der europäischen Richtlinien unzulässig. Die diesbezüglichen Hinweis der Deutschen Telekom in der mündlichen Verhandlung auf die

Zugangsrichtlinie vermögen nicht zu überzeugen. Die ex ante-Verpflichtung gemäß Art. 11 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19 steht als Möglichkeit gesondert neben der Preiskontrolle nach Art. 13 dieser Richtlinie. Die Verpflichtung zur getrennten Buchführung stellt danach gerade keine subsidiäre Verpflichtung gegenüber der Preiskontrolle dar. Vielmehr handelt es sich insoweit um ein spezielles Regulierungsinstrument, mit dem insbesondere die Gleichbehandlungsverpflichtung durchgesetzt werden soll; dies ist im 18. Erwägungsgrund zur Zugangsrichtlinie deutlich zum Ausdruck gebracht.

III. Standardangebot

Aus Sicht von Tele2 können die Einzelheiten des Zusammenschaltungsverhältnisses zwischen Deutsche Telekom und ihren Wettbewerbern für die Leistungen auf den Märkten 8-10 nicht umfassend in der Regulierungsverfügung selbst geregelt werden. Daher begrüßen wir die vorgesehene Verpflichtung für ein entsprechendes Standardangebot.

1. Ermessensausübung

Wir regen hierbei an, in der Begründung für die Ausübung des „Soll“-Ermessens gemäß § 23 Abs. 1 TKG die Vorgaben in Art. 9 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19 zu berücksichtigen. Gemäß der Zugangsrichtlinie können die Regulierungsbehörden unabhängig von einer auferlegten Zugangsverpflichtung und unabhängig von einer allgemeinen Nachfrage zur Vorlage eines Standardangebots verpflichtet. Es bedarf keiner Entscheidung, ob § 23 TKG in der derzeitigen Fassung den Vorgaben der Zugangsrichtlinie entspricht. Jedenfalls erlaubt das „Soll“-Ermessen gemäß § 23 Abs. 1 TKG eine richtlinienkonforme Auslegung, die ergänzend zu der rein nationalen, gesetzesimmanenten Auslegung geboten erscheint.

2. Stand Zusammenschaltungspraxis

Sollte die Beschlusskammer die derzeitige Beschlusspraxis zu den Bedingungen der Zusammenschaltung nicht bereits geschützt auf § 21 Abs. 2 Nr. 2 TKG anordnen, regen wir an, in der Regulierungsverfügung gegenüber Deutsche Telekom die Erwartung zu äußern, dass das vorzulegende Standardangebot der bisherigen Beschlusspraxis entspricht.

Gemäß § 23 Abs. 5 Satz 2 TKG kann die Regulierungsbehörde das marktbeherrschende Unternehmen verpflichten, nach § 25 TKG angeordnete Zugangsleistungen als Standardangebot auch anderen Nachfragern diskriminierungsfrei anzubieten. Aus Sicht von Tele2 muss § 23 Abs. 5 Satz 2 TKG dahin ausgelegt werden, dass auch Verpflichtungen aus Zusammenschaltungsanordnungen nach TKG 1996 als entsprechend angeordnete Zugangsleistungen im Sinne dieser Bestimmung gelten. Unabhängig hiervon lässt sich § 23 Abs. 5 Satz 2 TKG jedenfalls der Rechtsgedanke entnehmen, dass Zusammenschaltungsanordnungen diskriminierungsfrei in das Standardangebot aufzunehmen sind. Für unter dem TKG 1996 angeordnete Zusammenschaltungen wird dies jedenfalls grundsätzlich gelten, d.h. soweit nicht ausnahmsweise der Maßstab der Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit nach neuem TKG eine abweichende Beurteilung rechtfertigt.

Stellungnahme der 01051 Telecom GmbH vom 20. 06. 2005:

Der Entwurf "beschränkt" sich im Wesentlichen auf die Verpflichtung zur Zusammenschaltung als solcher, wobei diese Verpflichtung nur insoweit konkretisiert wird, als dass die Varianten der virtuellen und der physikalischen Kollokation verpflichtend vorgegeben werden, wobei zudem vorgegeben wird, dass ein jederzeitiger Zutritt zu den Einrichtungen zu gewähren ist und dass die Zusammenschaltungspartner ihre Netze auf den Kollokationsflä-

chen mit einander verbinden können. Darüber hinaus wird die Verpflichtung zur Erbringung von Verbindungsleistungen festgestellt und die Leistungen werden der Entgeltgenehmigung gem. § 31 TKG unterworfen. Schließlich wird generalklauselartig die Verpflichtung ausgesprochen, dass die Zusammenschaltungsvereinbarungen auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und -billigkeit genügen müssen.

Wir sehen die Gefahr, dass bei der so einerseits vorgenommenen Beschränkung und andererseits Detailregelung der unter der Geltung des TKG 1996 erreichte Standard von Zusammenschaltungsverpflichtungen der OTAG (Status Quo) gefährdet würde. Zudem sind bestimmte Verpflichtungen aus dem Kanon der Regulierungsinstrumentarien, die das Gesetz und die Richtlinien der RegTP zur Verfügung stellen, nicht in die Regelungsverfügung aufgenommen. Hier sehen wir die Gefahr, dass diese möglichen Zugangsverpflichtungen aber auch wesentliche Details der Zusammenschaltung wie ICA-Bereitstellung, Konfigurationsmaßnahmen, bestimmte Zusammenschaltungsvarianten wie kaskadierte ICAs, ICA-Bündel oder auch die In-Anspruch-Namen von besonderen Diensten im Netz der DTAG wie IN-Plattformen, Portierungsdatenbankserver und dergleichen nicht in Verfahren um das Standardangebot gem. § 23 TKG oder in Anordnungsverfahren gem. § 25 TKG umgesetzt werden können, ohne dass zuvor ein neuerliches Regelungsverfügungsverfahren nach Teil 2, Abschnitt 1 des Gesetzes, insbesondere gem. § 14 TKG durchgeführt werden müsste.

I. Sicherung des Status Quo hinsichtlich der Zusammenschaltungsleistungen

Im Laufe der letzten Jahre sind durch zahlreiche Zusammenschaltungsanordnungsverfahren wesentliche Details der Zusammenschaltung öffentlicher Telekommunikationsnetze mit dem der DT AG von der BK 4 angeordnet worden. Diese sind von der DT AG (im Wesentlichen) in der Folgezeit diskriminierungsfrei ihren Interconnect-Partnern angeboten worden, selbst wenn sie einzelne Regelungen gerichtlich angefochten und mit einem entsprechenden Änderungsvorbehalt in den Verträgen versehen hat.

Es besteht die Gefahr, dass die DT AG auf der Basis der im Entwurf vorliegenden Regelungsverfügung ihre Zusammenschaltungsangebote einschließlich eines möglichen Standardangebots auf die explizit in der Regelungsverfügung aufgeführten Leistungen beschränken wird. Darüber hinaus gehende Leistungen wird sie möglicherweise gar nicht oder aber mit dem Hinweis auf die Freiwilligkeit und dem Fehlen der Regulierungsinstrumentarien zu Konditionen anbieten, die für die Wettbewerb insgesamt nachteilig sind. Dies kann neben dem Ob der Bereitstellung auch die Art und Weise derselben, die Bereitstellungsfristen, die Qualitäten wie auch die dafür verlangten Entgelte betreffen.

1. Regelungsverfügung als Voraussetzung einer Anordnung

§ 25 TKG sieht eine Anordnung nur für den Fall vor, dass "die nach diesem Gesetz erforderlichen Voraussetzungen für eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung" vorliegen. Dies setzt jedoch nach § 13 TKG das nunmehr durchgeführte Verfahren der Regelungsverfügung mit vorausgegangener Marktanalyse und den entsprechenden Konsultationsmaßnahmen auf EU-Ebene voraus. D.h. dass sich eine Zusammenschaltungsanordnung nach § 25 TKG ausschließlich auf die Verpflichtungen beziehen kann, in der Regelungsverfügung explizit aufgelegt wurden. Die DT AG und möglicherweise ihr folgend das Verwaltungsgericht Köln könnten sich daher beispielsweise in Bezug auf die oben genannten nicht explizit in der Regelungsverfügung auferlegten Verpflichtungen auf den Standpunkt zurückziehen, insoweit sei die neuerliche Durchführung eines Regelungsverfügungsverfahrens notwendig.

2. Regelungsverfügung als Voraussetzung eines Standardangebotes

Ein derartiger expliziter Bezug auf die "nach dem Gesetz erforderlichen Voraussetzungen" findet sich in § 23 TKG zum Standardangebot zwar nicht. Es lässt sich jedoch mit sehr guten

Gründen die Argumentation vertreten, dass die Auferlegung von Verpflichtungen zu detaillierten Vertragsangeboten nicht über die Anordnungscompetenz nach § 25 TKG hinausgehen kann, wenn dort ausdrückliche Voraussetzungen benannt worden sind und zudem das gesamte Regulierungsregime auf dem System der Regulierungsverfügung basiert.

3. Kriterienvorgabe

Entsprechendes gilt für die unter Ziff. 2 auferlegte Verpflichtung, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziff. 1 bestimmten Kriterien entsprechen müssen. Denn es lässt sich argumentieren, dass die Vorgabe dieser Kriterien sich nur auf die unter Ziff. 1 aufgeführten Verpflichtungen selbst bezieht und beziehen kann und lediglich die Maßstäbe und Kriterien für diese Zugangsverpflichtungen beinhaltet, ohne jedoch darüber hinaus gehende Zugangsverpflichtungen zu konstituieren. Danach wäre somit beispielsweise lediglich die Zur-Verfügung-Stellung der Kollokationsräume danach zu beurteilen, es ließe sich jedoch nicht die Bereitstellung kaskadierter ICAs, eventuell die Untervermietung von Kollokationsräumen, darunter fassen, wenn die DTAG beispielsweise ihrer Tochtergesellschaft T-Mobile dies nachweislich gestattet. Die Bereitstellung der ICAs selbst (Ports), die Konfigurationsmaßnahmen und die sonstigen oben aufgeführten Beispiele, die nicht unter die Ziff. 1 zu Subsummieren sind, könnten danach jedoch nicht erfasst werden.

4. Richtlinienvorgabe

Nach Art. 7 der Zugangsrichtlinie steht jedoch die unbeschränkte Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, zunächst alle Verpflichtungen in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung, die vor dem In-Kraft-Treten dieser Richtlinie galten, aufrecht zu erhalten, bis diese Verpflichtungen überprüft wurden und im Rahmen der Marktanalyse festgestellt wurde, dass diese Verpflichtungen nicht mehr beibehalten, geändert oder aufgehoben werden können.

Zur vollständigen Umsetzung der Richtlinie ist somit die Sicherung des Status Quo Ante zu gewährleisten. Nur wenn die nationale Regulierungsbehörde im Rahmen der Marktanalyse positiv feststellen kann und feststellt, dass bestimmte Verpflichtungen aufgehoben werden können, dürfen diese entfallen. Unter Berücksichtigung dieser Richtlinienvorgabe muss daher der bestehende Zusammenschaltungsstandard gewährleistet bleiben, soweit nicht explizit einzelne Verpflichtungen aus dem bestehenden Kanon aktiv durch die Regulierungsbehörde herausgenommen werden.

Hierzu ist es unseres Erachtens erforderlich, entweder eine Aufstellung der bestehenden Verpflichtungen aus dem Interconnect-Vertrag, die der RegTP im Laufe der Jahre durch Anordnungen aufgegeben wurden aufzunehmen, oder aber eine generalklauselartige Einbeziehung der zurzeit angeordneten Verpflichtungen der Ziff. 1 der Regulierungsverfügung.

II. Transparenzverpflichtung und getrennte Rechnungsführung

Die Regulierungsbehörde sieht vor, keine Transparenzverpflichtung oder getrennte Rechnungsführung als Verpflichtung aufzuerlegen. Unten wird dargelegt, wie problematisch dies für die Etablierung von nachhaltigem Wettbewerb ist.

1. Erforderliche Auferlegung von Verpflichtungen zu getrennter Rechnungsführung

Bei der Regulierungsverfügung für den Markt 11 hat sich die RegTP gegen eine Auferlegung von getrennter Rechnungsführung entschieden und schlägt dies auch für die Märkte 8 bis 10 für die DTAG vor. Unten stellen wir die Probleme dieses Verzichts dar und bestätigen unsere Analyse mit einem kurzen Ausblick auf Europa.

1.1. Notwendigkeit für die Entgeltfestlegung wegen Informationsasymmetrien

Im Entwurf der RegTP-Entscheidung wird auf die Möglichkeit hingewiesen, dass betroffene Unternehmen zur Vorlegung von Kostennachweisen für die entgeltgenehmigungspflichtigen Leistungen gezwungen werden können. Dies hat sich in der Geschichte als unzureichend erwiesen. Durch diese Regelungen war es bisher nur soweit möglich die notwendigen Auskünfte von der DT AG herbeizubringen, wie diese auch ex-post vorhanden und die DTAG sie auch vollständig herausgebracht hat. Durch eine getrennte Rechnungsführung wird es aber der RegTP möglich, schon ex-post die notwendige Rechnungsführung anzuordnen, die für eine effiziente und sachgerechte Prüfung von Kostenunterlagen im Rahmen von Entgeltregulierung (gern, § 31 TKG) notwendig ist.

Empirisch ist die unzureichende Verpflichtung zur Erbringung von Kostenunterlagen und die Notwendigkeit zu getrennter Rechnungsführung durch die zahlreichen Entgeltgenehmigungsverfahren belegt worden, bei denen die RegTP leider feststellen musste, dass die Unterlagen zu unzureichend waren, um eine Entscheidung basierend auf die Kostenunterlagen durchführen zu können.¹

Diese Situation dürfte aber keinen Wissenschaftler überraschen. Die (von Wissenschaftlern durchgeführte) Applizierung von Principal-Agency-Theorien auf das Regulierungsverhältnis zwischen Regulierungsbehörde und einem zu regulierenden Unternehmen erklären sehr eindeutig, dass es Probleme bei dem Informationsfluss gibt und erklären diese durch die sogenannten Informationsasymmetrien.² Diese Asymmetrien entstehen, weil die Regulierungsbehörde deutlich weniger Information besitzt als das zu regulierende Unternehmen. Die Folge ist eine Situation, in der das zu regulierende Unternehmen Informationen wahlweise bereitstellt.³

"Although the interconnection regulations supposedly guard against these practices, the extent of asymmetric information between regulator and regulated make it difficult to enforce. The asymmetric information extends from cost information to technical feasibility. The problem is especially great given the LR1C rule for interconnection between major Operators. This is extremely information intensive and so favours the regulated firm even more. Given the central nature of the local loop, the regulator is likely to err on the side of caution if there is any uncertainty over costs to ensure that there is continued investment in the network. Further, any cost-based rule suffers from the problems of not encouraging cost minimisation. This opens the door to wasteful expenditure by the incumbent even if the information asymmetries are low-ered" [Hervorhebung nur hier]

Wie durch zahlreiche Entgeltregulierungsverfahren deutlich wurde, nutzt die DT AG diese Situation voll aus.

Das Gegenmittel gegen diese Schieflage liefert die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung. Mit dieser Verpflichtung wird die DT AG zu Transparenz gezwungen und die Rechnungsführung der DTAG kann somit für die Entgeltfestlegung verwendet werden. Die getrennte Rechnungslegung nicht anzuwenden ist, wie hier dargelegt, nicht sachgerecht.

¹ Siehe u.a. BK4c-03-123.

² Siehe u.a. V, S, Chau and B J, Witcher "Implications of Regulation Policy Incentives for Strategic Control: An Integrative Model", *Annals of Public & Cooperative Economies* Volume 76 Issue 1 Page 85 - March 2005 sowie D Parker und C, Kirkpatrick " RESEARCHING ECONOMIC REGULATION IN DEVELOPING COUNTRIES: DEVELOPING A METHODOLOGY FOR CRITICAL ANALYSIS", *Centre on Regulation and Competition WORKING PAPER SERIES, Paper No.. 34, S 6.*

³ James Hodge "Promoting Competitive Outcomes in the Fixed Line Telecommunications Sector in South Africa ", 2001 Annual Forum at Misty Hills, Muldersdrift, 10-12 September, 2001, S 10.

1.2 Probleme durch die von KEL abweichenden Ist-Kosten

Ein Geschäftsjahr nach dem anderen legt die DTAG Geschäftszahlen für das regulierte Geschäftsfeld T-Com vor, die Übergewinne und traumhafte Zahlungsbilanzen beinhalten.⁴ Dies ist erstaunlich für ein Unternehmen, das so viele entgeltregulierte (ex-post oder ex-ante) Produkte und Dienstleistungen verkauft. Dieses Missverhältnis kann teilweise auf eine misslungene Implementierung der Entgeltregulierung, die regelmäßig zu hohe Kosten ermittelt (u.a. wegen den Informationsasymmetrien, s.o.) zurückgehen, so dass die T-Com zu hohe Entgelte abrechnen darf. Teilweise erklärt sich aber dieses Missverhältnis auch durch die Investitionen, welche die T-Com während der Monopolzeiten getätigt und amortisiert hat. Daraus folgt eine Situation mit niedrigeren Ist-Kosten als Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.

Die RegTP schreibt in der Regulierungsverfügung zu Markt 11:

"Da auf der Grundlage der vorgelegten Kostennachweise [nach § 3 Abs. 2 TKG, u.A.], einer Vergleichsmarktbetrachtung bzw. einer Modellrechnung (vgl. § 35 Abs. 1 TKG) Entgelte nach § 31 Abs. 1 TKG nur dann genehmigungsfähig sind, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten, ist die Gefahr einer unzulässigen Quersubventionierung, die durch eine getrennte Rechnungsführung verhindert werden sollte, ausgeschlossen." (BK4a-04-075/R, S 19)

Wie wir oben gezeigt haben, sind aber die Ist-Kosten nicht gleich den angeordneten Entgelten, sondern die Ist-Kosten sind oft niedriger. Damit ist die Aussage der RegTP, dass die Entgeltregulierung die Aufgabe von getrennter Rechnungsführung ersetzt, nicht korrekt. Selbst entgeltregulierte Produkte können wegen niedrigerer Ist-Kosten eine Quelle für Quersubventionen sein.

1.3 Triangulierung durch getrennte Rechnungsführung führt zu besseren Ergebnissen

Ein zusätzliches Argument für die Auferlegung von der Verpflichtung zu getrennter Rechnungsführung ist die Tatsache, dass sie die Ergebnisse aus Vergleichsmarktstudien oder Modellrechnungen im Rahmen der Entgeltregulierung verifizieren kann. Die Methode mehrere Quellen heranzuziehen, wird in der Statistik als "Triangulierung" bezeichnet und dient dazu, die Qualität (bzw. Signifikanz) von Studien und Berechnungen zu erhöhen.

Durch die getrennte Rechnungsführung bekommt die RegTP die Möglichkeit, mehrere Methoden und Quellen heranzuziehen, um die Ergebnisse zu verifizieren und um ein sachgerechtes Ergebnis sicherzustellen. Dies ist besonders wichtig, weil die analytischen Kostenmodelle um die 200 Annahmen und Inputparameter haben, die alle eine gewisse Unsicherheit mit sich bringen, so dass die Ergebnisse nur ungefähr ermittelt werden können. Bei den Vergleichsmarktstudien sind die Ergebnisse noch unsicherer, da die Länderauswahl die Ergebnisse um einen zweistelligen Bereich verzerren kann, alleine durch eine fehlerhafte Auswahl von Vergleichsländern, Anhand der getrennten Rechnungsführung bekommt aber die RegTP ein zusätzliches Instrument, um die Entgeltregulierung auf Konsistenz zu prüfen.

Die Schlussfolgerung kann von daher nur sein, dass die Auferlegung von einer Verpflichtung gem. § 24 TKG notwendig und angemessen ist.

1.4 Internationaler Vergleich

⁴ Im Jahr 2004 hatte das Geschäftsfeld Breitband/Festnetz einen Gewinn (EBIT) von 5,5 Mrd. Euro, bzw. eine EBITDA-Marge von 38 % und eine EBIT-Marge von 20,5 %. Siehe http://download-dtagt-online.de/deutsch/investor-relations/4-finanzdaten/zwischenberichte/dtag_q1_05_finanzdaten_breitband_festnetz.xls.

Auch bei einem internationalen Vergleich von Notifizierungen bezüglich der Märkte 8 bis 10 ergibt sich die Notwendigkeit von getrennter Rechnungsführung. Die nachfolgende Tabelle fasst die neun Länder der EU zusammen, die die hier betroffenen Märkte notifiziert haben und ob getrennte Rechnungsführung auferlegt wurde oder nicht.⁵

| Land | Getrennte Rechnungsführung |
|------------|----------------------------|
| Dänemark | Ja |
| Österreich | Ja |
| Portugal | Ja |
| Finnland | Ja |
| Schweden | Ja |
| Irland | Ja |
| Ungarn | Ja |
| Slovakien | Ja |
| U.K. | Ja |

Wie aus der Tabelle zu sehen ist, hat bisher keine (!) Regulierungsbehörde in Europa unter den neuen Rahmenrichtlinien auf getrennte Rechnungsführung als Verpflichtung verzichtet. Die RegTP wäre bei diesen Märkten eine einzigartige Ausnahme, die nur schwer zu verstehen wäre.

2. Erforderliche Auferlegung von Verpflichtungen zu Transparenz

Für die Transparenzverpflichtung spricht vor allem die Gefahr von Diskriminierung durch die DTAG. Die Begründung in der analogen Regulierungsverfügung zur TAL (Markt 11) ist, dass die Ziele einer Transparenzverpflichtung durch die Verpflichtung zu einem Standardangebot schon erfüllt sind. Dieser Glaube an Standardangebote ist gefährlich, da dadurch eine Lücke für Missbrauch entsteht. Ein Standardangebot ist leider nur als eine Mindestregelung bei den Zusammenschaltungsverträgen zu sehen. Es gibt weder Hindernisse für die DT AG noch für andere Wettbewerber, Nebenvereinbarungen oder Zusatzvereinbarungen abzuschließen, die über ein Standardangebot hinaus gehen. Vor allem, weil die Ist-Kosten der DTAG deutlich niedriger sind als die KEL (s.o.), hat die DTAG noch einen Spielraum, um verbündete Unternehmen und bevorzugte Wettbewerber "positiv" zu diskriminieren. Diese Art von Missbrauch kann nicht durch ein Standardangebot verhindert werden. Damit besteht, im Gegensatz zu dem was die RegTP sagt, ein Bedarf zu Transparenzverpflichtungen.

Dass die ausländischen Regulierungsbehörden sich sowohl für Standardangebote als auch für Transparenzverpflichtungen als Maßnahmen entschieden haben, ist eher die Regel als die Ausnahme (siehe z.B. Irland, Dänemark und Slowakei). Dänemark schreibt z. B. in seiner Notifizierung, dass die Transparenzverpflichtung trotz einer Verpflichtung zum Standardangebot wichtig ist, wegen der Zusatzvereinbarungen⁶ und den damit verbundenen Risiken der Diskriminierung.

Damit entfällt die Begründung der RegTP, keine Transparenzverpflichtung aufzuerlegen. Vielmehr besteht die Gefahr durch die Positionierung der RegTP im Entwurfsdokument, dass die DT AG durch "teilen und herrschen" die Wettbewerber gegeneinander ausspielt, um weiterhin die Preisniveaus in bestimmten Endkundenmärkten hoch zu halten und damit Über-

⁵ Die Notifizierungen können von im Internet abgerufen werden:
<http://forum.europa.eu.int/Public/irc/info/ecctf/library?l=/&vm=detailed&sb=Title>

⁶ ITST "Udkast af 4. februar 2005 til afgørelse til TDC på engrosmarkedet for fastnetaccess (M8)", S. 35.

gewinne abzuschöpfen. Dies ist nicht nur schädlich für den Wettbewerb, sondern auch für die Verbraucher, die damit viel zu viel Geld für Telefonie ausgeben müssen.

3. Zur Angemessenheit von Zugangsverpflichtungen, Entgeltregulierung und Nicht-Diskriminierung

Die RegTP hat richtigerweise erkannt, dass diese Verpflichtungen erforderlich sind, um eine Rückkehr zu Monopolzeiten zu verhindern. Mit 95 %⁷ der Anschlüsse in Deutschland würde die DT AG ohne Regulierung und diesen Verpflichtungen ihre Nachfrage- und Angebotsmacht ausüben und die Wettbewerber durch missbräuchliche Entgelte oder durch Verweigerungen von Zusammenschaltungen aus dem Markt treiben. Dieser Verhandlungsmacht könnten die Wettbewerber nichts entgegen setzen, da kein Endkunde zu einem alternativen Netzbetreiber wechseln würde, wenn er danach nur ein paar Prozent der Telefonanschlüsse in Deutschland erreichen würde, was der Fall ist, wenn der alternative Netzbetreiber keine Zusammenschaltung mit der DT AG hat Umgekehrt gilt für die DT AG aber, dass die Endkunden auch ohne Zusammenschaltungen immer noch 95 % der Telefonanschlüsse erreichen könnten. Daraus ist zu schließen, dass die Wettbewerber chancenlos gegenüber der DTAG sind und dass ohne Zugangsverpflichtungen der Wettbewerb komplett zum Erliegen kommen würden.

Dies wird auch dadurch noch prägnanter, dass die DTAG zum Garant für die Ende-zu-Ende-Kommunikation (an-to-any) geworden ist. Alle alternativen Netzbetreiber haben eine Zusammenschaltung mit der DT AG, aber nur teilweise untereinander, Durch die Transitleistungen der DTAG, die reguliert sind, können die alternativen Netzbetreibern über die DTAG alle Anschlüsse in Deutschland erreichen. Ohne die Zugangsverpflichtung wäre das nicht mehr möglich.

Dass eine Zugangsverpflichtung ohne Entgeltregulierung anhand der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KEL) unwirksam ist, hat die RegTP auch erkannt. Wenn eine Zugangsverpflichtung ohne Entgeltregulierung eingeführt werden sollte, bestünde die Möglichkeit für die DTAG Entgelte, die höher als die KEL sind, zu verlangen. Dies wäre für den Wettbewerb ein Totschlag, da sämtliche Wettbewerber seit 1998 nur durch wettbewerbsfähige Preise einen Fuß im Markt fassen konnten und wenn die Wettbewerber durch überhöhte Vorleistungsentgelte benachteiligt wurden, bestünde für die Wettbewerber nicht mehr die Möglichkeit, wettbewerbsfähige Preise anzubieten. Das wäre das Aus für den Wettbewerb in Deutschland.

Auch die Ex-Ante-Komponente bei der Entgeltregulierung ist eine Voraussetzung für das bisschen Wettbewerb, das sich dank Regulierung seit 1998 eingestellt hat. Bei einer Ex-Post-Regulierung würde keine Planungssicherheit bestehen. Zudem gäbe es keine ausreichende Zeit für die Wettbewerber, sich an Entgeltanpassungen der Vorleistungsprodukte anzupassen. Es besteht die Gefahr, dass die DTAG bei einer Ex-Post-Regulierung eine ständige Flut von Entgeltänderungen und neuen Entgelten in Gang setzen würde in der Hoffnung, einige Änderungen durchzusetzen. Dies wäre verfahrensökonomisch ineffizient und für den Wettbewerb sehr gefährlich, da die Rahmenbedingungen nicht einmal auf kurze Sicht klar wären.

Aus diesen Gründen möchten wir unterstreichen, dass diese Verpflichtungen, die von der RegTP vorgeschlagen werden, eine Notwendigkeit darstellen und dass sie aufzuerlegen sind.

⁷ 95 % ergibt sich aus 39,04 Mio.. Anschlüsse insgesamt und 1,95 Mio. entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen. Quelle: Jahresbericht der RegTP 2004, R 25 f.

Stellungnahme der Deutschen Telekom AG vom 20.06.2005:

I. Keine Auferlegung einer Verpflichtung zur Ermöglichung von Kooperationsmöglichkeiten

Der Entwurf der Regulierungsverfügung sieht in Ziffer 1.4 des Entscheidungssatzes vor, dass die Deutsche Telekom AG verpflichtet werden soll, Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen in der Weise zuzulassen, dass solche Unternehmen ihre jeweils am gleichen Zusammenschaltungsstandort bei der Deutschen Telekom AG angemieteten Kollokationsflächen miteinander verbinden können, damit diese sich zusammenschalten können oder ein Unternehmen einem oder mehreren anderen Unternehmen den Zugang zu seinen selber bereitgestellten oder angemieteten Übertragungswegen gewähren kann. Eine Verbindung zum Zweck der gemeinsamen Nutzung von Übertragungswegen, über die dann "Zugangsverkehr" läuft, die also dem Zugang dienen, hat die Beschlusskammer in der TAL Regulierungsverfügung angeordnet. Dies mag gerade noch vertretbar und für die Deutsche Telekom AG hinnehmbar sein. Eine Zusammenschaltung in den Räumen der Deutschen Telekom ist dies nicht mehr. Hier wird Eigentum der Deutschen Telekom für eine Nutzung in Anspruch genommen, die nicht dem Zugang dient und für die es an jeder Rechtfertigung fehlt.

Weder liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Auferlegung einer solchen Verpflichtung vor, noch könnte die Beschlusskammer der Deutschen Telekom eine solche Verpflichtung in ermessensfehlerfreier Weise auferlegen.

1 Auslegung von § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG

- a) Die Auferlegung der Zulassung von Kooperationen zwischen Wettbewerbern kann allein im Rahmen des § 21 Abs. 2 Nr. 6 in Betracht kommen. Auch unter § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG können aber nicht beliebige Nutzungen fallen.
- Zunächst ist festzuhalten, dass eine Verpflichtung im Rahmen des § 21 Abs. 6 TKG nur insoweit zulässig ist, als sie sich "im Rahmen der Erfüllung der Zugangsverpflichtungen" hält. Auch im Rahmen des § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG kann die Deutsche Telekom also nur mit der Verpflichtung belastet werden, solche Nutzungen ihrer Vermögensgegenstände zuzulassen, die für den Zugang erforderlich sind. Alles andere würde sich nicht mehr "im Rahmen der Erfüllung der Zugangsverpflichtungen" halten.
 - Aus dem letzten Halbsatz von § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG folgt, dass die Deutsche Telekom AG als zugangsverpflichtetes Unternehmen eine Nutzungsmöglichkeit oder eine Kooperation nie dulden muss, wenn sie aus technischen Gründen nicht oder nur eingeschränkt möglich ist.
 - Soweit Nutzungsmöglichkeiten für den Zugang notwendig sind und der Deutschen Telekom AG die Verweigerung aus technischen Gründen ermöglicht werden kann, müssen zusätzlich die Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 TKG vorliegen.

Der Begriff "im Rahmen der Erfüllung der Zugangsverpflichtung" kann nicht - wie dies in der Begründung zum Beschlussentwurf geschehen ist - in dem Sinne ausgelegt werden, dass die Verpflichtung lediglich das Bestehen einer Zugangsverpflichtung voraussetze, die Kooperationsmöglichkeiten dann aber auch anderen Zwecken als dem eigentlichen Zugang genutzt werden könnten. Dies wäre bereits mit dem Wortlaut, bei dem die Zugangsverpflichtung einen Rahmen für die Kooperationsmöglichkeiten setzt, nicht vereinbar.

- b) Unabhängig davon, dass eine Auslegung, bei der das Tatbestandsmerkmal "im Rahmen" ihren Sinn und ihre einschränkende Funktion verliert, schon im Rahmen des TKG

nicht möglich wäre, würde eine solche Auslegung zu einer Verletzung der Grundrechte der Deutschen Telekom AG aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG führen.

- aa) Schon allein die Verpflichtung der Deutschen Telekom AG, Kollokation zu gewährleisten, führt zu einem empfindlichen Eingriff in das Eigentum der Deutschen Telekom AG. Dieser Eingriff wird durch die Verpflichtung, die die Beschlusskammer in Ziffer 1.4 des Beschlussesentwurfes vorgesehen hat, noch vertieft. Art. 14 GG schützt nicht nur den wirtschaftlichen Wert des Eigentums, sondern auch die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis darüber. So umfasst Art. 14 Abs. 1 das Recht, den Eigentumsgegenstand selbst zu nutzen und Dritte von Besitz und Nutzung auszuschließen.

BVerfGE 101, 54 (74 f.).

Eingriffe in das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentum sind nur dann verfassungsmäßig, wenn sie zu einem verfassungsrechtlich legitimen Zweck erfolgen und zur Erreichung dieses Zweckes geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sind.

- bb) Bei der verfassungsrechtlichen Prüfung sind folgende Gesichtspunkte ausschlaggebend:

- Art. 14 Grundgesetz enthält in erster Linie eine Bestandsgarantie was die Substanz und die Verfügungsbefugnis über das Eigentum betrifft, nicht eine Wertgarantie. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts:

"Der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG kommt eine andere und umfassendere Bedeutung zu, als der der Weimarer Reichsverfassung. Sie hat nicht in erster Linie die Aufgabe, die entschädigungslose Wegnahme von Eigentum zu verhindern, sondern den Bestand des Eigentums in der Hand des Eigentümers zu sichern. Dieser Bedeutungswandel der Eigentumsgarantie kommt sinnfällig in der Ausdehnung des Rechtsschutzes durch die Verfassung zum Ausdruck."

BVerfGE 24, 267 (400 f.).

Das Bundesverfassungsgericht hat zudem entschieden, dass Ausgleichsregelungen nicht generell verfassungsrechtlich zulässige Mittel sind.

BVerfGE 100, 226 ff.

Demgegenüber steht die Erwägung in der Begründung zum Regierungsentwurf, dass Wettbewerber, die die Kosten der Kollokation zu tragen hätten, die volle Handlungsfreiheit haben müssten, in offensichtlichem und krassem Widerspruch zu diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben. Sie können daher eine Mitbenutzungsanordnung nicht stützen, die über das zur Zugangsgewährung Unerlässliche hinausgeht.

Der Umstand, dass die Wettbewerber die Kosten der Kollokation tragen, ändert nichts daran, dass eine Verpflichtung zur Gewährung von Kollokation nur soweit erforderlich ist, wie sie zu Zugangszwecken erforderlich ist. Dass eine Zugangsverpflichtung ohne Kostentragungspflicht verfassungswidrig wäre, ist ein anderer Gesichtspunkt.

- Der Eigentumsschutz der Deutschen Telekom AG kann auch nicht mit der - ohnehin unzutreffenden - Erwägung relativiert werden, die Deutsche Telekom habe grundrechtlich geschützte Positionen frühestens mit ihrem (ersten) Börsengang im November 1996 erlangt und bereits von vornherein mit den entsprechenden Pflichten belastet erworben.

So fälschlich: Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 15.08.2003, 20 F 7.03, aml. Umdruck Blatt 7.

Das TKG 1996 sah keine Verpflichtung der Deutschen Telekom AG vor, Kollokationsräume zu anderen Zwecken als für die Zusammenschaltung oder den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zur Verfügung zu stellen. Selbst wenn man - zu Unrecht der These des "regulierungsbelasteten Eigentums" folgen würde, würde dies nur zu einer Rechtfertigung von Belastungen beitragen können, die bereits das TKG 1996 der Deutschen Telekom AG auferlegt hat. Nicht betroffen sein könnten Verpflichtungen, die durch das TKG 2004 neu auferlegt oder ermöglicht wurden. Bezüglich der hier in Rede stehenden Verpflichtungen kann also unter keinem Gesichtspunkt von einem relativierten Eigentumsschutz der Deutschen Telekom AG ausgegangen werden.

- c) Ein Blick auf das Europarecht bestätigt die hier gewonnene Auslegung, dass nach § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG nur solche Mitbenutzungsmöglichkeiten umfasst sind, die der Zugangsgewährung dienen.

Die Zugangsrichtlinie enthält in Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 Buchst. f lediglich die § 21 Abs. 3 Nr. 3 TKG entsprechende Verpflichtung, Kollokation und andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Leitungen und Masten zu ermöglichen. Wie § 21 Abs. 3 Nr. 3 TKG betrifft diese Verpflichtung nur eine gemeinsame Nutzung des zur Zugangsgewährung verpflichtenden Unternehmens mit einem seiner Wettbewerber.

Darüber hinaus enthält Art. 12 der Rahmenrichtlinie lediglich Zugangsverpflichtungen, nicht aber die Verpflichtung, Kollokationsräume auch zu anderen Zwecken nutzen zu können. Da die Zugangsrichtlinie eine Vollharmonisierung verfolgt, sind weitergehende nationale Belastungen des regulierten Unternehmens unzulässig.

Die Zusammenschaltung von Wettbewerbern in Räumen der Deutschen Telekom AG stellt somit einen verfassungs- und europarechtlich unzulässigen Sonderweg dar.

2. Auferlegung nicht im Sinne des § 21 Abs. 1 TKG gerechtfertigt

Im Rahmen des § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG hat die Regulierungsbehörde zu prüfen, ob eine Zugangsverpflichtung - auch eine Verpflichtung im Rahmen des § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG - zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG in einem angemessenen Verhältnis steht. Die dazu erforderlichen Prüfschritte hat die Beschlusskammer in dem Entwurf der Regulierungsverfügung aufgezeigt. Bereits aus den vorstehenden Überlegungen zur verfassungskonformen Auslegung des § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG ergibt sich, dass die Auferlegung der von der Beschlusskammer vorgesehenen Verpflichtungen nicht im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG gerechtfertigt ist. Zu den einzelnen Gesichtspunkten:

- a) Eine Verpflichtung nach § 21 Abs. 6 TKG ist nicht geeignet, den erstrebten Erfolg zu erreichen.

Bezüglich einer Kooperationsmöglichkeit der Zugangsberechtigten III den Kollokationsräumen zur Zusammenschaltung im Gebäude der Deutschen Telekom AG bestehen bereits an der Eignung zur Wettbewerbsförderung erhebliche Zweifel. Konkrete wettbewerbsfördernde Effekte sind weder dar gelegt noch ersichtlich. Diese ergeben sich nicht ohne weiteres daraus, dass Wettbewerber durch eine Zusammenschaltung in den Räumen der Deutschen Telekom Kosten sparen. Es geht bei der Zielsetzung des TKG nämlich nicht um die Förderung der Wettbewerber, sondern um die Förderung des Wettbewerbs als Institution.

- b) Die auferlegte Verpflichtung ist auch nicht erforderlich, um die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren.

Es ist nicht ersichtlich, dass eine Zusammenschaltung der Unternehmen in den Kollokationsräumen erforderlich wäre, um die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu gewährleisten. Um dieses Ziel des TKG zu erreichen, ist es vielmehr ausreichend, wenn die Zugangsberechtigten außerhalb der Gebäude der DT AG Kooperationsmöglichkeiten haben. Die Deutsche Telekom zunächst im Rahmen der Kollokation dazu zu verpflichten, Flächen über den für die Kollokation notwendigen Bedarf zur Verfügung zu stellen und diese Flächen dann von den Zugangsberechtigten zum Zwecke der Untervermietung, der Aufstellung von zur Zusammenschaltung mit der DT AG nicht erforderlicher Technik oder zur Aufstellung von Technik zur Direktzusammenschaltung zu nutzen, ist für die wettbewerbliche Entwicklung der nachgelagerten Märkte nicht erforderlich. Es ist bisher nicht zutage getreten, dass diese Möglichkeiten vorhanden sein müssten.

- c) Selbst wenn man - zu Unrecht - die Rechtmäßigkeit der Auferlegung einer solchen Verpflichtung nicht wie bereits oben unter 1. oder 2. a) und b) dargelegt verneinen würde, stünde die Verpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG in keinem angemessenen Verhältnis zu den Regierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG. Dabei ist insbesondere eine Abwägung zwischen den Zielen des TKG und der Eigentumsposition der Deutschen Telekom AG anzustellen.

- Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung

Im Rahmen dieser Vorschrift soll geprüft werden, ob die Kosten der Nutzung alternativer Angebote im Vergleich zum nachgefragten Angebot eine Eigenfertigung des beabsichtigten Dienstleistungsangebots 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 Dienstleistungsangebots einherginge und welche Auswirkungen die Inanspruchnahme einer alternativen Zugangsmöglichkeit auf den Netzbetrieb haben würde.

Nach diesen Kriterien wäre eine Verpflichtung unangemessen:

Weder die Aufstellung von Vermittlungstechnik noch die Zusammenschaltung in Kollokationsräumen sind notwendig, um das Dienstleistungsangebot, das die Zugangsberechtigten erbringen wollen, möglich zu machen. Durch die Versagung dieser Nutzungsmöglichkeiten wird das Angebot der Dienste durch die Zugangsberechtigten nicht unwirtschaftlich gemacht. Das zeigen die Erfahrungen der vergangenen Jahre ganz deutlich.

- Verfügbare Kapazität

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist ferner abzuwägen, ob die verfügbare Kapazität für die Zugangsgewährung ausreicht. Erfahrungen mit der Zulassung der Nutzung von Kollokationsräumen für andere Zwecke liegen bisher nicht vor. Es ist aber naheliegend, dass bei Zulassung weiterer Nutzungen der Flächenbedarf an Kollokationsflächen steigen würde. Dies könnte zu Kapazitätsengpässen führen.

- Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Eine Auferlegung weiterer Nutzungsmöglichkeiten für Kollokationsflächen ist auch nicht zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs erforderlich. Zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs trägt es vielmehr bei, wenn Anreize dafür gesetzt werden, dass die Wettbewerber in ihre Infrastruktur möglichst unabhängig von den Einrichtungen des Zugangsverpflichteten aufbauen. Erweiterte Nutzungsmöglichkeiten und Kooperationsmöglichkeiten auf den Kollokationsflächen wirken diesem Ziel des Gesetzes eher entgegen.

- Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote

Im Rahmen der Abwägung ist schließlich auch zu berücksichtigen, dass bereits auferlegte Verpflichtungen oder freiwillige Angebote, die von einem großen Teil des

Marktes angenommen werden, zur Sicherung der Regulierungsziele ausreichend sind (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG).

Für die Frage der Auferlegung einer Verpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG stellt sich hier die Frage, ob bereits die Auferlegung der Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 1 sowie der Verpflichtung zur Kollokation nach § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG ausreichend sind, da diese bereits in dem Entwurf der Regulierungsverfügung vorgesehen sind.

Eine gemeinsame Nutzung von Übertragungswegen ist zudem schon heute nach dem IC-Vertrag möglich, ohne dass es einer Verbindung der Kollokationsräume der Wettbewerber der Deutschen Telekom AG im Gebäude der Deutschen Telekom AG oder einer Verbindung zwischen den Wettbewerbern in den Kollokationsräumen bedürfte. Die Wettbewerber können nach den Regelungen des IC-Vertrages (Anhang E - Kollokation) ihre jeweiligen getrennten Übertragungswege im letzten Kabelschacht im öffentlichen Bereich zusammenführen. Für die Zuführung zum Kollokationsraum, den sie über ein Vereinbarung zur gemeinsamen Nutzung ("Untervermietung") gemeinsam für die Zusammenschaltung mit der DT AG nutzen können, können sie ab dem Kabelschacht bis zum Kollokationsraum ein gemeinsames sogenanntes Weiterführungskabel nutzen (stellt der Carrier, die DT AG führt es durch die Hauseinführung ein).

Damit wird ein Weiterführungskabel gespart. Die Zusammenschaltung findet im Kollokationsraum auch in diesem Fall ausschließlich bilateral mit der Deutschen Telekom statt. Für die Zuführung besteht auch die Möglichkeit, dass ein Zusammenschaltungspartner den Übertragungsweg für mehrere Carrier realisiert. Die Zusammenführung geschieht in diesem Fall am Point of Presence (PoP).

Wettbewerber der Deutschen Telekom AG haben auch ohne die Anordnung der Möglichkeit der Zusammenschaltung in Kollokationsräumen die Möglichkeit, sich direkt zusammenzuschalten:

Zunächst besteht die Möglichkeit, eine direkt Zusammenschaltung zwischen den PoP der Wettbewerber herzustellen. Dazu können sie eigene Übertragungswege, Übertragungswege von Wettbewerbern der Deutschen Telekom AG sowie angemietete Übertragungswege der Deutschen Telekom AG (Carrierfestverbindungen, CFV) nutzen.

Darüber hinaus haben die Wettbewerber der Deutschen Telekom AG die Möglichkeit, sich in sogenannten Telehouses unmittelbar zusammenzuschalten.

II. Keine Zugangsverpflichtung für nicht nachgefragte Leistungen

Die Deutsche Telekom AG beabsichtigt nicht, die Frage von Marktdefinition und Marktanalyse in dieser Stellungnahme erneut aufzugreifen. Auch auf der Basis einer Feststellung von beträchtlicher Marktmacht der Deutschen Telekom AG für die Leistungen AfTD und BT Ignite-Z.14 ist die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung im Sinne des § 21 Abs. 1 TKG nicht gerechtfertigt. Mit der Feststellung beträchtlicher Marktmacht steht noch nicht fest, dass eine Zugangsverpflichtung tatsächlich auferlegt werden muss. Jedenfalls ist eine Zugangsverpflichtung dann unverhältnismäßig, wenn eine Nachfrage nach diesen Leistungen nicht besteht.

1. AfTD

Die Leistung AfTD wird von keinem Kunden in Anspruch genommen. Gründe, warum in Zukunft eine Nachfrage nach dieser Leistung entstehen könnte, sind nicht ersichtlich.

Unter der Geltung des TKG 1996 war die Leistung AfTD für solche Wettbewerber von Interesse, die - u.a. aufgrund hohen Lizenzgebühren - von dem Erwerb einer Lizenz der Lizenzklasse 4 abgesehen haben. Gleichwohl waren manche Wettbewerber, die keinen Sprachtelefonfondienst anboten, auf ZGS-7-fähige Anschlüsse angewiesen, etwa wegen der Weiterver-

mittlung beim Auskunftsdienst. Für diese nicht lizenzierten Wettbewerber war die Leistung AfTD bestimmt. Mit Wegfall der Lizenzierungspflicht unter dem neuen Rechtsrahmen besteht dieses Bedürfnis nicht mehr und wird auch zukünftig nicht entstehen. Eine Zugangsverpflichtung für AfTD, die technisch ohnehin nichts anderes ist als Interconnection, darf daher wegen Unverhältnismäßigkeit nicht mehr angeordnet werden.

2. BT-Ignite-Z.14

Gleiches gilt für die Interconnection-Leistung BT-Ignite-Z.14, nämlich für Verbindungen zum Unified Messaging Services Geo Verse von BT-Ignite unter der Zugangskennzahl 0088210. Die Leistung wurde seit Vereinbarung im Jahr 2001 nicht in Anspruch genommen, d.h. sie ist mittlerweile zwar angeordnet, Verkehr zum Dienst GeoVerse hat aber praktisch zu keinem Zeitpunkt stattgefunden.

Stellungnahme der freenet Cityline GmbH vom 20.06.2005:

Mit Blick auf die Ablehnung unseres Antrages auf Beiladung gem. § 134 Abs. 2 Nr. 3 TKG behalten wir uns weiteren Vortrag sowie eventuelle rechtliche Schritte ausdrücklich vor.

Der Entwurf der Regulierungsverfügung gegenüber der Deutschen Telekom AG muss aus Sicht von freenet zwingend um die nachfolgend aufgezeigten Aspekte ergänzt werden.

1. Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG

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

Die Beschlusskammer hat im Rahmen des Beschlusses BK 4-04-075/R vom 20.04.2005 ausgeführt, dass sie eine Auferlegung der Transparenzverpflichtung aufgrund der Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens zur Veröffentlichung eines Standardangebots nicht für erforderlich hält. Vor dem Hintergrund der nunmehr im Rahmen des TKG-Änderungsgesetzes geplanten Änderung der Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes ("Soll-Bestimmung") in eine "Kann-Vorschrift", kann diese Auffassung der Beschlusskammer nicht aufrecht erhalten werden. Sollte es zu einer entsprechenden Änderung des § 23 Abs. 1 TKG kommen, könnte sich ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einer Verpflichtung zur Vorlage nach § 23 Abs. 1 TKG entziehen und damit der Transparenz von für die Inanspruchnahme von Zugangsleistungen benötigten Informationen entziehen.

Eine Bereitstellung der für den Zugang erforderlichen Informationen wäre somit entgegen der Vorgaben aus Art. 9 Zugangs-RL i.v.m. Erwägungsgrund 16 der Zugangs-RL nicht mehr sichergestellt.

freenet erachtet daher die Auferlegung der Transparenzverpflichtung im Rahmen der Regulierungsverfügung zur Sicherstellung ausreichender Transparenz entsprechend den europäischen Vorgaben als zwingend erforderlich und fordert eine entsprechende Ergänzung der Regulierungsverfügung.

2. Getrennte Rechnungsführung nach § 24 TKG

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Regulierungsbehörde einem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit Zugangsleistungen eine getrennte Rechnungsführung vorschreiben. Die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung soll insbesondere Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionen verhindern.

Zur Erreichung dieses Ziels ist eine Verpflichtung der Deutschen Telekom AG zur getrennten Rechnungsführung unerlässlich. Zwar bleibt die Deutsche Telekom AG im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens verpflichtet, Kostennachweise für die einzelne genehmigungspflichtige Leistung vorzulegen, dieser Verpflichtung ist sie jedoch in der Vergangenheit nur teilweise bis überhaupt nicht nachgekommen.

freenet fordert daher die Aufnahme der Verpflichtung der Deutschen Telekom AG zur getrennten Rechnungsführung in die Regulierungsverfügung aufzunehmen.

3. Verpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG

Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG kann die RegTP Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, Zugang zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung sowie zur Entgegennahme oder dem ersten Einzug von Zahlungen zu gewähren, soweit die Rechnungsersteller nicht eine Vereinbarung mit dem überwiegenden Teil des insoweit relevanten Marktes der von ihren Anschlusskunden auswählbaren Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit abgeschlossen haben und auch anderen Anbietern, die nicht an einer solchen Vereinbarung beteiligt sind, diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Dienstleistungen nach den in der Vereinbarung niedergelegten Bedingungen zu gewähren.

Dieser für die Wettbewerber wesentliche Zugangsmarkt, auf dem die DTAG über beträchtliche Marktmacht verfügt, wurde im Entwurf der Regulierungsverfügung bisher nicht benannt. Die Zugangsverpflichtung zur Erbringung von Fakturierungs- und Inkassoleistungen ist jedoch aus der Sicht von freenet zur Erreichung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele unabdingbar.

freenet fordert deshalb, die Möglichkeit einer Abrechnung von Call-by-Call-, Internet-by-Call- und Leistungen für telekommunikationsgestützter Dienste durch die Aufnahme einer entsprechenden Verpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG als Zugangsverpflichtung in die Regulierungsverfügung sicherzustellen, da die Abrechenbarkeit dieser Leistungen Grundlage für deren Erbringung ist.

4. Ergänzung der Regulierungsverfügung um zukünftige Möglichkeit der Anordnung von Zugangsverpflichtungen

Die in der mündlichen Verhandlung am 01.06.2005 seitens der Beschlusskammer vertretene Auffassung, dass unabhängig von der konkreten Benennung in der Verfügung Zugangsverpflichtungen auch künftig angeordnet werden könnten, begrüßen wir ausdrücklich. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass künftig anzuordnende Zugangsverpflichtungen überhaupt benannt werden.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass grds. nach § 21 Abs. 1 TKG die Möglichkeit der Wettbewerber besteht, künftig Zugangsverpflichtungen im Wege des Antragsverfahrens geltend zu machen. Dies ließe die Besonderheiten des Anordnungsverfahrens nach § 25 TKG unberücksichtigt. Nach § 25 Abs. 1 TKG ist der Regelungsbereich des § 25 TKG auf die Durchsetzung der Ansprüche aus § 22 TKG und § 18 TKG beschränkt. Eine Anordnung der Zugangsverpflichtung nach §§ 25, 22, 21 TKG kann nur dann erfolgen, wenn zuvor die beträchtliche Marktmacht festgestellt wurde. Dazu ist es wiederum notwendig, die jeweiligen Märkte überhaupt zu verifizieren. Deren Rahmen ergibt sich unmittelbar aus der getroffenen Regulierungsverfügung. Es ist daher zu befürchten, dass im Rahmen der Regulierungsverfügung nicht spezifizierte Märkte oder nicht benannte Zugangsverpflichtungen auch

nicht im Wege der Anordnung durchzusetzen sind. Unterlässt die Beschlusskammer eine entsprechende Marktabgrenzung ist der Weg über die oben genannte Normenkette verschlossen.

Auch die Beschlusskammer sollte bestrebt sein, die ihr seitens des TKG zur Verfügung gestellten Mittel zur Marktregulierung nicht frühzeitig aus der Hand zu geben. Vielmehr gilt es, bereits im Rahmen der Regulierungsverfügung eine ausreichende Grundlage für eine auch mittelfristig erfolgreiche Zugangsregulierung zu schaffen, da die Verfügung für einen Zeitraum von mindestens 2 Jahren gelten wird. Deshalb hat die Beschlusskammer sämtliche im Anordnungsverfahren zur Verfügung zu stellenden Werkzeuge der Zugangsregulierung (§§ 18, 19, 20, 21, 23, 24, 30, 39, 40 oder 41 Abs. 1 TKG) in die Regulierungsverfügung aufzunehmen.

Nur so kann sichergestellt werden, dass die derzeit geltenden Zugangsverpflichtungen, die entweder auf bestehenden Verträge oder Anordnungen beruhen, auch in Zukunft fortgelten.

Stellungnahme der Talkline GmbH & Co. KG vom 20.06.2005:

1. Verfahrensablauf- und beteiligte

Die bereits in der mündlichen Anhörung angekündigte Ablehnung der Beiladungsanträge begegnet erheblichen verfahrensrechtlichen Bedenken. Es handelt sich bei dem vorliegenden Verfahren um ein Beiladungsverfahren nach §§ 132 ff. TKG, dessen Ausgang die Interessen von Talkline unmittelbar berührt. Dem Antrag wäre somit stattzugeben gewesen.

Die Regulierungsverfügung ergeht nach Abschluss der Marktdefinition und Marktanalyse und findet ihre Grundlage in § 13 Abs. 3 TKG. Die materiell-rechtlichen Grundlagen finden sich in §§ 18, 19, 20, 21, 24, 30, 39, 40 oder 41 Abs. 1 TKG. Das Verwaltungsverfahren hingegen richtet sich - soweit in den §§ 9 ff. TKG nichts abweichendes geregelt ist - nach §§ 132 ff. TKG in Verbindung mit dem allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht.

Wie die Beschlusskammer im Rahmen des vorliegenden Verfügungsentwurfes zutreffend ausführt, ergibt sich deren Zuständigkeit für die Auferlegung der tenorierten Verpflichtungen gemäß §§ 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 19, 21 Abs. 2 Nr. 6, Abs. 3 Nr. 2 und 4 sowie 30 TKG aus § 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Wörtlich führt die Beschlusskammer weiter aus:

"Danach entscheidet die Regulierungsbehörde im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern. Dies gilt im Hinblick auf die Regelung in § 132 Abs. 4 S. 2 TKG nicht für die in diesem Bereich zu treffende Festlegung nach den §§ 10 und 11 TKG. Diese sind von der Präsidentenkammer erfolgt."

(Hervorhebung nur hier.)

Für im Wege des Beschlusskammerverfahrens zu treffende Entscheidungen gelten die speziellen verfahrensrechtlichen Regelungen des 3. Abschnitts des TKG, somit auch die Norm des § 134 TKG. Nach § 134 Abs. 2 Ziffer 3. TKG sind an dem Verfahren Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung berührt werden und die die Regulierungsbehörde auf ihren Antrag zu dem Verfahren beigeladen hat, beteiligt. Eine Ablehnung eines Beiladungsantrags kann folglich nur auf das Fehlen der in § 134 Abs. 2 Ziffer 3 TKG genannten Voraussetzungen gestützt werden. Diese sind vorliegend jedoch erfüllt.

Das Ergebnis der Regulierungsverfügung hat direkte Auswirkungen auf die Interessen der Wettbewerber, da der Umfang der Verfügung spiegelbildlich den Rahmen für die im späteren Anordnungsverfahren nach § 25 TKG möglichen Zugangsrechte vorgibt. Gemäß § 13 Abs. 4 TKG ergehen die Entscheidungen nach den §§ 18, 19, 20, 21, 24, 30, 39, 40 oder 41 Abs. 1

TKG mit den Ergebnissen nach den §§ 10 und 11 TKG als einheitlicher Verwaltungsakt. Die Regulierungsverfügung bildet somit den Grundlagenbescheid über das abschließende Ergebnis der Marktdefinition und -analyse als auch die dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht aufzuerlegenden Zugangsverpflichtungen.

Der Möglichkeit der Wettbewerber, künftig die Auferlegung weiterer, über die in der Regulierungsverfügung genannten, hinausgehenden Zugangsverpflichtungen im Wege des Antragsverfahrens nach § 21 Abs. 1 TKG geltend zu machen, könnte somit bereits formal die Sperrwirkung der Regulierungsverfügung entgegenstehen, wenn der Grundlagenbescheid insofern als abschließend gewertet wird. Überdies wäre auch bei einem formellen Durchlaufen des Verfahrens nach § 21 Abs. 1 TKG nicht davon auszugehen, dass die Beschlusskammer von dem in der Regulierungsverfügung getroffenen Ergebnis abweicht und dem marktbeherrschenden Unternehmen weitere Verpflichtungen auferlegen wird.

Die Ablehnung des Beiladungsantrags ist somit ohne die erforderliche Ermächtigungsgrundlage erfolgt. Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Regulierungsverfügung sind somit nicht eingehalten worden. Die Regulierungsverfügung ist daher unzulässig und bereits formell rechtswidrig.

2. Materieller Inhalt der Verfügung

a. Nationaler Markt für Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten einschließlich der Weiterleitung auf lokaler Ebene über Interconnection-Anschlüsse für Verbindungen zu Mehrwertdiensten von ICP

Bereits die seitens der Präsidentenkammer der RegTP getroffene Festlegung der Märkte erscheint nicht abschließend. So ist der Nationale Markt für Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten einschließlich der Weiterleitung auf lokaler Ebene über Interconnection-Anschlüsse für Verbindungen zu Mehrwertdiensten von ICP ausschließlich beschränkt auf die Weiterleitung auf lokaler Ebene. Die Weiterleitung in den Stufen Single und Double Transit ist hiervon nicht umfasst. Dies lässt außer acht, dass Mehrwertdienste an 44 Übergabepunkten, also überwiegend gerade nicht local, übergeben werden. Darüber hinaus ist die Verfügung wie folgt zu ergänzen:

b. Ergänzung der Verfügung

Die in der mündlichen Verhandlung seitens der Beschlusskammer vertretene Auffassung, dass unabhängig von der konkreten Benennung in der Verfügung Zugangsverpflichtungen auch künftig angeordnet werden können, begrüßen wir ausdrücklich. Insbesondere ist sicherzustellen, dass die bisherigen Verpflichtungen der DTAG auch künftig fortgelten. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass künftig anzuordnende Zugangsverpflichtungen überhaupt benannt werden. Der Entwurf der Verfügung ist vor diesem Hintergrund in materieller Hinsicht zu ergänzen. Es fehlt derzeit insbesondere an der Benennung der Verpflichtung zur Durchführung von Fakturierung und Inkasso gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG, der getrennten Rechnungsführung nach § 24 TKG und der Auferlegung der Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG.

Vor dem Hintergrund, dass im Rahmen des folgenden Anordnungsverfahrens möglicherweise nur solche Leistungen Berücksichtigung finden, die zuvor in der Regulierungsverfügung benannt wurden, wird die Benennung des gesamten Katalogs aufzuerlegender Zugangsverpflichtungen (§§ 18, 19, 20, 21, 23, 24, 30, 39, 40 oder 41 Abs. 1 TKG) in der Verfügung gefordert.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass grds. nach § 21 Abs. 1 TKG die Möglichkeit der Wettbewerber besteht, künftig Zugangsverpflichtungen im Wege des Antragsverfahrens geltend zu machen. Dies ließe die Besonderheiten des Anordnungsverfahrens nach § 25 TKG unberücksichtigt. Nach § 25 Abs. 1 TKG ist der Regelungsbereich des § 25 TKG auf die Durchsetzung der Ansprüche aus § 22 TKG und § 18 TKG beschränkt. Eine Anord-

nung der Zugangsverpflichtung nach §§ 25, 22, 21 TKG kann nur dann erfolgen, wenn zuvor die beträchtliche Marktmacht festgestellt wurde. Dazu ist es wiederum notwendig, die jeweiligen Märkte überhaupt zu verifizieren. Deren Rahmen ergibt sich unmittelbar aus der getroffenen Regulierungsverfügung. Es ist daher zu befürchten, dass im Rahmen der Verfügung nicht spezifizierte Märkte oder nicht benannte Zugangsverpflichtungen auch nicht im Wege der Anordnung durchzusetzen sind. Unterlässt die RegTP eine entsprechende Marktabgrenzung ist der Weg über die oben genannten Normenkette verschlossen.

Auch die Beschlusskammer sollte bestrebt sein, die ihr seitens des TKG zur Verfügung gestellten Mittel zur Marktregulierung nicht frühzeitig aus der Hand zu geben. Vielmehr gilt es, bereits im Rahmen der Verfügung eine ausreichende Grundlage für eine auch mittelfristig erfolgreiche Zugangsregulierung zu schaffen, insbesondere da die Verfügung für einen Zeitraum von mindestens 2 Jahren gelten wird. Vor diesem Hintergrund sind sämtliche der RegTP im Anordnungsverfahren zur Verfügung zu stellenden Werkzeuge der Zugangsregulierung (§§ 18, 19, 20, 21, 23, 24, 30, 39, 40 oder 41 Abs. 1 TKG) in der Verfügung aufzuführen. Nur so kann sichergestellt werden, dass die derzeit geltenden Zugangsverpflichtungen (sei es aufgrund bestehender Verträge oder Anordnungen) auch in Zukunft fortgelten.

c. Im Einzelnen:

aa. Verpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG

Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG kann die RegTP Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, Zugang zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung sowie zur Entgegennahme oder dem ersten Einzug von Zahlungen zu gewahren, soweit die Rechnungsersteller nicht eine Vereinbarung mit dem überwiegenden Teil des insoweit relevanten Marktes der von ihren Anschlusskunden auswählbaren Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit abgeschlossen haben und auch anderen Anbietern, die nicht an einer solchen Vereinbarung beteiligt sind, diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Dienstleistungen nach den in der Vereinbarung niedergelegten Bedingungen gewähren.

Dieser für die Wettbewerber wesentliche Zugangsmarkt, auf dem die DTAG über beträchtliche Marktmacht verfügt, wurde in dem Entwurf der Verfügung bisher nicht benannt. Die Zugangsverpflichtung zur Erbringung von Fakturierungs- und Inkassoleistungen ist zur Erreichung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Ziele unabdingbar. Die Sicherstellung der Abrechenbarkeit von Call-by-Call, Internet-by-Call und telekommunikationsgestützter Dienste ist die Grundlage für deren Erbringung.

bb. Transparenzverpflichtung, § 20 TKG

Gemäß § 20 Abs. 1 TKG kann ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichtet werden, für die zum Zugang berechtigten Unternehmen alle für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangsleistungen benötigten Informationen zu veröffentlichen, insbesondere Informationen zur Buchführung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie über die zu zahlenden Entgelte. Wie die Beschlusskammer bereits im Rahmen des Beschlusses BK 4-04-075/R vom 20.04.2005 aufgeführt hat, hält sie eine Auferlegung der Transparenzverpflichtung aufgrund der Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens zur Veröffentlichung eines Standardangebots nicht für erforderlich. Vor dem Hintergrund der nunmehr im Rahmen des TKGÄndG geplanten Änderung der Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes ("Soll-Bestimmung") in eine "Kann-Vorschrift", kann diese Auffassung der Beschlusskammer nicht aufrecht erhalten werden. Sollte es zu einer entsprechenden Änderung des § 23 Abs. 1 TKG kommen, könnte sich ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einer Verpflichtung zur Vorlage nach § 23 Abs. 1 TKG entziehen. Eine Bereitstellung der für den Zugang erforderlichen Informationen wäre somit entgegen der Vorgaben aus Art. 9 Zugangs-RL i.V.m. Erwägungsgrund 16 der Zugangs-RL nicht mehr

sichergestellt. Die Auferlegung der Transparenzverpflichtung im Rahmen der Regulierungsverfügung ist daher zur Sicherstellung ausreichender Transparenz gemäß der europäischen Vorgaben zwingend erforderlich.

cc. **Getrennte Rechnungsführung, § 24 TKG**

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Regulierungsbehörde einem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit Zugangsleistungen eine getrennte Rechnungsführung vorschreiben. Die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung soll u.a. Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionen verhindern. Zur Erreichung dieses Ziels ist eine Verpflichtung der Deutschen Telekom AG zur getrennten Rechnungsführung unerlässlich. Diese ist zwar im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens verpflichtet, Kostennachweise für die einzelne genehmigungspflichtige Leistung vorzulegen; indes ist sie dieser Verpflichtung in der Vergangenheit nur teilweise bis überhaupt nicht nachgekommen

Es ist daher die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung in die Regulierungsverfügung aufzunehmen.

Stellungnahme der QSC AG vom 20.06.2005:

A) Inhaltliche Anmerkungen

1. Kollokation

Die grundsätzliche Verpflichtung, Kooperationsmöglichkeiten zuzulassen, wird von der QSC AG begrüßt. Leider lässt der Text des Verfügungsentwurfes hier noch zu viele Interpretationsspielräume hinsichtlich des Umfangs der Verpflichtung. Zum einen werden nur Kollokationsflächen namentlich benannt. Im Rahmen der mündlichen Anhörung hat die Kammer zwar angedeutet, dass sich die Verpflichtung auch auf die Standardkollokationsräume des Zusammenschaltungsvertrages beziehen soll ("Das sind ja schließlich auch Kollokationsflächen."), eine explizite Einbeziehung halten wir aber angesichts der Tatsache, dass die Verpflichtete Deutsche Telekom AG die Kollokationsflächen, nicht aber die Standardkollokationsräume in einen separaten Kollokationsvertrag einbringen möchte, für dringend erforderlich.

2. Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung

Nach Auffassung der QSC AG wird die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung nicht durch die Vorlagepflicht von Kostennachweisen nach § 33 Abs. 2 TKG abgedeckt. Die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung ist wesentlich weitgehender als die Beschränkung nach § 33 TKG auf Entgeltgenehmigungsverfahren. Auch für eine effektive Missbrauchsaufsicht sind Informationen über die Kostenträger und die Gemeinkostenverteilung sowie die internen Verrechnungspreise des marktmächtigen Unternehmens unverzichtbar. § 24 TKG gibt der Beschlusskammer hierfür die Mittel in die Hand. Die Kenntnis über interne Verrechnungspreise im Zusammenschaltungsbereich wird mit Sicherheit für die aller Voraussicht nach als Missbrauchsaufsicht ausgestaltete Endkundenregulierung benötigt, da die Missbräuchlichkeit entsprechender Entgelte wesentlich von den Zusammenschaltungsvorleistungen abhängt.

Nur der guten Ordnung halber möchten wir darauf hinweisen, dass sich aus der Formulierung "in der Regel" in § 24 Abs. 1 Satz 2 eine Regelverpflichtung der DT AG durch die RegTP ergibt. Die Kammer müsste eine Abweichung von dieser Regelverpflichtung geson-

dert und umfassend begründen. Dies ist bislang nicht geschehen, da der Verweis auf § 33 TKG aufgrund des geringeren Regelungsumfanges wie oben dargelegt nicht geeignet ist.

Die besondere Wichtigkeit der Verpflichtung zur umfassenden getrennten Rechnungsführung in einem System, welches nicht für alle Vorleistungen und Endkundenleistungen marktmächtiger Unternehmen eine Genehmigungspflicht vorschreibt, ist von anderen europäischen Regulierungsbehörden durchweg bereits erkannt worden. Alle europäischen Regulierungsbehörden haben in ihren bisherigen Notifizierungen die getrennte Rechnungslegung als gesonderte Verpflichtung auferlegt.

3. Standardangebot

Der Entwurf der Regulierungsverfügung ist hinsichtlich der Inhalte des Standardangebotes sehr abstrakt gehalten. Dies birgt die nicht zu unterschätzende Gefahr, dass die Verpflichtete versuchen wird, viele bislang angebotene oder angeordnete Vertragsbestandteile nicht als Standardangebot zu betrachten. Das wiederum würde bedeuten, dass es keine Fortschritte gegenüber der heutigen, unbefriedigenden Situation gibt. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass die DT AG regelmäßig ihr im Extranet veröffentlichtes Angebot verändert, so dass immer eine Komplettprüfung des Angebotes möglich ist. In das Standardangebot müssen daher zumindest alle Elemente des heutigen Zusammenschaltungsvertrages aufgenommen werden. Dieser Umfang muss aus dem Text klar ersichtlich sein, weil ansonsten eine von der Verpflichteten angestrebte verwaltungsgerichtliche Überprüfung unnötige Risiken für die Nutzer des Standardangebotes bedeuten würde. Neue Entwicklungen können ohnehin nach § 23 Abs. 5f jederzeit nach Prüfung durch die RegTP in das Standardangebot aufgenommen werden.

4. Zukunftsfähigkeit der Regulierungsverfügung

Die Regulierungsverfügung muss zukünftige Entwicklungen dahingehend erlauben, dass die Begründung Bezug auf das gesamte, in § 13 Abs. 3 TKG genannte Instrumentarium nimmt. Anderenfalls besteht auch hier das nicht zu unterschätzende Risiko, das für die Berücksichtigung von Leistungen, die nicht explizit erwähnt sind, erst eine Anpassung der Regulierungsverfügung erfolgen muss, um einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung zweifelsfrei standzuhalten. Bei der normierten Regelüberprüfungsfrist von 2 Jahren kann die RegTP sonst nicht adäquat auf Anforderungen in der Praxis reagieren.

B) Anmerkungen zum Verfahren

Bislang ist im Entwurf der Regulierungsverfügung ausschließlich die Deutsche Telekom AG als Betroffene der Regulierungsverfügung bezeichnet. Alle Unternehmen, die eine Zusammenschaltung mit dem marktmächtigen Unternehmen besitzen oder eine solche anstreben, sind jedoch ebenfalls Betroffene dieser Regulierungsverfügung.

Die Begründung zum TKG-Entwurf belegt die oben geäußerte Ansicht, da es dort unmissverständlich heißt: "Betroffene Unternehmen sind neben dem Verpflichteten auch die Anspruchsberechtigten." Insofern dürfte kein Zweifel daran bestehen, dass § 13 Abs. 1 Satz 2 TKG drittwirksam auszulegen ist. Im übrigen würde bei einer gegenteiligen Ansicht ja auch keine Möglichkeit durch Betroffene bestehen, Rechtsbehelfe gegen diesen Verwaltungsakt einzulegen.

Die Beschlusskammer hat in der hierzu geführten öffentlichen Anhörung ausgeführt, dass Verfahrensbeiladungen nicht erfolgen sollen. Nach Auffassung der ase AG führt die offenkundige Drittwirksamkeit des § 13 Abs. 1 Satz 2 TKG in Verbindung mit § 135 TKG (Anhörung) und § 134 Abs. 2 TKG (Beteiligtenstellung) jedoch dazu, dass die Betroffenheit der am Verfahren Beteiligten festgestellt und so eine Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet wird.

Sollte sich die Beschlusskammer der per Gesetzesbegründung festgestellten Gesetzesauslegung anschließen und damit nun Beiladungen doch zulassen, so bitten wir für alle Beteiligten am Verfahren um einen kurzen Hinweis vor Ablauf des Verfahrens, so dass formale Beiladungen noch möglich sind. Unnötige Belastungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit können damit vermieden werden.

Stellungnahme des VATM vom 20.06.2005:

I. Verfahrensrechtliche Anmerkungen

Der Entwurf der Regulierungsverfügung bezeichnet ausschließlich die Deutsche Telekom AG (DTAG) als Betroffene der Regulierungsverfügung. Bei Erlass dieses Verwaltungsaktes (§ 13 Abs. 3 TKG) wird die Regulierungsverfügung daher voraussichtlich ausschließlich der DT AG zugestellt werden. Diese Verwaltungspraxis legt die Vermutung nahe, dass die RegTP eine Drittwirkung ihrer Regulierungsverfügung zugunsten betroffener Wettbewerber verneint. Wie der VA TM bereits im Rahmen der Stellungnahme zum Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung TAL deutlich gemacht hat, halten wir diesen Ansatz für nicht zutreffend: So zeigt § 13 Abs. 1 Satz 2 TKG durch grammatikalische Verwendung des Plurals ("den betroffenen Unternehmen"), dass "betroffene Unternehmen" im Sinne der Norm nicht nur die zusammenschaltungsverpflichteten Unternehmen, sondern auch die Nachfrager von Zusammenschaltungsleistungen sind. Diese Drittwirkung belegt insbesondere die Begründung zum TKG-Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 15.10.2003. Dort heißt es wörtlich: *"Betroffene Unternehmen sind neben dem Verpflichteten auch die Anspruchsberechtigten."* Der VATM sieht vor diesem Hintergrund die Notwendigkeit, den Entwurf der Regulierungsverfügung bezüglich des Kreises der Betroffenen zu erweitern und die abschließende Regulierungsverfügung sämtlichen Betroffenen zuzustellen.

Wie in der öffentlichen Anhörung zum Entwurf der Regulierungsverfügung durch die Beschlusskammer angesprochen wurde, sollen auch in diesem Verfahren Verfahrensbeiladungen grundsätzlich nicht erfolgen. Das rechtliche Gehör werde bereits durch die Anhörung "interessierter Parteien" gem. § 13 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 TKG gewahrt. Diese Interpretation schränkt den Zweck einer Verfahrensbeiladung aus unserer Sicht zu sehr ein. Insbesondere werden die allgemeinen Verfahrensvorschriften zum Beschlusskammerverfahren nicht durch die Vorschriften des § 13 Abs. 1 i.V.m. § 12 TKG verdrängt, sondern ergänzt und erweitert. Nach § 132 Abs. 1 TKG ist die Entscheidung über den Erlass einer Regulierungsverfügung unzweifelhaft eine Beschlusskammerentscheidung. Damit gelten auch die weiteren Regelungen zum Beschlusskammerverfahren wie bezüglich der Anhörung (§ 135 TKG) sowie auch zur Beteiligtenstellung (§ 134 Abs. 2 TKG). Neben der Möglichkeit zur Einreichung von Stellungnahmen bezweckt die Festlegung des Kreises von Verfahrensbeteiligten auch, die unmittelbare Betroffenheit von Personen und Personenvereinigungen eines Verwaltungsverfahrens festzustellen. Neben der durch § 13 Abs. 1 TKG i.V.m. § 12 Abs. 1 TKG gegebenen Möglichkeit für Jedermann, eine Stellungnahme einreichen zu können, stehen Verfahrensbeteiligten besondere Rechte (insb. Akteneinsichtsrechte) zu. Ihnen wird ebenfalls das Ergebnis des Verwaltungsverfahrens förmlich bekannt gemacht. Bezüglich dieses Kreises von Beteiligten besteht eine Indizwirkung für eine Klagebefugnis gegen den verfahrensabschließenden Verwaltungsakt. Unter diesen verwaltungsverfahrensrechtlichen und verwaltungsprozessualen Gesichtspunkten hält es der VA TM daher für geboten, Beiladungsanträge der Wettbewerber zuzulassen und positiv zu bescheiden.

II. Materiell-rechtliche Anmerkungen

1. Kooperationsmöglichkeiten im Rahmen der Kollokationsgewährung

Der VATM begrüßt die in Ziff. 1.4 beabsichtigte Verpflichtung der DTAG, im Rahmen der Erfüllung der Kollokationsgewährung den Wettbewerbern zu gestatten, ihre an einem Zusammenschaltungsstandort angemieteten Kollokationsflächen verbinden zu können, indem ein Unternehmen einem anderen den Zugang zu seinen selbst bereitgestellten oder angemieteten Übertragungswegen gewährt. Diese Kooperationsmöglichkeit stellt sicher, dass die Wettbewerber ihre Infrastruktur effizienter nutzen können, dadurch Synergieeffekte erreichen und somit ihre Kosten senken. Zugleich wird hierdurch die wettbewerbliche Situation der Nachfrager gegenüber der DTAG gestärkt.

2. Umfang der Verpflichtungen

Der bisher enthaltene Umfang der Verpflichtungen ist aus Sicht des VATM zwingend ergänzungsbedürftig:

a) Auferlegung einer Transparenzverpflichtung

Bisher nicht berücksichtigt ist die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung gem. § 20 TKG. Wie den Ausführungen in der öffentlichen Verhandlung zu entnehmen war, sieht die Beschlusskammer den Schutzzweck bereits durch die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots erfüllt. Nach Rechtsauffassung des VATM ist gerade für den Fall der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes die vorherige Auferlegung einer Transparenzverpflichtung erforderlich. Die Veröffentlichung eines Standardangebotes ist insoweit eine Umsetzungsmaßnahme der Transparenzverpflichtung. Dieses Verhältnis zwischen "Obersatz" (Transparenzverpflichtung) und "Untersatz" (Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots) findet auch in der Begründung zu § 21 (Standardangebot) des Regierungsentwurfs zum TKG seinen Ausdruck. Dort wird ausgeführt, dass mit einem umfassenden Standardangebot auch möglichen Transparenzverpflichtungen nach Art. 9 Zugangsrichtlinie Genüge getan werde. Die (auferlegte) Transparenzverpflichtung nach Art. 9 Zugangsrichtlinie / § 20 TKG bildet damit die Grundlage für die Umsetzung durch ein Standardangebot.

Vor diesem Hintergrund ist es für den VATM nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die RegTP gerade in diesem für den Wettbewerb auf den Telekommunikationsendkundenmärkten so entscheidenden Vorleistungsbereich auf eine Transparenzverpflichtung verzichtet. § 20 Abs. 1 TKG gibt der RegTP die Möglichkeit, gegenüber der DTAG anzuordnen, alle für die Inanspruchnahme der Zusammenschaltungsleistungen benötigten Informationen zu veröffentlichen, insbesondere Informationen zur Buchführung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen. Es ist offensichtlich, dass diese Informationen für eine effektive Zusammenschaltung unentbehrlich sind.

Es würde daher allen Marktteilnehmern und nicht zuletzt der RegTP mehr Rechtssicherheit geben, wenn die DTAG ausdrücklich im Sinne des § 20 Abs. 1 TKG zur Transparenz und damit einer Verpflichtung zur umfassenden Information über die für die Nutzung ihrer Zusammenschaltungsleistungen erforderlichen Daten verpflichtet würde.

b) Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung

Darüber hinaus fehlt im Entwurf der Regulierungsverfügung aus Sicht des VATM eine gesonderte Verpflichtung der DTAG zur getrennten Rechnungsführung nach § 24 TKG. Die RegTP hat im Rahmen ihrer Regulierungsverfügung zum Zugang zur TAL die Rechtsansicht vertreten, die mit der Auferlegung der ex-ante-Genehmigungspflicht verbundene Pflicht zur Vorlage von Kostenunterlagen nach § 33 Abs. 2 TKG substituieren eine separate Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung und sei damit zur Erreichung der Zielsetzung der Regulierungsverfügung nicht erforderlich und daher unverhältnismäßig (vgl. BK 4, Beschluss vom 20.04.2005, Az. BK 4-04-075/R, Bl. 19 d. amtl. Umdrucks). Aus der vergangenen Beschlusspraxis wird jedoch zugleich deutlich, dass die DTAG vielfach den Anforderungen der RegTP an Umfang und Qualität der vorzulegenden Kostenunterlagen nicht gerecht wird und sich die RegTP daher außer Stande sieht, ihre Entscheidung (ausschließlich) auf Basis von Kostenunterlagen zu treffen. Um diese Informationsdefizite auf Seiten der RegTP zu beseiti-

gen und eine wahlweise Bereitstellung von Kostenunterlagen durch die DT AG in den Verfahren zu verhindern, ist die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung zwingend erforderlich.

Aus rechtlicher Sicht ist es im übrigen unzulässig, mit den Vorlagepflichten für Kostennachweise in Entgeltgenehmigungsverfahren nach § 33 TKG den Verzicht auf die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung nach § 24 TKG zu rechtfertigen, da der Anwendungsbereich des § 24 TKG deutlich weiter gefasst ist als der des § 33 TKG: § 33 ist auf Entgeltgenehmigungsverfahren beschränkt. Es ist dabei sehr fraglich, ob in der nach § 33 Abs. 3 TKG vorzulegenden Kostenträgerrechnung die internen Verrechnungspreise als Grundlage der Bemessung von Endkundenentgelten als solche ausgewiesen werden. Zudem verlangt § 33 nur die Vorlage einer Kostenträgerrechnung für Zwecke der Genehmigungsverfahren. Eine umfassende, davon unabhängige getrennte Rechnungsführung im SMP-Unternehmen selbst ist damit nicht zwangsläufig verbunden, obwohl sie aber für eine effektive Missbrauchsaufsicht erforderlich ist. § 24 TKG trägt hingegen diesem Umstand Rechnung und ermöglicht es unabhängig von konkreten Entgeltgenehmigungsverfahren, einem SMP-Netzbetreiber allgemein für bestimmte Zugangsleistungen von vorneherein getrennte Rechnungskreise vorzuschreiben. Damit eröffnet die Regelung der RegTP die Möglichkeit, auch im Rahmen der Missbrauchsaufsicht auf getrennt geführte Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen für die Zusammenschaltungsvorleistungen des regulierten Unternehmens zurückzugreifen. Dies kann gerade im Rahmen der Regulierung von Endnutzerentgelten, die voraussichtlich nur der Missbrauchsaufsicht unterliegen, relevant sein, da diese Entgelte maßgeblich von den Kosten der Vorleistungen geprägt sind, so dass überzeugende Gründe für die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung sprechen.

In diesem Zusammenhang ist ferner darauf hinzuweisen, dass § 24 Abs. 1 Satz 2 TKG eine Regelverpflichtung der DTAG vorsieht. Es sind insoweit keine Gründe ersichtlich, warum von dieser Regel in diesem Hauptanwendungsfall der Regulierung auf den Märkten 8 bis 10 abgewichen werden sollte. Diese Regelverpflichtung liefe im übrigen - entgegen der Zielrichtung des Gesetzgebers - leer, wenn man einer Verpflichtung nach § 24 immer unter Hinweis auf die Kostennachweisvorlage nach § 33 TKG ausweiche.

Die Notwendigkeit der getrennten Rechnungsführung wird auch bei einem internationalen Vergleich der bisherigen Notifizierungen auf den Märkten 8 - 10 deutlich: So haben bislang alle Mitgliedsstaaten den betroffenen Unternehmen die Pflicht zur getrennten Rechnungsführung auferlegt (Dänemark, Österreich, Portugal, Finnland, Schweden, Irland, Ungarn, Großbritannien, Slowakei, Notifizierungen abrufbar unter www.europa.eu.int). Auch unter diesem Aspekt sollte die RegTP daher einen deutschen Sonderweg vermeiden.

Der VATM sieht die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung auch zur effizienten Durchsetzung der Gleichbehandlungsverpflichtung (Ziff. 2 des Entwurfs der Regulierungsverfügung) als notwendige Ergänzung an. Wie etwa Erwägungsgrund 18 der Zugangsrichtlinie feststellt, lassen sich durch Verpflichtungen zur getrennten Rechnungsführung interne Übertragungen von Kosten des regulierten Unternehmens ermitteln, so dass die RegTP die Einhaltung der Gleichbehandlungsverpflichtungen überprüfen kann.

Im übrigen würde die Nicht-Auferlegung der Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung aus Sicht des VATM einen Teil-Widerruf von bestehenden Verpflichtungen darstellen: Insofern ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass § 14 Abs. 2 des TKG 1996 eine getrennte Rechnungsführung gesetzlich vorsah. Sollte diese - an die marktbeherrschende Stellung anknüpfende Verpflichtung - nicht mehr auferlegt werden, wäre ein ausdrücklich erklärter Widerruf in der Regulierungsverfügung erforderlich.

c) Auferlegung eines Standardangebots

Darüber hinaus kritisiert der VATM den fehlenden Detaillierungsgrad der Verpflichtung der DTAG, ein Standardangebot für Zugangsleistungen zu veröffentlichen. Die Vorgaben sind äußerst abstrakt gehalten, so dass das Risiko eines langwierigen Prozesses bei der Festlegung dieses Angebots droht.

d) Ergänzung der Regulierungsverfügung

Bezüglich der Prüfung möglicher Verpflichtungen regt der VATM an, grundsätzlich das gesamte, in § 13 Abs. 3 TKG genannte gesetzliche Instrumentarium im Rahmen der Beschlussbegründung zu erwähnen und auch im Falle einer möglichen Nicht-Verpflichtung die Ermessenserwägungen der RegTP dafür anzuführen. Auf diese Weise kann der Gefahr begegnet werden, dass im Rahmen eines folgenden Anordnungsverfahrens möglicherweise nur solche Leistungen Berücksichtigung finden, die zuvor in der Regulierungsverfügung benannt wurden. Hier gilt es, gerade vor dem Hintergrund des in § 14 Abs. 2 TKG normierten Regelüberprüfungszeitraums der Marktanalysen von 2 Jahren bereits jetzt eine ausreichende Grundlage für eine auch mittelfristig erfolgreiche Zugangsregulierung zu schaffen. Nur so kann sichergestellt werden, dass die derzeit geltenden Zugangsverpflichtungen (sei es aufgrund bestehender Verträge oder Anordnungen) auch in Zukunft fortgelten.