

Stellungnahme des Verbandes der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. vom 26.08.2005:

Der VATM hält den Entwurf der Bundesnetzagentur zum Erlass einer Regulierungsverfügung gegenüber der DTAG im Bereich des Verbindungsaufbaus und des Transits von Telekommunikationsverkehr über Primärmultiplex-Anschlüsse zu Online-Diensten im öffentlichen Festtelefonnetz (Az. BK 4a-05/005 R) im wesentlichen für sachgerecht. Zu den von der DTAG in der Anhörung am 17.8.2005 vorgebrachten Bedenken gegen den Entwurf nehmen wir wie folgt Stellung:

1. Transparenzverpflichtung

Der Entwurf der Regulierungsverfügung sieht vor, dass die DTAG Informationen zu technischen Spezifikationen, zu den Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen und ferner zu den zu zahlenden Entgelten auf ihren Internet-Seiten veröffentlicht.

Die DTAG wendet hiergegen ein, solche Informationen benötigten nur diejenigen Unternehmen, mit denen sie Verträge über Zugangsleistungen geschlossen habe. Die Anordnung einer Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG sei daher nicht erforderlich.

Gegen die Argumentation der DTAG spricht bereits ein offenkundiges Schlüssigkeitsargument: Wäre Transparenz immer schon dann gewährleistet, wenn das zu regulierende SMP-Unternehmen die für die Realisierung eines Zugangs erforderlichen Informationen ihren Vertragspartnern übermittelt, wäre eine Transparenzverpflichtung niemals erforderlich. Es ist davon auszugehen, dass die Vertragspartner des SMP-Unternehmens ohnehin über die zugangsrelevanten Informationen verfügen, da diese regelmäßig und umfassend Bestandteil des Zugangsvertrages sein dürften.

§ 20 TKG, der Art. 9 ZugangsRL umsetzt, hat vielmehr eine andere Zielrichtung. Erwägungsgrund 16 der ZugangsRL macht deutlich, dass Transparenz gerade außerhalb eines Vertragsverhältnisses beabsichtigt ist. So heißt es dort, dass Transparenz in Bezug auf die Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen einschließlich der Preise den Verhandlungsprozess beschleunige und den Marktteilnehmer Gewissheit gebe, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht werde. Vor diesem Hintergrund hat denn auch die BNetzA in dem Entwurf ihrer Regulierungsverfügung zu Recht ausgeführt, dass es Sinn und Zweck der Transparenzverpflichtung sei, sich schnell und auf einfache Art und Weise einen Überblick über die einschlägigen Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen zu besorgen.

Diese Erwägungen gelten gerade auch in dem konkreten Fall der Zuführung und des Transits von PMX-Verkehr. Bekanntermaßen werden vergleichbare Verkehrsführungsleistungen von den Wettbewerbern der DTAG auch über ICAs bezogen. Für die Entscheidung eines Nachfragers, ob er die Verkehrszuführung über ICAs oder PMXe von der DTAG bezieht, ist die umfassende Kenntnis der technischen, betrieblichen und wirtschaftlichen Produktparameter für beide Verkehrsführungsvarianten erforderlich. Transparenz ist insoweit Voraussetzung für eine wirtschaftlich sinnvolle betriebliche Ressourcen-Allokation. Diese wiederum ist Bedingung für effektiven Wettbewerb. Sollten sich zu einem bestimmten Zeitpunkt etwa die Bedingungen einer PMX-Verkehrsführung als deutlich günstiger als diejenigen einer ICA-Verkehrsführung erweisen, wäre es denkbar, dass sich ein Nachfrager für einen Wechsel des Vorleistungsproduktes entscheidet. Hierfür ist aber, dies ist evident, eine umfassende Kenntnis der Vertragsparameter erforderlich.

Hinzu kommt gerade im Fall der PMX-Verkehrsführung, dass dieses Produkt, wie im Markt bekannt ist, in hohem Umfang von der DTAG konzernintern eingesetzt wird, während Wettbewerber derzeit primär auf eine ICA-Verkehrsführung setzen. Transparenz ist insoweit auch geboten, um hinreichende Gewissheit darüber zu haben, dass die DTAG sich konzernintern bei der PMX-Verkehrsführung keine günstigeren Bedingungen einräumt als ihren Wettbewerbern bei der ICA-Verkehrsführung. Insoweit ist es völlig richtig, wenn die BNetzA in ihrem Entscheidungsentwurf ausführt, die Transparenzverpflichtung sei komplementär zur Anordnung des Gleichbehandlungsgebotes zu sehen. In der Tat sichert es die Effektivität jenes Gebotes.

2. Getrennte Rechnungsführung

Nach dem Entscheidungsentwurf der BNetzA ist vorgesehen, die DTAG zu verpflichten, die Vorleistungspreise insbesondere für ihre Leistungen AfOD und OVF sowie ihre internen Verrechnungspreise transparent zu gestalten.

Gegen eine solche Verpflichtung wird von der DTAG eingewendet, es sei unzulässig, wenn sie ihr „automatisch“ auferlegt werde. Dies verstoße gegen EU-Recht.

Auch dies überzeugt nicht. Die gesetzliche Vorgabe des § 24 Abs. 1 Satz 2 TKG, die von der BNetzA angewandt wurde, geht keineswegs dahin, dass die DTAG immer eine Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung obligatorisch aufzuerlegen sei. Dies belegt auch die bisherige Praxis, enthalten doch sowohl die Regulierungsverfügung TAL als auch der Entwurf der Regulierungsverfügung für die Zusammenschaltung bei ICA-Verkehr eine solche Verpflichtung nicht. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr entschieden, diese Vorgabe als Regelverpflichtung auszugestalten. Dies bedeutet nach allgemeinem verwaltungsverfahrensrechtlichem Verständnis jedoch nicht, dass immer, automatisch, eine solche Verpflichtung dem SMP-Unternehmen auferlegt werden müsse. Vielmehr soll dies nur in der Regel der Fall sein; die BNetzA ist daher befugt, von der Auferlegung einer solchen Verpflichtung abzusehen.

Die Aufnahme einer Regelverpflichtung steht auch keineswegs im Widerspruch zu der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe in Art. 11 Abs. 1 Satz 2 ZugangsRL. Danach „können“ die nationalen Regulierungsbehörden von einem vertikal integrierten Unternehmen eine getrennte Buchführung mit den dort genannten Maßgaben verlangen. Der Umstand, dass der Gesetzgeber für vertikal integrierte Unternehmen die Auferlegung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung als Regelverpflichtung vorgesehen hat, verletzt nicht die gemeinschaftsrechtliche Ermessensvorgabe. Wie die EU-Kommission an anderer Stelle deutlich gemacht hat, ist es ein wesentliches Merkmal des Regulierungsregimes, dass die nationalen Regulierungsbehörden flexibel auf die Wettbewerbsdefizite in den einzelnen relevanten Märkten reagieren können. Diese Flexibilität ist der BNetzA nicht genommen. Der Gesetzgeber hat vielmehr, in dem durch das Gemeinschaftsrecht vorgegebenen Rahmen, für vertikal integrierte Unternehmen eine aufgrund der spezifischen deutschen Marktsituation bestehende erheblich abstrakte Gefahrenlage für den Wettbewerb mit der Folge gesehen, dass er für den Regelfall die Auferlegung der Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung für diese vertikal integrierten Unternehmen als erforderlich ansah. Anders als möglicherweise die Märkte anderer EU-Mitgliedstaaten sind die deutschen Telekommunikationsmärkte nach wie vor durch eine erhebliche Marktmacht der DTAG geprägt, die in vielfacher Weise komplette Wertschöpfungsketten im Telekommunikationsbereich kontrolliert, entweder innerhalb des eigenen Unternehmens oder aber zumindest im Rahmen ihres Konzerns.

Vor diesem konkreten Hintergrund ist es unbedenklich, wenn der Gesetzgeber die Ermessensausübung durch die BNetzA für den Regelfall, der die von ihm identifizierte abstrakte Gefahrenlage trifft, in eine bestimmte Richtung festlegt. Der Behörde bleibt es völlig unbenommen, in Fällen, in denen sich diese Gefahrensituation nicht manifestiert und damit auch nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ein Einschreiten im Wege der sektorspezifischen Regulierung nicht erforderlich ist, von einer solchen Regulierung abzusehen. Mit anderen Worten: Der deutsche Gesetzgeber hat aufgrund der besonderen Struktur der deutschen Märkte eine Konkretisierung der gemeinschaftsrechtlichen Ermessensvorgabe für eine bestimmte, a priori identifizierte abstrakte Gefahrenlage vorgenommen, ohne hierdurch jedoch die gemeinschaftsrechtlich erwünschte Flexibilität der Regulierungsbehörde auszuschließen. Die von der DTAG geäußerten rechtlichen Bedenken können daher nicht durchgreifen.

3. Verpflichtung zur Vorlage von Kostenunterlagen

Die BNetzA sieht in ihrem Entwurf weiter die Verpflichtung vor, dass die DTAG ihr auf Anforderung Informationen und Dokumente, anhand derer sich die Entgeltgestaltung nachvollziehen lässt (Wert- und Mengengerüste sowie die verwendeten Schlüssel), vorzulegen hat.

Die DTAG sieht in dieser auf § 24 Abs. 2 Satz 1 TKG gestützten Verpflichtung ebenfalls einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht. Zum einen sehe die einschlägige ZugangsRL keine automatische Verpflichtung des SMP-Unternehmens vor, sondern nur bei einem Mißbrauchsverdacht; zum anderen spreche der einschlägige Art. 11 Abs. 2 ZugangsRL nur von einer Verpflichtung zur Vorlage von Buchungsunterlagen und Daten Dritter. Die Vorlage von Kostenrechnungsunterlagen könne hingegen hiernach nicht verlangt werden; dies stehe auch im Widerspruch zur Entgeltmissbrauchsaufsicht, die primär eine Vergleichsmarktbetrachtung und nur nachrangig eine Kostenachweiskontrolle vorsehe.

Auch diese Rügen greifen zu kurz:

- 3.1 Zunächst ist in keiner Weise erkennbar, wieso die BNetzA automatisch eine Verpflichtung zur Vorlage von Kostenrechnungsunterlagen ausspricht. Die einschlägige Ermächtigungsgrundlage enthält nur eine „kann“-Bestimmung. In dem Entwurf der Regulierungsverfügung sind zudem ausführlich die Kriterien der Ermessensausübung durch die BNetzA dargelegt. Richtig ist, dass Art. 11 Abs. 2 Satz 1 ZugangsRL die Ermächtigung mit der Zielrichtung verbindet, „leichter überprüfen zu können, ob die Transparenz- und Nichtdiskriminierungsverpflichtung eingehalten werden“. Damit ist jedoch keineswegs die Vorlagepflicht, wie die DTAG suggeriert, nur als Teil einer Missbrauchsaufsicht konzipiert. Die Vorlagepflicht soll vielmehr die laufende Aufsicht erleichtern. Dies ist selbstverständlich und brauchte deshalb auch nicht als Tatbestandsvoraussetzung in § 20 Abs. 2 TKG aufgenommen werden. Im übrigen hat die BNetzA die in Art. 11 Abs. 2 ZugangsRL genannten Gesichtspunkte – Einhaltung des Transparenz- und des Gleichbehandlungsgebotes – bei ihrer Ermessensausübung ausdrücklich berücksichtigt (S. 8 des Entwurfs).
- 3.2 Richtig ist im übrigen, dass Art. 11 Abs. 2 ZugangsRL von der Befugnis der nationalen Regulierungsbehörde spricht, das SMP-Unternehmen zu verpflichten, ihr auf Anforderung „Buchungsunterlagen einschließlich Daten über die von Dritten erhaltenen Beträge“ vorzulegen. Der Begriff der „Buchungsunterlagen“ ist jedoch in der Richtlinie nicht definiert. Einen Hinweis gibt jedoch Erwägungsgrund 18, in dem der Gemeinschaftsgesetzgeber zum Gebot der getrennten Buchführung auf die Empfehlung 98/322/EG der Kommission vom 8. April 1998 – Teil II – getrennte Buchführung und Kostenrechnung – hinweist. Die Empfehlung enthält umfassende Leitlinien für die getrennte Rechnungsführung.

Zweck der getrennten Buchführung ist es danach, eine aus den Rechnungsbüchern hergeleitete Informationsanalyse vorzulegen, die das Ergebnis von Teilbereichen eines Geschäftes mit der größtmöglichen Annäherung so beschreibt, als handele es sich um getrennt geführte Geschäfte (Ziff. 1 Abs. 2 der Empfehlung). Die Kommission empfiehlt, von den verpflichteten Betreibern für jedes gesonderte Geschäft die Vorlage einer Gewinn- und Verlustrechnung sowie einer Bilanz zu verlangen. Inhalt und Format der vorzulegenden Finanzberichte werden in Abschnitt 7 des Anhangs dargestellt. Kostenrechnungen sind danach selbstverständlicher Bestandteil der vorzulegenden Unterlagen (siehe nur Abschnitt 7.1, 7.2 und 7.5). Die Empfehlung betont ferner, daß die verpflichteten Betreiber ausreichend detaillierte Kostenangaben zur Verfügung stellen sollten, denen die durchschnittlichen Kosten der Netzkomponenten entnommen werden können (Ziff. 7 der Empfehlung).

Das richtige Verständnis des Art. 11 Abs. 2 ZugangsRL erschließt sich auch durch Vergleich mit der Vorgabe getrennter Rechnungslegung in Art. 13 Abs. 1 RahmenRL. Normadressat dieser Bestimmung sind Unternehmen, die öffentliche Kommunikationsnetze oder öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste anbieten und in demselben oder in einem anderen Mitgliedstaat besondere oder ausschließliche Rechte für die Erbringung von Diensten in anderen Sektoren besitzen. Solche Unternehmen haben über die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste in dem Umfang getrennt Buch zu führen, der erforderlich wäre, wenn sie von rechtlich unabhängigen Unternehmen ausgeübt werden. Ziel ist es, dass alle Kosten- und Einnahmenbestandteile dieser Tätigkeit mit den entsprechenden Rechnungsgrundlagen und detaillierten Zurechnungsmethoden, einschließlich einer detaillierten Aufschlüsselung des Anlagevermögens und der strukturbedingten Kosten offengelegt werden (Art. 13 Abs. 1 lit. a RahmenRL). Hier wie dort geht es darum, die Kosten regulierter Marktangebote verursachungsgerecht zu erfassen. Die Vorlage von Kostennachweisen ist dabei selbstverständlich.

Entscheidend ist letztlich, dass die BNetzA alle Unterlagen enthält, die es ihr ermöglichen, die Einhaltung der Transparenz- und der Nichtdiskriminierungsverpflichtung zu überwachen. Dieses funktionale Verständnis der Vorlagepflicht wird in Art. 11 Abs. 2 ZugangsRL ausdrücklich betont. Eine effektive Kontrolle ist der BNetzA aber nicht bereits aufgrund reiner Buchauszüge möglich; erforderlich sind Kostenrechnungsunterlagen wie die von BNetzA in ihrem Entwurf genannten Dokumente über Wert- und Mengengerüste sowie die verwendeten Schlüssel, die es der Behörde erlauben, die Entgeltgestaltung nachzuvollziehen.

Diesem gebotenen funktionalen Verständnis der Vorlagepflicht im Rahmen der Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung steht auch nicht entgegen, dass die Entgeltmissbrauchsaufsicht primär im Wege der Vergleichsmarktbetrachtung erfolgen soll. Die Zielrichtung der beiden Regime ist völlig unterschiedlich; sie finden daher nebeneinander Anwendung:

- Die Vorlagepflicht ist Bestandteil einer präventiven Marktregulierung (ex ante). Sie soll damit überhaupt erst – allgemein, über den Einzelfall hinaus – faire Wettbewerbsbedingungen schaffen und den Mißbrauch von Marktmacht durch Normierung eines adäquaten Regulierungsrahmens verhindern. Gerade in dem hier diskutierten Fall konkretisiert sich der Flexibilitätsansatz des Gemeinschaftsrechtes, wenn die BNetzA auf die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung verzichtet und auf weniger eingriffsintensive Regulierungsmaßnahmen zurückgreift.
- Die Entgeltmissbrauchsaufsicht mit der Möglichkeit einer Kostennachweisprüfung ist demgegenüber auf das Vorgehen gegen einen bestimmten konkret eingetretenen Mißbrauch beschränkt (ex post); sie ist einzelfallbezogen, repressiv und reaktiv. Kostennachweise kann die BNetzA nach dem dann einschlägigen § 38 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 33 nur im Hinblick auf den konkreten Missbrauchsfall verlangen. Eine allgemeine, präventive Marktaufsicht wird hierdurch nicht ermöglicht.

Vor diesem Hintergrund ist die BNetzA gehalten, an ihrem Entwurf der Regulierungsverfügung festzuhalten.

Stellungnahme der Telefónica Deutschland GmbH vom 29.08.2005:

Unseres Erachtens bedarf die Regulierungsverfügung keiner weiteren Änderung. Der vorgelegte Entwurf ist geeignet, die vom Gesetzgeber im TKG festgelegten Ziele der Regulierung zu erreichen.

Dazu im Einzelnen.

Ziffer 1 des Tenors der Regulierungsverfügung ist eine Weiterführung der bereits bestehenden Regulierungspraxis und wurde auch von der Betroffenen in keiner Weise angegriffen.

Die Regelungen der Ziffer 2 werden begrüßt, da durch eine solche weit reichende Transparenz gewährleistet wird, dass Wettbewerber der Betroffenen nicht durch undurchsichtige Preisgestaltungen und Nutzungsbedingungen behindert werden und eine Kontrolle der Betroffenen bei der Gestaltung der von der Regulierungsverfügung erfassten Produkte durch Marktteilnehmer erfolgen kann.

Den Einwendungen der Betroffenen zur zweiten Regulierungsverpflichtung, die Publizität nur gegenüber den Vertragspartnern der Betroffenen nicht aber allen anderen Nachfragern zu gewährleisten, muss entschieden widersprochen werden. Würden die Einwendungen der Betroffenen von der BNetzA berücksichtigt werden, würde das Gegenteil des beabsichtigten Zwecks erreicht werden.

Das Bestreben der Betroffenen, Preisinformationen nur ihren eigenen Vertragspartnern offen zu legen, läuft sowohl § 20 Abs. 1 TKG als auch Art. 9 Abs. 1 der ZugangsRL zuwider. Art. 9 Abs. 1 ZugangsRL sieht ausdrücklich vor, dass das SMP-Unternehmen u.a. verpflichtet werden kann, seine Tarife zu veröf-

fentlichen. Der Begriff der „Veröffentlichung“ beinhaltet notwendig, dass nicht nur die bereits bestehenden Vertragspartner, sondern auch sonstige interessierte Unternehmen Kenntnis von Preisen erlangen können. Die gleiche Veröffentlichungsbefugnis sieht § 24 Abs. 1 in enger Anlehnung an dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 ZugangsRL vor.

Wird die Publizität nur gegenüber den jeweiligen Vertragspartnern gewährleistet, besteht die Gefahr, dass Konkurrenten der Onlinetochter der Betroffenen, die auf einer anderen Marktstufe oder auf der gleichen Marktstufe aber mit einem anderen Vorleistungsprodukt tätig sind, nicht nachvollziehen können, ob und inwieweit die Betroffene ein missbräuchliches Verhalten in Form von unzulässigen Ab- und Aufschlägen bei ihrer Preisgestaltung an den Tag legt. Dies kann nur dadurch verhindert werden, dass Transparenz eben nicht nur für die Vertragspartner, die die Bedingungen aufgrund des eigenen Vertrages schon kennen, sondern für alle Wettbewerber in gleichen oder vor- und nachgelagerten Marktstufen besteht. Gerade weil eine Zuführung über Primärmultiplexanschlüsse auf dem Markt kaum noch nachgefragt wird, besteht die Gefahr, dass hier im Konzern der Betroffenen ein eigener Markt geschaffen wird, der von außen aufgrund einer mangelhaften Transparenz nicht kontrolliert werden kann. Auf diesem Markt könnte die Betroffene dann konzerninternen Konditionen aufstellen, die gegenüber der häufiger nachgefragten Zuführung über ICAs missbräuchlich ist. Dies würde einen erheblichen Wettbewerbsnachteil für die Wettbewerber der Betroffenen darstellen, die nicht mit den Regulierungszielen in Einklang zu bringen sind.

Nur durch eine Transparenz gegenüber allen Wettbewerbern der Betroffenen und einer damit möglichen Kontrolle durch den Markt können zudem die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG erreicht werden.

Die Verpflichtung zur Publizität sollte im Gegensatz zu den Ausführungen der Betroffenen dahingehend erweitert werden, dass die Informationen für alle interessierten Carrier bzw. Anbieter frei zugänglich auf ihren allgemeinen Seiten im Internet und im Amtsblatt der BNetzA veröffentlicht werden sollen.

Auch die Ausführungen der Betroffenen zur dritten Regulierungsverpflichtung, mit der ihr auferlegt wird, Vorleistungspreise und interne Verrechnungspreise transparent zu gestalten sowie Informationen zur Entgeltgestaltung vorzulegen, können nicht unwidersprochen gelassen werden.

Gegen eine Verpflichtung, Vorleistungspreise und interne Verrechnungspreise transparent zu gestalten, wird von der Betroffenen eingewandt, es sei unzulässig, wenn sie ihr „automatisch“ auferlegt werde. Dies verstoße gegen EU-Recht.

Dies überzeugt nicht. § 24 Abs. 1 Satz 2 TKG führt nicht dazu, dass der Betroffenen immer eine Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung auferlegt wird. In der bisherigen Regulierungsverfügung für TAL und dem Entwurf für ICA-Verkehr ist daher eine solche Verpflichtung nicht enthalten. Die vom Gesetzgeber vorliegend gewählte Möglichkeit der Regelverpflichtung bedeutet nicht, dass immer eine solche Verpflichtung auferlegt werden muss. Eine solche Verpflichtung soll nur in der Regel erfolgen und die erlassende Behörde kann auch von einer Auferlegung absehen. Diese Auslegung steht auch nicht im Widerspruch zu Art. 11 Abs. 1 Satz 2 der ZugangsRL. Diese Vorschrift enthält eine Kann-Bestimmung. Eine getrennte Buchführung bei vertikal integrierten Unternehmen kann verlangt werden, muss aber nicht.

Die Beschlusskammer nimmt in ihrem Entwurf für die Begründung zur Auferlegung einer getrennten Rechnungsführung nicht auf die „in der Regel“-Leitlinie in § 24 Abs. 1 Satz 2 TKG Bezug. Der Begründung lässt sich damit entnehmen, dass die Ermessensausübung der Beschlusskammer nicht durch den Wortlaut dieser Bestimmung vorgeprägt ist. Stellungnahmen der EU-Kommission aus jüngster Zeit könnten gleichwohl dahin verstanden werden, dass es dem nationalen Gesetzgeber sogar untersagt sei, das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde zur Auferlegung einer ex ante-Verpflichtung tendenziell vorzuprägen. Wir regen daher an, dass die Beschlusskammer in der Begründung zur Auferlegung der getrennten Rechnungsführung klarstellend deutlich macht, dass ihre Ermessensausübung unabhängig von dem Wortlaut „in der Regel“ in § 24 Abs. 1 Satz 2 TKG erfolgt.

Die Betroffene stellt sich in Bezug auf den dritten Regelungspunkt der Verfügung (Vorlageverpflichtung von Dokumenten und Informationen) auf den Standpunkt, dass diese Verfügung zu weiträumig und zum Erreichen der Regulierungsziele nicht notwendig sei und außerdem gegen die Zugangsrichtlinie der EU

vom 7. März 2002 verstößt. Dies wird damit begründet, dass die einschlägige ZugangsRL nur bei einem Missbrauchsverdacht eine Verpflichtung zur Informationsvorlage vorsehe. Des Weiteren spreche Art. 11 Abs. 2 ZugangsRL nur von einer Verpflichtung zur Vorlage von Buchungsunterlagen und Daten Dritter. Die Verpflichtung zur Vorlage von Kostenrechnungsunterlagen sei durch die ZugangsRL nicht mehr gedeckt.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist der Aussagegehalt der Verpflichtungsanordnung in keiner Weise zu unbestimmt. In der Klammer wird definiert, welche Unterlagen von der Betroffenen auf Anforderung heraus zu geben sind. Eine weitere Spezifizierung ist nicht indiziert, da hierdurch die Möglichkeit geschaffen werden würde, wichtige Angaben in Unterlagen zu verstecken, die nicht in der Regulierungsverfügung genannt sind.

Die Verpflichtung zur Vorlage nachvollziehbarer Informationen und Dokumente zur Entgeltgestaltung setzt keinen Missbrauchsverdacht voraus. § 24 Abs. 1 Satz 3 TKG lässt zwar die Zielsetzung der getrennten Rechnungsführung und der Transparenz der internen Verrechnungspreise erkennen. Auch Art. 11 Abs. 1 Satz 2 TKG zeigt, dass es um die „Sicherstellung“ der Gleichbehandlungsverpflichtung geht. Demnach handelt es sich bei der getrennten Rechnungsführung in erster Linie um ein Kontrollinstrument. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Ausübung der Kontrolle bereits von einem Anfangsverdacht abhängig wäre. Im Gegenteil sollen die durch die getrennte Rechnungsführung ermittelten Daten die BNetzA in die Lage versetzen, Anhaltspunkte für einen Missbrauchsverdacht zu gewinnen.

Auch ist der Bundesnetzagentur zuzustimmen, dass im Einklang mit den gesetzlichen Regelungen des § 24 Abs. 2, 1. Satz TKG auch Kostenrechnungsunterlagen vorgelegt werden müssen. Der deutsche Gesetzgeber hielt es aufgrund historischer Erfahrungen für die Erreichung der Regulierungsziele für notwendig, die Möglichkeit zu schaffen, neben den Buchungsunterlagen auch die Kostenrechnungsunterlagen anzufordern. Die Benennung weiterer Unterlagen zur Vorlage bei der nationalen Regulierungsbehörde erfolgte auch im Rahmen des rechtlich Zulässigen.

Die Regulierungsverfügung steht im Einklang mit Art 11 Abs. 2 ZugangsRL. Nach dieser Norm kann die nationale Regulierungsbehörde das marktbeherrschende Unternehmen verpflichten, „Buchungsunterlagen einschließlich Daten über die von Dritten erhaltenen Beträge“ vorzulegen. Der Begriff der „Buchungsunterlagen“ ist jedoch in der Richtlinie nicht definiert. In Ziffer 18 der Erwägungsgründe wird auf die Empfehlung 98/322/EG verwiesen. Die Empfehlung enthält im zweiten Teil umfassende Leitlinien für die getrennte Rechnungsführung.

Die getrennte Rechnungsführung verfolgt das Ziel, das wirtschaftliche Ergebnis von Teilen eines Konzerns so zu beschreiben als handle es sich um getrennt geführte Unternehmen (vgl. Ziff. 1 Abs. 2 der Empfehlung). Die Verfasser der Richtlinie empfehlen, die Vorlage einer Gewinn- und Verlustrechnung für jedes gesonderte Geschäft sowie der Bilanzen von den betroffenen Unternehmen zu verlangen. Die Zusammensetzung und die Form der Finanzberichte werden in Abschnitt 7 des Anhangs dargestellt. Ein Bestandteil der Unterlagen sind auch die Kostenrechnungen (siehe nur Abschnitt 7.1, 7.2 und 7.5). Darüber hinaus empfiehlt die Kommission, ausreichend detailliert Kostenangaben zu verlangen, um die durchschnittlichen Kosten der Netzkomponenten entnehmen zu können.

Es bleibt dem nationalen Gesetzgeber vorbehalten, die Anforderungen einer EU-Richtlinie zu erweitern, sofern er es zum Erreichen der Ziele für notwendig erachtet. Selbst wenn man daher davon ausginge, dass die in § 24 Abs. 2 Satz 1 TKG vorgesehene Verpflichtung zur Vorlage von Kostenrechnungsunterlagen über Art. 11 ZugangsRL hinausgeht, läge hierin kein Verstoß gegen EU-Recht. EU-Richtlinien legen den Mitgliedsstaaten ihrer Rechtsnatur nach Art. 249 EGV lediglich Vorgaben für eine Mindestharmonisierung auf. Eine darüber hinausgehende sogenannte „überschießende Umsetzung“ von Richtlinien ist den Mitgliedstaaten nicht untersagt, soweit und solange damit den Richtlinienvorgaben nicht widersprochen wird (Nettesheim, Grabitz/Hilf, Recht der Europäischen Union, Art. 249, August 2002, Rdnr. 151). Eine derartige Sperrwirkung entfalten EU-Richtlinien aber nur dann, wenn sie auf eine vollständige Harmonisierung zielen. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Die EU-Richtlinien müssten in diesem Fall darauf gerichtet sein, eine bestimmte Materie erschöpfend zu regeln (EuGH, Rechtssache Ns 278/85, Kommission ./ Dänemark, Sammlung Slg. 1987, 4069, Rz. 12; dazu auch Tietje, in Grabitz/Hilf, vor Art. 94 – 97 EGV, April 2003, Rdnr. 40). Bereits für die ONP-Richtlinien, speziell für die Zusammenschaltungs-

richtlinie 97/33/EG hat der EuGH in seiner Entscheidung vom 13.12.2001 aber eine Vollharmonisierung verneint; der EuGH erinnert in dieser Entscheidung daran, dass die Zusammenschaltungsrichtlinie lediglich „allgemeine Rahmenbedingungen für die Verfolgung ihres Zieles festlegt“ (Rs. C-79/00, Rdnr. 29, EuZW 2002, 150, 152). Ein erschöpfendes Regelungssystem ist auch nicht dem EU-Reformpaket für die einzelnen Regulierungsinstrumentarien zu entnehmen. Es ist bereits fraglich, ob es den nationalen Regulierungsbehörden verwehrt ist, gemäß Art. 8 ZugangsRL weitere als die in Art. 9 bis 13 dieser Richtlinie genannten Verpflichtungen aufzuerlegen. Die Richtlinien enthalten jedenfalls keine abschließende Bestimmung zu den einzelnen Regulierungsinstrumenten. Hierzu bringt der Wortlaut von Art. 12 der ZugangsRL deutlich zum Ausdruck, dass die Richtlinie keinen abschließenden Katalog der zulässigen Zugangsformen vorsieht. Nichts anderes gilt für die Verpflichtung zur getrennten Buchführung nach Art. 11 dieser Richtlinie. Die konkreten Kontrollinstrumente zur Durchsetzung der getrennten Buchführung bleiben der Ausgestaltung dem nationalen Gesetzgeber und der nationalen Regulierungsbehörde überlassen. Dies ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass die EU-Kommission bisher zum Begriff der getrennten Rechnungsführung lediglich ihre Empfehlung 98/322/EG erlassen hat; dem lässt sich entnehmen, dass Art. 11 der ZugangsRL kein abschließendes Konzept zur Reichweite und Kontrolle einer getrennten Buchführung zugrunde liegt.

Entscheidend ist letztlich, dass die BNetzA alle Unterlagen erhält, die es ihr ermöglichen, die Einhaltung der Transparenz- und der Nichtdiskriminierungsverpflichtung zu überwachen.

Die Verpflichtung, die Unterlagen und Informationen der Bundesnetzagentur vorzulegen, steht auch nicht im Widerspruch zur ex-post-Entgeltregulierung. Durch die Vorlage der Unterlagen wird lediglich eine Überprüfung der Einhaltung der übrigen Verpflichtungen aus der Regulierungsverfügung gewährleistet. Die Vorlagepflicht soll die laufende Aufsicht erleichtern. Eine Entgeltregulierung findet dagegen erst nach Eröffnung eines Verfahrens statt. Die Vorlagepflicht ist in keiner Weise als Teil der Missbrauchsaufsicht konzipiert. Ohne die in der Regulierungsverfügung genannten Informationen und Dokumente kann aber nicht überprüft werden, ob eine Veranlassung besteht, möglicherweise von Amts wegen ein Verfahren zur Regulierung der Entgelte einzuleiten, weil die dafür notwendigen Informationen nicht vorliegen.

Eine Verhinderung der Quersubventionierung kann allein durch die ersten beiden Verpflichtungen der Regulierungsverfügung nicht gewährleistet werden. Die Betroffene selbst hat ausgeführt, dass das Produkt nur noch von wenigen Unternehmen nachgefragt wird. Geht die Nachfrage so weit zurück, dass nur noch die vertikal integrierte Onlinetochter der Betroffenen das Produkt nachfragt, fehlt es an einer Transparenz und Vergleichbarkeit durch externe Nachfrager. Die Kontrolle durch Wettbewerber ist damit nicht möglich. In dem Fall ist es immens wichtig, dass zumindest der Bundesnetzagentur die Möglichkeit gegeben wird, die konzerninternen Verrechnungspreise auf eine Quersubventionierung zu überprüfen. Dies kann nur durch Vorlage entsprechender Informationen und Dokumentationen erfolgen.

Nur durch die Verpflichtungen, wie sie in Ziffer 3 des Tenors beabsichtigt sind, kann ein Erreichen der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG ermöglicht werden.

Die im Tenor des Entwurfes der Regulierungsverfügung der Beklagten auferlegten Verpflichtungen sind daher unseres Erachtens notwendig und geeignet die Ziele der Regulierung zu erreichen. Ein Abweichen von der vorgeschlagenen Formulierungen würde dazu führen, dass die Geeignetheit der Regulierungsverfügung zur Erreichung der im Gesetz vorgesehenen Ziele der Regulierung nicht mehr gegeben ist.

Stellungnahme der Deutschen Telekom AG, T-Com vom 29.08.2005:

Zu dem Entwurf der Regulierungsverfügung vom 29.07.2005 nehmen wir wie folgt Stellung:

1. Der Entwurf der Regulierungsverfügung baut auf der von der Präsidentenkammer der BNetzA beschlossenen Festlegung auf, daß die Betroffene auf den genannten Märkten im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht verfüge. Hierzu hat die Betroffene mit Schriftsatz vom 04.03.2005 bereits Stellung genommen. Zu den dortigen Ausführungen wird zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen Bezug genommen.

2. Die Beschlußkammer 4 ist in dem Entwurf der Regulierungsverfügung vom 29.07.2005 u.a. zutreffend davon ausgegangen, daß die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 TKG unverhältnismäßig wäre und nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG stehe (Blatt 10 der Entwurfsbegründung). Diese Einschätzung wird nachhaltig bestärkt durch die fehlende Nachfrage von Anbietern von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit nach den Leistungen AfOD bzw. OVF. Hierzu wiederum korrespondiert das in der mündlichen Verhandlung vom 17.08.2005 dokumentierte Desinteresse von Wettbewerbern der Betroffenen an dem vorliegenden Verfahren. Es ist offensichtlich, daß die betreffenden Produkte keine Leistungen sind, die als wesentlich für das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit durch andere Netzbetreiber sind.
3. Dieser Umstand ist aber nicht nur im Rahmen der Ermessenabwägung über die Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG relevant, sondern ebenso auch bei der Ermessenausübung bezüglich der Auferlegung der übrigen Zugangsverpflichtungen. Insoweit wäre es unverhältnismäßig, wenn die Betroffene durch Regulierungsverfügung nach § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG über die Verpflichtungen nach § 19 TKG hinaus auch Verpflichtungen zu Transparenz (§ 20 TKG) und zur getrennten Rechnungsführung (§ 24 TKG) unterworfen würde. Gegen die Auferlegung einer Verpflichtung nach § 19 TKG bestehen im vorliegenden Zusammenhang nur deshalb keine Bedenken, weil - ausgehend von der Feststellung beträchtlicher Marktmacht - die Regulierungsbehörde gemäß § 9 Abs. 2 TKG jedenfalls eine der in Betracht kommenden Verpflichtungen auferlegen muß. Im Rahmen ihres Auswahlermessens zwischen den nach den §§ 19, 20, 21 und 24 TKG zur Verfügung stehenden Verpflichtungen ist das Diskriminierungsverbot nach § 19 TKG insoweit das mildeste Mittel. Zu weitergehenden Verpflichtungen, die letztlich nur das Diskriminierungsverbot unterstützen sollen, besteht in Bezug auf solche Produkte, die von anderen Diensteanbietern nicht nachgefragt werden, hingegen keine Veranlassung.
4. Speziell in Bezug auf die in Ziff. 2 des Entwurfs der Regulierungsverfügung vorgesehene Auferlegungsentscheidung nach §§ 13 Abs. 1 Satz 1, 20 TKG ist ergänzend darauf hinzuweisen, daß die dort vorgesehene Auferlegung gegen die Vorgaben des § 20 Abs. 1 TKG verstößt. Nach dieser Vorschrift kann die Regulierungsbehörde einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht nur dazu verpflichten, für die zum Zugang berechtigten Unternehmen die dort genannten Informationen zu veröffentlichen. Zugangsberechtigte Unternehmen aber sind jedenfalls dann, wenn - wie vorliegend - eine Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG nicht angeordnet wird, nur solche Unternehmen, die Vertragspartner einer bereits abgeschlossenen freiwilligen Zugangsvereinbarung sind. Eine allgemeine Veröffentlichung für sämtliche Interessenten und Nachfrage nach derartigen Leistungen ist dem gegenüber nicht geboten.

Insoweit greift es einerseits zu weit, wenn in Ziff. 2 des Tenors des Entwurfs der Regulierungsverfügung beabsichtigt ist, die Pflicht zur Veröffentlichung auf den Internetseiten der Betroffenen vorzunehmen. Hierdurch würden die Informationen der Allgemeinheit, nicht nur den Vertragspartnern der Zugangsvereinbarungen zur Verfügung gestellt. Demgegenüber ist zu Recht auf Blatt 8 oben des Entwurfs der Beschlußbegründung vorgesehen, daß eine Veröffentlichung auf den Externet-Seiten des Holesalebereichs erfolgt. Auch insofern ist aber die Präzisierung geboten, daß die betreffenden Informationen nur den Vertragspartnern der Zugangsvereinbarungen zugänglich zu machen sind, nicht hingegen "allen Nachfragen" (so aber Blatt 8 oben des Entwurfs der Beschlußbegründung).
5. In Bezug auf die in Ziff. 3, 1. und 2. Alt., des Entwurfs der Regulierungsverfügung vorgesehene Auferlegung der Verpflichtung nach § 24 Abs. 1 Satz 2 TKG, d. h. die Verpflichtung, die Vorleistungspreise und die internen Verrechnungspreise, transparent zu gestalten, kann zunächst auf die Stellungnahme der Betroffenen vom 04.03.2005, Blatt 4 bis 7, Bezug genommen werden.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß die gesetzliche Regelung des § 24 Abs. 1 Satz 2 TKG, nach der die Regulierungsbehörde die dort vorgesehenen Verpflichtungen in der Regel verlangen muß, gegen die Zugangsrichtlinie verstößt. Art. 11 ZRL geht von einem freien Ermessenspielraum der Regulierungsbehörde aus. Dieser Spielraum darf durch gesetzliche Vorgaben nicht zum Nachteil der Betroffenen eingeschränkt werden.
6. Die in Ziff. 3, 3. Alt., des Beschlußtenors des Entwurfs vom 29.07.2005 schließlich vorgesehene Verpflichtung, der BNetzA auf Anforderung Informationen und Dokumente vorzulegen, anhand de-

rer sich die Entgeltgestaltung nachvollziehen läßt (Wert- und Mengengerüste sowie die verwendeten Schlüssel), ist rechtswidrig und würde die Betroffenen in ihren Rechten verletzen. Abgesehen davon, daß die dort vorgesehene Verpflichtung nicht hinreichend bestimmt ist, ist sie unter mehreren rechtlichen Gesichtspunkten zu beanstanden:

- a) Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass Art. 11 Abs. 3 ZRL der Regulierungsbehörde lediglich die Befugnis einräumt, die Vorlage von Buchungsunterlagen einschließlich von Daten über die von Dritten erhaltenen Beträge auf Anforderungen vorzulegen. Eine Befugnis, wie sie in § 24 Abs. 2 Satz 1 TKG normiert ist, neben Buchungsunterlagen auch Kostenrechnungsunterlagen vorzulegen, geht über diese Befugnisse nach Art. 11 Abs. 3 ZRL hinaus. Da die Befugnisse der Regulierungsbehörden nach den Art. 9 bis 13 ZRL abschließend formuliert sind, wie sich aus Art. 16 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 2 der Rahmenrichtlinie (RRL) zeigt, ist § 24 Abs. 2 Satz 1 TKG daher europarechtswidrig und muß hinsichtlich der Auferlegung von Verpflichtungen, Kostenrechnungsunterlagen vorzulegen, ohne Anwendung bleiben.
- b) Hiervon abgesehen ist die Auferlegung von Verpflichtungen nach § 24 Abs. 2 Satz 1 TKG auch nicht erforderlich, um die mit der Regulierungsverfügung verfolgten Zwecke zu erreichen. Nach dem Entwurf der Beschlußbegründung vom 29.07.2005 müssen als solche Zwecke die "Durchsetzung des Diskriminierungsverbots" und die Verhinderung unzulässiger Quersubventionierungen" (Blatt 8 unten der Beschlussbegründung) zugrundegelegt werden.

Für die Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes ist die Vorlage von Buchungsunterlagen und Kostennachweisen nicht erforderlich. Hier genügt die transparente Gestaltung der betreffenden Vorleistungspreise.

Auch das Ziel, eine unzulässige Quersubventionierung zu verhindern, macht die Vorlage der betreffenden Kostenunterlagen nicht erforderlich. Ausweislich des Entwurfs der Beschlußbegründung ist hierbei davon auszugehen, daß nach der Auffassung der Beschlusskammer insofern die Gefahr zugrundegelegt wird, daß sich die Betroffene selbst oder ihrem Tochterunternehmen T-Online International AG intern günstigere Verrechnungspreise stellt als die von den anderen Nachfragern für die entsprechenden Vorleistungen verlangt wird (Blatt 8 unten des Entwurfs der Beschlussbegründung). Auch diese befürchtete Quersubventionierung wird durch die transparente Gestaltung der Vorleistungspreise sowie die Möglichkeit Expost-Regulierung nach § 38 TKG zuverlässig verhindert. Für eine darüber hinausreichende Verpflichtung, die genannten Buchungsunterlagen und Kostennachweise unabhängig von dem Rahmen eines Expost-Regulierungsverfahrens vorzulegen, besteht keine Notwendigkeit.

- c) Hiervon abgesehen würde die Auferlegung einer Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 Satz 1 TKG auch im Widerspruch dazu stehen, daß die Beschlusskammer zutreffend eine Ex post-Entgeltregulierung nach §§ 30 Abs. 3, 38 TKG für ausreichend gehalten hat. Dieser Wertung würde es widersprechen, wenn andererseits gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 TKG die Betroffene verpflichtet würde, unabhängig von den rechtlichen Möglichkeiten, Kostennachweise im Verfahren nach § 38 TKG zu verlangen, entsprechende Unterlagen der Regulierungsbehörde auf Anforderung vorlegen zu müssen.

Kennzeichnend für das Expost-Regulierungsverfahren nach § 38 TKG sind zwei wesentliche Gesichtspunkte: Zum einen der Grundsatz der Subsidiarität der Kostennachweise, wie dies in § 38 Abs. 2 Satz 4 TKG zum Ausdruck kommt, zum anderen die Einschränkung, daß auch unter den Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 Satz 4 TKG Kostennachweise nur verlangt werden dürfen, wenn der Regulierungsbehörde Tatsachen im Sinne von § 38 Abs. 2 Satz 1 TKG vorliegen, die den konkreten Verdacht rechtfertigen, daß Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen. Dies bedeutet: Solange eine Expost-Regulierung auf der Grundlage von Vergleichsmarkbetrachtungen möglich ist und/oder kein Verdacht eines Verstoßes gegen § 28 TKG gegeben ist, können Kostennachweise nicht im Sinne eines allgemeinen Enquete-Rechts von der Regulierungsbehörde eingefordert werden.

Diesen gesetzlichen Wertungen des § 38 Abs. 2 TKG würde eine Verpflichtung nach § 24

Abs. 2 Satz 1 TKG, Kostenrechnungsunterlagen auf nicht näher spezifizierte Aufforderung der Regulierungsbehörde vorzulegen, d. h. unabhängig von einem konkreten Verdacht des Verstoßes gegen § 28 TKG und auch dann, wenn Vergleichsmarktbetrachtungen möglich sind, diametral zuwiderlaufen.

Hierbei ist namentlich auch zu berücksichtigen, daß in Bezug auf die Entgelte für die Produkte AfOD und OVF - sollten im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen § 28 TKG bestehen - eine Überprüfung auf der Basis einer Vergleichsmarktbetrachtung durchaus möglich ist. Die Kosten der Verbindungsleitungen I von AfOD und OVF sind vergleichbar mit den Kosten, die der Regulierungsbehörde durch die Exante-Regulierung der Verbindungsleistung O.12 bekannt sind. Unterschiede zu der Verbindungsleistung O.12 bestehen allein in bezug auf den PMX-Anschluß. Der PMX-Anschluß ist ein eigenständiges Produkt. Seine Kosten fallen im Vergleich zu den Kosten für einen ICAs nicht ins Gewicht. Den Verdacht eines Verstoßes gegen § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG können sie allein nicht begründen. Im übrigen ist hier die Möglichkeit einer Vergleichsmarktbetrachtung offensichtlich.

Fazit: Folgt man der Stellungnahme der Betroffenen hinsichtlich des Fehlens einer beträchtlichen Marktmacht nicht, so ist im Rahmen der dann zu erlassenden Regulierungsverfügung nach § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG lediglich eine Verpflichtung nach § 19 TKG aufzuerlegen. Eine zusätzliche Auferlegung von Verpflichtungen nach den §§ 20, 24 TKG wäre hingegen – abgesehen von den einzelnen Einwänden hierzu - unverhältnismäßig und stünde im Widerspruch zu der bewußten Beschränkung der Entgeltkontrolle auf eine ex post-Regulierung nach § 38 TKG.