

## Stellungnahmen im Rahmen des Konsultationsverfahrens nach § 13 TKG

### **(1) Stellungnahme der Arcor AG & Co. KG vom 01.12.2005**

Grundsätzlich teilen wir nicht die Auffassung der Bundesnetzagentur (BNetzA), dass unser Unternehmen auf dem Markt für Terminierungsleistungen über eine beträchtliche Marktmacht verfügt. Unsere entsprechende Auffassung hatten wir Ihnen in einer Stellungnahme vom 05.07.2005 zum so genannten Serious-Doubts-Letter der EG-Kommission vom 11.03.2005 mitgeteilt, worauf wir verweisen.

Soweit die BNetzA gleichwohl den Erlass einer Regulierungsverfügung erwägt, kommentieren wir den Verfügungsentwurf vom 02.11.2005 wie folgt:

#### **1. Gleichbehandlung nur im Sinne eines Diskriminierungsverbots**

Zu der beabsichtigten Gleichbehandlungsverpflichtung bitten wir bei der Fertigung des Verfügungsentwurfs um eine Klarstellung, dass es sich hierbei nicht um ein reines Gleichbehandlungsgebot, sondern um ein Diskriminierungsverbot handelt. Dies ergibt sich aus § 19 Abs. 2 TKG, der lediglich die Verpflichtung vorsieht, unter gleichartigen Bedingungen Nachfrager gleich zu behandeln.

Dabei ist klarzustellen, dass das Diskriminierungsverbot nicht erfordert, allen nachfragenden Zusammenschaltungspartnern identische Entgelte anzubieten. Wir weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass unser Unternehmen bislang im Verhältnis zur Deutschen Telekom AG keine regulierten Entgelte in Rechnung stellt, sondern mit der Deutschen Telekom AG vertraglich reziproke Entgelte vereinbart hat. Die im Rahmen der Entgeltgenehmigungen für nicht-reziproke Entgelte anderer alternativer TNB ausgesprochene Verpflichtung zur Angleichung der Entgelte anderen Zusammenschaltungsvereinbarungen ist gegenüber Arcor demnach nicht ergangen.

Arcor hat demzufolge auch mit anderen ausländischen wie inländischen Carriern Zusammenschaltungen vereinbart, die unterschiedliche Preise vorsehen. Dabei handelt es sich aber nicht um in ihrer absoluten Höhe deutlich differierende Entgelte. Vielmehr liegen den Verträgen häufig individuelle Zusammenschaltungs- und Preisstrukturen zugrunde.

So sind grundsätzlich unterschiedliche Preise denkbar, je nachdem ob ein einheitlicher Mischtarif je Minute gebildet wird oder etwa nach peak/off peak oder nach verschiedenen Tarifstufen unterschieden wird, ob eine separate Bepreisung der Schnittstellen und der die Vermittlungsstellen verbindenden Festverbindung erfolgt oder ob diese Kosten in den Minutenpreisen mit abgebildet werden. Zudem spielen natürlich Mengensstaffeln eine Rolle.

Hieraus ergeben sich zwei Anforderungen an die Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots:

1. Bestehende und in einem funktionierenden Markt ausgehandelte Zusammenschaltungsvereinbarungen dürfen vom Diskriminierungsverbot nicht dergestalt erfasst werden, dass die privatrechtlich vereinbarten Regelungen insbesondere in Bezug auf die Preise und Preisstrukturen „gleichzuschalten“ wären. Ein solches Vorgehen würde unreguliert entstandene Verträge ohne Notwendigkeit und damit unverhältnismäßiger Weise der staatlichen Regulierung unterwerfen.

2. Es muss klargestellt sein, dass auch zukünftig je nach Zusammenschaltungs- und Preisstruktur und entsprechende individuelle Preisgestaltungen möglich sind, im Rahmen derer auch für die der Regulierungsverfügung unterliegenden Terminierungsleistungen unterschiedliche Preisstrukturen möglich sind.

#### **2. Kein Standardangebot im Wege der Transparenzverpflichtung**

Soweit die BNetzA die Aufnahme einer Transparenzverpflichtung in die Regulierungsverfügung erwägt, ist diese allenfalls auf Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, sowie grundsätzliche Informationen zu Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen zu beschränken.

Eine weitergehende Verpflichtung zur vollständigen Angabe von Nutzungsbedingungen und Entgelten würde die Transparenzverpflichtung überdehnen, da somit de facto alle Angaben zu machen wären, die auch in einem Standardangebot enthalten wären. Die Vorlage eines entsprechenden „Standardangebots“ würde aber ebenfalls die staatliche Regulierung ins Übermaß treiben.

Eine Verpflichtung zur Vorlage eines umfassenden „Standardangebots“, wie es die im Verfügungsentwurf vorgesehene Transparenzverpflichtung erfordern würde, würde Verhandlungen mit dem Ziel einer individuell optimierten Zusammenschaltung – wie oben unter 2. erläutert – erschweren. Es steht daher zu befürchten, dass eine entsprechend umfassende Vorlagepflicht in Verbindung mit einem strikt ausgestalteten Diskriminierungsverbot die Tendenz zu unmittelbaren Zusammenschaltungen, die derzeit im Markt zu beobachten ist, eher abschwächen als fördern würde.

Wir regen daher an, die Transparenzverpflichtung auf Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, sowie grundsätzliche Informationen zu Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen und gegebenenfalls angebotene Zusammenschaltungsvarianten zu beschränken.

## **(2) Stellungnahme des (breko Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V. vom 02.12.2005**

### **1. Verfahren**

Trotz des Hinweises der Beschlusskammer in der Anhörung vom 16.11.2005 ist BREKO weiterhin der Ansicht, dass es sich bei dem Erlass einer Regulierungsverfügung um ein formales Verwaltungsverfahren handelt, bei dem eine öffentliche mündliche Verhandlung obligatorisch ist und das der Beiladung zugänglich ist. Nach § 132 Abs.1 TKG entscheidet die BNetzA „in den Fällen des Teils 2“ durch Beschlusskammern. Nach § 135 Abs.3 entscheidet die Beschlusskammer auf Grund öffentlicher mündlicher Verhandlung. Eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Fällen nach Teil 2, in denen die Beschlusskammer entscheidet, wird dabei nicht getroffen. Gleiches gilt für den Anspruch auf Beiladung nach § 134 Abs.2 TKG. Wäre die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung im Falle von Regulierungsverfügungen in das Belieben der Beschlusskammer gestellt, so wäre Art.6 der Rahmen-Richtlinie nur unzureichend umgesetzt. Darin heißt es:

*„.....sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden interessierten Parteien innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von Maßnahmen geben, die sie gemäß dieser Richtlinie oder den Einzelrichtlinien zu treffen gedenken und die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden.“*

Wegen des unterschiedlichen Charakters der schriftlichen Stellungnahme einerseits und des Rechtsgesprächs im Rahmen einer mündlichen Verhandlung andererseits ist eine angemessene Anhörung interessierter Parteien nur durch die kumulative Durchführung beider Stellungnahmeformen gewährleistet. Diese Rechtsauffassung wurde auch durch das VG Köln im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 17.11.2005 zur Klage von Arcor geäußert.

Da die Marktanalyse und die Regulierungsverfügung nach § 13 Abs.3 TKG als einheitlicher Verwaltungsakt ergehen, müssen zudem beide Teile dieses Verwaltungsakt, also auch die Marktanalyse, Gegenstand der Anhörung sein.

### **2. Inhalt der Regulierungsverfügung**

Der Entwurf der Regulierungsverfügung sieht u.a. eine allgemeine Verpflichtung zur Kollokation sowie Verpflichtungen zur Gleichbehandlung nach § 19 TKG und zur Transparenz nach § 20 TKG vor.

#### **a) Kollokationsverpflichtung**

Wie schon in der Stellungnahme vom 16.9.2005 dargelegt, ist eine uneingeschränkte Verpflichtung zur Kollokation nicht angemessen, da die der DTAG auferlegte Kollokationsverpflichtung zur Gewährleistung von Zusammenschaltungen grundsätzlich ausreicht. Im Hinblick auf Zusammenschaltungen mit dritten Netzbetreibern ist die Auferlegung einer Kollokationsverpflichtung ebenfalls nicht erforderlich, da diese seitens der alternativen Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz in aller Regel freiwillig angeboten wird (vgl. § 21 Abs.1 Nr.7 TKG). Allerdings muss alternativen Teilnehmernetzbetreibern erlaubt sein, Einschränkungen im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit einer Kollokation vorzunehmen. Die damit für den alternativen Teilnehmernetzbetreiber verbundenen Investitionen sind dann nicht gerechtfertigt, wenn ein wirtschaftlich sinnvolles Verkehrsvolumen nicht erwartet werden kann. Wir schlagen daher vor, auf die Kollokationsverpflichtung ganz zu verzichten bzw. diese hilfsweise allenfalls auf eine reine Missbrauchsbeurteilung zu beschränken.

#### **b) Gleichbehandlungs- und Transparenzverpflichtung**

Im Gegensatz zu den Zugangsverpflichtungen nach § 21 Abs.3 TKG handelt es sich bei dem Gleichbehandlungs- und dem Transparenzgebot nach §§ 19,20 TKG um Verpflichtungen, die die BNetzA einem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auferlegen kann. Dies bedeutet, dass im Rahmen der Ermessensausübung zur beträchtlichen Marktmacht selbst, die in den §§ 19,20 TKG bereits vorausgesetzt wird, weitere Faktoren hinzukommen müssen, um die Auferlegung von Gleichbehandlungs- und Transparenzverpflichtungen zu rechtfertigen. Solche Faktoren können z.B. eine marktmächtige Stellung des Betreibers auch auf den Endkundenmärkten oder aber ein hoher Grad an vertikaler Integration sein. Insofern erscheint die Auferlegung einer Gleichbehandlungs- und Transparenzverpflichtung gegenüber der DTAG als angemessen.

Gleichwohl hat die Beschlusskammer in der an die DTAG gerichteten Regulierungsverfügung zu Markt Nr.9 auf die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung unter Hinweis auf das durch die DTAG vorzulegende Standardangebot verzichtet. Allerdings deckt das Standardangebot eine Transparenzverpflichtung allenfalls teilweise ab. Hinweise auf mögliche Quersubventionierungen lassen sich dem Standardangebot nicht entnehmen. Wird aber schon gegenüber der DTAG auf die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung verzichtet, so ist eine solche Verpflichtung gegenüber alternativen Teilnehmernetzbetreibern im Festnetz gänzlich unangemessen. Weder die Marktanteile alternativer Teilnehmernetzbetreiber im Endkundenmarkt noch der Grad vertikaler Integration legen eine Gleichbehandlungs- oder Transparenzverpflichtung für alternative Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz nahe. Die Verpflichtungen sind daher zu streichen.

Als praktisches Problem der Gleichbehandlungsverpflichtung kommt hinzu, dass hier zahlreiche auf das spezielle Zusammenschaltungsverhältnis zugeschnittene Regelungen im Markt sind. Mit der Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung würden aber die Möglichkeit individueller Lösungen, die den Besonderheiten der jeweiligen Zusammenschaltung Rechnung tragen, praktisch ausgeschlossen. Auch unter diesem Gesichtspunkt sollte auf die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung verzichtet werden. Hilfsweise müsste zumindest eine entsprechende Einschränkung des Gleichbehandlungsgebotes erfolgen.

### **(3) Stellungnahme der BT (Germany) GmbH vom 02.12.2005**

#### **I. Vorbemerkung**

##### **1. Zum verwaltungs- und gemeinschaftsrechtlichen Bezugsrahmen der Abhilfeentscheidungen nach § 13 TKG**

Grundsätzlich ist bei der Auferlegung von Verpflichtungen und insbesondere in Bezug auf die Ermessensausübung durch die Bundesnetzagentur (**BNetzA**) zu beachten, daß diese zum einen dem allgemeinen verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen müssen. Sie müssen also jeweils geeignet zur Erreichung der angestrebten Ziele, hierzu erforderlich und angemessen sein, dürfen also nicht außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg sein. Im Bereich der Telekommunikation ergibt sich dies auch noch spezieller

(i) aus Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG (ZRL) der bestimmt, daß die von den Regulierungsbehörden auferlegten Abhilfemaßnahmen verhältnismäßig *im gemeinschaftsrechtlichen Sinne* sein müssen, also der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und im Hinblick auf die Ziele des Artikels 8 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG (RRL) angemessen und gerechtfertigt sein müssen, sowie

(ii) aus § 21 Abs. 1 TKG, der bestimmt, daß Zugangsverpflichtungen in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG stehen müssen.

Ebenfalls zur Frage der Angemessenheit im Rahmen des Art. 8 Abs. 4 RRL hat die European Regulators Group (ERG) unter dem Titel „*Appropriate remedies in the new regulatory framework*“ unter dem Aktenzeichen ERG (03) 30rev1 eine sog. Common Position veröffentlicht (**ERG-Positionspapier**), der die nationalen Regulierungsbehörden – also auch die Bundesnetzagentur maßgebliche Bedeutung beizumessen haben.

Die BNetzA hat daher in jedem Einzelfall sicherzustellen, daß die auferlegten Maßnahmen verhältnismäßig im verwaltungs- und verfassungsrechtlichen sowie im Sinne des Art. 8 Abs. 4 ZRL sind, also der Art des festgestellten Problems entsprechen sowie angemessen und gerechtfertigt sind.

BT ist der Auffassung, daß sich die BNetzA bei ihren Überlegungen, welche Abhilfemaßnahmen der BT aufzuerlegen sind, aufgrund der von allgemeinem Verwaltungs- und Verfassungsrecht, sowie den entsprechenden europarechtlichen Richtlinien vorgeschriebenen Angemessenheitsprüfung und den Konkretisierungen dieses Vorgangs durch die ERG immer auch von dem Gedanken leiten lassen muss, wie groß das zu regulierende Netz absolut tatsächlich ist und ob überhaupt eine Gefahr für den Wettbewerb von diesem Netz ausgeht.

## 2. Inhaltsübersicht

Die Bundesnetzagentur sieht in dem Entwurf vor, allen alternativen Netzbetreibern einheitlich und damit auch BT die folgenden Verpflichtungen aufzuerlegen:

- Zusammenschaltungsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG und Terminierungsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG – hierzu ausführlich unten Ziffer II;
- Kollokationsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG – hierzu ausführlich unten Ziffer III;
- Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 19 TKG – hierzu ausführlich unten Ziffer IV;
- Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG – hierzu ausführlich unten Ziffer IV.

BT hegt – wie im Folgenden weiter darzustellen sein wird – erhebliche Zweifel, ob die vorgeschlagenen Verpflichtungen den oben I.1 genannten Kriterien genügen.

## II. Zur Zusammenschaltungs- und Terminierungsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG

### 1. Zur fehlenden Geeignetheit.

Die Zugangspflicht behebt die festgestellte Form von Marktversagen (Beherrschung von nicht duplizierbaren Netzkomponenten) und entspricht insoweit der Art des festgestellten Problems. Sie wäre daher grundsätzlich geeignet, das Marktversagen zu beheben. Erforder-

lich wäre insoweit allerdings, daß die Regulierungsbehörde tatsächlich ein Problem feststellt. BT weist darauf hin, dass – sollten derartige Tatsachen nicht ermittelbar sein – die vorgeschlagene Verpflichtung ein nicht existierendes Marktproblem behebt und es in diesem Fall schon an der Geeignetheit des Mittels fehlt.

Bezüglich der Auferlegung der Zusammenschaltungs- und der Terminierungsverpflichtung führt die BNetzA richtig ausgeführt, daß in § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG eine Wertung des Gesetzgebers dergestalt getroffen wurde, daß diese Vorschrift als „Sollvorschrift“ ausgestaltet wurde, insoweit also der Ausübung des Ermessens der BNetzA teilweise vorgegriffen wurde.

Die BNetzA hat aber ebenfalls korrekterweise ausgeführt, daß diese Wertung durch den Verweis auf eine nach §§ 21 Abs. 1, in Verbindung mit 2 Abs. 2 TKG trotzdem erforderliche Prüfung anhand der Regulierungsziele wieder relativiert worden ist. Zwecks vollständiger Ermittlung des Sachverhalts ist es erforderlich zu ermitteln, ob eine auf Tatsachen gegründete Besorgnis im Markt besteht, daß BT interessierten Parteien den Zugang zum Netz verweigern würde. Nach dem Kenntnisstand von BT bestehen hierfür weder Anhaltspunkte, noch haben die Erhebungen der BNetzA in dieser Sache bislang derartige Tatsachen zu Tage gefördert. Insoweit besteht nach Ansicht von BT die Besorgnis, daß die vorgeschlagene Verpflichtung präventiv ein „Phantomproblem“ zu beheben sucht.

## **2. Zur fehlenden Erforderlichkeit.**

Außerordentlich fraglich ist darüber hinaus, ob die Auferlegung einer Zusammenschaltungs- und Terminierungspflicht in dieser Form auch erforderlich ist. Dies wäre zu verneinen, wenn derselbe Erfolg auch mit milderem Mitteln erreicht werden könnte. Genau dies ist hier aber der Fall.

a) (...) .

b) Des weiteren ist BT als alternativer Teilnehmernetzbetreiber um ein vielfaches kleiner als der etablierte Betreiber, weshalb es deshalb schon im eigenen wirtschaftlichen Interesse von BT liegt, daß Teilnehmer im Netz von BT aus Drittnetzen wie etwa dem des etablierten Betreibers erreichbar sind, was indirekt naturgemäß auch zur Gewährleistung der Erreichbarkeit der Teilnehmer in Drittnetzen führt. (...) Darüber hinaus ist in den letzten Jahren auch kein Fall bekannt geworden, in dem BT einem Nachfrager die Zusammenschaltung verweigert hätte. Dies unterscheidet die Geschäftsinteressen der alternativen Netzbetreiber im übrigen grundsätzlich von denen der Deutschen Telekom AG, die als ehemaliger Monopolist natürlich kein ureigenstes Interesse an Zusammenschaltungen mit anderen Netzbetreibern hat, sondern der vielmehr daran gelegen ist, Nachfragern den Zugang zu verweigern und so weit wie möglich zu erschweren, um damit als einziger Anbieter die Ende-zu-Ende-Funktionalität von Diensten gewährleisten zu können und dadurch die Endkunden im eigenen Netz zu behalten.

c) Die in § 16 TKG normierte Pflicht zur Vorlage eines Angebots auf Zusammenschaltung auf Anfrage ist als ausreichende Abhilfemaßnahme in Form eines gleichsam geeigneten, aber milderem Mittels anzusehen. Eine weitergehende Verpflichtung ist nicht erforderlich, da unter dem geltenden Zugangsregime weder wettbewerbswidriges Verhalten der BT zu befürchten steht noch sonstige negative Auswirkungen aus der festgestellten beträchtlichen Marktmacht bei Terminierung belegt sind oder drohen. Die Verpflichtung nach § 16 entspricht derjenigen Verpflichtung, die einige nordische Regulierungsbehörden für geeignet, erforderlich und angemessen halten.

Schon aus diesen Gründen besteht hier nicht das Erfordernis im Interesse der Kommunikation und netzübergreifenden Erreichbarkeit der Endnutzer die von der BNetzA vorgeschlagenen Verpflichtungen zu erlassen, da diese Tatsachen voraussetzen würden, die befürchten lassen, daß BT als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Zugang zu Einrichtungen auf Nachfrage verweigern würde. Derartige Tatsachen sind jedoch nicht ersichtlich. Insoweit kann es auch dahingestellt bleiben, ob – wie die BNetzA auf Seite 6 des Entwurfes

ausführt – die Auferlegung der Verpflichtung voraussetzt, daß die Betroffene zuvor den Zugang verweigert hat, da jedenfalls die abstrakte Besorgnis bestehen muß, daß der Zugang verweigert werden könnte, um die Auferlegung der Verpflichtung erforderlich zu machen.

### **3. Zur fehlenden Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**

Da zur Behebung des von der BNetzA unterstellten Marktversagens ein milderer aber gleichsam geeignetes Mittel zur Verfügung steht, ist die vorgeschlagene Maßnahme auch unverhältnismäßig im engeren Sinne.

Diese Wertung wäre im übrigen auch in Übereinstimmung mit Art. 3 ZRL und den unter **Ziffer 3.2.4 der ERG-Postitionspapiers** ausgeführten Grundsätzen, die beide davon ausgehen, daß grundsätzlich einer privatautonom ausgehandelten Vereinbarung zwischen den Parteien den Vorrang zu geben ist und nur dann Verpflichtungen erforderlich sind, wenn aufgrund des Kräfteungleichgewichts zwischen den Verhandlungsparteien nicht von dem Zustandekommen einer solchen zu rechnen ist

Darüber hinaus möchte BT darauf hinweisen, daß die BNetzA sehr wahrscheinlich einem Ermessensfehler im Sinne eines Ermessensausfalls unterliegen würde, wenn sie aufgrund der prädeteminierenden Fassung des § 21 Abs. 3 Ziffer 2 („soll auferlegen“) davon ausgeht, daß ihr Ermessen in einer bestimmten Weise vom Gesetzgeber eingeschränkt ist. Der dem § 21 Abs. 3 TKG zugrunde liegende Art. 12 Abs. 1 Unterabsatz 2 lit. i) ZRL gewährt den nationalen Regulierungsbehörden unmittelbar ein Ermessen, das der nationale Gesetzgeber aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht einschränken kann. Insofern wird die BNetzA trotz der Ausgestaltung des § 21 TKG als Sollbestimmung zu begründen haben, warum sie die Zugangsverpflichtung als geeignet, erforderlich und verhältnismäßig betrachtet. Ein pauschaler Hinweis auf das „Soll“-Gebot des Gesetzes würde nach Ansicht von BT diesem Erfordernis nicht genügen.

## **III. Zur Kollokationsverpflichtung, § 21 TKG**

Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit trifft nach Ansicht von BT in ähnlicher Form auch auf die beabsichtigte Verpflichtung zu, Kollokation nach § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG zu gewähren.

### **1. Zur Geeignetheit**

Grundsätzlich wäre die Auferlegung einer Kollokationsverpflichtung geeignet, flankierend zu einer auferlegten Zugangsverpflichtung die festgestellte Form von Marktversagen (Beherrschung von nicht duplizierbaren Netzkomponenten) zu beheben.

### **2. Zur fehlenden Erforderlichkeit**

Nach Ansicht von BT ist die Auferlegung der Kollokationsverpflichtung aber nicht erforderlich. Die Ausübung von Marktmacht durch Zugangsverweigerung ist, wenn man denn überhaupt der Ansicht ist, daß sie erforderlich ist, zunächst durch eine Zugangspflicht zu beheben.

**a) Wechselwirkung verkannt.** Wenn man zutreffend annimmt, daß die Kollokationspflicht in § 21 Abs. 3 Ziffer 4 TKG neben der Zusammenschaltungspflicht in § 21 Abs. 3 Ziffer 2 TKG einen selbständigen Regelungscharakter besitzt, dann wird – unbeschadet der oben diesbezüglich oben II. geschilderten Bedenken – eine über die Zusammenschaltungspflicht hinausgehende Maßnahme nur verhältnismäßig sein, wenn das festgestellte Marktversagen durch die Zusammenschaltungspflicht allein nicht behoben werden kann. Hierfür wäre also erforderlich, daß Tatsachen zu der Annahme führen, daß die Zugangspflicht allein nicht zur Behebung des Marktversagens führen wird. Da wie oben ausgeführt schon keine Tatsachen vorliegen, die darauf schließen lassen, daß BT den Zugang zu ihrem Netz verweigern könnte, bestehen erst recht keine Gründe dafür, diese Zugangsverpflichtung bzw. deren potentielles Unterlaufen zusätzlich durch die zusätzliche Auferlegung einer Kollokationsverpflichtung abzusichern.

Des weiteren geht die Ausgestaltung der auferlegten Kollokationsverpflichtung – wie schon in der mündlichen Anhörung von mehreren alternativen Teilnehmernetzbetreibern ausgeführt

– an der praktischen Realität vorbei. Alternative Teilnehmernetzbetreiber (...) betreiben ihre Netzknoten im Regelfall in sog. Telehäusern, also in gemieteten Technikräumen, die von zahlreichen Netzbetreibern mit Infrastruktur erschlossen sind. In dieser Konstellation ist die Auferlegung von Kollokation schon deshalb nicht erforderlich, weil die zusammenschaltungswilligen Netzbetreiber ohnehin eine Präsenz in demselben Gebäude besitzen. Im Telehaus ist das Verlegen eines Kabels zwischen den Bodenflächen des Nachfragers und des Anbieters vollkommen ausreichend, um die Zusammenschaltung zu bewirken.

Auch wenn die Auferlegung einer Kollokationsverpflichtung die Beteiligten, wie von der BNetzA auf Seite 9 des Entwurfes ausgeführt, natürlich tatsächlich nicht hindert, eine andersgerichtete tatsächliche Vereinbarung über die Realisierung der Zusammenschaltung zu treffen, regt BT an, auch schon in die Regulierungsverfügung zumindest aufzunehmen, daß eine Auferlegung einer Kollokationsverpflichtung auch dann nicht zum Tragen kommt, wenn der betroffene Netzbetreiber anbietet, die Zusammenschaltung in anderer Weise in einer für den nachfragenden Netzbetreiber akzeptablen Weise zu realisieren.

Schlussendlich ist die Auferlegung einer Kollokationsverpflichtung auch deshalb nicht erforderlich, weil alle in Frage kommenden Netzbetreiber jedenfalls an Standorten der Deutschen Telekom AG einen Präsenzpunkt aufweisen. Da die BNetzA der Deutschen Telekom AG in der Regulierungsverfügung BK 4-05/002/R unter Ziffer 1.4 auferlegt hat, Kooperationsmöglichkeiten zwischen zugangsberechtigten Unternehmen in der Weise zuzulassen, dass die Zusammenschaltungspartner ihre Kollokationsflächen am Standort der DTAG zum Zwecke der Zusammenschaltung, besteht – auch wenn man alle vorgenannten Argumente außer acht lassen will – kein **praktisches Bedürfnis** für eine zusätzliche Kollokationsverpflichtung an weiteren Standorten. Insoweit ist durch das für BT mildere Mittel – die gegenüber der DTAG ergangene Regulierungsverfügung – das mit der vorgeschlagenen Maßnahme angeblich verfolgte Ziel ohnehin bereits erreicht. Der im Konsultationsentwurf auf Seite 9 hiergegen vorgebrachte Einwand, es könne nicht erwartet werden, dass der Nachfrager an jedem Standort wie BT einen Kollokationsraum gemietet habe, ist unzutreffend.

Denn zum einen hat BT alle LEZB erschlossen und ist somit flächendeckend an den DTAG-Kollokationsstandorten präsent. Zum zweiten ist es hochgradig unrealistisch anzunehmen, ein Nachfrager werde sich in Deutschland mit BT zusammenschalten, noch bevor er über eine Zusammenschaltung mit der DTAG verfüge.

### 3. Zur fehlenden Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Da die vorgeschlagene Maßnahme zur Behebung des von der BNetzA unterstellten Marktversagens nicht erforderlich ist, ist die vorgeschlagene Maßnahme nach Ansicht von BT auch unverhältnismäßig im engeren Sinne.

Hervorzuheben ist des Weiteren, daß an gemieteten Standorten von BT eine auferlegte Kollokationsverpflichtung schon deshalb rechtswidrig wäre, weil sie **auf eine rechtlich unzulässige und damit der BT unmögliche Handlung gerichtet** ist. Denn die Standorte der BT befinden sich sämtlich auf gemieteten Flächen, weshalb BT als Mieter nach § 540 Abs.1 BGB kein Recht zur Untervermietung ohne Erlaubnis des jeweiligen Vermieters hat. Insoweit besteht ein wesentlicher Unterschied zur Situation der Deutschen Telekom AG, die ihre Standorte entweder selbst oder durch ein verbundenes Unternehmen im Sinne des § 15 AktG betreibt und deshalb eine derartige Problematik nicht kennt. Eine Erlaubnis zur Untervermietung kann indes von BT nicht erzwungen werden, vielmehr könnte BT bei Verweigerung der Erlaubnis allenfalls fristlos den Standortmietvertrag kündigen. Dies hilft jedoch weder BT noch dem zugangswilligen Anbieter weiter.

Hilfsweise BT regt BT an, die Kollokationsverpflichtung auf vorhandene und rechtlich zulässige Kollokationsmöglichkeiten zu beschränken.

## IV. Zur Gleichbehandlungsverpflichtung, § 19 TKG

BT regt an, ebenfalls in Bezug auf die angedachte Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 19 TKG nochmals zu überprüfen, ob diese nicht zu weitgehend und damit nicht verhältnismäßig ist. BT hegt zudem Zweifel daran, ob diese sachgerecht ist, da sie den Kräfteverhältnissen am Markt, insbesondere den Teilnehmerzahlen im Netz von BT im Gegensatz zu den Netzen der Deutschen Telekom AG und den vier Mobilfunknetzbetreibern, nicht gerecht wird.

BT möchte in diesem Zusammenhang auch darauf hinweisen, daß die Gleichbehandlungsverpflichtung in § 19 TKG lediglich als „kann“ – Vorschrift ausgestaltet ist und damit besondere Sorgfalt bei der Ermessensabwägung der BNetzA insbesondere auf die Verhältnismäßigkeit der auferlegten Verpflichtung erfordert.

### **1. Zur Geeignetheit**

Die BNetzA hat auf Seite 10 des Entwurfes richtigerweise ausgeführt, daß das grundsätzliche Ziel der Gleichbehandlungsverpflichtung ist, sicherzustellen, daß chancengleicher Wettbewerb sowohl zwischen dem einzelnen Teilnehmernetzbetreiber und anderen Unternehmen, als im Verhältnis zu den verschiedenen Wettbewerbern des jeweiligen Teilnehmernetzbetreibers gewährleistet wird, indem ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen verhindert werden.

Grundsätzlich wäre die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung natürlich geeignet, Ungleichbehandlungen zu verhindern.

### **2. Zur Erforderlichkeit**

BT ist allerdings der Ansicht, daß in Bezug auf die alternativen Netzbetreiber eine Gleichbehandlungsverpflichtung nicht erforderlich und sogar nicht sach- und interessengerecht wäre.

Üblicherweise werden die vertraglichen Bedingungen der Inanspruchnahme von Leistungen zwischen den Parteien im Rahmen der Privatautonomie ausgehandelt.

Dies ist auch sachgerecht, da die dann ausgehandelte Lösung den spezifischen Einzelfallinteressen der betroffenen Parteien am besten Rechnung trägt. Dies scheidet nur dort, wo die Gestaltungsmacht eines Beteiligten so groß ist, daß er der anderen Partei faktisch die Vertragsbedingungen diktieren kann. Dieses Kräfteverhältnis bestimmt sich allerdings nicht allein nach der Marktstärke auf dem hier in den Blick genommenen Terminierungsmarkt, sondern nach dem Verhältnis zwischen Angebots- und Nachfragemacht im Rahmen *aller durch den Zusammenschaltungsvertrag* geregelten Einzelleistungen.

Aus diesem Grunde ist es nämlich weder sachgerecht noch erforderlich, von alternativen Teilnehmernetzbetreibern eine Gleichbehandlung aller ihrer Vertragspartner zu verlangen. Denn wenn der Zusammenschaltungsvertrag – wie im Regelfall zwischen Festnetzbetreibern – in ausgeglichenem wirtschaftlichen Interesse beider Parteien und unter Berücksichtigung der spezifischen Interessen dieser Parteien im Einzelfall geschlossen wird, gibt es keinen Grund, eine Partei an bestimmte Vertragsbedingungen zu binden, die die andere Partei überhaupt nicht haben möchte, weil sie ihren Interessen eben nicht am besten entspricht. Insoweit teilt BT auch nicht die Besorgnis der BNetzA, daß es bei einer Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung zu unterschiedlichen Vertragsbedingungen kommen würde. Durch das typischerweise ausgeglichene Kräfteverhältnis zwischen beiden Parteien und das naturgemäße Interesse von BT an möglichst vielen Zusammenschaltungspartnern ist nämlich gewährleistet, daß sie auf dem Verhandlungswege ein sachgerechteres und den Interessen beider Verhandlungsparteien mehr gerecht werdendes Ergebnis sowieso erreichen würden.

Dies mag anders sein, wo die Gleichbehandlungsverpflichtung dazu dient, eine überragende Gesamtverhandlungsmacht eines Unternehmens zu überwinden, denn in diesem Falle hat ist diese Verpflichtung tatsächlich erforderlich, um die Vertragspartner vor ungerechtfertigten Vertragsbedingungen zu schützen. Zu Lasten kleiner, alternativer Teilnehmernetzbetreiber angewandt bewirken sie letztlich allerdings nur eine Bevormundung beider Parteien, die zu nicht sachgerechten Lösungen führen.

### **3. Zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**



Wie oben bereits ausgeführt, hält BT es schon für äußerst fraglich, ob die Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung überhaupt erforderlich ist. Damit wäre sie dann schon zwangsläufig nicht verhältnismäßig im engeren Sinne.

Auch hier beantragt BT hilfsweise, diese Verpflichtung bedingt in der Weise aufzuerlegen, dass diese erst in Kraft tritt, wenn der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt werden, die darauf schließen lassen daß BT Zusammenschaltungen zu den Interessen beider Vertragsparteien Rechnung tragenden Bedingungen zu verweigern droht.

## **V. Zur Transparenzverpflichtung, § 20 TKG**

BT regt an, ebenfalls in Bezug auf die angedachte Transparenzverpflichtung gem. § 20 TKG nochmals zu überprüfen, ob diese nicht zu weitgehend und damit nicht verhältnismäßig ist. BT hegt zudem Zweifel daran, ob diese sachgerecht ist, da sie den Kräfteverhältnissen am Markt, insbesondere den Teilnehmerzahlen im Netz von BT im Gegensatz zu den Netzen der Deutschen Telekom AG und den vier Mobilfunknetzbetreibern, nicht gerecht wird.

BT möchte in diesem Zusammenhang auch darauf hinweisen, daß auch die Transparenzverpflichtung in § 20 TKG lediglich als Kann-Vorschrift ausgestaltet ist und damit besondere Sorgfalt bei der Ermessensausübung der BNetzA insbesondere auf die Verhältnismäßigkeit der auferlegten Verpflichtung erfordert.

### **1. Zur fehlenden Geeignetheit**

Die BNetzA hat auf Seite 12 des Entwurfes richtigerweise ausgeführt, daß das grundsätzliche Ziel der Transparenzverpflichtung die Beschleunigung der Verhandlungen über den Zugang und damit letztendlich auch des Marktzutrittes ist, da damit Zusammenschaltungsnachfrager sich schnell und einfach einen Überblick über die einschlägigen Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen verschaffen können.

BT ist der Ansicht, daß in Bezug auf die alternativen Netzbetreiber eine Transparenzverpflichtung allerdings schon nicht geeignet ist, eine solche Beschleunigungswirkung hervorzurufen. Wie oben bereits in Bezug auf die Gleichbehandlungsverpflichtung ausgeführt, ist es im Wirtschaftsleben üblich, daß die vertraglichen Bedingungen der Inanspruchnahme von Leistungen zwischen den Parteien im Rahmen der Privatautonomie ausgehandelt werden.

Dies ist auch sachgerecht, da die dann ausgehandelte Lösung den spezifischen Einzelfallinteressen der betroffenen Parteien dann am besten Rechnung trägt. Dies scheidet nur dort, wo die Gestaltungsmacht eines Beteiligten so groß ist, daß er der anderen Partei faktisch die Vertragsbedingungen diktieren kann. Dieses Kräfteverhältnis bestimmt sich allerdings nicht allein nach der Marktstärke auf dem hier in den Blick genommenen Terminierungsmarkt, sondern nach dem Verhältnis zwischen Angebots- und Nachfragemacht im Rahmen *aller durch den Zusammenschaltungsvertrag* geregelten Einzelleistungen.

Aus diesem Grunde wäre es nicht sachgerecht, von alternativen Teilnehmernetzbetreibern eine Transparenz in dem Sinne zu verlangen, daß sie ihre Vertragsparameter und Bedingungen nach § 20 TKG im Voraus veröffentlichen.

Denn wenn der Zusammenschaltungsvertrag – wie im Regelfall zwischen gleich starken Festnetzbetreibern – in ausgeglichenem wirtschaftlichen Interesse beider Parteien und unter Berücksichtigung der spezifischen Interessen dieser Parteien im Einzelfall geschlossen wird, gibt es keinen Grund, eine Partei an bestimmte Vertragsbedingungen zu binden, die die andere Partei überhaupt nicht haben möchte, weil sie ihren Interessen eben nicht am besten entspricht. Diese Transparenz würde damit auch nicht zu einer Verfahrensbeschleunigung führen, da die veröffentlichten Parameter dann wahrscheinlich gar nicht diejenigen sind, die den potentiellen Zusammenschaltungspartner interessieren, weil sie eben nicht seinen individuellen Interessen entsprechen. Im hier vorliegenden Fall ist nämlich eben durch das typischerweise ausgeglichene Kräfteverhältnis zwischen beiden Parteien und das naturgemäße Interesse von BT an möglichst vielen Zusammenschaltungspartnern gewährleistet, daß sie

auf dem Verhandlungswege schnell und verzögerungsfrei ein sachgerechteres und ihren Interessen mehr gerecht werdendes Ergebnis sowieso erreichen würden.

Dies mag anders sein, wo die Transparenzverpflichtung dazu dient, eine überragende Gesamtverhandlungsmacht eines Unternehmens zu überwinden, denn in diesem Falle hat die hat diese Verpflichtung tatsächlich Beschleunigungscharakter und dient der Entlastung der Verwaltung. Eine solche überragende Gesamtverhandlungsmacht ist indes BT als alternativem Festnetzbetreiber kaum zuzuschreiben, weswegen diese Verpflichtung zu Lasten BT angewandt letztlich nur eine Bevormundung beider Parteien bewirkt, die zu nicht sachgerechten Lösungen führt und zudem BT personell und organisatorisch unnötig belastet.

## **2. Zur fehlenden Erforderlichkeit**

Wie oben bereits ausgeführt, ist die Auferlegung der Transparenzverpflichtung auch nicht erforderlich. BT ist als alternativer Teilnehmernetzbetreiber um ein vielfaches kleiner als die genannten Betreiber, weshalb es deshalb schon im eigenen wirtschaftlichen Interesse von BT liegt, möglichst viele Zusammenschaltungspartner zu haben, damit möglichst viel Verkehr über das Netz von BT abgewickelt wird. Dies ist auch daran ersichtlich, daß in den letzten Jahren auch kein Fall bekannt geworden, in dem BT einem Nachfrager die zur Zusammenschaltung erforderlichen Informationen verweigert hätte.

## **3. Zur fehlenden Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**

Wie oben bereits ausgeführt, hält BT es schon für fraglich, ob die Auferlegung der Transparenzverpflichtung überhaupt geeignet und erforderlich ist, die oben angeführte Beschleunigungs- und Marktzutrittsförderungswirkung zu erreichen. Damit wäre sie dann schon zwangsläufig nicht verhältnismäßig im engeren Sinne.

Des weitern hat die bisherige Erfahrung BT gezeigt, daß die zu erwartende Anzahl der Zugangsnachfragen (und damit der Grund des Transparenzgebots) faktisch außerordentlich beschränkt ist.

Unterstellt man, daß der Wunsch einer direkten Zusammenschaltung von Netzen wirtschaftlich stets dadurch getrieben ist, Verkehre direkt abzuwickeln und damit Transitaufschläge zu sparen unter gleichzeitiger Inkaufnahme von Port- und Leitungskosten für die Zusammenschaltung selbst, so ist leicht ersichtlich, daß eine direkte Zusammenschaltung zwischen alternativen Teilnehmernetzbetreibern stets dort Sinn ergibt, wo eine bestimmte Schwelle von abgewickelterm Verkehr überschritten wird. Unterstellt man weiter, daß dieser Wunsch bei annähernd gleichgroßen Teilnehmerzahlen beiderseitiger Natur ist und vergegenwärtigt sich, daß jedenfalls die meisten flächendeckenden Anbieter ohnehin bereits miteinander zusammengeschaltet sind, so kommt die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung der sprichwörtlichen Kanone gleich, mit der auf einen Spatzen geschossen wird.

BT regt hierbei auch insbesondere an, bei der nochmaligen Überprüfung der Verhältnismäßigkeit insbesondere die erhöhten Anforderungen im Auge zu behalten, die die Transparenzverpflichtung sowohl in organisatorischer wie in personeller Hinsicht gerade den kleineren alternativen Teilnehmernetzbetreibern abverlangt.

Hilfswiese möchte BT anregen, zumindest die Art der zu veröffentlichen Informationen typmäßig zu beschränken, um die Belastungen für die alternativen Netzbetreiber so gering wie möglich zu halten sowie diese Verpflichtung höchstens bedingt dadurch aufzuerlegen, daß zu einem späteren Zeitpunkt Tatsachen auftreten, die darauf schließen lassen, daß BT Zusammenschaltungen zu den Interessen beider Vertragsparteien Rechnung tragenden Bedingungen zu verweigern droht.

## **V. Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung, § 24 TKG**

BT begrüßt ausdrücklich die Entscheidung der BNetzA, den alternativen Netzbetreiber nicht die Pflicht zur getrennten Rechnungsführung nach § 24 TKG aufzuerlegen. BT stimmt der BNetzA zu, daß die hypothetische Gefahr für die relevanten Endkundenmärkte durch Quer-

subventionen oder Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot im Lichte der immer noch weit überragenden Marktstellung der Deutschen Telekom AG auf diesen Endkundenmärkten als vernachlässigbar einzustufen sind. Eine Auferlegung wäre daher insbesondere wegen der für die alternativen Netzbetreiber damit verbundenen Kosten und erhöhten Aufwände unverhältnismäßig. Dies gilt um so mehr, als eine auf der Basis separierter Kosten aufbauende Entgeltkontrolle ohnehin nicht stattfindet, weil die Unterwerfung unter eine Entgeltregulierung nach §§ 30 Abs. 1 S. 2, 38 Abs. 2-4 TKG ohnehin zur Folge hat, daß eine Kostenkontrolle nicht stattfindet, sondern primär Benchmark-Entscheidungen zu treffen sind.

Insoweit liegt ein sachlicher Unterschied zur Regulierung der Deutschen Telekom AG auf Markt 9 vor, wo die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung die Regulierungsbehörde erst in die Lage versetzen würde, die Entgelte der Deutschen Telekom AG anhand Kostengesichtspunkten zu überprüfen.

## **VI. Entgeltregulierung nach §§ 30 Abs. 1 S. 2, 38 Abs. 2 bis 4 TKG**

BT begrüßt ebenfalls die Entscheidung der BNetzA, die alternativen Netzbetreiber der nachträglichen Entgeltregulierung nach §§ 30 Abs. 1 S. 2, 38 Abs. 2 bis 4 TKG zu unterwerfen. BT stimmt der BNetzA zu, daß es angesichts der immer noch weit überlegenen Marktstellung der Deutschen Telekom AG in Bezug auf die entsprechenden Endkundenmärkte unverhältnismäßig wäre, die alternativen Netzbetreiber in gleichem Maße einer Entgeltgenehmigungspflicht mit Kostenkontrolle zu unterwerfen.

## **VII. Anträge**

BT ist nach den vorstehenden Ausführungen der Auffassung, dass die vorgeschlagene Maßnahmen teils nicht von den ermittelten Tatsachen getragen, teils nicht geeignet und/oder erforderlich und/oder angemessen sind, und

### **beantragt**

daher, von den vorgeschlagenen Verpflichtungen in der folgenden Art und Weise abzuweichen.

#### **1. Zur Zusammenschaltungsverpflichtung**

a) Von der Auferlegung einer Zusammenschaltungsverpflichtung wird abgesehen. BT wird stattdessen nach § 16 TKG verpflichtet, auf Anfrage ein Angebot zur Zusammenschaltung abzugeben.

b) Hilfsweise für den Fall, dass dem Antrag zu VII.1.a) nicht gefolgt werden sollte: Die vorgeschlagene Verpflichtung wird bedingt in der Weise auferlegt, dass die Verpflichtung nicht in Kraft tritt, bevor der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt werden, die darauf schließen lassen daß BT Zusammenschaltungen zu für beide Vertragsparteien akzeptablen Bedingungen zu verweigern droht.

c) Höchst hilfsweise für den Fall, dass den Anträgen zu VII.1.a) und b) nicht gefolgt werden sollte, beantragt BT nochmals, Tatsachen zu ermitteln, aus denen sich ergibt, daß BT interessierten Parteien den Zugang zu ihrem Netz verweigern könnte.

#### **2. Zur Kollokationsverpflichtung**

a) Von der Auferlegung einer Kollokationsverpflichtung wird abgesehen.

b) Hilfsweise für den Fall, dass dem Antrag zu VII.2a) nicht gefolgt werden sollte: Die vorgeschlagene Verpflichtung wird bedingt in der Weise auferlegt, dass die Verpflichtung nicht in Kraft tritt, bevor der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt werden, die darauf schließen lassen, daß Zusammenschaltungen daran scheitern, dass BT eine Kollokation aus zu vertretenden Gründen verweigert.

c) Hilfsweise für den Fall, dass den Anträgen zu VII.2.a) und b) nicht gefolgt werden sollte: Die Kollokationsverpflichtung auf vorhandene und rechtlich insbesondere im Hinblick auf § 540 BGB zulässige Kollokationsmöglichkeiten beschränkt.

d) Höchst hilfsweise für den Fall, dass den Anträgen zu VII.2.a) und b) und c) nicht gefolgt werden sollte, beantragt BT, Tatsachen zu ermitteln, aus denen sich ergibt, daß BT interessierten Parteien den Zugang verweigert.

### **3. Zur Gleichbehandlungsverpflichtung**

a) Von der Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung wird abgesehen.

b) Hilfsweise für den Fall, dass dem Antrag zu VII.3.a) nicht gefolgt werden sollte: Die vorgeschlagene Verpflichtung wird bedingt in der Weise auferlegt, dass die Verpflichtung nicht in Kraft tritt, bevor der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt werden, die darauf schließen lassen, daß Marktverzerrungen dadurch entstehen, dass BT zwischen Zusammenschaltungspartnern diskriminiert.

c) Höchst hilfsweise für den Fall, dass den Anträgen zu VII.3.a) und b) nicht gefolgt werden sollte, beantragt BT nochmals, Tatsachen zu ermitteln, aus denen sich ergibt, daß Marktverzerrungen dadurch entstehen, dass BT zwischen Zusammenschaltungspartnern diskriminiert.

### **4. Zur Transparenzverpflichtung**

a) Von der Auferlegung einer Transparenzverpflichtung wird abgesehen.

b) Hilfsweise für den Fall, dass dem Antrag zu VII.2.a) nicht gefolgt werden sollte: Die vorgeschlagene Verpflichtung wird bedingt in der Weise auferlegt, dass die Verpflichtung nicht in Kraft tritt, bevor der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt werden, die darauf schließen lassen, daß Marktverzerrungen dadurch entstehen, dass die Zusammenschaltungsbedingungen von BT auf dem hier gegenständlichen Markt nicht transparent sind.

c) Höchst hilfsweise für den Fall, dass den Anträgen zu VII.4.a) und b) nicht gefolgt werden sollte, beantragt BT nochmals, Tatsachen zu ermitteln, aus denen sich ergibt, daß Marktverzerrungen dadurch entstehen, dass die Zusammenschaltungsbedingungen von BT auf dem hier gegenständlichen Markt nicht transparent sind.

## **VIII. Zusammenfassung**

Zusammenfassend bewertet BT die von der Bundesnetzagentur vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen wie folgt.

### **1. Fehlende Berücksichtigung der entgegenwirkenden Nachfragemacht**

BT ist der Auffassung, daß sich die BNetzA bei ihren Überlegungen, welche Abhilfemaßnahmen der BT aufzuerlegen sind, aufgrund der von allgemeinem Verwaltungs- und Verfassungsrecht, sowie den entsprechenden europarechtlichen Richtlinien vorgeschriebenen Angemessenheitsprüfung und den Konkretisierungen dieses Vorgangs durch die ERG immer auch von dem Gedanken leiten lassen müssen, wie groß das zu regulierende Netz absolut tatsächlich ist und ob überhaupt eine Gefahr für den Wettbewerb von diesem Netz ausgeht.

Hierbei ist insbesondere auch in Betracht zu ziehen, daß alternative Teilnehmernetzbetreiber aufgrund der von der Europäischen Kommission aufgestellten Grundsätze zwar Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in Bezug auf die Terminierung in ihren jeweiligen Teilnehmernetzen sein mögen, dies aber nicht notwendig bedeutet, daß schematisch bestimmte Abhilfemaßnahmen auferlegt werden dürfen, ohne daß eine differenzierte Gesamtbetrach-

tung der jeweiligen Gesamtumstände sowohl auf dem relevanten Markt wie auch den entsprechenden Endkundenmärkten und der Marktgegenseite erfolgt ist.

Denn die Art und Intensität des Marktversagens und damit das erforderliche und verhältnismäßige Abhilfemittel wird maßgeblich bestimmt durch den wettbewerblichen Gegendruck, dem ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ausgesetzt ist. Da sich dieser Gegendruck maßgeblich nach der Marktmacht der einzelnen Unternehmen richtet, wäre es nach Ansicht von BT ermessensfehlerhaft und unverhältnismäßig, allen Marktbeteiligten schematisch dieselben Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen.

## **2. Ermessensfehler**

BT ist weiterhin der Auffassung, daß die von der BNetzA im Entwurf vorgesehenen Verpflichtungen ermessensfehlerhaft sind, weil nicht in Übereinstimmung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind und teilweise auch an der Art des festgestellten Problems vorbeigehen. Sie sind insoweit nicht dazu geeignet, die zu berücksichtigenden Interessen von BT als Unternehmen mit (von der Bundesnetzagentur unterstellter) beträchtlicher Marktmacht einerseits (nämlich möglichst geringe Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) und der Vorleistungsnachfrager auf Markt 9 andererseits (nämlich Zugang zu den Einrichtungen des SMP-Unternehmens zu fairen Bedingungen) in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Vielmehr stehen teilweise andere, teilweise mildere Mittel zur Verfügung, um dem von der BNetzA diagnostizierten Marktversagen ordnungsgemäß zu begegnen.

## **3. Rechtswidrige Verpflichtung zu rechtswidrigen Handlungen**

Was die vorgeschlagene Verpflichtung zur Kollokation anbelangt, so ist BT des weiteren der Auffassung, daß diese wegen § 540 BGB auf eine rechtlich unzulässige und daher für BT faktisch unmögliche Handlung gerichtet und daher rechtswidrig ist.

## **(4) Colt Telecom GmbH Stellungnahme vom 29.11.2005**

Zu dem uns übersandtem Konsultationsentwurf einer Regulierungsverfügung gegen COLT Telecom als Betroffene im Hinblick auf Markt Nr. 9 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission nehmen wir wie folgt Stellung:

### **1. Zusammenschaltungsverpflichtung**

Seitens der Betroffenen bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze den Zugang zu ihrem öffentlichen Telekommunikationsnetz durch Zusammenschaltung zu gewähren und über diese Zusammenschaltung auch Terminierungsleistungen zu erbringen. Diese bisher in §§ 36, 37 TKG a.F. vorgesehene Verpflichtung wird von unserem Unternehmen ohnehin seit Jahren erfüllt.

Allerdings ist es nach unserer Auffassung nicht geboten, eine solche Zusammenschaltungspflicht im Wege einer Regulierungsverfügung aufzuerlegen. Insoweit fehlt es sowohl an der Erforderlichkeit als auch an der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

### **a) Berücksichtigung des freiwilligen Angebotes der Betroffenen**

Die Kammer hat bislang nur unzureichend berücksichtigt, dass die Betroffene bereits seit Jahren die Netzzusammenschaltung mit der Leistung Anrufzustellung in das COLT-Netz als freiwillige Leistung anbietet.

Auch die Kammer geht zwar davon aus, dass es sich insoweit um ein freiwilliges Angebot i.S. des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG handelt. Die Kammer meint aber, dass dem Abwägungskriterium des freiwilligen Angebotes bei „Konstellationen wie der vorliegenden kein entscheidendes Gewicht zukommen“ könne (vgl. S. 8 des Konsultationsentwurfs). Die Kammer sieht insoweit die abstrakte Gefahr, dass die Betroffene ihr Angebot jederzeit vom Markt nehmen oder die Bedingungen zum Nachteil der Nachfrager ändern könne. Die Kammer hat

jedoch keine nachvollziehbaren Gründe dafür vorgebracht, dass das freiwillige Angebot der Betroffenen nicht ausreicht, um die Ziele des § 2 Abs. 2 TKG gleichermaßen sicherzustellen. Stattdessen solle ein freiwilliges Angebot dann nicht genügen, wenn „auch nur die abstrakte Gefahr besteht, dass das freiwillige Angebot zurückgenommen wird“. Träfe die Argumentation der Kammer zu, bliebe indes keinerlei Raum für ein freiwilliges Angebot i.S. des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG als „Ersatz“ für eine Regulierungsverfügung, da derartige Angebote stets zurückgezogen werden können.

Zudem ist festzustellen, dass es in der Vergangenheit keinen einzigen Fall gegeben hat, in dem die Kammer auf Antrag eines anderen alternativen Netzbetreibers eine Anordnung gegen die Betroffene erlassen musste.

Für die Betroffene ist auch nicht ersichtlich, weshalb die vorliegende Konstellation anders zu beurteilen sei als andere freiwillige Angebote (beispielsweise der DTAG). Letztlich würdigt die Kammer das Abwägungskriterium des freiwilligen Angebots in dem Konsultationsentwurf überhaupt nicht, sondern argumentiert nur mit allgemeinen Feststellungen. Der Gesetzgeber hat jedoch das Abwägungskriterium des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG gerade deshalb aufgenommen, um unnötige „Doppelverpflichtungen“ des betroffenen Netzbetreibers zu verhindern. Denn eine solche Doppelverpflichtung verstößt offenkundig gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Um das von der Kammer vorgebrachte strategische Verhalten des betroffenen Betreibers zu verhindern, hat der Gesetzgeber ferner vorgesehen, dass nicht jedes freiwillige Angebot berücksichtigt werden muss. Berücksichtigungsfähig sind vielmehr nur solche freiwilligen Angebote, „die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden“. Der Kammer ist bekannt, dass kein einziger Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes bislang Probleme damit hatte, auf freiwilliger Basis eine Zusammenschaltungsvereinbarung mit der Betroffenen abzuschließen. Die Zusammenschaltungsvereinbarung der Betroffenen kann daher auch von einem großen Teil des Marktes angenommen werden.

#### **b) § 16 i.V.m. § 133 TKG als milderer, gleich geeignetes Mittel**

Eine Anwendung des § 16 i.V.m. § 133 TKG ist als milderer, gleich geeignetes Mittel anzusehen, um eine Zusammenschaltung auf Nachfrage anderer Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze herbeizuführen.

§ 16 TKG etabliert eine Angebotsverpflichtung für alle Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze und entspricht damit weitgehend § 36 TKG 1996. Auch unter dem bisherigen Regime reichte die in § 36 TKG 1996 normierte Verhandlungspflicht stets aus, damit die Betroffene auf freiwilliger Basis mit anderen öffentlichen Netzbetreibern Zusammenschaltungsvereinbarungen abschloss. Belegt wird dies ferner dadurch, dass bis heute kein einziges Zusammenschaltungsanordnungsverfahren zwischen einem anderen alternativen Netzbetreiber und der Betroffenen durchgeführt werden musste.

Auf Seite 8 des Konsultationsentwurfs führt die Kammer aus, dass die gesetzliche Verpflichtung des § 16 TKG auf die Ausgestaltung der Verhandlungsführung und den Inhalt des Zusammenschaltungsangebots keinen Einfluss hätte. Ferner könne die Betroffene ihre unangreifbare Stellung auf dem Vorleistungsmarkt dazu ausnutzen, die Zusammenschaltung zu verhindern. Daher bedürfe es einer Grundlage, um im Falle des Scheiterns auf privatrechtlicher Ebene seitens der Bundesnetzagentur eine verbindliche Entscheidung treffen zu können. Die Kammer verkennt insoweit allerdings, dass ihr auch im Rahmen eines „Verstoßes“ gegen § 16 TKG ausreichende Befugnisse zur Verfügung stehen, um eine verbindliche Entscheidung treffen zu können. Kommt es zwischen den Betreibern öffentlicher Netze nicht zu einer Einigung über eine Netzzugangsvereinbarung, kann die Bundesnetzagentur auf Antrag eines Beteiligten eine verbindliche Entscheidung nach § 133 TKG treffen. Ein Streitbeilegungsverfahren setzt – anders als § 25 TKG – nicht voraus, dass dem betroffenen Unternehmen eine Zugangsverpflichtung auferlegt wurde. Zudem reicht für einen Antrag nach § 133 TKG sogar eine Streitigkeit zwischen Unternehmen aus; ein Scheitern der Verhandlungen ist nicht erforderlich (vgl. auch Attendorn, MMR 2005, 732, 734). Eine Anwendung des § 133 TKG scheitert auch nicht an der Subsidiarität dieses Verfahrens. Sofern den betei-

lichten Unternehmen im Hinblick auf den streitigen Verfahrensgegenstand keine Zugangsverpflichtung auferlegt wurde und dadurch beispielsweise § 25 TKG oder § 42 TKG eben nicht (vorrangig) gelten können, bleibt eine Anwendung des § 133 TKG weiterhin möglich.

Zu berücksichtigen ist schließlich auch, dass die mittelbare Zusammenschaltung mit der Betroffenen über die Leistung T-Com-O.2 erreicht werden kann. Die Kammer geht insoweit zunächst zutreffend davon aus, dass hierdurch eine Erreichbarkeit der Endnutzer hinreichend sichergestellt werden könne. Auch diese Tatsache lässt sich einmal mehr mit der bisherigen Regulierungspraxis belegen. Die Kammer ist jedoch darüber hinaus der Überzeugung, dass eine Beibehaltung dieser Transitverpflichtung die „dominante Stellung des etablierten Betreibers für die Zukunft zementieren würde“ und einzelnen Netzbetreibern nicht verwehrt werden dürfe, eine unmittelbare Zusammenschaltung zu realisieren (vgl. S. 6 des Konsultationsentwurfs). Einem unmittelbaren Zusammenschaltungsbegehren einzelner Netzbetreiber kann – wie bereits ausgeführt – über eine Anwendung der §§ 16 i.V.m. § 133 TKG Rechnung getragen werden, ohne dass dieser Weg für die die Zusammenschaltung nachfragenden Netzbetreiber nachteilig wäre. Die dominante Marktposition der DTAG muss nach Ansicht der Betroffenen hingenommen werden, da sie genau genommen systemimmanent ist. Selbst die gegenüber allen Teilnehmernetzbetreibern geplanten Regulierungsverfügungen führen im Ergebnis eben gerade nicht dazu, dass die Transitverbindungen über die DTAG nicht mehr in Anspruch genommen werden müssten. Dies wäre erst dann der Fall, wenn die Telekommunikationsnetze aller Teilnehmernetzbetreiber untereinander über jeweils unmittelbare Netzzusammenschaltungen miteinander verbunden werden. Einen solchen Ansatz wird die Kammer jedoch nicht ernsthaft verfolgen wollen, da diese „Vollvermaschung“ sowohl volkswirtschaftlich als auch in vielen Fällen betriebswirtschaftlich unsinnig ist.

### **c) Erlass einer Regulierungsverfügung nach § 18 Abs. 1 TKG als milderer Mittel**

Selbst wenn Ihre Kammer zu dem Ergebnis kommen sollte, dass § 16 TKG kein milderer, gleich geeignetes Mittel wäre, ist der Erlass einer Regulierungsverfügung nach §§ 13, 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG auch deshalb weder erforderlich noch angemessen, weil als milderer Mittel im Einzelfall eine Anwendung des § 18 Abs. 1 TKG in Betracht kommt.

Eine Anwendung des § 18 TKG scheitert nicht an dem negativen Tatbestandsmerkmal „und die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt“. Dieses Merkmal verstößt offensichtlich gegen Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 lit. a der Zugangsrichtlinie. Nach Art. 5 Abs. 1 Unterabsatz 2 lit. a der Zugangsrichtlinie sollte eine Regulierung von Betreibern, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, unbeschadet etwaiger Maßnahmen gegenüber Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht erfolgen können. Mit anderen Worten: Handelt es sich um einen Betreiber, der den Zugang zu Endnutzern kontrolliert, gilt für ihn Art. 5 der Zugangsrichtlinie als Grundnorm. Darüber hinaus können ihm auch Verpflichtungen nach Art. 8 i.V.m. Art. 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie auferlegt werden, wenn er zusätzlich über beträchtliche Marktmacht verfügt. In diesem Fall stehen Art. 5 und Art. 8 der Zugangsrichtlinie also gleichberechtigt nebeneinander. Verfügt ein Betreiber dagegen nicht über beträchtliche Marktmacht, bestimmt Art. 8 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie, dass ihm die in Art. 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie enthaltenen Verpflichtungen nicht auferlegt werden können. Dies gilt allerdings unbeschadet Art. 5 Abs. 1 und 2 der Zugangsrichtlinie. Einem Betreiber, der den Zugang zu Endnutzern kontrolliert, können daher auch in einem solchen Fall weiterhin Verpflichtungen nach Art. 5 der Zugangsrichtlinie auferlegt werden (vgl. Scherer, K&R 2002, 338, 339). § 18 TKG setzt damit Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 lit. a der Zugangsrichtlinie fehlerhaft um, da das Wort „unbeschadet“ kein Entweder-Oder-Verhältnis zwischen den Verpflichtungen von Betreibern, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, und denen von Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht zulässt.

Dies hat Konsequenzen für die Rechtsanwendung: Festzuhalten ist zunächst, dass eine richtlinienkonforme Auslegung des § 18 Abs. 1 TKG nicht weiter hilft, da sich das Wort „unbeschadet“ nicht unter das Merkmal „und die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt“ subsumieren lässt. Die Kammer ist daher aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts verpflichtet, die Bestimmung des § 18 Abs. 1 TKG unangewendet zu lassen und unmittelbar auf Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 lit. a der Zugangsrichtlinie zurückzugreifen.

Es ist der Kammer daher ohne weiteres möglich, im Falle gescheiterter Verhandlungen über die Netzzusammenschaltung eine Anordnung nach § 25 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 lit. a der Zugangsrichtlinie (bzw. § 18 Abs. 1 TKG) zu erlassen. Insoweit besteht bei Teilnehmer-netzbetreibern gerade die Besonderheit, dass entsprechende Verpflichtungen außerhalb einer Regulierungsverfügung nach § 13 TKG auferlegt werden können. In der abschließenden Aufzählung des § 13 Abs. 1 TKG ist die Vorschrift des § 18 TKG eben gerade nicht enthalten. Dass eine Verpflichtung nach § 18 TKG außerhalb einer Regulierungsverfügung nach § 13 Abs. 1 TKG aufzuerlegen ist, belegt auch § 9 Abs. 3 TKG. Einer Regulierungsverfügung nach § 13 i.V.m. § 21 TKG bedarf es daher nicht.

## **2. Kollokationsverpflichtung**

Diese oben unter Ziffer 1. gemachten Ausführungen gelten entsprechend für die Kollokationsverpflichtung. Insoweit fehlt es bereits an der Erforderlichkeit dieser Abhilfemaßnahme, um das dahinter stehende Ziel – einer theoretisch möglichen Zugangsverweigerung entgegenzuwirken – zu erreichen. Denn diese wird – wie bereits ausgeführt – hinreichend durch freiwillige Angebote sichergestellt.

Darüber hinaus ist diese Verpflichtung jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn eine direkte Zusammenschaltung in den Kollokationsräumen der DTAG möglich ist. Diese ist zudem besser geeignet, den räumlichen Zugang zu den übertragungs-, vermittlungs- oder betriebstechnischen Schnittstellen im Rahmen des Netzzugangs zu ermöglichen und stellt das mildere Mittel dar. Eine entsprechende Verpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG ist der DTAG gemäß Ziffer 1.4 der entsprechenden Regulierungsverfügung (BK 4-05-002/R) bereits durch die Kammer auferlegt worden.

## **3. Gleichbehandlungsverpflichtung**

Selbst wenn man davon ausginge, dass der Erlass einer Regulierungsverfügung mit der Verpflichtung zur Zusammenschaltung und zur Kollokation rechtmäßig wäre, verstößt jedenfalls die gleichzeitige Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung – sieht man einmal von der Entscheidung zu den nicht reziproken Entgelten ab – führt zu einer erheblichen Ausweitung der Regulierung alternativer Netzbetreiber. Denn mit dieser Ausnahme unterfiel die Betroffene bislang keiner derartigen Gleichbehandlungsverpflichtung. An dieser Stelle mag dahinstehen, ob die damalige Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung überhaupt rechtmäßig war.

Gemäß § 19 Abs. 2 TKG ist der Zweck der Gleichbehandlungsverpflichtung zum einen, dass der betreffende Betreiber anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet sowie Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Produkte oder die seiner Tochter- oder Partnerunternehmen. Zum anderen bezweckt die Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 19 Abs. 1 TKG, dass einzelne Wettbewerber von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht ungerechtfertigt bevorzugt bzw. benachteiligt werden. Insgesamt soll damit ein chancengleicher Wettbewerb sowohl zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht als auch zwischen Wettbewerbern, die auf Vorleistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht angewiesen sind und diese in Anspruch nehmen, sichergestellt werden.

In der Theorie mag das Risiko einer sachlich nicht gerechtfertigten Bevorzugung bzw. Benachteiligung von Nachfragern vielleicht bestehen. Seit der Gründung der Betroffenen ist jedoch niemals ein derartiger Vorwurf von anderen Unternehmen erhoben worden. Eine nur abstrakte Gefährdungsmöglichkeit ist jedoch nicht ausreichend, eine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 19 Abs. 1 TKG auferlegen zu können. Die Kammer sieht im Falle der Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung vor allem die Gefahr, dass sich unterschiedliche Bedingungen für die „regulierte“ Leistung in Abhängigkeit von der Verhandlungsmacht ergeben könnten.



Die Betroffene ist jedoch der Auffassung, dass dieser abstrakten Gefahr im Hinblick auf Preisbedingungen und auch auf alle übrigen Bedingungen hinreichend mit Mitteln der ex-post Regulierung (nachträgliche Entgeltregulierung gemäß § 38 TKG und Missbrauchsaufsicht nach § 42 TKG) begegnet werden kann. Vor allem die Möglichkeit der Missbrauchsaufsicht nach § 42 TKG berücksichtigt die Kammer jedoch bislang im Rahmen ihrer Verhältnismäßigkeitsprüfung überhaupt nicht.

Allein der Umstand, dass die Betroffene ein vertikal integriertes Unternehmen ist, rechtfertigt – anders als bei der DTAG – ebenfalls noch nicht die Auferlegung einer entsprechenden Gleichbehandlungsverpflichtung. Während bei der DTAG infolge der vertikalen Integration und der insoweit wegen der auf den vor- und nachgelagerten Märkten bestehenden beträchtlichen Marktmacht tatsächlich die Gefahr besteht, dass sich die DTAG intern günstigere Bedingungen gewährt als gegenüber anderen Unternehmen, ist dieses Risiko bei der Betroffenen allenfalls theoretischer Natur.

Schließlich ist die Betroffene der Auffassung, dass der in dem Konsultationsentwurf vorgesehene Tenor der Gleichbehandlungsverpflichtung dem Bestimmtheitsgrundsatz nach § 37 Abs. 1 VwVfG widerspricht. Die Verfügung mit den betreffenden Verpflichtungen muss so vollständig, klar und eindeutig sein, dass sich die Betroffene in ihrem Verhalten danach richten kann. Daran fehlt es jedoch. Letztlich übernimmt die Kammer nur den Wortlaut des § 19 Abs. 1 TKG, ohne die einzelnen Gleichbehandlungsverpflichtungen näher zu konkretisieren.

#### **4. Transparenzverpflichtung**

Die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung nach § 20 Abs. 1 TKG verstößt ebenfalls gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Sinn und Zweck einer Transparenzverpflichtung ist es, Unternehmen, die einen Zugang bzw. eine Zusammenschaltung nachfragen zu ermöglichen, sich schnell und auf einfache Art und Weise Informationen über die einschlägigen Zugangs- bzw. Zusammenschaltungsbedingungen verschaffen zu können und bestehende Informationsungleichgewichte zu beseitigen.

Die Betroffene hat bislang jedem Unternehmen, das eine entsprechende Zusammenschaltung mit unserem Telekommunikationsnetz nachgefragt hat, alle notwendigen Vertragsbedingungen und sonstigen Informationen auf freiwilliger Basis zur Verfügung gestellt. An dieser Vorgehensweise wird die Betroffene auch in Zukunft nichts ändern.

Die Veröffentlichung von Standardinformationen ist bereits nicht geeignet, ein in der Praxis nicht bestehendes Informationsungleichgewicht zu beseitigen. Zu beachten ist insoweit, dass unsere Zusammenschaltungsvereinbarungen jeweils individuell ausgehandelt werden. Anders als bei der DTAG sind daher keine Standardinformationen über eine Zusammenschaltung verfügbar; diese werden vielmehr individuell auf den jeweiligen Nachfrager zugeschnitten.

Eine Veröffentlichungspflicht ist des Weiteren auch nicht erforderlich. Eine entsprechende Verpflichtung ist nicht besser geeignet, ein nachfragendes Unternehmen mit Informationen zu versorgen, als dies bei einer individuell für den jeweiligen Nachfrager und auf die konkrete Situation bezogenen Informationsaufbereitung der Fall wäre.

Schließlich ist die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung nach § 20 Abs. 1 TKG auch unangemessen, da dies allein zu einer zusätzlichen Kostenbelastung für die Betroffene führt. Diese steht völlig außer Verhältnis zu der Zahl der zukünftig zu erwartenden Nachfrager nach einer Zusammenschaltung mit unserem Telekommunikationsnetz. Zudem sind weder eine Verbesserung der ohnehin schon offenen Informationspolitik unseres Unternehmens noch ein sonstiger Vorteil für einen potenziellen Zusammenschaltungspartner auch nur ansatzweise erkennbar. Zu beachten ist schließlich, dass bislang kein Marktteilnehmer die bestehende Verfahrensweise beanstandet hat.

Auch der geplante Tenor der Transparenzverpflichtung genügt schließlich nicht den Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz, da die Kammer auch insoweit den Wortlaut des § 20 Abs. 1 TKG einfach übernimmt, ohne die einzelnen Verpflichtungen näher zu konkretisieren.

## **(5) Stellungnahme der EWE TEL GmbH vom 02.12.2005**

Am 29. August 2005 hat die Bundesnetzagentur den überarbeiteten Entwurf einer Marktdefinition und -analyse im Bereich der Terminierungsleistungen alternativer Teilnehmernetzbetreiber im öffentlichen Festtelefonnetz bei der EU-Kommission erneut vorgelegt. Dies war erforderlich geworden, weil die Kommission gegenüber dem ursprünglichen Entwurf der BNetzA gemäß Art. 7 Abs. 4 S. 3 der Rahmenrichtlinie Veto eingelegt hatte. Die BNetzA hat darauf einen überarbeiteten Entwurf zur Marktdefinition und -analyse vorgelegt. In der abgeänderten Marktanalyse kommt die BNetzA zu dem Schluss, dass weder die Deutsche Telekom AG noch andere Netzbetreiber über *ausgleichende Nachfragemacht* verfügen, so dass **alle alternativen Teilnehmernetzbetreiber in ihren Netzen über beträchtliche Marktmacht bei Terminierungsleistungen verfügen** (vgl. EU-Kommission, Sache DE/2005/0144: Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten, Ziff. 34 (S. 10 der deutschen Fassung)).

Dem Ergebnis der Marktanalyse folgend hat die BNetzA am 02.11.2005 den Entwurf einer Regulierungsverfügung vorgelegt, die in identischer Form gegenüber insgesamt 52 Betreibern alternativer Teilnehmernetze ergehen soll (BK4d-05-016 bis 067/R, ABI. BNetzA 2005, 1743).

### **I. Teilnehmernetzbetreiber als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht**

Mit dem „**Ein Netz - ein Markt-Ansatz**“ (= Automatismus zwischen Marktdefinition und Marktanalyse, vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 33, Rn. 1 und 43) stellt die Kommission für die Marktbeherrschung in eigenen TNB-Netzen eine Art Regelvermutung auf. Da sich die BNetzA wegen der europarechtliche Sachzwänge an die Feststellung der Marktmacht der 52 alternativen Teilnehmernetzbetreiber gebunden sieht, muss sie aber die Besonderheiten des Marktes Nr. 9 bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der vorgesehenen Regulierungsverfügung in besonderer Weise würdigen.

### **II. Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen**

War im Jahr 1 nach der vollständigen Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes (1998) lediglich ein marktbeherrschendes Unternehmen vorhanden, so sind jetzt nach weiteren sieben Jahren der Regulierung nunmehr allein für das Festnetz insgesamt 53 Marktbeherrscher entstanden. Vor allem diese Feststellung muss die BNetzA zu einer besonders intensiven Prüfung der Verhältnismäßigkeit veranlassen.

Dabei sind aus Sicht von EWE TEL zunächst drei Vergleichsgruppen zu bilden. Die Regulierungsverfügung kann nur dann rechtmäßig sein, wenn die auferlegten regulatorischen Vorabverpflichtungen im Verhältnis zur DTAG als Marktbeherrscher Nr. 1 im Festnetz, im Verhältnis zu den Mobilfunkanbietern und im Verhältnis der alternativen Festnetzbetreiber untereinander angemessen ist.

#### **a) Angemessenheit im Verhältnis zu T-Com**

Die BNetzA beabsichtigt mit dem Erlass der angekündigten Regulierungsverfügung jeden alternativen Teilnehmernetzbetreiber zu verpflichten,

- die Zusammenschaltung mit seinem öffentlichen Telefonnetz zu ermöglichen,
- Verbindungsleistungen für die Anrufzustellung gegenüber zusammengeschalteten Betreibern zu erbringen,
- Kollokation und Zutritt zu den Kollokationseinrichtungen zu gewähren,

- ihre Zugangsvereinbarungen diskriminierungsfrei auszugestalten und
- Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie über die für die Zugangsleistungen zu zahlenden Entgelte zu veröffentlichen.

Gegenüber den Verpflichtungen, die der DTAG als Prototyp des marktbeherrschendem Unternehmen im Festnetz auferlegt wurden, unterscheidet sich dieser Pflichtenkatalog neben der Beschränkung auf den Terminierungsbereich vor allem dadurch, dass die Entgelte für die Zugangsgewährung und Kollokationen nicht der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen werden, sondern nur einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterliegen sollen. Des Weiteren sollen die alternativen Teilnehmernetzbetreiber - anders als die DTAG - nicht verpflichtet werden, ein Standardangebot für diejenigen ihnen auferlegten Zugangsleistungen zu veröffentlichen, für die eine allgemeine Nachfrage besteht. Statt dieser letztgenannten Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes soll den alternativen Betreibern, eine Pflicht zur Veröffentlichung wesentlicher Informationen auferlegt werden. Die Beschlusskammer argumentiert, dass der DTAG auferlegte Standardangebot gewährleiste ein ausreichendes Maß an Transparenz. Allerdings haben die Verhandlungen um das Standardangebot, bei denen die Beschlusskammer als neutraler Beobachter anwesend war, gezeigt, dass die Transparenz bedauerlicherweise **nicht wesentlich erhöht** wurde.

EWE TEL gesteht der Beschlusskammer zu, dass mit der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Festnetzbetreiber ein gewisser gesetzlicher Automatismus in Gang gesetzt wurde, dem die Beschlusskammer nur sehr schwierig ausweichen kann. Dennoch sind wir der Meinung, dass es zwei Ansatzpunkte gibt, an denen eine Abmilderung auch vor dem Hintergrund des TKG 2004 und der Vorgabe durch die EU-Kommission möglich ist.

#### **aa) Maßnahmen nach § 18 TKG als milderes Mittel**

Obwohl die Regelungen zur Kontrolle über den Zugang zu Endnutzern nicht zu den in § 13 Abs. 1 S. 1 TKG aufgeführten Regulierungsinstrumenten gehören, müssen sie nicht Bestandteil einer Regulierungsverfügung sein. Da sie aber dennoch dem Konsultations- und Konsolidierungsprozess (vgl. § 13 Abs. 1 S. 4 TKG) unterliegen, spricht vieles dafür, dass sie durchaus Inhalt einer Regulierungsverfügung sein können.

Zu Recht weist die Beschlusskammer darauf hin, dass sich die Norm ihrem Wortlaut nach auf Unternehmen bezieht, die „nicht über beträchtliche Marktmacht“ verfügen. Obwohl in § 18 Abs. 2 TKG der Adressatenkreis nicht ausdrücklich auf Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht beschränkt ist, kann man den Gesetzesmaterialien entnehmen, dass die beträchtlichen Marktmacht Anwendungsvoraussetzung für § 18 TKG ist (BT-Drs. 15/2679, S. 13 zu § 18).

Da bei der Gesetzesauslegung bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen stets die Auslegungsmethode zu bevorzugen ist, die einer Norm wegen des vom Gesetzgeber bestimmten Zwecks eine vernünftige Wirkung und einen Anwendungsbereich belässt, muss die Vorgehensweise der BNetzA kritisch hinterfragt werden. Insbesondere wenn 53 Teilnehmernetzbetreiber für den Markt der Terminierung im Festnetz als Marktbeherrscher festgestellt werden, bleibt kein Anwendungsbereich für § 18 TKG bestehen.

Der Effektivitätsgrundsatz („Verba ita sunt intelligenda, ut res magis valeat quam pereat - Worte sind so zu verstehen, dass der Sinn erhalten und nicht zerstört wird.“) gilt im Besonderen auch für das EU-Recht und die aufgrund europarechtlicher Vorgaben ins nationale Recht umgesetzte Vorschriften (EuGH, Rs. C-231/96, Edis, Slg. 1998, I-4951 Rdnr. 35). Das daraus abgeleitete Gebot des „*effet utile*“ (auf Deutsch „praktische Wirksamkeit - des EU-Rechts“), besagt, dass die Zielsetzung jeder Rechtsnorm ernst zu nehmen ist. Aus diesem Grund hat der EuGH festgestellt, dass die „praktische Wirksamkeit“ von Richtlinien durch ihre Fähigkeit zur unmittelbaren Wirkung gegenüber den Mitgliedstaaten erhöht wird oder die „volle Wirksamkeit“ des EU-Rechts durch einen Staatshaftungsanspruch bei dessen Verlet-

zung durch die Mitgliedstaaten garantiert wird (EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Franco-vich, Slg. 1991, I-5359 Rdnr. 33.).

Legt man § 18 TKG deshalb also europarechtskonform aus, so muss die Vorschrift nach wie vor auch für alternative Teilnehmernetzbetreiber anwendbar sein, ob sie nun als Marktherrscher eingestuft wurden oder nicht. Da der nationale Gesetzgeber, als er die Vorschrift erlassen hat, davon ausgehen konnte, dass Marktbeherrschung im Festnetz einzig für die DTAG in Betracht kommt, konnte er dieses Kriterium für die Unterscheidung in § 18 TKG aufnehmen. Nach der Marktanalyse im Markt Nr. 9 ist davon aber abzuweichen, damit für § 18 TKG ein Anwendungsbereich erhalten bleibt. Dass diese Auslegung europarechtlich möglich und geboten ist, zeigt sich vor allem an Art. 5 Abs. 1 a) der Zugangsrichtlinie. Insoweit wäre es der BNetzA aus systematischer Sicht möglich, keine oder nur sehr milde Maßnahmen in der Regulierungsverfügung auszusprechen. Dennoch entstünden dann keine Regulierungslücke, da die BNetzA im konkreten Fall auf die Maßnahmen nach § 18 TKG zurückgreifen könnte.

#### **ab) Bedingung gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 TKG als milderer Mittel**

Auch wenn man die Regulierungsverfügung mit dem Katalog der genannten Instrumente als grundsätzlich einzig gangbaren Weg ansieht, ergeben sich dennoch Alternativen, die weniger intensive Rechtsfolgen entfalten und daher vorzugswürdig sind. Da die Beschlusskammer in der öffentlich mündlichen Verhandlung ausdrücklich um die Unterbreitung von Vorschlägen gebeten hat, möchte EWE TEL dem nachkommen.

Insbesondere bei der Zusammenschaltungsverpflichtung gem. § 21 TKG (S. 5 ff. des Entwurfs der Regulierungsverfügung) ergibt sich aus Sicht von EWE TEL eine weniger belastende Alternative. Gem. § 21 I TKG kann die BNetzA Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Dieses Regulierungsinstrument zielt darauf ab, zu verhindern, dass vertikal integrierte Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht auf dem Vorleistungsmarkt verfügen, den Zugang zu ihren Vorleistungsprodukten verweigern und damit ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen (sog. Marktmachttransfer). Die Zugangsverpflichtung soll insbesondere sicherstellen, dass die Terminierungsleistung ungebündelt angeboten wird.

Da für alternative Carrier von entscheidender Bedeutung ist, dass ihre Teilnehmer aus möglichst vielen Netzen erreichbar sind, ist trotz der festgestellten Marktmacht nicht zu erwarten, dass die hoheitliche Anordnung einer Zusammenschaltung notwendig ist, um die Ziele des TKG zu gewährleisten. Aus diesem Grunde hätte die BNetzA die Möglichkeit, die Zusammenschaltungspflicht gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG mit einer Bedingung zu versehen. Eine solche Bedingung könnte z.B. die konkrete Gefahr für ein in § 2 Abs. 2 TKG genanntes Ziel sein. In diesem Fall würde sich die Anordnung erst dann zur konkreten Verpflichtung verdichten, wenn durch das Verhalten eines Carriers Nachteile für den Wettbewerb oder die Endkunden drohen, etwa weil er missbräuchlich den Zugang zu seinem Netz verweigert. Für die nachträgliche Entgeltregulierung gem. § 38 TKG ändert sich im Ergebnis nichts, wenn die Beschlusskammer von der Anordnung einer Zusammenschaltung nach § 21 TKG absieht bzw. diese unter eine Bedingung stellt; dies ergibt sich aus § 30 Abs. 3 TKG.

Aus unserer Sicht ließe sich mit dem Instrument der Bedingung auch die Kollokationsverpflichtung (S. 9 des Entwurfs der Regulierungsverfügung) abmildern. Soweit es den Carriern gelingt, gemeinsam im vertraglichen Wege Kollokationen- und Zutrittsmöglichkeiten zu vereinbaren, ist das Einschreiten der BNetzA zur Sicherstellung des eigentlichen Zugangsanspruches nicht notwendig. Denn es ist zu berücksichtigen, dass nicht jede Kollokation wirtschaftlich sinnvoll ist. Daher ist lediglich sicher zu stellen, dass Kollokationen nicht missbräuchlich verweigert werden. Erst wenn konkrete Gefahren für die Zugangsansprüche einzelner Wettbewerber drohen, weil Kollokationen missbräuchlich versagt werden, würde die bedingten Verpflichtung zur konkreten Rechtspflicht erstarken.

#### **b) Angemessenheit im Verhältnis zu den Mobilfunkanbieter**

Auch im Verhältnis zu den Mobilfunkanbietern muss sich die Regulierungsverfügung als rechtmäßig erweisen. Sollten die vorgestellten Maßnahmen zur Anwendung kommen, so muss die nach Abschluss der Marktanalyse zu Markt Nr. 16 folgende Regulierungsverfügung deutlich intensiver ausfallen; vor allem bei der Entgeltregulierung! Da den 53 Teilnehmer-netzbetreibern bereits eine ex-post-Regulierung auferlegt wurde, kann es für die Mobilfunk-anbieter lediglich eine ex-ante-Regulierung in Frage kommen. Sollte für die Mobilfunkanbieter ebenfalls eine ex-post-Regulierung in Erwägung gezogen werden, würde willkürlich ungleiches gleich behandelt, so dass ein Verstoß zumindest gegen Art. 3 GG gegeben wäre. Dafür spricht vor allem die Größe der Mobilfunkunternehmen, der Grad der vertikalen Integration und der massive Substitutionswettbewerb durch die überhöhten Mobilfunkterminierungsentgelte. Schließlich ist eine ex-ante-Entgeltregulierung schon deshalb geboten, da sich nur 4 Mobilfunkanbieter den Markt Nr. 16 teilen im Vergleich zu 53 Unternehmen im Markt Nr. 9.

### **c) Angemessenheit im Verhältnis der alternativen Teilnehmernetzbetreiber**

Auch im Verhältnis der alternativen Carrier untereinander müssten sich die Besonderheiten des Marktes Nr. 9 deutlich widerspiegeln. Dies umfasst einerseits die Bestimmtheit der angeordneten Maßnahmen, wie auch die Belastung, die im Verhältnis zur Größe und Leistungsfähigkeit des jeweiligen Unternehmens angemessen sein muss.

Der europäischen Rechtsrahmen betont, ebenso wie das nationale Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in Art. 8 Abs. 1 Rahmen-RL, Art 8 Abs. 4 der Zugangs-RL und in Art. 17 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Grundsätzlich soll bei der Beurteilung der Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen derselben zunächst die Instrumente identifiziert werden, die überhaupt geeignet sind, die genannten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen und die der Natur der aufgezeigten Wettbewerbsprobleme entsprechen. Sollten mehrere alternative Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen von Instrumenten geeignet sein, die Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, werden – dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit folgend – in einem zweiten Schritt jene Regulierungsinstrumente ausgewählt, die das mildeste Mittel darstellen.

Problematisch ist bereits, wie auf diese Weise dem festgestellten Wettbewerbsproblem so abgeholfen werden kann, dass es eines Tages auch nach Abschaffung dieser Regulierung nicht wieder relevant wird. Denn geht man vom „Ein-Netz-Ein-Markt-Ansatz“ aus, so bleibt eine marktbeherrschende Stellung von 100% bestehen, auch wenn die Regulierungsverfügung in der vorgesehenen Art und Weise erlassen wird.

### **III. Zusammenfassung**

EWE TEL möchte auf diesem Weg nochmals unterstreichen, dass die Besonderheiten auf Markt Nr. 9 ein besonders behutsames Vorgehen der BNetzA bei der Auferlegung von Vorabverpflichtungen notwendig macht. Dabei sind uns die rechtlichen Sachzwänge durchaus bewusst. Dennoch sehen wir Möglichkeiten, wie die BNetzA die Regulierungsverfügung so gestalten kann, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Bezug auf T-Com, die Mobilfunkanbieter und auch im Verhältnis zu den übrigen Teilnehmernetzbetreibern gewahrt bleibt.

Durch eine europarechtskonforme Auslegung des § 18 TKG könnte die Maßnahmen in der Regulierungsverfügung auf ein Minimum reduziert oder gänzlich unterlassen werden. Sollte die Beschlusskammer diese Rechtsauffassung nicht teilen, so könnten zumindest die Maßnahmen nach § 21 TKG gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG unter die Bedingung eines missbräuchlichen Verhaltens seitens der Netzbetreiber gestellt werden. Auf jeden Fall muss den Mobilfunkanbietern nach Abschluss des Marktanalyseverfahrens die Pflicht zur ex-ante-Entgeltregulierung auferlegt werden, damit die vorliegende Regulierungsverfügung mit Art. 3 Abs.1 GG vereinbar ist.

Trotz allem bleibt das in der Marktdefinition und -analyse identifizierte Wettbewerbsproblem bestehen, ein Umstand, der nochmals die besondere Bedeutung der Verhältnismäßigkeit in diesem Fall unterstreicht.

## **(6) Stellungnahme der MCI Deutschland GmbH vom 02.12.2005**

### **1) Allgemeines**

Bereits mit Schreiben vom 16.09.2005 hat MCI zu den seinerzeit mit Schreiben vom 02.09.2005 von der erkennenden Beschlusskammer vorgelegten Überlegungen zu möglichen Verpflichtungen für die MCI schriftlich Stellung genommen. Wir verweisen insofern zunächst noch einmal vollumfänglich auf unser damaliges Schreiben.

Grundsätzlich gilt nach Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, dass die von den nationalen Regulierungsbehörden auferlegten Abhilfemaßnahmen verhältnismäßig im gemeinschaftsrechtlichen Sinn sein müssen. Dazu hat die European Regulators Group (ERG) eine sog. Common Position unter dem Titel „*Appropriate remedies in the new regulatory framework*“ [frei übersetzt „*Angemessene Abhilfemaßnahmen im neuen Regulierungsrechtsrahmen*“] mit dem Aktenzeichen ERG (03) 30rev1 veröffentlicht. Das Dokument zielt darauf ab, eine konsistente und harmonisierte Herangehensweise bei der Anwendung von Abhilfemaßnahmen durch die nationalen Regulierungsbehörden sicherzustellen und diesen insofern entsprechende Handlungsalternativen aufzuzeigen. Die im Rahmen der Marktanalyse auferlegten Abhilfemaßnahmen müssen dabei mit dem verwaltungsrechtlich wie auch gemeinschaftsrechtlich zu beachtenden Prinzip der Verhältnismäßigkeit sowie mit den Kernzielsetzungen des neuen Regulierungsrahmens, nämlich der Förderung von Wettbewerb, der Entwicklung des internen Marktes und der Förderung der Interessen der EU Bürger (Art. 8 der Rahmenrichtlinie), zu vereinen sein.

In diesem Dokument stellt die ERG in Kapitel 4 (S. 57 ff.) generelle Prinzipien vor, welche die nationalen Regulierungsbehörden bei der Auswahl angemessener Abhilfemaßnahmen leiten sollen. Aus Sicht von MCI erscheint in diesem Zusammenhang besonders wichtig, dass nach Einschätzung der ERG Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden insbesondere eine Auseinandersetzung mit der Angemessenheit der Abhilfemaßnahme enthalten müssen. Darüber hinaus sollen die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden Erwägungen darüber enthalten, welche alternativen Abhilfemaßnahmen noch in Betracht kommen, so dass gewährleistet ist, dass die am wenigsten belastende aber zugleich effektivste Abhilfemaßnahme ausgewählt wird. Die ERG betont diesen Umstand mehrfach (vgl. etwa ERG [03] 30rev1, S. 58, 60, 63), so dass ihm besondere Bedeutung beizumessen ist. Die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden sollen also transparent und gut begründet sein.

Um abschätzen zu können, ob eine Abhilfemaßnahme angemessen und gerechtfertigt ist, so die ERG weiter, sollen die nationalen Regulierungsbehörden abwägen zwischen der durch die auferlegte Abhilfemaßnahme verursachte Belastung und die bei dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch die Abhilfemaßnahme entstehenden Kosten auf der einen Seite und dem voraussichtlichen Nutzen der Abhilfemaßnahme auf der anderen Seite (ERG [03] 30rev1, S. 63). Diese Erwägungen haben auch Einzug in das deutsche TKG gefunden, vgl. § 21 Abs. 1 Nr. 3 TKG. Bei Überlegungen, mehrere Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen, sollen die nationalen Regulierungsbehörden darüber hinaus auch berücksichtigen, welche möglichen Wechselwirkungen durch die verschiedenen Abhilfemaßnahmen verursacht werden können, um zu vermeiden, dass es zu unbeabsichtigten Konsequenzen kommt, welche wiederum zu unangemessenen Belastungen bei den Marktteilnehmern führen (ERG [03] 30rev1, S. 64).

Aus diesen Vorgaben folgt, dass die BNetzA dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit in mehrfachen Ausprägungen Rechnung tragen muss:

- Es ist grundsätzlich zu berücksichtigen, welche Marktposition vergleichbare Unternehmen haben, konkret, wie groß der betreffende Markt für die Terminierungsleistungen ist. Dies hat zur Folge, dass je nach individueller Position des betroffenen Unternehmens auch unterschiedliche Verpflichtungen in Betracht kommen.
- Bei mehreren in Erwägung gezogenen Maßnahmen muss deren Gesamt- und Wechselwirkung in Bezug auf das konkret und individuell betroffene Unternehmen berücksichtigt werden.
- Jede einzelne in Erwägung gezogene Maßnahme muss in Bezug auf das konkret und individuell betroffene Unternehmen verhältnismäßig sein.

Seinerzeit konnte dem Schreiben der BNetzA vom 02.09.2005 nicht zweifelsfrei entnommen werden, ob allen 52 alternativen Netzbetreibern individuell angepasste Regulierungsverfügungen auferlegt werden sollten oder ob in allen Fällen eine inhaltlich identische Regulierungsverfügung ergehen soll.

Nachdem nunmehr feststeht, dass die BNetzA beabsichtigt, allen in dieser Phase der Marktanalyse analysierten Netzbetreibern eine inhaltlich identische Regulierungsverfügung aufzuerlegen, kommt diesem Punkt aus Sicht von MCI im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Regulierungsverfügung besondere Bedeutung zu.

Der Umstand, dass keine individualisierten, auf die jeweiligen Verhältnisse der einzelnen Unternehmen angepasste Regulierungsverfügungen auferlegt werden sollen, führt aus Sicht von MCI bereits vorab zu einem Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der die geplante Regulierungsverfügung damit letztlich als unverhältnismäßig und folglich als rechtswidrig erscheinen lässt. Jedenfalls birgt dieser „pauschalierte Ansatz“ die erhebliche Gefahr, wichtige Überlegungen, die sowohl auf europäischer Ebene z. B. durch das ERG-Positionspapier als auch durch gesetzliche Vorgaben aus Deutschland zwingend zu beachten sind, unberücksichtigt zu lassen. So muss bezweifelt werden, ob tatsächlich jede einzelne in Erwägung gezogene Maßnahme in Bezug auf das konkret und individuell betroffene Unternehmen verhältnismäßig ist. Darüber hinaus verwehrt der Ansatz der BNetzA eine Berücksichtigung der jeweiligen Marktposition des einzelnen Unternehmens. Eine Betrachtung der Liste der Unternehmen, denen nunmehr die inhaltlich identische Regulierungsverfügung auferlegt werden soll, zeigt, dass selbst innerhalb dieser alternativen Netzbetreiber ein deutlicher Unterschied bei der Zahl der direkt angeschlossenen Kunden und der Netzgröße liegt.

[BuGG] haben und insofern auch bei der Marktanalyse anders hätten beurteilt werden müssen, um die Vorgaben der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Wenn die BNetzA aber, wie geplant, eine inhaltlich gleiche Regulierungsverfügung für ein Unternehmen auferlegen will, das mehr Endkunden in seinem Netz angeschlossen hat, dann spricht dies dafür, dass sie bei Ihren Überlegungen nicht in

ausreichendem Maße die individuellen (finanziellen und rechtlichen) Auswirkungen der Maßnahmen für die einzelnen Betreiber angemessen erwogen hat. Eine Regulierungsverfügung nach dem Motto „eine für alle“ scheint jedenfalls aus Sicht von MCI die nationalen und europäischen regulatorischen Vorgaben nicht angemessen umzusetzen bzw. die elementaren Ansätze der Regulierung außer Acht zu lassen.

MCI hegt jedenfalls erhebliche Zweifel, ob alle von der BNetzA in dem nun vorliegenden Entwurf enthaltenen Abhilfemaßnahmen den o. g. Kriterien und insbesondere der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Hierbei ist insbesondere auch in Betracht zu ziehen, dass, selbst wenn die alternativen Verbindungsnetzbetreiber aufgrund der von der Europäischen Kommission aufgestellten Grundsätzen jeweils zwangsläufig marktbeherrschend in Bezug auf ihre Netze sind, dies lediglich aus dem Umstand herrührt, dass eine Marktbeherrschung nicht duplizierbarer Netzkomponenten festgestellt worden ist, nicht aber, dass eine den Regulierungszielen zuwider laufende Entwicklung oder Verhaltensweise der MCI festgestellt worden wäre. Die Auswahl der geeigneten und vor allem erforderlichen Abhilfemaßnahmen muss sich zwangsläufig auch nur auf den einzigen Punkt der beträchtlichen Marktmacht bei nicht duplizierbaren Netzkomponenten beschränken. Dies ist in der nun vorliegenden Entwurfsfassung der Regulierungsverfügung aber nicht der Fall.

Denn die Art des festgestellten Marktversagens und folglich das verhältnismäßige Abhilfemittel wird im Wesentlichen bestimmt durch den wettbewerblichen Gegendruck, dem ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ausgesetzt ist. Da sich dieser Gegendruck maßgeblich nach der Marktmacht der einzelnen Unternehmen richtet, erscheint es MCI ermessensfehlerhaft und unverhältnismäßig, allen Marktbeteiligten schematisch dieselben Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen.

Darüber hinaus kann ein Anbieter wie MCI [BuGG] in seinem Netz nicht mit denselben Abhilfemaßnahmen belegt werden wie ein Anbieter mit fast 50 Millionen Anschlüssen, also die Deutsche Telekom AG (DTAG) ohne dass ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip festzustellen wäre. Der Umstand, dass der zu betrachtende Markt [redacted] größer ist als in dem anderen Fall, wäre also ebenso bei der Wahl einer geeigneten Abhilfemaßnahme zwingend zu berücksichtigen gewesen. Dieselben Abhilfemaßnahmen können in dem einen Fall (auch finanziell) angemessen erscheinen, während sie in dem anderen Fall die Kosten für das mit der Abhilfemaßnahme belegte Unternehmen den möglichen Nutzen bei weitem übersteigen.

Es will jedenfalls aus Sicht von MCI nicht einleuchten, wenn solche Unternehmen, die gerade für die erstrebte Marktöffnung eingetreten sind und noch auf dem Weg zu mehr Kunden sind, nunmehr regulatorisch den gleichen Verpflichtungen ausgesetzt sein sollen wie solche Unternehmen, die bereits eine weitaus größere Anzahl an Endkunden in ihrem Netz haben und insofern viel eher die Gefahren des von der BNetzA vermuteten Marktversagens realisieren können.

Nach unserer Kenntnis sind diese Überlegungen auch bereits von nationalen Regulierungsbehörden in anderen Ländern Europas angestellt worden. Dies hat dazu geführt, dass Unternehmen, bei denen eine beträchtliche Marktmacht im Markt 9 festgestellt worden ist, die aber insgesamt gesehen nur über ein verhältnismäßig kleines Netz mit wenigen direkt angeschlossenen Kunden verfügen, lediglich dazu verpflichtet worden sind, Anfragen auf Zusammenschaltung in angemessener Frist zu beantworten. Weiterge-



hende Verpflichtungen sind diesen Unternehmen bewusst vor dem Hintergrund der Angemessenheit der Maßnahmen nicht auferlegt worden. Diese Vorgehensweise erscheint für MCI der richtige Ansatz, die berechtigten Interessen aller Seiten in einem ausgewogenen Verhältnis zusammen zu führen.

Dies gilt umso mehr als ohnehin nicht zu befürchten steht, dass kleinere Anbieter bewusst ihr Netz abschotten, weil sonst ihre eigenen Kunden nicht erreichbar wären und insofern schnell auf einen anderen Anbieter ausweichen würden, damit eine bessere Erreichbarkeit gewährleistet ist. Aus Sicht von MCI kann das Ergebnis der Marktanalyse ohne Verletzung der einschlägigen Vorschriften auch auf anderem und für Anbieter wie MCI weniger einschneidenden Weg in eine Regulierungsverfügung umgesetzt werden. Sollte die BNetzA also an allen vorgeschlagenen Verpflichtungen für MCI festhalten wollen, verletzt sie aus Sicht von MCI das im nationalen Recht wie im europäischen Richtlinienpaket verankerte Verhältnismäßigkeitsgebot.

Zu den einzelnen Verpflichtungen, welche die BNetzA beabsichtigt, schematisch der MCI und den anderen alternativen Netzbetreibern aufzuerlegen, ist auf folgendes hinzuweisen:

## **2) Zusammenschaltungspflicht**

Bzgl. der Auferlegung der Zusammenschaltungs- und der Terminierungsverpflichtung hat die BNetzA richtig ausgeführt, dass in § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG eine Wertung des Gesetzgebers dergestalt getroffen wurde, dass diese Vorschrift als „Sollvorschrift“ ausgestaltet wurde, insoweit also der Ausübung des Ermessens der BNetzA teilweise vorgegriffen wurde. Aus Sicht von MCI ist festzustellen, dass die BNetzA ermessensfehlerhaft handelt, wenn sie nur aufgrund der präeterminierenden Fassung des § 21 Abs. 3 Ziff. 2 („soll auferlegen“) davon ausgeht, dass ihr Ermessen in einer bestimmten Weise vom Gesetzgeber eingeschränkt ist. Der dem § 21 Abs. 3 TKG zugrunde liegende Art. 12 Abs. 1 Unterabsatz 2 lit. i) ZRL gewährt der nationalen Regulierungsbehörde nämlich unmittelbar ein Ermessen, das der nationale Gesetzgeber aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht einschränken kann. Aus diesem Grund wird die BNetzA über die Ausgestaltung des § 21 als Sollbestimmung hinaus zu begründen haben, warum sie die Zugangsverpflichtung als geeignet, erforderlich und verhältnismäßig betrachtet. Ein pauschaler Hinweis auf das „Soll“-Gebot des Gesetzes würde diesem Erfordernis nicht genügen.

Die BNetzA hat aber ebenfalls korrekterweise ausgeführt, dass diese Wertung durch den Verweis auf eine nach § 21 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 2 TKG trotzdem erforderliche Prüfung anhand der Regulierungsziele wieder relativiert worden ist.

Wenngleich die beabsichtigte Auferlegung einer Zusammenschaltungspflicht grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, empfiehlt MCI nochmals zu überprüfen, ob die Auferlegung einer Zugangs- und Terminierungsverpflichtung tatsächlich verhältnismäßig im Sinne der Regulierungsziele und insbesondere der Endnutzerinteressen nach § 2 Abs. 2 TKG wäre. Entgegen den bisherigen Feststellungen der BNetzA ist MCI nämlich nicht der Ansicht, dass ohne die Auferlegung einer solchen zwingenden Verpflichtung die Interessen der Endnutzer insbesondere an einer Erreichbarkeit aus den Netzen der Wettbewerber gefährdet wären. Diese wäre nur dann der Fall, wenn tatsächlich die Gefahr bestünde, dass MCI interessierten Parteien den Zugang zu ihrem Netz verweigern würde. Erforderlich wäre insoweit allerdings, dass die BNetzA tatsächlich ein Problem feststellt. Deshalb re-

gen wir an, dass die BNetzA dartun und vor allem belegen soll, aus welchem Grund die Besorgnis besteht, dass MCI interessierten Parteien den Zugang zu ihrem Netz verweigern sollte. Sollten Nachweise für solche Besorgnisse nicht vorliegen, so würde die von der BNetzA vorgeschlagene Zugangsverpflichtung nur ein Scheinproblem bekämpfen.

Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen sowie insbesondere mit Blick auf § 21 Abs. 1 TKG ist weiterhin folgendes zu berücksichtigen:

Der Auferlegung einer zwingenden Zusammenschaltungspflicht gegenüber MCI steht auch die Regelung in § 21 Abs. 1 Nr. 1 TKG entgegen. Angesichts der [REDACTED] Teilnehmerzahl im Netz der MCI hat vornehmlich MCI ein Interesse daran, die Zusammenschaltung mit großen Teilnehmernetzbetreibern zu erzielen, damit die eigenen Teilnehmer erreichbar sind und selbst andere Teilnehmer in anderen Netzen erreichen können. Daher ist MCI auch mit der DTAG seit langem zusammengeschaltet. Diese Zusammenschaltung bedeutet, dass jeder andere Betreiber die Teilnehmer von MCI jedenfalls über die Transitdienste im Rahmen der Zusammenschaltung mit der DTAG erreichen kann. Es ist daher diesen Anbietern zumutbar und für diese tragfähig, die Teilnehmer von MCI über die DTAG zu erreichen. Dies mag sich bei Anwachsen der Teilnehmerzahl von MCI ändern. Dies könnte dann im Rahmen einer späteren Abänderung der Marktanalyse bzw. der Regulierungsverfügung ausgesprochen werden.

[REDACTED]  
[REDACTED] Dies zeigt sich bereits daran, dass es auch unter dem TKG 1996, als eine umfassende Zusammenschaltungspflicht für MCI bestand, keine direkte Zusammenschaltung von MCI umgesetzt werden musste, die MCI nicht selber aufgrund der großen Teilnehmerzahl des anderen Betreibers ([REDACTED]) benötigte.

Ebenso steht der Zusammenschaltungspflicht von MCI § 21 Abs. 1 Nr. 3 TKG entgegen. Bei der geringen Teilnehmerzahl von MCI ist die direkte Zusammenschaltung in den meisten Fällen ökonomisch nicht sinnvoll. Denn die Kosten hierfür stehen außer Verhältnis zu der bei MCI erreichbaren Teilnehmerzahl. Der Zwang zu einer Zusammenschaltung bewirkt dann, dass das verpflichtete Unternehmen unangemessen mit Aufwand belastet wird und lediglich aufgrund regulatorischen Zwanges eine Zusammenschaltungsvereinbarung eingehen muss, die bei rein wirtschaftlicher Betrachtung nicht zustande gekommen wäre. Durch einen solchen Automatismus werden aber gerade die Ziele der Regulierung nach dem TKG 2004, nämlich die Förderung des Wettbewerbs und nur in den ausgewählten Märkten mit ex ante Verpflichtungen einzugreifen wo dies notwendig und verhältnismäßig ist, konterkariert.

In der mündlichen Anhörung hat die erkennende Beschlusskammer selbst eingeräumt, dass es in den meisten Fällen aus finanziellen Erwägungen heraus keinen Sinn machen werde, eine direkte Zusammenschaltung mit einem kleineren Netzbetreiber bzw. einem Netzbetreiber mit vergleichsweise wenigen Teilnehmern nachzufragen. Insofern verwundert es MCI, wenn diese durchaus zutreffende und auch von MCI geteilte Ansicht nicht auch in der im Rahmen der Anhörung angesprochenen Deutlichkeit in den Text der Regulierungsverfügung übernommen wird.

Auch die folgende Überlegung spricht wegen mangelnder Verhältnismäßigkeit gegen die Auferlegung einer Zusammenschaltungsverpflichtung. Unterstellt man, dass der Wunsch einer direkten Zusammenschaltung von Netzen wirtschaftlich stets dadurch getrieben ist, Verkehre direkt abzuwi-

ckeln und damit Transitaufschläge trotz gleichzeitiger Port- und Leitungskosten für die Zusammenschaltung selbst sparen zu wollen, so ist leicht nachzuvollziehen, dass eine direkte Zusammenschaltung zwischen alternativen Teilnehmernetzbetreibern stets dort Sinn sinnvoll erscheint, wo eine bestimmte Schwelle von abgewickelterm Verkehr überschritten wird. Unterstellt man weiter, dass dieser Wunsch bei annähernd gleichgroßen Teilnehmerzahlen beiderseitiger Natur ist und vergegenwärtigt man sich, dass jedenfalls die meisten flächendeckenden Anbieter ohnehin miteinander zusammengeschaltet sind, so wäre die zusätzliche Auferlegung einer Zusammenschaltungsverpflichtung weder angemessen noch im Hinblick auf die tatsächlichen Marktgegebenheiten erforderlich.

Dem stehen auch nicht die von der Beschlusskammer in der mündlichen Anhörung geäußerten Bedenken entgegen, wonach keine Anordnungsverfahren möglich seien, sofern keine zwingende Zugangsverpflichtung gegenüber den alternativen Netzbetreibern auferlegt werde. Der – insoweit unzutreffende – Ansatz der BNetzA zeugt vielmehr davon, dass unberechtigterweise die Gefahr gesehen wird, ein Netzbetreiber wie MCI könne Zusammenschaltungsanfragen ablehnen, um einen Zugang zu seinem Netz zu verweigern. Nicht nur an dieser Stelle ist eine „Regulierung mit Augenmaß“ erforderlich, die sich immer wieder vor Augen führen muss, welche wettbewerbliche Gefahr tatsächlich von einem Netzbetreiber wie MCI ausgeht (nämlich keine) und dass die beträchtliche Marktmacht nur auf einer in diesem Zusammenhang theoretischen Annahme basiert.

Eine solche wettbewerbliche Gefahr durch MCI ist auch nicht zu erkennen, da ein solches Verhalten dem Dienstleistungsangebot der MCI zuwiderlaufen würde, wobei dieses Dienstleistungsangebot nicht nur von MCI, sondern auch von den meisten anderen alternativen Netzbetreibern angeboten wird.

Vor dem Hintergrund, dass MCI als alternativer Teilnehmernetzbetreiber um ein vielfaches kleiner ist als die DTAG als etablierter Betreiber, liegt es im eigenen wirtschaftlichen Interesse der MCI, dass Teilnehmer im Netz von MCI aus Drittnetzen wie etwa dem der DTAG erreichbar sind. Dies führt indirekt naturgemäß auch zur Gewährleistung der Erreichbarkeit der Teilnehmer in Drittnetzen. Schließlich schränkt dies den Verhaltensspielraum von MCI faktisch erheblich ein. MCI kann es sich daher aus Gründen des Dienstleistungsangebots heraus nicht leisten, wirtschaftlich sinnvolle (und damit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügende) Zusammenschaltungsnachfragen abzulehnen.

Daher spricht sich MCI dafür aus, dem Vorbild einiger nordischer Regulierungsbehörden zu folgen und allenfalls eine Pflicht dahingehend auszusprechen, Anfragen auf Zusammenschaltung innerhalb einer angemessenen Frist zu beantworten. Eine weitergehende Verpflichtung ist regulatorisch nicht erforderlich, da weder wettbewerbswidriges Verhalten der MCI zu befürchten steht noch sonstige negative Auswirkungen aus der festgestellten beträchtlichen Marktmacht bei Terminierung belegt sind oder drohen.

MCI ist deshalb, auch mit Blick auf § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG, der Auffassung, dass die in § 16 TKG normierte Pflicht zur Vorlage eines Angebots auf Zusammenschaltung auf Anfrage als ausreichende Abhilfemaßnahme anzusehen ist. Wir lehnen deshalb die Zusammenschaltungspflicht in der Angeordneten Form ab, da diese die tatsächlichen Verhältnisse im Markt und die Position von MCI im Markt nicht angemessen berücksichtigt.

Schließlich spricht sich MCI auch dafür aus, dass die Beschlusskammer ihre im Rahmen der Anordnung geäußerte Meinung, wonach bestehende Zusammenschaltungsvereinbarungen unbeschadet von den Ergebnissen der Marktanalyse und der zu erlassenden Regulierungsverfügung unverändert bestehen bleiben können, in die Regulierungsverfügung überführt und dort schriftlich niederlegt. Nur so ist gewährleistet, dass die bislang gerade durch Zusammenschaltungsverträge alternativer Netzbetreiber erreichte Marktöffnung nicht wieder zurückgeschraubt wird.

### **3) Kollokationsverpflichtung**

Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit gilt auch für die Verpflichtung, in Zukunft Kollokation nach § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG gewähren zu müssen. Hier steht aus Sicht von MCI neben § 21 Abs. 1 Nr. 3 auch die Regelung in § 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG den Angedachten Abhilfemaßnahmen der BNetzA entgegen.

Eine Kollokationspflicht für Betreiber [REDACTED] wie MCI ist unangemessen. Der Kollokationsaufwand muss in einem angemessenen Verhältnis zu den zu erreichenden Teilnehmern stehen. Die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme ist bei der Anzahl der in unserem Netz angeschlossenen Teilnehmer nicht der Fall. Wie bereits eingangs unter Punkt 1) ausgeführt, hat die BNetzA bei der Auferlegung mehrerer Abhilfemaßnahmen immer auch das Zusammenspiel dieser Abhilfemaßnahmen zu betrachten und sicher zu stellen, dass durch mehrere Abhilfemaßnahmen keine unangemessene Belastung der betroffenen Anbieter entsteht. Eine eigenständige Kollokationsverpflichtung, die neben einer wie auch immer formulierten Zusammenschaltungsverpflichtung steht, führt nicht zu einem Wachsen des Wettbewerbs. Sie ist vielmehr eine zusätzliche Belastung für Anbieter wie MCI.

Die meisten alternativen Teilnehmernetzbetreiber sind in sog. Telehäusern, also in Räumlichkeiten, die von allen Mietern mit Infrastruktur erschlossen sind, präsent. In einem solchen Telehaus ist die Verlegung eines Kabels zwischen dem Equipment des Nachfragers und des Anbieters vollkommen ausreichend. Auf diesen Umstand und die Praxisferne der Kollokationsverpflichtung haben bereits zahlreiche Vertreter von alternativen Netzbetreibern im Rahmen der Anhörung hingewiesen, so dass dieser Punkt noch einmal mit großer Sorgfalt von der erkennenden Beschlusskammer überprüft werden sollte. Auch wenn die Auferlegung einer Kollokationsverpflichtung die Beteiligten, wie von der BNetzA auf Seite 9 des Entwurfes ausgeführt, tatsächlich nicht hindert, eine anders gerichtete tatsächliche Vereinbarung über die Realisierung der Zusammenschaltung zu treffen, schlägt MCI vor, auch schon in die Regulierungsverfügung zumindest aufzunehmen, dass eine Auferlegung einer Kollokationsverpflichtung jedenfalls dann nicht zum Tragen kommt, wenn der betroffene Netzbetreiber anbietet, die Zusammenschaltung in anderer Weise in einer für den nachfragenden Netzbetreiber akzeptablen Weise zu realisieren.

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass an den von MCI gemieteten Standorten eine auferlegte Kollokationsverpflichtung schon deshalb rechtswidrig ist, weil sie auf eine rechtlich unzulässige Handlung gerichtet ist. Denn die MCI-Standorte befinden sich auf gemieteten Flächen. Aus diesem Grund kann MCI als Mieter nach § 540 Abs. 1 BGB keine Kollokation garantieren, da MCI als Mieter zunächst kein Recht zur Untervermietung ohne Erlaubnis des jeweiligen Vermieters hat. Insoweit besteht ein wesentlicher Unterschied zur immobilienrechtlichen Situation der DTAG, die ihre Standorte entweder selbst oder durch ein verbundenes Unternehmen im Sinne des § 15 AktG betreibt und deshalb eine derartige Problematik nicht kennt. Eine

Erlaubnis zur Untervermietung kann darüber hinaus von MCI auch nicht erzwungen werden, vielmehr könnte MCI bei Verweigerung der Erlaubnis allenfalls den Standortmietvertrag fristlos kündigen. Diese Rechtsfolge ist aber weder im Interesse von MCI noch im Interesse des die Zusammenschaltung nachfragenden Unternehmens.

Im Übrigen ist die Auferlegung einer Kollokationsverpflichtung auch deshalb nicht erforderlich, weil alle in Frage kommenden Netzbetreiber jedenfalls an Standorten der DTAG einen Präsenzpunkt aufweisen. Vor dem Hintergrund der Regulierungsverfügung BK 4-05/002/R, in der die BNetzA der DTAG unter Ziffer 1.4 auferlegt hat, Kooperationsmöglichkeiten zwischen Zugangsberechtigten Unternehmen in der Weise zuzulassen, dass die Zusammenschaltungspartner ihre Kollokationsflächen am Standort der DTAG zum Zwecke der Zusammenschaltung nutzen können sollen, besteht schließlich auch keine Notwendigkeit für eine zusätzliche Kollokationsverpflichtung an weiteren Standorten. Insoweit ist durch das für MCI mildere Mittel – die gegenüber der DTAG ergangene Regulierungsverfügung – das mit der vorgeschlagenen Maßnahme verfolgte Ziel ohnehin bereits erreicht.

Die BNetzA hat im Übrigen bislang keinerlei Anhaltspunkte dafür vorgebracht, wieso die Auferlegung einer Zugangspflicht alleine nicht ausreichend sein soll, das vermutete Marktversagen zu beheben. Insofern ist auch die im Rahmen des Entwurfes für eine Regulierungsverfügung vorgelegte Begründung für die Auferlegung einer Kollokationsverpflichtung nicht differenziert genug auf die tatsächlichen Gegebenheiten bei MCI zugeschnitten. MCI kann derzeit keine Aspekte erkennen, aus welchen die BNetzA neben der Zugangspflicht noch eine weitergehende Kollokationspflicht für einen Anbieter wie MCI herleiten könnte.

Auch an dieser Stelle hat die BNetzA bei den bislang vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen im Rahmen der Kollokationsverpflichtung jedenfalls die tatsächlichen Besonderheiten des Netzausbaus der MCI nicht angemessen berücksichtigt. MCI lehnt aus diesem Grund die Angedachte Kollokationsverpflichtung ab.

#### **4) Transparenzverpflichtung**

Auch die geplante Transparenzverpflichtung gem. § 20 TKG halten wir für zu weitgehend und insofern nicht angemessen, um das festgestellte Marktversagen angemessen durch geeignete Abhilfemaßnahmen zu bekämpfen. Auch hier muss bei den Überlegungen der BNetzA noch einmal der Umfang des Teilnehmernetzes unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit Berücksichtigung finden. Bei einer im Vergleich mit der DTAG oder den vier Mobilfunkbetreibern verschwindend geringen Teilnehmerzahl im Netz von MCI sind die Veröffentlichungspflichten überzogen. Sie sind faktisch mit der Veröffentlichung eines Standardangebots zu vergleichen. Hier kommt nur eine weitergehende Differenzierung in Betracht, um die Angemessenheit der Verpflichtung nicht zu gefährden. Aus der Sicht von MCI kann es nur als angemessen angesehen werden, wenn lediglich etablierte Betreiber, insbesondere die DTAG, die entsprechenden in § 20 TKG genannten Informationen veröffentlichen müssen, Betreiber wie MCI sollten diese Informationen – wenn überhaupt – allenfalls auf individuelle Nachfrage mitteilen müssen. Für Letzteres reicht allerdings die Pflicht in § 16 TKG bereits aus, so dass eine weitergehende Verpflichtung der MCI an dieser Stelle nicht notwendig ist.

Auch ein Blick in den Wortlaut des § 20 TKG bestätigt diese Sichtweise. Zu den zu veröffentlichenden Informationen sollen insbesondere Informationen

zur Buchführung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie über die zu zahlenden Entgelte zählen. Hierbei handelt es sich um eine Vielzahl von Informationen, die den eigentlich im ausgeglichenen wirtschaftlichen Interesse beider Vertragsparteien verhandelten Zusammenschaltungsvertrag unnötig in seiner Flexibilität einschränken. Eine Transparenzverpflichtung macht also nur dort Sinn, wo, wie etwa bei der DTAG oder den Mobilfunkanbietern, die Transparenzverpflichtung dazu dienen soll, eine überragende Gesamtverhandlungsmacht eines Unternehmens zu überwinden und die Erstellung einer individuellen Vereinbarung zuviel Zeit in Anspruch nehmen würde. Die Transparenzverpflichtung hat in diesen Fällen auch Beschleunigungscharakter. Bei alternativen Netzbetreibern wie MCI würde eine solche Transparenzverpflichtung aber nicht nur zu einem bürokratischen Mehraufwand führen, der nicht verhältnismäßig im Vergleich zum angestrebten Nutzen wäre, sondern auch in besonderem Maße den Nachfrager bevormunden und bei seiner Verhandlungsführung unnötig vorab festlegen würde. Schließlich verwundert es, wenn die BNetzA zwar der MCI eine Transparenzverpflichtung auferlegen will, soweit ersichtlich der DTAG aber keine Transparenzverpflichtung auferlegt wurde. Auch an dieser Stelle erscheint keine Begründung denkbar, die eine solche Maßnahme gegenüber MCI rechtfertigen würde. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass MCI häufig Individualverträge mit seinen Kunden aushandelt, um so mit der höchst möglichen Individualität auf die Nachfrage der Kunden reagieren zu können. Damit schließt es sich für MCI geradezu aus, Standard-AGB wie die DTAG zu verwenden.

Weiterhin ist aufgrund der im Verhältnis zu den „etablierten“ Teilnehmer-netzbetreibern relativ geringen Anzahl direkt angeschlossener Kunden bei MCI auch bereits die zu erwartende Anzahl der Zugangsnachfragen (und damit letztlich der Grund für die Auferlegung des Transparenzgebots) außerordentlich beschränkt. Die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung in der jetzigen Form ist insofern im Hinblick auf die tatsächlichen Marktgegebenheiten bei MCI in jeder Beziehung unangemessen. MCI regt deshalb an dieser Stelle insbesondere an, bei einer nochmaligen Überprüfung der Verhältnismäßigkeit vor allem die erhöhten Anforderungen im Auge zu behalten, welche eine Transparenzverpflichtung in der Angedachten Form sowohl in organisatorischer als auch in personeller Hinsicht von den alternativen Teilnehmernetzbetreibern wie MCI abverlangt.

Hilfsweise regt MCI an, zumindest die Art der zu veröffentlichen Informationen auf wenige Typen zu beschränken, um die Belastungen für die alternativen Netzbetreiber so gering wie möglich zu halten.

MCI lehnt die Angedachte Transparenzverpflichtung jedenfalls in der jetzigen Form ab.

##### **5) Keine Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung, § 24 TKG**

Die Entscheidung der BNetzA, den alternativen Netzbetreibern und damit auch MCI keine Pflicht zur getrennten Rechnungsführung gem. § 24 TKG aufzuerlegen, wird von MCI ausdrücklich begrüßt. Der BNetzA ist in ihrer Ansicht zuzustimmen, wonach die nur rein hypothetische Gefahr für die relevanten Endkundenmärkte durch Quersubventionen oder Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot vor dem Hintergrund der immer noch herausragenden Marktstellung der DTAG aus diesen Endkundenmärkten als vernachlässigbar einzustufen ist. Insbesondere wegen der damit für MCI verbundenen Kosten und erhöhten Aufwände, wäre eine solche Verpflichtung auch aus Sicht von MCI nicht zu rechtfertigen gewesen.

Die Überlegungen der BNetzA zu diesem Punkt sind aber auch aus einem anderen Grund heraus positiv zu beurteilen. Sie zeigen nämlich, dass es sich durchaus argumentativ belegen lässt, dass eine Verpflichtung der Netzbetreiber wie MCI vor dem Hintergrund der damit verbundenen zusätzlichen finanziellen und organisatorischen Belastungen und der immer noch beträchtlichen Marktstellung der DTAG nicht zu rechtfertigen ist. Die Überlegungen der BNetzA zu diesem Aspekt machen auch deutlich, dass die BNetzA sieht, dass von alternativen Netzbetreibern wie MCI nur eine hypothetische Gefahr für die Regulierungsziele ausgeht und insofern auf die Auferlegung von vielen Abhilfemaßnahmen durchaus verzichtet werden kann.

MCI ermutigt die erkennende Beschlusskammer deshalb dazu, auch die übrigen, bislang Angedachten Abhilfemaßnahmen vor diesem Hintergrund noch einmal kritisch zu überprüfen.

## **6) Zusammenfassung**

MCI weist noch einmal auf das eingangs unter Punkt 1) zitierte Dokument der ERG hin. Die BNetzA muss sich bei Ihren nochmaligen Überlegungen, welche Abhilfemaßnahmen tatsächlich der MCI aufzuerlegen sind, um dem unterstellten Marktversagen effektiv entgegenzutreten zu können, immer auch von dem Gedanken leiten lassen müssen, wie groß das zu regulierende Netz tatsächlich ist oder ob überhaupt eine Gefahr für den Wettbewerb von diesem Netz ausgeht. Eine solche wettbewerbliche Gefahr ist aufgrund des faktisch nur unterstellten Marktversagens rein hypothetisch und objektiv durch nichts zu belegen.

Die BNetzA muss weiterhin bei Ihren nochmaligen Überlegungen immer auch daran denken, welche zusätzlichen Belastungen für einen Betreiber wie MCI von denen von ihr geplanten Abhilfemaßnahmen ausgehen und ob es nicht weniger belastende aber gleich effektive Maßnahmen gibt, die bereits im TKG angelegt sind und nicht noch zusätzlich auferlegt werden müssen.

Schließlich wird die BNetzA ihre Entscheidung noch ausführlicher und umfassender im Hinblick auf die tatsächlichen Gegebenheiten bei MCI zu begründen haben. Nur so ist gewährleistet, dass ein transparentes und nachvollziehbares Regulierungssystem etabliert werden kann und die angestrebte Harmonisierung auf europäischer Ebene Realität werden kann. MCI als international tätigem Unternehmen kommt es dabei insbesondere darauf an, dass die Investitions- und Regulierungsbedingungen in Deutschland nicht schlechter sind als in anderen europäischen Ländern und durch die Maßnahmen die grundsätzliche europäische Harmonisierung der Regulierung gewährleistet ist.

Die von der BNetzA geplanten Verpflichtungen sind jedenfalls bislang nicht dazu geeignet, die bei der Auferlegung der Abhilfemaßnahmen zu berücksichtigenden Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Wenngleich die BNetzA in ihrer Notifizierung zu Markt 9 gegenüber der EU Kommission feststellt, dass die alternativen Festnetzbetreiber über einen vom Wettbewerb unkontrollierbaren Verhaltensspielraum verfügten, so muss dies nicht zwangsläufig die Auferlegung der Angedachten Abhilfemaßnahmen für jeden einzelnen Betreiber ungeachtet seiner Teilnehmerzahl nach sich ziehen. Vielmehr sind aus Sicht von MCI bereits bestehende gesetzliche Verpflichtungen bzw. mildere Mittel dazu in der Lage, die Ergebnisse der Marktanalyse der BNetzA ordnungsgemäß umzusetzen. Insofern sei an dieser Stelle noch einmal eine „Regulierung mit Augenmaß“ eingefordert, die sich nicht starr einen regulatorischen Automatismus ver-

folgt, sondern differenziert darauf Rücksicht nimmt, welche tatsächliche „Größe“ die zu regulierenden Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht bei einer Gesamtbetrachtung haben. Diesen Ansprüchen kann die BNetzA nur gerecht werden, wenn sie individuelle Regulierungsverfügungen erlässt, die gerade nicht für alle nun zu untersuchenden alternativen Netzbetreiber gleich gelten sollen, sondern ausgewogen dem Gewicht der einzelnen Anbieter und der tatsächlichen Notwendigkeit einer Regulierung Rechnung tragen. Dabei ist das Ergebnis, dass einigen Anbietern keine oder nur milde Abhilfemaßnahmen und anderen Anbietern wiederum strengere Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen sind, ein vorstellbares Ergebnis. Nur so wird die jeweilige Belastung der einzelnen Unternehmen auf ein angemessenes Maß geführt werden können.

Auch der Hinweis der erkennenden Beschlusskammer im Rahmen der Anhörung, wonach es schwer falle, Grenzen zu ziehen, was die Größe der Anbieter angehe, vermag nicht zu überzeugen. Auch an dieser Stelle sei noch einmal daran erinnert, dass es in der Regulierung sehr wohl Grenzen zwischen „Großen“ und „Kleinen“ gibt, sei es, wenn gewisse Mindestbestellmengen oder Zusammenschaltungspunkte vereinbart werden müssen oder wenn die TKÜV eine Aussage darüber trifft, bis zu welcher Teilnehmerzahl von in ihrem Netz angeschalteten Kunden Anbieter nur eingeschränkte Verpflichtungen trifft (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 5 TKÜV). Insofern spricht sich MCI abschließend noch einmal für eine differenzierte Betrachtung der Marktverhältnisse durch die BNetzA aus. Diese ist bislang noch nicht erfolgt, so dass die im Entwurf vorliegende Regulierungsverfügung noch nicht einen ausgewogenen Kompromiss zwischen den regulatorischen Notwendigkeiten und den berechtigten Interessen der zu regulierenden Netzbetreiber darstellt.

#### **(7) Stellungnahme der nachfolgenden Unternehmen vom 02.12.2005**

ChemTel Telekommunikations GmbH Chemnitz

Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice

CNE Gesellschaft für Telekommunikation mbH

jetz! Kommunikation GmbH & Co. KG

meocom Telekommunikation GmbH

TeleBeL Ges. für Telekommunikation Bergisches Land mbH

telelev Telekommunikation GmbH

tnp telenet Potsdam Kommunikationsgesellschaft mbH

TROPOLYS Service GmbH

Versatel Berlin GmbH

Versatel Germany GmbH

Versatel Nord-Deutschland GmbH

Versatel Süd-Deutschland GmbH

Versatel West-Deutschland GmbH & Co. KG



## **Vorbemerkung zur geänderten Marktdefinition und Marktanalyse**

### **1.1 Ermöglichung rechtlichen Gehörs**

Die vorliegende Konsultation der Beschlusskammer bezieht sich ausweislich der Hinweise der Veröffentlichung ABI. 2005, S. 1743 ff. lediglich auf die auferlegten Verpflichtungen und nicht auf die Marktdefinition und Marktanalyse. Ein Vorbringen der betroffenen Unternehmen zu Fragen der Marktdefinition und Marktanalyse mag damit zwar den von der Beschlusskammer zugelassenen Umfang der vorliegenden Konsultation übersteigen. Allerdings ergeben die Entscheidungen zur Auferlegung von Verpflichtungen gem. § 13 Abs. 3 TKG mit den Ergebnissen der Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren als einheitlicher Verwaltungsakt. Erst mit der Zustellung der Regulierungsverfügung werden die Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse verbindlich gegenüber den betroffenen Unternehmen festgestellt.

Bis zu diesem Zeitpunkt müssen auch Argumente von betroffenen Unternehmen bei der Regulierungsbehörde rechtliches Gehör finden können, die eine Fehlerhaftigkeit der bisherigen Feststellungen und Festlegungen zu erkennen meinen. Durch die Regelung des § 13 Abs. 3 TKG darf dieser Vortrag auch nicht deshalb präkludiert werden, weil eine innerbehördliche Zuständigkeitsverteilung gem. § 132 Abs. 4 TKG bezüglich der Feststellungen nach § 10 und 11 TKG mit Zuweisung an die Präsidentenkammer besteht. Ein rechtliches verbindliches Handeln der Regulierungsbehörde erfolgt (erst) mit Erlass und Zustellung der Regulierungsverfügung.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich insbesondere darin, dass die zunächst veröffentlichten Feststellungen der Regulierungsbehörde zu den Ergebnissen der Marktdefinition und Marktanalyse aufgrund der Vetoentscheidung der EU-Kommission durch geänderte Feststellungen ersetzt wurden. Zu den konkreten Inhalten des abgeänderten Definitions- und Analyseentwurfs bezüglich der Terminierungsmärkte alternativer Teilnehmernetzbetreiber im abgetrennten Verfahren BK 1-04/002a müssen die betroffenen Unternehmen nach unserer Rechtsansicht eine verfahrensrechtlich zugelassene Möglichkeit besitzen, Anmerkungen und Einwendungen vorzutragen, die grundsätzlich noch in einer verfahrensbeendenden Entscheidung der BNetzA Berücksichtigung finden können.

### **1.2 Inhaltliche Kritik an der geänderten Marktdefinition und Marktanalyse**

Der wesentliche Kritikpunkt der von uns vertretenen Unternehmen zum abgeänderten Definitions- und Analyseentwurf richtet sich dagegen, dass die Bundesnetzagentur der Vorschrift des § 18 TKG, die spezifische Verpflichtungen für Teilnehmernetzbetreiber enthält, die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, faktisch seines Anwendungsbereiches vollständig entzieht. Da alle Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz qua (Markt-)definitionem mit dem ersten angeschlossenen Kunden bereits als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für Terminierungsleistungen betrachtet werden, besteht für den § 18 TKG praktisch keine Anwendungsmöglichkeit mehr.

§ 18 TKG ist in das Gesetz aufgenommen worden, weil der Gesetzgeber davon ausging, dass gerade Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz nicht regelmäßig über beträchtliche Marktmacht verfügen. Zur Sicherstellung des End-zu-End-Verbundes sieht § 18 Abs. 1 TKG vor, dass die Regulierungsbehörde Teilnehmernetzbetreiber ohne beträchtliche Marktmacht zur Zusammenschaltung verpflichten kann, sofern dies erforderlich ist, um die Kommunikation der Nutzer oder deren Zugang zu Diensten, die über bestehende Rufnummern erreicht werden können, zu gewährleisten. Teilnehmernetzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht können – wie in der geplanten Regulierungsverfügung gegenüber der Deutschen Telekom AG vorgesehen – gem. § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG zur Zusammenschaltung verpflichtet werden.

§ 18 TKG wäre überflüssig, wenn die Regulierungsbehörde im Rahmen der geänderten Marktdefinition und Marktanalyse zum Markt 9 sämtliche (alternativen) Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht definiert und folglich der Zusammenschaltungsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG unterwirft. Teilnehmernetzbetreiber könnten somit niemals in den Anwendungsbereich des § 18 TKG gelangen. Dies hätte aufgrund der vom Gesetzgeber gewünschten Abgrenzung zwischen § 18 TKG einer-

seits und § 21 TKG andererseits auch zur Folge, dass die Zusammenschaltungspflicht und sowie ggf. andere Verpflichtungen – aufgrund Vorliegens beträchtlicher Marktmacht – nicht auf § 18 TKG gestützt werden dürfte:

*„Mit Blick auf einer klaren Abgrenzung der Regelungsinhalte von § 18 und § 19 wird der Anwendungsbereich des § 18 auf Unternehmen begrenzt, die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen“.*

*BT-Drs. 15/2679, S. 13 zu § 18 Abs.1 TKG-E (§ 19 TKG-E entspricht dem heutigen § 21).*

Dagegen behandelt die Bundesnetzagentur alle Teilnehmernetzbetreiber als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und lässt entgegen der Intention des Gesetzgebers den § 18 TKG für Teilnehmernetzbetreiber unangewendet. Die Begründung zum Gesetzentwurf § 18 führte dagegen aus:

*„Mit dieser Vorschrift soll Artikel 5 Abs. 1 Buchstabe a ZRL umgesetzt werden. § 18 ist eine Sondervorschrift für Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, also für so genannte Teilnehmernetzbetreiber. (...) Absatz 1 sieht daher vor, dass die Reg TP Teilnehmernetzbetreiber zur Zusammenschaltung verpflichten kann, sofern dies erforderlich ist, um die Kommunikation der Nutzer oder deren Zugang zu Diensten, die über bestimmte Rufnummern erreicht werden können, zu gewährleisten. Zu letzteren Diensten können ausschließlich Universaldienstleistungen nach § 76 Abs. 2 Nr. 3 und 4 oder telefontnahe Dienste gehören.“*

*BT-Drs. 15/2316, S. 64.*

Diese Konsequenz der geänderten Marktdefinition und Marktanalyse unter faktischer Abkehr vom gesetzlichen Regelungsmodell nach § 18 TKG ist zu weitreichend, als dass sie von der Bundesnetzagentur im Rahmen der anhängigen Verfahren zum Erlass von Regulierungsverfügungen getroffen werden dürfte. Die Exekutive würde damit ein gesetzgeberisches Modell faktisch verwerfen und den Anwendungsbereich des § 18 TKG entgegen den Intentionen des Gesetzgebers in massivem Umfang beschränken. Es ist wäre mit dem Gewaltenteilungsprinzip und der Bindungskraft des Gesetzes unvereinbar, dass sich die Exekutive über dieses Regelungsprinzip des Verhältnisses zwischen § 18 und § 21 TKG hinwegsetzt, indem § 18 TKG faktisch von der Behörde nicht angewendet wird. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die Frage des Verhältnisses zwischen § 18 und § 21 TKG im Gesetzgebungsverfahren intensiv diskutiert wurde und die Intentionen des Gesetzgebers sich darauf bezogen, durch § 18 TKG eine Regelung für alternative Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz bereit zu stellen. Eine historische Auslegung der Normen – siehe auch den oben dargestellten Auszug aus der Begründung des Gesetzentwurfs - bestätigt den Befund.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich nach Auffassung der betroffenen Unternehmen die Notwendigkeit, gem. § 12 Abs. 2 Nr. 3 S. 5 TKG das Bundesministerium für Wirtschaft über die Entscheidung der Kommission zu unterrichten, damit seitens des Ministeriums eine Klageerhebung vor dem Europäischen Gerichtshof gegen die Vetoentscheidung der Kommission geprüft werden kann.

Von der Bundesnetzagentur auch im geänderten Konsultationsdokument nicht aufgegriffen wurde die Kritik der Kommission, die Machtverhältnisse der alternativen Teilnehmernetzbetreiber gegenüber anderen Zusammenschaltungspartnern als der DTAG nicht ausreichend in Betracht gezogen zu haben. Die Bundesnetzagentur verweist zu dieser Kritik darauf, dass die Machtstellung der alternativen Teilnehmernetzbetreiber auf ihren Terminierungsmärkten grundsätzlich mit ihrem Verhältnis zur DTAG steht und fällt und im übrigen auch praktische Hindernisse einer Überprüfung entgegenstehen. Dennoch zeigt gerade dieser Kritikpunkt der Kommission bei konsequenter Betrachtung, dass eine beträchtliche Marktmacht der alterna-

tiven Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz bezüglich ihrer Terminierungsleistungen nicht besteht. So sind trotz vielfach bestehender unmittelbarer Netzzusammenschaltungen zwischen alternativen Teilnehmerfestnetzbetreibern und Mobilfunknetzbetreibern die alternativen Festnetzbetreiber nicht in der Lage gewesen, die Terminierungsleistungen zu reziproken Entgelten an die Mobilfunknetzbetreiber zu verkaufen. Die Entgelte für Terminierungsleistungen in Mobilfunknetze liegen amtsbekannt um ein Vielfaches höher als die Entgelte für die Terminierung in die umgekehrte Verkehrsrichtung. Regelmäßig sind die Mobilfunknetzbetreiber am Einkauf von Terminierungsleistungen in alternative Teilnehmernetze nicht interessiert bzw. können Preisvorstellungen der alternativen Teilnehmernetzbetreiber auf Vereinbarung reziproker Entgelte dadurch verhindern, dass die Verbindungen über die DTAG als Transitnetzbetreiber terminiert werden (sog. Leistung T-Com O.2). Da die DTAG durch die Regulierungsverfügung BK 4-05-002/R auch verpflichtet werden soll, Transitdienste im öffentlichen Festtelefonnetz plus Terminierung von Verbindungen in nationale Netze anzubieten bzw. auch ohne Verfügung ein „freiwilliges“ Transitangebot platzieren könnte, wird die Situation nicht eintreten, dass die Angebotsmacht von alternativen Teilnehmernetzbetreibern bezüglich Terminierungsleistungen im Festnetz auf die Nachfragemacht von Mobilfunknetzbetreibern trifft und „Umweglösungen“ über die DTAG nicht zur Verfügung stehen. Gerade in diesem Szenario wird deutlich, dass selbst der 100%ige Marktanteil des alternativen Teilnehmernetzbetreibers ihm keine „Position der Stärke“ (Notifizierungsdokument vom 29.08.2005, S. 13) als „Marktführer“ für Terminierungsleistungen verschaffen könnte. Die Angebotsmacht des alternativen Teilnehmernetzbetreibers hängt in diesem Fall unmittelbar zusammen mit dem Marktanteil auf einem anderen Markt, dem Markt für Endkundenanschlüsse. Gerade dieses Beispiel – zu dem die Bundesnetzagentur einen Praxistest durchführen könnte – kann zeigen, dass alternative Teilnehmernetzbetreiber in ihren Forderungen nach höheren Terminierungsentgelten unabhängig von Regulierungseingriffen begrenzt würden.

## **Zugangspflicht nach Ziff. 1.1 des Entwurfs der Regulierungsverfügung (Zusammenschaltungsverpflichtung)**

### **1.3 Freiwillige Angebote am Markt**

Die Verpflichtung zur Zusammenschaltung kann gem. § 18 TKG auch einem nicht-marktmächtigen Unternehmen auferlegt werden und stellt gegenüber marktmächtigen Unternehmen eine im Regelfall angemessene Verpflichtung zur Erreichung der Regulierungsziele dar. Die durch uns vertretenen Unternehmen haben sich bereits in der Vergangenheit nicht geweigert, Zusammenschaltungen mit anderen Netzbetreibern auf deren Nachfrage zu realisieren. Eine Änderung dieser nachweisbaren Praxis ist auch dann weder geplant noch zu erwarten, wenn eine Zugangspflicht nach § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG nicht auferlegt werden sollte.

Gerade aber diese nachweisbare Praxis wird von der Bundesnetzagentur im Entwurf der Regulierungsverfügung nicht ausreichend gewürdigt. § 21 Abs. 3 TKG verweist trotz der Bindung des Ermessens durch die Formulierung als „Soll-Vorschrift“ auf den Kriterienkatalog des § 21 Abs. 1 TKG. Zu Recht beschreibt die Begründung des Entwurfes der Regulierungsverfügung, dass die Abwägungskriterien in den Ziffern 1 bis 7 des Absatzes 1 nicht außer Acht bleiben dürfen. Allerdings wird eine konkrete Anwendung insbesondere des Abwägungskriteriums nach § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG („freiwillige Angebote am Markt“) mit der Begründung abgelehnt, dass freiwillige Angebote aufgrund der abstrakten Gefahr einer Zusammenschaltungsverweigerung nicht genügen. Mit Hilfe dieser Begründung kann grundsätzlich jedes freiwillige Angebot als unzureichend betrachtet werden und die Regelung des § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG unanwendbar bleiben. Da abstrakte Gefahren einer Zugangsverweigerung bei freiwilligen Angeboten regelmäßig bestehen werden, hätte die Bundesnetzagentur richtigerweise in ihrer Abwägung prüfen müssen, ob vorliegend Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich diese Gefahr auch realisieren wird.

Das hier bewirkte Abwägungsdefizit nicht dadurch geheilt, dass ein Hinweis auf den bereits bestehenden Pflichtenkreis aller Betreiber aufgenommen wird. Die Argumentation der Bundesnetzagentur verhält sich widersprüchlich, indem einerseits die fehlende gesetzliche Ver-

pflichtung zur Zusammenschaltung herausgestellt und § 16 TKG als nicht ausreichend qualifiziert wird und andererseits argumentiert wird, dass der Pflichtenkreis der betroffenen Unternehmen zur Zusammenschaltung im Ergebnis durch § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG nicht erweitert würde. Die Widersprüchlichkeit mag davon rühren, dass der Entwurf auf die Situation gegenüber der Deutschen Telekom AG Bezug nimmt (siehe Seite 9 oben – Kursivdruck) und nicht die Praxis der betroffenen alternativen Teilnehmernetzbetreiber berücksichtigt.

#### **1.4 Zusammenschaltung am „Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen“**

Die Zusammenschaltungsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG ist gesetzlich nicht konditioniert zur „Zusammenschaltung am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen“ wie Ziff. 1.1 des Entwurfs der Regulierungsverfügung dies formuliert. Gleiches gilt für Art. 12 der Zugangsrichtlinie, welcher ebenfalls nicht die Zusammenschaltung an einem bestimmten Standort vorschreibt. Die Verpflichtung zur Zusammenschaltung sollte daher die Formulierung des gesetzlichen Regelfalls übernehmen und keine Aussage zu Übergabeorten, Schnittstellen, Kollokationsorten etc. enthalten. Ziff. 1.1 des Tenors der Regulierungsverfügung in Bezug auf den Vermittlungsstellenstandort mag ein Element der Kollokationsverpflichtung sein, wie dies auch in der Begründung zum Entwurf der Regulierungsverfügung unter der Überschrift „4.3 Kollokation, § 21 TKG“ erörtert wird. Die Begründung spricht im übrigen davon, dass die Zusammenschaltung „möglichst nah“ am Vermittlungsstellenstandort erfolgen solle, um einen ohne wesentliche Markteintrittsbarrieren versehenen Zugang zu schaffen. Die Formulierung „möglichst nah“ in der Auslegung der Begründung der Kollokationsverpflichtung gibt dabei den Zusammenschaltungspartnern einen größeren Spielraum als die Regelung nach Ziff. 1.1 des Tenors.

Wir empfehlen daher, in Ziff. 1.1 die Formulierung „ am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen“ zu streichen. Die Erwägungen der Bundesnetzagentur sind insoweit ausreichend in der Begründung zur Kollokationsverpflichtung enthalten. Durch die Streichung in Ziff. 1.1 des Tenors werden Missverständnisse in der Auslegung der Verpflichtung vermieden.

#### **1.5 Paketvermittelnde und leitungsvermittelnde Telefonnetze**

Ziff. 4.1 der Begründung des Entwurfs der Regulierungsverfügung macht Ausführungen zur Gleichstellung leitungsvermittelnd und paketvermittelnd betriebener Telefonnetze. Angesichts des Grundsatzes der Technologieneutralität (§ 1 TKG) sind diese Ausführungen der Beschlussbegründung aus Sicht der von uns vertretenen Unternehmen nicht nur überflüssig, sondern können dazu beitragen, Interpretationsprobleme zu schaffen. Die Art des Signaltransports, d.h. Betrieb des eigenen Telefonnetzes obliegt nach unserer Auffassung grundsätzlich der Verantwortung und Hoheit des jeweiligen Netzbetreibers. Da der Hinweis auf die Gleichstellung eines leitungsvermittelnden und paketvermittelnden Betriebs im Entwurf der Regulierungsverfügung systematisch allerdings der Überschrift „4.1 Zusammenschaltungspflicht“ zugeordnet wurde, stellt sich daraus die Frage, ob nach Ansicht der Bundesnetzagentur auch eine Verpflichtung auf „IP-Zusammenschaltung“ besteht oder sich diese Aussage in der Begründung auf diese Thematik nicht beziehen sollte. Es erscheint jedenfalls vorzugswürdig auf die genannte Formulierung in der Begründung der Regulierungsverfügung zu verzichten.

Angesichts der derzeit offenen Rahmenbedingungen der Zusammenschaltung IP-basierter Netze (siehe dazu den Fragenkatalog der bei der BNetzA eingerichteten Projektgruppe) sollte die Bundesnetzagentur in der Begründung der Regulierungsverfügung eindeutig klarstellen, dass derzeit aufgrund der offenen Rahmenbedingungen insbesondere der Abrechnungsfragen keine Verpflichtung auf IP-basierte Zusammenschaltung auf Grundlage der Regulierungsverfügung besteht. Freiwillige Vereinbarungen für IP-basierte Zusammenschaltungen würden dadurch allerdings nicht ausgeschlossen und sollten grundsätzlich der Privatautonomie der Vertragspartner überlassen bleiben.

## **Zugangsverpflichtung nach Ziff. 1.2 des Entwurfs der Regulierungsverfügung (Erbringung von Verbindungsleistungen)**

Die Verpflichtung zur Erbringung von Verbindungsleistungen soll sich nach Ziff. 1.2 des Entwurfs der Regulierungsverfügung auch auf die lokale Anrufweiterleitung beziehen. Hierbei stellt sich zentral die Frage, welche Netzstruktur zur Grundlage der Definition der „lokalen“ Anrufweiterleitung gemacht wird. Da nach Ziff. 1.1 die Zusammenschaltung am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen erfolgen soll und die betroffenen Unternehmen eine andere Struktur der Vermittlungsstellenstandorte besitzen als z.B. die Deutsche Telekom AG würde eine „lokale“ Anrufweiterleitung nach den Netzstrukturen der Betroffenen völlig andere Einzugsbereiche abdecken, als dies z. B. im Rahmen der heute vereinbarten „EBC-Verträge“ für die lokale Anrufweiterleitung („local-transit“) vorgesehen ist. Sollte sich die Verpflichtung zur lokalen Anrufweiterleitung auf ein Netzmodell wie etwa die EBC-Struktur mit 474 bundesweiten Zusammenschaltungsstandorten beziehen, wäre dies in der Regulierungsverfügung ebenso zu erwähnen wie der Fall, dass sich die Verpflichtung auf die individuellen Netzstrukturen der Betroffenen bezieht.

Sowohl Tenor als auch Begründung des Entwurfs der Regulierungsverfügung geben dazu keine Hinweise. Sie schaffen damit Rechtsunsicherheit sowohl für die Auslegung des Umfangs der Verpflichtung als auch für die nachfolgende Frage des Entgeltmodells zur Abrechnung der lokalen Anrufweiterleitung.

Wir bitten die Bundesnetzagentur, in der Begründung der Regulierungsverfügung einen klarstellenden Hinweis darauf aufzunehmen, dass die Verpflichtung zur „lokalen Anrufweiterleitung“ keine Aussage darüber enthält, zu welcher Entgelthöhe bzw. zu welcher Tarifstufe die „lokale Anrufweiterleitung“ abzurechnen ist. Die Klarstellung sollte sich darauf beziehen, dass die Verwendung der Formulierung „lokale Anrufweiterleitung“ nicht präjudiziert oder intendiert, dass diese Verbindungen mit den unter dem EBC-Modell verwendeten Tarifstufen „TZ I – local transit“ abzurechnen wären.

## **Gleichbehandlungsverpflichtung nach Ziff. 2 des Entwurfs der Regulierungsverfügung**

Die weitergehende Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 19 TKG rechtfertigt sich nach den Erwägungen des Entwurfs der Regulierungsverfügung aus der Gefahr, dass sich am Markt unterschiedliche Bedingungen für den Bezug von Terminierungsleistungen der betroffenen Unternehmen ergeben könnten. Daraus könnten sich Wettbewerbsverzerrungen erwachsen. Die relativ geringe Marktposition der betroffenen Unternehmen im Verhältnis zur Deutschen Telekom AG stehe der Auferlegung dieser Verpflichtung nach Ansicht der BNetzA nicht entgegen.

Diese geplante Ermessensentscheidung der Regulierungsbehörde führt nach Ansicht der betroffenen Unternehmen zu einem wettbewerbsschädlichen „Einheitspreis“ bei der Verrechnung von Terminierungsleistungen alternativer Teilnehmernetzbetreiber, die mit dem Stand der erreichten Marktentwicklung keinesfalls vereinbar ist. Unterschiedliche Preismodelle am Markt sind grundsätzlich kein Zeichen von Wettbewerbsverzerrung, sondern von Wettbewerb. Die Förderung des Wettbewerbs – DER zentrale Zweck des TKG, § 1 – wird durch die vorliegend geplante Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung nicht unterstützt, sondern beeinträchtigt. Bestehende und seit vielen Jahren praktizierte Zusammenschaltungsvereinbarungen müssten ggf. verändert oder beendet werden. Die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung hätte gravierende Auswirkungen und wettbewerblich negative Auswirkungen auf bestehende Zusammenschaltungsverhältnisse.

Die Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 19 TKG rechtfertigt sich aus den besonderen Gefahren der vertikalen Integration, wie insbesondere Erwägungsgrund 17 der Zugangsrichtlinie betont. Charakteristikum dieser Bewertung ist, dass die Marktverhältnisse auf den jeweils betroffenen Märkten eines vertikal integrierten Unternehmens untersucht werden, um die Notwendigkeit der Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung zu prüfen. Im vorliegenden Fall muss gerade bezüglich der betroffenen Unternehmen berücksichtigt werden,

dass die erheblich geringeren Marktanteile auf den Endkundenmärkten die möglichen Gefahren einer vertikalen Integration als geringfügig zu beurteilen sind. Höhere Entgelte für Terminierungsleistungen in die Netze der betroffenen Unternehmen kann z.B. ein Nachfrager, der hohe Marktanteile auf den Endkundenmärkten hält, ohne wettbewerbliche Beeinträchtigungen an seine Endkunden weitergeben. Gleiche Möglichkeiten stehen den hier von der Regulierungsverfügung betroffenen Unternehmen aufgrund der erheblich geringeren Marktanteile auf den Endkundenmärkten nicht zu.

Ein Korrektiv gegenüber missbräuchlicher Preissetzung besteht zudem durch die geplante Unterwerfung der Vorleistungsentgelte unter die nachträgliche Missbrauchsaufsicht nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG. Damit können Preishöchstgrenzen definiert werden, die seitens des zugangsverpflichteten Unternehmens nicht überschritten werden dürfen. Es besteht kein Anlass dafür, diese Missbrauchsaufsicht mit einer Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 19 TKG zu verbinden. Die Regulierung eines „Einheitspreises“ wird vom Regime der nachträglichen Entgeltkontrolle nicht verlangt. Sie darf daher auch nicht über den Umweg der Gleichbehandlungsverpflichtung gem. § 19 TKG zu Lasten der betroffenen Unternehmen eingeführt werden.

Unzutreffend ist nach Ansicht der betroffenen Unternehmen die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich sei, um andere mögliche Missbrauchspraktiken (etwa Bereitstellung schlechterer Qualität) zu verhindern. Sollte ein missbräuchliches Verhalten festzustellen sein, hätte die Bundesnetzagentur über § 42 TKG (Besondere Missbrauchsaufsicht) die Möglichkeit, diesen Missbrauch zu beenden. Diskriminierungslücken werden folglich nicht geschaffen. Der Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung bedarf es somit keinesfalls.

Auch mit Art. 8 Abs. 4 Satz 1 Zugangsrichtlinie wäre die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung nicht zu vereinbaren, da die erlassenen Verpflichtungen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 Rahmenrichtlinie angemessen und gerechtfertigt sein müssen. Dies ist nach unserer Auffassung bezüglich der geplanten Gleichbehandlungsverpflichtung wie dargestellt nicht der Fall.

Das Bild der vorliegenden Notifizierungen von Regulierungsmaßnahmen gegenüber alternativen Teilnehmernetzbetreibern in anderen europäischen Staaten ergibt, dass auch andere Regulierungsbehörden von der Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung Abstand nehmen. Neben Spanien, Niederlande, Finnland (für einige Gruppen von Betreibern), Portugal, Vereinigtes Königreich wird etwa in Österreich ausschließlich die Verpflichtung zum Zugangs und Entgeltkontrolle nach Maßstab angemessener Preise den alternativen Teilnehmernetzbetreibern auferlegt. Es ist nicht ersichtlich und von der Regulierungsbehörde auch nicht ausreichend begründet, dass den festgestellten „Marktzutrittsschranken“ (§ 10 Abs. 2 TKG) hinsichtlich der Terminierungsleistungen alternativer Teilnehmernetzbetreiber in Deutschland durch eine Gleichbehandlungsverpflichtung begegnet werden müsste.

### **Transparenzverpflichtung nach Ziff. 3 des Entwurfs der Regulierungsverfügung**

Unverändert problematisch ist die geplante Auferlegung einer Transparenzverpflichtung gem. § 20 TKG, soweit diese Verpflichtung nicht auch gegenüber der Deutschen Telekom AG festgelegt wird. Die Transparenzverpflichtung wurde gegenüber der DTAG mit der Begründung abgelehnt, die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes reiche aus. Diese Begründung der BNetzA ist fragwürdig, da die Transparenzverpflichtung weiter reichen (kann) als die Inhalte eines nach § 23 TKG zu veröffentlichenden Standardangebots. Dies zeigt bereits der Wortlaut des § 20 Abs. 1 TKG, der z.B. Informationen zur Buchführung des verpflichteten Unternehmens zu den möglichen Informationspflichten rechnet, die sich aus § 20 TKG ergeben können.

### **(Nachträgliche) Entgeltregulierung gem. § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG nach Ziff. 4 des Entwurfs der Regulierungsverfügung**

Der Verpflichtung zur Entgeltregulierung nach § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG stützt sich auf eine Ausnahmeregelung zum Grundsatz der ex-ante Genehmigung nach § 30 Abs. 1 TKG, dessen Europarechtskonformität fraglich ist:

*Siehe dazu Koenig/Winkler, Die Regulierung alternativer Festnetzbetreiber im neuen TKG, MMR 2004, S. 783 [786].*

Die problematische rechtliche Situation sowie die Erfahrungen der Vergangenheit mit wechselnden Entgeltregulierungsmaßstäben für die Terminierungsleistungen alternativer Teilnehmernetzbetreiber trägt zu einer schädlichen Einschränkung der Rechts- und Planungssicherheit der betroffenen Unternehmen bei.

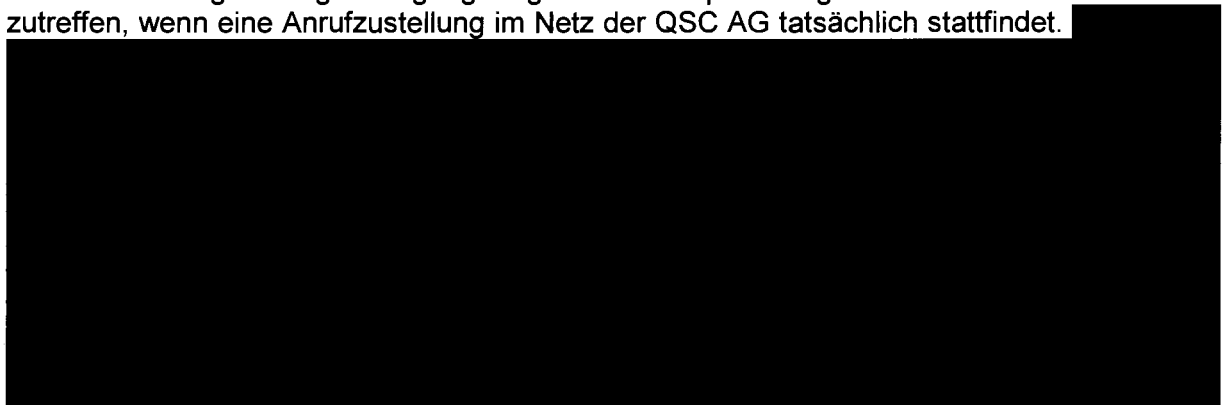
Während unter Geltung des TKG 1996 die Verwaltungsgerichte abweichend von der Beschlusslage der Regulierungsbehörde feststellten, dass eine ex-ante-Regulierung der Terminierungsentgelte (unabhängig von der Marktmacht) bestand und der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung anzusetzen sei, verwendeten die ersten Entscheidungen der BNetzA auf Grundlage des TKG 2004 den Maßstab der nachträglichen Entgeltkontrolle über die zutreffende Anwendung des § 30 Abs. 4 (= keine beträchtliche Marktmacht).

Nunmehr besteht wiederum das rechtliche Risiko, dass die Terminierungsentgelte aller alternativen Teilnehmernetzbetreiber aufgrund einer ggf. im Verwaltungsgerichtsprozess festgestellten Europarechtswidrigkeit des § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG einer ex-ante-Regulierung nach Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unterfallen. Auch an dieser Verpflichtung der geplanten Regulierungsverfügung zeigt sich aus Sicht der betroffenen Unternehmen eindeutig, dass Marktdefinition und Marktanalyse in Bezug auf die alternativen Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz nicht angemessen sind und eine nachträgliche Entgeltregulierung über die Anwendung des § 18 TKG i.V. mit § 30 Abs. 4 TKG vom Gesetzgeber für die vorliegende Situation vorgesehen war. Die Regelung des § 30 Abs. 4 wurde ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfes insbesondere „vor dem Hintergrund der potenziell sehr großer Zahl zu regulierender Unternehmen“ geschaffen, die nicht einer eingriffsintensiven ex-ante-Genehmigungsprozedur unterworfen werden sollten. Durch die Regulierungsverfügungen gegenüber einer Vielzahl zum Teil sehr kleiner Teilnehmernetzbetreiber würde die Anwendung des vom Gesetzgeber für diese Situation vorgesehenen § 30 Abs. 4 TKG unmöglich gemacht.

### **(8) Stellungnahme der QSC AG vom 30.11.2005**

#### **Keine Tätigkeit als TNB**

Die QSC AG ist derzeit nicht als Teilnehmernetzbetreiber tätig, der Portierungsserver der QSC AG nach Absprache mit der BNetzA nicht in Betrieb. Wir gehen davon aus, dass die im Entwurf des Regulierungsverfügung aufgeführten Verpflichtungen erst dann auf die QSC AG zutreffen, wenn eine Anrufzustellung im Netz der QSC AG tatsächlich stattfindet.



Sobald der Arbeitsfehler bemerkt worden ist, wird die Rufnummer des Endkunden auf das Netz der Ventelo GmbH weiterportiert, so dass nur temporär und ungeplant Endkunden im Netz der QSC AG erreicht werden.

Wir gehen aus diesem Grund davon aus, dass für die Belastung der QSC AG mit einer Regulierungsverfügung zur Zeit kein Anlass besteht. So ist es nicht gerechtfertigt, die QSC AG zur Erstellung und Veröffentlichung eines Zusammenschaltungsangebots zu verpflichten, wenn lt. Portierungsdatenbank keine Teilnehmer vorhanden sind und Terminierungsverkehr nur durch Arbeitsfehler der DTAG eintritt. Sobald die QSC AG den Teilnehmernetzbetrieb aufnimmt, wird die Beschlusskammer auch ohne aktives Anzeigen der QSC AG allein schon aus internen Quellen (Dienststelle Mainz) davon Kenntnis erlangen, da die QSC AG die Vorgaben des TKG, insbesondere hinsichtlich des automatisierten Auskunftsverfahren, erfüllen muss.

### **Zugangsgewährung**

Die Gewährung von Zusammenschaltung und die Erbringung von Terminierungsleistungen sind sinnvolle und realistische Maßnahmen, gegen deren Auferlegung keine sachlichen oder rechtlichen Gründe sprechen. Für die QSC AG ist es wichtig, Terminierungsleistungen zu erbringen, damit ihre eigenen Endkundenangebote erreichbar sind. Die mangelnde Erreichbarkeit von Endkundenanschlüssen, z.B. der NTR aus dem Mobilfunk, ist ein schwerwiegendes Problem für den Markterfolg der betreffenden Endkundenangebote.

### **Gewährung von Kollokation**

Wie bereits in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, wird die uneingeschränkte Verpflichtung zur Kollokation inkl. der Ex-Ante-Veröffentlichung der entsprechenden Konditionen sehr kritisch betrachtet. Nach unserer Auffassung ist diese Verpflichtung unnötig, um eine Zusammenschaltung sicher zu stellen. Gerade für kleinere Netzbetreiber wie die QSC AG, die an verschiedenen geografischen Punkten in Deutschland gerade genug Fläche für die eigenen Bedürfnisse angemietet haben, ist die Bereitstellung einer Kollokation nach dem Muster der T-Com aus administrativen und räumlichen Gründen in vielen Fällen unmöglich oder zumindest sehr aufwändig (Zugangskontrolle; „Untervermietung organisieren“ etc.). Alle diese Aufwände müssten dem Kollokation begehrenden Unternehmen in Rechnung gestellt werden können. Leider fallen jedoch, wie bereits dargestellt, erhebliche administrative Kosten allein für die prophylaktische Bereitstellung für mögliche Nachfrager inkl. der Erstellung und Pflege eines zu veröffentlichenden „Standardangebotes“ an, die – wenn kein Nachfrager eine Zusammenschaltung bzw. keine Kollokation begehrt – nicht ausgeglichen werden. Allein die Standorte der Kollokation von der Veröffentlichungspflicht auszunehmen, ist nicht geeignet, die administrativen Aufwände zu senken.

Eine Erfolg versprechende und für die Betroffenen aufwandsarme Lösung, wenn die Kollokationsverpflichtung grundsätzlich beibehalten werden soll, wurde in der mündlichen Verhandlung bereits skizziert:

- 1) Kollokation darf nicht missbräuchlich verweigert werden.

Damit ist einerseits die kostenintensive prophylaktische Bereitstellung von Kollokationsfläche abgewendet. Andererseits bleibt die Verpflichtung zur Kollokationsgewährung erhalten. Auf Grund der anzunehmenden Kollokationsersuchen zwischen alternativen TNB, die nicht gültlich geregelt werden, ist von einer verschwindend geringen Zahl tatsächlicher Beschwerdefälle bei der BNetzA auszugehen.

- 2) Keine Veröffentlichungspflicht für Kollokationsbedingungen.

Durch diese Regelung in Ziffer 3 werden die für viele mittlere und kleine Teilnehmernetzbetreiber höchst relevanten administrativen Aufwände, die durch die Veröffentlichungspflicht des Zusammenschaltungsangebots entstehen, abgesenkt, ohne dass tatsächlich Nachteile für die Zusammenschaltungsbegehrenden entstehen.

### **Nachträgliche Entgeltregulierung**



Die Nutzung der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß §§ 30 Abs. 1, 38 Abs. 2 bis 4 TKG halten wir in Anbetracht der faktisch fehlenden Marktmacht jedes einzelnen alternativen Teilnehmernetzbetreibers für sachlich korrekt und gerechtfertigt, so lange dies nicht als Präzedenzfall auch für marktmächtigen Mobilfunknetzbetreiber gelten soll.

## **(9) Stellungnahme der T-Com vom 02.12.2005**

### **I. Zahlreiche alternative Teilnehmernetzbetreiber sind nicht von der Regulierungsverfügung erfasst**

Wie bereits in der öffentlich mündlichen Anhörung dargelegt, möchten wir darauf hinweisen, dass neben den im Entwurf der Regulierungsverfügung genannten 52 Unternehmen weitere alternative Netzbetreiber (ANB) Terminierungsleistungen anbieten. Die Regulierungsverfügung hat deshalb auch diesen Unternehmen gegenüber zu ergehen (siehe die Auflistung der ANB in der Anlage).

### **II. Abweichung von genehmigten Entgelten**

Während der mündlichen Anhörung wurde vom Vertreter der Versatel-, bzw. Tropolys-Gruppe vorgetragen, dass historisch gewachsene, unterschiedliche Zusammenschaltungs- bzw. Entgeltstrukturen zwischen einzelnen Carriern bestünden. Diese sollten durch das beabsichtigte Diskriminierungsverbot und Transparenzgebot nicht aufgehoben werden. Diese Aussagen wurden vom Vertreter der Arcor bestätigt, die anderen anwesenden Vertreter der ANB widersprachen nicht. Die T-Com macht darauf aufmerksam, dass eine solche Preispolitik jedenfalls hinsichtlich der Terminierungsentgelte im Widerspruch zu den Vorgaben der BNetzA steht, die sie in ihren Anordnungen der sog. „nicht reziproken“ Terminierungsentgelte für ANB getroffen hat.

Die BNetzA hat den begünstigten ANB nämlich regelmäßig tenoriert, die Entgelte für die Leistungen ICP-B.1 und ICP-B.2, die sie in Zusammenschaltungsvereinbarungen mit anderen Netzbetreibern als der T-Com vereinbart hat, an die angeordneten Entgelte anzupassen. Außerdem hat sie ihre Anordnung der Entgelte unter den Vorbehalt des Widerrufs auch für den Fall gestellt, dass der begünstigte ANB die genannte Verpflichtung nicht erfüllt. Als Begründung führt die BNetzA zutreffend aus, dass es mit dem Gleichbehandlungsgebot unvereinbar sei, wenn ausschließlich die T-Com den Begünstigten für die Leistungen ICP-B.1 und ICP-B.2 höhere Entgelte zahlen müsste, nicht jedoch die übrigen mit dem jeweiligen Begünstigten unmittelbar zusammen geschalteten Netzbetreiber.

### **III. Wettbewerbsbehinderung der T-Com bzw. weiterer Anbieter**

Soweit die o.g. Netzbetreiber im bilateralen Verhältnis niedrigere Terminierungsentgelte abrechnen als gegenüber der T-Com bzw. weiteren Anbietern, so führt dieser Verstoß gegen das von der BNetzA auferlegte Gleichbehandlungsgebot zu Wettbewerbsbehinderungen der T-Com bzw. weiterer Anbieter sowohl auf dem Endkunden- als auch auf dem Vorleistungsmarkt.

Unter dieser Voraussetzung kann die T-Com bzw. können weitere Anbieter keine vergleichbar günstigen Tarife auf dem Endkundenmarkt anbieten wie die o.g. ANB untereinander, da die T-Com bzw. weitere Anbieter gezwungen sind, die Terminierung bei den o.g. ANB zu höheren (von der BNetzA festgelegten) Terminierungspreisen einzukaufen. Die o.g. Netzbetreiber können damit auf dem Endkundenmarkt infolge niedrigerer Vorleistungsentgelte günstigere Endkundenangebote anbieten.

Unter dieser Voraussetzung wird die T-Com bzw. werden weitere Anbieter in ihrer Wettbewerbssituation auch auf dem Vorleistungsmarkt behindert, da durch die erhöhten Vorleistungskosten beim Einkauf der Terminierung bei den o.g. ANB die T-Com bzw. weitere Anbieter auch Transitleistungen (z.B. T-Com-O.2) höher bepreisen müssen. Die o.g. Netzbetreiber, die sich unilateral niedrigere Entgelte berechnen, als im Rahmen der zuvor genannten

Beschlüsse festgelegt wurden, können hingegen Transitverkehr günstiger anbieten, da sie den Bestandteil der Gesprächsterminierung untereinander günstiger verkaufen.

Die Aussagen des Vertreters der Versatel- bzw. Tropolys-Gruppe sollten der BNetzA deshalb Veranlassung geben, die Umsetzung der Anordnung in den genannten Entgeltbeschlüssen zu überprüfen. Im Falle der Abrechnung nicht genehmigter Entgelte durch Netzbetreiber innerhalb der Versatel- bzw. Tropolys-Gruppe müssen die jeweiligen Entgeltgenehmigungen widerrufen werden.

#### **IV. Beibehaltung des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebotes**

Gerade aus den dargestellten Gründen ist die T-Com der Auffassung, dass das beabsichtigte Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot im Rahmen der Regulierungsverfügung beibehalten werden muss, um die beschriebenen Wettbewerbsnachteile zu vermeiden. Die ex post zu genehmigenden Entgelte müssen wie bislang einheitlich für alle ANB festgelegt sowie von den ANB transparent gemacht und diskriminierungsfrei an dritte Zusammenschaltungspartner weitergegeben werden.

#### **(10) Stellungnahme der ventelo GmbH vom 30.11.2005**

Die Ventelo GmbH bezieht im folgenden Stellung zum Entwurf einer Regulierungsverfügung für den oben beschriebenen Markt, der am 02. November 2005 zur Kommentierung auf der Website der BNetzA veröffentlicht worden ist.

##### **Zugangsgewährung**

Die Gewährung von Zusammenschaltung und die Erbringung von Terminierungsleistungen sind sinnvolle und realistische Maßnahmen, gegen deren Auferlegung keine sachlichen oder rechtlichen Gründe sprechen. Für die Ventelo GmbH ist es wichtig, Terminierungsleistungen zu erbringen, damit ihre eigenen Endkundenangebote erreichbar sind. Die mangelnde Erreichbarkeit von Endkundenanschlüssen, z.B. der NTR aus dem Mobilfunk, ist ein schwerwiegendes Problem für den Markterfolg der betreffenden Endkundenangebote.

##### **Gewährung von Kollokation**

Wie bereits in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, wird die uneingeschränkte Verpflichtung zur Kollokation inkl. der Ex-Ante-Veröffentlichung der entsprechenden Konditionen sehr kritisch betrachtet. Nach unserer Auffassung ist diese Verpflichtung unnötig, um eine Zusammenschaltung sicher zu stellen. Gerade für kleinere Netzbetreiber wie die Ventelo GmbH, die an verschiedenen geografischen Punkten in Deutschland gerade genug Fläche für die eigenen Bedürfnisse angemietet haben, ist die Bereitstellung einer Kollokation nach dem Muster der T-Com aus administrativen und räumlichen Gründen in vielen Fällen unmöglich oder zumindest sehr aufwändig (Zugangskontrolle; „Untervermietung organisieren“ etc.). Alle diese Aufwände müssten dem Kollokation begehrenden Unternehmen in Rechnung gestellt werden können. Leider fallen jedoch, wie bereits dargestellt, erhebliche administrative Kosten allein für die prophylaktische Bereitstellung für mögliche Nachfrager inkl. der Erstellung und Pflege eines zu veröffentlichenden „Standardangebotes“ an, die – wenn kein Nachfrager eine Zusammenschaltung bzw. keine Kollokation begehrt – nicht ausgeglichen werden. Allein die Standorte der Kollokation von der Veröffentlichungspflicht auszunehmen, ist nicht geeignet, die administrativen Aufwände zu senken.

Eine Erfolg versprechende und für die Betroffenen aufwandsarme Lösung, wenn die Kollokationsverpflichtung grundsätzlich beibehalten werden soll, wurde in der mündlichen Verhandlung bereits skizziert:

- 3) Kollokation darf nicht missbräuchlich verweigert werden.

Damit ist einerseits die kostenintensive prophylaktische Bereitstellung von Kollokationsfläche abgewendet. Andererseits bleibt die Verpflichtung zur Kollokationsgewährung erhalten. Auf

Grund der anzunehmenden Kollokationsersuchen zwischen alternativen TNB, die nicht gültig geregelt werden, ist von einer verschwindend geringen Zahl tatsächlicher Beschwerdefälle bei der BNetzA auszugehen.

4) Keine Veröffentlichungspflicht für Kollokationsbedingungen.

Durch diese Regelung in Ziffer 3 werden die für viele mittlere und kleine Teilnehmernetzbetreiber höchst relevanten administrativen Aufwände, die durch die Veröffentlichungspflicht des Zusammenschaltungsangebots entstehen, abgesenkt, ohne dass tatsächlich Nachteile für die Zusammenschaltungsbegehrenden entstehen.

### **Nachträgliche Entgeltregulierung**

Die Nutzung der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß §§ 30 Abs. 1, 38 Abs. 2 bis 4 TKG halten wir in Anbetracht der faktisch fehlenden Marktmacht jedes einzelnen alternativen Teilnehmernetzbetreibers für sachlich korrekt und gerechtfertigt, so lange dies nicht als Präzedenzfall auch für marktmächtigen Mobilfunknetzbetreiber gelten soll.

## **(11) Stellungnahme der wilhelm.tel GmbH vom 29.11.2005**

Für die wilhelm.tel GmbH als regional agierendem Teilnehmernetzbetreiber sind die geplanten Verpflichtungen mit unverhältnismäßig hohem administrativem und finanziellem Aufwand verbunden. Die geplanten Verpflichtungen stellen für die wilhelm.tel GmbH unangemessene Belastungen dar.

### **Zusammenschaltungsverpflichtung:**

Die Auferlegung einer Vorab-Verpflichtung zur Zusammenschaltung ist nicht angemessen. Im Rahmen der erforderlichen Abwägung sind auch vor der Auferlegung einer „Soll-Verpflichtung“ aus § 21 Abs. 3 TKG die Regulierungsziele zu berücksichtigen. Seitens der Bundesnetzagentur wird in der Regulierungsverfügung in den Gründen unter Ziff. 4 zutreffend ausgeführt, dass insbesondere die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG bei der Abwägung der „Soll-Verpflichtungen“ berücksichtigt werden müssen. Genau aus diesen Regulierungszielen ergibt sich aber, dass die strikte Vorab-Auferlegung der Zusammenschaltungsverpflichtung nicht angemessen ist.

### **Die Regulierungsziele**

- Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs
- Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte sowie
- Förderung effizienter Infrastrukturen

werden bei der Auferlegung der Verpflichtungen nicht hinreichend und angemessen berücksichtigt.

Erst durch die alternativen TNBs beginnt Wettbewerb im Ortsnetz. Sofern nun den alternativen TNBs quasi gleichlautende Verpflichtungen wie dem ehemaligen Monopolisten auferlegt werden, werden die Regulierungsziele nicht hinreichend in der erforderlichen Abwägung gewürdigt. Die Förderung wettbewerbsorientierter Märkte und die Förderung effizienter Infrastrukturen kann nur Erfolg haben, wenn gegenüber alternativen TNBs eine geringere Eingriffsintensität erfolgt, so dass weitere Investitionen ohne überflüssigen administrativen Aufwand erfolgen können.

Im Rahmen der mündlichen Anhörung am 16.11.05 hat die Beschlusskammer auf unseren Einwand, kleineren Teilnehmernetzbetreibern müssten Erleichterungen eingeräumt werden, selbst darauf hingewiesen, dass bei Unternehmen wie der wilhelm.tel auf Grund ihrer geringen Größe ohnehin nicht mit einer Nachfrage auf Zugangsgewährung zu rechnen sei.

Dies können wir nur dahingehend verstehen, dass eine „abstrakte Vorab-Verpflichtung“ weder geeignet noch erforderlich oder angemessen ist und daher dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widerspricht. Dies gilt um so mehr, als wilhelm.tel und andere TNBs ohnehin freiwillig zusammenschalten und sich damit gesetzeskonform verhalten (§ 16 TKG – Verpflichtung auf Unterbreitung eines Zusammenschaltungsangebotes bei Anfrage).

Sowohl das europäische als auch das deutsche Regulierungssystem verfolgt das Ziel einer Rückführung der Eingriffsintensität in den Markt. Dies zeigt insbesondere die Begründung des TKG-Entwurfs, Ziff. A. 2., BT-Drs. 15/2316, S. 55:

*„Zugleich sollen durch das Gesetz alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, unnötige Regulierung zu vermeiden. Dies steht im Einklang mit dem Ansatz des neuen europäischen Rechts einer technologieneutralen Regulierung aller elektronischen Kommunikationsdienste und -netze (Festnetz, Mobilfunk, Kabel etc.) sowie Zugangsberechtigungssysteme.“*

Die Grundintention des Gesetzgebers war es also, die Regulierung zurückzufahren, nicht sie auszudehnen. Dies spiegelt sich bspw. auch in der Bestimmung des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG wieder, nach der bspw. die Entgeltkontrolle ex post erfolgen soll, wenn erst aufgrund des TKG n.F. eine marktmächtige Stellung festgestellt wird. Folglich kann es kaum im Sinne des Gesetzgebers sein, unter dem neuen TKG gleichlautende Massenverfügungen zu erlassen – auch dann nicht, wenn diese nach Auffassung der Beschlusskammer ohnehin kaum praktische Auswirkungen auf die Betroffenen haben werden.

Fraglich ist daher, ob das TKG „abstrakte Vorab-Verpflichtungen“ bei kleinen, nicht vertikal integrierten Unternehmen überhaupt zulässt oder ob diesen nicht vielmehr nur dann eine Verpflichtung auferlegt werden kann, wenn der BNetzA jedenfalls konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Wettbewerb bzw. Wettbewerber behindert werden oder ein Marktversagen vorliegt. Unterstellt man diese Prämisse, so verlangt die Soll-Vorschrift des § 21 TKG jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt kein Tätigwerden der BNetzA.

Dass eine Soll-Bestimmung des TKG auch anders interpretiert werden kann, als dies die Beschlusskammer im Hinblick auf § 21 Abs. 3 TKG macht, zeigt der zutreffende Verzicht der Beschlusskammer, den alternativen TNBs auch eine getrennte Rechnungsführung aufzuerlegen (§ 24 TKG) bzw. Standardangebote abzugeben (§ 23 TKG). Auch bei diesen beiden Vorschriften handelt es sich um Soll-Bestimmungen im Falle der Feststellung der beträchtlichen Marktmacht.

Die Beschlusskammer argumentiert in Bezug auf die Nichtanwendung der Soll-Bestimmung des § 24 TKG damit, dass sie im *„Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens allerdings zu dem Ergebnis gekommen (sei), dass die Auferlegung einer solchen Verpflichtung (gemeint ist die getrennte Rechnungsführung) zur Erreichung dieser Zielsetzung (gemeint ist Verhinderung von unzulässigen Quersubventionierungen und Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot) nicht erforderlich ist und daher unverhältnismäßig wäre“*.

Zutreffend wird im Rahmen der Abwägung die mangelnde Erforderlichkeit und die damit einhergehende Unverhältnismäßigkeit einer Verfügung festgestellt, so dass die Beschlusskammer eine Nicht-Anwendung der Soll-Vorschrift erreicht. Es ist für unsere Mandantin nicht ersichtlich, weshalb dieses Argument nicht auch für andere Soll-Bestimmungen des TKG und somit auch für die Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 TKG Geltung beanspruchen kann. An der Erforderlichkeit mangelt es aufgrund fehlender Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten der betroffenen TNBs auch bei der abstrakten Vorab-Verpflichtung der Regulierungsverfügung. Eine solche Verpflichtung ist nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig, weshalb die Beschlusskammer trotz der Formulierung des § 21 Abs. 3 TKG als Soll-Bestimmung keine abstrakte Vorab-Verpflichtung auferlegen darf.

Dies gilt um so mehr, als die Zugangsrichtlinie in Art. 8 die nationalen Regulierungsbehörden verpflichtet, das Verhältnismäßigkeitsgebot bei der Auferlegung von besonderen Verpflichtungen einzuhalten, und damit den Regulierungsbehörden die Beweislast auferlegt, den diesbezüglichen Nachweis zu führen, ob die auferlegten Verpflichtungen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen. Generell offen bleibt für uns die Frage, welche drohende

Gefahr eines Wettbewerbsproblems vorliegen soll und ab welcher Schwelle der Gefahr des Eintritts eines Wettbewerbsproblems überhaupt eine Vorab-Verpflichtung angemessen erscheint. Die bloße Möglichkeit, dass ein Zugang verweigert oder diskriminierendes Verhalten an den Tag gelegt werden kann, kann hierzu nicht ausreichen. Die Beschlusskammer ist insofern eine Begründung, warum die Realisierung dieser abstrakten Gefahr wahrscheinlich oder zumindest möglich ist, schuldig geblieben.

#### **Kollokationsverpflichtung:**

Hinsichtlich der Kollokationsverpflichtung möchten wir ausdrücklich darauf hinweisen, dass es gerade bei kleineren Anbietern eine Einschränkung auf die bestehenden Kapazitäten geben muss. Anders als bei der Deutschen Telekom AG verfügen kleinere Anbieter gerade nicht über eigene Flächen, auf denen Outdoorboxen aufgestellt werden könnten, sondern mieten Kollokationsfläche je nach Bedarf an. Eine Vorhaltung von Flächen für eine rein hypothetische Nachfrage ist daher nicht verhältnismäßig und muss entfallen.

#### **Diskriminierungsverbot:**

In Anbetracht der bisher freiwillig und diskriminierungsfrei erfolgten Zugangsgewährung gegenüber Nachfragern erscheint die Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung als nicht angemessen.

Hier möchten wir insbesondere darauf hinweisen, dass es sich bei § 19 TKG um eine „Kann-Verpflichtung“ handelt, bei der das Ermessen der Beschlusskammer gerade nicht erheblich reduziert ist. Fraglich ist bereits, ob überhaupt ein Einschreiten der BNetzA erforderlich ist, da es keine Anhaltspunkte für diskriminierendes Verhalten im Rahmen von Zugangsvereinbarungen gegeben hat. Im Rahmen der erforderlichen Ermessensentscheidung hätte hier erst recht berücksichtigt werden müssen, dass es kein zu erkennendes Marktversagen oder eine Marktbehinderung durch die alternativen TNBs gibt, welche die Auferlegung einer Vorab-Verpflichtung rechtfertigen würden.

#### **Transparenzverpflichtung:**

Die Vorhaltung von Preisen im Extranet für potentielle Nachfrager begegnet erheblichen Bedenken und ist im Hinblick auf den damit verbundenen personellen und finanziellen Aufwand ebenfalls nicht angemessen. Dies gilt um so mehr, als es sich bei § 20 TKG ebenfalls um eine „Kann-Bestimmung“ handelt, bei der das Feststellen der beträchtlichen Marktmacht allein noch kein Einschreiten der Behörde rechtfertigt.

#### **Fazit:**

Der Ansatz, eine gleichlautende Verpflichtung für alle alternativen TNBs zu erlassen, erscheint in Anbetracht der doch gravierenden Unterschiede in der Größe der betroffenen Unternehmen nicht tragfähig. Vielmehr müssen die einzelnen alternativen TNBs individuell betrachtet werden, um graduelle Abstufungen in der Eingriffsintensität abbilden zu können. Nur so kann verhindert werden, dass kleinere Unternehmen administrative Aufwände treffen müssten, die zu keinem Zeitpunkt nachgefragt werden.

Wir bitten um Überprüfung der angewendeten Abwägungskriterien unter Berücksichtigung der tatsächlichen Marktsituation und der freiwilligen Zugangsgewährung durch die alternativen TNBs.

### **(12) Stellungnahme des vatm e.V. vom 02.12.2005**

Der VATM nimmt zu dem Konsultationsentwurf der BNetzA einer Regulierungsverfügung wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf den Märkten im Sinne von Nr. 9 der Märkteempfehlung der EU-Kommission (Az. BK 4d-05-016 bis 067 / R) wie folgt Stellung:

#### **1. Kollokationsverpflichtung**

Die uneingeschränkte Verpflichtung zur Kollokation verbunden mit der Pflicht zur Veröffentlichung der entsprechenden Konditionen betrachtet der VATM kritisch. Der Konsultationsentwurf lässt insoweit offen, aus welchen Gründen die Gewährung von Kollokation geeignet sein soll, das von der BNetzA angenommene Marktversagen zu beheben. Die Ausübung von Marktmacht durch Zugangsverweigerung ist durch eine Zugangspflicht zu beheben. – Weitergehende Maßnahmen (wie zum Beispiel Kollokation) sollten daher nur ergriffen werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Zugangspflicht allein nicht zur Behebung des Marktversagens führen kann. Darüber hinaus ist diese Verpflichtung jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn eine direkte Zusammenschaltung in den Kollokationsräumen der DTAG möglich ist. Insbesondere für kleinere Netzbetreiber, die an verschiedenen geografischen Punkten in Deutschland gerade genug Fläche für die eigenen Bedürfnisse angemietet haben, ist die Bereitstellung einer Kollokation nach dem Muster der DTAG aus administrativen und räumlichen Gründen in vielen Fällen unmöglich oder zumindest sehr aufwändig. Sollte die BNetzA dennoch an ihrer Auffassung festhalten, wären zumindest aufwandsärmere Lösungen anzustreben, um dem Verhältnismäßigkeitsaspekt Rechnung zu tragen.

## **2. Gleichbehandlungsverpflichtung**

Aus Sicht des VATM ist darüber hinaus die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung kritisch zu betrachten, da sie zu einer erheblichen Ausweitung der Regulierung alternativer Netzbetreiber führt. Ausweislich des Konsultationsentwurfs sieht die Beschlusskammer im Falle der Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung vor allem die Gefahr, dass sich unterschiedliche Bedingungen für die „regulierte“ Leistung in Abhängigkeit von der Verhandlungsmacht ergeben könnten. Der VATM ist in diesem Zusammenhang der Auffassung, dass dieser abstrakten Gefahr im Hinblick auf Preisbedingungen und auch auf alle übrigen Bedingungen hinreichend mit Mitteln der ex-post-Regulierung (nachträgliche Entgeltregulierung gemäß § 38 TKG und Missbrauchsaufsicht nach § 42 TKG) begegnet werden kann. Dieser Gesichtspunkt sollte im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung Berücksichtigung finden.

## **3. Transparenzverpflichtung**

Bedenklich erscheint auch die von der BNetzA beabsichtigte Auferlegung einer Transparenzverpflichtung. Zweck einer Transparenzverpflichtung ist es, solchen Unternehmen, die einen Zugang bzw. eine Zusammenschaltung nachfragen, zu ermöglichen, sich schnell und auf einfache Art und Weise Informationen über die einschlägigen Bedingungen verschaffen zu können und bestehende Informationsungleichgewichte zu beseitigen. Allein aus wirtschaftlichen Gründen können sich alternative Netzbetreiber nicht leisten, Zusammenschaltungsnachfragen abzulehnen, so dass in der Praxis einem Nachfrager die zur Zusammenschaltung erforderlichen Informationen nicht verweigert werden. In Ermangelung eines Informationsungleichgewichts ist daher eine Verpflichtung zur Veröffentlichung von Standardinformationen nicht notwendig. Sie würde zudem zu einer zusätzlichen, nicht unerheblichen Kostenbelastung für die betroffenen Wettbewerber führen, so dass von ihrer Auferlegung zwingend abzusehen ist.

### **(13) Stellungnahme der HEAG medianet GmbH vom 01.12.2005**

Hierbei nehmen wir zu den Punkten 4.3 Kollokation und 4.4 Gleichbehandlungspflicht eine zusätzliche zu den in der mündlichen Anhörung getätigten Aussagen ergänzende Kommentierung vor.

Als regional begrenzter Anbieter von Teilnehmeranschlüssen verfügt die HEAG MediaNet GmbH nur über begrenzte Möglichkeiten zur Kollokation am Standort der eigenen Vermittlungsstelle. Diese befindet sich nicht auf einer eigenen Liegenschaft, sondern in angemieteten Räumlichkeiten. Daher sind die Möglichkeiten, vor Ort für entsprechende Zusammenschaltungswünsche Ressourcen vorzuhalten, begrenzt. Auch die Möglichkeit entsprechende Flächen für Outdoor-Boxen zur Verfügung zustellen werden nicht durch die HEAG MediaNet

GmbH, sondern durch den Vermieter bzw. die Kommune bestimmt. Hierauf hat HEAG MediaNet GmbH keinen Einfluss.

An alternativen Zusammenschaltungsorten besteht nur die Möglichkeit entsprechende physikalische Zusammenschaltungen über Netzknoten des Übertragungsnetzes der HEAG MediaNet zur Verfügung zu stellen.

Falls, aufgrund unzureichender Mietfläche, ein anderer Ort als der Ort der Vermittlungsstelle von einem Anfrager zur Zusammenschaltung gewünscht wird, weisen wir darauf hin, dass ein entbündelter Zugang mit einheitlichen Zusammenschaltungsentgelten für die physikalische Zusammenschaltung aufgrund des nicht homogenen Netzes der MediaNet nur begrenzt möglich ist.

Je nach vor Ort vorhandener Übertragungstechnologie müssen unterschiedliche Zugangsrealisierungsentgelte für die Gewährleistung einer einheitlichen Qualität (gemäß den entsprechenden AKNN - Spezifikationen) angesetzt werden, so dass nur entsprechende einheitliche Entgeltinformationen für die Terminierungsleistungen, aber nicht für die physikalische Zusammenschaltung generell vorab getätigt werden können. Diese Entgelte können für die Fälle, in denen die Kapazität der sich zurzeit im Besitz der HEAG MediaNet GmbH befindlichen angemieteten Flächen nicht ausreichen, nur projektabhängig ermittelt werden.