

K&L Gates LLP Markgrafenstraße 42 10117 Berlin

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

Dr. Tobias Bosch  
tobias.bosch@klgates.com

T +49 30 220 029 410  
F +49 30 220 029 499

Unser Zeichen: 1500632.00004

Vorab per E-Mail: [BK3-Postfach@BNetzA.de](mailto:BK3-Postfach@BNetzA.de)

29. Mai 2015

### Geschwärzte Fassung

**BK 3h-14/114**

### Entwurf einer Regulierungsverfügung bezüglich des Bitstromzugangsmarkts

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Wilmsmann,  
sehr geehrter Herr Wieners,  
sehr geehrte Damen und Herren,

wir zeigen hiermit an, dass die Telekom Deutschland GmbH in dem von der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen („**BNetzA**“) durchgeführten Verwaltungsverfahren wegen der Auferlegung, Beibehaltung und der Änderung von Verpflichtungen auf den Märkten für „Massenprodukte auf der Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellter Zugang zu Teilnehmeranschlüssen“ (Markt Nr. 3b der Empfehlung 2014/710/EU) („**Bitstromzugang**“) durch die Deutschen Telekom AG vertreten wird. Die Deutsche Telekom AG hat uns mit der Wahrnehmung ihrer rechtlichen Interessen beauftragt (Telekom Deutschland GmbH und Deutsche Telekom AG im Folgenden einheitlich die „**Betroffene**“). Eine auf uns lautende Verfahrensvollmacht ist als **Anlage 1** beigefügt.

K&L Gates LLP ist eine Partnerschaft mit beschränkter Haftung nach US-amerikanischem Recht.

Dr. Martin von Albrecht, Klaus Banke, J.S.M. (Stanford), Kristina Bauschmidt, Dr. Bastian Bongertz, Dr. Tobias Bosch, J.S.M. (Stanford), Dr. Christian Büche, Dr. Carl Albrecht Claussen, Dr. Thomas Derlin, LL.M. (USYD), Dr. Till Fock, Dr. Georg Foerstner, Andreas Fuchs, LL.M. (Miami), Volker Gattringer, Dipl.-Kfm., Dr. Florens Girardet, LL.M. (UCT), Felix Greuner, Tobias Gries, LL.M. (Lund), Dr. Matthias Grund, LL.M. (London), Manfred Hack, LL.M. (Canterbury), Dr. Wilhelm Hartung, Dr. Christian Horn, LL.M. (Tulane), Dr. Rüdiger von Hülst, Dr. Christian Hullmann, Dr. Christof Hupe (auch Notar), Boris Kläsener, Dr. Thomas Lappe, Christoph Mank, Julia Karen Müller, Dr. Annette Mutschler-Siebert, M.Jur. (Oxon), Dr. Johann von Pachelbel, Claudius Paul, LL.M. (Chicago), Nicolas Roggel, Rainer Schmitt, Dr. Mathias Schulze Steinen, LL.M. (Helsinki), Dr. Frank Thomas.

DE-#1558052-v2-RegV\_Bitstrom\_Stellungnahme\_Konsultationsentwurf\_geschwärzt (DE-1558052 v2) 1500632-00004

Im Folgenden nehmen wir für die Betroffene im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 2015 zum Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung zum Bitstromzugang vom 28. April 2015 („Konsultationsentwurf“) Stellung.

#### **A. Vorbemerkung**

Zentraler Streitpunkt des vorgelegten Konsultationsentwurfs ist die Frage, ob die Layer-2-Bitstromzugangsentgelte einer Ex-ante-Entgeltregulierung unter Verwendung eines Bottom-up-Kostenmodells unterworfen werden sollen, wie dies der derzeitige Entwurf – die bisherige Rechtslage verschärfend – vorsieht. Wägt man die Regulierungsziele und die dahinter stehenden Grundrechte unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ab, kann die Antwort nur lauten, dass der Ansatz des Konsultationsentwurfs abzulehnen ist und stattdessen die Bitstromzugangsentgelte insgesamt nur einer Ex-post-Regulierung zu unterwerfen sind.

Dafür gibt es gute Gründe: Die zentrale Befürchtung der BNetzA ist, dass eine ordnungsgemäße Überprüfung der Layer-2-Bitstromentgelte bei Anwendung des Missbrauchsmaßstabs nach § 28 TKG entsprechend der bisherigen erfolgreichen Vorgehensweise bei IP BSA in Zukunft aufgrund einer Verdrängung der TAL durch Layer-2-Bitstrom nicht länger möglich wäre. Dieser Ansatz beruht jedoch auf grundsätzlich falschen tatsächlichen Annahmen, da – wie nachfolgend überzeugend dargelegt werden wird – auch am Ende des Geltungszeitraum die TAL weiterhin das vorherrschende Vorleistungsprodukt der Betroffenen sein wird. Auch ist im Falle einer Ex-post-Regulierung – wie bisher – eine ausreichende Wettbewerbskontrolle durch die Anwendung des Missbrauchsmaßstabs in Form der Preishöhenmissbrauchs nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG sowie durch die weiterhin anwendbaren Preis-Kosten-Scheren und Kosten-Kosten-Scheren sichergestellt, so dass nicht damit zu rechnen ist, dass es im Falle einer Ex-post-Regulierung zu relevanten Marktbeeinträchtigungen kommt. Auch die Verbraucherinteressen sind dadurch ausreichend geschützt, dass durch den erheblichen, auf dem Endkundenmarkt bestehenden Marktdruck – insbesondere wegen der Kabelnetzbetreiber – eine preisgünstige Versorgung der Nutzer mit den entsprechenden Breitbandtelekommunikationsleistungen unabhängig vom gewählten Regulierungsregime sichergestellt ist.

Entgegen der Annahme der Beschlusskammer eröffnet die Tatsache, dass bei einer Produkteinführung noch viele Unwägbarkeiten und Unsicherheiten bestehen, zudem offensichtlich die Möglichkeit, zunächst mit einer weniger starken Regulierung zu starten und – falls notwendig – zu einem späteren Zeitpunkt nachzusteuern. Das TKG stellt hierfür mit der Möglichkeit einer anlassbezogenen Überprüfung auch ausreichend Mittel bereit. Insofern ist es gerade nicht sinnvoll und notwendig – ohne die konkrete Marktentwicklung zu kennen – mit dem schärfsten Entgeltregulierungsregime zu beginnen, da dies vielmehr im Zweifel die Marktentwicklung des Layer-2-Bitstroms abwürgen und nicht fördern würde.



Vor allem würde eine Ex-ante-Entgeltregulierung der Layer-2-Bitstromentgelte aber massive Auswirkungen für den von der Betroffenen derzeit geplanten Breitbandausbau mit sich bringen. Zentrales Element der Ausbaustrategie der Betroffenen ist, dass sie in der Lage ist, die Preise für Layer-2-Bitstrom in gewissen Grenzen zu verhandeln und zur Auslastung ihrer Netze innovative Preismodelle – insbesondere Kontingentmodelle – verwenden zu können. Dieser Ansatz wird von der EU-Kommission geteilt, die explizit feststellt, dass es zur Förderung von effizienten Investitionen und Innovationen in Breitbandnetze von zentraler Bedeutung ist, dass die Betreiber, die in derartige Netze investieren, einen gewissen Preissetzungsspielraum haben, um testen zu können, wie die Preise angesichts der derzeitigen Marktunsicherheiten in Bezug auf die Nachfrage von Breitbanddiensten gestaltet sein müssen – einschließlich der Möglichkeit zur Vereinbarung besonderer Kooperationsmodelle. Dies wird jedoch vom Konsultationsentwurf konterkariert. Nach dem von der Beschlusskammer im Konsultationsentwurf vorgesehenen Ex-ante-Entgeltregulierungsregime wandert die Preissetzungshoheit von der Betroffenen zur BNetzA – langfristige, innovative Preismodelle, wie das Kontingentmodell sind unter diesem Entgeltregulierungsregime weder rechtlich noch wirtschaftlich möglich.

Sollte der Konsultationsentwurf in der derzeitigen Form umgesetzt werden – obwohl dafür rechtlich keine Notwendigkeit besteht – würde dies den von der Betroffenen geplanten Breitbandausbau in einem zentralen Eckpfeiler erschüttern, so dass dieser neu überdacht werden müsste.

## **B. Zugangsverpflichtung (zu Tenor Ziffer 1.1)**

In Bezug auf die im Tenor in Ziffer 1.1 vorgesehene Zugangsverpflichtung sind folgende Punkte anzumerken:

### **I. Abgrenzung zwischen Massenmarkt und Premiummarkt**

Der Konsultationsentwurf bedarf zunächst einer Klarstellung bzw. Ergänzung dahingehend, dass Markt Nr. 3b der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 9. Oktober 2014 (2014/710/EU) („**Märkteempfehlung**“) nur Wholesale-Produkte für den Massenmarkt umfasst. Dies geschieht in Abgrenzung zum Markt Nr. 4, der laut Explanatory Note zur Märkteempfehlung vom 9. Oktober 2014 (SWD(2014) 298) („**Explanatory Note**“) als Premiummarkt („Wholesale High Quality Access Market“) für besondere Qualitätsansprüche von Geschäftskunden definiert wird. Die Notwendigkeit der Einschränkung der Regulierungsverfügung des Marktes Nr. 3b auf Massenmarktprodukte ergibt sich direkt aus der Märkteempfehlung. Danach wird der Markt Nr. 3b als ein Markt „für Massenprodukte auf der Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellter Zugang zu Teilnehmeranschlüssen“ (Anhang zur Märkteempfehlung) definiert.

Entsprechendes folgt auch aus der Explanatory Note. Dort wird auf den S. 34 ff. ausführlich dargelegt, dass von zwei unterschiedlichen Endkundenmärkten auszugehen ist, näm-

lich einem Massenmarkt einerseits und einem Premiummarkt andererseits, der Geschäftskundenangebote mit typischen Anforderungen umfasst, was dann zu der entsprechenden Marktdefinition des Marktes Nr. 3b führt. In Abgrenzung dazu wird der Markt Nr. 4 als ein Markt beschrieben, der sich über die Produkteigenschaften von Mietleitungen definiert und andere Produkte einschließt, die als Substitute von Mietleitungen angesehen werden können. Dazu werden beispielhaft auf S. 50 der Explanatory Note Eigenschaften aufgelistet, die eine Einordnung in den Markt 4 nahelegen.

Vor diesem Hintergrund kommt dann auch die dem Konsultationsentwurf beiliegende Marktdefinition und Marktanalyse („**Konsultationsentwurf Marktdefinition**“) im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung zu dem Ergebnis, dass zwischen dem Massenmarkt und dem Premiummarkt zu unterscheiden sei und dass ausschließlich der Massenmarkt als korrespondierender Endkundenmarkt Gegenstand der Regulierung sei (Konsultationsentwurf Marktdefinition, S. 59). In diesem Zusammenhang erfolgt sogar eine konkrete Zuordnung der verschiedenen Breitbandtechnologien zu den jeweiligen Märkten (Konsultationsentwurf Marktdefinition, S. 36 ff.).

Diese Abgrenzung zwischen Massenmarkt und Premiummarkt wird aber im Tenor des Konsultationsentwurf nicht reflektiert: Bereits die Marktdefinition in der Fassung der Festlegung durch die Präsidentenkammer enthält keine derartige Einschränkung nicht. Gleiches gilt für den Zugangsanspruch nach Ziffer 1.1 des Tenors. Insbesondere der Tenor bedarf daher aber an dieser Stelle einer ausdrücklichen Einschränkung dahingehend, dass sich die Zugangsverpflichtung nur auf die Überlassung von breitbandigen Anschlüssen für den Massenmarkt – jedoch nicht den Premiummarkt – bezieht, um die insoweit eingeschränkte Reichweite der Regulierungsverfügung eindeutig darzustellen.

## II. **Keine Befassung mit der Möglichkeit zur Leistungsumstellung**

Der BNetzA ist aus den verschiedenen Regulierungsverfahren bekannt, dass die Betroffene eine vollständige Umstellung ihrer derzeitigen Telekommunikationsnetze auf ein „All-IP-Netz“ – auf Basis von Multi Service Access Nodes und Broadband Network Gateways – durchführt. In diesem Zusammenhang kommt es anschlussseitig unter anderem zu einer Einstellung der derzeitigen Layer-2-ATM-Plattform bis Ende 2018. Daneben erfolgt endkundenseitig eine Umstellung dahingehend, dass die Produktion von xDSL-Anschlüssen allein auf Basis der Annex-J-Technologie erfolgt, wohingegen keine Anschlüsse mehr mit Annex-B-Technologie (dazu zählen ADSL Stand Alone AxB, ADSL-shared- sowie ATM basierte SDSL Stand Alone-Produkte) realisiert werden. Damit die Altplattformen abgeschaltet werden können, muss zudem der Bestand an Annex-B-basierten Anschlussvarianten auf Null reduziert werden. Der geplante Zieltermin für die Abschaltung der betroffenen Altplattformen ist Ende 2018. Um dies zu erreichen, wird in Zukunft die Vertriebseinstellung sowie die Kündigung von Restbeständen von Produkten erfolgen, die auf der Annex-B-Technologie basieren. Die Betroffene wird grundsätzlich entsprechende Produktalternativen auf Basis der Annex-J-Technologie anbieten, soweit



nicht einzelne Produktarten aufgrund der technologischen Umstellung verschwinden (dies betrifft insbesondere die sogenannten Shared-Anschlüsse, da diese PSTN-basiert sind und die PSTN-Plattform abgeschaltet wird).

Der Konsultationsentwurf befasst sich nicht bzw. nur am Rande mit der Frage, ob diese Leistungsumstellungen im Rahmen der Zugangsverpflichtung gemäß Ziffer 1.1 des Tenors rechtlich möglich sind. Aus Sicht der Betroffenen ist dies der Fall. Ziffer 1.1 des Tenors ist sowohl für den Endkundenbereich als auch den Anschlussbereich technologie-neutral formuliert, da allgemein von „Anschlussnetzen“ sowie „Konzentrator- und Kernnetzen“ sowie von Layer-2-Bitstrom gesprochen wird. Daher bezieht sich der Zugangsanspruch – als Teilhabeanspruch – nach § 21 Abs. 2 TKG abstrakt nur auf den Zugang zu bestimmten Netzkomponenten, Netzeinrichtungen, Systemen oder Diensten als solchen und nicht auf bestimmte in diesem Zusammenhang verwendete Technologien oder angebotene Produkte. Der Zugangsanspruch soll insbesondere nicht dazu dienen, die Betroffene in ihrer Handlungsfreiheit in Bezug auf die technologische Weiterentwicklung ihrer Telekommunikationsnetze einzuschränken, sondern nur dafür Sorge tragen, dass generell entsprechende Angebote verfügbar sind.

Damit ist die Betroffene durch den Konsultationsentwurf regulatorisch nicht beschränkt, die soeben beschriebenen Leistungsumstellungen sowohl anschlussseitig als auch endkundenzeitig im Rahmen der bestehenden Verträge vorzunehmen. Aufgrund der praktischen Wichtigkeit dieser Frage, wäre es jedoch aus Sicht der Betroffenen sinnvoll, wenn die BNetzA dies explizit im Konsultationsentwurf zum Ausdruck bringen würde.

### III. Verfügbare Kapazität

Klarzustellen sind weiterhin die Ausführungen der BNetzA zur verfügbaren Kapazität auf S. 21 f. des Konsultationsentwurfs.

Ausgangspunkt ist, dass eine Verpflichtung zum Kapazitätsausbau nicht besteht (vgl. nur den Wortlaut des § 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG, BVerwGE 114, 160, 187, 188, 192, OVG Münster MMR 2002, 566, 567, VG Köln, MMR 2007, 198, 199 (da nicht entscheidungserheblich offen gelassen von BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2010, Az.: 6 C 22.08, Rn. 21); *Mayen*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl., § 21 Rn. 43). Soweit teilweise vertreten wird, dass in Ausnahmefällen ein reguliertes Unternehmen zum Netzausbau verpflichtet werden könne soll dies auf Fälle beschränkt sein, in denen ansonsten die auferlegte Verpflichtung ins Leere liefe; zudem müsse dann das mit einem Kapazitätsausbau verbundene (wirtschaftliche) Risiko dann beim Nachfrager liegen (vgl. nur *Neumann/Thomaschki*, in: Säcker, TKG, 3. Aufl., § 21 Rn. 78 ff.). Richtigerweise ist eine Kapazitätsausbauverpflichtung jedoch abzulehnen, da eine solche in unzulässiger Weise in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen sowie die Wettbewerbsmöglichkeiten ihrer Konkurrenten fördern würde (*Mayen*, in: Scheurle/Mayen, a.a.O., § 21 Rn. 44).

Zulässig sind vielmehr allein Umbauten im Netz, die zur Leistungserbringung erforderlich sind. Insofern hat die Beschlusskammer hinsichtlich der Leistung KVz-AP entschieden (BNetzA, Beschluss vom 25. Februar 2014, Az.: BK 3d-13/056, S. 68), dass weder eine Verpflichtung der Betroffenen besteht, eine neue TAL zu errichten, noch ein Anspruch der Zugangsnachfrager auf die Errichtung von Access-Nodes. Diese Vorgaben gelten dann aber auch selbstverständlich im Rahmen der Bitstromzugangsleistung.

Angesichts des geplanten umfassenden Netzausbaus durch die Betroffene besteht auch keine Gefahr einer mangelnden Erschließung durch das Layer-2-Bitstromzugangsprodukt. Vielmehr wird am Ende des Netz-Roll-outs eine umfassende deutschlandweite Abdeckung für das Layer-2-Zugangsprodukt bestehen. Dies haben wir ausführlich im Standardangebotsverfahren BK3d-15/003 dargelegt. Soweit an einem einzelnen Standort dann aufgrund wachsender Kapazitäten die Frage aufkommt, ob ein neuer MSAN aufgebaut werden soll, wird die Betroffene dann anhand der erwarteten zukünftigen Nachfrage und der erwarteten Wirtschaftlichkeit prüfen, ob es sinnvoll ist, einen neuen MSAN aufzubauen. Diese Entscheidung wird von der Betroffenen in ihrem Regelprozess diskriminierungsfrei durchgeführt. Eine Verpflichtung zu einem unrentablen Ausbau besteht jedoch nach den Vorgaben der BNetzA nicht und kann von den Beigeladenen auch nicht gefordert werden.

Insofern geht die Betroffene davon aus, dass die BNetzA von ihren bisherigen Aussagen im Rahmen ihrer Ausführungen auf S. 21 f. des Konsultationsentwurfs nicht abweichen wollte und regt daher an, dies nochmals klarzustellen.

#### **C. KPI / Monitoring (zu Tenor Ziffer 1.3 und 1.4)**

Die BNetzA geht im Rahmen des Konsultationsentwurfs zutreffenderweise davon aus, dass die Auferlegung eines Konzepts der Gleichwertigkeit des Outputs („EoO-Konzept“) im vorliegenden Fall ausreichend ist, wohingegen die Anordnung eines Konzepts der Gleichwertigkeit des Inputs („EoI-Konzept“) aufgrund der damit verbundenen Belastungen für die Betroffene unverhältnismäßig wäre. Entgegen dem Vortrag der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung vom 11. Mai 2015 sind die in Ziffer 1.4 des Tenors aufgeführten Bereiche der Leistungsbereitstellung auch ausreichend weit gefasst, um ein angemessenes KPI-Monitoring durchführen zu können. Insoweit ist weder die Hinzufügung eines KPI „Techniker-Resource“ noch eine weitere Detaillierung der KPI im Rahmen des Konsultationsentwurfs erforderlich. Bei der Ausgestaltung des zukünftigen KPI-Regimes wird zudem einer ausreichenden Definition der Mitwirkungspflichten der Zugangsnachfrager und deren Einhaltung eine zentrale Bedeutung zukommen. Diese sollten daher auch konkret gemessen und in die KPI-Betrachtung miteinbezogen werden. Soweit die KPI ebenfalls die gegenüber dem Retail-Bereich der Betroffenen erbrachten Leistungen umfassen sollen, ist darauf hinzuweisen, dass dies grundsätzlich möglich ist. Allerdings muss eine ausreichende Vergleichbarkeit bestehen, was im Einzelfall geprüft werden muss. Schließlich können unternehmensbezogene KPI nur an die BNetzA übermittelt werden,



nicht jedoch generell veröffentlicht werden. Dies gilt für die einzelnen Wholesale-Kunden der Betroffenen ebenso wie für die Betroffene selbst.

Im Einzelnen:

## I. Kein Equivalence of Input

Zu Recht lehnt die BNetzA die Auferlegung eines EoI-Konzeptes ab und lässt ein EoO-Konzept ausreichen, weil eine Gleichwertigkeit des Input zur Erreichung der Regulierungsziele nicht erforderlich sowie insgesamt unverhältnismäßig ist.

Ziffer 1.4 des Tenors geht zurück auf die Empfehlung der Kommission vom 11. September 2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen (2013/466/EU) („**Nichtdiskriminierungsempfehlung**“). Empfehlungen stellen dabei keine verbindlichen Rechtsakte dar. Gemäß Art. 19 Abs. 1 Rahmenrichtlinie sowie § 123a TKG ist Empfehlungen lediglich „weitestgehend Rechnung zu tragen“. Inhalt und Umfang der Berücksichtigungspflicht ist dabei überaus umstritten, eine materielle Befolgungspflicht besteht jedoch in keinem Fall (vgl. dazu ausführlich *Berger-Kögler/Cornils*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl., § 35 Rn. 80 ff.). Insbesondere ist eine „empfehlungskonforme“ Auslegung contra legem ausgeschlossen.

Die Nichtdiskriminierungsempfehlung dient unter anderem zur Spezifizierung des allgemeinen Diskriminierungsverbots nach Art. 10 der Zugangsrichtlinie. Um die Gleichwertigkeit des Zugangs zu sichern, empfiehlt die Kommission in Ziffer 7 der Nichtdiskriminierungsempfehlung grundsätzlich die Anwendung eines EoI-Konzepts. Sollte ein solches Konzept jedoch unverhältnismäßig sein, soll stattdessen ein EoO-Konzept zur Anwendung kommen (Ziffer 9 der Nichtdiskriminierungsempfehlung). Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sollen dabei insbesondere die folgenden Erwägungen berücksichtigt werden:

- Umstellungskosten;
- Möglichkeit eines Verzichts auf eine Entgeltregulierung bei Verwendung des EoI-Konzepts;
- Effekt auf Innovation und Wettbewerb;
- freiwillige Verpflichtungen; sowie
- Anzahl und Größe der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht.

Unter Berücksichtigung dieser Faktoren sowie der allgemeinen Verhältnismäßigkeitserwägungen erweist sich im vorliegenden Fall allein die Verwendung eines EoO-Konzepts als verhältnismäßig.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein EoO-Konzept ausreicht, um eine Chancengleichheit des Zugangs zu gewährleisten. Auch die Nichtdiskriminierungsempfehlung geht davon aus, dass ein EoO-Konzept, das durch ein KPI-Monitoring flankiert ist, ein geeignetes Mittel darstellt, das Diskriminierungsverbot durchzusetzen und hält ein EoI-Konzept nur insofern (abstrakt) für vorrangig, als davon ausgegangen werden kann, dass die Anordnung eines EoI-Konzepts verhältnismäßig wäre. Insofern sind beide Methoden grundsätzlich geeignet, das Diskriminierungsverbot umzusetzen, wobei das EoI-Konzept die sicherere, aber auch belastendere Methode darstellt und daher vor dem Hintergrund der betroffenen Grundrechte nur dann Anwendung finden kann, wenn nicht die Verwendung des EoO-Konzepts ausreichend ist.

Bei Anwendung der in der Nichtdiskriminierungsempfehlung aufgeführten Prüfungspunkte ergibt sich jedoch, dass die Anordnung eines EoI-Konzepts unverhältnismäßig wäre:

- Dies folgt bereits daraus, dass mit der Einführung eines EoI-Konzepts Umstellungskosten in erheblichem Umfang verbunden wären. Der Retail-Bereich der Betroffenen nutzt derzeit ausschließlich gebündelte Leistungen und verwendet ein separates Bestellsystem. Bei Einführung eines EoI-Konzepts müsste die Betroffene daher ihr komplettes Bestellsystem auf das den Zugangsnachfragern zur Verfügung stehende WITA-System umstellen. Dies würde geschätzt einen zwei- bis dreistelligen Millionenbetrag kosten und mehrere Jahre dauern und im Rahmen der Einführung im Zweifel zu erheblichen Friktionen sowohl bei der Betroffenen als auch bei den Zugangsnachfragern führen.
- Weiterhin ist von der Einführung eines EoI-Konzepts auch kein zusätzlicher Effekt in Bezug auf Wettbewerb und Innovation zu erwarten. So hat die Betroffene in den letzten Jahren freiwillig mehrere Tools eingeführt (DSL-Quickcheck) sowie die Einführung weiterer Tools angestoßen (Termintool), durch die eine entsprechende Diskriminierungsfreiheit zusätzlich abgesichert und transparent gemacht wird. Zudem ist die Betroffene, wie in der mündlichen Verhandlung erörtert, derzeit dabei das Backend der Bestellsysteme für Retail und Wholesale zu vereinheitlichen. Dieses Projekt soll 2016 bzw. 2017 abgeschlossen sein mit dem Ergebnis, dass die Bestellungen dann zwar über unterschiedliche Frontends entgegengenommen aber im Anschluss technisch einheitlich – und damit ohne Zweifel vollkommen diskriminierungsfrei – verarbeitet werden würden. Insofern besteht dann ein für Wholesale und Retail vollkommen einheitliches Produkt- und Serviceportfolio. Die Betroffene hat damit insgesamt, wie die BNetzA selbst feststellt, einen vermittelnden Weg zwischen einem EoI- und EoO-Ansatz eingeschlagen und bewegt sich damit freiwillig in Richtung eines EoI-Konzepts. Die Einführung eines vollumfänglichen EoI-Konzepts – insbesondere im Hinblick auf ein vereinheitlichtes Frontend



für Bestellungen – würde demgegenüber keine weiteren Vorteile für den Wettbewerb mit sich bringen und zudem erhebliche Ressourcen blockieren, die anderweitig dringender benötigt werden und damit sogar Innovationen hemmen.

- Daneben ist zu berücksichtigen, dass die Betroffene die beschriebenen Weiterentwicklungen in Bezug auf die Einführung von EoI und EoO Elementen bislang freiwillig angestoßen hat. Auch vor diesem Hintergrund ist daher die regulatorische Anordnung eines EoI-Konzeptes nicht erforderlich.

Damit lässt sich zusammenfassend feststellen, dass die bei der Einführung eines EoI-Konzeptes zu erwartenden Umstellungskosten und der zu erwartende Umstellungsaufwand in keinem Verhältnis zu dem damit gewonnenen zusätzlichen Diskriminierungsschutz stünde – da davon kein relevanter zusätzlicher Effekt in Bezug auf Wettbewerb und Innovation zu erwarten wäre – weshalb die Einführung eines EoI-Konzeptes im vorliegenden Fall als unverhältnismäßig abzulehnen ist.

## II. Keine Aufnahme weiterer KPI

Entgegen dem Vortrag der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung vom 11. Mai 2015 sind die in Ziffer 1.4 des Tenors aufgeführten Bereiche der Leistungsbereitstellung auch ausreichend weit gefasst, um ein angemessenes KPI-Monitoring zu ermöglichen. Insoweit ist weder die Hinzufügung eines KPI „Techniker-Resource“ noch eine weitere Detaillierung der KPI im Rahmen der Regulierungsverfügung erforderlich.

So ist zunächst die Einführung eines KPI „Techniker-Resource“ abzulehnen. Nach unserem Verständnis des Vortrags der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung soll dieser KPI den Inhalt haben, dass im Hinblick auf bestimmte Leistungselemente (z.B. Schaltungen oder Entstörungen) auf Basis verschiedener Parameter eine Anzahl von Techniker-Ressourcen ermittelt wird, die die Betroffene dann vorhalten muss und deren ausreichende Vorhaltung dann über den KPI gemessen wird.

Dagegen spricht bereits, dass es den Beigeladenen auch bei einem KPI „Techniker-Resource“ sachlich um die Einhaltung der primären Leistungspflichten durch die Betroffene geht. Die entsprechenden primären Leistungspflichten sind jedoch bereits vom von der BNetzA in Ziffer 1.4 des Tenors aufgeführten KPI-Regime umfasst. Die Einführung eines zusätzlichen KPI würde damit inhaltlich keinen Mehrwert mit sich bringen und zudem nicht das messen, worum es in der Sache geht. Vielmehr bringt die Tatsache, dass es sich um einen „abgeleiteten“ KPI handelt, dessen Berechnung viele komplexe Faktoren zugrunde liegen, offensichtlich großes Fehlerpotential mit sich; zudem würde ein entsprechender KPI künftige Entwicklungen, z.B. eine Steigerung der Prozess-Effizienz, nicht abbilden. Dieses Fehlerpotential würde einen derartigen KPI entwerten und nicht verwendbar machen. Insofern ist nicht annähernd klar, wie ein KPI „Techniker Resource“ ausgestaltet sein sollte, damit er sinnvoll eingesetzt werden könnte und zu verwertbaren Ergebnissen

führen würde. Vielmehr erscheint es nicht machbar, einen entsprechenden KPI so aufzusetzen, dass er eine sinnvolle Bewertung in Bezug auf das geplante Ziel einer effizienten und ordnungsgemäßen Leistungserbringung erlauben würde.

Daneben würde ein KPI „Techniker-Ressource“ auch unzulässig in die Personalhoheit der Betroffenen eingreifen. Über einen derartigen KPI würde die Betroffene nämlich (faktisch) gezwungen, die entsprechende Anzahl an „Techniker Ressourcen“ zu beschäftigen. Zudem würde über die Definition des KPI sogar faktisch in die Arbeitsabläufe der Betroffenen eingegriffen werden, da die Betroffene auch insoweit gezwungen wäre, die entsprechenden, bei der Festlegung der KPI zugrunde gelegten Vorgaben (z.B. Termine pro Tag) einzuhalten, um den KPI zu erfüllen. Derartige Vorgaben greifen aber offensichtlich in unverhältnismäßiger Weise in Grundrechte der Betroffenen aus Art 12 Abs. 1 und 14 GG ein, da es sich dabei um einen intensiven Eingriff handeln würde, obwohl das eigentlich Ziel deutlich einfacher und mit milderer Mitteln erreicht werden könnte.

Auch die geforderte weitere Detaillierung der KPI im Rahmen des Konsultationsentwurfs scheidet aus. Diese hat vielmehr erst im Standardangebotsverfahren zu erfolgen. Richtigerweise wird im Rahmen einer Regulierungsverfügung entsprechend des Gesetzeswortlauts nur die Gleichbehandlungsverpflichtung als solcher festgesetzt. Eine weitergehende Spezifizierung dieser Verpflichtung wird in diesem Zusammenhang nicht vorgenommen (vgl. nur *Geppert/Attendorn*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 19 Rn. 18). Dies hat dann aber auch im Hinblick auf das KPI-Regime zu gelten. Hier orientiert sich die BNetzA beim Konsultationsentwurf richtigerweise an dem Wortlaut von Ziffer 20 der Nichtdiskriminierungsempfehlung. Mehr ist nicht erforderlich.

Zudem erscheint eine spezifische Anordnung von KPI im Rahmen der Regulierungsverfügung inhaltlich nicht sinnvoll möglich. Voraussetzung für die Definition der einzelnen KPI ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Prozessen und Leistungen der Betroffenen. Diese erfolgt unter dem TKG aber nicht im Rahmen der Regulierungsverfügung, sondern bei der Festsetzung des Standardangebots. In der Regulierungsverfügung werden nur abstrakt die Verpflichtungen auferlegt, die vom regulierten Unternehmen einzuhalten sind. Die Umsetzung dieser Verpflichtungen erfolgt dann in nachfolgenden Regulierungsverfahren. In Bezug auf die konkrete Leistungserbringung durch die Betroffene sind dies Zugangs- und Standardangebotsverfahren. Dort wird der Inhalt der Leistungen des regulierten Unternehmens näher bestimmt und an dieser Stelle hat dann auch eine Festlegung der konkret anwendbaren KPI zu erfolgen. Dies zeigt sich auch daran, dass im Standardangebotsverfahren zum L2-BSA-Zugangsprodukt (Az.: BK 3d-15/003) die KPI bereits umfassend diskutiert wurden. Demgegenüber würde das Konsultationsverfahren offensichtlich überfrachtet, wenn in diesem Zusammenhang eine detaillierte Festlegung der KPI erfolgen würde.



### III. Ausgestaltung des KPI-Regimes

Bei der Ausgestaltung des zukünftigen KPI-Regimes wird zudem einer ausreichenden Definition der Mitwirkungspflichten der Zugangsnachfrager und deren Einhaltung eine zentrale Bedeutung zukommen. Diese sollten daher konkret gemessen und in die KPI-Betrachtung miteinbezogen werden. Soweit die im Standardangebotsverfahren festzusetzenden KPI auch die von der Betroffenen gegenüber ihrem Retail-Bereich erbrachten Leistungen umfassen sollen, ist darauf hinzuweisen, dass dies nur dort möglich ist, wo eine ausreichende Vergleichbarkeit besteht. Schließlich sollten die KPI nur an die BNetzA übermittelt nicht jedoch generell veröffentlicht werden müssen.

#### 1. Mitwirkungspflichten der Zugangsnachfrager

Bereits an dieser Stelle ist im Hinblick auf die in der mündlichen Verhandlung geführte Qualitätsdiskussion darauf hinzuweisen, dass es für den Erfolg des zukünftigen KPI-Regimes zentral darauf ankommt, dass die dazugehörigen Mitwirkungspflichten der Zugangsnachfrager miteinbezogen und deren Einhaltung ebenfalls gemessen wird.

Wie bereits im Standardangebotsverfahren zum L2-BSA-Zugangsprodukt (Az.: BK 3d-15/003) mehrfach ausführlich erörtert, hängt die Einhaltung eines Großteils der in Betracht kommenden KPI nicht allein von der Betroffenen ab, sondern ebenfalls vom (ordnungsgemäßen) Verhalten des Zugangsnachfragers und/oder des ihm zuzurechnenden Endkunden. So hängt z.B. bei der TAL die ordnungsgemäße Bereitstellung eines Anschlusses zentral von der ordnungsgemäßen Planung, der Einhaltung einer ausreichenden Vorlaufzeit sowie einem ordnungsgemäßen Einlastverhalten durch den Zugangsnachfrager ab. Dasselbe gilt auch für die Entstörung der TAL: Auch hier führt eine höhere Vorprüfqualität seitens der Kunden zu einer deutlich besseren Performance bei der Entstörung. Diese Mitwirkungspflichten müssen dann aber im Rahmen des KPI-Regimes dergestalt berücksichtigt werden, dass diese Teil des Gesamt-KPI der Betroffenen werden und eine Nichteinhaltung von KPI durch die Betroffene, die auf einer Verletzung der Mitwirkungspflichten durch den Zugangsnachfrager beruht, nicht in die Beurteilung mit einfließen. Zudem sollte die Einhaltung der Mitwirkungspflichten durch die Zugangsnachfrager (einschließlich der ihm zuzurechnenden Endkunden) ebenfalls in Form von KPI gemessen werden, damit die BNetzA insgesamt einen Marktüberblick bekommt.

#### 2. Einbeziehung des Retail-Bereichs der Betroffenen

Weiterhin sieht Ziffer 1.4 des Tenors vor, dass die KPI sowohl für den Wholesale-Bereich als auch den Retail-Bereich der Betroffenen zu messen und zu veröffentlichen seien. Dies entspringt dem Grundgedanken des Diskriminierungsverbots, das in § 19 Abs. 2 TKG gerade eine Gleichwertigkeit zwischen interner und externer Behandlung fordert. Die Um-

setzung setzt in Bezug auf die KPI nach allgemeinen Grundsätzen jedoch voraus, dass eine Vergleichbarkeit in Bezug auf die im jeweiligen KPI gemessenen Leistungen und Prozesse besteht. Dies ist in jedem Einzelfall bei der konkreten Definition der KPI zu prüfen und entsprechend festzulegen. Insofern geht die Betroffene davon aus, dass mit zunehmender Angleichung der Backend-Systeme – wie oben beschrieben – eine bessere Vergleichbarkeit gegeben sein wird (z.B. beim Buchungsvorlauf). Es gibt aber auch Fälle, in denen eine Vergleichbarkeit nicht gegeben ist und in Zukunft auch nicht gegeben sein wird. So sind beispielsweise für den Retail-Bereich der Betroffenen keine Bereitstellungsfristen oder Kundenwunschtermine vorgesehen. Diesen Unterschieden muss Rechnung getragen werden.

Vor diesem Hintergrund regen wir an, in Ziffer 1.4 des Tenors eine Klarstellung – entsprechend den gesetzlichen Vorgaben – dahingehend aufzunehmen, dass die KPI für den Retail-Bereich der Betroffenen nur insoweit zu ermitteln und vorzulegen sind, wie vergleichbare KPI gemessen werden können. Ist dies nicht der Fall sind die KPI logischerweise nur für den Wholesale-Bereich der Betroffenen zu bestimmen.

### **3. Übermittlung der KPI nur an die BNetzA**

Weiterhin sind die KPI nur an die BNetzA – sowie im Rahmen der jeweiligen Verträge ggf. den Zugangsnachfragern – zu übermitteln, nicht jedoch generell zu veröffentlichen. Auch dies ist in Ziffer 1.4 des Tenors klarzustellen.

Hintergrund der Einführung des KPI-Regimes ist, dass damit die Einhaltung der Nichtdiskriminierungsverpflichtung durch die Betroffene von der BNetzA effektiver überprüft werden kann (so ausdrücklich Ziffer 19 der Nichtdiskriminierungsempfehlung). Daher ist eine Übermittlung der KPI an die BNetzA sinnvoll und geboten. Zusätzlich hat eine Übermittlung an die Zugangsnachfrager in dem Umfang zu erfolgen, wie die KPI Teil der entsprechenden Zugangsvereinbarung sind. Demgegenüber ist kein weitergehendes Interesse der Allgemeinheit erkennbar, warum monatlich sämtliche KPI generell veröffentlicht werden sollten. Vielmehr handelt es sich bei diesen Angaben um interne Unternehmenswerte, die Betriebes- und Geschäftsgeheimnisse darstellen und für die eine Veröffentlichung ausscheidet. Dies gilt sowohl für die KPI, die sich auf den Retail-Bereich der Betroffenen beziehen, als auch für die Wholesale-KPI, bei denen die konkreten Werte für einzelne Wettbewerber gemessen werden, und die daher vertraulich zu behandeln sind. Denkbar ist insoweit allenfalls die Veröffentlichung von aggregierten Gesamtmarkt-KPI, die die Werte des gesamten Marktes einschließlich des Retailbereichs der Betroffenen zusammenfassen. Auch für derartige Gesamtmarkt-KPI muss aber jeweils ein spezifisches regulatorisches Interesse an einer Information der Allgemeinheit vorliegen, damit eine Veröffentlichung zulässig wäre. Ein solches ist aber grundsätzlich nicht ersichtlich und kann allenfalls in einem Ausnahmefall bestehen.



**D. Getrennte Rechnungsführung (zu Tenor Ziffer 1.6)**

Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde darüber diskutiert, ob aufgrund der nunmehr vorgesehenen regionalisierten Regulierung des Layer-3-Bitstrommarktes eine Änderung oder Anpassung von Ziffer 1.6 des Tenors erforderlich sei. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Ziffer 1.6 des Tenors regelt die Verpflichtung der Betroffenen zur getrennten Rechnungsführung und beschränkt diese mit dem Verweis auf Ziffer 2.2 auf den Bereich, für den eine nachträgliche Entgeltregulierung vorgesehen ist. Im Hinblick auf die Layer-3-Bitstromentgelte bedeutet dies, dass sich diese Verpflichtung nicht auf die 15 – ausweislich des nunmehr der Europäischen Kommission zur Konsolidierung vorgelegten Entwurfs jetzt 20 – Städte bezieht, für die im Konsultationsentwurf ein ausreichender Wettbewerb festgestellt wurde („**Städte mit ausreichend Wettbewerb**“). Dieser Ansatz der BNetzA ist nicht zu beanstanden, da sich Regulierungsverpflichtungen sachlogisch nur auf den regulierten Bereich beziehen können. Ziffer 1.6 des Tenors muss daher nicht verändert werden.

Diese Einschränkung der getrennten Rechnungsführung bedeutet dabei zudem nicht, dass die BNetzA keine Unterlagen aus dem nicht-regulierten Bereich in ihre Betrachtung mit einbeziehen kann, sondern führt allein dazu, dass die der getrennten Rechnungsführung zugrundeliegende Prüfung der Verletzung des Diskriminierungsverbots und der Quersubventionierung auf den regulierten Bereich beschränkt ist. Soweit allerdings für diese Prüfung die Heranziehung von Unterlagen aus dem nicht-regulierten Bereich – insbesondere in Hinblick auf die Städte mit ausreichend Wettbewerb – erforderlich ist, können diese Unterlagen daher herangezogen werden. Dies war auch bisher schon der Fall z.B. im Hinblick auf Endkundenentgelte. Wann dies erforderlich ist, kann dabei nicht generell festgestellt werden, sondern ist im Einzelfall zu bestimmen.

**E. Standardangebotsverpflichtung (zu Tenor Ziffer 1.8)**

In Bezug auf die im Tenor in Ziffer 1.8 vorgesehene Standardangebotsverpflichtung ist diese nicht für ATM-Bitstrom anzuordnen. Die vorgesehene Verpflichtung ist daher entsprechend zu beschränken. Zudem ist im Tenor klarzustellen, dass die Vorlagefrist – entsprechend den gesetzlichen Vorgaben sowie entsprechend der Begründung des Konsultationsentwurfs – drei und nicht zwei Monate beträgt.

Der Konsultationsentwurf bezieht auch den Transport und die Übergabe von Bitstrom auf der Grundlage der ATM-Technologie ein und hält dafür ausdrücklich die Standardangebotsverpflichtung aufrecht, obwohl von der Beschlusskammer selbst eingeräumt wird, dass es sich hierbei um ein auslaufendes Produkt handle, weshalb die Erneuerung des Standardangebots nicht erforderlich sei.

Die Auferlegung einer ATM-Standardangebotsverpflichtung ist aus Sicht der Betroffenen jedoch ermessensfehlerhaft, weil sie ersichtlich nicht erforderlich ist, da keine allgemeine Nachfrage für dieses Produkt besteht. Die Betroffene bietet ATM-Bitstrom seit beinahe 7 Jahren auf der Grundlage eines Standardangebots an (die 2. Teilentscheidung für ein ATM-Bitstrom-Standardangebot erging am 20. August 2008). Der ATM-Bitstrom ist seitdem von keinem einzigen Wholesale-Kunden in Anspruch genommen worden. Danach ist es aber offensichtlich und unzweifelhaft, dass für den ATM-Bitstrom keine allgemeine Nachfrage besteht (dafür müsste es jedenfalls einen Nachfrager geben, vgl. *Gepfert/Attendorf* in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 23 Rn. 33ff.). Vielmehr besteht dafür überhaupt keine Nachfrage.

Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich, dass bei der Auferlegung einer Standardangebotsverpflichtung im Rahmen einer Regulierungsverfügung die Erforderlichkeit einer solchen Verpflichtung zu prüfen ist (BVerwG, Urteil vom 14.12.2011, Az.: 6 C 36/10, Rn. 44 ff.). Auch die BNetzA hat in der Vergangenheit im Rahmen der Beibehaltung einer Standardangebotsverpflichtung Feststellungen zum Bestehen einer allgemeinen Nachfrage getroffen (BNetzA, Beschluss vom 22. April 2009, BK3 d-08/023, S. 48). Die BNetzA ist also nicht berechtigt, eine Zugangsleistung für die unstreitig keine (allgemeine) Nachfrage besteht, weiterhin der Regulierung zu unterwerfen. ATM-Bitstrom ist damit von der Standardangebotsverpflichtung auszunehmen.

Daneben ist im Tenor klarzustellen, dass die Vorlagefrist drei (und nicht zwei) Monate beträgt. Die Drei-Monatsfrist folgt bereits aus dem Wortlaut von § 23 Abs. 1 TKG. Auch die Begründung des Konsultationsentwurfs spricht von drei Monaten, so dass es sich bei dem anderslautenden Tenor um einen Schreibfehler handeln dürfte.

#### **F. Entgeltregulierung (zu Tenor Ziffer 2)**

Der Konsultationsentwurf sieht in Ziffer 2.1 vor, dass die Entgelte für Layer-2-Bitstromzugangsleistungen der Ex-ante-Entgeltgenehmigung nach § 31 TKG auf Basis der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung („KeL“) unterworfen werden sollen, wohingegen die Entgelte im Übrigen – also insbesondere für Layer-3-Bitstromzugangsleistungen – weiterhin nach § 38 TKG ex post reguliert werden sollen. Ergänzend sieht der Konsultationsentwurf vor, dass – soweit im Rahmen der KeL-Regulierung Investitionswerte auf Basis von Tagesneupreisen ermittelt werden – dies nach der in Ziffer 30 ff. der Nichtdiskriminierungsempfehlung empfohlenen Methode (Bottom-up-Modell) zu erfolgen habe.

Aus Sicht der Betroffenen ist die im Konsultationsentwurf vorgesehene Ex-ante-Entgeltregulierung nicht sachgerecht und erweist sich im Rahmen der vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Berücksichtigung der Regulierungsziele weder als erforderlich noch als angemessen. Vielmehr ist die Ex-post-Entgeltregulierung auch für



Layer-2-Bitstromzugangsleistungen ausreichend geeignet, um die Regulierungsziele zu erreichen, und damit als milderer Mittel vorzuziehen.

Im Einzelnen:

#### I. **Entscheidung zwischen Ex-ante und Ex-post-Entgeltregulierung**

Bei § 30 TKG handelt es sich um die zentrale Schalthorm für die Regulierung von Zugangsentgelten. Auf der Grundlage dieser Norm wird die Entscheidung getroffen, welche Adressaten welcher Form der Entgeltregulierung unterliegen – insbesondere ob die Entgelte eines regulierten Unternehmens ex-ante oder ex-post reguliert werden. Dabei handelt es sich bei der Ex-ante-Entgeltregulierung – sowohl verfahrensseitig als auch wegen des damit verbundenen Regulierungsmaßstabs – unstrittig um den deutlich intensiveren Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen.

Dem Wortlaut nach schreibt § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG dabei zunächst eine Ex-ante-Entgeltregulierung als Regelfall für Entgelte vor, die für nach § 21 TKG auferlegte Zugangsleistungen von einem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht verlangt werden. Abweichend davon kann die BNetzA nach § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG derartige Entgelte der nachträglichen Regulierung nach § 38 oder nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen. Eine legislative Vorstrukturierung im Sinne eines intendierten Ermessens mit einem Regelfall einerseits sowie einer exekutiven Abweichungsbefugnis andererseits ist in diesem Zusammenhang deswegen problematisch, weil unionsrechtlich eine derartige Systematisierung nicht vorgegeben ist, weshalb die Kommission zur Vorgängervorschrift im TKG-2004 auch ein entsprechendes Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet hatte (vgl. dazu ausführlich *Kühling*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 30 Rn. 13 ff.). Auch das Bundesverwaltungsgericht ist in seiner Leitentscheidung insoweit von einem umfassenden, nicht vorstrukturierten Regulierungsermessen der BNetzA ausgegangen (BVerwG, Urteil vom 2. April 2008, Az.: 6 C 15.07, Rn. 65 ff.).

Vor diesem Hintergrund wurde auch in der Gesetzesbegründung der TKG-Novelle 2012 klargestellt (BT-Drs. 17/5707, S. 60), dass in § 30 TKG „die bisher gesetzlich vorstrukturierten Entgeltregulierungsstufen im Hinblick auf den europarechtlich vorgesehenen Ermessensspielraum der Regulierungsbehörden ergebnisoffen ausgestaltet“ sind. Die nach § 30 TKG zu treffende Auswahlentscheidung steht damit im uneingeschränkten Regulierungsermessen der BNetzA (*Kühling*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 30 Rn. 20).

Die BNetzA hat dabei im Rahmen ihres Regulierungsermessens eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Berücksichtigung der Regulierungsziele vorzunehmen. Dabei muss sie die gegebenenfalls konfigrierenden Regulierungsziele und die dahinter stehenden Grundrechte der Beteiligten unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu einem

angemessenen Ausgleich zu bringen (vgl. nur *Kühling*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 30 Rn. 11). Die BNetzA darf daher nur die jeweils erforderliche Form der Entgeltregulierung anordnen. Zeigt sich im Rahmen der durchgeführten Ermessensprüfung, dass die schwächeren Formen der nachträglichen Überprüfung der Entgelte zur Erzielung der Regulierungsziele gleichermaßen geeignet erscheint, scheidet die Verpflichtung zu Ex-ante-Entgeltgenehmigung aus.

Dies folgt auch aus § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG der verlangt, dass die Regulierung auf das Mindestmaß beschränkt wird, das zur Herstellung von wirksamem und nachhaltigem Wettbewerb erforderlich ist (*Säcker*, in: ders., a.a.O., § 2 Rn. 23) sowie aus Verfassungsrecht. Jede Entgeltregulierung ist ein (intensiver) Eingriff in die durch die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit bzw. die Freiheit der Preiserhebung für beruflich erbrachte Leistungen (*Mayen* in: Scheuerle/Mayen, a.a.O., § 30 Rn. 10 ff. mit weiteren Nachweisen). Durch die Entgeltregulierung wird die Betroffene zudem in ihrer durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Dispositionsfreiheit hinsichtlich ihres Eigentums beschränkt, da die Entgeltregulierung sie daran hindert, anderen die Nutzung ihres Privateigentums nur zu den von ihr bestimmten Bedingungen zu gewähren (*Kühling*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 30 Rn. 10; BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2011, 6 C 36/10, Rn. 34; BVerwG, NVwZ 2001, 1399, 1407).

Aus dem Gesagten folgt, dass die Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht in jeden Einzelfall besonders gerechtfertigt sein muss. Eine Ex-ante-Entgeltregulierung kommt daher nur in besonderen Fällen in Betracht, insbesondere wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit wiederholten wettbewerbswidrigen Verhaltens besteht und dadurch erheblicher und nicht reversibler Schaden entstehen könnte (*Geppert/Berger-Kögler*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 38 Rn. 12). Lassen sich solche Gründe nicht darlegen, muss das mildere Mittel der Ex-post-Regulierung gewählt werden.

Die Prüfung hat dabei unter Heranziehung der verschiedenen in Betracht kommenden Entgeltregulierungssysteme und deren Auswirkungen im konkreten Einzelfall auf die die verschiedenen Regulierungsziele zu erfolgen. Die Wahl der unterschiedlichen Entgeltregulierung darf dabei nicht auf lediglich abstrakte Erwägungen gestützt werden. Die Auferlegung des schärferen Mittels der Ex-ante-Regulierung kommt dabei nur in Betracht, wenn die BNetzA nachgewiesen hat, dass eine Ex-post-Regulierung nicht ausreicht (*Groebel*, in: Säcker, a.a.O., § 20 Rn. 24b).

Diesen Maßstäben werden die Erwägungen im Konsultationsentwurf nicht gerecht, weshalb diese abzulehnen sind.



## II. Geeignetheit der Ex-post-Regulierung

Das Gebot der Geeignetheit verlangt den Einsatz solcher Mittel, mit deren Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann (vgl. nur *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 1. Aufl., § 40 Rn. 234).

Bereits nach den gesetzlichen Vorgaben ist eine Ex-post-Entgeltregulierung, ebenso wie eine Ex-ante-Entgeltgenehmigungspflicht, grundsätzlich als geeignet anzusehen, die gesetzlichen Vorgaben zu erfüllen (vgl. nur BVerwG, Urteil vom 2. April 2008, Az.: 6 C 15.07, Rn.67). Daran bestehen auch vorliegend keine Zweifel, bedenkt man, dass Layer-2-Bitstromzugang bislang einer Ex-post-Regulierung unterlag und eine solche Regulierung auch weiterhin von der BNetzA selbst im Konsultationsentwurf für Layer-3-Bitstromzugang anerkannt wird.

## III. Erforderlichkeit lediglich der Ex-post-Regulierung

Die BNetzA argumentiert im Rahmen des Konsultationsentwurfs, dass lediglich die Auferlegung einer Ex-ante-Entgeltregulierung dem Gebot der Erforderlichkeit entsprechen würde. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden.

Mit dem Gebot der Erforderlichkeit wird festgelegt, dass keine Maßnahme über das zur Verfolgung ihres Zwecks notwendige Maß hinausgehen darf. Eine Regelung darf nicht weiter gehen, als der mit ihr intendierte Schutzzweck reicht. Erforderlich ist eine Maßnahme dann nicht, wenn das Ziel der staatlichen Maßnahme auch durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden kann, das das betreffende Grundrecht nicht oder deutlich weniger fühlbar einschränkt (vgl. nur *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, a.a.O.). Vorliegend ist jedoch eine Ex-post-Regulierung zur Erreichung der Regulierungsziele ausreichend, weshalb die im Konsultationsentwurf vorgesehene Ex-ante-Entgeltregulierung nicht erforderlich und damit nicht verhältnismäßig ist.

### 1. Fehlerhafte Bewertung der Erforderlichkeit

Fehlerhaft ist in diesem Zusammenhang zunächst die Grundannahme der Beschlusskammer in Bezug auf die Erforderlichkeit, dass auch die Anwendung der Missbrauchskontrolle (faktisch) Überschreitungen der KeL-Preise vollständig begegnen müsse (Konsultationsentwurf, S. 52). Dies verkennt aber, dass die Einhaltung der KeL-Preise nicht das Ziel der Regulierung sind. Vielmehr ist die Festsetzung von KeL-Preisobergrenzen ein Regulierungsmittel zur Optimierung der Regulierungsziele. Richtigerweise ist daher allein zu überprüfen, ob die Maßstäbe einer Missbrauchskontrolle als milderem Überprüfungsmaßstab, dessen Anwendung der Betroffenen und dem Markt größeren Handlungsspielraum und größere

Flexibilität bei der Preisfindung überlässt, im konkreten Fall ausreichend sind, um die Regulierungsziele zu erfüllen.

Insofern basiert der Konsultationsentwurf auch auf einer grundlegend falschen Annahme bzw. einer nicht durchgeführten Prognose der BNetzA hinsichtlich der Marktentwicklung während des relevanten Regulierungszeitraums – insbesondere im Hinblick auf die voraussichtliche Bedeutung des zukünftigen Layer-2-Bistromprodukts der Betroffenen – die zu grundlegenden Fehlannahmen der BNetzA im Hinblick auf die wesentlichen Regulierungsziele führt. Die BNetzA geht ohne nähere Analyse davon aus, dass der Layer-2-Bitstromzugang innerhalb des Regulierungszeitraums die TAL als das vorrangig im Markt nachgefragte Vorleistungsprodukt ablösen werde (Konsultationsentwurf, S. 52). Weitergehende Annahmen über die Marktentwicklungen werden nicht getroffen. Wie anhand der eigenen Prognosen der Betroffenen nachfolgend dargelegt werden wird, wird der Layer-2-Zugang den entbündelten TAL-Zugang in den – für die Regulierungsentscheidung einzig relevanten – kommenden drei Jahren jedoch nicht verdrängen. Vielmehr ist nicht davon auszugehen, dass der Layer-2-Bitstromzugang innerhalb des Wholesale-Produktportfolios der Betroffenen in diesem Zeitpunkt die von der Beschlusskammer behauptete überragende Bedeutung einnehmen wird.

Daneben kommt man auch bei der konkreten Prüfung und Abwägung der verschiedenen Regulierungsziele zu dem Ergebnis, dass eine Ex-post-Regulierung zur Erreichung der Regulierungsziele ausreichend geeignet und daher als gleich wirksames, milderer Mittel einer Ex-ante Entgeltregulierung vorzuziehen ist.

## **2. Unzutreffende Annahmen der BNetzA zum Sachverhalt**

Die BNetzA geht im Rahmen der Prüfung, welcher Entgeltregulierungsmaßstab anzuwenden ist, von verschiedenen Annahmen über die weitere Marktentwicklung während des relevanten Regulierungszeitraums aus. Grundannahme ist zunächst, dass die beiden Bitstromzugangsmärkte von hohen und langfristigen Marktzutrittsschranken gekennzeichnet seien und es daher auch auf längere Sicht nicht erkennbar sei, dass Marktkräfte die Marktmacht der Betroffenen erodieren könnten (Konsultationsentwurf S. 46, 48 f.). Auf dem Vorleistungsmarkt komme es dann im Anschluss an die Einführung des Layer-2-Bitstromzugangprodukts durch die Betroffene bereits während des regulatorisch relevanten Zeitraums dazu, dass der Layer-2-Bitstromzugang zum zentralen Vorleistungsprodukt der Betroffenen aufsteige und die TAL in erheblichem Maße verdränge. Daraus ergebe sich insbesondere ein erhebliches Quersubventionierungspotential, falls keine KeL-Regulierung erfolge.



Hier erweist sich der Konsultationsentwurf als grundsätzlich fehlerhaft, da die grundlegende Annahme der weitgehenden Verdrängung der TAL durch Layer-2-Bitstrom unzutreffend ist.

Unzutreffend ist dabei insbesondere die – dem Konsultationsentwurf zentral zugrunde liegende – Annahme der BNetzA, dass es im Anschluss an die Einführung des Layer-2-Bitstromzugangsprodukts durch die Betroffene bereits während des regulatorisch relevanten Zeitraums dazu komme, dass der Layer-2-Bitstromzugang zum zentralen Vorleistungsprodukt der Betroffenen aufsteige und die TAL in erheblichem Maße verdränge. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Die Betroffene stellt nicht in Abrede, dass sich der Vorleistungsmarkt im Regulierungszeitraum durch die geplante Einführung des Layer-2-Bitstromzugangsprodukts verändern wird. Die Betroffene bestreitet ebenso wenig, dass der Vectoring-Ausbau ein wichtiger Faktor der zu erwartenden Veränderungen auf dem Vorleistungsmarkt sein wird. Dieser Wandel auf dem Vorleistungsmarkt wird sich nach Einschätzung der Betroffenen jedoch bei Weitem nicht in dem Umfang und so schnell einstellen, wie die Beschlusskammer dies im Konsultationsentwurf annimmt. Der Vectoring-Ausbau und die Migration der Wettbewerber auf andere Vorleistungsprodukte der Betroffenen wird sich vielmehr über einen weitaus längeren Zeitraum erstrecken als von der BNetzA behauptet. Die Betroffene geht davon aus, dass der Layer-2-Bitstromzugang auch am Ende der Regulierungsperiode nicht das vorrangig nachgefragte Vorleistungsprodukt sein wird. Das wird vielmehr weiterhin – mit erheblichem Abstand – die TAL sein.



Aus dieser Prognose der Betroffenen ergibt sich, dass der Layer-2-Bitstromzugang auch am Ende des Regulierungszeitraums zum Jahresende 2018 nicht das führende Vorleistungsprodukt der Betroffenen sein wird. Vielmehr wird Layer-2-Bitstrom auch am Jahresende 2018 noch deutlich weniger nachgefragt sein als die TAL (in ihren unterschiedlichen Produktvarianten) und ebenfalls deutlich weniger als die unterschiedlichen IP-Bitstrom- und WIA-Zugangsprodukte der Betroffenen.

Die Betroffene ist, wie die Diskussion in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11. Mai 2015 gezeigt hat, nicht der einzige Marktteilnehmer, der von einer bleibenden Bedeutung der TAL in der kommenden Regulierungsperiode ausgeht. So haben in der Verhandlung insbesondere die Verbände BUGLAS und BREKO betont, die TAL sei noch lange nicht „erledigt“, sondern bleibe für einen absehbaren Zeitraum ein relevantes Vorleistungsprodukt, weshalb die zunehmende Bedeutung von Layer-2-Bitstrom im Konsultationsentwurf nicht richtig dargestellt werde. Auch die Wettbewerber der Betroffenen haben in der öffentlichen mündlichen Verhandlung ausgeführt, die TAL bleibe für sie auch in Zukunft eine wichtige Vorleistung. Der These der Beschlusskammer, die HVt-TAL werde sich am Ende des Regulierungszeitraums „erledigt“ haben, hat sich soweit ersichtlich keiner der Wettbewerber ausdrücklich angeschlossen. Der Markt geht vielmehr erkennbar davon aus, dass der Bedeutungszuwachs von Layer-2-Bitstrom eher langfristiger Natur ist.

Soweit der Konsultationsentwurf die Entscheidung für eine Ex-ante-Regulierung mit der vermeintlichen Verschiebung zwischen den Vorleistungsprodukten der Betroffenen während der Regulierungsperiode begründet und behauptet, der Layer-2-Bitstromzugang müsse, weil er die TAL ablöse, den gleichen Regulierungsmaßstäben wie die TAL unterworfen werden, entbehrt diese Behauptung – was den Regulierungszeitraum angeht – einer tatsächlichen Grundlage und ist daher als grundlegend fehlerhaft zurückzuweisen.

Insofern wäre es auch fehlerhaft, den Prognosezeitraum über die dreijährige Regulierungsperiode auszudehnen und mit einer weit in der Zukunft erwarteten Entwicklung zu argumentieren. Diese Auffassung lässt sich mit den gesetzlichen Grundlagen der Regulierungsverfügung nicht vereinbaren.

Wie oben dargestellt, ist der Betrachtungszeitraum der Marktanalyse auf drei Jahre beschränkt. Die Beschlusskammer darf ihrer Regulierungsentscheidung daher ausschließlich eine Prognose der Marktentwicklung der kommenden drei Jahre zugrunde legen – andernfalls würde sie sehenden Auges zur Überregulierung greifen.



Rechtlich gefordert ist daher ein Regulierungsansatz, der den Besonderheiten der kommenden Regulierungsperiode Rechnung trägt. Die kommende Regulierungsperiode ist aber für den Layer-2-Bitstromzugang der Zeitraum der Markteinführungsphase, der schrittweise erfolgenden Etablierung und des allmählichen Bedeutungszuwachses. Gerade in dieser Einschwingphase muss die Entgeltregulierung soweit möglich zurückgenommen werden. Der Konsultationsentwurf sieht indes eine Regulierung für den Layer-2-Bitstromzugang vor, als handle es sich bei ihm bereits ab dem 1. Januar 2016 um ein voll am Markt etabliertes Vorleistungsprodukt. Dies ist jedoch abzulehnen, zumal die BNetzA im Falle einer Ex-post-Regulierung in der „offenen Markteinführungsphase“ jederzeit über das Institut der anlassbedingten Überprüfung nachsteuern kann.

Die BNetzA hat damit im Rahmen des Konsultationsentwurfs den zugrundeliegenden Sachverhalt nicht ausreichend ermittelt und ist daher von grundsätzlich fehlerhaften Annahmen ausgegangen. Bei Berücksichtigung der zutreffenden Sachlage ist das Entgeltregulierungsregime zu ändern und eine Ex-post-Entgeltregulierung auch für Layer-2-Bitstromzugang anzunehmen (vgl. dazu auch nachfolgend unter Ziffer F.V).

#### **IV. Ex-ante-Entgeltregulierung im Hinblick auf die Regulierungsziele nicht erforderlich**

Wie oben dargestellt, muss im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung weiterhin anhand der einzelnen Regulierungsziele des § 2 TKG geprüft werden, ob eine Ex-ante-Entgeltgenehmigungspflicht erforderlich ist. Entgegen der im Konsultationsentwurf geäußerten Auffassung ergibt aber gerade eine Betrachtung dieser Regulierungsziele im Einzelnen, dass eine nachträgliche Missbrauchskontrolle der Layer-2-Zugangsentgelte ausreicht.

##### **1. Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen**

Das Regulierungsziel der Nutzer- und Verbraucherinteressen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG wird gewahrt, wenn sich die BNetzA bemüht, eine quantitativ und qualitativ hochwertige und preisgünstige Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen sicherzustellen (Säcker, in: ders., a.a.O., § 2 Rn. 2). Dieses Regulierungsziel ist im Zusammenhang mit der in § 30 TKG vorzunehmenden Abwägung im Wesentlichen in Bezug auf eine preisgünstige sowie qualitativ hochwertige Versorgung der Endkunden relevant. Das Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG ist betroffen, wenn eine Reduzierung der Regulierungsintensität von ex-ante zu ex-post potentiell zu höheren Preisen für die Nutzer der entsprechenden Telekommunikationsdienstleistungen führen würde (BVerwG, Urteil vom 2. April 2008, Az.: 6 C 15.07, Rn. 71). Damit ist jedoch nicht zu rechnen.

Insoweit ist vorab zu betonen, dass das Regulierungsziel der Nutzer- und Verbraucherinteressen nicht ausschließlich eine Senkung der Endkundenpreise zum Ziel hat, sondern auch die Qualität der Telekommunikationsdienstleistungen in den Blick nimmt. Ein zügiger und möglichst großflächiger Breitbandausbau – der im Falle einer Ex-ante-Regulierung nicht gewährleistet ist - ist daher ein zentrales Element der Wahrung der Verbraucherinteressen. Im Einzelnen wird insoweit auf die Ausführungen zur Beschleunigung des Breitbandausbaus unter Ziffer F.IV.4 verwiesen. Die Beschlusskammer beschränkt ihre Abwägung insofern unzulässigerweise auf den Teilaspekt der preisgünstigen Versorgung der Verbraucher mit Telekommunikationsdienstleistungen.

Die Beschlusskammer argumentiert in diesem Zusammenhang damit, dass die Erfahrungen mit Layer-3-Bitstromzugang und Resale-DSL der Betroffenen sowie auf anderen regulierten Märkten gezeigt hätten, dass spürbare Absenkungen der Entgelte zu durchschnittlich niedrigeren Endkundenpreisen geführt hätten, was dann aber auch für den „Layer-2-Endkundenmarkt“ gelte. Zudem würden sich die Betroffene und die Bitstromnachfrager insbesondere in den verdichteten Regionen jedenfalls teilweise einem Wettbewerbsdruck durch die Kabelnetzbetreiber ausgesetzt sehen, weshalb es sich die Anbieter nicht leisten könnten, Einsparungen beim Einkauf des Bitstromzugangsprodukts nicht an die Endkunden weiterzugeben. Im Ergebnis sei die Höhe der Endkundenentgelte damit im hohen Maße von den Vorleistungsentgelten abhängig. Wegen ihrer beträchtlichen Marktmacht bestünde damit die Gefahr, dass die Betroffene überhöhte Entgelte für Layer-2-Bitstrom verlangen würde, wobei – so die BNetzA selbst – allerdings die empirische Bestätigung dieser theoretischen Einsicht wegen bestimmter Besonderheiten der Endkundenmärkte auf gewisse Plausibilitätserwägungen beschränkt seien.

Diese Argumentation erweist sich aus folgenden Gründen als fehlerhaft: Die Beschlusskammer führt selbst ausdrücklich die positiven Erfahrungen bei Layer-3-Bitstromzugang und Resale DSL an. Beide Zugangsleistungen sind derzeit jedoch ex-post-reguliert und die entsprechende Regulierung wird von der Beschlusskammer im Konsultationsentwurf als ausreichend erachtet. Zudem argumentiert die Beschlusskammer mit einer erfolgenden Absenkung der Layer-2-Zugangsentgelte im Falle einer Ex-ante-Entgeltregulierung. Auch hierfür fehlen jedoch jegliche Nachweise. Bereits dies spricht klar gegen eine Ex-ante-Regulierung des Layer-2-Bitstromzugangs. Ansonsten würde die Beschlusskammer die von ihr selbst angeführten positiven Erfahrungen mit der Ex-post-Kontrolle bei IP BSA ignorieren.

Daneben recurriert die Beschlusskammer zutreffend auf den erheblichen Wettbewerbsdruck, der derzeit auf den Endkundenmärkten durch die Kabelnetzbetreiber ausgeübt wird. Dieser führt aber, wie die Beschlusskammer selbst feststellt, dazu, dass die Betroffene sowie die Layer-2-Bitstromnachfrager entsprechend tarifierte, marktgerechte Endkundenangebote anbieten werden müssen, um am Endkun-



denmarkt kompetitiv zu sein – und zwar unabhängig davon, ob die jeweiligen Vorleistungsentgelte ex-ante- oder ex-post-reguliert werden. Für das Regulierungsziel der Nutzer- und Verbraucherinteressen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG ist es vor diesem Hintergrund damit aber vollkommen gleichgültig, ob die Layer-2-Vorleistungsentgelte einer Ex-ante- oder einer Ex-post-Regulierung unterliegen, da nach der zutreffenden Analyse der BNetzA in jedem Fall aufgrund des großen Marktdrucks der Kabelnetzbetreiber auf dem Endkundenmarkt eine preisgünstige Versorgung der Nutzer mit den entsprechenden Breitbandtelekommunikationsleistungen sichergestellt ist (zum ausreichenden Schutz der Zugangsnachfrager insbesondere vor Kosten-Kosten-Scheren und Preis-Kosten-Scheren vgl. unten Ziffer F.IV.2).

Weiterhin stellt die Beschlusskammer selbst fest, dass eine empirische Überprüfung ihrer Annahmen zur Ex-ante-Regulierung im vorliegenden Fall nicht möglich ist. Für die Anordnung einer Ex-ante-Regulierung der Layer-2-Zugangsleistung statt einer Ex-post-Regulierung ist es jedoch zwingend erforderlich, dass in Bezug auf Endkundenentgelte durch die schärfere Regulierung ein eindeutiger, substantiell positiver Effekt festgestellt werden kann – ansonsten ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit die Ex-post-Regulierung ausreichend (vgl. dazu bereits ausführlich oben unter F.III.2). Da die Beschlusskammer einen solchen Effekt jedoch nach eigenen Aussagen ausdrücklich nicht ermitteln kann, ist eine Ex-post-Regulierung aus Sicht des Regulierungsziels des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG als ausreichend anzusehen.

Die Beschlusskammer trägt damit bei der Prüfung des Regulierungsziels der Nutzer- und Verbraucherinteressen lediglich solche Argumente vor, die für eine Entgeltregulierung als solche – bzw. eine Ex-post-Regulierung – sprechen, vermag jedoch die Notwendigkeit einer Ex-ante-Regulierung der L2-BSA-Zugangsleistungen an keiner Stelle darzulegen. Insbesondere folgt aus dem erheblichen auf dem Endkundenmarkt bestehenden Marktdruck, dass eine preisgünstige Versorgung der Nutzer mit den entsprechenden Breitbandtelekommunikationsleistungen unabhängig vom gewählten Regulierungsregime sichergestellt ist.

Das Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG spricht damit nach dem eigenen Vortrag der Beschlusskammer für eine Ex-post- und nicht eine Ex-ante-Regulierung der Layer-2-Bitstromentgelte.

## **2. Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs**

Im Rahmen des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist zu prüfen, welchen Einfluss die Wahl der jeweiligen Entgeltregulierungsform auf den Wettbewerb und damit insbesondere auf die anderen Marktteilnehmer hat. Von Bedeutung ist damit insbesondere die

marktstrukturelle Bedeutung der jeweiligen Leistungen und Preise sowie das mögliche Abweichungspotential im Falle einer Ex-ante-Entgeltregulierung unter Anwendung des KeL-Maßstabs einerseits sowie einer Ex-post-Entgeltregulierung unter Anwendung des Missbrauchsmaßstabs andererseits zusammen mit den jeweiligen Marktauswirkungen des herangezogenen Entgeltmaßstabs.

Diesbezüglich argumentiert die BNetzA im Konsultationsentwurf zunächst dahingehend, dass die beiden Bitstromzugangsmärkte (Layer 2 und Layer 3) von hohen und langfristigen Marktzutrittsschranken gekennzeichnet seien und es daher auch auf längere Sicht nicht erkennbar sei, dass Marktkräfte die Marktmacht der Betroffenen erodieren könnten (Konsultationsentwurf, S. 46, 48 f.). Daher könne – aufgrund der Möglichkeit von weit über dem Wettbewerbspreis liegenden Entgelten – der Preismechanismus auf den Bitstromzugangsmärkten seinen Allokations- und Planabstimmungsfunktionen nicht gerecht werden und sogar der Zugangsanspruch nach § 21 TKG verwässert oder unterlaufen werden. Zudem würden Vorleistungsentgelte, welche den Wettbewerbspreis überschreiten würden, der Betroffenen ein wettbewerbsverzerrendes Quersubventionierungspotential erschließen. Dieser Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden.

Grundlegend fehlerhaft ist bereits der Ausgangspunkt der Beschlusskammer in Bezug auf hohe und langfristige Marktzutrittsschranken für beide Bitstrommärkte (entsprechend den nahezu identischen Ausführungen im Vorgängerbeschluss vom 17. September 2010, Az.: BK 3b-09/069, S. 38). Die BNetzA hat im Rahmen der Marktanalyse selbst – trotz eines sehr konservativ gewählten Ansatzes – erstmalig 20 Städte im Layer-3-Bitstrommarkt aus der Regulierung entlassen (und hätte dies, wie unten unter Ziffer G dargestellt, auch für Layer-2-Bitstrommarkt machen müssen), weil auf den korrespondierenden Endkundenmärkten ein signifikanter Wettbewerb festgestellt werden konnte. Die Betroffene ist, wie die BNetzA ebenfalls selbst feststellt, auch weiterhin starkem Wettbewerbsdruck der Kabelnetzbetreiber auf dem Endkundenmarkt ausgesetzt, der zu erheblichen Marktanteilsverlusten der Betroffenen führt. Dies zeigt aber gerade entgegen der Behauptung der Beschlusskammer, dass keine dauerhaft hohen Marktzutrittsschranken mehr bestehen, sondern derzeit vielmehr struktureller Wettbewerb – insbesondere durch die starke Konkurrenz der Kabelnetzbetreiber – entsteht. Damit hat die BNetzA insoweit die fundamental andere Marktlage und die zwischenzeitlich aufgetretene Marktentwicklung im Vergleich zum Vorgängerschluss – der sich aus den Ausführungen der Präsidentenkammer im Konsultationsentwurf Marktdefinition ergibt – grundlegend verkannt und ist im Konsultationsentwurf von einer unzutreffenden Ausgangslage ausgegangen.

Die Ausführungen sind weiterhin deswegen fehlerhaft, weil die Beschlusskammer in diesem Zusammenhang, wie oben unter Ziffer F.III.22 dargestellt, jegliche konkrete Prognose im Hinblick auf die Marktentwicklung des Layer-2-Zugangsprodukts unterlassen hat. Es fehlt damit aber an dieser Stelle jegliche



Analyse der marktstrukturellen Bedeutung von Layer 2. Auch die generellen, im Rahmen der Erforderlichkeit diesbezüglich gemachten Ausführungen bleiben vollkommen allgemein. Eine derartige Analyse ist aber gerade bei einem Vorleistungsprodukt, das neu auf den Markt kommt, zwingend erforderlich, um den Einfluss der zur Auswahl stehenden Entgeltregulierungsmethoden auf den Wettbewerb überhaupt bestimmen zu können. Insbesondere wäre dies notwendig gewesen, um das „behauptete“ Quersubventionierungspotential tatsächlich aufzuzeigen. Insoweit finden sich jedoch im Konsultationsentwurf keinerlei Ausführungen in diese Richtung.

Weiterhin fehlt es im Konsultationsentwurf an konkreten Ausführungen zum möglichen Abweichungspotential im Falle einer Ex-ante- bzw. einer Ex-post-Entgeltregulierung und den Marktauswirkungen bei Heranziehung des einen oder anderen Entgeltregulierungsmaßstabs. Vielmehr bleiben die Ausführungen zu § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG komplett abstrakt und vermögen nicht zu begründen, warum aus Sicht des chancengleichen Wettbewerbs eine Ex-ante-Entgeltregulierung erfolgen soll.

Eine ordnungsgemäße Prüfung muss vielmehr zu dem Ergebnis kommen, dass die Beschlusskammer die Marktrelevanz des Layer-2-Zugangsprodukts im Rahmen des Konsultationsentwurfs deutlich überschätzt (siehe hierzu ausführlich oben unter Ziffer F.III.2). Wie gezeigt wurde, wird die Anzahl der an Wettbewerber vermieteten TAL zwar nach den aktuellen Prognosen der Betroffenen sinken, aber am Ende des voraussichtlichen Genehmigungszeitraums weiterhin deutlich höher sein, als die von den Wettbewerbern in Anspruch genommenen Layer-2-Anschlüsse. Die von der Beschlusskammer vertretene These einer „Ablösung“ der TAL durch Layer-2-Bitstrom kann nicht aufrechterhalten werden.

Daneben verkennt die Beschlusskammer, dass dem Gebot des chancengleichen Wettbewerbs in Bezug auf Layer-2-Bitstrom durch eine Ex-post-Entgeltregulierung ausreichend Rechnung getragen werden kann. Durch die auch im Missbrauchsverfahren erfolgende Preishöhenkontrolle sowie durch die in diesem Fall ebenfalls zu überprüfenden Preis-Kosten-Scheren und Kosten-Kosten-Scheren kann auch im Rahmen einer Missbrauchsregulierung eine Eingliederung der Layer-2-Bitstrom-Entgelte in die Kette der Vorleistungs- und Endkundenentgelte der Betroffenen erfolgen, die wesentliche Entgeltüberschreitungen verhindert und damit den Ansprüchen eines chancengleichen Wettbewerbs genügt. Der Preissetzungsspielraum der Betroffenen ist nämlich auch im Falle einer Ex-post-Regulierung äußerst begrenzt. Insofern stehen der BNetzA mit dem KeL-regulierten TAL-Entgelt einerseits und den starkem Marktdruck ausgesetzten Endkundenentgelten andererseits auch weiterhin ausreichend Ankerpunkte für eine derartige Überprüfung zur Verfügung.

Dies gilt zunächst unzweifelhaft für die Anwendung von Preis-Kosten-Scheren. Ankerpunkte hier sind der Endkundenpreis einerseits und das Layer-2-Bitstrom-

Entgelt andererseits. Insoweit bestehen zur bisherigen Situation keine Veränderungen. Vielmehr stellt die BNetzA sogar (anders als in der zurückliegenden Regulierungsperiode) selbst fest, dass die Kabelnetzbetreiber erheblichen Wettbewerbsdruck auf den Endkundenmärkten ausüben, der zu marktgerechten und effizienten Endkundertarifen führt. Die Prüfung, ob ein L2-BSA-Entgelt zu einer Preis-Kosten-Schere führt, ist daher weiterhin unproblematisch vollumfänglich möglich.

Gleiches gilt im Hinblick auf Kosten-Kosten-Scheren. Diesbezüglich ist schon fraglich, ob hierfür überhaupt ein KeL-reguliertes Entgelt notwendig ist, da damit primär der ausreichend effiziente Abstand von verschiedenen Vorleistungsentgelten überprüft wird. Ein solches nach dem KeL-Maßstab reguliertes „Anker-Entgelt“ besteht jedoch auch nach Einführung von Layer-2-Bitstrom in jedem Fall in den entsprechenden TAL-Entgelten, da die TAL weiterhin als relevantes Vorleistungsprodukt am Markt verfügbar ist und die TAL-Entgelte selbstverständlich weiterhin ex-ante reguliert sein wird. Dies wäre selbst dann der Fall, wenn der Layer-2-Bitstrom schneller als von der Betroffenen prognostiziert an Bedeutung zunehmen würde. In die Berechnung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für die TAL fließen nämlich alle geschalteten TAL der Betroffenen ein – einschließlich derjenigen TAL, die der Retailbereich der Betroffenen selbst nutzt sowie der TAL, die für andere Wholesale-Produkte der Betroffenen genutzt werden. Die Frage ob ein KeL-reguliertes TAL-Entgelt einen ausreichenden Ankerpunkt darstellt, ist daher – entgegen den Behauptungen der Beigeladenen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung - vollkommen unabhängig davon, welche „Marktanteile“ dieses Produkt im Vorleistungsportfolio der Betroffenen hat. Insoweit kommt es vielmehr allein darauf an, dass die TAL weiterhin angeboten wird und einer KeL-Regulierung unterliegt, um einen ausreichenden Ankerpunkt für eine Kosten-Kosten-Schere zu bilden, jedoch nicht darauf wie die entsprechende Marktentwicklung bei L2-BSA ist. Zudem ist mit der KvZ-TAL ein neues KeL-reguliertes Vorleistungsprodukt vorhanden, das als Ankerpunkt für Kosten-Kosten-Scheren dienen kann.

Zudem setzt sich Layer-2-Bitstrom zu großen Teilen aus Komponenten zusammen, für die ex-ante-regulierte Entgelte vorliegen. Für das monatliche Überlassungsentgelt sind die wichtigsten ex-ante-regulierten Komponenten die Überlassung der KVz-TAL sowie der Zugang zu Kabelkanalanlagen bzw. zu Dark Fibre. Damit unterliegen zentrale Kostenbestandteile des Layer-2-Bitstromzugangsprodukts bereits einer Ex-ante-Entgeltregulierung und bedürfen keiner weiteren Prüfung im Falle einer Ex-post-Regulierung. Dadurch wird aber eine Ex-post-Prüfung durch die BNetzA deutlich vereinfacht und ist der Preissetzungsspielraum der Betroffenen für Layer-2-Bitstromprodukte erheblich eingeschränkt. Auch dies zeigt, dass eine Ex-post-Entgeltregulierung der Layer-2-Bitstromentgelte absolut ausreichend ist.



Der BNetzA argumentiert weiterhin damit, dass die Entgeltgenehmigung für den geordneten Übergang von der TAL auf den Layer-2-Bitstrom notwendig und sachgerecht sei, da in Zukunft wegen des Vectoring-Ausbaus keine Ausweich- und Einwirkungsmöglichkeiten mehr bestünden und sich Zugangsnachfrager nicht aus eigener Kraft gegen eine Preisanhebung zur Gewinnmaximierung bzw. KeL-überschreitende Preise wehren könnten.

Auch dieses zusätzliche Argument vermag nicht zu überzeugen. Zwar ist es in der Tat zutreffend, dass ein Zugangsnachfrager im Falle des Einsatzes von Vectoring auf andere Vorleistungsprodukte der Betroffenen – und damit ggf. auch auf das Layer-2-Bitstrom-Zugangsprodukt – ausweichen muss. Bei Layer-2-Bitstrom handelt es sich jedoch nicht um das alleinige Ausweichprodukt. Vielmehr können die Zugangsnachfrager auch auf andere Zugangsprodukte der Betroffenen ausweichen. Es besteht kein Zusammenhang zwischen der Notwendigkeit, im Falle von Vectoring auf andere Vorleistungsprodukte der Betroffenen ausweichen zu müssen, und der Höhe sowie den anwendbaren Regulierungsmaßstab für Layer-2-Bitstrom-Entgelte. Insbesondere führt die Tatsache, dass auf andere Vorleistungsprodukte ausgewichen werden muss, nicht zu der von der BNetzA behaupteten Entgelterhöhung. Entsprechende Hinweise in diese Richtung bestehen nicht und sind von der BNetzA auch nicht dargelegt worden.

Wäre das Argument der BNetzA inhaltlich richtig, würde dies vielmehr dazu führen, dass sämtliche potentiellen Ausweichprodukte ex ante reguliert werden müssten. Diese Annahme ist aber offensichtlich fehlerhaft. Vielmehr kommt es diesbezüglich allein auf die konkrete Analyse der Wettbewerbsverhältnisse für das jeweilige Vorleistungsprodukt an; insoweit reicht aber, wie soeben ausführlich dargestellt, eine Ex-post-Regulierung aus. Der Grundgedanken der Beschlusskammer, Layer-2-Bitstrom müsse als vermeintliches TAL-Substitut die gleiche Regulierungsintensität erfahren wie die TAL bisher, geht damit grundlegend fehl (vgl. dazu bereits ausführlich oben unter Ziffer F.III.2).

Abschließend kann damit festgehalten werden, dass nach dem Regulierungsziel des chancengleichen Wettbewerbs eine Ex-post-Regulierung der Layer-2-Entgelte ausreichend ist. Aufgrund weiterhin anwendbarer Preis-Kosten-Scheren und Kosten-Kosten-Scheren sowie der in § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG vorgesehenen allgemeinen Preishöhenkontrolle ist nicht damit zu rechnen, dass es im Falle einer Ex-post-Regulierung zu relevanten Marktbeeinträchtigungen kommt.

### **3. Förderung und Entwicklung des Binnenmarktes**

Das Regulierungsziel der Förderung der Entwicklung des Binnenmarkts gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG dient im Wesentlichen dazu, die Kooperation der mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden zu fundieren.

Die Beschlusskammer argumentiert diesbezüglich, dass KeL-Entgelte die Entwicklung des Binnenmarktes besser fördern würden als Vorleistungsentgelte, die lediglich einer Missbrauchskontrolle unterliegen. Dies ergebe sich auch aus dem gemeinsamen Standpunkt des GEREK zu den erprobten Regulierungspraktiken (BoR (12) 128, BP 35, 37, 39). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden.

Das Regulierungsziel selbst ist von seinem Zweck auf eine Behördenabstimmung gerichtet und kann daher bereits grundsätzlich keine unmittelbare Relevanz für die vorliegende Abwägungsentscheidung entfalten und materielle Argumente für oder gegen die eine oder andere Methodik entkräften. Die Integration ist kein Selbstzweck, sondern hat – insbesondere zu den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 TKG, § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG – nur eine untergeordnete Bedeutung.

Auch kennt das EU-Recht keinen Vorrang der einen oder anderen Methodik. Der von der Beschlusskammer angeführte Art. 8 der Rahmenrichtlinie listet lediglich die allgemeinen politischen Ziele und regulatorischen Grundsätze auf. Die Präferenz für eine bestimmte Entgeltregulierungsmethode kann daraus nicht entnommen werden. Auch aus den (schon eher) einschlägigen Art. 8, 13 der Zugangsrichtlinie kann kein Methodenvorrang entnommen werden (siehe auch *Gepfert/Berger-Kögler*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 38 Rn. 20). Vielmehr wurde Art. 13 der Zugangsrichtlinie sogar umgekehrt dazu herangezogen, um damit die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des im TKG-2004 vorgesehenen gesetzlich intendierten Vorrangs einer Ex-ante-Entgeltregulierung zu begründen.

Auch der Verweis auf den gemeinsamen GEREK-Standpunkt vermag nicht zu überzeugen. Insofern wird gemäß § 123a TKG im Rahmen von gemeinsamen GEREK-Standpunkten lediglich eine allgemeine Kooperationsverpflichtung umgesetzt. Verbindliche Regelungen werden durch gemeinsame GEREK-Standpunkte jedoch nicht geschaffen. Dies wäre auch widersinnig, da ansonsten die nationalen Regulierungsbehörden verbindliches Recht setzen könnten.

Daneben vermögen die entsprechenden Regelungen des gemeinsamen GEREK-Standpunkts auch inhaltlich nichts zur Sache beitragen, da es sich um vollkommen allgemeine Ausführungen handelt und unter BP 41 gleichfalls eine Ex-post-Entgeltregulierung unter bestimmten Vorgaben für ausreichend erachtet wird. Der Verweis auf die gemeinsamen Standpunkte der Regulierungsbehörden kann eine konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung damit nicht ersetzen.

Das Regulierungsziel der Förderung der Entwicklung des Binnenmarkts gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG kann damit ebenfalls nicht für eine Ex-ante-Regulierung der Layer-2-Bitstromentgelte herangezogen werden.



#### 4. **Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen**

Die Ziele bzw. Grundsätze der Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastruktur insbesondere im Hinblick auf den Ausbau von hochleistungsfähigen Netzen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 sowie § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG) sollen sicherstellen, dass der entsprechenden Infrastrukturausbau ausreichend gefördert wird.

Insoweit trägt die Beschlusskammer vor, dass Entgelte, die die KeL-Preise übersteigen, zwar dazu führen könnten, dass die Betroffene in größerem Umfang in den Ausbau hochleistungsfähiger Telekommunikationsnetze investiert. Dies würde aber zu entsprechenden Nachteilen auf Seiten der Zugangsnachfrager führen, die infolgedessen eigene Investitionen unterlassen würden. Eine solche Entwicklung hätte dann wiederum ihrerseits Auswirkungen auf den Netzausbau der Betroffenen, denn die Auslastung der hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetze der Betroffenen auch durch die Vorleistungsnachfrager sei entscheidend für die Rentabilität dieser Netze, weshalb dieses Regulierungsziel jedenfalls nicht gegen eine Ex-ante-Entgeltregulierung angeführt werden könne. Das ist aber nicht zutreffend.

Auch insoweit argumentiert die Beschlusskammer ohne belastbare empirische Daten und ohne eine ausreichende Prognose (vgl. dazu bereits ausführlich oben unter F.III.2). Weder ist klar, welche Entgeltdifferenz eigentlich in beiden Entgeltregulierungsvarianten besteht bzw. bestehen wird, noch dass es zu geringeren Investitionen auf Seiten der Zugangsnachfrager im Falle einer Ex-post-Regulierung kommen würde. Vielmehr zeigen die empirischen Erfahrungen der Betroffenen, dass gerade die Zugangsnachfrager, die von regulatorischen Absenkungen am Meisten profitieren, nicht diejenigen sind, die in eigene Infrastruktur investieren. Insofern besteht diesbezüglich keine „Personenidentität“. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die entsprechenden Investitionsentscheidungen der Zugangsnachfrager nicht anders ausfallen, wenn eine Ex-post-Regulierung der Layer-2-Bitstromzugangsentgelte angeordnet wird. Dies zeigt sich auch daran, dass die Zugangsnachfrager erhebliche Investitionen in Layer-3-Bitstrom tätigen, obwohl die entsprechenden Entgelte ex post reguliert werden.

In diesem Zusammenhang besteht vielmehr das umgekehrte Risiko, dass diejenigen Zugangsnachfrager, die selbst in eigene Infrastruktur investiert haben, ihre eigenen Netzinvestitionen im Falle einer Ex-ante-Regulierung der Layer-2-Bitstromentgelte im Zweifel entwertet sehen. Gemäß dem Vectoringbeschluss der BNetzA (BNetzA, Beschluss vom 29. August 2013, Az.: BK 3d-12/1, Ziffer 11) finden die gegenüber der Betroffenen regulierten Entgelte grundsätzlich entsprechend auf die Wettbewerber Anwendung, soweit diese Layer-2-Bitstrom anbieten. Im Falle einer entsprechend niedrigen Regulierung der Layer-2-Bitstromentgelte der Betroffenen führt dies aber dazu, dass die Wettbewerber ihre Layer-2-

Bitstromentgelte entsprechend günstig anbieten müssen. Dies würde dann aber offensichtlich investitionshemmend und nicht investitionsfördernd wirken.

Die (vorläufige) Entscheidung für eine Ex-ante-Entgeltregulierung erweist sich vielmehr als investitionsfeindlich und widerspricht den Regulierungszielen und Regulierungsgrundsätzen der § 2 Abs. 2 Nr. 5 sowie § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass eine reduzierte Ex-post-Entgeltregulierung es dem regulierten Unternehmen erheblich erleichtert, seine Infrastruktur zügiger auszubauen sowie nur im Rahmen einer Ex-post-Entgeltregulierung die in § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG explizit erwähnten innovativen Kooperationsvereinbarungen möglich sind.

Eine wesentliche Belastung der Betroffenen durch die Ex-ante-Entgeltregulierung liegt darin, dass damit ein weitaus größerer regulatorischer Aufwand auf Seiten der Betroffenen verbunden ist. Im Falle einer Ex-ante-Entgeltregulierung wäre die Betroffene nämlich verpflichtet, sich die Layer-2-Bitstromzugangsentgelte von der BNetzA vorab genehmigen zu lassen. Die Durchführung dieses Regulierungsverfahren bringt aber einen erheblichen materiellen und personellen Aufwand für die Betroffene mit sich, da diese Verfahren bis zu 9 Monaten dauern können. Auch müsste die Betroffene das Entgeltgenehmigungsverfahren so eintakten, dass die Betroffene rechtzeitig zur Einführung des Layer-2-Zugangsprodukts belastbare Entgelte genehmigt bekommen hat.

Weiterhin ist die Betroffene im Fall einer Ex-ante-Entgeltgenehmigung für die jeweiligen Genehmigungszeiträume fest an die genehmigten Entgelte gebunden. Damit wird aber zeitnahe und flexibles sowie ein dauerhaftes Handeln der Betroffenen ausgeschlossen, was gerade in der Einführungsphase eines neuen Entgelts aber zwingend geboten wäre. Auch werden Ex-ante-Entgeltgenehmigungen nach den Erfahrungen der Betroffenen deutlich häufiger angefochten als Entgelte, die der nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen. Derartige Anfechtungen wirken zudem rückwirkend (im Zweifel auch bei Anfechtungen durch die Betroffene vgl. nur den Vorlagebeschluss des BVerwG vom 26. Februar 2014, Az.: 6 C 3.13). Dadurch besteht im Falle einer Ex-ante-Entgeltregulierung aber eine deutlich höhere Rechtsunsicherheit – und damit weniger Stabilität – für den gesamten Markt als im Fall einer Ex-post-Regulierung.

Darüber hinaus sind im Fall einer Ex-ante-Entgeltregulierung die in § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG explizit erwähnten innovative Entgeltmodelle – wie z.B. das im Rahmen von IP BSA entwickelte „Kontingentsmodell“ – im Rahmen einer Ex-ante-Entgeltregulierung nicht mehr umsetzbar. Dies gilt aus Sicht der Betroffenen einerseits in rechtlicher Hinsicht. Vor allem sieht die Betroffene aber in tatsächlicher Hinsicht in einer Ex-ante-Regulierungsregime keinen Raum für die Vereinbarung von Kontingentsmodellen. Die Kontingentsmodelle beinhalten einen Nachlass auf den gegenwärtig erhobenen Preis für eine Zugangsleistung für eine verbindliche Inanspruchnahme der Leistung in einem bestimmten Mindestumfang für einen



längeren Zeitraum (derzeit werden diese Verträge über eine Laufzeit von 11 Jahren abgeschlossen). Damit findet bei diesem Entgeltmodell letztlich – vor dem Hintergrund einer unklaren Prognosesituation über die weitere Marktentwicklung – ein Trade-off zwischen dem Preis einerseits und dem Auslastungsrisiko der Betroffenen in Bezug auf ihre neuen IP-Netze andererseits statt. Dies dient offensichtlich der Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastruktur. Gerade derartige Instrumente sollen aber nach den gesetzlichen Vorgaben gefördert werden und sind bei der Entscheidung über die Wahl des Entgeltkontrollsystems zu berücksichtigen (vgl. nur *Cornils*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 2 Rn. 62).

Die Beschlusskammer trägt insoweit vor, dass Kontingentmodelle auch im Rahmen eines KeL-Maßstabs weiterhin möglich seien, da das TKG eine Unterschreitung des KeL-Preises zulasse, solange kein Verstoß gegen § 28 TKG vorliege bzw. solche Modelle zur Genehmigung vorgelegt werden könnten. Beides ist jedoch nicht zutreffend.

Kontingentmodelle sind im Falle einer Ex-ante-Entgeltgenehmigung bereits nach § 37 Abs. 1 und 2 TKG unwirksam. Nach § 37 Abs. 1 TKG darf ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, keine anderen als die von der BNetzA genehmigten Entgelte verlangen. Nach Absatz 2 dieser Vorschrift werden Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten, mit der Maßgabe wirksam, dass das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgelts tritt. § 37 Abs. 1 TKG stellt dabei ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB dar und § 37 Abs. 2 TKG enthält eine privatrechtsgestaltende Wirkung einer Entgeltgenehmigung im Hinblick auf bestehende Verträge. § 37 TKG erlaubt dabei weder eine Abweichung der genehmigten Entgelte nach oben noch nach unten. Dies wurde mehrfach höchstrichterlich bestätigt (vgl. nur BVerwG, Urteil vom 3. September 2014, Az.: 6 C 19.13, Rn. 40 ff. zum TKG-2004 sowie BVerwG, Urteil vom 3. November 2005, Az. 6 C 25.08, Rn. 20 zum TKG-1996).

Vor diesem Hintergrund ist nicht erkennbar, wie unter einem Ex-ante-Entgeltregulierungsregime der Abschluss von Kontingentmodellen weiterhin möglich sein soll. Entgegen der Behauptung der BNetzA ist nach der gerade dargestellten Rechtsprechung die Unterschreitung eines genehmigten KeL-Entgelts nicht möglich. In Betracht kommt daher allein eine parallele Ex-ante-Entgeltgenehmigung neben den normalen Entgelten spezifisch für die Kontingentmodelle. Auch dies erscheint jedoch ausgeschlossen.

So ist bereits zweifelhaft, ob § 37 TKG überhaupt die Möglichkeit vorsieht, dass zwei auf der Grundlage des gleichen Maßstabs parallel genehmigte Entgelte für zwei unterschiedliche Zeiträume bestehen können, da das Gesetz ganz klar von einem genehmigten Entgelt ausgeht. Daneben ist auch das ganze Regulierungsverfahren nicht darauf ausgerichtet, dass Entgeltgenehmigungen für eine Dauer

von 11 Jahren (derzeit übliche Vertragsdauer bei Kontingentmodellen) – und nicht für die übliche Befristung von ein bis zwei Jahren – ausgesprochen werden. So verlangt § 34 Abs. 1 Nr. 3 TKG die Vorlage von Kostenunterlagen für das Antragsjahr sowie für die zwei zurückliegenden Jahre und die zwei darauf folgenden Jahre. Insofern ist nicht im Ansatz erkennbar, wie eine Entgeltgenehmigungsverfahren auf Grundlage des KeL-Maßstabs für einen Genehmigungszeitraum von 11 Jahren durchgeführt werden soll, da dies voraussetzen würde, dass die BNetzA in der Lage wäre, eine ausreichend belastbare Prognose über die Markt- und Kostenentwicklung für diesen Zeitraum zu erstellen, die den gesetzlichen Vorgaben genügt (vgl. zu den Anforderungen an derartige Prognosen in Entgeltverfahren instruktiv VG Köln, Urteil vom 15. Mai 2008, Az.: 1 K 6817/05 zu den ZISP-Entgelten). Dies ist jedoch nicht vorstellbar.

Zudem ist zu beachten, dass hier eine Situation vorliegt, in der die Betroffene und ihre Wholesale-Partner ein grundsätzliches, erhebliches Prognose-Risiko für die Entwicklung des Endkundenmarktes, die Auslastung des Netzes und die Entgeltentwicklung identifiziert haben. Da nach Auffassung der Marktteilnehmer diese Risiken nicht durch eine sichere Prognose aufgelöst werden können, haben die Parteien der Kontingentverträge diese Risiken über ein entsprechendes Risikoteilungsmodell abgedeckt. Insofern überrascht es, dass die BNetzA sich zuzutrauen scheint, eine derartige Prognose über die weitere Marktentwicklung mit der Sicherheit treffen zu können, wie dies für eine Ex-ante-Entgeltfestsetzung notwendig ist. Dies ist jedoch in einem erst neu entstehenden Vorleistungsmarkt, der sich im Fluss befindet, aus Sicht der Betroffenen für den notwendigen langen Zeitraum nicht machbar, weshalb Kontingentmodelle nur dann weiter verwendet werden können, wenn eine Ex-post-Entgeltregulierung angeordnet wird.

Unabhängig davon ist zu bezweifeln, dass bei Festsetzung eines KeL-Preises für Layer-2-Bitstromzugangsentgelte auf Basis eines Bottom-up-Modells, wie im Konsultationsentwurf vorgeschlagen, überhaupt noch ein materieller Spielraum für Kontingentmodelle besteht, da dies voraussetzen würde, dass aus Sicht der Betroffenen eine Unterschreitung des KeL-Preises wirtschaftlich möglich wäre. Dies ist aber angesichts des von der BNetzA vorgesehenen Entgeltregulierungsmaßstabs nicht zu erwarten. Zudem ist auch nicht klar, welcher Anreiz für die Betroffene im Fall einer KeL-Regulierung bestehe soll, den Preis im Rahmen eines Kontingentmodells weiter abzusenken und nicht in jedem Fall den KeL-Preis zu verlangen, da aufgrund des von der BNetzA festgelegten Entgelts, der dem Kontingentmodell zugrundeliegende Trade-off gerade nicht mehr möglich ist.

Die Ziele bzw. Grundsätze der Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastruktur insbesondere im Hinblick auf den Ausbau von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 5 sowie § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG bringen jedoch klar zum Ausdruck, dass bei einer solchen Konstellation einer Anwendung von innovativen Preismodellen



der Vorzug zu geben ist und eine Ex-ante-Entgeltregulierung, die solche Instrumente einschränkt, daher zurückzustehen hat.

Dieser Grundgedanke kommt auch in der Nichtdiskriminierungsempfehlung zum Ausdruck: In Ziffer 49 der Erwägungen wird explizit festgestellt, dass es angesichts der derzeitigen Unsicherheit bei der Nachfrage nach sehr leistungsfähigen Breitbanddiensten zur Förderung effizienter Investitionen und Innovationen wichtig ist, dass Betreiber, die in NGA-Netze investieren, einen gewissen Spielraum haben, um testen zu können, wie die Preise im Hinblick auf die Marktdurchdringung gestaltet sein müssen. Diesbezüglich werden explizit langfristige Vereinbarungen mit Mengengarantien zur Vermarktungsförderung angesprochen. Soweit dann nachfolgend weitere Bedingungen aufgestellt werden (vgl. Erwägungen Ziffer 50 ff. sowie Empfehlungen Ziffer 49 ff.), beziehen sich diese auf eine vollständige Nichtauferlegung regulierter Vorleistungszugangsentgelte und vermögen den zutreffenden Grundgedanken einer notwendigen Regulierungsreduktion zur Förderung des Breitbandausbaus nicht zu erschüttern.

Damit spricht auch das Ziel bzw. der Grundsatz der Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastruktur insbesondere im Hinblick auf den Ausbau von hochleistungsfähigen Netzen – entgegen dem Konsultationsentwurf – für die Annahme einer Ex-post-Regulierung der Layer-2-Bitstromzugangsentgelte.

#### **5. Grundsatz der Reduzierung von regulatorischen Vorabverpflichtungen**

Schließlich spricht auch der – von der BNetzA nicht erwähnte – Regulierungsgrundsatz der Reduzierung von regulatorischen Vorabverpflichtungen gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 6 TKG für die Annahme einer Ex-post-Regulierung. Dieser Grundsatz stellt eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips dar und verlangt, dass die Regulierung auf das Mindestmaß beschränkt wird, das zur Herstellung von wirksamem und nachhaltigem Wettbewerb erforderlich ist. Auch dieser Grundsatz spricht damit dafür, dass dann wenn – wie im vorliegenden Fall – die Anwendung des geringeren Entgeltregulierungsregimes ebenfalls die Regulierungsziele erfüllt, auf dieses schwächere Kontrollregime zurückgegriffen werden muss.

#### **6. Abwägung der verschiedenen Regulierungsziele**

Die Analyse der verschiedenen Regulierungsziele führt damit bereits zu dem klaren Ergebnis, dass im vorliegenden Fall eine Ex-post-Entgeltregulierung auch für Layer-2-Bitstrom – als milderer Mittel – ausreichend ist.

Insofern ist zunächst eine ausreichende Wettbewerbskontrolle durch die Anwendung des Missbrauchsmaßstabs sowie durch die weiterhin anwendbaren Preis-Kosten-Scheren und Kosten-Kosten-Scheren sichergestellt, so dass nicht damit zu rechnen ist, dass es im Falle einer Ex-post-Regulierung zu relevanten Marktbeeinträchtigungen kommt. Auch die Verbraucherinteressen sind dadurch ausreichend geschützt, dass aus dem erheblichen auf dem Endkundenmarkt bestehenden Marktdruck folgt, dass eine preisgünstige Versorgung der Nutzer mit den entsprechenden Breitbandtelekommunikationsleistungen unabhängig vom gewählten Regulierungsregime sichergestellt ist. Daneben sprechen die Ziele bzw. Grundsätze der Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastruktur insbesondere im Hinblick auf den Ausbau von hochleistungsfähigen Netzen klar für eine Ex-post-Regulierung, da nur unter diesem Regulierungsregime die gesetzlich explizit vorgesehenen Kooperationsmodelle weiterhin möglich sein werden.

Daneben spricht für eine Ex-post-Entgeltregulierung, dass es sich dabei um ein deutlich milderes Mittel handelt.

Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Betroffene durch eine Vorabgenehmigungspflicht deutlich intensiver in ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit beschränkt wird. Die Handlungsfreiheit der Betroffenen ist bei der Ex-post-Regulierung größer, da die Betroffene – unter Beachtung der Beschränkungen des § 38 TKG – die lediglich einer nachträglichen Missbrauchskontrolle unterworfenen Preise flexibel gestalten und vor allem auch laufend anpassen kann (*Geppert/Berger-Kögler*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 38 Rn. 14). Unterliegen Entgelte der Betroffene hingegen der Ex-ante-Entgeltregulierung, so kann sie ohne Genehmigung der BNetzA keine Preise auf dem Markt vereinbaren (vgl. nur *Kühling*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 30 Rn. 2 und 10 ff.). In diesem Fall werden die Preise für das Vorleistungsprodukt nicht länger in Verhandlungen mit den Zugangsnachfragern festgelegt, sondern die abschließende Entscheidungshoheit geht auf die BNetzA über. Damit wird dem Markt – trotz der insoweit bestehenden Verhandlungsmacht der Zugangsnachfrager und trotz des dargestellten eingeschränkten Preissetzungsspielraums der Betroffenen – im Falle einer Ex-ante-Entgeltregulierung die Möglichkeit genommen, den Preis für das Layer-2-Bitstromzugangprodukt zu bestimmen. Dies ist aber insbesondere im Rahmen der Markteinführungsphase eines neuen Vorleistungsprodukts auch aus Wettbewerbsgründen offensichtlich einer Preissetzung durch die BNetzA vorzuziehen.

Dies gilt auch für den anzuwendenden Entgeltmaßstab, weil der im Rahmen der Ex-ante-Regulierung zur Anwendung kommende KeL-Maßstab gegenüber dem im Rahmen der nachträglichen Kontrolle zu überprüfenden Verbot des Preishöhenmissbrauchs nach § 28 TKG deutlich strenger ist (*Geppert/Berger-Kögler*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 38 Rn. 14).



Reichen aber – wie hier – verschiedene Maßnahmen für die gesetzlich vorgegeben Ziele aus, ist im Rahmen der Erforderlichkeit das mildeste Mittel heranzuziehen. Damit kommt vorliegend lediglich eine Ex-post-Regulierung der Layer-2-Bitstromentgelte in Betracht.

#### V. Verhältnismäßigkeit der Ex-post-Regulierung im engeren Sinne

Schließlich ist auch allein eine Ex-post-Regulierung der Layer-2-Bitstromentgelte angemessen jedoch nicht eine Ex-ante-Regulierung dieser Entgelte. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist dabei zu ermitteln, ob der Eingriff in angemessenem Verhältnis zu seiner Schwere steht.

Die BNetzA trägt diesbezüglich vor, dass die Auferlegung der Ex-ante-Entgeltgenehmigungspflicht auch verhältnismäßig im engeren Sinne sei, da kein Bagatellfall vorliege. Zwar handle es sich um einen Markt, auf dem die Betroffene derzeit noch keine Leistung anbiete. Aufgrund des Vectoring-Regimes und des deswegen zu erwartenden Wegfalls von Zugangsmöglichkeiten zur TAL sei jedoch zu erwarten, dass dem Layer-2-Bitstromzugangszugangsprodukt in Zukunft eine deutlich gesteigerte marktstrukturelle Bedeutung mit hohen Marktvolumina zukommen werde, weshalb sich schon geringe Preisänderungen zu signifikanten Millionenbeträgen aufsummieren könnten. Dabei sei auch zu Bedenken, dass sich der Layer-2-Bitstromzugang in der Markteinführungsphase befinde, weshalb der „richtigen“ Preissetzung eine herausgehobene Bedeutung zukomme.

Wie oben bereits ausführlich dargestellt, ist die von der BNetzA in Bezug auf die zukünftige Marktentwicklung vorgenommene Prognose nicht ausreichend – da nicht vorhanden bzw. viel zu unspezifisch (vgl. dazu ausführlich oben unter Ziffer F.III.2). Insofern stellt die BNetzA im Rahmen der Angemessenheitsprüfung auch allein darauf ab, dass es sich volumenmäßig bei Layer-2-Bistrom nicht um einen absoluten Bagatellfall handle. Dieser Ansatz ist jedoch offensichtlich fehlerhaft, da dann sämtliche Entgelte oberhalb eines bestimmten Volumens zwingend ex-ante reguliert werden müssten. Richtigerweise hätte die BNetzA die Marktrelevanz der L2-BSA-Entgelte im Hinblick auf die einzelnen Regulierungsziele prüfen müssen. Dies ist jedoch, wie oben ausführlich dargestellt, fehlerhafterweise unterblieben.

Vollkommen unzutreffend nimmt die BNetzA weiterhin an, dass im Rahmen der Markteinführungsphase eine besonders intensive Regulierung erforderlich sei. Vielmehr wurde oben im Rahmen der Regulierungsziele klar dargelegt, dass in dieser Einschwingphase die Entgeltregulierung soweit möglich zurückgefahren werden muss, um zunächst dem Markt die Möglichkeit einzuräumen, eine angemessene Lösung zu finden, zumal die BNetzA im Falle eines offensichtlichen Marktversagens in der Produkteinführungsphase jederzeit über eine anlassbezogene Überprüfung eingreifen kann. Nur ein solches Vorgehen wird den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 12 und 14 GG gerecht.

Insgesamt wurde vorstehend ausführlich dargelegt, dass nur eine Ex-post-Entgeltregulierung der L2-BSA-Entgelte den Regulierungszielen entspricht sowie aus Wettbewerbssicht ausreichend und verhältnismäßig ist. Jedes anderweitige Vorgehen würde die bisherigen positiven Erfahrungen mit der Ex-post-Kontrolle bei IP-BSA negieren und Innovationen sowie die Verwendung von neuen Preismodellen, die für die Vermarktung neuer Produkte eine zentrale Bedeutung haben, behindern.

#### **VI. Kein Anordnung des Prüfungsmaßstabs aus der Nichtdiskriminierungsempfehlung**

Soweit die BNetzA in Ziffer 2.1 Vorgaben in Bezug auf den im Rahmen der Entgeltgenehmigung anzuwendenden Maßstab macht, kann dem selbst dann nicht gefolgt werden, wenn man entgegen den soeben gemachten Ausführungen von der Zulässigkeit einer Ex-ante-Entgeltregulierung ausgeht.

So sind auch die inhaltlichen Voraussetzungen für eine Anwendung des § 31 Abs. 2 Nr. 2 TKG nicht gegeben. Voraussetzung für die Anwendung anderer Vorgehensweisen nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist die Durchführungen eines sog. Superioritäts-Tests. Alternative Vorgehensweisen können danach nur dann herangezogen werden, wenn diese besser zur Erreichung der Ziele nach § 2 TKG geeignet sind (*Kühling*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 31 Rn. 38). Bei diesem Superioritäts-Tests handelt es sich um eine hohe Hürde (vgl. nur *Groebel*, in: Säcker, a.a.O., § 31 Rn. 25). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt diesbezüglich, dass die Regulierungsziele des TKG im Hinblick auf den konkreten Fall gewichtet und untereinander abgewogen werden; zusätzlich ist den spezifischen entgeltregulatorischen Anforderungen aus § 30 Abs. 3 TKG Rechnung zu tragen (*Kühling*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, a.a.O., § 31 Rn. 38). Die BNetzA muss also bei der Auswahl einer alternativen Entgeltberechnungsmethode auch die Auswirkungen auf die spezifischen Investitionsrisiken beim Ausbau von hochleistungsfähigen Netzen prüfen. Dieser strenge materielle Maßstab wird flankiert durch das formelle Erfordernis einer besonderen Begründungspflicht nach § 31 Abs. 2 Satz 3 TKG.

Die Beschlusskammer hat die bessere Eignung des „BU-LRIC“-Kostenmethode jedoch nicht näher dargelegt und eine solche bessere Eignung ist auch nicht zu erkennen. Vielmehr kommt die BNetzA selbst zu der Erkenntnis, dass die Regelungen in Ziffer 30 ff. der Nichtdiskriminierungsempfehlung dem KeL-Maßstab (weitestgehend) entsprechen. Eine größere „Geeignetheit“ des in der Nichtdiskriminierungsempfehlung vorgesehenen Maßstabs besteht damit aber offensichtlich nicht.

Schließlich ist die Anwendung der Ziffer 30 ff. der Nichtdiskriminierungsempfehlung auch inhaltlich zurückzuweisen, da die dort vorgesehene „BU-LRIC“-Methode unzureichend ist. Bottom-up-Modelle weisen das Problem auf, dass sie nicht auf der Realität der tatsächlichen Netzstruktur und den Kosten des regulierten Unternehmens basieren, sondern eine Vielzahl von Annahmen über effiziente Netze treffen, die eventuell in der Praxis gar nicht erzielbar sind. Sie laufen daher Gefahr, die Kosten der effizienten Leistungsbereit-



stellung falsch zu ermitteln. Die Erfahrung mit Bottom-up-Kostenmodellen zeigt, dass es weder für das regulierte Unternehmen noch für die anderen Marktteilnehmer möglich ist, mit dem Modell die als effizient eingestuften Investitionswerte vorab zu ermitteln oder ihre zukünftige Entwicklung abschätzen zu können. Aufgrund dieser Fehlerhaftigkeit ist die Anwendung der „BU-LRIC“-Methode im Rahmen des § 31 Abs. 2 Nr. 2 TKG daher generell zurückzuweisen.

**G. Unzulässige und unklare Bedingung für die Entlassung der 20 Städte aus der Layer-3-Bitstromregulierung (zu Tenor Ziffer 3)**

Schließlich ist der in Ziffer 3 vorgesehene aufschiebend bedingte Widerruf für die Entlassung von 20 Städten mit ausreichend Wettbewerb aus der Regulierung jedenfalls insoweit abzuändern, wie er die im Rahmen des Konsultationsentwurfs Marktdefinition getroffenen Festlegungen der Präsidentenkammer verschärft.

Die Präsidentenkammer geht in ihren Festlegungen davon aus, dass die HVt-Regionen der genannten Städte im Hinblick auf den Layer-3-Bitstromzugang aus der Regulierung zu entlassen sind, wenn ein Layer-2-Zugangsprodukt im Markt verfügbar ist, was der Fall sein soll, wenn ein entsprechendes Standardangebot vorliegt. Diese Anforderung einer grundsätzlichen Verfügbarkeit eines Layer-2-Zugangsprodukt für die entsprechenden HVt-Regionen wird im Konsultationsentwurf extrem verschärft, indem nunmehr gefordert wird, dass die Betroffene für eine Entlassung der 20 Städte mit ausreichend Wettbewerb aus der Regulierung nachweisen muss, dass für sämtliche breitbandig nutzbaren TAL der Betroffenen in der jeweiligen HVt-Region ein Layer-2-Bitstromzugangsprodukt gemäß den Bedingungen des regulierten Standardangebots zur Verfügung steht. Diese Verschärfung ist abzulehnen.

Insofern ist zunächst erneut darauf hinzuweisen, dass die im Konsultationsentwurf Marktdefinition vorgesehene Verknüpfung zwischen einer Entlassung der 20 Städte mit ausreichend Wettbewerb aus der Layer-3-Bitstrom-Regulierung und dem Vorliegen eines Layer-2-Standardangebots, auf der Ziffer 3 des Tenors basiert, grundlegend falsch ist (vgl. dazu bereits unsere Ausführungen in der Stellungnahme zum Konsultationsentwurf Marktdefinition, S. 8 ff.). Daher sollte richtigerweise bereits diese Bedingung wegfallen. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Im Konsultationsentwurf Marktdefinition stellt die BNetzA fest, dass es sich bei dem Layer-2-Bitstromzugangsmarkt und dem Layer-3 Bitstromzugangsmarkt um sachlich getrennte Märkte handelt, da sich die Bitstromzugangstypen durch die verwendete Transporttechnologie am Verkehrsübergabepunkt unterscheiden und jeweils als nicht austauschbar anzusehen sind. Die von der BNetzA vorgesehene Verknüpfung der Deregulierung des Layer-3-Bitstromproduktmarkts mit der Einführung eines regulierten Layer-2-Bitstromproduktmarkts ist bereits deshalb rechtsfehlerhaft. Eine Regulierungsbedürftigkeit und damit der Erlass einer Regulierungsverfügung kann sich immer nur auf die konkret

definierten Märkte beziehen. Die Feststellung, dass ein Markt nur dann nicht regulierungsbedürftig ist, wenn ein anderer, hiervon abgegrenzter Markt reguliert ist, widerspricht sowohl der Systematik der §§ 9 ff TKG als auch allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen.

Weiterhin geht der Konsultationsentwurf Marktdefinition davon aus, dass bereits jetzt ausreichend Wettbewerb in den genannten 20 Städten besteht. Es ist daher nicht verständlich, dass dieser Zustand erst in der Zukunft und unter den Voraussetzungen einer aufschiebenden Bedingungen eine Deregulierung rechtfertigt.

Die vorgesehene Bedingung ist im Übrigen selbst dann rechtswidrig, wenn man das Migrationsszenario der BNetzA von der TAL zu Layer-2-Bitstrom aufgrund von Vectoring als richtig unterstellt, da dies bereits ausreichend über den Vectoringbeschluss der BNetzA (BNetzA, Beschluss vom 29. August 2013, Az.: BK 3d-12/1 dort 31, Ziffer 9 und 21 des Tenors) abgesichert wird, weshalb es der hier vorgesehenen strukturell offensichtlich sachwidrigen Verknüpfung der beiden sachlich getrennten Märkte nicht bedarf.

Daneben ist die in Ziffer 3 des Tenors vorgesehene Verschärfungen des Konsultationsentwurfs Marktdefinition abzulehnen, da sie nicht den Festlegungen der Präsidentenkammer entsprechen und auch inhaltlich in der vorgeschlagenen Form nicht haltbar sind.

Insofern hat die Beschlusskammer nach § 13 Abs. 1 TKG bereits keine Kompetenz, über die in der Marktdefinition und Marktanalyse getroffenen Festlegungen hinauszugehen. Fragen der Marktdefinition und Marktanalyse sind nach § 10 und 11 TKG zu treffen und obliegen allein der Präsidentenkammer. Diese hat damit abschließend festzulegen, welche Märkte regulierungsbedürftig sind und wann welche Märkte aus der Regulierung zu entlassen sind. Im Konsultationsentwurf Marktdefinition wurde aber festgelegt, dass eine Deregulierung der 20 Städte dann zu erfolgen hat, wenn ein reguliertes Layer-2-Bitstromzugangszugangsprodukt im Markt ist, was dann der Fall sei, wenn es ein geprüftes Standardangebot für dieses Produkt gebe. Diese klaren Vorgaben können jetzt nicht nachträglich im Rahmen der Regulierungsverfügung verschärft werden.

Daneben erweist sich die in Ziffer 3 des Tenors vorgesehene Verschärfung auch als unverhältnismäßig. Im Konsultationsentwurf wird nämlich gefordert, dass für sämtliche breitbandfähigen TAL der Betroffenen in den 15 Städten mit ausreichend Wettbewerb ein Layer-2-Bitstromzugangszugangsprodukt gemäß den Bedingungen des regulierten Standardangebots verfügbar sein muss. Eine solche Bedingung für die Entlassung aus der Regulierung macht aber implizit zur Voraussetzung, dass die Betroffene entweder das gesamte Gebiet der jeweiligen HVt-Region mit Vectoring ausgebaut hat oder sämtliche anderen in diesem Gebiet vorhandenen xDSL-Vorleistungsprodukte – da breitbandfähig - an ihr Layer-2-Bitstromzugangszugangsprodukt (also die BNG) angeschlossen bzw. dafür verfügbar gemacht hat einschließlich der TAL, die an die Wettbewerber der Betroffenen vermietet sind. Insofern kommt es entgegen den Ausführungen der BNetzA in der öffentlichen mündlichen Verhandlung auch nicht auf die Reichweite des L2-BSA-Standardangebots an. Um-



fasst sind vielmehr sämtliche breitbandfähigen TAL der Städte mit ausreichend Wettbewerb.

Wie der Beschlusskammer aus dem Standardangebotsverfahren bekannt ist, ist ein derart umfassender Ausbau – der sämtliche breitbandfähigen TAL umfasst – kurz- bis mittelfristig nicht geplant. Die von der BNetzA nunmehr eingeführte Bedingung würde damit die vorgesehene Deregulierung auf unabsehbare Zeit verzögern, obwohl – wie explizit festgestellt wurde – Märkte mit ausreichend Wettbewerb bestehen. Dafür gibt es jedoch materiell keinen Grund. Mit der Bedingung eines am Markt verfügbaren Layer-2-Bitstromangebots wollte die Präsidentenkammer sicherstellen, dass die Wettbewerber im Falle der Einführung von Vectoring entweder ein TAL-Zugang oder ein Layer-2-Bitstromzugang zur Verfügung haben. Die nunmehr vorgesehene Ausdehnung auf sämtliche TAL ist vor diesem Hintergrund offensichtlich zu weitgehend. Eine über die Vorgaben der Präsidentenkammer hinausgehende Bedingung – wie jetzt im Konsultationsentwurf vorgeschlagen – ist daher abzulehnen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Tobias Bosch  
Rechtsanwalt



Julian von Lucius  
Rechtsanwalt