



Beschlusskammer 3

BK 3b-09/069

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Beibehaltung, der Änderung und der Auferlegung von Verpflichtungen auf den Märkten für „Breitbandzugang für Großkunden“ (Markt Nr. 5 der Empfehlung 2007/879/EG)

betreffend:

Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene,

– Verfahrensbevollmächtigte

der Betroffenen:

Deutsche Telekom AG,
Friedrich-Ebert-Allee 140,
53113 Bonn,

diese vertreten durch

Rechtsanwälte Dolde Mayen & Partner
Mildred-Scheel-Straße 1
53175 Bonn –

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

durch

den Vorsitzenden Ernst Ferdinand Wilmsmann,
den Beisitzer Matthias Wieners und
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

nach der von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur beschlossenen Festlegung:

„Die Betroffene verfügt auf den nachfolgend aufgeführten Märkten im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht:

- *Nationaler Markt für Layer-2-Bitstromzugang mit Übergabepunkten auf verschiedenen Ebenen der Netzhierarchie, und*
- *Nationaler Markt für Layer-3-Bitstromzugang mit Übergabepunkten auf verschiedenen Ebenen der Netzhierarchie einschließlich HFC-Breitbandzugang mit Übergabe auf IP-Ebene.“*

auf die mündlichen Verhandlungen vom 17.11.2009 und 18.05.2010

I.

folgende

Regulierungsverfügung

beschlossen:

1. Gegenüber der Betroffenen werden folgende mit den Regulierungsverfügungen BK 4a-06/039 vom 13.09.2006 und BK 3d-09/009 vom 03.06.2009 (IP-Bitstrom-Zugang) sowie BK 4a-06/006 vom 07.03.2007 (ATM-Bitstrom-Zugang) auferlegte Verpflichtungen beibehalten oder geändert bzw. der Betroffenen werden folgende Verpflichtungen auferlegt, nämlich
 - 1.1 auf den o.a. Märkten auf der Basis der von ihr betriebenen breitbandigen Anschluss-, Konzentrator- und ggf. Kernnetze anderen Unternehmen auf Nachfrage Bitstrom-Zugang dadurch zu gewähren, dass sie im Rahmen eines einheitlichen Produktes dem nachfragenden Unternehmen breitbandige Anschlüsse überlässt und den zugehörigen Paketstrom auf Layer 2 an geeigneten Übergabepunkten der Konzentratornetze und auf Layer 3 an geeigneten Übergabepunkten der Kernnetze übergibt,
 - 1.2 zum Zwecke des Zugangs gemäß Ziffer 1.1 Kollokation an den Übergabestandorten sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu den Einrichtungen in den Kollokationsräumen an den Übergabestandorten zu gewähren,
 - 1.3 dass Vereinbarungen über Zugänge gemäß Ziffern 1.1 und 1.2 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen, und
 - 1.4 gültige Verträge über Zugänge gemäß Ziffern 1.1 und 1.2 der Bundesnetzagentur ohne gesonderte Aufforderung und in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen, es sei denn, der jeweilige Vertrag liegt der Bundesnetzagentur bereits vor,
 - 1.5 ihre Preise für die auf den verfahrensgegenständlichen Märkten und auf den nachgelagerten Resale- und Endkundenmärkten extern angebotenen Leistungen sowie ihre internen Verrechnungspreise für die entsprechenden intern genutzten Leistungen in der Weise transparent zu gestalten, dass die Bundesnetzagentur Entgelte

für Zugänge gemäß Ziffern 1.1 und 1.2 mit Blick auf Verstöße gegen die in § 28 TKG enthaltenen Diskriminierungsverbote und Verbote unzulässiger Quersubventionen überprüfen kann. Eine solchermaßen transparente Preisgestaltung erfordert, dass die Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen insbesondere Aufschluss geben über:

- a. die Bereitstellungs-, Überlassungs-, Kündigungs- und Wechselpreise für breitbandige Endkundenprodukte einschließlich unmittelbar oder mittelbar gewährter Preisnachlässe,
 - b. die abgesetzten Mengen an breitbandigen Endkundenprodukten,
 - c. die Verteilung der breitbandigen Endkundenprodukte auf die angebotenen Bandbreiten,
 - d. die durchschnittliche Verweildauer von Nachfragern breitbandiger Endkundenprodukte,
 - e. repräsentative Messdaten für die von den breitbandigen Endkundenprodukten durchschnittlich genutzten Bandbreiten im Peak sowohl im Konzentratornetz als auch im Kernnetz oder, soweit solche Daten nicht erstellt werden können, ersatzweise Angaben, die einen Rückschluss auf die fraglichen Bandbreiten erlauben,
 - f. die Angaben für breitbandige Resale-Produkte nach lit. a. bis e. entsprechend,
- 1.6 der Bundesnetzagentur auf Anforderung die gemäß Ziffer 1.5 gestalteten Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen unverzüglich, im Falle von Ziffer 1.5 Satz 2 in Verbindung mit einer Anzeige nach § 38 Abs. 1 TKG jedoch spätestens nach drei und ohne Verbindung mit einer solchen Anzeige spätestens nach zehn Arbeitstagen vorzulegen.
2. Die Entgelte für Zugangsleistungen nach Ziffern 1.1 und 1.2 werden der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterworfen.

II.

Die Verpflichtungen der Betroffenen aus den Beschlüssen BK 4a-06-039 vom 13.09.2006 und BK 3d-09/009 vom 03.06.2009 sowie BK 4a-06-006 vom 07.03.2007, ein Standardangebot für Zugangsleistungen, zu deren Angebot sie durch die in dieser Entscheidung ergangenen Regulierungsverfügung verpflichtet worden ist und für die eine allgemeine Nachfrage besteht, zu veröffentlichen, wird beibehalten bzw. eine entsprechende Verpflichtung wird der Betroffenen, soweit es sich um erstmals von einer Zugangsverpflichtung umfasste Leistungen handelt, auferlegt.

Die Regelungen, um die das im Verfahren BK 3-06/045 mit Beschluss vom 08.04.2008 abschließend geprüfte IP-BSA-Standardangebot hinsichtlich der nach Ziffern I.1.1 und I.1.2 auferlegten Zugangsverpflichtungen zu vervollständigen ist, sind innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung zu veröffentlichen.

Die Angaben zu den Standorten des Zugangs bzw. der Kollokation müssen nicht veröffentlicht werden, sie müssen nur auf Nachfrage interessierten Unternehmen zugänglich gemacht werden.

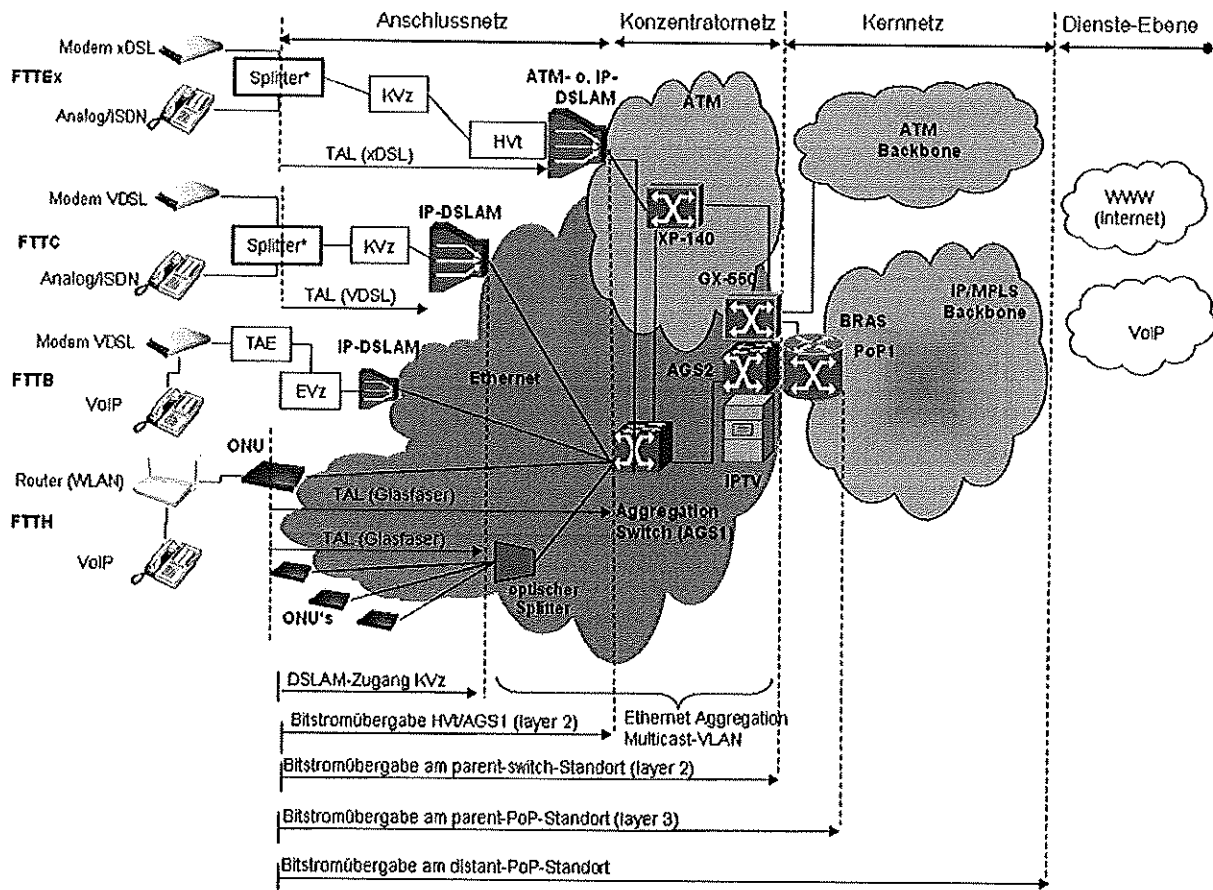
Sachverhalt

Die Betroffene ist Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Telekom AG und als solche Eigentümerin der von diesen aufgebauten Telekommunikationsnetzen sowie der dazu gehörenden technischen Einrichtungen. Sie verfügt damit über eine bundesweit flächendeckende Telekommunikationsinfrastruktur, auf deren Basis sie Endkunden u.a. ein Leistungsbündel aus breitbandigem Anschluss und breitbandigen Transportdiensten einschließlich Internetzugang anbietet.

Bestandteil der Telekommunikationsnetze der Betroffenen, nämlich ihrer Anschlussnetze, sind ca. 37 Millionen Teilnehmeranschlüsse (auch Teilnehmeranschlussleitung, abgekürzt TAL). Die TAL ist die physische Verbindung, mit dem der Netzabschlusspunkt in den Räumlichkeiten des Teilnehmers (1. Teilnehmeranschlusseinheit, abgekürzt TAE) mit den Hauptverteilerknoten oder mit einer gleichwertigen Einrichtung in festen öffentlichen Telefonnetzen verbunden wird. Sofern die TAE – wie traditionell üblich – per Kupferleitung angeschlossen ist, hat die Betroffene am Hauptverteilerknoten, teilweise aber auch an einer näher zur TAE gelegenen Einrichtung wie Kabelverzweiger oder Schaltverteiler sogenannte DSLAM (Digital Subscriber Line Access Multiplexer) installiert. Soweit die physikalischen Eigenschaften der jeweiligen Kupfer-TAL die Erzeugung von xDSL-Verkehren zulassen, können sie oder auch allein ihr hochfrequenter Teil auf einem solchen DSLAM abgeschlossen werden. Der von den TAL abgehende xDSL-Verkehr wird im DSLAM gebündelt, der ankommende Verkehr entbündelt. Die Betroffene hat zudem im Frühjahr 2010 angekündigt, bis Ende 2012 bis zu 10% der Festnetzhaushalte in Deutschland mit FTTH versorgen zu können und also TAE unmittelbar per Glasfaserleitung anzuschließen.

An die Anschlussnetze schließen sich Konzentratornetze an, in welchen die xDSL- bzw. die FTTH-Verkehre auf mehreren Aggregationsstufen noch weiter verdichtet werden. Die besonders breitbandigen ADSL2+, VDSL- und FTTH-Verkehre fließen über in den letzten Jahren aufgebaute Ethernet-Konzentratornetze, welche in das IP-Kernnetz der Betroffenen münden. Die sonstigen xDSL-Verkehre werden über die hergebrachten ATM-Konzentratornetze in der Regel ebenfalls zu den Eingangsknoten (Vermittlungsstellen, Points-of-Presence) des IP-Kernnetzes, teilweise aber auch zu denjenigen des ATM-Kernnetzes der Betroffenen geführt. Während das IP-Kernnetz bundesweit 73 Standorte aufweist, sind dies im Fall des ATM-Kernnetzes 66 Standorte. Über das jeweilige Kernnetz werden Verbindungen beispielsweise zum World Wide Web (Internet) aufgebaut.

Die folgende aus der Festlegung der Präsidentenkammer entnommene Darstellung (dort: Abbildung 6) veranschaulicht die wesentlichen Netzstrukturen:



Über die dargestellte Infrastruktur versorgte die Betroffene Ende des ersten Halbjahres 2009 ca. 11,3 Millionen eigener Endkunden mit breitbandigen Leistungsbündeln.

Daneben wurden allerdings weitere ca. 10,7 Millionen Endkunden von Unternehmen versorgt, die teilweise oder vollständig auf die Infrastruktur der Betroffenen zurückgreifen. Dieser Rückgriff, der auch durch dritte Unternehmen vermittelt sein kann, kann sich sowohl auf Anschluss- als auch Transportleistungen der Betroffenen beziehen. Reine Anschlussleistungen verkauft die Betroffene als TAL-Zugang, eine vollständige Versorgung mit Anschluss- und Transportleistungen einschließlich Dienstkonnektivität als Resaleprodukt („WIA“). Vermittelnd dazwischen steht namentlich der verfahrensgegenständliche Bitstrom-Zugang, bei dem der Nachfrager neben der Anschlussleistung auch Transportleistungen über Anschlussnetz und Konzentratornetz sowie ggf. über das IP-Kernnetz erhält. Anbieter dieser Leistung sind neben der Betroffenen dritte Unternehmen, die typischerweise auf der Grundlage von TAL agieren, welche sie von der Betroffenen anmieten. Der Bitstromnachfrager kann die Leistung nach Vervollständigung durch eigene Transportleistungen als Resale- oder Endkundenprodukt, ggf. aber auch als Bitstrom-Zugangsprodukt mit Übergabe am distant PoP verkaufen.

Schließlich bedienten sich ca. 2 Millionen Endkunden der Angebote von Unternehmen, die ihre breitbandigen Produkte ohne integrierte Anschluss- oder Transportprodukte der Betroffenen erstellen. In diesem Bereich sind Kabelnetzbetreiber sowie – in sehr geringem Umfang – Netzbetreiber tätig, die auf Grundlage von weiteren Infrastrukturen agieren.

Eine eingehendere Darstellung des Bitstrom-Zugangs einschließlich umfangreicher Marktdaten enthält der als Anlage beigefügte Entwurf einer Festlegung der Präsidentenkammer zur Marktdefinition und Marktanalyse zu Markt Nr. 5 der Empfehlung 2007/879/EG, auf den zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Mit Beschlüssen BK 4a-06-039 vom 13.09.2006 (IP-Bitstrom-Zugang) und BK 4a-06-006 vom 07.03.2007 (ATM-Bitstrom-Zugang) wurden der Betroffenen im Bitstrombereich (erstmalig) ver-

schiedene Maßnahmen der Zugangsregulierung auferlegt. Während der letztgenannte Beschluss ohne weiteres Bestandskraft erlangte, war der erstgenannte Beschluss Gegenstand eines bis zum Bundesverwaltungsgericht geführten Hauptsacheverfahrens. Das Bundesverwaltungsgericht hob den Beschluss BK 4a-06-039 vom 13.09.2006 mit Urteil 6 C 39.07 vom 28.01.2009 hinsichtlich der darin auferlegten Entgeltgenehmigungspflicht auf, weil die Behörde nicht abgewogen habe, ob stattdessen eine die Betroffene weniger belastende nachträgliche Entgeltregulierung ausgereicht hätte. Aus entsprechenden Gründen hob es ferner die Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebots auf. Die Marktdefinition und Marktanalyse sowie die übrigen auferlegten Verpflichtungen (Zugangspflicht, getrennte Rechnungsführung, Diskriminierungsverbot) wurden hingegen vollumfänglich bestätigt. Mit Beschluss BK 3d-09/009 vom 03.06.2009 holte die Beschlusskammer die entsprechenden Ermessenserwägungen nach und erlegte der Betroffenen rückwirkend die vorgenannten Verpflichtungen wieder auf. Der hiergegen von der Betroffenen eingelegte Eilantrag wurde vom VG Köln mit Beschluss 21 L 857/09 vom 09.09.2009 abgelehnt, die erhobene Klage vom VG Köln mit Urteil 21 K 3702/09 vom 25.08.2010 zurückgewiesen.

Mit Blick auf die Regelung des § 14 Abs. 2 TKG, gemäß der die Ergebnisse des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens turnusgemäß zu überprüfen sind und in Folge dessen auch über die Auferlegung, Änderung, Beibehaltung oder den Widerruf der in § 13 Abs. 1 S. 1 TKG aufgeführten Verpflichtungen zu entscheiden ist, hat die Beschlusskammer mit Schreiben vom 28.09.2009 der Betroffenen mitgeteilt, dass sie nach dem derzeitigen Stand der Marktdefinition und Marktanalyse weiterhin über beträchtliche Marktmacht auf den nationalen Märkten für den Layer-2-Bitstrom-Zugang (vormals: ATM-Bitstrom-Zugang) und den Layer-3-Bitstrom-Zugang (vormals: IP-Bitstrom-Zugang) mit Übergabe an verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie verfüge. Die Beschlusskammer beabsichtige, der Betroffenen auf diesen Märkten Regulierungsverpflichtungen nach den §§ 19 (Gleichbehandlung), 20 (Vertragsvorlage), 21 (Zugangspflicht), 23 (Standardangebotsverpflichtung), 24 (Getrennte Rechnungsführung) und 38 Abs. 1 bis 4 TKG (Missbrauchsaufsicht mit vorheriger Anzeigepflicht) aufzuerlegen. Hinsichtlich der Entgelte für den Bitstrom-Zugang müsse auch künftig sichergestellt sein, dass sie sich in konsistenter Weise in die Entgelte der vor und nachgelagerten Vorleistungen einfügten und dass dies erforderlichenfalls durch geeignete Regulierungsmaßnahmen sichergestellt bzw. durchgesetzt werden könne.

In ihrer Stellungnahme vom 12.10.2009 hat die Betroffene vorgetragen, sie begrüße ausdrücklich die Planungen der Beschlusskammer, der Betroffenen für nunmehr alle Bitstrom-Zugangsprodukte keine ex-ante-Entgeltgenehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 S. 1 TKG, sondern eine nachträgliche Kontrolle der Entgelte nach § 38 TKG aufzuerlegen.

Eine solche Auferlegung sei zutreffend, da die Auswahl des aufzuerlegenden Genehmigungsregimes im Ermessen der Bundesnetzagentur stehe. Bei Ausübung dieses Ermessens komme eine ex-ante-Genehmigungspflicht mit den Entgeltmaßstäben der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht in Betracht. Insbesondere im Hinblick auf den aktuellen und zukünftigen Technologiewandel sowie die damit verbundenen Anforderungen an den Netzausbau ermöglichten die vorgesehenen Maßstäbe der §§ 38, 28 TKG die notwendige Flexibilität. Dabei müssten insbesondere die Investitionsrisiken und deren angemessene Verteilung stärkere Beachtung finden.

Die Verpflichtung zur Übergabe von Bitstrom-Verkehr auf Layer 3 könne mit dem heutigen Produkt IP-Bistream Access der Betroffenen erfüllt werden. Bezüglich einer Übergabe von Bitstrom-Verkehr auf Layer 2 sei zwar eine Fortführung des aktuellen Produkts ATM-Bistream Access möglich, angesichts der fehlenden Nachfrage aber nicht sinnvoll. Was die Übergabe auf Ethernet-Basis angehe, fehlten derzeit noch technische Spezifikationen für ein solches Produkt. Diese befänden sich derzeit noch in der Standardisierung. Da es hier zahlreiche unterschiedliche Optionen gebe, fehle somit aktuell ein Marktstandard für ein solches Produkt. Die Entwicklung eines solchen Standards sollte vor Auferlegung einer solchen Zugangspflicht abgewartet werden.

Soweit die Bundesnetzagentur erwäge, eine Standardangebotsverpflichtung aufzuerlegen, sei je nach Produkt zu prüfen, inwiefern eine allgemeine Nachfrage im Sinne von § 23 Abs. 1 TKG gegeben sei.

So gebe es beim Produkt IP-Bitstream-Access nur eine verhältnismäßig geringe Zahl von Nachfragern und letztlich nur einen Nachfrager, der in nennenswertem Umfang DSL-Anschlüsse über dieses Produkt realisiere. Hinsichtlich des Produkts ATM-Bitstream-Access seien bislang aus dem einen bestehenden auf Basis des Standardangebots abgeschlossenen Vertrag noch keine Leistungen abgerufen worden. Eine allgemeine Nachfrage nach dem letztgenannten Produkt bestehe nicht. Die Voraussetzungen für die Auferlegung einer Standardangebotspflicht lägen nicht vor.

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung ist im Amtsblatt Nr. 20/2009 vom 21.10.2009 als Mitteilung Nr. 530/2009 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Innerhalb dieser Frist sind 13 schriftliche Stellungnahmen eingegangen.

Die Betroffene ergänzt ihren bisherigen Vortrag dahin gehend, dass die Rücknahme der Entgeltregulierung ein wichtiger Schritt zur Rückführung der Bitstrom-Zugangsregulierung in einem zunehmend wettbewerblichen Umfeld sei. Dabei habe die Beschlusskammer auch zutreffend berücksichtigt, dass es wegen des geringen Korridors bei einer Entgeltfestsetzung nach § 28 TKG zu keiner wesentlichen Abweichung von den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung kommen werde.

Bedenken bestünden allerdings dagegen, dass die Angaben nach Ziffer 1.5 Satz 2 auf jeden Fall innerhalb von drei Arbeitstagen vorgelegt werden müssten. Je nach Verfügbarkeit der zuständigen Mitarbeiter könne es vorkommen, dass die Angaben nicht innerhalb dieses Zeitraums übermittelt werden könnten. Deshalb sei lediglich in den Fällen des § 38 Abs. 1 TKG, in denen im Zusammenhang mit der Anzeige die Übermittlung der Daten schon vorbereitet werden könne, eine 3-Tages-Frist angemessen. In allen anderen Fällen sollte eine Frist von 10 Arbeitstagen vorgesehen werden.

Ferner sei es ein Schritt in die falsche Richtung, wenn die Zugangsregulierung auf Produkte ausgedehnt werde, bei denen bisher der Bedarf des Marktes durch unregulierte Produkte gedeckt worden sei. Dies gelte für die Einbeziehung von Zugangsprodukten über das Kernnetz in die Zugangsverpflichtung sowie die Ausdehnung der Zugangsregulierung auf VDSL-Produkte. In beiden Fällen hätte die Beschlusskammer das freiwillige Angebot der Betroffenen mit erheblichem Gewicht in die Abwägung einstellen und in der Folge von der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung absehen müssen. Allein die Angewiesenheit auf das freiwillige Angebot könne nicht dazu führen, dass es nicht mit dem ihm gebührenden Gewicht in die Abwägung eingestellt werde. Zudem sei es bei freiwilligen Angeboten immer so, dass die abstrakte Gefahr bestehe, dass das freiwillige Angebot zurückgenommen werde. Darüber hinaus könne die Beschlusskammer später immer noch mit einer ergänzenden Regulierungsverfügung nachsteuern, sollten die freiwilligen Angebote tatsächlich vom Markt zurückgezogen oder mit Konditionen versehen werden, die faktisch einer Zugangsverweigerung gleichkämen.

Schließlich sollte zumindest in den Gründen klargelegt werden, dass eine Zugangsverpflichtung für eine auf Ethernet-Übergabe basierende Layer-2-Vorleistung erst nach multilateraler Abstimmung hinsichtlich der technischen Standards greifen könne. Es seien noch umfangreiche Festlegungen zu Architektur und Funktionsweisen eines auf Ethernet basierenden Netzes festzulegen. Eine durchgängig auf Ethernet basierende Aggregationsleistung müsse verschiedenen Anforderungen wie Mandantenfähigkeit, Abrechenbarkeit sowie weiteren Großhandelsanforderungen genügen, die in den bisherigen Arbeitsergebnissen der einschlägigen Standardisierungsgremien nicht umfassend berücksichtigt worden seien. Letztlich sei bislang der Bitstrom-Zugang bezogen auf eine Ethernet-Vorleistung nicht spezifiziert.

Die QSC AG begrüßt den vorgestellten Entwurf und hält ihn unter den derzeitigen Marktverhältnissen für angemessen. Bei den hier bestehenden Marktverhältnissen sei dies eindeutig gefahrloser möglich als auf anderen regulierten Märkten.

Im Entwurf fehle allerdings die Auferlegung eines Qualitätsmonitorings, mit dem die Beschlusskammer systematische Diskriminierungen bei der tatsächlichen Leistungsbereitstellung auf den Vorleistungsmärkten einerseits und den Endkundenmärkten andererseits erkennen könne. So sei die Beschlusskammer regel- und planmäßig mit verschiedenen monatlichen Kennzahlen etwa hinsichtlich Bereitstellungszeiten, Verzögerungen, Entstörzeiten oder Ablehnungsquoten zu versorgen.

Die Möglichkeit regionalisierter Vor- und Endkundenleistungsentgelte in dem vorgeschlagenen Entgeltregulierungsregime sei wesentlich höher einzuschätzen als bei einer Genehmigungspflicht der betreffenden Entgelte. Dies ergebe sich aus der viel höheren Preisflexibilität der Betroffenen in dem vorgeschlagenen Regime, die ihr eine gleichzeitige Erhöhung von Endkunden- und Vorleistungspreisen in wettbewerbsarmen Gebieten erlauben würde. Allerdings sei dieses Bedrohungspotenzial nicht als so hoch einzuschätzen, dass es die umfängliche Beibehaltung der Genehmigungspflicht erfordern würde.

Des Weiteren versage bei den Entgelten betreffend Anschlüsse und Kollokation wegen mangelnder relevanter Endkundenprodukte das für die sonstigen Entgelte wirksame Instrument der Kosten-Preis-Schere. Diesbezüglich sollte die Entgeltgenehmigungspflicht beibehalten werden.

Schließlich regt die QSC AG an, die Beschränkung der Zugangsverpflichtung auf „selbst betriebene Infrastrukturen“ vor dem Hintergrund einer signifikanten Anzahl von Kooperationen mit anderen Anbietern zu überdenken. Mit der Nutzung von Kapazitätsswaps könne die Betroffene ihre Zugangsverpflichtung bequem umgehen und zugleich ihren Endkundenvertrieb einen wettbewerblichen Vorsprung ermöglichen. Derartige Kapazitäten sollten den Kapazitäten auf selbst betriebenen Netzen gleich gestellt werden.

Der Breko Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. begrüßt die geplante Entscheidung, den VDSL-Bitstromzugang in die Verpflichtungen der Betroffenen einzubeziehen.

Dagegen sehe er den Vorschlag, die Entgelte für den Bitstromzugang künftig nur noch einer nachträglichen Regulierung zu unterwerfen, kritisch. Der Betroffenen werde damit ein hohes Maß an Preissetzungsflexibilität eingeräumt, das sie als strategisches Preissetzungsinstrument zum Nachteil des Infrastrukturwettbewerbs einsetzen könne. Dabei liege bereits unter dem jetzigen Regime eine Kosten-Kosten-Schere vor. Die Marktkräfte ließen sich so nicht stimulieren. Zudem fehle es an internationalen Vergleichsmärkten. Bis zur Herausbildung alternativer Geschäftsmodelle solle es bei der gesetzlich als Regelfall vorgesehenen ex-ante-Regulierung bleiben. Nicht entscheidend sei der zu wählende Entgeltmaßstab, sondern die Sicherstellung der Entgeltkonsistenz.

Die Communication Services Tele 2 GmbH hält es für geboten, die Zugangsverpflichtung dahingehend zu erweitern, dass die Betroffene zu allen ihr möglichen IP-Bitstrom-Leistungen Zugang gewähren müsse. Auf diese Weise wären auch Netze von Kooperationspartnern der Betroffenen erfasst. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass Nachfrager kein bundesweites Angebot von Endkundenprodukten mehr gewährleisten könnten. Unter Berücksichtigung der effektiven Durchsetzung der Regulierungsziele seien von § 21 TKG Zugänge zu allen Leistungen umfasst, zu denen das marktmächtige Unternehmen selbst Zugang habe, unabhängig davon, wer der konkrete Betreiber der Kommunikationstechnik sei.

Weiter festzuhalten sei an der Entgeltgenehmigungspflicht. Das entsprechende Ermessen der Bundesnetzagentur sei auf Null reduziert. Die Betroffene verfüge über eine ausgesprochen starke Stellung auf den Endkundenmärkten. Wenn schon eine ex-ante-Entgeltregulierung die starke Marktposition der Betroffenen nicht auflösen können, so werde destoweniger über eine schwächere ex-post-Entgeltregulierung ein nachhaltig gefestigter Wettbewerb bei xDSL-Produkten entstehen. Zudem erfolge der Wettbewerb auf den Endkundenmärkten ausschließlich über den Preis. Daher könnten selbst geringfügig über dem KeL-Maßstab liegende Vorleistungspreise für die Wettbewerber zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führen. Prüfungen hinsichtlich Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren ließen der Betroffenen einen immer noch zu großen Preissetzungsspielraum. Darüber hinaus seien Missbrauchsverfahren nicht effektiv, weil sie einen zu großen Zeitraum in Anspruch nähmen und es so zu Schädigungen der Wettbewerber käme. Durch taktische Maßnahmen könne die Betroffene das Miss-

brauchsverfahren leer laufen lassen. Die ex-post-Regulierung der ATM-Bitstromentgelte könne nicht als Argument herangezogen werden. Es handele sich hierbei um ein vom IP-Bitstromzugang qualitativ und quantitativ verschiedenes Produkt.

Die BT (Germany) GmbH & Co. oHG merkt an, insbesondere die Ergänzung der bisherigen Regulierungsverfügung um die Gewährung des Bitstromzugangs an weiteren Ebenen der Netzhierarchie sei eine zwingende Konsequenz aus den zwischenzeitlich gewonnenen Erfahrungen mit dem regulierten IP-Bitstrom-Standardangebot. Die meisten Unternehmen bevorzugten die Übergabe an weniger als 73 Zusammenschaltungspunkten. Eine entsprechende Erweiterung der Zugangsverpflichtungen sei notwendig, um Unternehmen mit nur einer kleinen Netzinfrastuktur oder nur einer geringen Nachfrage an Bitstrom-Leistungen Zugang zu gewähren

Die unveränderte Beibehaltung der Kollokationsverpflichtung werde kritisch betrachtet. Es fehle nach wie vor eine Kollokation in der Variante Customer Sited. Deshalb sei das regulierte Angebot für einige Unternehmen nicht nutzbar.

Der Übergang auf eine nachträgliche Entgeltkontrolle sei verfrüht. Während § 31 TKG eine Überschreitung der KeL grundsätzlich ausschließe, führe eine solche Überschreitung bei § 38 TKG nur dann zu einem Verstoß, sofern dies offenkundig ein missbräuchliches Handeln im Sinne des § 28 TKG darstelle. Deshalb könne nur mit der Auferlegung einer Verpflichtung gemäß § 31 TKG ein konsistentes Entgeltgefüge sichergestellt werden. Zunächst sei auf eine sorgfältige und marktgerechte Implementierung der Bitstromleistungen hinzuwirken. Im Bereich des ATM-Bitstroms zeige die gegenwärtige Situation, dass die nur ex-post-regulierte Betroffene strategische Preise verwende, die den ATM-Bitstromzugang als Substitut für andere Leistungen unattraktiv machten.

Die Betroffene müsse des Weiteren verpflichtet werden, das existierende Standardangebot unverzüglich zu überarbeiten und der Bundesnetzagentur zur Prüfung vorzulegen. Die anhaltenden Beschwerden verschiedener Nachfrager von IP-Bitstrom zeigten, dass ein erheblicher Anpassungsbedarf bestehe. Zudem deckten die bisherigen Standardangebote nicht den von der Regulierungsverfügung vorgesehenen Leistungsumfang. Gerade angesichts der Migration zu Ethernet-Konzentratornetzen sei eine zeitnahe Implementierung eines entsprechenden Layer-2-Bitstromangebotes unerlässlich.

Die IEN Initiative Europäischer Netzbetreiber sieht die Fortschreibung der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung inklusive Kollokation als angemessene Abhilfemaßnahme an. Insbesondere die Erstreckung der Verpflichtung auf den Backhaul sei zu begrüßen. Es sei allerdings festzuhalten, dass „WIA-Gate“ in seiner jetzigen Form wegen der vergleichsweise geringen Übertragungsraten nicht als nachfragegerechtes Produkt kategorisiert werden könne.

Ebenfalls als angemessen betrachtet würden die Auferlegung der Gleichbehandlungspflicht und der Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung. Allerdings sei die Einführung eines leistungsfähigen und transparenten Kostentrennungssystems notwendig, um eine Leerlaufen dieser Auflage zu verhindern. Dies gelte umso mehr vor dem Hintergrund der aktuellen gesellschaftsrechtlichen Verschmelzungen und Übertragungen im Konzern der Betroffenen.

Außerordentlich bedauert werde die Entscheidung der Bundesnetzagentur, von einer sektorspezifischen Entgeltkontrolle auf beiden Märkten abzusehen. Die nachträgliche Entgeltkontrolle sei keineswegs ausreichend, um eine konsistente Entgeltstruktur zu erreichen und strategische Preisgestaltungen zu vermeiden. Die Vorabregulierung sei eine strategische Frage und weniger ein Produktthema. Zunächst sei der Bitstromzugang zu implementieren. Die Beschlusskammer vermische im Entwurf die KeL mit der Missbrauchsschwelle des allgemeinen Wettbewerbsrechts, so dass zu befürchten sei, dass de facto KeL nicht den alleinigen Maßstab, sondern lediglich die Preishöhenbegrenzung darstellen werde. Gleiches gelte für den Layer-2-Bitstromzugangsmarkt. Die Betroffene werde ihre Preise zumindest an der Grenze des Missbrauchs kalkulieren in dem Wissen, dass ein Aufdecken des Missbrauchs nur zu einer Abänderung in der Zukunft führen werde, der Markteintritt alternativer Anbieter aber weiter verzögert bzw. erschwert werden könne.

Die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes werde positiv bewertet. Bedenken bestünden allerdings bezüglich der fehlenden Fristgebundenheit sowie des nach wie vor zu gerin-

gen Detaillierungsgrades der Regulierungsverfügung, namentlich hinsichtlich eines Qualitätsbitstromzugangs und des Ethernet-Zugangs.

Die Versatel AG sieht zum derzeitigen Zeitpunkt eine Notwendigkeit für die Gewährung von Bitstromzugängen seitens der Betroffenen. Allerdings ziehe die Beschlusskammer unzureichende Konsequenzen aus der Trennung des Bitstrommarktes in einen Untermarkt für Layer 2- und einen für Layer-3-Bitstromzugang. So führe die Beschlusskammer undifferenziert aus, Bitstromangebote unterschieden sich von reinen Resale-Produkten durch die damit zusammenhängenden preislichen und qualitativen Differenzierungsmöglichkeiten. Tatsächlich aber seien die Differenzierungsmöglichkeiten nur bei einer Verkehrsübernahme auf der untersten Aggregationsstufe, nicht aber bei einer Übernahme von IP-Bitstrom gegeben. Ebenso pauschal und ohne Begründung werde behauptet, Bitstromzugang ermögliche langfristige Kundenbindungen und setze damit Anreize zum eigenen Netzausbau.

Die Ausweitung der Art und Zahl der Zugangspunkte werde begrüßt, ebenso die regulatorische Zurückhaltung bei der Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes für einen Netzzugang auf Ethernet-Basis.

Hinsichtlich der Regulierung des Zugangsentgelts müsse die Beschlusskammer beachten, dass die Betroffene mit Hilfe sehr niedriger Bitstrompreise versuchen könne, TAL-gestützte Wettbewerber aus dem Markt zu drängen. Die Regulierungsverfügung sollte dahin gehend abgeändert werden, dass die Entgeltkontrolle gemäß § 38 Abs. 1 TKG gleichermaßen an der Verhinderung einer Über- wie einer Unterschreitung wettbewerbsanaloger Preise ausgerichtet werde.

Die 1&1 Internet AG merkt an, dass die Einführung einer nachträglichen Entgeltregulierung unter den von der Beschlusskammer zugrunde gelegten Prämissen angemessen sei. Allerdings seien dabei bestimmte Bedingungen zu beachten. Die Marktteilnehmer brauchten Planungssicherheit und weniger regulierungsinduziertes Risiko. Jede Preisanpassung bedürfe daher einer sachlichen Begründung. Regional differenzierte Preise stellten ein erhebliches Schadenspotenzial für Wettbewerber, Vorleistungsabnehmer und Verbraucher dar. Ein Auseinanderfallen von bundesweit einheitlichen TAL-Entgelten und regional differenzierten IP-BSA-Entgelten dürfe unter keinen Umständen eintreten. Fragen der zeitlichen Konsistenz würden unter einem solchen Regime noch größere Bedeutung haben.

Nach wie vor gebe es erhebliche Qualitätsprobleme bei der Bereitstellung von IP-BSA. Die Beschlusskammer sollte deshalb ein Qualitätsmonitoring vornehmen, d.h. die Betroffene sollte Qualitätsparameter (KPI, Key Performance Indicators) etwa zum Anteil erfolgreicher Bestellungen, Kündigungen, Migrationen, zu Bereitstellungszeiten und Entstörzeiten etc. veröffentlichen müssen. In Großbritannien und Irland gebe es entsprechende Verpflichtungen.

Die Auferlegung der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes werde begrüßt. Allerdings müssten neue Leistungen, Angebote und Technologien rasch in die Standardangebote eingepflegt werden. Dafür seien fest definierte Fristen in der Regulierungsverfügung erforderlich.

Die Vodafone D2 GmbH (vormals Vodafone AG & Co. KG) hält die Auffassung der Beschlusskammer für vertretbar, dass auf den Bitstrommärkten die Regulierungsziele mit einer Ex-post-Regulierung erreicht werden könnten. So sollte der tatsächliche und potenzielle Wettbewerb dafür sorgen, dass in dem Intervall zwischen einer möglichen PKS und einer KKS die Entgeltforderungen der Betroffenen zu kosteneffizienten, wettbewerbsanalogen Preisen führen. Die auferlegte Transparenzpflicht sichere die Prüfmöglichkeiten der Bundesnetzagentur. Letztere müsse insbesondere auf den Entgeltabstand zwischen VDSL BSA-Vorleistungsprodukten und dem Vorleistungsprodukt Zugang zu KVz-TAL sowie auf diejenigen zwischen national und an 73 POP übergebenen Bitstromleistungen achten.

Eine etwaige regionalisierte Entgeltüberprüfung allein am Maßstab des § 28 TKG dürfte allerdings schon aufgrund fehlender tatsächlicher Erkenntnisse schwierig sein. Möglicherweise setze die Betroffene den Vorleistungspreis marginal unter eine PKS bzw. marginal über eine KKS und gefährde damit die Wettbewerbsfähigkeit der Nachfrager.

Vodafone würde eine Erweiterung der Regulierungsverfügung begrüßen, welche klarstellte, dass ein Vorleistungsprodukt bereitzustellen sei, welches die für die Bereitstellung eines IPTV-Endkundenprodukts erforderlichen technischen Anforderungen erfülle. Ebenso sollte die Regulierungsverfügung zusätzlich ein regelmäßiges, an die Bundesnetzagentur zu richtendes öffentliches Qualitätsreporting der Betroffenen vorsehen.

Der Vorschlag, die Übergabeverpflichtung des Layer-2-Verkehrs bis zu dem sogenannten AGS1 zu erstrecken, werde kritisch gesehen. Denn es fehle ein einheitlicher Marktstandard. Es bestehe die Gefahr, dass die Betroffene ein unausgereiftes und damit suboptimales Produkt schaffe. Außerdem würden Vorhaben zum Aufbau einer eigenen FTTC-Struktur mit einem zusätzlichen Risiko belegt und somit zumindest verzögert.

Schließlich sei wichtig, dass für die Betroffene eine Frist (von einem Monat) zur Vorlage eines Standardangebotes verfügt werde. Bislang sei gerade die VDSL-BSA-Leistung nur ungenügend und in vielen Punkten zu nicht marktgerechten Vertragsbedingungen vereinbart worden. Es sollte mit einem erweiterten Standardangebot schnellstmöglich Rechtsklarheit und Rechtssicherheit geschaffen werden.

Die Verizon Deutschland GmbH begrüßt grundsätzlich den Entwurf der Regulierungsverfügung. Insbesondere die Ergänzung der bisherigen Regulierungsverfügung um die Gewährung des Bitstromzugangs an weiteren Ebenen der Netzhierarchie sei eine sachgerechte Konsequenz aus den mit dem Standardangebot IP-Bitstrom gemachten Erfahrungen. Die Kollkationsverpflichtung sollte zukünftig auch die Variante „Customer Sited“ umfassen, um ein ansonsten bestehendes Missbrauchspotenzial der Betroffenen von vornherein auszuschließen.

Der Übergang auf eine nachträgliche Entgeltkontrolle sei verfrüht. Zunächst sei auf eine sorgfältige und marktgerechte Implementierung der Bitstromleistungen hinzuwirken. Dem erheblichen Missbrauchspotenzial im Bereich des IP-Bitstroms könne nur mit einer Entgeltenehmigungspflicht begegnet werden. Im Bereich des ATM-Bitstroms zeige die gegenwärtige Situation, dass die nur ex-post-regulierte Betroffene strategische Preise verwende, die den ATM-Bitstromzugang als Substitut für andere Leistungen unattraktiv machten.

Die Betroffene müsse des Weiteren mit fester Frist verpflichtet werden, das existierende Standardangebot zu überarbeiten und der Bundesnetzagentur zur Prüfung vorzulegen. Die anhaltenden Beschwerden verschiedener Nachfrager von IP-Bitstrom zeigten, dass ein erheblicher Anpassungsbedarf bestehe. Zudem deckten die bisherigen Standardangebote nicht den von der Regulierungsverfügung vorgesehenen Leistungsumfang. Gerade angesichts der Migration zu Ethernet-Konzentratornetzen sei eine zeitnahe Implementierung eines entsprechenden Layer-2-Bitstromangebotes unerlässlich.

Der BUGLAS – Bundesverband Glasfaseranschluss e.V. bewertet den vorgesehenen Verzicht auf eine ex-ante-Regulierung der Zugangsentgelte kritisch. Der Betroffenen würden erhebliche Spielräume für eine strategische Preissetzung eingeräumt, obwohl die Marktverhältnisse gerade mit Blick auf das VDSL-Produkt nicht als gefestigt angesehen werden könnten. Würden für VDSL-Leistungen Entgelte unterhalb der KeL etabliert, würden dadurch Infrastrukturinvestitionen anderer Unternehmen entwertet. Bei einer etwaigen ex-ante-Kontrolle seien Qualitätsgarantien und das zu ihrer Einhaltung erforderliche Netzmanagement angemessen zu berücksichtigen.

Die Telefonica O2 Germany GmbH & Co. OHG unterstützt grundsätzlich den vorliegenden Verfügungsentwurf. Sie teile namentlich die Einschätzung der Kammer, dass ein freiwilliges Angebot nicht per se dazu führe, dass eine abstrakte oder konkrete Zugangsverpflichtung durch die Behörde nicht auferlegt werden könne. Die Betroffene könne das freiwillige Angebot jederzeit widerrufen.

Richtig sei auch die vorgesehene Ausweitung des Zugangsanspruchs, welche die Regulierungsverfügung zukunftssicher und flexibel mache. Damit könne insbesondere auf die angekündigte Grenzverschiebung zwischen Anschluss- und Konzentratornetz reagiert werden.

Mit Blick auf die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung bitte sie zu prüfen, ob alle preisgestaltungsrelevanten Aspekte berücksichtigt seien. So wären neben den in Ziffer 1.5 ge-

nannten Zahlungsströmen verschiedene andere Zahlungen denkbar, die die hier zur Erhebung genannten Zahlen beeinflussten, etwa Werbekostenzuschüsse, Rabatte auf benachbarte Leistungen, Rabattstaffeln usw.

Die Rücknahme der Regulierungsintensität durch die Einführung der ex-post-Kontrolle werde ausdrücklich begrüßt. Allerdings sei darauf aufmerksam zu machen, dass bei regional differenzierten Preisen die bisher verwendeten Modellierungen ins Leere laufen könnten, etwa wenn sich trotz unterschiedlicher Preise der Preisdurchschnitt nicht ändere. In einer solchen Situation führe kein Weg an einer regionalisierten PKS-/KKS-Betrachtung vorbei. Im Sinne der Rechtssicherheit sollte sich die Kammer bereits in der vorliegenden Regulierungsverfügung Eingriffsmöglichkeiten für derartige Fälle schaffen.

Der VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. macht darauf aufmerksam, dass die Beschlusskammer mit dem vorliegenden Entwurf ein Umdenken in der regulatorischen Praxis probe, das bislang aus der Perspektive des Wettbewerbs höchst kritisch bewertet worden sei und in Anbetracht eines erst seit einem Jahr verfügbaren Vorproduktes besonders hinterfragt werden müsse. Für den Fall, dass die Beschlusskammer an der beabsichtigten Ex-post-Entgeltregulierung festhalten wolle, spreche sich der VATM dafür aus, diese mit umfangreichen Ergänzungen hinsichtlich Transparenz, Bewertbarkeit, Eingriffseffektivität und Einhaltung der notwendigen Voraussetzungen für ein wettbewerbsgeeignetes Vorprodukt zu versehen. Andernfalls werde sich die nachträgliche Entgeltregulierung als zu schwaches Instrument – insbesondere auch bei einer etwaigen Regionalisierung der Preise – erweisen.

Essentiell für das IPTV-Angebot sei, dass es mit denjenigen der bereits im Markt verfügbaren Angebote der Betroffenen und der Kabelnetzbetreiber im Wettbewerb bestehen könne. Eine entsprechende Klarstellung innerhalb der Regulierungsverfügung wäre zu begrüßen. Ebenso wäre eine Erweiterung der Regulierungsverfügung um ein Qualitätsmonitoring zielführend. Damit sollte der Beschlusskammer das schnelle Erkennen systematischer Diskriminierungen bei der tatsächlichen Leistungsbereitstellung ermöglicht werden.

Im Rahmen von Kooperationen erschlossene Swap-Kapazitäten sollten den selbst betriebenen Netzen hinsichtlich der Konsequenzen aus der Regulierungsverfügung gleichgestellt werden, um Umgehungen auszuschließen.

Die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes werde begrüßt, weil dadurch einheitliche und qualitativ hochwertige Standards im Markt etabliert werden könnten.

Der Betroffenen sowie den sonstigen interessierten Parteien ist in der am 17.11.2009 durchgeführten öffentlichen Verhandlung Gelegenheit auch zur mündlichen Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der Verhandlung Bezug genommen.

Die schriftlichen Stellungnahmen sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens im Internet und im Amtsblatt Nr. 24/2009 vom 16.12.2009 als Mitteilung Nr. 612/2009 veröffentlicht worden. Hierauf wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vortrags Bezug genommen.

Die Beschlusskammer hat der Betroffenen mit Schreiben vom 18.01.2010 die Gelegenheit eingeräumt, sich zu den schriftlich vorgetragenen Forderungen der sonstigen interessierten Parteien zu äußern.

Die Betroffene trägt mit Schreiben vom 27.01.2010 vor, ein Zugangsanspruch in Kooperationsgebieten würde gegen die Regulierungsziele des TKG verstoßen und wäre zudem unverhältnismäßig. Ziel eines solchen Anspruchs könne es allein sein, die möglichst flächendeckende Verfügbarkeit von Bitstrom-Vorleistungen auch für Dritte zu gewährleisten. Im Kooperationsfall könne der Dritte aber den Zugang bereits beim Kooperationspartner der Betroffenen nachfragen. Auf den Zugang bei der Betroffenen sei der Dritte damit nicht mehr angewiesen.

Darüber hinaus hätte die Auferlegung eines Zugangsanspruchs die Verhinderung wirksamen Wholesale-Wettbewerbs zur Folge. Es bestehe ein erhebliches Risiko, dass Dritte den BSA weitgehend über die Betroffene beziehen würden, da in dieser Konstellation die Einrichtung zusätzlicher Übergabeschnittstellen zum Kooperationspartner der Betroffenen überflüssig wäre. Ferner wäre der Bezug über die Betroffene vermutlich einfacher zu administrieren. Bezögen Dritte aber den Zugang über die Betroffene, würde dies die Marktmacht der Betroffenen stär-

ken. Müssten die nachfragenden Dritten dagegen auf das Angebot der Kooperationspartner ausweichen, würde dies die Marktanteile der Betroffenen verringern.

Des Weiteren hätte ein Zugangsanspruch Querwirkungen auf die Gestaltungsmöglichkeit des Kooperationspartners, was sein Angebot insbesondere in preislicher Hinsicht betrifft. Denn sowohl auf dem Wholesale- als auch auf dem Retail-Markt müsse er sich an den Entgelten der Betroffenen messen lassen. Letztlich dürfte dies die gesamte Kooperation in Frage stellen. Auch ein Weiterreichen der zwischen den Kooperationspartnern vereinbarten Entgelte an den Drittnachfrager stoße auf Bedenken, weil die kommerziellen Bedingungen für den Netzzugang in der ausgehandelten Form nur zwischen den Kooperationspartnern gelten könnten. Es sei ein wesentlicher Bestandteil einer investitionsfreundlichen Regulierung, dass Investitionsrisiken mit Zugangsnachfragern geteilt werden könnten. Würden Dritte indirekt zu den Konditionen des Kooperationspartners einkaufen können, stelle sich die Frage, warum die Kooperationspartner das Investitionsrisiko auf sich nehmen sollten.

Hinsichtlich einer Vorlage von Standardangeboten zu den neu vorgesehenen Verpflichtungen betreffend die Leistungen WIA Gate und W-VDSL sei trotz aller Möglichkeiten zu vorbereitenden Arbeiten eine Frist von mindestens zwei Monaten erforderlich. Denn erst nach Vorliegen der finalen Verfügung werde zu entscheiden sein, wie die verschiedenen Zugangsmodalitäten in einem oder mehreren Verträgen sinnvoll abgebildet werden könnten.

Dem Bundeskartellamt ist mit Schreiben vom 02.02.2010 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Mit Schreiben vom 23.02.2010 hat das Bundeskartellamt wie folgt Stellung genommen:

„Die Beschlussabteilung hält den Übergang zur nachträglichen Entgeltregulierung auf den Bitstrom-Märkten für vertretbar, soweit es die bisher ex-ante regulierten IP-Bitstromprodukte betrifft. Eine laufende Vorab-Überprüfung der Entgelte erscheint nach abgeschlossener Implementierung des IP-Bitstrom-Produktes im Markt nicht mehr zwingend erforderlich. Für ein Aufgreifen von etwaigen Preisüberhöhungen gemessen am KeL-Maßstab mit der nachträglichen Entgeltkontrolle bieten die bisherigen Erkenntnisse zu den Preis- und Kostenstrukturen hinreichende Anhaltspunkte. Im Fokus stehen hier außerdem vor allem die Prüfung von Kosten-Kosten- und Preis-Kosten-Schereen. In diesem Zusammenhang hält die Beschlussabteilung auch die auferlegten Transparenzverpflichtungen für nicht regulierte Produkte für angemessen, da sie die Prüfungen von Kosten-Kosten- und Preis-Kosten-Schereen nach § 28 TKG ermöglichen.

Aus Sicht der Beschlussabteilung treffen diese Überlegungen für die noch zu implementierenden VDSL-Bitstromprodukte jedoch nicht ohne Weiteres zu. Vor dem Hintergrund der auch von der Bundesnetzagentur prognostizierten zunehmenden Bedeutung von VDSL-Bitstromzugangszugangsprodukten im NGA-Kontext (z.B. in den „Eckpunkten über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur“ der Bundesnetzagentur vom 11. Januar 2010, S. 38) teilt die Beschlussabteilung die von Wettbewerbern in Stellungnahmen zum Entwurf der Regulierungsverfügung vorgetragenen Bedenken gegen den Verzicht auf eine Ex-Ante-Entgeltregulierung für VDSL-Bitstromzugangszugangsprodukte. Da bisher im Bereich der VDSL-Bitstroms noch keine Entgeltregulierung erfolgte, liegen der Bundesnetzagentur – anders als beim IP-Bitstrom – keine Erfahrungswerte hinsichtlich der technischen Umsetzung und der Kosten der effizienten Leistungserbringung vor, die Anhaltspunkte für eine etwaig erforderliche Prüfung im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung geben könnten. Auch dürfte hier eine Konsistenzprüfung im Rahmen der TAL-Entgeltregulierung nicht ausreichen, da der Zugang zum KVz erheblich geringere Bedeutung haben wird und sich Konsistenzprobleme im Hinblick auf den Zugang zur TAL am HVt angesichts der deutlich höheren Preise für VDSL-Bitstrom nicht abzeichnen. Da der VDSL-Bitstrom in Zukunft gegenüber dem Zugang zur TAL auch nach der Ansicht der BNetzA voraussichtlich eine gewichtigere Rolle einnehmen wird, ist eine von Anfang an nachträgliche Entgeltregulierung ohne vorherige Implementierungsphase aus der Sicht der Beschlussabteilung nicht risikolos. Die Beschlussabteilung regt deshalb an, für VDSL-Bitstromzugang für eine Implementierungsphase die Ex-Ante-Entgeltregulierung in Betracht zu ziehen, die vor diesem Hintergrund auch verhältnismäßig wäre.

Soweit auf S. 19 der Regulierungsverfügung der Zugang zu Bitstrom-Produkten, zu deren Angebot die DTAG aufgrund von Kooperationsvereinbarungen in der Lage wäre, von der Zugangsverpflichtung ausgenommen wird, versteht die Beschlussabteilung dies so, dass Bitstrom-Zugang zu dem Teil des Netzes, das von der DTAG selbst ausgebaut wurde und ihr gehört, gewährt werden muss und nur der Zugang zu den Teilen des Netzes, den der Kooperationspartner ausgebaut hat und der DTAG nicht (oder nicht vollständig) gehört, ausgenommen wird. Insoweit hält die Beschlussabteilung dies mit dem eingefügten Überprüfungsvorbehalt für akzeptabel. Eine Herausnahme des gesamten Kooperationsgebiets (d.h. auch der von der DTAG selbst ausgebauten und ihr gehörenden Teile des Netzes) aus der Zugangsverpflichtung wäre dagegen nicht unbedenklich und im Rahmen der Prüfung der Kooperationsvorhaben nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu berücksichtigen.“

Am 05.05.2010 stellte die Präsidentenkammer einen überarbeiteten Entwurf zur Definition und Analyse der Bitstrom-Märkte zur Konsultation, in den nunmehr – im Gegensatz zum vorherigen Entwurfsstand – auch auf FTTH-Infrastrukturen beruhende Bitstrom-Zugänge in die entsprechenden Marktabgrenzungen einbezogen wurden. Die Präsidentenkammer reagierte mit dieser Änderung auf Ankündigungen der Betroffenen vom 17.03.2010, einen FTTH-Rollout in Angriff nehmen zu wollen, um so bis Ende 2012 bis zu 10% der Festnetzhaushalte in Deutschland mit FTTH versorgen zu können.

Im Gleichklang hiermit hat die Beschlusskammer ebenfalls am 05.05.2010 einen entsprechend überarbeiteten Entwurf der Regulierungsverfügung zur Konsultation gestellt. Der Entwurf ist im Amtsblatt Nr. 8/2010 vom 05.05.2010 als Mitteilung Nr. 257/2010 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von zwei Wochen ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Innerhalb dieser Frist sind 7 schriftliche Stellungnahmen eingegangen.

Die Betroffene hält an der Auffassung fest, dass über FTTH-Anschlüsse realisierte Produkte einem anderen Markt zuzuordnen seien als die im Rahmen des Bitstrom-Zugangs zu betrachtenden xDSL-Anschlüsse.

Eine Zugangsverpflichtung zu FTTH-Anschlüssen scheide zudem deshalb aus, weil es eine FTTH-Infrastruktur derzeit noch nicht gebe. § 21 TKG enthalte keine Rechtsgrundlage für eine Zugangsverpflichtung hinsichtlich zukünftiger Infrastrukturen. Die Zugangsverpflichtung des § 21 TKG setze das Zugangsobjekt voraus. Zugangsobjekt sei eine real existierende Infrastruktur, nicht eine geplante Infrastruktur. Dies werde in der Formulierung der einzelnen Zugangsverpflichtungen in § 21 Abs. 2 und 3 TKG deutlich. So spreche § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG von dem Zugang zu bestimmten Netzkomponenten oder –einrichtungen. Dabei sei klar, dass es sich um bestehende und nicht um geplante Einrichtungen handeln müsse. Bestätigt werde dies auch durch die Formulierung in § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG, wo eine Zugangsverpflichtung bezüglich von der Betroffenen angebotenen Diensten auferlegt werden könne, nicht aber zu geplanten Diensten.

Dem könne man nicht entgegenhalten, dass es konkrete geschäftliche Planungen für diese Infrastruktur gebe und Leistungen auf der Basis dieser Infrastruktur während der Regulierungsperiode voraussichtlich eine gewisse Bedeutung erlangen würden. Diese Betrachtungsweise sei verfehlt, weil die Zugangsansprüche mit Wirksamkeit der Regulierungsverfügung entstünden. Zu diesem Zeitpunkt könnten sie aber nicht erfüllt werden.

So wäre die Betroffene bei einer Nachfrage verpflichtet, unverzüglich, spätestens aber drei Monate nach Auferlegung der Zugangsverpflichtung ein Angebot für einen entsprechenden Zugang abzugeben (§ 22 Abs. 1 TKG). Eine Verpflichtung mache nur Sinn, wenn das geplante Netz wenigstens in großen Teilen bereits vorhanden sei, weil ansonsten eine Zugangsvereinbarung auf eine Leistung gerichtet wäre, die von der Betroffenen tatsächlich nicht erbracht werden könne. Eine solche Verpflichtung auf eine von vornherein nicht zu erbringende Leistung sei rechtswidrig (§ 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG).

Darüber hinaus übersehe die Beschlusskammer, dass auch zwischen den nach § 14 TKG gebotenen Überprüfungen die Regulierungsverfügung um zusätzliche Verpflichtungen ergänzt wer-

den könne, wenn dies erforderlich sei. Daher bestehe kein praktisches Bedürfnis, Vorratsverpflichtungen aufzuerlegen.

In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass aufgrund des neuen EU-Rechtsrahmens die nationale Rechtslage sich absehbar ändern werde. So sehe der neue Rechtsrahmen zum einen vor, dass der Infrastrukturzugang nicht mehr nur auf der Grundlage der Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht zu gewähren sei, sondern generell die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu vorhandenen Infrastrukturen unabhängig von der Marktmacht die Regel werden solle. Zudem sehe Art. 12 Abs. 2 (a) der Zugangsrichtlinie ein deutlicheres Subsidiaritätsverhältnis zwischen den verschiedenen Wertschöpfungsebenen vor, als dies im derzeitigen nationalen Recht vorgesehen sei. Zwar entfalteten die neuen EU-Richtlinien keine unmittelbare Vorwirkung. Sollte der neue Rechtsrahmen aber eine anderweitige Bewertung und Entscheidung zur Folge haben müssen, würde die jetzt ausgesprochene Verpflichtung ohne jede Wirksamkeit bleiben und wäre daher in jedem Falle ungeeignet.

Darüber hinaus sei die Auferlegung von Vorratsverpflichtungen zur Erreichung der Regulierungsziele nicht erforderlich, sondern kontraproduktiv. Wenn neue Produkte auf neuer Infrastruktur entstünden, bestehe prinzipiell ein „Level Playing Field.“ Eines regulatorischen Eingriffs bedürfe es nicht. Die Auferlegung lediglich einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung sei von der Beschlusskammer schon mehrfach praktiziert worden. Im Rahmen eines solchen Diskriminierungsverbots wäre sichergestellt, dass die Wettbewerber der Betroffenen ohne Zeitverzug einen breitbandigen Zugang realisieren könnten, ohne dass sogleich eine Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG auferlegt werde.

Ebenfalls nicht angemessen sei es, der Betroffenen die Verpflichtung aufzuerlegen, Bitstrom über eine Ethernet-Schnittstelle zu übergeben. Die heutigen Ethernet-DSLAM würden nur in Anschlussbereichen eingesetzt, in denen keine ATM DSLAM Portkapazitäten mehr zur Verfügung stünden. Ein flächendeckendes Angebot auf Basis GbE könne also wegen der fehlenden DSLAM Technik nicht bereitgestellt werden.

Außerdem sei eine auf Ethernet-Übergabe basierende Layer-2-Vorleistung derzeit noch nicht hinreichend standardisiert. Auch Wettbewerber hielten eine sofortige Auferlegung einer Angebotsverpflichtung für nicht erforderlich.

Neben der fehlenden Spezifizierung und Abstimmung müsse berücksichtigt werden, dass die derzeit bei der Betroffenen vorhandene Ethernet-basierte Konzentrationsebene lediglich eine Übergangsphase darstelle. Denn auf dieser Ebene sei ein Wholesale-seitiger Zugang nicht mitgeplant. Letzteres werde durchgängig erst im Rahmen der komplexen Road-Map für den Netzausbau der Betroffenen erfolgen. Hier sei es notwendig, leistungsfähige Schnittstellen, die auch über einen gewissen Zeitraum Gültigkeit haben können, gemeinsam mit den Carriern zu definieren. In diesem Zusammenhang sei auch auf das von der BNetzA ins Leben gerufene NGA-Forum verwiesen. Die Sicherstellung von einheitlichen Standards und der daraus folgenden Interoperabilität stelle hier ein wesentliches Diskussionsfeld dar.

Falls die Beschlusskammer eine sofort wirksame Zugangsverpflichtung auferlege, stehe Wettbewerbern – nach Scheitern von Verhandlungen – das Zugangsverfahren nach § 25 TKG zur Verfügung. Das würde aber bedeuten, dass die notwendige Zeit für die Definition einer für den gesamten Markt brauchbaren Schnittstelle nicht zur Verfügung stünde. Vielmehr müsste die Beschlusskammer solche Schnittstellen im Rahmen der maximal auf vier Monate verlängerbaren Verfahrensfrist bestimmen. Es sei daher nicht ausreichend, dass die Beschlusskammer davon abgesehen habe, eine Frist zur Veröffentlichung eines Standardangebots zu bestimmen. Notwendig wäre vielmehr, die Zugangsverpflichtung ausdrücklich von der Abstimmung einer Schnittstelle und der Schaffung der netztechnischen Voraussetzungen im Netz der Betroffenen abhängig zu machen.

Die BT (Germany) GmbH & Co. oHG begrüßt ausdrücklich die Ausweitung der Regulierungsverpflichtungen auf „breitbandige Anschlüsse“ und damit auf FTTH-Anschlüsse. Der Entwurf stelle sicher, dass keine Regelungslücken durch bereits heute absehbare Veränderungen der Marktverhältnisse entstehen könnten. Hierdurch werde auch die Gefahr des Missbrauchs der festgestellten beträchtlichen Marktmacht reduziert, da es für Nachfrager von Bitstrom regelmä-

ßig nicht nachvollziehbar sei, wo welche Technologie die Grundlage der Anschlussinfrastruktur bilde.

Die Regulierungsverfügung habe darüber hinaus die Aufgabe, auch mit Blick auf die in naher Zeit anstehenden Änderungen Verpflichtungen aufzuerlegen, um zu vermeiden, dass man den Marktentwicklungen hinterherhinken müsse. Dies gelte umso mehr vor dem Hintergrund des geänderten EU-Rechtsrahmens, der einen verlängerten Zeitraum für die Überprüfung von Marktanalyseverfahren und Regulierungsverfügung von 3 Jahren vorsehe.

Die vorliegend geplante Kollokationsverpflichtung greife dagegen zu kurz. Die derzeitige Beschränkung der Kollokationsverpflichtung auf Infrastrukturen der Betroffenen verursache nicht nur erhöhte Kosten, sondern widerspreche auch dem Regulierungsziel der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen. Insbesondere könnten Nachfrager von Bitstrom, die bereits über eigene Netze und Rechenzentren verfügten, nicht diese zur Übergabe von Bitstrom-Anschlüssen verwenden, sondern seien verpflichtet, sämtliche Kollokationsleistungen von der Betroffenen zu beziehen. Auch hinsichtlich der Übergabe von Bitstrom-Verkehren von VDSL- und FTTH-Anschlüssen würden unnötig Marktzutrittschürden geschaffen.

Bereits im Rahmen der aktuellen Fassung des Standardangebotes habe sich gezeigt, dass dieses regulierte Angebot für einige Unternehmen nicht nutzbar war, da eine Verpflichtung zur Übergabe des Verkehrs am Standort des Nachfragers nicht angeordnet gewesen war. Zudem bestehe ein Widerspruch darin, dass die Beschlusskammer die Möglichkeit einer virtuellen Kollokation anerkenne, dann aber keine Kollokationsvariante „Customer Sited“ schaffe.

Den Wechsel von einer ex-ante- auf eine ex-post-Preiskontrolle halte BT für verfrüht. Das Missbrauchspotenzial der Betroffenen könne nur durch eine Auferlegung des Prüfungsmaßstabes nach § 31 TKG ausgeschlossen werden. Zudem zeige der Layer-2-Bitstromzugangsmarkt, dass die Betroffene nunmehr strategische Preise verwende, die den ATM-Bitstromzugang als Substitut für andere Leistungen unattraktiv mache.

Schließlich sollte die Bundesnetzagentur bereits heute eine Feststellung dazu treffen, wie FTTH-basierende Infrastrukturen im Rahmen des Standardangebotes zu behandeln seien.

Die IEN – Initiative Europäischer Netzbetreiber begrüßt die technologie neutrale Einbeziehung „breitbandiger Anschlüsse“ in die Regulierungsverfügung. Die Regulierungsverfügung habe die Aufgabe, auch mit Blick auf die in naher Zeit anstehenden Änderungen Verpflichtungen aufzuerlegen, um zu vermeiden, dass man den Marktentwicklungen hinterherhinken müsse. Dies gelte umso mehr vor dem Hintergrund des geänderten EU-Rechtsrahmens, der einen verlängerten Zeitraum für die Überprüfung von Marktanalyseverfahren und Regulierungsverfügung von drei Jahren vorsehe.

Ebenfalls begrüßt werde die Erstreckung der Zugangsverpflichtung auf den Zugang zum Ethernet-Konzentratornetz.

Die IEN stimme mit den Bedenken des Bundeskartellamtes überein, dass gerade für den VDSL-Bereich keinerlei Erfahrungswerte hinsichtlich der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung vorlägen, die Anhaltspunkte für die nachträgliche Entgeltkontrolle liefern könnten. Die Entscheidung sollte deshalb zumindest hinsichtlich der Regulierung der VDSL-, aber auch der FTTH- und der Layer-2-Entgelte überdacht werden.

Begrüßt werde die neu eingefügte Fristsetzung von zwei Monaten zur Vorlage des Standardangebotes zu IP-BSA. Kritisch betrachtet werde dagegen die vollständige Ausklammerung von FTTH-Architekturen. Die Beschlusskammer sollte sich zumindest ein vorzeitiges Einschreiten vorbehalten.

Schließlich sei es bedauerlich, dass es weiterhin keine Frist für ein Standardangebot zu Ethernet gebe. Vor diesem Hintergrund sei zu hoffen, dass die Beschlusskammer an ihren Ausführungen hinsichtlich der 3-Monatsfrist gemäß § 22 TKG konsequent festhalte.

Die QSC AG hält die Erweiterung der Regulierungsverfügung für grundsätzlich begrüßenswert und sachlich gerechtfertigt. Mit der frühzeitigen Bekanntgabe der Verpflichtungen auch gegenüber der Betroffenen werde prinzipiell ein hohes Maß an regulatorischer Planungssicherheit

erreicht. Dies sei umso wichtiger, als dass die Betroffene dann bereits beim Design der technischen Ausgestaltung wie der Prozesse die Anforderungen aus der Regulierungsverfügung berücksichtigen könne und müsse.

Es werde angeregt, die Verpflichtung zum Standardangebot v.a. für die Produkte auf Layer 2 (Ethernet) so konkret zu fassen, dass ein Standardangebot unterschriftsfähig vorhanden ist, sobald die Betroffene mit der Vermarktung ihres eigenen Endkundenproduktes beginne. Grundsätzlich sei zwar ein Layer2-Bitstrom auf Basis Ethernet heute noch kein Standardprodukt. Vielmehr bedürfe es noch einer intensiven Diskussion. Dies dürfe jedoch nicht dazu führen, dass die Betroffene sich einen Vorsprung am Markt allein durch die Notwendigkeit verschaffe, diese Prozesse definieren und üben zu müssen. Insofern sei für das Standardangebot (inkl. Vorlage, Diskussion und Anordnung) ein ausreichender zeitlicher Vorlauf vorzusehen.

Schließlich seien auch regelmäßige und zeitnahe Informationen zu qualitätsbasierten Parametern unerlässlich, wie das Qualitätsdebakel bei der Einführung von WITA gezeigt habe. Bei preislich nicht mehr stark differenzierungsfähigen Märkten gewinne die Produktqualität an Bedeutung. So müssten zum Beispiel die Lieferbedingungen für die entbündelte TAL besser sein als für Bitstrom und die für Bitstrom besser sein als die, die sich der Betroffene selbst im besten Fall einräume.

Die Telecommunication Services TELE2 GmbH begrüßt die Einbeziehung von FTTH-realisierten Anschlüssen in die Bitstrom-Zugangspflichtung. Zu Recht gehe die Beschlusskammer in Ausübung ihres Prognoseermessens davon aus, dass die Betroffene während des Laufs der Regulierungsverfügung den bereits angekündigten Flächenausbau mit FTTH-Anschlüssen umsetzen werde.

Die Zugangspflichtung sollte auch solche Infrastruktur umfassen, die die Betroffene nicht selbst betreibe, zu der sie aber aufgrund von Kooperationsabkommen mit anderen Wettbewerbern Zugang habe. Insofern gelte die gleiche Argumentation, welche die Beschlusskammer mit Blick auf FTTH-Anschlüsse vertrete.

Tele 2 spreche sich weiterhin für eine ex-ante-Entgeltregulierung der Betroffenen mit den bereits in der ersten Stellungnahme dargebrachten Gründen aus.

Grundsätzliche und wesentliche Entscheidungen hinsichtlich qualitativer Anforderungen an den Bitstrom-Dienst und hiermit zusammenhängende Annex-Dienstleistungen sollten in der Regulierungsverfügung selbst getroffen werden.

Der Betroffenen sollte auch eine virtuelle Kollokationsverpflichtung außerhalb ihrer POPs auferlegt werden. Vorteil für die Wettbewerber sei hierbei, bei den Kollokationsleistungen nicht mehr auf die Betroffene angewiesen zu sein und die technische Realisierung in Eigenregie vornehmen zu können. Die Problematik sowohl fehlenden Kollokationsplatzes als auch kostenintensiver Anmietungen von Kollokationsflächen ließen sich so vermeiden.

Die Verizon Deutschland GmbH begrüßt insbesondere die explizite Einbeziehung von ADSL2+/VDSL/FTTH/Ethernet-Infrastrukturen und die Tenorierung einer Veröffentlichungsfrist hinsichtlich des IP-BSA-Standardangebotes.

Die Rückführung der Entgeltregulierung sei dagegen insbesondere mit Blick auf VDSL- und FTTH-Infrastrukturen deutlich verfrüht. Auch sei die Verpflichtung zur Vorlage von Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen nur bedingt geeignet, Missbrauch tatsächlich zu erkennen und auch zu unterbinden. Den Ausführungen des Bundeskartellamtes habe die Bundesnetzagentur nicht hinreichend Rechnung getragen.

Ebenfalls kritisch sei die unveränderte Beibehaltung der Kollokationsverpflichtung zu betrachten. Die überwiegende Anzahl von Unternehmen würde eine Verkehrsübergabe an weniger als 73 Zusammenschaltungspunkten bevorzugen. Vor diesem Hintergrund wäre eine Konzentrationsleistung ähnlich dem jetzigen Produkt „WIA-Gate“ als Bestandteil des regulierten Angebotes zu begrüßen. Darüber hinaus widerspreche es einer effizienten Nutzung von Infrastruktur, wenn Nachfrager, die bereits über eine eigene ausgedehnte Netzinfrastruktur verfügten, dazu gezwungen würden, Konzentrationsleistungen von der Betroffenen zu beziehen, obwohl sie diese auch selbst erbringen könnten.

Nur sehr bedingt könne der Ansicht zugestimmt werden, dass im IP-BSA-Standardangebot keine Regelungen im Hinblick auf Bitstromzugänge im Rahmen von FTTH-Infrastrukturen enthalten sein müssten. Jedenfalls ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Verfügbarkeit sei dies anders zu beurteilen. Deshalb sei daran zu denken, eine Verpflichtung der Betroffenen bereits zum jetzigen Zeitpunkt mit Wirksamkeit von 3 Monaten vor tatsächlicher Verfügbarkeit auszusprechen.

Mit Blick auf Layer-2-BSA wäre es eine deutlich und nicht akzeptable Aushöhlung der Regulierungsverpflichtungen, wenn der Betroffenen durch fehlende Fristbestimmungen die Möglichkeit eingeräumt würde, die Verfügbarkeit eines regulatorischen Angebots auf Implementierungsebene noch weiter zu verzögern.

Kritisch zu sehen sei ebenso die Tatsache, dass die Bundesnetzagentur keine zusätzlichen Vorgaben zu den Bestandteilen des Standardangebotes gemacht habe. Zur Vermeidung weiterer Verzögerungen seien zusätzliche Anforderungen hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Standardangebotes vorzuschreiben. Insbesondere wäre ein Qualitätsmonitoring im Rahmen des Standardangebotes zumindest dem Grunde nach anzuordnen.

Die Vodafone D2 GmbH stimme der Beschlusskammer in ihrem Vorhaben, auch FTTH-basierte Anschlüsse in die Regulierungsverfügung zum Markt 5 mit einzubeziehen, zu. Dieses Vorhaben bilde die während der Laufzeit dieser Regulierungsverfügung zu erwartende Marktentwicklung sachgerecht ab und entspreche zudem der konsequenten Durchsetzung der technologieunneutralen Regulierung.

Die von der Betroffenen vorgetragenen Argumente, dass FTTH einerseits auf einem „Level Playing Field“-Ansatz basiere und zudem als noch nicht realisierte Infrastruktur nicht regulierungsrelevant sein könne, seien nicht tragfähig. Bei einem „Level Plaing Field“ sei Regulierung dann notwendig, wenn auf einem infrastrukturbasierten Markt mit Bottleneckcharakteristikum ein Unternehmen marktmächtig sei. Zudem decke diese Regulierungsverfügung einen Zeitraum ab, in dem die Betroffene nach eigenen Aussagen bereits 10% der Haushalte über FTTH erschlossen haben werde. Ein Ausschluss dieser Haushalte aus der Regulierung würde zu Wettbewerbsbehinderungen führen.

Unter Punkt 1.5 oder alternativ unter Punkt 1.3 der Regulierungsverfügung sollte eine Reporting-Pflicht der Betroffenen aufgenommen werden. Im Rahmen des Standardangebotsverfahrens könne eine solche Pflicht nicht verankert werden, weil das Standardangebot eine bilaterale Vereinbarung darstelle. Ein regelmäßiges Reporting sei ein elementarer Bestandteil, um nachhaltig einen hohen Qualitätsstandard für den Endkunden und zudem die nötige laufende Transparenz zur Überwachung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes, aber auch zur ex-post-Preisprüfung sicherzustellen.

Da derzeit die genaue Systematik der Bepreisung der zukünftigen Bitstrom-Produkte unklar sei, sei eine Erweiterung des Punkte 1.5e) der Regulierungsverfügung um eine abstrakte Verpflichtung, alle zur Preisprüfung notwendigen Daten bereitzustellen, für eine zielführende ex-post-Preiskontrolle aus Sicht der Vodafone unumgänglich.

Schließlich sollte die Verpflichtung nach Punkt 1.1 der vorliegenden Regulierungsverfügung dahingehend erweitert werden, dass die Betroffene ein Produkt überlässt, mit dessen Hilfe die Nachfrager vergleichbare Dienste zur Betroffenen eigenständig anbieten können. Insbesondere wäre eine Konkretisierung auf IP-TV mit Multicastfunktionalität wünschenswert, da die Betroffene diesen Dienst bereits den eigenen Endkunden anbietet, allerdings die Wettbewerber auf Basis des bestehenden Bitstromproduktes dieses Kundenpotenzial nicht erschließen könnten.

Der Betroffenen sowie den sonstigen interessierten Parteien ist in einer am 18.05.2010 durchgeführten öffentlichen Verhandlung erneut Gelegenheit auch zur mündlichen Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der Verhandlung Bezug genommen.

Die schriftlichen Stellungnahmen sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens im Internet und im Amtsblatt Nr. 10/2010 vom 02.06.2010 als Mitteilung Nr. 339/2010 veröffentlicht worden. Hierauf wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vortrags Bezug genommen.

Dem Bundeskartellamt ist mit Schreiben vom 26.07.2010 ebenfalls erneut Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Mit Schreiben vom 02.08.2010 weist das Bundeskartellamt darauf hin, dass die im Schreiben vom 23.02.2010 vorgebrachten Überlegungen zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit einer Ex-Ante-Entgeltregulierung für VDSL-Bitstrom in gleicher Weise auch für FTTH-Bitstrom gälten. Im Übrigen sehe das Kartellamt von einer über das Schreiben vom 23.02.2010 hinausgehenden Stellungnahme ab.

Unter dem 04.08.2008 hat die Bundesnetzagentur den Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt und diese davon unterrichtet.

Die Betroffene hat mit Schreiben vom 06.08.2010 ihre bisherigen Stellungnahmen um einen Hinweis auf neuere Entwicklungen bei der Regulierung des Bitstrommarktes im Vereinigten Königreich ergänzt. Wie der Marktüberprüfung durch die britische Regulierungsbehörde zu entnehmen sei, habe sich die Fächerung der Regulierungsinstrumente nach den Marktzone und deren entsprechender Wettbewerbsintensität offensichtlich bewährt. Die geografische Differenzierung sei daher auch in Deutschland angezeigt.

Mit Schreiben vom 06.09.2010 hat die EU-Kommission zum Entwurf der Regulierungsverfügung Stellung genommen. Soweit es die vorgesehenen Regulierungsverpflichtungen betrifft, führt sie folgendes aus:

„Wirksame Entgelt-Regulierung

Die Kommission nimmt die Feststellung der BNetzA zur Kenntnis, dass die nachträgliche Preisregulierung auch gewährleistet wird, dass die vom etablierten Betreiber für Breitband-Zugangsprodukte auf dem Vorleistungsmarkt erhobenen Entgelte das Niveau effizienter Kosten nicht übersteigt. Die Kommission weist die BNetzA jedoch nochmals darauf hin, dass die nachträgliche Preisregulierung als Abhilfemaßnahme bei Wettbewerbsproblemen auf dem fraglichen Vorleistungsmarkt nicht geeignet ist. So müssen, um die Rechtssicherheit für die Zugangsinteressierten zu gewährleisten und effiziente Investitionen durch alle Betreiber zu fördern, sich die Zugangsentgelte an den tatsächlichen Kosten orientieren, transparent sein und ex ante festgelegt werden. Entsprechend dem Rechtsrahmen können solche Preise dem Investitionsrisiko angepasst werden, um sowohl den Wettbewerb als auch die Investitionen in Richtung der Infrastruktur (der nächsten Generation) zu lenken. Daher fordert die Kommission die BNetzA auf, eine Ex-ante-Entgeltregulierung aufzuerlegen, die sich an den Kosten orientiert, und zur Erhöhung der Transparenz im endgültigen Maßnahmenentwurf ein Kostenmodell darzulegen, auf das sich die Kostenorientierung stützen wird.

Nichtdiskriminierung in Bezug auf neue Produkte des Zugangs der nächsten Generation

Die Kommission begrüßt den Vorschlag der BNetzA, eine Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung aufzuerlegen. In diesem Zusammenhang weist die Kommission die BNetzA darauf hin, dass die Grundsätze der Nichtdiskriminierung im Einzelnen so umgesetzt werden sollten, dass sich keine Zeitvorteile für die Endkundensparte des vertikal integrierten Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht ergeben, insbesondere bei der Einführung neuer Produkte, die sich auf die Zugangsinfrastruktur der nächsten Generation stützen. Folglich fordert die Kommission die BNetzA auf, in ihren endgültigen Maßnahmen klarzustellen, dass der etablierte Betreiber verpflichtet sein sollte, sein Vorleistungs-Bitstrom-Angebot zeitnah zu aktualisieren, bevor er einen neuen glasfasergestützten Endkundendienst anbietet, um konkurrierenden Betreibern, die Zugang haben, eine vernünftige Frist einzuräumen, in der sie auf die Ankündigung eines solchen Produkts reagieren können. Die Kommission ist der Auffassung, dass sechs Monate eine angemessene Frist wären, um die notwendigen Anpassungen vorzunehmen, sofern nicht andere wirksame Sicherheiten existieren, die eine diesbezügliche Nichtdiskriminierung gewährleisten.“

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

Gründe

A. Regulierungsverfügung

Rechtliche Grundlagen für die beibehaltenen oder geänderten bzw. der Betroffenen erstmals auferlegten Maßnahmen sind

- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG, soweit sie in Ziffer 1.1 zur Gewährung von Bitstrom-Zugang verpflichtet worden ist,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG, soweit sie in Ziffer 1.2 dazu verpflichtet worden ist, zum Zwecke der Gewährung des Bitstrom-Zugangs Kollokation und im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 19 TKG, soweit sie in Ziffer 1.3 dazu verpflichtet worden ist, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffer 1.1 und 1.2 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 20 TKG, soweit sie in Ziffer 1.4 des Tenors zur Vertragsvorlage verpflichtet worden ist,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 24 TKG, soweit sie in Ziffern 1.5 und 1.6 zur getrennten Rechnungsführung und zur Vorlage der entsprechenden Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen verpflichtet worden ist, und
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 30 und 38 TKG, soweit die Entgelte nach Ziffer 2 des Tenors einer nachträglichen Entgeltregulierung unterworfen werden.

1. Zuständigkeit und Verfahren für die Auferlegung von Maßnahmen nach dem 2. Teil des Telekommunikationsgesetzes

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Beibehaltung, Änderung und Auferlegung der tenorierten Verpflichtungen gemäß §§ 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 19, 20, 21, 24 und 30 ergibt sich aus § 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Danach entscheidet die Bundesnetzagentur im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern. Gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG ergeht die Festlegung nach den §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer.

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

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG) und aufgrund öffentlich mündlicher Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG).

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung sowie das Ergebnis des nationalen Konsultationsverfahrens sind zudem jeweils gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 TKG i.V.m. § 5 TKG im Amtsblatt und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ist die Entscheidung gemäß § 132 Abs. 4 TKG behördenintern abgestimmt worden. Darüber hinaus ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern (§ 123 Abs. 1 S. 2 TKG).

Schließlich ist der Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten gemäß § 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG zur Verfügung gestellt worden.

2. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen

Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition sind die nationalen Märkte für Layer-2-Bitstrom-Zugang einerseits (vormals: ATM-Bitstrom-Zugang) und Layer-3-Bitstrom-Zugang andererseits (vormals: IP-Bitstrom-Zugang) mit Übergabe an verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie potenziell regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG. Auf diesen Märkten verfügt die Betroffene über beträchtliche Marktmacht.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus der als **Anlage** beigefügten, gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG von der Präsidentenkammer getroffenen Festlegung, die wegen § 13 Abs. 3 TKG Inhalt dieser Regulierungsverfügung ist und auf die daher Bezug genommen wird.

3. Auswahl und Umfang der einzelnen Verpflichtungen

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens hat die Beschlusskammer die der Betroffenen auf den verfahrengegenständlichen Märkten mit den Beschlüssen BK 4a-06/039 vom 13.09.2006 und BK 3d-09/009 vom 03.06.2009 (IP-Bitstrom-Zugang) sowie BK 4a-06/006 vom 07.03.2007 (ATM-Bitstrom-Zugang) auferlegten Verpflichtungen beibehalten oder geändert bzw. der Betroffenen Verpflichtungen erstmals auferlegt sowie im Übrigen von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG abgesehen.

3.1 Entbündelter Breitbandzugang, § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG

Die Beibehaltung und Änderung der Verpflichtung, Bitstrom-Zugang zu gewähren, gründet auf §§ 9 Abs. 2, 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG.

Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG *kann* die Bundesnetzagentur Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die – wie die Betroffene – über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter anderem dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten oder –einrichtungen einschließlich des entbündelten Breitbandzugangs zu gewähren. Hierunter fällt insbesondere auch die Möglichkeit einer Verpflichtung zum Bitstrom-Zugang, d.h. einer zusammenhängenden Leistung bestehend aus Anschluss und breitbandigem Daten-Transport, die mit variabler Bandbreite, Qualität und Nutzung überlassen wird.

Die Entscheidung, ob und inwieweit der Betroffenen eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung zum Bitstrom aufzuerlegen war, lag danach im pflichtgemäßen Ermessen der Beschlusskammer. Bei der Ermessensentscheidung war gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 TKG einmal zu berücksichtigen, ob ein Absehen von der Beibehaltung bzw. Auferlegung der Zugangsverpflichtung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endnutzermarktes behindern und den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde. Darüber hinaus war gemäß § 21 Abs. 1 S. 2 TKG zu prüfen, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG steht.

a. Ein Absehen von der Beibehaltung bzw. Auferlegung der Zugangsverpflichtungen würde die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endnutzermarktes behindern und den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen, § 21 Abs. 1 S. 1 TKG.

Der Bitstrom-Zugang zum Netz der Betroffenen eröffnet den Wettbewerbern eine weitere Möglichkeit neben dem TAL-Zugang, um unter Rückgriff auf das bundesweit einmalige und für keinen Wettbewerber realistischerweise duplizierbare Netz der Betroffenen insbesondere Resale- und Endnutzerprodukte im Breitbandbereich entwickeln und vermarkten zu können. Namentlich dort, wo bislang oder – nach Übergang zu einem NGA-Netz – zukünftig ein TAL-Zugang für Dritte wirtschaftlich gar nicht oder erst nach Aufbau einer ausreichenden Kundenbasis möglich ist, stellt der Bitstrom-Zugang zum Netz der Betroffenen eine geeignete Variante dar, um unter möglichst weitgehendem Einsatz eigener Infrastruktur preislich und/oder qualitativ interessante Produkte herstellen zu können. Dies gilt sowohl mit Blick auf den Layer-2- als auch den Layer-3-Bitstrom-Zugangsmarkt, die beide in jeweils spezifischer und sich gegenseitig ergänzender

Ausprägung das Angebot von Massen- und Premium-Produkten im Endkundenbereich erlauben. Ein reines Resale-Produkt wie etwa das WIA-Produkt der Betroffenen würde den Wettbewerbern hingegen weder die preislichen noch die qualitativen Differenzierungsmöglichkeiten eröffnen, die ihm auf Grundlage eines Bitstrom-Produktes zur Verfügung stehen.

Die genannten Eigenschaften des Bitstrom-Zugangs tragen einmal entscheidend zur Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endnutzermarktes bei. Nach der Definition in § 3 Nr. 12 TKG ist ein Markt dann nachhaltig wettbewerbsorientiert, wenn der Wettbewerb dort so abgesichert ist, dass er auch nach Rückführung der sektorspezifischen Regulierung fortbesteht. Im komplementären Zusammenwirken mit der TAL-Zugangsregulierung verschafft die Bitstrom-Zugangsregulierung aktuellen und potenziellen Anbietern die Gelegenheit zum erfolgreichen Zutritt zu und Auftritt auf den breitbandigen Resale- und Endnutzermärkten. Ohne damit eine zukünftige Resale- oder Endnutzermarktregulierung ausschließen zu können oder zu wollen, ist nicht zu verkennen, dass die derart gesenkten Markteintrittshürden die Dringlichkeit einer sektorspezifischen Regulierung der letztgenannten Märkte vermindern. Ein Absehen von der Beibehaltung bzw. Auferlegung der Zugangsverpflichtungen auf den Bitstrommärkten würde insofern die Entwicklung von nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endnutzermärkten behindern.

Zudem würde ein Verzicht auf eine Bitstrom-Zugangsregulierung den Interessen der Endnutzer zuwider laufen. Denn die von einer solchen Regulierung bewirkte Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf den Endnutzermärkten fördert den dortigen Wettbewerb und damit die Erfüllung der statischen und dynamischen Wettbewerbsfunktionen. Die zugunsten der Endnutzer entstehenden Vorteile beschränken sich indes nicht auf die betroffenen Telekommunikationsmärkte. Vielmehr ist der von leistungsfähigen Breitbandnetzen ermöglichte schnelle Informations- und Wissensaustausch Voraussetzung für wirtschaftliches Wachstum insgesamt. Die Verfügbarkeit einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur ist Grundlage für innovative Breitbanddienste mit hohem wirtschaftlichem Potenzial z.B. im Bereich des eWork, eGovernment, eHealth und eLearning sowie im Bereich hochwertiger audiovisueller Medieninhalte und Infotainment-Diensten,

vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Breitbandstrategie der Bundesregierung, Februar 2009, S. 6.

b. Die Verpflichtung ist gerechtfertigt und steht in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG.

Bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den in § 2 Abs. 2 TKG beschriebenen und vorliegend in Betracht kommenden Regulierungszielen steht, sind insbesondere die in § 21 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen. Diese Kriterien entstammen weitgehend Art. 12 Abs. 2 Zugangs-RL. Sie konkretisieren den in Erwägungsgrund 19 enthaltenen Gedanken, nach dem das Recht des Infrastruktureigentümers zur kommerziellen Nutzung seines Eigentums mit den Rechten anderer Diensteanbieter auf Zugang abzuwägen ist.

- Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung

Das Abwägungskriterium der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG) ist in der Begründung zum Regierungsentwurf des TKG näher erläutert,

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

Danach soll bei diesem Kriterium insbesondere geprüft werden, ob die Kosten der Nutzung alternativer Angebote im Vergleich zum nachgefragten Angebot oder einer Eigenfertigung das beabsichtigte Dienstangebot unwirtschaftlich machen würden, ob unzumutbare zeitliche Verzögerungen durch die Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten entstünden, ob mit der Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten eine wesentliche Verminderung der Qualität des beabsichtigten Dienstangebots einherginge und welche Auswirkungen die Inanspruchnahme einer alternativen Zugangsmöglichkeit auf den Netzbetrieb haben könnte.

Nach diesen Kriterien ist die auferlegte Verpflichtung angemessen:

Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Kosten der Nutzung alternativer Angebote im Vergleich zum Bitstrom-Zugang das damit beabsichtigte Dienstangebot zeitnah nicht wirtschaftlich erlauben würden. Aufgrund des nach wie vor bestehenden Quasi-Zugangsmonopols der Betroffenen im Bereich der TAL ist jeder Wettbewerber – mit Ausnahme der Kabelnetzbetreiber und einiger weniger anderer Unternehmen in ihren jeweiligen Ausbauregionen – von den Vorleistungsprodukten der Betroffenen abhängig. Kein weiterer Wettbewerber kann in wirtschaftlicher Weise technisch ein ebenbürtiges Netz aufbauen, das die gleiche Qualität und die gleiche Reichweite hat. Der Bitstrom-Zugang ist ein Kompromiss, der es den Wettbewerbern abhängig vom Ausbaustand ihres eigenen Netzes ermöglicht, einen entsprechenden Zugang zu erhalten, wie sich die Betroffene ihn selbst einräumt. Die Nutzung oder Installation alternativer Infrastrukturen käme für keinen der Nachfrager nach Bitstrom-Zugang derart in Betracht, dass damit ein wirtschaftliches Dienstangebot möglich wäre. Der Grund liegt darin, dass es im Prinzip keine flächendeckenden Angebote aufgrund alternativer Infrastrukturen gibt, die mit dem Bitstrom-Zugang austauschbar wären.

Aus dem Vorgenannten ergibt sich auch, dass der Verweis der Nachfrager auf Alternativen zu einer unzumutbaren zeitlichen Verzögerung führen würde. Dies ergibt sich schon alleine deshalb, weil alternative Infrastrukturen nicht flächendeckend verfügbar sind. Eine Eigenfertigung nimmt per se schon eine längere Zeit aufgrund des Ausmaßes der Infrastruktur in Anspruch als wenn Vorleistungen eingekauft werden. Diese Dauer führt dazu, dass wertvolle Zeit, in der der Bitstrom-Zugangsanbieter bereits Kunden gewonnen hätte, die Eigenfertigung der Infrastruktur wertlos werden lässt.

Das TAL-Zugangsangebot ist allein nicht ausreichend, weil es derzeit und erst recht nach dem von der Betroffenen geplanten Übergang auf NGA kein flächendeckendes Dienstangebot zulässt. Zwar wäre auch auf der Basis von Bitstrom-Zugang ein vollständig flächendeckendes Angebot nicht möglich, weil die Betroffene selbst aus technischen Gründen nicht jedem Kunden einen breitbandigen Anschluss auf TAL-Basis anbieten kann. Das betrifft insbesondere vom HVT weit entfernte Lokationen. Allerdings ermöglicht ein Bitstrom-Zugangsprodukt einem weitaus größeren Anteil der Bevölkerung die Auswahl zwischen mehreren Anbietern als bei alleiniger Verfügbarkeit von TAL-Zugangsprodukten, weil dann Wettbewerber auch in solche Regionen vorstoßen können, die sie nicht über die TAL anbinden und auf deren Basis Breitbandanschlüsse anbieten können. Damit wird der Wettbewerb insbesondere auch in der Fläche gefördert, was nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG ausdrücklich auch Ziel der Regulierung ist.

- Verfügbare Kapazität

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung war ferner abzuwägen, ob die verfügbare Kapazität (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG) für die Zugangsgewährung ausreicht.

Dies ist nach Einschätzung der Beschlusskammer auch bei einer Verpflichtung zur Gewährung von Bitstrom-Zugang der Fall. Denn nur ein Anbieter – entweder die Betroffene selbst oder der Bitstrom-Zugangsnachfrager – kann die Endnutzerbeziehung innehaben. Das bedeutet, dass der Datenverkehr des Endnutzers ohnehin nur einmal über die Infrastruktur fließen und Kapazität beanspruchen kann.

Auch aus wirtschaftlichen Gründen werden Nachfrager nur soviel Bitstrom-Zugänge einkaufen, wie sie auch wirklich benötigen und sich keine Vorleistungsprodukte unnötig „auf Halde“ besorgen. Denn hierfür müssen sie an die Betroffene Entgelte zahlen.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in der Begründung zu diesem Abwägungskriterium ausgeführt, dass ein Kapazitätsausbau grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein soll,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 64f.

Denn andernfalls bestünde die Gefahr, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung ins Leere läuft. Zu beachten ist aber, dass Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht durch die Ausbaupflichtung keine wirtschaftlichen Nachteile entstehen dürfen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen die Nachfrager daher die Investitionsrisiken in vollem Umfang übernehmen. Die eventuellen Kosten für die im Rahmen der Zugangsgewährung zum Bitstrom-Zugang erforderlichen Kapazitätserweiterungen können in der Entgeltregulierung Berücksichtigung finden.

Diese Erwägungen gelten allerdings nicht für solche Standorte, die nicht breitbandfähig sind und die die Betroffene daher selbst noch nicht breitbandig erschließen konnte sowie für solche Standorte, an denen die Kapazität der vorhandenen Kupferdoppeladern ausgeschöpft ist. Eine derartig weitgehende Ausbaupflichtung wäre übermäßig.

- Anfangsinvestitionen des Eigentümers

Gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG sind die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken zu berücksichtigen. Unter Anfangsinvestitionen des Eigentümers, die das Gesetz im Hinblick auf die in Art. 14 GG ebenso wie im Gemeinschaftsrecht verankerte Eigentumsgarantie besonders hervorhebt, sind Investitionen zu verstehen, die mit dem erstmaligen Markteintritt verbunden sind. Solche Investitionen sind im Gegensatz zu Ersatz- oder Erneuerungsaufwendungen mit einem erhöhten Risiko behaftet, welches nach der Wertung des Gesetzes den Eigentümerbelangen besonderes Gewicht verleiht. Die Berücksichtigung der Anfangsinvestitionen und der mit ihnen verbundenen Risiken soll namentlich ermöglichen, dass auch ein zugangspflichtiges Unternehmen in den Genuss des mit einer Produktinnovation einhergehenden sog. Vorreitervorteils kommen kann. Hinsichtlich des Gewichts dieses Abwägungskriteriums ist zu differenzieren anhand der verschiedenartigen Bedingungen, unter denen die Infrastrukturinvestitionen getätigt wurden, wobei auch die Gefahr einer etwaigen Marktmachtübertragung Bedeutung erlangen kann,

so BVerwG, Urteil 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 22, unter Verweis auf Thomaschki/Neumann, Berliner Kommentar, 2. Auflage 2009, § 21 Rz. 83ff.

Mit der vorliegend beibehaltenen bzw. auferlegten Verpflichtung zur Gewährung von Bitstrom-Zugang wird Zugang zu einer Infrastruktur gewährt, die überwiegend in Monopolzeiten (Kupfer-TAL) bzw. im Laufe des letzten Jahrzehnts (ADSL-DSLAMs, SDSL-DSLAMs, ATM-Konzentratornetze, Switches und Router am Breitband-PoP sowie das IP-Kernnetz) aufgebaut wurde, die teils aber auch vergleichsweise neu entstanden ist bzw. sogar erst noch entstehen wird (ADSL2+/-VDSL-/FTTH-/Ethernet-Infrastruktur). Jedenfalls mit Blick auf die letztgenannten Infrastrukturen dürften Anfangsinvestitionen der Betroffenen vorliegen, die nach § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG i.V.m. Art. 14 GG grundsätzlich besonders schutzwürdig sind.

Gleichwohl gebietet auch diese Schutzwürdigkeit nicht, insbesondere die ADSL2+-, VDSL-, FTTH- und Ethernet-Infrastrukturen von der Bitstrom-Zugangsgewährungspflicht auszunehmen.

In diesem Zusammenhang ist einmal zu berücksichtigen, dass die neu entstandenen bzw. entstehenden ADSL2+-, VDSL-, FTTH- und Ethernet-Infrastrukturen in aller Regel nicht dazu dienen, eine erstmalige breitbandige Versorgung der Endkunden sicherzustellen. Vielmehr ergänzen diese Infrastrukturen die lokal bereits aufgebauten ADSL-/SDSL-Infrastrukturen insofern, als sie die Betroffene in die Lage versetzen, ihren Endkunden, aber auch den Endkunden von Wettbewerbern eine Aufstockung von bereits abonnierten Bandbreiten anbieten zu können. Ein solches Angebot erfolgt in der Regel im Rahmen des Entertain-IPTV-Angebots der Betroffenen, es wird mittlerweile aber auch unabhängig von IPTV-Diensten unterbreitet. In jedem Fall allerdings verlangt die Betroffene eine 24-monatige Mindestvertragslaufzeit,

vgl. http://telekom.dsl-flatrate-angebote.de/fernsehen-surfen-telefonieren/vdsl-highspeed-internet-t-home-v-dsl.htm?gclid=CKCVgl_OwgACFQi7Zwod50OEZw (abgerufen am 16.09.2010)

Würden nunmehr die genannten Infrastrukturen von der Zugangsgewährungspflicht ausgenommen, hätte dies zur Folge, dass Wettbewerber jedenfalls einen Teil der in den entsprechenden Gebieten bereits gewonnenen Breitbandkunden nicht würden halten können. Denn nur die Betroffene – und eventuell auf parallelen Kabel- und FTTH/H-Infrastrukturen agierende Wettbewerber –, nicht aber sie selbst könnten den Kunden die Aufstockung auf eine höhere Bandbreite anbieten. Bei einer angenommenen Laufzeit dieser Regulierungsverfügung von etwa drei Jahren,

vgl. – den sich auf die Marktuntersuchung beziehenden – Art. 16 Abs. 6 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) in der Fassung der Richtlinie 2009/140/EG vom 25.11.2009,

und den dargestellten Mindestlaufzeiten der Betroffenen würde es zu einer massiven Wettbewerbsbeeinträchtigung führen, sollten die Wettbewerber den Endkunden nicht ebenfalls Produkte unter Nutzung der ADSL 2+-, VDSL-, FTTH- und Ethernet-Infrastrukturen der Betroffenen anbieten können.

Darüber hinaus hat die Betroffene mit der Installation der o.g. Infrastrukturen die ersten deutlichen Schritte hin zum Aufbau eines NGA-Netzes getan (NGA: Next Generation Access, Anschluss der nächsten Generation). Auf mittlere bis längere Frist wird dies zur Ersetzung der bisherigen PSTN/ISDN-Infrastrukturen führen. Denn dieses Konzept umfasst u.a. den Abbau von HVt. Die Wettbewerber der Betroffenen müssen darauf mit entsprechenden Anpassungen ihrer eigenen Netztopologien reagieren können. Dies setzt indes voraus, dass ihnen Alternativen zum TAL-Zugang am HVt – wie namentlich der Bitstrom-Zugang – auch tatsächlich offen stehen. Wettbewerber müssen sich dabei auch nicht auf alternative Resale-Angebote der Betroffenen verweisen lassen. Denn ansonsten käme es zu einer erheblichen Entwertung bereits getätigter Infrastrukturinvestitionen.

Im Rahmen des FTTH-Ausbaus droht zudem der Ab-/Rückbau der Kupferhausverkabelung. Denn der Aufbau der neuen Hausverkabelung könnte bei vorhandenen Leerrohren im Gebäude durch Ausziehen der vorhandenen Kupferkabel und Einziehen der Glasfasern erfolgen. Insofern wird i.d.R. nicht die Betroffene oder der Endkunde entscheiden, sondern der Hauseigentümer. Die bisherigen Investitionen der Wettbewerber sind also auch insofern gefährdet, als sie bei einem Endleitungsaustausch ohne gleichzeitigen Zugangsanspruch zum reinen glasfaserbasierten Bitstrom schlichtweg stranden könnten.

Ferner würde eine Migration der Wettbewerber zum reinen glasfaserbasierten Bitstrom für die Betroffene auch von Vorteil sein, weil sie dann schneller den aufwendigen Parallelbetrieb des alten Telefonnetzes und des NGN aufgeben könnte. Die Betroffene könnte dadurch Betriebskosten einsparen und müsste auch keine Investitionen zur Erhaltung des alten Kupfernetzes mehr tätigen.

Des Weiteren führt eine Inanspruchnahme des Bitstrom-Zugangs zumindest bei denjenigen Netzelementen (wie etwa den Konzentratornetzen), die als „Shared Medium“ parallel von der Betroffenen und ihren Wettbewerbern genutzt werden, zu einer besseren Auslastung und damit zu einer den Nachfragern und Verbrauchern zugute kommenden Verminderung der Stückkosten.

Schließlich ist daran zu erinnern, dass die Betroffene den Bitstrom-Zugang nicht unentgeltlich gewähren muss. Sie kann den Nachfragern hierfür vielmehr im Rahmen des nach § 28 TKG rechtlich Zulässigen Entgelte in Rechnung stellen.

Gerade mit Blick auf FTTH-Investitionen kann dem nicht entgegengehalten werden, man befinde sich in der Planungsphase und es handele sich insgesamt noch um eine Bagatellangelegenheit. Denn die FTTH-Investitionen sollen bis Ende 2012 dazu führen, dass in den Ausbaubereichen der Betroffenen, die bis zu 10% der bundesweiten Haushalte umfassen, Glasfaseranschlüsse für Massenmarktanwendungen (nahezu) flächendeckend verfügbar sein werden.

Ebenso wenig greift der Einwand der Betroffenen durch, die Verpflichtung nach § 21 TKG erfasse nur die zum Zeitpunkt ihrer Auferlegung bzw. konstitutiven Beibehaltung bereits bestehenden, aber keine erst danach entstehenden Infrastrukturen. Dieses Verständnis lässt sich weder – wie die Betroffene argumentiert – aus dem Wortlaut des § 21 TKG noch aus dessen Zusammenspiel mit § 19 TKG und § 22 TKG, aus der Möglichkeit einer späteren Ausweitung der Regulierungsverfügung oder aus der Änderung von Rahmenrichtlinie und Zugangsrichtlinie herleiten.

Dem Wortlaut des § 21 TKG ist keine Beschränkung der Zugangsgewährungspflicht auf diejenigen Infrastrukturen zu entnehmen, die bereits zum Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverfügung bestehen. Sowohl der Verweis auf „bestimmte“ Netzkomponenten und –einrichtungen in Abs. 2 Nr. 1 als auch derjenige auf bestimmte vom Betreiber „angebotene“ Dienste in Abs. 2 Nr. 3 kann sich ohne weiteres auf erst künftig vorhandene „bestimmte“ Einrichtungen und „bestimmte angebotene“ Dienste beziehen.

Nicht recht verständlich ist der Hinweis der Betroffenen darauf, im Rahmen des Diskriminierungsverbots nach § 19 Abs. 1 und Abs. 2 TKG wäre sichergestellt, dass die Wettbewerber der Betroffenen ohne Zeitverzug einen breitbandigen Zugang realisieren könnten, ohne dass sogleich eine Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG auferlegt werde. Dieser Vortrag impliziert, dass bereits aus dem Gebot der Gleichbehandlung interner und externer Diensteanbieter eine Zugangsgewährungspflicht entspringt. Wenn dem so wäre, stellte sich sowohl die Frage nach dem eigenständigen Gehalt des § 21 TKG als auch diejenige nach der Belastung für die Betroffene, sollte ihr gleichwohl – neben dem Gleichbehandlungsgebot – auch eine Zugangsgewährungspflicht nach § 21 TKG auferlegt werden.

Des Weiteren überzeugt auch nicht das Argument der Betroffenen, nach § 22 Abs. 1 TKG habe sie gegenüber anderen Unternehmen, die die Leistung nachfragten, um Telekommunikationsdienste anbieten zu können, unverzüglich, spätestens aber drei Monate nach Auferlegung der Zugangsverpflichtung, ein Angebot auf einen entsprechenden Zugang abzugeben. Da ihr dies bei nicht bestehender Infrastruktur unmöglich sei, sei die entsprechende Verpflichtung nach § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nichtig. Diese Argumentation übersieht, dass ein Vertragsangebot sehr wohl bereits auch vor oder während des Aufbaus einer Infrastruktur möglich ist, auch wenn die Leistung selbst erst nach Aufbau der Infrastruktur erbracht werden kann. Im Übrigen zeigt der Umkehrschluss aus der Norm des § 42 Abs. 2 TKG, dass eine Fristüberschreitung im Einzelfall und unter Umständen sachlich gerechtfertigt sein kann.

Was dagegen die von der Betroffenen angeführte Änderung von Art. 12 Rahmenrichtlinie angeht, so ist nicht ersichtlich, weshalb aus der Ausweitung von Verpflichtungsmöglichkeiten gegenüber nicht marktmächtigen Unternehmen die Unzulässigkeit einer Zugangsverpflichtung gegenüber marktmächtigen Unternehmen resultieren sollte. Ebenso wenig kann die Ergänzung von Art. 12 Abs. 2 lit. a) Zugangsrichtlinie um einen (klarstellenden) Hinweis auf eine Berücksichtigung anderer vorgelagerter Zugangsprodukte die Rechtmäßigkeit der hiesigen Zugangsverpflichtung in Zweifel ziehen. Der entsprechende Belang ist im vorliegenden Zusammenhang bereits mit in Rechnung gestellt worden (s.o. zur Tragfähigkeit einer Nutzung oder Installation anderer Zugangsmöglichkeiten).

Letztendlich verkennt die dargestellte Auffassung der Betroffenen sowohl die Dynamik des Wettbewerbsgeschehens auf den Endkundenmärkten als auch die Ziele der Regulierung. Insbesondere das Ziel eines chancengleichen Wettbewerbs wird sich nicht verwirklichen lassen, sollte die Bundesnetzagentur erst den Beginn oder gar den Abschluss des FTTH-Ausbaus abwarten und anschließend ein Verfahren zur Erweiterung der Zugangsgewährungspflicht einleiten. Denn im vorliegenden Fall ist die Ausbauabsicht der Betroffenen bereits derart greifbar, dass angesichts der Dauer eines Änderungsverfahrens nur eine bereits jetzt erfolgende Auferlegung der Zugangsgewährungsverpflichtung eine rechtzeitige Belieferung der Wettbewerber sicherstellen kann. Zudem gewinnen mit der Auferlegung einer umfassenden Zugangsgewährungsverpflichtung beide Marktseiten an Planungssicherheit. So wird sich namentlich die Betroffene nicht – wie in anderem Zusammenhang geschehen, vgl. das Verfahren BK 2c-09-002-R (Auferlegung von Call-by-Call-Verpflichtungen bezüglich All-IP-Endkundenanschlüssen) – darauf berufen können, ohne entsprechende Verpflichtung sei sie auch nicht dazu genötigt gewesen, bei der Neueinführung von Endkundenprodukten die Wholesale-Fähigkeit dieser Produkte sicherzustellen.

Die vorgenannten Argumente gelten ebenso für Bitstrom-Produkte, die auf noch zu erstellende Ethernet-Infrastrukturen der Betroffenen aufsetzen.

- Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Im Rahmen der nach § 21 Abs. 1 TKG erforderlichen Abwägung ist ferner die Notwendigkeit der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG) zu beachten.

Die Verpflichtung, Bitstrom-Zugang zu gewähren, dient der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, weil die Wettbewerber mittels dieser Zugangsform eine nachhaltige Kundenbindung erreichen können. Über diesen Zugang werden im Sinne des in § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG beschriebenen Regulierungsziels auch Anreize zu Investitionen in effiziente Infrastruktureinrichtungen gefördert, weil der Zugang gegenüber der vollständigen Eigenrealisierung und auch gegenüber

der TAL- bzw. Line Sharing-Realisierung, die die Erschließung bis zu den Hauptverteilern bzw. künftig sogar bis zu Schaltverteilern oder Kabelverzweigern der Betroffenen erfordern, schneller und einfacher möglich ist. Der Zugang ermöglicht einen sukzessiven Aufbau alternativer Infrastruktur entsprechend dem Erfolg auf den Endkundenmärkten. Denn der Wettbewerber erhält damit die Möglichkeit, einen eigenen Kundenstamm auf überregionaler oder gar nationaler Ebene für seine Dienste aufzubauen und an sich zu binden, der ihm wiederum diejenige Basis dafür geben kann zu wagen, noch weiter in eigene Infrastruktur zu investieren mit der Folge eines sich selbst tragenden Wettbewerbs.

- Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum

Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum (vgl. § 21 Abs. 1 Nr. 5 TKG) werden durch die Zugangsverpflichtung nicht berührt.

- Europaweite Dienste

Die Verpflichtung, Bitstrom-Zugang zu gewähren, ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TKG).

Insbesondere aus der Sicht paneuropäischer Anbieter ist ein Bitstrom-Zugangsprodukt mit Blick auf bereits bestehende Produkte in anderen europäischen Ländern notwendig. Denn der europäische Wettbewerb würde verzerrt, wenn die Betroffene in anderen Ländern Bitstrom-Zugang einkaufen kann, ohne aber ihrerseits in Deutschland ein solches Produkt anbieten zu können. Dies gilt insbesondere für das Angebot europaweiter Produkte an (End-)Kunden mit europaweiter Präsenz.

- Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote

Im Rahmen der Abwägung ist schließlich auch zu berücksichtigen, ob bereits auferlegte Verpflichtungen oder freiwillige Angebote, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der Regulierungsziele ausreichen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG).

Bereits auferlegte Verpflichtungen bestehen namentlich hinsichtlich des TAL-Zugangs, welchen die Betroffene zu gewähren hat. Allerdings ist der TAL-Zugang grundsätzlich nicht funktional austauschbar mit einem Bitstrom-Zugang. Der TAL-Zugang stellt lediglich die physikalische Verbindung zwischen dem Endkundenzugang und der ersten Konzentrationsstufe im Festnetz her. Die Gewährung von Bitstrom-Zugang eröffnet dagegen den Wettbewerbern, von denen im Übrigen keiner sämtliche breitbandfähigen Anschlussbereiche erschlossen hat und dies angesichts des damit verbundenen Investitionsaufwandes kurzfristig auch nicht realisieren kann, den zusätzlichen Zugriff auf Konzentrator- und ggf. Kernnetzleistungen der Betroffenen und damit die Möglichkeit, räumlich ausgedehntere Gebiete mit breitbandigen Leistungen zu bedienen. Dies spielt bei den Netzbetreibern insbesondere für die Versorgung von regional übergreifend tätigen Geschäftskunden eine wichtige Rolle, um einen „Service aus einer Hand“ anbieten zu können. Im Übrigen wird das Gewicht des Bitstrom-Zugangs mit Übergang der Betroffenen auf ein NGA-Netz gegenüber dem TAL-Zugang voraussichtlich noch zunehmen, weil nicht jeder Anbieter eine KVz-TAL wird anmieten können oder wollen.

Im Rahmen des § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG hat die Behörde ferner zu prüfen, ob ein freiwilliges Angebot für die Erreichung der Regulierungsziele ausreichend ist.

Die Betroffene hat namentlich den VDSL-Bitstrom-Zugang am Markt möglicherweise aufgrund einer entsprechenden Verpflichtung nach § 22 TKG, jedenfalls aber ohne eine Zugangsanordnung nach § 25 TKG angeboten (wobei sie selbst dieses Angebot nicht als Bitstrom-Angebot, sondern als ein „Wholesale-VDSL“-Angebot sui generis verstanden wissen will). Zudem hat sie das WIA-Gate-Angebot (d.h. die Übergabe des IP-Bitstroms am distant PoP) ohne Zugangsverpflichtung etabliert, und sie weist ferner darauf hin, dass vorliegend von der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung für Ethernet-Bitstrom abgesehen werden sollte, bis ein entsprechender Marktstandard entwickelt sei (was im Umkehrschluss darauf hindeuten könnte, dass die Betroffene ein solches Produkt von sich aus anbieten will).

Allerdings bestehen bereits ernsthafte Zweifel daran, ob diese Angebote tatsächlich „freiwillig“ im Sinne des Gesetzes sind. Denn Angebote können nur dann als „freiwillige“ Angebote Abwä-

gungsrelevanz gewinnen, wenn sie nachfragegerecht sind und insofern eine gleichwertige Alternative zu regulierten Produkten bieten. Gerade mit Blick auf die mit den genannten Produkten verbundene elektronische Bestellschnittstelle WITA (Wholesale IT-Architektur) und den davon ausgelösten Problemen,

vgl. die Verwaltungsvorgänge zum diesbezüglichen Missbrauchsverfahren BK 3b-09/074, erscheint es jedoch mehr als fraglich, ob entsprechende Angebote an sich nachfragegerecht sind.

Selbst wenn aber insoweit ein „freiwilliges Angebot“ im Sinne des § 21 Abs. 2 S. 2 Nr. 7 TKG vorliegen würde, würde dies nicht dazu führen, dass eine abstrakte Zugangsverpflichtung durch die Behörde nicht mehr auferlegt werden könnte,

vgl. hierzu auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 47f.), 6 C 15.07 (Rz. 50f.), 6 C 16.07 (Rz. 44f.) und 6 C 17.07 (Rz. 47f.).

Dem Abwägungskriterium des freiwilligen Angebotes kann in Konstellationen wie der vorliegenden kein entscheidendes Gewicht zukommen. Die Marktteilnehmer sind auf die Nutzung eines nicht zu duplizierenden Vorleistungsproduktes angewiesen, um auf den Resale- und Endnutzermärkten auftreten zu können. In diesen Fällen genügt auch ein freiwilliges Angebot nicht, wenn auch nur die abstrakte Gefahr besteht, dass das freiwillige Angebot zurückgenommen bzw. mit überhöhten Konditionen verknüpft wird. So würde es der Betroffenen grundsätzlich frei stehen, ihr Angebot bei Bedarf vom Markt zurückzuziehen bzw. ein in seinen Bedingungen unzureichendes Angebot zu entwerfen und somit ein Scheitern des Zugangs zu provozieren. Ein Verzicht auf eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung würde daher den Nutzerinteressen und der Dynamik des Marktes schaden.

c. Die Betroffene ist verpflichtet, auf der Basis der von ihr betriebenen breitbandigen Anschluss-, Konzentrator- und ggf. IP-Kernetze anderen Unternehmen auf Nachfrage Bitstrom-Zugang dadurch zu gewähren, dass sie im Rahmen eines einheitlichen Produktes dem nachfragenden Unternehmen breitbandige Anschlüsse überlässt und den zugehörigen Paketstrom auf Layer 2 an geeigneten Übergabepunkten der Konzentratornetze und auf Layer 3 an geeigneten Übergabepunkten der Kernetze übergibt.

Der Umfang der Zugangsverpflichtungen wird damit gegenüber dem bisherigen Regulierungsregime ausgeweitet. Denn bislang war die Betroffene lediglich zur Zugangsgewährung an den PoP ihres IP-Kernetzes und an den Vermittlungsstellen ihres ATM-Kernetzes verpflichtet. Die Ausweitung der Zugangsgewährungspflicht auf alle geeigneten Übergabepunkte der Netzhierarchie nimmt Rücksicht auf regulatorische Erfahrungen einerseits und auf Erwartungen hinsichtlich einer Grenzverschiebung zwischen Anschluss- und Konzentratornetzen andererseits. Die Ausweitung auf Ethernet-Bitstrom trägt dagegen dem Grundsatz der Technologieneutralität Rechnung.

Mit Blick auf die Ausweitung der Zugangsgewährungspflicht im Kernnetz berücksichtigt die Beschlusskammer, dass sich hier ein Marktsegment auftut, welches insbesondere für Wettbewerber interessant ist, die Endkundenprodukte auf IP-Basis herstellen, ohne dass das zu erwartende Volumen allerdings eine bundesweite Anbindung an 73 Standorten erlauben würde. Eine solche Konstellation kommt namentlich bei der Nachfrage kleinerer ISP vor, ist aber auch bei reinen Geschäftskundenanbietern nicht ausgeschlossen. Insofern erscheint ein Zugangsanspruch am distant PoP der Beschlusskammer erforderlich und verhältnismäßig.

Soweit es dagegen die Zugangsmöglichkeiten zum Konzentratornetz anlangt, zieht die Beschlusskammer lediglich die Konsequenzen aus dem von der Betroffenen angekündigten Umbau ihres Netzes zu einem NGA-Netz mit VDSL- und FTTH-Infrastruktur. In einem solchen Netz verschieben sich die Grenzen zwischen Anschluss- und Konzentratornetz insofern, als diese jedenfalls nicht mehr notwendigerweise durch den Hauptverteiler hindurchlaufen. Auf längere Sicht werden sich damit neue Aggregationsstufen ergeben, die in ihren Erfordernissen an den Infrastrukturausbau der Nachfrager eher den bisherigen Verhältnissen beim Zugang zur TAL am Hauptverteiler entsprechen werden als es – im Vergleich – die bislang geübte Zugangspra-

xis am parent oder distant PoP vermag. Die damit erforderlichen neuen Übergabepunkte unterliegen ebenfalls der Zugangsregulierung.

Ferner erstreckt sich die Zugangsverpflichtung auch auf den Zugang zu Ethernet-Konzentratornetzen. Dies folgt dem Grundsatz der Technologieneutralität, der entsprechenden Festlegung der Präsidentenkammer zur grundsätzlichen Austauschbarkeit von Layer-2-Protokollen und letztendlich auch der eigenen Einschätzung der Betroffenen in Ziffer 15 Hauptteil des ATM-Standardangebotes, wonach ATM-Bitstrom in absehbarer Zeit vollständig durch (Gigabit-)Ethernet-Bitstrom ersetzt werden wird.

Soweit die Betroffene und auch die Vodafone D2 GmbH in diesem Zusammenhang der Ansicht sind, es fehle bisher an ausgereiften Ethernet-Vorleistungsprodukten, sind sie auf § 22 Abs. 1 TKG zu verweisen. Danach hat die Betroffene gegenüber Nachfragern unverzüglich, spätestens aber drei Monate nach Auferlegung der Zugangsverpflichtung, ein Angebot auf einen entsprechenden Zugang abzugeben. Das Gesetz räumt der Betroffenen also durchaus einen gewissen Umsetzungszeitraum nach Erlass der Regulierungsverfügung ein. Darüber hinaus kann, sofern ein Nachfrager wie etwa die Vodafone D2 GmbH ein angefordertes Angebot für technisch noch nicht ausgereift halten sollte, dieser über das Angebot verhandeln und nötigenfalls die Beschlusskammer um Anordnung der Leistungsbedingungen anrufen. Die Verpflichtung nach § 25 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 TKG, in der Antragsbegründung auch die technische Ausführbarkeit begehrter technischer Maßnahmen erläutern zu müssen, stellt dabei sicher, dass – entgegen den Befürchtungen der Betroffenen – vor Antragstellung bereits hinreichend Vorarbeiten geleistet worden sein müssen, um der Beschlusskammer eine Entscheidungsfindung innerhalb der Höchstfrist von vier Monaten zu erlauben.

Damit aber ist es für die Auferlegung einer entsprechenden Zugangsverpflichtung weder erforderlich, dass bereits zum Auferlegungszeitpunkt ein standardisiertes Ethernet-Bitstromprodukt existiert, noch, dass das entsprechende Ethernet-Netz flächendeckend verfügbar ist. Das Inkrafttreten der diesbezüglichen Zugangsverpflichtung von einer vorherigen Abstimmung einer Schnittstelle und der Schaffung der netztechnischen Voraussetzungen im Netz der Betroffenen abhängig zu machen, wie es die Betroffene fordert, würde die Entscheidung über die Einführung dieses wettbewerbsrelevanten Vorleistungsproduktes und damit den Zugangsanspruch der Nachfrager sachwidrig in die Hand der Betroffenen legen.

Letzteres gilt im Übrigen auch allgemein für Bitstrom-Produkte, die IPTV ermöglichen sollen und deren Angebot ebenfalls von der vorliegenden Regulierungsverfügung umfasst ist. Auch hier werden namentlich die technischen Anforderungen, die dem Nachfrager das Angebot eines konkurrenzfähigen IPTV-Endkundenproduktes ermöglichen, nach Erlass der Regulierungsverfügung konkretisiert werden können.

d. Die Beschlusskammer hält entgegen den Forderungen verschiedener interessierter Parteien daran fest, dass die Betroffene nur Zugang zu solchen Bitstrom-Produkten gewähren muss, die sie auf Basis der von ihr betriebenen breitbandigen Anschluss-, Konzentrador- und ggf. Kernnetze erstellt. Der Zugang zu weiteren Bitstrom-Produkten, zu deren Angebot sie auf Grundlage von Vorleistungen Dritter im Rahmen von MFG- bzw. Bitstrom-Kooperationsvereinbarungen in der Lage wäre, ist nicht Gegenstand der vorliegend auferlegten Zugangsverpflichtung. Die Zugangsverpflichtung in den von der Betroffenen selbst ausgebauten Kooperationsgebieten bleibt hiervon unberührt.

Die getroffene Ausgestaltung der Zugangsverpflichtung nimmt einerseits Rücksicht darauf, dass die beträchtliche Marktmacht der Betroffenen im Ursprung aus der Verfügungsgewalt über eine deutschlandweit einmalig ausgebaute Infrastruktur resultiert. Andererseits sind nach Kenntnis der Beschlusskammer bislang noch keine Kooperationsverträge zwischen Netzbetreibern abgeschlossen worden. Vielmehr liegen nur Absichtserklärungen vor. Selbst wenn jedoch während der Laufzeit der vorliegenden Regulierungsverfügung ein Kooperationsvertrag in Kraft treten sollte, wäre davon auszugehen, dass in der anfänglichen Einschwingphase noch keine signifikanten Volumina zwischen den Partnern abgewickelt werden. Es besteht daher derzeit keine Notwendigkeit, die Regulierungsverpflichtungen entsprechend zu erweitern.

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass sie den Umfang der Zugangsregulierung überdenken müsste, sollte sich in der Praxis erweisen, dass in von Dritten ausgebauten Kooperationsgebieten zwar der Dritte und die Betroffene, mangels adäquater Zugangsgewährung durch die Betroffene aber keine weiteren Netzbetreiber Endkundenangebote unterbreiten (können).

e. Die Frage, inwieweit ein – von mehreren interessierten Parteien verlangtes – Qualitätsmonitoring erforderlich und verhältnismäßig ist und deshalb von der Betroffenen gegenüber der Bundesnetzagentur und interessierten Parteien erbracht werden sollte, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Regulierungsverfügung. Denn diese Regulierungsverfügung regelt nur die grundsätzliche Zugangsverpflichtung. Eine Berichtspflicht, mit der die Ausübung dieser Zugangsgewährungspflicht überwacht wird, könnte etwa im Rahmen des Standardangebots oder auch einer Zusammenschaltungsanordnung, ggf. aber auch nach § 127 TKG auferlegt werden. Den Regelungsumfang einer Regulierungsverfügung würde die Auferlegung einer solchen Pflicht hingegen sprengen.

f. Die verfügbaren Maßnahmen sind nicht aufgrund des Hinweises der Betroffenen zu ändern, die britische Regulierungsbehörde wolle an der Regionalisierung der Bitstrommarkt-Regulierung festhalten. Die Betroffene leitet daraus zwar ab, auch für Deutschland sei derart eine Regionalisierung angezeigt. Die Beschlusskammer kann indes nicht feststellen, dass es gerechtfertigt wäre, in bestimmten Regionen Deutschlands von der Auferlegung einer Zugangsgewährungspflicht abzusehen.

Das der Bundesnetzagentur im Interesse der Marktregulierung zur Verfügung gestellte Eingriffsinstrumentarium bildet ein in sich geschlossenes System, das auf dem Ergebnis eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens aufbaut,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 21/06 vom 18.04.2007, Rz. 32.

Dementsprechend muss eine regional differenzierte Anwendung von Regulierungsverpflichtungen auf Gründen beruhen, die in der Marktuntersuchung des deutschen Marktes angelegt sind. Anders als im britischen Fall ist allerdings die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur zu dem Ergebnis gelangt, dass die deutschen Bitstrom-Märkte in räumlicher Hinsicht jeweils bundeseinheitlich abzugrenzen sind. Die Regulierungsverpflichtungen sind deshalb grundsätzlich ebenfalls bundeseinheitlich aufzuerlegen,

ebenso für den österreichischen Bitstrommarkt VwGH, Urteil Zlen 2008/03/0116-16, 0118-16, 0119-17 und 0120-14 vom 17.12.2008, S. 67 des amtlichen Umdrucks; vgl. im Übrigen auch Beschluss BK 3b-08/016 vom 05.12.2008, S. 25 des amtlichen Umdrucks.

Ansatzpunkte, die ein Abweichen von diesem Grundsatz erlauben würden, sind weder von der Betroffenen noch von sonstigen interessierten Parteien substantiiert vorgetragen worden.

3.2. Kollokation, § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG

Die in Ziffer I. 1.2 tenorierte Kollokationsverpflichtung erfolgt auf der Grundlage von § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG. Danach kann die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, die Verpflichtung auferlegen, Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Leitungen, und Masten zu ermöglichen sowie den Nachfragern oder deren Beauftragte jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren.

Sinn und Zweck der Regelung ist es, den Wettbewerbern den Zugang zu den Netzelementen des zugangsverpflichteten Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen, um auf diese Weise den eigentlichen Zugangsanspruch überhaupt erst zu ermöglichen.

Zur Erreichung dieses Zweckes ist die auferlegte Kollokations- und Zutrittsverpflichtung geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung des Kriterienkataloges des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG auch angemessen.

Um die auferlegte Verpflichtung zur Gewährung des Bitstrom-Zugangs in Anspruch nehmen zu können, ist es erforderlich, dass die Wettbewerbsunternehmen ihre Übertragungstechnischen

Einrichtungen zur Bündelung der Verkehrs- und Signalisierungskanäle (Multiplexer, Konzentratoren) sowie die Abschlusseinrichtungen der Übertragungswege von und zu ihrem Netz mit dem Konzentratornetz und/oder dem Kernnetz der Betroffenen verbinden können, um auf diese Weise überhaupt erst Telekommunikationsverkehr von und zum Endkunden abwickeln zu können.

Die Verpflichtung zur Kollokation und zur Zutrittsgewährung steht auch in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck der Regelung.

Zwar gab es in der Vergangenheit mehrfach Kapazitätsprobleme bei der Bereitstellung der Kollokation durch die Betroffene, doch ließen sich diese durch alternative („virtuelle“) Kollokation wie z.B. Outdoor-Boxen und –Kabinen sowie Fernkollokation beheben. Eine Beschränkung auf verfügbare Kapazitäten kommt dann nicht in Betracht, wenn dadurch der Zugangsanspruch gefährdet bzw. ausgeschlossen würde,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 65.

Wenn die Kollokation auf die Standorte mit hinreichender Freifläche im Gebäude beschränkt würde, wäre aber der Zugangsanspruch gefährdet, weil die Betroffene ansonsten ihr Netz gerade dahingehend verändern könnte, dass der Zugang vereitelt wird.

Die Kollokation gefährdet auch nicht die Anfangsinvestition der Betroffenen. Denn die Betroffene muss die Kollokation nicht unentgeltlich gewähren, sondern erhält hierfür von den Zugangsberechtigten Entgelte, und zwar sowohl für die Einrichtung der Kollokationsmöglichkeit als auch für die Überlassung der Kollokationsfläche und der erforderlichen technischen Einrichtungen. In vielen Fällen wird die Kollokation darüber hinaus sogar zu einer besseren Nutzung der vorhandenen Räumlichkeiten führen.

Neben der eigentlichen Verpflichtung zur Kollokationsgewährung umfasst die Zugangsverpflichtung auch sämtliche zusätzliche Leistungen, welche die Inanspruchnahme der Kollokation erst ermöglichen oder hierzu zwingend erforderlich sind. Dies betrifft insbesondere das Angebot von Raumluftechnik und einer Energieversorgung, sofern diese Leistungen nicht alternativ von den Zugangsberechtigten selbst realisiert werden können. Andernfalls bestünde die Möglichkeit, über eine Verweigerung solcher Nebenleistungen die Inanspruchnahme der eigentlichen Leistung faktisch erheblich zu erschweren bzw. sogar unmöglich zu machen.

Von der Auferlegung einer Verpflichtung, darüber hinaus auch „Customer Sited“-Kollokationen bereitzustellen, wird unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten abgesehen. Bereits die auferlegte Kollokationsverpflichtung ermöglicht interessierten Unternehmen den Zugang zu Bitstromleistungen. Eine Erforderlichkeit weiterer Kollokationsvarianten ist von keiner interessierten Partei – auch nicht im zweiten Konsultationsverfahren – substantiiert dargelegt worden.

3.3 Gleichbehandlungspflicht, § 19 TKG

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 1.3 tenorierte Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes sind §§ 9 Abs. 2, 13, 19 TKG.

Gemäß § 19 TKG kann ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet werden, dass Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen.

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

Zweck des Diskriminierungsverbots ist zum einen, dass der betreffende Betreiber anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Produkte oder die seiner Tochter- oder Partnerunternehmen, vgl. § 19 Abs. 2 TKG. Zum anderen bezweckt das Diskriminierungsverbot, dass einzelne Wettbewerber von einem Unternehmen mit beträchtlicher Markt-

macht nicht ungerechtfertigt bevorzugt bzw. benachteiligt werden. Insgesamt soll damit ein chancengleicher Wettbewerb sowohl zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und anderen Unternehmen als auch zwischen Wettbewerbern, die auf Vorleistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht angewiesen sind und diese in Anspruch nehmen, sichergestellt werden.

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

Die Betroffene ist auf sämtlichen Wertschöpfungsstufen für die korrespondierenden Endkundenmärkte aktiv. Aufgrund dieser vertikalen Integration besteht die Gefahr, dass sie sich oder ihrem Tochterunternehmen intern günstigere Bedingungen auf den Märkten für Bitstrom-Zugang gewährt, als sie diese gegenüber anderen Unternehmen im Rahmen des Zugangs gewährt, vgl. Erwägungsgrund 17 der Zugangsrichtlinie.

Zudem bestünde bei einer Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung die Gefahr, dass sich auf den verfahrensgegenständlichen Märkten in Abhängigkeit von z.B. der Verhandlungsmacht der einzelnen Nachfrager, die ihrerseits von deren Größe und damit auch von Aspekten einer „strategischen Zusammenarbeit“ zwischen der Betroffenen und solchen Unternehmen abhängen kann, unterschiedliche Bedingungen ergeben könnten, zu denen ein Bitstrom-Zugangsprodukt von der Betroffenen bezogen werden könnte. Daraus würden sich für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslagen ergeben können. Es wäre nicht auszuschließen, dass es sowohl im Verhältnis der Betroffenen (bzw. ihres Vertriebsbereiches, Retailarm) zu alternativen Nachfragern als auch im Verhältnis der alternativen Nachfrager zueinander zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könnte.

Um solche sowohl externen als auch internen Ungleichbehandlungen durch die Betroffene zu unterbinden, ist die Auferlegung des Diskriminierungsverbotes erforderlich und geeignet. Denn hierdurch werden die Wettbewerber vor der Gefahr einer Ungleichbehandlung durch die Betroffene geschützt und diese ihrerseits daran gehindert, den Wettbewerb zu ihren Gunsten bzw. zu Gunsten bestimmter Wettbewerber zu verzerren. Diese Maßnahme ist unter Berücksichtigung der Regulierungsziele, insbesondere mit Blick auf das in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG aufgeführte Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, auch angemessen.

Die Entscheidung belastet die Betroffene auch nicht unzumutbar. Denn einerseits unterliegt sie ohnehin nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht einem gesetzlichen Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB), und andererseits ist dem Diskriminierungsverbot die Möglichkeit immanent, eine objektive Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe zu rechtfertigen, wobei über letztere im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele zu entscheiden ist,

vgl. auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 50), 6 C 15.07 (Rz. 55), 6 C 16.07 (Rz. 47) und 6 C 17.07 (Rz. 50).

Nicht vorweggenommen werden kann damit allerdings auch die Antwort auf die Frage, ob und wenn ja, welchen Zeitraum die Betroffene zwischen der Ankündigung eines glasfasergestützten Endkundenproduktes und dessen tatsächlichem Angebot verstreichen lassen muss. Die EU-Kommission vertritt zwar die Auffassung, sechs Monate wären eine angemessene Frist, damit der etablierte Betreiber sein Bitstrom-Angebot zeitnah aktualisieren und konkurrierende Betreiber entsprechend reagieren könnten. In Anbetracht der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach (telekommunikationsrechtliche) Diskriminierungsverbote nicht per se verlangen, dass innovativen Endkundenangeboten entsprechende Vorleistungsangebote vorhergehen müssen und im Einzelfall sogar ein Nachsetzen von Vorleistungsangeboten dem Diskriminierungsverbot hinreichend Rechnung tragen kann,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 47.06 vom 18.12.2007, Rz. 30ff.,

kann die von der Kommission geforderte Konkretisierung jedenfalls nicht auf der vorliegenden, relativ abstrakten Ebene einer Regulierungsverfügung erfolgen. Vielmehr wird dies erst im jeweiligen Einzelfall möglich sein.

3.4 Transparenzverpflichtung bzgl. Vertragsvorlage, § 20 TKG

Die auferlegte Vertragsvorlageverpflichtung stützt sich auf § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. § 13 Abs. 1 und § 20 TKG.

Gemäß § 20 Abs. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichten, für die zum Zugang berechtigten Unternehmen alle für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangsleistungen benötigten Informationen zu veröffentlichen, insbesondere Informationen zur Buchführung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie über die zu zahlenden Entgelte. Nach Abs. 2 ist die Bundesnetzagentur befugt, einem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht vorzuschreiben, welche Informationen in welcher Form zur Verfügung zu stellen sind, soweit dies verhältnismäßig ist.

a. Vertragsinhalte zählen zu den nach § 20 TKG veröffentlichungsfähigen Informationen. In richtlinienkonformer Auslegung umfasst diese Vorschrift nicht nur die für die Inanspruchnahme der Zugangsleistungen „als solche“ benötigten Informationen, sondern auch diejenigen Informationen, die – wie die Kenntnis der vom Zugangsanbieter bereits abgeschlossenen Verträge – für eine effektive und diskriminierungsfreie Inanspruchnahme der Zugangsleistungen benötigt werden.

§ 20 TKG setzt Art. 9 Abs. 1 und 3 Zugangsrichtlinie um. Nach diesen Normen können die nationalen Regulierungsbehörden marktmächtigen Netzbetreibern Verpflichtungen zur Transparenz in Bezug auf die Zusammenschaltung und/oder den Zugang auferlegen, wonach diese bestimmte Informationen, z.B. Informationen zur Buchführung, technische Spezifikationen, Netzmerkmale, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie Tarife, veröffentlichen müssen. Die nationalen Regulierungsbehörden können genau festlegen, welche Informationen mit welchen Einzelheiten in welcher Form zur Verfügung zu stellen sind. Erwägungsgrund 16 der Zugangsrichtlinie ergänzt, dass Transparenz in Bezug auf die Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen einschließlich der Preise den Verhandlungsprozess beschleunige, Streitigkeiten verhindere und den Marktteilnehmern die Gewissheit biete, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht werde.

Der Begriff der „bestimmten Informationen“ in Art. 9 Abs. 1 Zugangsrichtlinie ist mit Blick auf die in Erwägungsgrund 16 genannten Ziele des Transparenzgebots dahin gehend zu verstehen, dass davon auch Informationen über den Inhalt bereits abgeschlossener Verträge erfasst sind, soweit diese die regulierten Leistungen betreffen (Regelungen zu nicht regulierten Leistungen und zur Identität des Vertragspartners fallen hingegen nicht hierunter, vgl. Ziffer 3.4 b). Denn die Kenntnis der andernorts abgeschlossenen Vereinbarungen ermöglicht es den zum Zugang berechtigten Unternehmen, die ihnen angebotenen bzw. die bereits vereinbarten Zugangsbedingungen mit denjenigen anderer Unternehmen abzugleichen. Mit dem Verweis auf diese vorliegenden Vereinbarungen kann der Zugangsnachfrager wiederum den Verhandlungsprozess beschleunigen, Streitigkeiten verhindern und die Gewissheit erlangen, dass der ihm angebotene Dienst ohne Diskriminierung erbracht wird.

Das vorgenannte Verständnis des Art. 9 Abs. 1 Zugangsrichtlinie hat zur Folge, dass auch nach § 20 TKG Vertragsinhalte grundsätzlich veröffentlicht werden können,

so auch VG Köln, Urteil 21 K 3967/07 vom 21.01.2009, S. 11 des amtlichen Umdrucks, vgl. nunmehr ebenso VG Köln, Beschluss 21 L 1499/09 vom 29.01.2010, S. 6f. des amtlichen Umdrucks.

b. Nach Abwägung aller relevanten Gesichtspunkte hat sich die Beschlusskammer dazu entschlossen, die Betroffene zu verpflichten, der Bundesnetzagentur Verträge über Zugänge im Sinne von Ziffer 1.1 und 1.2 der Regulierungsverordnung ohne gesonderte Anforderung und in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen. Im Anschluss an die Vorlage wird die öffentliche Fassung den zum Zugang berechtigten Unternehmen von der Bundesnetzagentur zugänglich gemacht werden.

Mit der tenorierten Vorlageverpflichtung verfolgt die Beschlusskammer die o.g. Zwecke, d.h. sie will damit Verhandlungsprozesse beschleunigen, Streitigkeiten verhindern und Zugangsnach-

fragern eine Möglichkeit geben zu überprüfen, ob die angebotenen Dienste ohne Diskriminierung erbracht werden,

zum Verhältnis zu § 22 Abs. 3 TKG vgl. Ziffer 3.4 c).

Die Vorlagepflicht an die Bundesnetzagentur und die daran anschließenden Einsichtnahmemöglichkeiten für Zugangsnachfrager sind geeignet und erforderlich, diese Zwecke zu erreichen.

Dies gilt einmal mit Blick auf die Verpflichtung, alle gültigen Verträge vorzulegen. Die zum Zugang berechtigten Unternehmen sollen einen Abgleich zwischen den ihnen angeboten bzw. mit ihnen vereinbarten Klauseln einerseits und den andernorts abgeschlossenen Klauseln andererseits vornehmen können. Für diesen Zweck ist es ohne Belang, ob der entsprechende Drittvertrag vom Zugangsanbieter vor oder nach Feststellung beträchtlicher Marktmacht bzw. vor, nach oder ohne Erlass einer Zugangsverpflichtung abgeschlossen worden ist. Entscheidend ist allein, dass der Drittvertrag momentan in Kraft ist und Grundlage diskriminierendes Handelns sein kann. Diese Verpflichtung hat die Betroffene bereits in der Vergangenheit auf der Grundlage von § 22 Abs. 3 TKG erfüllt.

Des Weiteren sind die Verträge in einer öffentlichen Fassung vorzulegen. Die Beschlusskammer versteht hierunter eine Vertragsfassung, in der alle Bestimmungen zu regulierten Leistungen und Entgelten offen gelegt sind. Nur unter dieser Voraussetzung kann ein Zugangsnachfrager den o.g. Abgleich in vollständiger Weise vornehmen. Zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Sinne von § 30 VwVfG und Art. 15 Abs. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie kann die Betroffene allerdings Klauseln zu nicht regulierten Leistungen und Entgelten sowie Angaben zur Identität des jeweiligen Vertragspartners (einschließlich der Vereinbarungen etwa zu Ansprechpartnern oder zu konkreten Zugangsorten) schwärzen.

Die Verträge sind ferner ohne gesonderte Aufforderung vorzulegen. Diese Verpflichtung ist erforderlich, um den Zugangsnachfragern die erwünschte Übersicht über die abgeschlossenen Verträge in vollständiger Form und ohne Zeitverzug gewähren zu können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es in den letzten Jahren eine durchaus nicht zu vernachlässigende Zahl von Einsichtnahmesuchen in aufgrund Zugangsverpflichtungen abgeschlossenen Verträgen gegeben hat.

Die Veröffentlichung erfolgt schließlich in der Form, dass den Zugangsnachfragern Einsichtnahmemöglichkeiten in den Geschäftsräumen der Bundesnetzagentur gewährt werden. Derart ist zum einen sichergestellt, dass nur die in § 20 TKG genannten zugangsberechtigten Unternehmen Kenntnis von den Verträgen erlangen können. Zum anderen wird es damit der Beschlusskammer ermöglicht, etwaige Schwärzungen vor Veröffentlichung des Vertrages auf ihre Berechtigung hin überprüfen zu können. Zu letzterem Zweck wird die Betroffene verpflichtet, der Beschlusskammer eine vertrauliche Fassung, d.h. eine vollständig ungeschwärzte Fassung der Verträge vorzulegen.

Unter den vorgenannten Maßgaben ist die auferlegte Transparenzvorschrift auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Vorlagepflicht zieht keine unangemessenen Folgen für sonstige Rechtsgüter der Betroffenen oder Dritter nach sich. Der von der Betroffenen zu betreibende wirtschaftliche Aufwand beschränkt sich letztendlich auf das Anfertigen und Übersenden von Vertragsablichtungen und der Durchsicht derselben auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im o.g. Sinne. Dabei ist zu beachten, dass die Betroffene, sofern die Verträge der Beschlusskammer bereits nach § 22 Abs. 3 TKG in öffentlicher und vertraulicher Fassung vorliegen sollten, von einer nochmaligen Übersendung absehen kann. Die möglicherweise entstehende Einschränkung wettbewerblicher Flexibilität ist hingegen in erster Linie Folge des Diskriminierungsverbots und jedenfalls mit Blick auf die herausragende Marktstellung der Betroffenen und die daraus resultierenden Verhaltensmöglichkeiten gerechtfertigt. Die Interessen dritter Vertragspartner wiederum werden durch die Ermöglichung von Schwärzungen hinsichtlich deren Identität gewahrt.

c. Die tenorierte Vorlageverpflichtung ist nicht wegen Vorrangs von § 22 Abs. 3 TKG ausgeschlossen.

Ein solcher Vorrang würde von vornherein nicht bestehen, sollte § 22 Abs. 3 TKG wegen fehlender Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht nicht angewendet werden dürfen,

zu entsprechenden Zweifeln siehe VG Köln, a.a.O., S. 6 des amtlichen Umdrucks.

Doch selbst dann, wenn – wovon die Beschlusskammer ausgeht – § 22 Abs. 3 TKG eine rechtmäßige unmittelbare Verpflichtung der Betroffenen auslöst, kann diese Norm nicht die Anwendung des § 20 TKG hindern. Letzteres würde in Widerspruch zur mittlerweile gefestigten Spruchpraxis des Bundesverwaltungsgerichts stehen, wonach sich die in Art. 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie, Art. 8 Abs. 1, 2 und 4 Zugangsrichtlinie sowie Art. 17 Abs. 1 und 2 Universalienrichtlinie zugunsten der jeweiligen nationalen Regulierungsbehörden vorgesehenen Ermessensspielräume gegen beschränkende nationale Vorschriften durchsetzen,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 15.07 vom 02.04.2008, Rz. 63, Urteil 6 C 38.07 vom 29.10.2008, Rz. 58 ff., und Urteil 6 C 39.07 vom 28.01.2009, Rz. 39.

Relevanz hat dies vorliegend deshalb, weil § 22 Abs. 3 TKG nach Auffassung des VG Köln allenfalls auf Verträge Anwendung finden kann, welche vom Zugangsanbieter nach Erlass einer Zugangsverpflichtung abgeschlossen worden sind,

vgl. VG Köln, a.a.O., S. 6ff. des amtlichen Umdrucks.

Insofern geht die vorliegende Verpflichtung, die sich auf sämtliche gültigen Verträge erstreckt, über die nach § 22 Abs. 3 TKG begründete Verpflichtung hinaus.

Sofern hingegen Vorlagepflichten ausgesprochen werden, welche denjenigen nach § 22 Abs. 3 TKG entsprechen, wird die Verpflichtung aus Sicht der Beschlusskammer lediglich auf eine zweite Rechtsgrundlage gestellt. Dies dient der Rechtssicherheit und ist namentlich für die Betroffene unschädlich, weil sie dadurch nicht – die Anwendbarkeit von § 22 Abs. 3 TKG vorausgesetzt – in ihren ansonsten bestehenden Rechten verletzt werden kann.

Aus den vorgenannten Erwägungen heraus wird die Betroffene zur Vorlage gültiger Zugangsverträge verpflichtet.

3.5 Regulierung des Zugangsentgeltes, § 30 Abs. 1 TKG

Die Entgelte für die gemäß Ziffer I.1.1 und 1.2 des Tenors auferlegten Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG werden der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterworfen.

Diese Entscheidung folgt aus einer pflichtgemäßen Ausübung des der Bundesnetzagentur in § 30 Abs. 1 und Abs. 3 S. 2 TKG eingeräumten Ermessens. Die auf dem hergebrachten IP-Bitstrom-Markt bisher geltende Entgeltkontrolle in Form einer Genehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG wird damit geändert, die auf dem hergebrachten ATM-Bitstrom-Markt bereits geltende nachträgliche Entgeltregulierung gemäß § 38 TKG beibehalten.

a. Der Umfang des der Bundesnetzagentur eingeräumten Ermessensspielraums hinsichtlich der Entgeltkontrolle ergibt sich aus einer Zusammenschau nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften.

aa. Der nationale Gesetzgeber hat, was die vorliegende Fallkonstellation betrifft, im TKG die drei nachfolgend dargestellten und zueinander im Stufenverhältnis stehenden Entgeltkontrollsysteme geregelt. Als vierte Variante wäre an ein Absehen von jedweder Kontrolle zu denken.

Die schärfste Form der Entgeltkontrolle ist in § 30 Abs. 1 S. 1 TKG vorgesehen. Diese Norm bestimmt, dass vorbehaltlich von § 30 Abs. 2 bis 5 TKG Entgelte eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für nach § 21 auferlegte Zugangsleistungen einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen.

Besteht derart eine Genehmigungspflicht, so ist eine solche Genehmigung gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 TKG ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 TKG nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine weiteren Versagungsgründe vorliegen.

In Anlehnung an das allgemeine Wettbewerbsrecht schreibt § 28 Abs. 1 S. 1 TKG vor, dass ein marktmächtiger Diensteanbieter oder Netzbetreiber seine Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich ausnutzen darf. In S. 2 sind dazu verschiedene und in Abs. 2 weiter ausdifferenzierte Regelbeispiele genannt, die sich auf Preishöhenmissbräuche sowie ungerechtfertigte Wettbewerbsbeeinträchtigungen und Vorteilseinräumungen beziehen.

Ergänzend hierzu dürfen die Entgelte gemäß § 31 TKG die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) nicht überschreiten. Die KeL ergeben sich im Grundsatz nach § 31 Abs. 2 S. 1 TKG aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Die danach ermittelte Preisobergrenze simuliert denjenigen Preis, welcher sich bei wirksamem Wettbewerb einstellen würde,

siehe Groebel, in: Säcker, Berliner Kommentar zum TKG, 2. Auflage 2009, § 30 Rn. 19.

Hält die Bundesnetzagentur für die Entgelte eines marktmächtigen Netzbetreibers eine Genehmigungspflicht ausnahmsweise zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 für nicht angemessen, unterliegen die Entgelte gemäß § 30 Abs. 3 S. 2 TKG der nachträglichen Regulierung nach § 38 als zweitschärfster Form der Entgeltkontrolle.

Unterliegen Entgelte einer nachträglichen Regulierung, sind sie der Bundesnetzagentur gemäß § 38 Abs. 1 TKG zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten vorzulegen. Die Bundesnetzagentur untersagt innerhalb von zwei Wochen nach Anzeigenzugang die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 28 vereinbar wäre. Unabhängig davon gilt gemäß § 38 Abs. 2 und 4 TKG, dass, wenn der Bundesnetzagentur Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von marktmächtigen Unternehmen nicht den Maßstäben des § 28 genügen, die Bundesnetzagentur unverzüglich eine Überprüfung der Entgelte einleitet.

Im Entgeltmaßstab stimmt damit die Regulierung nach § 38 TKG mit derjenigen nach § 30 Abs. 1 S. 1 TKG insofern überein, als in beiden Fällen die Missbrauchsvorschrift des § 28 TKG zu beachten ist. Anders als im Fall der Entgeltgenehmigung wird allerdings im Fall des § 38 TKG an angeblich überhöhte Entgelte allein der Missbrauchsmaßstab, nicht aber zusätzlich der KeL-Maßstab nach § 31 TKG angelegt.

Gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die nur auf Grund seiner beträchtlichen Marktmacht auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation durchsetzbar sind. Dabei wird als Maßstab für die Erfassung eines Preishöhenmissbrauchs in Anlehnung an § 19 Abs. 4 S. 2 GWB ein „Als-Ob-Wettbewerbspreis“ zugrunde gelegt, d.h. ein hypothetischer Preis, der sich bei wirksamem Wettbewerb auf dem beherrschten Markt ergäbe. Missbräuchlich überhöht gegenüber einem solchen hypothetischen Preis sind die Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens wegen des mit dem Missbrauchsvorwurfs verbundenen Unrechtsurteils allerdings erst dann, wenn sie diese erheblich überschreiten, wobei der Missbrauchszuschlag je nach den Marktgegebenheiten unterschiedlich sein kann,

s. die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 61), 6 C 15.07 (Rz. 68), 6 C 16.07 (Rz. 58) und 6 C 17.07 (Rz. 61), jeweils unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 28.06.2005 in der Sache KVR 17/04, BGHZ 163, 282, S. 295 f., und Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn. 159.

Sofern die Bundesnetzagentur feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 genügen, stehen ihr nach § 38 Abs. 4 TKG ex-nunc wirkende Untersagungs- und Anordnungsbefugnisse zu.

Schließlich soll die Bundesnetzagentur gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 TKG Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 unterwerfen, wenn – erstens – der Betreiber nicht gleichzeitig auch auf dem Markt für Endkundenleitungen, auf dem der Betreiber tätig ist, über beträchtliche Marktmacht verfügt, – zweitens – nach Inkrafttreten des Gesetzes beträchtliche

Marktmacht festgestellt worden ist, ohne dass der Betreiber vor Inkrafttreten des Gesetzes auf dem relevanten Markt von der Bundesnetzagentur als marktbeherrschend eingestuft wurde und – drittens – diese Maßnahme zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG ausreicht.

Bei einer solchen Unterwerfung nach § 30 Abs. 1 S. 2 TKG entfällt sowohl die nach § 30 Abs. 1 S. 1 TKG vorgesehene doppelte Vorab-Entgeltprüfung am Missbrauchs- und am KeL-Maßstab als auch die alternativ aus § 30 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 38 Abs. 1 TKG folgende einfache Vorab-Entgeltprüfung allein am Missbrauchsmaßstab. Die Bundesnetzagentur wird vielmehr nur tätig, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen.

bb. Mit den drei aufgezeigten Kontrollsystemen (Entgeltgenehmigung / Vorabmissbrauchskontrolle / Missbrauchskontrolle) hat der Gesetzgeber Art. 13 Zugangs-RL umgesetzt.

Nach der letztgenannten Vorschrift kann, weist eine Marktanalyse darauf hin, dass ein Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, die nationale Regulierungsbehörde dem betreffenden Betreiber gemäß Art. 8 Zugangs-RL hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang Verpflichtungen u.a. betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise auferlegen.

Der in Bezug genommene Art. 8 Zugangs-RL bestimmt in seinem Abs. 4, dass die auferlegten Verpflichtungen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 Rahmen-RL angemessen und gerechtfertigt sein müssen. Erwägungsgrund 20 Zugangs-RL merkt weiter an, dass der rechtliche Eingriff relativ zurückhaltend sein und beispielsweise der Verpflichtung entsprechen kann, dass die Preise angemessen sein müssen. Er kann aber auch sehr viel weiter gehen und etwa die Auflage beinhalten, dass die Preise zur umfassenden Rechtfertigung ihrer Höhe kostenorientiert sein müssen.

cc. Der Blick sowohl auf die zitierten nationalen Vorschriften als auch auf die diesen zugrunde liegenden europäischen Vorschriften zeigt, dass letztendlich die Bundesnetzagentur über das Ob und Wie der Entgeltregulierung zu entscheiden hat. Denn jedenfalls unter der Bedingung, dass die jeweiligen tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind, lässt sich für keine der oben genannten Entscheidungsvarianten ein genereller Normenvorrang entdecken. Vielmehr ist das in Richtlinie und Gesetz angelegte Entscheidungsprogramm innerhalb des Regulierungsermessens zu bewältigen. Der Bundesnetzagentur stehen dabei Ermessensspielräume in vollem Umfang zu,

vgl. – noch ohne Berücksichtigung der nachträglich eingefügten weiteren Kontrollvariante des § 30 Abs. 3 S. 2 TKG – BT-Drs. 15/2674, S. 31 f., und BT-Drs. 15/2679, S. 14, sowie die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 56 und 59), 6 C 15.07 (Rz. 63 und 66), 6 C 16.07 (Rz. 53 und 56) und 6 C 17.07 (Rz. 56 und 59).

Die tatbestandlichen Merkmale, deren Erfüllung nach dem nationalen Gesetz Voraussetzung für die Eröffnung des aufgezeigten Ermessensspielraums ist, liegen jedenfalls mit Blick auf die §§ 30 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 S. 2 TKG vor. Es handelt sich bei der Betroffenen um eine Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, die über beträchtliche Marktmacht verfügt. Ihr sind auch nach § 21 Zugangsleistungen auferlegt worden.

Ob das in § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG normierte Merkmal, wonach der Betreiber nicht gleichzeitig auch auf dem Markt für Endkundenleistungen, auf dem der Betreiber tätig ist, über beträchtliche Marktmacht verfügen darf, hier vorliegt, kann offen bleiben. Gleiches gilt für die in Nr. 2 der Vorschrift statuierte Voraussetzung, nämlich dass die beträchtliche Marktmacht erstmals nach dem Inkrafttreten des TKG 2004 festgestellt worden ist. Denn auch bei Unbeachtlichkeit des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 TKG fällt, wie sich aus dem Folgenden ergibt, die hier zu treffende Entscheidung mit Blick auf § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG nicht anders aus.

Schließlich ist keine der in § 30 Abs. 2, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 oder Abs. 5 TKG abweichend geregelten Fallgestaltungen gegeben.

Damit liegt es im Ermessen der Bundesnetzagentur, ob und inwieweit sie der Betroffenen Regulierungsverpflichtungen bezüglich ihrer Bitstrom-Zugangsentgelte auferlegt. Gemäß § 40 VwVfG hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

b. Der Zweck der Entgeltkontrolle auf dem verfahrensgegenständlichen Markt ist ein zweifacher: Einmal ist sicherzustellen, dass die aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen eingehalten werden, darüber hinaus ist zu gewährleisten, dass die Entgelte für die Zugangsleistungen die KeL nicht überschreiten.

Diese Zwecke folgen aus einer Gesamtschau gesetzlicher Zielbestimmungen und tatsächlicher Marktgegebenheiten.

Gemäß § 27 Abs. 1 TKG soll die Entgeltregulierung eine missbräuchliche Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder von Wettbewerbern durch preispolitische Maßnahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verhindern. Überwölbt wird diese Zielsetzung, wie es sich auch aus dem Verweis in § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG ergibt, von den allgemeinen Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG. Danach hat die Regulierung u.a. die Nutzer-, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (Nr. 1), einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen und nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation, auch in der Fläche, zu fördern (Nr. 2) sowie effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen (Nr. 3).

Diese Zielsetzungen treffen auf einen Markt, der – wie in der Festlegung der Präsidentenkammer gezeigt worden ist – von besonders hohen Marktzutrittsschranken gekennzeichnet ist. Letztlich ist die Betroffene keiner ernsthaften Konkurrenz ausgesetzt. Denn die Betroffene ist aufgrund ihrer bundesweit verlegten Anschlussnetze die einzige Anbieterin, die derartige Zugänge flächendeckend anbieten kann. Zudem ist auch auf längere Sicht nicht erkennbar, dass Marktkräfte die Marktmacht der Betroffenen erodieren lassen könnten. Im Gegenteil, mit Übergang zu einem NGA-Netz und dem voraussichtlich damit einhergehenden Rückbau von TAL-Kollokationen werden den TAL-Nachfragern, die derzeit noch der Betroffenen auf den Bitstrom-Märkten in Ansätzen und räumlich beschränkt Konkurrenz bereiten können, die dazu notwendigen Wettbewerbsgrundlagen weitgehend entzogen werden.

aa. Die genannten Umstände können der Betroffenen einmal Anreize zu wettbewerbschädigendem Verhalten im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts liefern.

Um ihre eigene Wettbewerbsposition einschließlich derjenigen konzernverbundener Unternehmen sowohl auf dem verfahrensgegenständlichen Markt als auch auf benachbarten Märkten zu stärken, könnte sich die Betroffene veranlasst sehen, durch preisliche Maßnahmen, die etwa Kosten-Kosten-Scheren oder Preis-Kosten-Scheren hervorrufen, aber auch durch Vorteilseinträumungen zugunsten konzernverbundener - etwa der Billigmarke Congstar - oder sonstiger Unternehmen die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweils betroffenen Märkten zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die Nachfrager, die auf die Betroffene aufgrund ihres flächendeckenden Anschlussnetzes als Geschäftspartnerin angewiesen sind und mit ihr auf Resale- oder Endkundenmärkten konkurrieren, könnten diesen Einflüssen nicht ausweichen. Maßnahmen in der genannten Form würden damit insbesondere dem Regulierungsziel des chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), aber auch dem Ziel einer Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) widersprechen.

Erster Zweck der Entgeltkontrolle muss es damit sein, den Leistungswettbewerb dadurch zu schützen, dass die im allgemeinen Wettbewerbsrecht entwickelten Grenzen für Preismaßnahmen marktmächtiger Unternehmen auch auf den vorliegenden Märkten Beachtung finden.

bb. Die festgestellten Marktstrukturen bieten darüber hinaus aber auch Anreize, von den Nachfragern Preise zu verlangen, die die KeL überschreiten.

Für das allgemeine Wettbewerbsrecht spielen in diesem Sinne „überhöhte“ Entgelte zwar regelmäßig keine Rolle. Es wird gleichwohl keine Preiskontrolle anhand der KeL vorgenommen. Denn Preise signalisieren Knappheitsbedingungen. Signifikant über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegende Preise werden in der Regel Mengenausweitungen nach sich

ziehen. Dies wiederum hat Preissenkungen zur Folge. Ein solcher Effekt ist zum einen auf wettbewerblichen Märkten zu erwarten. Zum anderen können „überhöhte“ Preise aber auch auf vermachteten Märkten aktuelle und potenzielle Marktteilnehmer zu Expansionen und Marktzutritten bewegen und so zumindest auf mittlere bis längere Sicht zu Preisreaktionen führen unter der Voraussetzung, dass die Marktzutrittsschranken tatsächlich in absehbarer Zeit überwunden werden können. Wettbewerbliche Selbstheilungskräfte untergraben so bestehende Marktmacht. Lediglich bei einer erheblichen Überschreitung des „Als-ob-Wettbewerbspreises“ kann überhaupt ein Missbrauchsvorwurf erhoben werden. Mit Rücksicht hierauf, aber auch auf die praktischen Probleme des Bestimmens unfairer Preise und deren fortlaufender Kontrolle finden derartige Missbrauchsverfahren in der Praxis kaum statt,

vgl. zur dargestellten Argumentation Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 3. Aufl. 2001, § 19 Rz. 150, ders., in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht EG / Teil 1*, 4. Aufl. 2007, Art. 82 Rz. 133 f., Furse, „Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition,“ in: *European Competition Journal* Vol. 4, Nr. 1 (2008) 59, S. 60 und 76 ff., jeweils m.w.N. In diesem Sinne auch BR-Drs. 755/03, S. 91 („Zum Abschnitt 3“).

Der vorstehend skizzierte Wirkungsmechanismus und damit die Ratio einer zurückhaltenden Preishöhenkontrolle sind indes auf dem verfahrensgegenständlichen Markt nicht anzutreffen. Denn aufgrund der oben aufgezeigten hohen Zutrittsschranken werden auch bei über den KeL liegenden Entgelten keine Markteintritte erfolgen, die die Marktmacht der Betroffenen erodieren lassen würden.

Aus der Praxis des allgemeinen Wettbewerbsrechts kann deshalb kein Argument gewonnen werden, welches für einen allein nach der Missbrauchsschwelle begrenzten Preissetzungsspielraum und gegen eine Beschränkung desselben auf ein KeL-Niveau spricht,

vgl. zur ehemals analogen Situation in den sog. „Ausnahmebereichen“ des *GWB* Baur/Henk-Merten, *Kartellbehördliche Preisaufsicht über den Netzzugang*, 2002, S. 44; vgl. ferner die Beschlüsse des BGH vom 21.02.1995 in der Sache KVR 4/94, BGHZ 129, 37, S. 49 ff., vom 06.05.1997 in der Sache KVR 9/96, BGHZ 135, 323, S. 328, und vom 22.07.1999 in der Sache KVR 12/98, BGHZ 142, 239, S. 252; siehe außerdem Möschel, a.a.O., Rz. 151 (*GWB*) und Rz. 135 (*Wettbewerbsrecht EG*) sowie Furse, a.a.O., S. 60.

Die Beschlusskammer ist vielmehr zurückgeworfen auf eine Betrachtung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG. Diese Ziele verlangen im vorliegenden Fall, dass der tatsächliche Preissetzungsspielraum nicht bis zur Missbrauchsgrenze nach oben ausgereizt werden darf, sondern dass vielmehr bereits die KeL die Obergrenze für die geforderten Preise darstellen müssen.

Entgelte, die nicht die KeL überschreiten, wahren die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG genannten Interessen der unmittelbaren und mittelbaren Nachfrager, namentlich der Verbraucher, besser und wirksamer als Entgelte, die in ihrer Höhe erst durch die Missbrauchsschwelle oder gar überhaupt nicht beschränkt werden,

vgl. zur Wahrung der Verbraucherinteressen auch Art. 13 Abs. 2 S. 1 Zugangs-RL, aus dem mittelbar entnommen werden kann, dass neben wirtschaftlicher Effizienz und der Förderung nachhaltigen Wettbewerbs die Belange der Verbraucher bei der Entgeltregulierung von vorrangiger Bedeutung sind, so die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 63), 6 C 15.07 (Rz. 70), 6 C 16.07 (Rz. 60) und 6 C 17.07 (Rz. 63); siehe ferner auch Art. 8 Abs. 2 lit. a Rahmen-RL.

Die Entgelte der Betroffenen haben Auswirkungen auf die Verbraucher. Netzbetreiber müssen den Bitstrom-Zugang in das Netz der Betroffenen einkaufen, um ihren eigenen Kunden breitbandige Datenübertragungsdienste anbieten zu können. Die Zugangsentgelte sind Teil ihrer Kosten, die sie an ihre Endkunden weitergeben werden.

Die Erfahrungen auf anderen regulierten Märkten zeigen, dass spürbare Absenkungen der Entgelte zu durchschnittlich niedrigeren Endkundenentgelten führen. Aufgrund des – wenn auch beschränkten – Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten können es sich die Anbieter nicht leisten, die Einsparungen beim Einkauf des Bitstrom-Zugangsprodukts dauerhaft nicht an die

Endkunden weiterzuleiten. Im umgekehrten Fall der Erhöhung der Entgelte wäre die Reaktion ähnlich, die Anbieter würden zumindest zeitversetzt diese auf den Kunden abwälzen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dieses Wechselwirkungsverhältnis zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelten nicht auf den vorliegenden Markt übertragbar sein sollte. Das Entgelt eines Bitstrom-Zugangsprodukts macht einen bedeutenden Anteil des Endkundenpreises eines Breitbandproduktbündels aus. Im Ergebnis ist die Höhe der Endkundenentgelte der Wettbewerber also im hohen Maße von den Vorleistungsentgelten der Betroffenen abhängig. Wegen der beträchtlichen Marktmacht besteht die Gefahr, dass die Betroffene überhöhte Entgelte für diese Leistungen verlangt.

Entgelte, die nicht über die KeL hinausgehen, stellen auch das Regulierungsziel eines chancengleichen Wettbewerbs im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG besser und wirksamer sicher als Entgelte, die in ihrer Höhe bis zur Missbrauchsschwelle oder gar noch darüber hinaus getrieben werden.

Das Bitstrom-Zugangsentgelt muss genau in ein bestehendes Gefüge von Vorleistungsentgelten eingepasst werden. Es verbleiben geringe Spielräume, um den richtigen Entgeltabstand zu einerseits vorgelagerten TAL-Zugangsprodukten und andererseits nachgelagerten Resale- und Endkundenprodukten zu bestimmen. Gehen insbesondere nur das Bitstromentgelt, nicht aber die Resale- oder Endkundenentgelte über das KeL-Niveau hinaus, werden Bitstromnachfrager gegenüber anderen Geschäftsmodellen benachteiligt.

Darüber hinaus würden überhöhte Entgelte für die zu gewährenden Zugangsleistungen der Betroffenen ein wettbewerbsverfälschendes Quersubventionierungspotenzial erschließen. Auf dem verfahrensgegenständlichen Markt erhobene Monopolrenten könnten auf anderen Märkten, insbesondere den zugehörigen Endkundenmärkten, eingesetzt werden, ohne dass die eigenen Kosten auf den Märkten zurückverdient werden müssten. Die Betroffene würde sich mithin einen von Mitwettbewerbern nicht erreichbaren Vorteil verschaffen. Dieser Vorteil vergrößerte sich noch in den Fällen, in denen die Wettbewerber selbst Vorleistungen von der Betroffenen zu KeL-überschreitenden Preisen einkaufen (müssten) und derart einerseits die Finanzkraft der Betroffenen erhöhten und andererseits eigener Kapitalmittel und die Chance auf wettbewerbsfähige Angebote verlustig gingen,

vgl. zur Marktmachtübertragung (auch auf nicht beherrschte Märkte) Möschel, a.a.O. (Wettbewerbsrecht EG), Art. 82 Rn. 102 f.; ferner EuG, Urteil Rs. T-219/99 vom 17.12.2003, Rz. 127 – British Airways, mit Verweis auf EuGH, Urteil verb. Rs. 6/73 und 7/73 vom 06.03.1974, Rz. 22 – Commercial Solvents, und Urteil Rs. 311/84 vom 03.10.1985, Rz. 26 – CBEM.

Schließlich fördern Entgelte, welche die KeL nicht überschreiten, effiziente Infrastrukturinvestitionen im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG besser und wirksamer als solche, die bis zur Missbrauchsschwelle oder – bei Entfall jeglicher Entgeltkontrolle – noch darüber hinaus gingen.

Die Betroffene ist gemäß § 21 TKG zur Zugangsgewährung verpflichtet. Sinn dieser Zugangsverpflichtung ist es namentlich, den Nachfragern Effizienzgewinne durch eine höhere eigene Wertschöpfung und Wettbewerbsvorteile durch das Angebot eines Dienstes mit selbstbestimmten Merkmalen zu ermöglichen. Dies bedingt Infrastrukturinvestitionen. Diese würden möglicherweise unterlassen oder verschoben und jedenfalls anders in der Investitionsrechnung bewertet werden, sollten zumindest die Entgelte für Anschlussüberlassung und Kollokation die KeL überschreiten. In der Folge würden der Zugangsanspruch verwässert und das Regulierungsziel der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen unterlaufen werden.

Zweiter Zweck der Entgeltkontrolle auf den verfahrensgegenständlichen Märkten muss also unter Hinblick auf die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG die Gewährleistung sein, dass die Netzkoppelungs-, Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte die KeL nicht überschreiten.

c. Die Auferlegung einer nachträglichen Entgeltregulierung mit Anzeigeverpflichtung gemäß § 38 TKG entspricht den vorgestellten Zwecken. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten. Die Auferlegung ist geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne, um sowohl die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht be-

kannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen als auch zu gewährleisten, dass die Zugangsentgelte die KeL nicht oder allenfalls geringfügig überschreiten.

aa. Die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung mit Anzeigeverpflichtung ist geeignet, die genannten Zwecke zu erreichen.

Was mögliche Verstöße gegen § 28 TKG anlangt, so ist es gerade Sinn und Zweck von § 38 TKG, hiergegen eine Handhabe zu bieten. Namentlich Dumpingpreise, die von der Versatel AG befürchtet werden, sind gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG unzulässig.

Überschreitungen der KeL werden dagegen nach Einschätzung der Beschlusskammer dadurch vermieden, dass sich die Betroffene bereits im Rahmen des § 38 i.V.m. § 28 TKG einer strikten Kosten-Kosten- und Preis-Kosten-Scheren-Prüfung gegenüber sehen wird.

Anders als auf anderen Märkten ist eine solche Prüfung vorliegend in der Lage, spürbare KeL-Überschreitungen zu verhindern. Denn so, wie das Bitstrom-Produkt auf der Investitionsleiter eine Zwischensprosse zwischen dem TAL-Zugang und dem Resale-Produkt darstellt, muss sich auch das Bitstrom-Entgelt in die Kette der jeweils verlangten Vorleistungs- (und Endkunden-)entgelte einpassen. Die Spielräume, die für die Festsetzung des Bitstrom-Entgelts bestehen, sind in Anbetracht der Vorgaben des § 28 TKG zur Vermeidung von Kosten-Kosten- sowie Preis-Kosten-Scheren äußerst begrenzt. Aufgrund regulatorischer Festlegungen bzw. marktlicher Prozesse sind nämlich die anderen (Vorleistungs- und Endkunden-)Entgelte auf der Wertschöpfungskette eng an einem effizienten Kostenniveau ausgerichtet. So stehen der Beschlusskammer mit dem KeL-regulierten TAL-Entgelt einerseits und den Endkundenentgelten andererseits geeignete Ankerpunkte zur Verfügung, von denen ausgehend tiefgreifende Prüfungen sowohl von Kosten-Kosten-Scheren als auch von Preis-Kosten-Scheren erfolgen können.

Gezeigt hat sich dies zuletzt im Beschluss BK 3e-09/044 vom 14.09.2009, mit dem die Bitstrom-Zugangsentgelte genehmigt worden sind. Im Ergebnis mussten sich auch dort die mit der KeL-Prüfung ermittelten Entgelte in den nach der Scheren-Prüfung zulässigen Entgeltbereich einfügen lassen. Die Prüfung bezog sich dabei im Übrigen nicht nur auf die Kosten von IP-BSA-xDSL-Leitungen, sondern auch auf diejenigen von IP-BSA-Anschlüssen und -Kollokationen,

vgl. den o.g. Beschluss, S. 43 und 48 des amtlichen Umdrucks.

Die letztgenannten Entgelte sind also Teil der Scheren-Prüfungen. Darum bedürfen auch sie – entgegen der Auffassung der QSC AG – keiner eigenständigen Untersuchung nach § 31 TKG.

Gleiches gilt im Übrigen auch für die VDSL- und FTTH-BSA-Entgelte. Auch diese sind Teil der Gesamtentgelte und als solche in die Gesamtbetrachtung der Scheren-Prüfungen mit aufzunehmen. Eine Herauslösung und Unterwerfung allein der VDSL-Entgelte unter eine zusätzliche Regulierung nach § 31 TKG hält die Beschlusskammer deshalb für nicht angezeigt.

Was die von mehreren interessierten Parteien beschworene „Gefahr“ regionalisierter Entgelte anlangt, so hätten auch diese bereits unter einem Genehmigungsregime von der Betroffenen beantragt werden können. Es ist zudem keineswegs ausgemacht, dass für die Beurteilung solcher Entgelte die Vorschrift des § 31 TKG ausschlaggebend gewesen wäre. Gemäß § 35 Abs. 3 TKG hätte vielmehr auch bei einem Genehmigungsverfahren § 28 TKG entscheidend in die Bewertung einbezogen werden müssen. Gerade mit Blick auf die verfolgten Regulierungsziele erkennt die Beschlusskammer keine substantielle Verschlechterung in ihren Möglichkeiten, die Zulässigkeit regionalisierter Entgelte prüfen zu können.

Schließlich können auch die von der EU-Kommission geäußerten Bedenken nicht durchgreifen. Die Kommission ist der Auffassung, die Zugangsentgelte müssten, um die Rechtssicherheit für die Zugangsinteressierten zu gewährleisten und effiziente Investitionen durch alle Betreiber zu fördern, sich an den tatsächlichen Kosten orientieren, transparent sein und ex-ante festgelegt werden. Die Kommission fordert daher die Bundesnetzagentur auf, eine Ex-ante-Entgeltregulierung aufzuerlegen, die sich an den Kosten orientiert, und zur Erhöhung der Transparenz im endgültigen Maßnahmenentwurf ein Kostenmodell darzulegen, auf das sich die Kostenorientierung stützen wird.

Die Beschlusskammer stimmt der von der Kommission gegebenen Zielbeschreibung im Wesentlichen zu (siehe die Ausführungen unter lit. b), hält aber bereits das vorgeschlagene Mittel der Missbrauchskontrolle mit Anzeigepflicht für geeignet zur Zielerreichung (siehe die vorstehenden Ausführungen). Mit der Prüfung nach § 28 TKG – und deren verfahrensrechtlicher Absicherung durch Anzeigepflicht und Verpflichtung der Betroffenen zur getrennten Rechnungsführung – wird gewährleistet, dass die verlangten Bitstrom-Entgelte die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht oder allenfalls geringfügig überschreiten.

bb. Die nachträgliche Entgeltregulierung mit Anzeigeverpflichtung ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Regime zu entdecken, welches an deren Stelle treten könnte.

Namentlich weniger wirksam als die nachträgliche Entgeltregulierung mit Anzeigepflicht wäre eine Entgeltregulierung ohne Anzeigepflicht nach § 30 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG. Zwar wäre auch eine solche Missbrauchskontrolle in der Lage, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen sowie Überschreitungen der KeL entgegenzuwirken. Das Fehlen der Anzeigepflicht würde jedoch dazu führen, dass die Beschlusskammer nur von den Nachfragern, die etwa im Rahmen von Verhandlungen von geplanten Tarifänderungen erfahren haben, über eine solche Änderung unterrichtet werden würden. Eine solche Unterrichtung würde allerdings bei Entgelten, die derart große Märkte wie die Bitstrom-Zugangsmärkte betreffen und zudem einer sensiblen Einpassung in ein bestehendes Entgelttableau bedürfen, nicht hinreichen.

Um rechtzeitig, also vor dem Wirksamwerden, missbräuchlichen Entgelten im Sinne des § 28 TKG entgegenzutreten und so Wettbewerbsschäden und Rückabwicklungsprobleme von Nachfragern verhindern zu können, ist es vielmehr erforderlich, dass die Beschlusskammer von der Betroffenen selbst von geplanten Änderungen informiert wird. Auf dieser Grundlage kann sie dann unter Nutzung der ihr aus den TAL-Regulierungsverfahren vorliegenden Kenntnisse und den nach § 24 TKG vorzulegenden Unterlagen eine Prüfung der Tarife auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben des § 28 TKG vornehmen.

Kann den skizzierten Gefahren für die Endnutzer, die Nachfrager und den Wettbewerb schon nicht mit einer nachträglichen Entgeltregulierung ohne Anzeigepflicht begegnet werden, so würde selbiges erst recht nicht bei einem vollständigen Absehen von Entgeltkontrollverpflichtungen gelingen.

Die nachträgliche Entgeltregulierung mit Anzeigepflicht stellt sich damit als zur Zweckerreichung erforderliche Maßnahme dar.

cc. Die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung mit Anzeigepflicht ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen dieser Regulierung auf andere Rechtsgüter zu entdecken, die in der Abwägung eine solche Regulierung unzulässig erscheinen ließen.

Diese Beurteilung beruht auf dem Umstand, dass die Betroffene einerseits nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht ohnehin einem gesetzlichen Missbrauchsverbot (§ 19 und 20 GWB) unterliegt, und dass andererseits dem Missbrauchsverbot die Möglichkeit immanent ist, eine objektive Behinderung oder Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe zu rechtfertigen, wobei über letztere im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele zu entscheiden ist,

vgl. auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 50), 6 C 15.07 (Rz. 55), 6 C 16.07 (Rz. 47) und 6 C 17.07 (Rz. 50).

Auch die Anzeigepflicht und die damit einhergehende Verpflichtung, vor der Einführung oder Änderung von Tarifen ein zweimonatiges Moratorium einzuhalten, belastet die Betroffene nicht in unangemessener Weise. In Abwägung mit den von der Anzeigepflicht verfolgten Zwecken, Wettbewerbsschäden und Rückabwicklungsprobleme von Nachfragern zu vermeiden, ist es der Betroffenen durchaus zuzumuten, durch frühzeitige Planung von Entgeltmaßnahmen die Beeinträchtigungen durch die Anzeigefrist so gering wie möglich zu halten. Danach gleichwohl verbleibende Einschränkungen in der Preissetzungsflexibilität hat sie letztendlich hinzunehmen.

d. Sofern in der Änderung der Entgeltkontrolle ein impliziter Widerruf der bisherigen Genehmigungspflicht von IP-Bitstrom-Zugangsentgelten enthalten ist und deshalb möglicherweise zusätzlich die Anforderungen des § 13 Abs. 1 S. 2 TKG (angemessene Ankündigungsfrist) zu beachten sind, sind letztere vorliegend erfüllt. Denn den betroffenen Unternehmen ist die Änderung im Rahmen des Konsultationsverfahrens und also mit angemessenem mehrmonatigem Vorlauf angekündigt worden.

3.6 Getrennte Rechnungsführung, § 24 TKG

Die Betroffene ist zum einen verpflichtet worden, ihre Preise für die auf den verfahrensgegenständlichen Märkten und auf den nachgelagerten Resale- und Endkundenmärkten extern angebotenen Leistungen sowie ihre internen Verrechnungspreise für die entsprechenden intern genutzten Leistungen in der Weise transparent zu gestalten, dass die Bundesnetzagentur Entgelte für Zugänge gemäß Ziffer 1.1 und 1.2 mit Blick auf Verstöße gegen die in § 28 TKG enthaltenen Diskriminierungsverbote und Verbote unzulässiger Quersubventionen überprüfen kann. Dabei müssen die Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen insbesondere Aufschluss geben über verschiedene im Tenor genauer bezeichnete Parameter. Zum anderen ist die Betroffene gehalten, der Bundesnetzagentur auf Anforderung die derart gestalteten Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen vorzulegen.

3.6.1 Transparente Gestaltung der Preise

Die der Betroffenen in Ziffer 1.5 des Tenors aufgegebenen Verpflichtung, ihre Preise transparent zu gestalten, beruht auf §§ 9 Abs. 2, 13, 24 Abs. 1 TKG.

Gemäß § 24 Abs. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur einem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit Zugangsleistungen eine getrennte Rechnungsführung vorschreiben. Die Bundesnetzagentur verlangt insbesondere von einem vertikal integrierten Unternehmen in der Regel, sein Vorleistungspreise und seine internen Verrechnungspreise transparent zu gestalten. Damit sollen unter anderem Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionen verhindert werden. Die Bundesnetzagentur kann dabei konkrete Vorgaben zu dem zu verwendenden Format sowie zu der zu verwendenden Rechnungsführungsmethode machen.

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gekommen, dass die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung zur Erreichung der mit § 24 TKG verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist und die Betroffene dadurch auch nicht unverhältnismäßig belastet wird. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Die getrennte Rechnungsführung nach § 24 TKG setzt Art. 11 Abs. 1 und 2 der Zugangsrichtlinie um,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 66.

Gemäß Art. 11 Abs. 1 Zugangsrichtlinie können die nationalen Regulierungsbehörden gemäß Art. 8 Zugangsrichtlinie für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Zusammenschaltung und/oder dem Zugang eine getrennte Buchführung vorschreiben. Die nationalen Regulierungsbehörden können insbesondere von einem vertikal integrierten Unternehmen verlangen, seine Großkundenpreise und internen Kostentransfers transparent zu gestalten, unter anderem um sicherzustellen, dass eine etwaige Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß Art. 10 Zugangsrichtlinie befolgt wird, oder um gegebenenfalls eine unlautere Quersubventionierung zu verhindern. Die nationalen Regulierungsbehörden können das zu verwendende Format und die zu verwendende Buchführungsmethode festlegen. Erwägungsgrund 18 Zugangsrichtlinie ergänzt hierzu, dass durch die getrennte Buchführung interne Übertragungen ermittelt werden können. Die Kommission habe hierzu ihre Empfehlung 98/322/EG vom 08.04.1998 zur Zusammenschaltung

tung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 2 – Getrennte Buchführung und Kostenrechnung) veröffentlicht.

Die letztgenannte Empfehlung ist mittlerweile ersetzt worden durch die „Empfehlung der Kommission vom 19.09.2005 über die getrennte Buchführung und Kostenrechnungssysteme entsprechend dem Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation,“

veröffentlicht im ABl. EU 2005 Nr. L 266/64 vom 11.10.2005.

In Ziffer 1 Abs. 3 dieser Empfehlung heißt es, die Verpflichtung zur getrennten Buchführung werde auferlegt, um ausführlichere Informationen, als sich aus den gesetzlich vorgeschriebenen Jahresabschlüssen der gemeldeten Betreiber ableiten ließen, zu erhalten, die das Ergebnis der Geschäftsbereiche des gemeldeten Betreibers möglichst genau so beschreiben, als handele es sich um getrennte geführte Betriebe, und um bei vertikal integrierten Unternehmen eine unzulässige Begünstigung eigener Aktivitäten sowie eine unangemessene Quersubventionierung zu verhindern. Nach Ziffer 4 Abs. 1 wird empfohlen, von gemeldeten Betreibern, die zur getrennten Buchführung verpflichtet sind, eine Gewinn- und Verlustrechnung und eine Aufstellung des eingesetzten Kapitals für jeden regulierten Geschäftsbereich zu verlangen. Transferentgelte bzw. Käufe zwischen den einzelnen Märkten und Diensten sind dabei eindeutig und hinreichend detailliert auszuweisen, um die Einhaltung der Nichtdiskriminierungsverpflichtungen nachzuweisen. Die Berichterstattungspflicht im Rahmen der getrennten Buchführung kann auch die Erarbeitung und Offenlegung von Informationen über Märkte umfassen, auf denen der Betreiber nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt. Erwägungsgründe 5 und 6 der Empfehlung heben hervor, dass so die Kohärenz der Daten gewährleistet bleibe und zudem potenziell wettbewerbswidriges Verhalten (vor allem die Preis-Kosten-Schere) aufgezeigt werde.

Die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung zielt damit darauf ab, Interdependenzen zwischen der regulierten Leistung und dritten Leistungen transparent werden zu lassen. Tatsächlich sind derartige Interdependenzen – wie gerade unter Ziffer 3.5 gezeigt – wesentlicher Gegenstand der Missbrauchsprüfung nach § 38 i.V.m. § 28 TKG. Auf eine KeL-Prüfung und damit auf das Genehmigungsverfahren nach Maßgabe des § 31 TKG kann nur verzichtet werden unter der Prämisse, dass § 28 TKG namentlich mit Blick auf Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren effektiv untersucht werden kann. Die getrennte Rechnungsführung ist geeignet und erforderlich, um die Bundesnetzagentur in den Besitz der dafür benötigten Daten zu setzen.

Die getrennte Rechnungsführung belastet die Betroffene auch nicht unverhältnismäßig. Die Verpflichtung zur transparenten Preisgestaltung richtet sich insbesondere auf einige im Tenor aufgeführte und nachfolgend im Einzelnen begründete Parameter. Diese Parameter sind für die Betroffene ohne unzumutbaren Aufwand erstellbar. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstands, dass – sollten die Daten nicht über die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung erlangt werden und damit eine Prüfung nach § 28 TKG ermöglichen – die Auferlegung der weit eingriffsintensiveren Genehmigungspflicht erforderlich geworden wäre.

Die Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der im Tenor aufgeführten Einzelparameter begründet sich im Einzelnen wie folgt:

- Die Offenlegung der abgesetzten Mengen an breitbandigen Endkundenprodukten gemäß Beschlusstenor Ziffer 1.5.b, deren Verteilung auf die angebotenen Bandbreiten gemäß Beschlusstenor Ziffer 1.5.c sowie der von der Betroffenen von ihren Endkunden tatsächlich erhobenen Bereitstellungs-, Überlassungs-, Kündigungs- und Wechselentgelte gemäß Beschlusstenor Ziffer 1.5.a unter Berücksichtigung der für die relevanten Endkundenangebote maßgeblichen Kundenverweildauern gemäß Beschlusstenor Ziffer 1.5.d dient der umgehenden Verhinderung des Entstehens (missbräuchlicher) Preis-Kosten-Scheren, die sich ergeben könnten aufgrund veränderter Entgelte auf den vorliegend regulierten, aber auch auf vor- oder nachgelagerten Märkten. Die Beschlusskammer muss in einem solchen Fall die Möglichkeit haben festzustellen, inwieweit ein Nutzer von Bitstrom-Vorleistungen auch weiterhin in die Lage versetzt wird, ein über einen Breitbandanschluss realisiertes Endkundenprodukt der Betroffenen nachbilden zu können. Bei der Prüfung sind somit neben den Angaben der Wettbewerber zu deren Gestehungskosten auch die aktuellen Endkundenbedingungen der Betroffenen zu bewerten, um eine sachgerechte Vergleichsanalyse durch-

führen zu können. Seitens der Beschlusskammer ist derzeit nicht ersichtlich, wie die geforderten Marktdaten ohne die vorgesehenen Vorlageverpflichtungen anderweitig kurzfristig generiert werden könnten. Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass die verlangten Angaben nicht auf nominale, sondern auf effektive Werte zielen. Im Rahmen der Preisangaben nach lit. a. sind deshalb auch unmittelbar und mittelbar gewährte Nachlässe auf die nominalen Preise mitzuteilen.

- Den vorgenannten Zwecken dient auch die Verpflichtung der Betroffenen nach Offenlegung repräsentativer Messdaten für die von den relevanten breitbandigen Endkundenprodukten durchschnittlich genutzten Bandbreiten sowohl im Konzentratornetz als auch im Kernnetz der Betroffenen gemäß Beschlusstenor Ziffer 1.5.e. Denn auch hierbei ist bei Vergleich mit den Bitstrom-Vorleistungskosten der Wettbewerber eine Normierungsbetrachtung für die jeweiligen Transportmengen erforderlich.
- Schließlich sind sämtliche der vorgenannten Angaben auch hinsichtlich der breitbandigen Resale-Produkte der Betroffenen zu leisten. Denn zur Vermeidung entsprechender Kosten-Kosten-Scheren im Zuge einer Änderung der Vorleistungsentgelte ist auch das Verhältnis der Kosten eines Nachfragers nach Bitstrom-Zugang gegenüber den Kosten von Wettbewerbern, die zur Realisierung entsprechender Endkundenangebote auf andere Geschäftsmodelle wie insbesondere auch Resale-Produkten der Betroffenen zurückgreifen, zu verifizieren.

3.6.2 Verpflichtung zur Vorlage von Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen

Die in Ziffer 1.6 tenorierte Verpflichtung, der Bundesnetzagentur auf Anforderung die gemäß Ziffer 1.5 gestalteten Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen unverzüglich, im Falle von Ziffer 1.5 Satz 2 in Verbindung mit einer Anzeige nach § 38 Abs. 1 TKG jedoch spätestens nach drei und ohne Verbindung mit einer solchen Anzeige spätestens nach zehn Arbeitstagen vorzulegen, gründet auf §§ 9 Abs. 2, 13, 24 Abs. 2 S. 1 TKG.

Danach kann die Bundesnetzagentur von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, dem eine Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung nach § 24 Abs. 1 TKG auferlegt worden ist, verlangen, dass ihr die Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen nach § 24 Abs. 1 TKG einschließlich damit zusammenhängender Informationen und Dokumente auf Anforderung in vorgeschriebener Form vorgelegt werden.

Bei der Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 S. 1 TKG handelt es sich um eine eigenständige, neben die nach § 24 Abs. 1 S. 1 TKG hinzutretende Verpflichtung, über deren Auferlegung eine eigenständige Ermessensentscheidung zu treffen ist.

Auch im Rahmen der Ermessensausübung nach § 24 Abs. 2 S. 1 TKG hat sich die Bundesnetzagentur davon leiten lassen, dass eine Auferlegung der Pflicht zur Vorlage von Informationen nur in dem Maße erforderlich ist, wie dies zur Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes und zur Verhinderung unzulässiger Quersubventionierungen erforderlich ist. Dementsprechend hat sich Beschlusskammer darauf beschränkt, eine Vorlage der nach Ziffer 1.5 entsprechend transparent gestalteten Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen zu verlangen.

Hierdurch wird die Betroffene auch nicht in für sie unverhältnismäßiger Weise belastet. Im Gegenteil sind die Mitwirkungspflichten der Betroffenen weitaus geringer, als sie es bei der andernfalls ins Auge zu fassenden Auferlegung einer Genehmigungspflicht wären.

Unterlagen nach Ziffer 1.5 sind auf Anforderung unverzüglich (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) vorzulegen. Dabei ist, um insbesondere die gemäß § 38 Abs. 1 S. 2 TKG innerhalb einer Zwei-Wochen-Frist vorgesehene Offenkundigkeitsprüfung, aber auch um eine Prüfung nach § 38 Abs. 2 TKG durchführen zu können, eine rasche Verfügbarkeit der für diese Prüfungen erforderlichen und in Ziffer 1.5 Satz 2 aufgeführten Grundangaben unabdingbar. Die Betroffene ist deshalb gehalten, ihre internen Erhebungszyklen und Kommunikationswege so zu gestalten, dass der Beschlusskammer diese Grundangaben bei einer Anzeige gemäß § 38 Abs. 1 TKG spätestens drei Arbeitstage nach Anforderung vorliegen. In sonstigen Fällen, in denen sich die Betroffene – anders als bei einer Anzeige – nicht tagesgenau auf die Anforderung einstellen kann,

darf die Vorlage der in Ziffer 1.5 Satz 2 genannten Angaben – wie von der Betroffenen angeregt – bis zu zehn Arbeitstage in Anspruch nehmen.

3.7 Keine Auferlegung einer Transparenzverpflichtung bzgl. Musterbedingungen, § 20 TKG

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gelangt, dass eine gesonderte Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG zu Musterbedingungen neben der mit dieser Entscheidung gegenüber der Betroffenen zugleich auferlegten Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes gemäß § 23 TKG nicht erforderlich ist. Denn durch das zu veröffentlichende Standardangebot erhalten Nachfrager sämtliche für den Zugang erforderlichen Informationen. Dies folgt daraus, dass ein Standardangebot gemäß § 23 Abs. 3 S. 4 TKG inhaltlich so umfassend sein muss, dass es von den einzelnen Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden kann. Im Rahmen des Standardangebotes müssen daher alle Zugangsbedingungen veröffentlicht werden, die für den Zugang zum Teilnehmeranschluss wesentlich sind. Darüber hinaus sind keine weiteren Informationen für die Zugangsnachfrage und –inanspruchnahme erforderlich,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 66, zu § 20 Abs. 2 TKG-E und zu § 21 TKG-E.

Die zusätzliche Auferlegung einer Transparenzverpflichtung liefe deshalb ins Leere. Sie ist folglich nicht erforderlich und damit nicht verhältnismäßig im weiteren Sinne.

B. Standardangebot

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer II. des Tenors der Betroffenen beibehaltene und auferlegte Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ist § 23 Abs. 1 TKG.

Danach kann die Regulierungsbehörde einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt und einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG unterliegt, verpflichten, in der Regel innerhalb von drei Monaten ein Standardangebot für die Zugangsleistung zu veröffentlichen, für die eine allgemeine Nachfrage besteht. Eine solche Verpflichtung kann, wie sich aus § 21 Abs. 1 S. 2 TKG ergibt, gemeinsam mit einer Entscheidung über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG ergehen.

Durch Art. 2 Nr. 5 a) des Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften vom 18.02.2007 ist die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes von einer Soll- zu einer Kann-Bestimmung abgeändert worden. Auch unter Berücksichtigung des damit der Bundesnetzagentur eröffneten weiteren Ermessensspielraumes ist der Betroffenen jedoch weiterhin die Vorlage eines Standardangebotes aufzuerlegen. Sinn und Zweck der Vorlage eines Standardangebotes ist es, den Wettbewerbern dadurch einen schnellen Zugang zu von der Betroffenen für die eigenen Angebote erforderlichen Vorleistungen zu ermöglichen, dass die Betroffene zum Abschluss eines Vertrages über diese Leistungen verpflichtet ist, der von der Bundesnetzagentur bereits auf seine Vollständigkeit und die Erfüllung der Kriterien der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit hin überprüft worden ist. Auf diese Weise kann verhindert werden, dass eine gewünschte Zusammenschaltung durch Vertragsverhandlungen und nach deren möglichem Scheitern durch die Durchführung eines Anordnungsverfahrens nach § 25 TKG verzögert wird.

Die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 TKG sind in Bezug auf die auferlegten Zugangsverpflichtungen erfüllt. Die Auferlegung einer Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebotes liegt nach Auffassung der Beschlusskammer im Allgemeinen dann nahe, wenn eine Vielzahl die Zugangsleistungen nachfragender bzw. hieran interessierter Marktteilnehmer vorhanden ist, wenn von einem hohen Streitpotenzial bei der Ausgestaltung des Zugangs auszugehen ist oder wenn den verfahrensgegenständlichen Zugangsleistungen eine besonders herausgehobene Bedeutung für die Entwicklung des oder der nachgelagerten Märkte zukommt. Im vorliegenden Fall sind zumindest die beiden letztgenannten Gründe gegeben.

Mit Blick auf den Layer-2-Bitstromzugang sieht die Beschlusskammer allerdings davon ab, eine Frist für die Veröffentlichung eines Standardangebotes zu verfügen. Die Betroffene hält bereits ein im Verfahren BK 3b-07/008 geprüft Standardangebot für den Zugang zum ATM-Bitstrom vor. Hinsichtlich der Migration von ATM- hin zu Ethernet-Konzentratornetzen bildet sich dagegen nach Kenntnis der Beschlusskammer derzeit erst die entsprechende Nachfrage im Rahmen bi- und multilateraler Verhandlungsrunden heraus. Eine Frist zur Vorlage eines Standardangebots erscheint deshalb derzeit als verfrüht. In Übereinstimmung mit dem entsprechenden Vortrag der Betroffenen, der Vodafone D2 GmbH und der Versatel AG und unter Verweis auf die ergänzenden Ausführungen unter Ziffer I.3.1.c sieht die Beschlusskammer deshalb von der Aufnahme einer Vorlagefrist ab. In Reaktion auf die Stellungnahme der QSC AG im zweiten Konsultationsverfahren ist klarzustellen, dass die Vorlagepflicht entsteht, sobald eine entsprechende allgemeine Nachfrage vorhanden und ggf. im Verfahren nach § 23 Abs. 2 TKG festgestellt worden ist.

Anders als noch im ersten Konsultationsentwurf vorgesehen, hat sich die Beschlusskammer allerdings dazu entschlossen, für die notwendigen Vervollständigungen des IP-BSA-Standardangebots nunmehr doch eine Veröffentlichungsfrist zu tenorieren. Dies entspricht dem nach § 23 Abs. 1 TKG regelmäßig vorgesehenen Vorgehen und hat seinen Grund darin, dass das mit Beschluss BK 3-06/045 vom 08.04.2008 abschließend geprüfte IP-BSA-Standardangebot der Betroffenen weder Regelungen für IP-BSA-VDSL-Leistungen noch für IP-BSA-Gate-Leistungen vorsieht, obwohl die Betroffene in diesen Bereichen jedenfalls teilweise bereits Vereinbarungen mit Nachfragern getroffen hat und insofern auch eine allgemeine Nachfrage vorliegen könnte. Zudem ist das bisherige Standardangebot unvollständig, soweit es Bestimmungen zur – mittlerweile von der Betroffenen eingerichteten – elektronischen Schnittstelle anbelangt. Das in der vorgesehenen Frist zu veröffentlichende Standardangebot muss allerdings noch keine Regelungen mit Blick auf Bitstrom-Zugänge zu FTTH-Infrastrukturen enthalten. Diesbezüglich wird sich die allgemeine Nachfrage erst mit der entsprechenden Verbreitung solcher Infrastrukturen herausbilden. Die eingeräumte Frist von zwei Monaten trägt dem entsprechenden Vortrag der Betroffenen Rechnung.

Die Beschlusskammer hat keine zusätzlichen Vorgaben zu den Bestandteilen des Standardangebotes gemacht. Sie geht aber weiter davon aus, dass das Angebot so umfassend ist, dass es von Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden könnte. Das Angebot muss also wie bisher alle für die Abwicklung der Zugangsleistungen erforderlichen Bedingungen (allgemeine Vertragsregeln sowie Regelung der Zugangsleistungen und Preise, Zugangsstandorte, technische Bestimmungen und Betrieb, Bestellung und Bereitstellung, Kollokation, Abrechnung, Ansprechpartner) enthalten.

Im Interesse der öffentlichen Sicherheit und auch im Hinblick auf ihre eigenen Sicherheitsinteressen ist die Betroffene nicht dazu verpflichtet, auch die Standorte des Zugangs bzw. der Kollokation zu veröffentlichen. Die Zugangspunkte befinden sich an Netzknoten, die ein besonderes und bevorzugtes Ziel für schädigende Aktionen sein können. Eine Veröffentlichung dieser Orte würde eine dahingehende Gefahr erhöhen. Das berechnete Informationsinteresse der Betreiber tritt hinter dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und den berechtigten Sicherheitsbelangen der Betroffenen demgegenüber zurück. Es kann den interessierten Betreibern zugemutet werden, dass sie die Standortinformationen erst auf Nachfrage von der Betroffenen erhalten.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 2 TKG.

Bonn, den 17.09.2010

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Wieners

Dr. Geers

Anlage
Festlegung der Präsidentenkammer (geschwärzte Fassung)