



## Beschlusskammer 3

BK 3g-09/085

# B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 4 „Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten“ der Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung 2007/879/EG) (ABl. EU Nr. L 344 S. 65),

betreffend:

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

Betroffene,

Antragstellerinnen:

1. eifel-net GmbH, Bendenstraße 31, 53879 Euskirchen, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. EWE TEL GmbH, Cloppenburgstraße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. M-net Telekommunikations GmbH, Müllerstraße 7, 80469 München, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Am Coloneum 9, 50825 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. Versatel AG, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch den Vorstand,
6. Vodafone D2 GmbH, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn, vertreten durch die Geschäftsführung,
7. Plusnet GmbH & Co. KG, Matthias-Brüggen-Straße 55, 50829 Köln, vertreten durch die Plusnet Verwaltungs GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführung.

– 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 –

der Antragstellerinnen zu 3. und 4: JUCONOMY Rechtsanwälte  
Graf Recke Straße 82  
40239 Düsseldorf

hat die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, 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 Telekom Deutschland GmbH als Gesamtrechtsnachfolgerin für das vormals von der Deutschen Telekom AG betriebene bundesweite öffentliche Telekommunikationsnetz verfügt auf dem bundesweiten Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG. In sachlicher Hinsicht umfasst der Markt bezogen auf die tatsächliche Situation in der Bundesrepublik Deutschland folgende Varianten des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung:*

- *Entbündelter/Gebündelter<sup>1</sup> Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kupferdoppelader am Hauptverteiler oder einem anderen näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt; gemeinsamer Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (Line Sharing)*
- *Entbündelter/Gebündelter<sup>2</sup> Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung auf Basis von OPAL/ISIS am Hauptverteiler oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt*
- *Entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung auf Basis reiner Glasfaser (massenmarktfähiges FTTH) sowohl in der Punkt-zu-Punkt-Variante als auch in der*

<sup>1</sup> Anstelle des entbündelten sog. Zugriffs auf den „blanken Draht“ wird der gebündelte Zugang nur in Ausnahmefällen erfasst, wenn das Angebot von entbündeltem Zugang im Einzelfall unsinnig und daher sachlich nicht gerechtfertigt wäre.

<sup>2</sup> Anstelle des entbündelten sog. Zugriffs auf den „blanken Draht“ wird der gebündelte Zugang nur in Ausnahmefällen erfasst, wenn das Angebot von entbündeltem Zugang im Einzelfall unsinnig und daher sachlich nicht gerechtfertigt wäre.

*Punkt-zu Mehrpunktvariante. Der Zugang zu den vorhandenen Infrastrukturen ist dabei abhängig von der jeweils vom Betreiber des FTTH-Netzes gewählten und eingesetzten Technologie.*

## I.

folgende

### **Regulierungsverfügung**

beschlossen:

1. Die der Betroffenen mit der Regulierungsverfügung BK 4a-07-002/R vom 27.06.2007 auferlegten Verpflichtungen werden wie folgt beibehalten, geändert bzw. der Betroffenen werden folgende Verpflichtungen auferlegt, nämlich
  - 1.1. anderen Unternehmen
    - 1.1.1 vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss am Hauptverteiler bzw. Verteilerknoten oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt (insbesondere Kabel- bzw. Endverzweiger - APL) sowie den gemeinsamen Zugang zu diesen Teilnehmeranschlüssen durch Aufteilung des nutzbaren Frequenzspektrums,
    - 1.1.2 im erforderlichen Umfang gebündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss in Form der Kupferdoppelader einschließlich der Varianten OPAL/ISIS am Hauptverteiler,
    - 1.1.3 zum Zwecke des Zugangs gemäß Ziffern 1.1.1 und 1.1.2 Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren sowie
    - 1.1.4 im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtung zur Kollokationsgewährung nach Ziffer 1.1.3 Kooperationsmöglichkeiten in der Weise einzuräumen, dass zum Zugang berechnete Unternehmen ihre jeweils am gleichen Standort eines Hauptverteilers bei der Betroffenen angemieteten Kollokationsflächen miteinander verbinden können, indem ein Unternehmen einem oder mehreren anderen Unternehmen den Zugang zu seinen selber bereitgestellten oder angemieteten Übertragungswegen gewähren kann,
  - 1.2 zum Zwecke des Zugangs zum Teilnehmeranschluss am Kabelverzweiger den Zugang zu ihren Kabelkanälen zwischen dem Kabelverzweiger und dem Hauptverteiler zu gewähren, soweit hierfür die erforderlichen Leerkapazitäten vorhanden sind,
  - 1.3 für den Fall, dass aus technischen Gründen oder aus Kapazitätsgründen die Gewährung des Zugangs zu Kabelkanälen nach Ziffer 1.2 nicht möglich ist, den Zugang zu unbeschalteter Glasfaser zu gewähren,

- 1.4 dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffern 1.1 bis 1.3 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen,
  - 1.5 gültige Verträge über Zugangsleistungen 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.
  - 1.6 ihre Preise für die auf dem verfahrensgegenständlichen Markt und auf den nachgelagerten Resale- und Endkundenmärkten extern angebotenen Leistungen auf der Basis einer reinen Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitung (massenmarktfähiges FTTH) sowie ihre internen Verrechnungspreise für die entsprechenden intern genutzten Leistungen in der Weise transparent zu gestalten, dass die Bundesnetzagentur Entgelte für Zugänge zur Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitung (massenmarktfähiges FTTH) gemäß Ziffer 1.1 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,
  - 1.7 der Bundesnetzagentur auf Anforderung die gemäß Ziffer 1.6 gestalteten Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen unverzüglich, im Falle von Ziffer 1.6 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 die Gewährung des Zugangs und der Kollokation gemäß Ziffern 1.1 bis 1.3 werden der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Abweichend hiervon werden die Entgelte für die Gewährung des Zugangs zur Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitung (massenmarktfähiges FTTH) der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterworfen.
  3. Im Übrigen werden die Anträge abgelehnt.

## II.

Die der Betroffenen mit Beschluss BK 4a-04-075/R vom 20.04.2005 auferlegte und im Beschluss BK4a-07-002/R aufrechterhaltene Verpflichtung, ein einheitliches Standardangebot für Zugangsleistungen, zu deren Angebot sie durch die in dieser Entscheidung ergangene Regulierungsverfügung verpflichtet worden ist und für die eine allgemeine Nachfrage besteht, zu veröffentlichen, wird beibehalten. Es muss die im Anhang II zur Richtlinie 2002/19/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002, geändert durch Artikel 2 der Richtlinie 2009/140/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009, aufgeführten Mindestbestandteile enthalten. 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 durch Ausgliederung der Festnetzsparte T-Home aus der Deutschen Telekom AG und anschließender Verschmelzung auf die T-Mobile Deutschland GmbH sowie gleichzeitiger Umfirmierung seit dem 30.03.2010 Gesamtrechtsnachfolgerin für das vormals von der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Telekom AG aufgebaute und betriebene bundesweite öffentliche Telefonnetz sowie der dazu gehörenden technischen Einrichtungen. Damit verfügt sie über eine bundesweit flächendeckende Telekommunikationsinfrastruktur, auf deren Basis sie öffentlich zugängliche Telefondienste und breitbandige Datendienste anbietet.

Bestandteil der Telekommunikationsnetze der Betroffenen, nämlich ihrer Zugangs- bzw. Anschlussnetze, sind ca. 36,9 Mio. Teilnehmeranschlüsse (auch Teilnehmeranschlussleitung, abgekürzt TAL). In der ganz überwiegenden Zahl der Fälle ist die TAL durch eine Kupferdoppelader hergestellt. Einzelne Endkunden, etwa Unternehmen, sind durch eigens verlegte Glasfaserleitungen an das Netz angebunden. In einigen Gebieten gibt es zudem Teilnehmeranschlüsse, die aus einer Kombinationen von Kupfer- und Glasfaserleitungen bestehen, sog. „hybride Teilnehmeranschlussnetze (HYTAS)“. Eine eingehende Darstellung des Teilnehmeranschlussnetzes der Betroffenen und dessen technischer Realisierung, insbesondere der „HYTAS“, enthält die als Anlage beigefügte Festlegung der Präsidentenkammer zur Marktdefinition und Marktanalyse zu Markt Nr. 4 der Kommissions-Empfehlung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Mit Beschluss BK 4a-04-075/R vom 20.04.2005 wurde erstmals eine unter dem Regulierungsregime des TKG 2004 getroffene Festlegung der Präsidentenkammer zur Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich des damaligen Marktes 11 der Empfehlung 2003/311/EG der EU-Kommission und eine darauf gründende Regulierungsverfügung als einheitlicher Verwaltungsakt bekannt gegeben. Dieser Beschluss wurde gegenüber der Rechtsvorgängerin der Betroffenen bestandskräftig.

Seit dem Jahre 2006 betrieb die Rechtsvorgängerin der Betroffenen den Umbau ihres Anschlussnetzes, um breitbandigere Nutzungen der TAL zu ermöglichen, für die es erforderlich ist, die mit Kupferleitungen zu überbrückende Strecke zu verkürzen. Dazu werden die DSLAM vom Hauptverteiler (HVT) zum Kabelverzweiger (KVz) vorverlagert, diese entsprechend ausgebaut und parallel zu den vorhandenen Kupferleitungen, die nach öffentlichen Darstellungen der Betroffenen liegen bleiben, mit Glasfaserleitungen an den HVT angebunden.

Nachdem die beträchtliche Marktmacht der Rechtsvorgängerin der Betroffenen durch die Ergebnisse eines im Jahre 2007 turnusgemäß durchgeführten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens erneut festgestellt worden war, wurden mit Beschluss BK4a-07-

002/R vom 27.06.2007 die bereits auferlegten Verpflichtungen beibehalten und um weitere Verpflichtungen ergänzt, die es den Wettbewerbern der Rechtsvorgängerin der Betroffenen ermöglichen sollten, die TAL ab dem KVz für eigene breitbandige Nutzungen zu erschließen. Dabei handelte es sich um den Zugang zu Leerrohren zwischen HVt und KVz, zu unbeschalteter Glasfaser, falls keine Leerrohrkapazitäten verfügbar sein sollten, und zu Informationen über die Verfügbarkeit dieser Infrastrukturen.

Auf die Anfechtungsklage der Rechtsvorgängerin der Betroffenen hin wurde die Pflicht, Zugang zur unbeschalteten Glasfaser zwischen HVt und KVz zu gewähren sowie über den geplanten Ausbau von KVz zu Multifunktionsgehäusen zu informieren, aufgehoben. Im Übrigen wurde die Regulierungsverfügung bestandskräftig.

Die Empfehlung 2003/311/EG der EU-Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, wurde durch die Empfehlung 2007/879/EG vom 17.12.2007 (Amtsblatt EU 2007 Nr. L 344/65) ersetzt. In dieser Empfehlung wurde der bisherige Markt 11 nun als Markt 4 „Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten“ bestimmt.

Mit Blick auf die Regelung in § 14 Abs. 2 TKG, gemäß der die Ergebnisse des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens alle zwei Jahre zu überprüfen sind und in Folge dessen auch erneut über die Auferlegung, Änderung, Beibehaltung oder den Widerruf der in § 13 Abs. 1 S. 1 TKG aufgeführten Verpflichtungen im Rahmen einer Regulierungsverfügung zu entscheiden ist, hat die Beschlusskammer mit Schreiben vom 13.11.2009 der Rechtsvorgängerin der Betroffenen mitgeteilt, dass sie nach dem derzeitigen Stand der Marktdefinition und Marktanalyse für den Markt 4, die zu diesem Zeitpunkt noch keine Glasfaser-TAL umfasste, weiterhin über beträchtliche Marktmacht verfüge. Daher beabsichtige die Beschlusskammer, den Umfang der bereits in dem Beschluss vom 27.06.2007 auferlegten Verpflichtungen beizubehalten und sie lediglich um eine Transparenzverpflichtung nach § 20 Abs. 1 TKG zur Vorlage von Verträgen über Zugangsleistungen zu ergänzen. Die in der bis dahin geltenden Regulierungsverfügung ausgesprochene Verpflichtung, den Zeitpunkt des Ausbaus von KVz zu Multifunktionsgehäusen zur Aufnahme von DSLAM offenzulegen, solle vor dem Hintergrund der entgegenstehenden Rechtsprechung nicht auferlegt werden.

In ihrer Stellungnahme vom 27.11.2009 hat die Rechtsvorgängerin der Betroffenen auf ihre bereits im Verwaltungsverfahren zur vorangegangenen Regulierungsverfügung und im hierzu anhängigen Gerichtsverfahren geltend gemachten Einwendungen verwiesen, die einer Auferlegung dieser Verpflichtungen entgegenstünden. Dies betreffe insbesondere die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu Kabelkanälen und unbeschalteter Glasfaser.

Die Rechtsvorgängerin der Betroffenen hat zudem im Frühjahr 2010 angekündigt, bis Ende 2012 bis zu 10% der Festnetzhaushalte in Deutschland mit massenmarkttauglichen Glasfaseranschlüssen (fibre to the home, FTTH) versorgen zu können und also die Teilnehmeranschlusseinheit (TAE) unmittelbar per Glasfaserleitung anzuschließen. Daraufhin änderte die Präsidentenkammer den Entwurf der Marktanalyse und erweiterte den definierten Markt um den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung auf Basis reiner Glasfaser (massenmarktfähiges FTTH, im Folgenden als Glasfaser-TAL bezeichnet) sowohl in der Punkt-zu-Punkt-Variante als auch in der Punkt-zu-Mehrpunktvariante.

Wegen Problemen bei der Bereitstellung der TAL hat die Beschlusskammer mit Schreiben vom 26.04.2010 an die Verbände der Wettbewerber der Betroffenen eine Abfrage zur Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu Systemen der Betriebsunterstützung durchgeführt. Nach Auswertung der Stellungnahmen hat die Beschlusskammer die Betroffene mit Schreiben vom 19.07.2010 zu ihrer Erwägung angehört, der Betroffenen eine Pflicht aufzuerlegen, Zugang zu Systemen, die die technischen Daten der TAL enthalten und mit denen über den Einsatz von Technikern bei Schaltarbeiten disponiert wird, zu gewähren. Die Betroffene hat hierzu mit Schreiben vom 18.08.2010 mitgeteilt, dass sie plane, den Nachfragern der TAL künftig im Rahmen der „Voranfrage online“ einen direkten Zugriff über

eine standardisierte Schnittstelle mit deutlich kürzeren Reaktionszeiten zu ermöglichen, die eine Integrierung in die Vertriebssysteme der TAL-Nachfrager erlaube. Weiter plane sie auch einen Zugriff für die TAL-Nachfrager auf ihr Dispositionssystem für den Technikereinsatz für das vierte Quartal 2011. Die Betroffene hält deshalb die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung für nicht erforderlich und weist darauf hin, dass in beiden Fällen die Betriebsstabilität der Systeme insbesondere vor zu großen Zugriffsmengen geschützt werden müsse. Ebenfalls schutzbedürftig seien betroffene Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung ist im Amtsblatt Nr. 18/2010 vom 22.09.2010 als Mitteilung Nr. 521/2010 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 zwölf schriftliche Stellungnahmen eingegangen.

Die Betroffene wendet sich gegen die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen für die massenmarktfähige Glasfaser-TAL. Hier sei zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbsverhältnisse regional unterschiedlich seien und das Glasfaser-Anschlussnetz der Betroffenen in Gegensatz zu den Netzen einiger Stadtnetzbetreiber noch gar nicht aufgebaut sei. Zudem sei das Glasfasernetz der Betroffenen als im Wettbewerb getätigte Investition, die überhaupt nicht mehr auf die zu Monopolzeiten errichtete Kupferinfrastruktur zurückgreife, eine in hohem Maße schützenswerte Anfangsinvestition. Auch sei unklar, in welchem Umfang überhaupt eine Nachfrage nach der entbündelten Glasfaser-TAL entstehen werde. Eine Überregulierung dieses erst entstehenden Netzes sei deshalb zu vermeiden und lediglich die Auferlegung eines Gleichbehandlungsgebotes und einer nachträglichen Entgeltregulierung angemessen. Für eine nachträgliche Entgeltregulierung spreche insbesondere, dass gerade in der Aufbauphase eines neuen Netzes Investitionskosten und erwartbare Auslastung nur schwer prognostizierbar seien und nicht die absolute Entgelthöhe, sondern das Bestehen von Preis-Kosten-Scheren für den Wettbewerb entscheidend seien. Hier seien die Maßstäbe der Entgeltgenehmigungspflicht und der nachträglichen Entgeltkontrolle dieselben, eine nachträgliche Entgeltregulierung biete der Betroffenen aber eine höhere Entgeltflexibilität und diene darum der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen besser, und zwar auch, weil sie Wettbewerber dazu anhalte, in eigene Infrastruktur zu investieren statt die Infrastruktur der Betroffenen zu nutzen. Weiter werde der für die Glasfaser-TAL durchsetzbare Preis durch konkurrierende kupferbasierte Produkte und die Angebote von Kabelnetzbetreibern effektiv begrenzt, was besonders den Verbraucherinteressen diene. Der Aufbau der FTTX-Infrastruktur sei als Overlay zu bestehenden Kupfer-Infrastruktur geplant, die somit bis zum Kunden erhalten bleiben werde und deren Abbau bislang nicht beschlossen wurde. Ein Abbau von HVt könne ebenfalls bis zum Jahre 2016 ausgeschlossen werden und werde auch danach nur marktgetrieben und somit nicht auf einen Schlag erfolgen. Der Bundesnetzagentur stehe es zudem offen, sich die Ergänzung der Regulierungsverfügung ausdrücklich vorzubehalten.

Die erneute Auferlegung des Zugangs zu unbeschalteten Glasfasern zwischen HVt und KVz wird von der Betroffenen abgelehnt, weil die Schwere des Eingriffs in die Eigentumsposition der Betroffenen verkannt werde. Entscheidend sei nicht die Beeinträchtigung ihrer Wettbewerbsposition, sondern dass ihr die freie Verfügungsgewalt über einzelne Glasfasern komplett entzogen würde, die dann auch nicht mehr für den FTTH-Ausbau der Betroffenen genutzt werden könnten.

Die Betroffene lehnt weiter die Gewährung des Zugangs zu Systemen der Betriebsunterstützung ab. Die Datenbank KONTES-Orka enthalte neben technischen Daten der TAL auch Kundendaten, bei denen es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Betroffenen handele. Zudem seien dies personenbezogene Daten, zu deren Offenbarung die Betroffene nach BDSG nicht befugt sei. Weiter enthalte die Datenbank auch Daten von Sicherheitsbehörden.

Es treffe auch nicht zu, dass die Daten von KONTES-Orka modifiziert an Wettbewerber weitergegeben würden. Die bereits existierende „Voranfrage Online“ greife bereits jetzt auf den Datenbestand von KONTES-Orka unmodifiziert zu. Die Datenbank enthalte auch keine gemessenen Werte, so dass ein unmittelbarer Zugriff auf sie auch nicht zu einer Verbesserung der den Wettbewerbern verfügbaren Daten führen würde. Im Übrigen sei geplant, die Voranfrage Online demnächst über die von den Wettbewerbern geforderte XML-Schnittstelle anzubieten.

Ein Zugriff auf die Datenbank KONTES-Orka sei nicht erforderlich, weil die TAL-Nachfrager bereits jetzt in ausreichendem Maße und in Echtzeit auf die technischen Daten der TAL zugreifen könnten. Darüber hinaus seien in KONTES-Orka auch Kundendaten und Daten von Sicherheitsbehörden hinterlegt, die Dritten nicht zugänglich gemacht werden dürften. Aus Gründen der Datenqualität sei ein unmittelbarer Zugriff auf die Datenbank ebenfalls nicht zu rechtfertigen, weil die TAL-Voranfrage Online direkt auf die Datenbank zugreife und für die Betroffene hier keine besseren Datenbestände vorgehalten würden.

Ebenfalls nicht erforderlich sei ein Zugang zu Systemen für die Disposition von Technikerterminen. Die Betroffene habe den TAL-Nachfragern bereits freiwillig ein Technikerdispositionssystem auf der Basis von WITA angeboten und vorgestellt, dessen Realisierung zum 4. Quartal 2011 möglich erscheint, so dass nach § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TKG von der Auferlegung einer solchen Zugangsverpflichtung abzusehen sei.

Diesen Einwänden könne auch nicht dadurch begegnet werden, dass der Zugang nur zu denjenigen Systemen auferlegt werde, die die Betroffene dritten Vertriebspartnern bereitstelle, namentlich die Systeme T-HOP und die darin integrierte „Terminabfrage Online“. Denn auch beim Zugang zum System T-HOP erhielten die TAL-Nachfrager Einblick in Kundendaten der Betroffenen, und nur die von der Betroffenen entwickelte Buchung von Technikerterminen über die Schnittstelle WITA könne sicherstellen, dass es nicht zu einer Überschreitung der Anzahl der in den Planungsabsprachen festgelegten Höchstmengen von TAL-Bestellungen komme.

Viele interessierte Parteien der Wettbewerberseite und die Antragstellerinnen betonen, dass der infrastrukturbasierte Wettbewerb in hohem Maße von der Nutzung der von der Betroffenen bereitgestellten TAL abhängt und ihre Regulierung darum weiterhin erforderlich sei.

Die Antragstellerinnen zu 6. und 7. und der VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. unterstützen die Ausdehnung der Regulierung auf die massenmarktfähigen Glasfaser-TAL ausdrücklich, weil ohne eine solche Zugangsverpflichtung der Remonopolisierung Vorschub geleistet würde. Ein angeblicher Preisdruck von auf den Kupfer-TAL basierenden Produkten könne nicht gegen die Regulierung angeführt werden, weil die Glasfaser-TAL Anwendungen ermöglichen werde, die mit einer Kupfer-TAL nicht bewerkstelligt werden könnten.

Hinsichtlich der in Ziffer 1.1.4 des Tenors auferlegten Verpflichtung zur Ermöglichung von Kooperationen bei der Kollokationsgewährung müssen nach Auffassung des BREKO, der Antragstellerinnen zu 2., 3., 4. und 5. die Kooperationsmöglichkeiten ohne inhaltliche Einschränkungen gewährt werden. § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG sehe eine Einschränkung der Kooperationsmöglichkeiten aus technischen Gründen nur im Einzelfall vor, der Gesetzgeber habe den Zugangsnachfragern volle Handlungsfreiheit einräumen wollen. Im Zuge der Migration zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) könne durch Kooperationen wie z. B. die Untervermietung von Kollokationsflächen das Investitionsrisiko der TAL-Nachfrager gesenkt werden, was auch Art. 8 Abs. 5 d) Rahmenrichtlinie entspreche. Generell könnten in der Übergangszeit innovative Kooperationsmodelle erforderlich werden, um die Migration möglichst kostengünstig zu gestalten.

Die Antragstellerin zu 6. unterstützt die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu Kabelkanälen ausdrücklich. Der BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. und die Antragstellerin zu 1. weisen darauf hin, dass der Zugang zu Leerrohren und

unbeschalteter Glasfaser im ländlichen Bereich oft leerliefe, weil die alternativen Anbieter dort über keine HVt-Kollokation verfügten und diese wegen der mit ihr verbundenen Dämpfungswerte zur Erschließung weißer Flecken auch nicht zielführend sei. Sinnvoller sei es daher, auch den Zugang zu Teilstücken von Leerrohren zwischen KVz aufzuerlegen. Sofern bereits Muffen oder Einstiegschächte vorhanden seien, halte sich die damit verbundene Eigentumsbeeinträchtigung der Betroffenen in Grenzen, auch würde so verhindert, dass Platz in Leerrohren belegt werde, der gar nicht benötigt werde.

Die Antragstellerinnen zu 3., 4. und 5. fordern, die Verpflichtung dahin zu ergänzen, dass ein Zugang zu Kabelleerrohren nur im Einzelfall verweigert werden dürfe, wenn auch durch kapazitätserschöpfende Maßnahmen keine Zugangsmöglichkeit geschaffen werden könne. Ansonsten könnte die Betroffenen den Zugang unter Berufung auf fehlende Kapazitäten allzu leicht vereiteln.

Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu unbeschalteter Glasfaser im Falle fehlender Kabelkanalkapazitäten wird von der Plusnet GmbH & Co. KG ausdrücklich unterstützt. Die Antragstellerin zu 6. fordert dagegen eine Erweiterung dahin, dass die Betroffene Zugang zur unbeschalteten Glasfaser nach Wahl gewähren müsse. Je nach Menge der anzubindenden KVz und der Struktur der geplanten Anbindung könne entweder die Verlegung eigener Glasfasern in Leerrohren oder die Nutzung einer unbeschalteten Glasfaser der Betroffenen wirtschaftlicher sein. Zudem sehe § 21 Abs. 3 Nr. 1 des Entwurfes des überarbeiteten TKG ausdrücklich die Auferlegung des Zugangs zu nicht aktiven Netzkomponenten vor. Die Antragstellerin zu 1. ist der Auffassung, dass Zugang auch zu Teilstrecken von Glasfaserleitungen zwischen KVz gewährt werden müsse.

Die Antragstellerinnen zu 3., 4. und 5. beantragen dagegen die Aufhebung dieser Verpflichtung. Ihre Begründung entspreche nicht den Vorgaben des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts und eröffne der Betroffenen die Möglichkeit, den Zugang zu Leerrohren zu verweigern. Statt des Zugangs zur unbeschalteten Glasfaser seien ihr kapazitätserschöpfende Maßnahmen beim Zugang zu Leerrohren aufzuerlegen. Die Antragstellerin zu 5. hält darüber hinaus die Nutzung alternativer Infrastrukturen anstelle der Glasfaser der Betroffenen für tragfähig, weil KVz in den Städten, in denen ein FTTC-Ausbau stattfindet, über die Glasfasernetze alternativer Anbieter erschlossen werden könnten. Durch die Nutzung solcher alternativen Infrastrukturen würden auch effiziente Infrastrukturinvestitionen gefördert. Zudem handelte es sich bei diesen Glasfaserstrecken um schützenswerte Anfangsinvestitionen der Betroffenen. Sollte von einer Auferlegung der Zugangsverpflichtung zu unbeschalteter Glasfaser zwischen HVt und KVz nicht abgesehen werden, sei dieser Glasfaserzugang zumindest von der Entgeltgenehmigungspflicht auszunehmen und einer nachträglichen Entgeltgenehmigung nach dem Missbrauchsmaßstab zu unterwerfen. Eine Regulierung nach den Kosten der effizienten Leistungserbringung (KeL) entwerte sowohl die Investitionen der Betroffenen als auch die Investitionen der Stadtnetzbetreiber in eigene Glasfasernetze.

Der BREKO, der VATM und zahlreiche interessierte Parteien befürworten die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen zu Systemen der Betriebsunterstützung. Trotz langandauernder bi- und multilateraler Gespräche sei es bisher nicht gelungen, von der Betroffenen bei Voranfrage, Bereitstellung, Entstörung und Portierung die erforderlichen Daten zeitnah und in ausreichender Qualität zu erhalten, wodurch diese Prozesse erheblich beeinträchtigt würden. Die Zugangsverpflichtung sei deshalb auch auf Datenbestände zu erweitern, die die Prozessierung der TAL und die Störungsbearbeitung betreffen. Insbesondere zu bemängeln sei die häufige Abweichung der über eCaSS bereitgestellten Daten von denjenigen in der KONTES-Orka-Datenbank bzw. denjenigen Daten, die in der Bestellbestätigung einer TAL enthalten seien. Die Qualität der von der Betroffenen bereitgestellten KVz-Listen, die zudem nur in größeren Zeitabständen aktualisiert würden und die für die Planung des Einsatzes von Schaltverteiltern notwendig seien, habe deutlich abgenommen. Auch weigere sich die Betroffene, Ergebnisse aus DPBO-Messungen in die KVz-Liste aufzunehmen, so dass ein

direkter Zugriff der Nachfrager auf die Daten der TAL erforderlich sei. Die bisherige Bereitstellung dieser Daten als Excel-Dateien genüge den Ansprüchen einer zeitnahen und genauen Information regelmäßig nicht. Insgesamt sei die Bereitstellung zahlreicher zusätzlicher Daten in maschinell lesbarer Form erforderlich, um den Wettbewerbern den effektiven Aufbau eines eigenen VDSL-Netzes zu ermöglichen.

Der von der Betroffenen angegebene Zeitpunkt für eine Disposition von Technikerterminen in WITA, das 4. Quartal 2011, sei nicht hinnehmbar. Nach Auffassung der Plusnet GmbH & Co. KG müsse der Zugang zu den Systemen der Betriebsunterstützung so ausgestaltet sein, dass die TAL-Nachfrager Kundengespräche genauso führen könnten wie die Betroffene. Dies bedeute, dem Kunden bereits im Gespräch mitteilen zu können, ob die gewünschte Leistung auf seiner TAL schaltbar sei, und einen Wunschtermin für Technikerbesuche vereinbaren zu können. Der VATM und die Antragstellerin zu 6. halten es wegen der Bedeutung des Zugangs und der Unsicherheit über die Erfolgsaussichten einer Verhandlungslösung für erforderlich, dass dieser Zugang notfalls nach § 25 TKG auferlegt werden könne. Die Zugangsverpflichtung sei auch auf sämtliche Systeme zu erweitern, die Daten für die Prozessierung von TAL-Bestellungen und Portierungen enthalten.

Nach Auffassung des BREKO, der Telefónica O2 Germany GmbH & Co. OHG und der HanseNet Telekommunikation GmbH sei es allerdings nicht notwendig, einen direkten Zugriff auf die Datenbanken zu gewähren. Eine Bereitstellung über eine elektronische Kundenschnittstelle, die die Originaldaten zeitnah und unverfälscht bereitstelle, sei ausreichend. Hierzu sollte nach Auffassung des BREKO der Betroffenen eine entsprechende Transparenzverpflichtung nach § 19 Abs.2 TKG auferlegt werden. Das von der Betroffenen vorgeschlagene Disponentensystem sei letztlich nicht ausreichend, um Bereitstellung und Entstörung der TAL ausreichend zu verbessern.

Der VATM, die KielNET GmbH und Antragstellerin zu 7. fordern, Zugang zu Systemen der Betriebsunterstützung auch für Entstörarbeiten und hinsichtlich der Informationen über die Umstände des Scheiterns von Bereitstellungen zu gewähren. Nur so könne den Kunden ein Service geboten werden, der demjenigen der Betroffenen vergleichbar sei. Dies sei auch erforderlich, um die Gründe für eine fehlgeschlagene Bereitstellung beheben und die Abrechnung der Bereitstellung wirksam prüfen zu können. Die bisher verwendeten Rückmeldecodes seien zu wenig aussagekräftig, im Übrigen sei die Betroffene bereit, die Zusatzinformationen als optionale Dienstleistung bereitzustellen.

Die Zugangsgewährung sei auch technisch und unter Berücksichtigung der Sicherheitsinteressen der Betroffenen möglich, weil ihre IT-Systeme mandantenfähig seien, die Zahl der abfrageberechtigten Nutzer erhöht und ihnen zum Schutz der Interessen der Betroffenen differenzierte Zugriffsrechte zugewiesen werden könnten.

Die Antragstellerin zu 7. unterstützt die KeL-Regulierung der Glasfaser-TAL ausdrücklich. Nach der Auffassung der Antragstellerinnen zu 2. und 5. sind die Ausführung zu den im Entgeltgenehmigungsverfahren anzusetzenden Wiederbeschaffungskosten zu streichen, weil sie Urteilen des EuGH und des VG Köln zum Maßstab der Kostenorientierung widersprechen. Die Antragstellerin zu 6. hält diese Ausführungen wegen der andauernden Gerichtsverfahren für überflüssig, die Frage des Kostenmaßstabes sei ausschließlich im Entgeltgenehmigungsverfahren zu thematisieren. Der VATM hält die Ausführungen vor dem Hintergrund der ergangenen Rechtsprechung für unzutreffend.

Der BREKO, der VATM und die Antragstellerinnen zu 2., 3., 4., 5. und 7. fordern die Auferlegung einer getrennten Rechnungsführung, weil die Zusammenlegung von Fest- und Mobilfunknetz zusätzliche Möglichkeiten zur intransparenten Preisbildung und Quersubventionierungen biete und gerade die NGA-Migration die Transparenz interner Verrechnungspreise fordere. Die Auferlegung einer getrennten Rechnungsführung entspreche auch der NGA-Empfehlung der EU-Kommission.

Der BREKO, die Antragstellerinnen zu 2., 3., 4. und 5. sowie die KielNET GmbH fordern die Auferlegung von Regelungen zur Migration zu NGA. Die kürzlich erlassene NGA-Empfehlung der Kommission sehe vor, dass die Regulierungsbehörde dem marktmächtigen Unternehmen die Verpflichtung auferlegen solle, ihm seine Netzaus- und Umbaupläne offenzulegen. Ohne die Auferlegung einer solchen Informationspflicht in der Regulierungsverfügung sei ihre Einhaltung nicht gesichert. Aus der Presse lasse sich entnehmen, dass die Betroffene bis 2016 den Umstieg auf ein All-IP-Netz plane. Sollte in Verhandlungen mit den Wettbewerbern kein tragfähiger Migrationspfad vereinbart werden, so solle die Regulierungsbehörde einen solchen vorgeben und dabei sicherstellen, dass die TAL-Nachfrager wie in der NGA-Empfehlung vorgesehen mindestens 5 Jahre (nach Auffassung der KielNet GmbH 8 Jahre) im Voraus über den Abbau von HVt oder KVz informiert, ihnen die kostenlose Migration auf das neue Zugangsprodukt oder eine kostenlose Kündigung gewährt und ein finanzieller Ausgleich für ihre bei der Aufgabe von HVt versunkenen Investitionen geleistet werden. Die Antragstellerin zu 7. hält im Zuge der anstehenden Migration eine Transparenzverpflichtung für erforderlich, nach der die Betroffene verbindlich erklären muss, welche HVt noch wie lange bestehen werden, um Wettbewerbern eine Entscheidung über Investitionen an HVt zu ermöglichen. Die Betroffene verweigere hierzu Aussagen mit der Begründung, dass keine konkreten Rückbaupläne für ihr kupferbasiertes Anschlussnetz bestünden.

Unter dem Aspekt der Migration zu NGA beantragt die Antragstellerin zu 5, einen Bestandsschutz in Gestalt des Verbotes bereits gewährter Zugangsleistungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 TKG in die Regulierungsverfügung aufzunehmen.

Der Betroffenen sowie den sonstigen interessierten Parteien ist in einer am 06.10.2010 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. 21/2010 vom 10.11.2010 als Mitteilung Nr. 590/2010 veröffentlicht worden. Hierauf wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vortrags Bezug genommen.

Die Antragstellerin zu 1. beantragt,

die Regulierungsverfügung wie folgt zu ändern:

1.2 zum Zwecke des Zugangs zum Teilnehmeranschluss am Kabelverzweiger den Zugang zu ihren Kabelkanälen zwischen den Verteilerkästen, z. B. Kabelverzweigern und dem Hauptverteiler, und auf Teilstrecken zwischen den Kabelverzweigern zu gewähren, soweit hierfür die erforderlichen Leerkapazitäten und Muffen/Kabelschächte vorhanden sind.

1.4 Zugang zu solchen Systemen der Betriebsunterstützung zu gewähren, die die unveränderten technischen Daten der Teilnehmeranschlussleitung erfassen und den Einsatz von Technikern bei Schaltarbeiten regeln.

hilfsweise beantragt sie, die Regulierungsverfügung wie folgt zu ändern:

1.2 zum Zwecke des Zugangs zum Teilnehmeranschluss am Kabelverzweiger den Zugang zu ihren Kabelkanälen zwischen dem Kabelverzweiger und dem Hauptverteiler und zwischen den Kabelverzweigern zu gewähren, soweit hierfür die erforderlichen Leerkapazitäten vorhanden sind.

Die Antragstellerin zu 2. beantragt,

1. Unter Abänderung der Ziffer 1.1.4 des Entwurfs der Regulierungsverfügung die Betroffene zu verpflichten, gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtung zur Kollokationsgewährung nach Ziffer 1.1.3 Nutzungsmöglichkeiten von

Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den Zugangsnachfragern uneingeschränkt zuzulassen, es sei denn die Betroffene weist im Einzelfall nach, dass eine Nutzungsmöglichkeit oder eine Kooperationsmöglichkeit aus technischen Gründen nicht oder nur eingeschränkt möglich ist.

2. Der Betroffenen die Verpflichtung aufzuerlegen, für ihre Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss eine getrennte Rechnungsführung gem. § 24 Abs. 1 TKG durchzuführen,

3. Ziffer I. 1.4 der Regulierungsverfügung wie folgt zu fassen:

„Zugang zu solchen Systemen der Betriebsunterstützung zu gewähren, die die technischen und die für die Prozessierung der TAL- und Portierungsaufträge sowie der Entstörung relevanten weiteren Daten erfassen und den Einsatz von Technikern bei Schaltarbeiten regeln.“

4. In der Begründung Ziff. 3.10 lit. d. zu streichen.

5. Folgende weitere Verpflichtungen aufzuerlegen:

a) Die Betroffene zu verpflichten, der Bundesnetzagentur alle Informationen im Sinne der Ziff. 4, Ziff. 39 bis 41 gemäß der Empfehlung der Kommission vom 20.09.2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) (2010/572/EU) so rechtzeitig bereitzustellen, dass von der Bundesnetzagentur informierte Zugangsnachfrager alle erforderlichen Informationen erhalten, um ihre eigenen Netze und Netzerweiterungspläne entsprechend anpassen zu können.

b) Die Betroffene zu verpflichten, in den Bereichen, deren bestehende Kupfer-Zugangsnetze durch Glasfaserzugangsnetze (FTTH oder hybride Kupfer/Glasfaserinfrastrukturen) ersetzt werden sollen, den Zugangsnachfragern nach deren Wahl eine kostenfreie Migration zu einem anderen Zugangsprodukt oder eine kostenfrei Abkündigung und Ablösung des bisherigen Zugangs zu gewähren.

c) Die Betroffene zu verpflichten, in den Bereichen, in denen aufgrund der Migration von bestehenden Kupfer-Zugangsnetzen zu Glasfaserzugangsnetzen (FTTH oder hybride Kupfer/Glasfaserinfrastrukturen) ein Wegfall bisheriger HVT-Standorte und KVZ-Standorte als Zugangsstandorte geplant ist, den Zugangsnachfragern einen Ausgleich nach Maßgabe eines Zahlungsplanes der Bundesnetzagentur zu gewähren (Migrationskosten-Nachteilsausgleich).

Die Antragstellerin zu 3. beantragt,

1. Unter Abänderung der Ziffer 1.1.4 des Entwurfs der Regulierungsverfügung die Betroffene zu verpflichten, gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtung zur Kollokationsgewährung nach Ziffer 1.1.3 Nutzungsmöglichkeiten von Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den Zugangsnachfragern uneingeschränkt zuzulassen, es sei denn die Betroffene weist im Einzelfall nach, dass eine Nutzungsmöglichkeit oder eine Kooperationsmöglichkeit aus technischen Gründen nicht oder nur eingeschränkt möglich ist.

2. Der Betroffenen die Verpflichtung aufzuerlegen, für ihre Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss eine getrennte Rechnungsführung gem. § 24 Abs. 1 TKG durchzuführen,

3. Die Verpflichtung nach Ziffer 1.3 des Entwurfs der Regulierungsverfügung (Zugang zu unbeschalteter Glasfaser zwischen HVt und KVz bei Unmöglichkeit des Zugangs zu Kabelkanälen) zu streichen und Ziffer 1.2 (Zugang zu Kabelkanälen zwischen HVt und KVz) wie folgt zu fassen:

„zum Zwecke des Zugangs zum Teilnehmeranschluss am Kabelverzweiger den Zugang zu ihren Kabelkanälen zwischen dem Kabelverzweiger und dem Hauptverteiler

zu gewähren, es sei denn die Betroffene weist im Einzelfall nach, dass ein Zugang auch im Falle der Durchführung kapazitätserschöpfender Maßnahmen nicht möglich ist. Soweit eine Nutzung von Teilstrecken zwischen HVt - KVZ und zwischen KVz - KVz möglich ist, hat die Betroffene entsprechenden Zugang zu gewähren.“

4. Folgende weitere Verpflichtungen aufzuerlegen:

a) Die Betroffene zu verpflichten, der Bundesnetzagentur alle Informationen im Sinne der Ziff. 4, Ziff. 39 bis 41 gemäß der Empfehlung der Kommission vom 20.09.2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) (2010/572/EU) so rechtzeitig bereitzustellen, dass von der Bundesnetzagentur informierte Zugangsnachfrager alle erforderlichen Informationen erhalten, um ihre eigenen Netze und Netzerweiterungspläne entsprechend anpassen zu können.

b) Die Betroffene zu verpflichten, in den Bereichen, deren bestehende Kupfer-Zugangsnetze durch Glasfaserzugangsnetze (FTTH oder FTTB) ersetzt werden sollen, den Zugangsnachfragern nach deren Wahl eine kostenfreie Migration zu einem anderen Zugangsprodukt oder eine kostenfreie Abkündigung und Ablösung des bisherigen Zugangs zu gewähren.

c) Die Betroffene zu verpflichten, in den Bereichen, in denen aufgrund der Migration von bestehenden Kupfer-Zugangsnetzen zu Glasfaserzugangsnetzen (FTTH oder FTTB) ein Wegfall bisheriger HVt-Standorte und KVz-Standorte als Zugangsstandorte geplant ist, den Zugangsnachfragern einen Ausgleich nach Maßgabe eines Zahlungsplanes der Bundesnetzagentur zu gewähren (Migrationskosten-Nachteilsausgleich).

Die Antragstellerin zu 4. beantragt,

1. Unter Abänderung der Ziffer 1.1.4 des Entwurfs der Regulierungsverfügung die Betroffene zu verpflichten, gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtung zur Kollokationsgewährung nach Ziffer 1.1.3 Nutzungsmöglichkeiten von Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den Zugangsnachfragern uneingeschränkt zuzulassen, es sei denn die Betroffene weist im Einzelfall nach, dass eine Nutzungsmöglichkeit oder eine Kooperationsmöglichkeit aus technischen Gründen nicht oder nur eingeschränkt möglich ist.

2. Der Betroffenen die Verpflichtung aufzuerlegen, für ihre Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss eine getrennte Rechnungsführung gem. § 24 Abs. 1 TKG durchzuführen,

3. Die Verpflichtung nach Ziffer 1.3 des Entwurfs der Regulierungsverfügung (Zugang zu unbeschalteter Glasfaser zwischen HVt und KVz bei Unmöglichkeit des Zugangs zu Kabelkanälen) zu streichen und Ziffer 1.2 (Zugang zu Kabelkanälen zwischen HVt und KVz) wie folgt zu fassen:

„zum Zwecke des Zugangs zum Teilnehmeranschluss am Kabelverzweiger den Zugang zu ihren Kabelkanälen zwischen dem Kabelverzweiger und dem Hauptverteiler zu gewähren, es sei denn die Betroffene weist im Einzelfall nach, dass ein Zugang auch im Falle der Durchführung kapazitätserschöpfender Maßnahmen nicht möglich ist. Soweit eine Nutzung von Teilstrecken zwischen HVt - KVZ und zwischen KVz - KVz möglich ist, hat die Betroffene entsprechenden Zugang zu gewähren.“

4. Folgende weitere Verpflichtungen aufzuerlegen:

a) Die Betroffene zu verpflichten, der Bundesnetzagentur alle Informationen im Sinne der Ziff. 4, Ziff. 39 bis 41 gemäß der Empfehlung der Kommission vom 20.09.2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) (2010/572/EU) so rechtzeitig bereitzustellen, dass von der Bundesnetzagentur

informierte Zugangsnachfrager alle erforderlichen Informationen erhalten, um ihre eigenen Netze und Netzerweiterungspläne entsprechend anpassen zu können.

b) Die Betroffene zu verpflichten, in den Bereichen, deren bestehende Kupfer-Zugangsnetze durch Glasfaserzugangsnetze (FTTH oder FTTB) ersetzt werden sollen, den Zugangsnachfragern nach deren Wahl eine kostenfreie Migration zu einem anderen Zugangsprodukt oder eine kostenfrei Abkündigung und Ablösung des bisherigen Zugangs zu gewähren.

c) Die Betroffene zu verpflichten, in den Bereichen, in denen aufgrund der Migration von bestehenden Kupfer-Zugangsnetzen zu Glasfaserzugangsnetzen (FTTH oder FTTB) ein Wegfall bisheriger HVt-Standorte und KVz-Standorte als Zugangsstandorte geplant ist, den Zugangsnachfragern einen Ausgleich nach Maßgabe eines Zahlungsplanes der Bundesnetzagentur zu gewähren (Migrationskosten-Nachteilsausgleich).

Die Antragstellerin zu 5. beantragt,

1. Unter Abänderung der Ziffer 1.1.4 des Entwurfs der Regulierungsverfügung die Betroffene zu verpflichten (unter Abänderung der Ziffer 1.1.4 des Entwurfs der verfahrensgegenständlichen Regulierungsverfügung), gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtung zur Kollokationsgewährung nach Ziffer 1.1.3 Nutzungsmöglichkeiten von Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen uneingeschränkt zuzulassen, es sei denn die Betroffene weist im Einzelfall nach, dass eine Nutzungsmöglichkeit oder eine Kooperationsmöglichkeit aus technischen Gründen nicht oder nur eingeschränkt möglich ist.

2. Ziffer 1.3 des Entwurfs der verfahrensgegenständlichen Regulierungsverfügung (Zugang zu unbeschalteter Glasfaser zwischen HVt und KVz bei Unmöglichkeit des Zugangs zu Kabelkanälen) zu streichen.

3. hilfsweise für den Fall, dass die Bundesnetzagentur dem Antrag zu 2. nicht nachkommt, Ziffer 2 des Entwurfs der verfahrensgegenständlichen Regulierungsverfügung dahingehend abzuändern, dass die Entgelte für einen Zugang gemäß Ziffer 1.3 des Entwurfs der verfahrensgegenständlichen Regulierungsverfügung (Zugang zur unbeschalteten Glasfaser zwischen HVt und KVz bei Unmöglichkeit des Zugangs zu Kabelkanälen) der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterworfen werden.

4. den zu Ziffer 2 des Entwurfes der verfahrensgegenständlichen Regulierungsverfügung unter lit. d vorgebrachten Begründungsteil ersatzlos zu streichen.

5. die Betroffenen durch Regulierungsverfügung zu verpflichten, für ihre Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss eine getrennte Rechnungsführung gem. § 24 Abs. 1 TKG durchzuführen.

6. die Betroffene durch Regulierungsverfügung zu verpflichten, bereits gewährten Zugang zum entbündelten Zugang zur TAL einschließlich der Kollokationsgewährung nicht nachträglich deshalb zu verweigern, weil entweder betroffene Hauptverteiler-Standorte von der Betroffenen zurückgebaut oder Kupferkabelverbindungen im Hauptkabelbereich zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweiger durch Glasfaserverbindungen ersetzt werden sollen.

Die Antragstellerin zu 6. beantragt,

1. Der Betroffenen die Verpflichtungen in Ziffer 1.1, 1.2, 1.5 und 1.6 des Entwurfes der Regulierungsverfügung aufzuerlegen bzw. diese Verpflichtungen beizubehalten.

2. Die Betroffene zu verpflichten, anderen Unternehmen zum Zwecke des Zugangs zum Teilnehmeranschluss am Kabelverzweiger den Zugang zu unbeschalteter Glasfaser zwischen dem Kabelverzweiger und dem Hauptverteiler zugewähren,

hilfsweise diesen Zugang für den Fall zu gewähren, dass aus technischen oder aus Kapazitätsgründen die Zugangsgewährung zu Kabelkanälen nicht möglich ist.

3. Der Betroffenen die Verpflichtung aufzuerlegen, Zugang zu solchen Systemen der Betriebsunterstützung zu gewähren, die die technischen und die für die Prozessierung der TAL- und Portierungsaufträge relevanten weiteren Daten erfassen und den Einsatz von Technikern bei Schaltarbeiten regeln.

Die Antragstellerin zu 7. beantragt,

die Regulierungsverfügung um eine Transparenzverpflichtung zum Abbau von Hauptverteilern zu ergänzen.

Der Betroffenen sowie den sonstigen interessierten Parteien ist in einer am 06.10.2010 durchgeführten öffentlichen Verhandlung Gelegenheit auch zur mündlichen Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der Verhandlung Bezug genommen.

Die vollständigen Stellungnahmen der Wettbewerbsunternehmen und Verbände sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens im Amtsblatt Nr. 21/2010 vom 10.11.2010 als Mitteilung Nr. 590/2010 veröffentlicht worden. Hierauf wird bezüglich der weiteren Einzelheiten des jeweiligen Vortrags Bezug genommen.

Dem Bundeskartellamt ist unter dem 19.01.2011 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 21.01.2011 zum Entwurf der Regulierungsverfügung wie folgt Stellung genommen:

„Die Beschlusskammer beabsichtigt nunmehr, die innovative Variante der Teilnehmeranschlussleitung über Glasfaser (im Folgenden: FTTH-TAL) nur noch der nachträglichen Regulierung zu unterwerfen.

Dieser Ansatz weicht von dem bisher üblichen Vorgehen bei der Regulierung ab, auf eine Regulierung der Endkundenentgelte unter Hinweis auf die Regulierung der Vorleistungsentgelte nach dem KeL-Maßstab zu verzichten (vgl. Beschluss der BNetzA v. 25.01.2010, BK2c 09/002-R). Angesichts dessen bedarf ein solches Vorgehen einer besonderen Begründung. Die bisher in der Entscheidung enthaltene Begründung dafür überzeugt die 7. Beschlussabteilung noch nicht vollständig.

Zwar ist der Beschlusskammer zuzustimmen, dass alternative Breitbandanschlüsse über FTTC bzw. FTTB sowie TV-Kabel eine disziplinierende Wirkung auf die Preisgestaltung für die FTTH-TAL haben werden. Jedoch dürfte die hauptsächliche disziplinierende Wirkung weiterhin von der (ex-ante-regulierten) Kupfer-TAL ausgehen. Diese kann aber selbstverständlich nur dann begrenzende Wirkung entfalten, wenn sie im Zuge des FTTH-Ausbaus nicht abgebaut wird. Der Beschlussentwurf enthält keine klare Feststellung dazu, dass die Erhaltung der Kupfer-TAL sichergestellt ist. Im Gegenteil, der Beschlussentwurf enthält sogar Aussagen, die eher den gegenteiligen Schluss nahelegen. Zur Begründung des Zugangs zur FTTH-TAL wird auf die Gefahr hingewiesen, dass die Kupferhausverkabelung (Inhouse) abgebaut werden könnte und das darüber hinaus die vollständige Migration zur FTTH-TAL für die Telekom vorteilhaft wäre, da der aufwändige Parallelbetrieb des Kupfer- und des Glasfaser-Netzes schneller beendet werden könnte. Zudem ergibt sich aus dem Beschlussentwurf bisher nicht deutlich, dass der Telekom eine Ausbaustrategie verwehrt wäre, bei der die alte Kupfer-TAL schicht durch eine neue FTTH/FTTB-TAL ersetzt wird. Der Beschlussentwurf stellt insoweit lediglich fest, dass der Zugang am HVT nicht gekündigt

werden kann. (vgl. S. 53 f.). Ob damit aber zugleich auch sichergestellt ist, dass die Kupfer-TAL unkündbar ist, ist für die 7. Beschlussabteilung aus dem Beschlussentwurf nicht zu entnehmen. Effizient wäre der Parallelbetrieb eines Glasfaser- und eines Kupfernetzes durch die Telekom jedenfalls angesichts der zusätzlichen Betriebskosten nicht, so dass für das Unternehmen durchaus erhebliche Anreize bestehen dürften, die bestehende Infrastruktur zu ersetzen, sofern sie nicht durch die BNetzA zum Parallelbetrieb verpflichtet wird.

Dieser Schritt wäre aber erforderlich, um das Argument der Beschlusskammer tragfähig zu machen, dass die Kupfer-TAL preisbegrenzende Wirkung für die FTTH-TAL hat. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die Telekom missbräuchlich überhöhte Endkundenentgelte für die FTTH-TAL fordern kann. Dieser Gefahr könnte durch Preis-Kosten-Scheren-Verfahren nicht begegnet werden, sondern es müssten schwierige Ausbeutungsmissbrauchsverfahren geführt werden. Dessen ist sich auch die Beschlusskammer bewusst, indem sie ausführt, dass der Telekom im Rahmend er jetzt beabsichtigten Missbrauchsaufsicht die Möglichkeit eröffnet werde, möglicherweise höhere Endkundenentgelte mit der neu aufgebauten Infrastruktur zu erzielen. Dadurch werde es möglich, das Investitionsrisiko der Telekom besser zu honorieren (s. 62 f. des Beschlussentwurfs). Die 7. Beschlussabteilung ist überzeugt, dass damit nicht beabsichtigt ist, der Telekom „Regulierungsferien“ für die FTTH-TAL einzuräumen. Es stellt sich aber doch die Frage, inwieweit ein besonderer Investitionsschutz für Investitionen gewährt werden muss, bei denen es sich vorrangig um Ersatzinvestitionen für bestehende DSL-Angebote handeln dürfte (vgl. S. 22 des Beschlussentwurfs).

In Summe besteht deshalb zumindest Bedarf, die Begründung hinsichtlich des Wettbewerbsdrucks, der künftig von der Kupfer-TAL ausgehen wird, zu ergänzen.“

Unter dem 24.01.2011 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.

Mit Schreiben vom 24.02.2011 hat die EU-Kommission zum Entwurf der Regulierungsverfügung Stellung genommen. Soweit es die vorgesehenen Regulierungsverpflichtungen betrifft, führt sie folgendes aus:

#### **„Zugangspflichtung**

Die Kommission begrüßt durchaus den Vorschlag der BNetzA, die Verpflichtung zu einem Angebot für einen entbündelten Zugang zum Glasfaser-Teilnehmeranschluss aufzuerlegen; jedoch nimmt die Kommission auch zur Kenntnis, dass laut BNetzA eine solche Verpflichtung von der vom beherrschenden Betreiber gewählten Netzarchitektur abhängig sein soll. Die BNetzA stellte in ihrer Antwort auf das Auskunftersuchen der Kommission fest, dass die Zugangslösung für eine passive Point-to-Multipoint-Lösung über WDM beispielsweise noch keine wirtschaftlich tragfähige Alternative für Deutschland ist. Nach Auffassung der Kommission birgt eine Zugangspflichtung, die vollständig von der vom beherrschenden Betreiber gewählten Netzarchitektur abhängig ist, das Risiko in sich, dass dadurch der Betreiber verleitet werden könnte, Entscheidungen hinsichtlich der Netzarchitektur mit Blick auf die möglichen Rechtsfolgen zu treffen. In diesem Zusammenhang betont die Kommission, dass die Verpflichtungen technologie-neutral gehalten sein müssen und nicht auf eine bestimmte vom Betreiber eingeführte Technologie oder Architektur abzielen dürfen. Ferner ist in Ziffer 22 der NGA-Empfehlung der Kommission<sup>3</sup> vorgesehen, dass bei FTTH der Zugang zum Glasfaser-Teilnehmeranschluss am zweckmäßigsten Punkt des

<sup>3</sup> Empfehlung 2010/572/EG der Kommission vom 20. September 2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten generation (NGA), Abl. vom 25.9.2010, S. 35.

Netzes, was in der Regel der „Hauptverteilerpunkt“ (MPoP, Metropolitan Point of Presence) ist, erfolgen sollte. Daher fordert die Kommission die BNetzA auf, die Zugangsverpflichtung in Bezug auf FTTH zu klären, um zu gewährleisten, dass Zugangsinteressenten tatsächlich die Möglichkeit eines entbündelten Zugangs am Hauptverteilerpunkt MPoP (bzw. an einem anderen gleichermaßen geeigneten Verteilerpunkt) erhalten.

### **Fehlende Kostenorientierung für den auf FTTH beruhenden Zugang zu Netzinfrastrukturen**

Die Kommission nimmt die Auffassung der BNetzA zur Kenntnis, wonach die nachträgliche Entgeltkontrolle, die für Glasfaserzugänge auferlegt werden soll, auch gewährleistet, dass sich die vom Betreiber für FTTH-Produkt erhobenen Gebühren auch an den Kosten orientieren. Da jedoch die BNetzA lediglich vorschlägt, einen Test zur Ermittlung der Preis-Kosten-Schere durchzuführen, um ein potenziell missbräuchliches Verhalten zu entdecken, weist die Kommission darauf hin, dass diese Methode in der Regel nicht zu einem Ergebnis führt, bei dem sich die Gebühren tatsächlich an den Kosten orientieren, wie dies in Ziffer 25 und dem Anhang I der NGA-Empfehlung gefordert wird; dies ist darauf zurückzuführen, dass zwischen einem sich an den Kosten orientierenden Entgelt und einem als missbräuchlich zu bewertenden Entgelt ein erheblicher Unterschied bestehen kann. Die Kommission hat wiederholt festgestellt, dass solche nachträglichen Preiskontrollen üblicherweise nicht geeignet sind, den festgestellten Wettbewerbsproblemen auf dem fraglichen Vorleistungsmarkt vorzubeugen<sup>4</sup>. So müssen sich die Zugangsentgelte an den tatsächlichen Kosten orientieren, transparent sein und mit ausreichend Anzeige im Voraus festgelegt werden, um die Rechtssicherheit für die Zugangsinteressenten zu gewährleisten und effiziente Investitionen durch alle Betreiber zu fördern<sup>5</sup>. Nach Auffassung der Kommission bietet die vorgeschlagene nachträgliche Entgeltkontrolle nicht die notwendige Rechtssicherheit; eine Situation, die dazu tendiert, den vertikal integrierten Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht zu begünstigen<sup>6</sup>. Die Kommission nimmt das Argument der BNetzA zur Kenntnis, dass der kostenorientierte Preis für Kupferzugang sich zu einem gewissen Grad hemmend auf DTs Preisgestaltung für den Glasfaserzugang auswirken wird. Ohne eine angemessene Kostenberechnungsmethode, die tatsächlich kostenorientierte Glasfaserzugangspreise ermittelt, sind Zugangsinteressenten (und Zugangsanbieter) jedoch nicht in der Lage, zuverlässig mögliche Investitionskosten und nachfolgende Erlöse zu beurteilen, die mit dem Ausrollen von NGA verbunden sind. Folglich kann dieser Ansatz für den Zeitraum dieser Marktüberprüfung Investitionen von Zugangsinteressenten in Technologien der nächsten Generation erschweren.

Da der Kommission und anderen nationalen Regulierungsbehörden die endgültige Höhe der Zugangsgebühren (einschließlich der detaillierten Kostenberechnungsmethode) als Entwurfsfassung notifiziert werden sollten, ist es schwierig nachzuvollziehen, wie eine *nachträgliche* Entgeltregulierung einen ausreichenden Zeitrahmen für die gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie erforderliche Prüfung ermöglichen könnte. Insbesondere angesichts einer zweiwöchigen Frist, innerhalb deren die BNetzA die von der DT vorgeschlagenen Preisniveaus untersagen oder billigen muss.

<sup>4</sup> Siehe beispielsweise DE/2010/1116, DE/2009/0948 und DE/2009/0947.

<sup>5</sup> Die Kommission erkennt an, dass im Einklang mit dem Regulierungsrahmen und der NGA-Empfehlung solche Preise hinsichtlich der Investitionsrisiken in zweckmäßiger Weise angepasst werden können, um sowohl den Wettbewerb als auch Investitionen in die Infrastruktur (der nächsten Generation) zu fördern.

<sup>6</sup> Die Kommission nimmt auch zur Kenntnis, dass der BNetzA nur zwei Wochen zur Verfügung stehen, um die von DT vorgeschlagenen Entgelte für den Zugang zum Glasfaser-Teilnehmeranschluss auf die Einhaltung des Rechtsrahmens hin zu überprüfen und einen komplexen Test zur Ermittlung einer Preis-Kosten-Schere durchzuführen und dass die vorgelegten Preise als bewilligt gelten, sollte die BNetzA innerhalb dieses Zeitraums nicht in der Lage sein, eine solche Preis-Kosten-Schere festzustellen.

Die Kommission weist die BNetzA ferner darauf hin, dass hinsichtlich des Abschluss-Segments bei FTTH<sup>7</sup> gemäß Ziffer 20 sowie Anhang I der Empfehlung die Entgelte für den Zugang zum Verteilerpunkt (d. h. zum Signalverteiler) gemäß der Methode festzulegen sind, die auch für den Zugang zum Kupferkabel-Teilnehmeranschluss angewendet wurde<sup>8</sup>.

Daher fordert die Kommission die BNetzA auf, eine Ex-ante-Entgeltregulierung aufzuerlegen, die sich an den tatsächlichen Kosten für Glasfaserzugänge orientiert, und zur Erhöhung der Transparenz im endgültigen Maßnahmenentwurf ein Kostenmodell darzulegen, auf das sich die Kostenorientierung stützt<sup>9</sup>.

### **Zugang zur baulichen Infrastruktur**

Zwar begrüßt die Kommission den Vorschlag der BNetzA, DT die Verpflichtung aufzuerlegen, den Zugang zu ihren Kabelkanalanlagen zu ermöglichen, jedoch nimmt die Kommission auch zur Kenntnis, dass diese Verpflichtung nur wirksam werden soll, um den Zugang zum Straßenverteilerkasten bei entbündelten Teilabschnitten/FTTC zu erleichtern. Die Kommission weist die BNetzA darauf hin, dass die NGA-Empfehlung für einen verbindlichen Zugang zu Kabelkanälen nicht auf diesen Fall beschränkt ist, sondern sie empfiehlt vielmehr, dass nationale Regulierungsbehörden den Zugang zu Kabelkanälen stets verbindlich machen sollen, wenn Kabelkanalkapazität zur Verfügung steht, d. h. gegebenenfalls auch zwischen dem Straßenverteilerkasten und dem Endkunden<sup>10</sup>. Des Weiteren ist gemäß Anhang II der Empfehlung ein solcher Zugang auf der Grundlage des Prinzips der Gleichwertigkeit bereitzustellen. Die Kommission fordert daher die BNetzA auf, ihre Verpflichtung für den Zugang zur baulichen Infrastruktur zu überprüfen, um zu gewährleisten, dass i) die Verpflichtung für den Zugang zur baulichen Infrastruktur nicht auf den Rückführungsverkehr vom Straßenverteilerkasten beschränkt ist und dass ii) jeglicher Zugang zur baulichen Infrastruktur auf gleichwertiger Grundlage bereitgestellt wird.

### **Austauschbarkeit des Zugangs zu unbeschalteten Glasfaserleitungen**

Die Kommission nimmt das Argument der BNetzA zur Kenntnis – mit dem die Austauschbarkeit des Zugangs zu unbeschalteten Glasfaserleitungen begründet wird – wonach in den Fällen, in denen die Bereitstellung eines Zugangs zu Kabelkanalanlagen technisch möglich ist, es vernünftigerweise erwartet werden kann, dass andere Betreiber ihre eigenen Glasfaserleitungen legen sollten. Die BNetzA nimmt aber offenbar keine genaue Analyse der Kostenunterschiede zwischen der Nutzung von Kabelkanälen oder unbeschalteten Glasfaserleitungen für den Rückführungsverkehr vor. Daher kann nicht ausgeschlossen werden, dass es unter gewissen Umständen – selbst wenn zumindest theoretisch der Zugang zu Kabelkanälen möglich wäre – für alternative Betreiber wirtschaftlich nur sinnvoll ist, den Straßenverteilerkasten oder den Verteilerpunkt beim Gebäude über unbeschaltete Glasfaserleitungen zu erreichen, statt eigene Glasfaserleitungen in Kabelkanalanlagen der DT zu verlegen. Nach Auffassung der Kommission ist es wichtig, dass die Teilentbündelung (SLU) durch angemessene Rückführungsmaßnahmen ergänzt wird, damit sie effizienter wird und Zugangsinteressenten in die Lage versetzt werden, die für sie optimale Lösung auszuwählen<sup>11</sup>. Daher fordert die Kommission die BNetzA auf,

<sup>7</sup> „Abschluss-Segment“ ist das Segment eines NGA-Netzes, das die Räumlichkeiten des Endkunden mit dem ersten Verteilerpunkt verbindet. Es schließt daher die Verkabelung bis zum ersten optischen Verteiler (entweder im Gebäude oder in einem nahegelegenen Mannloch) ein.

<sup>8</sup> Da die BNetzA je nach Auslegung des Netzes von DT verlangt, bei Point-to-Multipoint-Architekturen den Zugang zu FTTH am ersten Verteiler bereitzustellen, schreibt sie nach Auffassung der Kommission den Zugang zum Abschluss-Segment vor und sollte daher vollumfänglich die Ziffer 20 sowie Anhang I der NGA-Empfehlung berücksichtigen.

<sup>9</sup> Siehe beispielsweise DE/2010/1116, UK/2010/1064-1065.

<sup>10</sup> Vgl. Ziffer 13 der NGA-Empfehlung.

<sup>11</sup> Siehe Erwägungsgrund 30 der NGA-Empfehlung.

die NGA-Empfehlung vollumfänglich zu berücksichtigen und sicherzustellen, dass die in Artikel 8 der Rahmenrichtlinie festgelegten Ziele eingehalten werden, indem die vorgeschlagene Abhilfemaßnahme so abgeändert wird, dass sich Zugangsinteressenten auch bei freier Kabelkanalkapazität für unbeschaltete Glasfaser entscheiden können, falls Kostenüberlegungen dies objektiv rechtfertigen.

### **Notifizierung der Kostenberechnungsmethode**

Die Kommission akzeptiert den allgemeinen Ansatz der BNetzA, ein Bottom-up-Rechnungsmodell (BU-LRIC) anzuwenden, in dem die Kostenorientierungspflicht vorgeschrieben wird; sie stellt gleichwohl fest, dass die derzeitigen Vorschläge keinerlei Einzelheiten in Bezug auf die genaue Kostenrechnungsmethode oder das aufgrund der Verpflichtung zu erwartende Preisniveau enthalten. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass nach der Kommissionsempfehlung zu den Notifizierungen, Fristen und Anhörungen gemäß Artikel 7 der Rahmenrichtlinie<sup>12</sup> auch Preisniveaus und Kosten- und Preisberechnungsmethoden als wesentliche Änderungen der Art oder des Anwendungsbereiches einer Abhilfemaßnahme gelten, die sich erheblich auf den Markt auswirken und daher im Standardnotifizierungsverfahren mitzuteilen sind. Die Kommission begrüßt daher die allgemeinen Bemühungen der BNetzA, den Zugang gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie zu notifizieren und fordert die BNetzA auf, diese Notifizierung schnellstmöglich durchzuführen, sobald die Einzelheiten der Kostenberechnungsmethode festgelegt sind.“

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

## **Gründe**

### **I. Regulierungsverfügung**

Rechtliche Grundlage für die Beibehaltung, Änderung bzw. die Auferlegung der im Tenor aufgeführten Maßnahmen gegenüber der Betroffenen sind

- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG, soweit sie nach Ziffer 1.1.1 verpflichtet ist, vollständig entbündelten Zugang zur TAL am HVt bzw. Verteilknoten oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt sowie den gemeinsamen Zugang zu diesen Teilnehmeranschlüssen durch Aufteilung des nutzbaren Frequenzspektrums zu gewähren,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG, soweit sie nach Ziffer 1.1.2 des Tenors verpflichtet ist, gebündelten Zugang zur TAL in Form der Kupferdoppelader einschließlich der Varianten OPAL/ISIS am HVt zu gewähren,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG, soweit sie nach Ziffer 1.1.3 des Tenors verpflichtet ist, zum Zwecke der Zugangsgewährung zur ge- und entbündelten TAL 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, 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG, soweit sie nach Ziffer 1.1.4 verpflichtet ist, im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtung zur Kollokationsgewährung

<sup>12</sup> Siehe Erwägungsgrund 14 der Empfehlung 2008/850/EG der Kommission vom 15.10.2008 über die Notifizierungen, Fristen und Anhörungen gemäß Artikel 7 der Rahmenrichtlinie, Abl. L301 vom 12.11.2008, S. 23.

nach Ziffer 1.1.3 Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen in der Weise zuzulassen, dass solche Unternehmen ihre jeweils am gleichen Standort eines HVt bei der Betroffenen für Zwecke des Zugangs zur TAL angemieteten Kollokationsflächen miteinander verbinden können, indem ein Unternehmen einem oder mehreren anderen Unternehmen den Zugang zu seinen selber bereitgestellten oder angemieteten Übertragungswegen gewähren kann,

- 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG, soweit sie nach Ziffer 1.2 bzw. Ziffer 1.3 verpflichtet ist, zum Zwecke des Zugangs zur TAL am KVz den Zugang zu Kabelkanälen zwischen dem KVz und dem HVt zu gewähren, soweit hierfür die erforderlichen Leerkapazitäten vorhanden sind, bzw. für den Fall, dass aus technischen oder Kapazitätsgründen die Gewährung des Zugangs zu Kabelkanälen nicht möglich ist, den Zugang zu unbeschalteter Glasfaser zu gewähren,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 19 TKG, soweit sie nach Ziffer 1.4. dazu verpflichtet ist, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffern 1.1 bis 1.3 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 1.5 zur Vertragsvorlage verpflichtet worden ist,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 24 TKG, soweit sie in Ziffern 1.6 und 1.7 zur getrennten Rechnungsführung und zur Vorlage der entsprechenden Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen verpflichtet worden ist,
- § 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 30 Abs. 1 S. 1 TKG, soweit die Entgelte für die Gewährung des Zugangs zur TAL mit Ausnahme der massenmarktfähigen Glasfaser-TAL nach Ziffern 1.1 bis 1.3 gemäß Ziffer 2 der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 30 und 38 TKG, soweit die Entgelte für die Gewährung des Zugangs zur massenmarktfähigen Glasfaser-TAL nach Ziffern 1.1 bis 1.3 gemäß Ziffer 2 des Tenors einer nachträglichen Entgeltregulierung unterworfen werden.

## **1. Zuständigkeit und Verfahren über die Auferlegung und Beibehaltung 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 und § 30 TKG 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 §§ 10 ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse ist der bundesweite Markt für den Zugang zur TAL auch zukünftig regulierungsbedürftig i. S. d. § 10 Abs. 2 TKG. Dieser Markt umfasst als Varianten des Zugangs zur TAL den entbündelten und gebündelten Zugang zur TAL in Form der Kupferdoppelader und den entbündelten Zugang zur massenmarktfähigen Glasfaser-TAL am HVt oder einem anderen näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt sowie den gemeinsamen Zugang zur TAL (Line Sharing). Ebenfalls zu diesem Markt gehören der entbündelter und gebündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kupferdoppelader und auf Basis von OPAL/ISIS am HVt oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt. Auf diesem Markt verfügt die Betroffene weiterhin über eine beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG.

Wegen der Einzelheiten wird auf die als **Anlage** beigefügten Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse sowie die daraufhin erfolgte Festlegung der Präsidentenkammer, die gemäß § 13 Abs. 3 TKG mit dieser Regulierungsverfügung einen einheitlichen Verwaltungsakt bildet, Bezug genommen.

## **3. Auswahl und Umfang der einzelnen Verpflichtungen**

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens hat die Beschlusskammer die der Betroffenen auf dem verfahrengegenständlichen Markt mit der Regulierungsverfügung BK 4a-07-002/R vom 26.07.2007 auferlegten Verpflichtungen beibehalten, geändert bzw. auferlegt sowie im Übrigen von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG abgesehen

### **3.1. Vollständig entbündelter Zugang**

Materiell-rechtliche Grundlage für die in Ziffer 1 1.1 des Tenors enthaltene Verpflichtung der Betroffenen, vollständig entbündelten Zugang zur TAL am HVt oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt, nämlich insbesondere am Schaltverteiler, KVz oder am APL, sowie gemeinsamen Zugang zur TAL, das sog. „Line Sharing“ zu gewähren, sind §§ 9 Abs. 2, 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG. Die Aufzählung der näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkte der Zugangsgewährung zur TAL ist wie in der vorangegangenen Regulierungsverfügung nicht abschließend und schließt nicht aus, dass auch an anderen Punkten der Strecke zwischen HVt und TAE Zugang zur TAL gewährt werden muss, falls hierfür eine Erforderlichkeit entstehen sollte.

Nach der gesetzlichen Definition in § 3 Nr. 21 TKG ist der Teilnehmeranschluss (auch „letzte Meile“ genannt) „die physische Verbindung, mit dem der Netzabschlusspunkt in den Räumlichkeiten des Teilnehmers mit den Hauptverteilerknoten oder mit einer gleichwertigen Einrichtung in festen öffentlichen Telefonnetzen verbunden wird“ Damit ermöglicht die TAL den Kunden Zugang zum Netz der Betroffenen und damit zu den von ihr angebotenen Telefon- und Datendiensten.

Das Entbündelungsgebot besagt, dass keine Leistungen abgenommen werden müssen, die nicht nachgefragt werden, sei es, weil die Leistungen selbst realisiert oder weil sie anderweitig günstiger zugekauft werden. Damit bestimmt im Grundsatz allein die technische Teilbarkeit die auf Nachfrage anzubietende kleinste Leistung. Es kommt daher nicht darauf an, ob und in welchem Umfang eine Leistung in der Netzstruktur der Betroffenen eine eigenständige Einheit darstellt oder nicht. Entscheidend ist allein, ob die entbündelte

Leistung isoliert nutzbar ist. Ein Beispiel hierfür ist der Zugang zur TAL mittels eines Schaltverteilers, der auf der Strecke zwischen dem HVt und mehreren KVz eingerichtet wird, um unter bestimmten technischen Umständen breitbandige Nutzungen der TAL zu ermöglichen,

vgl. Beschluss BK3e-08-149 vom 03.03.2009, S. 10 f., VG Köln 1 L 1435/08, S. 3 ff.

Für die neu in die Zugangsverpflichtung einbezogene Glasfaser-TAL richtet sich die Ausgestaltung der Entbündelung nach der Netztopologie. Wegen der Stellungnahme der Kommission ist darauf hinzuweisen, dass dies keine Abweichung vom Prinzip einer technologieneutralen Regulierung darstellt, sondern aus den Kriterien eines entbündelten Zugangs folgt. Der Begriff des entbündelten Zuganges beinhaltet, dass der Zugangsnachfrager auf die einem bestimmten Endkunden zugewiesene Infrastruktur zugreifen kann, ohne zusätzliche Leistungen des Zugangsanbieters, insbesondere die Nutzung von Übertragungstechnik, in Anspruch zu nehmen. Der Punkt, an dem frühestens von einem entbündelten Zugang zu Netzinfrastrukturen gesprochen werden kann, hängt so davon ab, ob es an diesem Punkt möglich ist, einen Teilnehmer ohne sonstige Dienstleistungen des zugangsverpflichteten Unternehmens zu erreichen. Hierauf wirken sich Netztopologie und verwendete Technologie notwendig aus. Bei Punkt-zu-Punkt-Glasfaserverbindungen kann entbündelter Zugang am Verteilknoten (Optical Distribution Frame, ODF) gewährt werden, an dem die direkt zum Kunden führende Glasfaser mit dem Netz des Zugangsnachfragers verbunden werden kann. Im Falle eines Punkt-zu-Mehrpunkt-Anschlussnetzes erfolgt die Entbündelung durch Zugangsgewährung zu der dem jeweiligen Endkunden zugewiesenen Glasfaser am letzten dem Endkunden vorgelagerten Splitter. Eine Zugangsgewährung schon am ODF wäre in diesem Fall kein entbündelter Zugang zu Netzinfrastrukturen, weil vom Zugangsnachfrager am ODF zugeführte Wellenlängen nur unter Nutzung aktiver Komponenten der Betroffenen in ihrem TDM-GPON-Netz weitergeleitet und in das Zeitschlitzmanagement integriert werden könnten. Eine solche „Umsetzung“ des vom Zugangsnachfrager eingespeisten Signals geht über die reine Gewährung entbündelten Zugangs hinaus. Dagegen kann durch ein Wellenlängenmultiplexing, in dem jedem einzelnen Endkunden bestimmte Wellenlängen zugewiesen werden, bei einem passiven Punkt-zu-Mehrpunkt-Anschlussnetz an jedem passiven Konzentrationspunkt ein Zugang erfolgen, indem dem Nachfrager die Möglichkeit gewährt wird, sein Signal in Form der dem Endkunden zugewiesenen Wellenlängen über passive optische Elemente in die Glasfaser einzuspeisen. Das Signal des Wettbewerbers wird dann bis zu seinem Endkunden geführt, so dass auch hier eine eigenständige Ausgestaltung des Dienstes möglich ist. Die dafür erforderliche Technologie ist allerdings noch in der Entwicklung und gegenwärtig noch nicht im Teilnehmeranschlussbereich nutzbar. Im Ergebnis ist also ein entbündelter Zugang am MPoP in der Regel nicht möglich. Die Betroffene ist aber durch Regulierungsverfügung BK 3b-09/069 vom 17.09.2010 verpflichtet, an diesem Punkt Nachfragern Bitstromzugang zu ihren massenmarktfähigen Glasfaseranschlüssen zu gewähren.

Nach § 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG soll die Bundesnetzagentur Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmarkt verfügen, die Verpflichtung auferlegen, vollständig entbündelten Zugang zur TAL sowie gemeinsamen Zugang zur TAL (Bereitstellung des Zugangs zur TAL oder zum Teilnetz in der Weise, das die Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung ermöglicht wird) zu gewähren.

Diese Bindung des Ermessens ist jedoch nicht mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vereinbar. Nach Art. 8 Abs. 2 und 4 i. V. m. Art. 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie steht der nationalen Regulierungsbehörde in jedem Einzelfall ein Ermessen darüber zu, ob und wie weit sie eine Zugangsverpflichtung auferlegt,

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 15.

Die Entscheidung, ob und inwieweit der Betroffenen eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung zur TAL aufzuerlegen war, lag danach auch im Falle des § 21 Abs. 3 Nr.

1 TKG im nicht eingeschränkten, 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 an den darin aufgeführten Kriterien zu prüfen, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG steht.

Nach den in § 21 Abs. 1 aufgeführten Kriterien ist der Betroffenen weiterhin eine Verpflichtung zur Gewährung zum Zugang zur TAL aufzuerlegen. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

a. Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zur vollständig entbündelten TAL einschließlich des „Line Sharing“ ist geeignet, um die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren.

Denn auf dieser Basis können alternative Anschlussnetzbetreiber ihren Kunden das vollständige Leistungsbündel und innovative Dienste aus einer Hand anbieten und dementsprechend auch eine langfristig stabile Kundenbeziehung etablieren. Durch den Zugang zur TAL wird den Wettbewerbern zudem ein schnellerer Markteintritt ermöglicht, weil sie lediglich bis zum jeweiligen Übergabepunkt ihr Netz ausbauen müssen und auf aufwändige Baumaßnahmen bis zum Endkunden zunächst verzichten können. Dies gilt auch für Glasfasernetze, bei denen ein Nachfrager des entbündelten Zugangs sein Netz je nach der verwendeten Technik nur bis zum ODF bzw. bis zum letzten optischen Splitter ausbauen muss. Dies ermöglicht – wie die bisherigen Erfahrungen bestätigt haben – ein schnelleres Entstehen wettbewerblicher Strukturen auf sämtlichen nachgelagerten Endkundenmärkten. Aufgrund ihrer bisherigen regulatorischen Verpflichtungen, entbündelten Zugang zur TAL anzubieten, hatte die Betroffene auf entsprechende Nachfragen von Wettbewerbern Mitte 2010 etwa 9,3 Mio. Teilnehmeranschlüsse an jene vermietet. Hierdurch konnten nach den Erkenntnissen der Bundesnetzagentur einzelne Wettbewerber in einigen Ballungszentren einen erheblichen Anteil der Endkunden gewinnen und so die Betroffene einer spürbaren Konkurrenz aussetzen.

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

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.

Dies ist auch im zwölften Jahr nach Öffnung des Telekommunikationsmarktes im Bereich der Anschlüsse nicht der Fall. Ein erfolgreicher Marktzutritt (bzw. -verbleib) alternativer Teilnehmernetzbetreiber setzt wenigstens mittelfristig weiterhin den Zugang zu den Teilnehmeranschlüssen der Betroffenen voraus. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass nach den Erkenntnissen der Bundesnetzagentur noch immer über 70% aller von den Wettbewerbern bereitgestellten Endkundenanschlüsse auf angemieteten TAL der Betroffenen basieren<sup>13</sup>.

Ein Wettbewerber kann diese weiterhin nicht kurzfristig ersetzen. Hierfür wären umfangreiche flächendeckende Baumaßnahmen erforderlich, die in zeitlicher Hinsicht nicht so realisiert werden könnten, dass dadurch der Wettbewerb nicht unwesentlich verzögert würde. Darüber hinaus wären die Wettbewerber kaum in der Lage, kurzfristig das dafür erforderliche erhebliche Kapital aufzubringen. Denn unter Zugrundelegung der von der

<sup>13</sup> Der Gesamtzahl aller von Wettbewerbern bereitgestellten Telefonanschlüsse von 12,68 Mio (davon 2,3 Mio über Fernsehkabel und 0,8 Mio über Bitstrom der Betroffenen) stehen 9,2 Mio vermietete TAL gegenüber (Quelle: Jahresbericht der Bundesnetzagentur 2010, S. 77, 83)

Beschlusskammer im Rahmen des Genehmigungsverfahrens für die monatlichen Überlassungsentgelte für den Zugang zur TAL ermittelten Investitionskosten je TAL ergäbe sich ein finanzieller Aufwand in Höhe eines deutlich zweistelligen Milliardenbetrages, den kein Wettbewerber aufbringen könnte, um ebenso wie die Betroffene eine auch nur annähernd flächendeckende Anschlussinfrastruktur aufzubauen. An diesem Befund ändert auch weiterhin nichts, dass einzelne Wettbewerber eigene Teilnehmeranschlüsse verlegt haben. Zum einen sind solche Netze nur punktuell und auch nur in sehr engen bzw. geschlossenen Bebauungen erfolgt (etwa zur Anbindung einzelner Großkunden, Innenstadtbereiche, neu erschlossene Baugebiete). Zum anderen beschränkt sich die Zahl auf ca. [REDACTED] TAL,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer, Fn. 192.

Alternative Anschlussinfrastrukturen wie z.B. WLL, WIMAX oder HFC-Breitbandkabel stehen nach dem Ergebnis der Marktanalyse (vgl. Anlage) ebenfalls weiterhin nicht bzw. noch nicht in ausreichendem Umfang zur Verfügung.

Es ist deshalb erforderlich, dass die Wettbewerber den Zugang zu den Teilnehmeranschlüssen auch in vollständig entbundelter Form als Zugriff auf den „blanken Draht“ an HVt, Schaltverteiler, KVz oder am Endverzweiger sowie in Gestalt des „Line Sharing“ erhalten bzw. auf die „dunkle Faser“ am ODF oder dem letzten Splitter sowie durch Überlassung einer Frequenzbereichs. Nur durch eine solche Entbündelung erhalten die Wettbewerber eine uneingeschränkte Zugriffsmöglichkeit zu der vollen Kapazität einer TAL, wie sie sich auch die Betroffene selbst gewähren kann. Der Zugriff auf den „blanken Draht“ bzw. die „dunkle Glasfaser“ versetzt die Wettbewerber in die Lage, ohne technische Einflussmöglichkeiten und Kapazitätsbeschränkungen durch die Betroffene neue Telekommunikationsdienste zu konzipieren und Endkunden anzubieten. Erst dadurch erhalten die Wettbewerber mithin eine vergleichbar uneingeschränkte unternehmerische Dispositionsfreiheit, über die auch die Betroffene aufgrund ihres flächendeckenden Anschlussnetzes bei der Gestaltung ihrer Telekommunikationsdienste und -angebote verfügt, und die ihnen einen chancengleichen Wettbewerb im Verhältnis zur Betroffenen ermöglicht.

c. Die Verpflichtung, entbündelten Zugang zur TAL zu gewähren, steht zudem 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 Regulierungszielen der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche, steht, sind insbesondere die in § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen.

Die Kriterien entstammen weitgehend Art. 12 Abs. 2 Zugangs-RL. Sie konkretisieren den in Erwägungsgrund 19 der Zugangsrichtlinie 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 eine 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.

Wie bereits oben erwähnt, sind die Wettbewerber trotz punktuell zu verzeichnender Anstrengungen weiterhin nicht in der Lage, aus eigenen Mitteln die von der Rechtsvorgängerin der Betroffenen über Jahre hinweg aufgebaute flächendeckende Anschlussinfrastruktur nachzubauen oder zu ersetzen, um sich auf diese Weise eigene Zugänge zu Endkunden zu verschaffen. Zudem würde damit die Förderung eines nachhaltigen Wettbewerbs auf der Endkundenseite in zeitlicher Hinsicht behindert. Denn ein Endkunde würde mit großer Wahrscheinlichkeit nicht zu einem Wettbewerber wechseln, wenn er längere Zeit auf die Einrichtung seines Anschlusses warten müsste, weil dieser zuvor vom Wettbewerber erst noch gebaut werden muss. Alternative Anschlussinfrastrukturen stehen – wie bereits oben ausgeführt – immer noch nicht in solchem Umfang zur Verfügung, dass ein ausreichender Wettbewerbsdruck auf die Betroffene erzeugt werden könnte. Der physische Zugang zum Endkunden stellt damit weiterhin einen Engpass dar, der von Wettbewerbern ohne Zugang zum Netz der Betroffenen nicht mit den ihnen zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln und mit einer zum erfolgreichen Agieren am Markt erforderlichen Geschwindigkeit überwunden werden kann.

Hinzu kommt, dass lediglich eine weitgehend für viele Kunden gemeinsame Nutzung der Infrastruktur (insbesondere der Kabelkanäle) effizient ist. Eine Doppelung der Infrastruktur kann deshalb auch nur dann erfolgen, wenn gleichzeitig ein erheblicher Anteil der Endkunden gewonnen wird bzw. schon gewonnen wurde. Durch den Zugang zur TAL wird dem Nachfrager ein schneller Markteintritt ermöglicht, weil er lediglich bis zum jeweiligen Übergabepunkt sein Netz ausbauen muss. Am Übergabepunkt kann er jeweils mehrere Kunden erreichen. So ist auch bei einem geringeren Marktanteil schon eine relevante Konzentration möglich.

#### - Verfügbare Kapazität

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist ferner abzuwägen, ob die verfügbare Kapazität (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG) für die Zugangsgewährung ausreicht. Die vorhandenen Kapazitäten stellen einen abwägungserheblichen Belang und keine strikte Abwägungsgrenze dar,

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 21.

Der Gesetzgeber hat in der Begründung zu diesem Abwägungskriterium ausgeführt, dass ein Kapazitätsausbau grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein soll. Denn andernfalls besteht 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 Betroffene wird lediglich verpflichtet, entbündelten Zugang zu ihrer zur Zeit des Zugangsbegehrens vorhandenen Infrastruktur, nämlich den vorhandenen TAL, zu gewähren. Zudem sind Kapazitätsprobleme nicht zu befürchten. Denn in der Regel wird mit der Nachfrage eines Wettbewerbers auch ein Endkunde seinen Anschluss bei der Betroffenen kündigen, weil er zum Wettbewerbsunternehmen wechseln will.

Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit besteht für die Betroffene allerdings keine Verpflichtung zur Gewährung eines entbündelten Zugangs zur TAL, soweit sie Tatsachen nachweist, aufgrund derer diese Verpflichtung im Einzelfall sachlich nicht gerechtfertigt ist. Eine entbündelte TAL kann danach dann nicht verlangt werden und muss von der Betroffenen nicht bereitgestellt werden, wenn sie keine freie entbündelte Leitung bereitstellen kann oder wenn sie wegen der bestehenden Überlastung der Leitung bereits

übertragungstechnische Systeme zu ihrer Mehrfachausnutzung eingesetzt hat und über diese Leitung auch künftig andere Endkunden als die des den Zugang begehrenden Wettbewerbers versorgt werden müssen. In solchen Fällen besteht lediglich eine Verpflichtung, „gebündelten Zugang“ zur TAL zu gewähren (s.u.).

Ebenfalls aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ist auch keine generelle Verpflichtung der Betroffenen zum Kapazitätsausbau für die Zugangsgewährung zur TAL aufzunehmen, wenn der Nachfrager hierfür das Investitionsrisiko übernimmt. Ein solcher kommt – wie erwähnt – nur dann in Betracht, wenn andernfalls der auferlegte Zugangsanspruch zu ihren TAL ins Leere liefe. Dies muss jedoch einer Einzelfallprüfung und der dabei erst möglichen Feinabstimmung im Rahmen der dafür statthafter Beschlusskammervorfahren vorbehalten bleiben.

Es ist darauf hinzuweisen, dass von einer Verpflichtung zum Kapazitätsausbau Infrastrukturmaßnahmen zu unterscheiden sind, die lediglich den Zugang zu bereits bestehenden TAL ermöglichen wie etwa die Reparatur der Endleitung oder die Einrichtung von Schaltverteilern auf dem Hauptkabel für die breitbandige Nutzung der TAL unter bestimmten Bedingungen.

#### - 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 Zugang zur TAL wird Zugang zu einer Infrastruktur gewährt, die überwiegend in Monopolzeiten (Kupfer-TAL) errichtet worden ist. Dagegen werden die nun neu einbezogenen Glasfaser-TAL erst noch aufgebaut. 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 Glasfaser-TAL von der Zugangsverpflichtung auszunehmen.

In diesem Zusammenhang ist einmal zu berücksichtigen, dass die neuen Glasfaser-TAL in aller Regel nicht dazu dienen, eine erstmalige Versorgung der Endkunden mit Telekommunikationsdienstleistungen sicherzustellen. Vielmehr ergänzen diese Infrastrukturen im ersten Schritt die lokal bereits aufgebaute Telefoninfrastruktur sowie wahrscheinlich in den meisten Fällen die aufgebaute DSL-Infrastrukturen, um in einem zweiten Schritt diese dann zu ersetzen. Die Betroffene setzt sich mit dem Ausbau in die Lage, ihren Endkunden eine Aufstockung von bereits abonnierten Bandbreiten anbieten zu können. Nur mit der auferlegten Zugangsverpflichtung erhält der Wettbewerber die Möglichkeit, mit eigener Infrastruktur diesen Weg auch zu beschreiten.

Würden die Glasfaser-TAL von der Zugangsgewährungspflicht ausgenommen, hätte dies zur Folge, dass Wettbewerber, die heute auf der Basis der Kupfer-TAL anbieten, ihren in den

entsprechenden Gebieten bereits gewonnenen Kunden keine zukunftssicheren glasfaserbasierten Produkte anbieten und ihr Netz nicht in derselben Weise wie die Betroffene auf Glasfaser-TAL umstellen könnten. Denn nur die Betroffene – und eventuell auf parallelen Kabel- und FTTH/H-Infrastrukturen agierende Wettbewerber –, nicht aber sie selbst könnten den Kunden Anschlüsse mit einer Technologie anbieten, die die Aufstockung auf eine höhere Bandbreite erlaubt. Bei einer angenommenen Laufzeit dieser Regulierungsverfügung von mindestens zwei, möglicherweise sogar 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 Mindestlaufzeiten der Endkundenverträge der Betroffenen von zwei Jahren würde es zu einer massiven Wettbewerbsbeeinträchtigung führen, sollten die Wettbewerber den Endkunden nicht ebenfalls Produkte unter Nutzung der FTTH-Infrastrukturen der Betroffenen anbieten können.

Darüber hinaus ist der FTTH-Ausbau der Betroffenen Teil des Netzausbaus hin zum NGA-Netz. Zwar nicht innerhalb des Geltungszeitraums dieser Regulierungsverfügung und nicht vor 2016, aber auf längere Frist wird dies zur Ersetzung der bisherigen PSTN/ISDN-Infrastrukturen führen. Denn dieses Konzept umfasst u.a. den Abbau von HVt und bei einem FTTH-Ausbau auch den Abbau der KVz. 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 und KVz auch tatsächlich frühzeitig offen stehen, um mit dem zeit- und kapitalintensiven Umbau ihrer eigenen Netze bereits beginnen zu können, bevor die bislang genutzten TAL-Varianten ihre Austauschbarkeit mit der Glasfaser-TAL verlieren. Denn ansonsten käme es zu einer erheblichen Entwertung bereits getätigter Infrastrukturinvestitionen und einem vermeidbaren Rückstand hinter dem technischen Entwicklungsstand des Netzes der Betroffenen, der die zukünftige Position der Wettbewerber im Markt erheblich gefährden kann.

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 das 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 Investitionen der Wettbewerber sind also nicht nur durch den Wettbewerbsvorteil der Betroffenen, den sie ohne einen Zugangsanspruch hätte, gefährdet, sondern auch durch den Wegfall der Zugangsmöglichkeit zur Kupfer-TAL.

Ferner würde eine Migration der Wettbewerber von der Kupfer-TAL zur Glasfaser-TAL für die Betroffene auch von Vorteil sein, weil sie dann schneller den aufwendigen Parallelbetrieb des alten Telefonnetzes und des NGA aufgeben könnte. Die Betroffene könnte dadurch Betriebskosten einsparen und müsste auch keine Investitionen zur Erhaltung des alten Kupfernetzes mehr tätigen. Weiter kann die Betroffene für die Zugangsgewährung eine Vergütung verlangen, die den regulierungsrechtlichen Vorgaben entspricht. 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 Ausbaugebieten der Betroffenen, die bis zu 10% der bundesweiten Haushalte umfassen, Glasfaseranschlüsse für Massenmarktanwendungen (nahezu) flächendeckend verfügbar sein werden.

Die Verpflichtung nach § 21 TKG ist auch nicht auf die zum Zeitpunkt ihrer Auferlegung bzw. konstitutiven Beibehaltung bereits bestehenden Infrastrukturen beschränkt, sondern kann auch erst danach entstehenden Infrastrukturen erfassen. Ein abweichendes Verständnis lässt sich weder 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 oder der NGA-Empfehlung 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.

#### - 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, entbündelten Zugang zur TAL zu gewähren, dient der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, weil die Wettbewerber mittels des Zugangs zur TAL eine nachhaltige Kundenbindung erreichen können. Über den Zugang zur TAL werden Anreize zu Investitionen in effiziente Infrastruktureinrichtungen gefördert, weil der Zugang gegenüber der vollständigen Eigenrealisierung schneller und wegen der enormen Größenvorteile der Betroffenen ökonomisch tragfähiger möglich ist. Der Zugang ermöglicht darum, frühzeitig rentable Geschäftsmodelle zu etablieren, die dem Wettbewerber als Grundlage für einen sukzessiven Ausbau einer eigenen alternativen Infrastruktur entsprechend seinem Erfolg auf den Endkundenmärkten dienen können. Denn der Wettbewerber erhält damit die Möglichkeit, einen eigenen Kundenstamm für seine Dienste aufzubauen und an sich zu binden, der ihm wiederum diejenige Basis dafür geben kann, zu wagen, in eigene Anschlussinfrastruktur zu investieren mit der Folge eines sich selbst tragenden Wettbewerbs.

Der Wettbewerb durch alternative Teilnehmernetzbetreiber, der im Wesentlichen auf den Verpflichtungen zum Zugang zur TAL basiert (s.o.), wird insbesondere deshalb als nachhaltig angesehen, weil alternative Teilnehmernetzbetreiber zwar auf die TAL, nicht jedoch etwa auf Zuführungsleistungen des etablierten Betreibers angewiesen sind. Insofern ermöglicht der Zugang zur TAL umfassende Angebotsbündel aus einer Hand und eine intensivere Form der Kundenbindung. Daraus resultiert ein relativ hohes Maß an Unabhängigkeit vom Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, das jedoch einen weitgehenden Infrastrukturausbau in die Fläche (mindestens bis auf die HVt-Ebene) voraussetzt. Insbesondere in eben diesen (zum Anschlussnetz komplementären) Infrastrukturinvestitionen manifestieren sich die langfristig wettbewerbsfördernden bzw. -sichernden Effekte der Verpflichtungen zum Zugang zur TAL. Die Entbündelung ermöglicht darüber hinaus auch ein eigenständige Rolle von Wettbewerbern bei der Schließung von Lücken in der Breitbandversorgung gerade im ländlichen Raum durch den Zugang zur TAL mittels Schaltverteilern oder am KVz .

Diese Erwägungen behalten auch für die Glasfaser-TAL ihre Gültigkeit. Hier kann der Wettbewerber leistungsstarke Glasfasernetze dadurch schneller ausbringen, dass er sein Netz nur bis zum letzten Splitter der Betroffenen vor der TAE ausbauen muss, was u. a. die Nutzung anderer und innovativer Multiplexing-Verfahren oder sogar die Anbindung der TAL an ein Punkt-zu-Punkt-Glasfasernetz ermöglicht. Die von der Betroffenen vorgeschlagene Beschränkung auf ein Diskriminierungsverbot nach § 19 TKG für die Glasfaser-TAL ist schon deshalb nicht ausreichend, weil gerade in der Anfangsphase der Nutzung der entbündelten Glasfaser-TAL angemessene vertragliche und technische Nutzungsbedingungen für diese zu finden sind, die notfalls im Anordnungsverfahren nach § 25 TKG festlegbar sein müssen.

#### - 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, entbündelten Zugang zur TAL zu gewähren, ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TKG).

#### - 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).

Zwar hat die Bundesnetzagentur der Betroffenen mit Regulierungsverfügungen vom 17.09.2010 eine Verpflichtung zur Gewährung von Layer-2 und Layer-3 Bitstrom auferlegt. Diese Zugangsverpflichtungen sind auch erforderlich, um die Breitbandpenetration, insbesondere in der Fläche, weiter zu fördern (siehe dazu im Einzelnen die Begründung in der Regulierungsverfügung BK3b-09-069, S. 21 ff.). Allerdings gestattet der Zugang zur TAL einen noch weitergehenden Ausbau eigener Infrastruktur durch Wettbewerber und damit eine noch weitergehende Unabhängigkeit von den Produkten der Betroffenen, wodurch ein sich selbst tragender Wettbewerb noch weiter gefördert wird. Durch die infolge des Zugangs zur vollständig entbündelten TAL noch größere technische Unabhängigkeit von Produkten der Betroffenen werden den Wettbewerbern darüber hinaus Innovationen ermöglicht.

Auch die auferlegte Zusammenschaltungsverpflichtung sowie der freiwillig gewährte Zugang zu Diensten i.S.d. § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG sind nicht hinreichend, um einen nachhaltigen infrastrukturasierten Wettbewerb zu fördern oder sicherzustellen. Die Zusammenschaltung ermöglicht (für sich) keinem Wettbewerber den Zutritt auf dem Endkundenmarkt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Markt 1 der EU-Empfehlung). Dies ist zwar über den Wiederverkauf von Anschlüssen grundsätzlich möglich, der gegenwärtig auch von der Betroffenen zu Endkundenbedingungen auf der Grundlage einer Selbstverpflichtung angeboten wird und dessen Auferlegung sich die Bundesnetzagentur im Falle der Einstellung dieses freiwilligen Angebotes vorbehalten hat,

vgl. Regulierungsverfügung BK2c 09/002-R vom 25.01.2010, Ziffer I. 3. des Tenors sowie S. 24 ff.

Ein reiner Wiederverkauf von Anschlüssen gibt einem Wettbewerber aber keine Möglichkeit, eine Leistung mit eigenständig bestimmter Qualität anzubieten und fördert auch keine Investitionen in effiziente Infrastruktur nach § 2 Abs. 2 Ziffer 3 TKG.

Auch die Beschränkung auf einen reinen Dienstwettbewerb ist nicht hinreichend, um einen nachhaltigen, sich langfristig selbsttragenden Wettbewerb zu fördern oder sicherzustellen. Die hierbei angebotenen Dienstleistungen hängen in einem hohen Maße von Vorleistungen der Betroffenen ab. Reiner Dienstwettbewerb ermöglicht die erforderliche Bildung eines Kundenstammes, doch bedingt der Wiederverkauf allein noch keinen sukzessiven Infrastrukturaufbau, wie dies die auferlegte Zugangsleistung ermöglicht.

Ein freiwilliges Zugangsangebot der Betroffenen liegt nicht vor. Zwar hat die Betroffene mit ihren Wettbewerbern Verträge über den entbündelten Zugang zu ihren Teilnehmeranschlüssen einschließlich des Zugangs zum KVz und über das „Line Sharing“ abgeschlossen. Doch hat die Betroffene in der Regel ein dreimonatiges ordentliches Kündigungsrecht vereinbart. Darüber hinaus musste die Betroffene durch eine Vielzahl von Anordnungsverfahren zur angemessenen Gewährung des Zugangs in Bezug auf die Reparatur der Endleitung (BK 3e-08/090 bis BK 3e-08/103 vom 06.02.2009), Aufbau eines Schaltverteilers (z.B. BK 3e-08/149 vom 03.03.2009, BK 3e-09/039 vom 14.07.2009 sowie eine Vielzahl weiterer Anordnungen) sowie dem Zugang zum Multifunktionsgehäuse (BK 3d-09-051 vom 04.12.2009, BK 3d-09-071 vom 25.01.2010 sowie neun weitere Anordnungen) gezwungen werden.

Hinzu kommt, dass nach wie vor keine Regelungen zum von der Betroffenen mittelfristig geplanten HVt-Abbau vereinbart wurden, und die erheblichen Probleme in Zusammenhang mit der Bestellschnittstelle WITA, die die Betroffene auch für die TAL einführen will, lassen

es ebenfalls unverzichtbar erscheinen, den Zugang zur TAL notfalls im Anordnungsverfahren ausgestalten zu können.

#### **d. Umfang des Zugangs**

Neben der eigentlichen Verpflichtung, vollständig entbündelten Zugang zu ihren Teilnehmeranschlüssen am HVt bzw. am Verteilerknoten oder an einem näher zur Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt zu gewähren, umfasst die Zugangsverpflichtung auch sämtliche zusätzliche Leistungen, welche die Nutzung dieser Zugangsform überhaupt erst ermöglichen. Was unter der „Gewährung eines Netzzugangs“ zu verstehen ist, war bereits unter der Geltung des TKG1996 Gegenstand zahlreicher Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Auseinandersetzungen. In ständiger Rechtsprechung haben die Verwaltungsgerichte die Entscheidungspraxis der damaligen Regulierungsbehörde jedoch bestätigt und entschieden, dass unter dem Begriff „Netzzugang“ nicht nur die Herstellung der physischen und logischen Netzverbindung fällt, sondern all das, was eine Nutzung des Zugangs erst ermöglicht bzw. für diesen wesentlich ist. Denn andernfalls bestünde die Möglichkeit, über eine Verweigerung solcher Nebenleistungen die Inanspruchnahme der eigentlichen Leistung faktisch erheblich zu erschweren bzw. sogar unmöglich zu machen. Nach dieser Rechtsprechung wird bisher als erforderlich für den Zugang zur TAL und folglich ebenfalls als (Netz-)Zugang das Angebot einer Carrier-Express-Entstörung, das Schalten der Teilnehmeranschlüsse zu besonderen Zeiten außerhalb der üblichen Geschäftszeiten und die Netzverträglichkeitsprüfung angesehen. Aus diesem Grunde umfasst die Zugangsverpflichtung auch die Bereitstellung von Informationen über Verfügbarkeit und Eigenschaften der betroffenen Infrastruktur, wie sie gegenwärtig über die TAL-Voranfrage Online erbracht werden, oder die Bestimmungsmöglichkeit des Nachfragers über den Zeitpunkt der Leistungserbringung etwa bei erforderlichen Arbeiten beim Endkunden, was zur Festlegung von Anforderungen an die Disposition von Technikerterminen führen kann.

Unter diesem Blickwinkel könnten auch bereits die in Ziffern 1.2 und 1.3 tenorierten Verpflichtungen, Zugang zu Kabelleerrohren, erforderlichenfalls Zugang zur unbeschalteten Glasfaser sowie die dafür und für die KVz-Kollokation erforderliche Informationsbereitstellung von der Zugangsverpflichtung zur entbündelten TAL umfasst sein. Denn ohne diese Leistungen wäre ein Abgreifen der Kupfer-TAL am KVz, mithin der eigentliche Zugang zur (entbündelten) TAL für nachfragende Wettbewerber mit Blick auf andernfalls erforderliche Baumaßnahmen faktisch erheblich erschwert bzw. sogar ganz unmöglich.

Letztlich kann dies aber dahinstehen, weil es sich beim Zugang zu Kabelleerrohren und unbeschalteter Glasfaser jedenfalls um Netzeinrichtungen bzw. -komponenten handelt, zu denen ein Zugang im Zusammenhang mit dem Zugang zur entbündelten TAL auch auf der Grundlage von § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG und mithin einer eigenständigen Abwägung anhand der Kriterien des § 21 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 TKG auferlegt werden kann (s. u. Ziffer 3.5 und 3.6).

### **3.2 Gebündelter Zugang**

Die Beibehaltung der Verpflichtung, im erforderlichen Umfang gebündelten Zugang zur TAL in Form der Kupferdoppelader sowie der schmalbandigen hybriden Varianten OPAL und ISIS am HVt 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 über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten oder -einrichtungen einschließlich des entbündelten Breitbandzugangs zu gewähren.

Die (gebündelten) Teilnehmeranschlüsse der Betroffenen sind Teil ihres öffentlichen Telefonnetzes und ihres DSL-Anschlussnetzes, es handelt sich um Netzkomponenten i.S.d. § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG.

Wie oben dargelegt, ist die Gewährung des Zugangs zur TAL weiterhin geeignet, erforderlich und angemessen, um auf diese Weise die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren.

Wenn die Wettbewerber den Zugang zur TAL aufgrund der technischen Umstände im Einzelfall nicht vollständig entbündelt erhalten können, dann muss ihnen der Zugang jedoch zumindest in gebündelter Form gewährt werden. Dies gilt insbesondere für den Zugang zu den HYTAS-Varianten OPAL/ISIS, bei denen ein vollständig entbündelter Zugang am HVt wegen der ausschließlichen Glasfaserrealisierung im Hauptkabel aus technischen Gründen nicht möglich ist. Der gebündelte Zugang zu den OPAL/ISIS-Varianten ist daher in einigen Gegenden die einzige Möglichkeit für die Wettbewerber, überhaupt Endkunden über den HVt anzubinden.

Hinsichtlich der zusätzlichen Leistungen, welche die Nutzung dieser Zugangsform überhaupt erst ermöglichen, gelten die obigen Ausführungen entsprechend.

Der zu gewährende Zugang umfasst aber nicht den Zugang zur breitbandigen hybriden TAL am HVt, weil diese nicht Gegenstand der Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes 4 ist, die dieser Regulierungsverfügung zu Grunde liegt, und die Beschlusskammer daran gebunden ist,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer, Punkt H.I.7.

Diese Regulierungsverfügung enthält allerdings umfangreiche Zugangsverpflichtungen der Betroffenen, damit Nachfrager eine die breitbandige Nutzung der TAL ermöglichende Infrastruktur selbst errichten können.

### 3.3 Kollokation

Die in Ziffer 1.1.3 tenorierte Kollokationsverpflichtung erfolgt auf der Grundlage von § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG. Danach soll die Bundesnetzagentur 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. Wie schon oben ausgeführt, bedeutet die Fassung des § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG als Soll-Vorschrift keine Bindung des Ermessens der Bundesnetzagentur, sondern erfordert eine vollumfängliche Ermessensentscheidung anhand des Kriterienkataloges des § 21 Abs. 1 S. 2 TKG.

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.

Die Kollokationsverpflichtung ist darum nicht auf betretbare Räume beschränkt, sondern umfasst alle Räumlichkeiten, in denen sich Übertragungs-, Vermittlungs- oder betriebstechnische Schnittstellen befinden, an denen die Leistung, für die eine Zugangsverpflichtung auferlegt worden ist, abgenommen werden kann. Der Kollokationsbegriff des § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG schließt an § 3 Abs. 1 NZV an, der vorsah, dass die Inanspruchnahme der jeweiligen Leistung räumlich an eben diesen Schnittstellen zu gewähren ist. Mit der Ersetzung dieser Vorschrift durch § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG, der Art. 12 Abs. 1 lit. f der Zugangsrichtlinie umsetzt, war keine Einschränkung dieses Begriffsgehaltes verbunden, was sich daraus ergibt, dass die Kollokationsverpflichtung um die Möglichkeit der Verpflichtung zur gemeinsamen Nutzung anderer Einrichtungen wie Masten ergänzt wurde, die ebenfalls nicht betreten werden können. Der Kollokationsbegriff umfasst daher auch die Kollokation im KVz,

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 14.

Neben der Kollokation im HVt und im KVz umfasst die Kollokationsverpflichtung darum auch die Kollokation am Schaltverteiler, denn auch hier befinden sich Schnittstellen zur entbündelten TAL, die dem Nachfrager zugänglich gemacht werden müssen. 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.

a. Die auferlegte Verpflichtung ist erforderlich, um die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren

Um die auferlegte Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zur TAL überhaupt in Anspruch nehmen zu können, ist es zwingend erforderlich, dass die Wettbewerbsunternehmen ihre übertragungstechnischen Einrichtungen zur Bündelung der Verkehrs- und Signalisierungskanäle (Multiplexer, Konzentratoren) sowie die Abschlusseinrichtungen der Übertragungswege von und zu ihren Vermittlungseinrichtungen mit der von der Betroffenen überlassenen TAL verbinden können, um auf diese Weise überhaupt erst Telekommunikationsverkehr von und zum Endkunden abwickeln zu können.

b. Die Verpflichtung zur Kollokation und zur Zutrittsgewährung steht auch in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck der Regelung und erfüllt den Kriterienkatalog des § 21 Abs. 1 S. 2 TKG .

- Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung konkurrierender Einrichtungen

Die Errichtung eigener Technikflächen bzw. die Anmietung solcher bei Dritten in unmittelbarer Nähe zum HVt ist bereits tatsächlich in der Regel nicht möglich.

Auch bei der Erschließung des KVz ist die Errichtung eigener Gehäuse für die Unterbringung der eigenen aktiven Technik aus wirtschaftlichen Gründen kein Ersatz für die Kollokation im bereits mit einem Multifunktionsgehäuse der Betroffenen erschlossenen KVz. Derzeit ist (bis auf wenige Ausnahmen) jeder Haushalt an einen KVz angebunden. Wird der Zugang zum KVz so gestaltet, dass der Wettbewerber zwar Zugang zur physikalischen Leitung erhält, aber die aktive Technik in einem eigenen Gehäuse unterbringen muss, so erhöht sich der technische Aufwand für die Versorgung der gegebenen Kundenzahl. Die Fixkosten erhöhen sich (Investition in einen weiteren DSLAM, eigene Stromversorgung, ggf. eigene Klimatechnik, Gehäuse etc.), ohne dass die Zahl der potenziellen Kunden erhöht werden könnte. Gleichzeitig sinkt der relative Auslastungsgrad der Betroffenen, während jeder weitere Wettbewerber KVz-Investitionen mit einem kleineren Kundenpotential refinanzieren muss. Die Stückkosten (d.h. Kosten pro Kundenport) für die Realisierung eines (Breitband)-Anschlusses werden bei einer Kollokation, die nur außerhalb des KVz-Gehäuses der Betroffenen möglich ist, tendenziell höher liegen als bei einer Kollokation im bestehenden Gehäuse. Diese Tendenz wird sich verstärken, je mehr Wettbewerber an einem KVz-Standort kollokieren wollen. Deshalb ist grundsätzlich bei ausgebauten KVz im Zeitpunkt der Nachfrage eine Kollokation im KVz zu ermöglichen, auch ohne dass hierzu vorab eine detaillierte Kostenermittlung durchzuführen wäre,

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 20.

Anders ist es aber, wenn der KVz im Zeitpunkt der Nachfrage noch nicht erschlossen ist und die Erschließung sich auch nicht in der Realisierung befindet. In diesem Fall ist dem Wettbewerber ein eigener Ausbau zumutbar. Denn in diesem Fall hat er nicht den geschilderten Nachteil gegenüber der Betroffenen.

- verfügbare Kapazität

Gegen die Auferlegung der Kollokationsverpflichtung sprechen auch nicht die verfügbaren Kapazitäten. Zwar gab es in der Vergangenheit mehrfach Kapazitätsprobleme bei der Bereitstellung der Kollokation im HVt durch die Betroffene, doch ließen sich diese durch alternative („virtuelle“) Kollokation wie z.B. Outdoor-Boxen und -Kabinen sowie

Fernkollokation beheben. Eine ähnliche Regelung besteht für die Kollokation im KVz, bei der im Falle von fehlenden Kapazitäten die virtuelle Kollokation in einem zweiten, von der Betroffenen zu errichtenden Gehäuse vorgesehen ist,

vgl. Beschluss BK3d-09-051 vom 04.12.2009, S. 13 ff.

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 zu § 19 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E, der § 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG entspricht). Wenn die Kollokation auf die Standorte mit hinreichender Freifläche im Gebäude bzw. im Gehäuse beschränkt würde, wäre der Zugangsanspruch gefährdet, weil die Betroffene ansonsten ihr Netz gerade dahingehend verändern könnte, dass ein entbundener Zugang am HVt oder anderen Punkten vereitelt wird. Sofern die Kollokationsverpflichtung die Pflicht zum Aus- und Aufbau von Einrichtungen zur Folge hat, in denen der Zugang zur begehrten Leistung, nämlich der TAL bereitgestellt wird, ist zu berücksichtigen, dass es sich hierbei nicht um einen Ausbau des Netzes der Betroffenen als solches handelt, sondern um Netzpunkte, die die Betroffene nicht länger nur auf die eigenen Bedürfnisse zuschneiden kann, sondern sie sie ggf. erweitern muss, um Dritten im Rahmen der Marktregulierung Zugang zur regulierten Leistung zu gewähren,

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 21.

Unter dem Gesichtspunkt der verfügbaren Kapazitäten schützenswerte Interessen der Betroffenen sind daher nicht durch eine Beschränkung des Zugangsanspruches an sich, sondern bei der Ausgestaltung der konkreten Zugangsbegehrens zu berücksichtigen. Sofern z. B. wegen fehlender Kapazitäten eine Kollokation im KVz nicht möglich sein und eine virtuelle Kollokation in einem von der Betroffenen zu errichtenden zweiten Gehäuse erforderlich wären, sind die Interessen der Betroffenen dadurch geschützt, dass die Kosten dieses zweiten Gehäuses von den Zugangsnachfragern zu tragen sind. Weiter kann im Falle eines gesteigerten Platzbedarfs der Betroffenen ein Recht zur Eigenbedarfskündigung vorgesehen werden,

vgl. Beschluss BK3d-09-051 vom 04.12.2009, S. 20 ff.

Weil den Interessen der Betroffenen auf diese Weise Rechnung getragen werden kann, ist der Zugangsanspruch auch nicht auf bestimmte, nach einem bestimmten Zeitpunkt errichtete Einrichtungen, etwa nach Erlass der letzten Regulierungsverfügung errichteten MFG, zu beschränken, denn auch bei in der Vergangenheit errichteten Infrastrukturen lassen sich kapazitätsbedingte Konflikte im einzelnen Zugangsverfahren lösen. Diese Überlegungen gelten für die Kollokation im HVt und im KVz gleichermaßen.

#### - Schutz der Anfangsinvestitionen

Die Kollokation gefährdet aus mehreren Gründen auch nicht die Anfangsinvestition der Betroffenen. Bei der Kollokation im HVt handelt es sich nicht um Anfangsinvestitionen, weil diese ganz überwiegend schon zu Monopolzeiten aufgebaut wurden und neuere Investition lediglich der Erhaltung oder Effizienzsteigerung des vorhandenen Netzes dienen.

Dagegen handelt es sich bei den aufgebauten Multifunktionsgehäusen, in denen die Betroffene auch Kollokation gewähren muss, um Anfangsinvestitionen. Aber diese sind nicht schutzwürdig. Denn die Betroffene muss zum einen die Kollokation nicht unentgeltlich gewähren, sondern erhält hierfür von den Zugangsberechtigten Entgelte, und zwar sowohl für die Herrichtung der Kollokationsmöglichkeit als auch für die Überlassung der Kollokationsfläche und der erforderlichen technischen Einrichtungen. Im Rahmen der Festlegung des Entgeltes ist auch hier eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals vorzusehen. In vielen Fällen wird die Kollokation darüber hinaus sogar zu einer besseren Nutzung der vorhandenen Räumlichkeiten führen. Weiter ist die Kollokationsverpflichtung auf die Unterbringung der DSLAM der Wettbewerber beschränkt, so dass insgesamt dem Schutz der Anfangsinvestitionen der Betroffenen ausreichend Rechnung getragen ist,

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 23 f.

Aus Gründen des Investitionsschutzes ist es nicht erforderlich, die Kollokationsverpflichtung auf nach Erlass der Regulierungsverfügung BK4a-07-002/R errichtete MFG zu beschränken, denn die genannten Erwägungen zu den Auswirkungen der Kollokationsverpflichtung auf die Investitionen der Betroffenen gelten auch hier.

- langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Die Kollokationsverpflichtung dient auch der langfristigen Sicherung des Wettbewerbes. Die Kollokation im HVt ist Grundbedingung für eine Nutzung der TAL der Betroffenen und damit auch für infrastrukturbasiereten Wettbewerb. Die Kolloaktion in näher zur TAE gelegenen Punkten wie KVz oder Schaltverteiler sichert den langfristigen Wettbewerb, weil sie den Wettbewerbern die Vorverlagerung ihrer Konzentrationsinfrastruktur an den KVz bzw. Schaltverteiler ermöglicht oder im Falle der Glasfaser-TAL den Aufbau eines eigenen Glasfaser-Zugangsnetzes erleichtert. Sie erleichtert damit die hochbitratige Nutzung der TAL und ermöglicht es dem Wettbewerber, durch eigene Infrastrukturinvestitionen seine Wertschöpfung an den von ihm erbrachten Telekommunikationsdiensten zu erhalten und auszubauen. Dies ist gerade unter dem Aspekt der Langfristigkeit der Wettbewerbssicherung bedeutsam, weil im Falle des zukünftig zu erwartenden Abbaus von HVt nur über eine solche Vorverlagerung eine Nutzung der TAL durch Wettbewerber möglich sein wird.

- gewerbliche Schutzrechte

Gewerbliche Schutzrechte der Betroffenen werden durch die Kollokationsverpflichtung nicht beeinträchtigt.

- Bereitstellung europaweiter Dienste

Die Kollokationsverpflichtung fördert auch die Bereitstellung europaweiter Dienste.

- Freiwillige Angebote und bestehende Verpflichtungen

Bestehende Verpflichtungen, auf Grund derer derselbe Erfolg wie bei einer Auferlegung der Kollokationsverpflichtung zu erwarten wären, bestehen nicht. Vielmehr haben die langwierigen, erst im Anordnungsverfahren zu lösenden Konflikte um die Kollokation im KVz gezeigt, dass freiwillige und nachfragegerechte Angebote auf Kollokation von der Betroffenen nicht zu erwarten sind.

c. Umfang der Kolloaktionsverpflichtung

Neben der eigentlichen Verpflichtung zur Kollokationsgewährung umfasst die Zugangsverpflichtung auch sämtliche zusätzliche Leistungen, welche die Inanspruchnahme der Kollokation erst ermöglichen oder 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.

Gegen die ausdrückliche Auferlegung der einzelnen Formen der Kollokation im KVz bereits in der Regulierungsverfügung mit Detailregelungen spricht weiterhin, dass die Geeignetheit und Erforderlichkeit konkreter Maßnahmen von der Kammer angesichts des allgemeinen Standes der Technik und der Ausbaupläne der Betreiber nicht abschließend im Verfahren der Regulierungsverfügung beurteilt werden können. Bei der Kollokation im KVz sind die Größe der verwendeten DSLAM, die von ihnen erzeugte Abwärme und die Anzahl der Kollokation begehrenden Parteien zu berücksichtigen, die sich je nach dem Stand der Technik und ihrer tatsächlichen Verfügbarkeit ändern. Die Einzelheiten dieser Fragen können jedoch, wie sich im Anordnungsverfahren BK3d-09-051 und in seinen Parallelverfahren gezeigt hat, nur bei konkreten Zugangsbegehren im Rahmen der dann statthaften Beschlusskammerverfahren beurteilt werden, aber nicht schon in der

Regulierungsverfügung selbst. Andernfalls könnten der Betroffenen ungeeignete und unverhältnismäßige Belastungen auferlegt werden und einer grundsätzlich möglichen einverständlichen Regelung solcher Punkte durch die Parteien unnötig vorgegriffen werden. Die Detailregelungen den Zugangsvereinbarungen nach § 22 TKG und ggf. den Zugangsanordnungen nach § 25 TKG vorzubehalten ist zulässig,

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 26.

Von der Kollokationsverpflichtung nicht umfasst ist die Unterbringung von Vermittlungstechnik in den Kollokationsräumen bzw. -flächen, weil sie nicht vom Sinn und Zweck der Verpflichtung zur Kollokationsgewährung gefordert ist. Die Kollokationsverpflichtung dient dazu, den Wettbewerbern den Zugang zur Leistung, hier der TAL, zu gewähren. Ihr Zweck ist es nicht, eigene Investitionen der Wettbewerber so weit wie möglich überflüssig zu machen, indem auf die von der Betroffenen aufgebaute Infrastruktur, hier in Form von umbauten Räumen, zurückgegriffen wird. Weil Vermittlungseinrichtungen auch außerhalb von Kollokationsräumen betrieben werden können und dies auch der bisherigen Praxis entspricht, ist für sie kein Aufbau auf Kollokationsflächen erforderlich. Auch die Entwicklung zu IP-basierten Netzen reicht nicht aus, um auch für Vermittlungstechnik eine Kollokationsverpflichtung zu statuieren. Beim gegenwärtigen Stand des Netzauf- und -ausbaues ist eine Verpflichtung zur Gewährung von Kollokation für Vermittlungseinrichtungen nicht gerechtfertigt. Das Aufstellen von Vermittlungstechnik auf den Kollokationsflächen würde zudem zu einem erhöhten Platzbedarf führen.

Problematisch wäre auch das durch die Vermittlungstechnik verursachte erhöhte Wärmeaufkommen auf den Kollokationsflächen, das zusätzliche Vorkehrungen der Betroffenen und damit zusätzliche Investitionen erforderlich machen würde.

Eine Auferlegung weiterer Nutzungsmöglichkeiten für Kollokationsflächen, etwa die Möglichkeit zum Aufbau eigener Vermittlungstechnik, ist zudem zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs nicht erforderlich. Zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs trägt es vielmehr bei, wenn Anreize dafür gesetzt werden, dass die Wettbewerber in ihre Infrastruktur möglichst unabhängig von den Einrichtungen des Zugangsverpflichteten aufbauen.

Klarstellend wird darauf hingewiesen, dass die Aufstellung von DSLAM auf Kollokationsflächen zulässig ist und der Förderung des Entstehens nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte dient.

### **3.4 Verpflichtung zur Zulassung von Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen, § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG**

Die in Ziffer 1.1.4 des Entscheidungstenors gegenüber der Betroffenen beibehaltene Verpflichtung, im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtung zur Kollokationsgewährung nach Ziffer 1.1.3 Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen in der Weise zuzulassen, dass solche Unternehmen ihre jeweils am gleichen Standort eines HVt bei der Betroffenen für Zwecke des Zugangs zur TAL angemieteten Kollokationsflächen miteinander verbinden können, gründet auf § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG. Danach kann die Bundesnetzagentur Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter Beachtung der in § 21 Abs. 1 TKG aufgeführten Abwägungskriterien verpflichten, im Rahmen der Erfüllung von Zugangsverpflichtungen nach § 21 Abs. 3 TKG Nutzungsmöglichkeiten von Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen zuzulassen. Ob und inwieweit einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht solche Verpflichtungen auferlegt werden, steht damit im Ermessen der Beschlusskammer.

Die auferlegte Verpflichtung, die beschriebene Kooperationsmöglichkeiten zuzulassen, ist auch nach den Ergebnissen des neuen Marktdefinitions- und -analyseverfahrens geeignet,

erforderlich und unter Berücksichtigung der Abwägungskriterien des § 21 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 TKG auch angemessen, den von § 21 TKG verfolgten Zweck zu erreichen und beeinträchtigt die Betroffene demgegenüber nicht übermäßig.

Die Verpflichtung, den Wettbewerbern zu gestatten, ihre an einem HVT-Standort angemieteten Kollokationsflächen verbinden zu können, indem ein Unternehmen einem oder mehreren anderen Unternehmen den Zugang zu seinen selbst bereitgestellten oder angemieteten Übertragungswegen gewähren kann, ist geeignet und erforderlich, den erstrebten Erfolg zu erreichen. Denn dadurch sind die Wettbewerber nicht mehr zwingend darauf angewiesen, jeweils einen eigenen Übertragungsweg zu ihren Kollokationsflächen zu realisieren. Vielmehr können sie durch die gemeinsame Nutzung eines oder weniger Übertragungswege ihre Infrastruktur effizienter nutzen, dadurch Synergieeffekte erreichen und somit ihre Kosten senken. Hierdurch wird die wettbewerbliche Situation der Nachfrager gegenüber der Betroffenen gestärkt und die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter Endkundenmärkte, § 21 Abs. 1 S. 1 TKG, gefördert.

Darüber hinaus steht die Verpflichtung auch, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Kriterien des § 21 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 TKG, in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG.

Durch die beibehaltene Verpflichtung wird die Nutzung und Installation konkurrierender Einrichtungen im Sinne von § 21 S. 2 Nr. 1 TKG weniger erforderlich, als sie es sonst wäre. Denn müsste ohne eine solche Kooperationsmöglichkeit jeder Zugangsberechtigte einen eigenen Übertragungsweg zu seiner angemieteten Kollokationsfläche im Gebäude bzw. auf der Liegenschaft der Betroffenen führen, so ist dies durch die eingeräumte Kooperationsmöglichkeit nicht zwingend erforderlich. Die auferlegte Verpflichtung führt auch nicht zu Kapazitätsengpässen, die im Rahmen der Angemessenheitsprüfung nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 TKG zu berücksichtigen sind. Vielmehr ermöglicht die Verbindung der Kollokationsflächen zum Zwecke der gemeinsamen Nutzung von Übertragungswegen eine bessere Auslastung der bestehenden Kapazitäten. Anfangsinvestitionen der Betroffenen werden durch die Zulassung einer Verbindung der Kollokationsflächen nicht beeinträchtigt. Darüber hinaus gibt die Auferlegung der Kooperationsmöglichkeit Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern (§ 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG). Denn hierdurch besteht die Möglichkeit, dass einzelne Unternehmen Übertragungskapazitäten aufbauen und an andere Wettbewerber vermarkten. Schließlich existieren auch keine freiwilligen Angebote im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG der Betroffenen, solche Kooperationsmöglichkeiten zwischen den Wettbewerbern zuzulassen. Die bestehenden Regelungen zu den Kooperationsmöglichkeiten beruhen auf Entscheidungen der Bundesnetzagentur. Es ist nicht sichergestellt, dass diese Angebote nicht entfallen, wenn die auferlegte Verpflichtung entfallen würde. Andere Verpflichtungen, die der Betroffenen im Rahmen dieser Regulierungsverfügung auferlegt werden, sind ebenfalls nicht ausreichend. Dies gilt insbesondere für die Verpflichtung zur Gewährung von Kollokation gemäß § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG. Denn diese Vorschrift betrifft lediglich die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen durch das zugangsverpflichtete Unternehmen und seine Wettbewerber. Die hier ermöglichte gemeinsame Nutzung von Einrichtungen durch verschiedene Wettbewerber wird von dieser Vorschrift dagegen nicht erfasst.

Darüber hinausgehende Nutzungs- oder Kooperationsmöglichkeiten, etwa die Ermöglichung einer Untervermietung von Kollokationsflächen oder das Aufstellen von Vermittlungseinrichtungen auf solchen Flächen, stehen nach Ansicht der Beschlusskammer dagegen unter Berücksichtigung des Kriterienkataloges in § 21 Abs. 1 TKG weiterhin nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG und werden daher der Betroffenen nicht gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG auferlegt. Die Bundesnetzagentur ist durch § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG nicht dazu verpflichtet, Kooperationsmöglichkeiten entweder ohne generelle Einschränkungen oder gar nicht anzuordnen. Sie ist vielmehr in der Lage, auch hinsichtlich des allgemeinen Umfangs der zuzulassenden Kooperationsmöglichkeiten

Abstufungen vorzunehmen. Wie bereits oben dargelegt kann das Ermessen der Bundesnetzagentur vom Gesetzgeber nicht über das von den Richtlinien vorgegebene Maß hinaus eingeschränkt werden. Es ist der Bundesnetzagentur also möglich, auch das tenorierte Maß an zu gewährenden Kooperationsmöglichkeiten aufzuerlegen.

Die Zulassung weiterer Nutzungs- und Kooperationsmöglichkeiten würde den Flächenbedarf an Kollokationsflächen steigern. Dies könnte zu Kapazitätsengpässen führen. Insbesondere wäre zu erwarten, dass die Gestattung einer Untervermietung an Standorten dazu führt, dass Wettbewerber viel Fläche anmieten, um damit entweder den Zugang für andere Wettbewerber unmöglich zu machen oder jedenfalls von den von ihnen gewährten Konditionen abhängig zu machen. Zudem würde das Modell für die Umlegung der Kosten gemeinsam genutzter Einrichtungen umgangen. Konkrete Beispiele dafür, wie durch zusätzliche Kooperationsmöglichkeiten im Falle einer Migration vom kupfer- zum glasfaserbasierten Netz Kosten gespart werden könnten, und zwar in einem Umfang, der die beschriebenen Nachteile solcher Kooperationen aufwäge, sind nicht vorgetragen worden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine hypothetische Verlagerung der Kollokation von bisher direkt von der Betroffenen angemietete Kooperationsflächen auf von anderen kollokierten TAL-Nachfragern untervermietete Flächen selbst Kosten verursachen würde, die den Nutzen solcher Modelle zweifelhaft erscheinen lassen.

Die Zulassung weiterer Kooperationsmöglichkeiten kann auch nicht mit dem Verweis auf Art. 8 Abs. 5 d) der Rahmenrichtlinie gestützt werden. Die Vorschrift ist auf die Kollokation der Wettbewerber nicht anwendbar, denn sie behandelt in S. 1 das Investitionsrisiko des zugangsverpflichteten Unternehmens, nicht das der Zugangsnachfrager. In S. 2 geht es um Kooperationsmodelle zwischen Zugangsverpflichtetem und Nachfragern, nicht aber zwischen Zugangsnachfragern untereinander. Ziel der Vorschrift ist es, dass die Nationale Regulierungsbehörde Kooperationen nicht behindert, wenn diese zur Verteilung des Investitionsrisikos dienlich und ansonsten mit dem Wettbewerb vereinbar sind.

### **3.5 Zugang zu Kabelkanälen zwischen HVt und KVz**

Die Beibehaltung der Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu Kabelkanälen zwischen HVt und KVz bzw. Schaltverteiler gründet auf § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG. Der Begriff „Kabelkanal“ umfasst sowohl Betonkanäle als auch starre Kunststoffrohre oder flexible „Kunststoffschläuche“. Für die Verlegung von Kabeln werden üblicherweise in den Kanälen „Leerrohre“ verlegt, in denen die Fasern bzw. Kabelstränge eingezogen werden.

Nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten oder -einrichtungen zu gewähren. Kabelkanäle sind Einrichtungen von Telekommunikationsnetzen i. S. v. § 3 Nr. 27 TKG, weil sie zwar die Signalübertragung nicht unmittelbar ermöglichen, ihr aber mittelbar dienen. Denn sie bieten den Raum, in dem die der Signalübertragung dienenden Kabel verlaufen,

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 28 f.

Sie gehören somit zur Gesamtheit der Ressourcen, die die Signalübertragung ermöglichen. Wie in der Marktanalyse ausgeführt, sind Kabelkanalkapazitäten nicht als eigener Markt anzusehen. Die Auferlegung des Zugangs zu ihnen ist vielmehr unter dem Aspekt einer Abhilfemaßnahme zu betrachten,

vgl. Marktanalyse Abschnitt H. I. 6.

Für die Auferlegung einer solchen Verpflichtung ist es nicht erforderlich, dass in einer auf diese Komponente oder Einrichtung bezogenen Marktdefinition und -analyse eine beträchtliche Marktmacht der Betroffenen festgestellt wird. Ausreichend ist die Begründung, dass die betreffende Verpflichtung im Verhältnis zum festgestellten Marktversagen sinnvoll und angemessen ist. Dies ist der Fall, wenn ein enger funktionaler Zusammenhand zwischen

der Einrichtung, zu der Zugang zu gewähren ist, und dem regulierungsbedürftigen Markt besteht.

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 30.

Der Zugang zu Kabelkanälen ist eine Annexleistung zum Zugang zur TAL, die dazu dient, einen entbündelten Zugang zur TAL am KVz oder Schaltverteiler zu gewähren. Solche Annexleistungen können daher nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG mit dem Zugang zur TAL nach § 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG auferlegt werden. Diese Möglichkeit wird nicht durch die Regelungen des Wegerechts nach § 70 TKG ausgeschlossen, denn diese Vorschrift und § 21 TKG verfolgen unterschiedliche Regelungszwecke. Regelungszweck des § 70 TKG ist es, die Mitbenutzung der Einrichtungen anderer Netzbetreiber zu ermöglichen, wenn einem Unternehmen die Ausübung des eigenen Wegerechtes nach § 68 TKG nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich ist. Eine beträchtliche Marktmacht der verpflichteten Netzbetreiber ist nicht erforderlich. Das TKG sieht das Wegerecht nicht als Mittel zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 TKG an, dementsprechend fehlen seine Vorschriften in der für die Regulierungsverfügung maßgeblichen Normenkette des § 13 Abs. 1 S.1, Abs. 3 TKG. Eine Spezialität von § 70 TKG gegenüber § 21 TKG besteht damit nicht,

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 32.

Der erforderlich enge Zusammenhang zwischen dem Zugang zu Kabelkanälen und dem regulierungsbedürftigen Markt ist gegeben. Für die Realisierung besonders breitbandiger Dienste über die TAL und die Sicherstellung der dafür erforderlichen Bandbreiten werden die Glasfasernetze wegen der mit der Länge des Kupferkabels zunehmenden Dämpfung und der damit einhergehenden abnehmenden Übertragungsqualität näher zum Endkunden hin ausgebaut, um die DSLAM als erste verkehrskonzentrierende Einheiten vom HVt zum KVz vorzuverlagern und die Strecke der zu nutzenden Kupferkabel zu verkürzen. So hat die Betroffene eine Infrastruktur für besonders hochbitratige Dienste aufgebaut, die bereits in 50 Großstädten erhältlich sind. Angesichts der Aktivitäten der Betroffenen und der gleichlaufenden Bestrebungen vieler ihrer Wettbewerber, ebenfalls eigene besonders breitbandige Anschlüsse und darauf aufsetzende Dienste anbieten können, sind – wie sich aus § 21 Abs. 1 S. 1 TKG und die durch diese Vorschrift ermöglichte Auferlegung einer Zugangsverpflichtung ergibt – insbesondere die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes und die Interessen der Endkunden daran als Ziel im Blick zu halten.

Mit dem oben skizzierten Netzausbau für breitbandige Dienste verstärkt sich der Engpasscharakter des Anschlussnetzes. Hätte ein Wettbewerber bisher für die flächendeckende Abdeckung des Bundesgebietes auf Basis des Zugangs zur entbündelten TAL etwa 8000 HVt-Standorte erschließen müssen, so wäre für eine Erschließung auf Ebene der KVz die Erschließung von ca. 300.000 KVz erforderlich. Durch den dafür notwendigen Zeitaufwand und insbesondere die damit verbundenen Tiefbaukosten würde die Marktzutrittsschwelle für Wettbewerber wesentlich erhöht. Die so erhöhte Zutrittsschwelle ist durch geeignete Zugangsverpflichtungen abzusenken.

a. Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu Kabelkanälen ist geeignet, dieses Ziel zu erreichen.

Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung ist zur Erreichung des Zieles, Zugang zur TAL am KVz bzw. am Schaltverteiler zu gewähren, geeignet. Denn auf dieser Grundlage können alternative Anschlussnetzbetreiber ihren Kunden das vollständige Leistungsbündel breitbandiger und innovativer Dienste, das von der Zugangsgewährung am KVz abhängt, aus einer Hand und auf der Basis eigener Infrastruktur anbieten und dementsprechend auch eine langfristig stabile Kundenbeziehung aufbauen. Durch den Zugang zum KVz über selbstverlegte Leitungen in Kabelkanälen wird den Wettbewerbern zudem ein schneller Markteintritt ermöglicht, weil sie lediglich bis zum jeweiligen Übergabepunkt ihr Netz ausbauen müssen und auf aufwändige Baumaßnahmen bis zum KVz zunächst verzichten

können. Dies ermöglicht – wie die bisherigen Erfahrungen bei der Erschließung der TAL am HVt bestätigt haben - ein schnelleres Entstehen nachhaltig wettbewerblicher Strukturen auf sämtlichen nachgelagerten Endkundenmärkten. Die Zugangsverpflichtung entspricht zudem auch Ziffer 29 der NGA-Empfehlung der Kommission.

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

Wettbewerber können den Aus- und Aufbau eigener Glasfaseranschlussinfrastruktur nicht kurzfristig durch in eigenen Kabelkanälen verlegte Leitungen ersetzen. Hierfür wären umfangreiche flächendeckende Tiefbaumaßnahmen erforderlich, die in zeitlicher Hinsicht nicht so realisiert werden könnten, dass dadurch der Wettbewerb nicht unwesentlich verzögert würde. Dies wird bestätigt durch die erheblichen Verzögerungen, denen VDSL-Projekte der Wettbewerber dadurch ausgesetzt waren, dass der Zugang zu Kabelkanalanlagen wieder nur im Anordnungsverfahren zu erreichen war, während Pilotprojekte in Würzburg und Heilbronn sowie angestrebte Kooperationen der Betroffenen zum Breitbandausbau belegen, dass ein Bedarf nach dem Kabelkanalzugang bei den Wettbewerbern besteht und dieser auch praktisch erforderlich ist.

Die Zugangsgewährung zu Kabelkanälen versetzt Wettbewerber in die Lage, insbesondere durch Beschaffenheit und Qualität der eigenen Leitungsendausrüstung die Kapazität und Qualität des von Ihnen genutzten Übertragungsweges zu bestimmen und dadurch die Möglichkeit für qualitativ eigenständige Angebote zu schaffen und Effizienzsteigerungen zu erreichen, die letztlich dem Endkunden zugute kommen. Sie entspricht auch dem für den Zugang zur TAL nach § 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG geltenden Grundsatz der vollständigen Entbündelung, weil sie sicherstellt, dass Wettbewerber zusätzlich zu der von ihnen benötigten Annexleistung – dem Zugang zu Kabelkanälen – keine von ihnen nicht nachgefragten Leistungen der Betroffenen abnehmen müssen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ist dem Wettbewerber bei der Nutzung einer Zugangsleistung eine vergleichbare unternehmerische Dispositionsfreiheit wie dem marktmächtigen Unternehmen bei der Ausgestaltung seiner Telekommunikationsdienste für Endkunden einzuräumen,

vgl. BVerwGE 114, 160, 183.

Diese Entscheidung erging zwar zu § 33 TKG 1996, ist aber wegen des ausdrücklichen Bezuges auf das Ziel chancengleichen Wettbewerbes, das auch unter dem TKG 2004 gilt, weiter gültig,

vgl. Tomaschki/Neumann in Säcker, Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2009, § 21 Rz. 78.

Nur durch eine solche Entbündelung erhalten die Wettbewerber unter den Bedingungen zukünftiger breitbandiger Nutzungen eine uneingeschränkte Zugriffsmöglichkeit auf die Ausgestaltung und Verwendung einer TAL, wie sie sich auch die Betroffene selbst im Zuge ihres eigenen Netzausbaues gewährt. Erst dadurch erhalten die Wettbewerber mithin auch hier jene vergleichbar uneingeschränkte unternehmerische Dispositionsfreiheit, über die auch die Betroffene aufgrund ihres flächendeckenden Anschlussnetzes bei der Gestaltung ihrer Telekommunikationsdienste und -angebote verfügt, und die ihnen besonders in zeitlicher Hinsicht einen chancengleichen Wettbewerb im Verhältnis zur Betroffenen ermöglichen. Damit wird die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte gefördert.

c. Die Anordnung des Zuganges zu Kabelkanälen ist auch nach den Kriterien des § 21 Abs. 1 S. 2 TKG angemessen.

- Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung konkurrierender Einrichtungen

Hinsichtlich der nach Nr. 1 zu prüfenden technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Errichtung konkurrierender Einrichtungen ist auf die Einrichtung abzustellen,

zu der ein Zugang auferlegt werden soll, also die Tragfähigkeit der Errichtung eigener Kabelkanäle für die Anbindung der jeweiligen KVz. Hierfür wären umfangreiche Tiefbauarbeiten erforderlich, die größtenteils auf öffentlichen Wegen erfolgen würden, so dass umfangreichen Planungsabsprachen zu treffen und die Zustimmung des Trägers der Wegebaukosten nach § 68 Abs. 3 TKG einzuholen wäre. Angesichts des Tempos der Marktentwicklung würde die Errichtung eigener Kabelkanäle den Markteintritt von Angeboten von Wettbewerbern mit breitbandiger Nutzung der TAL erheblich verzögern, so dass ihre geschäftlichen Entfaltungsmöglichkeiten im Gegensatz zu denen der Betroffenen erheblich beeinträchtigt wären.

Darüber hinaus können die Wettbewerber für die Verlegung ihrer Glasfaserkabel nicht auf die Leitungssysteme anderer Netzbetreiber, insbesondere auf Abwasserkanäle verwiesen werden, weil die Nutzung dieser Infrastrukturen für die Anbindung der TAL vom HVt zum KVz weder technisch noch wirtschaftlich tragfähig ist. Der Infrastrukturatlas für Leerrohrkapazitäten erleichtert zwar das Auffinden geeigneter Infrastrukturen und ihrer Eigentümer, doch ist dies nicht hinreichend, um eine Alternative zur Zugangsverpflichtung zu begründen. Mit der Eintragung im Infrastrukturatlas ist keine Leistungspflicht und auch kein unbedingter Leistungswille verbunden. So ist auch die Infrastruktur der Betroffenen im Infrastrukturatlas dokumentiert, ohne dass sie zu einem entsprechenden Angebot bereit wäre.

Die Nutzung alternativer Infrastrukturen anstelle der Kabelkanäle der Betroffenen für die Überbrückung der Strecke zwischen HVt und KVz hätte zur Folge, dass sowohl vom HVt, an dem der Wettbewerber kolloziert ist, als auch zum anzubindenden KVz immer zeit- und kapitalaufwändige Tiefbauarbeiten für Zuführungskanäle erforderlich wären, die die Betroffene nicht nötig hätte und die ihre Wettbewerber in eine nachteilige Wettbewerbsposition brächten. Dies alles hat sowohl Mehrkosten als auch eine Verzögerung des Markteintrittes zur Folge, so dass die Nutzung konkurrierender Einrichtungen keine tragfähige Alternative zum Zugang zu Kabelkanälen der Betroffenen darstellt.

Weiter sind die Strukturen dieser Netze nicht auf die Erfordernisse von Telekommunikationsnetzen ausgerichtet, so dass die Nutzung von Abwasserkanälen zu erheblichen Umwegen führen und auf den zu überbrückenden restlichen Strecken bis zum KVz trotzdem Tiefbauarbeiten erforderlich machen würde. Schließlich sind die Inhaber solcher Infrastrukturen nicht zur Zugangsgewährung verpflichtet, so dass völlig offen ist, ob sie den Zugang im Bedarfsfall auch gewähren würden. Weiter ist zu berücksichtigen, dass bei Wartungs- und Ausbesserungsarbeiten von Abwasserkanälen ganze Rohrabschnitte ausgetauscht werden, so dass die Telekommunikationsleitungen für die Dauer der Arbeiten notwendig unterbrochen und entweder zertrennt oder vollständig entfernt und nach Abschluss der Arbeiten neu installiert werden müssten.

Die Tragfähigkeit der Nutzung selbsterrichteter Infrastrukturen kann schließlich auch nicht aus dem Beispiel einzelner Stadtnetzbetreiber hergeleitet werden, die Glasfaserleitungen bis zum Endkunden verlegen. Denn Unternehmen, deren Geschäftsmodell auf der Erschließung einer begrenzten Anzahl von Endkunden mit gänzlich eigener Infrastruktur beruht, fragen überhaupt keine entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen nach und können nicht als Beleg für wirtschaftlichen Möglichkeiten von Unternehmen dienen, deren Geschäftsmodell auf der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung beruht,

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 36.

#### - Verfügbare Kapazität

Auch die nach Nr. 2 zu berücksichtigende Frage der zur Verfügung stehenden Kapazität an Leerraum in Kabelkanälen spricht nicht gegen die Auferlegung der Zugangsverpflichtung. Im Rahmen ihres Aufbaues einer Infrastruktur für besonders breitbandige Dienste hat die Betroffene selber im erheblichen Umfang ihre vorhandenen Kabelkanäle zur Verlegung von Glasfasern genutzt. Deshalb geht die Beschlusskammer davon aus, dass die erforderlichen Leerkapazitäten für den auferlegten Zugang vorhanden sind. Dabei ist zu berücksichtigen,

dass Glasfaserleitungen einen geringen Leistungsdurchmesser haben und von daher nur ein geringer Platzbedarf innerhalb der für Kupferkabel aufgebauten Kabelkanäle besteht. Kapazitätsengpässe können vielmehr beim einzelnen begehrten Zugang berücksichtigt werden. Die Betroffene hat dann wie beim Zugang zur entbündelten TAL auch den Nachweis zu führen, dass ihr die Zugangsgewährung aus Kapazitätsgründen nicht möglich ist. Auf diese Weise ist den Interessen der Betroffenen in ausreichendem Maße Rechnung getragen,

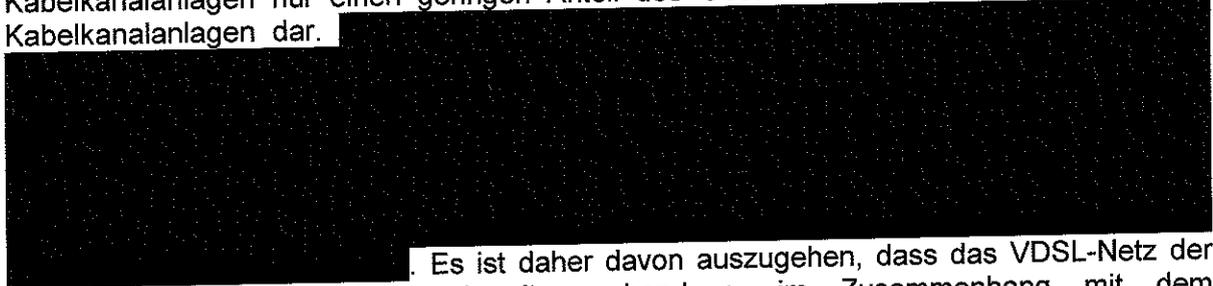
vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 36.

Ein entsprechendes Nachweisverfahren ist bereits in den Verträgen für den Zugang zu Kabelkanalanlagen vorgesehen,

vgl. Beschluss BK3d-09-051 vom 04.12.2009, S. 58

#### - Anfangsinvestitionen des Eigentümers

Der Schutz der Anfangsinvestitionen der Betroffenen gebietet es nicht, von der Zugangsverpflichtung abzusehen. Der Schutz der Anfangsinvestitionen soll v. a. sicherstellen, dass auch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch innovative Produkte Vorteile ziehen kann. Unter diesem Gesichtspunkt ist es bereits zweifelhaft, ob Kabelkanalanlagen als Anfangsinvestitionen gesehen werden können. Zum einen sind sie weit überwiegend Teil des bereits zu Monopolzeiten errichteten Kupferkabelnetzes. Auch sind in ihren Eigenschaften keine besonderen Produktinnovation zu sehen. Weiter stellen die speziell im Zuge des Aufbaus des VDSL-Netzes der Betroffenen angelegten Kabelkanalanlagen nur einen geringen Anteil des Gesamtbestandes der Betroffenen an Kabelkanalanlagen dar.



Es ist daher davon auszugehen, dass das VDSL-Netz der Betroffenen im Wesentlichen bereits vorhandene, im Zusammenhang mit dem Kupferkabelnetz eingebrachte Kabelkanalanlagen nutzt, zumal die Betroffene bei ihren Angaben nicht zwischen Neuerrichtung und reinen Ausbesserungs- und Unterhaltungsmaßnahmen unterschieden hat, die als Ersatz- und Erneuerungsaufwendungen mit keinem erhöhten Investitionsrisiko behaftet sind. Selbst wo neue Kabelkanalanlagen errichtet wurden, sind sie angesichts dieses Verhältnisses weniger als Anfangsinvestitionen denn als gradueller Ausbau eines bestehenden konventionellen Netzes zu sehen und dementsprechend weniger schutzwürdig. Auch ist zu bedenken, dass die Betroffene angesichts ihres hohen Endkundenbestandes weit eher mit der Amortisierung ihrer Investitionen rechnen konnte als ihre kleineren Wettbewerber, was ihr Investitionsrisiko vermindert. Insgesamt entsteht der Betroffenen durch den Rückgriff auf den Altbestand an Kabelkanälen ein weiterwirkender Wettbewerbsvorteil, der im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern nur dadurch auszugleichen ist, dass diesen ein gleichwertiger Zugang zu diesen Kabelkanalanlagen erhalten,

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 39.

Überdies muss die Zugangsgewährung nicht unentgeltlich erfolgen, so dass die Betroffene ein entsprechendes Entgelt verlangen kann. Hierfür ist eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals vorzusehen. Der Zugangsanspruch hat neben seiner belastenden Wirkung auch eine die Betroffene begünstigende Wirkung, indem er den Auslastungsgrad ihrer Kabelkanalanlagen verbessert und somit für eine schnellere Amortisation ihrer Investitionen sorgt.

#### - Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu Kabelkanälen dient gem. Nr. 4 der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, denn sie eröffnet Wettbewerbern die Möglichkeit zum Aufbau eigener Übertragungswege auf der Strecke zwischen HVt und KVz. Damit wird dem Wettbewerber auf diesem Übertragungsabschnitt die Erschließung des Endkunden auf Basis vollständig eigenständiger aktiver Technik möglich, ohne von der durch die Betroffene verwendete Technik abhängig zu sein. Der Zugang zu Kabelkanälen dient auch insofern dem Anreiz zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen,

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 40..

#### - Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum

Nach Nr. 5. zu berücksichtigende gewerbliche Schutzrechte werden durch die Zugangsgewährung nicht berührt.

#### -Europaweite Dienste

Die Verpflichtung zum Zugang zu Kabelkanälen fördert den entbündelten Zugang zur TAL und ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter breitbandiger Dienste, so dass auch Nr. 6 erfüllt ist.

#### - Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote

Es bestehen auch keine nach Nr. 7 zu berücksichtigenden bereits auferlegten Verpflichtungen oder freiwilligen Angebote, die gegen eine Auferlegung des Kabelkanalzugangs sprechen. Ein freiwilliges Angebot der Betroffenen auf den Zugang zu Kabelkanälen liegt nicht vor. Auch das Angebot von Mietleitungen zur Anbindung der KVz ist nicht dem Zugang zu Kabelkanälen bei der Sicherstellung der Erreichung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG gleichwertig, weil es den Grad der den Wettbewerbern möglichen Wertschöpfung mindert und keinen Anreiz zu Investitionen in effiziente und innovative Infrastruktur bietet, wie sie § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG fordert. Ein Angebot von Mietleitungen zur Anbindung der KVz fördert die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte daher auch nicht ausreichend und dient der Verwirklichung von § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG nicht in gleichwertiger Weise. Im Übrigen sprechen die bisherigen Erfahrungen mit der Zugangsgewährung zu Kabelkanälen durch die Betroffene nicht dafür, dass auf der Grundlage freiwilliger Angebote und ohne die Möglichkeit eines Anordnungsverfahrens nach § 25 TKG mit einer entsprechenden Zugangsgewährung zu rechnen wäre.

#### d. Umfang der Zugangsgewährung

Der zu gewährende Zugang zu Kabelkanälen ist eine Annexleistung zur Zugangsgewährung zur TAL und umfasst daher den Zugang zu allen Kabelkanalsystemen der Betroffenen, über die KVz bzw. Schaltverteiler an HVt angebunden werden. Damit werden auch Kabelkanäle zwischen KVz erfasst, sofern KVz über diese Kabelkanäle mit dem HVt verbunden sind.

Nicht erfasst werden Kabelkanäle zwischen KVz und den Endkunden. Sofern die EU-Kommission in ihrer Stellungnahme die Überprüfung der Zugangsverpflichtung dahin fordert, nach Ziffer 13 der NGA-Empfehlung den Zugang auch zu diesen Kabelkanälen aufzuerlegen, ist darauf hinzuweisen, dass die Auferlegung dieser Zugangsverpflichtung von keiner interessierten Partei im nationalen Konsultationsverfahren gefordert worden ist und sie somit nicht verhältnismäßig wäre. Damit kann dahinstehen, ob die dieser Regulierungsverfügung zugrunde liegende Marktanalyse Basis für eine dermaßen weitreichende Annexverpflichtung sein könnte.

Der Zugangsanspruch umfasst auch ein Recht des Nachfragers zur Betretung der gemieteten Kabelkanäle, um Glasfasern verlegen, warten und entstören zu können.

Die Zugangsverpflichtung umfasst auch die Pflicht, Nachfragern im Rahmen der Zugangsgewährung zum Teilnehmeranschluss an KVz oder Schaltverteiler zum Zwecke der dafür erforderlichen KVz-Kollokation auf Anfrage über die Möglichkeit des Zugangs zum Kabelkanal zwischen HVt und KVz bzw. Schaltverteiler zu informieren. In der vorangegangenen Regulierungsverfügung BK4a-07-002/R war diese Informationspflicht ausdrücklich tenoriert worden, weil wegen eines Urteils des VG Köln zur Genehmigungspflichtigkeit der Entgelte der TAL-Voranfrage nach § 39 Abs. 1 TKG 1996 (VG Köln 1 K 2630/00 vom 18.03.04) Unsicherheiten darüber bestanden, ob die Zugangsverpflichtung auch die Informationsbereitstellung im Vorfeld der Leistungserbringung umfasst. In seinem Urteil zur Regulierungsverfügung hat das VG Köln offen gelassen, „ob sich eine Informationsverpflichtung der hier in Rede stehenden Art bereits unmittelbar dem den genannten Vorschriften zugrunde liegenden Zugangsbegriff entnehmen lässt oder ob mit der Beschlusskammer angenommen werden kann, dass diese Informationsverpflichtung Bestandteil der auferlegten Zugangs- bzw. Kollokationsverpflichtungen ist.“

vgl. Urteil des VG Köln in der Sache 21 K 2701/07 vom 23.04.2008, Rz. 116.

Die Beschlusskammer ist der Auffassung, dass diese Informationsverpflichtung Teil der Zugangsverpflichtung ist, weil sie in unmittelbarem Zusammenhang mit der Inanspruchnahme der Leistung steht. Denn der Zugang zu Kabelkanälen erfolgt im Rahmen von Umgestaltungen der Netze der Wettbewerber zur Ermöglichung breitbandiger Nutzungen der TAL, denen notwendig umfangreiche Planungen zugrunde liegen, für die ein Kenntnis über die überhaupt zur Verlegung von Glasfaser zur Verfügung stehenden Kapazitäten erforderlich ist, denn ohne die vorherige Auskunft über die Möglichkeit der eigenen Anbindung sowie der Kollokation ist dem Nachfrager eine Planung seines Netzausbaues und damit eine Investitionsentscheidung nicht möglich. Im Übrigen weist die Beschlusskammer darauf hin, dass selbst dann, wenn eine solche Informationspflicht nicht aus der Zugangsverpflichtung selbst hergeleitet werden könnte, sie sich aus der ebenfalls auferlegten Gleichbehandlungspflicht nach § 19 TKG ergäbe, die nach § 19 Abs. 2 TKG vorsieht, dass die Betroffene Wettbewerbern neben Diensten auch Informationen zu den gleichen Bedingungen anbieten muss wie sich selbst oder ihren Tochterunternehmen. Weil sie selbst Zugriff auf Informationen über die vorhandenen Kabelkanalkapazitäten hat und diese nutzt, hat sie diese Informationen auch ihren Wettbewerbern bereitzustellen.

Die Beschlusskammer hat deshalb von einer erneuten ausdrücklichen Tenorierung der Informationsverpflichtung abgesehen.

Nicht erforderlich war die von den Antragstellerinnen zu 3., 4. und 5. geforderte ausdrückliche Verpflichtung der Betroffenen, kapazitätserschöpfende Maßnahmen vorzunehmen, bevor sie einen Zugang zu Kabelkanälen wegen fehlender Kapazitäten verweigert. Die Einzelheiten einer berechtigten Zugangsverweigerung müssen nicht in der Regulierungsverfügung geklärt werden, sondern sind der konkreten Ausgestaltung des Zugangs zuzurechnen. Bereits jetzt sieht Ziffer 7 der Anlage 1 zum „Vertrag über die Überlassung von Kabelkanalkapazitäten für Glasfaserkabel“ im Falle der Verweigerung des Zugangs wegen fehlender Kapazitäten die Durchführung eines Nachweisverfahrens vor, in dem die Berechtigung der Zugangsverweigerung von der Bundesnetzagentur überprüft wird. Die Betroffene ist also nicht in der Lage, wie von den Antragstellerinnen befürchtet, Nachfragern den Zugang zu Kabelkanälen willkürlich zu verweigern.

Die Zugangsverpflichtung umfasst nicht den Zugang zu Teilstrecken zwischen KVz bei fehlender HVt-Kollokation. Sofern die Antragstellerin zu 1. und der BREKO vorgetragen haben, dass beim Breitbandausbau in ländlichen Gebieten regelmäßig keine HVt-Kollokation erfolge und deshalb nur ein Kabelkanalzugang auf Teilstrecken sinnvoll sei, ist darauf hinzuweisen, dass nach Kenntnis der Beschlusskammer KVz im ländlichen Raum nicht durch Kabelkanäle, sondern in aller Regel durch Erdkabel miteinander verbunden sind und ein Zugangsanspruch zu Teilstrecken deshalb keine wettbewerbsfördernde Wirkung haben könnte.

Bei Teilstrecken im städtischen Bereich ist zu berücksichtigen, dass Sinn und Zweck des Zugangs zu Kabelkanalanlagen ist, am HVt kollokierten Unternehmen eine Vorverlagerung ihrer konzentrierenden Technik zum KVz zu erleichtern. Wählt ein TAL-Nachfrager eine Netzstruktur, die nicht mehr von der HVt-Kollokation ausgeht, so liegen dieser Entscheidung Erwägungen zu Wirtschaftlichkeit und dem nach § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG zu berücksichtigenden Tempo der Marktentwicklung zu Grunde, die auch die Beurteilung der Tragfähigkeit der Nutzung alternativer Infrastrukturen dahin beeinflussen, dass in diesen Fällen die Tragfähigkeit der Nutzung alternativer Infrastrukturen eher als gegeben anzusehen ist, weil der betreffende TAL-Nachfrager sich von der bisher am HVt erfolgten Kollokation lösen kann. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Nutzung von Teilstrecken, anders als von der Antragstellerin zu 1. behauptet, meist nicht zu einer verringerten Ressourcenbeanspruchung führen wird. Diese wird in der Regel nur zwischen dem HVt und dem ersten KVz gegeben sein. Danach aber würden am HVt eingeführte Kabel und die auf Teilstrecken geführte Kabel parallel Kabelkanalkapazität belegen.

### **3.6. Zugang zu unbeschalteter Glasfaser**

#### **3.6.1. Zugang zu unbeschalteter Glasfaser bei Unmöglichkeit des Zuganges zu Kabelkanälen**

Die Gewährung des Zugangs zu unbeschalteter Glasfaser zwischen HVt und KVz gründet ebenfalls als Zugang zu Netzkomponenten auf § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG. Diese Zugangsleistung war bereits in der vorangegangenen Regulierungsverfügung BK-4a-07-002/R auferlegt worden. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Verpflichtung mit seinem Urteil vom 27.02.2010 mit der Begründung aufgehoben, dass bei der Ausübung des regulatorischen Ermessens nicht alle gegenläufigen Belange mit dem ihnen zukommenden Gewicht in die Abwägung eingestellt und zum Ausgleich gebracht worden seien. Hierbei handele es sich einmal um die Zumutbarkeit einer eigenständigen Erschließung des KVz angesichts des Ausnahmecharakter des Zugangs zu unbeschalteter Glasfaser, weil von im Regelfall vorhandener Leerrohrkapazität ausgegangen würde. Sollte der Glasfaserzugang dagegen nicht den Ausnahme-, sondern wegen fehlender Kapazitäten den Regelfall darstellen, würde das Gewicht der Belastungen der schützenswerten Eigentumsinteressen der Betroffenen steigen. Schließlich sei der Glasfaserzugang nicht ausreichend aus dem Regulierungskonzept der Bundesnetzagentur hergeleitet worden, das die alternativen Teilnehmernetzbetreiber zum Ausbau eigener Infrastrukturen anhalten wolle,

vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 47.

Die Beschlusskammer ist nach erneuter Untersuchung und Abwägung der betroffenen Belange unter Berücksichtigung der Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zu der Entscheidung gelangt, die Verpflichtung zum Zugang zur unbeschalteten Glasfaser erneut aufzuerlegen.

Der Zugang zur unbeschalteten Glasfaser ist dann erforderlich, wenn aus Kapazitätsgründen kein Zugang zum Kabelkanal gewährt werden kann, weil der gesamte Raum bereits von Leitungen belegt ist. In diesem Fall kann nur durch die Zurverfügungstellung von unbeschalteter Glasfaser die Anbindung des KVz mit Glasfaser an den HVt-Standort ermöglicht werden. Die Auferlegung dieser Zugangsverpflichtung im Falle von fehlender Leerrohrkapazität wird von demselben Gedanken getragen wie die Verpflichtung zur gebündelten Zugangsgewährung zur TAL. Wenn die Gewährung entbündelten Zuganges nicht möglich ist, wird angesichts von Kapazitätsengpässen ein Schritt in der Entbündelung zurückgegangen, um dem Wettbewerber einen Zugang auf der nächstniedrigen Wertschöpfungsstufe zu ermöglichen. Die Beschlusskammer geht hier nicht mehr davon aus, dass der Zugang zur unbeschalteten Glasfaser nur in einer geringfügigen Zahl von Ausnahmefällen erforderlich sein wird.

a. Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu unbeschalteter Glasfaser ist geeignet, den erstrebten Erfolg zu erreichen.

Die Auferlegung der Verpflichtung zur Zugangsgewährung ist aus den schon zur Zugangsgewährung zu Kabelkanälen genannten Gründen zur Erreichung des Zieles geeignet, alternativen Anschlussnetzbetreibern zu ermöglichen, ihren Kunden das vollständige Leistungsbündel breitbandiger und innovativer Dienste aus einer Hand und auf der Basis eigener Infrastruktur anzubieten und dementsprechend auch eine langfristig stabile Kundenbeziehung aufzubauen. Durch den Zugang zur unbeschalteten Glasfaser können die Wettbewerber durch die Wahl der von ihnen verwendeten Leitungsendausrüstung, die wesentlich über die Leistungsfähigkeit der genutzten Glasfaser entscheidet, Infrastrukturinnovationen bewirken und Angebote mit eigenem Profil bereitstellen.

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

Hierzu gelten die bereits in Ziffer 3.5 genannten Gründe entsprechend. Mit dem Glasfaserausbau näher zum Kunden hin verschafft die Betroffene sich zusätzliche Skalenvorteile, die ihre beträchtliche Marktmacht verfestigen können. Nur durch den Zugang zur unbeschalteten Glasfaser können die Wettbewerber eine mit der Betroffenen vergleichbare unternehmerische Dispositionsfreiheit erhalten und zeitnah zur Betroffenen weitgehend auf eigener Infrastruktur aufsetzende breitbandige Angebote auf den Markt bringen. Sofern die Betroffene ausführt, dass ihre Wettbewerber bereits über ausreichende eigene Glasfaserstrecken verfügen, verfängt dies nicht, weil es nicht auf die generelle Verfügbarkeit von Glasfaserstrecken ankommt, sondern auf Glasfaserstrecken zwischen HVt und KVz. Sollten Wettbewerber tatsächlich bereits über eigene Glasfaserstrecken verfügen, werden sie zudem nicht die Glasfaserstrecken der Betroffenen in Anspruch nehmen.

c. Die Anordnung des Zuganges zu Kabelkanälen ist schließlich auch nach den Kriterien des § 21 Abs. 1 S. 2 TKG angemessen:

- Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung alternativer Infrastrukturen

Die fehlende wirtschaftliche Tragfähigkeit des Aufbaus eigener Infrastruktur nach Nr. 1 ergibt sich bereits daraus, dass die Verlegung eines eigenen Leerrohres nicht als wirtschaftlich tragfähig angesehen werden kann, was Voraussetzung für die eigene Verlegung von Glasfaser wäre. Auch die Einbringung eines Erdkabels wäre mit umfangreichen Tiefbauarbeiten verbunden, die als das Haupthindernis für die Verlegung eigener Leerrohre angesehen wurden. Die Beschlusskammer geht nicht mehr davon aus, dass der Zugang zur unbeschalteten Glasfaser einen seltenen Ausnahmefall darstellt. Erste Erfahrungen mit dem VDSL-Ausbau durch Wettbewerber in Heilbronn und Würzburg haben gezeigt, dass in vielen Fällen ein Glasfaserzugang zur Erschließung von KVz erforderlich sein kann. Hierfür spricht auch der von der Betroffenen im Entgeltverfahren BK3c-10-003 betreffend die Entgelte für den Zugang zu Kabelkanalanlagen angegebene Belegungsgrad der Leerrohre von ■■■ %, der angesichts der anerkannten Reserve von einem kompletten Rohr für die Entstörung (BK 3d-09/051 vom 04.12.2009, S. 50) vermuten lässt, dass in zahlreichen Fällen Leerrohre vollständig befüllt und eine Zugangsgewährung deshalb nicht möglich ist.

Die Auferlegung des zum Leerrohrzugang subsidiären Glasfaserzugangs ist auch deshalb erforderlich, weil die Betroffene selbst darauf hinweist, dass die bisher für die Errichtung des VDSL-Netzes genutzte Infrastruktur auch für den Aufbau eines FTTH-Anschlussnetzes genutzt werden wird. Es ist also damit zu rechnen, dass die vorhandenen Leerrohrkapazitäten mit Glasfasern des FTTH-Netzes befüllt werden und sich die vorhandenen Leerrohrkapazitäten verringern. Ohne einen Zugang zu unbeschalteter Glasfaser würde es den Wettbewerbern der Betroffenen damit weiter erschwert, KVz zu angemessenen Kosten anzubinden.

Der Hinweis verschiedener interessierter Parteien auf die Erschließbarkeit von KVz mit von alternativen Anbietern angebotenen Glasfasern verkennt, dass die dadurch erforderlichen

zusätzlichen Tiefbauarbeiten für die Anbindungsstrecken zwischen HVT, alternativer Glasfaserleitung und KVz, deren Erforderlichkeit auch von diesen Parteien nicht bestritten wird, sowohl zu zeitlichen Verzögerungen als auch zu zusätzlichem Kapitalaufwand führt, dem die Betroffene nicht ausgesetzt ist und der die Position ihrer Wettbewerber schwächt. Diese Beeinträchtigungen erhalten zusätzliches Gewicht dadurch, dass das VDSL-Netz von vielen als Zwischenstufe zu einem rein glasfaserbasierten Anschlussnetz gesehen wird und die Amortisation des eingesetzten Kapitals in einem entsprechend eingeschränkten Zeitraum erfolgen muss, so dass auch geringere Differenzen zwischen den notwendigen Investitionen der Betroffenen und der Wettbewerber wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkungen haben können.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Studie der LBBW, auf die sich die Antragstellerin in 5. bezieht, als Quelle ihrer Daten wiederum die Versatel AG nennt, ohne dass in der Studie oder durch die Antragstellerin zu 5. diese Zahlen in nachvollziehbarer Weise hergeleitet worden wären. Auch gibt die Studie keine Auskunft über das Verhältnis zwischen den Kosten eines VDSL-Ausbaus unter Nutzung von Glasfasern der Betroffenen und solchen alternativer Anbieter. Allein dieses Verhältnis ist aber für die Frage entscheidungserheblich, ob die Nutzung alternativer Infrastrukturen tragfähig ist. Die Studie selbst zählt zudem den Zugang zu unbeschalteter Glasfaser zu den regulatorischen Verpflichtungen, die dem Aufbau alternativer VDSL-Netze förderlich sind (S. 19).

#### - Verfügbare Kapazität

Auch die nach Nr. 2 zu betrachtende Frage der zur Verfügung stehenden Kapazität an unbeschalteter Glasfaser spricht nicht gegen die Auferlegung der Zugangsverpflichtung. Kapazitätsengpässe können vielmehr beim einzelnen begehrten Zugang berücksichtigt werden. Die Betroffene hat dann wie beim Zugang zur entbündelten TAL auch den Nachweis zu führen, dass ihr die Zugangsgewährung aus Kapazitätsgründen nicht möglich ist. Eine entsprechende Regelung fand sich bereits in Ziffer 2.2.4 der Anlage 1 zum Vertrag über den Zugang zur unbeschalteten Glasfaser, der vor Aufhebung dieser Zugangsverpflichtung mit Beschluss BK3d-09-051 vom 04.12.2009 angeordnet worden war.

#### - Anfangsinvestitionen des Eigentümers

Nach Nr. 3 zu berücksichtigende schützenswerte Anfangsinvestitionen in Glasfaserkabel führen auch unter Berücksichtigung der hierzu vom BVerwG gemachten Ausführungen nicht dazu, dass von der Zugangsverpflichtung abgesehen werden müsste. Die Betroffene hat zwar dargelegt, dass sie für den VDSL-Ausbau ausschließlich neu verlegte Glasfasern verwendet hat, denen nach der Auffassung des BVerwG ein erhöhter Investitions- und Eigentumsschutz zukommt. Eine nähere Betrachtung zeigt aber, dass erstens das Investitionsrisiko der Betroffenen durch den Rückgriff auf das bereits bestehende Kabelkanalnetz erheblich vermindert und zweitens der Anteil der Investitionen in Glasfaser an den Gesamtinvestitionen in das VDSL-Netz so gering ist, dass die Zugangsgewährung nicht zu einer Entwertung der durch die Investitionen der Betroffenen in ihr VDSL-Netz gewonnenen Wettbewerbsposition führt.

Die Betroffene hat erklärt, dass sie nicht wisse, zu welchem Anteil sie für ihre neu verlegten Glasfasern bestehende und neu aufgebaute Kabelkanalanlagen nutzt. Aus der Aufteilung des Budgets der Betroffenen für die Errichtung ihres VDSL-Netzes ergibt sich jedoch, dass die Nutzung der bereits vorhandenen Leerrohre das Investitionsrisiko der Betroffenen erheblich und in einer für Wettbewerber nicht duplizierbaren Weise gesenkt hat, weil dadurch der Anteil der Tiefbaukosten an den Gesamtinvestitionen auf eine untypische Höhe vermindert wurde.

Die Betroffenen hat angegeben, dass sie für ihren VDSL-Ausbau lediglich [REDACTED] in Kabelkanalanlagen und [REDACTED] in Glasfaser investiert hat. Die Kosten für das Verlegen von Glasfasern in Kabelkanälen sind aber deutlich geringer als die Verlegung von Kabelkanälen. Die ist darin begründet, dass für die Verlegung der Kabelkanäle ein erheblicher Tiefbau erforderlich ist. Die Kosten des Tiefbaus hängen vor allem von der Oberfläche (Teer, Pflaster, Erde etc.) sowie der Bodenbeschaffenheit ab. Dagegen spielen

die Kosten für die Glasfasern selber, insbesondere angesichts der relativ geringen Zahl keine wesentliche Rolle. Weil also die Aufwendungen für die Errichtung und Instandsetzung der Kabelkanalanlagen [REDACTED] Kosten für die Verlegung der Glasfasern sind, hat die Betroffene offensichtlich für den Aufbau der Glasfasern überwiegen auf bereits bestehende Kabelkanalanlagen zurückgegriffen.

In Abweichung von der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts scheint es sich beim Glasfaserzugang nach Auffassung der Betroffenen selbst nicht um den im Verhältnis zum Zugang zu Kabelkanalanlagen schwerwiegenderen Eingriff zu handeln, denn sie hat im Beispiel Würzburg bevorzugt Glasfaserzugang angeboten. Es stellt sich die Frage, ob der Glasfaserzugang im Verhältnis zum Leerrohrzugang überhaupt der schwerwiegendere Eingriff ist, denn dem Mehr an Infrastrukturnutzung durch den Wettbewerber steht auch ein Weniger an Infrastrukturnutzung (kein Zugriff auf ein ganzes Viertelrohr) und ein Mehr an Wertschöpfung für die Betroffene gegenüber. Aus den unten zu b) dargestellten Gründen ist wegen des faktisch hohen Anteils an erforderlichem Glasfaserzugang bei diesem Abwägungspunkt davon auszugehen, dass der Ausschluss des Glasfaserzugangs aus Gründen des Investitionsschutzes für viele Gebiete den Ausschluss des Zugangs zur hochbitratig genutzten TAL für die Wettbewerber bedeuten würde.

Die bereits weitgehend bestehenden und zum größten Teil noch zu Monopolzeiten geschaffenen Leerrohrkapazitäten haben es der Betroffenen also erlaubt, Glasfaser als reine Erweiterung ihres bereits bestehenden Netzes verlegen zu können und für diese Investition aufgrund ihrer beträchtlichen Marktmacht bei der TAL auch mit einer entsprechend höhere Amortisierungswahrscheinlichkeit rechnen zu können, während ein Wettbewerber hier zum Neuaufbau eines Netzes zwischen HVt und KVz gezwungen wäre.

Diese Reduzierung des Investitionsrisikos, die zumindest teilweise direkt aus der beträchtlichen Marktmacht der Betroffenen bei der TAL herrührt, wird begleitet von einer geringen Gefährdung der Investitionen der Betroffenen durch die auferlegte Zugangsverpflichtung. Denn weil der Schutz der Anfangsinvestitionen dem Schutz von Marktersteintrittsvorteilen bei Investitionen in innovative Produkte dient, sind nicht alleine die Auswirkungen der Zugangsverpflichtung auf die unmittelbar betroffene Infrastruktur zu betrachten, sondern auf die Marktstellung des Produktes, das mit ihrer Hilfe erbracht werden soll. Der Schutz der Anfangsinvestitionen wiegt umso schwerer, je mehr die Zugangsgewährung dazu führt, dass Wettbewerber das Produkt des zugangsverpflichteten Unternehmens ohne vergleichbares eigenes Investitionsrisiko nachbilden können.

Dies ist hier jedoch gerade nicht der Fall. Die Investitionen in Kabelkanalanlagen und Glasfaser machen mit [REDACTED] nur [REDACTED] % der Gesamtinvestitionen der Betroffenen von [REDACTED] € für VDSL aus. Der Hauptanteil der VDSL-Investitionen erfolgt damit in Einrichtungen, zu denen die Wettbewerber keinen Zugang haben. Auch mit Glasfaserzugang müssen Wettbewerber ein Vielfaches der Kosten für die Anbindung des KVz in den Ausbau der KVz mit eigenem DSLAM investieren, um ein der Betroffenen gleichwertiges VDSL-Angebot machen zu können. Das Hauptinvestitionsrisiko liegt also wegen der Nutzung bereits vorhandener Kabelkanalkapazitäten nicht bei den Infrastrukturen, zu denen die Telekom Zugang gewähren muss. Somit nimmt sie ihren Wettbewerbern im Falle einer Zugangsgewährung auch nicht deren Investitionsrisiken ab.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Betroffene ein angemessenes Entgelt für die Zugangsgewährung verlangen kann. Bei der Festlegung der Entgelte für die Zugangsgewährung eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals vorzusehen ist (§ 31 Abs. 2 TKG), bei deren Festlegung die in § 31 Abs. 4 TKG ausgeführten Kriterien zu berücksichtigen sind.

- Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu unbeschalteter Glasfaser dient gem. Nr. 4 der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, denn sie eröffnet Wettbewerbern die Möglichkeit zum Aufbau eigener Übertragungswege auf der Strecke zwischen HVt und KVz zumindest insofern, als die Wettbewerber eigene Leitungsendausrüstung verwenden können. Ohne den

Glasfaserzugang wäre in Situationen, in denen kaum freie Kabelkanalkapazitäten vorhanden sind, nicht mit einer breitbandigen Nutzung der TAL durch Wettbewerber zu rechnen. Im Falle eines HVt-Rückbaus wäre es ihnen nicht mehr möglich, weiterhin selbst die TAL zu erschließen, so dass sie ihre Endkunden zukünftig nur noch mit Bitstrom-Produkten anbinden könnten. Dies wäre ein erheblicher Rückschritt für den Infrastrukturwettbewerb. Der Glasfaserzugang dient also in jedem Fall zumindest der Sicherung des erreichten Grades des TAL-Wettbewerbs. Auch die Sicherung erreichten Wettbewerbes ist nach § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TKG ein Gesichtspunkt für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen.

Weiter fördert die Zugangsverpflichtung auch effiziente Infrastrukturinvestitionen. Die technische Entwicklung seit Erlass der vorangegangenen Regulierungsverfügung hat gezeigt, dass gerade auf dem Gebiet der Leitungsendeinrichtungen Innovationen stattfinden, die für die Leistungsfähigkeit des jeweiligen Netzes auch dann wesentlich sind, wenn die genutzte Glasfaser von dritter Seite vorgegeben wird. Dies kann z. B. durch Wellenlängenmultiplexer geschehen, die eine Mehrfachnutzung einer Singlemode-Faser zulassen und damit die Transportkapazität der Glasfaser vervielfacht. Für die KVz-Anbindung wichtige Innovationen wie kleinere DSLAMs bzw. DSLAMs mit höherer Portzahl haben sich auf dem Gebiet der Leitungsendausrüstung und nicht der Glasfaser ergeben. Gerade diese Innovationen sind für die Praxis der KVz-Anbindung besonders wichtig, weil sie zentrale Probleme wie Größe, Kapazität, Abwärme und Energieverbrauch betreffen, die für die Versorgung sämtlicher Anschlüsse eines KVz wichtiger sind als die Auswirkungen der gewählten Glasfaser. Trotz der verminderten technischen Gestaltungsfreiheit des Wettbewerbers bei Nutzung einer unbeschalteten Glasfaser der Betroffenen leistet diese Zugangsart damit einen Anreiz zu effizienten Infrastrukturinvestitionen.

#### - Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum

Nach Nr. 5. zu berücksichtigende gewerbliche Schutzrechte werden durch die Zugangsgewährung nicht berührt.

#### -Europaweite Dienste

Die Verpflichtung zum Zugang zu unbeschalteter Glasfaser fördert den entbündelten Zugang zur TAL und ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter breitbandiger Dienste, so dass auch Nr. 6 erfüllt ist.

#### - Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote

Es bestehen auch keine nach Nr. 7 zu berücksichtigende bereits auferlegte Verpflichtungen oder freiwillige Angebote, die gegen eine Auferlegung des Zugangs zu unbeschalteter Glasfaser sprechen. Ein zureichendes freiwilliges Angebot der Betroffenen für den Zugang zu unbeschalteter Glasfaser liegt nicht vor, vielmehr wurde auch dieses Angebot Gegenstand von Anordnungsverfahren nach § 25 TKG wie im Verfahren BK3d-09-051. Auch das Angebot von Mietleitungen zur Anbindung des KVz ist nicht dem Zugang zu unbeschalteter Glasfaser bei der Sicherstellung der Erreichung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG gleichwertig, weil es den Grad der den Wettbewerbern möglichen Wertschöpfung mindert. Der Zugang zu Mietleitungen bietet auch keinen Anreiz zu Investitionen in effiziente und innovative Infrastruktur hinsichtlich der Leitungsendausrüstung. Damit dient der Zugang zu Mietleitungen der Verwirklichung des Regulierungsziels des § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG nicht in vergleichbarer Weise wie der Zugang zu unbeschalteter Glasfaser. Die Zugangsgewährung zu Mietleitungen fördert zudem die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte i. S. v. von § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG ebenfalls nicht ausreichend, weil die Wettbewerber vollständig von der Infrastruktur der Betroffenen abhängig bleiben.

#### d. Umfang des Zugangsanspruchs

Die Beschlusskammer weist ausdrücklich darauf hin, dass der Zugang zur unbeschalteten Glasfaser wie auch die Kollokation am und im KVz und der Zugang zu Kabelkanälen lediglich (Annex-) Leistungen für den Zugang zur entbündelten TAL sind, aber keinen

Zugang zum Netz der Betroffenen für besonders hochbitratige Dienste darstellen. Denn die Zugangsverpflichtungen sollen den Wettbewerbern nur den Aufbau eigener Netze für besonders hochbitratige Dienste ermöglichen, nicht jedoch den Zugang zum entsprechenden Netz der Betroffenen eröffnen.

Zudem hat es die Betroffene selbst in der Hand, ihre vorhandenen Kabelkanäle effizient mit eigenen Glasfasern zu befüllen und auf diese Weise dafür zu sorgen, dass den Wettbewerbern noch freie Kapazitäten in den Kabelkanälen für die Verlegung eigener Glasfasern verbleiben.

Hinsichtlich der nicht mehr ausdrücklich erfolgten Auferlegung einer Informationspflicht über die Verfügbarkeit von unbeschalteten Glasfasern gilt, wie bereits oben beim Zugang zu Kabelkanälen ausgeführt, dass die Pflicht zur Bereitstellung von Informationen bereits von der Verpflichtung zur Zugangsgewährung umfasst ist.

### **3.6.2 Zugang zu unbeschalteter Glasfaser nach Wahl**

Der von der Antragstellerin zu 6. geforderte Zugang zur unbeschalteten Glasfaser nach Wahl auch in den Fällen, in denen Wettbewerbern die Verlegung eigener Glasfaserkabel in den Kabelkanälen der Betroffenen möglich wäre, war nicht aufzuerlegen. Ein solcher Zugang wäre zwar geeignet, die Erschließung der KVz durch die Wettbewerber zu erleichtern. Er ist aber nicht erforderlich, weil den Wettbewerbern die eigene Verlegung von Glasfaserleitungen zugemutet werden kann.

Gemäß § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG ist bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Errichtung und Nutzung konkurrierender Einrichtungen zu prüfen. Die Verlegung eigener Glasfaserleitungen durch die Wettbewerber kann aber nicht als technisch oder wirtschaftlich nicht tragfähig angesehen werden. Die Verlegung in vorhandenen Leerrohren erfordert weder zusätzliche Tiefbauarbeiten noch die Durchführung von Verwaltungsverfahren und ist daher auch angesichts des Tempos der Marktentwicklung zumutbar. Die Wettbewerber tragen bei Gewährung des Zugangs zu Kabelkanälen auch genau dasselbe unternehmerische Risiko wie die Betroffene, die sich ebenfalls nicht sicher sein kann, ihre Investitionen für den Anschluss eines KVz mit Glasfaserkabeln amortisieren zu können. Für die generelle Mitnutzung von Glasfasern kann auch nicht angeführt werden, dass sie in der Anfangsphase, in der ein Wettbewerber nur wenige über den Standort angeschlossene Kunden hat, erforderlich sei, um deren wirtschaftliche Anbindung zu ermöglichen, weil die Betroffene hier in einer vergleichbaren Wettbewerbssituation zu ihren Wettbewerbern steht und auch erst Kunden für hochbitratige und damit teurere Produkte gewinnen muss. Es ist weiter darauf hinzuweisen, dass nach den Erkenntnissen der Beschlusskammer die Verlegung von Glasfaserkabeln bei der Ausrüstung von KVz für die hochbitratige Nutzung der TAL nur einen geringen Teil der erforderlichen Investitionen ausmacht. Denn der Wettbewerber muss auch bei der Nutzung von unbeschalteter Glasfaser der Betroffenen weiterhin die Kosten für die notwendige Leitungsendeinrichtungen und den DSLAM im KVz tragen, die deutlich über den Kosten einer Verlegung von eigener Glasfaser liegen. Für die Richtigkeit dieser Einschätzung spricht auch, dass mehrere Antragstellerinnen die Aufhebung selbst der subsidiären Zugangsverpflichtung beantragt und stattdessen eine - im Ergebnis nicht erforderliche - Verschärfung der Zugangsverpflichtung zu Kabelkanälen gefordert haben.

Schließlich ist ein freier Zugang zu den Glasfaserleitungen der Betroffenen auch nicht zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbes gemäß § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG geboten. Diesem ist eher gedient, wenn eigene Infrastrukturen der Wettbewerber neben diejenige der Betroffenen treten. Es ist auch nicht ersichtlich, dass hierdurch sinnlose Duplizierungen von Infrastrukturen bewirkt würden. Aus diesen Gründen ist es insgesamt ausreichend, die in Ziffer 29 der NGA-Empfehlung angesprochenen Maßnahmen zur Anbindung des KVz auf den Zugang zu Kabelkanälen und den subsidiären Zugang zu unbeschalteter Glasfaser zu beschränken.

Eine Zugangsgewährung bei „wirtschaftlicher Unmöglichkeit“, wie sie die EU-Kommission in ihrer Stellungnahme fordert, lässt sich von ihren Voraussetzungen her nicht bestimmen, weil die wirtschaftliche Möglichkeit der Nutzung des Leerrohrzugangs durch einen Nachfrager immer von der individuellen Nachfrage und dem Nachfrager selbst abhängt. Der Vergleich der Wirtschaftlichkeit der Überlassung unbeschalteter Glasfasern gegenüber dem Zugang zu Kabelkanalanlagen hängt – bei einer gleichen Bepreisungssystematik – im Wesentlichen vom Nutzungsgrad der Kabelkanalanlagen ab. Wenn eine Erschließung aller KVz in einem Anschluss erfolgt, wäre die Miete einzelner Glasfasern unwirtschaftlich. Dagegen besteht bei der Erschließung eines einzelnen KVz für wenige Kunden die Möglichkeit, dass der Ausbau über Kabelkanalanlagen nicht wirtschaftlich sein könnte. Dies rechtfertigt aber kein Wahlrecht, weil der Zugang nicht unter allen Bedingungen ermöglicht werden soll, sondern lediglich für einen effizienten Nachfrager. Eine Zugangsnachfrage, die in einem Anschlussbereich – der von der Betroffenen erschlossen ist – lediglich auf einen KVz mit geringer Kundenzahl gerichtet ist, ist ineffizient. Ein solcher Nachfrager hat gegenüber der Betroffenen höhere Erstellungs- als auch Betriebs- und Vermarktungskosten. Dieser systematische Skalennachteil besteht unabhängig von der Wahl zwischen Zugang zu Kabelkanal oder Überlassung unbeschalteter Glasfaser und kann deshalb auch nicht das Wahlrecht rechtfertigen, denn die NGA-Empfehlung geht ausweislich der Erwägungsgründe 25 und 26 von einem *effizienten* Wettbewerber aus, dem nach Ziffer 27 der Markteintritt ermöglicht werden soll. Darüber hinaus ist der Zugang zu Kabelkanalanlagen auch vorzugswürdig, weil dies dem Nachfrager die volle Kontrolle über die Anbindung der KVz-TAL ermöglicht.

Sofern dies dazu führen sollte, dass bestimmte KVz aus wirtschaftlichen Gründen nicht erschlossen werden können, ist darauf hinzuweisen, dass der Wettbewerber in diesen Fällen seine Endkunden über Bitstrom-Vorleistungsprodukte anbinden kann. Zu diesen Bitstrom-Vorleistungsprodukten gehört nach Ziffer 1.1 der Regulierungsverordnung BK3b-09-069 vom 17.09.2010 auch der Zugang zum layer-2-Bitstrom an geeigneten Zugangspunkten des Konzentratornetzes der Betroffenen, wozu auch die ca. 900 Aggregation Switches 1 (AGS 1) an HVT-Standorten gehören, auch wenn diese Zugangsleistung derzeit noch nicht nachgefragt wird. Es ist möglich, dass der Zugang an den AGS 1 zukünftig auch wegen seiner vergleichbaren Erfordernisse die Rolle des Zugangs zur TAL am HVT übernehmen wird,

vgl. BK3b-09-069 vom 17.09.2010, S. 28 f. des amtlichen Umdrucks.

Diese Art des Bitstrom-Zugangs erlaubt den Wettbewerbern eine höhere eigene Wertschöpfung als die bislang geübte Zugangspraxis am parent oder distant PoP und verringert die Kluft zwischen der Erschließung der TAL am KVz und dem Bitstromzugang in den Fällen, in denen eine Erschließung des KVz mit eigener Glasfaser von einem Wettbewerber als nicht wirtschaftlich angesehen werden sollte. Nach Erwägungsgrund 20 der NGA-Empfehlung zählen zu den Vorleistungen, mit deren Nutzung Wettbewerber auf die durch die Errichtung FTTH-Glasfasernetzen veränderten Wettbewerbsbedingungen reagieren können, auch Produkte des Breitbandzugangs. Dies lässt sich auch auf die Veränderung der Wettbewerbsbedingungen durch einen FTTC-Ausbau übertragen. Die neuartigen Möglichkeiten des layer-2-Bitstromzugangs sprechen darum zusätzlich gegen die Erforderlichkeit, einen Zugang zur Glasfaser nach Wahl des Nachfragers aufzuerlegen.

### 3.7 Gleichbehandlungspflicht, § 19 TKG

Grundlage für das in Ziffer 1.4 des Tenors enthaltene Diskriminierungsverbot sind §§ 9 Abs. 2 i. V. m. §§ 13 Abs. 1, 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, das der Betroffenen auferlegte Diskriminierungsverbot beizubehalten, 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). Zum anderen bezweckt das Diskriminierungsverbot, dass einzelne Wettbewerber von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht ungerechtfertigt bevorzugt bzw. benachteiligt werden. Insgesamt soll damit ein chancengleicher Wettbewerb sowohl zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht als auch zwischen Wettbewerbern, die auf Vorleistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht angewiesen sind und diese in Anspruch nehmen, sichergestellt werden.

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

Die Betroffene ist sowohl auf dem Vorleistungsmarkt Zugang zur TAL als auch den nachgelagerten Märkten Zugang zum öffentlichen Telefonnetz durch Privatkunden oder andere Kunden sowie Zugang zum Breitband-Datennetz durch Privatkunden oder andere Kunden aktiv. Durch diese vertikale Integration besteht die Gefahr, dass sie sich intern günstigere Bedingungen 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 am verfahrensgegenständlichen Markt in Abhängigkeit von z.B. der Verhandlungsmacht der einzelnen Nachfrager unterschiedliche Bedingungen ergeben könnten, zu denen Entbündelung von der Betroffenen bezogen werden kann. 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) 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).

### **3.8 Transparenzverpflichtungen nach § 20 TKG**

#### **3.8.1 Transparenzverpflichtung bzgl. Vertragsvorlage, § 20 TKG**

Die auferlegte Vertragsvorlageverpflichtung in Ziffer 1.5 des Tenors 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 3.9.1 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.

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 bis 1.4 der Regulierungsverfügung 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 Zugangsnachfragern eine Möglichkeit geben zu überprüfen, ob die angebotenen Dienste ohne Diskriminierung erbracht werden,

zum Verhältnis zu § 22 Abs. 3 TKG vgl. Ziffer 3.9.1 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 Einsichtnahmegesuchen 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 Universaldienstrichtlinie 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. 6 ff. 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.

### **3.8.2 Transparenzverpflichtung bzgl. Zugangsbedingungen, § 20 TKG**

Hinsichtlich einer Transparenzverpflichtung für die Zugangsbedingungen der Betroffenen ist die Beschlusskammer im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung zu dem Ergebnis gelangt, dass zur Erreichung der o. g. Zwecke eine gesonderte Transparenzverpflichtung 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 zur TAL 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.

Eine Verpflichtung zur Transparenz von betrieblichen Leistungsindikatoren wie Schaltungs- und Entstörzeiten war ebenfalls nicht in der Regulierungsverfügung anzuordnen. Zum einen ist die Ermittlung der von der Betroffenen einzuhaltenden Fristen Sache des Standardangebotsverfahrens. Zum anderen soll die Transparenzverpflichtung die Aufdeckung von Diskriminierungen der Wettbewerber im Vergleich mit den von der Betroffenen sich selbst eingeräumten Bereitstellungs- und Entstörfristen aufgedeckt werden. Die Ermittlungsbefugnisse der Bundesnetzagentur ergeben sich jedoch unmittelbar aus dem

TKG und bedürfen daher nicht der Anordnung einer Transparenzverpflichtung in der Regulierungsverfügung.

Von daher liefe die zusätzliche Auferlegung einer Transparenzverpflichtung weithin ins Leere. Sie ist folglich nicht erforderlich und wäre daher unverhältnismäßig.

### **3.8.3 Transparenzverpflichtung hinsichtlich des Netzausbaus der Betroffenen**

Die Anordnung einer Transparenzverpflichtung über den zukünftigen Umbau des Anschlussnetzes der Betroffenen und den geplanten ersatzlosen Abbau von HVt ist derzeit nicht erforderlich.

Die NGA-Empfehlung sieht in Ziffer 39 vor, dass die Nationalen Regulierungsbehörden sicherstellen sollen, dass die TAL-Nachfrager mindestens 5 Jahre im Voraus über den Abbau von HVt informiert werden sollen, falls es zu keiner freiwilligen Vereinbarung über einen Migrationspfad kommt. Die Betroffene hat mit Schreiben vom 23.11.2010 zugesichert, dass sie bis zum Jahre 2016 den Rückbau von Hauptverteilern wegen des Ausbaues ihres FTTH-Netzes ausschließt und auch danach nicht mit einem massenhaften Abbau von Hauptverteilern in kurzer Zeit zu rechnen sein werde. Der Aufbau des FTTH-Netzes werde vielmehr als parallele Infrastruktur zur weiterbestehenden Kupfer-Infrastruktur erfolgen. Hinsichtlich der Einzelheiten des HVt-Rückbaus befinde sie sich in Verhandlungen mit den TAL-Nachfragern. Eine Regelung zur Migration in dieser Regulierungsverfügung kann darum zwar nicht deshalb entfallen, weil die Betroffene für die nächsten 5 Jahre einen HVt-Abbau ausgeschlossen hat, denn die Fünfjahresfrist müsste auch noch am Ende der Regulierungsperiode eingehalten werden, was einen HVt-Rückbau bis 2018 ausschliesse. Regelungen des Migrationspfades durch die Bundesnetzagentur sind jedoch nicht erforderlich, solange sich die Betroffene und ihre Nachfrager in diesbezüglichen Verhandlungen befinden.

Weil Zeitpunkt und Ausgestaltung der Umstellung auf ein FTTH- oder FTTC-Netz noch nicht hinreichend genau bestimmbar sind und einer möglichen Verhandlungslösung nicht vorgegriffen werden soll, konnte auch darauf verzichtet werden, wie von Ziffer 41 der NGA-Empfehlung vorgeschlagen, eine Transparenzverpflichtung hinsichtlich des zukünftigen Netzausbaus der Betroffenen aufzuerlegen, vgl. unten Ziffer 3.11.3..

Die TAL-Nachfrager sind zusätzlich durch die Ausgestaltung des derzeitigen TAL-Standardangebotes vor einem überraschenden HVt-Abbau geschützt. Das gegenwärtige Standardangebot der Betroffenen zu Kollokation und TAL sieht den ersatzlosen Abbau von HVt nicht vor. Es wäre erst in einem neuen Standardangebotsverfahren zu klären, in welcher Weise ein Abbau der HVt und ein Migrationspfad für die Wettbewerber auszugestaltet sind. Darüber hinaus wird es innerhalb der Regulierungsperiode auch nicht zum Abbau von Kupfer-TAL-Infrastruktur kommen. Vielmehr wird, wie die Betroffene mit Schreiben vom 23.11.2010 mitgeteilt hat, das FTTX-Netz parallel zum bestehenden Netz errichtet werden, so dass für die in seiner Stellungnahme vom 21.01.2011 geäußerte entsprechende Befürchtung des Bundeskartellamtes keine Grundlage besteht

Mit Blick auf die Diskussion über die Umgestaltung der Anschlussnetze und der im Zuge dessen möglichen Aufgabe von HVt durch die Betroffene hat die Beschlusskammer die Mindestlaufzeit des Standardangebotes für den Zugang zur TAL einschließlich des gemeinsamen Zugangs zur TAL und der Kollokation auf den 28.02.2009 begrenzt. Seither besteht für die Betroffene die Möglichkeit, Regeln zum Abbau ihrer HVt vorzuschlagen, wenn sie den Abbau für erforderlich hält, und für die Beschlusskammer, solche Regeln zu prüfen bzw. in das Standardangebot aufzunehmen.

Für eine Regelung zu den Auswirkungen der Umgestaltung des Netzes der Betroffenen im Zuge der Migration zu NGN besteht gegenwärtig auch noch keine ausreichende Entscheidungsgrundlage. Angesichts der Tatsache, dass die Betroffene selbst noch kein ausreichend konkretes Umstellungskonzept besitzt, sieht sich die Beschlusskammer weiterhin nicht in der Lage, jetzt schon Vorgaben für einen Migrationspfad zu machen, um

nicht die technischen und betriebswirtschaftlichen Entscheidungen der Betroffenen unangemessen zu behindern. Eine solche Vorgabe könnte etwa verlängerte Kündigungsfristen<sup>14</sup> oder eine Transparenzverpflichtung hinsichtlich des Auflösungszeitplans der einzelnen HVt beinhalten.

Die Auferlegung einer solchen Transparenzverpflichtung ist zudem gerade wegen der europarechtlichen Regelung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 der überarbeiteten Rahmenrichtlinie überflüssig, auf die sich die Antragstellerinnen zu 3. und 4. ausdrücklich beziehen. Das Vorbringen der Antragstellerinnen zu 3. und 4. übersieht, dass Art. 5 Abs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie die Bereitstellung dieser Informationen nicht vom Vorliegen beträchtlicher Marktmacht abhängig macht. Zudem wird die Auferlegung dieser Informationsverpflichtung nicht in Art. 8 bis 13 der Zugangsrichtlinie thematisiert. Die Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie erfolgt vielmehr in den allgemeinen Informationsbefugnissen der jeweiligen nationalen Regulierungsbehörde. Die Bundesnetzagentur ist bereits nach § 127 Abs. 1, insbesondere Abs. S. 2 Nr.1 TKG berechtigt, die entsprechenden Auskünfte zu verlangen. Die Planungen der Betroffenen hinsichtlich ihres Zugangsnetzes können Gegenstand der systemischen oder einzelfallbezogenen Überprüfung von Verpflichtungen sein. Zukünftig wird die Möglichkeit, Informationen über die zukünftige Netzgestaltung zu verlangen, ausdrücklich in § 127 Abs. 2 S. 2 TKG-E geregelt, so dass entsprechende Informationsverpflichtungen in der Regulierungsverfügung überflüssig sind.

### **3.9 Entgeltregulierung, § 30 Abs. 1 TKG**

Die Entgelte für die gemäß Ziffer 1.1 bis 1.4 auferlegten Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG unterliegen, sofern sie sich nicht auf den Zugang zur Glasfaser-TAL beziehen (im Folgenden Kupfer-TAL), weiterhin gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG der Genehmigungspflicht nach § 31 TKG. Sofern sie die Glasfaser-TAL betreffen, unterliegen sie der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 30 und 38 TKG. Diese Entscheidung folgt aus einer pflichtgemäßen Ausübung des der Bundesnetzagentur in § 30 Abs. 1 und Abs. 3 S. 2 TKG eingeräumten Ermessens.

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

<sup>14</sup> Im geltenden Standardangebot der Betroffenen ist kein Kündigungsrecht vorgesehen, so dass das Standardangebot zur Ermöglichung eines HVt-Rückbaus erst geändert werden müsste.

Preishöhenmissbräuche sowie ungerechtfertigte Wettbewerbsbeeinträchtigungen und Vorteilsräumungen 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.

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 TKG unterwerfen, wenn – erstens – der Betreiber nicht gleichzeitig auch auf dem Markt für Endkundenleistungen, 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 TKG Zugangsleistungen auferlegt worden.

Nicht gegeben ist allerdings das in § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG zusätzlich normierte Merkmal, dass der Betreiber nicht gleichzeitig auch auf dem Markt für Endkundenleistungen, auf dem der Betreiber tätig ist, über beträchtliche Marktmacht verfügt. Denn die Betroffene verfügt auf dem bundesweiten Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, über beträchtliche Marktmacht,

vgl. den Beschluss BK 2c-09/002-R vom 25.01.2010, veröffentlicht im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 3/2010 vom 10.02.2010, S. 280 ff.

Nach Sinn und Zweck des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG ist der Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten ein relevanter Markt, weil die Betroffenen ihren Endkunden den Zugang auf Basis der verfahrensgegenständliche TAL bereitstellt.

Im vorliegenden Zusammenhang wäre aber auch bei Unbeachtlichkeit dieses Tatbestandsmerkmals die hier zu treffende Entscheidung nicht anders ausgefallen. Denn auch bei Vorliegen der kumulierten negativen Tatbestandsmerkmale des § 30 Abs. 1 S. 2 TKG wird das Ermessen der Bundesnetzagentur bei der Entscheidung über den Grad der Entgeltregulierung nicht ausgeschlossen,

vgl. BVerwG, Urteil vom 28.01.2009 in der Sache 6 C 39.07 (Rz. 38 f.).

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 Zugangsentgelte auferlegt. Gemäß § 40 VwVfG hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Bei der Ausübung des Ermessens ist die Bundesnetzagentur nicht gehalten, eine differenzierte Bewertung hinsichtlich der einzelnen von der Entgeltenehmigungspflicht betroffenen Zugangsleistungen vorzunehmen, weil das festgestellte Marktversagen den Zugang zur TAL insgesamt kennzeichnet,

vgl. BVerwG, Urteil vom 28.01.2009 in der Sache 6 C 39.07 (Rz. 44).

Die Sondersituation hinsichtlich der Glasfaser-TAL rechtfertigt im vorliegenden Fall allerdings gleichwohl eine Sonderregelung (vgl. lit. d).

**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 Bereitstellung und Überlassung der TAL die Kosten der effizienten Leistungserbringung 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 den Verweisen in § 30 Abs. 3 S. 2 und 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 sind. Auf dem Markt für den physischen Zugang zu Netzinfrastrukturen an festen Standorten ist die Betroffene keiner effektiven Konkurrenz ausgesetzt, und es ist auf längere Sicht nicht erkennbar, dass Marktkräfte diese Marktmacht erodieren lassen könnten.

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

Um ihre eigene Wettbewerbsposition einschließlich derjenigen konzernverbundener Unternehmen sowohl auf den verfahrensgegenständlichen als auch auf benachbarten Märkten zu stärken, könnte sich die Betroffene veranlasst sehen, durch preisliche Maßnahmen etwa in Form von Preis-Kosten-Scheren oder sachlich ungerechtfertigten Bündelungen, aber auch durch Vorteilseinräumungen zugunsten konzernverbundener oder

sonstiger Unternehmen die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweils betroffenen Märkten zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die Nachfrager, die an der Betroffenen als Geschäftspartnerin nicht vorbeikommen und ggf. mit ihr auf den 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 Kosten der effizienten Leistungserbringung 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 Leistungserbringung 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. 133f., 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 76ff., 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 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. 49ff., 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. Alternative Teilnehmernetzbetreiber müssen die TAL bei der Betroffenen einkaufen, um ihren Kunden einen Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten anbieten zu können. Die Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte der TAL sind Teil ihrer Kosten, die sie an ihre Endkunden weitergeben werden.

Aufgrund des Wettbewerbs im Endkundenmarkt können es sich die Anbieter auch nicht leisten, die Einsparungen beim Einkauf der TAL dauerhaft nicht an die Endkunden weiterzuleiten,

vgl. zur Preisentwicklung und zum Wettbewerb auf den Endkundenmärkten Statistisches Bundesamt Deutschland, Pressemitteilung Nr. 024 vom 20.01.2011.

Im umgekehrten Fall der Erhöhung der Entgelte wäre die Reaktion ähnlich, die Anbieter würden zumindest zeitversetzt diese auf den Kunden abwälzen. Im Ergebnis ist die Höhe der Endkundenentgelte der alternativen Teilnehmernetzbetreiber für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten 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.

In diesem Sinne überhöhte Entgelte für Bereitstellung und Überlassung der TAL würden der Betroffenen ein wettbewerbsverfälschendes Quersubventionierungspotenzial erschließen. Auf den verfahrensgegenständlichen Märkten erhobene Monopolrenten könnten auf anderen Märkten 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 verlustig gingen,

vgl. zur Marktmachtübertragung (auch auf nicht beherrschte Märkte) Möschel, a.a.O. (Wettbewerbsrecht EG), Art. 82 Rn. 102f.; 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, aber auch nicht unterschreiten, 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 zur TAL verpflichtet. Ein Sinn dieser Zugangsverpflichtung ist es namentlich, den Nachfragern den Aufbau eines eigenen Anschlussnetzes zu ermöglichen. Bei letzteren handelt es sich um Infrastrukturinvestitionen. Diese würden möglicherweise unterlassen oder verschoben und jedenfalls anders in der Investitionsrechnung bewertet werden, sollten zumindest die Entgelte für die TAL die KeL überschreiten. In der Folge würden der Zugangsanspruch verwässert und das Regulierungsziel der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen unterlaufen werden.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Bedeutung der Kupfer-TAL-Entgelte für die Stimulierung von NGA-Investitionen hinzuweisen. Denn mit der Festlegung des Preisniveaus für die Kupfer-TAL wird auch die Ertragsseite - bzw. bezüglich FTTC zudem die Aufwandsseite - der NGA-Investitionsrechnung maßgeblich mit beeinflusst.

Zweiter Zweck der Entgeltkontrolle muss also unter Hinblick auf die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG die Gewährleistung sein, dass die Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte die Kosten der effizienten Leistungserbringung nicht überschreiten.

**c.** Für die TAL entspricht mit Ausnahme der Glasfaser-TAL lediglich die Auferlegung einer Entgeltkontrolle gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG 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 bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen als auch zu gewährleisten, dass die Entgelte für Bereitstellung und Überlassung der TAL die Kosten der effizienten Leistungserbringung nicht überschreiten.

**aa.** Die Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht ist geeignet, die genannten Zwecke zu erreichen. In ihrem Rahmen werden sowohl etwaige Verstöße gegen die Missbrauchsvorschrift des § 28 TKG als auch drohende Überschreitungen der KeL im Sinne von § 31 TKG wirksam abgestellt.

**bb.** Die Genehmigungspflicht ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Regime zu entdecken, welches an die Stelle der Entgeltgenehmigungspflicht treten könnte.

Namentlich weniger wirksam als die Entgeltgenehmigungspflicht wäre die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle nach § 30 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 38 TKG. Zwar wäre eine solche Missbrauchskontrolle in der Lage, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen – selbst vor Inkrafttreten neuer Tarife – sicherzustellen. Sie reichte aber aufgrund ihres milderen Prüfungsmaßstabes nicht aus, um Überschreitungen der KeL zu begegnen.

Derartige Überschreitungen wären im Falle einer Prüfung der Zugangsentgelte am bloßen Missbrauchsmaßstab jedoch zu erwarten. Dies folgt aus den allgemeinen Anreizen, die die von fehlenden Ausweich- und Einwirkungsmöglichkeiten der Nachfrager gekennzeichneten Marktstrukturen für die Betroffene mit sich bringen. Nachfrager können sich gegen KeL-überschreitende Preise nicht aus eigener Kraft wehren. Es entspräche daher allgemeiner Theorie und Praxis, wenn die Preise zur Gewinnmaximierung über das genannte Niveau gehoben würden,

vgl. zur Preissetzung im (natürlichen) Monopol Wied-Nebbeling, Grundlagen der Mikroökonomik, 2. Aufl. 2001, S. 214ff., insbes. S. 235f.; Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. Aufl. 2003, S. 236ff.; Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 6. Aufl. 2005, S. 194ff.

Vorliegend ist kein belastbarer Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass die Betroffene ihr Preissetzungsverhalten für die Kupfer-TAL gleichwohl zukünftig so handhaben würde, dass sie die Kosten der effizienten Leistungserbringung aus eigenem Entschluss und ohne entsprechende Eingriffsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur einhalten würde.

Jedenfalls derzeit ist damit der Missbrauchsmaßstab nicht ausreichend zur Sicherstellung von KeL-Entgelten. Kann der Gefahr von die KeL überschreitenden Entgelten für die

aufgelegten Zugangsverpflichtungen schon nicht nach § 30 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 38 TKG begegnet werden, so würde selbiges erst recht nicht bei der Auferlegung von Verpflichtungen nach § 30 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG (es fehlt damit am „Ausreichen“ im Sinne von § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG) oder gar bei einem vollständigen Absehen von Entgeltkontrollverpflichtungen gelingen.

Die Entgeltgenehmigungspflicht stellt sich damit als zur Zweckerreichung erforderliche Maßnahme dar.

**cc.** Die Auferlegung der Genehmigungspflicht ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der KeL-Regulierung auf andere Rechtsgüter zu entdecken, die in der Abwägung eine solche Regulierung unzulässig erscheinen ließen.

In diesem Zusammenhang ist zwar durchaus zuzugestehen, dass nicht jedwede vorhersehbare Überschreitung der KeL-Obergrenze die Genehmigungspflichtigkeit von Entgelten auslösen kann. Eine auf eine KeL-Obergrenze zielende Entgeltregulierung stellt einen massiven Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar. Ein derartiger Eingriff darf deshalb nur vorgenommen werden, wenn es sich im Lichte der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG nicht um einen Bagatellfall handelt.

Ob ein solcher Bagatellfall vorliegt, ist anhand des betroffenen absoluten Entgeltvolumens, der marktstrukturellen Bedeutung des Preises und der möglich erscheinenden Spanne zwischen den bei alleiniger Missbrauchs- und bei zusätzlicher KeL-Regulierung geltenden Preisen zu beurteilen. Je niedriger das Entgeltvolumen, die Bedeutung des Preises für die Entwicklung dieses und anderer Märkte sowie das Änderungspotenzial einer KeL-Regulierung sind, desto geringer sind die zu erwartenden positiven Wettbewerbsauswirkungen einer KeL-Regulierung und desto eher können in Abwägung mit der Eingriffstiefe einer solchen Regulierung gewisse künftige Überschreitungen der KeL hingenommen werden. Sollte nach dieser Maßgabe eine KeL-Regulierung unverhältnismäßig sein, müsste notgedrungen auf ein schwächeres Kontrollregime zurückgegriffen werden.

Im vorliegenden Fall handelt es sich indes um einen Markt, auf dem Wettbewerbern gegenwärtig 9,3 Mio. TAL bereitgestellt werden. Geringfügige Preisänderungen würden sich daher zu hohen Beträgen aufsummieren. Der Preis stellt sich außerdem als ein entscheidender Wettbewerbsparameter dar. Angesichts der Anzahl der vermieteten TAL und ihrer Bedeutung für den Infrastrukturwettbewerb kann keinesfalls von einem Bagatellfall gesprochen werden.

Die KeL-Regulierung gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 35 Abs. 3 TKG ist damit insgesamt geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um die dargestellten Zwecke zu erreichen.

**d.** Abweichend von den obigen Ausführungen ist dagegen für die von der Entgeltregulierung erstmalig erfasste Glasfaser-TAL eine nachträglichen Entgeltregulierung mit Anzeigeverpflichtung gemäß § 38 TKG ausreichend, um die mit der Entgeltregulierung verfolgten Zwecke zu erreichen. 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 bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen als auch zu gewährleisten, dass die Zugangsentgelte die KeL nicht oder allenfalls geringfügig überschreiten.

Die Auferlegung unterschiedlicher Abhilfemaßnahmen auf demselben Markt ist zulässig, wenn sie die angemessene Reaktion auf Unterschiede in den Wettbewerbsbedingungen für einzelne Leistungen sind, die zu diesem Markt gehören. Die Auferlegung differenzierter Abhilfemaßnahmen innerhalb eines geographisch abgegrenzten Marktes wird in Erwägungsgrund Nr. 9 der NGA-Empfehlung explizit als zulässig angesehen. Ein Grund dafür könne das Vorhandensein mehrerer alternativer Infrastrukturen sein, wie vorliegend mit Kupfer- und künftig massenmarktfähiger Glasfaser-TAL bei der Betroffenen der Fall.

Unter den aktuellen Marktverhältnissen gibt es im Massenmarkt noch keine Anwendungen für die theoretisch mit Glasfaser-TAL erzielbaren Bandbreiten, die ihre Nutzung zwingend voraussetzen. Deshalb können auch Anschlüsse auf Kupfer-Basis Substitute für Anschlüsse mit Glasfaser-TAL sein. FTTH-Anschlüsse werden aus Endkundensicht durchgehend hinsichtlich Preis und Leistungsfähigkeit vergleichbare Eigenschaften zu kupferbasierten Anschlüssen aufweisen. Breitbandanschlüsse auf FTTH, FTTC, FTTB und TV-Kabel-Grundlage werden deshalb eine disziplinierende Wirkung auf FTTH-Anschlüsse haben,

vgl. Festlegung Punkt H.I.4.b (1).

Die Betroffene kann sich wegen ihrer beträchtlichen Marktmacht auch bei der Glasfaser-TAL theoretisch zwar unabhängig von den anderen Marktteilnehmern, aber nicht unabhängig von der einer Entgeltenehmigungspflicht unterworfenen Kupfer-TAL bewegen. Weil die Kupfer-TAL während des gesamten Regulierungszeitraumes in unvermindertem Umfang zur Verfügung stehen wird und kein Rückbau der Kupfer-TAL, sondern ihr paralleler Weiterbetrieb zur Glasfaser-TAL von der Betroffenen geplant ist, wird die Kupfer-TAL während des gesamten Regulierungszeitraumes ihre preisbegrenzende Wirkung auf die Glasfaser-TAL entfalten und entgegen den Bedenken des Bundeskartellamtes überhöhte Vorleistungs- und Endkundenentgelte verhindern.

Dieses von der Marktanalyse dargestellte Nebeneinander von Austauschbarkeit der Glasfaser-TAL mit der KeL-entgeltregulierten Kupfer-TAL und gegenwärtig unklarer Aussicht auf signifikant höhere Endkundenentgelte kann zum Anknüpfungspunkt einer unterschiedlichen Entgeltregulierung gemacht werden, die sich alleine am Missbrauchsmaßstab ausrichtet.

aa. Die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung mit Anzeigeverpflichtung ist geeignet, die unter lit. b 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.

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 die Glasfaser-TAL auf der Investitionsleiter zum Zugang zur Kupfer-TAL und Bitstrom-Produkten positioniert ist, müssen sich auch die Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte der Glasfaser-TAL in die Kette der jeweils verlangten Vorleistungs- und Endkundenentgelte einpassen. Die Spielräume, die für die Festsetzung der Entgelte bestehen, sind in Anbetracht der Vorgaben des § 28 TKG zur Vermeidung von Kosten-Kosten- sowie Preis-Kosten-Scheren 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 Kupfer-TAL-Entgelt einerseits, den Entgelten für Bitstrom-Produkte und Endkundenentgelten für auf der Glasfaser-TAL aufsetzenden Anschlüssen andererseits geeignete Anhaltspunkte zur Verfügung, von denen ausgehend tiefgreifende Prüfungen sowohl von Kosten-Kosten-Scheren als auch von Preis-Kosten-Scheren erfolgen können. Hier ist insbesondere zu berücksichtigen, dass aus Endkundensicht Glasfaser- und Kupferanschlüsse für den hier betrachteten Zeitraum austauschbar sind, also Anschlüsse die auf Kupferbasis bereitgestellt werden, eine disziplinierende Wirkung auf die Bepreisung der Glasfaseranschlüsse haben,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer, Punkt H.I.4.b. (1).

Deshalb kann durch die Prüfung von Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren erreicht werden, dass keine Vorleistungsentgelte verlangt werden, die den Aufbau alternativer FTTH-Netze unmöglich machen. Die nachträgliche Entgeltregulierung erlaubt es der Betroffenen allerdings auch, in diesem engen Rahmen einen Preis zu bestimmen und durchzusetzen, der

ihr Investitionsrisiko angemessen widerspiegelt. Weil im Rahmen der Prüfung von Preis-Kosten-Scheren immer auch die jeweils erzielbaren Endkundenentgelte zu berücksichtigen sind, kann flexibel auf das Aufkommen FTTH-spezifischer Anwendungen und die dadurch möglicherweise erzielbaren höheren Endkundenentgelte reagiert werden, die auch höhere Vorleistungspreise rechtfertigen können. Eine KeL-Regulierung hätte zudem den Nachteil, dass wahrscheinlich die für die Berechnung der KeL erforderliche Ermittlung der Kosten eines erst noch zu errichtenden Netzes als auch die zu erwartenden Absatzahlen der Glasfaser-TAL zu großen Teil auf unsicheren Annahmen beruhen würden.

Die nachträgliche Entgeltregulierung der Glasfaser-TAL steht auch im Einklang mit der NGA-Empfehlung. Die in Ziffer 20 und 25 empfohlener Auferlegung kostenorientierter Zugangsentgelte wird unter den gegebenen Umständen auch durch eine nachträgliche Entgeltregulierung entsprochen, weil sich deren Ergebnisse wie oben dargestellt nahe an den KeL bewegen und dem Investitionsrisiko der Betroffenen Rechnung tragen werden.

Die Bedenken der EU-Kommission, dass eine nachträgliche Entgeltregulierung zu nicht kostenorientierten Vorleistungsentgelten führen würde, die den FTTH-Ausbau der Wettbewerber behindern, wären dann berechtigt, wenn die zulässige Entgelthöhe nur durch die Ermittlung des höchsten unverzerrten Wettbewerbspreises zuzüglich eines Erheblichkeitszuschlages zu bestimmen wäre. Wie ausgeführt, ist die Betroffene aber in ihrer Preissetzung für die am Endkundenmarkt angebotenen massenmarktfähigen Glasfaseranschlüsse gerade nicht frei, sondern durch die Konkurrenz von kupferbasierten Anschlüssen diszipliniert. Diese Disziplinierung wird durch die Genehmigungspflicht nach Maßgabe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für die Entgelte für den Zugang zur Kupfer-Tal abgesichert.

Diese so sichergestellte Verbindung der Entgelte für den Zugang zur Glasfaser-TAL zu den KeL-regulierten Entgelten für den Zugang zur Kupfer-TAL schafft auch die von der Kommission geforderte Transparenz und Planungssicherheit für die Nachfrager der Glasfaser-TAL, weil die Entgelte für die Kupfer-TAL regelmäßig über Zeiträume von mindestens zwei Jahren genehmigt werden.

bb. Die nachträgliche Entgeltregulierung mit Anzeigeverpflichtung ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein mildereres, 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 den TAL-Zugangsmarkt 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 Überprüfungsverfahren zu Bitstrom-Entgelten 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.

Angesichts der Stellungnahme der EU-Kommission ist darauf hinzuweisen, dass die Prüfungsfrist nicht zwei Wochen, sondern zwei Monate beträgt. Die zweiwöchige Frist des § 38 Abs. 1 S. 2 TKG ist keine Prüfungsfrist, sondern eine Frist, innerhalb der die Bundesnetzagentur über die vorläufige Untersagung der Einführung der angezeigten Entgelte entscheidet. Es handelt sich hier um eine gesondert geregelte Form einer einstweiligen Anordnung, nicht um die Frist für die endgültige Entscheidung,

vgl. Scheurle/Mayen-Stamm, TKG-Kommentar, 2. Aufl., § 38 Rz. 18.

Eine Untersagung der Entgelte bzw. eine Anordnung neuer Entgelte richtet sich nach § 38 Abs. 4 S. 1 und 2 TKG. Der EU-Kommission ist zuzugeben, dass ein Notifizierungsverfahren auch während der zweimonatigen Frist des § 38 Abs. 3 TKG nicht vollständig durchzuführen sein wird. Aber auch nach Verstreichen dieser Frist ist die Bundesnetzagentur nicht daran gehindert, die Entgelte zu untersagen, wenn als Ergebnis der Konsultation oder der Konsolidierung eine Untersagung geboten ist. Soweit gemäß § 38 Abs. 4 S. 2 TKG ein neues Entgelt festgelegt werden sollte, kann diese Entscheidung mit einem Widerrufsvorbehalt nach § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG versehen werden und so an das Ergebnis des Notifizierungsverfahrens angepasst werden. Ein solcher Widerrufsvorbehalt ist zulässig, weil er die vorläufige Entscheidung über die vorgelegten Entgelte ermöglicht, bevor das Konsolidierungsverfahren nach Artikel 7 der RahmenRL abgeschlossen ist.

e. Mit der –abgesehen von der Glasfaser-TAL– vorgenommenen Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht nach § 31 TKG ist noch keine Entscheidung über die Methode verbunden, mit der die einzelnen Kostenbestandteile ermittelt werden. Die Methode der Ermittlung der in § 31 TKG genannten Kostenbestandteile, insbesondere des eingesetzten Kapitals, stehen im Ermessen der Bundesnetzagentur, welches im Entgeltgenehmigungsverfahren auszuüben ist. Der vollumfängliche Beurteilungsspielraum der Beschlusskammer umfasst auch die Kalkulation und Genehmigung von ausschließlich auf der Grundlage von Bruttowiederbeschaffungskosten ermittelten Entgelten.

Wie die Investitionskosten bestimmt werden, geben das TKG und auch Art. 13 der Zugangsrichtlinie nicht ausdrücklich vor. In Erwägungsgrund 20 der Zugangsrichtlinie heißt es dazu:

*„Ermittelt eine nationale Regulierungsbehörde die Kosten, die für die Einrichtung eines nach dieser Richtlinie zugelassenen Dienstes entstehen, so ist eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital, einschließlich eines angemessenen Betrags für Arbeits- und Aufbaukosten, vorzusehen, wobei erforderlichenfalls eine Anpassung des Kapitalwerts vorgenommen wird, um die aktuelle Bewertung der Vermögenswerte und die betriebliche Effizienz widerzuspiegeln. Die Methode der Kostendeckung sollte auf die Umstände abgestimmt sein und das Erfordernis berücksichtigen, die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb zu fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft zu sein.“*

Die „Methode der Kostendeckung“, im vorliegenden Zusammenhang also namentlich die Bestimmung der Investitionskosten, soll mithin im Einzelfall unter Ansehung der Regulierungsziele bestimmt werden.

Allerdings hat das VG Köln mit Blick auf § 24 Abs. 1 TKG<sup>1996</sup> i.V.m. der TAL-Verordnung geurteilt, dass bei der Berechnung der TAL-Überlassungsentgelte stets die sogenannten „tatsächlichen Kosten“ maßgebend sein sollen. Die tatsächlichen Kosten sollen sich aus den bereits tatsächlich entstandenen Anschaffungs- und Herstellungskosten einerseits und den voraussichtlichen Kosten für die langfristige Entwicklung und Verbesserung der lokalen Infrastruktur, die auf Wiederbeschaffungsbasis kalkuliert werden könnten, zusammensetzen,

so VG Köln, Urteil 1 K 3481/01 vom 27.08.2009, Rz. 72 ff. (juris) – nicht rechtskräftig –, unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil C 55/06 vom 24.04.2008, Rz. 115, 118, 119 und 154, siehe auch die Parallelurteile 1 K 3427/01 und 1 K 3479/01 vom 27.08.2009 und bereits vorher VG Köln, Urteil 1 K 1749/99 vom 27.11.2008, Rz. 94 ff. (juris) – rechtskräftig.

Entgegen der Ansicht des VG Köln und der Antragstellerinnen zu 2. und 5 wird diese Abwägungsentscheidung im Rahmen der Entgeltgenehmigung allerdings nicht auf eine solche zwingende Mischung zwischen Anschaffungs- und Herstellungskosten einerseits und Bruttowiederbeschaffungskosten andererseits begrenzt. Wie die Bundesnetzagentur auch im anhängigen Revisionsverfahren dargelegt hat, kann der Investitionswert auch anhand reiner Bruttowiederbeschaffungskosten bestimmt werden.

Das VG Köln verkennt, dass Art. 3 Abs. 3 TAL-VO der Bundesnetzagentur einen Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung des Investitionswerts als Berechnungsgrundlage für die Verzinsungen und Abschreibungen einräumt. Das zeigen bereits die vom VG zitierten Passagen aus dem Urteil des EuGH vom 24. April 2008. Das Ergebnis wird durch den - zulässigen - Vergleich mit den englischen und französischen Fassungen des Urteils bestätigt. Nur bei dieser Auslegung ist das Urteil des EuGH widerspruchsfrei. Der Ansatz des VG Köln würde zudem dazu führen, dass die Bewertung des vorhandenen Netzes ausschließlich nach historischen Werten vorzunehmen wäre. Das hat der EuGH aber gerade abgelehnt. Das VG verkennt letztlich, dass die Verpflichtung, die verschiedenen Bewertungsmaßstäbe zu berücksichtigen, nicht dazu zwingt, sie zu kombinieren, sondern der Bundesnetzagentur die Wahl lässt, sich im Rahmen des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums für einen dieser Maßstäbe zu entscheiden.

Entgegen der Auffassung des VG verlangt der EuGH nicht, dass die nationalen Regulierungsbehörden einen neuen Bewertungsmaßstab der tatsächlichen Kosten anwenden müssen, bei dem die vorhandenen Anlagen nach historischen und die Erweiterungen nach Wiederbeschaffungswerten zu kalkulieren sind. Vielmehr haben diese ein Ermessen im europarechtlichen Sinne (also einen Beurteilungsspielraum), welchen Bewertungsmaßstab sie anwenden. Das ergibt sich aus der Beantwortung der Frage 3 des Vorlagebeschlusses durch den Gerichtshof.

Der EuGH stellt zunächst fest, dass weder die TAL-VO noch die Richtlinien 97/33 und 98/10 zur Anwendung einer bestimmten Kostenberechnungsmethode bei der Bestimmung des

Investitionswerts verpflichtet. Er erläutert weiter, dass das Gemeinschaftsrecht – die einschlägigen Richtlinien und Empfehlungen – zwischen der Berechnung auf der Basis aktueller und der Berechnung auf der Basis historischer Kosten unterscheidet. Obwohl beide Kostenberechnungsmethoden Nachteile haben, kommt das Gericht zum Ergebnis, dass das Gemeinschaftsrecht weder zum Ansatz historischer Kosten noch zum Ansatz von Wiederbeschaffungswerte verpflichtet. Die entscheidenden Ausführungen, die zum Verständnis der Antwort in Rn. 119 entscheidend sind, finden sich ab Rn. 116 des Urteils:

*„116. In Ermangelung spezifischer gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften liegt es im Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden, festzulegen, wie die Berechnungsgrundlage zu bestimmen ist, auf deren Grundlage die Abschreibungen zu berücksichtigen sind.*

*117. Daher kann die Kostenberechnungsmethode nach den Bestimmungen der Richtlinie 97/33, die im Rahmen der Verordnung Nr.2887/2000 auch auf den Teilnehmeranschluss Anwendung finden, sowohl auf die historischen Kosten des gemeldeten Betreibers, was die Berücksichtigung der Anschaffungs- bzw. der Herstellungskosten als Bezugsgrundlage voraussetzt, als auch auf die voraussichtlichen Kosten gestützt werden, was die Berücksichtigung der Wiederbeschaffungskosten als Bezugsgrundlage nicht ausschließt.*

*118. Vor diesem Hintergrund müssen die NRB die tatsächlichen Kosten berechnen, die im Rahmen der Anwendung des Grundsatzes der Kostenorientierung der Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zu berücksichtigen sind.*

*119. Nach alledem ist Buchst. a der dritten Frage dahingehend zu beantworten, dass die NRB im Rahmen der Anwendung des Grundsatzes der Kostenorientierung der Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss nach Art. 3 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2887/2000 bei der Ermittlung der Grundlage für die Berechnung der Kosten des gemeldeten Betreibers die tatsächlichen Kosten berücksichtigen müssen, d. h. die historischen Kosten des gemeldeten Betreibers sowie die voraussichtlichen Kosten, wobei letzterer gegebenenfalls aufgrund des Wiederbeschaffungswerts des Netzes oder bestimmter Teile davon zu kalkulieren sind.“*

Der EuGH räumt der nationalen Regulierungsbehörde ein "Ermessen" – nach nationalem Recht also einen gerichtlich nur beschränkt kontrollierbaren Beurteilungsspielraum - ein. Das "Ermessen" führt dazu, dass die nationale Regulierungsbehörde sowohl auf die historischen Kosten des gemeldeten Betreibers als auch auf die voraussichtlichen Kosten (also Wiederbeschaffungskosten) abstellen kann (Rn. 117). In diesem Rahmen muss sich das "Ermessen" der NRB halten (Rn. 118, 119). Eine Einschränkung dieses "Ermessens" nimmt der Gerichtshof nicht vor.

Damit ist es nicht zu vereinbaren, wenn das VG Köln einen Beurteilungsspielraum der Beklagten bei der Bestimmung der Berechnungsgrundlage für den Investitionswert pauschal verneint. Diese Aussage steht im Widerspruch zu den Vorgaben des Europarechts. Die Bundesnetzagentur ist vielmehr befugt, im Rahmen ihres Ermessens bzw. ihres Beurteilungsspielraums bei der Ermittlung des Investitionswerts Wiederbeschaffungswerte zu tagesaktuellen Preisen für die Anlagegüter zugrunde zu legen.

#### aa. Auslegung unter Berücksichtigung anderer Sprachfassungen

Das Ergebnis wird auch durch die unterschiedlichen Sprachfassungen des Urteils bestätigt. Entgegen der Meinung des VG Köln sind die anderen Sprachfassungen des EuGH-Urteils für die Auslegung des Wortlauts der deutschen Fassung sehr wohl heranzuziehen. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verbietet es die Notwendigkeit einer einheitlichen

Anwendung des Unionsrechts, eine Bestimmung in einer ihrer Fassungen isoliert zu betrachten, sondern zwingt vielmehr dazu, sie unter Berücksichtigung ihrer Fassungen in allen Amtssprachen und nach dem allgemeinen Aufbau und dem vom Urheber des betreffenden Rechtsakts verfolgten Zweck auszulegen (vgl. zuletzt EuGH, Urt. v. 17.9.2009 - Vorarlberger Gebietskrankenkasse - C-347/08, Slg. 2009, I-000, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 28.1.2010 - Eulitz - C-473/08, Slg. 2010, I-000, Rn. 22). Für die Auslegung von Gerichtsurteilen kann trotz der Verbindlichkeit der in der Verfahrenssprache abgefassten Urteilsversion nichts anderes gelten. Einen sachlichen Grund, andere Sprachfassungen nicht zur Auslegung heranzuziehen, gibt es nicht. An der alleinigen Verbindlichkeit der deutschen Fassung ändert sich nichts. Die Notwendigkeit, auch andere Sprachfassungen zu berücksichtigen, gilt umso mehr, als die deutsche Fassung eine nachträgliche Übersetzung aus dem Französischen ist. Französisch ist die Arbeitssprache des EuGH. Urteilsentwürfe werden ausschließlich in Französisch verfasst, egal welche Sprache aufgrund der Herkunft der Beteiligten Verfahrenssprache ist. Das gleiche gilt für die mündliche Beratung der Richter.

Gerade die französische Sprachfassung belegt, dass der EuGH nicht von einem Oberbegriff der tatsächlichen Kosten ausgegangen ist, die eine Kombination der historischen und der voraussichtlichen Kosten sind. Wie wir bereits in der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde dargelegt haben, verdeutlicht die französische Fassung der Antwort des Gerichtshofs auf Frage 3 a in Rn. 119 durch die entsprechenden Satzzeichen, dass der EuGH die tatsächlichen Kosten als Synonym für die historischen Kosten versteht. Die französische Fassung des Urteils verdeutlicht durch die Satzzeichen, dass "*les couts reels*" die "*couts déjà payes par l'opérateur notifié*" und damit die historischen Kosten sind. Der Text ist eindeutig:

*119. Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre à la troisième question, sous a), en ce sens que, dans le cadre de l'application du principe d'orientation des tarifs de l'accès dégroupé à la boucle locale en fonction des coûts, prévu à l'article 3, paragraphe 3, du règlement n°2887/2000, les ARN doivent prendre en compte, pour déterminer la base de calcul des coûts de l'opérateur notifié, **les coûts réels**, à savoir les couts déjà payes par l'opérateur notifié, **ainsi que les coûts prévisionnels**, ces derniers étant fondés, le cas échéant, sur une estimation des frais de remplacement du réseau ou de certains éléments de celui-ci. (Hervorhebung nicht im Original) ,*

Auch die englische Fassung verdeutlicht durch die Setzung der Kommata, dass der EuGH die "*actual costs*" - also die tatsächlichen Kosten - durch den nachfolgenden Einschub "*namely costs already paid by the notified operator*" als historische Kosten definiert. Dem gegenüber stehen die "*forward-looking costs*", die sich "*on an estimation of the costs of replacing the network*" bemessen. Das wird aus der englischen Fassung der Rn. 119 des Urteils vom 24. April 2008 deutlich:

*„119. It follows from all of the above considerations that the answer to Question 3(a) must be that, when applying the principle that rates for unbundled access to the local loop are to be set on the basis of cost-orientation, laid down in Article 3(3) of Regulation No 2887/2000, in order to determine the calculation basis of the costs of the notified operator, the NRAs **have to take account of actual costs**, namely costs already paid by the notified operator, and **forward-looking costs**, the latter being based, where relevant, on an estimation of the costs of replacing the network or certain parts of it." (Hervorhebung nicht im Original)*

Dass die tatsächlichen Kosten die historischen Kosten sind, zeigt die englische Urteilsfassung noch deutlicher, wenn man die Ausführungen in Rn. 119 zusammen mit den Erläuterungen des Gerichtshof unter Rn. 86 und Rn. 115 sieht. In Rn. 86 werden die

historischen Kosten definiert als *"cost actually incurred by the notified operator and taking account of depreciation already made"*. Ebenso heißt es in Rn. 115 *"actual costs, namely costs already paid by the notified operator"*. Viel prägnanter als die deutsche Fassung wird hier deutlich, dass *"actual costs"* und *"historic costs"* ein und dasselbe sind.

Dass in der deutschen Fassung in Rn. 119 hinter der Aufzählung der beiden Kostenarten anders als in der englischen und französischen hinter der Passage "die historischen Kosten des gemeldeten Betreibers" ein Komma fehlt, darf daher nicht zu der Fehlinterpretationen veranlassen, der Gerichtshof habe mit dem Begriff der tatsächlichen Kosten einen neuen Kostenoberbegriff schaffen wollen. Die Ausführungen lassen sich auch so zwanglos dahingehend verstehen, dass die tatsächlichen Kosten die historischen Kosten sind, während die voraussichtlichen Kosten nach Wiederbeschaffungswerten kalkuliert werden, ohne dass diese kombiniert werden müssten. Dazu zwingt auch die Formulierung in Rn. 154 des Urteils vom 24. April 2008, dass die Preise *"anhand der tatsächlichen Kosten, d. h. der historischen Kosten und der voraussichtlichen Kosten des gemeldeten Betreibers, festzusetzen sind"*, nicht. Dass auch damit keine Kombination beider Kostenmaßstäbe bei der Ermittlung des Investitionswerts verlangt wird, ergibt sich nämlich daraus, dass das Urteil des EuGH ansonsten in sich widersprüchlich werden würde.

#### bb. Die Systematik des Urteils des EuGH

Solche Widersprüche ergeben sich unter Zugrundelegung des Verständnisses des VG Köln sowohl bereits im Hinblick auf die Ausführungen in Rn. 119 des Urteils des Gerichtshofs als auch im Hinblick auf die Ausführungen des EuGH zu den Kostenmodellen, die zur Ermittlung des Investitionswerts herangezogen werden können.

Schon aus Rn. 119 ergibt sich, dass der EuGH keine Kombination historischer Anschaffungskosten und Wiederbeschaffungswerte bei der Bestimmung des Werts der Anlagegüter verlangt. Das Gericht verdeutlicht dort, dass das gesamte TAL-Netz oder Teile dieses Netzes zu Wiederbeschaffungswerten kalkuliert werden können. Wenn aber das gesamte TAL-Netz zu Wiederbeschaffungswerten kalkuliert werden darf, kann die Beklagte nicht gezwungen sein, stets beide Kostenmaßstäbe zu kombinieren. Schon diese Ausführungen in Rn. 119 verbieten den vom VG gezogenen Schluss.

Dieses Ergebnis wird durch die Beantwortung der Frage 3 c zur Heranziehung analytischer Kostenmodelle durch den Gerichtshof bestätigt. Mit dieser Frage wollte das VG Köln geklärt wissen, ob die Beklagte bei fehlenden, unvollständigen oder unzureichenden Kostenunterlagen auf analytische Kostenmodelle zurückgreifen darf oder den Entgeltgenehmigungsantrag abweisen muss. Der EuGH hat ausdrücklich bestätigt, dass das Gemeinschaftsrecht den Rückgriff auf analytische Kostenmodelle nicht ausschließt; die NRB können sowohl Top-down- als auch Bottom-up-Modelle anwenden (Rn. 134). Auch diese Aussage ist im Kontext der übrigen Erläuterungen des Gerichtshofs auszulegen. In Rn. 128 seines Urteils führt der EuGH aus:

*„128. Was die analytischen Kostenmodelle betrifft, so ist vorab darauf hinzuweisen, dass beim Bottom-up-Modell der Gegenwartswert der Investitionen zur Errichtung eines neuen Netzes zu berücksichtigen ist. Dieses Modell stützt sich auf die Kosten, die einem Betreiber für den Erwerb und den Betrieb seines eigenen Netzes entstanden wären. Dagegen stützt sich das Top-Down-Modell auf die dem gemeldeten Betreiber tatsächlich entstandenen Kosten.“*

Und weiter: Weil der Gemeinschaftsgesetzgeber sich weder für ein Top-down-Modell noch für ein Bottom-up-Modell ausgesprochen habe, überlasse es das Gemeinschaftsrecht den nationalen Regulierungsbehörden, auf der Grundlage des anwendbaren Rechts die

Kostenmethoden zu verwenden, die ihnen im Einzelfall am besten geeignet erscheinen (Rn. 131).

Diese Aussagen wären nicht nachzuvollziehen, wenn die nationalen Regulierungsbehörden bei der Bewertung der Investitionswerte sowohl historische Kosten als auch Wiederbeschaffungswerte zu berücksichtigen hätten. Dann hätten die NRB nämlich keinen Spielraum bei der Auswahl der Kostenmodelle. Sie müsste letztlich ein Top-Down-Modell zur Bestimmung des Anteils am Investitionswert einsetzen, der nach historischen Kosten zu bewerten ist, und ein Bottom-up-Modell für die Anlagegüter verwenden, die nach Wiederbeschaffungswerten bepreist werden müssen.

Das VG Köln übersieht diesen Punkt, ist aber der Auffassung, es sei nicht zu beanstanden, dass die Beklagte das WIK-Anschlussnetzmodell als das ihr am besten geeignete ausgewählt hat (s. 16 und S. 23 des Urteils). Das WIK-Modell basiert aber auf Wiederbeschaffungswerten. Es ist widersprüchlich, einerseits die Anwendung dieses Modells für ermessensfehlerfrei zu halten, andererseits aber die bereits getätigten Investitionen auf der Basis historischer Anschaffungskosten unter Berücksichtigung der bisher erfolgten Abschreibungen berechnen zu wollen. Das VG Köln unterstellt damit dem EuGH eine widersprüchliche Argumentation. Tatsächlich ist das Urteil jedoch in sich schlüssig: Wenn es im Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde steht, welche Wertansätze sie heranzieht, dann kann sie sich je nach Wertansatz widerspruchsfrei für ein bestimmtes analytisches Kostenmodell entscheiden. Ein Top-down-Modell muss sie dann wählen, wenn sie auf historische Kosten abstellt. Stellt sie dagegen auf Wiederbeschaffungswerte ab, muss sie auf ein Bottom-up-Modell zurückgreifen.

cc. Die Beantwortung der Frage 3 e

Die Auffassung des VG Köln wird schließlich durch die Ausführungen des EuGH zu der Frage 3 e im Vorabentscheidungsverfahren widerlegt, mit der das VG Köln explizit nach dem Bestehen von Beurteilungsspielräumen gefragt hatte:

*„159. Buchst. e der dritten Frage ist somit dahin zu beantworten, dass aus den Bestimmungen von Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 der Verordnung Nr. 2887/2000 hervorgeht, dass die NRB bei der Prüfung der von den gemeldeten Betreibern für die Bereitstellung eines entbündelten Zugangs zu ihren Teilnehmeranschlüssen in Rechnung gestellten Preise anhand des in Art. 3 Abs. 3 der Verordnung verankerten Preisbildungsgrundsatzes über eine weitreichende Befugnis verfügen, die die Beurteilung der verschiedenen Aspekte dieser Preise umfasst, und zwar bis hin zur Änderung der Preise, d.h. der vorgeschlagenen Entgelte. Diese weitreichende Befugnis bezieht sich auch auf die den gemeldeten Betreibern entstandenen Kosten, wie z.B. die Zinsen für das eingesetzte Kapital und die Abschreibungen der Anlagegüter, die Berechnungsgrundlage dieser Kosten und die Kostenrechnungsmodelle.“*

Der EuGH schränkt diese weite Befugnis der nationalen Regulierungsbehörden - ihr Ermessen bzw. ihren Beurteilungsspielraum - bei der Bestimmung des Investitionswerts mit keinem Wort ein. Er bekräftigt im Gegenteil, dass diese weitreichende Befugnis sich auch auf die Berechnungsgrundlage der Kosten und die Kostenrechnungsmodelle bezieht. Damit ist es nicht zu vereinbaren, wenn das VG Köln ein Ermessen bei der Wertermittlung der Anlagegüter ablehnt und stattdessen eine Berechnung sowohl nach historischen als auch nach Wiederbeschaffungswerten verlangt.

#### dd. Zweckwidrige Ergebnisse

Das Urteil des EuGH wäre aber nicht nur widersprüchlich, sondern würde zudem zu einem Ergebnis führen, dass der EuGH bei der Beantwortung der Frage 3 a ausdrücklich als unzulässig bezeichnet hat.

Der Ansatz des VG Köln würde dazu führen, dass das gesamte bestehende TAL-Netz fast ausschließlich zu historischen Werten zu bewerten wäre. Nach Auffassung des VG sind nämlich alle getätigten Investitionen nach den historischen Kosten zu kalkulieren. Das ergibt sich aus seinen Ausführungen zu der Bewertung der glasfaserbasierten Zugänge (S. 23 f. des Urteils). Wenn bei Ansatz der Wiederbeschaffungswerte der absolute Betrag der Abschreibungen zu hoch wäre, bedeutet dies nichts anderes, als dass auch hier die historischen Kosten abzüglich der Abschreibungen anzusetzen sind. Wiederbeschaffungswerte können dann allenfalls für die Investitionen angesetzt werden, die noch nicht getätigt sind, aber unmittelbar bevorstehen. Das bedeutet aber nichts anderes, als dass bis auf einen marginalen Teil historische Kosten anzusetzen sind.

Ein ausschließlicher Ansatz historischer Kosten ist aber die einzige Kostenberechnungsmethode, die der EuGH ausdrücklich verworfen hat. Der EuGH stützt dies auf die Erwägung, dass der gemeldete Betreiber nicht gezwungen werden darf, einerseits sein Netz zu öffnen und damit Kunden zu verlieren, während er andererseits wegen der Bestimmung des Investitionswerts zu historischen Kosten und unter Berücksichtigung der Abschreibungen keinen angemessenen Gewinn mehr erwirtschaften könnte, der es ihm ermöglichen soll, die langfristige Entwicklung und Verbesserung der lokalen Infrastruktur zu sichern (Rn. 105 f). Der EuGH folgert daraus (Rn. 108):

*"... dass als Grundlage für die Berechnung der Kosten, die bei der Festsetzung der Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zu berücksichtigen sind, nicht ausschließlich die historischen Kosten angesetzt werden dürfen, weil der gemeldete Betreiber sonst gegenüber dem Begünstigten ungerechtfertigt benachteiligt würde, ..."*

Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass nach dem Verständnis des VG Köln nicht ausschließlich historische Kosten zur Bestimmung des Investitionswerts angesetzt werden. Der EuGH betont selbst, dass die Unterhaltungs- und Verbesserungskosten ohnehin nur zu Wiederbeschaffungswerten kalkuliert werden müssen (Rn. 107). Wenn aber das restliche Netz nur zu historischen Werten kalkuliert wird, wie es das VG Köln verlangt, treten gerade die Folgen ein, die den EuGH veranlasst haben, eine historische Betrachtungsweise abzulehnen: Der gemeldete Betreiber könnte weder die Unterhaltung noch den Ausbau der Infrastruktur erwirtschaften. Auch deswegen verstößt die Auslegung des VG Köln gegen Bundesrecht.

#### ee. Das Berücksichtigungsgebot

Das VG Köln verkennt weiter, dass keine rechtliche Verpflichtung besteht, den einen oder den anderen Bewertungsmaßstab bzw. eine Kombination verschiedener Maßstäbe anzuwenden. Die Bewertungsmaßstäbe sind "nur" zu berücksichtigen. Dies hat der EuGH in Rn. 119 des Urteils vom 24. April 2008 klargestellt. "Berücksichtigen" oder französisch *„prendre en compte“* bzw. englisch *"have to take account of"* ist etwas anderes als die zwingende Beachtung mit der Folge, dass einer oder beide Bewertungsmaßstäbe zwingend Anwendung finden. Dann hätte das Gericht die Formulierung "beachten" gewählt. Dies hat es aber in keiner Sprachfassung des Urteils getan. Dass die NRB die Bewertungsmaßstäbe

berücksichtigen (und nicht: beachten) müssen, zeigt, dass der EuGH von einem abgestuften **Prüfungsprogramm** ausgeht.

Die NRB müssen auf der ersten Stufe die in Frage kommenden Bewertungsmethoden in ihren Entscheidungsprozess **einstellen und bewerten**, ob sie zu angemessenen Ergebnissen führen. Welche Erwägungen hier anzustellen sind, hat der EuGH in Rn. 99 ff. des Urteils vom 24. April 2008 dargelegt. Als Ergebnis dieser Bewertung müssen die NRB sich auf der zweiten Stufe für einen dieser Maßstäbe entscheiden. Sie können ihn auf das ganze Netz oder auf Teile davon anwenden. Bei der Bewertung der Angemessenheit des Maßstabs, bei seiner Auswahl und bei der Entscheidung, ob dieser Maßstab auf das ganze Netz oder auf Teile angewandt wird, haben sie ein Ermessen, also einen nur eingeschränkt justiziablen Beurteilungsspielraum. Dieses Ergebnis folgt auch aus dem Umstand, dass das europäische Telekommunikationsrecht den nationalen Regulierungsbehörden bei der Umsetzung des Gebots der Kostenorientierung von Entgelten stets Spielräume belassen hat. Das ist der Grund für die Feststellung des Gerichtshofs, dass das Gemeinschaftsrecht keinen dieser Bewertungsmaßstäbe zwingend vorgibt. Aus Sicht des Europarechtes ist es nicht zu beanstanden, wenn eine nationale Regulierungsbehörde auf Wiederbeschaffungswerte abstellt, eine andere tendenziell historische Kosten zugrunde legt. Entscheidend ist, dass ein objektiver, nachvollziehbarer Maßstab für die Kostenorientierung der Entgelte gewählt wird. Nur so kann den besonderen Umständen der Mitgliedstaaten etwa beim Ausbau der Netzinfrastrukturen und beim Dienstewettbewerb Rechnung getragen werden. Der europäische Gesetzgeber hat dieses Ermessen in Art. 3 Abs. 3 TAL-VO nicht eingeschränkt.

Dieser Beurteilungsspielraum ist auch durch die gegenwärtig geltende Rechtslage, insbesondere Artikel 13 Abs. 1 und 3 der Zugangsrichtlinie, nicht eingeschränkt worden. Der Erwägungsgrund 20 der Zugangsrichtlinie spricht gegen eine Beschränkung des Ermessens der Bundesnetzagentur auf eine Mischung von historischen und Wiederbeschaffungskosten, wie sie das VG Köln für § 24 Abs. 1 TKG<sup>1996</sup> annimmt, weil er explizit die Anpassung des Kapitalwertes zulässt, um die aktuelle Bewertung der Vermögenswerte des betroffenen Unternehmens widerzuspiegeln. Diese Auffassung deckt sich mit der Stellungnahme der Kommission im Verfahren IT/2010/1033 vom 21.10.2010 (Entgeltregulierung des Zugangs zur TAL), in dem diese ausführt, dass die anzusetzenden Kosten die Kosten seien, die entstünden, wenn die Zugangsleistung unter Nutzung moderner Technologie bereitgestellt würde, während die Ansetzung historischer Kosten, selbst wenn sie inflationsbereinigt seien, die falschen Investitionsanreize sowohl für Zugangsanbieter wie -nachfrager setzen könnte.

Dieses Ergebnis wird weiter untermauert durch die „Empfehlung der Kommission vom 19.09.2005 über die getrennten Buchführung und Kostenrechnungssystem entsprechend dem Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation“ vom 19.09.2005 (2005/698/EG). Kostenrechnungssysteme liefern Grundlagen für die Genehmigung von Entgelten. Sie müssen ausweislich Erwägungsgrund 6 so beschaffen sein, „dass sie Anreize für wirksame Investitionen bieten, potentielle wettbewerbswidriges Verhalten (vor allem die Preis-Kosten-Schere) aufzeigen helfen und im Einklang mit den in Artikel 8 der Richtlinie 2002/21/EG festgelegten politischen Zielen der nationalen Regulierungsbehörden stehen.“ In Ziffer 3 dieser Empfehlung heißt es:

„Den nationalen Regulierungsbehörden, die sich bereits für ein auf Wiederbeschaffungskosten beruhenden Kostenrechnungssystem entschieden haben, wird empfohlen, klare Termine und ein Bezugsjahr für die Einführung der neuen, auf Wiederbeschaffungskosten beruhenden Kostenrechnungssysteme durch die Betreiber festzulegen.“

Die Bewertung von Netzanlagevermögen nach seinem zukunftsorientierten bzw. Wiederbeschaffungswert für einen effizienten Betreiber, das heißt nach den

geschätzten Kosten, die einem vergleichbaren Betreiber auf einem hart umkämpften Markt entstünden, ist ein entscheidendes Element der auf Wiederbeschaffungskosten beruhenden Kostenrechnung (current cost accounting). (...) Es können weitere Anpassungen notwendig sein, um dem jeweils aktuellen Kaufpreis eines Anlageguts und seinen Betriebskosten Rechnung zu tragen"

Hieraus ist ersichtlich, dass auch eine Ermittlung der Kalkulationsgrundlage ausschließlich auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten zulässig ist.

Dies ergibt sich auch aus der NGA-Empfehlung der Kommission. Die Verwendung von Bottom-up Kostenmodellen für die Ermittlung kostenorientierter Entgelte eines effizienten Betreibers wird in Anhang I Ziffer 5 der NGA-Empfehlung für die Bemessung der Kosten für den Zugang zur Kupfer-TAL am KVz einschließlich der KVz-TAL selbst<sup>15</sup> ausdrücklich für zulässig erklärt, wobei für diesen Zugang dasselbe Risikoprofil wie für die sonstige Kupferinfrastruktur angenommen wird. Wenn die NGA-Empfehlung also Bottom-up-Kostenmodelle für die KVz-TAL als geeignet zur Ermittlung der „Kosten eines effizienten Betreibers“ ansieht, dann muss dies auch für die HVt-TAL gelten, denn die KVz-TAL greift mit Ausnahme des MFG auf bereits existierende Infrastrukturen zurück. Es ist darauf hinzuweisen, dass die bereits oben zitierte Stellungnahme der Kommission im Verfahren IT/2010/1033 am 21.10.2010 und somit nach Erlass der NGA-Empfehlung am 20.09.2010 erging. Hiergegen kann nicht eingewendet werden, dass die von der italienischen Regulierungsbehörde AGCOM ihren Entscheidungsentwurf zwar am 21.09.2010 und somit einen Tag nach dem Inkrafttreten der NGA-Empfehlung notifizierte, ihr Verfahren hierzu aber vor dem Inkrafttreten der NGA-Empfehlung abgeschlossen hatte. Es ist keine rechtliche Grundlage dafür erkennbar, dass sich die Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsentscheidung nicht nach dem Zeitpunkt ihres Erlasses, sondern nach dem Abschluss eines Verfahrensteils richten sollte. Zudem kann selbst nach dieser Auffassung ein Abschluss der eigenen Willensbildung der Behörde erst in der Übermittlung des Entscheidungsentwurfes an die Kommission und die Mitgliedsstaaten gesehen werden, die nach Inkrafttreten der NGA-Empfehlung erfolgte. Die Stellungnahme der Kommission zeigt somit, dass die NGA-Empfehlung keine Abweichung von den in der Empfehlung zur getrennten Rechnungsführung 2005/698/EG niedergelegten Grundsätzen beinhaltet.

Die Einzelfallabhängigkeit der von der Nationalen Regulierungsbehörde zu treffenden Ermessensentscheidung über die Grundlagen der Kostenermittlung spricht nicht nur als weiteres Argument gegen die vom VG Köln vertretene Einschränkung des Beurteilungsspielraumes der Bundesnetzagentur, sondern zeigt auch, dass Entscheidungen, die über die Auferlegung der Ausrichtung der Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hinausgehen, grundsätzlich erst im Entgeltgenehmigungsverfahren getroffen werden können, in dem die Kostenstruktur der Betroffenen detailliert betrachtet wird. Dies deckt sich mit Erwägungsgrund 20 zur Zugangsrichtlinie, der zwischen der „Auflage ... , dass die Preise zur umfassenden Rechtfertigung ihrer Höhe kostenorientiert sein müssen“ und der Ermittlung der Kosten selbst differenziert. Die Entscheidung darüber, ob eine Anpassung des Kapitalwertes vorgenommen werden soll, wie sie die Betrachtung der Wiederbeschaffungskosten darstellt, ist der Ermittlung der Kosten des betroffenen Unternehmens und damit dem Entgeltgenehmigungsverfahren zugeordnet.

---

<sup>15</sup> Die wird in der englischen Fassung deutlich, die vom „pricing of access to the copper sub-loop in the case of FTTN“ spricht.

### **3.10 Getrennte Rechnungsführung, § 24 TKG**

In der Vergangenheit hatte die Beschlusskammer eine Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung nicht auferlegt. Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gekommen, dass die Auferlegung einer solchen Verpflichtung im Zusammenhang mit den durch diese Entscheidung auferlegten Verpflichtungen auch auf der Grundlage der neuen Marktanalyse und vor dem Hintergrund der Zusammenlegung von Fest- und Mobilfunknetz der Deutschen Telekom AG bei der Betroffenen nur für den Zugang zur Glasfaser-TAL wegen der hier geltenden nachträglichen Entgeltregulierung erforderlich ist, für die der Entgeltgenehmigung unterworfenen TAL aber weiterhin nicht erforderlich ist und für sie daher unverhältnismäßig wäre.

#### **3.10.1 Getrennte Rechnungsführung für die Glasfaser-TAL**

Die Betroffene ist zum einen verpflichtet worden, ihre Preise für die auf dem verfahrensgegenständlichen Markt 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 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.

##### **3.10.1.1 Transparente Gestaltung der Preise**

Die der Betroffenen in Ziffer 1.6 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, seine 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 im Falle des Zugangs zur Glasfaser-TAL 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 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 3.10 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 1.6.b, deren Verteilung auf die angebotenen Bandbreiten gemäß Beschlusstenor Ziffer 1.6.c sowie der von der Betroffenen von ihren Endkunden tatsächlich erhobenen Bereitstellungs-, Überlassungs-, Kündigungs- und

Wechselentgelte gemäß Beschlusstenor Ziffer 1.6.a unter Berücksichtigung der für die relevanten Endkundenangebote maßgeblichen Kundenverweildauern gemäß Beschlusstenor Ziffer 1.6.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 der TAL 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 Endkundenkonditionen der Betroffenen zu bewerten, um eine sachgerechte Vergleichsanalyse durchführen 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 1.6.e. Denn auch hierbei ist bei Vergleich mit den Glasfaser-TAL-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 Glasfaser-TAL-Zugang gegenüber den Kosten von Wettbewerbern, die zur Realisierung entsprechender Endkundenangebote auf andere Geschäftsmodelle wie insbesondere auch Resale-Produkten der Betroffenen zurückgreifen, zu verifizieren.

### **3.10.1.2 Verpflichtung zur Vorlage von Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen**

Die in Ziffer 1.7 tenorierte Verpflichtung, der Bundesnetzagentur auf Anforderung die gemäß Ziffer 1.6 gestalteten Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen unverzüglich, im Falle von Ziffer 1.6 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 1.6 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 1.6 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 1.6 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 1.6 Satz 2 genannten Angaben – wie von der Betroffenen im Verfahren BK3b-09-069 angeregt – bis zu zehn Arbeitstage in Anspruch nehmen.

### **3.10.2 Keine getrennte Rechnungsführung für sonstige TAL-Varianten**

Hinsichtlich der Zugangsgewährung zu sonstigen Varianten der TAL war die Auferlegung einer getrennten Rechnungsführung jedoch wie bisher nicht erforderlich. Denn die Entgelte, welche die Betroffene für die Zugangsgewährung zur TAL einschließlich der Kollokation erheben kann, unterliegen der Genehmigungspflicht nach §§ 30 Abs. 1 S. 1, 31 TKG. Anders als der Zugang zum Bitstrom, bei dem eine getrennte Rechnungsführung auferlegt worden ist, ist der Zugang zur TAL ein seit jeher nach den Kosten der effektiven Leistungsbereitstellung reguliertes Produkt. Im Rahmen dessen hat die Betroffene gemäß § 33 Abs. 2 TKG Kostennachweise für die einzelne entgeltgenehmigungspflichtige Leistung vorzulegen.

Da auf der Grundlage der vorgelegten Kostennachweise, einer Vergleichsmarktbetrachtung bzw. einer Modellrechnung (vgl. § 35 Abs. 1 TKG) Entgelte nach § 31 Abs. 1 TKG nur dann genehmigungsfähig sind, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten, ist die Gefahr einer unzulässigen Quersubventionierung, die durch eine getrennte Rechnungsführung verhindert werden sollte, ausgeschlossen. Die Beschlusskammer hat vor dem Hintergrund der Zusammenlegung von Fest- und Mobilfunknetz geprüft, ob die eindeutige Zuweisung von Kosten auch für den Fall gewährleistet bleibt, dass Betriebsbereiche Leistungen für Produkte der Festnetztelefonie wie des Mobilfunks erbringen, und ist zu dem Schluss gelangt, dass die von der Betroffenen mit Blick auf die Entgeltgenehmigungsverfahren verwendete Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung bei bestehender Entgeltgenehmigungspflicht weiterhin eine trennscharfe Zuordnung der Kosten zu den einzelnen Vorleistungen ermöglicht und Quersubventionierungen unterbindet.

## **3.11 Nicht auferlegte Verpflichtungen**

### **3.11.1 Zugang zu Systemen der Betriebsunterstützung**

Die Beschlusskammer hat in Abweichung vom nationalen Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung davon abgesehen, der Betroffenen eine Verpflichtung zu Zugangsgewährung zu Systemen der Betriebsunterstützung aufzuerlegen, die die technischen Daten der TAL erfassen und die den Einsatz von Technikern regeln, weil die während des Konsultationsverfahrens gewonnen Erkenntnisse diese Zugangsverpflichtung als weniger geeignet zum Erreichen der verfolgten Zwecke erscheinen lassen als die bisherige Verfahrensweise, Fragen der Informationsbereitstellung und der Ausgestaltung des

Bereitstellungsverfahren der Betroffenen als Nebenleistungspflichten zur Zugangsleistung zu regeln, die durch die Bereitstellung von Informations- und Bestellschnittstellen zu erfüllen sind.

Grundlegend für diese Entscheidung der Beschlusskammer ist, dass der direkte Zugang zu Systemen der Betriebsunterstützung eines zugangspflichtigen Unternehmens nicht erforderlich ist, um den Nachfragern einer Zugangsleistung bestimmte Informationen zu verschaffen oder ihnen bestimmte Dispositionen im Verfahren der Leistungserbringung zu ermöglichen. Der Zugang zu Systemen der Betriebsunterstützung soll gewährt werden, um einen chancengleichen Wettbewerb bei der Bereitstellung von Diensten zu unter Sicherstellung der Effizienz bestehender Einrichtungen zu gewähren. Nach der Gesetzesbegründung fallen unter den Begriff der Systeme der Betriebsunterstützung neben Datenbanken auch Systeme der Auftragsbearbeitung. Diese Zugangsform soll eine Benachteiligung des zugangsberechtigten Nachfragers gegenüber der Vertriebsorganisation des verpflichteten Unternehmens ausschließen,

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

Die Verpflichtung zur Bereitstellung der für die Inanspruchnahme der einer Zugangsleistung erforderlichen Informationen als Nebenleistung zu einer Zugangsleistung kann aber bereits nach § 25 TKG angeordnet bzw. in ein Standardangebot als Bedingung von Chancengleichheit, Rechtzeitigkeit und Billigkeit nach § 23 Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 1 TKG auferlegt werden. Eine Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 TKG ist nur dann erforderlich, wenn sich die Übermittlung von Informationen an die Nachfrager der Zugangsleistung durch genau zu diesem Zweck erzeugte Dokumente oder Schnittstellen als unzureichend erweist und ein chancengleicher Wettbewerb nur dadurch zu gewährleisten ist, dass die Nachfrager der regulierten Vorleistung unmittelbar auf dieselben Systeme zugreifen können, die auch die Betroffene nutzt. Dies stellt erstens gegenüber der reinen Informationsübermittlung einen schwerwiegenderen Eingriff dar und entspricht zweitens dem Zugang zu Infrastrukturen der Betroffenen, wie er Gegenstand der anderen Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG ist.

Für diese Grenzziehung zwischen der Bereitstellung von Informationen als Nebenpflicht und der Zugangsgewährung zu Systemen der Betriebsunterstützung als Hauptpflicht spricht auch, dass bei der Auferlegung dieser Verpflichtung die Effizienz bestehender Einrichtungen sicherzustellen ist. Eine solche Vorgabe ist nur dann erforderlich, wenn unmittelbarer Zugang zu einem Datenverarbeitungssystem zu gewähren ist, weil dieses System im Falle der reinen Bereitstellung von Informationen nicht berührt wird und deshalb keine gesonderte Beachtung der fortbestehenden Effizienz erforderlich ist. Damit dient der Zugang zu Systemen der Betriebsunterstützung nicht der Auferlegung von Informations-, Kooperations- und Gleichbehandlungspflichten, sondern ist eine besondere Form ihrer Durchsetzung. Bei der Entscheidung über die Auferlegung einer solchen Zugangsverpflichtung müssen darum nicht nur die damit verbundenen möglichen Gefährdungen der Effizienz des Systems und schützenswerte Interessen des betroffenen Unternehmens berücksichtigt werden, sondern auch der Aufwand, der damit verbunden ist, diese Systeme für Dritte zu öffnen. Dieser Aufwand kann sowohl zu zeitlichen Verzögerungen als auch zusätzlichen Kosten führen, die sich nachteilig auf die Wettbewerber auswirken und die mit der Zugangsverpflichtung beabsichtigte Wirkung beeinträchtigen können.

Die Beschlusskammer hat von der Auferlegung der Verpflichtung abgesehen, weil zum einen vermutete Ungleichbehandlungen der TAL-Nachfrager nicht nachgewiesen werden konnten und zum anderen die Interessen der Wettbewerber besser und schneller durch Änderungen am bestehenden System der Informationsbereitstellung und eine Neugestaltung der Bestellschnittstellen erreicht werden können.

Hinsichtlich des Zugangs zu Systemen der Betriebsunterstützung, die die technischen Daten der TAL verwalten, konnten eine Reihe von vermuteten Ungleichbehandlungen aufgeklärt werden. Nicht bestätigt wurde die von mehreren Beigeladenen geäußerte Vermutung, dass die in KONTES-Orka gespeicherten Daten der TAL modifiziert in die Voranfrage Online

eingespeist würden. Die Voranfrage Online greift vielmehr unmittelbar auf die Datenbank KONTES-Orka zu. Die von den Antragstellerinnen zu 1. und 6. bemängelten Abweichungen zwischen den von der Voranfrage –Online gelieferten und in der Bestellbestätigung enthaltenen Daten einer TAL ließen sich im Wesentlichen durch einen Fehler in der Ergebnismaske erklären, der dafür sorgte, dass Daten aus vorangegangenen Abfragen in die Ergebnismasken neuer Abfragen überführt wurden und so zusätzliche Leitungsabschnitte anzeigten, die gar nicht existierten, Dieser Fehler ist seit dem 24.11.2010 beseitigt.

Die Ermittlungen der Beschlusskammer haben ferner ergeben, dass auch bei der Betroffenen manuelle Recherchen erforderlich werden können, die immer nur zeitversetzt Ergebnisse liefern und darum keine Angaben zur erwartbaren Leistungsfähigkeit einer TAL im Kundengespräch ermöglichen. Schließlich kann die Betroffene selbst mit falschen Daten einer TAL konfrontiert werden, deren Fehlerhaftigkeit erst durch Messungen oder bei der Bereitstellung für eigene Leistungen offensichtlich wird. Weil die Datenbank KONTES-Orka bereits ohne eine Veränderung der zu übermittelnden Daten über die Voranfrage Online zur Verfügung steht, war die Auferlegung eines unmittelbaren Zuganges zu ihr nicht mehr verhältnismäßig, denn einem kaum erkennbaren Mehrwert bei Informationsgüte und –geschwindigkeit stünden die Belastungen durch die Einrichtung der Mandantenfähigkeit und die notwendigen Schutzmaßnahmen der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Betroffenen und sonstiger sicherheitsrelevanter Daten gegenüber.

Die Beschlusskammer hat daraufhin erwogen, statt des Zugangs zur Datenbank KONTES-Orka den Zugang zu jenem Betriebsunterstützungssystem aufzuerlegen, das die Betroffene dritten Vertriebspartnern für den Vertrieb ihrer Produkte zur Verfügung stellt. Hierbei handelt es sich um das über die Schnittstelle PESA erreichbare System T-HOP, das es ermöglicht, die Verfügbarkeit eines Produktes an einer bestimmten Adresse festzustellen und einen Bereitstellungstermin zu reservieren. Über diesen Zugang wäre sichergestellt gewesen, dass die TAL-Nachfrager zumindest die von der Betroffenen an einem bestimmten Anschluss erzielbare Dienstgüte hätten erkennen und anbieten können. Weiter wären sie wie die Vertriebspartner der Betroffenen in der Lage gewesen, Technikertermine zu reservieren.

Die Zugangsgewährung zum System T-HOP hätte allerdings hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit der TAL nur einen eingeschränkten Nutzen für die Wettbewerber, weil sie nur diejenige Leistungsfähigkeit erkennen ließe, die die Betroffene mit den von ihr eingesetzten Technologien und Übertragungsverfahren erzielen kann, nicht aber diejenige, die die Wettbewerber mit ihrer Technologie erzielen können und die ein wesentliches Moment im Wettbewerb ist, denn der entbundene Zugang zur TAL soll ja gerade die Qualitätsdifferenzierung durch die technisch eigenständige Nutzung der TAL erlauben. Weiter müsste auch das System T-HOP erst mandantenfähig gemacht und insbesondere so eingerichtet werden, dass die nach Ziffer 1 und 2 der Anlage 4 zum TAL-Standardangebot erforderliche Beachtung der Planungsabsprachen auch bei Nutzung dieses Systems durch die Wettbewerber sichergestellt ist.

Diesem zeitlichen und technischen Aufwand war die Tatsache gegenüberzustellen, dass die Betroffene selbst bereits an einer Modifikation der Bestellschnittstelle WITA arbeitet, die eine Dispositionsfunktion für Technikertermine beinhalten soll. Weiter wird die Abfrage der technischen Daten der TAL über eine XML-Schnittstelle verfügen, die eine effektivere Abfrage dieser Daten ermöglicht. Angesichts der fortgeschrittenen Arbeiten und der Integration der Bestellung der TAL in das Gesamtsystem, das die Betroffene ihren Nachfragern für die Bestellung ihrer Vorleistungen zur Verfügung stellt, erschien die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu Systemen der Betriebsunterstützung nicht mehr zweckdienlich. Hierbei ist zu betonen, dass dies keinen Verzicht auf die Auferlegung einer Verpflichtung nach § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 wegen eines freiwilligen Angebotes darstellt, sondern die Entscheidung der Beschlusskammer, die bereits aus der Verpflichtung zur Zugangsgewährung geschuldeten Nebenpflichten wie bisher über dafür gesondert bereitgestellte Informations- und Bestellschnittstellen erfüllen zu lassen, wie es im übrigen auch vom BREKO, der Telefónica O2 Germany GmbH & Co. OHG und der HanseNet Telekommunikation GmbH für ausreichend erachtet wird. Dies schließt die Möglichkeit ein,

andere während des Verfahrens geforderte Informationspflichten wie diejenige über die genaueren Gründe für das Scheitern der Bereitstellung einer TAL etwa in einem Verfahren nach § 25 TKG anzuordnen, denn die Informationspflichten der Betroffenen und die Zugangsgewährung zu Systemen der Betriebsunterstützung sind, wie oben ausgeführt, getrennt voneinander zu betrachten.

### **3.11.2 Keine nachträgliche Verweigerung des Zugangs**

In die Regulierungsverfügung war keine auf § 21 Abs. 2 S. 2 TKG gestützte Anordnung zur Unzulässigkeit der nachträglichen Verweigerung des Zugangs aufzunehmen. Diese kann nicht auf § 21 Abs. 2 S. 2 TKG gestützt werden, weil diese nur die Einstellung freiwillig erbrachter Zugangsleistungen umfasst. Eine solche gesetzliche Regelung ist erforderlich, weil andernfalls im Falle freiwilliger Angebote von Zugangsleistungen wegen § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TKG keine Sicherung des Zuganges für Wettbewerber in der Regulierungsverfügung erfolgen könnte. Im Übrigen sind die Antragsteller durch die geltenden Regelungen gegenwärtig vor einem Rückbau der HVt ausreichend geschützt, siehe die Ausführungen zu 3.8.3.

### **3.11.3 Festlegungen bezüglich des Wechsels zu NGA**

Zusätzliche Verpflichtungen wegen des sich abzeichnenden Wechsels zu glasfaserbasierten NGA-Netzen, dessen Zeitpunkt und Verlauf noch nicht hinreichend bestimmbar sind, waren nicht aufzuerlegen. Nicht aufzuerlegen war insbesondere zum jetzigen Zeitpunkt die Verpflichtung, einen Migrationspfad für die Umstellung vom jetzigen kupferbasierten Anschlussnetz mit dem wichtigsten Zugangspunkt am HVt auf ein glasfaserbasiertes Zugangsnetz der nächstens Generation vorzulegen, weil eine solche Umstellung in nächster Zeit nicht erfolgen wird und die Ausbaupläne der Betroffenen noch kein hinreichend konkretes Stadium erreicht haben, in dem ein Migrationspfad definiert werden könnte. Sofern die Antragstellerinnen zu 3. und 4 als Beleg hierfür auf die gegenwärtig für das Jahr 2016 geplante vollständige Umstellung auf ein All-IP-Netz hinweisen, beruht dies auf einem Missverständnis. Ein Umstieg auf ein All-IP-Netz setzt keinen Umstieg auf ein Glasfaser-Zugangsnetz voraus, sondern betrifft die Zusammenschaltung zwischen Netzen. Der Zugang zum Anschlussnetz und damit zur TAL wird davon nicht berührt. Das Wort Zusammenschaltung/Interconnection in Erwägungsgrund 41 der NGA-Empfehlung ist so zu verstehen, dass es sich um die Schnittstellen zum Anschlussnetz der Betroffenen handelt.

Beim gegenwärtigen Stand der Planungen der Betroffenen hätte die Festlegung eines Migrationspfades die abträgliche Folge, dass die Betroffene zur voreiligen Festlegung von Ausbau- und Abbauplänen gezwungen wäre, die mit hoher Wahrscheinlichkeit korrigiert werden müssten und damit immer auch zur Korrektur von Planungen und Investitionsentscheidungen bei TAL-Nachfragern führen würden, mithin also genau zu jenem Wechselspiel aus Ankündigungen und ihrer Zurückziehung, das die Antragstellerin zu 7. befürchtet. Auch eine Transparenzverpflichtung könnte den TAL-Nachfragern zum gegenwärtigen Zeitpunkt keinen Einblick in die Planungen, sondern nur in den andauernden Planungsprozess der Betroffenen gewähren. Aus Ziffern 39 bis 41 und Erwägungsgrund 41 der NGA-Empfehlung ist zu schließen, dass die Festlegung eines Migrationspfades nur dann erforderlich ist, wenn das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht beabsichtigt, sein kupferbasiertes Anschlussnetz abzubauen. Dies beabsichtigt die Betroffene jedoch während des Regulierungszeitraumes nicht, sondern sie wird ihren Glasfaserausbau parallel zum weiterbestehenden Kupfer-TAL-Netz durchführen. Weiter ergibt sich aus Ziffer 39 der NGA-Empfehlung der Vorrang eines von den Marktteilnehmern einverständlich ausgehandelten Migrationspfades vor hoheitliche Festlegungen der Regulierungsbehörde. Solange solche Verhandlungen nicht grundlos verweigert oder gescheitert sind, besteht kein Grund für Festlegungen der Bundesnetzagentur. Die TAL-Nachfrager sind im Übrigen, wie bereits oben unter Ziffer 3.8.3 ausgeführt, ausreichend durch das Fehlen einer Kündigungsmöglichkeit für HVt im Standardangebot geschützt. Auch wäre es der

Bundesnetzagentur bereits auf der Grundlage der sonstigen Verpflichtungen der Betroffenen in dieser Regulierungsverfügung möglich, die notwendigen Anordnungen im Verfahren nach § 25 TKG zu treffen, falls eine einvernehmliche Regelung der Migration nicht erzielt werden kann.

Die Bundesnetzagentur wird ihre nach § 127 Abs. 1 TKG und zukünftig nach § 127 Abs. 2 S. 2 TKG-E bestehenden Informationsbefugnisse nutzen, um den Fortgang der Planungen der Betroffenen und die Entwicklung von Migrationsszenarien mit ihren Wettbewerbern zu überwachen.

Ebenfalls nicht aufzuerlegen war die von den Antragstellerinnen zu 2., 3. und 4. beantragte Verpflichtung zur Zahlung eines Migrationskosten-Nachteilsausgleichs nach einem von der Bundesnetzagentur auferlegten Zahlungsplan. Für eine solche Verpflichtung in einer Regulierungsverfügung bietet das TKG gegenwärtig keine Rechtsgrundlage.

## **II. Standardangebot**

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

Danach kann die Bundesnetzagentur einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, 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. Die Betroffene ist dieser Verpflichtung bereits auf der Grundlage der Regulierungsverfügung BK4-04-075 nachgekommen.

Der Betroffenen ist 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 der Zugang zur TAL durch Vertragsverhandlungen und nach deren möglichem Scheitern durch die Durchführung eines Zugangsanordnungsverfahrens nach § 25 TKG verzögert wird.

Diese Wirkungen der Vorlage eines Standardangebotes sind geeignet und erforderlich, um die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu beheben. Weil der Zugang zur TAL die Grundlage für die Geschäftsmodelle infrastrukturbasierter Anbieter auf Seiten der Wettbewerber der Betroffenen bildet, ist ein möglichst schneller und einfacher Abschluss von Verträgen über diese Leistung zu gewährleisten. Die Erfahrungen der Vergangenheit haben gezeigt, dass hierbei eine Vielzahl von rechtlichen und technischen Fragestellungen zu klären ist, die zudem zwischen der Betroffenen und ihren Wettbewerbern in großem Umfang streitig sind. Die bracheneinheitliche Vorklärung dieser Fragen in einem Standardangebotsverfahren ist daher geboten, um den Zugang zur TAL zu vereinfachen und zu beschleunigen.

Durch die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes wird die Betroffene auch nur gering belastet. Es entsprach schon der bisherigen Praxis der Betroffenen, im wesentlichen einheitliche Verträge für den Zugang zur TAL zu verwenden, so dass die Erstellung eines solchen Vertragsangebotes zu keiner Mehrbelastung führen dürfte. Aus dem bereits durchgeführten Standardangebotsverfahren ist erkennbar, dass die streitigen Punkte im wesentlichen unternehmensübergreifend problematisch sind und nicht auf Besonderheiten der einzelnen Unternehmen beruhen. Die Betroffene wird daher nicht in ihrer Möglichkeit beschränkt, aus sachlichen Gründen individuelle Lösungen zu vereinbaren, zumal ihr der

Abschluss von Ergänzungsvereinbarungen zum Standardangebot und die einverständliche Abänderungen des Standardangebotes unbenommen ist.

Der mindestens erforderliche Inhalt des Standardangebotes ergibt sich gemäß Artikel 9 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie aus Anhang II dieser Richtlinie. Hiervon unberührt bleibt die Verpflichtung der Betroffenen, auch für solche Varianten, für die keine allgemeine Nachfrage besteht, Zugangsvereinbarungen nach § 22 TKG abzuschließen, und die Möglichkeit der Nachfrager, im Falle der Verweigerung solcher Zugangsvereinbarungen die Bundesnetzagentur nach § 25 TKG anzurufen.

Eine ausdrückliche Ausdehnung des Standardangebotes auf den Zugang zur Glasfaser-TAL, zu Leerrohren und unbeschalteter Glasfaser zwischen HVt und KVz oder die Zugangsgewährung zur TAL mittels Schaltverteiler war nicht geboten. Ausweislich von Ziffer II bezieht sich die Pflicht zur Vorlage eines Standardangebotes auf sämtliche Zugangsleistungen, zu denen die Betroffene verpflichtet ist und für die eine allgemeine Nachfrage besteht. Die Ermittlung einer allgemeinen Nachfrage nach Zugang zu Leerrohren und unbeschalteter Glasfaser ist Sache des Standardangebotsverfahrens des § 23 TKG, nicht jedoch der Regulierungsverfügung.

Eine Frist für die Vorlage eines Standardangebotes war nicht aufzunehmen, weil die Betroffene ein solches bereits vorgelegt hat, das bereits von der Bundesnetzagentur auf Vollständigkeit und die Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit überprüft worden ist. Auch die Ausweitung der Zugangspflicht auf Glasfaser-TAL erfordert keine Festlegung einer Frist für die Vorlage eines Standardangebotes. Hier ist zu beachten, dass der FttH-Ausbau der Betroffenen sich noch in der Planungsphase befindet und sich deshalb die allgemeine Nachfrage erst mit der entsprechenden Verbreitung solcher Infrastrukturen herausbilden wird.

Im Interesse der öffentlichen Sicherheit und auch im Hinblick auf ihre eigenen Sicherheitsinteressen ist die Betroffene weiterhin 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 berechtigte 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 beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

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

Bonn, den 21.03.2011

Anlage

Festlegung der Präsidentenkammer

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Geers

Wieners