



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,

– Verfahrensbevollmächtigte:

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

diese vertreten durch

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

hat die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, 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/Gebündelter¹ 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/Gebündelter² 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 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 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.

² 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.

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

1.5 dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffern 1.1 bis 1.4 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen,

1.6 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.

2. Die Entgelte für die Gewährung des Zugangs, der Kollokation und der Information gemäß Ziffern 1.1 bis 1.4 unterliegen der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG.

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 vormalig 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 massenmarktauglichen Glasfaseranschlüssen (fibre to the home, FTTH) versorgen zu können und also die Teilnehmeranschlusseinheit (TAE) unmittelbar per Glasfaserleitung anzuschließen. Daraufhin änderte die Präsidentkammer den Entwurf der Marktanalyse und erweiterte den definierten Markt um den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung auf Basis reiner Glasfaser (massenmarktfähiges FTTH) 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.

Veröffentlichung und Stellungnahmen:

(leer)

Mündliche Verhandlung:

(leer)

Veröffentlichung Ergebnis des Konsultationsverfahrens

(leer)

Bundeskartellamt

(leer)

EU-Kommission

(leer)

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte 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 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, 21 Abs. 2 Nr. 5 TKG, soweit sie nach Ziffer 1.4 verpflichtet ist, zum Zwecke des Zugangs zur TAL Zugang zu Systemen der Betriebsunterstützung zu gewähren,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 19 TKG, soweit sie nach Ziffer 1.5. dazu verpflichtet ist, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffern 1.1 bis 1.4 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 1.6 zur Vertragsvorlage verpflichtet worden ist, und
- § 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 30 Abs. 1 S. 1 TKG, soweit die Entgelte für die Gewährung des Zugangs nach Ziffern 1.1 bis 1.4 gemäß Ziffer 2 der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen.

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.

(Nationale Konsultation)

(Abstimmung hausintern und mit Bundeskartellamt)

(Konsultationsverfahren)

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 der 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 und eine neue Transparenzverpflichtung beibehalten, geändert bzw. auferlegt sowie im Übrigen von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG abgesehen

3.1. Vollständig entbundelter 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 Teilnehmeranschlusseinheit 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 dem eingesetzten Übertragungsverfahren. Bei Punkt-zu-Punkt-Glasfaserverbindungen kann entbündelter Zugang am Verteilernode (Optical Distribution Frame, ODF) gewährt werden, an dem die direkt zum Kunden führende Glasfaser mit dem Netz des Zugangsnachfragers verbunden werden kann. Im Falle von GPON erfolgt die Entbündelung durch Zugangsgewährung zu der dem jeweiligen Endkunden zugewiesenen Glasfaser am letzten dem Endkunden vorgelagerten Splitter. Wird ein Verfahren mit Wellenlängenmultiplexing wie WDM-PON verwendet, in dem jedem einzelnen Endkunden bestimmte Wellenlängen zugewiesen sind, kann eine Entbündelung zusätzlich zur Entbündelung am letzten Splitter/Wellenlängen(de)multiplexer auch am ODF 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.

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 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 basieren³.

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 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. ■■■■■ TAL (vgl. Festlegung der Präsidentenkammer S.93, Fn. 196).

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 entbündelter 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

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

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 Beschlusskammerverfahren 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, jedenfalls einen Teil der in den entsprechenden Gebieten bereits gewonnenen Kunden nicht würden halten können. Denn nur die Betroffene – und eventuell auf parallelen Kabel- und FTTB/H-Infrastrukturen agierende Wettbewerber –, nicht aber sie selbst könnten den Kunden die Aufstockung auf eine höhere Bandbreite anbieten. Bei einer angenommenen Laufzeit dieser Regulierungsverfügung von etwa drei Jahren,

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

und den 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 Netzbbaus hin zum NGA-Netz (NGA: Next Generation Access, Anschluss der nächsten Generation). Auf mittlere bis längere Frist wird dies zur Ersetzung der bisherigen PSTN/ISDN-Infrastrukturen führen. Denn dieses Konzept umfasst u.a. den Abbau von HVt 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 offen stehen. Denn ansonsten käme es zu einer erheblichen Entwertung bereits getätigter Infrastrukturinvestitionen.

Im Rahmen des FttH-Ausbaus droht zudem der Ab-/Rückbau der Kupferhausverkabelung. Denn der Aufbau der neuen Hausverkabelung könnte bei vorhandenen Leerrohren im Gebäude durch 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 NGN aufgeben könnte. Die Betroffene könnte dadurch Betriebskosten einsparen und müsste auch keine Investitionen zur Erhaltung des alten Kupfernetzes mehr tätigen.

Weiter erhält die Betroffene eine angemessene Vergütung für die Zugangsgewährung zu ihren Teilnehmeranschlüssen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass 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 aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen sind.

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 erfasst auch nicht nur die zum Zeitpunkt ihrer Auferlegung bzw. konstitutiven Beibehaltung bereits bestehenden, aber keine erst danach entstehenden Infrastrukturen. Dieses 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 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 Schaltverteiler 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.

- 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 13.09.2006 und 07.03.2007 eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung zum IP-Bitstromzugang bzw. zum ATM-Bitstromzugang 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 BK4-06-039, S. 12 ff. sowie Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung BK3b-09-069, S. 7 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 infrastrukturbasierten 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 angesehen das Angebot einer Carrier-Express-Entstörung, das Schalten der Teilnehmeranschlüsse zu besonderen Zeiten außerhalb der üblichen Geschäftszeiten und die Netzverträglichkeitsprüfung.

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 (entbündelteren) 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, S. 70 f.). 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 bei bestehender Kollokationsnachfrage 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 noch nicht erschlossen ist. 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 entbündelter 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 infrastrukturbasierten 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 Kooperationsermöglichung 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 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.

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 Zusammenhang 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 wettbewerbsfähiger Strukturen auf sämtlichen nachgelagerten Endkundenmärkten.

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

vergl. 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.

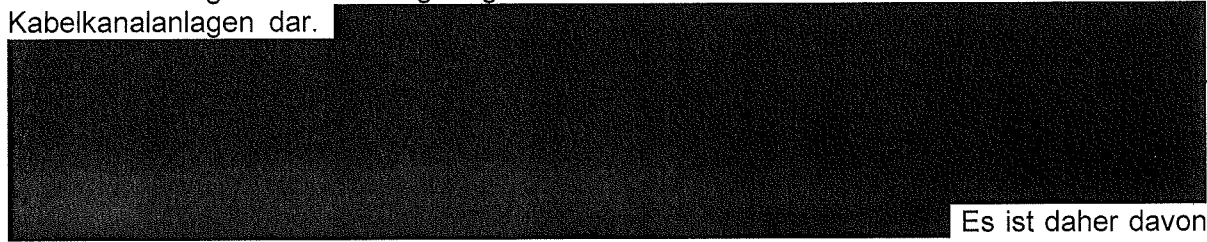
Ein entsprechendes Nachweisverfahren ist bereits in den Verträgen für den Zugang zu Kabelkanalanlagen vorgesehen,

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 keiner besonderen Produktinnovation zuzuordnen. 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. 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.

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 [REDACTED], 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.

- 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 schätzenswerte 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] als die 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] 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 Zugang zur unbeschalteten Glasfaser war nicht auch in den Fällen aufzuerlegen, in denen Wettbewerbern die Verlegung eigener Glasfaserkabel in den Kabelkanälen der Betroffenen möglich wäre. 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.

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.

3.7 Zugang zu Systemen der Betriebsunterstützung

Die Auferlegung der Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu Systemen der Betriebsunterstützung, die die technischen Daten der Teilnehmeranschlussleitung erfassen und den Einsatz von Technikern bei Schaltarbeiten regeln, gründet auf § 21 Abs. 2 Nr. 5 TKG. Diese Vorschrift setzt Artikel 12 Abs. 1 lit. h) der Zugangsrichtlinie um. 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.

Dem Wettbewerber muss dann über eine elektronische Schnittstelle Zugang zum System selbst gewährt werden,

vgl. Tomaschki/Neumann in Säcker, Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2009, § 21 Rz. 108.

Die Beschlusskammer hat bisher von dieser Zugangsverpflichtung keinen Gebrauch gemacht, weil die Verpflichtung zur Bereitstellung der für die Inanspruchnahme der TAL erforderlichen Informationen als Nebenleistung zu einer Zugangsleistung 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 konnte und dies im Regelfall ausreichend war. 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 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.

Die von der tenorisierten Zugangsverpflichtung erfassten Systeme sind Systeme der Betriebsunterstützung. Die Datenbank KONTES-Orka oder eine funktionsgleiche Datenbank verwaltet Informationen über die technischen Eigenschaften der einzelnen TAL. Diese Informationen werden sowohl im Kundengespräch genutzt, um dem potentiellen Kunden die voraussichtlich auf dieser TAL erzielbare Bandbreite mitteilen zu können, als auch bei der Entscheidung über den weiteren Netzausbau verwendet. Das System zur Disposition über

Technikertermine regelt, wann und wo welche Arbeiten an der TAL insbesondere beim Endkunden vorgenommen werden, und ist somit ein System der Auftragsbearbeitung.

a. Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu den Systemen der Betriebsunterstützung ist geeignet, das Ziel eines chancengleichen Wettbewerbs zu erreichen.

Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung ist zur Erreichung des Zieles, Zugang zur TAL zu chancengleichen Wettbewerbsbedingungen zu gewähren, geeignet. Denn durch den auferlegten Zugang wird der Informationsvorsprung der Betroffenen bei der Kundenakquise sowie -betreuung beseitigt. Die Betroffene hat für ihren Endkundenvertrieb einen Zugriff zur Datenbank, in der die technischen Daten der Teilnehmeranschlussleitung erfasst sind, realisiert, so dass dieser im Kundengespräch die mögliche Nutzung der TAL berücksichtigen kann. Der Zugriff auf die originäre Datenbank verhindert auch Übertragungsfehler und stellt so eine höhere Qualität der Information über die Leitungsparameter sicher. Weiter hat die Betroffene ihrem Endkundenvertrieb den Zugriff auf das System zur Disposition eingerichtet, so dass beim direkten Kontakt mit dem Endkunden der Termin der Bereitstellung oder Entstörung festgelegt werden kann. Die auferlegten Verpflichtungen ermöglichen dies auch den Wettbewerbern. Sowohl der Zeitpunkt sowie die Qualität der erforderlichen Information sind wichtig für den Wettbewerb. Die Verfügbarkeit der Information über die Leitungsparameter sowie mögliche Technikertermine im Endkundenkontakt ermöglicht eine qualitativ bessere Beratung des Kunden, weil die Bestellung oder Beschwerde im direkten Kundenkontakt bearbeitet werden kann und nicht ein zusätzlicher Kundenkontakt erforderlich ist. Deshalb hat hier ein Informationsvorsprung auch Auswirkungen auf den Wettbewerb.

Der wettbewerblichen Entwicklung der Endkundenmärkte wäre es insbesondere abträglich, wenn der allgemeine Eindruck entstünde, dass die Bestellung von Leistungen bei den Wettbewerbern der Betroffenen unsicherer und mit höherem Aufwand auf Seiten des Endkunden verbunden wäre als die Bestellung bei der Betroffenen. Auch bei der Disposition von Technikerterminen ist es darum erforderlich, dass diese von den Wettbewerbern auf demjenigen System vorgenommen werden kann, das die Betroffene intern selbst nutzt.

b. Die auferlegte Verpflichtung widerspricht auch nicht der Sicherstellung der Effizienz der betroffenen Einrichtungen

Nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 TKG ist bei der Entscheidung über die Auferlegung dieser Zugangsverpflichtung sicherzustellen, dass die Effizienz der betroffenen Systeme nicht beeinträchtigt wird. Die hier von der Betroffenen aufgeführten Gesichtspunkte sind nicht von solcher Art, dass sie bereits der Auferlegung der Zugangsverpflichtung entgegenstünden, sondern können bei der konkreten Ausgestaltung des Zugangs, ggf. im Anordnungsverfahren, berücksichtigt werden. Es ist nicht erkennbar, wie der direkte Zugang zu den technischen Daten der TAL oder zur Disposition über Technikereinsätze schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder die Sicherheit des Netzes der Betroffenen vor Sabotage gefährden könnten. Für letztere könnten nicht die technischen Daten der einzelnen TAL, sondern nur die Kenntnis der Standorte der HVt von Bedeutung sein, die den Wettbewerbern jedoch bereits bekannt sind. Die Sicherheit und Effizienz der Systeme kann vielmehr durch die von der Betroffenen selbst angesprochenen abgestuften zugriffsrechte oder andere Maßnahmen sichergestellt werden.

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

Ein milderer Mittel als die Zugangsgewährung zu den Systemen der Betriebsunterstützung der Betroffenen wäre es, die bestehenden Regelungen beizubehalten, nach denen die Betroffene Informationen über die TAL bereitstellt und mit ihr Technikertermine vereinbart werden. Der Vortrag der Wettbewerber auf eine entsprechende Anfrage der Beschlusskammer hat jedoch ergeben, dass mit diesen Formen der Informationsübermittlung und Auftragsbearbeitung das Ziel eines chancengleichen Wettbewerbs nicht erreicht werden konnte. Hinsichtlich der technischen Daten der TAL

konnte die TAL-Voranfrage bzw. die Voranfrage Online nicht völlige Gleichheit mit der Vertriebsorganisation der Betroffenen herstellen, weil die Betroffene auf diese Daten schneller zugreifen konnte und die von ihr genutzten Datenbeständen qualitativ besser sind, weil in ihnen nicht nur errechnete Dämpfungswerte, sondern auch Messwerte zu einzelnen TAL hinterlegt sind, auf die die Wettbewerber bisher keinen Zugriff hatten. Ein Zugriff auf diese Daten, der demjenigen der Vertriebsorganisation der Betroffenen gleichwertig ist, konnte also auf diesem Wege nicht erreicht werden, so dass die Zugangsverpflichtung zur Datenbank KONTES-Orka oder gleichwertigen Datenbanksystemen eine erforderliche Maßnahme ist.

Auch das bisherige Verfahren zur Vereinbarung von Technikerterminen ist nicht gleichwertig zum Zugang zum Dispositionssystem. Bisher werden die Bereitstellungs- und Technikertermine iterativ bestimmt, der Wettbewerber übersendet eine Bestellung, die Betroffene prüft diese und bietet einen Termin an, den der Wettbewerber bestätigen oder für den er einen Alternativtermin anfordern kann. Durch den Zugang zum Dispositionssystem kann der Termin nun unter Berücksichtigung der Endkundenwünsche direkt bestimmt werden. Dadurch werden sich auch Probleme bei der Bereitstellung verringern, weil bei der Terminierung die Wünsche des Endkunden besser berücksichtigt werden können.

d. Die Anordnung des Zuganges zu den genannten Systemen der Betriebsunterstützung ist auch nach den Kriterien des § 21 Abs. 1 S. 2 TKG angemessen.

- Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung konkurrierender Einrichtungen

Die nach Nr. 1 zu prüfenden technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Errichtung konkurrierender Einrichtungen erübrigt sich hier, weil die Wettbewerber der Betroffenen keine eigene, derjenigen der Betroffenen gleichwertige Datenbank über die technischen Eigenschaften von TAL, insbesondere von erst anzumietenden TAL, aufbauen können. Auch der Aufbau eines eigenen Systems für die Disposition über Techniker der Betroffenen ist nicht denkbar.

- Verfügbare Kapazität

Auch die nach Nr. 2 zu berücksichtigende Frage der zur Verfügung stehenden Kapazität spricht nicht gegen die Auferlegung der Zugangsverpflichtung. Hinsichtlich der Zugangsgewährung zur Datenbank KONTES-Orka berührt sie sich mit dem nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 TKG zu berücksichtigenden Kriterium der sicherzustellenden Effizienz bestehender Einrichtungen. Datenbanken können zwar theoretisch nur eine jeweils begrenzte Menge an Zugriffen pro Zeiteinheit bewältigen. Erfahrungen mit der Voranfrage TAL zeigen aber, dass es hier bisher nicht zu Kapazitätsengpässen gekommen ist, weshalb für die Voranfrage über die elektronische Schnittstelle („Voranfrage online“) auch keine Planungsabsprachen zur Vorabfestlegung der maximal zu bearbeitenden Voranfragen erforderlich war (vgl. Standardangebot TAL Anlage 4 Ziffer 1.1). Selbst wenn solche Engpässe auftreten könnten, wäre dem nicht durch ein Absehen von der Zugangsverpflichtung, sondern durch eine entsprechende Ausgestaltung des Zugangsportals, Planungsabsprachen und ggf. durch eine geeignete Priorisierung der Anfragen Rechnung zu tragen. Denn sonst bestünde die Gefahr, dass die Betroffene durch eine entsprechend geringe Dimensionierung ihrer Datenbank, die einen weiteren Zugriff verhindert, den Zugang vereiteln und sich so Wettbewerbsvorteile verschaffen könnte.

Für den Zugang zum Dispositionssystem für den Technikereinsatz sind ebenfalls keine Kapazitätsprobleme erkennbar, die gegen die Auferlegung dieser Zugangsverpflichtung sprechen. Zu unterscheiden hiervon sind die Kapazitäten an technischem Personal, deren Grenzen wie bisher durch Planungsabsprachen zu berücksichtigen sind.

Für die Zugangsverpflichtung zu beiden Systemen gilt, dass notwendige Modifikationen der Systeme in Form der Einrichtung von Zugangsportalen, Authentifizierungsverfahren und Sicherheitsmaßnahmen der Auferlegung der Zugangsverpflichtung nicht entgegenstehen, weil sie notwendig mit der Zugangsgewährung verknüpft sind und nicht erkennbar ist, dass der damit verbundene Aufwand so hoch wäre, dass er die Zugangsverpflichtung unzumutbar

machen würde. Im Übrigen kann der damit verbundene Aufwand bei der Entgeltgenehmigung berücksichtigt werden.

- Anfangsinvestitionen des Eigentümers

Der Schutz der Anfangsinvestitionen der Betroffenen gebietet es nicht, von dieser Zugangsverpflichtung abzusehen. Denn wie ausgeführt, ist es den Wettbewerbern nicht möglich, eigenständig eine entsprechende Datenbank oder ein System zur Disposition der Techniker der Betroffenen aufzubauen.

- Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu Systemen der Betriebsunterstützung dient gem. Nr. 4 der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, denn sie stellt sicher, dass Wettbewerber bei Angebot und Erbringung auf der TAL basierender Endkundenleistungen weder durch Informationsdefizite bezüglich der TAL noch durch eine im Verhältnis zur Betroffenen schlechtere Planung von Technikereinsätzen behindert werden und damit gleiche Wettbewerbsbedingung im Verhältnis zur betroffenen haben.

- Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum

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

-Europaweite Dienste

Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu den genannten Systemen der Betriebsunterstützung fördert den entbündelten Zugang zur TAL und ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter 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 Zugangs sprechen. Grund für die Auferlegung ist gerade, dass sich die bisherigen Regelungen zur Informationsbereitstellung wie oben dargestellt als nicht ausreichend erwiesen haben. Die Beschlusskammer begrüßt zwar die von der Betroffenen in Aussicht gestellten Verbesserungen. Hierbei handelt es sich aber erst um zukünftig geplante, aber nicht um bereits bestehende und konkretisierte Angebote, so dass sie schon deshalb der Auferlegung der Zugangsverpflichtung nicht entgegenstehen können. Ohne ein verbindliches Angebot besteht insbesondere die Gefahr, dass die Betroffene unsanktioniert die Bereitstellung des Zugangs verzögert oder wettbewerbswidrig beschränkt. Es ist daher notwendig, den als notwendig erkannten Zugangsbedarf der TAL-Nachfrager notfalls im Anordnungsverfahren durchsetzen zu können.

3.8 Gleichbehandlungspflicht, § 19 TKG

Grundlage für das in Ziffer 1.5 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).

3.9 Transparenzverpflichtungen nach § 20 TKG

3.9.1 Transparenzverpflichtung bzgl. Vertragsvorlage, § 20 TKG

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

Gemäß § 20 Abs. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichten, für die zum Zugang berechtigten Unternehmen alle für die Inanspruchnahme der entsprechenden

Zugangsleistungen benötigten Informationen zu veröffentlichen, insbesondere Informationen zur Buchführung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie über die zu zahlenden Entgelte. Nach Abs. 2 ist die Bundesnetzagentur befugt, einem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht vorzuschreiben, welche Informationen in welcher Form zur Verfügung zu stellen sind, soweit dies verhältnismäßig ist.

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

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

Der Begriff der „bestimmten Informationen“ in Art. 9 Abs. 1 Zugangsrichtlinie ist mit Blick auf die in Erwägungsgrund 16 genannten Ziele des Transparenzgebots dahin gehend zu verstehen, dass davon auch Informationen über den Inhalt bereits abgeschlossener Verträge erfasst sind, soweit diese die regulierten Leistungen betreffen (Regelungen zu nicht regulierten Leistungen und zur Identität des Vertragspartners fallen hingegen nicht hierunter, vgl. Ziffer 3.9.1 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 Regulierungsverordnung ohne gesonderte Anforderung und in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen. Im Anschluss an die Vorlage wird die öffentliche Fassung den zum Zugang berechtigten Unternehmen von der Bundesnetzagentur zugänglich gemacht werden.

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

3.9.2 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.

Die Anordnung einer Transparenzverpflichtung über den zukünftigen Aufbau des Netzes der Betroffenen und den geplanten ersatzlosen Abbau von HVt ist weiterhin nicht erforderlich. Das gegenwärtige Standardangebot der Betroffenen zu Kollokation und TAL sieht den ersatzlosen Abbau von HVt nicht vor. Die Nachfrager sind hierdurch ausreichend geschützt.

Es wäre erst in einem neuen Standardangebotsverfahren zu klären, in welcher Weise ein Migrationspfad für die Wettbewerber auszugestalten ist.

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 Anordnung könnte etwa verlängerte Kündigungsfristen oder eine Transparenzverpflichtung hinsichtlich des Auflösungszeitplans der einzelnen HVt beinhalten.

3.10 Entgeltregulierung, § 30 Abs. 1 TKG

Die Entgelte für die gemäß Ziffer 1.1 bis 1.4 auferlegten Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG unterliegen weiterhin gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG der Genehmigungspflicht nach § 31 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 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. Die danach ermittelte Preisobergrenze simuliert denjenigen Preis, welcher sich bei wirksamem Wettbewerb einstellen würde,

siehe Groebel, in: Säcker, Berliner Kommentar zum TKG, 2006, § 30 Rn. 19.

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

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

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

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

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

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

Schließlich soll die Bundesnetzagentur gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 TKG Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 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 Vorliegend der kumulierten negativen Tatbestandsmerkmale des § 30 Abs. 1 S. 2

TKG wird das Ermessen der Bundesnetzagentur bei der Entscheidung über den Grad 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 Entgeltgenehmigungspflicht 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).

b. Der Zweck der Entgeltkontrolle auf den verfahrensgegenständlichen Märkten 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 (nach einem Grenzkosten- oder einem Vollkostenansatz ermittelten) 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.

Die Erfahrungen auf Märkten für Verbindungsleistungen zeigen, dass spürbare Absenkungen der Entgelte zu durchschnittlich niedrigeren Endkundenentgelten führen. Aufgrund des Wettbewerbs im Endkundenmarkt können es sich die Anbieter nicht leisten, die Einsparungen beim Einkauf der TAL dauerhaft nicht an die Endkunden weiterzuleiten.

Im umgekehrten Fall der Erhöhung der Entgelte wäre die Reaktion ähnlich, die Anbieter würden zumindest zeitversetzt diese auf den Kunden abwälzen. 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.

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. Lediglich die Auferlegung einer Entgeltkontrolle gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG entspricht den vorgestellten Zwecken. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten. Die Auferlegung ist geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne, um sowohl die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht 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 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 auferlegten 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 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. Mit der 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. Entgegen dem nicht rechtskräftigen Urteil 1 K 1749/99 des VG Köln vom 27.11.2008 zu § 24 Abs. 1 TKG¹⁹⁹⁶ lässt sich eine Beschränkung des Ermessens der Bundesnetzagentur auf die Anwendung einer Mischung aus historischen Kosten und Wiederbeschaffungskosten weder aus dem TKG noch aus den EU-Richtlinien herleiten.

Das TKG enthält keine weiteren Festlegungen zur Ermittlung des eingesetzten Kapitals. Zum Begriff der Kostenorientierung der Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss nach Art. 3 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2887/2000 hat der EuGH in seinem Urteil vom 24.4.2008, Rs. C-55/06, ausgeführt:

„(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. Herstellungskosten als Bezugsgrundlage voraussetzt, als auch auf die voraussichtlichen Kosten gestützt werden, was die Berücksichtigung der Wiederbeschaffungskosten als Bezugsgrundlage nicht ausschließt.“

Diese Erwägungen treffen auch für die gegenwärtig geltenden Zugangsrichtlinie 2002/19/EG zu. In ihrem Erwägungsgrund 20 heißt es:

„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“, also die Bestimmung der Investitionskosten, soll mithin im Einzelfall unter Ansehung der Regulierungsziele bestimmt werden,

so auch Kühling/Heimeshoff, „Entgeltregulierung der Kupfer-TAL vor dem Hintergrund der NGA-Migration“, S. 37.

Der Erwägungsgrund 20 spricht gegen eine Beschränkung des Ermessens der Bundesnetzagentur auf eine Mischung von historischen und Wiederbeschaffungskosten, wie sie das VG Köln für § 24 Abs. 1 TKG¹⁹⁹⁶ annimmt, weil er explizit die Anpassung des Kapitalwertes zulässt, um die aktuelle Bewertung der Vermögenswerte des betroffenen Unternehmens widerzuspiegeln. Die Ermittlung der aktuellen Bewertung der Vermögenswerte ist dabei nicht auf einen bestimmten Teil der Infrastruktur beschränkt. Die Bewertung der eingesetzten Infrastruktur zu Wiederbeschaffungskosten dient unter anderem auch der geforderten Widerspiegelung der Effizienz der eingesetzten Infrastruktur, weil nach der Erfahrung der Beschlusskammer die Wiederbeschaffungspreise für Technik, die nicht mehr dem aktuellsten Stand entspricht, im Zeitablauf sinken.

Dieser breite Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur bei der Beurteilung des Investitionswerts wird auch durch das Urteil des EuGH vom 24. April 2008 (Rs. C-55/06 Rn. 119) gestützt:

„(119) Nach alle dem 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 letztere gegebenenfalls aufgrund des Wiederbeschaffungswerts des Netzes oder bestimmter Teile davon zu kalkulieren sind.“

Der EuGH erkennt also im Gegensatz zum VG Köln schon für die alte Rechtslage ausdrücklich ein Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde bei der Frage an, welche Berechnungsgrundlage – an anderer Stelle verwendet er den Begriff der Kostenberechnungsmethode – zur Prüfung des Investitionswerts heranzuziehen ist. Der Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur lässt es nach dem EuGH im Gegensatz zum VG Köln auch zu, zur Prüfung des Investitionswerts ausschließlich auf Wiederbeschaffungswerte abzustellen. Das zeigt sich schon daran, dass der EuGH es ausdrücklich ermöglicht, sowohl Teile des Netzes als auch das – gesamte – Netz auf der Basis von Wiederbeschaffungswerten zu kalkulieren, wie es Erwägungsgrund 20 der geltenden Zugangsrichtlinie jetzt sogar ausdrücklich zulässt. Dies wäre logisch ausgeschlossen, wenn – wie das VG Köln vertritt – die Bundesnetzagentur gehindert wäre, ausschließlich Wiederbeschaffungswerte zugrunde zu legen.

Für die Möglichkeit des Ansatzes ausschließlich von Wiederbeschaffungswerten bereits nach alter Rechtslage sprechen auch die Ausführungen des EuGH zur Verwendung von Kostenmodellen (Rn. 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“

Dem Bottom-up-Kostenmodell liegen also nach dem Verständnis des EuGH Wiederbeschaffungswerte (in der englischen Sprachfassung: „current value of the investments in the construction of a new network“) zugrunde, während das Top-down Modell mit historischen Kosten arbeitet (in der englischen Sprachfassung: „based on the costs actually incurred by the operator“).

Der EuGH bejaht vor diesem Hintergrund ein Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde auch bei der Wahl des analytischen Kostenmodells (Rn. 132):

„In Ermangelung sonstiger Hinweise ist festzustellen, dass es das Gemeinschaftsrecht den NRB überlässt, auf der Grundlage des anwendbaren Rechts die Kostenrechnungsmethoden zu verwenden, die ihnen im Einzelfall am besten geeignet erscheinen.“

Der Gerichtshof erlaubt also bereits für die alte Rechtslage ausdrücklich, dass ein Kostenmodell zum Einsatz kommt, welches ausschließlich mit Wiederbeschaffungswerten kalkuliert.

An anderer Stelle zeigt der Gerichtshof, wie sehr die Entscheidung für eine Ermittlungsmethode von den konkreten Umständen abhängt. So spricht er sich gegen eine Bewertung ausschließlich nach den Wiederbeschaffungskosten aus, wenn dies dazu führen sollte, dass das betroffene Unternehmen seine Kosten ohne Effizienzprüfung auf die Wettbewerber abwälzen könnte – was umgekehrt bedeutet, dass eine Bewertung nach Wiederbeschaffungskosten zulässig ist, wenn dieses Risiko vermieden wird. Umgekehrt sei eine Bewertung ausschließlich nach historischen Kosten abzulehnen, wenn die Berücksichtigung zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung Betreibers führe, weil er nicht nur sein Netz den Wettbewerbern öffnen müsse, sondern auch mit einer an den historischen Kosten unter Einbeziehung der Abschreibungen bemessenen Vergütung keinen angemessenen Gewinn erzielen und deswegen auch nicht die langfristige Entwicklung und Verbesserung der lokalen Infrastruktur sichern könne (Rn. 104, 106). Der EuGH lehnt die ausschließliche Heranziehung historischer Kosten zur Prüfung des Investitionswerts sogar ausdrücklich ab, wenn sie solche Konsequenzen hat,

vgl. EuGH, Ur. v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rn. 108.

Diese Einzelfallabhängigkeit der Entscheidung 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 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.

3.11 Getrennte Rechnungsführung, § 24 TKG

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur den Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit Zugangsleistungen zu einer getrennten Rechnungsführung verpflichten. Gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 TKG verlangt die

Bundesnetzagentur von einem vertikal integrierten Unternehmen in der Regel, seine Vorleistungspreise und seine internen Verrechnungspreise transparent zu gestalten. Dabei kann die Bundesnetzagentur gemäß § 24 Abs. 1 S. 4 TKG u.a. konkrete Vorgaben zu dem zu verwendenden Format sowie zu der zu verwendenden Rechnungsführungsmethode machen. Zudem kann die Bundesnetzagentur gemäß § 24 Abs. 2 S. 1 TKG verlangen, dass ihr die Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen nach Absatz 1 einschließlich damit zusammenhängender Informationen und Dokumente auf Anforderung in vorgeschriebener Form vorgelegt werden.

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 ABI. 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 und potenziell wettbewerbswidriges Verhalten (vor allem die Preis-Kosten-Schere) aufzuzeigen. Die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung zielt damit darauf ab, Interdependenzen zwischen der regulierten Leistung und dritten Leistungen transparent werden zu lassen.

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 zur Erreichung dieser Zielsetzung auch auf der Grundlage der neuen Marktanalyse und vor dem Hintergrund der Zusammenlegung von Fest- und Mobilfunknetz der Deutschen Telekom AG bei der Betroffenen weiterhin nicht erforderlich ist und daher unverhältnismäßig wäre.

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.

3.12 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 3.8.2.

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 2010

Anlage:

Festlegung der Präsidentenkammer

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Geers

Wieners