



Beschlusskammer 3

BK 3h-14/114

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Auferlegung, Beibehaltung und der Änderung von Verpflichtungen auf den Märkten für „Massenprodukte auf der Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellter Zugang zu Teilnehmeranschlüssen“ (Markt Nr. 3b der Empfehlung 2014/710/EU)

betreffend:

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

Betroffene,

Antragstellerinnen:

1. mr. net group GmbH & Co.KG, Lise-Meitner-Straße 4, 24941 Flensburg, vertreten durch die mr.net Beteiligungs GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführung
2. M-net Telekommunikations GmbH, Splittertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. QSC AG, Mathias-Brüggen-Straße 55, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,
5. Vodafone GmbH, Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf vertreten durch die Geschäftsführung

– Verfahrensbevollmächtigte

der Betroffenen:

Deutsche Telekom AG
Friedrich-Ebert-Allee 140
53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand,

dieser vertreten durch
Noerr LLP
Charlottenstraße 57
10117 Berlin –

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

durch

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

nach der von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur beschlossenen Festlegung:

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

- *Nationaler Markt für Layer-2-Bitstromzugang mit Übergabepunkten auf regionalen Ebenen der Konzentratornetzhierarchie und*
- *Subnationaler Markt für Layer-3-Bitstromzugang mit Übergabepunkten auf verschiedenen Ebenen der Kernnetzhierarchie einschließlich HFC-Breitbandzugang mit Übergabe auf IP-Ebene.*

Die HVt-Regionen folgender 20 Städte fallen unter der Prämisse, dass ein reguliertes Layer-2-Bitstromzugangsprodukt im Markt verfügbar ist, nicht in den subnationalen Layer-3-Bitstromzugangsmarkt:

- *Bochum,*
- *Bottrop,*
- *Bremerhaven,*
- *Flensburg*
- *Gelsenkirchen,*
- *Gladbeck,*
- *Herne,*
- *Karlsruhe,*
- *Kiel,*
- *Köln,*
- *Leipzig,*
- *Leverkusen,*
- *Mannheim,*
- *Osnabrück,*
- *Pforzheim,*
- *Recklinghausen,*
- *Reutlingen*
- *Troisdorf,*
- *Tübingen und*
- *Zwickau.“*

auf die mündliche Verhandlung vom 11.05.2015

folgende

Regulierungsverfügung

beschlossen:

1. Gegenüber der Betroffenen werden folgende mit der Regulierungsverfügung BK 3b-09/069 vom 17.09.2010 auferlegte Verpflichtungen beibehalten oder geändert bzw. der Betroffenen werden folgende Verpflichtungen auferlegt, nämlich
 - 1.1 auf den o.a. Märkten auf der Basis der von ihr betriebenen breitbandigen Anschluss-, Konzentrator- und Kernnetze anderen Unternehmen auf Nachfrage Bitstromzugang dadurch zu gewähren, dass sie im Rahmen eines einheitlichen Produktes dem nachfragenden Unternehmen breitbandige Anschlüsse überlässt und den zugehörigen Paketstrom auf Layer 2 an geeigneten Übergabepunkten der Konzentratornetze und auf Layer 3 an geeigneten Übergabepunkten der Kernnetze übergibt,
 - 1.2 zum Zwecke des Zugangs gemäß Ziffer 1.1 Kollokation an den Übergabestandorten sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu den Einrichtungen in den Kollokationsräumen an den Übergabestandorten zu gewähren,
 - 1.3 dass Vereinbarungen über Zugänge gemäß Ziffern 1.1 und 1.2 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren, der in Bezug auf Funktionsumfang und Preis mindestens jenem vergleichbar ist, den sich die Betroffene selbst intern – wenn auch möglicherweise mit unterschiedlichen Systemen und Prozessen – bereitstellt, und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen,
 - 1.4 den betroffenen Zugangsnachfragern auf Anforderung und der Beschlusskammer ohne gesonderte Aufforderung monatliche Auswertungen nebst Berechnungsmethode über die grundlegende Leistungsindikatoren für die nachfolgenden Elemente der Leistungsbereitstellung für sich selbst und Dritte in einer Form zu überlassen, die Rückschlüsse auf die Einhaltung der Verpflichtung nach Ziffer 1.3 ermöglichen:
 - a. Bestellprozess,
 - b. Dienstleistungserbringung,
 - c. Dienstqualität, einschließlich Mängeln,
 - d. Fehlerbehebungszeiten,
 - e. Umstellung zwischen verschiedenen regulierten Vorleistungen (außer einmaligen Massenumstellungen).
 - 1.5 gültige Verträge über Zugänge gemäß Ziffern 1.1 und 1.2 der Bundesnetzagentur ohne gesonderte Aufforderung und in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen, es sei denn, der jeweilige Vertrag liegt der Bundesnetzagentur bereits vor,
 - 1.6 ihre Preise für die auf den verfahrensgegenständlichen Märkten und auf den nachgelagerten Resale- und Endkundenmärkten extern angebotenen Leistungen sowie ihre internen Verrechnungspreise für die entsprechenden intern genutzten Leistungen, für die sie nach Ziffer 2.2 der nachträglichen Entgeltkontrolle unterliegt, in der Weise transparent zu gestalten, dass die Bundesnetzagentur Entgelte für Zugänge gemäß Ziffern 1.1 und 1.2 mit Blick auf Verstöße gegen die in § 28 TKG enthaltenen Diskriminierungsverbote und Verbote unzulässiger Quersubventionen überprüfen kann. Eine solchermaßen transparente Preisgestaltung erfordert, dass die Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen insbesondere Aufschluss geben über:
 - a. die Bereitstellungs-, Überlassungs-, Kündigungs- und Wechselpreise für breitbandige Endkundenprodukte einschließlich unmittelbar oder mittelbar gewährter Preisnachlässe,
 - b. die abgesetzten Mengen an breitbandigen Endkundenprodukten,

- c. die Verteilung der breitbandigen Endkundenprodukte auf die angebotenen Bandbreiten,
 - d. die durchschnittliche Verweildauer von Nachfragern breitbandiger Endkundenprodukte,
 - e. repräsentative Messdaten für die von den breitbandigen Endkundenprodukten durchschnittlich genutzten Bandbreiten im Peak sowohl im Konzentratornetz als auch im Kernnetz oder, soweit solche Daten nicht erstellt werden können, ersatzweise Angaben, die einen Rückschluss auf die fraglichen Bandbreiten erlauben,
 - f. die Angaben für breitbandige Resale-Produkte nach lit. a. bis e. entsprechend,
- 1.7 der Bundesnetzagentur auf Anforderung die gemäß Ziffer 1.6 gestalteten Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen unverzüglich, im Falle von Ziffer 1.6 Satz 2 in Verbindung mit einer Anzeige nach § 38 Abs. 1 TKG jedoch spätestens nach drei und ohne Verbindung mit einer solchen Anzeige spätestens nach zehn Arbeitstagen vorzulegen.
- 1.8 ein Standardangebot für Zugangsleistungen, zu deren Angebot sie durch die in dieser Entscheidung ergangenen Regulierungsverfügung verpflichtet worden ist und für die eine allgemeine Nachfrage besteht, zu veröffentlichen, wobei die Angaben zu den Standorten des Zugangs bzw. der Kollokation nicht veröffentlicht, sondern interessierten Unternehmen nur auf Nachfrage zugänglich gemacht werden müssen. Aktualisierungen des mit Beschluss BK 3d-10/112 vom 24.01.2012 festgelegten geltenden Standardangebotes für den IP-Bitstromzugang bzw. des im Verfahren BK3d-15/003 festgelegten Standardangebots für den Ethernet-Bitstromzugang, die aufgrund der mit dieser Regulierungsverfügung auferlegten Regulierungsverpflichtungen erforderlich werden, sind innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung zu veröffentlichen.
2. Die Entgelte für die nach den Ziffern 1.1 und 1.2 auferlegten Zugangsleistungen werden folgenden Maßnahmen der Entgeltregulierung unterworfen:
- 2.1 Die Entgelte für Zugangsleistungen nach Ziffer 1.1 auf dem nationalen Markt für Layer-2-Bitstromzugang auf der Basis von Ethernet-Bitstrom werden der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Die Entgelte werden nach Maßgabe der Missbrauchskontrolle des § 28 TKG genehmigt.
- 2.2 Im Übrigen werden die Entgelte für die Leistungen nach den Ziffern 1.1 und 1.2 auferlegten Zugangsleistungen der Regulierung nach § 38 TKG unterworfen.
3. Die Verpflichtungen nach Ziffern 1 und 2.2 werden für den Layer-3-Bitstromzugang für die HVt-Regionen folgender 20 Städte
- Bochum,
 - Bottrop,
 - Bremerhaven,
 - Flensburg
 - Gelsenkirchen,
 - Gladbeck
 - Herne,
 - Karlsruhe,
 - Kiel,
 - Köln,
 - Leipzig,
 - Leverkusen,
 - Mannheim,
 - Osnabrück,

- Pforzheim,
- Recklinghausen,
- Reutlingen,
- Troisdorf,
- Tübingen und
- Zwickau

unter der aufschiebenden Bedingung widerrufen, dass die Bundesnetzagentur auf Nachweis der Betroffenen im Amtsblatt die Feststellung veröffentlicht hat, dass für alle breitbandig nutzbaren Teilnehmeranschlussleitungen der Betroffenen in der jeweiligen HVt-Region ein Layer-2-Bitstromzugangsprodukt gemäß den Bedingungen des regulierten Standardangebots verfügbar ist.

4. Im Übrigen werden die Anträge abgelehnt.

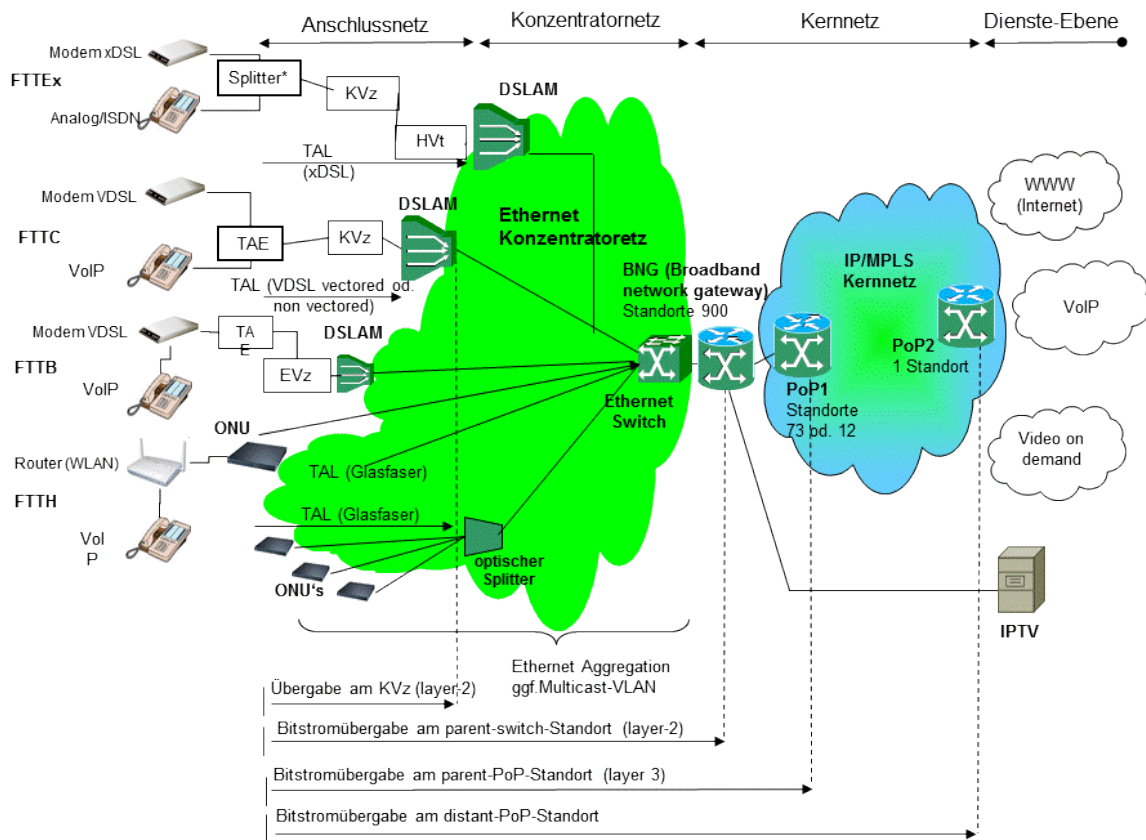
I. Sachverhalt

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

Bestandteil der Telekommunikationsnetze der Betroffenen, nämlich ihrer Anschlussnetze, ist die Teilnehmeranschlussleitung (abgekürzt TAL). Die TAL ist die physische Verbindung, mit dem der Netzabschlusspunkt in den Räumlichkeiten des Teilnehmers (1. Teilnehmeranschlusseinheit, abgekürzt TAE) mit den Hauptverteilerknoten oder mit einer gleichwertigen Einrichtung in festen öffentlichen Telefonnetzen verbunden wird. Sofern die TAE – wie traditionell üblich – per Kupferleitung angeschlossen ist, hat die Betroffene am Hauptverteilerknoten, teilweise aber auch an einer näher zur TAE gelegenen Einrichtung wie Kabelverzweiger oder Schaltverteiler sogenannte DSLAM (Digital Subscriber Line Access Multiplexer) installiert. Soweit die physikalischen Eigenschaften der jeweiligen Kupfer-TAL die Erzeugung von xDSL-Verkehren zulassen, können sie oder auch allein ihr hochfrequenter Teil auf einem solchen DSLAM abgeschlossen werden. Der von den TAL abgehende xDSL-Verkehr wird im DSLAM gebündelt, der ankommende Verkehr entbündelt. Die Betroffene setzt dabei seit Mitte 2013 im Rahmen der Vorgaben der Regulierungsverordnung BK3d-12/131 vom 29.08.2012 für die Erzeugung von VDSL-Produkten teilweise die Vectoring-Technologie ein. Daneben hat sie seit 2010 in geringem Umfang auch FTTB/FTTH-Anschlüsse errichtet.

An die Anschlussnetze schließen sich Konzentratornetze an, in welchen die xDSL- bzw. die FTTH-Verkehre auf mehreren Aggregationsstufen noch weiter verdichtet werden. Die besonders breitbandigen ADSL2+, VDSL- und FTTH-Verkehre fließen über in den letzten Jahren aufgebaute Ethernet-Konzentratornetze, welche in das IP-Kernnetz der Betroffenen münden. Eine Abnahme von Bitstromzugangsprodukten soll dabei zukünftig auf Layer-2 an den 899 Übergabepunkten des Ethernet-Konzentratornetzes möglich sein. Demgegenüber können Layer-3-Bitstromzugangsprodukte im IP-Kernnetz entweder an bundesweit 73 Standorte des parent-PoP oder an einem nationalen Standort des distant-PoP übernommen werden. Über das Kernnetz werden Verbindungen beispielsweise zum World Wide Web (Internet) aufgebaut. Vereinzelt sind noch Übergabepunkte im ATM-Konzentratornetz möglich, diese Netzstruktur baut die Betroffene jedoch derzeit zurück; sie wird zukünftig nicht mehr zur Verfügung stehen.

Die folgende aus der Festlegung der Präsidentenkommission entnommene Darstellung (dort: Abbildung 10) veranschaulicht die wesentlichen Netzstrukturen:



Über die dargestellte Infrastruktur versorgte die Betroffene Ende 2014 ca. 12,4 Millionen eigener Endkunden mit breitbandigen Leistungsbündeln. Daneben wurden weitere ca. 10,8 Millionen Endkunden von Unternehmen versorgt, die teilweise oder vollständig auf die Infrastruktur der Betroffenen zurückgreifen,

vgl. Geschäftsbericht der Betroffenen 2014, S. 6.

Dieser Rückgriff, der auch durch dritte Unternehmen vermittelt sein kann, kann sich sowohl auf Anschluss- als auch Transportleistungen der Betroffenen beziehen. Reine Anschlussleistungen verkauft die Betroffene als TAL-Zugang, eine vollständige Versorgung mit Anschluss- und Transportleistung einschließlich Dienstkonnektivität als Resaleprodukt („WIA“). Vermittelt dazwischen steht namentlich der verfahrensgegenständliche Bitstromzugang, bei dem der Nachfrager neben der Anschlussleistung auch Transportleistungen über Anschluss- und Konzentratornetz sowie ggf. über das IP-Kernnetz erhält. Anbieter dieser Leistungen sind neben der Betroffenen dritte Unternehmen, die typischerweise auf der Grundlage von TAL agieren, welche sie von der Betroffenen anmieten. Der Bitstromnachfrager kann die Leistung nach Vervollständigung durch eigene Transportleistungen als Resale- oder Endkundenprodukt, ggf. aber auch als Bitstromzugangprodukt mit Übergabe am „distant PoP“ verkaufen.

Schließlich bedienen sich Ende 2014 ca. 6 Millionen Endkunden der Angebote von Unternehmen, die ihre breitbandigen Produkte ohne integrierte Anschluss- oder Transportprodukte der Betroffenen erstellen

vgl. Jahresbericht der Bundesnetzagentur Stand 2014, S.81.

In diesem Bereich sind Kabelnetzbetreiber sowie – in sehr geringem Umfang – Netzbetreiber tätig, die auf Grundlage von weiteren Infrastrukturen agieren.

Eine eingehendere Darstellung des Bitstromzugangs einschließlich umfangreicher Marktdaten enthält der als **Anlage** beigefügte Entwurf einer Festlegung der Präsidentenkammer im Verfahren BK1-14/001 zur Marktdefinition und Marktanalyse zu Markt Nr. 3b der Empfehlung 2014/710/EU, auf den zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Mit Beschlüssen BK 4a-06-039 vom 13.09.2006 – geändert durch Beschluss BK 3d-09/009 vom 03.06.2009 – (IP-Bitstromzugang) und BK 4a-06-006 vom 07.03.2007 (ATM-Bitstromzugang) wurden der Betroffenen im Bitstrombereich (erstmalig) verschiedene Maßnahmen der Zugangsregulierung auferlegt. Auf der Grundlage der geänderten Märktempfehlung 2007/879/EG vom 17.12.2007 (Amtsblatt L 344/65) wurde 2009/2010 eine neue Marktanalyse durchgeführt und in der Folge die Festlegung der Präsidentenkammer und die darauf gründende Regulierungsverfügung BK3b-09/069 vom 17.09.2010 für die nationalen Märkte des Layer-3- und des Layer-2-Bitstromzugangs als einheitlicher Verwaltungsakt erlassen. Hierdurch wurde die Zugangsverpflichtung über die bislang auferlegte Zugangsgewährung an den PoP des IP-Kernnetzes und den Vermittlungsstellen des ATM-Kernnetzes hinaus auf eine Zugangsgewährung an allen geeigneten Übergabepunkten der Netzhierarchie ausgeweitet.

Mit Blick auf die Regelung des § 14 Abs. 2 TKG, gemäß der die Ergebnisse des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens turnusgemäß zu überprüfen sind und in Folge dessen auch über die Auferlegung, Änderung, Beibehaltung oder den Widerruf der in § 13 Abs. 1 S. 1 TKG aufgeführten Verpflichtungen zu entscheiden ist, hat die Beschlusskammer mit Schreiben vom 03.12.2014 der Betroffenen mitgeteilt, dass sie nach dem derzeitigen Stand der Marktdefinition und Marktanalyse weiterhin über beträchtliche Marktmacht auf dem nationalen Markt für den Layer-2-Bitstromzugang mit Übergabe auf regionalen Ebenen der Konzentratornetzhierarchie sowie dem subnationalen Markt für den Layer-3-Bitstromzugang mit Übergabepunkten auf verschiedenen Ebenen der Kernnetz hierarchie einschließlich HFC-Breitbandzugang verfüge. Die Beschlusskammer beabsichtige daher, der Betroffenen auf diesen Märkten Regulierungsverpflichtungen nach den §§ 19 unter Berücksichtigung der Empfehlung der EU-Kommission zur Nichtdiskriminierung (Gleichbehandlung), 20 (Vertragsvorlage), 21 (Zugangsverpflichtung), 23 (Standardangebotsverpflichtung), 30 (Maßnahmen der Entgeltregulierung) und ggf. 24 (Getrennte Rechnungsführung) aufzuerlegen. Die Beschlusskammer hat in dem Schreiben ferner angekündigt, dass sie sich differenzierte Maßnahmen der Entgeltregulierung für den nationalen Markt für den Layer-2-Bitstromzugang einerseits und den subnationalen Markt für den Layer-3-Bitstromzugang andererseits vorbehalte. Denn hinsichtlich der Entgelte für den Bitstromzugang müsse auch künftig sichergestellt sein, dass sie sich in konsistenter Weise in die Entgelte der vor und nachgelagerten Vorleistungen einfügten und dass dies erforderlichenfalls durch geeignete Regulierungsmaßnahmen sichergestellt bzw. durchgesetzt werden könne. Ferner sei beabsichtigt, die Regulierungsverpflichtungen hinsichtlich des Layer-3-Bitstromzugangs für die in der Festlegung der Präsidentenkammer genannten HVt-Regionen zu widerrufen, sofern die dort beschriebenen Voraussetzungen hierfür vorliegen.

In ihrer dazu abgegebenen Stellungnahme vom 15.01.2015 begrüßt die Betroffene den geplanten Widerruf der Regulierungsverpflichtungen für den Layer-3-Bitstromzugang, hält jedoch die damit verbundene Bedingung eines eingeführten regulierten Layer-2-Bitstromzugangsprodukts für nicht sachgerecht, da es sich um getrennte Märkte handle. Die Festlegung, dass ein Markt nur dann nicht regulierungsbedürftig sei, wenn ein sachlich anderer Markt reguliert werde, widerspreche der Systematik der §§ 9 ff TKG. Zusätzlich regt sie mangels allgemeiner Nachfrage einen Widerruf der Regulierungsverpflichtungen für den ATM-Bitstromzugang an. Sofern im Rahmen der Netzbaumaßnahmen die bestehenden Altplattformen abgeschaltet und dafür der Vertrieb bestimmter Anschlussvarianten eingestellt werden müsse, sei dies jedoch ihrer Ansicht nach bereits im Rahmen der bestehenden Zugangsverpflichtungen zulässig.

Sofern die Beschlusskammer erwäge, den Layer-2-Bitstromzugang bereits vor der nächsten Regulierungsperiode in die Regulierung einzubeziehen, verkenne sie, dass die Betroffene derzeit kein entsprechendes Produkt anbiete und erst in der finalen Produktabstimmung sei.

Eine Regulierungsbedürftigkeit könne daher noch nicht festgestellt werden. Hilfsweise sei eine Regulierung auf die Auferlegung eines Diskriminierungsverbots zu beschränken. In diesem Falle müssten auch die Erwägungen für den Widerruf von Regulierungsverpflichtungen auf dem Layer-3-Bitstromzugangsmarkt auf den Layer-2-Bitstromzugang übertragen werden, da die hierfür zugrunde gelegte Wettbewerblichkeit des Endkundenmarktes auch hier gelte.

Mit Blick auf das bestehende Diskriminierungsverbot habe die Betroffene bereits in den vergangenen Jahren erhebliche systemische Verbesserungen geschaffen, um das von der Kommission empfohlene Konzept der Gleichwertigkeit des Outputs (EoO) umzusetzen. Den Nachfragern sei der Zugang zu allen für die Bereitstellung von Endprodukten notwendigen Informationen möglich, darüber hinaus habe die Betroffene freiwillig Zugang zu verschiedenen Systemen angeboten und neue Tools geschaffen, um den Bestellprozess zu unterstützen, wie z.B. den DSL-Quickcheck, die Leitungsrecherche im Rahmen der TAL-Bestellung sowie das Terminbuchungstool. Diese Instrumente würden dazu dienen, Ressourcen hinsichtlich der Verfügbarkeit von DSL-Infrastrukturen, Leitungen und Service-Technikern vorab zu prüfen. Außerdem befänden sich weitere Verbesserungen in der Planung, durch die die Betroffene voraussichtlich Mitte 2016 freiwillig weitere Optimierungen in Absprache mit den Nachfragern umsetzen wolle.

Bezüglich der Flankierung der Zugangsverpflichtung durch zentrale Leistungsindikatoren sei eine vollständige Übertragbarkeit der Leistungsindikatoren des TAL-Prozesses nicht gegeben. Hinsichtlich der Planungsabsprachen sowie der Bereitstellung sei bislang noch nicht absehbar, ob die aktuellen Entwicklungen aus dem TAL-Prozess sinnvoll auf den Bitstromzugang übertragen werden können. Darüber hinaus sei insbesondere bei der Bereitstellung, der Leitungsverfügbarkeit und der Express-Entstörung zu berücksichtigen, dass die Komplexität der Prozesse für den Bitstromzugang aufgrund der notwendigen Netzkomponenten und Schaltungsarbeiten aufwendiger sei, als bei der TAL. Gleichwohl seien die Prozesse/KPI hinsichtlich der Standard-Entstörung und auch der Kündigung größtenteils an die TAL-Prozesse angeglichen.

Demgegenüber lehnt die Betroffene eine Übertragung des faxbasierten Leitungs-Voranfrageverfahrens unter Verweis auf den bestehenden DSL-Quickcheck ab. Hierüber erhalte der Nachfrager kurzfristig eine unverbindliche Auskunft. Gleiches gilt für die Verfügbarkeit der Schnittstellen. Hier sei die Verfügbarkeit von OSS/WITA bereits angeglichen. Darüber hinaus bestünden bereits für das L3-BSA-Produkt Zusagen zur Verfügbarkeit der Entstörschnittstelle, die über die bei TAL definierten KPI hinausgingen. Insofern sei eine Anpassung nicht im Interesse der Nachfrager.

Sofern eine Entgeltregulierung auch des Layer-2-Bitstromzugangs erwogen werde, reiche hierfür die Auferlegung eines Diskriminierungsverbots aus. Die Betroffene habe bereits umfassende und abschließende Preisvereinbarungen mit einem Nachfrager getroffen. Hilfsweise sei eine nachträgliche Entgeltkontrolle zu erwägen, da nach Ansicht der Betroffenen nur so innovative Preismodelle möglich seien, die den Investitionsrisiken und deren angemessener Verteilung hinreichend Rechnung tragen würden.

Mit Blick auf eine mögliche Standardangebotsverpflichtung weist die Betroffene darauf hin, dass sowohl die Produkte des Layer-2-Bitstromzugangs als auch des Layer-3-Bitstromzugangs diskriminierungsfrei allen potentiellen Nachfragern angeboten würden, insofern reiche die Auferlegung eines Diskriminierungsverbots aus. Sofern die Zugangsverpflichtungen für den ATM-Bitstromzugang aufrecht erhalten bleiben sollten, müsse mangels allgemeiner Nachfrage jedenfalls die Standardangebotsverpflichtung aufgehoben werden.

Die Beschlusskammer hat vor der Erstellung des Konsultationsentwurfs eine Marktabfrage zur Ausgestaltung eines Diskriminierungsverbots nach § 19 TKG unter Berücksichtigung der Nichtdiskriminierungsempfehlung der Kommission am 23.01.2015 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Dabei hatten die Zugangsnachfrager bis zum 17.02.2015 Gelegenheit, zu einer Adaption der in der Nichtdiskriminierungsempfehlung genannten Konzepte zur Gleichwertigkeit des Zugangs sowie zur Ausgestaltung von zentralen Leistungsindikatoren (KPI) auszuführen.

Nach Ansicht der ACO Computerservice GmbH sind insbesondere Informationen zu Überbuchungsfaktoren und Verfügbarkeit der entsprechenden Netzkomponenten sowie ein Zugriff auf die für die Geschwindigkeit und Störsicherheit des Endkundenprodukts relevanten Port-Parameter erforderlich. Als KPI schlägt sie Zeitvorgaben für die Rückmeldung auf einen konkreten Auftrag, die frühestmögliche Bereitstellung der Endkundenleistung, die Entstörung und die Freischaltung zusätzlicher Übertragungskapazitäten vor sowie Vorgaben für maximale Überbuchungsfaktoren und zwingend einzuhaltende Qualitätsparameter. Weiterhin kritisiert sie die Koppelung des Bitstromzugangsprodukts mit Produkten der physischen Netzkoppelung und fordert eine Absenkung der Marktzutrittschürden auf das Niveau des TAL-Marktes.

Die Antragstellerin zu 5. weist darauf hin, dass die Nichtdiskriminierungsempfehlung der EU-Kommission über den in § 19 TKG bereits angelegten Maßstab für eine Nichtdiskriminierungsverpflichtung konkretisierend hinausgehe. Das marktmächtige Unternehmen müsse nicht nur Bitstromzugangsprodukte anbieten, die der internen Leistung – namentlich der Bereitstellung eines breitbandigen xDSL-Anschlusses und des Transports des darüber geführten Datenstroms bis zu einem bestimmten Punkt im Konzentrator- oder Kernnetz – vergleichbar seien. Es sei auch verpflichtet, diese Dienstleistung und die hierfür relevanten Informationen zu denselben Preisen und derselben Dienstqualität, innerhalb derselben Fristen und unter Verwendung derselben Systeme und Prozesse mit gleicher Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit bereitzustellen. Die Effektivität eines so auferlegten Konzepts der Gleichartigkeit des Zugangs (EoI) müsse zudem durch ein Monitoring aussagekräftiger KPI sowie einem wirkungsvollen Sanktionssystem flankiert werden. Mit Blick auf die Leistungsindikatoren müssten diese die Prozessschritte der Bestellung, der Leistungsbereitstellung sowie der Entstörung sowohl in Bezug auf das Wholesale- als auch das Retailgeschäft der Betroffenen abbilden. Schließlich schlägt sie die Übernahme des TAL-Service Level Agreements (SLA) mit einer Einhaltungquote von 100% für Bitstromzugangsprodukte vor.

Die Antragstellerin zu 3. sieht einen Bedarf an Regulierungsvorgaben, die die Gleichwertigkeit des Zugangs gegenüber den intern bereitgestellten Vorleistungen absichern. In diesem Sinne sei es wichtig, dass die von der Telekom im Rahmen der Vereinbarung zur Nutzung der Access-Massenrecherche zur Verfügung gestellten Recherchertools aktuell gehalten würden und dem Stand entsprächen, wie die Betroffene sie selbst in ihrer Vermarktung nutze. Andernfalls könnten Wettbewerbsvorteile für die Betroffene entstehen, wenn diese aufgrund langer IT-Prozesse oder unterschiedlicher Datenbestände zu einem früheren Zeitpunkt als die Wettbewerber von vermarktbareren Bitstrom-Anschlüssen erfahre. Weiterhin sei notwendig, dass der BNG-Migrationsprozess zu keiner einseitigen Belastung der Wettbewerber führe. Bislang seien die damit verbundenen Maßnahmen (Sperrung von Neubestellungen, Neueinstellung bereits abgegebener Bestellungen zu einem späteren Zeitpunkt) für die Wettbewerber belastend und intransparent. Zur Absicherung des gleichwertigen Zugangs sei die Überwachung von Leistungsindikatoren bezüglich der Bereitstellungs- und Entstördauer, der Fehlschlagquote bei Bereitstellung und Entstörung, sowie die Quote der Schaltstörungen für erforderlich. Vergleichbare KPI seien bereits bei den TAL-Prozessen etabliert und sollten auch für eine erhöhte Transparenz der Bitstromzugangsprodukte etabliert sowie durch beidseitig angemessene Vertragsstrafen und Schadensersatzregelungen abgesichert werden.

Der IEN begrüßt den Ansatz der Beschlusskammer, die Empfehlungen der EU-Kommission in ihre Erwägungen einbeziehen zu wollen. Eine Gleichwertigkeit des Zugangs könne grundsätzlich durch detaillierte Zugangsverpflichtungen oder wirksame SLA sichergestellt werden, wobei insbesondere auf die Gewährleistung unterschiedlicher Qualitätsabstufungen und einer Verfügbarkeit der Vorleistungen auf verschiedenen Netzebenen zu achten sei. Falls die Beschlusskammer dabei zu dem Ergebnis kommen würde, dass die Wettbewerbsverhältnisse sich auf den Netzebenen der Betroffenen unterscheiden würden, könne dem durch ausdifferenzierte Maßnahmen begegnet werden. Wesentlich sei zudem, dass die Betroffene die auferlegte Zugangsverpflichtung nicht umgehen könne. Außerdem müssten sanktionierte KPI für die Leistungselemente Bestellprozess, Dienstleistungserbringung, Dienstqualität einschließlich Mängeln, Fehlerbehebungszeiten sowie Umstellung zwischen regulierten Vor-

leistungen auferlegt werden, die das Niveau der TAL-Geschäftsprozesse deutlich übersteigen würden.

Die Telefónica Germany GmbH & Co. oHG (Telefónica) befürwortet die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung entsprechend dem EoI-Konzept der Nichtdiskriminierungsempfehlung. Zwar sei eine Nutzung der gleichen Systeme und Prozesse nicht zwingend erforderlich, jedoch müsse sichergestellt sein, dass Ungleichbehandlungen beim Zugang zu technischen Leistungsmerkmalen, knappen Ressourcen, produktrelevanten Informationen oder bei den Anforderungen und Bedingungen für die Nutzung der Leistung ausgeschlossen seien. Mangels Einblick in den Geschäftsbetrieb der Betroffenen sei es nicht möglich, eine bestehende Ungleichbehandlung zweifelsfrei nachzuweisen. Die bisherigen Erfahrungen bei der Qualität der Leistungserbringung ließen aber die Vermutung zu, dass die Qualitätsprobleme im Retailbereich der Betroffenen schneller bzw. effektiver gelöst würden als dies bei den Bitstromnachfragern der Fall sei. Insbesondere die Nutzung der WITA-Schnittstelle habe in der Vergangenheit zu Fehlern geführt. Sofern die Beschlusskammer die Auferlegung eines EoI-Konzeptes erwäge, sei sicherzustellen, dass auch hierdurch eine ungleiche Behandlung nachweislich und dauerhaft ausgeschlossen sei. Unabhängig von dem Konzept des Diskriminierungsverbots sei zu gewährleisten, dass der Bitstromzugang eine Replizierbarkeit der Endkundenprodukte der Betroffenen ermöglichen könne. Ein zeitlicher Vorteil der Betroffenen führe hier zu weiteren Wettbewerbsvorteilen. Weiterhin sei die Gleichbehandlungsverpflichtung durch zentrale Leistungsindikatoren zu kontrollieren und durch SLA abzusichern. Diese sollten sich beziehen auf die Leistungsverfügbarkeit, die Bereitstellungszeiten (inklusive Zeitspanne zwischen Bestellung und Lieferung, Einhaltung der verbindlichen Liefertermine mit Nennung der Gründe bei Nichteinhaltung, Bereitstellungsdauer Ende-zu-Ende und Durchführung von Courtesy Calls) sowie die Entstörung (inklusive durchschnittliche Entstördauer, Quote der eingehaltenen Entstördauer, Quote der erforderlichen Endkundentermine sowie die hierausbegründenden Fehlerquoten) und mindestens vierteljährlich unter Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse veröffentlicht oder durch die Beschlusskammer überwacht werden.

Die EWE TEL GmbH (EWE TEL) hält die Verwendung von Leistungsindikatoren für ein wesentliches Element, um die Gleichwertigkeit des Bitstromzugangs zum Netz der Betroffenen zu gewährleisten. Es sei anzunehmen, dass die Erfahrungen aus den TAL-Prozessen diesbezüglich übertragbar seien. Insofern sei die Erfassung des Abweichungsgrades von der geschuldeten Leistungsqualität gegenüber den Nachfragern und dem eigenen Retail-Bereich der Betroffenen eine unverzichtbare Grundlage für eine funktionierende Zusammenarbeit. Dabei seien die Leistungsindikatoren so zu wählen, dass die Leistung insbesondere hinsichtlich der Leistungsschritte Bestellung, Bereitstellung und Entstörung umfassend und intelligent abgebildet werde, um eine gleichmäßige Erbringungsqualität zu sichern. Daher sei eine Übertragung der – umstrittenen – Leistungsindikatoren aus dem TAL-Bereich auf den Bitstromzugangsmarkt nicht sinnvoll. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die mit den Kennzahlen erfassten Leistungen sich sachlich unterscheiden würden. So sei die Bereitstellung einer TAL regelmäßig schneller zu erfüllen, als die Bereitstellung der Leitung mit zusätzlicher Schaltung eines Dienstes.

Die Antragstellerin zu 4. spricht sich dafür aus, der Betroffenen aufzuerlegen, dass ihre internen Nachfrager die gleichen Systeme und Schnittstellen wie die externen Nachfrager benutzen müssen. Die dadurch etwaig notwendigen Umbaumaßnahmen würden angesichts der 2015 anstehenden Neueinführung des Layer2-Produktes nur einen geringen zusätzlichen Kostenfaktor darstellen. Darüber hinaus müssten Nachfragern die gleichen Informationen zur Verfügung erhalten wie der Retail-Bereich der Betroffenen und insbesondere über Änderungen oder Innovationen an den Vorleistungsprodukten sowie geplante Migrationen gleichlaufend informiert werden. Dies betreffe neben Verfügbarkeits- und Ressourcenprüfungen auch leistungsspezifische Informationen wie Belegung, Dämpfung, Synchronisationsgeschwindigkeit und Auswahloptionen zwischen verschiedenen DSLAM-Profilen. Die Gleichwertigkeit des Zugangs beziehe sich darüber hinaus auch auf die konkret gewährten Preise und Bereitstellungskonditionen. Hier sei erforderlich, dass den Nachfragern der gleiche Grad an Flexibilität zukomme wie internen Nachfragern. Dies sei über KPI nicht messbar und da-

mit ein wesentlicher Vorteil des EoI-Konzeptes der EU-Kommission. Sollte die Beschlusskammer gleichwohl die Auferlegung eines EoI-Konzeptes für unverhältnismäßig erachten, sei jedenfalls eine Gleichbehandlungsverpflichtung entsprechend dem von der EU-Kommission ebenfalls vorgestellten EoO-Konzeptes erforderlich. Hierdurch würden Nachfrager dem Retail-Bereich nahezu gleichgestellt, die Nutzung unterschiedlicher Prozesse und Systeme könnten aber ein Diskriminierungspotential nicht vollständig ausschließen. Insofern sei dieser Spielraum der Betroffenen durch harte, transparente und mit Vertragsstrafen sanktionierte KPIs angemessen zu beschränken. Diese müssten sich zwangsläufig auf alle Phasen des Bereitstellungsprozesses beziehen, namentlich auf Bestellung, Lieferung und Bereitstellung, Qualität und Verfügbarkeit, die Entstörung sowie Umstellungsdauern bei Produktwechseln. Die Leistungskennwerte seien zeitnah auszuwerten und in anonymisierter Form wie bspw. in Großbritannien zu veröffentlichen. Zudem müssten die KPI mit vertraglichen Sanktionen abgesichert werden. Unabhängig von dem gewählten Nichtdiskriminierungskonzept sei zu berücksichtigen, dass die Vorgabe proprietärer Schnittstellen bei den Nachfragern zu einer Steigerung der Stückkosten kommen könne, insofern sei die Betroffene zur Nutzung der S/PRI-Schnittstelle als einer technologie- und unternehmensneutralen Schnittstelle zu verpflichten. Dabei sei auch zu beachten, dass die Betroffene sich selber im S/PRI-Arbeitskreis engagiert habe und die Schnittstelle Gegenstand einer multilateralen Festlegung im NGA-Forum gewesen sei. Ebenfalls unabhängig von dem gewählten Nichtdiskriminierungskonzept sei sicherzustellen, dass der gewährte Bitstromzugang die technische Replizierbarkeit von Endkundenprodukten ermögliche und damit den Nachfragern insbesondere die Möglichkeit einer zeitgleichen Markteinführung von neuen Produkten eröffnen würde. Als ultima ratio stehe der Beschlusskammer schließlich die Anordnung einer funktionalen Trennung gemäß § 40 TKG zu.

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung ist im Amtsblatt Nr. 08/2015 vom 29.04.2015 als Mitteilung Nr. 405/2015 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Innerhalb dieser Frist sind die nachfolgend zusammengefassten Stellungnahmen bei der Bundesnetzagentur eingegangen.

Die Betroffene trägt vor, der Konsultationsentwurf solle klarstellen, dass sich die Zugangsverpflichtung auf Massenmarktprodukte – und nicht auf Premiumprodukte mit für Geschäftskunden typischen Anforderungen – beziehe. Dies ergebe sich aus dem Ergebnis der Marktdefinition sowie der Explanatory Note zur Märkteempfehlung, werde aber weder vom Tenor der Festlegung noch vom Tenor der Regulierungsverfügung reflektiert. Zudem sei aus Gründen der praktischen Wichtigkeit sinnvoll, wenn sich der Konsultationsentwurf stärker als bislang mit den Implikationen der absehbaren Leistungsumstellung befassen würde und ausdrücklich klarstellen würde, dass die Betroffene nicht beschränkt sei, Leistungsumstellungen sowohl anschlussseitig als auch endkundenseitig im Rahmen der bestehenden Verträge vorzunehmen. Der Konsultationsentwurf solle weiterhin klarstellen, dass die Betroffene nicht zu einem unwirtschaftlichen Kapazitätsausbau verpflichtet sei.

Die Ablehnung des EoI-Maßstabes sei zu Recht erfolgt. Auch die Nichtdiskriminierungsempfehlung gehe davon aus, dass eine durch ein KPI-Monitoring flankierte EoO-Verpflichtung grundsätzlich ausreiche, um eine Chancengleichheit des Zugangs zu gewährleisten. Der EoI-Maßstab sei lediglich abstrakt vorrangig, sofern er im konkreten Fall auch als verhältnismäßig angesehen werden könne. Dies sei hier aber nicht der Fall, denn die Betroffene bewege sich bereits selber freiwillig auf einen zwischen EoI- und EoO-vermittelnden Maßstab zu und stelle derzeit das Backend der Bestellsysteme für Wholesale und Retail auf ein einheitliches Produkt- und Service-Portfolio um, so dass nach Abschluss dieser Maßnahme voraussichtlich 2016 bzw. 2017 nur noch unterschiedliche Frontends genutzt würden. Die vollständige Umstellung auch hinsichtlich der Frontends würde für Zugangsnachfrager keine weiteren Vorteile bringen. Da der Retail-Bereich derzeit ausschließlich gebündelte Leistungen und ein separates Bestellsystem nutzten, würde eine Umstellung aber demgegenüber auf die für die Zugangsnachfrager zur Verfügung stehende WITA voraussichtlich einen zwei-

bis dreistelligen Millionenbetrag kosten, mehrere Jahre dauern und im Rahmen der Einführung ohne Zweifel zu erheblichen Friktionen bei der Betroffenen und den Zugangsnachfragern führen. Weitere KPI insbesondere ein Monitoring der verfügbaren Techniker-Ressourcen, seien nicht aufzunehmen. Hierbei handele es sich sachlich um die Einhaltung der primären Leistungspflichten, die schon von dem in Ziffer 1.4 tenorierten KPI-Regime abgebildet seien. Ein solcher KPI würde keinen inhaltlichen Mehrwert mit sich bringen und nicht messen, worum es in der Sache gehe. Er sei durch viele komplexe Faktoren zu berechnen, ohne künftige Entwicklungen wie die Steigerung der Prozess-Effizienz abzubilden. Außerdem würde so ungerechtfertigt in die Personalhoheit eingegriffen, weil TD dann gezwungen sei, die Zahl von Technikern tatsächlich zu beschäftigen. Das KPI-Monitoring müsse zudem zwingend auch die Mitwirkungspflichten der Zugangsnachfrager mit einbeziehen, hierzu habe sie bereits im Verfahren BK3d-15/003 ausführlich vorgetragen. Sofern Ziffer 1.4 einen Vergleich der Zugangsnachfrager zum Retail-Bereich vorsehe, stamme dies zwar aus dem Grundgedanken des Diskriminierungsverbots. Ein Vergleich sei aber nur da sinnvoll, wo die Prozessschritte auch wirklich vergleichbar seien. Dies sei mit einer zunehmenden Angleichung der Backend-Systeme zu erwarten, aber nicht überall der Fall. So seien beispielsweise für den Retailbereich der Betroffenen weder Bereitstellungsfristen noch Kundenwunschtermine vorgesehen. Schließlich seien die KPI nur der Bundesnetzagentur bzw. – sofern es um die Absicherung vertraglicher Pflichten gehe – dem jeweiligen Zugangsnachfrager zur Verfügung zu stellen. Es sei jedoch kein regulatorisches Interesse an einer regelmäßigen Marktpublizität erkennbar.

Eine Anpassung der getrennten Rechnungsführungspflicht aus Ziffer 1.6 des Konsultationsentwurfs sei nicht erforderlich, da die der getrennten Rechnungsführung zugrundeliegende Prüfung der Verletzung des Diskriminierungsverbots und der Quersubventionierung auf den regulierten Bereich beschränkt sei. Dies sei für die 20 HVt-Regionen nicht der Fall. Sollte im Einzelfall die Vorlage von Kostenunterlagen für diese Regionen erforderlich werden, bleibe dies ausweislich der Erfahrungen zu den Endkundenentgelten grundsätzlich möglich.

Die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebots sei für den ATM-Bitstromzugang zu widerrufen, da ersichtlich keine Nachfrage für dieses auslaufende Produkt bestehe. Insofern sei eine solche Verpflichtung erkennbar nicht erforderlich und dürfe damit entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht auferlegt werden.

Der Ansatz des Konsultationsentwurfes bezüglich der Entgeltregulierung sei abzulehnen und die Bitstromzugangsentgelte insgesamt nur einer ex-post-Regulierung zu unterwerfen. Eine ex-ante-Regulierung erweise sich nach der erforderlichen Abwägung der Regulierungsziele zwar als geeignet, aber weder als erforderlich noch als angemessen. Sofern der Ansatz des Konsultationsentwurfes erkennbar auf der Annahme beruhe, dass der Layer-2-Bitstromzugang im Regulierungszeitraum die TAL als das vorrangig im Markt nachgefragte Vorleistungsprodukt ablösen werde, resultiere diese aufgrund einer falschen bzw. gar nicht durchgeführten Prognose der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Marktentwicklung während des relevanten Regulierungszeitraums. Während der Konsultationsentwurf nicht erläutere, wie die Beschlusskammer zu dieser Annahme komme, ergäben die Prognosen der Betroffenen basierend auf dem Ist-Zustand für das Jahr 2014, Stand September, dass der Bedeutungszuwachs des Layer-2-Bitstromzugangs – auch in einem Vectoring-Umfeld – über einen weitaus längeren Zeitraum erstrecken würde, als von der Bundesnetzagentur behauptet. Auch die Marktteilnehmer hätten der Annahme, der Layer-2-Bitstromzugang werde in den nächsten drei Jahren die TAL-Nachfrage ablösen, widersprochen. Eine ex-ante-Regulierung sei auch nicht mit Blick auf die Regulierungsziele erforderlich. Das Nutzerinteresse an niedrigen Endkundenpreisen werde bereits durch den bestehenden Wettbewerbsdruck auf den Endkundenmärkten abgesichert, einen darüber hinausgehenden positiven Effekt einer ex-ante-Regulierung habe die Beschlusskammer nicht nachgewiesen. Demgegenüber spreche gerade das Nutzerinteresse an hochbitratigen Produkten für eine ex-post-Regulierung. Auch die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs erfordere keine ex-ante-Regulierung. Die Beschlusskammer gehe hier bereits unzutreffend von hohen und langfristigen Marktzutrittsschranken für beide Bitstrommärkte aus und trage damit weder dem Ergebnis der regionalisierten Deregulierung Rechnung noch stelle sie eine – für ein neu auf den Markt kom-

mendes Produkt unerlässliche – Analyse der marktstrukturellen Bedeutung des Vorleistungsproduktes an, sowie der im Konsultationsentwurf nur allgemein angeführten Quersubventionierungs- und Abweichungspotentiale der Betroffenen. Tatsächlich sprächen weder die – nach Ansicht der Betroffenen – geringe marktstrukturelle Bedeutung des Layer-2-Bitstromzugangs noch die Gefahren einer ex-post-Kontrolle für den Vorleistungsmarkt für eine ex-ante-Regulierung. Aufgrund des hohen Preisdrucks auf dem Endkundenmarkt stünde für die Prüfung von Preis-Kosten-Scheren (PKS) weiterhin ein stabiler Ankerpreis zur Verfügung. Gleiches gelte für die Prüfung von Kosten-Kosten-Scheren (KKS). Hierfür stehe weiterhin die KeL-regulierte TAL zur Verfügung. Auf die Frage, welchen Anteil das Produkt im Portfolio der Betroffenen habe, komme es nicht an, denn für die Bestimmung der TAL-KeL würden die Kosten nicht nur auf die gebuchten TAL umgelegt, sondern auch auf die vom Retail-Arm der Betroffenen genutzten TAL. Auch auf die konkrete Verfügbarkeit der TAL als Ausweichprodukt komme es nicht an, da es sich hierbei nicht um das alleinige Ausweichprodukt handele, sondern die Zugangsnachfrager ihre Endkundenprodukte auch über andere Vorleistungsprodukte realisieren könnten, die Entgelte für den Layer-2-Bitstrom blieben hiervon unberührt. Die Bezugnahme auf den gemeinsamen Standpunkt des GEREK sei mit Blick auf die Regulierungsziele unerheblich, da § 123a TKG insofern nur allgemeine Kooperationspflichten auferlege und im Übrigen der Gemeinsame Standpunkt auf eine abstrakte Beschreibung beider Entgeltsysteme beschränkt sei. Auch unter dem Regulierungsziel effizienter Infrastrukturinvestitionen sei die Auferlegung einer Genehmigungspflicht nicht erforderlich. Entgegen der Annahme der Beschlusskammer führten niedrige Entgelte gerade nicht zu Investitionen in eigene Infrastrukturen. Vielmehr bestehe aufgrund der in der Entscheidung BK3d-12/131 angelegten Reziprozität der Layer-2-Entgelte für Vectoringbetreiber dazu, dass Wettbewerber selber diese entsprechend günstig anbieten müssten. Dies würde offensichtlich investitionshemmend wirken. Nur eine ex-post-Regulierung führe dazu, dass Unternehmen erheblich leichter Infrastrukturen ausbauen könnten und innovative Kooperationsmodelle eingehen könnten. Demgegenüber würden Genehmigungsverfahren bis zu neun Monate dauern, die Betroffene mit einem erheblichen personellen und materiellen Aufwand belasten und zeitnahes und flexibles Agieren unterbinden. Letzteres sei aber gerade in der Einführungsphase notwendig. Auch hinsichtlich der Rechtssicherheit bringe die ex-ante-Regulierung keine Vorteile, da Entgeltgenehmigungen regelmäßig angefochten würden. Auch die der Förderung effizienter Investitionen besonders dienenden Kontingentmodelle seien sowohl unter rechtlichen wie auch unter tatsächlichen Gesichtspunkten in einem Genehmigungssystem nicht mehr realisierbar. Aufgrund von § 37 TKG komme – wenn überhaupt – eine parallele Genehmigung kontingentierter und nicht-kontingentierter Produkte in Betracht. Auch hierauf sei § 37 TKG aber nicht ausgerichtet, hinzu komme der kürzere Genehmigungszeitraum verglichen mit der üblichen Vertragslaufzeit von Kontingentmodellen über 11 Jahre. Inhaltlich enthalte ein Kontingentmodell ein Risikoteilungsmodell. Es überrasche, dass die Beschlusskammer sich offenbar zutraue, diese Prognoseentscheidung in einem sich gerade erst entwickelnden Markt mit der notwendigen Sicherheit zu treffen. Im Übrigen lege auch die Nichtdiskriminierungsempfehlung nahe, Betreibern, die in NGA-Netze investierten einen gewissen Spielraum, um zu testen, wie die Preise im Hinblick auf die Marktdurchdringung gestaltet sein müssen. Zuletzt spreche auch der Regulierungsgrundsatz des § 3 Abs. 3 Nr. 6 TKG gegen den Rückgriff auf stärkere Kontrollregimes. Damit rechtfertige eine Abwägung der Regulierungsziele nicht, die Betroffenen weder mit Blick auf das Verfahren noch den Entgeltmaßstab wie vorgesehen in ihrer Handlungsfreiheit zu beschränken. Die Auferlegung einer kostenorientierten Genehmigungspflicht sei auch nicht angemessen. Anstelle eines Abstellens auf Bagatellprodukte hätte die Beschlusskammer vielmehr die Marktrelevanz des Layer-2-Bitstrom-Zugangs mit Blick auf die Regulierungsziele prüfen müssen, dies sei jedoch nicht geschehen. Auch die Annahme, eine Markteinführungsphase erfordere eine besonders sensitive Preiskontrolle sei verfehlt, sondern aus Art. 12 und 14 GG folge im Gegenteil, dass die Regulierung hier zunächst zurückhaltend auszugestalten sei. Zuletzt seien auch die vorgesehenen Entgeltmaßstäbe nicht rechtmäßig, da der von § 31 Abs. 2 Nr. 2 TKG vorgesehene Superioritätstest nicht durchgeführt worden sei.

Die Ausgestaltung des Widerrufs sei unzulässig. Zum einen sei bereits die Verquickung insofern rechtsfehlerhaft, als die Annahme, ein Markt sei nur dann nicht regulierungsbedürftig,

wenn ein anderer, hiervon abgegrenzter Markt reguliert sei, §§ 9 ff. TKG widerspreche. Der Widerruf sei jedenfalls insofern abzuändern, als er die Vorgaben der Präsidentenkammer verschärfe. Die tatsächliche Verfügbarkeit eines geprüften Layer-2-Standardangebots für sämtliche breitbandigen TAL in der jeweiligen HVt-Region sei nicht Gegenstand der Festlegung der Präsidentenkammer, stattdessen gehe sie davon aus, dass bereits jetzt ausreichend Wettbewerb bestehe und insofern für eine aufschiebende Bedingung kein Bedarf bestehe. Für eine solche inhaltliche Änderung fehle der Beschlusskammer zum einen die notwendige Kompetenz, zum anderen sei sie unangemessen. Damit würde implizit vorausgesetzt, dass die Betroffene entweder die jeweilige Region vollständig mit Vectoring ausgebaut habe oder sämtliche andere in diesem Gebiet vorhandenen xDSL-Vorleistungsprodukte an die BNG angeschlossen habe. Ein derart umfassender Ausbau sei weder kurz- noch mittelfristig geplant, so dass die vorgesehene Deregulierung auf unabsehbare Zeit verzögert würde. Hierfür bestehe aber insofern kein Grund, als die Präsidentenkammer durch den Verweis auf das Layer-2-Bitstromzugangsprodukt nur sicherstellen wollte, dass Wettbewerber auch in einem Vectoring-Regime entweder einen TAL-Zugang oder ein Layer-2-Bitstromzugangsprodukt bestellen könnten.

Der BREKO e.V. begrüßt die auferlegte Zugangsverpflichtung für den Layer-2-Bitstromzugang. Da die Betroffene nach eigenen Angaben einen Vectoring-Ausbau in den betroffenen Städten vorsehe, würde eine Regionalisierung dazu führen, dass Wettbewerber hier keinerlei Zugangsprodukte mehr zur Verfügung stünden, deren Entgelte und sonstigen Parameter reguliert wären. Allerdings sehe er keine Grundlage für eine Entlassung der 20 HVt-Regionen aus der Regulierung, zur Begründung werde auf die Stellungnahme im Verfahren BK1-14/001 verwiesen.

Eine ex-ante-Entgeltregulierung für den Layer-2-Bitstromzugang sei gegenüber einer ex-post-Missbrauchskontrolle aufgrund der zukünftig stark zunehmenden Bedeutung des Layer-2-Bitstromzugangs vorzugswürdig. Da er als Substitutionsprodukt im Rahmen des Vectoring-Regimes fungiere, würde ein Verzicht auf eine kostenbasierte Entgeltregulierung die Gefahr begründen, dass Wettbewerber auf dieser Basis kein wettbewerbles Endkundenprodukt anbieten könnten. Zudem spreche die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ebenso für eine ex-ante Regulierung, wie der Umstand, dass kleinere Wettbewerber im Rahmen der ex-post-Kontrolle keine Möglichkeit hätten, mit der Betroffenen auf Augenhöhe zu verhandeln. Entsprechend sei bislang noch kein Kontingentmodell verhandelt worden, dass für einen regionalen Anbieter wirtschaftlich abbildbar sei. Demgegenüber seien Kontingentmodelle auch im Rahmen einer Genehmigungspflicht möglich, da sich bei einer Kontingentbetrachtung die Kapitalkosten der Betroffenen verringern können. Schließlich bestünden mit Blick auf eine ex-post-Kontrolle erhebliche Unsicherheiten. Zum einen sei unklar, welche Unterlagen die Betroffene für die einzelnen Entgeltkomponenten vorlegen müsste, zum anderen könnten ex-post geprüfte Entgelte theoretisch innerhalb kurzer Fristen abgeändert werden, während genehmigte Entgelte auf eine bestimmte Zeitspanne angelegt seien.

Die Auferlegung eines Diskriminierungsverbots nach dem EoO-Maßstab sei nicht geeignet, die Gleichwertigkeit des Zugangs sicherzustellen und Zugangsnachfragern einen Zugang zu den gleichen technischen und kommerziellen Konditionen zu eröffnen. In diesem Sinne sehe auch die EU-Nichtdiskriminierungsempfehlung den EoI-Maßstab als vorzugswürdig an. Sofern die Beschlusskammer auf die mit einer Systemumstellung verbundenen Kosten abstelle, dürften diese nicht pauschal unterstellt werden, sondern müssten durch einen externen Gutachter überprüft und beziffert werden. Bei der Berücksichtigung von Umsetzungskosten sei ferner mit einzustellen, dass die Betroffene nach eigenen Angaben plane, ab 2017 die WITA und ihr Backend gleich zu bauen. Insofern sei nicht nachvollziehbar, warum sie nicht direkt in die universell einsetzbare S/PRI-Schnittstelle investiere. Ein EoI-Maßstab würde zudem dem Umfang eines KPI-Monitorings deutlich reduzieren sowie die Vergleichbarkeit zwischen Wholesale und Retail deutlich erhöhen. Schließlich sei der EoI-Maßstab mit Blick auf die von der Nichtdiskriminierungsempfehlung geforderten Replizierbarkeit zwingend.

Das von der Beschlusskammer vorgeschlagene KPI-Monitoring sei hingegen zu begrüßen. Die KPI sollten jedoch bereits jedenfalls in der Begründung der Regulierungsverfügung nä-

her skizziert werden. Inhaltlich sollten sie die Bereiche Bestellung, Bereitstellung und Entstörung umfassen, ohne sich auf einzelne Kern-KPIs zu beschränken. Zudem sollte die Verfügbarkeit von Technikerressourcen in das KPI-Set aufgenommen und die Betroffene verpflichtet werden, Angaben darüber zu machen, in welchem Maße sie eigenes Personal bzw. Subunternehmer einsetze. Hierdurch würde transparent, ob ein Kapazitätsengpass sich gleichmäßig auf die Betroffene und die Zugangsnachfrager auswirke. Die bisherige schlechte Schaltqualität lasse hier eine Ungleichbehandlung zumindest vermuten. Die Lösung der Kapazitäts- und Verteilproblematik von Technikerressourcen stelle daher einen zentralen Hebel zur Sicherung einer diskriminierungsfreien Bereitstellungs- und Entstörqualität dar. Die Einhaltung der KPI sei schließlich mit angemessenen Vertragsstrafen zu verbinden.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen könne ein Widerruf hinsichtlich der 20 HVt-Regionen nicht bereits dann erfolgen, wenn ein Layer-2-Bitstromzugang bestellbar ist. Vielmehr sei vorauszusetzen, dass er technisch und damit tatsächlich verfügbar sei und insbesondere alle Produkte abbilde, die auch über den Layer-3-Bitstromzugang realisierbar seien, insb. xDSL-Varianten sowie FttX und GPON.

Der BUGLAS führt aus, der Konsultationsentwurf gehe zutreffend von einer steigenden Bedeutung des Layer-2-Bitstromzugangs aus, der sich bereits jetzt im Vectoring-Regime, dem im Rahmen des NGA-Ausbaues absehbaren Wegfalls der HVt-TAL sowie in der Ankündigung der Telefónica, zukünftig anstelle der TAL Bitstromprodukte nachzufragen, abzeichne. Auch wenn daraus ausdrücklich nicht folge, dass der Layer-2-Bitstromzugang den TAL-Zugang ersetzen könne, folge hieraus jedenfalls eine teilweise Ablösung für die Fälle, in denen letzterer nicht mehr zugänglich sei. Daher sei es im Ergebnis zutreffend und auch im Einklang mit der NGA-Empfehlung, wenn die Beschlusskammer vorsehe, dass für den Layer-2-Bitstromzugang dieselben Maßstäbe gelten müssten, wie für das entfallene Vorleistungsprodukt. Denn die Betroffene habe im Falle einer ex-post-Kontrolle so hohe Preisfestsetzungsspielräume, dass zu befürchten sei, dass kleinere Nachfrager aufgrund anderer Abnahmemengen benachteiligt würden. Ferner spreche auch der Regulierungsgrundsatz der Vorhersehbarkeit der Regulierung gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 1 TKG für eine ex-ante-Regulierung. Denn die Bottleneck-Eigenschaft eines zentral wichtigen Vorleistungsproduktes – wie zukünftig dem Layer-2-Bitstromzugang – habe bisher stets die Auferlegung einer kostenorientierten Entgeltgenehmigung begründet.

Die Verpflichtung zur transparenten Preisgestaltung auf den verfahrensgegenständlichen Märkten und den nachgelagerten Resale- und Endkundenmärkten müsse im Falle eines Widerrufs für die in der Festlegung genannten HVt-Regionen auch auf diese erstreckt werden. Denn durch einen Widerruf würden die aus der Regulierung entlassenen HVt-Regionen zu Drittmärkten, so dass auch mit Blick auf diese Quersubventionierungen zu verhindern seien. In diesem Zusammenhang sei insbesondere auf ein aktuelles Endkundenangebot der Betroffenen in Köln für die Vorwahlbereiche 0221 und 02203 hinzuweisen, bei dem das Produkt Magenta M für die Dauer der Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten für 20,97 € netto angeboten werde. Da die PKS- und KKS-Prüfung der Beschlusskammer im Verfahren BK3-12/001 zu Kostenwerten gelangt sei, die diesen Preis überschreiten würden, bestehe bereits heute der Verdacht, dass die kontingentierte Entgelte der Betroffenen auf dem Layer-3-Bitstrommarkt nicht mit § 28 Abs. 1 TKG vereinbar seien.

Die vorgeschlagenen KPI seien zu begrüßen, sollten jedoch mit einem belastbaren Anreizsystem verknüpft werden.

Der Widerruf von Regulierungsverpflichtungen für die betroffenen HVt-Regionen könne nicht aufschiebend bedingt ausgesprochen werden, da er entweder in einem Verfahren nach § 12 Abs. 1 und Abs. 3 TKG in einem einheitlichen Verwaltungsakt ergehen müsse oder anlassbezogen nach § 14 Abs. 1 TKG. Demgegenüber verlagere der aufschiebend bedingte Widerruf die Wirksamkeit des Widerrufs auf einen späteren Zeitpunkt und auf ein behördliches Verfahren außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Prozesse. Dies widerspreche der ratio der Regelüberprüfungsfrist und lasse den Zeitpunkt des Eintritts des Widerrufs unbestimmt und unberechenbar. Die Unbestimmtheit betreffe auch die inhaltliche Ausgestaltung der aufschiebenden Bedingung, namentlich die Bedeutung von „breitbandige nutzbaren Teilnehmer-

anschlussleitungen“ mit Blick auf ADSL- und SDSL-Anschlüsse sowie des zutreffenden Verständnis des „regulierten Standardangebots“. Zum einen sei nicht klar, ob dies das aktuelle Standardangebotsverfahren BK3-15/003 erfülle oder – aus seiner Ansicht zutreffender – das dieser Regulierungsverfügung nachfolgende Standardangebot. Zum anderen könne die Betroffene argumentieren, dass ADSL- und SDSL-genutzte Teilnehmeranschlussleitungen nicht vom aktuellen Standardangebot umfasst seien und daher auch für den Widerruf unerheblich seien.

Der VATM weist darauf hin, dass ein Layer-2-Bitstromangebot kein Substitut für den technologiebedingten Wegfall des entbündelten TAL-Zugangs darstelle. Ein solches müsse entsprechend der Logik der Märkteempfehlung als VULA-Produkt die Anforderungen des Marktes 3a erfüllen.

Das aufzuerlegende KPI-Regime müsse sowohl eine Überprüfung der zugesicherten Qualitätsparameter ermöglichen als auch eine mögliche Ungleichbehandlung von Wholesale- und Retailsparten aufdecken können. Daher müssten KPI mit pönalisierten SLAs verbunden werden, die im Falle von Abweichungen von den festgesetzten KPI zu Lasten der nachfragenden Unternehmen zu einer Anpassung der Höhe der Strafzahlung führen sollten. Die Auswertung der KPI müsse in enger wöchentlicher oder zweiwöchentlicher Frequenz mindestens einem dedizierten Nutzerkreis veröffentlicht werden. Zudem sei eine Ergänzung um weitere KPI notwendig, die insbesondere auch in qualitativer Hinsicht Vergleichsmöglichkeiten schaffen und die Produktgestaltungshoheit der Zugangsnachfrager absichern würden. Neben den im Rahmen des Standardangebotsverfahrens vorgetragenen Punkten gehe es dabei im Wesentlichen darum, dass die Zugangsnachfrager die Bandbreiten ihrer Endkundenprodukte frei festlegen könnten. Zu den relevanten KPI gehörten insbesondere die – für das Endkundenverhältnis relevante – zeitnahe Rückmeldung der Betroffenen auf Bestellungen der Wettbewerber sowie entsprechender Bestätigungen verbindlicher Liefertermine, sowie die Einhaltung von Lieferterminen und Entstörfisten. Daneben seien die Technikerressourcen offenzulegen sowie die Qualität und Verfügbarkeit von Vorleistungsprodukten, die durchschnittliche Bereitstellungsdauer, der Abbruch von Bereitstellungen, die Umstellungsdauer bei Produktwechseln, Fehlschlagquoten und die Einhaltung von Service Calls zu erfassen. Daneben müssten schließlich auch die Zugangsnachfrager einen kontrollierten, qualitativ hochwertigen und diskriminierungsfreien Zugang zu Netz- und Leitungsinformationen erhalten. Nur so würden diese in die Lage versetzt, in Fördergebieten Angebote zu Mindestversorgungswerten zu machen und die im Entwurf für die Transparenzverordnung vorgesehene Informationspflicht gegenüber dem Endkunden erfüllen.

Die vorgesehene Genehmigungspflicht für den Layer-2-Bitstromzugang werde ausdrücklich begrüßt. Der Layer-2-Bitstromzugang werde im Rahmen des Vectoring-Ausbaus neben dem Zugang zur TAL als essentielles Vorleistungsprodukt treten. Eine nachhaltige Limitierung durch die TAL-Entgelte und die Endkundenerwartung sei nicht zu erkennen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass nicht sichergestellt sei, dass die Zusammenschaltung an ca. 900 neuen Netzpunkten im Rahmen angemessener, die KeL nicht überschreitender Entgelte erfolge. Eine ex-post-Kontrolle mit erweiterten Informationspflichten führe zu Unsicherheiten und Unwägbarkeiten, die den Nachfragern nicht aufgebürdet werden dürfe.

Die Antragstellerin zu 1. verweist auf das Vorbringen des BUGLAS und des VATM und beantragt,

die Betroffene in der zu erlassenden Regulierungsverfügung zu verpflichten,

1. anderen Unternehmen auf Nachfrage Bitstromzugang dadurch zu gewähren, dass sie im Rahmen eines einheitlichen Produktes dem nachfragenden Unternehmen breitbandige Anschlüsse überlässt und den zugehörigen Paketstrom auf Layer 2 an geeigneten Übergabepunkten der Konzentratornetze und auf Layer 3 an geeigneten Übergabepunkten der Kernnetze übergibt,
2. zum Zwecke des Zugangs Kollokation an den Übergabe-Standorten sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu den Einrichtungen in den Kollokationsräumen an den Übergabe Standorten zu gewähren,

3. dass Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren, der in Bezug auf Funktionsumfang und Preis mindestens jenem vergleichbar ist, den sich die Betroffene selbst intern — wenn auch möglicherweise mit unterschiedlichen Systemen und Prozessen — bereitstellt, und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen,
4. monatlich grundlegende Leistungsindikatoren für die nachfolgenden Elemente der Leistungsbereitstellung für sich selbst und Dritte zu veröffentlichen, die Rückschlüsse auf die Einhaltung der Zugangsverpflichtung ermöglichen:
 - a. Bestellprozess,
 - b. Dienstleistungserbringung,
 - c. Dienstqualität, einschließlich Mängeln,
 - d. Fehlerbehebungszeiten,
 - e. Umstellung zwischen verschiedenen regulierten Vorleistungen (außer einmaligen Massenumstellungen),
 - f. Anzahl eingesetzter Techniker (FTE) einschließlich Subunternehmer
5. die Vorleistungspreise und internen Verrechnungspreise transparent zu gestalten und der Bundesnetzagentur die Informationen und Dokumente periodisch zur Prüfung vorzulegen,
6. ein Standardangebot für die auferlegten Zugangsleistungen zu veröffentlichen.
7. die Entgelte für Zugangsleistungen auf dem nationalen Markt für Layer-2-Bitstromzugang auf der Basis von Ethernet-Bitstrom und auf dem Markt für Layer-3-Bitstromzugang mit Übergabepunkten auf verschiedenen Ebenen der Kernnetzhierarchie einschließlich HFC-Breitbandzugang mit Übergabe auf IP-Ebene der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG zu unterwerfen. Die Entgelte werden auf der Grundlage der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG genehmigt.
8. die unter 1. bis 7 genannten Verpflichtungen während des Regelüberprüfungszeitraum einer Regulierungsverfügung (§ 14 Abs. 2 TKG) aufrechtzuerhalten und Verpflichtungen nur dann zu verweigern, wenn ein Verfahren nach § 14 Abs. 1 TKG zu einer Änderung des Verpflichtungsumfanges geführt hat.

Die Antragstellerin zu 2. und 3. machen sich das Vorbringen des BUGLAS vollständig zu Eigen und beantragen

die Betroffene in der zu erlassenden Regulierungsverfügung zu verpflichten,

1. anderen Unternehmen auf Nachfrage Bitstromzugang dadurch zu gewähren, dass sie im Rahmen eines einheitlichen Produktes dem nachfragenden Unternehmen breitbandige Anschlüsse überlässt und den zugehörigen Paketstrom auf Layer 2 an geeigneten Übergabepunkten der Konzentratornetze und auf Layer 3 an geeigneten Übergabepunkten der Kernnetze übergibt,
2. zum Zwecke des Zugangs Kollokation an den Übergabe-Standorten sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu den Einrichtungen in den Kollokationsräumen an den Übergabe Standorten zu gewähren,
3. dass Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren, der in Bezug auf Funktionsumfang und Preis mindestens jenem vergleichbar ist, den sich die Betroffene selbst intern – wenn auch möglicherweise mit unterschiedlichen Systemen und Prozessen – bereitstellt, und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen,
4. monatlich grundlegende Leistungsindikatoren für die nachfolgenden Elemente der Leistungsbereitstellung für sich selbst und Dritte zu veröffentlichen, die Rückschlüsse

auf die Einhaltung der Zugangsverpflichtung ermöglichen. Neben den in Ziff. 1.4 des Konsultationsentwurfs genannten Leistungsindikatoren sind dies erbrachte Technikerstunden einschließlich beauftragter Unternehmen für die Durchführung der Dienstleistungserbringung,

5. nach Maßgabe der Ziff. 1.6 des Konsultationsentwurfs mit Zufügung einer lit.g: „g. die Angaben für breitbandigen Layer-3-Bitstromzugang für die HVt-Regionen im Falle eines Widerrufs gem. Ziff. 3. nach lit. a. bis e. entsprechend“ die Vorleistungspreise und internen Verrechnungspreise transparent zu gestalten und der Bundesnetzagentur die Informationen und Dokumente periodisch zur Prüfung vorzulegen,
6. ein Standardangebot für die auferlegten Zugangsleistungen zu veröffentlichen.
7. die Entgelte für Zugangsleistungen auf dem nationalen Markt für Layer-2-Bitstromzugang auf der Basis von Ethernet-Bitstrom und auf dem Markt für Layer-3-Bitstromzugang mit Übergabepunkten auf verschiedenen Ebenen der Kernnetzhierarchie einschließlich HFC-Breitbandzugang mit Übergabe auf IP-Ebene der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG zu unterwerfen. Die Entgelte werden auf der Grundlage der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG genehmigt.
8. die auferlegten Verpflichtungen ohne eine aufschiebende Bedingung zu erlassen und Verpflichtungen innerhalb der dreijährigen Regelüberprüfungsfrist (§ 14 Abs. 2 TKG) nur dann zu widerrufen, wenn ein Verfahren nach § 14 Abs. 1 TKG zu einer Änderung des Verpflichtungsumfangs geführt hat.

Die Antragstellerin zu 4. begrüßt den Konsultationsentwurf in seiner grundsätzlichen Ausgestaltung. Die Zugangsverpflichtung für den Layer-2-Bitstrom sei entgegen der Auffassung der Betroffenen im Bereich der regionalisierten Städte beizubehalten. Dies folge nicht nur aus den eigenen Plänen der Betroffenen, dort Vectoring einzusetzen, sondern auch aus den Feststellungen der Marktanalyse, nach denen ein Wettbewerb nur dann anzunehmen sei, wenn mindestens drei zusätzliche Wettbewerber Angebote bereit hielten. Dies sei nicht erkennbar. Entgegen den Auffassungen sei ein Layer-2-Bitstromprodukt jedoch nicht als Substitut für den TAL-Zugang anzusehen, vielmehr müsse ein solches Substitutionsprodukt auch dem Markt 3a zuzuordnen sein. Hierbei sei – auch im Verfahren BK3d-15/004 – der Vortrag der Betroffenen in der öffentlich mündlichen Verhandlung zu berücksichtigen, dass kein Bedarf an hohen Bandbreiten bestehe und der ADSL-TAL für das Bestandsgeschäft hohe Bedeutung zukomme.

Mit Blick auf den von der Betroffenen begehrten Widerruf hinsichtlich des ATM-Bitstroms sowie des Annex-B-basierten IP-Bitstroms sei die Beschlusskammer zutreffend davon ausgegangen, dass produktbezogene Regelungen nicht Gegenstand einer Regulierungsverfügung seien. Eine Produkteinstellung sei damit der Betroffenen auch so möglich, allerdings dürften Produktwechsel nicht ohne sachlich rechtfertigenden Grund verlangt werden und die Nachfrager dürften hierfür nicht die Kosten tragen.

Mit Blick auf das Diskriminierungsverbot beantragt sie,

eine Verpflichtung zur technischen Replizierbarkeit explizit in die Regulierungsverfügung aufzunehmen und Ziffer 1.3 wie folgt zu ändern:

„dass Vereinbarungen über Zugänge gemäß Ziffern 1.1 und 1.2 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang unter Nutzung der gleichen Systeme und Prozesse gewähren, der in Bezug auf Funktionsumfang, Informationen und Preis mindestens jenem entspricht, dem die Betroffene sich selbst intern bereitstellt und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen.“

Zu der Gleichbehandlungsverpflichtung weist sie darauf hin, dass die Umstellungskosten mit Blick auf die von der Betroffenen selber vorgetragene Angleichung der WITA für Wholesale und Retail weniger Gewicht in der Abwägung einnehmen müsste. Es sei nicht verständlich,

warum die Betroffene diese Kosten nicht in die im Markt gemeinsam mit ihr entwickelte S/PRI-Schnittstelle investiere anstatt weiterhin die WITA mit ihrem massiven Friktionspotential zu nutzen. Die technische Replizierbarkeit stelle sicher, dass es den Nachfragern möglich werde, bestehende oder neue Endkundenprodukte eigenbestimmt nachzubilden. Dies erschöpfe sich nicht nur in der Verfügbarkeit von Informationen, sondern erfordere auch gleiche Qualitäten und Gestaltungsmöglichkeit. Im Falle einer reinen EoO-Verpflichtung sei das vorgeschlagene KPI-Monitoring ergänzend zu ihrem Vortrag aus der Marktabfrage um verfügbare Technikerressourcen zu erweitern.

Auch die ausgesprochene ex-ante-Entgeltgenehmigungsverpflichtung sei gerade mit Blick auf die Unwägbarkeiten während der Markteinführungsphase zutreffend. Es bestünde gerade in Vectoring-Gebieten keine Ausweichmöglichkeit auf andere Vorleistungsprodukte, so dass die Betroffene Entgelte oberhalb der KeL und unterhalb der Missbrauchsgrenze zur Gewinnoptimierung verlangen und damit den Wettbewerb zulasten der Nachfrager verzerren könne. Selbst wenn die TAL- und die Endkundenpreise auch auf den Layer-2-Bitstromzugang disziplinierend wirken könnten, würde dies nur die laufenden Entgelte betreffen, nicht aber die Einmalentgelte, die im Rahmen der neuen Netzstruktur und der „Zwangsmigration“ der Wettbewerber erhoben würden. Insbesondere das gerade vorliegende Angebot für Layer-2-Bitstromzugang enthalte eine signifikante Fixkostenkomponente. Sofern die Betroffene den Wegfall von Verhandlungsmöglichkeiten als Argument gegen eine ex-ante-Kostenkontrolle vorbringe, sei dies zwar zutreffend, allerdings habe es sich hierbei ohnehin nicht um Verhandlungen auf Augenhöhe gehandelt. Im Übrigen seien Kontingentmodelle über Preisanpassungsklauseln auch in der hier vorgeschlagenen Entgeltstruktur möglich. Der Vorschlag der Betroffenen einer ex-post-Kontrolle mit erweiterten Informationspflichten sei nicht tragfähig, da sie nicht dargelegt habe, welche Unterlagen sie für Entgeltkomponenten wie Überlassungspreis inklusive Trafficscheibe, weitere Trafficscheiben und unterschiedliche Qualitätsklassen vorlegen wolle.

Der Widerrufsvorbehalt sei insgesamt konsequent, müsse aber berücksichtigen, dass die regionalisierten Städte nur dann aus der Regulierung entlassen werden dürften, wenn ein Layer-2-Bitstromprodukt ein dem Layer-3-Bitstromzugang entsprechendes Produktangebot flächendeckend verfügbar sei.

Die Antragstellerin zu 5. begrüßt den Konsultationsentwurf als erforderliche und angemessene Grundlage, um den relevanten Regulierungs- und Wettbewerbsanforderungen auf dem Markt 3b gerecht werden zu können und beantragt,

Ziffer 1.4 mit Blick auf die von ihr in ihrer Stellungnahme im Einzelnen genannten KPI 1.1 – 3.8 zu konkretisieren und wie folgt einzuleiten:

„monatlich grundlegende Leistungsindikatoren für die nachfolgenden Elemente der Leistungsbereitstellung für sich selbst und für Dritte zu veröffentlichen, die ohne weiteres sichere Rückschlüsse auf die Einhaltung der Verpflichtung nach Ziffer 1.3 gewährleisten.“

Hinsichtlich des vorgeschlagenen KPI-Monitorings seien die jeweiligen Leistungsindikatoren gemäß Rn. 21 der Nichtdiskriminierungsempfehlung bereits im Rahmen der Regulierungsverfügung vorzugeben. Im Standardangebot sei sodann in einem zweiten Schritt die genaue Darstellung des KPI-Monitorings festzulegen sowie KPI zu identifizieren, die grundsätzlich einzuhalten seien. Zudem sei das Monitoring strenger zu fassen, damit es nicht nur Rückschlüsse auf die Gleichbehandlung ermögliche, sondern diese ohne weiteres – d.h. ohne Zwischenschritte – und mit Sicherheit gewährleistet würden. Nur so könne ein notwendiges Maß an Verlässlichkeit und Aussagekraft erreicht werden.

Die vorgeschlagene Unterwerfung des Layer-2 Bitstromzugangs unter eine kostenorientierte ex-ante-Genehmigungspflicht sei angesichts der prognostizierten Bedeutung des Layer-2-Bitstromzugangs erforderlich und angemessen und entspreche auch dem Vorgehen bei der Markteinführung des Layer-3-Bitstromzugangs. Insbesondere bei neu eingeführten Produkten sei eine kostenorientierte Entgeltregulierung bereits aus Gründen der Vorsicht geboten, da eine Lockerung der Regulierung erfahrungsgemäß leichter zu begründen sei, als eine späte-

re Verschärfung. Ferner sprächen Gründe der Verfahrenseffizienz und Rechtssicherheit für eine Genehmigungspflicht. Im Falle einer ex-post-Kontrolle werde ein Verfahren entweder nur als eine cursorische Offenkundigkeitsprüfung durchgeführt oder könne im Falle einer Hauptprüfung erfahrungsgemäß sieben Monate dauern. Da eine Untersagung wegen Missbräuchlichkeit nur für die Zukunft wirke, bestünden zudem kaum Anreize für das regulierte Unternehmen, zu einer Verfahrensbeschleunigung beizutragen. Demgegenüber ermögliche ein Genehmigungsverfahren binnen zehn Wochen die Festlegung eines verbindlichen Entgelts. Das Klagerisiko sei zwar möglicherweise höher als im Falle einer ex-post-Kontrolle, jedoch bestünde auch hier grundsätzlich das gleiche Klagepotential. Sofern die Betroffene sich gegen eine Genehmigungspflicht mit dem Argument wehre, dass die ex-post-Kontrolle in besonderem Maße die Nachfrage nach verhandelten Kontingentmodellen erhöht habe, sei dies nicht nachvollziehbar. Zum einen sei erst 2012 mit der Änderung des TKG eine rechtssichere Möglichkeit zur Verhandlung von Kontingentmodellen entstanden, zum anderen sei auch im Rahmen einer kostenorientierten Genehmigungspflichtigkeit die Vereinbarung von Kontingentmodellen möglich. In diesem Fall stehe der Betroffenen ein Korridor zwischen der kontrollierten Preisobergrenze und einer z.B. durch Dumping vorgegebenen Preisuntergrenze zur Verfügung. Damit seien durchaus Preisvereinbarungen möglich, die den Investitionsrisiken beider Verhandlungspartner Rechnung tragen würden. Da zudem davon auszugehen sein dürfte, dass die jeweils verhandelten Preise marktgängig sein dürften, bestehe zudem ein geringeres Risiko von Abänderungen durch die Genehmigung als bei solchen Preisen, die die Betroffene mit Blick auf ihr wirtschaftliches Interesse und ohne vorherige Verhandlung – und damit ohne vorherigen „Markttest“ – zur Genehmigung stelle. Auch mit Blick auf die Laufzeit der Kontingentvereinbarungen stelle sich die Situation nicht anders dar. Denn die Laufzeit könne im Rahmen der Genehmigung festgelegt werden, zudem stünden ex-post-kontrollierte Entgelte stets unter dem Aufgreifvorbehalt des § 38 Abs. 3 TKG. Eine Kombination von Entgeltregulierungssystem dergestalt, dass ein Standardprodukt der Genehmigungspflicht unterworfen werde, während Kooperationsmodelle lediglich ex-post verhandelt würden, bestehe daher kein Bedarf, sondern brächte vielmehr rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten mit sich, die mit Blick auf die zunehmende Bedeutung des Produktes vermieden werden sollten.

Die 1&1 Telecom GmbH begrüßt den Konsultationsentwurf, wünscht aber konsequente Folgen aus der ihrer Ansicht nach zutreffenden Prognose, dass die Bedeutung des Layer-2-Bitstromzugangs deutlich zunehmen und insbesondere die ADSL-TAL immer weniger relevant werde. Die Beschlusskammer habe hieraus zutreffend die Notwendigkeit einer KeL-Regulierung abgeleitet und sich auf die europarechtlichen Grundlagen der Kostenrechnung gestützt. Das monatliche Entgelt müsse so gestaltet sein, dass ein Nachfrager, der alle 899 Standorte erschließen werde, in der Lage sei, sowohl Massenmarktprodukte für Privat- als auch Geschäftskunden anzubieten und entsprechend auch verbundene Unternehmen einsetzen könne. Die Beauftragung eines externen Gutachtens sei hier zu dem Ergebnis gekommen, dass der monatliche Vorleistungspreis bei maximal 9,77 € liegen dürfe.

Mit Blick auf die Bedeutung des Layer-2-Bitstromzugangs sei aber auch die Einführung eines EoI-Konzeptes erforderlich. Sollte die Beschlusskammer gleichwohl bei einem EoO-Ansatz bleiben, müsse durch entsprechende KPI sichergestellt sein, dass eine Ungleichbehandlung ausgeschlossen bleibe und die Wettbewerber Produktgestaltungshoheit behalten.

Der beabsichtigte Widerruf sei kritisch zusehen und eröffne insbesondere die Gefahr regionaler Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren. Damit verbunden sei eine Gefährdung der Tarifeinheit, eine bundesweite Vermarktbarkeit einheitlicher Endkundenprodukte müsse jedoch möglich bleiben.

Zudem sei die Verpflichtung zu einem Standardangebot zwingend.

Die Versatel GmbH hält an ihrer im Rahmen der Festlegung bereits geäußerten Kritik an einer Entlassung der 20 HVt-Regionen fest. Insofern sei wichtig, dass sich die Bundesnetzagentur selber die Entscheidung vorbehalte, ob die für einen Widerruf genannten Bedingungen, namentlich die Tragfähigkeit eines Layer-2-Standardproduktes eigenständig von ihr

bewertet werde und die für die Wettbewerber potentiellen Auswirkungen frühzeitig bereits im anhängigen Standardangebotsverfahren Berücksichtigung fänden.

Hinsichtlich der Vorgaben zur Diskriminierungsfreiheit werde eine Anpassung des Konsultationsentwurfs hin zu einem EoI-Maßstab vorgeschlagen. Dieser sei nicht unverhältnismäßig, so dass auch nicht auf den milderen EoO-Maßstab ausgewichen werden müsse. Ein EoI-Maßstab sei zur Beseitigung erheblicher Nachteile infolge der Informationsasymmetrien und der vertikalen Integration der Betroffenen geeignet und – insbesondere innerhalb der Markteinführungsphase des Layer-2-Bitstroms – auch erforderlich. Er müsse zudem nicht in zwei Stufen umgesetzt werden und sei daher für alle Seiten besser geeignet.

Die vorgesehene Kontrolle von KPI werde grundsätzlich begrüßt, allerdings seien die im Konsultationsentwurf tenorierten Elemente noch zu unbestimmt und nicht hinreichend definiert. Zudem sollte der Betroffenen feste Quoten aufgegeben werden, in deren Umfang sie ihren Verpflichtung nachkommen müsse. Die KPI sollten dabei genaue Leistungsbeschreibungen/SLA beinhalten, die durch die Regulierungsverfügung vorgegeben werden sollten. Ein weiteres sinnvolles KPI sei die Aufstellung der zur Verfügung stehenden Technikerressourcen. Darüber hinaus seien die KPI um Punkte zu erweitern, um die Produktgestaltungs- und -hoheit der Nachfrager abzusichern, für die Einzelheiten werde auf ihre Stellungnahme im Standardangebotsverfahren sowie gleichlautende Stellungnahmen von Verbänden und Zugangsnachfragern in diesem Verfahren verwiesen. Die Betroffene sei des Weiteren zur Bereitstellung weiterer grundlegender Leistungsindikatoren zu verpflichten. Es sei wenig plausibel, dass sie als integriertes Unternehmen in gleicher Weise einem ähnlich schlechten Leistungsniveau ausgesetzt sei, wie die Zugangsnachfrager; unter dem bestehenden Regelungen sei jedoch ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für die Zugangsnachfrager nicht möglich, ohne eigene schutzwürdige Informationen preis zu geben,

Die im Konsultationsentwurf vorgesehene ex-ante-Regulierung werde nachdrücklich unterstützt. Nur durch eine solche Preisregulierung könne sichergestellt werden, dass für die Layer-2-Bitstromzugang in der Markteinführungsphase ein stabiles und wettbewerbsförderndes Preisniveau etabliert werde.

Die Unitymedia GmbH vermag dem vorgesehenen Widerruf für die namentlich benannten Städte sowie dem für den Layer-2-Ethernet-Bitstrom vorgesehene Entgeltmaßstab nicht zu folgen. Für den Widerruf bestünde insofern keine Grundlage als die zugrundeliegenden Endkundenmärkte nicht in hinreichendem Umfang als wettbewerblich eingestuft werden könnten. Für diese Untersuchung hätten stärker die Implikationen des Vectoring-Regimes berücksichtigt werden müssen. Denn ein Layer-2-Bitstrom-Zugang sei weder funktional noch ökonomisch mit dem entbündelten TAL-Zugang vergleichbar, so dass die Annahme unvertretbar sei, Layer-2-Bitstrom-Nachfrager würden als ernsthafte oder sogar nur potenzielle Wettbewerber auf dem Layer-3-Bitstrommarkt auftreten. Die Betroffene habe zudem in der öffentlich mündlichen Verhandlung angekündigt, das Layer-3-Angebot in den betroffenen Regionen im Falle eines Widerrufs einzustellen.

Demgegenüber sei die Entgeltregulierung des Layer-2-Bitstromzugangs auf der Basis von Ethernet unangemessen. Die tragende Erwägung, dass die TAL-Entbündelung durch ein Layer-2-Bitstromzugang substituierbar sei, sei unzutreffend, zudem werde die von alternativen Infrastrukturen ausgehende disziplinierende Wirkung nicht hinreichend berücksichtigt. Jedenfalls in den zur Deregulierung vorgesehenen Regionen müsste ein nicht-kostenreguliertes Layer-2-Bitstromangebot nahe an der Kostenschwelle verbleiben. Denn je näher die Entgelte an die Missbrauchsschwelle rückten, desto höher würde der Druck auf die Nachfrager – und im Rahmen von Preis-Kosten-Scheren auch auf die Betroffene – ihre Endkundenpreise anzuheben. Dies würde jedoch automatisch dazu führen, Marktanteile an die Betreiber alternativer Infrastrukturen abzugeben und damit dem eigentlichen Ziel der Betroffenen, Marktanteile hinzuzugewinnen, widersprechen. Zwar würde für den restlichen Markt eine solche disziplinierende Wirkung nicht gelten. Da aber der Layer-2-Bitstrommarkt national abgegrenzt sei, wirke der Preisdruck der alternativen Infrastrukturen auch auf den gesamten Markt, weil nur ein einheitlicher Preis missbrauchsfrei sein könne.

Schließlich überzeugten die Erwägungen zu den Regulierungszielen nicht. So verkenne die Beschlusskammer, dass gerade die Kontingentmodelle des ex-post-Regimes sowohl den Intra- als auch den Interplattformwettbewerb gefördert hätten. Auch erscheine es fraglich, ob durch eine Festlegung von Vorleistungsentgelten auf dem niedrigsten denkbaren Niveau die Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen sowie des Wettbewerbs mit hinreichender Sicherheit erreicht werden könnten. Angesichts des starken Wettbewerbsdrucks auf den Endkundenpreis würden die Regulierungsziele eher mit der Beförderung des Wettbewerbs an sich gestärkt. Die durch den Konsultationsentwurf vorgeschlagene Erleichterung der Vorleistungsnachfrage würde jedoch nur zu einer Stärkung des Intraplattformwettbewerbs führen, ohne zugleich den Interplattformwettbewerb im Auge zu halten. Daneben sei auch zu bestreiten, dass die Nutzerinteressen auf einen kurzfristigen Preisdruck und nicht auf flächendeckende, angemessene und ausreichende Dienstleistungen gerichtet seien. Zudem führten niedrige Vorleistungsentgelte in Verbindung mit geringen Endkundenpreisen dazu, dass wenig innovative Wettbewerber in den Markt eintreten würden, die bei einem Fortfall der Regulierung keine ausreichende Geschäftsgrundlage mehr finden würden. Im gleichen Sinne werde der Binnenmarkt nicht durch ein möglichst niedriges Endkundenniveau gefördert, sondern durch Schaffung eines wettbewerblichen Umfelds, in dem sich Investitionen und Innovationen nicht aufgrund staatlicher Eingriffe sondern aufgrund angemessener Endkundenpreise attraktiv seien. Auch Investitionen in den Breitbandausbau würden nicht dadurch gefördert, wenn einem Markt durch scharfe Regulierungsmaßnahmen Mittel entzogen würden. Zudem habe die Erfahrung gezeigt, dass durchaus eine ausreichende Zahlungsbereitschaft für innovative und hochleistungsfähige Produkte bestehe. Dennoch erfolge der Ausbau zunehmend nur noch mit staatlicher Förderung, was zu zahlreichen, nicht gelösten Problemen führe, deren Lösung mittelfristig nicht absehbar sei.

Die Telefónica stimmt den im Konsultationsentwurf enthaltenen Regulierungsverpflichtungen und Erwägungen im Wesentlichen zu, ist aber der Ansicht, dass ein EoO-Ansatz nur unter weiteren Prämissen vertretbar sei. Grundsätzlich sei der EoO-Ansatz dem EoI-Maßstab unterlegen, da die Betroffene regelmäßig über die Ressourcenausstattung der unterschiedlichen Systeme entscheiden müsse und hieraus ein Diskriminierungspotential gegenüber den Zugangsnachfragern entstünde. Vor diesem Hintergrund käme eine EoO-Verpflichtung nur als Einstiegsmaßstab in Betracht, der perspektivisch darauf überprüft werde, ob und wann die Betroffene eine Equivalence of Input umsetzen könne. Insofern sei die Betroffene dazu zu verpflichten, zukünftige OSS-Entwicklungsmaßnahmen so zu gestalten, dass die Architektur für Retail- und Wholesalekunden gleich gestaltet werden müsse, und die Bundesnetzagentur regelmäßig über die geplanten und umgesetzten IT-Entwicklungen zu unterrichten. Die Betroffene müsse KPI sowie die dem Monitoring zugrundeliegenden Berechnungsmethoden auch gegenüber den Zugangsnachfragern veröffentlichen. Hierdurch seien diese in der Lage, ihrerseits Unregelmäßigkeiten aufzudecken und dem Regulierer ggf. entsprechende Hinweise geben. Dies entlaste auch die Beschlusskammer. Die KPI seien zudem bereits in der Regulierungsverfügung und nicht erst im Standardangebot so konkret festzulegen, dass bereits ab Wirksamkeit der Regulierungsverfügung die Qualität und Güte der Leistungserbringung durch die Betroffene gegenüber den Vorleistungsnachfragern und dem eigenen Retailbereich verglichen und kontrolliert werden könne. Denn das Monitoring habe nicht nur eine schuldrechtliche Komponente, sondern stelle auch eine qua Verwaltungsakt auferlegte Verpflichtung dar. Dies gelte insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass zwei separate Standardangebotsverfahren eine erhebliche Unsicherheit hinsichtlich des Inhalts und der Konsistenz des KPI-Monitorings begründen würden. Um gleichwohl einem möglichen Änderungsbedarf von KPI Rechnung zu tragen, sollten in der Regulierungsverfügung konkrete Determinanten für Bereitstellung und Entstörung sowie für Technikerressourcen vorgegeben werden. Diese ließen sich durch geeignete, fest definierte Leistungsindikatoren messen, die ihrerseits von der Beschlusskammer in einem gesonderten Verwaltungsakt festzulegen seien. Die Einbeziehung der Technikerressourcen in das Monitoring sei geboten, da diese eine entscheidende Bedingung für die Einhaltung unterschiedlichster Bereitstellungs- und Entstörungsschritte seien.

Die EWE TEL GmbH schließt sich den Ausführungen des Breko an und ist der Ansicht, dass einer Ablösung der TAL durch den Bitstrom so weit wie möglich entgegen zu wirken sei, um auch Wettbewerbern den sukzessiven Ausbau über FttC zu FttB/H zu ermöglichen.

Zudem sei notwendig, dass die Qualität der Vorleistungen nachvollziehbar sei, um insbesondere Diskriminierungen aufzudecken. Zwar lägen keine verlässlichen Informationen für eine qualitative Unterscheidung zwischen Retail und Wholesale vor, allerdings lieferte die Eigendarstellung der Betroffenen hierfür Anhaltspunkte, indem sie beispielsweise die Entstörung ihrer Endkunden innerhalb von 24 Stunden und ohne Einschränkung zwischen Werk- und Feiertagen garantiere, eine entsprechende Garantie gegenüber ihren Vorleistungskunden aber nicht vornehme. Zudem nutze die Betroffene die – gegebenenfalls auch nur vermeintliche Qualitätsdifferenzierung – zwischen ihren eigenen Endkunden und den von Zugangsnachfragern als Verkaufsargument und sei bereits entsprechend gerichtlich zur Unterlassung verurteilt worden. Vor diesem Hintergrund sowie der schlechten Bereitstellungsqualität in der Vergangenheit sei ein Monitoring der Vorleistungsqualität unumgänglich. Hierzu seien klare KPI, die der Betroffenen keine Ausweichbewegungen ermöglichten, Informationspflichten und Fristen sowie wirksame Leistungsanreize im Sinne pauschalierter Vertragsstrafen notwendig. Weitere Maßnahmen seien eine funktionelle Trennung und ein Techniker-Unbundling. Damit solle Zugangsnachfragern ermöglicht werden, eigene oder zumindest von der Betroffenen lizenzierte Subunternehmer einzusetzen, um so Engpässe bei Technikern zu reduzieren und insbesondere Mehrfachfahrten zu vermeiden.

Die schriftlichen Stellungnahmen sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens im Internet sowie im Amtsblatt Nr. 11/2015 vom 10.06.2015 als Mitteilung Nr. 517/2015 und im Amtsblatt 13/2015 vom 08.07.2015 als Mitteilung 670/2015 veröffentlicht worden. Hierauf wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vortrags Bezug genommen.

Dem Bundeskartellamt ist mit Schreiben vom 04.09.2015 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Mit Schreiben vom 09.09.2015 hat das Amt mitgeteilt, es sehe von einer Stellungnahme ab.

Am 18.09.2015 hat die Bundesnetzagentur den Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt und diese davon unterrichtet.

Mit Schreiben vom 19.10.2015 hat die EU-Kommission zum Entwurf der Regulierungsverfügung Stellung genommen. Soweit es die vorgesehenen Regulierungsverpflichtungen betrifft, führt sie folgendes aus:

„Geeignetheit der Zugangsverpflichtungen

Die Kommission nimmt zur Kenntnis, dass die technischen Spezifikationen – und damit die möglichen Funktionen des neuen Layer-2-Ethernet-Zugangsprodukts – im vorliegenden Maßnahmenentwurf noch nicht festgelegt sind und laut BNetzA voraussichtlich erst im ersten Quartal 2016 gesondert notifiziert werden. Die Kommission weist allerdings nachdrücklich darauf hin, dass es gerade von diesen Funktionen abhängen wird, welche Möglichkeiten Zugangsinteressenten haben werden, das regulierte Layer-2-Zugangsprodukt einzusetzen, um mit dem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf der Endkundenebene im Bereich der Breitbanddienste für den Massenmarkt in Wettbewerb zu treten. Diese technischen Funktionen spielen ferner eine wichtige Rolle bei der Bewertung, ob bzw. in welchem Maße das geplante regulierte Zugangsprodukt als Substitut für andere Vorleistungsprodukte angesehen werden kann, insbesondere inwieweit es als Produkt eingestuft werden kann, das über gleichwertige oder vergleichbare Hauptfunktionen wie ein entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss auf dem lokalen Zugangsmarkt verfügt.

Hier sieht die Kommission einen möglichen Widerspruch in der Argumentation der BNetzA, die einerseits auf der Grundlage ihrer Definition des Marktes²² geltend macht, das Layer-2-Zugangsprodukt habe keine gleichwertigen oder vergleichbaren Funktionen, die denen des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss entsprechen, und könne daher nicht als Substitut für diesen Zugang angesehen werden, andererseits aber in Bezug auf das Vectoring erklärt, das Layer-2-Produkt solle als Substitut für das Bitstromangebot den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss ersetzen²³. Eine abschließende Bewertung dieses möglicherweise bestehenden Widerspruchs wird natürlich erst möglich, wenn die Funktionen des endgültigen Layer-2-Angebots feststehen²⁴, da erst dann eine eingehende Substituierbarkeitsanalyse durchgeführt werden kann.

Vor diesem Hintergrund weist die Kommission noch einmal nachdrücklich auf ihre Empfehlung hin, die Märkte 3a und 3b umfassend parallel zu analysieren (d. h. einschließlich der Marktdefinition, der Bewertung beträchtlicher Marktmacht und der vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen), damit sichergestellt ist, dass die sich ergebende Wettbewerbsdynamik und etwaige Substitutionsmöglichkeiten angemessen erfasst werden. Parallele Analysen der Märkte 3a und 3b sowie eine erschöpfende Prüfung der Aspekte der Marktabgrenzung und der technischen Funktionen zusammenhängender Zugangsprodukte sind in diesem Fall besonders zu empfehlen, da die technische Konzeption des geplanten Layer-2-Zugangsprodukts nicht nur für die separate Beurteilung des Marktes 3b relevant ist, sondern auch im Zusammenhang mit der Vectoring-I-Entscheidung der BNetzA von 2013 und höchstwahrscheinlich auch für den künftigen Vectoring-II-Vorschlag²⁵ und alle Notifizierungen zu Abhilfemaßnahmen auf dem Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang von großer Bedeutung ist²⁶. In diesem Zusammenhang weist die Kommission ferner darauf hin, dass sie in Bezug auf mögliche staatliche Beihilfen für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur der nächsten Generation in Deutschland den Standpunkt vertreten hat, dass eine staatliche Förderung für den Bau und Betrieb einer Infrastruktur, bei der ein entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss technisch oder wirtschaftlich (z. B. aufgrund der Anwendung der Vectoringtechnologie) nicht möglich ist, nur gewährt werden darf, wenn virtuelle Zugangsprodukte verfügbar sind, die funktional dem entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss gemäß den einschlägigen Kriterien entsprechen, die die Kommission in ihrer Märkteempfehlung²⁷ aufgestellt hat.

²² Siehe Sache DE/2015/1735.

²³ Siehe Sache DE/2013/1484

²⁴ Wie oben ausgeführt, hat die BNetzA in ihrer Antwort auf das Auskunftersuchen der Kommission bestätigt, dass das Standardangebot mit den relevanten technischen Spezifikationen der Kommission im 1. Quartal 2016 notifiziert werden soll.

²⁵ Den im Rahmen der nationalen Konsultation eingegangenen Informationen entnimmt die Kommission, dass der etablierte Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht, DT, die Einführung des Vectorings im Nahbereich beantragt hat, wodurch ein künftiges Layer-2-Ethernet-Zugangsprodukt angesichts des dadurch zu erwartenden Verlusts der Entbündelungslösungen als Abhilfemaßnahme noch größere Bedeutung gewinnen würde. Die Kommission weist jedoch darauf hin, dass dieser Vorschlag der Kommission noch nicht gemäß Artikel 7 der Rahmenrichtlinie notifiziert wurde.

²⁶ Nach Auffassung der Kommission ist es beim derzeitigen Stand nach wie vor unklar, ob ein virtuelles Layer-2-Zugangsprodukt von der BNetzA auch als alternative Maßnahme zur Behebung etwaiger Wettbewerbsprobleme auf dem Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang konzipiert ist, und wenn ja, ob ein solches virtuelles Zugangsprodukt dem im Zusammenhang mit dem Markt 3b erörterten Layer-2-Zugangsprodukt gleichen oder ähneln würde.

²⁷ Siehe insbesondere Abschnitt 4.4.2.1 der Erläuterungen zur Märkteempfehlung und den Beschluss der Kommission vom 15. Juni 2015 (SA.38348) über den Aufbau einer flächendeckenden NGA-Breitbandversorgung in Deutschland. In diesem Beschluss erklärte die Kommission unter anderem, dass ein künftiges virtuelles Zugangsprodukt angesichts der noch ausstehenden technischen Details von der Kommission erst zu einem späteren Zeitpunkt geprüft werden könne. Diese Notifizierung sollte dann die detaillierte Beschreibung wie auch die Entgelte für dieses Produkt (diese Produkte) zur virtuellen Entbün-

Angesichts der vorstehenden Erwägungen sieht die Kommission die eindeutige Gefahr, dass die in der derzeitigen Marktabgrenzung hinsichtlich der Substituierbarkeit formulierten Annahmen – je nach der endgültigen Ausgestaltung des Layer-2-Produkts – zum Zeitpunkt der tatsächlichen Markteinführung des Layer-2-Produkts bereits obsolet sein könnten und die gesamte Zugangsregelung für die Märkte 3a und 3b erneut überprüft werden müsste.

Aus diesen Gründen kann beim jetzigen Stand nur schwer festgestellt werden, ob es sich bei dem vorgeschlagenen Layer-2-Zugangsprodukt um ein geeignetes Zugangsprodukt handelt, mit dem die bestehenden Wettbewerbsbedenken ausgeräumt werden könnten und ein größtmögliches Maß an Innovation und Produktdifferenzierung zum Nutzen der Endverbraucher geschaffen werden könnte.

Vor diesem Hintergrund fordert die Kommission die BNetzA nachdrücklich auf, erneut zu prüfen, ob nach der endgültigen Festlegung der Funktionalität des Layer-2-Produkts anschließend Änderungen an den Definitionen der Märkte 3a und 3b und den daraus erwachsenden Verpflichtungen erforderlich werden können, um eine geeignete, verhältnismäßige und objektiv gerechtfertigte Zugangsregelung für die Breitbandmärkte in Deutschland zu gewährleisten.

Aus allen diesen Gründen bleibt die Kommission in Bezug auf alle Aspekte der Marktanalyse bei ihrem Standpunkt, bis ihr alle erforderlichen Informationen zu den potenziellen Zugangsprodukten auf dem Markt, einschließlich ihrer technischen Spezifikationen und ihrer Funktionalität, übermittelt worden sind und eine umfassende Beurteilung der Marktabgrenzung, der Feststellung der beträchtlichen Marktmacht und der Geeignetheit der Abhilfemaßnahmen möglich wird.

Erfordernis geeigneter Nichtdiskriminierungsverpflichtungen

Die Kommission begrüßt den Vorschlag der BNetzA, i) die bestehende Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung um die Verpflichtung der DT zum Monitoring anhand von KPI zu erweitern, die laut BNetzA – nach Aufnahme in das Standardangebot – mit der Nummer 20 der Empfehlung von 2013 im Einklang stehen wird, und ii) bei neuen Endkundenangeboten der DT die technische Replizierbarkeit als Mindeststandard sicherzustellen. Gleichzeitig nimmt die Kommission zur Kenntnis, dass die BNetzA lediglich für die Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung beabsichtigt, das Konzept der Gleichwertigkeit des Outputs zur Auflage zu machen, was – wie die Kommission und das GEREK immer wieder bekräftigt haben – nicht der Weg ist, auf dem die Nichtdiskriminierung am wirksamsten sichergestellt werden kann. Der Kommission nimmt zur Kenntnis, dass die BNetzA den Standpunkt vertritt, die Einhaltung des empfohlenen Standards der Gleichwertigkeit des Inputs würde Kosten verursachen, die nach Auffassung der BNetzA im Verhältnis zu dem erwarteten wettbewerblichen Nutzen zu hoch sind. Die Kommission nimmt jedoch auch zur Kenntnis, dass die von der BNetzA vorgelegte Kosten-Nutzen-Analyse nicht hinreichend fundiert ist, da sie auf der Ausgabenseite auf offenbar nicht überprüften eigenen groben Schätzungen des etablierten Betreibers beruht und darin nicht versucht wird, die voraussichtlichen positiven statischen und dynamischen Auswirkungen des EoI-Ansatzes auf den Wettbewerb genauer zu quantifizieren. Die Kommission fordert die BNetzA deshalb auf, die Verhältnismäßigkeitsanalyse im Maßnahmenentwurf zu verbessern, um überzeugender darzulegen, warum sie der Ansicht ist, dass die zu erwartenden Kosten der Einhaltung des EoI-Standards nicht im angemessenen Verhältnis zu den angestrebten Wettbewerbsvorteilen stehen.

delung und den Nachweis enthalten, dass es ähnliche Merkmale wie der entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss aufweist.

Geeignete Verpflichtung zur Kostenorientierung

Hinsichtlich der vorgeschlagenen Verpflichtung zur Kostenorientierung bei dem Layer-3-Bitstromzugang stellt die Kommission fest, dass die BNetzA weiterhin eine nachträgliche Preiskontrolle anwendet, die die Kommission wiederholt²⁸ als für den Vorleistungsmarkt für den zentral bereitgestellten Zugang nicht sehr gut geeignete und wirksame Abhilfemaßnahme kritisiert hat. Die Kommission erinnert die BNetzA daran, dass die NRB die Stellungnahmen der Kommission gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie weitestgehend berücksichtigen müssen und hebt hervor, dass die Bedenken der Kommission wegen des Fehlens einer wirksamen Entgeltregulierung nach wie vor Gültigkeit haben. Insbesondere müssen sich die Zugangsentgelte grundsätzlich an den tatsächlichen Kosten orientieren, transparent sein und vorab festgelegt werden, um Rechtssicherheit für die Zugangsinteressenten zu gewährleisten und effiziente Investitionen durch alle Betreiber zu fördern. Entsprechend dem Rechtsrahmen, insbesondere gemäß Artikel 13 der Zugangsrichtlinie, können solche Preise dem Investitionsrisiko angemessen angepasst werden, um sowohl den Wettbewerb als auch die Investitionen in Richtung der Infrastruktur (der nächsten Generation) zu lenken. Die Kommission stellt des Weiteren fest, dass sich die BNetzA anders als bei dem Layer-2-Zugangsprodukt nicht für die Anwendung einer Vorabprüfung der wirtschaftlichen Replizierbarkeit als Mittel zur Gewährleistung diskriminierungsfreier Entgelte entschieden hat, die Endkundenentgelten entsprechen würden, die bei gesichertem Wettbewerb, z. B. durch den von anderen Infrastrukturen ausgehenden Wettbewerbsdruck, entstehen.

Infolgedessen fordert die Kommission die BNetzA auf, ihre nachträgliche Preiskontrolle so bald wie möglich zu überdenken und eine Methode einzuführen, die mit der Empfehlung der Kommission von 2013 im Einklang steht.

Was die vorgeschlagene Preiskontrolle für den Layer-2-Bitstromzugang angeht, so begrüßt die Kommission den Vorschlag der BNetzA, auf die Vorabregulierung zurückzugreifen. Die Kommission stellt jedoch auch fest, dass die BNetzA in Abweichung von der NGA-Empfehlung von 2010²⁹ beabsichtigt, keine strenge Verpflichtung zur Kostenorientierung anzuwenden, ohne allerdings nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für Preisflexibilität gemäß Nummer 48 der Empfehlung von 2013, insbesondere die Anwendung des EoI-Konzepts als wettbewerbssichernde Maßnahme, auf dem Vorleistungsmarkt für den zentral bereitgestellten Zugang erfüllt sind. Die Kommission erkennt an, dass die Bedingungen gemäß Nummer 48 nicht die einzigen Umstände sind, unter denen NRB beschließen können, keine auf strenger Kostenorientierung basierende Entgeltregulierung aufzuerlegen. Laut Nummer 58 der Empfehlung von 2013 kann es abhängig vom Nachweis einer effektiven Gleichwertigkeit des Zugangs und von der Wettbewerbssituation, insbesondere von einem Wettbewerb zwischen den Infrastrukturen weitere Umstände geben, unter denen die Auferlegung regulierter Vorleistungsentgelte für den NGA-Zugang vor dem Hintergrund des Rechtsrahmens nicht gerechtfertigt ist. Die Kommission nimmt ferner die Aussage der BNetzA zur Kenntnis, die vorgeschlagene Anwendung eines Preis-Kosten-Scheren-Tests werde effektiv zu Entgelten führen, wie sie unter Wettbewerbsbedingungen entstehen würden.

Dennoch fordert die Kommission die BNetzA auf, in ihrer endgültigen Maßnahme besser zu begründen, warum sie der Ansicht ist, dass die auf dem Vorleistungsmarkt für den zentral bereitgestellten Zugang auf Layer-2-Ebene bestehenden wettbewerbssichernden Maßnahmen ausreichen, um die von der BNetzA angestrebte Preisflexibilität zu gewährleisten.“

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

²⁸ Siehe die Sachen DE/2010/1116, DE/2012/1350 und DE/2014/1566.

²⁹ Empfehlung der Kommission über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) (2010/572/EU) (ABl. L 251 vom 20.9.2010, S. 35).

II. Gründe

A. Beibehaltung, Änderung und Auferlegung von Verpflichtungen

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 1 und 2 des Tenors beibehaltenen, geänderten bzw. der Betroffenen auferlegten Maßnahmen sind:

- §§ 9 Abs. 2 TKG i.V.m §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG, soweit sie in Ziffer 1.1 zur Gewährung von Bitstromzugang verpflichtet wird,
- §§ 9 Abs. 2 TKG i.V.m §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG, soweit sie in Ziffer 1.2 dazu verpflichtet wird, zum Zwecke der Gewährung des Bitstromzugangs Kollokation und im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
- §§ 9 Abs. 2 TKG i.V.m §§ 13 Abs. 1, 19 TKG, soweit sie in Ziffer 1.3 und 1.4 dazu verpflichtet wird, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffer 1.1 und 1.2 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang dergestalt gewähren, dass die Zugangsbedingungen für Zugangsnachfrager mindestens denjenigen Bedingungen entsprechen, die sich die Betroffene selbst oder mit ihr verbundenen Unternehmen gewährt, und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen, sowie hierzu regelmäßig aktuelle Leistungsindikatoren zu veröffentlichen,
- §§ 9 Abs. 2 TKG i.V.m §§ 13 Abs. 1, 20 TKG, soweit sie in Ziffer 1.5 des Tenors zur Vertragsvorlage verpflichtet wird,
- §§ 9 Abs. 2 TKG i.V.m §§ 13 Abs. 1, 24 TKG, soweit sie in Ziffern 1.6 und 1.7 zur getrennten Rechnungsführung und zur Vorlage der entsprechenden Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen verpflichtet wird,
- §§ 9 Abs. 2 TKG i.V.m §§ 13 Abs. 1, 23 TKG, soweit sie in Ziffer 1.8 des Tenors zur Vorlage eines Standardangebotes verpflichtet wird,
- §§ 9 Abs. 2 TKG i.V.m §§ 13 Abs. 1, 30 Abs. 1 TKG, soweit gemäß Ziffer 2.1 die Entgelte für den Layer-2-Bitstromzugang mit Übergabepunkten an geeigneten Punkten der Konzentratornetze der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 i.V.m. § 28 TKG unterworfen werden, und
- §§ 9 Abs. 2 TKG i.V.m §§ 13 Abs. 1, 30 und 38 TKG, soweit gemäß Ziffer 2.2 die Entgelte im Übrigen einer nachträglichen Entgeltregulierung unterworfen werden.

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

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Beibehaltung und Änderung der tenorierten Verpflichtungen gemäß §§ 9 Abs. 2 i.V.m §§ 13 Abs. 1 S.1, 19, 20, 21, 23, 24 und 30 TKG ergibt sich aus § 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

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

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

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

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

Die Beschlusskammer hat gemäß § 31 Abs. 2 S. 3 TKG die Auferlegung einer Genehmigungspflicht anhand einer anderen Vorgehensweise im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG besonders begründet.

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

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

2. **Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen**

Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10 ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse sind der nationale Markt für Layer-2-Bitstromzugang einerseits und der subnationale Markt für Layer-3-Bitstromzugang andererseits mit Übergabe an verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie potentiell regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG. Auf diesen Märkten verfügt die Betroffene über beträchtliche Marktmacht.

Dies gilt zunächst auch für die in der Festlegung der Präsidentenkammer genannten 20 HVT-Regionen, für die jedoch die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht unter der Voraussetzung steht, dass ein reguliertes Layer-2-Bitstrom-Zugangsprodukt im Markt noch nicht verfügbar ist (siehe unter B.)

Die Einzelheiten ergeben sich aus der als **Anlage** beigefügten, gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG von der Präsidentenkammer getroffenen Festlegung, die wegen § 13 Abs. 5 TKG Inhalt dieser Regulierungsverfügung ist und auf die daher Bezug genommen wird.

3. **Beibehaltung, Änderung und Auferlegung der einzelnen Verpflichtungen**

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens behält die Beschlusskammer die der Betroffenen auf den verfahrensgegenständlichen Märkten mit der Regulierungsverfügung BK3b-09/069 vom 17.09.2010 auferlegten Verpflichtungen bei bzw. ändert sie, legt der Betroffenen Verpflichtungen erstmals auf und sieht im Übrigen von der Auferlegung weiterer Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG ab.

Bei der Anwendung der nationalen rechtlichen Grundlagen hat die Beschlusskammer zudem die relevanten Empfehlungen der EU-Kommission entsprechend § 123a Abs. 3 TKG sowie die Gemeinsamen Standpunkte des GEREK entsprechend Art. 3 Abs. 3 der GEREK-Verordnung maßgeblich berücksichtigt. Hierbei handelt es sich im Einzelnen um:

- die Empfehlung der Kommission vom 20.09.2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) (2010/572/EU),
- die Empfehlung der Kommission vom 11.09.2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfeld für Breitbandinvestitionen (C(2013)5761) sowie
- den Gemeinsamen Standpunkt des GEREK zu bewährten Regulierungspraktiken auf dem Markt für Breitbandzugang für Großkunden (inklusive Bitstrom), BoR (12)128.

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

Die mit Ziffer 1.1. beibehaltene Verpflichtung, Bitstromzugang 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, unter anderem dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten oder -einrichtungen einschließlich des entbündelten Breitbandzugangs zu gewähren. Hierunter fällt insbesondere auch die Möglichkeit einer Verpflichtung zum Bitstromzugang, also einer zusammenhängenden Leistung bestehend aus Anschluss und breitbandigem Datentransport, die mit variablen Bandbreiten, Qualitätsparametern zur Nutzung überlassen wird.

Hierzu hat die Festlegung der Präsidentenkammer zwischen den Märkten für Layer-2-Bitstromzugang und Layer-3-Bitstromzugang differenziert, deren Produkte sich nach Art der Transporttechnologie sowie den Standorten für die Übergabe des Datenverkehrs unterscheiden. Die Übergabe des Layer-2-Bitstroms erfolgt transparent, also ohne weitere Änderungen des Verkehrs, an festgelegten Ports, die regelmäßig an einem dem Kunden näherliegenden Standorten bereitgestellt werden, als dies für die Übergabe von Layer-3-Bitstrom-Zugängen der Fall ist. Der Datentransport und die Übergabe der Daten erfolgen in diesen Fällen auf der Grundlage der verschiedenen Ethernet-Technologien. Nur noch in geringem Umfang wird hierfür ATM eingesetzt. Für den Vorleistungsnehmer bedeutet dies insgesamt, dass er die Leistung basierend auf einer höheren eigenen Wertschöpfungsstufe erbringen kann, da er bis zu den Übergabepunkten des Layer-2-Bitstrom-Produkts auf eigene Infrastruktur aufsetzen kann. Durch die transparente Übergabe des Datenstromes erhält der Vorleistungsnehmer in großem Umfang die Gestaltungshoheit über die eigenen Dienste bzw. Prozessabläufe und somit die Möglichkeit sich hinreichend am Markt von anderen Anbietern zu differenzieren.

Demgegenüber wird der Layer-3-Bitstromzugang vorrangig auf Basis des IP-Protokolls (IPv4 oder IPv6) realisiert und der Verkehr entsprechend auf der darüber liegenden Netzebene übergeben. Die dadurch bedingte Verarbeitung und Aggregation des Datenverkehrs hat zwar zur Folge, dass der Vorleistungsnachfrager sein hierauf aufsetzendes Endkundenprodukt in geringerem Umfang ausgestalten kann, als er dies bei einem Layer-2-Bitstrom-Zugang könnte. Da aber ein Layer-3-Bitstrom-Produkt wie unter I. geschildert an deutlich weniger und zentraleren Punkten im Netz übergeben wird als ein Layer-2-Bitstrom-Produkt, wird der Zugangsnachfrager in die Lage versetzt, unter vergleichsweise geringeren Infrastrukturinvestitionen, einen größeren Kreis potentieller Endkunden pro erschlossenem Standort für die Datenübergabe zu erreichen. Damit steht der Layer-3-Bitstrom-Zugang verglichen mit dem Layer-2-Bitstrom-Zugang auf einer niedrigeren Stufe der Investitionsleiter und bildet einen dem Layer-2-Bitstrom-Zugangsmarkt nachgelagerten sachlichen Markt.

Beide Produkte erlauben damit in jeweils spezifischer und sich gegenseitig ergänzender Ausprägung das Angebot von Massenprodukten im Privatkunden- und auch im Geschäftskundenbereich und ermöglichen damit Zugangsnachfragern, den Endkunden wirtschaftlich tragfähige und qualitativ differenzierte Produkte anbieten zu können.

Sollte die Betroffene der Ansicht sein, dass die hier auferlegte Zugangsverpflichtung darauf zu beschränken sei, Zugangsnachfragern das eigene Angebot von massenmarktfähigen Privatkundenprodukten zu ermöglichen, geht sie hierin fehl. Aus der Festlegung der Präsidentenkammer sowie der Explanatory Note der EU-Kommission zur Empfehlung C (2014) 7174 vom 09.10.2014 folgt, dass Markt 3b zwar ein Vorleistungsmarkt für Massenprodukte darstellt, dass aber hierunter auch Produkte aus dem Geschäftskundensegment fallen, solange diese nicht die gesicherten Qualitätsparameter des Marktes 4 der Märkteempfehlung erfordern,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer S. 43, Explanatory Note SWD (2014) 298 vom 09.10.2014 zur Empfehlung C (2014) 7174 vom 09.10.2014, S. 46.

Sofern § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung von der Tatbestandsvoraussetzung einer beträchtlichen Marktmacht abhängig macht, liegt diese Voraussetzung auf den verfahrensgegenständlichen Märkten für Bitstromzugang auf Layer 2 und Layer 3 jeweils vor, vgl. oben unter 2.). Damit fällt die Entscheidung, ob und inwieweit der Betroffenen eine Verpflichtung zur Gewährung von Bitstromzugang für die beiden beschrie-

benen sachlich relevanten Märkte aufzuerlegen ist, in das pflichtgemäße Ermessen der Beschlusskammer. Dabei hat sie insbesondere die in § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen sowie und ob die auferlegten Maßnahmen jeweils in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 TKG stehen. Aus der zitierten Norm und deren Verweis auf die Regulierungsziele (und -grundsätze) nach § 2 TKG ergibt sich, dass die auferlegten Maßnahmen ein umfangreiches Zielbündel zu erfüllen und gleichzeitig gewisse Randbedingungen einzuhalten haben.

Das im vorliegenden Zusammenhang relevante Zielbündel besteht aus vier Grundzielen, die teilweise verschiedene weitere Nuancierungen aufweisen.

Das erste Grundziel ist dasjenige der Wettbewerbsförderung. Von Interesse ist dabei insbesondere der Wettbewerb auf dem Endnutzermarkt (§ 21 Abs. 1 S. 1 a.E. TKG). Gefördert werden sollen nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation und die damit verbundenen Infrastrukturinvestitionen und Innovationen (§ 21 Abs. 1 S. 1 a.E.; § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4; § 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und Abs. 3 Nr. 3 Alt. 2 und Nr. 4 TKG). Der Wettbewerb soll zudem chancengleich sein (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3 und Abs. 3 Nr. 2 TKG). Bei der Wettbewerbsförderung sind sowohl die Belange in der Fläche (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 a.E. TKG) als auch die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit dem Wettbewerb, die in den verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland herrschen (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 5 Alt. 1 TKG), gebührend zu berücksichtigen.

Nach dem zweiten Grundziel sind die Nutzer-, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (§ 21 Abs. 1 S. 1 a.E.; § 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 1. Hs. und Abs. 3 Nr. 3 Alt. 1 TKG). Anzustreben ist ein größtmöglicher Nutzen für die Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 TKG). Außerdem sind wiederum die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit den Verbrauchern, die in den verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland herrschen, gebührend zu berücksichtigen (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 5 Alt. 2 TKG).

Drittens ist die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union zu fördern (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG).

Nach dem vierten Grundziel ist der Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG).

Bei der Erfüllung des genannten Zielbündels sind verschiedene Randbedingungen einzuhalten. Allgemein regelt § 2 Abs. 3 TKG, dass die Bundesnetzagentur bei der Verfolgung der in Absatz 2 festgelegten Ziele objektive, transparente, nicht diskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze anwendet. Diese Grundsätze werden in § 2 Abs. 3 sowie in § 21 Abs. 1 S. 2 TKG weiter präzisiert.

Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung sind insbesondere die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG) sowie die Frage zu würdigen, ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG oder freiwillige Angebote am Markt, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der in § 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreichen (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TKG).

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sind einmal die Grundrechte zur Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und auf Schutz des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) im Blick zu behalten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeiten der Gewährung des Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG) sowie mit Bezug auf die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 3) sowie allgemein mit Blick auf Investitionsrisiken (§ 21 Abs. 1 S. 1 a.E.; § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4; § 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und Abs. 3 Nr. 3 Alt. 2 und Nr. 4 TKG). Ferner

von Relevanz können die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit sein. So soll etwa die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch gefördert werden, dass die Bundesnetzagentur über angemessene Zeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beibehält (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG). Schließlich können auch die Einwirkungen auf weitere Rechtsgüter wie gewerbliche Schutzrechte, Rechte an geistigem Eigentum und die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 und 6 TKG) sowie das Interesse an der Aufrechterhaltung der Netzintegrität und der Sicherheit des Netzbetriebs (§ 21 Abs. 4 und 5 TKG) im Einzelfall von Belang sein.

3.1.1. Layer-2-Bitstromzugang

Vor dem Hintergrund dieses Prüfprogramms erweist sich die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zum Layer-2-Bitstromzugang sowohl als geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel, um die skizzierten Zielbündel zu erreichen. Im Einzelnen:

3.1.1.1. Geeignetheit der Zugangsverpflichtung

Die Zugangsverpflichtung zum Layer-2-Bitstrom ist zunächst geeignet, die Regulierungsziele entsprechend den genannten Zielbündeln zu erreichen. Im Einzelnen:

3.1.1.1.1. Förderung des Wettbewerbs, § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG

Durch die Beibehaltung der Verpflichtung zum Layer-2-Bitstromzugang wird gemäß § 21 Abs. 1 S.1 TKG die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes gefördert.

Neben dem Zugangsanspruch zur TAL eröffnet der Layer-2-Bitstromzugang den Wettbewerbern die Möglichkeit, eigene Layer-3-Bitstrom-, Resale- und Endnutzerprodukte unter Rückgriff auf das bundesweit einmalige und für keinen Wettbewerber realistischerweise duplizierbare Netz der Betroffenen zu entwickeln und vermarkten zu können.

Dabei stellt der Layer-2-Bitstromzugang nicht nur eine zur TAL-Zugangsregulierung komplementäre Erweiterung der Zugangsmöglichkeiten für Nachfrager dar. Insbesondere dort, wo durch den Einsatz von Vectoring der (weitere) Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung technisch nicht möglich ist, stellt ein Layer-2-Bitstromzugang die einzig verbleibende Möglichkeit dar, um unter möglichst weitgehendem Einsatz eigener Infrastruktur – und damit so weit wie möglich unabhängig von Vorleistungen der Betroffenen – eigene Produkte auf dem Endkundenmarkt sowie den entsprechenden Vorleistungsmärkten anbieten zu können.

3.1.1.1.2. Interessen der Nutzer, § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG

Die Interessen der Nutzer werden gefördert, wenn diese eine breite Auswahl zwischen Produkten verschiedener Anbieter, Preise und Qualitäten haben,

vgl. Säcker, in ders. (Hrsg.); TKG, 3. Auflage, 2013, § 2 Rn. 2.

Diesem Interesse wird durch die Zugangsverpflichtung insofern entsprochen, als sie das am Markt verfügbare Angebot von VDSL-Anschlüssen verbreitert. Denn durch die Nutzung des Layer-2-Bitstromzugangs werden die Zugangsnachfrager in die Lage versetzt, eigene Endkundenprodukte zu entwickeln, die sich insbesondere mit Blick auf die Funktionalitäten von denen der Betroffenen unterscheiden. Durch die qualitative Differenzierungsmöglichkeit eines Layer-2-Bitstromzugangs wird insofern die höhere Kostenintensität aufgrund der geringeren Aggregationsmöglichkeit kompensiert. Sie steht auch in besonderem Interesse der Nutzer, denn allein die Nachbildbarkeit der Endkundenprodukte der Betroffenen reicht nicht aus, um den Interessen der Nutzer gerecht zu werden. Dadurch würde vielmehr die Auswahl

der Endkunden auf das entsprechende Angebot der Betroffenen beschränkt werden, so dass im Ergebnis der Wettbewerb auf einen reinen Preiswettbewerb limitiert würde.

3.1.1.1.3. Entwicklung des Binnenmarktes der EU, § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG

Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zum Layer-2-Bitstromzugang ist auch ein geeignetes Mittel, die Entwicklung des Binnenmarktes der EU zu fördern. Insbesondere aus der Sicht paneuropäischer Anbieter ist ein Bitstromzugangsprodukt mit Blick auf bereits bestehende Produkte in anderen europäischen Ländern notwendig. Denn der Wettbewerb würde auf europäischer Ebene verzerrt, wenn die Betroffene in anderen Ländern Bitstromzugang einkaufen kann, ohne aber ihrerseits in Deutschland ein solches Produkt anbieten zu müssen. Dies gilt insbesondere für das Angebot europaweiter Produkte an (End-)Kunden mit europaweiter Präsenz. In diesem Sinne empfiehlt auch das GEREK im Interesse eines harmonisierten Binnenmarktes, den Bitstromzugang dergestalt aufzuerlegen, dass er durch mehrere Produkte die Vorleistungsspanne von physikalischer Entbündelung einerseits bis an die Grenze zu Resale andererseits abdeckt und insbesondere unterschiedliche Zugangspunkte, Technologien (u.a. Ethernet) sowie verschiedene Produktcharakteristika eröffnet,

vgl. den Gemeinsamen Standpunkt des GEREK zu den erprobten Regulierungspraktiken im Breitbandzugangsmarkt, BoR (12) 128, BP 2.

3.1.1.1.4. Förderung hochleistungsfähiger Netze, § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG

Schließlich ist die Verpflichtung zum Layer-2-Bitstromzugang auch ein geeignetes Mittel, um das vierte Zielbündel, namentlich die Entwicklung hochleistungsfähiger Netze zu fördern. In diesem Sinne ermöglicht ein Bitstromzugang auf Layer-2 zunächst den Wettbewerbern, Kunden für sehr hochbitratige Produkte zu gewinnen und diese sodann sukzessive mit glasfaserbasierten Zugangsnetzen anzubinden. Daneben bewirkt die Gewährung von Layer-2-Bitstromzugangsprodukten auch die Auslastung des Netzes der Betroffenen. Die dadurch gesteigerte Rentabilität des Netzes,

vgl. Bericht des NGA-Forums vom 08.11.2011, S. 12.

ermöglicht ihr ebenfalls Spielräume zu Infrastrukturinvestitionen.

3.1.1.1.5. Zwischenergebnis

Insgesamt ist damit eine Verpflichtung zur Gewährung des Layer-2-Bitstromzugangs ein geeignetes Mittel, um die maßgeblichen Zielbündel des Wettbewerbs, der Nutzerinteressen, der Entwicklung des Binnenmarktes der EU sowie der Förderung hochleistungsfähiger Netze zu erreichen.

3.1.1.2. Erforderlichkeit der Zugangsverpflichtung

Eine Verpflichtung, Zugang zum Layer-2-Bitstrom zu gewähren, ist auch erforderlich. Dabei hat die Beschlusskammer entsprechend dem unter 3.1 skizzierten Prüfprogramm insbesondere die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG) sowie die Frage berücksichtigt, ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG oder freiwillige Angebote am Markt, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der in § 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreichen (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TKG).

3.1.1.2.1. Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung, § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG

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

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

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

Nach diesen Kriterien erscheint die auferlegte Verpflichtung auch unter Berücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen als angemessen. Denn Wettbewerber hätten weder durch die Installation eigener Infrastrukturen noch durch die Nutzung alternativer Zugangsangebote Dritter die Möglichkeit, Endkundenprodukte unter wirtschaftlich, zeitlich und qualitativ vertretbaren Bedingungen zu entwickeln und anzubieten.

Durch den Layer-2-Bitstromzugang werden Zugangsnachfrager in die Lage versetzt, über das Anschlussnetz der Betroffenen Endkunden mit eigenen Angeboten zu versorgen. Ein Ausweichen auf Vorleistungsangebote Dritter bzw. die Eigenrealisierung der Endkundenanbindung würde daher die – nicht realistisch erwartbare – Duplizierung dieser Infrastruktur der Betroffenen voraussetzen. Aufgrund des nach wie vor bestehenden Quasi-Zugangsmonopols der Betroffenen im Bereich der TAL ist daher der überwiegende Teil der Wettbewerber – mit der Ausnahme der Kabelnetzbetreiber und einiger weniger anderer Unternehmen in ihren jeweiligen Ausbaugebieten – von den Vorleistungsprodukten der Betroffenen abhängig. Kein weiterer Wettbewerber kann in wirtschaftlicher Weise und zumutbarer Frist ein technisch ebenbürtiges Netz aufbauen, das die gleiche Qualität und die gleiche Abdeckung hat. Der Bitstromzugang ist ein Kompromiss, der es den Wettbewerbern abhängig vom Ausbaustand ihres eigenen Netzes ermöglicht, einen entsprechenden Zugang zu erhalten, wie sich die Betroffene ihn selbst einräumt.

Die Nutzung oder Installation alternativer Infrastrukturen käme für keinen der Nachfrager nach Layer-2-Bitstromzugang derart in Betracht, dass damit ein wirtschaftliches Dienstangebot möglich wäre. Der Grund liegt darin, dass es im Prinzip keine flächendeckenden Angebote aufgrund alternativer Infrastrukturen gibt, die mit dem Bitstromzugang austauschbar wären.

Aus dem Vorgenannten ergibt sich auch, dass der Verweis der Nachfrager auf alternative Infrastrukturen zu einer unzumutbaren zeitlichen Verzögerung führen würde. Dies ergibt sich schon alleine daraus, dass alternative Infrastrukturen nicht flächendeckend verfügbar sind. Eine flächendeckende Eigenfertigung nimmt per se eine längere Zeit aufgrund des Ausmaßes der Infrastruktur in Anspruch als wenn Vorleistungen eingekauft werden. Diese Dauer führt dazu, dass wertvolle Zeit, in der der Bitstromzugangsnachfrager bereits Kunden gewinnen könnte, nicht genutzt werden kann. Die Eigenfertigung der Infrastruktur ist aber ohne einen eigenen, hinreichenden Kundenstamm, der dann auf die eigene Infrastruktur migrieren kann, mit einem deutlich höheren Risiko verbunden.

3.1.1.2.2. Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG

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

Bereits auferlegte Verpflichtungen bestehen namentlich hinsichtlich des TAL-Zugangs, welchen die Betroffene zu gewähren hat. Allerdings ist der TAL-Zugang grundsätzlich nicht funktional austauschbar mit einem Bitstromzugang auf Layer-2. Der TAL-Zugang stellt lediglich die physikalische Verbindung zwischen dem Endkundenzugang und der ersten Konzentrationsstufe im Festnetz her. Die Gewährung von Bitstromzugang eröffnet dagegen den Wettbewerbern, von denen im Übrigen keiner sämtliche breitbandfähigen Anschlussbereiche erschlossen hat und dies angesichts des damit verbundenen Investitionsaufwandes kurzfristig auch nicht realisieren kann, den zusätzlichen Zugriff auf Konzentratornetzleistungen der Betroffenen und damit die Möglichkeit, räumlich ausgedehntere Gebiete mit breitbandigen Leistungen zu bedienen. Dies spielt bei den Netzbetreibern insbesondere für die Versorgung von regional übergreifend tätigen Geschäftskunden eine wichtige Rolle, um einen „Service aus einer Hand“ anbieten zu können.

Im Übrigen wird das Gewicht des Layer-2-Bitstromzugangs mit Übergang der Betroffenen auf ein NGA-Netz gegenüber dem TAL-Zugang voraussichtlich noch zunehmen, weil nicht jeder Anbieter eine KVz-TAL anmieten können oder wollen wird. In diesem Sinne wird ein Layer-2-Bitstrom-Zugang in bestimmten Fallgestaltungen die einzige wirtschaftliche oder technische Möglichkeit bieten, um preislich und/oder qualitativ marktfähige Endkundenprodukte zu entwickeln. Dies gilt insbesondere dort, wo ein TAL-Zugang für Dritte wirtschaftlich gar nicht oder erst nach Aufbau einer ausreichenden Kundenbasis möglich ist.

Hinzu kommt, dass das TAL-Zugangsangebot insbesondere aufgrund der zunehmend eingesetzten Vectoring-Technologie kein flächendeckendes Dienstangebot mehr zulässt. Zwar wäre auch auf der Basis von Bitstromzugang ein vollständig flächendeckendes Angebot nicht möglich, weil die Betroffene selbst aus technischen Gründen nicht jedem Kunden einen breitbandigen Anschluss auf TAL-Basis anbieten kann. Das betrifft insbesondere weit vom HVt entfernte Lokationen. Allerdings ermöglicht ein Bitstromzugangprodukt einem weitaus größeren Anteil der Bevölkerung die Auswahl zwischen mehreren Anbietern als bei alleiniger Verfügbarkeit von TAL-Zugangsprodukten, weil dann Wettbewerber auch in solche Regionen vorstoßen können, die sie nicht über die TAL anbinden und auf deren Basis Breitbandanschlüsse anbieten können. Damit wird der Wettbewerb insbesondere auch in der Fläche gefördert, was nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG ausdrücklich auch Ziel der Regulierung ist.

Zugleich ermöglicht die Bereitstellung von Layer-2-Bitstromzugangprodukten insbesondere über mit VDSL2-Vectoring betriebenen Anschlüssen den Zugangsnachfragern das Angebot sehr hochbitratiger Endkundenprodukte und versetzt sie in die Lage, nicht nur zu den entsprechenden Endkundenangeboten der Betroffenen in Wettbewerb zu treten, sondern ebenso wie die Betroffene selbst auch zu den Angeboten der Kabelnetzbetreiber. Insofern steht zu erwarten, dass der Layer-2-Bitstromzugang innerhalb des Geltungszeitraums dieser Regulierungsverfügung neben der TAL das maßgebliche Vorleistungsprodukt werden wird. Vor diesem Hintergrund hält die Beschlusskammer insbesondere den Hinweis der Betroffenen für unzutreffend, dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Layer-2-Bitstromzugang nach seiner Markteinführung in vergleichbarem Umfang angenommen werden würde wie seinerzeit der Layer-3-Bitstromzugang und daher die Verhältnismäßigkeit einer Zugangsverpflichtung erst 2018 beurteilt werden könne. Entgegen der Auffassung der Betroffenen sprechen die Gesamtumstände der Marktbedingungen des Layer-2-Bitstromzugangs gerade dafür, dass hierfür eine starke und steigende Nachfrage bestehen wird.

Auch mit Blick auf die Nutzerinteressen ist anstelle einer alleinigen Auferlegung eines TAL-Zugangs die Auferlegung eines Layer-2-Bitstromzugangs in Ergänzung zu einem Zugang zur

TAL ebenfalls erforderlich. Dies gilt insbesondere für die Anschlüsse, die die Betroffene unter Nutzung der VDSL2-Vectoring-Technologie erschlossen hat. Hier würde ein Verzicht auf ein Layer-2-Bitstromzugangprodukt das für den einzelnen Kunden verfügbare Angebot hochleistungsfähiger VDSL-Anschlüsse auf das Angebot der Betroffenen reduzieren, da der geschützte Betrieb von VDSL2-Vectoring einen exklusiven Zugang zu den über einen KVz adressierbaren TAL bewirkt. Eine solche Beschränkung widerspräche nach Überzeugung der Beschlusskammer den Interessen der Kunden.

Vor diesem Hintergrund muss auch der Wunsch der Betroffenen außer Betracht bleiben, dass die Regulierungsverpflichtungen entsprechend dem Layer-3-Bitstromzugang auch für den Layer-2-Bitstromzugang mindestens auch für die genannten 20 HVt-Regionen widerrufen werden sollten. Ein stabiler Wettbewerb ohne Rückgriff auf einen Layer-2-Bitstromzugang der Betroffenen steht weder nach den Feststellungen der Präsidentenkammer in der zugrundeliegenden Marktdefinition und Marktanalyse noch nach dem oben Ausgeführten zu erwarten.

Auch eine alleinige Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zum Layer-3-Bitstromzugang ist nicht geeignet, den oben genannten Zielen in vergleichbarem Umfang zu dienen. Denn indem der Layer-3-Bitstromzugang auf den Layer-2-Bitstromzugang aufsetzt, bietet er weniger Differenzierungsmöglichkeiten als ein Bitstromzugang auf Layer-2,

vgl. hierzu die Ausführungen unter 3.1 zu den Unterschieden zwischen einem Bitstromzugang auf Layer-2 und Layer-3.

Der Layer-3-Bitstromzugang wirkt daher vielmehr als komplementäres Produkt, das den Geschäftsmodellen von Zugangsnachfragern nur dann entspricht, wenn dieses vor allem auf eine hohe Verbreitung von preislich konkurrenzfähigen Endkundenprodukten abzielt. Ist das Geschäftsmodell auf einen – wie oben gezeigt – ebenfalls im Interesse der Nutzer liegenden – Qualitätswettbewerb ausgerichtet, kann ein Layer-3-Bitstromzugang diesem Ziel in geringerem Umfang dienen als ein Layer-2-Bitstromzugang.

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

Sofern die Behörde im Rahmen des § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG ferner zu prüfen hat, ob ein freiwilliges Angebot für die Erreichung der Regulierungsziele ausreichend ist, bestehen solche freiwilligen Angebote für einen Layer-2-Bitstromzugang nicht. Auch sofern die Betroffene darauf hinweist, dass vorliegend von der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung für Ethernet-Bitstrom abgesehen werden sollte, bis ein entsprechendes Produkt von ihr entwickelt und im Markt über einen gewissen Zeitraum verfügbar gewesen sei, lässt dies nicht den Umkehrschluss zu, dass die Betroffene ein solches Produkt von sich aus anbieten will. Sie ist aufgrund der Regulierungsverfügung BK3b-09/069 vom 17.09.2010 bereits zur Zugangsgewährung verpflichtet. Trotz einer Nachfrage kam es bisher nicht zu einem Zugangsvertrag. Dies ist auch darin begründet, dass die Betroffene sich zwar in einem Memorandum of Understanding verpflichtet hatte, bis zum 31.12.2015 einen Layer-2-Bitstrom zur Verfügung zu stellen. Doch ist es bislang nicht zu einem Vertragsschluss über den Zugang gekommen. Der Hinweis der Betroffenen verkennt darüber hinaus, dass dem Wortlaut des § 21 TKG keine Beschränkung der Zugangsgewährungspflicht auf diejenigen Infrastrukturen und Produkte zu entnehmen ist, 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.

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

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

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

In diesem Sinne ist es ebenfalls nicht ausreichend, die Wettbewerber auf die Nutzung des freiwilligen Resale-Angebots der Betroffenen zu verweisen. Insofern gelten die oben beschriebenen Restriktionen des Layer-3-Bitstromzugangs in noch stärkerer Weise, denn ein reines Resale-Angebot eröffnet den Wettbewerbern weder die preislichen noch die qualitativen Differenzierungsmöglichkeiten, die ihm auf Grundlage von Bitstromprodukten zur Verfügung stehen und ihnen ermöglichen, den Endkunden nicht nur wirtschaftlich tragfähige, sondern auch qualitativ differenzierte Produkte anbieten zu können.

3.1.1.3. Angemessenheit der Zugangsverpflichtung

Die Verpflichtung steht auch in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 TKG, namentlich der Förderung der Interessen der Endnutzer, der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste und der Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation.

Im Rahmen der Abwägung sind insbesondere die weiteren in § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen. Diese entstammen weitgehend Art. 12 Abs. 2 Zugangs-RL und konkretisieren den in Erwägungsgrund 19 Zugangs-RL enthaltenen Gedanken, dass das Recht des Infrastruktureigentümers zur kommerziellen Nutzung seines Eigentums mit den Rechten anderer Diensteanbieter auf Zugang abzuwägen ist.

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sind einmal die Grundrechte zur Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und auf Schutz des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) im Blick zu behalten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeiten der Gewährung des Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG) sowie mit Bezug auf die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 3) sowie allgemein mit Blick auf Investitionsrisiken (§ 21 Abs. 1 S. 1 a.E.; § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4; § 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und Abs. 3 Nr. 3 Alt. 2 und Nr. 4 TKG). Ferner von Relevanz können die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit sein. So soll etwa die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch gefördert werden, dass die Bundesnetzagentur über angemessene Zeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beibehält (§ 21 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG). Schließlich können auch die Einwirkungen auf weitere Rechtsgüter wie gewerbliche Schutzrechte, Rechte an geistigem Eigentum und die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 und 6 TKG) sowie

das Interesse an der Aufrechterhaltung der Netzintegrität und der Sicherheit des Netzbetriebs (§ 21 Abs. 4 und 5 TKG) im Einzelfall von Belang sein.

3.1.1.3.1. Verfügbare Kapazität, § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG

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

Dies ist bezogen auf die kundenseitigen Anschlüsse auch bei einer Verpflichtung zur Gewährung von Layer-2-Bitstromzugang der Fall. Denn nur ein Anbieter – entweder die Betroffene selbst oder der Zugangsnachfrager – kann die Endnutzerbeziehung innehaben. Das bedeutet, dass der Datenverkehr des Endnutzers ohnehin nur einmal über die Infrastruktur fließen und Kapazität beanspruchen kann.

Auch aus wirtschaftlichen Gründen werden Nachfrager nur so viele Bitstrom-Zugänge einkaufen, wie sie auch wirklich benötigen und sich nicht mit nicht benötigten Vorleistungsprodukten bevorraten. Denn hierfür müssen sie an die Betroffene Entgelte zahlen.

Nach Einschätzung der Beschlusskammer gilt dies auch für den erforderlichen Transport. Die Betroffene wird nicht verpflichtet, in Anschlussbereichen, in denen sie selber keine Breitbandanschlüsse produziert, Bitstromanschlüsse anzubieten. Jedoch kommt entgegen der Ansicht der Betroffenen in den Ausbaugebieten keine Einschränkung auf die vorhandene Kapazität in Betracht. Denn anders als bei der von der Betroffenen angeführten Entscheidung BK3d-13/056 handelt es sich bei dem Bitstromzugang um eine aktive Technik und somit um eine gemeinsam genutzte Ressource, bei der nicht sichergestellt werden kann, dass die vorhandenen Ressourcen ausreichen, um die gesamte Nachfrage – also die des Retailarms der Betroffenen sowie der Wholesale-Kunden – zu befriedigen. Im Rahmen eines diskriminierungsfreien Zugangs kommt auch kein Vorrang für den Retailarm der Betroffenen in Betracht. Weiter wird je nach Geschäftsmodell die Nachfrage nach Kapazität sehr unterschiedlich sein. Wenn die Nachfrage der Wettbewerber aber auf eine gleiche Kapazitätsnutzung, wie der Retailarm der Betroffenen begrenzt würde, würde dies bedeuten, dass die Wettbewerber keine eigenständigen Produkte entwickeln und insofern lediglich Angebote der Betroffenen nachbilden könnten. Deshalb ist es für einen chancengleichen Wettbewerb unerlässlich, dass die Betroffene im zumutbaren Rahmen auch zur Kapazitätserweiterung verpflichtet wird.

Sofern die Betroffene in ihrer Stellungnahme zum Konsultationsentwurf vorträgt, es bestehe insofern keine Gefahr einer mangelnden Erschließung, weil am Ende ihres Netzbaus eine umfassende deutschlandweite Abdeckung für das Layer-2-Bitstromprodukt bestehen werde, gilt gleichwohl zu berücksichtigen, dass die Betroffene selber von einer Steigerung der Bandbreitennachfrage ausgeht. Dementsprechend ist das Netz so ausgelegt, dass die Kapazität pro Teilnehmer ohne oder mit geringen „strukturellen“ Änderungen vergrößert werden kann. So sieht das von der Betroffenen im Verfahren BK3d-15/003 vorgelegte Standardangebot vor, dass die Betroffene einseitig die Anzahl der Broadband Network Gateways (BNG) an einem Standort erhöhen darf und die Zuordnung der jeweiligen Multi Service Access Nodes (MSAN) zu den BNG an einem Standort ändern kann. Diese Systematik wird von der Betroffenen im Rahmen ihrer Stellungnahme erneut bestätigt. Sollte an einem einzelnen Standort aufgrund wachsender Kapazitäten über die Errichtung eines neuen MSAN zu entscheiden sein, werde sie diese Entscheidung diskriminierungsfrei und nach Prüfung der erwarteten zukünftigen Nachfrage und Wirtschaftlichkeit treffen.

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

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

Denn andernfalls bestünde die Gefahr, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung ins Leere läuft. In diesem Sinne argumentiert ebenfalls der EuGH auf ein Vorabentscheidungsersuchen eines dänischen Gerichts, dass auch die Neuerrichtung von Anschlusskabeln von der

Zugangsverpflichtung umfasst sein kann, sofern der zugangsverpflichtete Netzbetreiber den Wettbewerb ansonsten verzerren könnte. Damit solle sichergestellt werden, dass sich die konkurrierenden Betreiber in der gleichen Lage wie das marktbeherrschende Unternehmen befinden. Demnach ist die Verlegung solcher Anschlüsse eine notwendige Voraussetzung dafür, dass die mit dem marktbeherrschenden Unternehmen konkurrierenden Betreiber Kunden zu gleichen Wettbewerbsbedingungen wie das marktbeherrschende Unternehmen werben können,

vgl. Urteil des EuGH vom 19. Juni 2014, C-556/12.

Zu beachten ist aber, dass Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht durch die Ausbaupflichtung keine wirtschaftlichen Nachteile entstehen dürfen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen die Nachfrager daher die Investitionsrisiken in vollem Umfang übernehmen. Die eventuellen Kosten für die im Rahmen der Zugangsgewährung zum Bitstromzugang erforderlichen Kapazitätserweiterungen können in der Entgeltregulierung Berücksichtigung finden. Eine von der Betroffenen befürchtete Verpflichtung zu einem unrentablen Ausbau wird daher gerade nicht auferlegt.

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

3.1.1.3.2. Anfangsinvestitionen des Eigentümers, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG

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 zugangsverpflichtetes 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 Verpflichtung zur Gewährung von Bitstromzugang wird Zugang zu einer Infrastruktur gewährt, die hinsichtlich der Kupfer-TAL ganz überwiegend zu Monopolzeiten, im Übrigen aber erst vergleichsweise neu aufgebaut worden ist bzw. im Verlauf des weiteren NGA-Ausbaus der Betroffenen entstehen wird. Allerdings handelt es sich dabei in weitem Umfang um anstehende Ersatzinvestitionen für das aufgebaute „VDSL-, SDSL- und ADSL-Netz“. Insofern dient der von der Betroffenen geplante Netzbau der Effizienzsteigerung, denn sie ersetzt zum Ende der geplanten Abschreibungsdauer ihre parallel bestehenden xDSL- und PSTN-/ISDN-Anschlussnetze durch ein modernes „All-IP“-Anschlussnetz. Lediglich die erstmalige Erschließung von KVz sowie der FTTH/B-Ausbau, also dem erstmaligen NGA-Aufbau, ist eine grundsätzlich schützenswerte Anfangsinvestition, weil sie nicht nur die bestehende Infrastruktur ersetzt, sondern zu einer erheblichen Bandbreitensteigerung führen wird.

Gleichwohl gebietet auch diese Schutzwürdigkeit nicht, bereits bestehende und zukünftige NGA-Infrastrukturen von der Bitstromzugangsgewährungspflicht generell auszunehmen, da insofern das Wettbewerbsinteresse schwerer wiegt.

Denn erstens haben es die bereits weitgehend bestehenden und zum größten Teil noch zu Monopolzeiten geschaffenen TAL und Leerrohrkapazitäten der Betroffenen erlaubt, die zur Erbringung hochbitratiger Dienste erforderlichen Infrastrukturen als reine Erweiterung ihres bereits bestehenden Netzes errichten zu können und für diese Investition aufgrund ihrer beträchtlichen Marktmacht bei der TAL auch mit einer entsprechend höheren Amortisierungswahrscheinlichkeit rechnen zu können. Demgegenüber wäre ein Wettbewerber zum kompletten Neuaufbau eines Netzes gezwungen, ohne auf bereits vorhandene, ggf. noch zu Monopolzeiten aufgebaute eigene Infrastrukturen und einen ähnlich großen Kundenstamm zurückgreifen zu können sowie damit verbundene Synergie- und Skaleneffekte heben zu können, wenn er infolge des Vectoring-Einsatzes der Betroffenen nicht mehr auf deren TAL zurückgreifen könnte und alternativ auch keinen Zugang zu einem performanten Bitstromprodukt erhielte. Anders als bei den Wettbewerbern ist daher das Investitionsrisiko der Betroffenen wegen der beträchtlichen, noch aus Monopolzeiten stammenden Marktmacht der Betroffenen bei der TAL nach wie vor erheblich reduziert. In diesem Zusammenhang ist weiter zu berücksichtigen, dass auch diese Infrastrukturen in aller Regel nicht dazu dienen, eine erstmalige breitbandige Versorgung der Endkunden sicherzustellen. Vielmehr ergänzen die KVz-Erschließungen die lokal bereits aufgebauten ADSL-/SDSL-Infrastrukturen insofern, als sie die Betroffene in die Lage versetzen, ihren Endkunden, aber auch den Endkunden von Wettbewerbern eine Aufstockung von bereits abonnierten Bandbreiten anbieten zu können. Insofern ist aber auch diese Investition nicht mit einem besonderen Anfangsrisiko belastet. Es besteht inzwischen eine Nachfrage nach NGA-Anschlüssen,

vgl. Jahresbericht der Bundesnetzagentur Stand 2014, S.73 f.,

so dass das Auslastungsrisiko für die neu erschlossenen oder zu erschließenden KVz begrenzt ist. Hinzu kommt, dass die Zugangsverpflichtung das Auslastungsrisiko insofern nicht vergrößert, sondern sogar eher verringert. Denn durch die Vermarktung der Layer 2-Bitstrom-Kunden wird die Nachfrage nach Anschlüssen auf der Infrastruktur der Betroffenen steigen – jedenfalls aber nicht sinken. Anders sieht es zwar für die durch den NGA-Ausbau erforderlichen Investitionen in das IP-Netz der Betroffenen aus. Insofern vergrößert eine Zugangsverpflichtung das Auslastungsrisiko. Diese Investitionen machen aber nur einen geringeren Anteil der NGA-Investitionen aus. Das IP-Netz ist zudem effizient skalierbar, so dass die Planung der Betroffenen einen sukzessiven und kontinuierlichen Ausbau des IP-Netzes vorsieht. Weil die Betroffene mit einer steigenden Bandbreitennachfrage der Endkunden rechnet, bleibt das Auslastungsrisiko im Ergebnis relativ gering, so dass im Ergebnis kein besonderer Wettbewerbsschutz in Form eines Pioniervorteils (First Mover Advantage) für die Investition der Betroffenen erforderlich ist.

Würden die genannten Infrastrukturen von der Zugangsgewährungspflicht ausgenommen, hätte dies zur Folge, dass Wettbewerber jedenfalls einen Teil der in den entsprechenden Gebieten bereits gewonnenen Breitbandkunden nicht würden halten können. Denn nur die Betroffene – und eventuell auf parallelen Kabel- und FTTH/H-Infrastrukturen agierende Wettbewerber –, nicht aber sie selbst könnten den Kunden die Aufstockung auf eine höhere Bandbreite anbieten. Bei einer nach § 14 Abs. 2 S. 1 TKG angenommenen Laufzeit dieser Regulierungsverfügung von etwa drei Jahren und den dargestellten Mindestlaufzeiten der Betroffenen würde es zu einer massiven Wettbewerbsbeeinträchtigung führen, sollten die Wettbewerber den Endkunden nicht ebenfalls Produkte unter Nutzung der VDSL-Vectoring- und FTTH/B-Infrastrukturen der Betroffenen anbieten können.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Betroffene bereits den Ausbau ihres bestehenden Netzes hin zu einem NGA-Netz vollzieht. Auf mittlere bis längere Frist wird dies zur Ersetzung der bisherigen PSTN/ISDN-Infrastrukturen und insbesondere zu einer schwindenden Bedeutung der HVt- und KVz-TAL führen. Dies gilt insbesondere in den Ausbaufällen, in denen eine TAL-Nutzung aufgrund eines Vectoring-Einsatzes der Betroffenen nicht mehr offen steht,

vgl. hierzu Regulierungsverfügung BK3d-12/131 vom 29.08.2013, S. 107 f.

Diese Entwicklungen werden auch für die Wettbewerber der Betroffenen entsprechende Anpassungen ihrer eigenen Netztopologien erforderlich machen. Solche Anpassungen setzen indes voraus, dass ihnen technische und wirtschaftliche Alternativen zum TAL-Zugang am HVt – wie namentlich der Bitstromzugang – auch tatsächlich offen stehen. Wettbewerber müssen sich dabei auch nicht auf alternative Resale-Angebote der Betroffenen verweisen lassen. Denn ansonsten käme es zu einer erheblichen Entwertung bereits getätigter Infrastrukturinvestitionen.

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

3.1.1.3.3. Langfristige Sicherung des Wettbewerbs, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG

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.

Wie bereits unter 3.1.1.1.1 gezeigt, dient die Verpflichtung, Layer-2-Bitstromzugang zu gewähren, der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, weil die Wettbewerber mittels dieser Zugangsform eine nachhaltige Kundenbindung erreichen können. Über diesen Zugang werden im Sinne des in § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG beschriebenen Regulierungsziels auch Anreize zu Investitionen in effiziente Infrastruktureinrichtungen gefördert, weil der Zugang gegenüber der vollständigen Eigenrealisierung und auch gegenüber der TAL-Realisierung, die die Erschließung bis zu den HVt bzw. künftig sogar bis zu Schaltverteilern oder KVz der Betroffenen erfordern, schneller und einfacher möglich ist. Der Zugang ermöglicht einen sukzessiven Aufbau alternativer Infrastruktur entsprechend dem Erfolg auf den Endkundenmärkten. Denn der Wettbewerber erhält damit die Möglichkeit, einen eigenen Kundenstamm auf überregionaler oder gar nationaler Ebene für seine Dienste aufzubauen und an sich zu binden, der ihm wiederum diejenige Basis dafür geben kann zu wagen, noch weiter in eigene Infrastruktur zu investieren mit der Folge eines sich selbst tragenden Wettbewerbs.

In diesem Sinne ist die Beibehaltung der Zugangsverpflichtung auch mit Blick auf eine verlässliche Regulierung angemessen, denn sowohl die Zugangsnachfrager als auch die Betroffene erhalten hierdurch weitere Planungssicherheit und können ihre Tätigkeiten der nächsten Jahre entsprechend ausrichten.

3.1.1.3.4. Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum, § 21 Abs. 1 Nr. 5 TKG

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

3.1.1.3.5. Europaweite Dienste, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TKG

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

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

3.1.1.4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis sprechen nach Auffassung der Beschlusskammer alle für die Angemessenheit der Zugangsverpflichtung maßgeblichen Kriterien für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zum Layer-2-Bitstromzugang, so dass sich diese Verpflichtung auch insgesamt als verhältnismäßig darstellt, ohne dass eine Abwägung zwischen widerstreitenden Kriterien vorzunehmen wäre.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen wird damit der Umfang der Zugangsverpflichtungen gegenüber dem bisherigen Regulierungsregime nicht ausgeweitet. Denn unabhängig von dem Umstand, dass für die Auferlegung einer entsprechenden Zugangsverpflichtung nicht erforderlich ist, dass bereits zum Auferlegungszeitpunkt ein standardisiertes Ethernet-Bitstromprodukt existiert, ist die Betroffene bereits bislang zu einer Gewährung von Bitstromzugang sowohl auf Layer-3 als auch auf Layer-2 verpflichtet,

vgl. hierzu Regulierungsverfügung BK3b-09/069 vom 17.09.2010, Ziffer I.1.1 sowie S. 28f. des amtlichen Umdrucks.

Dabei erstreckte sich die Zugangsverpflichtung auch auf den Zugang zu ATM-Konzentratornetzen. Ein Widerruf dieser Verpflichtung kommt – entgegen der Auffassung der Betroffenen – nicht in Betracht. Denn eine Begrenzung der Zugangsverpflichtungen nur auf einzelne Layer-2-Protokolle würde sowohl dem Grundsatz der Technologieneutralität aus § 1 TKG als auch der entsprechenden Festlegung der Präsidentenkammer zur grundsätzlichen Austauschbarkeit von Layer-2-Protokollen widersprechen. Ein Widerruf ist auch nicht aus Verhältnismäßigkeitsaspekten angezeigt, weil – derzeit – keine Nachfrage nach dem Produkt besteht. Denn es steht der Betroffenen grundsätzlich frei, die Zugangsverpflichtung durch das Angebot eines Ethernet-Bitstroms zu erfüllen. Entsprechend beabsichtigt sie, ATM-Bitstrom in absehbarer Zeit vollständig durch (Gigabit-)Ethernet-Bitstrom zu ersetzen. Sollte der Zugangsnachfrager gleichwohl der Ansicht sein, dass nur das Angebot eines ATM-Bitstroms angemessen ist, kann er – ein Scheitern von entsprechenden Verhandlungen mit der Betroffenen vorausgesetzt – nötigenfalls die Beschlusskammer um Anordnung der Leistungsbedingungen anrufen. Die Verpflichtung nach § 25 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 TKG, in der Antragsbegründung auch die technische Ausführbarkeit begehrteter technischer Maßnahmen erläutern zu müssen, stellt dabei sicher, dass vor Antragstellung bereits hinreichend Vorarbeiten geleistet worden sein müssen, um der Beschlusskammer eine Entscheidungsfindung innerhalb der Höchstfrist von vier Monaten zu erlauben.

3.1.2. Layer-3-Bitstromzugang

Neben der Verpflichtung zur Gewährung eines Layer-2-Bitstromzugangs erweist sich auch die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zum Layer-3-Bitstromzugang als gerechtfertigt.

3.1.2.1. Geeignetheit der Zugangsverpflichtung

Die Zugangsverpflichtung zum Layer-3-Bitstrom ist ebenso wie der Layer-2-Bitstromzugang geeignet, die unter 3.1 beschriebenen Zielbündel zu fördern und zu realisieren.

3.1.2.1.1. Förderung des Wettbewerbs, § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG

Neben der Beibehaltung einer Zugangsverpflichtung zum Layer-2-Bitstrom, ist auch die Beibehaltung der Verpflichtung zum Layer-3-Bitstromzugang geeignet, um gemäß § 21 Abs. 1 S.1 TKG die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren.

Auch eine Verpflichtung zum Layer-3-Bitstromzugang eröffnet den Wettbewerbern – wenn gleich auf einer etwas niedrigeren Wertschöpfungsstufe als der Layer-2-Bitstrom – die Möglichkeit, eigene Resale- und Endnutzerprodukte unter Rückgriff auf das bundesweit einmali-

ge und für keinen Wettbewerber realistischerweise duplizierbare Netz der Betroffenen zu entwickeln und vermarkten zu können. Der Layer-3-Bitstromzugang eröffnet den Wettbewerbern gerade durch die unter 3.1 beschriebenen Eigenschaften weitere Zugangsmöglichkeiten und Handlungsfelder. Anders als beim Layer-2-Bitstromzugang kommt dabei vor allem der zentralen Übergabestruktur an nur einem bzw. wenigen Übergabepunkten und auf einer höheren Netzebene besondere Bedeutung zu. Denn hierdurch wird Wettbewerbern eine hohe Erreichbarkeit von Kunden ermöglicht, ohne in entsprechendem Umfang in einen eigenen Infrastrukturausbau zu investieren. Damit ist der Layer-3-Bitstromzugang nicht nur für Markteinsteiger interessant, die sich – dem Gedanken der Investitionsleiter folgend – schrittweise von einem Dienste- hin zu einem Infrastrukturwettbewerb entwickeln wollen. Indem für einen nationalen Layer-3-Bitstromzugang maximal 73 Übergabepunkte erschlossen werden müssen, um ein nationales Endkundenprodukt anbieten zu können, ermöglicht er auch etablierten Zugangsnachfragern, einheitliche Endkundenprodukte auf nationaler Basis anzubieten, und somit nicht nur dort in Wettbewerb mit der Betroffenen und anderen Telekommunikationsanbietern treten zu können, in denen sie bereits in physische Anbindungsinfrastrukturen investiert haben, sondern flächendeckend. Vor diesem Hintergrund wirkt der Layer-3-Bitstromzugang in besonderem Maße auf die Sicherstellung des Wettbewerbes gerade in der Fläche entsprechend § 2 Abs.2 Nr.2 TKG.

3.1.2.1.2. Interessen der Nutzer, § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG

In diesem Sinne dient die Möglichkeit der Wettbewerber, auf der Basis eines Layer-3-Bitstromzugangs Endkunden- und Resaleprodukte zu entwickeln, die sich mit Blick auf Funktionalität, Qualität und Preis von TAL- und Layer-2-Bitstrom-realisierten Produkten unterscheiden, zugleich auch dem unter 3.1.1.1.2 ausgeführte Interesse der Nutzer, eine möglichst weite Auswahl zwischen Produkten unterschiedlicher Qualität, Anbieter und Preisklassen zu haben.

3.1.2.1.3. Entwicklung des Binnenmarktes der EU, § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG

Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zum Layer-3-Bitstromzugang dient zudem in gleichem Umfang der Entwicklung des europäischen Binnenmarktes. Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter 3.1.1.1.3 verwiesen, die hier entsprechend gelten.

3.1.2.1.4. Förderung hochleistungsfähiger Netze, § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG

Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zum Layer-3-Bitstromzugang dient schließlich auch der Förderung hochleistungsfähiger Netze, vgl. hierzu 3.1.1.1.4.

3.1.2.2. Erforderlichkeit der Zugangsverpflichtung

Eine Verpflichtung, Zugang zum Layer-3-Bitstrom zu gewähren, ist unter Berücksichtigung des unter 3.1.1.2 dargestellten Prüfmaßstabs ebenfalls erforderlich.

3.1.2.2.1. Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung, § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG

Auch mit Blick auf den Layer-3-Bitstromzugang ist die Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG) kein milderes Mittel, das den genannten Zielbündel in gleicher Weise dient.

Hinsichtlich der Installation eigener Infrastrukturen gelten die unter 0 zum Layer-2-Bitstromzugang gemachten Ausführungen auch für den Layer-3-Bitstromzugang in gleichem

Umfang. Denn auch hier wäre die Duplizierung des Anschlussnetzes der Betroffenen ebenso erforderlich wie unwahrscheinlich.

Dies gilt im Ergebnis auch für die Nutzung alternativer Zugangsangebote Dritter. Zwar könnten diese grundsätzlich ebenfalls Layer-3-Bitstromzugangsprodukte auf der Basis von Vorleistungen der Betroffenen entwickeln und vermarkten. Damit geht aber nicht auch zugleich eine nationale Verfügbarkeit solcher alternativen Vorleistungsprodukte einher. Dies ist gerade für den Layer-3-Bitstromzugang von zentraler Bedeutung, weil dieser strukturell durch seine Übergabe an nur wenigen zentralen Punkten in der Netzhierarchie bzw. an einem Punkt die Erreichbarkeit von vielen Endkunden am jeweiligen Übergabepunkt eröffnen soll. Wie bereits unter 0 ausgeführt wäre zwar auch auf der Basis von Bitstromzugang ein vollständig flächendeckendes Angebot nicht möglich, weil die Betroffene selbst aus technischen Gründen nicht jedem Kunden einen breitbandigen Anschluss anbieten kann. Das betrifft insbesondere vom HVt weit entfernte Räumlichkeiten von Endkunden. Allerdings ermöglicht ein Layer-3-Bitstromzugangsprodukt einem weitaus größeren Anteil der Bevölkerung die Auswahl zwischen mehreren Anbietern als bei alleiniger Verfügbarkeit von Zugangsprodukten auf der Basis von TAL und Layer-2-Bitstromzugang, weil dann Wettbewerber auch in solche Regionen vorstoßen können, die sie nicht über die TAL anbinden und auf deren Basis Breitbandanschlüsse anbieten können. Dies spielt bei den Netzbetreibern insbesondere für die Versorgung von regional übergreifend tätigen Geschäftskunden ohne besonders hohe Qualitätsanforderungen eine wichtige Rolle, um einen „Service aus einer Hand“ anbieten zu können. Damit wird der Wettbewerb insbesondere auch in der Fläche gefördert, was nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG ausdrücklich auch Ziel der Regulierung ist.

3.1.2.2.2. Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG

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

Bereits auferlegten Verpflichtungen bestehen namentlich hinsichtlich des TAL- sowie des Layer-2-Bitstromzugangs, welchen die Betroffene zu gewähren hat. Allerdings sind diese aufgrund der unterschiedlichen Übergabepunkte ausweislich der Ausführungen der Präsidentenkammer in der Festlegung BK1-14/001 grundsätzlich nicht funktional austauschbar mit einem Layer-3-Bitstromzugang, sondern bilden einen hiervon getrennten sachlichen Markt,

vgl. dort, Ziffer 8.3.2.1.3.

Die Gewährung von Layer-3-Bitstromzugang eröffnet den Wettbewerbern wie bereits unter 3.1.2.2.1 ausgeführt die Möglichkeit, räumlich ausgedehntere Gebiete mit breitbandigen Leistungen zu bedienen, ohne dabei in gleichem Umfang in eigene Infrastrukturen zu investieren zu müssen. Indem der Layer-3-Bitstromzugang sowohl dem TAL-Zugang als auch dem Layer-2-Bitstromzugang nachgelagert ist, ermöglicht er Zugangsnachfragern einen schrittweisen Einstieg in den Wettbewerb. Dieses Konzept der Investitionsleiter trägt dem Umstand Rechnung, dass Wettbewerber – von niedrigeren Stufen der eigenen Wertschöpfung kommend – sukzessive weitere Elemente der Wertschöpfungskette selber bereitstellen können, um so von einem reinen Dienstewettbewerb hin zu einem Infrastrukturwettbewerb zu gelangen. Ebenso ermöglicht der Layer-3-Bitstromzugang Wettbewerbern, die einen solchen Weg nicht gehen wollen, auf der von ihnen angestrebten Stufe der Wertschöpfungskette mit der Betroffenen in Wettbewerb zu treten. Insofern spricht die theoretische Möglichkeit, infrastrukturintensivere regulierte Zugangsprodukte wie die Teilnehmeranschlussleitung und den Layer-2-Bitstromzugang für die Bereitstellung eigener Endkundenprodukte zu nutzen, nicht zugleich dafür, auf die Verpflichtung zu nachgelagerten Zugangsvarianten wie dem Layer-3-Bitstromzugang zu verzichten. Dies kann auch nicht aus dem Umstand geschlossen werden, dass die Festlegung der Präsidentenkammer für bestimmte HVt-Regionen prognos-

tiziert, dass ein verfügbares und nachfragegerechtes Layer-2-Bitstromzugangsangebot eine weitere Regulierung des Layer-3-Bitstrommarktes in diesen Regionen erfordert. Denn aus der Festlegung der Präsidentenkammer ergibt sich um Umkehrschluss, dass der Layer-2-Bitstromzugang in den verbleibenden HVt-Regionen gerade nicht ausreicht, um ein wettbewerliches Angebot von Layer-3-Bitstromzugängen zu ermöglichen.

Insbesondere vor diesem Hintergrund vermag die Beschlusskammer nicht, der Kritik der Betroffenen an der Bedingung für die Entlassung der 20 HVt-Regionen aus der Regulierung des Layer-3-Bitstromzugangs zu folgen und unabhängig von einem abrufbaren Layer-2-Bitstromzugangsangebot von einer Zugangsverpflichtung zum Layer-3-Bitstromzugang abzusehen. Denn die von der Präsidentenkammer festgelegte Bedingung stellt gerade sicher, dass die Voraussetzungen für den Wegfall der bislang bestehenden Marktmacht vorliegen. Die Wettbewerlichkeit des Marktes von Layer-3-Bitstromzugangsangebote hängt maßgeblich davon ab, ob Wettbewerber in der Lage sind, ein solches Produkt selber zu produzieren. Hierfür ist – sofern sie ein Produkt unter Rückgriff auf das Netz der Betroffenen produzieren müssen – auch ein Zugang zu der Anschlussinfrastruktur notwendig – entweder auf Basis eines TAL-Zugangs oder eines Layer-2-Bitstromzugangs. Da ein TAL-Zugang aufgrund des Netzbbaus zukünftig nicht mehr überall zur Verfügung stehen wird, kann nur dann von einem weiterhin bestehenden Wettbewerb ausgegangen werden, wenn den Konkurrenten der Betroffenen die Produktion eines Layer-3-Bitstromzugangs auch auf Basis eines Layer-2-Bitstromzugangs möglich ist. Dies gilt auch für die 20 HVt-Regionen, denn die Betroffene hat jedenfalls für die Städte Bremerhaven, Herne, Kiel, Leverkusen, Osnabrück, Recklinghausen und Reutlingen bereits einen Vectoring-Ausbau öffentlich angekündigt,

vgl. http://www.telekom.de/privatkunden/zuhause/breitbandausbau-deutschland?ActiveTabID=das-neue-netz&wt_mc=alias_1027_schneller (abgerufen am 04.03.2015).

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

Die Betroffene hat namentlich den VDSL-Bitstromzugang am Markt möglicherweise aufgrund einer entsprechenden Verpflichtung nach § 22 TKG, jedenfalls aber ohne eine Zugangsanordnung nach § 25 TKG angeboten (wobei sie selbst dieses Angebot nicht als Bitstrom-Angebot, sondern als ein „Wholesale-VDSL“-Angebot sui generis verstanden wissen will). Zudem hat sie das IP-BSA-Gate-Angebot (d.h. die Übergabe des IP-Bitstroms am distant PoP) ohne Zugangsverpflichtung etabliert. Allerdings bestehen bereits ernsthafte Zweifel daran, ob diese Angebote tatsächlich „freiwillig“ im Sinne des Gesetzes sind. Denn Angebote können nur dann als „freiwillige“ Angebote Abwägungsrelevanz gewinnen, wenn sie nachfragegerecht sind und insofern eine gleichwertige Alternative zu regulierten Produkten bieten. Gerade mit Blick auf die mit den genannten Produkten verbundene elektronische Bestellschnittstelle WITA (Wholesale IT-Architektur) und den davon ausgelösten Problemen,

vgl. die Verwaltungsvorgänge zum diesbezüglichen Missbrauchsverfahren BK 3b-09/074,

erscheint es jedoch mehr als fraglich, ob entsprechende Angebote an sich nachfragegerecht sind. Dies gilt insbesondere unter dem Aspekt, dass die Beschlusskammer im Rahmen der Überprüfungsverfahren nach § 23 TKG regelmäßig Anpassungen an den von der Betroffenen vorgelegten Entwürfen ihrer Standardangebote vornimmt, damit Zugangsnachfrager auf der Grundlage dieser Standardangebote einen chancengleichen, rechtzeitigen und billigen Zugang zu den Vorleistungen erhalten..

Auch sofern die Betroffene ein freiwilliges und im Markt akzeptiertes Resale-Produkt anbietet, ist dies alleine nicht ausreichend, um die legitimen Ziele, die mit der Auferlegung eines Layer-3-Bitstromzugangs verfolgt werden, in gleichem Umfang zu erreichen. Denn wie bereits unter 3.1.1.2.2 ausgeführt, eröffnet ein solches Resale-Angebot den Wettbewerbern weder die preislichen noch die qualitativen Differenzierungsmöglichkeiten, die ihm auf Grundlage von Bitstrom-Produkten zur Verfügung stehen.

Zudem gilt auch hier, dass dem Abwägungskriterium des freiwilligen Angebotes in Konstellationen wie der vorliegenden angesichts der Unsicherheiten, die ein rein freiwilliges Angebot für die Zugangsnachfrager zur Folge hätte, kein entscheidendes Gewicht zukommen kann, vgl. hierzu ebenfalls die Ausführungen unter 3.1.1.2.2.

3.1.2.3. Angemessenheit der Zugangsverpflichtung

Die Verpflichtung steht schließlich auch in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 TKG, namentlich der Förderung der Interessen der Endnutzer, der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste und der Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation.

3.1.2.3.1. Verfügbare Kapazität, § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG

Mit Blick auf die verfügbare Kapazität (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG) gelten die bereits zum Layer-2-Bitstromzugang unter 3.1.1.3.1 gemachten Erwägungen. Da nur ein Anbieter – entweder die Betroffene selbst oder der Bitstromzugangsnachfrager – die Endnutzerbeziehung innehaben kann, kann der Datenverkehr des Endnutzers nur einmal über die Infrastruktur fließen und Kapazität beanspruchen. Dabei verbleibt es auch hier zusätzlich bei den Erwägungen des Gesetzgebers, dass zur Effektivität der auferlegten Zugangsverpflichtung ein Kapazitätsausbau nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein soll,

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

sofern dem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht durch die Ausbaupflichtung keine wirtschaftlichen Nachteile entstehen und die eventuellen Kosten für die im Rahmen der Zugangsgewährung zum Bitstromzugang erforderlichen Kapazitätserweiterungen in der Entgeltregulierung Berücksichtigung finden können.

3.1.2.3.2. Anfangsinvestitionen des Eigentümers, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG

Zudem werden gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung sowie die damit verbundenen Investitionsrisiken berücksichtigt, vgl. hierzu 3.1.2.3.2. Zusätzlich ist hier zu beachten, dass der Umfang schützenswerter Anfangsinvestitionen noch erheblich geringer als bei einem Layer 2-Bitstromzugang, weil der Zugangsnachfrager auch Teile des IP-Netzes der Betroffenen nutzt und so das Auslastungsrisiko für dieses Netz weiter sinkt.

3.1.2.3.3. Langfristige Sicherung des Wettbewerbs, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG

Auch das Kriterium eines langfristig gesicherten Wettbewerbs spricht für die Verpflichtung, Layer-3-Bitstromzugang zu gewähren, weil die Wettbewerber mittels dieser Zugangsform eine nachhaltige Kundenbindung erreichen können. Der Zugang ermöglicht einen sukzessiven Aufbau alternativer Infrastruktur entsprechend dem Erfolg auf den Endkundenmärkten. Denn der Wettbewerber erhält damit die Möglichkeit, einen eigenen Kundenstamm auf überregionaler oder gar nationaler Ebene für seine Dienste aufzubauen und an sich zu binden, der ihm wiederum diejenige Basis dafür geben kann zu wagen, noch weiter in eigene Infrastruktur zu investieren mit der Folge eines sich selbst tragenden Wettbewerbs.

3.1.2.3.4. Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum, § 21 Abs. 1 Nr. 5 TKG

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

3.1.2.3.5. Europaweite Dienste, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TKG

Die Verpflichtung, Layer-3-Bitstromzugang zu gewähren, ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TKG), vgl. hierzu 3.1.1.3.5.

3.1.2.4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis stellt sich damit Zugangsverpflichtung zum Layer-3-Bitstromzugang auch angesichts der im Rahmen der Angemessenheit zu berücksichtigenden Regulierungsziele als angemessen und damit als insgesamt gerechtfertigt dar.

3.1.3. Art und Umfang der Zugangsverpflichtung

Die Betroffene ist damit insgesamt verpflichtet, auf der Basis der von ihr betriebenen breitbandigen Anschluss-, Konzentrator- und ggf. IP-Kernnetze anderen Unternehmen auf Nachfrage Bitstromzugang dadurch zu gewähren, dass sie im Rahmen eines einheitlichen Produktes dem nachfragenden Unternehmen breitbandige Anschlüsse überlässt und den zugehörigen Paketstrom auf Layer 2 an geeigneten Übergabepunkten der Konzentratornetze und auf Layer 3 an geeigneten Übergabepunkten der Kernnetze übergibt. Dabei umfasst die Zugangsverpflichtung neben der eigentlichen Verpflichtung zum Bitstromzugang auf Layer 2 und Layer 3 auch sämtliche zusätzliche Leistungen, welche die Inanspruchnahme des Zugangs erst ermöglichen oder hierzu zwingend erforderlich sind, wie z.B. Informationen über die technischen Leistungsparameter des Bitstromzugangs.

Von der Zugangsverpflichtung unabhängig ist die Frage einer – von der Betroffenen angekündigten – Leistungsumstellung von einer Realisierung auf Basis der Annex-B-Technologie hin zu einer Realisierung auf Basis der Annex-J-Technologie. In diesem Falle steht es ihr frei, angemessene Regelungen für eine entsprechende Änderungskündigung in das Standardangebot aufzunehmen und der Beschlusskammer zur Prüfung vorzulegen.

3.2. Kollokation, § 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG

Die in Ziffer 1.2 tenorierte Kollokationsverpflichtung erfolgt auf der Grundlage von § 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG. Danach *soll* die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, die Verpflichtung auferlegen, Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Leitungen, und Masten zu ermöglichen sowie den Nachfragern oder deren Beauftragte jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren.

Ungeachtet der „Soll-Verpflichtung“ sind aus den oben unter 3.1 dargelegten Erwägungen auch diesbezüglich die in § 21 Abs.1 TKG aufgeführten Kriterien im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen.

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

Zur Erreichung dieses Zweckes ist die beibehaltene Kollokations- und Zutrittsverpflichtung geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung des Kriterienkataloges des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG sowie der Empfehlungen BP 10 im Gemeinsamen Standpunkt zu den erprobten Regulierungspraktiken im Breitbandzugangsmarkt des GEREK BoR (12) 128 auch angemessen.

Um die auferlegte Verpflichtung zur Gewährung des Bitstromzugangs überhaupt in Anspruch nehmen zu können, ist es zwingend erforderlich, dass die Wettbewerbsunternehmen ihre übertragungstechnischen Einrichtungen zur Übernahme der Datenströme von und zu ihrem

Netz mit dem Konzentrator- und/oder dem Kernnetz der Betroffenen verbinden können, um auf diese Weise überhaupt erst Telekommunikationsverkehr von und zum Endkunden abwickeln zu können.

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

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

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

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

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

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

Anders als bei der Regulierungsverfügung BK3d-12/009 vom 30.08.2013 ist hier auch nicht ausnahmsweise die Verpflichtung aufzuerlegen, dass darüber hinaus auch „Customer Sited“-Kollokationen bereitzustellen sind. Die Beschlusskammer hat von einer entsprechenden Verpflichtung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten abgesehen, denn bereits die auferlegte Kollokationsverpflichtung ermöglicht interessierten Unternehmen den Zugang zu Bitstromleistungen.

3.3. Gleichbehandlungspflicht, § 19 TKG

Rechtliche Grundlage für die in Ziffern 1.3 und 1.4 tenorierte Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes sind §§ 9 Abs. 2, 13, 19 TKG.

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

3.3.1. Tatbestand

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 19 TKG liegen vor. Die Betroffene betreibt ein öffentliches Telekommunikationsnetz und verfügt auf den hier verfahrensgegenständlichen Märkten über beträchtliche Marktmacht, vgl. unter 2.

3.3.2. Bestehen eines Ermessensspielraums

Damit hat die Beschlusskammer sowohl über das Ob als auch das Wie eines Diskriminierungsverbot zu entscheiden. Dabei hat sie nach § 40 VwVfG ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

Zur Vorbereitung ihrer Ermessensausübung hat die Beschlusskammer sich daher in einem ersten Schritt über die Zielrichtung einer Gleichbehandlungspflicht nach § 19 TKG zu vergewissern und in einem zweiten Schritt die denkbaren Konzepte zu ermitteln, durch die eine Gleichwertigkeit des Zugangs im Sinne von § 19 TKG abgesichert werden können. Hierbei hat sie auch die verschiedenen Nichtdiskriminierungskonzepte in den Blick zu nehmen, die die EU-Kommission in ihrer Empfehlung vom 11.09. 2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen (Az. C (2913) 5761 final) entworfen und den nationalen Regulierungsbehörden zur Anwendung empfohlen hat.

Sodann hat die Beschlusskammer auf dieser Grundlage in ihrer konkreten Ermessensausübung zu entscheiden, ob und wenn ja, in welcher Form der Betroffenen ein Diskriminierungsverbot in verhältnismäßiger Form aufzuerlegen ist.

3.3.3. Zweck des Diskriminierungsverbotes

Zweck des Diskriminierungsverbots ist zum einen, dass der betreffende Betreiber anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Produkte oder die seiner Tochter- oder Partnerunternehmen, vgl. § 19 Abs. 2 TKG. Hierdurch wird den Zugangsnachfragern ermöglicht, Endkundenprodukte der Betroffenen technisch zu replizieren.

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 und anderen Unternehmen als auch zwischen Wettbewerbern, die auf Vorleistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht angewiesen sind und diese in Anspruch nehmen, sichergestellt werden,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 56.

3.3.4. Konzepte zur Sicherstellung eines gleichwertigen Zugangs entsprechend der Nichtdiskriminierungsempfehlung der EU-Kommission

Mit ihrer Nichtdiskriminierungsempfehlung beschreibt die EU-Kommission verschiedene Konzepte, die die Gewährung eines gleichwertigen Zugangs absichern können.

Als besonders weitreichende Möglichkeit sieht sie hierzu zunächst die Absicherung des Diskriminierungsverbots durch das Konzept der sogenannten Gleichwertigkeit des Inputs (Equivalence of Input = Eol) vor, (Nr. 7 f. Nichtdiskriminierungsempfehlung). Dieses Konzept bewirkt eine Gleichartigkeit des Zugangs, indem das marktmächtige Unternehmen verpflichtet wird, den Zugang seinen Wettbewerbern und sich selbst bzw. seinen verbundenen Unternehmen in gleicher Form anzubieten. Die Vorleistung samt der zugehörigen Dienste, Hilfsdienste und Informationen müssen internen wie externen Zugangsnachfragern unter Verwendung derselben Systeme und Prozesse sowie zu denselben Fristen mit gleicher Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit bereitgestellt werden, Nr. 6 lit. g Nichtdiskriminierungsempfehlung. Aufgrund der Zusatzkosten, die mit der Einführung eines solchen Eol-Konzeptes verbunden sind, wird es von der Kommission insbesondere für neuentwickelte NGA-Vorleistungen empfohlen, sofern es sich insgesamt als verhältnismäßig erwiesen hat,

so auch der Gemeinsame Standpunkt des GEREK zu den erprobten Regulierungspraktiken im Breitbandzugangsmarkt, BoR (12) 128, BP 13a.

Sollte ein EoI-Konzept nicht in verhältnismäßiger Weise auferlegt werden können, empfiehlt die Kommission stattdessen nach Nr. 9 Nichtdiskriminierungsempfehlung die Auferlegung von Gleichbehandlungspflichten nach den Maßstäben einer Gleichwertigkeit des Outputs (Equivalence of Output = EoO). Nach diesem Gleichwertigkeitsmaßstab werden den externen Zugangsinteressenten Vorleistungen bereitgestellt, die in Bezug auf Funktionsumfang und Preis (mindestens) jenen vergleichbar sind, die der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht seinen eigenen nachgeordneten Unternehmen intern – wenn auch möglicherweise mit unterschiedlichen Systemen und Prozessen – zur Verfügung stellt.

Die Umsetzung des jeweiligen Gleichwertigkeitsmaßstabes soll außerdem durch die Auferlegung von KPI überwacht (Nr. 19 ff. Nichtdiskriminierungsempfehlung) und durch die Vereinbarung von Dienstumfangvereinbarungen und -garantien (SLA und Service Level Guarantees) sanktioniert werden (Nr. 27 ff. Nichtdiskriminierungsempfehlung),

zu den Begrifflichkeiten vgl. jeweils Nr. 6 lit. j), s), t) der Nichtdiskriminierungsempfehlung.

Die Auferlegung von KPI soll dabei insbesondere die Transparenz der Leistungsbereitstellung erhöhen und so ermöglichen, etwaige Ungleichbehandlungen zu identifizieren. Die Leistungsindikatoren sollen sich daher nach Auffassung der Kommission auf die wichtigsten Tätigkeiten im Bereitstellungszyklus beziehen und daher seine unterschiedlichen Phasen vollständig umfassen. Insofern empfiehlt die Kommission die Einbeziehung des Bestellprozesses, der Bereitstellung und der Dienstqualität einschließlich der Mängel und des Entstörprozesses sowie Migrationsprozesse, innerhalb derer Zugangsinteressenten zwischen verschiedenen Vorleistungen wechseln können,

vgl. Erwägungsgrund 23 der Nichtdiskriminierungsempfehlung.

Daneben empfiehlt die Kommission schließlich, das marktmächtige Unternehmen zu verpflichten, die technische Replizierbarkeit seiner Endkundenangebote dergestalt abzusichern, dass interne und dritte Zugangsinteressenten – unbeschadet der geltenden Vorschriften über die Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen – mit entsprechend festgelegten Vorlaufzeiten Zugang zu denselben technischen und kommerziellen Informationen über die betreffenden regulierten Vorleistungen haben, Nr. 12 Nichtdiskriminierungsempfehlung.

3.3.5. Ermessensausübung hinsichtlich der Auferlegung eines Diskriminierungsverbots

In pflichtgemäßer Ausübung des ihr eingeräumten Entschließungsermessens hat die Beschlusskammer entschieden, der Betroffenen ein Diskriminierungsverbot auf der Grundlage eines EoO-Maßstabes aufzuerlegen. Dabei hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung nach Ziffer 3.3.4 ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

3.3.5.1. Eignung

3.3.5.1.1. Geeignetheit des EoO-Maßstabs zur Förderung eines diskriminierungsfreien Zugangs

Die Verpflichtung zur Gleichbehandlung von externen und internen Zugangsnachfragern entsprechend dem EoO-Maßstab ist ein geeignetes Mittel, um die Entwicklung eines chancengleichen Wettbewerbs im Telekommunikationssektor zu unterstützen. Denn für vertikal integrierte Unternehmen besteht der systemische Anreiz, für Wettbewerber, die für die Entwicklung und den Vertrieb ihrer konkurrierenden Anschlussprodukte und Dienste auf nachgelagerten Märkten auf die Vorleistungsprodukte des vertikal integrierten Unternehmens angewiesen sind, den Zugang zu anderen Konditionen zu gewähren, als es sich intern einräumt,

vgl. Erwägungsgrund 17 der Zugangsrichtlinie.

Dies gilt auch für die Betroffene, die als vertikal integriertes Unternehmen auf sämtlichen Wertschöpfungsstufen für die korrespondierenden Endkundenmärkte aktiv ist. Aufgrund dieser vertikalen Integration besteht die Gefahr, dass sie gegenüber anderen Unternehmen sich oder ihrem Tochterunternehmen intern günstigere Bedingungen auf den Märkten für Bitstromzugang gewährt.

Zudem bestünde bei einer Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung die Gefahr, dass sich auf den verfahrensgegenständlichen Märkten in Abhängigkeit von z.B. der Verhandlungsmacht der einzelnen Nachfrager, die ihrerseits von deren Größe und damit auch von Aspekten einer „strategischen Zusammenarbeit“ zwischen der Betroffenen und solchen Unternehmen abhängen kann, unterschiedliche Bedingungen ergeben könnten, zu denen ein Bitstromzugangprodukt von der Betroffenen bezogen werden könnte. Daraus würden sich für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslagen ergeben können. Es wäre nicht auszuschließen, dass es sowohl im Verhältnis der Betroffenen (bzw. ihres Vertriebsbereiches, Retailarm) zu alternativen Nachfragern als auch im Verhältnis der alternativen Nachfrager zueinander zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könnte. In diesem Sinne fokussierte zum Beispiel der im Verfahren BK 3b-13/046 vorgelegte Migrationsvertrag der Betroffenen zunächst nur auf die nationalen Anbieter, indem Kontingente nur bundesweit und nicht auch regional gebucht werden konnten. Eine regionale Variante wurde dagegen erst später vorgelegt (vgl. dazu das Verfahren BK 3b-14/005).

Die Pflicht zur Nichtdiskriminierung ist damit neben der Pflicht zur Zugangsgewährung eine zweite Quelle für die Pflicht zur Leistungserbringung nach definierten Qualitäten. Die Einhaltung dieser Qualitäten wird durch Vertragsstrafen und pauschalierten Schadensersatz sowie die Erhebung von Leistungskennwerten über die tatsächlich erbrachte Qualität der Leistungsbereitstellung abgesichert, insofern diese dazu dienen, die Gleichbehandlung des einzelnen Nachfragers gegenüber anderen Nachfragern und der Leistungsbereitstellung der Betroffenen für die selbst vertriebenen Endnutzerleistungen sicherzustellen.

Entgegen der Auffassung der Verbände und Zugangsnachfrager erfolgt eine ausdrückliche Auferlegung und Ausgestaltung dieser Verpflichtungen jedoch nicht in der Regulierungsverfügung, sondern in den Verträgen über die Leistungsbeziehung, ggf. darauf bezogenen Zugangsanordnungen nach § 25 TKG und im Standardangebot. Gemäß Ziffer 27. bis 28. der Empfehlung der Kommission C(2013) 5761 vom 11.09.2013 ist der Dienstumfang (SLA) sowie die Folgen des Verstoßes gegen die Garantie des Dienstumfangs (SLG) im bilateralen Verhältnis zu regeln,

so auch der Gemeinsame Standpunkt des GEREK zu den erprobten Regulierungspraktiken im Breitbandzugangsmarkt, BoR (12) 128, BP 25b.

Ein darüberhinausgehendes Bedürfnis, die Einhaltung der Leistungsindikatoren gegenüber den Zugangsnachfragern insgesamt abzusichern, ist nicht ersichtlich.

Indem die Pflicht zur Erbringung eines gleichwertigen Zugangs durch ein verpflichtendes Monitoring zentraler Leistungsindikatoren flankiert wird, ist zudem sicher gestellt, dass der Zugang auf objektiven Maßstäben beruht und die Art der Zugangsgewährung konkret vergleichbar ist. Ein solches Monitoring wird zudem von Nr. 25 der Nichtdiskriminierungsempfehlung sowie im Gemeinsamen Standpunkt zu den erprobten Regulierungspraktiken im Breitbandzugangsmarkt des GEREK,

vgl. den Gemeinsamen Standpunkt des GEREK zu den erprobten Regulierungspraktiken im Breitbandzugangsmarkt, BoR (12) 128, BP 22,27

als geeignetes Element des Nichtdiskriminierungskonzeptes empfohlen, um ggf. geeignete Maßnahmen ergreifen zu können, wenn die Ergebnisse der Leistungsindikatoren darauf hinweisen, dass der Betreiber seiner Nichtdiskriminierungsverpflichtung möglicherweise nicht vollumfänglich nachkommt.

Die Beschlusskammer hat daher die Betroffene entsprechend der Empfehlung der Kommission in der Nichtdiskriminierungsempfehlung dazu verpflichtet, zentrale Leistungsindikatoren zu veröffentlichen, die alle relevanten Aspekte des Bereitstellungsprozesses abdecken, insbesondere den Bestellprozess, die Bereitstellung und Dienstqualität einschließlich der Mängel und des Entstörprozesses sowie Migrationsprozesse, innerhalb derer Zugangsinteressenten zwischen verschiedenen Vorleistungen wechseln können.

Nach Ansicht der Beschlusskammer ist eine Erstreckung des KPI-Monitorings auf diese Parameter geeignet, um die die Einhaltung des Diskriminierungsverbots nachvollziehbar und kontrollierbar zu machen, sofern die hierzu entwickelten KPI ein sachgerechtes Bild der Leistungsbereitstellung nachbilden.

Bezogen auf den Bestellprozess für Neuschaltungen sowie für Produktwechsel sollen die KPI daher jedenfalls wiedergeben, innerhalb welcher Frist die Betroffene Bestellungen der Zugangsnachfrager bestätigt oder abgelehnt hat. Um Intransparenzen durch die Bildung von Mittelwerten zu vermeiden, sollte dabei auch die Erfassung und Darstellung in Clustern erwogen werden. Ebenfalls relevant für die Bestellung ist zudem die Darstellung, wie viele Bestellungen abgelehnt worden sind. Hierbei ist nach den Ablehnungsgründen zu untergliedern, um eine Zuordnung zu Verantwortungsbereichen zu ermöglichen.

Im Rahmen der Leistungsbereitstellung dieser Bestellungen ist nach Ansicht der Beschlusskammer jedenfalls die Anschaltdauer zwischen dem vereinbarten Liefertermin und der tatsächlichen Bereitstellung zu erfassen, sowie die Anzahl der Bereitstellungen zum verbindlichen Liefertermin, die Anzahl durchgeführter Courtesy Calls und – wie bereits beim Bestellprozess – die Anzahl der abgebrochenen Bereitstellungen aufgeschlüsselt nach den jeweiligen Abbruchgründen.

Entsprechend ist im Rahmen des Standardangebots für ein Monitoring der Fehlerbehebungszeiten jedenfalls die Zeit zwischen der Störungsmeldung und der tatsächlichen Entstörung zu erfassen, wobei endkundenbedingte Wartezeiten nicht mitzurechnen sind. Daneben hält die Beschlusskammer auch die Anzahl der Entstörungen zum vereinbarten Termin, die Anzahl durchgeführter Courtesy Calls, die Anzahl der vereinbarten und durchgeführten Kundentermine sowie die Anzahl der fehlgeschlagenen Entstörungen – aufgeschlüsselt nach den jeweiligen Gründen – für sachgerechte Leistungsindikatoren.

Soweit sich das der Betroffenen auferlegte KPI-Monitoring auf die Dienstqualität bezieht, sind entsprechend den im Standardangebot festgelegten Qualitätsparametern für Leistungsindikatoren zu entwickeln, die die Qualität des jeweiligen Bitstromprodukts sachgerecht abbilden. Sofern die Zugangsnachfrager teilweise in ihren Stellungnahmen gefordert haben, das KPI-Monitoring müsse zusätzlich die Produktgestaltungshoheit der Zugangsnachfrager abbilden, muss sich diese Forderung nach Auffassung der Beschlusskammer in dem Monitoring der Dienstqualität erschöpfen, denn die Produktgestaltungshoheit folgt in ihrem Umfang den im Standardangebot vereinbarten Qualitätsparametern für den Bitstromzugang.

Sofern darüber hinaus Leistungsindikatoren für die tenorierten Geschäftsprozesse erforderlich sein sollten, sind diese entsprechend dem oben ausgeführten Verfahren im Rahmen des Standardangebotverfahrens zu entwickeln. Dies gilt auch, soweit die Betroffene der Ansicht ist, dass im Rahmen des KPI-Monitorings darüber hinaus Mitwirkungspflichten der Zugangsnachfrager einzubeziehen seien. Auch hier steht es ihr grundsätzlich frei, für berechnigte und im Standardangebot verankerte Mitwirkungspflichten ein solches System im Rahmen des Standardangebotsverfahrens vorzulegen.

Demgegenüber hat die Beschlusskammer davon abgesehen, zusätzlich zu einem Monitoring der Geschäftsprozesse auch ein Monitoring der verfügbaren Technikerressourcen zu tenorieren. Ein solches Monitoring wäre nicht geeignet, die Gleichbehandlung der Zugangsnachfrager im Verhältnis zu der Betroffenen selber sowie der mit ihr verbundenen Unternehmen genauer zu kontrollieren, als die hier vorgegebenen Geschäftsfelder. Denn der Einsatz von Technikerressourcen führt nur dann zu einer Ungleichbehandlung, wenn die Betroffene systematisch den Anfragen der Zugangsnachfrager weniger Techniker zuordnen würde als den internen Anfragen. In diesem Falle würde aber bereits das Monitoring der hier vorgegebenen

Prozessschritte eine solche Ungleichbehandlung erkennbar machen, weil in diesem Falle interne Bestellungen schneller bearbeitet würden als externe. Dabei hat die Beschlusskammer auch berücksichtigt, dass die zur Verfügung stehenden Technikerressourcen maßgeblichen Einfluss auf die eigene Leistungsqualität im Endkundenverhältnis haben und das Angebot eigener Endkundenprodukte auch im Falle gleichmäßig knapper Technikerressourcen erschwert würde. In diesem Zusammenhang steht den Zugangsnachfragern aber bereits die Geltendmachung von Rechten aus entsprechenden SLAs und SLGs zur Verfügung.

Das Monitoring ist einschließlich der angestellten Berechnungsmethoden der Bundesnetzagentur sowie auf Nachfrage dem jeweils betroffenen Zugangsnachfrager detailliert offen zu legen, um so Rückschlüsse auf die Einhaltung der Verpflichtung nach Ziffer 1.3 zu ermöglichen. Um dabei nicht nur Differenzierungen zwischen den Zugangsnachfragern einerseits und der Betroffenen sowie den mit ihr verbundenen Unternehmen andererseits abzubilden, sondern auch Binnendifferenzierungen zwischen den Zugangsnachfragern untereinander erkennbar zu machen, hat die Beschlusskammer der Betroffenen in Ziffer 1.4 des Tenors aufgegeben, ihr monatlich eine Auswertung in aggregierter Form vorzulegen, die einerseits die Betroffene und die mit ihr verbundenen Unternehmen sowie andererseits die Zugangsnachfrager insgesamt ausweist. Daneben ist die Betroffene verpflichtet, der Beschlusskammer auf Anforderung eine unternehmensscharfe Auswertung vorzulegen.

Da die Gleichbehandlungspflicht im bilateralen Verhältnis zwischen der Betroffenen und dem Zugangsnachfrager geschuldet ist, ist der Betroffenen darüber hinaus auferlegt, den betroffenen Zugangsnachfragern auf Anforderung ebenfalls eine auf den aktuellen Monat bezogene Auswertung der individuellen KPI durch die der Zugangsnachfrager das Niveau der Leistungsbereitstellung anhand der vereinbarten KPI erkennen kann, sowie beurteilen kann, ob Anhaltspunkte für eine Diskriminierung gegenüber der Betroffenen und der mit ihr verbundenen Unternehmen oder gegenüber anderen Marktteilnehmern bestehen. Daher ist der unternehmensindividuellen Auswertung auch die aggregierte Auswertung für die Betroffene und die mit ihr verbundenen Unternehmen sowie die aggregierte Auswertung der weiteren Zugangsnachfrager gegenüber zu stellen.

Damit ist sowohl eine Kontrollmöglichkeit durch die Beschlusskammer als auch durch das jeweils betroffene Unternehmen eröffnet, so dass eine Verpflichtung einer allgemeinen Veröffentlichung des KPI-Monitorings – insbesondere vor dem Hintergrund der vorrangig bilateralen Relevanz – nicht erforderlich ist.

Diese Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots inklusive einer Monitoring-Verpflichtung in der dargestellten Form gewährleistet auch, dass die Endkundenangebote der Betroffenen für die Zugangsnachfrager technisch replizierbar sind,

in diesem Sinne vgl. den Gemeinsamen Standpunkt des GEREK zu den erprobten Regulierungspraktiken im Breitbandzugangsmarkt BoR (12) 128, BP 15.

Denn im Rahmen eines gleichwertigen Zugangs erhalten sie zum einen Vorleistungsprodukte, die die gleichen qualitativen Merkmale aufweisen, wie die Betroffene für ihre eigenen Endkundenprodukte verwendet und werden damit in die Lage versetzt, die Endkundenprodukte der Betroffenen technisch zu replizieren. Eines EoI-Konzeptes bedarf es hierfür entgegen der Auffassung einiger Zugangsnachfrager und Verbände somit nicht, vielmehr geht auch die Kommission in der Nichtdiskriminierungsempfehlung davon aus, dass die technische Replizierbarkeit nicht von der konkreten Form des Diskriminierungsverbots abhängt,

vgl. Erwägungsgrund 20 der Nichtdiskriminierungsempfehlung.

Nicht vorweggenommen werden kann damit allerdings auch die Antwort auf die Frage, ob und wenn ja, welchen Zeitraum die Betroffene zwischen der Ankündigung eines glasfasergestützten Endkundenproduktes und dessen tatsächlichem Angebot verstreichen lassen muss. Die EU-Kommission vertritt zwar die Auffassung, sechs Monate wären eine angemessene Frist, damit der etablierte Betreiber sein Bitstrom-Angebot zeitnah aktualisieren und konkurrierende Betreiber entsprechend reagieren könnten. In Anbetracht der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach (telekommunikationsrechtliche) Diskriminierungsverbote nicht per

se verlangen, dass innovativen Endkundenangeboten entsprechende Vorleistungsangebote vorhergehen müssen und im Einzelfall sogar ein Nachsetzen von Vorleistungsangeboten dem Diskriminierungsverbot hinreichend Rechnung tragen kann,

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

kann die von der Kommission in Nr. 12 Nichtdiskriminierungsempfehlung geforderte Verpflichtung jedenfalls nicht auf der vorliegenden, relativ abstrakten Ebene einer Regulierungsverfügung erfolgen. Vielmehr wird dies erst im jeweiligen Einzelfall möglich sein.

3.3.5.1.2. Keine bessere Eignung eines Eol-Konzeptes

An der Eignung des EoO-Konzeptes mangelt es – im Sinne eines Untermaßverbotes – auch nicht deshalb, weil mit dem Eol-Konzept eine geeignetere Maßnahme zur Verfügung stünde. Das Eol-Konzept ist schon deshalb nicht geeignet, weil es nicht in verhältnismäßiger Weise auferlegt werden kann. Entgegen einiger Stellungnahmen in der nationalen Konsultation geht die Kommission nicht von einer grundsätzlichen Vorzugswürdigkeit des Eol-Konzeptes aus, die Kommission hat in Nr. 7 Nichtdiskriminierungsempfehlung vielmehr deutlich gemacht, dass die Auferlegung einer solchen weiteren Verpflichtung insbesondere aufgrund der damit verbundenen Umstellungskosten als nicht verhältnismäßig angesehen werden kann. Dabei sollen insbesondere die folgenden Erwägungen berücksichtigt werden:

- Unterschiedliche Intensität der erforderlichen Umstellungskosten, abhängig davon, ob eine Umwandlung bestehender Systeme erforderlich ist oder der Aufbau neuer Systeme erfolgt,
- Möglichkeit, unter den in der Nichtdiskriminierungsempfehlung weiter vorgegebenen Voraussetzungen auf eine kostenorientierte Entgeltregulierung zu verzichten,
- Potenziell positiver Effekt, den die Anwendung des Eol-Ansatzes auf die Innovation und den Wettbewerb haben kann,
- Freiwillige Verpflichtungen seitens des Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht, für Zugangsinteressenten Vorleistungen auf Eol-Grundlage entsprechend den Vorgaben der Nichtdiskriminierungsempfehlung zu erbringen, und
- Anzahl und Größe der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht.

Unter Anlegung dieser Maßstäbe stehen nach Auffassung der Beschlusskammer die Vorteile eines Eol-Ansatzes zu den damit verbundenen Umstellungsaufwand in keinem angemessenen Verhältnis:

Bei der Betroffenen sind verschiedene netzbezogene Datenbanken vorhanden, so namentlich eine Datenbank über den Netzausbau (Megaplan), in der der Netzausbau hinterlegt ist, eine Datenbank über die Schaltungen und Daten der Kupferdoppeladern (Kontes-ORKA) sowie eine Datenbank zur Belegung und Daten der aktiven Ports (FlexProd). In der Datenbank Kontes-ORKA sind gleichzeitig auch die Daten der Endkunden der Betroffene hinterlegt.

Bei der Bereitstellung von Anschlüssen greift der Retailarm der Betroffene über die aufgebaute Retail-IT immer direkt auf Kontes-ORKA und FlexProd zu sowie in gewissen Fällen auch auf Megaplan. Dagegen greifen Wettbewerber vermittelt über die Wholesale-IT-Architektur (WITA) auf diese Systeme zu. Bei einem Eol müsste die Betroffene also die Datenbank Kontes-ORKA neu aufbauen, weil die Information über ihre Endkunden in einer getrennten Datenbank verwaltet werden müssten, und die Retail-IT dahingehend ändern, dass über WITA auf die Datenbanken zugegriffen wird.

Neben der Verwaltung des TAL-Bestandes muss für die Bereitstellung und Entstörung auf die Technikerressourcen zugegriffen werden. Der Zugriff der Wettbewerber erfolgt vermittelt über die WITA, dagegen erfolgt der Zugriff des Retailbereichs der Betroffenen über eine eigenständige IT-Schnittstelle. Die für den Zugang erforderlichen Prozesse sind lediglich teil-

identisch mit den für den Retailbereich erforderlichen Prozessen. Dies ist darin begründet, dass die Betroffene gebündelte Produkte anbietet, die einheitlich in ihrer Auftragschnittstelle abgebildet sind. So wird die Freischaltung bzw. Einrichtung der Dienste (Zugang zum öffentlichen Telefonnetz, Zugang zum Internet, IPTV etc.) einheitlich mit der Bereitstellung des Anschlusses prozessiert und ggfs. der Techniker sowohl für die Schaltung des Anschlusses als auch des Dienstes genutzt, während beim Zugang zur TAL der Techniker lediglich den Anschluss anschaltet. Die Planung der Bereitstellung kann z.B. die Bereitstellung eines Modems oder eine Installationservice für das Modem umfassen. Diese Bündelung spielt auch beim Betrieb, also insbesondere der Entstörung, eine Rolle. Denn bei der Störannahme kann der Netzbetreiber automatisiert prüfen, ob ein Dienst gestört ist. Weil der Dienst aber im Netz der Betroffene teilweise über die gleichen Netzelemente erfolgt, die für die Bereitstellung des Anschlusses erforderlich sind, müssten diese Systemmeldungen separiert werden und der Betroffenen über getrennte Schnittstellen zur Verfügung gestellt werden. Im Ergebnis müsste die Betroffene also ihre gesamte IT-Schnittstelle für den Retail dergestalt umbauen, dass eine prozesstechnische Trennung gebündelter Produkte erfolgt und alle TAL-bezogenen Prozesse, die auch im Rahmen der Zugangsgewährung anfallen, über die WITA prozessiert werden.

Die Abbildung einer entbündelten Leistungsbereitstellung für den Retailbereich wäre sehr komplex. So wird z.B. der Anschluss dem Wettbewerber beim Layer 2-Bitstrom ohne eingestellte Bandbreitenprofile bereitgestellt, während beim IP-Bitstrom sowie im Retail der Anschluss mit Bandbreitenprofilen bereitgestellt wird. Eine Entbündelung der Prozessierung müsste also eine gesonderte Beauftragung von Anschlussbereitstellung und Einstellung des Bandbreitenprofils vorsehen.

Ungeachtet der damit verbundenen Kosten würde eine so weitreichende Prozess- und Systemumstellung nach Ermittlungen der Beschlusskammer einen Zeitraum von jedenfalls deutlich mehr als einem Jahr in Anspruch nehmen und insbesondere IT-Ressourcen bei der Betroffenen für andere IT-Projekte bei anderen Vorleistungsprodukten abziehen.

Diesem Aufwand stehen jedoch nur geringe Vorteile für die Betroffene gegenüber. Insbesondere das Absehen von einer strengen Kostenorientierung der Zugangsentgelte bleibt bereits unter anderen Aspekten gerechtfertigt,

vgl. hierzu Regulierungsverfügung BK3b-09/069 vom 17.09.2010, S. 42 f. des amtlichen Umdrucks sowie vorliegende Regulierungsverfügung unter 3.6.

Auch ist die Beschlusskammer nicht davon überzeugt, dass die positiven Effekte eines vollständigen Eol-Ansatzes auf die Innovationen und den Wettbewerb die positiven Effekte des hier verfolgten EoO-Ansatzes in so starkem Umfang übersteigen, dass dies die Umstellungskosten des bestehenden Systems rechtfertigen könnte. Denn nach derzeitigem Erkenntnisstand bestehen keine Hinweise darauf, dass die Betroffene Zugangsnachfrager weder untereinander noch verglichen mit sich selbst oder den mit ihr verbundenen Unternehmen systematisch schlechter stellt, indem sie z.B. Kapazitätsengpässe ausschließlich zu Lasten von Zugangsnachfragern abbauen würde. Zudem hat sie angekündigt, bestimmte von ihr intern genutzte Prozesse wie das Terminbuchungstool auch Wettbewerbern zur Verfügung zu stellen. Durch die Umstellung der internen und externen Bestellsysteme auf ein einheitliches Produkt- und Serviceportfolio soll sich nach Angaben der Betroffenen noch während der Geltungsdauer dieser Regulierungsverfügung die Leistungsbereitstellung nur noch im Hinblick auf das genutzte Frontend unterscheiden. Damit verfolgt sie bereits auf freiwilliger Basis einen zwischen Eol und EoO vermittelnden Weg einer gleichwertigen Leistungsbereitstellung, die eine Verpflichtung zu einem umfassenden Eol-Konzept aktuell nicht erfordert.

Auch unter Berücksichtigung dieser laufenden Systemumstellung ist eine darüber hinausgehende Verpflichtung, im Rahmen der Umstellung die Systeme einheitlich auf die S/PRI-Schnittstelle zu migrieren und so ein vollständiges Eol-Konzept zu implementieren, nach Auffassung der Beschlusskammer unangemessen. Denn im Rahmen von § 19 Abs. 2 TKG ist nur möglich, die Betroffene dazu zu verpflichten, externen Nachfragern Vorleistungspro-

dukte zu denselben Bedingungen anzubieten, die sie sich selber ermöglicht. Die verbindliche Vorgabe einer bislang von der Betroffenen nicht genutzten Schnittstelle fällt jedoch nicht hierunter. Eine solche Verpflichtung würde sich zudem nicht nur in der – von der Betroffenen bereits angestoßenen – Umstellung der IT-Systeme erschöpfen, sondern würde auch bedeuten, dass die Betroffene ihre interne Leistungsbereitstellung nicht mehr gebündelt, sondern entbündelt bestellt und damit weitere und – nach Einschätzung der Beschlusskammer vor allem höhere – Kosten verursachen.

Insofern erscheint es auch unangemessen, entsprechend dem Vorschlag der Telefónica ein EoI-Konzept im Rahmen eines Gleitpfades aufzuerlegen, ohne die Effektivität der von der Betroffenen derzeit vorgenommenen Maßnahmen zur Sicherstellung eines gleichwertigen Zugangs abzuwarten und zu berücksichtigen.

Zudem hat insbesondere die Erfahrung bei der Umstellung von IT-Systemen in der Vergangenheit, wie zum Beispiel der Einführung der WITA-Bestellschnittstelle, deutlich gemacht, dass hierdurch ein erhebliches Friktionspotential begründet wird, das die Bereitstellung von Endkunden- und Vorleistungsprodukten erst einmal erheblich erschwert.

Dabei hat die Beschlusskammer ferner berücksichtigt, dass sowohl ein EoI-Ansatz als auch ein EoO-Ansatz die Wettbewerber in materieller Hinsicht insofern gleich stellen, als diese einen Zugang erhalten, der in allen relevanten Parametern den Vorleistungen entspricht, die die Betroffene selber für die Erstellung von Endkundenprodukten nutzt. In diesem Sinne unterscheidet sich der EoI-Ansatz gegenüber dem EoO-Ansatz allein durch die verfahrenstechnische Ausgestaltung, die die Möglichkeit bzw. Gefahr einer Differenzierung in stärkerem Umfang minimiert, als dies beim EoO-Ansatz der Fall ist. Dieses verfahrenstechnische Delta kann vorliegend bereits dadurch ausgeglichen werden, dass die Art der Zugangsgewährung sowie mögliche Differenzierungen durch veröffentlichte Leistungsindikatoren transparent gemacht werden und damit die Möglichkeit eröffnet ist, geeignete Abhilfemaßnahmen zu ergreifen. Nach Überzeugung der Beschlusskammer dürfte dem Interesse der Zugangsnachfrager daher in stärkerem Umfang gedient sein, wenn die Gleichwertigkeit des Zugangs in einem ersten Schritt über KPI nachvollziehbar wird, die alle relevanten Aspekte der Leistungsbereitstellung abbilden, und sie in einem zweiten Schritt die Möglichkeit erhalten, etwaige Verstöße gegen die Gleichwertigkeit über Vertragsstrafen zu sanktionieren. Die Beschlusskammer hat daher vorliegend die Betroffene zur Veröffentlichung von KPI verpflichtet, die ihr die Beurteilung ermöglichen, ob die Gleichwertigkeit des Zugangs weiterhin gewährleistet ist.

3.3.5.2. Erforderlichkeit

Um solche sowohl externen als auch internen Ungleichbehandlungen durch die Betroffene zu unterbinden, ist es auch erforderlich, ein umfassendes Diskriminierungsverbot aufzuerlegen, das sich auf sämtliche mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht und sicherstellt, dass Zugangsnachfrager die relevanten Systeme und Prozesse mit der gleichen Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit wie die nachgeordnete Endkundensparte der Betroffenen nutzen können. 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, ohne dass ein mildereres Mittel ersichtlich wäre.

Zwar werden durch die Zugangspflicht sowie durch die Kontrolle des Zugangsentgeltes gemäß § 30 TKG grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Märkten geschaffen, jedoch stehen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf der Vorleistungsebene auch eine ganze Reihe anderer Instrumente (außer dem Preis) zur Verfügung, um den Wettbewerb zu verzerren. Ist eine Entgeltgenehmigungspflicht der Preise für den Bitstromzugang festgelegt und steht der Preis daher dem marktmächtigen Unternehmen als wettbewerbsbeeinflussender Parameter nicht zur Verfügung, so kann es beispielsweise das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen ver-

wehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken. Das Unternehmen hat einen (ökonomischen) Anreiz zu den oben angeführten Praktiken. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich, die sich auf sämtliche mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

Auch eine Beschränkung der Gleichbehandlungsverpflichtung auf spezielle, konkret benannte Fallgestaltungen ist nicht angezeigt. Insbesondere ist nicht entscheidend, wie sich die Betroffene gerade auf dem Markt verhält oder wie sie sich in der Vergangenheit verhalten hat, sondern es ist von den Möglichkeiten auszugehen, die ihr offen stehen, um Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen oder Nachfrager zu übervertelen. Die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit der Märkte rechtfertigt den Erlass von abstrakten Verpflichtungen und ist gerade nicht auf eine nachträgliche Kontrolle beschränkt. Die Möglichkeit zur Diskriminierung ist zugleich vielgestaltig und betrifft sämtliche der technischen, betrieblichen und preislichen Leistungsbedingungen. Eine Beschränkung auf einzelne Verhaltensweisen würde Lücken für Diskriminierungen schaffen und damit Ausweichstrategien Vorschub leisten.

Schließlich ist nicht entscheidend, ob sich die Betroffene derzeit oder in der Vergangenheit auf dem Markt diskriminierungsfrei verhalten hat. Vielmehr ist aufgrund des unter 3.3.5.1.1 beschriebenen systemischen Anreizes vertikal integrierter Unternehmen zur Diskriminierung von Zugangsnachfragern auf die abstrakten Möglichkeiten abzustellen, die der Betroffenen offen stehen, um Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen, Mitbewerber vom Markt zu drängen oder Nachfragern zu übervertelen. Insofern ist das Diskriminierungsverbot umfassend auszugestalten und nicht auf einzelne Verhaltensweisen zu beschränken.

3.3.5.3. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Maßnahme ist schließlich 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.

In einem beschränkten Wettbewerbsmarkt wie dem vorliegenden verzerren unterschiedliche Vertragskonditionen für gleiche Leistungsinhalte die Ausgangsbedingungen für chancengleichen Wettbewerb. Entscheidend ist, dass bei Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung die Gefahr besteht, dass sich am verfahrensgegenständlichen Markt in Abhängigkeit von z.B. der Verhandlungsmacht der einzelnen Nachfrager unterschiedliche Leistungskonditionen entwickeln. In seiner Konsequenz würden sich damit für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslagen ergeben. Um dies zu verhindern, ist es daher erforderlich, dass die Betroffene das von ihr angebotene Leistungsmodell für die Erbringung von Bitstromzugängen allen Wettbewerbern gegenüber transparent und in gleicher Weise anbietet.

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).

3.4. Transparenzverpflichtung

3.4.1. Transparenzverpflichtung bzgl. Vertragsvorlage, § 20 TKG

Die in Ziffer 1.5 des Tenors beibehaltene Vertragsvorlageverpflichtung stützt sich auf § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. § 13 Abs. 1 und § 20 Abs. 3 TKG.

Gemäß § 20 Abs. 3 TKG kann die Bundesnetzagentur einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, insbesondere verpflichten, ihr Vereinbarungen über von ihm gewährte Zugangsleistungen ohne gesonderte Aufforderung in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen. Die Bundesnetzagentur veröffentlicht, wann und wo Nachfrager nach Zugangsleistungen eine öffentliche Vereinbarung einsehen können.

Diese mit der TKG-Novelle 2012 in das Gesetz eingeführte Vorschrift konkretisiert das in § 20 Abs. 1 TKG enthaltene allgemeine Transparenzgebot mit Blick auf die Vorlage von Zugangsvereinbarungen und ersetzt zugleich den bisherigen § 22 Abs. 3 TKG. Dieser enthielt eine gesetzesunmittelbare Verpflichtung zur Vorlage von Vereinbarungen über Zugangsvereinbarungen. Die Gemeinschaftsrechtskonformität der gesetzesunmittelbaren Wirkung war indes vom VG Köln in Frage gestellt worden. In Angleichung an die zwischenzeitlich auf Grundlage des § 20 Abs. 1 TKG etablierte Regulierungspraxis wurde deshalb der Bundesnetzagentur ein Entschließungsermessen im Rahmen der Auferlegung von Transparenzpflichten eingeräumt,

siehe Begründung zum Gesetzentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 97.

§ 20 Abs. 1 bis 3 TKG setzen insgesamt 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.

Mit der hier auferlegten Vorlageverpflichtung nach § 20 Abs. 3 TKG verfolgt die Beschlusskammer die vorgenannten 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. Die Vorlagepflicht an die Bundesnetzagentur und die daran anschließenden Einsichtnahmemöglichkeiten für Zugangsnachfrager sind auch geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um 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 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 Zu-

gangsrichtlinie kann die Betroffene allerdings Klauseln zu nicht regulierten Leistungen und Entgelten sowie Angaben zur Identität des jeweiligen Vertragspartners (einschließlich der Vereinbarungen etwa zu Ansprechpartnern oder zu konkreten Zugangsorten) schwärzen.

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

Die Veröffentlichung erfolgt schließlich in der Form, dass den Zugangsnachfragern Einsichtnahmemöglichkeiten in den Geschäftsräumen der Bundesnetzagentur gewährt werden. Derart ist zum einen sichergestellt, dass nur die in § 20 Abs. 1 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.

Der vorliegend beibehaltenen Verpflichtung steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Betroffene gemäß Ziffer 1.8 zur Veröffentlichung eines Standardangebots verpflichtet ist. Mit Blick auf die Rechtsprechung des VG Köln zur Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG,

vgl. VG Köln, Urteil 21 K 6422/09 vom 07.12.2011,

stellt die Beschlusskammer klar, dass die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots gemäß § 23 TKG nach der Intention der Beschlusskammer immer nur Musterbedingungen, nicht aber die im konkreten Einzelfall vereinbarten Bedingungen betraf und betrifft. Die Einsichtnahme in ein Standardangebot ermöglicht es Dritten deshalb nicht, im Einzelfall vereinbarte Abweichungen vom Standardangebot zu erkennen. Im Übrigen ist es nach der Vorschrift des § 23 Abs. 5 TKG gerade umgekehrt so, dass die Bundesnetzagentur den Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichten kann, eine Zugangsleistung, die bereits Gegenstand einer Zugangsvereinbarung nach § 22 TKG ist, als Standardangebot auch anderen Nachfragern diskriminierungsfrei anzubieten.

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 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.

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

3.4.2. Transparenzverpflichtung bzgl. allgemeiner Zugangsbedingungen

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gelangt, dass gesonderte Transparenzverpflichtungen nach § 20 TKG zu Musterbedingungen und zu den technischen Spezifikationen neben der mit dieser Entscheidung ge-

genüber der Betroffenen zugleich auferlegten Zugangsverpflichtung und der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes gemäß § 23 TKG nicht erforderlich sind.

Denn durch das zu veröffentlichende Standardangebot erhalten Nachfrager sämtliche für den Zugang erforderlichen Informationen. Dies folgt daraus, dass ein Standardangebot gemäß § 23 Abs. 3 S. 4 TKG inhaltlich so umfassend sein muss, dass es von den einzelnen Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden kann. Im Rahmen des Standardangebotes müssen daher alle Zugangsbedingungen veröffentlicht werden, die für den Zugang zum Teilnehmeranschluss wesentlich sind. Darüber hinaus sind derzeit 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.

Gleiches gilt für die – bereits im Rahmen der allgemeinen Zugangsverpflichtung geschuldeten – Informationen hinsichtlich der technischen Leistungsparameter. Die Betroffene schuldet eine Bereitstellung dieser Informationen bereits im Rahmen der allgemeinen Zugangsverpflichtung, vgl. 3.1.3.

Damit werden die Zugangsnachfrager grundsätzlich in die Lage versetzt, in gleicher Weise wie die Betroffene Endkundenprodukte zu entwickeln und zu vermarkten. Sofern die Betroffene nach Ansicht der Zugangsnachfrager diese Verpflichtung nicht in geeigneter Weise erfüllt, haben sie die Möglichkeit, im Rahmen einer Anordnung nach § 25 TKG hier zu einer expliziten Regelung zu gelangen. Für eine gesonderte Verpflichtung der Betroffenen, technische Leistungsparameter offen zu legen, fehlt daher das Erfordernis.

Dies gilt auch mit Blick auf die vom VATM vorgebrachten Transparenzverpflichtungen der Telekommunikationsunternehmen im Endkundenverhältnis und die Möglichkeiten auf eine chancengleiche Teilhabe an Förderverfahren:

Soweit im Rahmen der als Referentenentwurf vorliegenden Verordnung zur Förderung der Transparenz auf dem Telekommunikationsmarkt weitere Informationen zu Qualitätsmerkmalen der auf der Grundlage des Bitstromzugangs vermarktbareren Endkundenprodukte erforderlich sein werden, sieht diese Verordnung zudem ergänzend eine eigene, unmittelbar geltende Informationsverpflichtung u.a. der Betroffenen vor.

Mit Blick auf eine chancengleiche Teilhabe an Förderverfahren ist bereits der Zusammenhang zum Bitstromzugang fraglich. Denn eine solche Erweiterung bezüglich des Bitstromzugangs wäre bereits nicht geeignet, dieses von den Zugangsnachfragern vorgetragene Ziel zu erreichen. Förderprojekte zielen in der Sache auf einen bislang noch nicht erfolgten Ausbau passiver Infrastrukturen ab. Da Bitstromprodukte als aktive Vorleistungsprodukte diesen passiven Ausbau aber voraussetzen, ist nicht davon auszugehen, dass ein auf Bitstromprodukten basierendes Erschließungskonzept in der Lage sein dürfte, die Ausschreibungskriterien zu erfüllen.

Die zusätzliche Auferlegung einer Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG ist folglich nicht erforderlich und damit nicht verhältnismäßig im weiteren Sinne.

3.5. Standardangebot, § 23 TKG

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 1.8 des Tenors beibehaltene Verpflichtung der Betroffenen zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ist § 23 Abs. 1 TKG.

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

Unter Berücksichtigung des damit der Bundesnetzagentur eröffneten weiteren Ermessensspielraumes ist der Betroffenen 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 ein gewünschter Bitstromzugang durch Vertragsverhandlungen und nach deren möglichem Scheitern durch die Durchführung eines Anordnungsverfahrens nach § 25 TKG verzögert wird.

Die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 TKG sind in Bezug auf die auferlegten Zugangsverpflichtungen weiterhin erfüllt. Die Auferlegung einer Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebotes liegt nach Auffassung der Beschlusskammer im Allgemeinen dann nahe, wenn eine Vielzahl die Zugangsleistungen nachfragender bzw. hieran interessierter Marktteilnehmer vorhanden ist, wenn von einem hohen Streitpotenzial bei der Ausgestaltung des Zugangs auszugehen ist oder wenn den verfahrensgegenständlichen Zugangsleistungen eine besonders herausgehobene Bedeutung für die Entwicklung des oder der nachgelagerten Märkte zukommt. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Denn für die Zugangsleistungen, zu deren Gewährung die Betroffene verpflichtet bleibt, besteht eine vielfältige Nachfrage. Dies gilt entsprechend den Feststellungen der Präsidentenkammer bereits derzeit für den Layer-3-Bitstromzugang und steht für den Layer-2-Bitstromzugang aufgrund des inzwischen etablierten Vectoring-Regimes zu erwarten. Darüber hinaus sprechen auch das Streitpotenzial und die Bedeutung der Zugangsleistungen für die Entwicklung des nachgelagerten Endkundenmarktes für die Beibehaltung der im Verfahren BK3b-09/069 vom 17.09.2010 auferlegten Standardangebotsverpflichtung.

Insofern entspricht die Beschlusskammer auch dem Gemeinsamen Standpunkt zu den erprobten Regulierungspraktiken im Breitbandzugangsmarkt des GEREK,

vgl. der Gemeinsame Standpunkt des GEREK zu den erprobten Regulierungspraktiken im Breitbandzugangsmarkt, BoR (12) 128, BP 23.

Als Frist für die Vorlage eines angepassten Standardangebotes ist eine Frist von drei Monaten angemessen. Die Tenorierung einer Vorlagefrist entspricht dem nach § 23 Abs. 1 TKG regelmäßig vorgesehenen Vorgehen und hat seinen Grund darin, dass weder das mit Beschluss BK3b-10/112 vom 24.01.2012 zuletzt geprüfte Standardangebot für den Layer-3-Bitstromzugang noch das am 05.02.2015 im Verfahren BK3d-15/003 vorgelegte Standardangebot für den Layer-2-Bitstromzugang die im Rahmen der bestehenden Gleichbehandlungspflicht ausgeführten Maßnahmen zur Sicherstellung eines gleichwertigen Zugangs abbilden.

Demgegenüber ist eine Aktualisierung des im Verfahren BK3b-07/008 geprüften Standardangebots für den ATM-Bitstrom aus Verhältnismäßigkeitsgründen nicht mehr erforderlich, da es sich hierbei um ein auslaufendes Produkt handelt.

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

Im Interesse der öffentlichen Sicherheit und auch im Hinblick auf ihre eigenen Sicherheitsinteressen ist die Betroffene nicht dazu verpflichtet, auch die Standorte des Zugangs bzw. der Kollokation zu veröffentlichen. Die Zugangspunkte befinden sich an Netzknoten, die ein besonderes und bevorzugtes Ziel für schädigende Aktionen sein können. Eine Veröffentlichung dieser Orte würde eine dahingehende Gefahr erhöhen. Das berechtigte Informationsinteresse der Betreiber tritt hinter dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und den berechtigten Si-

cherheitsbelangen der Betroffenen demgegenüber zurück. Es kann den interessierten Betreibern zugemutet werden, dass sie die Standortinformationen erst auf Nachfrage von der Betroffenen erhalten.

3.6. Regulierung der Zugangsentgelte, § 30 Abs. 1 TKG

Die Entgelte für die gemäß Ziffer 1.1 des Tenors auferlegte Bitstrom-Layer-2-Zugangspflicht basierend auf Ethernet-Technologien werden gemäß § 31 TKG der Genehmigungspflicht nach Maßstab des § 28 TKG unterworfen. Im Übrigen bleiben die Entgelte für die gemäß Ziffer 1.1 und 1.2 des Tenors auferlegten Zugangspflichten der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterworfen. Insofern wird den Anträgen einer einheitlichen Genehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG nicht entsprochen.

Die vorgenannten Entscheidungen folgen aus einer pflichtgemäßen Ausübung des der Bundesnetzagentur in § 30 TKG Abs. 1 eingeräumten Ermessens. Danach unterliegen Entgelte für nach § 21 TKG auferlegten Zugangsleistungen von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur nach Maßgabe des § 31 TKG. Abweichend hiervon kann die Bundesnetzagentur die vorgenannten Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 oder nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

3.6.1. Tatbestand

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 TKG liegen vor. Es handelt sich bei der Betroffenen um eine Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, die über beträchtliche Marktmacht auf den verfahrensgegenständlichen Vorleistungsmärkten verfügt und der infolge dessen nach § 21 TKG Zugangsleistungen auferlegt werden.

3.6.2. Bestehen eines Ermessensspielraums

Sind – wie vorliegend – die tatbestandlichen Merkmale erfüllt, stehen der Bundesnetzagentur Ermessensspielräume in vollem Umfang zu. Sie hat dabei sowohl über das Ob als auch das Wie der Entgeltregulierung zu entscheiden,

vgl. – noch zur alten Fassung des § 30 TKG – BT-Drs. 15/1674, S. 31 f. und BT-Drs. 15/1679, 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), vom 29.10.2008 in der Sache 6 C 38.07 (Rz. 58f.) und vom 28.01.2009 in der Sache 6 C 39.07 (Rz. 38).

Zwar lässt sich aufgrund des Wortlauts auch des neugefassten § 30 Abs. 1 TKG durchaus die Auffassung vertreten, dass der Gesetzgeber die Entgeltgenehmigung als Regelfall und eine nachträgliche Regelung als Ausnahmefall verstanden wissen wollte. Hierauf lassen jedenfalls die Ausgestaltung des S. 1 als offenbar gebundener Entscheidung und die Worte „abweichend von Satz 1“ in § 30 Abs. 1 S. 2 TKG schließen.

Ein vorgezeichnetes Regel-Ausnahme-Verhältnis stünde indes nicht in Übereinklang mit dem Gemeinschaftsrecht. Mit der Norm des § 30 TKG wollte der Gesetzgeber Art. 13 Zugangs-RL umsetzen. Nach Abs. 1 S. 1 der letztgenannten Vorschrift kann die nationale Regulierungsbehörde einem Betreiber gemäß Art. 8 Zugangs-RL hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang Verpflichtungen betreffend die Kostenorientierung und Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise auferlegen, wenn eine Marktanalyse darauf hinweist, dass der betreffende Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte.

Der in Bezug genommene Art. 8 Zugangs-RL bestimmt in seinem Abs. 4, dass die auferlegten Verpflichtungen der Art des aufgetretenen Problems entsprechend 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 kann und es 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.

In Ansehung dieser gemeinschaftlichen Vorgaben und unter der Bedingung, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der nationalen Vorschrift – wie hier – gegeben sind, lässt sich für keine der möglichen Entscheidungsvarianten ein genereller Normvorrang entdecken. Vielmehr ist das in Richtlinie und Gesetz angelegte Entscheidungsprogramm innerhalb des Regulierungsermessens zu bewältigen,

vgl. die Urteile des BVerwG, a.a.O; ferner BR-Drs.129/11 S. 100.

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

3.6.3. Gesetzlich normierte Entgeltkontrollsysteme

Zur Vorbereitung ihrer Ermessensentscheidung hat die Bundesnetzagentur zunächst die verschiedenen gesetzlich normierten Entgeltkontrollsysteme in den Blick zu nehmen.

Der nationale Gesetzgeber hat, was die vorliegen Fallkonstellation betrifft, im TKG die nachfolgend dargestellten und zueinander im Stufenverhältnis stehenden Entgeltkontrollsysteme geregelt. Im Fall des Kontrollsystems „Genehmigung“ hat der Gesetzgeber zusätzliche Binnendifferenzierungen vorgenommen.

Die schärfste Form der Entgeltkontrolle ist in § 30 Abs. 1 S. 1 TKG normiert. Diese Vorschrift regelt die Unterwerfung von Zugangsentgelten unter eine Genehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG. Innerhalb des Genehmigungsrahmens selbst eröffnen sich der Bundesnetzagentur verschiedene – und auch verschieden weit in die Kostendeckung des Betreibers – eingreifende Vorgehensweisen.

§ 31 Abs. 1 S. 1 TKG bestimmt, dass die Bundesnetzagentur Entgelte nach § 30 Abs. 1 S. 1 entweder (Nr. 1) auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden KeL nach § 32 oder (Nr. 2) auf der Grundlage der von ihr vorgegebenen Maßgrößen für die durchschnittlichen Änderungsraten der Entgelte für einen Korb zusammengefasster Dienste nach Maßgabe des § 33 TKG genehmigt.

Erlegt die Bundesnetzagentur eine Genehmigungspflicht nach § 31 Abs. 1 S. 1 TKG auf, so ist eine Genehmigung gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 TKG ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 Abs. 1 S. 2 TKG nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach S. 2 oder 3 vorliegen. Nach S. 2 ist die Genehmigung zu versagen, soweit die Entgelte mit diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen.

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

Ergänzend hierzu dürfen die Entgelte gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 TKG die Summe der KeL und der Aufwendungen nach § 32 Abs. 2 TKG nicht überschreiten. Die KeL ergeben sich nach § 32 Abs. 1 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. Durch den Effizienzmaßstab wird eine Als-Ob-Betrachtung vorgegeben, die den Wettbewerbspreis simuliert,

BVerwG, Urteil 6 C 19.08 vom 24.06.2009, Rz. 18; Groebel, in: Berliner Kommentar zum TKG, 3.Auflage 2013, § 31 Rz. 10f.; vgl auch BVerwG, Urteil 6 C 34.08 vom 25.11.2009, Rz. 19, ebenso der Gemeinsame Standpunkt des GEREK zu den erprobten Regulierungspraktiken im Breitbandzugangsmarkt, BoR (12) 128, BP 35, 39.

Daneben erlaubt § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 der Bundesnetzagentur, die Entgelte auf der Grundlage einer anderen Vorgehensweise zu genehmigen, sofern diese Vorgehensweise besser als die in Abs. 1 genannten Vorgehensweisen geeignet ist, die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen.

In diesem Fall ist eine Genehmigung gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 TKG analog ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 Abs. 1 S. 2 TKG nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach S. 2 oder 3 vorliegen, insbesondere also die Entgelte mit diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen.

Die Genehmigung von Vorleistungsentgelten auf der Grundlage anderer Vorgehensweisen ist ausdrücklich als Auffangvorschrift konzipiert worden,

vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 104.

In den Anwendungsbereich der Norm fällt deshalb nicht nur die in der Gesetzesbegründung beispielhaft genannte Festlegung von Entgelten nach einem Gleitpfad, sondern auch ein Vorgehen etwa nach den Grundsätzen, welche die Kommission in ihrer Empfehlung vom 11.09.2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen (2013/466/EU), veröffentlicht im Abl. EU 2013 Nr. L 251, S. 13, entwickelt hat. Die vorgenannte Empfehlung ist auf die Rahmen-RL, insbesondere auf Art. 19 Abs. 1 derselben gestützt. Gemäß § 123a Abs. 3 S. 1 TKG trägt die Bundesnetzagentur bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben derartigen Empfehlungen weitestgehend Rechnung.

Daneben kann die Bundesnetzagentur schließlich eine Genehmigungspflicht nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG auch insofern auferlegen, dass sich der Prüfmaßstab auf § 28 TKG beschränkt. Aufgrund des allgemeinen Übermaßverbotes ist dabei aber keine bessere Eignung mit Blick auf die Regulierungsziele, sondern allenfalls eine gleiche Eignung zu fordern. Hierzu kommt auch eine historische Betrachtung der Norm, denn ausweislich der Gesetzesbegründung hatte der Gesetzgeber bei der anderen Vorgehensweise eine strengere als die Prüfung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Blick, ohne dass sich ergibt, dass er die allgemeinen Verhältnismäßigkeitsanforderungen hier insofern beschränken wollte, dass ein milderer Mittel nur dann auferlegt werden kann, wenn es zur Zielerreichung besser geeignet ist, als das strengere.

Abweichend von der Genehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 TKG Entgelte auch einer „nachträglichen“ Regulierung nach § 38 oder nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

Unterliegen Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG, sind sie der Bundesnetzagentur gemäß § 38 Abs. 1 TKG zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten vorzulegen. Wäre die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 28 TKG vereinbar, untersagt die Bundesnetzagentur innerhalb von zwei Wochen nach Anzeigenzugang die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung. 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 TKG genügen, die Bundesnetzagentur unverzüglich eine Überprüfung der Entgelte einleitet.

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 C16.07 (Rz. 58) und 6 C17.07 (Rz. 61), jeweils unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 28.06.2005, in der Sache KVR 17/14; BGHZ 163, 282, S. 295f. und Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage 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.

Werden die Entgelte schließlich gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 TKG dem (dritten) Kontrollsystem nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterworfen, entfällt eine Vorabprüfung der Entgelte. Die Bundesnetzagentur wird vielmehr nur tätig, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von marktmächtigen Unternehmen nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen.

Die telekommunikationsrechtliche Entgeltkontrolle besteht letzten Endes in einer Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG, die über das Kontrollsystem des § 30 Abs. 1 TKG je nach Fall eingebettet wird in die verfahrensrechtlichen und ggf. auch materiellrechtlichen Bestimmungen des § 31 TKG, des § 38 Abs. 1 bis 4 TKG oder des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG. Für die Ermessensausübung der Beschlusskammer bedeutet dies, dass sie zunächst eine Entscheidung darüber treffen kann, ob sie überhaupt eine Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG vornimmt. In einem weiteren Schritt ist dann über eine etwaige materielle Ergänzung der Entgeltmaßstäbe sowie über die formelle Ausgestaltung der Gesamtkontrolle zu entscheiden und das Verfahren aufzuerlegen, das den festgelegten Entgeltmaßstab auf geeignete, erforderliche und angemessene Weise zu erreichen vermag.

3.6.4. Anzustrebendes Preisniveau

3.6.4.1. Preisniveau unterhalb der Missbrauchskontrolle

Im vorliegenden Fall ist es jedenfalls ein Zweck der Entgeltkontrolle, sicherzustellen, dass die Betroffene die aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen einhält. Dieser Zweck folgt 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. Die Bundesnetzagentur stellt dabei nach § 30 Abs. 3 S. 1 TKG sicher, dass alle Entgelte die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern und für die Verbraucher nicht nur kurzfristig, sondern auch mittel- und langfristig möglichst vorteilhaft sind. Überwölbt werden diese Zielsetzungen, wie es sich auch aus den Verweisen in § 30 Abs. 1 S. 2 und § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG ergibt, von den Regulierungszielen und -grundsätzen des § 2 TKG,

vgl. auch die Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 101.

Die Regulierung hat danach u.a. die Nutzer-, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2 TKG), einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der

Telekommunikation, auch in der Fläche, zu fördern und einen unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu gewährleisten (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3 TKG), die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) sowie den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG). Bei der Verfolgung der vorgenannten Ziele wendet die Bundesnetzagentur objektive, transparente, nichtdiskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze an, indem sie u.a. gewährleistet, dass Betreiber von Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Telekommunikationsdiensten unter vergleichbaren Umständen nicht diskriminiert werden (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 TKG) und indem sie den Wettbewerb zum Nutzen der Verbraucher schützt und, soweit sachgerecht, den infrastrukturbasierten Wettbewerb fördert (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 TKG).

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

Diese Umstände können der Betroffenen indes Anreize zu wettbewerbsschädigendem Verhalten im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts liefern. Um ihre eigene Wettbewerbsposition einschließlich derjenigen konzernverbundener Unternehmen sowohl auf dem verfahrensgegenständlichen Markt als auch auf benachbarten Märkten zu stärken, könnte sich die Betroffene veranlasst sehen, durch preisliche Maßnahmen, die etwa Kosten-Kosten-Scheren oder Preis-Kosten-Scheren hervorrufen, aber auch durch Vorteilseinräumungen zugunsten konzernverbundener - etwa der Zweitmarke Congstar - oder sonstiger Unternehmen die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweils betroffenen Märkten zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die Nachfrager, die auf die Betroffene aufgrund ihres flächendeckenden Anschlussnetzes als Geschäftspartnerin angewiesen sind und mit ihr auf Resale- oder Endkundenmärkten konkurrieren, könnten diesen Einflüssen nicht ausweichen. Maßnahmen in der genannten Form würden damit insbesondere den Regulierungszielen des Nutzers- und Verbraucherschutzes (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2 TKG), des chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), und dem Ziel einer Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) widersprechen.

Ein 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.

3.6.4.2. Zusätzliche Preisobergrenzenkontrolle mit Blick auf den wettbewerbsanalogen Preis

Aus einer Betrachtung der verschiedenen Regulierungsziele ergibt sich zudem, dass die Beschlusskammer im vorliegenden Fall nicht nur sicherstellen soll, dass die von der Betroffenen vorgenommenen Preismaßnahmen den aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Anforderungen entsprechen (siehe dazu Ziffer 3.6.4.1), sondern zusätzlich auch, dass die die Zugangsentgelte eine wettbewerbsanaloge Höhe nicht überschreiten.

3.6.4.2.1. Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs, Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte und Gewährleistung unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation

Vorleistungsentgelte, deren Höhe dem Preisniveau entsprechen, dass sich aufgrund der Preismechanismen in einem wettbewerblichen Markt einstellen würden, stellen das Regulierungsziel eines chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 TKG besser und wirksamer sicher als Entgelte, die in ihrer Höhe bis zur Missbrauchsschwelle getrieben werden.

Wettbewerb im vorgenannten Sinne wird auf den vorliegenden Märkten für Bitstromzugangszugangsprodukte und auf den ihnen nachgelagerten Endkundenmärkten angestrebt, weil ein derartiger Wettbewerb in der Regel verschiedene als vorteilhaft angesehene Funktionen erfüllt. So können namentlich in jeweils akzeptabler Weise Freiheit gewährt, Marktmacht kontrolliert, Preise gesetzt, Einkommen verteilt, Ressourcen alloziert, Anpassungen ermöglicht und technischer Fortschritt induziert werden,

vgl. zu den Wettbewerbsfunktionen Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten: zum Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ im deutschen Wettbewerbsrecht, 2002, S. 44.

Die Entgeltregulierung wendet sich in diesem Zusammenhang dem marktlichen Preismechanismus zu. Dieser Mechanismus trägt wesentlich zur Erreichung der aufgeführten Wettbewerbsfunktionen bei. Gebildet im Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage, zeigen Preise u.a. Knappheitsverhältnisse an, lenken die Produktionsfaktoren in die jeweils rentabelste Verwendungsrichtung und stimmen die Pläne auf den verschiedenen Märkten ab,

vgl. Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. Aufl. 2003, S. 91ff.

In der Regel sollte der Staat den Preismechanismus auf einem Markt möglichst ungestört bzw. allenfalls begrenzt durch die Anforderungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts arbeiten lassen. Dies gilt grundsätzlich auch für Märkte, auf denen ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen. Auf solchen Märkten können relativ hohe Preise des oder der marktmächtigen Unternehmen zu Marktexpansionen und Marktzutritten Dritter und damit nicht nur zu Mengenausweitungen und Preissenkungen, sondern insgesamt auch zu vorteilhaften Marktstrukturänderungen führen. Voraussetzung dafür ist allein, dass bestehende Marktzutrittschranken innerhalb absehbarer Zeit überwunden werden können. Aktiviert durch den Preismechanismus, würden die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs die bei einem oder mehreren Unternehmen vorhandene Marktmacht untergraben. Mit Rücksicht hierauf – und auch auf praktische Probleme des Bestimmens unfairer Preise und deren fortlaufender Kontrolle – ist etwa das allgemeine Kartellrecht zurückhaltend, was die Kontrolle absoluter Entgelthöhen anbelangt,

vgl. zur dargestellten Argumentation Möschel, 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., Heise, Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften, Berlin 2008, S. 182, jeweils m.w.N. In diesem Sinne auch BR-Drs. 755/03, S. 91 („Zum Abschnitt 3“).

Die vorstehend skizzierte Funktionsweise von Preisen und damit die Ratio einer zurückhaltenden Preisobergrenzenkontrolle sind dagegen auf einem von einem deutlichen Marktversagen gekennzeichneten Markt – wie den verfahrensgegenständlichen Märkten, vgl. § 10 Abs. 2 S. 1 TKG i.V.m. der Festlegung der Präsidentenkammer – nicht anzutreffen. Aufgrund der infrastrukturbedingten hohen Zutrittschranken werden auch bei weit über dem Wettbewerbspreis liegenden Entgelten keine Markteintritte erfolgen, die innerhalb absehbarer Zeit die Marktmacht der Betroffenen erodieren lassen würden,

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. 135 (Wettbewerbsrecht EG) sowie Furse, a.a.O., S. 60.

Aus den vorgenannten Gründen kann der Preismechanismus auf den Bitstromzugangsmärkten seinen Allokations- und Planabstimmungsfunktionen nicht gerecht werden. Die Beeinträchtigung beschränkt sich freilich nicht allein auf diese Märkte. Betroffen sind vielmehr auch die nachgelagerten Endkundenmärkte, wenn die alternativen Anbieter von Breitbandanschlussprodukten die für den Auftritt im Endkundenbereich notwendigen Zugangs- und Kollokationsleistungen eben nicht zu wettbewerbskonformen Preisen einkaufen können.

Letzteres jedoch könnte einmal dazu führen, dass der für den Auftritt auf den Endkundenmärkten unabdingbare Zugang nach § 21 TKG verwässert würde und ggf. sogar unterlaufen werden könnte. Sinn der auferlegten Zugangsgewährungsverpflichtung ist es namentlich, ein wettbewerbliches und flächendeckendes Angebot breitbandiger Endkundenprodukte sowie Effizienzgewinne für die Nachfrager durch den Rückgriff auf eigene Infrastrukturen zu ermöglichen. Durch Vorleistungsentgelte, die den Wettbewerbspreis überschritten und einen Bitstromzugang insgesamt oder an bestimmten Zugangspunkten nicht mehr rentabel erscheinen ließen, könnten diese Ziele in Frage gestellt werden.

Darüber hinaus würden Vorleistungsentgelte, welche den Wettbewerbspreis überschritten, der Betroffenen ein wettbewerbsverzerrendes Quersubventionierungspotenzial erschließen. Auf den Bitstromzugangsmärkten erhobene Sonderrenten könnten von ihr als vertikal integrierten Unternehmen genutzt werden, um ihren Auftritt im Endkundenbereich insbesondere auf dem Markt für Anschlüsse zu unterstützen. Die Betroffene würde sich mithin einen von Mitwettbewerbern nicht erreichbaren Vorteil verschaffen. Zudem gingen den Nachfragern bei einem Einkauf zu Preisen, die den Wettbewerbspreis überschritten, Finanzmittel verloren, die ihnen ansonsten für das Agieren auf den Endkundenmärkten zur Verfügung stünden,

vgl. zur Marktmachtübertragung (auch auf nicht beherrschte Märkte) Möschel, a.a.O., 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.

Den aufgeführten Beeinträchtigungen der Wettbewerbsmöglichkeiten und – damit einhergehend – des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten kann allerdings regulatorisch entgegengewirkt werden. Mit der hoheitlichen Vorgabe von Preisobergrenzen, welche die ansonsten erwartbaren Wettbewerbsergebnisse nachbilden, lassen sich das Versagen des Preismechanismus kompensieren und Wettbewerbsverzerrungen verhindern.

Der Gesichtspunkt der Gewährleistung chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs streitet deshalb dafür, ein Entgeltniveau für die Zugangsentgelte anzustreben, dass keine den wettbewerbsanalogen Preis überschreitenden Bitstromzugangs- und Kollokationsentgelte zulässt.

3.6.4.2.2. Wahrung von Nutzer- und Verbraucherinteressen

Im Rahmen des Konsultationsentwurfs hat die Beschlusskammer ausgeführt, dass Vorleistungsentgelte, die nicht den wettbewerbsanalogen Preis überschreiten, die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 3 TKG genannten Interessen der unmittelbaren und mittelbaren Nachfrager, namentlich der Verbraucher, besser und wirksamer wahren als Entgelte, die in ihrer Höhe erst durch die Missbrauchsschwelle 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.

Hieran hält die Beschlusskammer im Grundsatz weiter fest. Die Höhe der Vorleistungsentgelte steht insofern in einem kausalen Zusammenhang zur Höhe der Endkundenpreise, als die Zugangsnachfrager erfahrungsgemäß Kostenersparnisse an die Endkunden weiterleiten, um ihren Marktanteil gegenüber der Betroffenen zu erhöhen sowie dem Wettbewerbsdruck durch TAL-basierte ADSL-Produkte und – insbesondere in verdichteten Regionen – die Angebote der Kabelnetzbetreiber zu begegnen.

Dieser Kausalzusammenhang besteht grundsätzlich auch in umgekehrter Richtung, denn die Unternehmen werden bemüht sein, Kostensteigerungen auf die Endkunden abzuwälzen. Dies wird ihnen aber nur soweit möglich sein, wie der Endkundenpreis nicht durch andere Faktoren restringiert wird.

Dies ist im mit dem Bitstromzugangsmarkt korrespondierenden Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse aufgrund des bestehenden Wettbewerbsdrucks der Kabelnetzbetreiber nur bedingt der Fall. Jedenfalls in verdichteten Gebieten üben Kabelnetzbetreiber einen signifikanten Preisdruck aus, der die Marge innerhalb der ein das wettbewerbsanaloge Niveau überschreitende Vorleistungsentgelt gefordert werden kann, deutlich einschränkt und Preiserhöhungen zulasten der Verbraucher unwahrscheinlich werden lässt. Es verbleibt allerdings bei dem gesondert zu schützenden Interesse der Endkunden an einer Begrenzung der Endkundenpreise auf die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung.

Die empirische Bestätigung dieser theoretischen Einsicht muss sich allerdings wegen bestimmter Besonderheiten der Endkundenmärkte auf gewisse Plausibilitätsüberlegungen beschränken. Der Endkundenmarkt ist, was die Preisgestaltung angeht, von letztlich undurchdringbarer Intransparenz gekennzeichnet. Es lassen sich eine Vielzahl von Einzel- und Bündelangeboten finden, die sich voneinander nicht nur aufgrund von im konkreten Einzelfall ausgehandelten Rabattierungen, sondern auch durch Zu- oder Abbuchungen bestimmter Leistungsmerkmale oder auch durch die Beigabe sonstiger Vergünstigungen unterscheiden. Da es weder praktisch möglich ist, eine Vergleichbarkeit der Tarifstrukturen herzustellen und ein (gewichtetes) Preisniveau für bestimmte Paketbestandteile zu bestimmen, noch es durchführbar erscheint, den Einfluss einzelner Kostenparameter auf die Preisgestaltung zu isolieren, lassen sich die Auswirkungen bestimmter Vorleistungspreissenkungen auf die Endkundenpreise nicht hart nachvollziehen.

Im Endergebnis hängt die Höhe der Endkundenentgelte im Festnetz plausibel von den Vorleistungsentgelten der Betroffenen ab. Es liegt deshalb im Interesse der Verbraucher, dass die Vorleistungsentgelte für Bitstromzugangs- und Kollokationsentgelte das wettbewerbsanaloge Niveau nicht überschreiten.

3.6.4.2.3. Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes

Wettbewerbsanaloge Entgelte fördern auch die Entwicklung des Binnenmarktes in der Europäischen Union im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG besser als Vorleistungsentgelte, die erst von der Missbrauchsschwelle begrenzt würden. Es ist mit Blick auf die in Art. 8 Rahmen-RL verankerten unionsweiten Regulierungsziele jedenfalls dem Binnenmarkt zuträglich, wenn die Entgelte für Bitstromprodukte anhand eines insbesondere dem Wettbewerbs- und Verbraucherschutzziel verpflichteten Kostenmaßstabs bestimmt werden,

so auch der Gemeinsame Standpunkt des GEREK zu den erprobten Regulierungspraktiken im Breitbandzugangsmarkt, BoR (12) 128, BP 35, 37, 39.

Insofern gilt das unter 3.6.4.2.1 Ausgeführte entsprechend, denn auch hier geht es um die Förderung eines chancengleichen Wettbewerbs. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die dort bezüglich des Entgeltniveaus dargestellten Argumente nicht auch auf die europäischen Wettbewerber gelten würden, so dass auch mit Blick auf die Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes ein wettbewerbsanaloges Entgeltniveau anzustreben ist.

3.6.4.2.4. Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen

Wettbewerbsanaloge Entgelte fördern auch das in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG enthaltene Regulierungsziel des Ausbaus hochleistungsfähiger öffentlicher Telekommunikationsnetze der nächsten Generation, indem sie Raum für die hierzu notwendigen Infrastrukturinvestitionen schafft und sowohl die Betroffene als auch die Wettbewerber in die Lage versetzt, ihrerseits in die Auf- und Ausrüstung von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen zu investieren.

Der Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen dienen Entgelte, die zum einen gewährleisten, dass sowohl der Betroffenen als auch den Zugangsnachfragern Mittel für die entsprechenden Infrastrukturinvestitionen zur Verfügung stehen und zum anderen Anreize zu einer entsprechenden Investition nicht unterbinden sondern im Idealfall sogar fördern. In diesem Sinne läuft das Regulierungsziel des beschleunigten Ausbaus in Infrastrukturen ebenfalls parallel zu den Erwägungen hinsichtlich des Regulierungsziels aus § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Denn die Förderung eines nachhaltigen infrastruktur-basierten Wettbewerbs fördert zugleich die Investitionen in die Infrastrukturen, auf deren Basis der gesetzlich angestrebte Wettbewerb realisiert werden soll.

Zukünftige Entgelte, die den wettbewerbsanalogen Preis übersteigen, könnten zwar dazu führen, dass die Betroffene einseitig in größerem Umfang in den Ausbau hochleistungsfähiger Telekommunikationsnetze investieren könnte. Eine solche Investition ist dabei jedoch keineswegs gesichert. Denn die Betroffene wird hohe Anreize haben, zusätzliche Mittel vorrangig dort einzusetzen, wo sie sich einer größeren Konkurrenz durch bereits bestehende alternative NGA-Ausbauten ausgesetzt sieht. Dies könnte darin begründet sein, dass sie sich in diesen Gebieten einer größeren Wertschöpfung aus der Investitionsleiter und insbesondere eine größere Wirkung auf die Anzahl der vermarktbar Anschlüsse erhofft.

In beiden Fällen würden Entgelte, die den wettbewerbsanalogen Preis übersteigen, im Umkehrschluss aber dazu führen, dass den Zugangsnachfragern Investitionsspielräume genommen würden und damit Investitionsentscheidungen für eine Aufrüstung der eigenen Netze zur Realisierung einer höheren eigenen Wertschöpfung sowie Wettbewerbsvorteile durch das Angebot eines Dienstes mit selbstbestimmten Merkmalen unterlassen oder verschoben würden. Eine solche Entwicklung hätte ihrerseits Auswirkungen auf den Netzausbau der Betroffenen, denn die Auslastung der hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetze auch durch Vorleistungsnehmer wirkt sich entscheidend auf die Rentabilität von Netzen der nächsten Generation aus,

vgl. Bericht des NGA-Forums vom 08.11.2011, S. 12.

Dies gilt in besonderem Umfang in Zeiten, in denen die Endkundennachfrage nach sehr hochleistungsfähigen und damit auch höherpreisigen Endkundenprodukten – noch - begrenzt ist,

vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur, 2012/2013, S. 67 f..

In diesem Sinne kann der Ausbau von hochleistungsfähigen Netzen auch durch das wettbewerbsanaloge Niveau unterschreitende Entgelte gefördert werden, um entweder eine erstmalige Endkundennachfrage zu generieren oder aber auch um Anreize für Kontingentmodelle und somit eine Aufteilung von Investitionsrisiken zu setzen. Kontingentmodelle dienen der Verteilung von Investitionsrisiken beim Aufbau einer festnetzbasierter NGA-Infrastruktur. Dabei einigen sich das ausbauende Unternehmen und der Kontingentpartner darauf, dass letzterer innerhalb eines bestimmten Zeitraums ein konkret vereinbartes Kontingent von Anschlüssen abnimmt. Diese Abnahmeverpflichtung greift unabhängig davon, ob der Kontingentpartner diese Anschlüsse auch tatsächlich vermarkten kann. Er trägt somit seinerseits einen Teil des Risikos, dass die neu errichtete Infrastruktur des ausbauenden Unternehmens nicht bzw. nicht in dem erwarteten Umfang und der erwarteten Zeit ausgelastet ist. Im Gegenzug hierzu muss der Kontingentpartner nur ein reduziertes Vorleistungsentgelt zahlen, das sich in eine Pauschale für alle Anschlüsse, die zu Beginn der Vertragslaufzeit fällig wird

(sog. Upfrontzahlung), und in ein Überlassungsentgelt je Anschluss unterteilt, das fällig wird, sobald und solange ein Anschluss im Rahmen des Kontingents gebucht wird.

Für das ausbauende Unternehmen wird durch das Kontingentmodell der eigene Investbedarf und das Auslastungsrisiko der neuen Infrastruktur gesenkt. Der Kontingentpartner kann seinerseits von dem Kontingentmodell profitieren, wenn er das Kontingent jedenfalls soweit auslastet, dass er im Schnitt höchstens das nichtkontingentierte Entgelt zahlen muss. Dabei bestehen Anreize, hohe Kontingentmengen zu vereinbaren, um auf beiden Seiten die positiven Effekte möglichst weit auszuschöpfen. Denn für das ausbauende Unternehmen wirken sich hohe Kontingente in stärkerem Umfang auf die verbleibenden Investitionsrisiken und die Eigeninvestition aus, während für den Kontingentpartner hohe Kontingente höhere Rabatte rechtfertigen.

Diese – auch von der Nichtdiskriminierungsempfehlung der Kommission als sinnvoll angeführten Preissetzungsspielräume hin zu niedrigeren Entgelten,

vgl. Erwägungsgründe 49 und 62 der Nichtdiskriminierungsempfehlung,

bleiben aber von einer Preisobergrenzenkontrolle unberührt und weiterhin eröffnet.

3.6.4.2.5. Zwischenergebnis

Im Ergebnis sprechen somit alle Regulierungsziele dafür, die von der Betroffenen geforderten Entgelte auch auf die Höhe des wettbewerbsanalogen Preises zu treiben, so dass eine Binnendifferenzierung zwischen den einzelnen Zielen hier nicht notwendig ist.

3.6.5. Ermessensausübung hinsichtlich der Mittel zur Sicherstellung des angestrebten Preisniveaus

Wie dargestellt stehen der Bundesnetzagentur zur Verfolgung dieses legitimen Preisniveaus sowohl verschiedene Mittel hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs sowie der formellen Ausgestaltung des Prüfverfahrens zur Verfügung.

3.6.5.1. Prüfungsmaßstab

Zunächst ist über den anzulegenden Prüfungsmaßstab zu entscheiden. Dabei stehen ihr zum einen die im TKG explizit genannten Maßstäbe zur Verfügung, namentlich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG), Price-Cap-Verfahren (§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG), sowie den reinen Missbrauchsmaßstab nach § 28 TKG zur Verfügung. Daneben kann sie einen Retail-Minus-Ansatz (§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG) oder eine andere Vorgehensweise zur Überprüfung der Entgelte wählen, wenn diese besser geeignet ist, die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen.

Mit Blick auf die Entgelte für den ethernetbasierten Layer-2-Bitstromzugang ist die Beschlusskammer im Konsultationsverfahren davon ausgegangen, dass das anzustrebende Preisniveau allein durch eine Prüfung nach Maßgabe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sichergestellt werden kann, während für die weiteren Entgelte eine Prüfung nach Maßgabe der Missbrauchsstäbe für ausreichend erachtet wurde.

Hieran hält die Beschlusskammer im Lichte der Stellungnahmen nicht mehr fest. Vielmehr ist ihrer Überzeugung nach im konkreten Fall eine Prüfung nach Maßgabe der Missbrauchsmaßstäbe des § 28 TKG sowohl für die Entgelte für einen ethernetbasierten Layer-2-Bitstromzugang als auch für die weiteren Entgelte in gleicher Weise geeignet, sicherzustellen, dass die Entgelte auf einem wettbewerbsanalogem Maß gehalten werden können und insofern das strengere Mittel der Kostenorientierung nicht erforderlich und damit auch nicht verhältnismäßig ist.

In Ausübung des ihr zugewiesenen Ermessens hat die Beschlusskammer daher beschlossen, dass für die Vorleistungsentgelte für die in Ziffer 1.1 und 1.2 des Tenors auferlegten Zugangsleistungen der Missbrauchsmaßstab in gleicher Weise wie ein strengerer Maßstab geeignet ist, das durch das regulatorische Zielbündel vorgegebene Entgeltniveau eines wettbewerbsanalogen Preises abzusichern.

3.6.5.1.1. Eignung

Nach Auffassung der Beschlusskammer steht für die Entgelte für den Bitstromzugang mit einer an einer Missbrauchskontrolle orientierten Genehmigungspflicht ein milderes Mittel zur Verfügung, das den Preissetzungsspielraum der Betroffenen gleich wirksam auf den Bereich beschränkt, der ihr unter wettbewerblichen Verhältnissen zur Verfügung stehen würde.

Was mögliche Verstöße gegen § 28 TKG anlangt, so ist es gerade Sinn und Zweck von § 38 TKG, hiergegen eine Handhabe zu bieten. Überschreitungen des wettbewerbsanalogen Preises werden dagegen nach Einschätzung der Beschlusskammer dadurch vermieden, dass sich die Betroffene bereits im Rahmen des § 38 i.V.m. § 28 TKG einer strikten Kosten-Kosten- und Preis-Kosten-Scheren-Prüfung gegenüber sehen wird.

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

In diesem Sinne war bereits in der vergangenen Regulierungsverfügung BK3b-09/069 vom 17.09.2010 für die Entgelte sowohl für Layer-3- als auch Layer-2-Bitstromzugangprodukte eine Entgeltkontrolle nach dem Maßstab des § 28 TKG auferlegt worden, da gerade bei den Bitstromentgelten nicht die Effizienzprüfung nach § 31 TKG als solche, sondern vielmehr die Scherenprüfung nach § 28 TKG die eigentliche regulatorische Herausforderung darstellt. Dementsprechend konzentriert sich die Entgeltprüfung auf die Einpassung der entsprechenden Entgelte in das von der Telekom im TAL-, Resale- und Endkundenbereich verwendete Entgelttableau. Gleichwohl allerdings bleibt die Beschlusskammer auch verpflichtet, einen etwaigen Verstoß gegen die sonstigen Regeltatbestände des § 28 TKG im Blick zu behalten und wirksam zu unterbinden.

Aufgrund der Erfahrungen aus dem Layer-3-Entgeltverfahren geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass, da die zum Abgleich herangezogenen Referenzpreise von TAL-, Resale- und Endkundenprodukten einem kostenorientierten Niveau entsprechen, auch die derart abgeleiteten Bitstromentgelte das Niveau eines wettbewerbsanalogen Preises nicht bzw. nicht wesentlich überschreiten, sondern Entgelte auf das angestrebte Niveau des wettbewerbsanalogen Preises restringiert sind. Denn durch den gewählten Kostenmaßstab müssen die Entgelte sowohl in einem angemessenen Abstand zu den Endkundenentgelten als auch – im Sinne des Investitionsleiterkonzeptes – zu den wertschöpfungsintensiveren Vorleistungsprodukten stehen.

Dies gilt grundsätzlich auch weiterhin für die Entgelte für den ethernetbasierten Layer-2-Bitstromzugang.

Zunächst ist aufgrund der Feststellungen der Marktanalyse und Marktdefinition davon auszugehen, dass auch für den Zeitraum der nächsten drei Jahre kupferbasierte Endkunden-

produkte aufgrund der homogenen Wettbewerbsbedingungen miteinander austauschbar sind,

vgl. S. 47 f. der Festlegung der Präsidentenkammer.

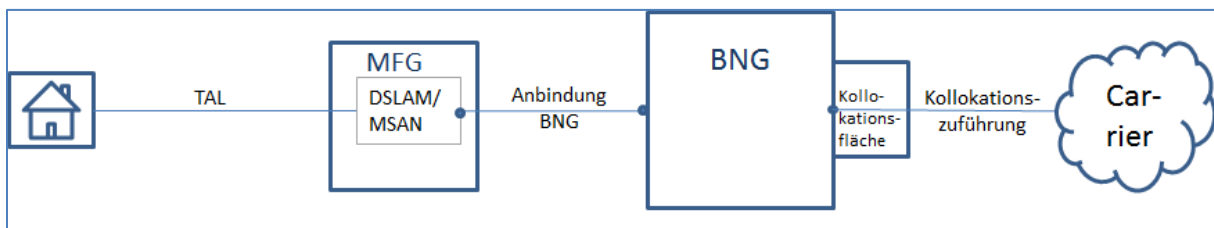
Insofern würde eine signifikante Preiserhöhung der hochbitratigen Endkundenprodukte für den hier relevanten Zeitraum dazu führen, dass die Endkunden ein Ausweichen auf ADSL-Produkte erwägen würden. Dementsprechend haben Ende 2014 noch rund 79% der Endkunden Produkte mit Geschwindigkeiten von weniger als 30 Mbit/s nachgefragt, davon rund 43% sogar weniger als 10 Mbit/s,

vgl. den Jahresbericht der Bundesnetzagentur 2014, S. 74.

Deshalb geht die Beschlusskammer davon aus, dass kupferbasierte Endkundenprodukte sowohl für ADSL- als auch für VDSL-Produkte für den hier relevanten Zeitraum jedenfalls in ähnlicher Weise wie die Angebote der Kabelnetzbetreiber wettbewerblichen Druck auf den Breitbandmarkt und die dort erzielbaren Endkundenerlöse ausüben.

Daneben wirkt die Kupfer-TAL auch insofern restringierend auf die Entgelte des Layer-2-Bitstromzugangs ein, als die – entsprechend den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung genehmigten – Entgelte für die Kupfer-TAL sowohl am HVt als auch am KVz im Rahmen der Preis-Kosten und Kosten-Kostenprüfung den Preissetzungsspielraum der Betroffenen hinreichend begrenzt.

Die Beschlusskammer hat hierzu die von der Betroffenen im Rahmen des Konsultationsverfahrens vorgelegte Entgeltstruktur für den Layer-2-Bitstromzugang zugrunde gelegt. Danach untergliedert sich das Überlassungsentgelt in insgesamt neun Kostenbestandteile und deckt Kosten für die Endkundenanbindung, für den DSLAM/MSAN und dessen Anbindung an den BNG, die Kosten für den BNG selber sowie Kosten für den Transport des Datenverkehrs ab. Hinzu kommen Kosten für die Kollokation zur Übernahme des Verkehrs.



Vor dem Hintergrund dieser Entgeltstruktur erachtet die Beschlusskammer es für ausreichend, die Betroffene einer strengen Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scherenprüfung gemäß § 28 TKG zu unterwerfen, da ein Großteil der Kostenbestandteile auf der einen Seite durch kostenorientierte Entgelte restringiert werden, namentlich die Kosten für die TAL, die MFG-Mitnutzung, die physische Anbindung des MSAN an den BNG, die Kollokationszuführung sowie die Kollokationsfläche. Hinzukommt, dass der Preissetzungsspielraum der Betroffenen für die Endkundenentgelte einerseits durch den Preisdruck für hochbitratige Produkte durch die Kabelnetzbetreiber und andererseits durch die Endkundenpreise für TAL-basierte ADSL-Produkte restringiert wird. Dies führt dazu, dass die Betroffene ihre eigenen Endkundenpreise nicht beliebig hochsetzen kann, um so bei Zugrundelegung einer im Rahmen der Preiskostenscheren-Prüfung anzusetzenden Marge die Vorleistungspreise zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Entsprechend reduziert ist das von den Wettbewerbern im Rahmen der Konsultation vorgetragene Risiko, dass die Betroffene Entgelte verlangen könnte, die oberhalb eines wettbewerbsanalogen Preises, aber unterhalb der Missbrauchsschwelle liegen.

Da die Betroffene vor diesem Hintergrund bereits einer strengen Preis-Kosten-Scheren-Kontrolle unterliegt, ist die Entgeltkontrolle entsprechend den Maßstäben des § 28 TKG nach Auffassung der Beschlusskammer in gleicher Weise wie eine Kostenorientierung geeignet, wettbewerbsschädigende Preismechanismen zu unterbinden.

Die Auferlegung eines Prüfungsmaßstabes nach Maßgabe des § 28 TKG stellt sich damit insgesamt als zur Zweckerreichung geeignete Maßnahme dar.

3.6.5.1.2. Erforderlichkeit

Sie ist auch erforderlich, denn das Gesetz gibt der Beschlusskammer keinen milderen Prüfungsmaßstab gleicher Eignung an die Hand.

3.6.5.1.3. Angemessenheit

Die Auferlegung eines Prüfungsmaßstabes nach Maßgabe des § 28 TKG ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen dieser Regulierung auf andere Rechtsgüter zu entdecken, die in der Abwägung eine solche Regulierung unzulässig erscheinen ließen, vgl. hierzu die Ausführungen unter 3.6.4.2.

In diesem Sinne erkennt auch die Kommission nach Nr. 58 der Nichtdiskriminierungsempfehlung an, dass es auch ohne die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung entsprechend dem EoI-Konzept weitere Umstände geben kann, unter denen die Auferlegung von im Sinne der Empfehlung kostenorientierter Vorleistungsentgelte für den NGA-Zugang vor dem Hintergrund des Rechtsrahmens als nicht gerechtfertigt erscheint.

Dies ist vorliegend der Fall, denn die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle ist – auch unter Berücksichtigung der im Konsultationsverfahren eingebrachten, aber nicht weiter begründeten Anträge auf eine kostenorientierte Genehmigungsverpflichtung für die Leistungen des Bitstromzugangs insgesamt – geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne, um sowohl die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen als auch zu gewährleisten, dass die Zugangsentgelte den wettbewerbsanalogen Preis nicht oder allenfalls geringfügig überschreiten.

In diesem Sinne ist insbesondere zu berücksichtigen, dass durch das Vorgehen bereits nicht nachhaltig von dem Grundsatz der Kostenorientierung abgewichen wird, da die Entgelte für den Layer-2-Bitstromzugang im Rahmen einer Preisobergrenzenkontrolle weiterhin auf das Niveau des wettbewerbsanalogen Entgeltes begrenzt bleiben. Denn insbesondere durch den Wettbewerbsdruck auf dem Endkundenmarkt – vor allem, aber nicht nur durch die sehr hochbitratigen, preisgünstigen Endkundenprodukte der Kabelnetzbetreiber in den Ballungsgebieten – kann die Telekom ihre Endkundenpreise nicht beliebig nach oben treiben. Hierdurch werden die Entgelte für den Layer-2-Bitstromzugang bereits durch eine strenge Margenprüfung auf das Niveau beschränkt, das die Telekom unter wettbewerbsrechtlichen Bedingungen von ihren Wettbewerbern verlangen dürfte.

Damit belässt das gewählte alternative Vorgehen zu einer strengen Kostenorientierung nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Rahmen der Kosten-Kosten- und der Dumping-Prüfung vorrangig die Möglichkeit, nach unten bestehende Preissetzungsspielräume zu nutzen. Damit wird insbesondere den Erwägungsgründen 49 und 62 der Nichtdiskriminierungsempfehlung Rechnung getragen und der Betroffenen ein gewisser Spielraum im Hinblick auf die Marktdurchdringung und einer interessengerechten Teilung von Investitionsrisiken eingeräumt. Entsprechende Risikobeteiligungsmodelle haben sich bereits unter dem bestehenden Kostenmaßstab für den Layer-3-Bitstrom durch die Kontingenzmodelle entwickelt und sind auch nach dem Vorbringen der Zugangsnachfrager in diesem Verfahren weiterhin gewollt.

Dies gilt auch mit Blick auf die besondere Bedeutung des ethernetbasierten Layer-2-Bitstromzugangsproduktes für die Migration hin zu NGA-Produkten, die eine hinreichende Planungssicherheit für alle Marktakteure bei den Entgelten und deren konsistente Bepreisung im Gesamtgefüge der Vorleistungen erfordert. Diese Aspekte fordern aber nicht zwingend die Auferlegung eines strengeren, aber gleich geeigneten Entgeltmaßstabes. Stattdessen kann ihnen im Rahmen der verfahrensmäßigen Ausgestaltung dadurch Rechnung ge-

tragen werden, dass diese Entgelte die angestrebte Preisobergrenze des wettbewerblichen Niveaus nicht überschreiten,

vgl. hierzu die Ausführungen unten unter 3.6.5.2.1 und 3.6.5.2.2.

3.6.5.2. Prüfungsverfahren

Auch bei der verfahrenstechnischen Ausgestaltung hat die Beschlusskammer zu prüfen, welches mildeste und im Übrigen angemessene Mittel das angesichts des regulatorischen Zielbündels angestrebte Preisniveau in gleicher Weise erreichen kann.

3.6.5.2.1. Entgelte für den ethernetbasierten Layer-2-Bitstrom

Im Konsultationsentwurf war die Beschlusskammer davon ausgegangen, dass für die Zugangsleistungen des ethernetbasierten Layer-2-Bitstromzugangs eine Genehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 i.V.m. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG aufzuerlegen sei, um in verhältnismäßiger Weise die speziellen Ziele der Entgeltregulierung sowie die diese überwölbenden allgemeinen Regulierungsziele zu erreichen. Hieran wird nach dem Ergebnis des Konsultationsverfahrens weiter festgehalten. Den berechtigten Interessen aller Marktakteure bezüglich Rechts- und Planungssicherheit für die Investitionen in hochleistungsfähige Telekommunikationsnetze kann dabei insbesondere bei der Entscheidung über eine Befristung nach § 35 Abs. 4 TKG Rechnung getragen werden, denn § 35 Abs.4 TKG stellt sowohl die Befristung selber als auch die Dauer einer etwaigen Befristung in das Ermessen der Beschlusskammer.

3.6.5.2.1.1. Eignung

Die Genehmigungspflicht ist geeignet, die Vorleistungsentgelte auf dem angestrebten Preisniveau des wettbewerbsanalogen Preises zu halten, denn die Bundesnetzagentur kann innerhalb dieses Verfahrens aufgrund detaillierter und qualitativer Unterlagen sowohl über die Höhe des Entgeltes als auch dessen Tarifsystematik entscheiden. Durch die privatrechtsgestaltende Wirkung wird verhindert, dass ein anderes als ein wettbewerbsanaloges Entgelt in den Markt tritt.

3.6.5.2.1.2. Erforderlichkeit

Die Auferlegung einer Genehmigungspflicht ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Regime zu entdecken, welches an deren Stelle treten könnte.

Dabei hat die Beschlusskammer zunächst die unterschiedlichen Wirkungsweisen der gesetzlich normierten Entgeltverfahren identifiziert.

Zunächst unterscheiden sich die Verfahren darin, wie effektiv sie verhindern, dass missbräuchliche Entgelte von der Betroffenen gefordert werden können. Hierzu bietet eine Genehmigungspflicht der Betroffenen keinen Raum, denn die Entgeltgenehmigung wirkt auf den Beginn des Genehmigungszeitraums zurück und erlaubt nach § 37 TKG keine anderen Preisvereinbarungen für dieselbe Leistung. Demgegenüber vermag eine nachträgliche Entgeltregulierung den gleichen Effekt nur in begrenzterem Umfang zu erreichen. Sofern das regulierte Unternehmen einer nachträglichen Entgeltregulierung unterliegt, ist es verpflichtet, der Bundesnetzagentur die von ihm geplanten Entgelte zwei Monate vorab anzuzeigen. Nur, wenn offenkundig ist, dass die Entgelte dem Maßstab des § 28 TKG nicht genügen, kann die Bundesnetzagentur die Entgelte vor ihrem Wirksamwerden binnen zwei Wochen untersagen. Ist ein Verstoß – wie regelmäßig anzunehmen – nicht offenkundig, kann eine Untersagung nur nach einer weiteren Prüfung erfolgen.

Bis zu dem Abschluss dieser Prüfung, die aufgrund des durchzuführenden Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens regelmäßig mehr als zwei Monate in Anspruch nehmen wird, können die Entgelte im Markt gefordert werden. Eine etwaige Untersagung wirkt dabei jedoch nur für die Zukunft, einmal geleistete Entgelte sind mit Rechtsgrund geleistet und können nicht im Rahmen von Rückabwicklungsverhältnissen zurückgefordert werden. Eine nachträgliche Entgeltregulierung ohne Anzeigenverpflichtung vermag schließlich den erstmaligen Markteintritt missbräuchlicher Entgelte nicht zu verhindern. Vor diesem Hintergrund vermittelt eine Genehmigungspflicht für die Nachfrager eine höhere Sicherheit, weil damit ausgeschlossen ist, dass ein Entgelt ohne vorherige Überprüfung im Markt gefordert werden darf.

Zweitens unterscheiden sich die Verfahren hinsichtlich der vorzulegenden Unterlagen. Unterliegt das marktmächtige Unternehmen einer Genehmigungspflicht, ist es nach § 34 TKG verpflichtet, seinem Entgeltantrag alle für die Prüfung erforderlichen Unterlagen vorzulegen, um das genehmigungsfähige Entgelt zu ermitteln. Im Gegensatz dazu ist mit der Entgeltanzeige die Vorlage von Unterlagen in einer bestimmten Qualität für die Durchführung der Offenkundigkeitsprüfung gesetzlich nicht vorgesehen, sondern kann erst im Rahmen von § 29 Abs. 1 i.V.m. § 38 Abs. 2 S. 3 TKG innerhalb des laufenden Verfahrens des § 38 Abs. 2 TKG separat auferlegt werden.

Der unterschiedliche Umfang der vorzulegenden Unterlagen wirkt sich dabei auch darauf aus, wie exakt sich die Bundesnetzagentur dem angestrebten Preisniveau im Rahmen einer Genehmigung oder einer Entgeltanordnung nach § 38 Abs. 4 S. 2 TKG anzunähern vermag. Denn je umfangreicher und qualitativ besser die Kostenunterlagen sind, desto eher ist es möglich, den Entgeltmaßstab zu simulieren, der sich bei wettbewerblichen Verhältnissen einstellen würde.

Drittens unterscheiden sich die Verfahren mit Blick auf ihre Markttransparenz. Im Falle einer Einzelgenehmigung folgt aus § 35 Abs. 7 TKG und § 36 Abs. 2 TKG, dass die Bundesnetzagentur die beantragten sowie die genehmigten Entgelte zu veröffentlichen hat. Demgegenüber erfolgt eine Veröffentlichung im Rahmen einer nachträglichen Entgeltkontrolle des § 38 TKG nur, wenn das regulierte Unternehmen einer solchen Veröffentlichung zustimmt.

Viertens unterscheiden sich die Verfahren schließlich auch hinsichtlich ihrer Preisstabilität. Nach § 35 Abs. 4 TKG soll die Genehmigung mit einer Befristung versehen werden, innerhalb ihres Genehmigungszeitraums wirkt die einmal erteilte Genehmigung sodann nach § 37 TKG privatrechtsgestaltend. Eine Genehmigung vermittelt damit über den Genehmigungszeitraum Preiskontinuität. Eine solche Preiskontinuität ist im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung in geringerem Umfang gewährleistet. Sofern Entgelte mit der Bindungswirkung des § 37 TKG im Rahmen einer Anordnung nach § 38 Abs. 4 S. 2 TKG vorgegeben werden können, steht dem regulierten Unternehmen weiterhin das Recht zu, Vorschläge für Entgelte vorzulegen, die die festgestellten Verstöße gegen den Missbrauchsmaßstab seiner Ansicht nach abstellen und damit eine erneute, einmonatige Prüfung durch die Bundesnetzagentur anzustoßen, so dass der Anordnung eine geringere Rechtssicherheit zukommt als einer Genehmigung. Gleiches gilt auch, wenn die Betroffene und die Zugangsnachfrager langfristige Entgelte ausverhandeln, denn auch diese stehen fortwährend unter dem Aufgreifvorbehalt des § 38 Abs. 2 TKG.

Damit stellt sich im Ergebnis ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle als regelmäßig milderes Verfahren dar, weil es der Betroffenen im größeren Umfang Preissetzungsspielräume einräumt und ihr damit insbesondere die Möglichkeit eröffnet, Entgelte zu fordern, die das angestrebte Preisniveau überschreiten bzw. verschiedene Entgelte für dieselbe Leistung zu fordern.

Insofern hat die Beschlusskammer im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung zu überprüfen, ob insbesondere die bei der nachträglichen Entgeltkontrolle geringere Kontrolldichte und die höheren Preissetzungsspielräume in gleicher Weise geeignet sind, das angestrebte Preisniveau zu erreichen, als dies eine Genehmigung gewährleisten würde. Dies ist nach Überzeugung der Beschlusskammer nicht der Fall.

Zwar kann mit Blick auf die unterschiedliche Preistransparenz vorliegend von einer gleichen Eignung bezüglich der Absicherung des angestrebten Preisniveaus ausgegangen werden. Denn zum einen ist es möglich, dass die Betroffene in eine Veröffentlichung entsprechend § 35 Abs. 7, § 36 Abs. 2 TKG einwilligt, zum anderen würde unabhängig von der Frage einer solchen Veröffentlichung eine entgeltindividuelle Prüfung entsprechend den Vorgaben des § 38 TKG erfolgen.

Allerdings führen die oben weiter dargestellten Unterschiede zwischen der Genehmigung und der nachträglichen Entgeltkontrolle dazu, dass das angestrebte Preisniveau des wettbewerbsanalogen Preises durch eine nachträgliche Kontrolle weniger wirksam durchgesetzt würde.

Die nachträgliche Entgeltkontrolle ist bereits nicht in der Lage, in gleicher Weise zu verhindern, dass nicht-wettbewerbsanaloge Preise von der Betroffenen gefordert werden können.

Denn aufgrund der Verankerung in bestehenden kostenorientierten Entgelten sowie den von der Betroffenen selber als schwer prognostizierbaren Kosten für den Datentransport jenseits der physischen Anbindung ist nicht davon auszugehen, dass ein etwaiger Preismissbrauch offenkundig sein würde.

Daher könnte eine nachträgliche Entgeltkontrolle nur dann in gleicher Weise wie eine Genehmigung das Inkrafttreten nicht-wettbewerbsanaloger Entgelte unterbinden, wenn eine hinreichende Verhandlungsmacht der Nachfrager besteht, die dazu führt, dass die Betroffene nur Entgelte auf dem wettbewerbsanalogen Niveau verhandeln und diese sodann anzeigen kann.

Eine solche Verhandlungsmacht kann die Beschlusskammer jedoch nicht erkennen, denn für die Zugangsnachfrager bestehen keine gesicherten Ausweichmöglichkeiten, um das eigene Endkundenangebot insbesondere für sehr hochbitratige Anschlüsse durch andere Vorleistungen zu realisieren. Andere Anbieter von Layer-2-Bitstromzugängen sind derzeit nicht dergestalt am Markt aktiv, dass sie konkurrierende Bitstromprodukte für dieselben Endkunden anbieten würden,

vgl. zur mangelnden Flächendeckung alternativer Angebote Festlegung, Kapitel Einschätzung der Wechselhemmnisse (Vorbringen der Wettbewerber), Kapitel 8.3.2.2. (vor der Liste der Städte), Kapitel 10.1.1. (Drittletzter Absatz), 11.1.3.2 (Zwischenergebnis), 11.3.1 (4. Und 6. Absatz)

Dies gilt auch mit Blick auf den Vectoring-Ausbau, denn hier ist immer der zum Bitstromzugang verpflichtet, der das hinter dem jeweiligen KVz liegende Kundenpotential alleine physisch adressieren kann. In diesen Fällen wird regelmäßig auch kein anderer Anbieter einen Layer-2-Bitstromzugang über eine alternative Infrastruktur anbieten, da ein entsprechendes HFC-Angebot derzeit nicht am Markt verfügbar ist.

Sofern es sich um einen Vectoring-Ausbau handelt, kann der Zugangsnachfrager außerdem auf die wertschöpfungsintensivere TAL nur für ADSL-Produkte zurückgreifen. Damit ist er aber gegenüber dem Vectoring-Angebot der Betroffenen und ggf. dem Angebot eines Kabelnetzbetreibers nicht wettbewerbsfähig. Eine Realisierung über einen Layer-3-Bitstromzugang oder Resale ist zwar grundsätzlich möglich, allerdings stehen beide Produkte auf einer niedrigeren Wertschöpfungsstufe. Somit wird dem Ziel eines nachhaltigen Wettbewerbs in geringerem Umfang Rechnung getragen, da die Zugangsnachfrager weniger Anreize erhalten, in eigene Infrastruktur hin zum Kunden zu investieren, vgl. hierzu auch die Ausführungen unter 3.1.1.1.1.

Dabei hat die Beschlusskammer nicht verkannt, dass auch aus anderen Gründen – wie zum Beispiel die Bereitschaft hoher Abnahmemengen im Rahmen eines Kontingentmodells – die Marktmacht der Betroffenen jedenfalls in bestimmten Umfang begrenzt sein kann, vgl. hierzu die Ausführungen unter 3.6.4.2.4. Kontingentmodelle sind aber insbesondere für Unternehmen interessant, deren Kundenstamm oder -potential die Vereinbarung hoher Kontingente zulässt, entweder, weil sie beabsichtigen, den bisherigen Kundenstamm vollständig auf die Bitstromkontingente zu migrieren, oder weil sie hinreichend Potential sehen, zusätzlich zu

ihren bestehenden TAL-Kunden zusätzliche Bitstromkunden im Umfang des Kontingents gewinnen zu können. Dies gilt jedoch nicht für Unternehmen, die sich nicht in der Lage sehen, hohe Kontingente zu vereinbaren oder deren Geschäftsmodell auf einen eigenen Infrastrukturausbau angelegt ist und die daher keinen Anreiz haben, die Investitionsrisiken ihres Wettbewerbers zu senken. Denn im Rahmen eines Kontingentmodells baut nur einer der beiden Partner tatsächlich die Infrastruktur aus, der andere erhält lediglich das Recht, diese während der Vertragslaufzeit zu vergünstigten Konditionen zu nutzen. Beide Aspekte für eine Nichtvereinbarung von Kontingenten sind mit Blick auf die Regulierungsziele von Belang, denn sie eröffnen die Telekommunikationsmärkte auch kleineren oder neuen Marktteilnehmern oder fördern einen infrastrukturbasierten Wettbewerb. Insofern ist es notwendig, dass neben den Kontingentmodellen Vorleistungsentgelte gelten, die ihrerseits zu einer Förderung der Regulierungsziele beitragen und insbesondere verhindern, dass kleine oder in eigene Infrastrukturen investierende Unternehmen dadurch benachteiligt werden, dass sie gerade kein Kontingent abschließen können oder wollen.

Dieser fehlenden Verhandlungsmacht der Zugangsnachfrager steht das Risiko gegenüber, dass die Betroffene nicht-wettbewerbsanaloge Preise für den Layer-2-Bitstromzugang fordert. Denn je stärker der Preisdruck auf dem Endkundenmarkt wirkt, desto eher können geringfügige Preiserhöhungen auf Vorleistungsebene zu einer Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises durch Preis-Kosten-Scheren führen.

Dieses Risiko ist insbesondere aufgrund der hohen marktstrukturellen Bedeutung des Layer-2-Bitstromzugangs zu berücksichtigen: Er ermöglicht den Zugangsnachfragern das eigene Angebot sehr hochbitratiger Endkundenprodukte und eröffnet ihnen damit die Gelegenheit, nicht nur zur Betroffenen, sondern auch zu den Kabelnetzbetreibern in Konkurrenz zu treten. Dies gilt insbesondere in Gebiete, in denen die Betroffene Vectoring ausbaut, da insofern ein alternativer Zugang auf die TAL für die Produktion von VDSL-Produkten nicht mehr möglich ist. Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist auch nicht davon auszugehen, dass es sich dabei nur um einen kleinen Teil von Anschlüssen handeln werde. Nach ihren eigenen Angaben in den Verfahren BK3d-12/131 und BK3d-15/004 plant sie, bis 2018 65% der Haushalte mit VDSL2-Vectoring zu erschließen und – im Falle eines exklusiven Erschließungsrechts bezüglich der Nahbereichs-KVz – den Versorgungsgrad innerhalb dieses Zeitraums um weitere 15% aller Haushalte Deutschlands zu erhöhen. Allein die Erschließung der HVT-Außenbereiche wird daher dazu führen, dass Zugangsnachfrager für 65% aller Haushalte in Deutschland nur noch einen Layer-2-Bitstromzugang als das wertschöpfungsintensivste Vorleistungsprodukt nachfragen können, um besonders hochbitratige Anschlüsse anbieten zu können. Soweit die Betroffene eine Abschätzung bezüglich der Nachfragemengen vorgelegt hat, ist die Aussagekraft bereits insofern fraglich, als für die Hochrechnung ein Bezugspunkt gewählt worden ist, zu dem der Vectoring-Ausbau gerade erst gestartet ist und daher hieraus keinerlei Schlussfolgerungen für die Bedeutung des Layer-2-Bitstroms für die nächsten drei Jahre gefolgert werden können. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass Carrier, die aufgrund des Vectoring-Ausbaus den bzw. die regional betroffenen BNG erschließen, das dadurch eröffnete weitere Kundenpotential nutzen werden und versuchen werden, über ihre bisherigen TAL-Kunden hinaus weitere Kunden zu gewinnen. Die Prognose der Betroffenen unterschätzt nach Ansicht der Beschlusskammer schließlich den Effekt, den eine – teils bereits vereinbarte, teils angelegte – Migration bestehender Kontingentmodelle für den IP-Bitstromzugang auf den Layer-2-Bitstromzugang haben werden, wenn Zugangsnachfrager darauf vertrauen können, dass die Zugangsentgelte einen hinreichenden Abstand zu den Endkundenentgelten der Betroffenen sowie den Zugangsentgelte für den IP-BSA haben.

Auch mit Blick auf den Zeitpunkt, zu dem die Wirksamkeit eines wettbewerbsanalogen Preises sichergestellt ist, ist die nachträgliche Entgeltregulierung zwar milder, aber weniger geeignet. Eine privatrechtsgestaltende Preisvorgabe auf dem angestrebten Preisniveau gilt in diesem Falle erst nach Abschluss eines konsultierten und konsolidierten Anordnungsverfahrens nach § 38 Abs. 4 S. 2 TKG. Damit besteht keine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Entgeltanzeige, zudem hat die Betroffene die Möglichkeit, durch die Vorlage neu zu prüfender Vorschläge die Anordnung weiter zu verzögern. Da aber wie dargestellt ein relevantes Risiko besteht, dass die Betroffene aufgrund ihrer Marktmacht Preise auf einem anderen als

dem angestrebten Niveau wird verhandeln können, ist eine solche zeitliche Verzögerung insbesondere mit Blick auf die erstmalige Wirksamkeit wettbewerbsanaloger Preise nur in geringerem Umfang geeignet, das angestrebte Preisniveau sicherzustellen.

Soweit sich die Verfahren mit Blick auf die vorzulegenden Unterlagen unterscheiden, wirkt die nachträgliche Entgeltkontrolle nur geringfügig milder. Denn nach § 38 Abs. 2 S. 3 TKG kann das regulierte Unternehmen auch im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung verpflichtet werden, Kostenunterlagen nach dem Maßstab des § 34 TKG beizufügen, die es der Bundesnetzagentur ermöglichen, eine Entgeltanordnung nach § 38 Abs. 4 S. 2 TKG entsprechend dem angestrebten Preisniveau – also hier dem wettbewerbsanalogen Preis – vorzunehmen. Dabei kann der Umfang der vorzulegenden Unterlagen an den – verfahrensunabhängigen – Prüfungsmaßstab angepasst werden, so dass in beiden Verfahrensarten die Betroffene inhaltlich dieselben Unterlagen beifügen müssen. In diesem Falle kann insbesondere zukünftig eine Einschränkung der vorzulegenden Unterlagen in Betracht kommen. Angesichts der verbleibenden Unsicherheiten insbesondere mit Blick auf die Bewertung und Tarifierung des inkludierten Datenverkehrs sieht die Beschlusskammer aber für die gegenwärtige Regulierungsperiode noch keinen Raum.

Im Ergebnis wirkt damit die nachträgliche Entgeltregulierung nur mit Blick auf den Zeitpunkt milder, zu dem die Betroffene die Kostenunterlagen nach § 34 TKG in das Verfahren einbringen müsste. Da dadurch aber eine weitere Verzögerung bis zur Existenz geprüfter Entgelte begründet würde, gelten die oben gemachten Ausführungen zur Verfahrensdauer auch hier entsprechend, so dass die nachträgliche Entgeltkontrolle zwar geringfügig milder wäre, aber nicht in gleicher Weise das angestrebte Preisniveau absichert.

3.6.5.2.1.3. Angemessenheit

Die Auferlegung der Genehmigungspflicht unter Anwendung einer Missbrauchskontrolle ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen dieser Regulierung auf andere Rechtsgüter der Betroffenen ersichtlich, die in der Abwägung eine solche Regulierung unzulässig erscheinen ließen.

In diesem Zusammenhang ist zwar durchaus zuzugestehen, dass die Unterwerfung unter eine Genehmigungspflicht verglichen mit einer Anzeigepflicht oder einer reinen nachträglichen Entgeltkontrolle einen stärkeren Eingriff in die unternehmerische Freiheit darstellt. Ein derartiger Eingriff darf deshalb nur vorgenommen werden, wenn die Schwere des Eingriffes nicht schwerer wiegt als die Erforderlichkeit des Eingriffes.

Dies steht hier außer Zweifel. Aufgrund der inzwischen im Zugangsregime berücksichtigten Vectoring-Technologie,

vgl. hierzu die Entscheidungen BK3d-12/131 und BK3d-13/056

und der daraus folgenden Einschränkung von Zugangsmöglichkeiten zur Teilnehmeranschlussleitung ist zu erwarten, dass dem Layer-2-Bitstromzugangsmarkt eine deutlich gesteigerte marktstrukturelle Bedeutung zukommen wird und das Vorleistungsprodukt damit auch ein hohes Entgeltvolumen haben wird.

Wie bereits dargestellt, ermöglicht der Layer-2-Bitstromzugang den Zugangsnachfragern das eigene Angebot sehr hochbitratiger Endkundenprodukte und eröffnet ihnen damit die Gelegenheit, nicht nur zur Betroffenen, sondern auch zu den Kabelnetzbetreibern in Konkurrenz zu treten. Dies gilt insbesondere in Gebiete, in denen die Betroffene Vectoring ausbaut, da insofern ein alternativer Zugang auf die TAL für die Produktion von VDSL-Produkten nicht mehr möglich ist. Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist auch nicht davon auszugehen, dass es sich dabei nur um einen kleinen Teil von Anschlüssen handeln werde. Nach ihren eigenen Angaben in den Verfahren BK3d-12/131 und BK3d-15/004 plant sie, bis 2018 65% der Haushalte mit VDSL2-Vectoring zu erschließen und – im Falle eines exklusiven Erschließungsrechts bezüglich der Nahbereichs-KVz – den Versorgungsgrad innerhalb dieses Zeitraums um weitere 15% aller Haushalte Deutschlands zu erhöhen. Allein die Er-

schließung der HVT-Außenbereiche wird daher dazu führen, dass Zugangsnachfrager für 65% aller Haushalte in Deutschland nur noch einen Layer-2-Bitstromzugang als das wertschöpfungsintensivste Vorleistungsprodukt nachfragen können, um besonders hochbitratige Anschlüsse anbieten zu können. Soweit die Betroffene eine Abschätzung bezüglich der Nachfragemengen vorgelegt hat, ist die Aussagekraft bereits insofern fraglich, als für die Hochrechnung ein Bezugspunkt gewählt worden ist, zu dem der Vectoring-Ausbau gerade erst gestartet ist und daher hieraus keinerlei Schlussfolgerungen für die Bedeutung des Layer-2-Bitstroms für die nächsten drei Jahre gefolgert werden können. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass Carrier, die aufgrund des Vectoring-Ausbaus den bzw. die regional betroffenen BNG erschließen, das dadurch eröffnete weitere Kundenpotential nutzen werden und versuchen werden, über ihre bisherigen TAL-Kunden hinaus weitere Kunden zu gewinnen. Die Prognose der Betroffenen unterschätzt nach Ansicht der Beschlusskammer schließlich den Effekt, den eine – teils bereits vereinbarte – Migration bestehender Kontingentmodelle für den IP-Bitstromzugang auf den Layer-2-Bitstromzugang haben kann, wenn Zugangsnachfrager darauf vertrauen können, dass die Zugangsentgelte einen hinreichenden Abstand zu den Endkundenentgelten der Betroffenen sowie den Zugangsentgelte für den IP-BSA haben.

Schon geringe prozentuale Preisänderungen können sich folglich zu einem signifikanten €-Millionenbetrag aufsummieren. Der Preis stellt sich außerdem als ein entscheidender Wettbewerbsparameter dar. Die Toleranzgrenze für einen „unwesentlichen“ Zeitraum innerhalb dessen die Entgelte die Missbrauchsgrenze ohne signifikante Schäden für den Markt überschreiten können und der insofern als Bagatellfall noch keine Genehmigungspflicht rechtfertigen würden, ist vor diesem Hintergrund sehr niedrig anzusetzen. Der Beschlusskammer ist – angesichts der geschilderten tarifrelevanten Bedeutung der ansonsten noch nicht vorstrukturierten und von der Betroffenen selbst als schwierig eingestuftem Bepreisung des Transportanteils für den Layer-2-Bitstromzugang – nicht ersichtlich, dass eine derart definierte Toleranzgrenze im vorliegenden Fall bei einer bloßen nachträglichen Entgeltkontrolle noch eingehalten werden würde.

Dabei ist auch zu bedenken, dass sich der Layer-2-Bitstromzugang in der Markteinführungsphase befindet. Eine bundesweite Nutzung erfordert die Erschließung von 899 Standorten. Der Wettbewerber wird sich auf eine solche Investition nur einlassen, wenn er eine hinreichend verlässliche Kalkulationsgrundlage hinsichtlich der anfallenden Entgelte hat. Insofern ist es für ihn von besonderer Bedeutung, dass er möglichst früh die Entgelte kennt.

Der „richtigen“, d.h. einer den Regulierungszielen genügenden Preissetzung kommt deshalb vorliegend eine herausgehobene Bedeutung zu. Jedenfalls in der Markteinführungsphase, in der sich die Entgeltsystematik und die Entgelthöhen noch herausbilden müssen und deshalb besondere Sensibilität geboten ist, ist eine Entgeltgenehmigungspflicht auch unter Berücksichtigung der ansonsten betroffenen Rechtsgüter, so namentlich der Grundrechte nach Art. 12 und 14 GG, angemessen und verhältnismäßig. Dies kann zu Beginn der nächsten Regulierungsperiode - nach § 14 Abs. 2 S. 1 TKG ist alle drei Jahre nach Erlass der vorherigen Regulierungsverfügung turnusmäßig eine Überprüfung von Marktdefinition, Marktanalyse und Regulierungsverfügung vorzunehmen - anders zu gewichten und zu bewerten sein mit dem Ergebnis, nach erfolgreicher Markteinführungsphase und je nach dem Preissetzungsverhalten der Betroffenen dann wieder von einer Genehmigungspflicht Abstand zu nehmen.

Die Betroffene kann auch nicht einwenden, dass sie sich mit einem Nachfrager über die Entgelte schon geeinigt habe und deshalb die Genehmigungspflicht nicht für die Nachfrage entscheidend sei. Denn obwohl die Betroffene sich mit einem Unternehmen schon 2013 über die Zugangsentgelte für eine Layer 2-Bitstrom in einem MoU geeinigt hatte, führte dies bis nicht zu einem Zugangsvertrag, obwohl ein solcher bereits Ende 2014 – also lange vor Einleitung dieses Verfahrens – abgeschlossen werden sollte.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist eine Genehmigungspflicht nach dem Maßstab der Missbrauchskontrolle auch mit der Verhandlung und Vereinbarung von Kontingentmodellen vereinbar und damit auch in gleicher Weise geeignet, die investitionsfördernden Effekte von Kontingentmodellen zu aktivieren. Sie sind vollständig im Rahmen von Entgeltgenehmi-

gungen abbildbar, denn die Betroffene kann – unabhängig von dem gewählten Entgeltmaßstab – mit den potentiellen Zugangspartnern über die Konditionen der Kontingentvereinbarung verhandeln und diese sodann der Beschlusskammer zur Genehmigung vorlegen. Dabei kann insbesondere bei der Entscheidung über eine Befristung nach § 35 Abs. 4 TKG den berechtigten Interessen aller Marktakteure bezüglich Rechts- und Planungssicherheit für die Investitionen in hochleistungsfähige Telekommunikationsnetze Rechnung getragen werden, denn § 35 Abs.4 TKG stellt sowohl die Befristung selber als auch die Dauer einer etwaigen Befristung in das Ermessen der Beschlusskammer.

Vor diesem Hintergrund – sowie dem Umstand, dass die Beschlusskammer bereits Kontingentmodelle im Rahmen von Verfahren nach § 38 TKG zur Prüfung vorliegen hatte – ist daher der Hinweis der Betroffenen wenig verständlich, die Beschlusskammer sei nicht in der Lage, die der Risikoteilung zugrunde liegende Prognoseentscheidung in ein Verfahren einzubinden. Denn hierbei geht es im Wesentlichen um eine Frage des – hier gleichen – Maßstabes, nicht aber des Verfahrens.

Auch soweit die Betroffene vorträgt, das Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle vermittele eine höhere Rechtssicherheit als ein Genehmigungsverfahren, vermag die Beschlusskammer dem nicht zu folgen.

Zwar mag das Prozessrisiko im Falle einer Genehmigungspflicht insofern höher sein, als die Entgelte im Rahmen der Anfechtungsklage angegriffen werden können, während im Falle einer unterbliebenen Untersagung bei einer nachträglichen Kontrolle der Entgelte hier eine Verpflichtungsklage zu erheben ist, die nur im Falle bestehender Spruchreife zu einer unmittelbaren Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Untersagung der Entgelte führen würde. Insofern ist zuzugestehen, dass eine nachträgliche Entgeltkontrolle im Interesse der Betroffenen für Rechtssicherheit liegt und damit eher zu Infrastrukturinvestitionen durch sie führen könnte. Auf der anderen Seite bewirkt aber die Genehmigungspflicht eine gesteigerte Sicherheit hinsichtlich der Investitionsmittel bei den Zugangsnachfragern, da diese keine zeitweise Geltung missbräuchlicher Entgelte befürchten müssen, die die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel für den Infrastrukturausbau schmälern würden. Denn wie bereits unter 3.6.4.2.1.1 ausgeführt, ist nicht gesichert, dass die Beschlusskammer binnen zwei Monaten ab Anzeige der Entgelte abschließend über eine etwaige Missbräuchlichkeit entschieden haben wird. Wäre dies der Fall, stünde den Zugangsnachfragern wegen der ex-nunc-Wirkung eines Untersagungsbeschlusses für diesen Zeitraum weniger Mittel für den Breitbandausbau zur Verfügung, so dass insofern für die Zugangsnachfrager eine Genehmigungspflicht der Entgelte für den Layer-2-Bitstromzugang auch unter dem Aspekt der Rechtssicherheit angemessen erscheint.

Gleiches gilt auch mit Blick auf das Klagerisiko. Dieses mag bei ausverhandelten Entgelten geringer sein als bei Entgelten, die ohne Beteiligung der Zugangsnachfrager beantragt und genehmigt werden. Dies ist aber unabhängig von der Ausgestaltung des Verfahrens. Wie bereits ausgeführt steht es der Betroffenen vielmehr frei, die von ihr zur Genehmigung vorgelegten Entgelte im Vorfeld mit den Zugangsnachfragern zu verhandeln. Stellt sich also die Rechtssicherheit für die Betroffene im Ergebnis als gleich dar, ist ein nachträgliches Genehmigungsverfahren demgegenüber in der vorliegenden Konstellation für die Wettbewerber wie dargestellt mit einer geringen Rechtssicherheit verbunden, so dass auch mit Blick hierauf von keiner gleichen oder besseren Eignung der nachträglichen Entgeltkontrolle ausgegangen werden kann.

Dabei hat die Beschlusskammer auch berücksichtigt, dass die Nichtdiskriminierungsempfehlung in Erwägungsgrund 49 ff. sowie Ziffer 48 ff. nahelegt, Betreibern, die in NGA-Netze investierten, einen gewissen Spielraum zuzugestehen, um zu testen, wie die Preise im Hinblick auf die Marktdurchdringung gestaltet sein müssen. Entgegen der Auffassung der Betroffenen führt dies aber nicht dazu, dass vorliegend von einer Genehmigungspflicht abzusehen ist, denn die Kommission knüpft ein solches Vorgehen nach den Ziffer 48 ff. an eine – hier nicht auferlegte – Gleichbehandlungspflicht nach dem EoI-Konzept,

vgl. Ziffer 62 der Nichtdiskriminierungsempfehlung.

Darüber hinaus geht die Empfehlung erkennbar von der Vorstellung aus, dass die Preise für NGA-Produkte so hinreichend ungewiss sind, dass Preissteigerungen auch auf dem Endkundenmarkt durchsetzbar wären. Dies ist jedoch vorliegend aufgrund des Preisdrucks der Kabelnetzbetreiber sowie der ADSL-TAL nicht der Fall. Da es sich bei der Nachfrage nach Layer-2-Bitstromzugängen um eine abgeleitete Nachfrage aus dem Endkundenmarkt handelt, würde ein entsprechender Preisspielraum zugunsten der Betroffenen bedeuten, dass die Zugangsnachfrager auf eine etwaige unzulässige Preiserhöhung auf Vorleistungsebene nicht an die Endkunden weiter geben könnten, während eine Untersagung dieser Entgelte nach § 38 TKG gegebenenfalls erst mit zeitlichem Verzug erfolgen kann.

Sofern die Betroffene schließlich vorträgt, dass Genehmigungsverfahren mit einem erheblichen personellen und materiellen Aufwand verbunden seien und ihr – so das Verständnis der Beschlusskammer – daher Mittel für den Breitbandausbau entzogen würden, ist dies nicht plausibel. Die Dauer beider Verfahrensarten ist mit Blick auf die gesetzlichen Regelfristen von acht und zehn Wochen vergleichbar. Wie bereits unter 3.6.5.1.2 dargestellt, ist aber zu berücksichtigen, dass ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle nicht zwingend auf acht Wochen beschränkt ist. Im Zweifel wird einem Eröffnungsbeschluss eine ausführliche Sachverhaltsermittlung der Beschlusskammer gegenüber der Betroffenen vorausgegangen sein. Die nachfolgenden Verfahrenspflichten zur Konsultation und Konsolidierung greifen zudem – wie gezeigt – unabhängig von dem gewählten Verfahren, so dass von einer deutlich längeren Verfahrensdauer als acht Wochen auszugehen ist.

Weitere mit Blick auf die Regulierungsziele in die Angemessenheitsprüfung einzustellenden Aspekte sind nicht erkennbar, so dass insgesamt die Genehmigungspflicht bezüglich der Entgelte für den ethernetbasierten Layer-2-Bitstromzugang als verhältnismäßig erscheint.

3.6.5.2.2. ATM-Layer-2-Bitstrom, Layer-3-Bitstrom und Kollokation

Die Auferlegung einer nachträglichen Entgeltregulierung mit Anzeigeverpflichtung gemäß § 38 TKG entspricht den Zwecken der Missbrauchs- und Preisobergrenzenkontrolle. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

3.6.5.2.2.1. Eignung und Erforderlichkeit

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

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

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

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

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

3.6.5.2.2. Angemessenheit

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

3.7. Getrennte Rechnungsführung, § 24 TKG

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

3.7.1. Transparente Gestaltung der Preise

Die der Betroffenen in Ziffer 1.6 des Tenors aufgegebenen Verpflichtung, ihre Preise transparent zu gestalten, beruht auf §§ 9 Abs. 2, 13, 24 Abs. 1 TKG.

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

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

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

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

Gemäß Art. 11 Abs. 1 Zugangsrichtlinie können die nationalen Regulierungsbehörden gemäß Art. 8 Zugangsrichtlinie für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Zusammenschaltung und/oder dem Zugang eine getrennte Buchführung vorschreiben. Die nationalen Regulierungsbehörden können insbesondere von einem vertikal integrierten Unterneh-

men 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 Zugangs-RL ergänzt hierzu, dass durch die getrennte Buchführung interne Übertragungen ermittelt werden können. Die Kommission habe hierzu ihre Empfehlung 98/322/EG vom 08.04.1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 2 – Getrennte Buchführung und Kostenrechnung) veröffentlicht.

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

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

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

Die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung zielt damit darauf ab, Interdependenzen zwischen der regulierten Leistung und dritten Leistungen transparent werden zu lassen. Tatsächlich sind derartige Interdependenzen – wie gerade unter Ziffer 3.6 gezeigt – wesentlicher Gegenstand der Missbrauchsprüfung nach § 28 TKG. Auf eine KeL-Prüfung und damit auf das Genehmigungsverfahren nach Maßgabe des § 31 TKG kann nur verzichtet werden unter der Prämisse, dass § 28 TKG namentlich mit Blick auf Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren effektiv untersucht werden kann. Die getrennte Rechnungsführung ist geeignet und erforderlich, um die Bundesnetzagentur in den Besitz der dafür benötigten Daten zu setzen.

Die getrennte Rechnungsführung belastet die Betroffene auch nicht unverhältnismäßig. Die Verpflichtung zur transparenten Preisgestaltung richtet sich insbesondere auf einige im Tenor aufgeführte und nachfolgend im Einzelnen begründete Parameter. Diese Parameter sind für die Betroffene ohne unzumutbaren Aufwand erstellbar. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstands, dass – sollten die Daten nicht über die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung erlangt werden und damit eine Prüfung nach § 28 TKG ermöglichen – auch für die weiterhin der nachträglichen Entgeltkontrolle unterliegenden Entgelte für den ATM-basierten Layer-2-Bitstromzugang, den Layer-3-Bitstromzugang sowie die Kollokation die Auferlegung der weit eingriffsintensiveren Genehmigungspflicht erforderlich geworden wäre.

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

- Die Offenlegung der abgesetzten Mengen an breitbandigen Endkundenprodukten gemäß Beschlusstenor Ziffer 1.6.b, deren Verteilung auf die angebotenen Bandbreiten gemäß Beschlusstenor Ziffer 1.6.c sowie der von der Betroffenen von ihren Endkunden

tatsächlich erhobenen Bereitstellungs-, Überlassungs-, Kündigungs- und Wechselentgelte gemäß Beschlusstenor Ziffer 1.6.a unter Berücksichtigung der für die relevanten Endkundenangebote maßgeblichen Kundenverweildauern gemäß Beschlusstenor Ziffer 1.6.d dient der umgehenden Verhinderung des Entstehens (missbräuchlicher) Preis-Kosten-Scheren, die sich ergeben könnten aufgrund veränderter Entgelte für die vorliegend der nachträglichen Missbrauchskontrolle nach § 38 TKG i.V.m. § 28 TKG unterliegenden Leistungen auf den regulierten, aber auch auf vor- oder nachgelagerten Märkten. Die Beschlusskammer muss in einem solchen Fall die Möglichkeit haben festzustellen, inwieweit ein Nutzer von Bitstrom-Vorleistungen auch weiterhin in die Lage versetzt wird, ein über einen Breitbandanschluss realisiertes Endkundenprodukt der Betroffenen nachbilden zu können. Bei der Prüfung sind somit neben den Angaben der Wettbewerber zu deren Gestehungskosten auch die aktuellen Endkundenkonditionen der Betroffenen zu bewerten, um eine sachgerechte Vergleichsanalyse durchführen zu können. Seitens der Beschlusskammer ist derzeit nicht ersichtlich, wie die geforderten Marktdaten ohne die vorgesehenen Vorlageverpflichtungen anderweitig kurzfristig generiert werden könnten. Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass die verlangten Angaben nicht auf nominale, sondern auf effektive Werte zielen. Im Rahmen der Preisangaben nach lit. a. sind deshalb auch unmittelbar und mittelbar gewährte Nachlässe auf die nominalen Preise mitzuteilen.

- Den vorgenannten Zwecken dient auch die Verpflichtung der Betroffenen nach Offenlegung repräsentativer Messdaten für die von den relevanten breitbandigen Endkundenprodukten durchschnittlich genutzten Bandbreiten im Kernnetz der Betroffenen gemäß Beschlusstenor Ziffer 1.6.e. Denn auch hierbei ist bei Vergleich mit den IP-Bitstrom-Vorleistungskosten der Wettbewerber eine Normierungsbetrachtung für die jeweiligen Transportmengen erforderlich.
- Schließlich sind sämtliche der vorgenannten Angaben auch hinsichtlich der breitbandigen Resale-Produkte der Betroffenen zu leisten. Denn zur Vermeidung entsprechender Kosten-Kosten-Scheren im Zuge einer Änderung der Vorleistungsentgelte ist auch das Verhältnis der Kosten eines Nachfragers nach Bitstromzugang gegenüber den Kosten von Wettbewerbern, die zur Realisierung entsprechender Endkundenangebote auf andere Geschäftsmodelle wie insbesondere auch Resale-Produkten der Betroffenen zurückgreifen, zu verifizieren.
- Eine darüber hinausgehende Verpflichtung, die vorgenannten Angaben auch hinsichtlich der Layer-3-Bitstromzugangprodukte in den deregulierten HVt-Regionen zu machen, ist nicht erforderlich. Denn die Entlassung aus der Regulierung setzt voraus, dass in den hiervon betroffenen Gebieten die Betroffene keine marktbeherrschende Stellung inne hat, so dass Zugangsnachfrager hier auch auf andere Layer-3-Bitstromzugangprodukte zurückgreifen können.

3.7.2. Verpflichtung zur Vorlage von Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen

Die in Ziffer 1.7 tenorierte Verpflichtung, der Bundesnetzagentur auf Anforderung die gemäß Ziffer 1.6 gestalteten Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen unverzüglich, im Falle von Ziffer 1.6 Satz 2 in Verbindung mit einer Anzeige nach § 38 Abs. 1 TKG jedoch spätestens nach drei und ohne Verbindung mit einer solchen Anzeige spätestens nach zehn Arbeitstagen vorzulegen, gründet auf §§ 9 Abs. 2, 13, 24 Abs. 2 S. 1 TKG.

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

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

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

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

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

B. Aufschiebend bedingter Widerruf

Die tenorierte Zugangsverpflichtung zur Gewährung eines Layer-3-Bitstromzugangs für die durch die Festlegung der Präsidentenkammer als potentiell wettbewerblich eingestufteten 20 HVt-Regionen werden aufschiebend bedingt widerrufen, wobei die Wirksamkeit des Widerrufs davon abhängig ist, dass die Beschlusskammer auf entsprechenden Nachweis der Betroffenen im Amtsblatt die Feststellung veröffentlicht hat, dass für alle TAL der Betroffenen im Gebiet der jeweiligen HVt-Region ein Layer-2-Bitstromzugangsprodukt gemäß den Bedingungen des regulierten Standardangebots verfügbar ist.

Die Ermächtigung zu einem Widerruf von Zugangsverpflichtungen ergibt sich unmittelbar aus § 13 TKG. Im Verhältnis zur allgemeinen Widerrufsregelung des § 49 VwVfG stellt sich § 13 Abs. 1 S. 1 TKG dabei als die speziellere Norm dar. Danach wird auch die Entscheidung über die Aufhebung von Regulierungsverpflichtungen auf der Grundlage der Ergebnisse von Marktdefinition und -analyse getroffen. Aus § 9 Abs. 1 TKG ergibt sich im Umkehrschluss und im Lichte des Art. 16 Abs. 3 S. 2 Rahmen-RL, dass Regulierungsverpflichtungen nach dem zweiten Teil des TKG zu widerrufen sind, sobald festgestellt wird, dass entweder der Markt nicht mehr für eine Regulierung in Betracht kommt oder jedenfalls keine beträchtliche Marktmacht des betroffenen Unternehmens mehr vorliegt. Für die Beschlusskammer besteht hier kein Ermessensspielraum, wie ihn etwa § 49 VwVfG gewährt. § 13 Abs. 1 S. 1 TKG ist deshalb auch als speziellere Ermächtigungsnorm für den Widerruf anzusehen,

in diese Richtung auch BVerwG, Urteil vom 14.02.2007, Az.: 6 C 28/05.

Zwar liegen die Voraussetzungen für einen Widerruf – entgegen der Auffassung der Betroffenen – gegenwärtig nicht vor, denn nach den Feststellungen der Präsidentenkammer kann von einer nachhaltigen Wettbewerbsfähigkeit dieser Regionen nur dann ausgegangen werden, wenn ein Layer-3-Bitstromangebot nicht nur über die – in ihrer Bedeutung schwindenden – TAL und etwaigen eigenen Infrastrukturen, sondern auch über ein national einheitlich regulierten Layer-2-Bitstromzugang realisiert werden kann,

vgl. BK1-14/001, S 126 ff.

In diesem Sinne hat die Präsidentenkammer auch festgestellt, dass eine solche marktmächtige Stellung der Betroffenen in den gesondert ausgewiesenen 20 HVt-Regionen unter der Bedingung wegfällt, dass in diesen Regionen ein reguliertes Layer-2-Bitstromzugangsprodukt im Markt verfügbar ist. Eine Beschränkung auf den Vectoring-Ausbau hat sie dabei nicht vorgenommen. Ein wettbewerbfähiges Angebot von Layer-3-Bitstromzugang würde aufgrund der steigenden Bandbreitennachfrage notwendigerweise das Angebot von VDSL-fähigen Vorleistungsprodukten bedeuten. Sofern Wettbewerber hierfür auf die TAL zurückgreifen wollten, sei eine Erschließung der KVz-TAL erforderlich und die hierbei deutlich höheren Marktzutrittschürden zu berücksichtigen. Insofern komme dem Layer-2-Bitstromzugang – auch durch bekannte Migrationsplanungen von Wettbewerbern – unabhängig von einem Vectoringausbau eine die Marktzutrittschürden für den Layer-3-Bitstromzugangsmarkt senkende Funktion bei,

vgl. BK1-14/001, S. 131, S. 141, S. 146.

Insofern werden die auferlegten Regulierungsverpflichtungen zu diesem Zeitpunkt durch Regulierungsverfügung und unter Einhaltung einer angemessenen Vorankündigungsfrist zu widerrufen sein.

Die Beschlusskammer hat sich daher entschieden, den Widerruf dieser Verpflichtungen aufschiebend bedingt im Rahmen der vorliegenden Regulierungsverfügung auszusprechen. Die Ermächtigung zur aufschiebenden Bedingung des Widerrufs folgt dabei aus § 36 Abs. 1 VwVfG. Entgegen der Auffassung des Buglas, und der Antragstellerinnen zu 2. und 3. verstößt ein dergestalt bedingter Widerruf von Regulierungspflichten nicht gegen Formvorgaben des TKG. Denn er erfolgt vielmehr gerade im Rahmen einer Regulierungsverfügung, lediglich die Wirksamkeit ist aufschiebend bedingt. Dabei verstößt die Beschlusskammer auch nicht gegen die ratio der Regelüberprüfungsfrist. Die Präsidentenkammer hat gerade im Rahmen einer Regelüberprüfung – basierend auf Tatsachen – den absehbaren Wegfall der beträchtlichen Marktmacht der Betroffenen für die hier gegenständlichen 20 HVt-Regionen festgestellt. Sollten Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass diese Feststellung nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen, verbleibt der Präsidentenkammer die Möglichkeit, eine neue Marktdefinition nach § 14 Abs. 1 S. 1 TKG vorzunehmen. Bis dahin ist die Beschlusskammer jedoch an die getroffene Feststellung gebunden und kann keine Zugangsverpflichtungen für Märkte aufrechterhalten, für die die Präsidentenkammer den Wegfall der beträchtlichen Marktmacht der Betroffenen festgestellt hat.

Nach § 36 Abs. 1 VwVfG kann ein gebundener Verwaltungsakt wie der Widerruf von Regulierungsverpflichtungen auch dann mit Nebenbestimmungen versehen werden, wenn dies sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes – also hier des Widerrufs – erfüllt werden.

Dies ist vorliegend der Fall, denn durch die gewählte Bedingung wird sichergestellt, dass die von der Präsidentenkammer formulierte Bedingung für den Wegfall der beträchtlichen Marktmacht der Betroffenen in den als im Endkundenbereich wettbewerbfähig ausgewiesenen 20 HVt-Regionen nachweislich vorliegt. Sofern die Präsidentenkammer hierfür auf ein reguliertes Layer-2-Bitstromzugangsprodukt im Markt abstellt, ist dies dann der Fall, wenn ein genehmigtes Layer-2-Standardangebot vorliegt. Entsprechend der Anzeige der Betroffenen im Verfahren BK3d-15/003 zu ihrem Layer-2-Standardangebot folgt aus dem Vorliegen eines geprüften Standardangebots aber nicht unmittelbar auch eine tatsächliche Verfügbarkeit eines solchen Produktes für eine bestimmte HVt-Region, denn die Betroffene macht die Leistungsbereitstellung von dem Fortgang ihrer BNG-Migration abhängig. Insofern wird die tatsächliche Verfügbarkeit für die potentiell wettbewerbfähigen HVt-Regionen zu jeweils unterschiedlichen Zeitpunkten eintreten können, so dass die Beschlusskammer den – der Festlegung der Präsidentenkammer bereits immanenten – Nachweis der Bedingung ausdrücklich auf die jeweilige HVt-Region bezogen hat. Damit hat die Betroffene der Beschlusskammer nachzuweisen, dass für alle ihre TAL in der jeweiligen HVt-Region ein Layer-2-Bitstromzugangsprodukt gemäß dem geprüften Standardangebot nicht nur buchbar, sondern

auch tatsächlich verfügbar ist. Um das Vorliegen dieser Voraussetzung für die Marktteilnehmer transparent und nachvollziehbar zu gestalten, wird die Beschlusskammer diese Feststellung jeweils im Amtsblatt veröffentlichen.

Entgegen der Kritik der Betroffenen geht die Beschlusskammer hier auch nicht über die Feststellung der Präsidentenkammer hinaus. Die Betroffene geht insbesondere fehl in der Annahme, dass die Präsidentenkammer durch den Layer-2-Bitstromzugang nur habe sicherstellen wollen, dass Wettbewerber auch in einem Vectoring-Regime entweder einen Tal-Zugang oder einen Layer-2-Bitstromzugang erhalten könne. Die Präsidentenkammer hat vielmehr klargestellt, dass die Verpflichtung zum Layer-2-Bitstromzugang auch, aber nicht nur mit Blick auf den Vectoring-Ausbau erforderlich sei, sondern auch im Rahmen des weiteren NGA-Ausbaus notwendig sei. Insofern kommt eine Beschränkung auf die Regionen, die sie tatsächlich mit Vectoring erschlossen hat, nicht in Betracht.

Sofern der Buglas, und die Antragstellerinnen zu 2. und 3. den Widerruf wegen des Bezuges zu einem ihrer Ansicht nach unbestimmten Standardangebotsverfahrens für unzulässig halten, verkennen sie, dass die Ausgestaltung des Widerrufs hierauf nicht abstellt, sondern auf die erstmalige Verfügbarkeit von Layer-2-Bitstromzugängen für alle Anschlüsse innerhalb der jeweiligen HVt-Region. Damit ist der Abschluss eines – von der Beschlusskammer geprüften – Standardangebotsverfahrens und damit die Verfügbarkeit eines Layer-2-Bitstromzugangs zu angemessenen Bedingungen sichergestellt.

Soweit § 13 TKG den Widerruf schließlich davon abhängig macht, dass der Widerruf innerhalb einer angemessenen Frist angekündigt worden ist, wird dem durch die hier gewählte Vorgehensweise ebenfalls Rechnung getragen und durch gesonderte Informationspflichten im Rahmen des Standardangebots ergänzt.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nicht statt (§ 137 Abs. 2 TKG).

Die Klage ist schriftlich, zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen (ERVVO VG/FG – vom 7.11.2012, GV. NRW. S. 548) zu erheben. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können. Im Fall der elektronischen Einreichung nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bedarf es keiner Abschriften.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung (§ 137 Abs. 1 TKG).

Bonn, den 28.10.2015

Anlage
Festlegung der Präsidentenkammer

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Dr. Geers

Wieners