



Beschlusskammer 3

BK 3e-08/090

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

der EWE TEL GmbH, Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

und

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

Antragsgegnerin,

wegen Anordnung bezüglich des Baus und der Reparatur der Endleitung im Rahmen des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung gemäß § 25 TKG,

Beigeladene:

1. Arcor AG & Co. KG, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. EFN eifel-net Internet Provider GmbH, Bendenstraße 31, 53879 Euskirchen, vertreten durch die Geschäftsführung
3. Telefonica Deutschland GmbH, Hülshorstweg 30, 33415 Verl, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. 1-& 1 Internet AG, Elgendorfer Str. 57, 56410 Montabaur, vertreten durch den Vorstand,
5. Plusnet GmbH & Co. KG, Matthias-Brüggen-Str. 55, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
6. Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. (VATM), Oberländer Ufer 180-182, 50968 Köln, vertreten durch den Vorstand,
7. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Hans-Böckler-Straße 3, 53225 Bonn, vertreten durch den Vorstand,
8. TNG Network Management GmbH, Projensdorfer Straße 324, 24106 Kiel, vertreten durch die Geschäftsführung,
9. envia TEL GmbH, Friedrich-Ebert-Str. 26, 04416 Markkleeberg, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Verfahrensbevollmächtigte:

der Antragsstellerin: JUCONOMY Rechtsanwälte,
Graf-Recke-Straße 82,
40239 Düsseldorf,

der Antragsgegnerin: Rechtsanwälte Redeker Sellner Dahs & Widmaier
Mozartstraße 4 – 10
53115 Bonn –

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

durch
den Vorsitzenden Ernst-Ferdinand Wilmsmann,
den Beisitzer Matthias Wieners und
die Beisitzerin Judith Schölzel

beschlossen:

1. Es wird angeordnet, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung durch Reparatur der Endleitung im Rahmen der Bereitstellung der Teilnehmeranschlussleitung gewähren muss.
2. Die Reparatur der Endleitung erfolgt auf Basis der am 23.09.2008 von der Antragsgegnerin vorgelegten „Zusatzvereinbarung zum Vertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung über den Bau und die Reparatur der Endleitung“ (Stand 22.09.2008) nach Maßgabe folgender Änderungen:
 - a. In der Präambel Absatz 4 wird der Satz:
„Wenn eine schaltbare Endleitung fehlt, unterbricht die Deutsche Telekom die TAL-Bereitstellung und schließt hierzu die TAL durch das Setzen der ersten TAE neben dem APL ab. Sie informiert KUNDE darüber.“
 gestrichen und durch die Regelung
„Wenn eine schaltbare Endleitung fehlt, unterbricht die Deutsche Telekom die TAL-Bereitstellung und setzt eine TAE in unmittelbarer Nähe zum APL und schaltet eine Verbindung zwischen dieser TAE und dem APL. Sie informiert KUNDE darüber. Dieses Vorgehen gilt nur für die Fälle, in denen die Antragstellerin die Antragsgegnerin nicht bei Bestellung der TAL mit der Reparatur der Endleitung beauftragt hat.“
 ersetzt.
 - b. In Ziffer 1 wird die Formulierung
„im Rahmen der Bereitstellung einer Teilnehmeranschlussleitung(= TAL)“
 gestrichen und durch
„im Rahmen der Bereitstellung des Zugangs zur TAL bei Neuschaltungen im Sinne des TAL-Vertrages“
 ersetzt.

c. Ziffer 1.1 wird wie folgt neu gefasst:

„1.1 Voraussetzungen der Leistungserbringung

Soweit KUNDE der Deutschen Telekom den Auftrag erteilt, die Endleitung gemäß Ziffer 2 für ihn herzustellen, tut die Deutsche Telekom dies im Rahmen der bestehenden technischen Möglichkeiten, wenn sie vor Ort feststellt, dass die Endleitung defekt ist. Die Endleitung ist defekt, wenn entweder die Endleitung zwischen APL und erster TAE vollständig vorhanden aber beschädigt ist oder die Endleitung bzw. ein Abschnitt der Endleitung zerstört ist.“

d. Ziffer 1.2 wird wie folgt neu gefasst:

„Die Deutsche Telekom erbringt unter den Voraussetzungen gemäß Ziffer 1.1 folgende Leistung:

Sofern die Endleitung defekt ist, stellt die Deutsche Telekom das beschädigte Teilstück wieder her, wobei die konkret vorzunehmenden Maßnahmen von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Länge des fehlenden Teilstückes und den sonstigen örtlichen Gegebenheiten abhängen.“

e. In Ziffer 1.2 wird jeweils die Formulierung

„konkret vorzunehmenden Maßnahmen“

gestrichen und durch

„konkret erforderlichen Maßnahmen“

ersetzt.

f. In Ziffer 1.3 Absatz 1 wird die Formulierung

„wird die Deutsche Telekom die erste TAE neben dem APL abschließen und dies KUNDE gemäß Ziffer 3.1 mitteilen.“

gestrichen und durch

„wird die Deutsche Telekom die TAL-Bereitstellung unterbrechen, eine TAE in unmittelbarer Nähe zum APL setzen und eine Verbindung zwischen dieser TAE und dem APL schalten und dies KUNDE gemäß Ziffer 3.1 mitteilen.“

ersetzt.

g. In Ziffer. 1.3 Absatz 1 wird die Formulierung

„Sofern die Deutsche Telekom vor Ort feststellt, dass die Herstellung der schaltbaren Endleitung aufgrund der örtlichen Gegebenheiten einen besonders hohen Aufwand erfordert und deshalb zu den in Ziffer 4 genannten Preisen nicht erbracht werden kann, ...“

gestrichen und durch

„Sofern die Deutsche Telekom vor Ort feststellt, dass die Herstellung der schaltbaren Endleitung aufgrund der örtlichen Gegebenheiten einen besonders hohen Aufwand erfordert, weil

- die Installation die Kabellänge von 15 m überschreitet oder*
- bei der Installation der Endleitung Brandabschottungen geöffnet oder geschlossen werden müssen oder*
- es zur Einhaltung der Unfallverhütungsvorschriften der Telekom erforderlich ist, einen zweiten Techniker hinzuzuziehen (erforderlich ist eine Hinzunahme eines zweiten Technikers z.B. bei Arbeiten auf Gerüsten oder höheren Leitern, wenn die Arbeiten in einer größeren als einer üblichen Geschosshöhe auszuführen sind) oder*

- das Endleitungskabel nicht frei zugänglich ist (z.B. unter Putz verlegt ist) oder
- die schadhafte Stelle sich unterhalb einer Wand- und Deckendurchführung befindet

und deswegen zu den angeordneten Entgelten nicht erbracht werden kann....“

ersetzt.

h. In Ziffer 2.1 Absatz 2 wird das Wort „möglichst“ gestrichen.

i. In Ziffer 2.2 Absatz 5 wird der Satz

„Sofern KUNDE innerhalb von zehn Werktagen nach der Aufforderung, keinen Auftrag erteilt hat und dadurch die endgültige TAL-Bereitstellung verhindert, gilt die TAL-Bestellung als storniert im Sinne des Vertrages über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung.“

gestrichen und durch die Formulierung

„Sofern KUNDE innerhalb von zehn Werktagen nach der Aufforderung keinen Auftrag erteilt hat und dadurch die endgültige TAL-Bereitstellung verhindert, gilt die TAL-Bestellung als storniert im Sinne des Vertrages über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, sofern KUNDE nicht die Eigenrealisierung gemäß Ziffer 5 mitgeteilt hat.“

ersetzt.

j. In Ziffer 3.2 Absatz 4 wird der Satz

„Sofern KUNDE das Angebot ablehnt oder dieses nicht innerhalb von zwei Wochen nach Zugang des Angebotes den vorgenannten Anforderungen gemäß schriftlich annimmt, gilt die TAL- Bestellung als storniert im Sinne des Standardvertrages.“

gestrichen und durch die Formulierung

„Sofern KUNDE das Angebot ablehnt oder dieses nicht innerhalb von zwei Wochen nach Zugang des Angebotes den vorgenannten Anforderungen gemäß schriftlich annimmt, gilt die TAL-Bestellung als storniert im Sinne des Vertrages über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, sofern sich der Kunde nicht mit Ablauf der Angebotsfrist für eine Eigenrealisierung entscheidet und dies der Telekom unter Nennung des Eigenrealisierungstermins zu diesem Zeitpunkt nach Ziffer 5 mitgeteilt hat. Ziffer 5a Abs. 1 und Ziffer 5b gelten in diesem Fall nicht.“

ersetzt.

k. Ziffer 4 wird gestrichen.

l. Ziffer 6 wird gestrichen.

3. Die Antragstellerin ist verpflichtet, für die unter Ziffer 1. und 2. angeordneten Leistungen Entgelte zu zahlen, über die in einer zweiten Teilentscheidung entschieden wird.
4. Die Anordnung steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass die Parteien sich über die Bedingungen des Zugangs einigen.
5. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin betreiben jeweils ein öffentliches Telekommunikationsnetz. Bestandteil der Telekommunikationsnetze der Antragsgegnerin, nämlich ihrer Zugangs- bzw. Anschlussnetze, sind ca. 37 Mio. Teilnehmeranschlüsse.

Auf der Grundlage von Regulierungsentscheidungen, nach denen sie verpflichtet ist, anderen Unternehmen auf Nachfrage Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) zu gewähren (s. zuletzt Regulierungsverfügung vom 27.06.2007, Az. BK 4a-07-002/R), bietet die Antragsgegnerin ihren Wettbewerbern den Zugang zur TAL in verschiedenen Varianten sowohl „entbündelt“ als auch „gebündelt“ am Hauptverteiler (HVT), am Kabelverzweiger (KVz) und am Endverzweiger an.

Die Antragsgegnerin ist zwar nach übereinstimmender Auslegung der Parteien weder durch das überprüfte TAL-Standardangebot noch durch die sog. Alt-Verträge über den Zugang zur TAL verpflichtet gewesen, die Endleitung bei nicht vorhandenen funktionsfähigen Ressourcen zu installieren. Die Antragsgegnerin installierte in der Vergangenheit gleichwohl im Rahmen der TAL-Bereitstellung für TAL-Nachfrager, so auch für die Antragstellerin, die Endleitung auch bei nicht vorhandenen funktionsfähigen Ressourcen unentgeltlich und ohne Anforderung des nachfragenden Unternehmens. Die Unternehmen wurden auch nicht darüber informiert, ob im Bereitstellungsprozess ggf. Arbeiten an der Endleitung vorgenommen wurden oder nicht.

Im Mai 2008 bot die Antragsgegnerin ihren TAL-Vertragspartnern eine „Zusatzvereinbarung zum TAL-Vertrag über den Bau der Endleitung“ an, die eine Herstellung der Endleitung nunmehr gegen Entgelt vorsieht. Für den Fall, dass die Zusatzvereinbarung von der Antragstellerin bzw. den Antragstellerinnen in den Parallelverfahren nicht abgeschlossen würde, kündigte die Antragsgegnerin an, bestellte TAL bei nicht vorhandener oder nicht schaltbarer Endleitung mit einer TAE am APL, also regelmäßig nicht in den Räumlichkeiten des Endkunden, abzuschließen. Als Begründung für die Erforderlichkeit einer Zusatzvereinbarung führte die Antragsgegnerin an, dass sie sich aufgrund der hohen Anzahl der Fälle einer nicht vorhandenen oder nicht schaltbaren Endleitung - auf Basis einer Stichprobenerhebung aus 2007 sei das bei 22% der Neuschaltungen der Fall - nicht mehr in der Lage sehe, diese ohne Berechnung herzustellen.

Die Antragstellerin hat – wie auch die Antragstellerinnen in den Parallelverfahren – keine solche Zusatzvereinbarung abgeschlossen und über den BREKO-Verband, dessen Mitglied sie ist, erfolglos mit der Antragsgegnerin über die Modalitäten der Installation der Endleitung und deren Vergütung verhandelt.

Am 19.08.2008 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Zugangsanordnung gemäß § 25 TKG gestellt.

Die Antragstellerin beantragte zunächst,

I. gem. § 25 Abs. 1 und 5 TKG wie folgt zu beschließen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, von der Antragstellerin beauftragte Teilnehmeranschlussleitungen mit Abschluss an der 1. TAE zu schalten einschließlich der Installation einer ggf. dafür erforderlichen Endleitung und dies nicht davon abhängig zu machen, dass eine von der Antragsgegnerin formulierte Zusatzvereinbarung zum TAL-Standardvertrag zum Bau der Endleitung abgeschlossen wird und eine Beauftragung im Einzelfall vorliegt.

Hilfswise zu I.1.: die Antragsgegnerin wird verpflichtet, von der Antragstellerin beauftragte Teilnehmeranschlussleitungen in die Räumlichkeiten des Endkunden mit Abschluss an der 1. TAE zu schalten einschließlich der Installation einer ggf. dafür erforderlichen Endleitung, soweit der dafür erforderliche Aufwand den AGB der Antragsgegnerin „Regeln für die Standardinstallation“ entspricht und dies nicht davon abhängig zu machen, dass eine

von der Antragsgegnerin formulierte Zusatzvereinbarung zum TAL-Standardvertrag zur Herstellung der Endleitung abgeschlossen wird und eine Beauftragung im Einzelfall vorliegt.

Weiteres hilfsweise zu I.1.: Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Zusatzvereinbarung „Bau der Endleitung“ nach Maßgabe einer Änderung und Überprüfung des TAL-Standardangebots gem. § 23 Abs. 6 TKG den Zugangsnachfragern anzubieten und bis zum Abschluss dieses Überprüfungsverfahrens die bis zum 31.05.2008 bestehende Praxis der Bereitstellung der Teilnehmeranschlussleitungen fortzuführen und hierbei insbesondere die Installation und Schaltung der 1. TAE in den Räumlichkeiten des Endkunden vorzunehmen.

Äußerst hilfsweise zu I.1.: Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Zusatzvereinbarung „Bau der Endleitung“ insoweit zu ändern, dass die Installation und Schaltung der 1. TAE in den Räumlichkeiten des Endkunden, die einer Leistung gem. den AGB der Antragsgegnerin „Regeln für die Standardinstallation“ entspricht, von der Zusatzvereinbarung nicht umfasst wird und klarstellend ausschließlich als Bereitstellungsleistung gemäß den Regelungen des Vertrages über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung gilt.

2. Die Antragstellerin wird verpflichtet, die Installation und Schaltung von TAE in unmittelbarer Nähe zum APL zu unterlassen, sofern nicht hierfür ein ausdrücklicher Auftrag der Antragstellerin besteht.

Hilfsweise zu I. gem. § 133 TKG eine

verbindliche Streitentscheidung zu treffen, soweit die Voraussetzungen für eine Anordnungsentscheidung nach § 25 TKG nach Auffassung der Bundesnetzagentur nicht vorliegen oder die Ergebnisse multilateraler Abstimmungen abgewartet und einer verbindlichen Streitentscheidung zugrunde gelegt werden sollen.

Die Beschlusskammer hat mit Bescheid vom 29.08.2008 eine ebenfalls beantragte vorläufige Anordnung gemäß § 130 TKG erlassen, in der sie die Antragsgegnerin verpflichtet, für den Fall, dass sie im Rahmen der Bereitstellung der TAL für die Antragstellerin feststellt, dass keine schaltbare Endleitung vorliegt, dies der Antragstellerin unverzüglich unter Angabe von Gründen mitzuteilen, und sodann auf Wunsch der Antragstellerin die Installation der Endleitung vorzunehmen. Zudem hat die Beschlusskammer klargestellt, dass es in diesem Zusammenhang nicht ausreichend ist, dass die Antragsgegnerin in Fällen einer nicht schaltbaren Endleitung die 1. TAE in unmittelbarer Nähe zum APL außerhalb der Räumlichkeiten des Teilnehmers installiert.

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23.09.2008 hat die Antragsgegnerin den Antragstellerinnen dann ein neues Angebot einer Zusatzvereinbarung zum Bau der Endleitung vorgelegt. Diese Vereinbarung unterscheidet nun zwischen drei Varianten des Endleitungsbaus/der Endleitungsreparatur, nämlich „Endleitung fehlt vollständig“, „Endleitung fehlt teilweise“ und „Endleitung ist defekt“ und setzt hierfür jeweils ein Pauschalentgelt fest.

Der Fall „Endleitung fehlt vollständig“ liegt laut Vereinbarungsentwurf vor, wenn keine Endleitung zwischen dem APL und den Räumlichkeiten des Endkunden vorhanden ist. In diesem Fall baut die Antragsgegnerin die Endleitung zwischen APL und erster TAE laut Zusatzvereinbarung vollständig neu, wobei die konkret vorzunehmenden Maßnahmen von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Länge der zu bauenden Endleitung sowie den sonstigen örtlichen Gegebenheiten abhängen. Als Preis werden 161,10 E pauschal pro Endleitung angesetzt, wenn die Installation der Endleitung die Kabellänge von 25 m nicht überschreitet, bei der Installation der Endleitung keine Brandschottungen geöffnet oder geschlossen werden müssen und ein 2. Techniker nicht erforderlich ist. Ansonsten erfordere die Erbringung der Leistung einen besonders hohen Aufwand und soll gemäß der AGB-Preisliste „Montage nach Aufwand“ der Antragsgegnerin abgerechnet werden.

Der Fall „Endleitung fehlt teilweise“ soll dann gegeben sein, wenn mindestens ein ganzer Abschnitt der Endleitung z.B. zwischen APL und Etagenverteiler oder Etagenverteiler und erster TAE nicht vorhanden oder zerstört ist. Darunter fällt laut Vereinbarungsentwurf auch die Variante, dass ein Abschnitt der Endleitung beschädigt ist und nicht repariert werden kann, weil das betroffene Kabelstück z.B. eingeputzt ist. Im Fall einer teilweise fehlenden Endleitung baut die Antragsgegnerin das jeweils fehlende Teilstück, wobei die konkret vorzunehmenden Maßnahmen von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Länge des fehlenden Teilstückes und den sonstigen örtlichen Gegebenheiten abhängen sollen. Als Preis werden 96,60 € pauschal pro Endleitung angesetzt, wenn die Installation der Endleitung die Kabellänge von 15 m nicht überschreitet, bei der Installation der Endleitung keine Brandschottungen geöffnet oder geschlossen werden müssen und ein zweiter Techniker nicht erforderlich ist. Sonst soll nach Aufwand abgerechnet werden (s.o.).

Der Fall „Endleitung ist defekt“ liegt nach dem Vereinbarungsentwurf dann vor, wenn die Endleitung zwischen APL und erster TAE vollständig vorhanden aber z.B. durch „Anbohren“ der Endleitung beschädigt ist. In diesem Fall repariert die Antragsgegnerin eine beschädigte bzw. defekte Endleitung, wobei die konkret erforderlichen Maßnahmen von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von dem Ausmaß der Beschädigung, der Lage der schadhaften Stelle sowie deren freier Zugänglichkeit abhängen. Als Preis werden 65,43 € pro Endleitung pauschal angesetzt, wenn das Endleitungskabel frei zugänglich und nicht unter Putz verlegt ist, die schadhafte Stelle sich nicht innerhalb einer Wand- oder Deckendurchführung befindet und ein ggf. einzufügendes Kabelstück nicht länger als 1 m ist. Sonst soll nach Aufwand abgerechnet werden (s.o.).

Der TAL-Kunde kann gemäß dem Vereinbarungsentwurf den Auftrag für den Bau bzw. die Reparatur der Endleitung entweder bereits mit der TAL-Bestellung erteilen oder nach Information durch die Antragsgegnerin über die sog. Negativliste. Entscheidet er sich nicht für einen Endleitungsbau durch die Antragsgegnerin kann der Kunde die Endleitung auch selber bauen oder durch Dritte bauen lassen (Eigenrealisierung).

Mit Schreiben vom 09.10.2008 hat die Antragsgegnerin außerdem einen Entwurf von neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen „Bau und Reparatur der Endleitung“ vorgelegt, auf deren Grundlagen seitdem Arbeiten an der Endleitung von allen TAL-Kunden beauftragt werden konnten. Abgesehen von der gewählten Form als AGB entsprechen die Regelungen inhaltlich denen des Vereinbarungsentwurfs vom 23.09.2008. Die Antragsgegnerin hat in der Folgezeit klargestellt, dass sie nach Abschluss dieses Verfahrens daran interessierten Carriern wieder den Abschluss einer Zusatzvereinbarung über Bau und Reparatur der Endleitung anbieten wird.

Die Antragstellerin sowie die Antragstellerinnen in den Parallelverfahren haben in der öffentlich mündlichen Verhandlung vom 23.09.2008 angekündigt, zunächst mit der Antragsgegnerin über den neuen Entwurf dieser Zusatzvereinbarung mit dem Ziel einer vertraglichen Lösung verhandeln zu wollen und für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen den Antrag zu konkretisieren. Die Beschlusskammer wurde gebeten, für die Zeit der Verhandlungen das Anordnungsverfahren zunächst nicht weiter zu betreiben. Die Beschlusskammer hat daraufhin die 10-Wochen-Frist auf 4 Monate verlängert. Die Parteien konnten jedoch letztlich nicht in allen Punkten Konsens erzielen.

Die Antragstellerin hat dann mit Schreiben vom 03.12.2008 ihren Antrag neu gefasst.

Die Antragstellerin hält die Änderung des Antrags lediglich für eine Reduktion des zunächst deutlich weitergehenden Antragsumfangs, welcher im Rahmen des Hauptantrags auf eine Weiterführung bisheriger Praxis ohne den Abschluss einer Zusatzvereinbarung zielte. Wenn selbst Antragsänderungen bezüglich neuer Punkte in das Verfahren eingebracht werden könnten, müssten Teileinigungen der Verfahrensparteien und darauf basierende Antragsänderungen zulässig sein. Es handele sich bei der Reduzierung des ursprünglich gestellten Antragsumfangs nicht um einen Neuantrag, so dass der Fristlauf nicht neu in Gang gesetzt werde. Es sei auch, da die Beschlusskammer über die Zusatzvereinbarung und die Einigungsbemühungen der Parteien informiert gewesen sei, für diese erkennbar gewesen, dass

eine Entscheidung auf Grundlage dieser Vereinbarung und der Einigungsbemühungen zu treffen sein würde. Aufgrund der umfangreichen Antragsänderung verzichte sie gleichwohl auf eine Einhaltung der 4-Monats-Frist gemäß § 25 Abs. 1 TKG.

Die Antragstellerin ist grundsätzlich der Ansicht, dass der durch die Regulierungsverfügung BK4a-07/02/R festgelegte Zugangsanspruch zur Teilnehmeranschlussleitung unter Berücksichtigung der gesetzlichen Definition nach § 3 Nr. 21 TKG die Endleitung bis zur 1. TAE umfasse. Arbeiten an der Endleitung seien Teil des Bereitstellungsprozesses einer Teilnehmeranschlussleitung. So verhalte sich die Antragsgegnerin auch gegenüber ihren eigenen Endkunden, die den Teilnehmeranschluss bei ihr beauftragten. Gemäß den Regeln zur Standardinstallation beinhalte das Bereitstellungsentgelt für die Schaltung eines Teilnehmeranschlusses die Herstellung einer Endleitung und den Abschluss durch die 1.TAE. Gleiches müsse auch für den Bereitstellungsprozess einer TAL gelten, die von einem TAL-Vertragspartner der Antragsgegnerin in Auftrag gegeben werde. Problematisch in Bezug auf die angebotene Zusatzvereinbarung sei, abgesehen von der Einordnung der fraglichen Leistungen als nicht reguliert, die Kategorisierung einer Leistung „Teilneubau der Endleitung“. Hier würden sich in der Praxis mit hoher Wahrscheinlichkeit die größten Abgrenzungsschwierigkeiten, Probleme der Nachweisführung und zivilrechtliche Auseinandersetzungen ergeben. Der Teilneubau unterscheide sich von der Reparatur nur durch die Länge des einzufügenden Kabelstücks. Hierbei werde nicht berücksichtigt, dass der Servicetechniker ohne Überprüfungsmöglichkeit über die Länge des einzufügenden Kabelstücks entscheide. Dabei könnten in der Praxis Gründe (Zeit für Fehlersuche etc.) für das Einfügen eines längeren Kabelstücks sprechen, wenn bei rein technischer Betrachtung auch ein kürzeres Kabelstück ausreichend gewesen wäre. Es sei daher zu erwarten, dass häufiger ein teurer Teilneubau und seltener eine günstigere Reparatur in Rechnung gestellt würde. Eine Zweiteilung der Leistungsdefinitionen in Reparatur einerseits und Neubau andererseits würde die Komplexität der Prozesse, der Entgeltfestsetzung und der Überprüfung gezahlter Entgelte maßgeblich vereinfachen. Sollte weiter an der jetzigen Unterteilung festgehalten werden, könnte die Ersetzung von Kabelstücken zumindest innerhalb eines Raumes unabhängig von der Länge als Reparatur eingestuft werden. Schließlich fordert die Antragstellerin für den Fall, dass ein besonders hoher Aufwand anfalle eine Angabe in der Negativliste für welche Leistungsvariante dies der Fall sei, eine präzisere Fassung der Regelung über die „möglichst“ am Tag der TAL-Bereitstellung herzustellenden Endleitung sowie angemessene Übergangsfristen für eine IT-technische Anpassung der neuen Prozessabläufe.

Die Antragstellerin beantragt nunmehr:

Der von der Antragsgegnerin am 23.9.2008 vorgelegte Entwurf einer Zusatzvereinbarung wird zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin nach Maßgabe folgender Änderungen angeordnet:

I.

1. In der Präambel Absatz 4 wird die Regelung: „Wenn eine schaltbare Endleitung fehlt, unterbricht die Deutsche Telekom die TAL-Bereitstellung und schließt hierzu die TAL durch das Setzen der ersten TAE neben dem APL ab. Sie informiert KUNDE darüber.“ durch die Regelung "Wenn eine schaltbare Endleitung fehlt, unterbricht die Deutsche Telekom die TAL-Bereitstellung und setzt eine TAE in unmittelbarer Nähe zum APL und schaltet eine Verbindung zwischen dieser TAE und dem APL. Sie informiert KUNDE darüber." ersetzt.
2. In Ziff. 1 wird die Formulierung „im Rahmen der Bereitstellung einer Teilnehmeranschlussleitung (= TAL)" durch „im Rahmen der Bereitstellung des Zugangs zur TAL bei Neuschaltungen im Sinne des TAL-Vertrages“ ersetzt.
3. In Ziff. 1.2 wird jeweils die Formulierung „konkret vorzunehmenden Maßnahmen durch „konkret erforderlichen Maßnahmen" ersetzt.
4. In Ziff. 1.3 Absatz 1 wird die Formulierung „wird die Deutsche Telekom die erste TAE neben dem APL abschließen und dies KUNDE gemäß Ziffer 3.1 mitteilen." durch

„wird die Deutsche Telekom die TAL-Bereitstellung unterbrechen, eine TAE in unmittelbarer Nähe zum APL setzen und eine Verbindung zwischen dieser TAE und dem APL schalten und dies KUNDE gemäß Ziffer 3.1 mitteilen.“ ersetzt.

5. In Ziff. 1.3 Abs. 1 wird die Regelung: „Sofern die Deutsche Telekom vor Ort feststellt, dass die Herstellung der schaltbaren Endleitung aufgrund der örtlichen Gegebenheiten einen besonders hohen Aufwand erfordert und deshalb zu den in Ziffer 4 genannten Preisen nicht erbracht werden kann,...“ durch „Sofern die Deutsche Telekom vor Ort feststellt, dass die Herstellung der schaltbaren Endleitung aufgrund der örtlichen Gegebenheiten einen besonders hohen Aufwand erfordert, weil die in Ziffer 4 genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, und deswegen zu den in Ziffer 4 genannten Preisen nicht erbracht werden kann....“ ersetzt.

6. In Ziff. 2.2 Absatz 5 wird die Regelung: „Sofern KUNDE innerhalb von zehn Werktagen nach der Aufforderung, keinen Auftrag erteilt hat und dadurch die endgültige TAL-Bereitstellung verhindert, gilt die TAL-Bestellung als storniert im Sinne des Vertrages über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung.“ durch „Sofern KUNDE innerhalb von zehn Werktagen nach der Aufforderung keinen Auftrag erteilt hat und dadurch die endgültige TAL-Bereitstellung verhindert, gilt die TAL-Bestellung als storniert im Sinne des Vertrages über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, sofern KUNDE nicht die Eigenrealisierung gemäß Ziffer 5 mitgeteilt hat.“ ersetzt.

7. In Ziff. 3.2 Absatz 4 wird die Regelung: „Sofern KUNDE das Angebot ablehnt oder dieses nicht innerhalb von zwei Wochen nach Zugang des Angebotes den vorgenannten Anforderungen gemäß schriftlich annimmt, gilt die TAL- Bestellung als storniert im Sinne des Standardvertrages.“ durch „Sofern KUNDE das Angebot ablehnt oder dieses nicht innerhalb von zwei Wochen nach Zugang des Angebotes den vorgenannten Anforderungen gemäß schriftlich annimmt, gilt die TAL-Bestellung als storniert im Sinne des Vertrages über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, sofern sich der Kunde nicht mit Ablauf der Angebotsfrist für eine Eigenrealisierung entscheidet und dies der Telekom unter Nennung des Eigenrealisierungstermins zu diesem Zeitpunkt nach Ziffer 5 mitgeteilt hat. Ziffer 5a Abs. 1 und Ziffer 5b gelten in diesem Fall nicht.“ ersetzt.

II.

1. Ziff. 1.1 wird durch folgende Regelung ersetzt:

„1.1 Voraussetzungen der Leistungserbringung

Soweit KUNDE der Deutschen Telekom den Auftrag erteilt, die Endleitung gemäß Ziffer 2 für ihn herzustellen, tut die Deutsche Telekom dies im Rahmen der bestehenden technischen Möglichkeiten, wenn sie vor Ort feststellt, dass:

- die Endleitung vollständig fehlt

(Die Endleitung fehlt vollständig, wenn keine Endleitung zwischen APL und den Räumlichkeiten des Endkunden vorhanden ist.)

oder

- die Endleitung defekt ist

(Die Endleitung ist defekt, wenn ein Abschnitt der Endleitung z B zwischen APL und Etagenverteiler oder Etagenverteiler und erster TAE nicht vorhanden, zerstört oder z.B. durch „Anbohren“ beschädigt ist.)“

2. Ziff. 1.2 wird durch folgende Regelung ersetzt:

„1.2 Leistungsumfang

Die Deutsche Telekom erbringt unter den Voraussetzungen gemäß, Ziffer 1.1 folgende Leistungen.

- Bau

Sofern die Endleitung vollständig fehlt, baut die Deutsche Telekom die Endleitung zwischen APL und erster TAE vollständig neu, wobei die konkret vorzunehmenden Maßnahmen von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Länge der zu bauenden Endleitung sowie den sonstigen örtlichen Gegebenheiten, abhängen.

- Reparatur

Sofern die Endleitung defekt ist, stellt die Deutsche Telekom das jeweils fehlende bzw. beschädigte Teilstück wieder her, wobei die konkret vorzunehmenden Maßnahmen von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Länge des fehlenden Teilstückes und den sonstigen örtlichen Gegebenheiten abhängen."

3. In Ziff. 1.3 Absatz 2 sowie in Absatz 4 wird das Wort „unverbindlichen“ durch „verbindlichen“ und in Absatz 4 das Wort „unverbindlichem“ durch „verbindlichem“ ersetzt.

4. In Ziff. 2.1 Abs. 2 wird das Wort „möglichst“ gestrichen.

5. In Ziff. 2.2 Abs. 2 wird der 2. Spiegelpunkt: „• ET: Endleitung fehlt teilweise“ gestrichen.

6. In Ziff. 3 wird das Wort „unverbindlichen“ durch „verbindlichen“ ersetzt.

7. Ziff. 3.1 Abs. 1 wird durch folgende Regelung ersetzt:

„Die Deutsche Telekom teilt KUNDE mittels des Eintrags

- EAF: besonders hoher Aufwand bei vollständig fehlender Endleitung
- EAD: besonders hoher Aufwand bei defekter Endleitung

in der Negativliste mit, dass die Herstellung der schaltbaren Endleitung einen besonders großen Aufwand erfordert."

8. Ziff. 4.3 wird gestrichen.

9. Ziff. 4.4 wird zur Ziff. 4.3 und erhält folgende Fassung:

„4.3 Preis für die Reparatur einer defekten Endleitung

Die Deutsche Telekom stellt für die Herstellung einer defekten Endleitung einen Preis in Höhe von EUR pro Endleitung pauschal in Rechnung. Die Arbeitszeit zur Fehlereingrenzung ist in diesem Festpreis enthalten.

Sofern diese Voraussetzungen auf Grund der Umstände des Einzelfalles nicht eingehalten werden können und die Leistung gemäß Ziffer 1.3 auf Grundlage des erstellten Angebotes erbracht werden, gelten die Preise der Preisliste „Montage nach Aufwand“, welche im Internet unter [www. t-home.de/agb](http://www.t-home.de/agb) abrufbar sind."

10. Ziff. 4.5 wird zur Ziff. 4.4, Ziff. 4.6 wird zur Ziff. 4.5.

11. Es wird folgende neue Ziff. 4.6 hinzugefügt:

„4.6 Nachweis durchgeführter Arbeiten

Die Deutsche Telekom weist KUNDE durchgeführte Arbeiten nach Ziffer 4.1 und Ziffer 4.2 durch Eintragungen in einem Vordruck mit. In diesem Vordruck werden eingetragen: Name Techniker, Tag/Zeit/Dauer durchgeführter Arbeiten, Materialaufwand, Fehlerbild. Die Deutsche Telekom bittet den Endkunden vor Ort zur Bestätigung der Angaben auf dem Vordruck."

12. In Ziff. 4 werden die E-Betragsangaben gestrichen.

13. Ziff. 6 a) wird wie folgt gefasst:

„Diese Zusatzvereinbarung wird mit dem Tage der beiderseitigen Unterzeichnung, frühestens jedoch zum 1.6.2009 wirksam."

Die Antragsgegnerin beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, dass die verfahrensgegenständlichen Leistungen nicht von der Regulierungsverfügung BK4a-07/02/R erfasst seien. Die Antragsgegnerin werde nach der Regulierungsverfügung nur dazu verpflichtet, Zugang zu ihrer vorhandenen Infrastruktur, nämlich den vorhandenen Teilnehmeranschlüssen, zu gewähren. Dies werde auch durch die Begründung in der ersten Entscheidung im Überprüfungsverfahren für ein TAL-Standardangebot (BK4a-05-101/S vom 27.04.2007) bestätigt, wo es heiße, der Zugangsanspruch richte sich nur auf die vorhandenen Kupfer-Doppel-Adern. Damit dürfe sie also den Zugang ausschließen, wenn die erforderliche Leitung (auch Inhouse-Verkabelung) nicht vorhanden sei. Die Leistungen stellten auch keine für die Nutzung des Zugangs zur TAL wesentlichen Nebenleistungen dar, denn ihre Verweigerung würde den eigentlichen Zugang zur TAL weder faktisch erheblich erschweren noch unmöglich machen. Die Arbeiten an der Endleitung könnten von der Antragstellerin genauso gut erbracht werden wie von der Antragsgegnerin. Übergangsfristen seien nicht vorgesehen, weil es sich bei den vorgelegten Regelungen um solche handele, die seit dem Erlass der vorläufigen Anordnung gelebt würden.

Die Beigeladene zu 1. weist in ihrer Stellungnahme auf die AGB-Regelungen für die Standardinstallation eines Standard-Anschlusses, ISDN-Anschlusses oder Universal-Anschlusses für Endkunden hin, wonach die Antragsgegnerin im Rahmen der Bereitstellung eine Endleitung bis in den Verfügungsbereich des Kunden verlege und mit der 1. TAE abschließe. Gegenüber ihren Endkunden übernehme die Antragsgegnerin also die Installation der Endleitung, ohne dass diese zusätzlich entgolten werden müsse. Bisher habe die Antragsgegnerin Wettbewerber und ihre eigenen Endkunden gleich behandelt. Von dieser gebotenen Vorgehensweise wolle die Antragsgegnerin nun abweichen. Lediglich soweit die Verlegung der Endleitung eine Bauweise mit sich bringe, die von der Standardinstallation abweiche, könne die Antragsgegnerin die Bauweise und den Mehraufwand direkt mit dem Endkunden vor Ort oder mit dem TAL-Kunden vereinbaren. Es sei aber davon auszugehen, dass das Erfordernis von Sonderbauweisen die absolute Ausnahme darstelle. Die Reparatur der Endleitung sei im Übrigen ohnehin vom TAL-Vertrag abgedeckt.

Die Beigeladene zu 2. sieht in der Berechnung einer Pauschale für Bau und Reparatur der Endleitung einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 19 Abs. 1 und 2 TKG, weil die Antragsgegnerin selbst bei ihren Endkunden im Rahmen der Standardinstallation auf ein Entgelt hierfür verzichte.

Die Beigeladene zu 4. ist der Ansicht, dass auch die Installation der Endleitung sowie alle anderen Fälle (Teilneubau, Reparatur, Durchschalten über mehrere Verteiler) von der mit der Regulierungsverfügung BK4a-07-002 vom 27.06.2007 auferlegten Zugangsverpflichtung umfasst sein müssten, da der Zugangsanspruch anderenfalls ins Leere liefe. Würden die von der strittigen Zusatzvereinbarung umfassten Leistungen nicht reguliert, hätte die Antragsgegnerin es in der Hand, den Zugang zur TAL wesentlich zu erschweren. Außerdem stelle die Antragsgegnerin durch die Verweigerung der Installation einer Endleitung keine TAL im gesetzlich definierten Sinn bereit. Der Zugang werde mithin nicht nur wesentlich erschwert, sondern schlicht nicht bereitgestellt. Über die streitigen Leistungen bestehe nur teilweise eine vertragliche Grundlage. Keine vertragliche Grundlage – weder Altverträge noch Standardvertrag - bestehe hinsichtlich der Verlegung der Endleitung ab dem APL (Installation), dazu ggf. notwendigen Wand- und Deckenbohrungen, Reparatur der Endleitung sowie Teilneubau. Im Hinblick auf Entgelte und Prozessabläufe sei bereits jetzt zu berücksichtigen, dass Arbeiten an der Endleitung in jedem Fall nur nach vorheriger Information und Beauftragung durch den Abnehmer erfolgen dürften. Bei einer negativen Entscheidung des Abnehmers müsse die TAL noch kostenfrei storniert werden können. Eine Kostenpauschale für alle genannten Konstellationen sei nicht angebracht. Vielmehr müsse es ein transparentes, auf Basis eines differenzierten Kostenvoranschlages berechnetes Entgelt geben. Weiter müsse die Frage des Schicksals der Investitionen eines Wettbewerbers in eine Endleitung, wenn die TAL gekündigt und anschließend einschließlich der Endleitung von einem anderen Wettbewerber oder der Antragsgegnerin weiter genutzt werde geklärt werden.

Die Beigeladene zu 5. ist der Ansicht, dass es sich beim Bau der Endleitung um eine wesentliche Leistung im Rahmen der TAL-Bereitstellung handele. Der nachfragende Wettbewerber sei hier einem erheblichen Missbrauchspotential des marktbeherrschenden Unternehmens ausgesetzt. Bei einer Weigerung der Antragsgegnerin, die Endleitung zu bauen, müsse der Wettbewerber eine weitere Technikeranfahrt gegenüber dem Endkunden abrechnen. Dies gebe der Antragsgegnerin bei der Neuschaltung der TAL insbesondere im Privatkundenbereich einen uneinholbaren Kostenvorsprung. Die Preisgestaltung der Antragsgegnerin in ihrem vorgelegten Entwurf zum Bau der Endleitung zeige, dass sie gewillt sei, ihr Missbrauchspotential auch auszuschöpfen. Zudem seien noch Fragen bezüglich der praktischen Umsetzung offen. Es fehle die Möglichkeit, bei der TAL-Bestellung gezielt nur den Neubau, den Teilneubau oder die Reparatur zu beauftragen. Außerdem müsse bei Beauftragung eine zeitnahe Kontrolle der tatsächlich durchgeführten Arbeiten durch die Beigeladene möglich sein. Dazu müssten auf der Negativliste auch diejenigen Fälle aufgelistet werden, in denen eine Endleitung gebaut worden sei.

Die Beigeladene zu 7. kritisiert zunächst das Vorgehen der Antragsgegnerin. Sie habe, nachdem sie das Thema Endleitung im AKNN über einen längeren Zeitraum nicht weiter verfolgt habe, überraschend eine nicht verhandelbare Zusatzvereinbarung vorgelegt und die Wettbewerber mit der Drohung, die Leistung bei Nichtabschluss nicht mehr zu erbringen, unter Druck gesetzt. Dann habe sie in der öffentlichen mündlichen Verhandlung wiederum überraschend eine neue, stark veränderte Zusatzvereinbarung vorgelegt und schließlich diese kurz darauf zugunsten der nun angebotenen AGB zurückgezogen. Bei den im Zusammenhang mit der Endleitung anfallenden Arbeiten handele es sich außerdem um regulierungspflichtige Leistungen, die nicht in Form von AGB umzusetzen seien. Die vorgestellten Entgelte seien überhöht und in einem gesonderten Verfahren zu korrigieren. Verschiedene Einzelregelungen der AGB seien darüber hinaus inakzeptabel oder unklar. Außerdem benötigten die betroffenen Unternehmen wegen der komplexen Prozesse und der erforderlichen IT-Anpassung eine Übergangsfrist von mindestens 3 Monaten.

In der am 23.09.2008 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung ist der ursprüngliche Antrag mit den Beteiligten des Verfahrens erörtert worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen. Auf eine öffentlich mündliche Verhandlung über den geänderten Antrag haben alle Verfahrensbeteiligten verzichtet. Die Beschlusskammer hat daher von deren Durchführung abgesehen.

Gemäß § 132 Abs. 4 TKG sind die übrigen Beschlusskammern und die Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 03.02.2009 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beschlussentwurf gegeben worden. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 04.02.2009 mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absehe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftsätzlichen Äußerungen der Parteien im Verwaltungsverfahren, den sonstigen Inhalt der Verwaltungsakten sowie die Ausführungen unter Ziffer II. verwiesen.

II. Gründe

Dem Antrag der Antragstellerin ist in dem aus dem Tenor der Entscheidung ersichtlichen Umfang stattzugeben. Im Übrigen ist er abzulehnen.

Grundlage der Entscheidung ist § 25 Abs. 1, 5 und 6 TKG.

1. Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer hierfür ergibt sich aus § 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG. Gemäß § 132 Abs. 4 TKG in Verbindung mit der Geschäftsordnung der Bun-

desnetzagentur sind die übrigen Beschlusskammern und die Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Antragstellerin und Antragsgegnerin haben mit Blick auf den am 19.08.2008 gestellten ursprünglichen Antrag vorsorglich auf eine Einhaltung der Viermonatsfrist verzichtet.

2. Anordnung nach § 25 TKG

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 25 TKG sind vorliegend erfüllt.

2.1 Netzbetreiber und Scheitern der Verhandlungen

Die Antragstellerin und Antragsgegnerin betreiben ein öffentliches Telefonnetz im Sinne des § 3 Nr. 16 TKG und somit auch ein öffentliches Telekommunikationsnetz. S. v. § 3 Nr. 27 TKG.

Die Verhandlungen zwischen den Parteien sind gescheitert. Die Parteien haben zwar noch während des laufenden Zugangsanordnungsverfahrens über den am 23.09.2008 vorgelegten Entwurf der Zusatzvereinbarung über den Bau und die Reparatur der Endleitung verhandelt. Bezüglich der hier zu entscheidenden Punkte wurde jedoch von der Antragstellerin mit Schreiben vom 03.12.2008 ein unüberbrückbarer Dissens festgestellt.

2.2 Umfang der Zugangsverpflichtung

Die nach § 25 Abs. 1 TKG gemäß § 13 Abs. 1 TKG i.V.m. § 21 TKG erforderlichen Voraussetzungen für eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung liegen mit der Regulierungsverfügung BK 4a-07-002 IR vom 27.06.2007 bezüglich der in der Zusatzvereinbarung als Teilneubau und Reparatur der Endleitung bezeichneten Varianten vor. Nicht durch die Regulierungsverfügung abgedeckt ist eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zum kompletten Neubau der Endleitung im Rahmen der Zugangsgewährung zur TAL.

Die Antragsgegnerin ist gemäß Ziffer 1.1.1 des Tenors der genannten Regulierungsverfügung grundsätzlich verpflichtet, anderen Unternehmen Zugang zum Teilnehmeranschluss zu gewähren.

- Neubau -

Existiert keine Endleitung, liegt nach der gesetzlichen Definition in § 3 Nr. 21 TKG (Teilnehmeranschluss = physische Verbindung mit dem der Netzabschlusspunkt in den Räumlichkeiten des Teilnehmers mit den Hauptverteilerknoten oder mit einer gleichwertigen Einrichtung in festen öffentlichen Telefonnetzen verbunden wird) bereits kein Teilnehmeranschluss vor. Ist jedoch das Zugangsobjekt erst gar nicht vorhanden, muss grundsätzlich auch kein Zugang gewährt werden.

Dies wird bei der im Rahmen der Regulierungsverfügung vorgenommenen Abwägung gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG (S. 22 der Entscheidung) näher ausgeführt. Demnach ist die Antragstellerin/Betroffene lediglich verpflichtet, entbündelten Zugang zu ihrer vorhandenen Infrastruktur, nämlich den vorhandenen Teilnehmeranschlüssen zu gewähren.

Allerdings besteht ausweislich der Begründung der Regulierungsverfügung, welche im Wesentlichen auf der Rechtsprechung des VG Köln (VG Köln 1 K 2976105 vom 19.10.2006) basiert dennoch auch die Möglichkeit im Rahmen einer Einzelfallprüfung im dafür statthaften Beschlusskammerverfahren abzuwägen, ob der Zugangsanspruch als solcher ohne einen Kapazitätsausbau (für den der Nachfrager das Investitionsrisiko übernimmt) ins Leere liefe und dieser daher doch im Einzelfall anordnungsfähig ist. Selbst wenn also nach der Regulierungsverfügung keine generelle Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Schaffung neuer Teilnehmeranschlüsse, um sodann einem Wettbewerber Zugang gewähren zu können, besteht, kann durchaus eine Abwägung im Zugangsanordnungsverfahren ergeben, dass in speziellen Fällen ein Anspruch des Zugangsnachfragers besteht, bestimmte neue Infrastruktur zu schaffen. Auch im hier konkret zu entscheidenden Zugangsanordnungsverfahren ergibt die Prüfung jedoch nicht, dass der Zugangsanspruch zur TAL für den Zugangsnachfrager im Falle einer nicht vorhandenen Endleitung – wenn mithin für den Endkunden erstmals eine

Endleitung errichtet werden müsste - dann ins Leere lief, wenn die Antragsgegnerin die Endleitung nicht für den Zugangsnachfrager bauen würde. Denn die Fallzahlen sind nach den von der Antragstellerin insoweit nicht bestrittenen Angaben der Antragsgegnerin so gering, dass hierdurch der Zugangsanspruch nicht in Frage gestellt wird.

Die Beschlusskammer hat im Übrigen auch bereits in der ersten Teilentscheidung zum TAL-Standardangebot (BK4a-05/101 vom 27.04.2007) entsprechend entschieden. Dort heißt es: „Der Zugangsanspruch richtet sich auf die vorhandenen Kupferdoppeladern. Die Betroffene darf also den Zugang ausschließen, wenn die erforderliche Leitung (auch Inhouseverkabelung) nicht vorhanden ist.“ Ein Zugangsanspruch bei nicht vorhandener Ressource wird auch hier verneint.

Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht aus § 84 Abs. 1 i.V.m. 78 Abs. 2 i.V.m. § 150 Abs. 9 TKG. Die dort niedergelegte Verpflichtung besteht nur gegenüber dem Endkunden und ändert nichts daran, dass Zugangsansprüche von Wettbewerbern grundsätzlich – mit den oben gemachten Einschränkungen - auf bestehende Infrastruktur beschränkt sind.

- Reparatur -

Im Falle einer lediglich erforderlichen Reparatur der Endleitung ist die Antragsgegnerin gemäß Ziffer 1.1.1 des Tenors der Regulierungsverfügung zur Zugangsgewährung verpflichtet. Die Variante Reparatur erfordert unstreitig keinen Kapazitätsausbau, denn die Endleitung und damit das Zugangsobjekt TAL existiert und muss lediglich durch gewisse Maßnahmen ähnlich wie bei einer Entstörung betriebsbereit gemacht werden. Es handelt sich bei der Reparatur somit um eine zusätzliche Leistung, welche die Nutzung der bereits existenten Zugangsform überhaupt erst ermöglicht. Solche Leistungen sind unstreitig auch von der Zugangsverpflichtung umfasst (Umfang des Zugangs, S.24 der Regulierungsverfügung)

- Teilneubau -

Bei der von der Antragsgegnerin im Entwurf der Zusatzvereinbarung als Teilneubau bezeichneten dritten Variante muss bezüglich der Verpflichtung zur Zugangsgewährung differenziert werden. Als Teilneubau werden von der Zusatzvereinbarung die Fälle bezeichnet, wenn mindestens ein ganzer Abschnitt der Endleitung z.B. zwischen APL und Etagenverteiler oder Etagenverteiler und erster TAE nicht vorhanden oder zerstört ist. In der von der Antragsgegnerin begleitend zum Entwurf der Zusatzvereinbarung vorgelegten Präsentation „Leistungen im Bereich der Endleitung“, Stand 23.09.2008, werden unter „2. Teilweiser Neubau der Endleitung“ als Beispiele zunächst die beiden Fälle angeführt, dass die Endleitung zwischen APL und Etagenverteiler oder Etagenverteiler und erster TAE nicht vorhanden ist, und als drittes Beispiel für einen Teilneubau genannt „ein Abschnitt der Endleitung ist beschädigt und kann nicht repariert werden (weil das betroffene Kabelstück z.B. eingeputzt ist, der betroffene Abschnitt ist neu herzustellen.“

Für die zuerst genannten Fälle, dass ein ganzer Abschnitt der Endleitung zwischen zwei Verteilern bzw. zwischen einem Verteiler und der TAE oder dem APL und einem Verteiler fehlt, liegt wie oben im Falle des kompletten Neubaus nach der gesetzlichen Definition kein Teilnehmeranschluss vor. Somit ist das Zugangsobjekt nicht vorhanden und es besteht keine Verpflichtung zur Zugangsgewährung. Das oben zum Neubau Gesagte gilt entsprechend.

Anders verhält es sich, wenn ein Abschnitt zwischen zwei Verteilern zerstört ist. Hier besteht eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung gemäß Ziffer 1.1.1 des Tenors der Regulierungsverfügung im Rahmen der Zugangsgewährung zur TAL. Zwar könnte die Bezeichnung als „Teilneubau“ nahe legen, dass hier eine dem Neubau vergleichbare Leistung in Frage steht. Aber in diesen Fällen ist das Zugangsobjekt grundsätzlich vorhanden und lediglich defekt. Es geht um die Reparatur der Endleitung. Ob lediglich ein kleinerer Teil oder eine längere Strecke der Leitung beschädigt ist, macht keinen Unterschied.

Bei der Bewertung wird auch die von der Antragstellerin angeführte Abgrenzungsfrage zwischen Reparatur und Teilneubau - Ersetzung eines größeren Endleitungsstücks durch ein Neues (Teil-Neubau) ist weniger aufwändig, als eine vorangehende Fehlersuche und die folgende Ersetzung nur eines kurzen Endleitungsstücks (Reparatur) – hier nicht relevant,

denn beide Fälle sind der regulierten Leistung Reparatur zuzuschlagen. Ob Hinsichtlich der Entgelte je nach Länge der Strecke zu differenzieren ist, ist im Rahmen der zweiten Teilentscheidung zu entscheiden.

2.3 Einzelne Zugangsbedingungen

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 25 TKG vor, so ordnet die Beschlusskammer den Zugang an. Die Beschlusskammer ist nach § 25 Abs. 5 Satz 1 TKG dabei berechtigt, zu allen Vertragsbedingungen, bezüglich derer es nicht zu einer vertraglichen Einigung gekommen ist, Regelungen zu treffen.

Über die Vereinbarung der Leistungen im Zusammenhang mit der Endleitung auf Basis der Zusatzvereinbarung zum Vertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (Stand 23.09.2008) bestand zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin wie der geänderten Antrag zum Ausdruck bringt Konsens. Umstritten war lediglich, welche Leistungen und Entgelte als reguliert einzustufen sind sowie einige einzelne Bedingungen der Leistungserbringung.

Zu den Anordnungen im Einzelnen:

Präambel

Die von der Antragstellerin beantragte Änderung in Absatz 4 der Präambel, wird angeordnet, weil zwischen den Parteien diesbezüglich Konsens besteht. Zusätzlich wurde zur Klarstellung im Hinblick auf Ziffer 2.1 der Zusatzvereinbarung noch ein Hinweis aufgenommen, dass eine Unterbrechung der TAL-Bereitstellung nur in den Fällen erfolgt, in welchen nicht bereits bei der TAL-Bestellung ein Auftrag zur Reparatur der Endleitung erteilt wurde.

Die Absätze 5 und 6 der Präambel werden gestrichen, weil diese keinen eigenständigen Regelungsgehalt aufweisen.

Ziffer 1 Leistungen der Deutschen Telekom

Die von der Antragstellerin in Ziffer 1 beantragte Änderung wird angeordnet, weil zwischen den Parteien diesbezüglich mittlerweile ebenfalls Konsens besteht.

Ziffer 1.1 Voraussetzungen der Leistungserbringung

Die angeordnete Änderung in Ziffer 1.1 ergibt sich aus den oben gemachten Ausführungen zum Verpflichtungsumfang. Weder der Fall, dass die Endleitung vollständig fehlt, noch der Fall, dass ein ganzer Abschnitt der Endleitung zwischen zwei Verteilern oder zwischen einem Verteiler und der ersten TAE oder dem APL und einem Verteiler fehlt, sind vom Verpflichtungsumfang der Regulierungsverfügung abgedeckt. Es handelt sich somit um von der Antragsgegnerin freiwillig erbrachte Leistungen, zu welchen die Antragsgegnerin nicht durch eine Zugangsanordnung verpflichtet werden kann, so dass die Streichung der Varianten „Endleitung fehlt vollständig“ und „Endleitung fehlt teilweise“ in der anzuordnenden Zusatzvereinbarung erforderlich war. Ebenfalls aufgrund der Reichweite des Verpflichtungsumfangs war der von diesem umfasste Fall „Endleitung defekt“ um die Variante, dass ein Abschnitt der Endleitung zwar zunächst vorhanden war, dann aber zerstört wurde, zu ergänzen.

Ziffer 1.2 Leistungsumfang

Die angeordnete Neufassung von Ziffer 1.2 ergibt sich ebenfalls aus dem Verpflichtungsumfang. Die Antragsgegnerin ist lediglich zur Reparatur der Endleitung verpflichtet, wobei unter Reparatur auch die Fälle eines ehemals vorhandenen, aber zerstörten Abschnitts der Endleitung fallen (s.o.).

Die von der Antragstellerin weiter beantragte Änderung in Ziff. 1.2, nämlich jeweils die Formulierung „konkret vorzunehmenden Maßnahmen durch „konkret erforderlichen Maßnahmen“ zu ersetzen wird angeordnet, weil zwischen den Parteien diesbezüglich Konsens besteht.

Ziffer 1.3 Leistungen bei besonders hohem Aufwand

Die in Ziffer 1.3 Absatz 1 beantragten Regelungen werden angeordnet, weil zwischen den Parteien diesbezüglich Konsens besteht. Zusätzlich wurden wegen der Streichung von Ziffer 4 die insoweit unstrittigen Abgrenzungsmerkmale für das Vorliegen eines besonders hohen Aufwandes in Ziffer 1.3 aufgenommen.

Die beantragte Änderung in Ziffer 1.3 Abs. 2 wird dagegen nicht angeordnet. Zunächst spiegelt die Regelung den gesetzlichen Regelfall gemäß § 650 BGB wieder, wonach der Kostenanschlag grundsätzlich unverbindlich und nicht Vertragsbestandteil, sondern nur Geschäftsgrundlage ist. Darüber hinaus ist die Antragstellerin in diesem Fall auch nicht schutzlos gestellt, so dass ihr die getroffene Regelung durchaus zumutbar ist. Sollte sich nämlich herausstellen, dass es zu einer wesentlichen Überschreitung des Kostenanschlages kommt, muss ihr dies durch die Antragsgegnerin angezeigt werden (§ 650 Abs. 2 BGB) und hat sie gemäß § 650 Abs. 1 BGB ein gegenüber § 649 BGB privilegiertes Kündigungsrecht und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche, wenn die Antragsgegnerin im Hinblick auf die Mehrkosten ihre Pflichten verletzt hat. Als Richtschnur für eine wesentliche Überschreitung gelten im Regelfall 15 bis 20% (s. Palandt/Sprau, § 650, Rn. 2). Die Antragstellerin ist hier auch nicht besonders schutzwürdig, weil sie nicht aufgrund des Kostenvoranschlages erhebliche eigene Investitionen tätigen wird.

Ziffer 2 Auftragserteilung für den Bau der Endleitung

Ziffer 2.1 Auftrag bei TAL-Bestellung

Die beantragte Streichung in Ziffer 2.1 war vorzunehmen. Wie die Antragsgegnerin selbst vorher in Ziffer 2.1 ausführt, soll die Beauftragung der Herstellung der Endleitung bereits mit Abgabe der TAL-Bestellung zu einer Beschleunigung des Prozesses führen, weil hierdurch verhindert werden könne, dass die Antragsgegnerin die TAL-Bereitstellung wie in der Präambel beschrieben unterbricht. Durch die Einschränkung durch das „möglichst“, wird dieser Vorteil aber weitgehend entwertet. Warum der Antragsgegnerin eine Bereitstellung am gleichen Tag nicht möglich sein soll, ist auch nicht ersichtlich, zumal die Fälle, in denen ein besonders hoher Aufwand erforderlich ist, ohnehin ausgeklammert sind und vorliegend auch nur die weniger arbeitsintensiven Reparaturfälle und nicht der Bau der Endleitung geregelt werden.

Ziffer 2.2 Auftrag nach der TAL-Bestellung

In Ziffer 2.2 Abs. 2 wird – soweit die Antragsgegnerin für die einfache Reparatur der Endleitung sowie den Ersatz eines zerstörten Abschnitts zwei verschiedene Preispositionen vorsehen wird - der 3. Spiegelpunkt gestrichen und durch den neuen 3. Spiegelpunkt „ER: Endleitung wird repariert“ und den neuen 4. Spiegelpunkt „EZ: Endleitung ist zerstört und wird repariert“ ersetzt. Die beantragte Streichung war nicht vorzunehmen, weil der Fall „ET: Endleitung fehlt teilweise“ ja weiterhin bestehen bleibt. Die Änderung war vorzunehmen, weil dem Fall der defekten Endleitung nun auch Fälle von zerstörten Teilabschnitten erfasst sind.

Die Änderung in Ziffer 2.2 Absatz 5 wird angeordnet, weil zwischen den Parteien diesbezüglich Konsens besteht.

Ziffer 3 Ablauf der Beauftragung bei besonders großem Aufwand

Die beantragte Streichung in Ziffer 3 war nicht vorzunehmen. Zur Begründung s.o. Anordnung zu Ziffer 1.3.

Ziffer 3.1 Auftrag über die Erstellung eines Angebots

Die beantragte Änderung in Ziffer 3.1 Absatz 1 war nicht anzuordnen. Zwar greift das Argument der Antragsgegnerin, ein dreistelliges Rückmeldefeld für Fälle des besonders hohen Aufwandes sei aus technischen Gründen ausgeschlossen, nicht durch, denn es wäre kein Problem, die geforderte Information auch in einem zweistelligen Rückmeldefeld weiterzugeben, indem zuvor einfach das die verschiedenen Kostellationen beschreibende Buchstabenpaar definiert würde. Aber es erschließt sich andererseits nicht der zusätzliche Nut-

zen, den die Antragstellerin durch diese Information hat. In dem Moment, in dem klar ist, dass ein besonders hoher Aufwand erforderlich ist, hat die Antragstellerin vor dem Angebot der Antragsgegnerin ohnehin keinen Anhaltspunkt über die Größenordnung der entstehenden Kosten, aufgrund dessen sie eine Entscheidung treffen könnte, ob ein Auftrag erteilt werden soll oder nicht. Inwieweit die weitere Differenzierung der Angabe in der Negativliste der Antragstellerin ihre Entscheidung erleichtern kann, hat diese nicht vorgetragen.

Ziffer 3.2 Auftrag nach Erstellung des Angebots

Die Änderung in Ziffer 3.2 Absatz 4 wird angeordnet, weil zwischen den Parteien diesbezüglich Konsens besteht.

Ziffer 4 Preise

Ziffer 4 wird gestrichen. Über die Entgelte wird in der zweiten Teilentscheidung entschieden.

Ziffer 4.6 Nachweis durchgeführter Arbeiten

Die als neue Ziffer 4.6 beantragte Nachweispflicht ist nicht anzuordnen. Zwar ist ohne Zweifel ein Interesse der Antragstellerin, einen Beleg über die durchgeführten Arbeiten zu haben, um diese mit der Rechnung abgleichen zu können, zu bejahen. Die Antragstellerin will aber letztendlich ohnehin dem Endkunden auferlegen, die durchgeführten Arbeiten zu überwachen und die Angaben des Technikers anschließend zu bestätigen. In diesem Fall kann die Antragstellerin dann auch von vornherein den Endkunden mit einem entsprechenden Vordruck ausrüsten und ihn zur Befragung des Technikers und zur Eintragung der fraglichen Angaben anhalten.

Ziffer 6 Vertragslaufzeit und Kündigung

Die in Ziffer 6 a beantragte Übergangsfrist ist nicht anzuordnen. Zunächst trägt die Antragstellerin nur unsubstantiiert dazu vor, weshalb sie eine Übergangsfrist für unbedingt erforderlich hält. Sie spricht pauschal davon, dass prozesstechnische Abläufe in ihrem Unternehmen sichergestellt werden, Mitarbeiter geschult und die Auswirkungen auf Endkundenvertragsbeziehungen geprüft werden müssten. Welche konkreten Maßnahmen vorzunehmen sein und welchen Zeitraum sie in Anspruch nehmen würden, bleibt jedoch gänzlich offen. Darüber hinaus ist auch unklar, welcher Zustand bis zum 01.06.2009 gelten soll. Gemäß Ziffer 5 des Tenors gilt die einstweilige Anordnung vom 29.08.2008 lediglich bis zum Wirksamwerden der Entscheidung über den Antrag in der Hauptsache. Die Antragstellerin hat auch nicht eine Weitergeltung des status quo der einstweiligen Anordnung bis zum Ablauf der Übergangsfrist beantragt. Damit würde bei Anordnung der Übergangsfrist für den Zeitpunkt bis dahin wieder der unregelmäßige Zustand, der vor Erlass der vorläufigen Anordnungen herrschte, aufleben. Dies kann aber nicht im Sinne der Antragstellerin sein. Schließlich ist der Antragsgegnerin darin zuzustimmen, dass es auch deshalb nicht der Anordnung einer Übergangsfrist bedarf, weil die Antragstellerin seit der Antragstellung und mehr noch seit Erlass der vorläufigen Anordnung Gelegenheit hatte, sich auf die Neuregelung im Bereich der Endleitung einzustellen und die erforderlichen Umstellungen durchzuführen. Dass dies für den Prozess, der derzeit unter der vorläufigen Anordnung gelebt wird, zu außerordentlichen Schwierigkeiten bei der Antragstellerin geführt hat, ist der Beschlusskammer nicht vorgetragen worden. Ob die derzeitigen Prozesse aus einer Zwangssituation heraus entwickelt worden sind, ist für die Beurteilung nicht relevant.

3. Entgelte

Die Parteien haben sich bislang nicht über die Entgelte einigen können. Die Beschlusskammer legt deshalb gemäß § 25 Abs. 6 S. 1 TKG vorliegend lediglich die Entgeltspflichtigkeit fest. Über die Höhe der Entgelte wird hingegen in einer zweiten Teilentscheidung entschieden. Die Beschlusskammer erwartet die unverzügliche Beantragung der Entgelte für die angeordneten Leistungen durch die Antragsgegnerin. Sollte sie dies versäumen, behält sich die Beschlusskammer die Einleitung von Amts wegen gemäß § 25 Abs. 4 TKG vor.

4. Widerrufsvorbehalt

Die Aufnahme des Widerrufsvorbehalts in Ziffer 4. des Tenors gemäß § 36 VwVfG war erforderlich. Für den Fall, dass die Parteien eine Vereinbarung über den Zugang schließen, ist wegen des Vorrangs des Vertragsschlusses vor der Anordnung, der in den §§ 16, 25 Abs. 2 TKG zum Ausdruck kommt, diese Anordnung zu widerrufen.

5. Hinweis

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass die in diesem Verfahren ergangene vorläufige Anordnung bis zur zweiten Teilentscheidung weiter gilt. Dies ergibt sich aus Ziffer 5 des Tenors der vorläufigen Anordnung vom 29.08.2008.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann gemäß § 25 Abs. 6 TKG erst gemeinsam mit der Entscheidung nach § 31 Abs. 6 S. 3 TKG Klage erhoben werden.

Bonn, den 06.02.2009

Vorsitzender	Beisitzer	Beisitzerin
Wilmsmann	Wieners	Schölzel