



**Notifizierungsentwurf**

Az.: BK2a-12/001 R

**Beschluss**

In dem **Verwaltungsverfahren**

wegen

der Beibehaltung, Auferlegung sowie des Widerrufs von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 6 „Abschluss-Segmente von Mietleitungen für Großkunden, unabhängig von der für die Miet- oder Standleitungskapazitäten genutzten Technik“ der Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung 2007/879/EG) (ABL. EU Nr. L344 v. 28.12.2007, S. 65 ff.)

betreffend:

Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung und alle mit ihr verbundenen Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 29 TKG

Betroffene,

hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn

nach anliegender von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur getroffenen Festlegung vom 03.01.2012:

*„Das Unternehmen Telekom Deutschland GmbH und die mit ihm verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG) verfügen auf*

- *Dem regulierungsbedürftigen bundesweiten Markt für Abschluss-Segmente von Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s bis 10 Mbit/s sowie*
- *Dem regulierungsbedürftigen bundesweiten Markt für Abschluss-Segmente von Mietleitungen mit einer Bandbreite von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s*

*auf der Vorleistungsebene im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht.*

*Das Abschluss-Segment erfasst alle Verbindungen, die nicht dem Fernübertragungs-Segment zuzurechnen sind. Die gegenständlichen Vorleistungsmärkte umfassen Abschluss-Segmente mit klassischen Schnittstellen sowie mit ethernetbasierten Schnittstellen und auch Abschluss-Segmente, die im Rahmen von Systemlösungen erbracht werden.“*

Diese Feststellungen umfassen somit nicht mehr Mietleitungen mit Übertragungsgeschwindigkeiten kleiner 2 Mbit/s und größer 155 Mbit/s.

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 12.06.2012

durch

den Vorsitzenden Dir. bei der BNetzA Dipl. Ing. Bernhard Kuhrmeyer,

den Beisitzer ORR Jörg Lindhorst sowie

den Beisitzer RD Werner Hammen

folgende

## Regulierungsverfügung

### I.

beschlossen:

1. Gegenüber der Betroffenen werden auf dem regulierungsbedürftigen bundesweiten Markt für Abschluss-Segmente von Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s bis 10 Mbit/s auf der Vorleistungsebene folgende mit der Regulierungsverfügung BK3b-07/007 vom 31.10.2007 bestandskräftig auferlegten Verpflichtungen für klassische Abschluss-Segmente mit der Übertragungsrate 2 Mbit/s beibehalten:
  - 1.1 anderen Unternehmen Zugang zu den unter 1. genannten Abschluss-Segmenten von Mietleitungen mit der Übertragungsrate 2 Mbit/s zu gewähren,
  - 1.2. zum Zwecke des Zugangs gemäß Ziffer 1.1 Kollokation zu ermöglichen sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
  - 1.3. dass Vereinbarungen über Zugänge gemäß Ziffern 1. und 2. auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen.
  - 1.4. Die Entgelte für die Zugangsgewährung zu Abschluss-Segmenten von Mietleitungen gemäß Ziffer 1.1 werden der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen.
  - 1.5 Der Betroffenen wird auferlegt, ein Standardangebot für Zugangsleistungen zu Abschluss-Segmenten von Mietleitungen, zu deren Angebot sie gemäß Ziffer 1.1 und 1.2. verpflichtet ist, und für die eine allgemeine Nachfrage besteht, innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung zu veröffentlichen.

Die Angaben zu den Standorten des Zugangs bzw. der Kollokation müssen nicht veröffentlicht werden.

2. Soweit nicht bereits unter Ziffer 1 erfasst, werden der Betroffenen auf den gem. anliegender Marktanalyse regulierungsbedürftigen Märkten auf der Vorleistungsebene für

- *Abschluss-Segmente von Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s bis 10 Mbit/s sowie*
- *Abschluss-Segmente von Mietleitungen mit einer Bandbreite von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s,*

die jeweils mit klassischen- oder mit ethernetbasierten Schnittstellen abgeschlossen werden und auch Abschluss-Segmente, die im Rahmen von Systemlösungen erbracht werden,

dieselben unter Ziffer 1.1 bis 1.5 genannten Verpflichtungen auferlegt.

3. Die bisherigen Verpflichtungen gemäß Regulierungsverfügung BK3b-07/007 vom 31.10.2007 betreffend das Angebot der Betroffenen für Carrier-Festverbindungen für Übertragungsraten kleiner 2 Mbit/s – soweit nicht bereits rechtskräftig aufgehoben - werden hiermit widerrufen.

Hinweis: mit obigen Tenor 1. und 2. werden auf beiden von der anliegenden Marktanalyse abgegrenzten Märkten dieselben Remedies beibehalten bzw. auferlegt

## II.

**Sachverhalt**

Die Betroffene ist Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Telekom AG und betreibt ein öffentliches Telekommunikationsnetz und die hierzu gehörenden technischen Einrichtungen. Als solche betreibt sie u.a. auch Übertragungswege, die sie teils selbst nutzt, teils aber auch an Anbieter von Telekommunikationsdiensten und an Endnutzer vermietet.

Die gegenüber der Betroffenen bislang für Abschluss-Segmente von Mietleitungen für Großkunden auferlegten Verpflichtungen ergaben sich aus der Regulierungsverfügung BK3b-07/007 vom 31.10.2007 sowie aufgrund der hierzu ergangenen Rechtsprechung (BVerwG 6 C 13.09 vom 01.09.2010) aus der vorläufigen Regulierungsverfügung BK2b 04/027 vom 30.11.2004 für Bandbreiten bis einschließlich 622 Mbit/s. Die in der Regulierungsverfügung BK3b-07/007 enthaltenen Verpflichtungen bezüglich ethernetbasierter Schnittstellen wurden aufgrund der erfolgten Rechtsprechung aufgehoben. Im Einzelnen:

Mit Urteil vom 26.03.2009 (Az.: 1 K 5114/07) hob das Verwaltungsgericht Köln die zuletzt erlassene Regulierungsverfügung BK 3b-07/007 vom 31.10.2007 insoweit auf, als sie andere Mietleitungen als klassische Mietleitungen bis 2 Mbit/s betraf. Die hiergegen gerichtete Revision wurde durch Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 01.09.2010 (6 C 13.09) zurückgewiesen. Das Urteil des VG Köln wurde damit rechtskräftig.

Insoweit konnte die Regulierungsverfügung BK3b-07/007 vom 31.10.2007 nur noch Grundlage für eine Genehmigungspflicht der Entgelte für klassische Abschluss-Segmente 2 Mbit/s sein. Allerdings ergab sich die Genehmigungspflicht für CFV der Bandbreiten größer 2 Mbit/s bis 622 Mbit/s damit wieder aus dem seinerzeit bestandskräftig gewordenen Teil der vorläufigen Regulierungsverfügung BK2b 04/027 vom 30.11.2004. Abschluss-Segmente mit Übertragungsraten größer 622 Mbit/s unterlagen somit infolge der o.g. Rechtsprechung keiner Ge-

nehmigungspflicht mehr, da die vorläufige Regulierungsverfügung BK2b 04/027 vom 30.11.2004 CFV Bandbreiten größer 622 Mbit/s nicht umfasste.

Damit entfiel ebenfalls die Grundlage für eine Regulierung von anderen als klassischen Mietleitungen, d.h. ethernetbasierter Abschluss-Segmente. Eine Feststellung der Genehmigungsbedürftigkeit von Entgelten für ethernetbasierte CFV hatte die Bundesnetzagentur in der Regulierungsverfügung BK3b-07/007 vom 31.10.2007 zwar getroffen, diese wurde allerdings mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 01.09.2010 (6 C 13.09) rechtskräftig aufgehoben. Auf die vorläufige Regulierungsverfügung BK2b-04/027 vom 30.11.2004 konnte im Hinblick auf Ethernetmietleitungen nicht zurückgegriffen werden.

Mit anliegender Festlegung der Präsidentenkammer vom 03.01.2012 (Az. BK1-09/006) zur Marktdefinition und Marktanalyse betreffend den Vorleistungsmarkt für das Angebot von Mietleitungen im Abschluss-Segment (Markt Nr. 6 der Märkte-Empfehlung 2007) verfügt das Unternehmen Telekom Deutschland GmbH und die mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG) auf dem regulierungsbedürftigen bundesweiten Markt für Abschluss-Segmente von Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s bis 10 Mbit/s auf der Vorleistungsebene sowie dem regulierungsbedürftigen bundesweiten Markt für Abschluss-Segmente von Mietleitungen mit einer Bandbreite von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s auf der Vorleistungsebene im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht. Die Abschluss-Segmente erfassen alle Verbindungen, die nicht dem Fernübertragungs-Segment zuzurechnen sind. Die gegenständlichen Vorleistungsmärkte umfassen Abschluss-Segmente mit klassischen Schnittstellen sowie mit ethernetbasierten Schnittstellen und auch Abschluss-Segmente, die im Rahmen von Systemlösungen erbracht werden.

Wegen einer vertiefenden Darstellung der wettbewerblichen Gegebenheiten in diesen Bereichen wird auf die oben genannte und als Anlage beigefügte Festlegung der Präsidentenkammer verwiesen.

Der Betroffenen wurde entsprechend der bisherigen Verfahrensweise mit Schreiben vom 04.04.2012 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Per Mail vom 11.04.2011 hat sie eine erste Stellungnahme eingereicht. Danach sei auf dem Markt für Ab-

schluss-Segmente von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s von der beabsichtigten ex ante-Entgeltgenehmigungspflicht abzusehen. Stattdessen käme die ex post-Entgeltregulierung in Betracht. Des weiteren sei die beabsichtigte Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes entbehrlich.

Das Bundeskartellamt erhielt mit Schreiben vom 04.04.2012 Gelegenheit zur Stellungnahme. Mit Schreiben vom 11.04.2012 hat es von einer Stellungnahme abgesehen.

Die übrigen mit Telekommunikation befassten Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur sind über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die nationale Konsultation wurde im Amtsblatt Nr.7 der Bundesnetzagentur vom 18.04.2012 unter der Mitteilungsnummer 240 eröffnet. Daraufhin haben neben der Betroffenen folgende Unternehmen und Interessengemeinschaften eine Stellungnahme eingereicht: QSC AG, Versatel AG, Initiative Europäischer Netzbetreiber IEN, Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten: Vatm, Ecotel communication AG, Vodafone D2 GmbH, Versatel AG, Verizon Deutschland GmbH.

Die Betroffene bekräftigt ihre in der Stellungnahme vom 11.04.12 geäußerte Auffassung und wendet sich darüber hinaus gegen die beabsichtigte Regulierung ethernetbasierter Mietleitungen. Bereits die Auferlegung einer diesbezüglichen Zugangsverpflichtung sei unverhältnismäßig, da die Betroffene ethernetbasierte Mietleitungen freiwillig anbiete und dieses Angebot ihrer Auffassung nach vom Markt akzeptiert werde. Insofern sei auch von einer Entgeltgenehmigungspflicht abzusehen. Vielmehr sei die ex post-Kontrolle zur Wahrung eines chancengleichen Wettbewerbs ausreichend.

In den sonstigen Stellungnahmen wird demgegenüber einheitlich die Einbeziehung von ethernetbasierten Mietleitungen in die Regulierung ausdrücklich begrüßt. Insbesondere sei es von großer Bedeutung für eine technologieneutrale Regulierung und somit für einen effektiven Wettbewerb, dass nun auch ether-

netbasierte Abschluss-Segmente endgültig Eingang in die Zugangs- und ebenso auch die Entgeltgenehmigungsverpflichtung fänden. Ethernetbasierte Mietleitungen hätten eine überragende Bedeutung. Die Wettbewerber der Betroffenen seien auf diese Leitungen angewiesen und würden sie aufgrund gleicher Nutzungsmöglichkeiten wie die „klassischen Mietleitungen“ einsetzen. Mittlerweile würden ethernetbasierte Mietleitungen den überwiegenden Teil der Neubestellungen ausmachen, bei zugleich anhaltender Nachfrage nach Mietleitungen in klassischer Technologie. Darüber hinaus wird insbesondere auch die beabsichtigte Entgeltgenehmigungspflicht sowie die beabsichtigte Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes unterstützt. In Bezug auf die Marktanalyse bedauern die Wettbewerber, dass Abschluss-Segmente größer 155 Mbit/s künftig unreguliert sind.

Die Stellungnahmefrist im Konsultationsverfahren endete am 16.05.2012. Die eingegangenen Stellungnahmen wurden im Amtsblatt Nr. 10/2012 vom 30.05.2012 als Mitteilungsnummer 328 veröffentlicht.

Die öffentliche mündliche Verhandlung erfolgte am 12.06.2012. Darin hat die Betroffene vorgetragen, dass unter Beachtung des § 2 Abs. 3 TKG (Regulierungsgrundsätze) aus ihrer Sicht eine deutlichere Differenzierung bei der Entgeltgenehmigungspflicht, insbesondere bei Ethernet-Mietleitungen, aber auch bei Mietleitungen 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s angezeigt sei. Hier sei die nachträgliche Entgeltkontrolle ausreichend. Die Veröffentlichungspflicht eines Standardangebotes sei entbehrlich. Die übrigen Anwesenden haben im Wesentlichen auf die bereits eingereichten Stellungnahmen verwiesen. Das Unternehmen NetCologne hat insbesondere auf die zunehmende Bedeutung und Inanspruchnahme von ethernetbasierten Mietleitungen am Markt und die damit verbundene Regulierungsbedürftigkeit verwiesen. Die Beschlusskammer hat darauf hingewiesen, dass der Widerruf von Verpflichtungen für die CFV 622 Mbit/s nunmehr gesondert erfolgt und vorgezogen wurde.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 25.06.2012 Gelegenheit zur Stellungnahme zum beabsichtigten Notifizierungsentwurf gegenüber der EU-Kommission



gegeben. Es hat mit Schreiben vom 28.06.2012 von einer Stellungnahme abgesehen.

Schließlich ist der Entwurf der Regulierungsverfügung am 29.06.2012 der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten gemäß § 13 Abs. 1 S. 2, 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG zur Verfügung gestellt worden.

Zu den weiteren verfahrensgegenständlichen Einzelheiten wird auf die Akten Bezug genommen.

### **Gründe**

Rechtliche Grundlage für die gegenüber der Betroffenen beibehaltenen bzw. auferlegten Maßnahmen sind §§ 9 Abs. 2 TKG i.V.m. 13 Abs. 1, 21 Abs. 2 Nr. 1, 21 Abs. 3 Nr. 5, 19, 30 Abs. 1 S. 1 und 23 TKG .

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

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

Die verfahrensrechtlichen Vorschriften für den Erlass einer Regulierungsverfügung ergeben sich aus §§ 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 TKG i.V.m. § 5 TKG , § 132 Abs. 4 TKG, § 123 Abs. 1 S. 2 TKG, § 13 Abs. 1 S. 2, 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG.

## **1. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen**

Nach der Festlegung vom 03.01.2012 zu der auf der Grundlage der §§ 10 ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse sind der nationale Markt für Abschluss-Segmente von Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s bis 10 Mbit/s auf der Vorleistungsebene sowie der bundesweite Markt für Abschluss-Segmente von Mietleitungen mit einer Bandbreite von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s auf der Vorleistungsebene regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG. Auf diesen Märkten verfügt die Betroffene über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG. Die gegenständlichen Märkte umfassen neben den bislang regulierungsbedürftigen Segmenten mit klassischen Schnittstellen künftig weiterhin Segmente mit ethernet-basierten Schnittstellen und auch Abschluss-Segmente, die im Rahmen von Systemlösungen erbracht werden.

Im Einzelnen wird Bezug genommen auf die als Anlage beigefügte, von der Präsidentenkammer getroffenen und insoweit für die Beschlusskammer bindende Festlegung zur Marktdefinition und Marktanalyse betreffend den Vorleistungsmarkt für das Angebot von Mietleitungen im Abschluss-Segment (Markt Nr. 6 der Märkte-Empfehlung 2007), die gemäß § 13 Abs. 5 TKG mit dieser Regulierungsverfügung einen einheitlichen Verwaltungsakt bildet.

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

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens hat die Beschlusskammer gegenüber der Betroffenen auf den verfahrengegenständlichen Märkten die tenorierten Verpflichtungen beibehalten, auferlegt, bzw. geändert.

Insoweit ist von Bedeutung, dass nach der Veröffentlichung des nationalen Konsultationsentwurfes unter dem 10.05.2012 ein geändertes TKG in Kraft getreten ist, in das neu § 2 Abs. 3 aufgenommen wurde.

Die Entscheidung der Beschlusskammer erfolgt insbesondere auch in Ausübung des bei der Beachtung der Regulierungsgrundsätze des § 2 Abs. 3 TKG eingeräumten Ermessens, insbesondere für die Zugangs-, Kollokations- und die Genehmigungspflicht.

§ 2 Abs. 3 TKG setzt Art. 8 Abs. 5 RRL um, der den nationalen Regulierungsbehörden bei der Verfolgung der Regulierungsziele des Art. 8 Abs. 2 bis 4 RRL die Verwendung objektiver, transparenter, nicht diskriminierender und verhältnismäßiger Regulierungsgrundsätze an die Hand gibt. In den Nummern 1 bis 6 werden entsprechende Regulierungsgrundsätze aufgeführt.

1. Gemäß Absatz 3 Nr. 1, der Art. 8 Abs. 5 Buchstabe a RRL umsetzt, behält die Bundesnetzagentur über angemessene Überprüfungszeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept bei, um so die Vorhersehbarkeit der Regulierung zu fördern. Mit der vorliegenden Regulierungsverfügung werden auch unter diesem Aspekt die bislang auferlegten Verpflichtungen auf der Grundlage der anliegenden Marktanalyse in dem tenorierten Maß angemessen fortgeschrieben. Die Beschlusskammer hat insofern ihr Ermessen dahingehend ausgeübt, die bisherigen Regulierungsmaßstäbe zu Grunde zu legen und keine neuen eingeführt.

2. Absatz 3 Nr. 2 setzt Art. 8 Abs. 5 Buchstabe b RRL um und soll eine diskriminierungsfreie Regulierung gewährleisten. Dies wird vorliegend insbesondere im Hinblick auf das hier auferlegte Nichtdiskriminierungsgebot angemessen gewährleistet.

3. Absatz 3 Nr. 3 fordert entsprechend Art. 8 Abs. 5 Buchstabe c RRL, dass die BNetzA den Wettbewerb zum Nutzen der Verbraucher schützt und, soweit sachgerecht, den infrastrukturbasierten Wettbewerb fördert. Dem entspricht die hier getroffene Regelung, die insbesondere bei der Genehmigungspflicht verhindert, dass keine unzulässigen Aufwendungen auf die Endkundenpreise überwältzt werden. Dadurch erhalten die Kunden die betreffenden Endkundenleistungen zu wettbewerbskonformen Konditionen. Die Wettbewerber der Betroffenen werden somit in die Lage versetzt, ihren Netzausbau - auch in der Fläche - voranzutreiben und Kunden an sich binden zu können. Damit wird der Infrastrukturausbau - und damit auch der Wettbewerb - langfristig gefördert. Dieser Zielerreichung folgt auch die Zugangsverpflichtung und die Veröffentlichungspflicht des Standardangebotes.

4. Entsprechend Art. 8 Abs. 5 Buchstabe d RRL zielt Absatz 3 Nr. 4 auf die Förderung effizienter Investitionen und Innovationen ab. Weder klassische- noch ethernet-

basierte Mietleitungen können vorliegend als Innovation eingeordnet werden. Das Angebot ethernetbasierter Mietleitungen stellt vielmehr eine marktgerechte Erweiterung des Mietleitungsangebotes dar, deren Vermarktung aus eigener unternehmerischer Erkenntnis stattfindet. Die hier auferlegten Verpflichtungen ethernetbasierter Mietleitungen waren darüber hinaus bereits in der Regulierungsverfügung BK3b-07/007 vom 31.10.2007 enthalten, wurden jedoch gerichtlich aufgehoben und waren hier erneut aufzuerlegen.

5. Absatz 3 Nr. 5 setzt Art. 8 Abs. 5 Buchstabe e RRL um und fordert eine sachgerechte Berücksichtigung geografischer Besonderheiten. Hierzu ist festzuhalten, dass die Beschlusskammer an die Festlegungen aus der Marktanalyse, hier insbesondere der Marktabgrenzung, gebunden ist. Die Marktanalyse legt hier bundesweit einen geographisch einheitlichen Markt fest.

6. Entsprechend Art. 8 Abs. 5 Buchstabe f RRL wird der BNetzA in Absatz 3 Nr. 6 vorgegeben, sektorspezifische ex ante-Verpflichtungen nur aufzuerlegen, wenn es keinen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb gibt. Die Regulierung soll auf das zur Herstellung wirksamen und nachhaltigen Wettbewerbs erforderliche Maß beschränkt bleiben. Letztlich steht hinter diesem Regulierungsgrundsatz auch die Erwägung, dass die BNetzA beim Vorliegen beträchtlicher Marktmacht die Intensität der auferlegten Regulierungsmaßnahmen an die konkrete Marktsituation anzupassen hat. Nach dem Ergebnis der Marktanalyse ist ein wirksamer und damit nachhaltiger Wettbewerb nicht festzustellen. Damit steht die Auferlegung regulatorischer Vorabverpflichtungen im Ermessen der Beschlusskammer. Sie entscheidet, welche sektorspezifischen Regulierungsmaßnahmen (Zugangs-, Entgelt-, Transparenz und/oder Gleichbehandlungsverpflichtungen) dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Einzelfall aufzuerlegen sind.

Im Einzelnen:

Mit den Regelungen des Tenors zu 1. werden die bisherigen Verpflichtungen für Abschluss-Segmente mit der Übertragungsrate 2 Mbit/s für Abschluss-Segmente mit klassischen Schnittstellen (sog. Carrier-Festverbindung) beibehalten (Regulierungsverfügung BK 3b-07/007 vom 31.10.2007 i.V.m. dem Gerichtsurteil des Bundesver-

waltungsgerichts vom 01.09.2010, 6 C 13.09). Damit gelten die Verpflichtungen für die nach wie vor absatzmengenstärkste Leistung Carrier-Festverbindung (CFV) 2 Mbit/s, die mit klassischen Schnittstellen (SDH/PDH-Technik) abgeschlossen wird, unverändert weiter.

Mit den Regelungen des Tenors zu 2. werden der Betroffenen auf den gem. anliegender Marktanalyse regulierungsbedürftigen Märkten auf der Vorleistungsebene für

- *Abschluss-Segmente von Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s bis 10 Mbit/s sowie*
  
- *Abschluss-Segmente von Mietleitungen mit einer Bandbreite von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s,*

*die jeweils mit klassischen- oder mit ethernetbasierten Schnittstellen abgeschlossen werden oder die im Rahmen von Systemlösungen erbracht werden,*

dieselben unter Ziffer 1.1 bis 1.5 des Tenors genannten Verpflichtungen auferlegt.

Auch im Bereich der mit klassischen Schnittstellen abgeschlossenen Abschluss-Segmente mit Übertragungsraten größer 2 Mbit/s bis einschl. 155 Mbit/s wird im Ergebnis die bisherige Genehmigungspflicht fortgeschrieben, die aufgrund der Rechtsprechung (VG Köln, Az.: 1 K 5114/07 sowie BVerwG, Az.: 6 C 13.09) auf den seinerzeit bestandskräftig gewordenen Teil der nur vorläufigen Regulierungsverfügung BK2b 04/027 vom 30.11.2004 zurückfiel.

Ebenfalls werden die zwischenzeitlich gleichsam aufgehobenen Verpflichtungen für Abschluss-Segmente mit Ethernet-Schnittstellen für beide regulierungsbedürftigen Märkte wieder endgültig auferlegt. Eine Feststellung der Genehmigungsbedürftigkeit von Entgelten für Abschluss-Segmente mit Ethernetschnittstellen hatte die Bundesnetzagentur in der Regulierungsverfügung BK3b-07/007 vom 31.10.2010 zwar getroffen, diese wurde allerdings ebenfalls mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 01.09.2010 (6 C 13.09) rechtskräftig aufgehoben. Anders als bei Abschluss-

Segmenten mit klassischen Schnittstellen konnte hier jedoch nicht auf die vorläufige Regulierungsverfügung BK2b-04/027 vom 30.11.2004 zurückgegriffen werden.

Mit der vorliegenden Marktanalyse werden für den Markt Nr. 6 „Abschluss-Segmente von Mietleitungen für Großkunden, unabhängig von der für die Miet- oder Standleitungskapazitäten“ der Empfehlung der Kommission zwei Märkte (2 bis 10 Mbit/s sowie über 10 bis einschl. 155 Mbit/s) als regulierungsbedürftig festgelegt. Beide Märkte sind aus Sicht der Nachfrager als gleich wichtig einzustufen. So sind die Abnehmer nach Abschluss-Segmenten, z.B. Netzbetreiber zum Zweck des eigenen Netzaufbaus oder Netzausbaus, auf den Zukauf von Abschluss-Segmenten auf beiden Märkte angewiesen. Aus der anliegenden Marktanalyse ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass sich beide Märkte hinsichtlich ihrer festgestellten Regulierungsbedürftigkeit unterscheiden und insoweit unterschiedliche Verpflichtungen in betracht kämen.

Auch innerhalb der einzelnen Märkte ist vorliegend bedeutend, dass keine ersichtliche Grundlage für die Auferlegung differenzierter Verpflichtungen, auch nicht für bestimmte Abschluss-Segmente, die beispielsweise mit Ethernet-Schnittstellen abgeschlossen werden, vorliegt.

Auch die von der Betroffenen während der öffentlichen mündlichen Verhandlung vorgetragenen Bedenken wonach dass derzeit unregulierte ethernetbasierte Mietleitungsangebot freiwillig zu Marktpreisen angeboten werde und im Übrigen eine Preiscontinuität vorläge, so dass im Ergebnis eine ex post-Entgeltkontrolle verhältnismäßig sei und ausreiche, vermögen diese Bewertung im Ergebnis nicht zu ändern.

Dies belegen auch die Ausführungen der Wettbewerber. Soweit die Wettbewerber der Betroffenen ausführen, dass sie künftig womöglich ethernetbasierte Mietleitungen anstatt klassischer Mietleitungen bei der Betroffenen bestellen, wird damit die Bedeutung dieses Mietleitungstyps unterstrichen. Nach dem bisherigen Verständnis der Beschlusskammer ist die Betroffene jederzeit in der Lage, ihr Angebot von klassischen Mietleitungen (CFV) in ethernetbasierte Mietleitungen umzustellen. Diese Umwandlung könnte technisch durch den Austausch der Leitungsendgeräte einer klassischen Mietleitung ohne großen Aufwand bewerkstelligt werden (so hatte es die

Betroffene in dem Verwaltungsverfahren BK2a 09/009 vorgetragen). Die Betroffene könnte somit aufgrund ihrer beträchtlichen Marktmacht einen Anreiz haben, zwischen klassischen- und ethernetbasierten Mietleitungen Preisdifferenzierungen am Markt durchzusetzen, die sie nur aufgrund ihrer Marktmacht durchsetzen könnte. Gleichzeitig könnte die Betroffene im Einzelfall darüber entscheiden, welche Mietleitung der ex post- und welche der ex ante-Regulierung unterläge. Damit sind im Ergebnis nicht nur die klassischen-, sondern auch die ethernetbasierten Mietleitungen einer einheitlichen Regulierung zu unterwerfen.

Insofern unterliegen die regulierungsbedürftigen Märkte für Abschluss-Segmente von Mietleitungen auf der Vorleistungsebene mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s bis 10 Mbit/s sowie von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s einheitlichen Verpflichtungen.

### **2.1 Zugang zum Abschluss-Segment bei Mietleitungen, § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG**

Die Zugangsverpflichtung zum Abschlussegment bei Mietleitungen gründet auf den §§ 9 Abs. 2, 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG.

Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die – wie die Betroffene – über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter anderem dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten oder Netzeinrichtungen zu gewähren. Zu den zugangsfähigen Komponenten eines Telekommunikationsnetzes zählen auch die Abschlussegmente von Mietleitungen.

Die Entscheidung, ob und inwieweit der Betroffenen eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung zum Abschlussegment von Mietleitungen aufzuerlegen war, lag im pflichtgemäßen Ermessen der Beschlusskammer. Bei der Ermessensentscheidung war insbesondere abzuwägen, ob die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zum Abschlussegment durch die Betroffene geeignet und erforderlich ist, um die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren.

Die im Gesetz verwendete Formulierung, nach der eine Verpflichtung auferlegt werden kann, wenn andernfalls „die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes behindert oder diese Entwicklung den Interessen der Endnutzer zuwider laufen würde“, ist missverständlich. Aufgrund der Bezugnahme in der Gesetzesbegründung auf Art. 12 der Zugangs-RL wird deutlich, dass es im Rahmen des Merkmals nach § 21 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 TKG nicht darauf ankommen soll, ob die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes den Interessen der Nutzer zuwider laufen würde. Tatsächlich greift der Terminus „diese Entwicklung“ im Rahmen der 2. Alternative daher nicht die vorgenannte „Entwicklung eines wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes“ auf, sondern bezieht sich auf die Entwicklung, die zu erwarten wäre, wenn von der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung abgesehen würde, d.h. es ist zu untersuchen, ob ein Verzicht auf die Auferlegung der Zugangsverpflichtung den Interessen der Endnutzer zuwider laufen würde.

Darüber hinaus hatte die Beschlusskammer im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung zu berücksichtigen, ob die in Betracht kommende Zugangsverpflichtung in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG steht. Bei der Prüfung dieser Voraussetzungen musste die Beschlusskammer die in § 21 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien berücksichtigen.

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gelangt, die Betroffene zur Zugangsgewährung zum Abschlussegment von Mietleitungen zu verpflichten.

Hierfür waren folgende Gesichtspunkte maßgeblich:

### **2.1.1 Geeignetheit**

Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zum Abschlussegment von Mietleitungen ist geeignet, die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren.



Der Zugang zu den Abschlusssegmenten der Betroffenen erleichtert anderen Unternehmen einerseits ein Tätigwerden auf den nachgelagerten Endnutzermärkten für Mietleitungen. Gegenüber Endnutzern werden Mietleitungen in der Regel „Ende-zu-Ende“, d.h. ohne eine Segmentierung nach Abschluss- und Fernübertragungssegmenten, vermietet. Ohne einen Zugriff auf die sich vielfach noch in der Hand der Betroffenen befindlichen Abschluss-Segmente würde ein Tätigwerden auf den Mietleitungsendnutzermärkten oder auf Endnutzermärkten, in die Abschluss-Segmente als Vorleistungen einfließen (z.B. Systemlösungen), insgesamt deutlich erschwert werden.

Andererseits benötigen andere Unternehmen Abschluss-Segmente von Vorleistungsmietleitungen, um Signalströme etwa zu bzw. von schmal- oder breitbandigen Zusammenschaltungsorten mit anderen Netzbetreibern hin- bzw. abtransportieren zu können. Damit erleichtert der Zugang zu Abschluss-Segmenten von Mietleitungen anderen Unternehmen ein Tätigwerden zum einen auf dritten Vorleistungsmärkten wie etwa denjenigen für schmal- oder breitbandige Transitleistungen.

Zum anderen ermöglicht der Zugang aber letztlich auch eine Teilnahme an allen schmal- und breitbandigen Endnutzermärkten, auf denen Verbindungsleistungen gehandelt werden. Das Auftreten von Konkurrenzunternehmen der Betroffenen auf den genannten Märkten dient insgesamt dem Endkundeninteresse. Die Wettbewerbssteigerung führt zu einer besseren Erfüllung der statischen und dynamischen Wettbewerbsfunktionen. Letzteres kommt wiederum insbesondere den Interessen der Endkunden zugute.

### **2.1.2 Erforderlichkeit**

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

Die Betroffene verfügt mit den Abschluss-Segmenten von Mietleitungen über eine nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur. Insbesondere die Größenvorteile der Betroffenen und die Gefahr versinkender Kosten lassen Wettbewerber vor einer Eigen-

realisierung zurückscheuen. Allerdings können die Wettbewerber auch nicht ohne weiteres auf andere Übertragungsmöglichkeiten ausweichen, so dass letztlich für die Nachfrager keine Substitutionsmöglichkeiten zu den Abschluss-Segmenten existieren.

Es ist damit kein gegenüber der Zugangsverpflichtung gleich wirksames, jedoch milderes Mittel erkennbar, um die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren. Die Zugangsverpflichtung ist damit erforderlich.

### **2.1.3 Angemessenheit**

Die Verpflichtung, Zugang zum Abschluss-Segment von Mietleitungen zu gewähren, steht zudem in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG. Bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den in § 2 Abs. 2 TKG beschriebenen Regulierungszielen der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und –netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche, stehen, sind insbesondere die in § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen.

Die Kriterien entstammen weitgehend Art. 12 Abs. 2 Zugangs-RL. Sie konkretisieren den in Erwägungsgrund 19 der Zugangsrichtlinie enthaltenen Gedanken, nach dem das Recht des Infrastruktureigentümers zur kommerziellen Nutzung seines Eigentums mit den Rechten anderer Diensteanbieter auf Zugang abzuwägen ist.

Im Einzelnen:

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

Das Abwägungskriterium der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen ( § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1

TKG) ist in der Begründung zum Regierungsentwurf des TKG näher erläutert (vgl. BT-Drucks. 755/03, 88). Danach soll bei diesem Kriterium insbesondere geprüft werden, ob die Kosten der Nutzung alternativer Angebote im Vergleich zum nachgefragten Angebot oder eine Eigenfertigung das beabsichtigte Dienstangebot unwirtschaftlich machen würden, ob unzumutbare zeitliche Verzögerungen durch die Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten entstünden, ob mit der Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten eine wesentliche Verminderung der Qualität des beabsichtigten Dienstangebots einherginge und welche Auswirkungen die Inanspruchnahme einer alternativen Zugangsmöglichkeit auf den Netzbetrieb haben könnte.

Nach diesen Kriterien ist die auferlegte Verpflichtung angemessen:

Allein die Betroffene verfügt in Deutschland über ein flächendeckendes Netz. Nach wie vor ist allein die Betroffene aufgrund ihrer flächendeckenden Erschließung von Deutschland bis zum Teilnehmer in der Lage, jeden beliebigen Abschlusspunkt mittels Mietleitung anzubinden. Diese Anbindung schließt insoweit auch eine entsprechende Übertragungstechnik und bestimmte Qualitätsparameter mit ein. Insofern sind die Abgrenzungskriterien der anliegenden Marktanalyse zu beachten. Deshalb ist jeder Wettbewerber von den Vorleistungsprodukten der Betroffenen abhängig. Kein weiterer Wettbewerber kann in wirtschaftlicher Weise technisch ein ebenbürtiges Netz aufbauen, das über die gleiche Qualität und die gleiche Reichweite verfügt. Ebenso wenig können die Nachfrager auf andere Vorleistungsprodukte verwiesen werden. Bezüglich etwaiger Substitute wird auf die anliegende Marktanalyse verwiesen. Danach stellen weder Bitstrom-Angebote noch die unbeschaltete Glasfaser ein Substitut zum Abschluss-Segment für Mietleitungen dar. Mit der Bereitstellung und der Überlassung eines Abschluss-Segmentes sind, insbesondere auch wegen des hohen Aufwands für die Beschaltung, letztlich hohe Kosten verbunden, die einem umstandslosen Wechsel zwischen den fraglichen Produkten entgegen stehen.

#### § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG: Verfügbare Kapazität

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

maximale Übertragungsrates von 155 Mbit/s ausreicht. Der Gesetzgeber hat in der Begründung zu diesem Abwägungskriterium ausgeführt, dass ein Kapazitätsausbau grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein soll. Denn andernfalls bestehe die Gefahr, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung ins Leere läuft. Zu beachten ist aber, dass Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht durch die Ausbauverpflichtungen keine wirtschaftlichen Nachteile entstehen dürfen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen daher die Nachfrager die Investitionsrisiken in vollem Umfang übernehmen.

Nach diesen Maßgaben reicht die verfügbare Kapazität für die Zugangsgewährung bis zu der maximalen Übertragungsrates 155 Mbit/s aus. Dies zeigen die Erfahrungen mit der Liberalisierung der deutschen Telekommunikationsmärkte. Die Betroffene hat die Nachfrage nach Mietleitungen letztlich selbst dort befriedigen können, wo es um die erstmalige Ausstattung der Nachfrager mit Mietleitungen ging. Zudem konzentriert sich der Schwerpunkt der Nachfrage vornehmlich auf solche geographischen Bereiche, in denen Wettbewerber nicht über eigene Infrastruktur verfügen, also auch in ländliche Gegenden. In diesen ist die Nachfrage insgesamt nicht so groß, dass die Kapazitäten der Betroffenen überlastet würden.

Außerdem kann bei Verwendung von Mietleitungen, die auf der Ethernettechnologie basieren, die individuell benötigte Bandbreite flexibel skaliert werden. Dies ermöglicht eine effektivere Nutzung vorhandener Leitungskapazität.

Schließlich werden Nachfrager nur soviel Mietleitungskapazität einkaufen, wie sie auch tatsächlich benötigen. Denn hierfür müssen sie an die Betroffene Entgelte zahlen.

#### § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG: Anfangsinvestitionen des Eigentümers

Gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG sind die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken zu berücksichtigen. Die Beschlusskammer muss bei ihrer Beurteilung prüfen, ob und in welchem Zeitraum sich die zu tätigen Investitionen amortisieren werden.

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. Vorreiterrolle 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.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die zur Gewährung des Mietleitungszugangs im Abschluss-Segment genutzte Infrastruktur im Wesentlichen bereits vorhanden ist (klassische Abschluss-Segmente in PDH/SDH Technik), teils aber auch vergleichsweise neu entstanden ist bzw. noch entstehen wird (Ethernetausbau). Jedenfalls mit Blick auf die letztgenannten Infrastrukturen dürften Anfangsinvestitionen der Betroffenen vorliegen, die nach § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 i.V.m. Art. 14 GG grundsätzlich besonders schutzwürdig sind. Gleichwohl gebietet auch diese Schutzwürdigkeit nicht, insbesondere den Ausbau derartiger Infrastruktur von der Zugangsgewährungspflicht auszunehmen.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die genannte Infrastruktur von der Betroffenen bereits für die Erbringung eigener Mietleitungsprodukte eingesetzt wird. Sofern neue Infrastrukturen aufgebaut werden, dienen diese nicht dem Zweck, erstmalig Mietleitungen anzubieten. Vielmehr dienen sie der Ergänzung des bereits vorhandenen Angebotes.

Zudem muss die Betroffene den Zugang zum Abschlussegment von Mietleitungen nicht unentgeltlich gewähren. Sie kann den Nachfragern hierfür vielmehr Ent-

gelte in Rechnung stellen, die den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen und die mithin gemäß § 31 Abs. 2 und 4 TKG auch eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals beinhalten.

#### § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TKG: Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

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

Die Verpflichtung, Zugang zu Abschlussegmenten von Mietleitungen zu gewähren, dient der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs. Den Wettbewerbern wird die Möglichkeit eröffnet, sowohl Mietleitungen als auch sonstige Leistungen, die auf der Nutzung eines Netzes aufbauen, gegenüber Vorleistungsnachfragern und Endkunden vertreiben zu können.

Die Wettbewerber können dadurch eine nachhaltige Kundenbindung erreichen. Über den Zugang zu Abschlussegmenten von Mietleitungen werden Anreize zu Investitionen in effiziente Infrastruktureinrichtungen gefördert, weil der Zugang gegenüber der vollständigen Eigenrealisierung schneller und wegen der Größenvorteile der Betroffenen ökonomisch tragfähiger möglich ist. Der Zugang ermöglicht den Wettbewerber, frühzeitig rentable Geschäftsmodelle zu etablieren, die ihnen langfristig als Grundlage für einen sukzessiven Ausbau einer eigenen alternativen Infrastruktur entsprechend dem Erfolg auf den Endkundenmärkten dienen können.

#### § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TKG: Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum

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

#### § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TKG: Europaweite Dienste

Die Verpflichtung, Zugang zum Abschlussegment von Mietleitungen zu gewähren, ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 21 Abs. 1 Satz 2

Nr. 6 TKG). Dies betrifft namentlich das Angebot von grenzüberschreitenden Mietleitungen und Verbindungsleistungen.

§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TKG: Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote

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

Bereits auferlegte Verpflichtungen reichen nicht zur Sicherstellung der Regulierungsziele aus. Zusammenschaltungsverpflichtungen ermöglichen keinem Wettbewerber den Zutritt auf den Endkundenmärkten für Mietleitungen und können auch nicht den Signaltransport im selbst kontrollierten Netz ersetzen. Ebenso wenig eignen sich die der Betroffenen mit Regulierungsverfügung vom 21.03.2011 auferlegten Verpflichtungen zur Zugangsgewährung zur Teilnehmeranschlussleitung noch die mit Regulierungsverfügungen vom 17.09.2010 auferlegten Verpflichtungen auf den Märkten für den „Breitbandzugang für Großkunden (Markt 5 der Empfehlung 2007/87/EG; Bitstrom-Zugang) dazu, den Anbietern ein Tätigwerden auf den genannten Endnutzermärkten zu erlauben. Insofern sind sie auch nicht ausreichend zur Sicherstellung der Regulierungsziele.

Im Hinblick auf ein freiwilliges Angebot, das von einem großen Teil des Marktes angenommen wird, besteht angesichts der Alternativlosigkeit der Zugangsgewährung zumindest die abstrakte Gefahr, dass die Betroffene diese Zugangsmöglichkeit bezüglich der hier gegenständlichen Zugangsverpflichtung nicht mehr gewährt oder zu Lasten der Nachfrager erschwert.

#### **2.1.4 Umfang des Zugangs**

Was den regulierungsbedürftigen bundesweiten Markt für Abschluss-Segmente vom Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s bis 10 Mbit/s sowie den regulierungsbedürftigen bundesweiten Markt für Abschluss-Segmente vom Mietleitungen

mit einer Bandbreite von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s auf der Vorleistungsebene betrifft, ist die Betroffene verpflichtet, den Zugang zu allen Mietleitungen zu gewähren, die keine Verbindungen zwischen den in der Marktdefinition genannten Backbone-Standorten der Betroffenen darstellen. Der Zugang umfasst dabei neben den Produkten mit traditionellen Schnittstellen auch Produkte mit Ethernet-basierten Schnittstellen (siehe die Festlegung von Marktdefinition und Marktanalyse).

Neben der eigentlichen Verpflichtung, Zugang zum Abschlussegment von Mietleitungen zu gewähren, umfasst die Zugangsverpflichtung auch sämtliche zusätzlichen Leistungen, welche die Nutzung dieser Zugangsform überhaupt erst ermöglichen. Was unter der „Gewährung eines Netzzugangs“ zu verstehen ist, war bereits unter der Geltung des TKG 1996 Gegenstand zahlreicher Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Auseinandersetzungen. In ständiger Rechtsprechung haben die Verwaltungsgerichte die Entscheidungspraxis der Bundesnetzagentur bestätigt und entschieden, dass unter dem Begriff „Netzzugang“ nicht nur die Herstellung der physischen und logischen Netzverbindung fällt, sondern all das, was eine Nutzung des Zugangs erst ermöglicht bzw. für diesen wesentlich ist. Denn andernfalls bestünde die Möglichkeit, über eine Verweigerung solcher Nebenleistungen die Inanspruchnahme der eigentlichen Leistung faktisch erheblich zu erschweren bzw. sogar unmöglich zu machen.

Die Zugangsverpflichtung war nicht über den tenorierten Umfang hinaus weiter zu detaillieren. Dies ergibt sich aus dem einzelfallübergreifenden Charakter der Auferlegung sowie aus der Systematik des Gesetzes, nach der es, wie sich aus §§ 22 und 25 TKG ergibt, auch nach der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung sowohl für die Zugangsverpflichteten als auch für die Zugangsberechtigten einen Spielraum geben muss, über die einzelnen konkreten Bedingungen der Zugangsleistungen zu verhandeln, und im Falle des Scheiterns der Verhandlungen die Regulierungsbehörde auf Anordnung des Zugangs anrufen zu können. Weil die Bundesnetzagentur im Rahmen eines solchen Verfahrens alle Bedingungen einer Zugangsvereinbarung festlegen kann (vgl. § 25 Abs. 5 TKG), ergibt sich hieraus im Umkehrschluss, dass die einzelnen Bedingungen einschließlich der von den Wettbewerbern konkret nachgefragten Qualitätsparameter Gegenstand einer zwischen den Parteien ausgehandelten Zugangsvereinbarung sein sollen und folglich nicht von der Regulierungsbehörde in



einer detaillierten Regulierungsverfügung vorzugeben sind. Hierüber wird im Streitfall in konkreten Verfahren nach § 25 TKG oder – sofern eine allgemeine Nachfrage besteht und die Betroffene entweder kein Angebot oder ein unzureichendes Angebot vorlegt – im Rahmen der Überprüfung des Standardangebotes nach § 23 TKG zu entscheiden sein.

## **2.2 Kollokation**

Die im Tenor unter den Ziffern 1.2 und 2. auferlegte Verpflichtung betrifft den Zugang zur Kollokation.

Die Verpflichtung erfolgt auf der Grundlage von § 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG.

Um die auferlegte Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zum Abschluss-Segment von Mietleitungen in Anspruch nehmen zu können, ist es im Regelfall erforderlich, dass die Wettbewerbsunternehmen im jeweiligen Netzstandortgebäude der Betroffenen die dort endenden Abschluss-Segmente von Mietleitungen übernehmen können und die hierfür ggf. erforderliche eigene Übertragungstechnik unterbringen können.

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. Andernfalls bestünde die Möglichkeit, über eine Verweigerung solcher Nebenleistungen die Inanspruchnahme der eigentlichen Leistung faktisch erheblich zu erschweren bzw. sogar unmöglich zu machen.

Insoweit sind die von der Bundesnetzagentur getroffenen Regelungen zur Kollokation zu beachten.

### **2.2.1 Geeignetheit**

Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zum Abschluss-Segment von Mietleitungen ist geeignet, die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter Endkunden-

märkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren. Im Regelfall sind die Wettbewerbsunternehmen im jeweiligen Netzstandortgebäude der Betroffenen auf eine Kollokationsmöglichkeit angewiesen, um die dort endenden Abschluss-Segmente übernehmen zu können. Insoweit gelten die Ausführungen unter 2.1.1 entsprechend.

### **2.2.2 Erforderlichkeit**

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

Insoweit gelten die Ausführungen unter 2.1.2 auch hier.

### **2.2.3 Angemessenheit**

Die Verpflichtung zum Zugang zur Kollokation steht aufgrund des engen inneren Zusammenhangs zu der tenorierten Zugangsverpflichtung zudem in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG. Ohne eine derartige Verpflichtung bestünde zumindest die abstrakte Gefahr, dass die tenorierte Zugangsverpflichtung zu Abschluss-Segmenten unterlaufen werden könnte. Insbesondere ist dabei zu beachten, dass allein die Betroffene in Deutschland über ein flächendeckendes Netz verfügt. Nach wie vor ist allein die Betroffene aufgrund ihrer flächendeckenden Erschließung von Deutschland bis zum Teilnehmer in der Lage, jeden beliebigen Abschlusspunkt mittels Mietleitung anzubinden. Diese Anbindung schließt insoweit auch eine entsprechende Übertragungstechnik und bestimmte Qualitätsparameter mit ein. Deshalb ist jeder Wettbewerber von den Vorleistungsprodukten der Betroffenen abhängig und somit auf eine Kollokationsmöglichkeit angewiesen. Kein weiterer Wettbewerber kann in wirtschaftlicher Weise technisch ein ebenbürtiges Netz aufbauen, das über die gleiche Qualität und die gleiche Reichweite verfügt. Zur Erreichung dieses Zweckes ist die auferlegte Kollokations- und Zutrittsverpflichtung geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung des Kriterienkataloges des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG auch angemessen.

Insoweit gelten Ausführungen zur Zugangsverpflichtung unter 2.1.3 auch hier.

### **2.3 Gleichbehandlungspflicht, § 19 TKG**

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

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

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

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

Zum anderen bezweckt das Diskriminierungsverbot, dass einzelne Wettbewerber von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht ungerechtfertigt bevorzugt bzw. benachteiligt werden. Insgesamt soll damit ein chancengleicher Wettbewerb sowohl zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht als auch zwischen Wettbewerbern, die auf Vorleistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht angewiesen sind und diese in Anspruch nehmen, sichergestellt werden.

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

Die Betroffene ist selbst auf den Endkundenmärkten für Mietleitungen und für Verbindungsleistungen aktiv. Aufgrund dieser vertikalen Integration besteht die Gefahr, dass sie sich oder ihrem Tochterunternehmen intern günstigere Bedingungen für Abschluss-Segmente bei Mietleitungen gewährt, als sie diese gegenüber anderen Unternehmen im Rahmen des Zugangs ermöglicht.

Zudem bestünde bei einer Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung die Gefahr, dass sich am verfahrensgegenständlichen Markt 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 Abschlusssegment einer Mietleitung 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 zu alternativen Nachfragern als auch im Verhältnis der alternativen Nachfrager zueinander zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könnte.

Um solche sowohl internen als auch externen Ungleichbehandlungen durch die Betroffene zu unterbinden, ist die Auferlegung des Diskriminierungsverbotes erforderlich und geeignet. Denn hierdurch werden die Wettbewerber vor der Gefahr einer Ungleichbehandlung durch die Betroffene geschützt und diese ihrerseits daran gehindert, den Wettbewerb zu ihren Gunsten bzw. zu Gunsten bestimmter Wettbewerber zu verzerren.

Diese Maßnahme ist unter Berücksichtigung der Regulierungsziele, insbesondere mit Blick auf das in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG aufgeführte Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, auch angemessen und belastet die Betroffene nicht übermäßig. Denn mit der Auferlegung des Diskriminierungsverbotes wird lediglich eine Verpflichtung fortgeführt, die der Betroffenen beim Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auch bereits unter der Geltung des TKG 1996 oblag. Demgegenüber würden die Nachteile, denen sich die Wettbewerber infolge einer Ungleichbehandlung durch die Betroffene ausgesetzt sehen würden, und die daraus folgenden negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb und damit letztlich auch auf die

Interessen der Endkunden, je nach ihren Bedürfnissen zwischen preisgünstigen und qualitativ hochwertigen Diensten verschiedener Wettbewerber auswählen zu können, deutlich überwiegen.

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

Die Entgelte für die auferlegte Zugangsverpflichtung werden gemäß Tenor 1.4 sowie 2. der Genehmigungspflicht nach der Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Damit werden die seinerzeit auferlegten Verpflichtungen - mit der Besonderheit, dass die Genehmigungspflicht für Abschluss-Segmente mit Ethernetschnittstellen zwischenzeitlich aufgehoben war - im Ergebnis beibehalten.

Diese Entscheidung folgt aus einer pflichtgemäßen Ausübung des der Bundesnetzagentur in § 30 Abs. 1 und Abs. 3 S. 2 TKG eingeräumten Ermessens. Dass der Bundesnetzagentur ein derartiges Ermessen zusteht folgt auf der europarechtlichen Ebene auch aus Art. 13 Zugangs-RL. Für die regulierungsbedürftigen Abschluss-Segmente entspricht lediglich die Auferlegung einer Entgeltkontrolle gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG den Gesetzeszielen. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten. Die Auferlegung ist geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne, um sowohl die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen als auch zu gewährleisten, dass die Entgelte für die Bereitstellung und Überlassung der Abschluss-Segmente die Kosten der effizienten Leistungserbringung nicht überschreiten. Die Beschlusskammer hat insoweit im Hinblick auf die Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG davon abgesehen, die hier gegenständlichen Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG zu unterwerfen. Von den Bestimmungen der §§ 30 Abs. 3 S. 2 oder 30 Abs. 1 S. 2 TKG war insoweit kein Gebrauch zu machen.

### **2.4.1 Geeignetheit**

Die Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht ist geeignet, die in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele zu erreichen. In ihrem Rahmen werden sowohl etwaige

Verstöße gegen die Missbrauchsvorschrift des § 28 TKG als auch drohende Überschreitungen der KeL im Sinne von § 31 TKG wirksam abgestellt.

#### **2.4.2 Erforderlichkeit**

Die Genehmigungspflicht ist auch erforderlich zur Zielerreichung nach § 2 Abs. 2 TKG. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Regime zu entdecken, welches an die Stelle der Entgeltgenehmigungspflicht treten könnte.

Namentlich weniger wirksam als die Entgeltgenehmigungspflicht wäre derzeit die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle nach § 30 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 38 TKG. Zwar wäre eine solche Missbrauchskontrolle in der Lage, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen. Sie reichte aber aufgrund ihres milderen Prüfungsmaßstabes nicht aus, um Überschreitungen der KeL zu begegnen. Derartige Überschreitungen wären im Falle einer Prüfung der Zugangsentgelte am bloßen Missbrauchsmaßstab jedoch zu erwarten. Insgesamt ist kein belastbarer Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass die Betroffene ihr Preissetzungsverhalten für die Abschluss-Segmente gleichwohl zukünftig so handhaben würde, dass sie die Kosten der effizienten Leistungserbringung aus eigenem Entschluss und ohne entsprechende Eingriffsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur einhalten würde. Dies folgt aus den allgemeinen Anreizen, die die von fehlenden Ausweich- und Einwirkungsmöglichkeiten der Nachfrager gekennzeichneten Marktstrukturen für die Betroffene mit sich bringen.

Die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle nach § 30 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 38 TKG würde bei Auferlegung einer Anzeigeverpflichtung zwar eine gewisse vorab Entgeltkontrolle ermöglichen (§ 38 Abs. 1, S. 1 TKG), aber weiterhin dem oben genannten milderen Prüfmaßstab entsprechen, der hier zur Erreichung der Gesetzesziele nicht ausreicht. Darüber hinaus könnten angezeigte Entgeltmaßnahmen vor Inkrafttreten nur im Falle eines offenkundigen Verstoßes gegen § 28 TKG untersagt werden.

#### **2.4.3 Angemessenheit**

Die Beschlusskammer hält die Genehmigungspflicht auch nicht gemäß § 30 Abs. 3 S. 2 TKG ausnahmsweise zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG für nicht angemessen. Bei den in § 2 Abs. 2 TKG aufgeführten Regulierungszielen, die bei der Frage nach einem Umschwenken von der Genehmigungspflicht auf eine nachträgliche Regulierung nach § 38 TKG in erster Linie zu beachten sind, handelt es sich um die Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation (Nr. 1), die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation, auch in der Fläche (Nr. 2), sowie die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen (Nr. 3).

Die genannten Regulierungsziele werden hier letztlich nur durch eine Entgeltprüfung am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungserbringung (KeL) nach § 31 TKG in ausreichendem Maße erreicht.

In der anliegenden Marktanalyse wurde festgestellt, dass auf keinem der beiden Märkte die beträchtliche Marktmacht der Betroffenen durch das Vorhandensein potenzieller Wettbewerber eingeschränkt wird. Ferner wurde festgestellt, dass auf keinem der beiden Märkte die beträchtliche Marktmacht der Betroffenen durch das Vorhandensein potenzieller Wettbewerber eingeschränkt wird.

Die genannten Umstände können der Betroffenen Anreize zu wettbewerbsschädigendem Verhalten eröffnen. Würde die Betroffene diesen Verhaltensspielraum insoweit ausnutzen, hätte eine nachträgliche Entgeltkontrolle gegenüber der „regelmäßigen“ Genehmigungspflicht einen zeitlichen Nachteil. Denn nach den in § 38 Abs. 2 TKG genannten Entgeltüberprüfungsvoraussetzungen müssen zunächst Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen. Solange der wettbewerbliche Verhaltensspielraum der Betroffenen im Hinblick auf die Preisgestaltung nicht durch das Vorhandensein potenzieller Wettbewerber eingeschränkt wird, besteht aber für die Betroffene hinreichende Veranlassung zu einer kostenorientierten Entgeltgestaltung auf der hier gegenständlichen Vorleistungsebene. Dabei ist zu beachten, dass die Zugangsentgelte für Abschlusssegmente in der Vergangenheit (bei Prüfung am KeL-Maßstab) kontinuierlich gesunken sind. Auf diesen Kostenentwicklungspfad kann die statische nachträgliche Entgeltprüfung im Vergleich zur kontinuierlichen Entgeltkontrolle im Falle der Genehmi-

gungspflicht (§ 35 Abs. 4 TKG) nicht angemessen reagieren. Zudem wird in Verfahren nach § 28 TKG „lediglich“ die Schwelle festgestellt, ab der ein Entgelt missbräuchlich ist.

Darüber hinaus könnte die Betroffene im Falle der nachträglichen Entgeltkontrolle jederzeit Entgelte ändern, wodurch die Planungssicherheit ihrer Wettbewerber erheblich eingeschränkt würde. Zwar unterläge die Betroffene ggf. einer Anzeigepflicht, sofern sie Entgelte für Abschluss-Segmente verändern wollte (§ 38 Abs. 1 TKG), allerdings würde vorab allein eine Offenkundigkeitsprüfung im Hinblick auf Verstöße gegen § 28 TKG erfolgen. Sofern Tatsachen bekannt wären, die eine Entgeltüberprüfung rechtfertigen würden (§ 38 Abs. 2 TKG), könnte die Bundesnetzagentur die Erhebung von missbräuchlichen Entgelten erst dann untersagen, wenn sie feststellt, dass die betroffenen Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen. Im Gegensatz dazu ist im Falle der Entgeltgenehmigungspflicht innerhalb einer Befristung nach § 35 Abs. 4 TKG eine Entgeltänderung nicht ohne weiteres möglich und gewährleistet somit für die Wettbewerber eine angemessene Planungssicherheit.

Um ihre eigene Wettbewerbsposition einschließlich derjenigen konzernverbundener Unternehmen sowohl auf den verfahrensgegenständlichen als auch auf benachbarten Märkten zu stärken, könnte sich die Betroffene veranlasst sehen, durch preisliche Maßnahmen etwa in Form von Preis-Kosten-Scheren oder sachlich ungerechtfertigten Bündelungen (etwa im Rahmen von Systemlösungen), aber auch durch Vorteilseinräumungen zugunsten konzernverbundener oder sonstiger Unternehmen die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweils betroffenen Märkten zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die Nachfrager, die an der Betroffenen als Geschäftspartnerin nicht vorbeikommen und ggf. mit ihr auf den Endkundenmärkten konkurrieren, könnten diesen Einflüssen nicht ausweichen. Maßnahmen in der genannten Form würden damit insbesondere dem Regulierungsziel des chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), aber auch dem Ziel einer Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) widersprechen.

Die festgestellten Marktstrukturen bieten Anreize, von den Nachfragern Preise zu verlangen, die die Kosten der effizienten Leistungserbringung überschreiten



Die KeL-Regulierung setzt der Betroffenen eine Preisobergrenze, welche von ihr nicht überschritten werden darf. Diese Grenze simuliert denjenigen Preis, welcher sich bei wirksamem Wettbewerb einstellen würde,

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

Die KeL-Regulierung stellt hier damit sicher, dass es weder zu einer Ausbeutung von Wettbewerbern und damit letztlich von Endkunden noch zu wettbewerbsverfälschenden Quersubventionierungen zwischen verschiedenen Märkten kommen kann (vgl. auch § 27 TKG). Sie lässt Wettbewerber an den Größenvorteilen des Netzes der Betroffenen teilhaben und ermöglicht es ihnen, den eigenen Netzaufbau sukzessive und nach den Erfolgen auf den nachgelagerten Märkten vorzunehmen.

Die KeL-Regulierung gibt der Betroffenen Anreize sowohl zu einer kosteneffizienten Produktion als auch zur Vornahme notwendiger Netzinvestitionen und Innovationen. Somit wahrt sie die Nutzer- und Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation, stellt einen chancengleichen Wettbewerb sicher, fördert nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation, auch in der Fläche, sowie effiziente Infrastrukturinvestitionen und unterstützt Innovationen.

Eine nachträgliche Regulierung, welche mit weitaus milderem Entgeltmaßstäben (vgl. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG) als die Genehmigungspflicht operieren müsste, würde dagegen zur Erreichung der genannten Regulierungsziele nicht ausreichen. Nach den Erfahrungen, welche die Beschlusskammer gerade mit dem letzten Entgeltregulierungsverfahren zu CFV bezüglich der Bereitstellungsentgelte (vgl. Beschluss BK 2a-11/004 vom 27.10. 2011 sowie vom 10.02.2011) gemacht hat, ist davon auszugehen, dass die Betroffene die aufgrund ihrer Marktstellung bestehenden Preissetzungsspielräume für teilweise massive Entgeltanhebungen nutzen möchte und würde. Weder nachfragende Wettbewerber noch Verbraucher könnten diesen Preiserhöhungen ausweichen.

Schließlich stünde aufgrund der hohen Expansionshemmnisse und Marktzutrittschranken, die den verfahrensgegenständlichen Markt kennzeichnen, auch nicht zu

erwarten, dass überhöhte Entgelte Wettbewerber zur Expansion und/oder zum Marktzutritt reizen und so auf längere Sicht zu einer Verbesserung von Marktstrukturen und Marktergebnissen beitragen würden.

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

Über die Entgeltgenehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG hinaus besteht hier kein Erfordernis, weitere Entscheidungen bezüglich der Entgeltkalkulation zu treffen. Insoweit geht die Beschlusskammer davon aus, dass an der bisherigen Antrags- und Prüfpraxis festgehalten wird und dass der Behörde ein diesbezüglicher Beurteilungsspielraum zusteht.

## **2.5 Standardangebot**

Der Betroffenen wird gemäß § 23 Abs. 1 TKG auferlegt, ein Standardangebot für Zugangsleistungen zu Abschluss-Segmenten von Mietleitungen, zu deren Angebot sie gemäß Tenor 1.5 sowie 2. verpflichtet ist, und für die eine allgemeine Nachfrage besteht, innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung zu veröffentlichen. Damit wird die seinerzeit auferlegte Verpflichtung - mit der Besonderheit, dass sie zwischenzeitlich für andere als klassische Abschluss-Segmente mit der Übertragungsrate 2 Mbit/s aufgehoben war - im Ergebnis beibehalten.

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

Sinn und Zweck der Vorlage eines Standardangebotes ist es, den Wettbewerbern dadurch einen schnellen Zugang zu den 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 und nach § 23 Abs. 4, S. 2 TKG festgeschrieben worden ist. Die Vertragspartner der Betroffenen erhalten damit eine Planungssicherheit, die zusätzlich durch die in § 23 Abs. 4, S. 3 TKG vorgesehene Anzeige im Falle beabsichtigter Änderungen des Standardangebotes gestützt wird.

Auf diese Weise kann verhindert werden, dass der Zugang zu den Abschluss-Segmenten von Mietleitungen durch Vertragsverhandlungen und nach deren möglichen Scheitern durch die Durchführung eines Zugangsanordnungsverfahrens nach § 25 TKG verzögert wird.

Diese Wirkungen der Vorlage eines Standardangebotes sind geeignet und erforderlich, um die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu vermindern. Weil der Zugang zum Abschluss-Segment von Mietleitungen die Grundlage für ein Tätigwerden auf nachgelagerten Märkten darstellt, ist ein möglichst schneller und einfacher Abschluss von Verträgen über diese Leistung zu gewährleisten

Durch die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes wird die Betroffene auch nur gering belastet. Es entsprach schon der bisherigen Praxis der Betroffenen, einheitliche Konditionen für den Zugang zum Abschlusssegment von Mietleitungen zu verwenden, so dass die Erstellung eines solchen Vertragsangebotes zu keiner Mehrbelastung führen dürfte. Die Betroffene wird damit insgesamt nicht unverhältnismäßig belastet.

Aus den bereits durchgeführten Standardangebotsverfahren in anderen Märkten ist erkennbar, dass die streitigen Punkte im Wesentlichen unternehmensübergreifend problematisch sind und nicht auf Besonderheiten der einzelnen Unternehmen beruhen. Die Betroffene wird daher nicht in ihrer Möglichkeit beschränkt, aus sachlichen Gründen individuelle Lösungen zu vereinbaren, zumal ihr der Abschluss von Ergän-

zungsvereinbarungen zum Standardangebot und die einverständliche Abänderungen des Standardangebotes unbenommen ist. 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 Sicherheitsbelangen der Betroffenen demgegenüber zurück. Es kann den interessierten Betreibern zugemutet werden, dass sie die Standortinformationen erst auf Nachfrage von der Betroffenen erhalten.

Hinsichtlich der in dem Standardangebot enthaltenen Entgelte wird darauf hingewiesen, dass diese zwar Bestandteil des Standardangebotes sind, aber nach Spruchpraxis der Bundesnetzagentur nicht dem Kontrollverfahren nach § 23 Abs. 2 bis 6 TKG unterliegen

so auch BVerwG, Urteil 6 C 36.19 vom 14.12.2011, Rz 43.

Die Erteilung der Entgeltgenehmigung ist an die Erfüllung der in § 35 Abs. 3 TKG genannten Kriterien gebunden und bleibt somit dem Genehmigungsverfahren durch die erkennende Beschlusskammer vorbehalten.

### **3. Keine Auferlegung einer getrennten Rechnungsführung, § 24 TKG**

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

Gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 TKG verlangt die Bundesnetzagentur von einem vertikal integrierten Unternehmen in der Regel, seine Vorleistungspreise und seine internen Verrechnungspreise transparent zu gestalten. Dabei kann die Bundesnetzagentur gemäß § 24 Abs. 1 S. 4 TKG u.a. konkrete Vorgaben zu dem zu verwendenden

Format sowie zu der zu verwendenden Rechnungsführungsmethode machen. Zudem kann die Bundesnetzagentur gemäß § 24 Abs. 2 S. 1 TKG verlangen, dass ihr die Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen nach Absatz 1 einschließlich damit zusammenhängender Informationen und Dokumente auf Anforderung in vorgeschriebener Form vorgelegt werden. § 24 TKG setzt Artikel 11 Zugangs-RL um. In diesem Zusammenhang nimmt Erwägungsgrund 18 der Richtlinie auf die Empfehlung 98/322/EG vom 8. April 1998 zur Zusammenschaltung (Teil 2 - Getrennte Buchführung und Kostenrechnung) Bezug (die genannte Empfehlung wurde mittlerweile ersetzt durch die Empfehlung 2005/698/EG vom 19. September 2005). Demnach ist Zweck der getrennten Buchführung, eine aus den Rechnungsbüchern hergeleitete Informationsanalyse vorzulegen, die das Ergebnis von Teilbereichen eines Geschäfts auf der Basis einer Aufgliederung von Kosten und Erlösen mit größtmöglicher Annäherung so beschreibt, als handele es sich um getrennt geführte Geschäftstätigkeiten (vgl. EU-Empfehlung vom 8. April 1998, Abl. L 141 vom 13.05.1998, S. 7). Die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung gemäß § 24 Abs. 1 S. 3 TKG soll somit insbesondere Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionen verhindern.

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer allerdings zu dem Ergebnis gekommen, dass die Auferlegung einer solchen Verpflichtung zur Erreichung dieser Zielsetzung auch künftig nicht erforderlich ist und daher unverhältnismäßig wäre. Mit der Unterwerfung der Entgelte für die Zugangsgewährung zu den Abschlussegmenten von Mietleitungen unter die Genehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 S. 1 und § 31 TKG geht nämlich bereits eine gesetzliche Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung nach § 34 TKG einher.

Gemäß § 34 Abs. 2 TKG hat die Betroffene Kostennachweise für die einzelne entgeltenehmigungspflichtige Leistung vorzulegen. Da auf der Grundlage der vorgelegten Kostennachweise, einer Vergleichsmarktbetrachtung bzw. einer Modellrechnung (vgl. § 35 Abs. 1 TKG) Entgelte nach § 31 Abs. 1 TKG nur dann genehmigungsfähig sind, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten, ist die Gefahr einer unzulässigen Quersubventionierung, wie sie auch mit der Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung nach § 24 TKG verhindert werden soll, ausgeschlossen.

Darüber hinaus soll die gemäß § 34 Abs. 3 TKG regelmäßig zu Beginn eines jeden Geschäftsjahres von der Betroffenen vorzulegende Übersicht über die Gesamtkosten des Unternehmens sowie deren Aufteilung auf die Kostenstellen und auf die einzelnen Leistungen nach Einzel- und Gemeinkosten die Verifizierung ermöglichen, ob unzulässige Quersubventionierung zwischen den einzelnen Leistungen, insbesondere zwischen dem regulierten und nicht regulierten Bereich vorliegen.

Schließlich müssen die Kostennachweise gemäß § 34 Abs. 4 TKG im Hinblick auf ihre Transparenz und die Aufbereitung der Daten eine Prüfung durch die Bundesnetzagentur sowie eine Quantifizierung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und eine Entscheidung innerhalb der Frist nach § 31 Abs. 4 TKG ermöglichen.

Angesichts dieser umfassenden Verpflichtungen zur Aufbereitung der Kostenunterlagen ist nicht ersichtlich, welchen zusätzlichen Gewinn die Bundesnetzagentur aus der Auferlegung von Rechnungsführungspflichten nach § 24 TKG ziehen sollte. Von der Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung nach § 24 TKG ist deshalb abzusehen.

#### **4. Keine Auferlegung einer Transparenzverpflichtung, § 20 TKG**

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gelangt, dass eine gesonderte Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG neben der mit dieser Entscheidung gegenüber der Betroffenen zugleich auferlegten Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes gemäß § 23 TKG nicht erforderlich ist. Denn durch das zu veröffentlichende Standardangebot erhalten Nachfrager sämtliche für den Zugang erforderlichen Informationen.

Dies folgt daraus, dass ein Standardangebot gemäß § 23 Abs. 3 S. 4 TKG inhaltlich so umfassend sein muss, dass es von den einzelnen Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden kann. Im Rahmen des Standardangebotes müssen daher alle Zugangsbedingungen veröffentlicht werden, die für den Zugang zum

Abschluss-Segment wesentlich sind. Darüber hinaus sind keine weiteren Informationen für die Zugangsnachfrage und – inanspruchnahme erforderlich, vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 66, zu § 20 Abs. 2 TKG-E und zu § 21 TKG-E. Von daher liefe die zusätzliche Auferlegung einer Transparenzverpflichtung ins Leere. Sie ist folglich nicht erforderlich und wäre daher unverhältnismäßig.

## **6. Vorlage eines Entgeltantrags für ethernetbasierte Abschluss-Segmente**

Die unverzügliche Vorlage eines Entgeltantrags für ethernetbasierte Abschluss-Segmente ist erforderlich, weil die Betroffene nach Inkrafttreten dieser Regulierungsverfügung keine anderen als die von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte verlangen darf (§ 37 Abs. 1 TKG). Insoweit bilden die genehmigten Entgelte die Basis für die Entgelterhebung ab diesem Zeitpunkt. Daher liegt es sowohl im Interesse der Betroffenen als auch der Abnehmer von ethernetbasierten Abschluss-Segmenten, eine Planungssicherheit im Hinblick auf die Entgelte zu erhalten.

Da ethernetbasierte Abschluss-Segmente bereits Gegenstand des Angebots der Betroffenen sind und diese Entgelte seinerzeit bereits der Genehmigungspflicht unterworfen waren, ist davon auszugehen, dass der Betroffenen entsprechende Kalkulationsunterlagen vorliegen, so dass eine unverzüglichen Antragstellung möglich ist.

## **7. Widerruf**

Aufgrund der Feststellungen der anliegenden Marktanalyse, sind Abschluss-Segmente mit größeren Bandbreiten als 155 Mbit/s sowie mit kleineren Bandbreiten als 2 Mbit/s - soweit nicht bereits rechtskräftig aufgehoben - nicht mehr regulierungsbedürftig.

Die bisherigen Verpflichtungen gemäß Regulierungsverfügung BK3b-07/007 vom 31.10.2007 betreffend das Angebot der Betroffenen für Carrier-Festverbindungen für Übertragungsraten kleiner 2 Mbit/s – soweit nicht bereits rechtskräftig aufgehoben - werden hiermit widerrufen.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der im nationalen Konsultationsentwurf (veröffentlicht im Amtsblatt Nr. 07/2012 vom 18.04.2012) noch enthaltene Widerruf bisheriger Verpflichtungen betreffend das Angebot der Betroffenen für Carrier-Festverbindungen 622 Mbit/s, insbesondere die Genehmigungspflicht, in der hier gegenständlichen Regulierungsverfügung nicht mehr enthalten ist. Der diesbezüglich erforderliche Widerruf wurde angesichts der entfallenen Regulierungsbedürftigkeit vorgezogen. Insoweit hat die Bundesnetzagentur am 07.06.2012 unter dem Aktenzeichen BK2a-12-003 einen Entwurf gegenüber der EU-Kommission notifiziert, der vorsieht, die bisherigen Verpflichtungen gemäß der vorläufigen Regulierungsverfügung BK 2b-04/027 vom 30.11.2004 betreffend das Angebot der Betroffenen für Carrier-Festverbindungen der Bandbreite 622 Mbit/s zu widerrufen. Diesen Entwurf hat die Kommission mit Schreiben vom 07.06.2012 vorläufig unter der Nummer DE/2012/1337 registriert.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

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

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können. Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 2 TKG.

Anlage

Festlegung der Präsidentenkammer



(BK 1-09/006)

Kuhrmeyer  
(Vorsitzender)

Lindhorst  
(Beisitzer)

Hammen  
(Beisitzer)