



Az.: BK2a-12/005

Beschluss

1. Teilentscheidung

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Überprüfung des Standardangebots für Abschlussegmente von Mietleitungen

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

- Betroffene -

Verfahrensbevollmächtigte: Dolde Mayen & Partner Rechtsanwälte,
Mildred-Scheel-Straße 1, 53175 Bonn

Beigeladene:

1. BT (Germany) GmbH & Co. OHG, Barthstraße 4, 80339 München,
vertreten durch die geschäftsführenden Gesellschafter,

Verfahrensbevollmächtigte: SBR Schuster Berger Bahr Ahrens,
Holstenwall 5, 20355 Hamburg

- Beigeladene zu 1 -

2. Plusnet GmbH & Co. KG, Matthias-Brüggen-Straße 55, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene zu 2 -

3. Versatel GmbH, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene zu 3 -

4. Vodafone GmbH, Ferdinand-Braun-Platz, 40549 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene zu 4 -

5. NETCOLOGNE GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten
durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene zu 5 -

6. Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25,
80992 München, vertreten durch die geschäftsführenden Gesellschafter,
- Beigeladene zu 6 -

7. Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstr. 88-90, 60326 Frankfurt/Main,
vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene zu 7 -

8. IEN Initiative Europäischer Netzbetreiber, Dorotheenstraße 54,
10117 Berlin, vertreten durch den Vorstand
- Beigeladene zu 8 -

9. E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Straße 1, 40472 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene zu 9 -

10. Colt Technology Services GmbH, Herriotstr. 4, 60528 Frankfurt,
vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene zu 10 -

11. EWE Tel GmbH, Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene zu 11 -

12. Verband der Anbieter von Telekommunikations- und
Mehrwertdiensten e. V. (VATM), Frankenwerft 35, 50667 Köln,
vertreten durch den Vorstand,
- Beigeladene zu 12 -

13. M-net Telekommunikations GmbH, Splittertorgraben 13,
90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene zu 13 -

14. Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. (BREKO),
Reuterstraße 159, 53113 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene zu 14 -

15. Eifel-Net GmbH, Bendenstraße 31, 53879 Euskirchen,
vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene zu 15 -

hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post
und Eisenbahnen

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlungen vom 14.03.2013 und vom 02.07.2013

durch

die Vorsitzende Ute Dreger,

den Beisitzer Werner Hammen sowie

den Beisitzer Jörg Lindhorst

am 30.05.2014

beschlossen:

Der Betroffenen wird aufgegeben, den vorgelegten Entwurf eines Standardangebots für die Bereitstellung und Überlassung von Carrier-Festverbindungen in der Fassung vom 03.05.2013 wie folgt zu ändern und bis zum 02.07.2014 erneut vorzulegen:

I. Hauptteil

1. Präambel:
Satz 3 des zweiten Absatzes der Präambel ist zu streichen.
2. Ziffer 2 (Netzänderungen)
Die Regelung ist unter Berücksichtigung der Ausführungen in der Begründung so abzuändern, dass bei notwendigen Änderungen der Netzplattform unangemessene Nachteile für den Kunden vermieden werden. Änderungen an den Netzplattformen sind mit einer angemessenen langen Frist, die mindestens sechs Monate vor der Änderung beträgt, anzukündigen. Absatz 3 Satz 2 ist zu streichen.
3. Ziffer 3.3 (Preise)
Die Regelung ist entsprechend Ziff. 3.2 Abs. 4 Satz 1 und 2 hinsichtlich der Veröffentlichung geänderter Preise zu ergänzen.
4. Ziffer 5 (Zahlungsverzug)
Die Regelung ist gemäß der Ausführungen in der Begründung anzupassen.
5. Ziffer 7 (Sicherheitsleistung)
Die Regelung ist so zu präzisieren, dass von der Forderung der Bürgschaft als Sicherheitsleistung nur bei Vorliegen berechtigter Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Kunden Gebrauch gemacht werden kann.
6. Ziffer 9.2 b) (Kündigung)
Die Regelung hinsichtlich einer Änderung des Standardangebots oder der Regulierungsverfügung sind zu streichen.

II. Anlage 1 Leistungsbeschreibung

1. Ziffer 2.2 (Qualitätsparameter)
Es ist eine differenziertere Regelung aufzunehmen, die eine maximale EFTD in Abhängigkeit von Bandbreite, Bitrate und insbesondere der Entfernung Ende-zu-Ende bestimmt.
2. Ziffer 3 (Eingeschränkte Mietzeitbindung für CFV-SDH und CFV-Ethernet)
Die Regelung ist zu streichen.
3. Ziffer 6.1.2 (Begehung)
Es ist eine Regelung über die Erstellung eines Protokolls zu Begehungen, die unter Anwesenheit des KUNDEN stattfinden, aufzunehmen.
4. Ziffer 6.2.1 (Bereitstellungstermin)
Die Fristen für die Mitteilung des Bereitstellungstermins und für die Bereitstellung selbst, sind unter Berücksichtigung der Ausführungen in der Begründung zu verkürzen.

5. Ziffer 6.5.2 (Ankündigungsfrist und Übergabeprotokoll)
Die Regelung so zu ergänzen, dass KUNDE rechtzeitig von der Abnahme Kenntnis erlangen und an dem Termin teilnehmen kann.
6. Ziffer 6.6 i.V.m. 3.5 (neu) Anlage 4 (Eskalationsprozess Bereitstellung)
Die Regelung hinsichtlich der Möglichkeit der Einhaltung des von der Betroffenen festgelegten Termins ist so abzuändern, dass ein zulässiger Zusammenhang zwischen pauschalierter Schadensersatz und Planungsabsprache erkennbar ist. Sofern dies erfolgt, ist die Regelung im Weiteren so abzuändern, dass die sanktionslose Zeit von 15 Werktagen verkürzt wird.

III. Anlage 2 Mitwirkungspflichten

1. Ziffer 3.1.4 (Nichteinhaltung der Planungsabsprachen)
Die Regelung ist klarstellend dahingehend neu zu formulieren, dass der Betroffenen kein pauschalierter Schadensersatz zusteht, wenn keine Planungsabsprachen in Bezug auf die Bereitstellung von CFV-Verbindungen für einen bestimmten Monat getroffen wurden und für diesen Monat auch keine Bestellungen abgegeben werden oder aber überhaupt keine Planungsabsprachen getroffen werden und gleichwohl CFV-Verbindungen bestellt werden sowie wenn die im Rahmen von Planungsabsprachen mitgeteilten Bestellmengen überschritten werden oder wenn keine oder falsche Planungsabsprachen in Bezug auf Kündigungen von CFV-Verbindungen getroffen werden.

IV. Anlage 3 Genehmigungspflichtige Preise

1. Teil I, a) (Unterschiedliche und zeitlich begrenzte Mietzeitbindung)
Die Regelung ist zu streichen.
2. Teil I, c) (Preisnachlasssystematik)
Die Regelung ist zu streichen.
3. Die Anzahl der Regio-Ortsnetze (Teil I bc)) ist mit der in den Entgeltverfahren BK2a-13/002 und BK2a-13/003 vorgetragenen Anzahl in Einklang zu bringen.

Gründe

I.

Die Betroffene betreibt ein öffentliches Telekommunikationsnetz mit den hierzu gehörenden technischen Einrichtungen. Sie bietet Carrier-Festverbindungen (CFV) an. Durch Regulierungsverfügung BK2-12/001 R vom 09.08.2012 ist ihr aufgegeben worden (Punkt 1.5 des Tenors), ein Standardangebot für Zugangsleistungen zu Abschlussegmenten von Mietleitungen, zu deren Angebot sie gemäß Ziffer 1.1 und 1.2 des Tenors der Regulierungsverfügung verpflichtet worden war, und für die eine allgemeine Nachfrage besteht, innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe der Regulierungsverfügung zu veröffentlichen.

Mit Schreiben vom 06.11.2012 hat die Betroffene der Bundesnetzagentur den Entwurf eines Standardangebots (Hauptteil und sieben Anlagen) vorgelegt und diesen am 09.11.2012 in ihrem Extranet veröffentlicht.

Die Beschlusskammer hat anschließend das Überprüfungsverfahren gemäß § 23 TKG eingeleitet und dies auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur und im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 23 vom 05.12.2012 als Mitteilung 980 bekannt gegeben.

Die Betroffene und die Beigeladenen hatten im schriftlichen Verfahren sowie in den am 14.03.2013 und 02.07.2013 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlungen Gelegenheit zur Stellungnahme. Insbesondere hat die Betroffene nach Erörterung der Stellungnahmen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 14.03.2013 unter dem 11.04.2013 eine weitere Stellungnahme zu dem vorgelegten Standardangebot abgegeben. Die Beigeladenen haben hierzu ergänzend Stellung genommen. Nachdem die Betroffene ihr Standardangebot - wie in der mündlichen Verhandlung vom 14.03.2013 angekündigt - mit Schreiben vom 03.05.2013 um Regelungen zu „Pönalen und Planungsabsprachen“ ergänzt hat und die Beigeladenen hierzu erneut schriftlich Stellung genommen haben, wurde die zweite öffentliche mündliche Verhandlung (02.07.2013) durchgeführt. Hiernach haben die Betroffene und die Beigeladenen erneut Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Wegen des Vortrags der Beteiligten zu den einzelnen Punkten wird auf die Ausführungen unter II. verwiesen.

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 26.05.2014 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Es hat mit Schreiben vom 28.05.2014 erklärt, dass es von einer Stellungnahme absieht.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akten Bezug genommen.

II.

Der Betroffenen waren gemäß § 23 Absatz 2 und 3 TKG die tenorierten Vorgaben für ihr Standardangebot aufzuerlegen.

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus §§ 116 i.V.m. 132 Abs.1 Satz 1 TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur in den Fällen des Teils 2 des TKG durch Beschlusskammern. Die Überprüfung des Standardangebots erfolgt nach den Regelungen des § 23 TKG und somit nach solchen des Teils 2 TKG.

Das Verfahren zur Überprüfung des Standardangebots ist zweistufig angelegt. Wird ein Standardangebot von einem verpflichteten Unternehmen vorgelegt, überprüft die Bundesnetzagentur es in einem ersten Schritt darauf, ob es vollständig ist und den Vorgaben der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit genügt. Soweit das Standardangebot nicht diesen Anforderungen entspricht, fordert sie das verpflichtete Unternehmen zu einer Änderung des Standardangebots und seiner erneuten Vorlage auf. In einem zweiten Schritt wird das von dem verpflichteten Unternehmen überarbeitete Standardangebot auf die Erfüllung der Vorgaben der Bundesnetzagentur hin überprüft und eine Mindestlaufzeit festgesetzt. Sofern die Vorgaben nicht erfüllt werden, nimmt die Bundesnetzagentur Veränderungen am Standardangebot vor.

A. Maßstab und Prüfungsumfang

Gemäß § 23 Abs. 3 TKG kann die Beschlusskammer der Betroffenen Vorgaben für einzelne Bedingungen, insbesondere in Bezug auf Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit machen, soweit das Standardangebot unzureichend ist. Das ist der Fall, wenn das Angebot nicht so umfangreich ist, dass es ohne Weiteres angenommen werden kann, oder die jeweiligen Regelungen keinen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Betroffenen sowie der Nachfra-

ger bieten. Wie aus § 25 Abs. 5 TKG zu erschließen ist, kann die Bundesnetzagentur dabei sämtliche Bedingungen der Zugangsgewährung überprüfen.

Das Gebot der Billigkeit erfordert, dass die Leistungen des Standardangebots zu Bedingungen angeboten werden, die den Zwecken angemessen sind, die die Wettbewerber beim Bezug dieser Leistungen verfolgen, so dass die Entstehung funktionsfähigen Wettbewerbs ermöglicht wird. Weil die Entgelte, die der Genehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen sind nicht Gegenstand des Standardangebotsverfahrens sind, geht es um die Angemessenheit der Umstände der Leistungserbringung durch die Betroffene. Belastungen und Einschränkungen der Wettbewerber bei Bestellung und Bezug dieser Leistungen müssen durch schützenswerte Interessen der Betroffenen gerechtfertigt sein. Umgekehrt gilt, dass die Wettbewerber nicht die für sie jeweils vorteilhaftesten Bedingungen beanspruchen können. Einmal gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Betroffene nicht zu Vertragsbedingungen verpflichtet werden kann, deren Belastungen für sie in keinem angemessenen Verhältnis mehr zu dem Nutzen für ihre Wettbewerber stehen. Zweitens ist das Standardangebot ein Instrument, um dem in der Regulierungsverfügung festgestellten Marktversagen zu begegnen. Wettbewerber können daher unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit keine besseren Bedingungen fordern, als sie zwischen Unternehmen in einem wettbewerblichen Umfeld zu erwarten wären.

Das Gebot der Chancengleichheit muss nach dem Zweck des Gesetzes ausgelegt werden, durch Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und durch leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten, §§ 1 und 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Hieraus lässt sich folgern, dass für Wettbewerber gleiche Ausgangsbedingungen geschaffen werden sollen. In Bezug auf die Regelung des § 23 Abs. 3 Satz 3 TKG bedeutet das, dass die Vertragsbedingungen so zu gestalten sind, dass der Zugangsnachfrager (im Folgenden entsprechend dem Standardangebot "KUNDE" genannt) in einen chancengleichen Wettbewerb sowohl mit der Zugangsverpflichteten als auch mit anderen Wettbewerbern treten kann.

Das Gebot der Rechtzeitigkeit bedeutet, dass die von der Betroffenen gewährten Zugangsleistungen innerhalb von Fristen bereitgestellt werden müssen, die es den auf diese Leistungen angewiesenen Zugangsnachfragern ermöglicht, effektiv am Markt tätig sein zu können. Das Gebot ist eine weitere Ausprägung des auch in § 42 Abs. 3 TKG niedergelegten Grundsatzes, demzufolge das marktmächtige Unternehmen durch sachlich unbegründete zeitliche Verzögerungen seine Wettbewerber nicht behindern können soll.

Das Standardangebot muss weiter so umfangreich sein, dass es ohne weitere Verhandlungen angenommen werden kann. Die wesentlichen Vertragsbestandteile für die Nutzung von Mietleitungen müssen in ihm enthalten sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Einzelheiten des Bezugs der Zugangsleistungen der Betroffenen soweit festgelegt sind, dass das Leistungsverhältnis ohne weitere Ergänzungen des Vertrages abgewickelt werden könnte. Es muss daher auch die Höhe der Entgelte der Leistungen enthalten. Die Zugehörigkeit der Entgelte zur vollständigen Regelung des Zugangs lässt sich auch aus § 25 Abs. 5, Satz 1 TKG entnehmen. Die Höhe der Entgelte der Betroffenen ist den Entgeltgenehmigungsverfahren vorbehalten, weil die Entgelte für Mietleitungen der Genehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen wurden.

Es muss schließlich alle diejenigen Leistungen umfassen, für die eine allgemeine Nachfrage besteht. Unter Leistungen sind hierbei als Hauptleistungen Zugangsleistungen zu verstehen, weil nur solche durch ein Verfahren nach § 23 Abs. 2 TKG ermittelt werden können. Und nur hinsichtlich solcher Leistungen eine marktbeherrschende Stellung bestehen kann. Für die mit der Leistungserbringung oder in ihrem Vorfeld einhergehenden Nebenpflichten – wie etwa Informationspflichten – gilt das Erfordernis der allgemeinen Nachfrage jedoch nicht zwingend. Sie können sich bereits aus den Grundsätzen der Billigkeit, Rechtzeitigkeit und Chancengleichheit ergeben, ohne dass es hierfür des Nachweises einer allgemeinen Nachfrage bedarf. Der Grad, in dem solche Nebenleistun-

gen nachgefragt werden, kann jedoch ein Hinweis darauf sein, inwieweit diese Nebenleistungen aus den vorgenannten Grundsätzen heraus Teil des Standardangebots sein müssen.

Prüfungsgegenstand ist das von der Betroffenen vorgelegte Standardangebot in der im Verfahren mit Schriftsatz der Betroffenen vom 03.05.2013 modifizierten Fassung. Sofern die Änderungen der Vertragsklauseln nicht ausdrücklich in den Gründen aufgeführt werden, wird hierfür auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

B. Einzelne Bedingungen

I. Hauptteil

1. Präambel

a) Die Beigeladenen zu 1, 3, 6, 7, 8 und 12 sind der Auffassung, dass das in der Präambel i.V.m. Ziffer 9.2 des Hauptteils enthaltene einseitige fristlose Kündigungsrecht sowie das rückwirkende Vertragsanpassungsrecht zugunsten der Betroffenen für den Fall, dass die Regulierungsverfügung aufgehoben oder geändert wird, unzulässig ist. Die Regelung sei unter Beachtung der widerstreitenden Interessen der Vertragsparteien unbillig. Die Aufhebung oder der Wegfall der Regulierungsverfügung oder des Beschlusses zur Anpassung des Standardangebots stelle eine Änderung der Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 BGB dar. Somit komme hier unter Beachtung der Interessen beider Vertragsparteien allein ein Recht auf Unterbreitung eines neuen Vertragsangebots durch die Betroffene mit einer angemessenen Prüfungs- und Annahmefrist für den Vertragspartner in Betracht. Die Betroffene wolle sich durch die Präambel jedenfalls zusätzlich ein einseitiges vertragliches und rückwirkendes Kündigungsrecht einräumen.

Die Betroffene ist der Ansicht, die Kritik zur Präambel gehe ins Leere, da die Präambel keine eigenständigen Rechte zugunsten der Betroffenen enthalte.

b) Die Einwände der Beigeladenen sind berechtigt. Es ist nicht Sinn einer Präambel materielle Regelungen zu thematisieren. Absatz 2, Satz 3 ist daher im Sinne weiterer Vertragsklarheit zu streichen. Zum einen misst die Betroffene der Präambel selbst keinen materiell-rechtlichen Gehalt bei. Zum anderen enthält Ziffer 9.2 b) des Standardangebots eine gesonderte Regelung für den Fall, dass die Regulierungsverfügung oder das Standardangebot geändert, aufgehoben oder neu erlassen wird. Zu der Frage, ob eine solche Regelung mit § 23 TKG vereinbar ist, wird auf die diesbezüglichen Ausführungen zu Ziffer 9.2 b) verwiesen.

2. Ziffer 2 Netzänderungen

a) Die Beigeladenen zu 1, 3, 6, 7, 8 und 12 sind der Auffassung, die Regelung in Ziffer 2 enthalte ein streng an §§ 307ff. BGB zu messendes einseitiges Leistungskündigungsrecht. Hier dürfe die Betroffene nur Änderungen an der Netzplattform mit geringen Auswirkungen für den Kunden und ohne Änderung der Beschaffenheit der Leistung durchführen. Darüber hinaus müssten Änderungen rechtzeitig angekündigt werden, um Nachteile für den Kunden zu vermeiden.

Die Betroffene trägt vor, die Kritik der Beigeladenen sei unberechtigt. Die Klausel entspreche den Vorgaben des § 308 Nr. 4 BGB, sofern die Änderungswünsche der Betroffenen zumutbar seien. Die Netzhoheit liege bei der Betroffenen. Aus Gründen des Investitionsschutzes müssten alle solche Änderungen vorgenommen werden können, die einen effektiven und störungsfreien Betrieb sicherstellten. Neue Technologien müssten implementiert werden und die Alttechnik ausgetauscht werden können. Den Interessen der Betroffenen werde durch die Kündigungsmöglichkeit angemessene Rechnung getragen. Die von den Beigeladenen geforderte Ankündigungsfrist von 12 Monaten sei unangemessen und unbillig. Die Betroffene schlägt aber vor, das Wort „rechtzeitig“ in der Klausel durch die Formulierung „mindestens sechs Monate vor dem geplanten Änderungszeitpunkt“ zu ersetzen.

b) Den Bedenken der Beigeladenen ist weitgehend zuzustimmen. Die Regelung ist so abzuändern, dass bei zumutbaren Änderungen der Netzplattform, die der Betroffenen als Betreiberin zugestehenden sind, unangemessene Nachteile für den Kunden vermieden werden. Änderungen an den Netzplattformen sind mit einer angemessenen langen Frist, die mindestens sechs Monate vor der Änderung beginnt – dies hat die Betroffene ausdrücklich zugestanden - anzukündigen. Absatz 3 Satz 2 ist zu streichen.

Der Betroffenen ist zuzugestehen, dass sie zur Erfüllung ihrer Leistungsverpflichtung und im Sinne eines sicheren und störungsfreien Betriebes, solche Maßnahmen an ihrem Netz vornimmt, die aus technischer und betriebswirtschaftlicher Sicht zur Erreichung eines sicheren und effizienten Netzbetriebs erforderlich sind. Der Betroffenen ist nicht zuzumuten, grundsätzlich auf Modifikationen in ihrem Netz zu verzichten und dadurch ggf. Ineffizienzen hinzunehmen. Andererseits müssen sich die KUNDEN nur auf solche Maßnahmen einstellen, die das im Einzelfall erforderliche Maß nicht übersteigen und die darüber hinaus nicht zu einer in ihrem Wesen veränderten Leistung führen.

Soweit die Beigeladenen generell eine Ankündigungsfrist von 12 Monaten vor Beginn der jeweiligen Netzmodifikation fordern, ist die Beschlusskammer der Ansicht, dass eine solche Ankündigungszeit in der Praxis immer dann zu lang ist, wenn es sich um kleinere und insbesondere kurzfristig umsetzbare Änderungen handelt. Hier wäre die Betroffene ggf. gezwungen mit notwendigen Anpassungen zuzuwarten, nur weil die Ankündigungsfrist sonst nicht einzuhalten wäre. Die Betroffene hat andererseits selbst vorgeschlagen, eine mindestens 6-monatige Ankündigungsfrist in das Standardangebot aufzunehmen. Vor diesem Hintergrund ist aus Sicht der Beschlusskammer eine mindestens 6-monatige Ankündigungsfrist, verbunden mit der Verpflichtung, unangemessene Nachteile für den KUNDEN im Einzelfall zu vermeiden, angemessen. Diese neu aufzunehmende Regelung bietet insgesamt eine angemessene Berücksichtigung der jeweiligen Interessen. Weitere Restriktionen durch den Ausschluss der Geltendmachung weiterer Ansprüche seitens des KUNDEN gegenüber der Betroffenen wie bisher in Ziffer 2 Abs. 3 Satz 2 enthalten, sind nicht erforderlich.

3. Ziffer 3 Preise

a) Die Beigeladenen zu 1, 2, 3, 6, 7, 8 und 12 sind der Auffassung, dass die in Ziffer 3.2 Satz 4 enthaltene Fiktion, wonach für die Fälle des § 35 Abs. 5 TKG, insbesondere zur Auslösung der Rückwirkung, die von der Betroffenen beantragten Entgelte bis zum Zeitpunkt der ersten Leistungsbereitstellung zurückwirken sollen, als unzulässige formularmäßige Fiktionsklausel i.S.v. §§ 307 Abs. 1, 308 Nr. 5 BGB abzulehnen ist. Zumindest sei darauf zu achten, dass eine Unbilligkeit dadurch vermieden werde, dass die beantragten Entgelte die zuvor vertraglich vereinbarten nicht übersteigen dürften. Zu Ziffer 3.3 wird vorgetragen, die auch im Falle der Kündigung bestehende Zugangsverpflichtung reiche nicht aus, weil aus der Zugangsverpflichtung faktisch noch keine Zugangsgewährung folge, hierfür vielmehr immer eine Zusammenschaltungsvereinbarung oder –verpflichtung vonnöten sei. Die Beigeladene zu 3 ist im Weiteren der Ansicht, § 35 erlaube keine Abweichung oder Erleichterung für die Vereinbarung von Entgelten nur um die Rechtsfolge des § 35 Abs. 5 TKG herbeizuführen. Vielmehr sei eine tatsächliche vorherige Vereinbarung, die sich an den allgemeinen Gültigkeitsmaßstäben messen lassen müsse, zwingende Voraussetzung.

Die Betroffene trägt zu Ziffer 3.2 vor, soweit § 307 Abs. 1 i.V.m. § 308 Nr. 5 BGB Vorgaben für Regelungen zu formularmäßigen Fiktionsregelungen treffe, gälten diese nicht für Unternehmen. Prüfungsmaßstab sei daher allein § 307 BGB, der allein darauf abstelle, ob die Klausel nach Treu und Glauben unangemessen sei. Insoweit stimme der Maßstab mit § 23 TKG überein. Den Beigeladenen entstünden keine Nachteile durch die Vereinbarung der beantragten Entgelte, da diese gemäß § 37 Abs. 1 TKG nur im Falle der Genehmigung auch erhoben werden dürften. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG träten im Falle von Abweichungen die genehmigten Entgelte an die Stelle der zunächst vereinbarten. Diese wirkten gemäß § 35 Abs. 5 Satz 1 TKG auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung zurück. Da die Beigeladenen im Hinblick auf die Vorleistungsverpflichtung der Betroffenen keine Veranlassung hätten, ein Entgelt zu vereinbaren, liefe der Rückwirkungsvorbehalt aus § 35 Abs. 5 TKG weitgehend leer. Dies sei für die Betroffene unbillig. Die Bundesnetzagentur

habe eine solche Regelung in Vergleichsfällen (so im TAL- und IC-Standardangebot, BK3-11/025 vom 04.04.2012 bzw. BK3-11/090 vom 19.05.2011) auch unbeanstandet gelassen. Soweit sich die Betroffene im Übrigen vorbehalte, bei Wegfall der Genehmigung und Fehlen einer Einigung, einen neuen Preis nach billigem Ermessen zu bestimmen (Ziffer 3.3), stehe dies nicht im Widerspruch zu dem Grundsatz der Billigkeit (§ 23 Abs. 4 TKG). Die Regelung spiegele die §§ 315 Abs. 1, 316 BGB wider. Das „billige Ermessen“ sei gerichtlich überprüfbar. Dies auch deshalb, weil nach Ziff. 3.3 Abs. 2 jeder Vertragspartner innerhalb von sechs Monaten nach Wegfall der Genehmigungspflicht nachverhandeln könne. Im Gegensatz zu der Kritik der Beigeladenen bestehe auch bei einem Scheitern der Verhandlungen die Verpflichtung der Betroffenen zur Zugangsgewährung fort.

b) Die Regelung ist nicht zu beanstanden. Das Ergebnis der Prüfung des Standardangebots nach § 23 TKG stellt einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt dar, für den als Prüfungsmaßstäbe die öffentlich-rechtlichen Normen und hier insbesondere u.a. die in § 23 TKG enthaltenen Kriterien (Chancengleichheit, Billigkeit, Rechtzeitigkeit) heranzuziehen sind. Dabei reicht es hier aus, dass die (privat-)vertragliche Klausel in Ziffer 3.2 Satz 4 einem angemessenen Interessensausgleich zwischen der Betroffenen und dem KUNDEN jedenfalls nicht zuwiderläuft.

Nach § 37 Abs. 2 TKG werden Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten, nach der Genehmigung mit der Maßgabe wirksam, dass das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgelts tritt. Nach § 35 Abs. 5 Satz 1 TKG wirken Entgeltgenehmigungen, die vertraglich bereits vereinbarte Entgelte ganz oder teilweise beinhalten, auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung zurück. Hierdurch wird zum einen sichergestellt, dass der KUNDE nach Bestandskraft der Genehmigungsentscheidung jedenfalls nur genehmigte Entgelte zahlen muss und zum anderen, dass das Unternehmen einen Entgeltanspruch in Höhe der genehmigten Entgelte auch für die Zeit von der Leistungsbereitstellung bis zur Genehmigung hat und zwar auch dann, wenn ein zunächst privatrechtlich vereinbartes Entgelt von dem genehmigten Entgelt abweicht. Dies folgt bereits allein aus den gesetzlichen Regelungen des TKG. Mit der Regelung in Ziffer 3.2 möchte die Betroffene den aus ihrer Sicht gesetzlich nicht eindeutig geregelten Fall vermeiden, dass es vor der Entgeltgenehmigung nicht zu einer vertraglichen Entgeltvereinbarung kommt, weil der KUNDE – so die Sicht der Betroffenen – wegen der ohnehin nach § 37 Abs. 3 Satz 1 TKG bestehenden Vorleistungsverpflichtung keinen Anlass hat, eine Entgeltvereinbarung abzuschließen. Hierdurch möchte die Betroffene ein Leerlaufen der Rückwirkung nach § 35 Abs. 5 TKG vermeiden.

Nach § 37 Abs. 1 TKG führt die Vereinbarung von anderen als genehmigten Entgelten grundsätzlich zur Nichtigkeit der Entgeltvereinbarung (vgl. Nöding/Scherer in Arndt, Fetzer/Scherer, Berliner Kommentar zum TKG, Berlin 2008, § 35, Rn 6). Damit wäre die Regelung in Ziffer 3.2 ohnehin nichtig. Etwas anderes (keine Nichtigkeit der Vereinbarung) gilt jedoch dann, wenn ein nicht genehmigtes, aber genehmigungsbedürftiges Entgelt vereinbart wird (vgl. z.B. VG Köln vom 29.09.2006, 1 L 1380/06 dort Ziffer 31ff.). In diesem Fall hat eine privatrechtliche Entgeltvereinbarung Bestand. Mit der behördlichen Genehmigung des Entgelts kann das genehmigte Entgelt dann auch rückwirkend ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung verlangt werden. Durch die Regelung in Ziffer 3.2 wird sichergestellt, dass die Rückwirkung nach § 35 Abs. 5 TKG nicht leerläuft. Darüber hinaus ist es nicht unangemessen, dass der KUNDE für die bereitgestellte Leistung ein (zeitlich versetzt) genehmigtes Entgelt zahlt. Insgesamt ist die Regelung in Ziffer 3.2 daher nicht zu beanstanden.

Soweit sich die Betroffene im Übrigen vorbehalten möchte, bei Wegfall der Genehmigungspflicht und dem Fehlen einer Einigung, einen neuen Preis nach billigem Ermessen bestimmen zu können (Ziffer 3.3), ist dies gleichfalls nicht zu beanstanden. Die Regelung ist insbesondere mit § 23 Abs. 4 TKG vereinbar und nicht unbillig. Sofern die Genehmigungspflicht für ein Entgelt endet (ohne dass es insgesamt aus der Regulierung entlassen ist), soll das bisher genehmigte Entgelt für einen Übergangszeitraum von sechs Monaten als zivilrechtlich vereinbart weitergelten. Während dieser Zeit haben die Vertragsparteien die Möglichkeit, neue Preise für die Zeit nach Ablauf des Sechsmonatszeitraums zu vereinbaren. Insofern haben es beide Parteien in der Hand, das künftige Ent-

gelt mitzubestimmen. Erst wenn keine Einigung zustande kommt, soll es der Betroffenen möglich sein, ein angemessenes Entgelt nach billigem Ermessen zu bestimmen. Ist der KUNDE mit diesem Entgelt nicht einverstanden, hat er schließlich die Möglichkeit zur Kündigung der Leistung. Diese abgestufte Regelung ist auch deshalb angemessen, weil hier die unabhängig von einer Einigung über das Entgelt fortbestehende Verpflichtung zur Zugangsgewährung fortbesteht, das billige Ermessen hinsichtlich der Entgeltfindung aber gerichtlicher Kontrolle zugänglich ist. Insgesamt ist die Regelung auf ein abgestuftes Verfahren mit jeweiliger Mitwirkungsmöglichkeit auf beiden Seiten angelegt. Vor diesem Hintergrund ist eine weitergehende besondere Schutzwürdigkeit des KUNDEN nicht gegeben.

Ziffer 3.3 ist im Weiteren jedoch um eine Regelung entsprechend Ziffer 3.2 Abs. 4 Satz 1 und 2 hinsichtlich der Veröffentlichung geänderter Preise im Extranet der Betroffenen zu ergänzen. Dies ist aus Gründen der Transparenz für die Marktteilnehmer erforderlich.

4. Ziffer 4 Fälligkeit

a) Die Beigeladenen zu 1, 2, 6, 7, 8 und 12 sind der Auffassung, die in Ziffer 4.1 enthaltene Regelung der Vorauszahlungspflicht sei unbillig. Sie bedeute im Ergebnis eine ungerechtfertigte Vorfinanzierung und führe zu einer signifikanten Benachteiligung der KUNDEN. Dies insbesondere deshalb, weil auch im Falle einer Anmietung für die Mindestlaufzeit von drei Monaten, der gesamte Jahresbetrag fällig gestellt werde. Hier sei eine monatliche Zahlungsweise marktgerecht und billig.

Die Betroffene trägt vor, die jährliche Vorauszahlungspflicht entspreche dem legitimen Sicherheitsinteresse der Betroffenen und sei gegenüber dem Finanzierungsnachteil der Wettbewerber vorrangig. Dies habe die Bundesnetzagentur in vergleichbaren Verfahren bestätigt (vgl. z.B. Beschluss vom 26.06.2003, BK 4c-03-019/Z15.04.03 S. 16 (9) und vom 04.04.2006, BK4c-05/102, S. 16f, Ziffer 17.3.2 Ziffer 1b). Im Übrigen erstatte die Betroffene das Überlassungsentgelt anteilig zurück, wenn eine CFV unterjährig gekündigt werde.

b) Die Regelung in Ziffer 4.1 ist nicht zu beanstanden. Die Regelung sieht vor, dass KUNDE frühestens ab der Übergabe der CFV gemäß Ziffer 6.5 der Leistungsbeschreibung (Anlage 1 des Standardangebots) das jährliche Überlassungsentgelt nach Zugang der Rechnung in einer Summe zahlt. Die Vorauszahlungspflicht entspricht dem legitimen Sicherheitsinteresse der Betroffenen. Der von der Betroffenen vorgetragene Bezug zu dem Beschluss der Bundesnetzagentur vom 26.06.2003, BK 4c-03-019/Z15.04.03 S. 16 (9), erfolgt im Ergebnis zu Recht, obwohl für Mietleitungen – anders als für die in Bezug genommenen ICAs - eine Mindestmietdauer von nur drei Monaten (Anlage 3 lit. a) und nicht einem Jahr vorgesehen ist und insofern eine jährliche Vorauszahlung unangemessen erscheinen könnte. Die Praxis der Fälle aber zeigt, dass die Vereinbarung unterjähriger Mietlaufzeiten für CFVn die Ausnahme bildet. Die Beschlusskammer sieht daher in einer Beschränkung auf die jährliche Vorauszahlung keinen Verstoß gegen das Gebot der Chancengleichheit und Billigkeit, weil die Regelung in Ziffer 4.1 eine Vorauszahlungspflicht für einen Zeitraum vorsieht, der sich in der Praxis zeitlich mit dem Forderungsausfallrisiko deckt. Im Falle kürzerer Laufzeiten, insbesondere auch nach unterjähriger Kündigung erstatet die Betroffene dann überzahlte Überlassungsentgelte in einer Summe zurück. Ein besonderes Erfordernis für die von den Beigeladenen geforderte Möglichkeit einer monatlichen Ratenzahlung liegt nicht vor. Der Wunsch der Beigeladenen nach monatlicher Abrechnung wiegt gegenüber dem Sicherheitsinteresse der Betroffenen nicht so schwer als dass das Sicherheitsinteresse dahinter zurücktreten müsste.

5. Ziffer 4.3 Elektronische Rechnungsstellung

a) Die Beigeladenen zu 4 und 12 bemängeln die in Ziffer 4.3 enthaltene Regelung für die elektronische Rechnungsstellung. Hier seien jedenfalls die gesetzlichen Vorgaben aus § 14 UStG zu beachten.

Die Betroffene trägt vor, die als Vertragsbestandteil vorgelegte „ELFE-Vereinbarung“ nehme ausdrücklich Bezug auf die Empfehlung der Kommission 94/820/EG vom 19.04.1994 über die rechtli-

che Ausgestaltung des elektronischen Datenaustauschs. Die über ELFE übermittelte Rechnung stelle danach eine Rechnung im umsatzsteuerrechtlichen Sinn dar. Dies habe die Bundesnetzagentur z.B. in dem Verfahren vom 28.08.2007 BK3-06/045 S. 65 Ziffer 5. gleichfalls so gesehen und anerkannt.

b) Die Regelung in Ziffer 4.3 ist nicht zu beanstanden. Die auf der Grundlage der ELFE-Vereinbarung ausgestellte und übermittelte Rechnung entspricht nach Format und im Übrigen den Anforderungen des § 14 UStG und hier insbesondere Absatz 3 Nr. 2. Darüber hinaus kann die Rechnung auf Wunsch auch postalisch versendet werden, sodass KUNDE hier in keinem Fall benachteiligt ist. Dies hat die Bundesnetzagentur auch bisher so entschieden (vgl. z.B. BK3-06/045, S. 65 Ziffer 5. vom 28.08.2007).

6. Ziffer 5 Zahlungsverzug

a) Die Beigeladenen zu 3, 7, 8 und 12 sind der Ansicht, die in Ziffer 5.3 und 5.4 enthaltenen Regelungen, wonach im Falle des Zahlungsverzug bezüglich eines Betrages von mindestens einem Sechstel des Jahresbetrages ein sofortiges Kündigungsrecht der Betroffenen bestehe und ein pauschalierter Schadensersatz von 50% des Jahresbetrages fällig werde, sofern nicht die Betroffene einen höheren oder der Kunde einen niedrigeren Schaden nachweise, stelle eine unzulässige Überkompensierung dar, die nach § 309 Nr. 5a BGB unzulässig sei. Die Beigeladene zu 3 führt aus, die Möglichkeit, einen geringeren Schaden nachweisen zu können, heile nicht den Verstoß gegen § 309 Nr. 5a BGB. Die Klausel sei daher ersatzlos zu streichen.

Die Betroffene trägt vor, sofern sich ein Kunde mit mindestens 1/6 des Jahrespreises für mindestens zwei Monate im Zahlungsverzug befinde, stelle dies einen hinreichenden Anhaltspunkt für erhebliche Zahlungsschwierigkeiten des Kunden dar. Hier müsse die Betroffene reagieren können, um weitere Gefährdungen ihrer wirtschaftlichen Interessen zu vermeiden. Auch das TAL-Standardangebot enthalte in Ziffer 10.4 Abs. 3 eine entsprechende Klausel, die von der Bundesnetzagentur nicht beanstandet worden sei. Auch die Klausel, wonach die Betroffene auf den Zahlungsverzug einen pauschalierten Schadensersatz fordern könne, sei angemessen. Insbesondere werde dem KUNDEN ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, einen geringeren Schaden nachzuweisen. Durch den pauschalierten Schadensersatz sollten Verluste aus einer notwendig gewordenen und nicht von der Betroffenen zu vertretenden außerordentlichen Kündigung kompensiert werden. Die Betroffene schlägt gleichwohl folgende Modifikation der Klausel vor:

„Kommt Kunde mit der Zahlung eines Betrages, der mindestens einem Sechstel des Jahrespreises (bezogen auf den gemäß Punkt 4.1 Satz 2 für das laufende Jahr im Voraus gezahlten Betrag), für einen Zeitraum von mindestens zwei Monaten in Verzug, so kann die Telekom den Vertrag ohne Einhaltung einer Frist kündigen und einen sofort in einer Summe fälligen pauschalierten Schadensersatz in Höhe von 50% des Betrages verlangen, der dem zu zahlenden Gesamtpreis für das laufende Jahr entspricht.“

Durch diese Formulierung werde kargestellt, dass sich die Regelung nur auf die im Voraus gezahlten Überlassungsentgelte nach Ziffer 4.1 Satz 2 des Hauptteils beziehen.

b) Die Regelung entspricht nicht den Anforderungen des § 23 TKG. Ein pauschalierter Schadensersatz muss stets einen Bezug zu dem typischerweise zu erwartenden Schaden haben. Dies ist vorliegend nicht zu erkennen. Gemäß Ziffer 9.2 a) Abs. 2 beträgt die Kündigungsfrist des KUNDEN für einen Einzelvertrag sechs Werkzeuge, frühestens jedoch zum Ende der Mindestüberlassungsdauer. Die Mindestüberlassungsdauer beträgt gemäß Ziffer 3.1 der Anlage 1 drei Monate. Voraussetzung für die Sonderkündigung ist der Verzug über zwei Monate hinweg, dieser tritt frühestens 30 Kalendertage nach der Bereitstellung ein, Ziffer 4.1 und 5.1. Im Ergebnis ist die Mindestüberlassungsdauer also bei einer Sonderkündigung schon abgelaufen. Selbst wenn diese noch nicht abgelaufen sein sollte, kann nicht per se von einem Schaden in Höhe der Mindestüberlassungsdauer ausge-

gangen werden, denn gemäß Ziffer 3.2 der Anlage 4 besteht die Möglichkeit einer vorzeitigen Vertragsbeendigung bei Zahlung eines Viertels des ausstehenden Betrags für die Mindestüberlassung. Insofern ist kein berechtigtes Interesse an einer Folgevermietung zu berücksichtigen. Schließlich wäre eine solche Kündigungsregelung aber auch offensichtlich treuwidrig. Denn wenn die Betroffene noch ein Überlassungsentgelt für ein halbes Jahr als Schadensersatzpauschale erhält, ist nicht ersichtlich, warum eine sofortige Vertragsauflösung und nicht eine Auflösung mit einer Frist von sechs Monaten erfolgen sollte.

7. Ziffer 6 Ausschlussfrist für Einwendungen

a) Die Beigeladenen zu 1, 2, 3, 6, 7, 8 und 12 sind der Auffassung, die in Ziffer 6 enthaltene Regelung, wonach im Falle der Unterlassung einer rechtzeitigen Einwendung (drei Monate), eine Genehmigung fingiert werde, stelle auch unter Kaufleuten eine unzulässige Klausel dar. Hier sei die Anwendung der allgemeinen Verjährungsregeln völlig ausreichend. Jedenfalls sei eine für den Kunden angemessene Bearbeitungsfrist sicherzustellen. Hieraus ergäben sich auch keine unangemessenen Mehrkosten für die Betroffene. Auch habe die Bundesnetzagentur eine solche Regelung in der Vergangenheit gestrichen.

Die Betroffene trägt vor, die Regelung sei nicht unbillig, sondern diene dem angemessenen Ausgleich, einer umfangreichen Einwendungsmöglichkeit, eine zeitliche Restriktion für die Geltendmachung von Einwendungen entgegenzusetzen. Die Dreimonatsfrist beziehe sich nur auf die in diesem Zeitraum bekannten Einwendungen, im Übrigen gelte eine Jahresfrist. Auch bedürfe es unter Unternehmen – anders als bei Verbrauchern – klar sei, dass auch Schweigen für sie rechtliche Folgen haben könne (vgl. § 362 HGB). Das gemäß § 307 BGB geforderte berechtigtes Interesse an der Erklärungsfiktion sei hier im Hinblick auf die Notwendigkeit einer zeitnahen Abrechnung von einer Vielzahl von Vertragsbeziehungen zu bejahen. Die Behauptung, die Bundesnetzagentur habe in anderen Fällen eine solche Klausel gestrichen, sei falsch. Insbesondere in dem Beschluss BK3-06/045 vom 28.08.2007 sei lediglich gefordert worden, dem Kunden eine angemessene Frist zur Geltendmachung der Einwände einzuräumen. Darüber hinaus sei eine definierte Bearbeitungsfrist, innerhalb derer die Betroffene Einwände bearbeiten müsse, unangemessen.

b) Die Regelungen sind angemessen und nicht zu beanstanden. Sie genügt den Anforderungen des § 23 TKG. Soweit die Beigeladenen sich auf die Entscheidung der Bundesnetzagentur BK3-06/045 vom 28.08.2007 (dort S. 24 b)) beruft, ist festzuhalten, dass dieser Entscheidung ein anderer Sachverhalt zugrunde liegt. Nach der dort geprüften Regelung hatte KUNDE keine angemessene Frist, Einwendungen seiner Endkunden an die Betroffene durchzureichen. Dies ist hier anders. Die Mietleitung ist eine Vorleistung für Endkundenprodukte. Selbst wenn es sich um Einwendungen aus dem Endkundenvertrag handelt, die auf das Vertragsverhältnis zwischen Betroffener und KUNDE durchschlagen und der Endkunde die ihm nach § 45i Abs. 1 TKG zustehende Achtwochenfrist ausschöpft, verbleibt dem KUNDEN bis zum Ablauf der Dreimonatsfrist ausreichend Zeit zur Geltendmachung eigener Einwendungen gegenüber der Betroffenen. Er kann hier somit die Einwendungen seines Endkunden auf die Betroffene abwälzen. Im Übrigen ist der Einwendungsausschluss in der Dreimonatsfrist nur auf solche Einwendungen beschränkt, deren zugrundeliegende Umstände innerhalb der genannten Frist von drei Monaten bekannt geworden sind. Für später bekannt gewordene Umstände, die zu Einwendungen berechtigen, gilt darüber hinaus eine Jahresfrist.

8. Ziffer 7 Sicherheitsleistung

a) Die Beigeladenen zu 3, 6, 7, 8 und 12 vertreten die Ansicht, die in Ziffer 7 geregelte Sicherheitsleistung sei im Hinblick auf die Vorauszahlungsverpflichtung unangemessen. Im Übrigen müssten für eine solche Sicherheitsleistung zumindest Anhaltspunkte gegeben sein, die berechtigte Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Kunden zuließen.

Die Betroffene trägt vor, die Klausel entspreche dem Gebot der Billigkeit. Sicherheitsleistungen gegen Forderungsausfälle und Insolvenz des Vertragspartners seien ein im Geschäftsverkehr übliches Sicherungsmittel. Dies habe insbesondere auch das VG Köln als berechtigtes Bedürfnis der Be-

troffenen anerkannt (vgl. VG Köln, Beschluss 1 L 1901/01 vom 25.10.2011, S. 8). Im Übrigen werde die Betroffene nur jeweils unter Berücksichtigung des Einzelfalles von der Klausel Gebrauch machen. Von den Beigeladenen habe die Betroffene bisher noch in keinem Fall eine Sicherheitsleistung verlangt.

b) Die Regelung ist in dieser Form unbillig und deshalb neu zu fassen. Ein Sicherungsinteresse der Betroffenen ist zwar grundsätzlich anzuerkennen. Es ist aber darauf zu achten, dass eine Übersicherung nicht stattfindet. Die Sicherheitsleistung nach Ziffer 7 soll das mit der Überlassung der CFV für die Betroffene einhergehende finanzielle Risiko absichern, das darin besteht, dass sie die CFV überlässt, hierfür aber über das Bereitstellungsentgelt hinaus kein Entgelt erhalten könnte. Dieses Risiko ist aber bereits durch die Vorauszahlung des jährlichen Überlassungsentgelts abgesichert. Ohne Vorauszahlung ist die Betroffene zur Überlassung einer CFV nicht verpflichtet. Eine darüber hinausgehende Sicherung des Überlassungsentgelts ist nicht erforderlich. Dies insbesondere auch in der Gesamtschau mit der kurzfristigen Möglichkeit für beide Seiten, Einzelverträge kündigen zu können (Hauptteil, Ziffer 9.2a).

9. Ziffer 8 Haftung

a) Die Beigeladenen zu 2, 3, 6, 7, 8 und 12 vertreten die Ansicht, die in Ziffer 8.3 (Satz 2) geregelte Haftungsbeschränkung bei fahrlässiger Verletzung wesentlicher Vertragspflichten, die die Erreichung des Vertragszwecks gefährden, sei unbillig. Nach der Rechtsprechung des BGH müsse die Höhe der Schadensersatzverpflichtung in einem angemessenen Verhältnis zum vertragstypischen Schadensrisiko stehen. Dies sei hier nicht der Fall.

Die Betroffene hat mit Schriftsatz vom 12.04.2013 folgende Neuregelung eingeführt:

„Die Haftung der Telekom für andere als die in Punkt 8.2. bezeichneten Schäden, die durch die fahrlässige Verletzung von wesentlichen Vertragspflichten, die die Erreichung des Vertragszweckes gefährden, entstanden sind, ist auf den vertragstypischen vorhersehbaren Schaden begrenzt; dies gilt auch für entgangenen Gewinn und ausgebliebene Einsparungen.“

b) Die von der Betroffenen überarbeitete Formulierung entspricht den vorgetragenen Vorstellungen der Beigeladenen und ist insgesamt nicht zu beanstanden. Die Regelung stellt einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den potentiellen Vertragsparteien i.S.v. § 23 TKG dar. Die Beigeladenen berufen sich zu Recht auf die Wertung aus der Rechtsprechung des BGH zur vertraglichen Haftungsfreizeichnung (vgl.: BGH VIII ZR 121/04, Urteil vom 20.07.2005, RN 82ff. sowie BGH VIII ZR 337/11, Urteil vom 18.07.2012, RN 39ff.), wonach Haftungsbeschränkungen wegen leichtfahrlässigen Pflichtverletzungen in einem umfangreichen Vertragsverhältnis unzulässig sind. Eine formularmäßige Freizeichnung von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit darf nicht zur Aushöhlung von vertragswesentlichen Rechtspositionen des Vertragspartners führen, etwa weil sie ihm solche Rechte wegnimmt oder einschränkt, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck gerade zu gewähren hat (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG). Bei wesentlichen Vertragspflichten darf die Haftungsbeschränkung nicht dazu führen, dass die Betroffene von Verpflichtungen befreit wird, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertraut und vertrauen darf. Daraus folgt, dass sich auf solche vertragstypische Pflichten, deren Nichtbeachtung die Erreichung des Vertragszwecks gefährden, ein solcher Haftungsausschluss nicht erstrecken darf. Diesen Anforderungen entspricht die mit Schriftsatz vom 12.04.2012 eingeführte Fassung der Ziffer 8.3, Satz 2.

10. Ziffer 9.2b) Kündigung

a) Die Beigeladenen zu 3, 6, 7, 8 und 12 vertreten die Ansicht, die in Ziffer 9.2b) getroffenen Kündigungsregelungen seien unangemessen einseitig zugunsten der Betroffenen und damit unbillig. Der Wegfall der Nachfrage sei gemäß § 23 TKG von Amts wegen zu beachten. Insbesondere die Einstellung des Betriebs eines HVts komme einem einseitigen Leistungseinstellungsrecht gleich

und sei nach § 313 Abs. 1 BGB zu regeln. Insgesamt sei hier stets die Zumutbarkeit einer Kündigung zu prüfen. Insofern sei insbesondere bei fehlender Mitwirkung immer erst eine Abmahnung vorzuschicken und eine Kündigungsfrist zu wahren. Die Einstellung des Betriebes eines HVts sei unzumutbar, weil sich hierdurch der Kern der Leistung und damit die Leistung selbst verändere. In diesem Fall seien die Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage anzuwenden und die derzeitige Klausel insoweit zu streichen.

Die Betroffene trägt zu Ziffer 9b Abs. 2, 2. und 5. Spiegelstrich (Änderung der Regulierungsverfügung, Verstoß gegen Mitwirkungspflichten) vor, im Fall der Aufhebung wie auch der Änderung oder Neufassung der Regulierungsverfügung habe die Betroffene ein berechtigtes Interesse, die Verträge an eine geänderte regulatorische Situation anzupassen. Die Regelung sehe vor, dass zunächst eine Vertragsanpassung zwischen den Vertragspartnern erfolgen solle. Damit seien die Interessen der Kunden ausreichend geschützt.

Zu Absatz 2, 5. Spiegelstrich und Absatz 3, 2. Spiegelstrich (Verstoß gegen Mitwirkungspflichten) führt sie aus, die Betroffene habe die Kritik hierzu aufgegriffen und nun eine Abmahnung vor einer außerordentlichen Kündigung vorgesehen.

Zu Absatz 2, 6. Spiegelstrich (Zahlungsverzug), gelte das zu Ziffer 5.3 und 5.4 Vorgetragene (s.o.).

Zu Absatz 3, 1. Spiegelstrich (Betriebseinstellung HVt):

Hier handele es sich nicht um ein einseitiges Leistungseinstellungsrecht zugunsten der Betroffenen. Das Kündigungsrecht betreffe ausschließlich die Kündigung der CFV wie sie Gegenstand des Standardangebots sei: Die Regelung sei akzessorisch zu anderen Regelungen wie zum Beispiel zur Auflösung oder Verlegung von Kollokationsflächen. In diesen Fällen müsse die Betroffene den Kunden in der Regel 12 Monate vor der Änderung informieren.

b) Die Regelungen zur Kündigung bei Änderung des Standardangebots oder der Regulierungsverfügung sind zu streichen, sie stehen nicht im Einklang mit dem TKG. Die Änderung von Standardangebot oder Regulierungsverfügung rechtfertigt keine fristlose Kündigung. Nach § 13 Abs. 1 TKG und § 23 Abs. 4 TKG ist jeweils vorgesehen, dass eine Änderung der Regulierung nur mit Vorlauf erfolgen kann, insofern ist von Gesetzes wegen von der Zumutbarkeit einer vorübergehenden weiteren Verpflichtung auszugehen. Auch der Wegfall der allgemeinen Nachfrage kann die Kündigung eines bilateralen Vertrages nicht begründen. Vielmehr bleibt in diesem Falle die Zugangsverpflichtung unabhängig von der allgemeinen Nachfrage bestehen.

Die Regelung zur fristlosen Kündigung nach Wegfall des Betriebs eines HVts ist angemessen. Der Betrieb eines bestimmten HVt ist unmittelbar nicht geschuldet, sodass es sich bei der Einstellung des Betriebs eines HVt entgegen der Ansicht der Beigeladenen nicht um eine Leistungsänderung handelt. In der Kundenbeziehung verpflichtet sich die Betroffene eine bestimmte Leistung – hier die Überlassung einer CFV- zur Verfügung zu stellen. Allein auf diese Leistung bezieht sich die Kündigung nach Ziffer 9.2 b) Abs. 3, 1. Spiegelstrich. Diese Kündigungsregelung wiederum ist gemäß Ziffer 1.2 des Hauptvertrags von den Regelungen über die Verlegung eines HVt abhängig, die vorsehen, dass die Betroffene KUNDE bei der Verlegung eines HVt in der Regel 12 Monate im Voraus informieren muss. Diese Frist ist ausreichen um sicherzustellen, dass der Betroffenen die Möglichkeit zur Umsetzung betrieblich erforderlicher Maßnahmen nicht genommen wird und andererseits KUNDE genügend Zeit verbleibt, um sich auf die Änderung einzustellen und ggf. geeignete betriebliche Maßnahmen zu ergreifen. Sofern die Betroffene und KUNDE die akzessorischen Regelungen (z.B. bezüglich der Verlegung eines HVt) nicht vereinbart haben, kommt die Kündigungsregelung aus Ziffer 9.2 b) Abs. 3, 1. Spiegelstrich nicht zum Tragen.

11. Ziffer 11.2 Umwandlung

a) Die Beigeladene zu 7. führt aus, nach Ziffer 11.2 seien im Falle einer Umwandlung i.S.v. § 12 UmwG die Kosten für die hiernach ggf. erforderliche Systemanpassung bei der Betroffenen vom KUNDEN zu tragen. Sie hält diese Regelung für unbillig und fordert die Streichung der Regelung.

Die Betroffene führt aus, dass die Kosten hier nach dem Verursacherprinzip verteilt werden sollen. Sie hält die Regelung für angemessen und führt aus: Die Kosten der Umdokumentation seien keine Verwaltungskosten der Betroffenen oder sonst im Rahmen von Umwandlungen oder Umfirmierungen handelsübliche Kosten, die von der Betroffenen zu tragen wären. Vielmehr handele es sich um vom Kunden kausal verursachten Aufwand, der entsprechend von ihm zu tragen sei. Kostenkausal sei nicht die Umwandlung, sondern der Wunsch des Kunden, seine Bestände zu vereinheitlichen, um so Synergien zu erzielen. Die Umwandlung sei nur Auslöser für das Kundenbedürfnis, Verträge und Bestände zusammenzuführen.

b) Die Regelung ist nicht zu beanstanden. Eine ggf. vom KUNDEN angestrebte Umwandlung liegt nicht in der Sphäre und im Interesse der Betroffenen. Sofern KUNDE in einer Umwandlung betriebliche Vorteile sieht wäre es unbillig, hierdurch bei der Betroffenen erforderliche Systemanpassungskosten auf die Betroffene abzuwälzen.

12. Ziffer 11.6 Salvatorische Klausel

a) Die Beigeladenen zu 3, 7, 8 und 12 kritisieren, die in Ziffer 11.6 enthaltene Salvatorische Klausel sei unbillig und anpassungswürdig. Sie gewähre in ihrer jetzigen Form der Betroffenen ein einseitiges Recht zur Schließung von Vertragslücken. Insofern könne es an einem angemessenen Interessensausgleich im Falle der ergänzenden Vertragsauslegung fehlen. Die Klausel sei unwirksam nach § 307 BGB, weil die Genehmigung des Standardangebots durch die Bundesnetzagentur keine Rechtsvorschrift im Sinne des § 307 Abs. 3 BGB darstelle.

Die Betroffene trägt vor, hier sei eine angemessene und faire Vertragsauslegung möglich. Dies insbesondere deshalb, weil in der Klausel ausdrücklich beide Vertragsparteien als regelungsberechtigt aufgeführt seien.

b) Die Regelung ist nicht zu beanstanden. Sie ist insbesondere nicht einseitig. Für die Kritik der Beigeladenen lässt der insoweit eindeutige Wortlaut der Regelung keinen Raum. Sie gewährt beiden Vertragsparteien ein gemeinsames Regelungsrecht im Falle der Notwendigkeit einer Vertragsergänzung und beachtet somit die Interessen beider Vertragsparteien in angemessener Weise.

II. Leistungsbeschreibung (Anlage 1)

1. Ziffer 2 Leistungsbeschreibung

a) Die Beigeladenen zu 1, 7 und 8 kritisieren, dass entgegen den Markterfordernissen nur Punkt-zu-Punkt-Verbindungen, aber kein „natives Ethernet“ angeboten werde. Es bestehe eine Nachfrage nach der Einführung von PPC-Modellen (Partial-Private-Circuits). Solche seien durch die Festlegung der Präsidentenkammer vom 03.01.2012 – BK-1 09/006 – nicht ausgeschlossen und die Betroffene verfüge auch über die technischen Voraussetzungen zum Angebot von PPC.

Die Betroffene führt aus, die derzeit gültige Marktanalyse vom 03.01.2012 – BK-1 09/006 – verneine die Einbeziehung von Point-to-multipoint (P2MP) Leitungen.

b) Die Betroffene kann nicht verpflichtet werden, flächendeckend natives Ethernet anzubieten. Sie verfügt nicht über die entsprechende Infrastruktur, dies anbieten zu können. Eine entsprechende Verpflichtung durch die Bundesnetzagentur, ein Netz mit geänderten Abschlusseinrichtungen aufzubauen käme einer Ausbaupflichtung gleich, die nicht Gegenstand der Prüfung dieses Standardangebots ist. In der Festlegung der Präsidentenkammer vom 03.01.2012 – BK-1 09/006 – sind Mietleitungen als Punkt-zu-Punkt-Verbindungen definiert. PPC-Lösungen sind von der Festlegung

nicht umfasst. Dementsprechend wurden in der Regulierungsverfügung vom 09.08.2012 – BK2a-12/001-R - auch keine Verpflichtungen zu PPC ausgesprochen. Insofern entspricht das derzeitige Angebot den gegenwärtigen Markterfordernissen. Soweit die Beigeladenen zu 1,7 und 8 verlangen auch PPC anzubieten, ist ihrerseits nicht spezifisch dargelegt, weshalb nur hierdurch eine Verpflichtung der Betroffenen hinsichtlich der Zugangsgewährung erfüllt werden könnte, die nicht bereits durch die bisher angebotenen Formen der CFV-SDH oder CFV-Ethernet erfüllt wird bzw. eingekauft werden könnte. Von an dem Verfahren Beigeladenen haben lediglich drei Unternehmen ein Erfordernis gesehen. Auch haben die nationalen Konsultation und die Erörterungen in der mündliche Verhandlung nicht ergeben, dass eine allgemeine Nachfrage i.S.v. § 23 Abs. 1 TKG in Bezug auf ein Angebot von PPC besteht. Es kann nicht angenommen werden, dass alle Vertragspartner ein solches Angebot unterzeichnen würden. Insofern ist nicht erforderlich, dass das derzeitige Angebot an Mietleitungen erweitert werden müsste. Es entspricht den gegenwärtigen Markterfordernissen.

2. Ziffer 1.1, 2.1 Überlassung von CFVn nur im Rahmen der technischen und betrieblichen Möglichkeiten

a) Die Beigeladenen zu 1, 3, 7, 8 und 12 bemängeln die in Ziffer 1.1 und 2.1 enthaltene Regelung, wonach die Überlassung der CFVn nur im Rahmen der technischen und betrieblichen Möglichkeiten der Betroffenen erfolgen solle. Hierdurch bestehe keinerlei verlässliche und planbare Grundlage für die Nutzung der Vorleistung. Insbesondere fehle es hier auch an der Bestimmtheit der Leistung i.S.v. § 305c Abs. 2 BGB.

Die Betroffene trägt vor, die Klausel sei angemessen und billig. Sie finde sich z.B. in gleicher Weise im IC-Standardangebot in Anlage 2 Teil 2 in verschiedenen Varianten unter Typ I, II und III sowie in Ziffer 4.1 Abs. 1, UAbs. 2 des TAL-Standardangebots, ohne von der Bundesnetzagentur beanstandet worden zu sein.

Betriebliche Hindernisse seien vorübergehende Hindernisse wie z.B. Betriebsversammlungen. Hierdurch entstehende Ausfallzeiten seien nicht von der Betroffenen zu vertreten, sondern arbeitsrechtlich angelegt. Technische Hindernisse seien z.B. fehlende Infrastruktur, die zu einem endgültigen Ausschluss der Leistungserbringung führten. Die Betroffene könne nicht gezwungen werden, sich zu einer subjektiv unmöglichen Leistung zu verpflichten.

b) Die Regelungen in Ziffern 1.1 und 2.1 sind nicht zu beanstanden. Sie beinhalten die klare Aussage der Betroffenen, ihren Verpflichtungen im Rahmen des technisch und betrieblich Möglichen nachkommen zu wollen und eine Grenze nur dort zu sehen, wo ein Mangel außerhalb ihrer Sphäre und Verantwortung liegt. Mehr kann hier nicht gefordert werden. Die Leistungsbeschreibung selbst fußt technischerseits auf anerkannten technischen Standards.

3. Ziffer 1.1 Abs. 2, 2.1 Abs. 2 Leistungsmerkmale

a) Die Beigeladene zu 4 fordert eine Präzisierung der Leistungsmerkmale hinsichtlich der SDH- und der Ethernet-Abschlüsse.

Die Betroffene ist der Ansicht, die Kritik der Beigeladenen zu 4 gehe fehl. Ziel der Beigeladenen sei es, auch bei Abschluss des Standardangebots bestehende PDH-Technik fortführen zu dürfen. Dies sei ihr jedoch bereits zugestanden worden, solange noch Ersatzteile für Reparaturzwecke vorhanden seien.

b) Die Regelung ist nicht zu beanstanden. Die Betroffene hat der Beigeladenen zu 4 zugestanden, PDH-Technik fortführen zu können, solange ggf. erforderliche Ersatzteile noch verfügbar sind. Es ist der Beigeladenen nicht zuzumuten, darüber hinaus Zugeständnisse zu machen. Andererseits hat die Beigeladene zu 4 aufgrund der Zusage der Betroffenen keine unangemessenen Nachteile bei der Verwendung bestehender PDH-Technik.

4. Ziffer 1.1 Abs. 3 und 4 Leistungsparameter

a) Die Beigeladenen zu 4 und 7 tragen vor, es sei nicht ersichtlich, in welchem Umfang Änderungen der ITU-T-Empfehlungen von den Nachfragern akzeptiert werden müssen. Sie fordern, die Empfehlungen individuell vereinbaren zu können. Die Änderung der ITU-T-Empfehlungen dürften keine Änderungen in Bezug auf bereits bereitgestellte Leistungen haben.

Die Kritik der Beigeladenen zu 4 und 7 geht aus Sicht der Betroffenen fehl, weil die vertraglichen Regelungen eindeutig seien. Die technischen Beschreibungen der Betroffenen entsprächen der jeweiligen ITU-T-Empfehlung in vollem Umfang. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass die ITU-T-Empfehlungen mit der gesamten TK-Branche abgestimmt würden. Damit handele es sich aber um allgemein anerkannte Standards.

b) Die Regelung ist angemessen. Die in dem Standardangebot und den darauf gründenden Einzelverträgen vereinbarten Leistungen und Bedingungen wirken nicht unmittelbar auf bereits bestehende Verträge zur Bereitstellung zurück. Soweit künftig Verträge abgeschlossen werden, ist es nicht unangemessen hierbei die allgemein anerkannten und regelmäßig mit der gesamten Branche abgestimmten ITU-T-Empfehlungen verbindlich einzubeziehen. Darüber hinaus sieht die Regelung in Absatz 4 vor, dass bei Änderungen der Empfehlungen diese nur dann Vertragsbestandteil werden, wenn sich die Vertragsparteien einvernehmlich auf die Neuerung einigen. Auch hieraus ergibt sich die Angemessenheit der Regelung.

5. Ziffer 1.2, 2.3 Verfügbarkeit

a) Die Beigeladenen zu 1, 2, 3, 6, 7, 8, 12 und 14 bemängeln die unter Ziffer 1.2 und 2.3 festgelegte Verfügbarkeit von auf das Jahr bezogen 99% als zu gering. Eine solche Verfügbarkeitsrate lasse einen Ausfall von bis zu 3 ½ Kalendertagen im Jahr zu. Dies sei für den Markt nicht hinnehmbar. Es müsse eine Verfügbarkeit generell von mindestens 99,7% garantiert werden. Auch sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Verfügbarkeit bei einem Bündel von 10 Mietleitungen höher sein könne als bei einer. Da die Betroffene keine Gründe genannt habe, weshalb die Verfügbarkeit für CFV-SDH und CFV-Ethernet unterschiedlich sein müssten, sollte die Verfügbarkeit jedenfalls generell nicht unter der von der Betroffenen selbst eingeräumten Grenze von 99,7% (für gebündelte zehn CFV-SDH gleicher Bandbreite) liegen.

Die Betroffene trägt vor, die Angemessenheit der durchschnittlichen jährlichen Verfügbarkeit von 99% werde dadurch belegt, dass die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur in dem „Vertrag zur Überlassung von unbeschalteten Glasfasern zwischen Hvt und MFG der Telekom“ eine Verfügbarkeit von 98,5 % festgelegt habe (vgl.: BK3-09/71 vom 25.01.2010, S. 61). Eine sich hieraus ergebende Leistungsunterbrechung von 133 Stunden sei damit nach Auffassung der Bundesnetzagentur zulässig. Hierzu stehe eine Verfügbarkeit von 99,7 % bei zehn CFV SDH gleicher Bandbreite nicht im Widerspruch. Die Möglichkeit, CFVn (mind. 10 und max. 19) in Bündeln zu führen, erlaube eine Verkehrsführung auf verschiedenen Trassen. Bei der Störung eines Bündels könne die CFV des anderen Bündels weitergenutzt werden.

b) Die in Ziff. 1.2 und 2.3 genannte Verfügbarkeit je einzelner Mietleitung (SDH und Ethernet) von auf das Jahr bezogen 99% ist nicht zu beanstanden. Sie behindert die Beigeladenen nicht in einer Weise, die ihren Anspruch auf Zugang zu einem Vorleistungsprodukt unzulässig verhindert oder in einem nicht vertretbaren Maße leerlaufen ließe. Die Regelung bietet einen angemessenen Interessenausgleich. Dabei ist zu berücksichtigen, dass über die Verfügbarkeit die Leistung der Betroffenen definiert wird. Soweit eine Mietleitung nicht verfügbar ist, kann sie nicht genutzt werden. Dies spricht grundsätzlich dafür, die Verfügbarkeit hoch anzusetzen. Andererseits lassen sich Störungen auch bei größter Sorgfalt und hochwertiger Technik niemals völlig ausschließen. Die von den Beigeladenen kritisierte Regelung entspricht auch der für die Endkunden der Betroffenen geltenden Regelung. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass im Zweifel die fehlende Verfügbarkeit einer Mietleitung erst durch die Störungsmeldung des KUNDEN erkannt wird und dieser erst durch die Meldung seines Endkunden von dem Mangel erfährt. Dies bedeutet, dass die Betroffene auch bei größter Sorgfalt und Vorsorge keine noch höhere Verfügbarkeit als bereits zugesichert garantieren kann.

Soweit sie das bei einer Bündelung von mindestens zehn CFVn-SDH kann, ist dies nur aufgrund der zusätzlichen Ausweichmöglichkeiten in andere Bündel möglich.

6. Ziffer 2.2 Qualitätsparameter

a) Die Beigeladenen zu 4, 7, 9 und 12 kritisieren, dass die EFTD (Ethernet Frame Transfer Delay) von 30ms (Ziffer 2.2) zu lang sei. Hier seien max. 10-15ms markterforderlich und angemessen. Jedenfalls müsse sichergestellt sein, dass die Technik von Betroffener und KUNDE harmonisiert werden könne.

Die Betroffene trägt vor, sie müsse ein bundesweites Netz für Übertragungswege vorhalten. Bei den Qualitätsparametern werde daher immer der theoretisch mögliche Maximalwert angegeben. So könne ein Übertragungsweg vom Norden in den Süden beispielsweise eine Länge vom 1000km aufweisen und 25 Netzknoten durchlaufen. Die Laufzeiten seien daher bei der Betroffenen wesentlich länger als z.B. bei einem Kunden, der nur ein Ortsnetz betreibe.

b) Die Regelung ist nicht angemessen. Die EFTD ist neben anderen Parametern (Bandbreite, Bitrate) maßgeblich insbesondere auch von der Entfernung (Ende-zu-Ende) und der dabei durchlaufenen Netzknoten abhängig. Auch wenn die Angabe von 30ms in Ziffer 2.2 einen Maximalwert darstellt, ist hier eine differenzierte Regelung ohne unverhältnismäßigen Aufwand möglich. Vor diesem Hintergrund ist eine differenziertere Regelung aufzunehmen, die eine maximale EFTD in Abhängigkeit von Bandbreite, Bitrate und der Entfernung Ende-zu-Ende bestimmt. Dass der Betroffenen dies möglich ist, zeigen die entsprechenden Regelungen in dem von der Betroffenen angebotenen Gesamtvertrag („Rahmenvertrag zur Bereitstellung und Überlassung von Carrier-Festverbindungen“, veröffentlicht im Extranet der Betroffenen) der nach eigener Darstellung der Betroffenen in der mündlichen Verhandlung vom 14.03.2013 im Markt große Akzeptanz findet also einer allgemeinen Nachfrage entspricht.

7. Ziffer 3 Eingeschränkte Mietzeitbindung für CFV-SDH und CFV-Ethernet (Rabattierung)

a) Die Beigeladenen zu 2, 3 und 8 tragen vor, die verschiedene Behandlung beider Techniken hinsichtlich der Vorteile bei Mietzeitbindungen mit Preisnachlass (Rabattierung gemäß Ziffer 3.2 Abs. 1), sei nicht nachvollziehbar. So sei für CFV-SDH insbesondere ab 2015 keine Mietzeitbindungsregelung mehr vorgesehen. Solche Mietzeitbindungen seien aber durch die Regulierungsverordnung BK2a-12/001-R vom 09.8.2012 gedeckt und würden am Markt nachgefragt. Die Beigeladene zu 2 begrüßt Mietzeitbindungen von 12, 24 und 36 Monaten ausdrücklich und spricht sich für deren Aufnahme in das Standardangebot aus. Die Beigeladene zu 3 ist der Ansicht, die Ausführungen der Betroffenen seien nicht mit der Marktabgrenzung und den Festlegungen in der Regulierungsverordnung vereinbar. Mit der Ungleichbehandlung von CFV-SDH und CFV-Ethernet in Bezug auf Mietzeitbindungen würde der Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt, auf die Nachfrage Einfluss zu nehmen und eine Nachfrageverlagerung hin zu CFV-Ethernet zu erwirken.

Die Betroffene trägt vor, die Beschränkung der Mietzeitbindung für CFV-SDH sei gerechtfertigt. Sie beruhe darauf, dass die Betroffene in der eigenen Netzgestaltung frei sein müsse. Der Markt befindet sich in einem technischen Umbruch. Sie sei aber bereit folgende Neuformulierung vorzunehmen:

„Die erstmalige Vereinbarung einer Mietzeitbindung von 2, 4, 6 oder 8 Jahren ist bei der Bestellung oder nachträglich möglich.

Für CFV SDH sind lediglich Mietzeitbindungen von 2, 4 oder 6 Jahren möglich; ab 01.01.2014 bietet die Telekom nur noch die Bestellung einer Mietzeitbindung von 2 Jahren, ab dem 01.01. 2018 keine Mietzeitbindung mehr an.“

b) Die Regelung in Ziffer 3.2 ist zu streichen. Das Angebot von Mietzeitbindungen ist grundsätzlich von der einzuräumenden Freiheit der Angebotsgestaltung der Betroffenen umfasst. Die Bundesnetzagentur hatte bisher Mietzeitbindungen/Pauschalrabatte nicht generell, sondern nur dann abgelehnt, wenn diese ohne ausreichenden Bezug zu den Kosten dargestellt wurden. Insofern sind

Mietzeitbindungen/Pauschalrabatte nicht generell ausgeschlossen. Die Kostenseite solcher Rabatte ist im Rahmen der Entgeltgenehmigungsverfahren zu prüfen. In den beiden Entgeltgenehmigungen BK2a-13/002 und BK2a-13/003, beide vom 29.10.2013, konnte eine Rabattierung bei Mietzeitbindung nicht genehmigt werden. Die Mietzeitpreinsnachlässe waren vor allem mangels diesbezüglicher Kostenunterlagen der Höhe nach nicht genehmigungsfähig. Entsprechend der ständigen Beschlusspraxis bei klassischen CFV (vgl. auch Feststellungen des Beschlusses BK2a-08/002 vom 30.09.2008, S. 15, 4.4) ist die Gewährung von abnahmebezogenen Umsatz- und Mietzeitpreinsnachlassrabatten unzulässig. Die Beschlusskammer hält an ihrer Beschlusspraxis fest. Die Antragstellerin hat ihrem Antrag keine neuen Argumente beigelegt, die eine andere Bewertung zuließen.

8. Ziffer 4 Kapazitätsupgrades

a) Die Beigeladenen zu 2, 7, 8, 9 und 12 kritisieren, dass bei einem Kapazitätsupgrade kein Bedürfnis für die in Ziffer 4.1.2 enthaltene Regelung, wonach die Bestellung eines Upgrades einer Neubestellung gleichkomme, bestehe, da eine Kündigung und Neubestellung bei einem bloßen Upgrade nicht erforderlich sei. Daher sei bei einem Upgrade auch kein volles Bereitstellungsentgelt zu rechtfertigen. Im Übrigen sei ein Upgrade nur für bestimmte Produkte bestellbar (Ziffer 4.3).

Die Beigeladene zu 2 hat vorgetragen, dass es sich bei Kapazitätsupgrades um eine der Entgeltgenehmigungspflicht unterliegende Leistung handele. Hierzu gehörten alle Leistungen, die mit den Zugangsverpflichtungen in einem engen Zusammenhang stünden und für die Umsetzung der Verpflichtung erforderlich seien. Dementsprechend handele es sich um reguliertes Entgelt, das Gegenstand eines Entgeltgenehmigungsverfahrens sein müsse.

Die Betroffene ist der Ansicht, die Überprüfung von Entgelten sei nicht Gegenstand des Standardangebotsverfahrens. Im Übrigen unterliege das Kapazitätsupgrade nicht der Regulierung. Darüber hinaus sei ein Upgrade außerhalb bestimmter vorgegebener Bandbreiten nicht möglich. So bedeute z.B. ein Upgrade von 10 Mbit/s auf 100 Mbit/s einen Medienwechsel von Kupfer auf Glasfaser. Die Upgradefähigkeit müsse immer auch im Anschlussbereich und im Backbonebereich - das ein statisches Netz sei wo entsprechende Maßnahmen oft nicht netzwirtschaftlich sinnvoll seien - vorgehalten werden.

b) Die Regelung in Ziffer 4.1.2 ist angemessen. Die in Anlage 1.3. unter 4. Kapazitätsupgrades ausgewiesenen Entgelte unterliegen der Genehmigungspflicht. Kapazitätsupgrades stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Bereitstellung bzw. der Überlassung von Mietleitungen gem. der Regulierungsverfügung BK2a-12/001R vom 09.08.2012. Ein Kapazitätsupgrade beschreibt die Aufwertung einer bestehenden CFV in eine neue CFV höherer Bandbreite ohne Standortänderung der CFV-Anschlüsse und geht in bestimmten Fällen mit einem Aufwand einher, der einer neuen Bereitstellung entspricht. In bestimmten Fällen kann der Aufwand auch geringer sein. Die Leistung Kapazitätsupgrade betrifft daher eine entgeltgenehmigungspflichtige Bereitstellungsvariante der CFV. Ein Kapazitätsupgrade ist daher in allen Fällen mit einem bepreisbaren Aufwand verbunden. Ein finanzieller Ausgleich dieses Mehraufwandes steht der Betroffenen auch zu. Die Höhe des Bereitstellungs- und Überlassungsentgeltes bei Upgrades ist erforderlichenfalls in einem gesonderten Entgeltgenehmigungsverfahren zu klären. Dies erfolgt aktuell in den derzeit noch laufenden Verfahren BK2a-13/002 und BK2a-13/003.

9. Ziffer 6.1.2 Begehung

a) Die Beigeladene zu 7 fordert dass dem KUNDEN nach einer Begehung des Standortes, an dem die CFV angeschlossen werden solle auch dann ein Begehungsprotokoll zur Verfügung gestellt wird, wenn KUNDE an der Begehung nicht teilnimmt. Die Beigeladene zu 4 ist der Ansicht, es fehlten Regelungen für einen Vororttermin, da es bei der Bereitstellung von CFVn regelmäßig zu Technikereinsätzen komme, die auf beiden Seiten organisiert werden müssten.

Die Betroffene sieht hierfür über das bereits Geregelte hinaus keine Notwendigkeit. Bei einer gemeinsamen Begehung erhalte der KUNDE in ständiger Praxis ein Protokoll. Nehme der KUNDE nicht teil, werde kein Protokoll übermittelt.

b) Es ist eine Regelung über die verbindliche Erstellung eines Protokolls zu Begehungen, die unter Anwesenheit des KUNDEN stattfinden, aufzunehmen. Auch wenn es – wie die Betroffene mitteilt – ständiger Praxis entspricht, ein Protokoll über eine gemeinsame Begehung zu überlassen, ist dies für die Vertragsbeziehung nicht ausreichend verbindlich. Offenbar sind sich die Vertragsparteien darüber einig, dass eine gemeinsame Standortbesichtigung für die weitere Vertragsgestaltung und Vertragsabwicklung von solcher Bedeutung ist, dass hierüber sinnvollerweise ein Protokoll erstellt wird, sonst würde die Betroffene jeweils nicht freiwillig eines erstellen und die Beigeladene zu 7 nun fordern. Wenn die Betroffene es ihren eigenen Angaben zufolge ohnehin freiwillig erstellt, ist es vor dem Hintergrund größerer Verbindlichkeit und Klarheit im Vertragsverhältnis nicht unangemessen, ein Protokoll verbindlich für die Fälle vorzusehen, in denen eine gemeinsame Begehung stattfindet. Sofern KUNDE nicht an einem Begehungstermin teilnimmt und insbesondere auch nicht von der Möglichkeit Gebrauch macht, sich vertreten zu lassen, ist ein besonderer Schutz des KUNDEN zu Lasten der Betroffenen nicht erforderlich. Für diesen Fall ist es dem KUNDEN zuzumuten, ggf. auch für ihn ungünstige Standortumstände hinzunehmen, deren Erörterung zu seinen Gunsten, die Betroffene unterlassen hat.

10. Ziffer 6.2 Bereitstellungsfristen

a) Die Beigeladenen zu 2, 3, 7, 8, 13 und 14 halten eine Frist von 20 Werktagen bis zur Mitteilung des Bereitstellungstermins (Ziffer 6.2.1) für zu lang. Der Bereitstellungstermin müsse spätestens nach 10 (Beigeladene zu 2) bzw. 15 Werktagen (Beigeladene zu 3) benannt werden. Darüber hinaus seien die je nach Aufwand gestaffelten Bereitstellungstermine ebenfalls zu lang. Diese Fristen seien je nach erforderlichem Aufwand für die Bereitstellung auf 6 Wochen, 8 Wochen und 3 Monate zu verkürzen. Darüber hinaus sei die Einhaltung der Fristen durch Vertragsstrafe zu gewährleisten. Hier könne die Bundesnetzagentur gemäß § 23 Abs. 3 TKG geeignete Anordnungen treffen. Die Beigeladenen zu 2, 3 und 12 sind im Weiteren der Ansicht, die Betroffene beziehe sich mit ihrem Hinweis auf den Beschluss des OVG Münster 13 B 2344/02 vom 29.04.2003 auf eine Entscheidung, die aus Effizienzgesichtspunkten überholt sei. Vielmehr sollten die Fristen an die TAL-Bereitstellung angepasst werden, da die Bereitstellung einer CFV keine signifikant höheren Aufwendungen erfordere.

Die Betroffene trägt vor, die 20-tägige Frist, innerhalb derer der Bereitstellungstermin mitgeteilt werde, sei angemessen und billig. Eine Verkürzung dieser Mitteilungspflicht belaste die Betroffene unangemessen. Der Betroffenen bliebe bei einer Verkürzung der Frist keine ausreichende Zeit zur Disposition. Die Zeit werde benötigt, um eine sinnvolle, effiziente und kostensparende Bereitstellung zu ermöglichen. Die Betroffene sei darüber hinaus bereit, bei verspäteter Bereitstellung Vertragsstrafen zu entrichten, sofern die Kunden im Gegenzug bereit seien, verbindliche und ebenfalls mit Vertragsstrafen hinterlegte Planungsabsprachen zu treffen. Bekanntlich bestehe ein enger Zusammenhang zwischen sehr engen Bereitstellungsfristen und verlässlichen Planungsunterlagen. Insofern werde auf die einschlägige Rechtsprechung des OVG Münster, Beschluss 13 B 2344/02 vom 29.04.2003, RN 11ff. - verwiesen.

b) Die in Regelung 6.2.1 niedergelegten Fristen sowohl zur Mitteilung des Bereitstellungstermins von 20 Werktagen als auch die je nach für die Bereitstellung erforderlichem Aufwand von acht Wochen bis sechs Monate gestaffelten Bereitstellungstermine sind zu verkürzen.

Zwar muss der Betroffenen eine angemessene und insbesondere ihre Dispositionsmöglichkeit im Einzelfall sichernde Frist - die grundsätzlich auch die Vermeidung von Vertragsstrafen ermöglichen muss - eingeräumt werden. Obgleich die Fristen hier als Maximalfristen ausgelegt und somit nicht in jedem Falle voll ausgeschöpft werden müssen, sind diese unverhältnismäßig lang. Die Mitteilungsfrist ist im Weiteren in der Gesamtschau mit den Fristen für die Bereitstellungstermine selbst zu sehen, die mit dem Eingang der Bestellung zu laufen beginnen (Ziffer 6.2.1 Tabelle). Dass Bereitstellungsfristen grundsätzlich zu gewähren sind, wird von den Beteiligten des Verfahrens anerkannt. In diesem Zusammenhang ist auch Hinweis der Betroffenen auf den Beschluss des OVG Münster -13 B 2344/02 vom 29.04.2003 zu sehen. Bereitstellungsfristen sind notwendig, um der Betroffenen eine verlässliche Planung zu ermöglichen und somit eine reelle Chance zur Vermeidung einer Vertragsstrafe wegen Fristüberschreitung zu gewähren. Wenn die Betroffene nicht zur Vermeidung

einer Vertragsstrafe unnötig Personal vorhalten will oder die Bereitstellung von CFVn für eigene Endkunden zum Zwecke der Einhaltung der Bereitstellungsfristen für die Wettbewerber zurückstellen soll, benötigt die Betroffene einen ausreichenden Planungs- und Umsetzungszeitraum. Sind der Betroffenen eher knappe Bereitstellungsfristen vorgeschrieben und für den Fall der Nichteinhaltung Vertragsstrafen angedroht, muss ihr die Möglichkeit gegeben sein, durch Planungsabsprachen die Fristen einzuhalten und den Strafen zu entgehen. Je stringenter die Folgen einer Fristüberschreitung für die Beteiligten sind, desto eher sind weniger stringente, gleichwohl angemessene Rahmenbedingungen für die Fristeinhaltung für Wettbewerber akzeptabel, wie umgekehrt die Rahmenbedingungen umso enger sein können, je weniger empfindlich die Folgen einer Fristüberschreitung sind. Nach Ziffer 6.6 i.V.m. Ziffer 3.5 der Anlage 4 hat KUNDE bei einer Verzögerung der Bereitstellung von mehr als 15 Werktagen einen Anspruch auf pauschalierten Schadensersatz von gestaffelt 20 bis 60% des Bereitstellungspreises, sofern KUNDE keinen höheren Schaden nachweist. Unter Beachtung dieser Grundsätze waren die Mitteilung und die in der Tabelle zu Ziffer 6.2.1 genannten Fristen bezüglich der Bereitstellung selbst zu bewerten.

Die Mitteilungsfrist von maximal 20 Werktagen ist für die Wettbewerber unangemessen lang, auch wenn sie von der Betroffenen nicht in allen Fällen ausgeschöpft wird, muss der KUNDE zumindest damit rechnen, dass sie im jeweiligen Fall ausgeschöpft werden könnte, was zur Folge hat, dass er seinen Endkunden vorher auch keine verbindliche Zusage für einen Bereitstellungstermin geben kann. Die Nennung des Bereitstellungstermins ist unabhängig von den im Einzelfall noch durchzuführenden Vorbereitungstätigkeiten bestimmbar. Für Letztere gelten die gestaffelten Fristen nach erforderlichem Aufwand.

Der Betroffenen als marktbeherrschendem Unternehmen ist es aufgrund ihrer Erfahrung bei der Bereitstellung von CFVn zuzumuten, die Frist auf das angemessene Maß abzusenken. Die Mitteilung des Bereitstellungstermins kann im Vorfeld der eigentlichen Bereitstellung unabhängig von dem später tatsächlich erforderlichen Umsetzungsaufwand beantwortet werden und verschafft den KUNDEN bereits wichtige Informationen zur ihrer eigenen Disposition.

Die Staffelung der Bereitstellungsfristen ist an sich nicht zu beanstanden. Das Anknüpfen an die jeweiligen baulichen und technischen Erfordernisse ist sinnvoll und nachvollziehbar. Die Fristen von acht Wochen in einem einfachen Fall, der keinerlei zusätzlichen Netzressourcen oder technische oder bauliche Maßnahmen erfordert und vier Monate in Fällen in denen die Netzressourcen mit geringem Aufwand hergestellt werden können sowie sechs Monate bei „größerem Aufwand“ sind für den KUNDEN nicht mehr verhältnismäßig. Sie verhindern ein marktgerechtes Reagieren auf Endkundenanfragen. Dass die in dem Standardangebot noch enthaltenen Zeiträume – wie die Betroffene u.a. ausführt - seit langem praktiziert werden, bedeutet nicht automatisch, dass sie sich auch für alle Beteiligten bewährt hätten. Die Unverhältnismäßigkeit der Fristen ergibt sich auch aus den relativ weichen Sanktionen der Ziffer 6.6 i.V.m. 3.5 der Anlage 4. Zwar steht es den KUNDEN frei, höhere als die pauschalierten Schadensersatzbeträge nachzuweisen, dies wird aber in der Praxis schon deshalb kaum gelingen, weil sie hierzu z.B. entgangenen Gewinn nachweisbar beziffern müssten. Ein solches Verfahren ist i.Ü. langwierig und somit für das Geschehen im Wettbewerb in aller Regel zu träge und bildet daher in der Praxis kein starkes Gegengewicht als Sanktion für Fristüberschreitungen.

11. Ziffer 6.3.2 Installation von Abschlusseinrichtungen

a) Die Beigeladene zu 4 bemängelt, dass es hinsichtlich der Installation von Abschlusseinrichtungen (Ziffer 6.3.2) an genauen Angaben zu Abmessungen und Montagevarianten fehle, weshalb es zu unnötigen Zweitanfahrten komme. Sie fordert, den Text entsprechend anzugleichen.

Die Betroffene hat in der mündlichen Verhandlung vom 02.07. 2013 die Ansicht vertreten, die Angaben in Ziffer 6.3.2 lit. a) bis c) seien ausreichend präzise.

b) Die Regelung ist nicht zu beanstanden. Die Regelungen unter a) bis c) enthalten die fachlich gängigen Abschlüsse. Die Information, welcher von diesen Abschlüssen im Einzelfall ausgeführt ist oder wird, ist für die Erfüllung des Zugangs nicht so wesentlich, dass eine Regelung Eingang in das

Standardangebot finden muss. Den KUNDEN steht es frei, an dem von der Betroffenen jeweils angebotenen Begehungstermin teilzunehmen und die gewünschte Information in diesem Rahmen abzufragen, ohne dass weiterer Aufwand vonnöten ist.

12. Ziffer 6.4 Ausbau zusätzlicher Infrastruktur

a) Die Beigeladenen zu 9 und 12 bemängeln, die in Ziffer 6.4.2 enthaltenen Regelungen seien unbillig. Es sei nicht nachvollziehbar, warum auch bei 100%iger Finanzierung einer Glasfaserverbindung durch den Kunden die Leitung samt Nutzungsrechten auf die Betroffene übergehen solle. Im Übrigen seien die Ausbaukosten völlig intransparent dargestellt.

Die Beigeladene zu 15 fordert von der Betroffenen die Möglichkeit ein, auf Wunsch im Rahmen der technischen und betrieblichen Möglichkeiten eine CFV auch in einem carriereigenen Outdoorgehäuse zur Verfügung zu stellen. Dabei seien die Spezifikationen für diese Bauweise zu beachten (z.B. Störungsmeldung durch den Kunden etc.). Dies sei die einzige Möglichkeit, eine Verbesserung der Breitbandversorgung im ländlichen Raum zu ermöglichen, weil carriereigene Richtfunk- oder Glasfaserstrecken nicht immer errichtet werden könnten.

Die Betroffene trägt vor, das Begehren der Beigeladenen sei abzulehnen. Die Bundesnetzagentur sei nicht befugt, entsprechende Regelungen zum Ausbau zusätzlicher Infrastruktur zu treffen. Hier handele es sich um nicht regulierte Leistungen. Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung beziehe sich allein auf die vorhandene Infrastruktur. Dies sei auch in der Rechtsprechung anerkannt (vgl.: VG Köln Urteil vom 31.10.2007 – 1 K 5114/07, RN 87ff.). Daher sei die Bundesnetzagentur auch nicht befugt, die Betroffene zur Aufnahme der von den Beigeladenen gewünschten Regelungen in das Standardangebot zu verpflichten.

b) Die Einschätzung der Betroffenen ist nicht zu beanstanden. Die Kritik zu Fragen zusätzlicher Infrastruktur (Ziffer 6.4.2) betrifft keine regulierten Leistungen. Das Begehren der Beigeladenen zu 15 läuft auf die Verpflichtung zum Ausbau von Infrastruktur hinaus. Die Bereitstellung von Outdoorgehäusen ist keine Leistung, zu der die Betroffene durch die zugrundeliegende Regulierungsverfügung (BK2a-12/001 R vom 09.08.2012) verpflichtet ist (keine Verpflichtung zum Kapazitätsausbau). Insofern ist der Argumentation der Beigeladenen zu diesem Punkt beizupflichten. Die Bereitstellung einer Mietleitung auch in einem carriereigenen Outdoorgehäuse trifft nach Überzeugung der Beschlusskammer keine allgemeine Nachfrage und ist deshalb auch nicht Gegenstand im Verfahren zur Überprüfung des Standardangebotes für Abschlusssegmente von Mietleitungen. Gegebenenfalls käme hier ein Verfahren nach § 25 TKG in Betracht.

13. Ziffer 6.5 Übergabe

a) Die Beigeladenen zu 3 und 12 kritisieren die Regelungen in Ziffer 6.5.1 als zu ungenau. Die Regelung definiere nicht, wann die Tests als abgeschlossen gelten würden. Hier sei eine Definition der Leistungsmerkmale erforderlich damit eine Nachvollziehbarkeit hergestellt werden könne.

Die Betroffene trägt vor, die Kritik der Beigeladenen sei unzutreffend. Die Tests zur Betriebsfähigkeit seien Verfahren, die in internationalen Gremien (ITU-T-Empfehlungen) festgelegt worden seien. Ergebnisse der Testverfahren und Gegenstand der Tests selbst seien Inhalt eines Übergabeprotokolls nach Ziffer 6.5.2.

b) Die Regelung ist nicht zu beanstanden. Die Prüfprotokolle werden aufgrund anerkannter Prüfverfahren erstellt und sind ausreichend transparent, um von den Kunden bestätigt bzw. anerkannt werden zu können.

14. Ziffer 6.5.2: Ankündigungsfrist und Übergabeprotokoll

a) Die Beigeladenen zu 1, 3 und 12 kritisieren das Fehlen einer Ankündigungsfrist (Ergänzung von Ziffer 6.5.2, Ankündigung der Übergabe der CFV). Eine solche müsse Aufnahme in das Standardangebot finden. Sie sei mit mindestens fünf Werktagen angemessen zu gestalten.

Die Betroffene ist der Ansicht, das Begehren der Beigeladenen stelle eine unangemessene Belastung der Betroffenen dar. Die Aufnahme einer fünftägigen Ankündigungsfrist sei nicht geboten, weil die Übergabeprotokolle ein Mal pro Woche per Post an die KUNDEN versandt würden. Wenn die KUNDEN das Protokoll schneller haben wollten, bestünde bereits jetzt die Möglichkeit, an der Abnahme teilzunehmen und das unterschriebene Protokoll mitzunehmen.

b) Die Regelung ist so zu ergänzen, dass sie dem Billigkeitsmaßstab des § 23 Abs. 3 TKG entspricht. Die Aufnahme einer bestimmten Frist von - wie hier gefordert - fünf Werktagen innerhalb derer sich der Kunde auf die Übergabe einstellen kann, ist nicht ausreichend. Es ist vielmehr eine angemessene Regelung aufzunehmen, die sicherstellt, dass dem Kunden Gelegenheit gegeben wird, von der Übergabe so rechtzeitig Kenntnis zu erlangen, dass ihm die Teilnahme an dem Termin organisatorisch und personell im Regelfall möglich ist. Der Betroffenen ist es in aller Regel ohne weiteres möglich, die Abnahme entsprechend zu terminieren. Daraus erwächst ihr kein unangemessener Nachteil.

15. Ziffer 6.6 Eskalationsprozess Bereitstellung

a) Die Beigeladenen zu 1, 2, 3, 6, 7, 8, 11 rügen die Pönale für eine verzögerte Bereitstellung (Ziffer 6.6. i.V.m. 3.5 (neu) Anlage 4) als unbillig. Sie stelle keine echte Vertragsstrafe dar. Die Absicherung der Einhaltung der vertraglichen Lieferfrist sei ab dem ersten Verzugstag und nicht erst ab dem 14. erforderlich. Alternativ sei die Frist zur Auslösung des pauschalierten Schadensersatzes von 15 Werktagen spürbar (Beigeladene zu 7) auf zwei Werktage zu senken. Schließlich sei die Pönale für die Betroffene auch zu gering, um den gewünschten Effekt zu erzielen.

Die Betroffenen hält die Regelung für angemessen.

b) Die Regelung ist nicht angemessen, soweit die Schadensersatzpflicht von einer Planungsab-sprache abhängen sollte.

Soweit die Höhe/Staffelung der Pönale gemäß Ziffer 6.6. als ungeeignet erachtet wird, auf die Einhaltung des Bereitstellungstermins hinzuwirken, lässt sich nicht bestreiten, dass die Staffelung aber jedenfalls eine merkliche Sanktion für den Verzögerungsfall beinhaltet, die in der Gesamtschau mit einer Verkürzung des sanktionslosen Zeitraums durchaus geeignet ist, auf die Vermeidung von Verzögerungen hinzuwirken. Im Übrigen wird hinsichtlich der Höhe des gestaffelten pauschalierten Schadensersatzes auf die Ausführungen zu Ziffer 6.2 „Bereitstellungsfristen“ (s.o. S. 19) verwiesen, die Höhe/Staffelung der Pönale ist daher nicht zu beanstanden. Es ist aber nicht ersichtlich, warum der Schadensersatz gemäß Ziffer 3.1.3 S.2 überhaupt von der Planungsab-sprache abhängen soll, denn es ist nicht ersichtlich, warum die Möglichkeit der Einhaltung des von der Betroffenen festgelegten Termins von einer Planungsab-sprache abhängen sollte.

Sofern hier dennoch einen Zeitraum definiert, in dem eine Verzögerung der Bereitstellung sanktionslos sein soll (Ziffer 6.6. i.V.m. 3.5 (neu) Anlage 4), ist dieser von 15 Werktagen auf fünf Werktage zu verkürzen. Eine Bereitstellungsverzögerung setzt bereits die Fälligkeit der Leistung voraus. Den Vertragspartnern ist es daher nicht zuzumuten, lange über diesen Zeitpunkt hinaus zuwarten zu müssen, ohne dass hier eine angemessene Sanktion, die auf eine Beschleunigung des Verfahrens abzielt, vorgesehen wird. Eine Verzögerung bei der Bereitstellung dürfte an sich schon der Ausnahmefall – hier ein Abweichen von bereits auf beiden Seiten verbindlich getroffenen Planungen - sein. Vor diesem Hintergrund ist hier eine Verkürzung der sanktionslosen Zeit auf fünf Werktage angemessen. Fünf Werktage entsprechen einer Kalenderwoche, einem Zeitraum also, in dem die Arbeitswelt zu disponieren gewohnt ist und der auch gegenüber Dritten vermittelt werden kann. So auch die Betroffenen selbst zu den „planbaren Maßnahmen“ (Ziffer 8. Seite 25 des Beschlusses und Seite 31 Ziffer 1.4). Eine solche Verkürzung ist im Hinblick auf die bereits in diesem Leistungsstadium gegenseitig verbindlich getroffenen Zusagen und insbesondere vom KUNDEN im Voraus geleistete Bereitstellungsentgelt angemessen.

16. Ziffer 7.1 Entstörfrist und Pönale (nach Anlage 4, Ziffer 3.6)

a) Die Beigeladenen zu 1, 2, 3, 7, 8, 12 und 13 halten die in Ziffer 7.1.1 genannte Entstörfrist von 24 Stunden für nicht angemessen. Hier sei für den Markt eine deutliche Verkürzung erforderlich. Des Weiteren enthalte das Standardangebot keine Regelung zu einer Expressentstörung. Die Standardentstörung dürfe nicht länger als 6 bis 8 Stunden erfordern. Die Expressentstörung müsse vergleichbar der Regelung für die TAL bei 4 (Beigeladene zu 3) bis max. sechs Stunden liegen. Darüber hinaus sei nach Störungsbehebung eine Rückkopplung an die Nachfrager erforderlich, damit Anfragen der Endkunden beantwortet werden könnten. Schließlich sei hier im Hinblick auf die Bedeutung der Entstörung für den Betrieb eine Vertragsstrafenregelung vorzusehen. Die Beigeladene zu 12 fordert eine Regelung, die den Wechsel von der Standard- zur Expressentstörung vertraglich ermöglicht.

Die Betroffene schlägt vor, folgende ergänzende Regelung in das Standardangebot aufzunehmen:

„Für jede Einzelne CFV bietet die Telekom eine Acht-Stunden-Expressentstörung als Einzel- oder Dauerauftrag an.“ (vgl. i.E. Anlage 4 zum Schreiben vom 11.04.2013).

Die Forderung, die Expressentstörfristen noch weiter herabzusetzen sei unzumutbar und unbillig und erfordere einen Ausbau der personellen Kapazitäten und eine umfangreichere Vorratshaltung von Netzabschlussgeräten in den Netzknoten. Darüber hinaus könne durch den Einkauf höherer Netz Zuverlässigkeit, der Ausfall von CFVn praktisch ausgeschlossen werden.

Soweit die Beigeladene zu 1 die Ansicht vertrete, für den Beginn der Störung könne nicht allein auf den Zugang der Störungsmeldung seitens des Kunden abgestellt werden, vielmehr reiche die Kenntnis der Betroffenen von der Störung aus, sei zu entgegnen:

Die Standardentstörung werde selbstverständlich von der Betroffenen proaktiv begonnen. Dennoch begäbe die Entstörzeit erst mit Eingang der Störmeldung da sonst ein Kundenbezug wegen der Mehrfachnutzung hochbitratiger Leitungen nicht hergestellt werden könne.

Darüber hinaus gäbe die Betroffene schon heute spätestens nach 30 Minuten und dann alle zwei Stunden Meldungen an die Kunden weiter. Schließlich habe die Betroffene in der Vergangenheit durch ihr Entstörverhalten keinen Anlass gegeben, am Genügen der allgemeinen Schadensersatzansprüche zu zweifeln. Für eine Verpflichtung zu einer Vertragsstrafenregelung sei daher kein Raum. Soweit die Beigeladene zu 4 fordere, eine Express-Bereitstellung als Ergänzung von Ziffer 7.2.3 (Anlage 1) müsse in bestimmten Fällen innerhalb von fünf Werktagen gegen ein zusätzliches Entgelt zukaufbar sein, sei diese Forderung abzulehnen. Hierbei handele es sich nicht um eine wesentliche und damit um keine regulierte Leistung, für deren Regelung durch die Bundesnetzagentur demnach keine Befugnis bestehe.

b) Die Regelungen zur Standard- und zur Expressentstörung sind – insbesondere im Hinblick auf die nachgebesserten Regelungen zum pauschalierten Schadensersatz (einschließlich der Regelung im Einzelfall einen höheren Schaden nachweisen zu können) nicht zu beanstanden. Sie stellen einen angemessenen Interessensausgleich dar und sind mit den Anforderungen des § 23 TKG vereinbar. Soweit ausgeführt wird, es sei eine Orientierung an den Expressentstörzeiten bei der TAL vorzunehmen, kann eine solche Orientierung nur groben Charakter haben, weil sich im Hinblick auf die jeweils unterschiedlichen Anforderungen an eine Entstörung keine tragenden Parallelen zwischen den in beiden Fällen regelmäßig anfallenden Entstörungsmaßnahmen eindeutig festlegen lassen. Die Betroffene muss sich aber an den insofern konkreteren Bedingungen messen lassen, die sie in vergleichbaren Vertragsbeziehungen gewährt. Dies sind zum einen die eigenen Endkundenverträge und zum anderen Verträge mit Carriern, die das in diesem Punkt identisch geregelte CFV-Gesamtvertragsangebot („Rahmenvertrag zur Bereitstellung und Überlassung von Carrier-Festverbindungen“, veröffentlicht im Extranet der Betroffenen) angenommen haben. Im Rahmen ihres Leistungsangebots CompanyConnect verpflichtet sich die Betroffene gegenüber den eigenen Endkunden, Störungen im Rahmen der technischen und betrieblichen Möglichkeiten

unverzüglich, spätestens aber - je nach Übertragungsrates der CFV - nach acht (Comfort-Service) bzw. sechs Stunden (Full-Service) zu beseitigen. Die Endkunden werden über die Störungsbeseitigung bzw. den Stand der Maßnahmen unterrichtet, sofern sie dies im Einzelfall wünschen und ihre Erreichbarkeit sichergestellt wurde (vgl. Ziffer 3 der AGB der Betroffenen zum Produkt „CompanyConnect“, Stand: 2014).

Die Regelung in Ziffer 8, Anlage 1 (Leistungsbeschreibung) des CFV-Gesamtvertrags (Stand: 2013), den, wie im Rahmen der mündlichen Verhandlung von der Betroffenen dargelegt, die weit überwiegende Zahl der Carrier, die bei der Betroffenen CFVn anmieten, abgeschlossen haben, ist inhaltsgleich mit der hier in Rede stehende Ziffer 7.1 des Standardangebots.

Soweit sich die Betroffene gegenüber ihren eigenen Endkunden grundsätzlich zu einer „unverzüglichen“ Entstörung verpflichtet, ist dies mit der im Standardangebot geregelten Standardentstörung von (maximal) 24 Stunden nicht unmittelbar vergleichbar, weil eine „unverzügliche“ Entstörung auch länger als 24 Stunden dauern kann. Insofern kann die Regelung im Standardangebot, die eine maximale Dauer von 24 Stunden zusagt, unter Umständen sogar günstiger sein als eine unverzügliche Entstörung. Darüber hinaus ist die Überschreitung der Entstörungshöchstzeiten gemäß Ziffer 3.6 der Anlage 4 mit gestaffelt pauschalen Schadensersatzleistungen sanktioniert.

Ihren Endkunden gegenüber gewährt die Betroffene die Leistungen „Full-Service“. Diese sind mit Entstörungszeiten von sechs bis acht Stunden einer Expressentstörung (acht Stunden) im Sinne der mit Schreiben vom 11.04.2013 eingefügten Ergänzung des Standardangebots vergleichbar. In beiden Fällen ist hier die kurzfristige Entstörungsleistung als Zusatzleistung vereinbar.

Wesentliche Gemeinsamkeit zwischen den Regelungen, die die Betroffene für ihre Endkunden vorsieht und den im Standardangebot niedergelegten besteht aber in der Systematik von angemessener Standardentstörungszeit und einer zukaufbaren Entstörung mit deutlich kürzerer Entstörungszeit. Im Ergebnis führt dies trotz der Unterschiede im Einzelnen zu einer angemessenen Regelung im Standardangebot. Die Regelung in dem von der Betroffenen angebotenen und im Markt breit angenommenen Gesamtvertrag ist mit der in ihrem Standardangebot identisch und spricht insoweit auch für die Angemessenheit der Entstörungsfristen im Standardangebot. Die hohe Akzeptanz bei den Vertragspartnern, die den Gesamtvertrag abgeschlossen haben, darf daher als ein Zeichen, für die Billigkeit der Regelung im Standardangebot gesehen werden.

Soweit die Beigeladene zu 3 auch eine Expressbereitstellung fordert, ist eine solche Leistung mit der von der Beigeladenen vorgebrachten Entgegnung abzulehnen. Eine Expressbereitstellung entspricht nicht der allgemeinen Nachfrage. Dies haben das nationale Konsultationsverfahren und die öffentlichen mündlichen Verhandlungen gezeigt, wo die Forderung nicht allgemein erhoben wurde.

17. Ziffer 8 Planbare Maßnahmen

a) Die Beigeladene zu 3 bemängelt, dass die Mitteilungsfrist für planbare Maßnahmen (Ziffer 8.2) mit spätestens nur fünf Werktagen im Voraus zu kurz bemessen sei. Hier sei eine Vorlauffrist von 10 Tagen erforderlich und angemessen.

Die Betroffene trägt vor, die Forderung der Beigeladenen zu 3 sei ungerechtfertigt. Die Fünftagesfrist sei angemessen, da sie im Regelfall eine hinreichende Reaktionszeit erlaube. Zudem könne der Kunde einen Alternativtermin benennen und sich erforderlichenfalls anschließend mit der Betroffenen einigen. Hinzu komme, dass die fünf Werktage in verschiedenen IV-Systemen der Betroffenen fest programmiert seien und nur mit unzumutbarem Aufwand verändert werden könnten.

b) Die Regelung ist angemessen und nicht zu beanstanden. Einerseits muss es der Betroffenen möglich sein, erforderlichenfalls auch kurzfristig Maßnahmen zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit ihres Netzes durchzuführen. Um dies sicherzustellen, darf die Ankündigungsfrist nicht zu lang sein. Andererseits muss den KUNDEN auch eine ggf. erforderliche Reaktionszeit – etwa um ihren Endkunden Hinweise auf Veränderungen geben zu können – zugestanden werden. Über Wartungsarbeiten, die regelmäßig ausgeführt werden müssen, dürften die KUNDEN in aller Regel ohnehin informiert sein. Gleichzeitig hat der KUNDE die Möglichkeit, den vorgesehenen Termin mit einer Frist von drei Werktagen nach Zugang der Mitteilung abzulehnen und einen Alternativtermin zu benen-

nen. Ist die Betroffene mit diesem Termin nicht einverstanden, vereinbaren die Vertragsparteien einvernehmlich einen endgültigen Termin. Darüber hinaus erklärt die Betroffene ihre Absicht, die Auswirkungen der – im Übrigen jeweils notwendigen - Maßnahme so gering wie möglich zu halten (Ziffer 8.3).

III. Mitwirkungspflichten von KUNDE (Anlage 2)

1. Ziffer 2 Überlassung der CFV

a) Die Beigeladenen zu 1, 2, 3, 7, 8 und 12 bemängeln die in Ziffer 2 enthaltene Verpflichtung, die CFV nicht Dritten zu überlassen. Dieses Verbot sei mit den in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG enthaltenen Regulierungszielen nicht vereinbar und wettbewerbswidrig. Die Beigeladenen zu 1, 2, 3, 8 und 12 halten auch die von der Betroffenen im Verfahren nachgelieferte textliche Anpassung zur Klarstellung nicht für ausreichend, da das reine Reselling weiterhin nicht zulässig sei.

Die Betroffene trägt folgende Neuregelung der Ziff. 2 Satz 2 Anlage 2 vor und führt aus:

„Insbesondere überlässt Kunde die CFV nicht ganz oder teilweise an Dritte; dies gilt nicht für die Überlassung an Endkunden von Kunde sowie für das Angebot eigener Telekommunikations-, Vermittlungs- oder Zusammenschaltungsleistungen unter Einsatz der CFV gegenüber Dritten.“

Mit dieser Regelung werde dem Interesse der Kunden angemessen Rechnung getragen, dass die bei der Betroffenen angemietete CFV zum Angebot kundeneigener Endkundenprodukte und höherwertiger Wholesale-Lösungen genutzt werden könne. Die Betroffene halte aber weiter daran fest, dass die Kunden nicht befugt seien, die angemieteten CFV 1:1 an ihre Kunden weiterzureichen, da die Betroffene nach der Marktdefinition und -analyse nicht zur Bereitstellung reiner Resale-Produkte verpflichtet sei.

b) Die Regelung in Ziffer 2 Satz 2 der Anlage 2 ist nicht zu beanstanden. Ausweislich der aktuellen Marktfestlegung verfügen die Betroffene 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 sowie mit einer Bandbreite von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s auf der Vorleistungsebene im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht. Diese Marktdefinition enthält Festlegungen nur bezüglich der Vorleistungsebene und keine Festlegung bezüglich der Bereitstellung reiner Resale-Produkte. Dementsprechend wurde in der Regulierungsverordnung BK2a-12/001 R vom 09.08.2012 über die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs hinaus, insbesondere keine Verpflichtung zur Zulassung echten Resales ausgesprochen. Die Betroffene ist bei der Beschaffung von Vorprodukten bzw. Vorleistungen für Abschluss-Segmente in den beiden Märkten zwar weniger abhängig von Dritten als ihre Wettbewerber. Als vertikal integriertes Unternehmen kann die Betroffene die hier relevanten Leistungen darüber hinaus in einem hohen Maße selbst erbringen und umfassend vermarkten. Ausschlaggebend für die Festlegung war aber die Verfügungsgewalt der Betroffenen über ihre bundesweit ausgebaute Netzinfrastruktur, die nur den gesamten Vorleistungsbereich abdeckt. Demgegenüber sind die KUNDEN bezüglich der eigenen Nachfrage nach Mietleitungen und deren weiteren umfassenden Vermarktung zwar ganz überwiegend auf die Vorleistungen der Betroffenen angewiesen. Ein Verhaltensspielraum verbleibt ihnen insoweit kaum oder nicht. Darüber hinausgehend – insbesondere bezüglich der Weitervermarktung im Wege eines Resale, wurde eine beträchtliche Marktmacht auf den beiden Märkten – trotz erheblicher Marktanteilen und den Infrastrukturvorteilen der Betroffenen aber nicht festgestellt. Vor diesem Hintergrund ist die Betroffene in Bezug auf die Zulassung eines reinen Resales gegenüber den Erfordernissen der Marktregulierung in höherem Maße schützenswert, was sich in der Regulierungsverordnung widerspiegelt.

2. Ziffer 3.1 Planungsabsprachen

a) Die Beigeladene zu 1 kritisiert die Unklarheit der Begriffe in Ziffer 3.1. Auch seien die Folgen fehlender Absprachen unklar. Eine Bearbeitung nach dem „Best-effort“-Gedanken (Ziffer 3.1.3) sei unbillig. Unklar sei auch, ob Bestellungen außerhalb von Planungsabsprachen pönalisiert seien. Hierfür spreche Ziffer 3.1.4 der Anlage 2. Könne der Anbieter keine Planungsabsprache treffen, würde danach pauschal die höchste Strafe fällig. Die Beigeladene spricht sich daher dafür aus, Planungswerte nur unverbindlich mitzuteilen oder aber angemessene Pönalen vorzusehen, welche zum Zeitpunkt der vertraglich vereinbarten Bereitstellung eingreifen. Die Beigeladenen zu 2, 3, 6, 7, 8 und 11 schließen sich dem weitgehend an und halten Planungsabsprachen darüber hinaus im Hinblick auf die geringen Bestellmengen und der mangelnden Vorausplanbarkeit auf Seiten der KUNDEN für obsolet. Im Übrigen sei eine Verbindung von Planungsabsprachen und Pönalen in der dargestellten geringen Höhe überflüssig. Vielmehr müssten echte Vertragsstrafen die Einhaltung der Vertragserfüllung sicherstellen; die Regeln zum pauschalierten Schadensersatz bei der Nichteinhaltung von Planungsabsprachen seien einseitig und damit unbillig.

Nach Erörterung in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 14.03.2013 hat die Betroffene die Begriffe in Ziffer 3.1 mit Schreiben vom 25.07.2013 klarstellend erläutert und im Übrigen ausgeführt, die Mitteilung der Bestellmengen pro Monat sei erforderlich, weil die Nachfragenmengen der Kunden stark schwankten. Allein die Erfahrungswerte ließen keine ausreichende Planung zu. Sie belegt dies anhand von Diagrammen zu den Bestellmengen aus den Jahren 2009 bis 2013. Ebenso wie die Bestellzahlen seien auch die Kündigungen rechtzeitig mitzuteilen. Zum Rückbau der CFV gebe es keine Alternative. Kündigungen stellten sich im Arbeitsprozess wie der umgekehrte Fall einer Bestellung dar; insbesondere sei hier eine entsprechende Mitarbeiterdisposition zu treffen. Die Bundesnetzagentur habe in der Vergangenheit auch – so etwa in dem Beschluss BK3-2-99/033 vom 07.06.2000 – eine Planungssicherheit als erforderlich anerkannt. Auch die Rechtsprechung habe bisher Planungsabsprachen gebilligt (vgl. OVG Münster, Beschluss 13 B 2344/02 vom 29.04.2003, RN 9ff.).

b) Ziffer 3.1.4 (i.V.m. Ziffer 3.7, Anlage 4) ist klarstellend wie tenoriert anzupassen. Der Betroffenen steht kein pauschalierter Schadensersatz zu, wenn keine Planungsabsprachen in Bezug auf die Bereitstellung von CFV-Verbindungen für einen bestimmten Monat getroffen wurden und für diesen Monat auch keine Bestellungen abgegeben würden oder aber überhaupt keine Planungsabsprachen getroffen werden und gleichwohl CFV-Verbindungen bestellt werden sowie, wenn die im Rahmen von Planungsabsprachen mitgeteilten Bestellmengen über- oder unterschritten werden oder, wenn keine oder falsche Planungsabsprachen in Bezug auf Kündigungen von CFV-Verbindungen getroffen werden. Dies hat die Betroffene zwischenzeitlich auch zugestanden. Im Übrigen sind die auf einander abgestimmten Einzelregelungen unter Ziffer 3 verhältnismäßig und nicht zu beanstanden. Darüber hinaus verpflichtet sich die Betroffene außerhalb getroffener Planungsabsprachen ihrer Zugangsgewährungsverpflichtung nach Kräften nachzukommen. Mehr kann redlicherweise in diesen Fällen nicht erwartet und verlangt werden. Im Weiteren stimmt die Betroffene einer Sanktionierung von Vertragsstörungen die aus ihrer Sphäre stammen, über das allgemeine (Zivil-)Recht hinaus zu.

Die Höhe (Staffelung) des pauschalierten Schadensersatzes ist zu beanstanden. Zwar ist sie grundsätzlich im Einzelfall geeignet, eine zumindest deutliche Wirkung auf eine zusagegemäße Vertragserfüllung hin zu entfalten und belastet die KUNDEN auf der anderen Seite hinsichtlich deren Mitwirkungspflicht nicht in einer unangemessenen Weise. Dabei liegt es in der Natur pauschalierter Schadensersatzleistungen, dass für den Ansatz der Höhe nach eine Vielzahl von denkbaren Schadensfällen mit unterschiedlichen Schadenshöhen zugrundegelegt und im Einzelfall zur Vertragsbefriedung ohne Bewertung eines eingetretenen konkreten Schadens anerkannt wird. Die Höhe des pauschalierten Schadensersatzes wird somit in aller Regel der Höhe nach unvermeidbar von dem jeweils tatsächlich eingetretenen Schaden abweichen. Es ist aber erforderlich, dass ein pauschalierter Schadensersatz einen Bezug zu dem typischerweise zu erwartenden Schaden aufweist. Daran fehlt es hier. Die in Ziffer 3.1.4 enthaltene Staffelung orientiert sich an dem jährlich anfallen-

den Überlassungsentgelt. Diese Verknüpfung ist nicht sachgerecht. Insbesondere ist nicht ersichtlich, welchen Zusammenhang es zwischen dem in Wesentlichen auf Kapitalkosten beruhenden Überlassungsentgelt und einem Schaden aus überhöhten Planungsangaben besteht. Angesichts der langen Bereitstellungsfristen sowie dem geringen Bestellvolumen kann der Schaden für die betroffene nicht sehr hoch sein. Die Planungsabsprache kann lediglich zur Dimensionierung der Personalressourcen für die Bestellbearbeitung bestehen. Warum der Schaden derart ansteigen sollte, ist nicht nachvollziehbar.

2. Ziffer 3.2 Bestellmengenbeschränkung

a) Die Beigeladene zu 12 kritisiert die Bestellmengenbeschränkung in Ziffer 3.2. auf max. 50 CFVn pro Werktag. Größere Bestellmengen müssten so auf mehrere Werktage verteilt werden. Dies sei nicht marktgerecht.

Die Betroffene trägt vor, die Beschränkung der Bestellmengen sei sachgerecht und angemessen. Werktäglich erhöhte Bestellmengen erforderten mehr Personalkapazität, die letztlich die CFV verteuere. Bisher habe aber auch kein Kunde mehr als 50 CFV pro Werktag bestellt. Die höchste Bestellmenge seit 2009 habe bei 400 pro Monat gelegen. Auch dies zeige die Angemessenheit der Regelung.

b) Die Regelung ist nicht zu beanstanden und im Hinblick auf in der Vergangenheit tatsächlich aufgetretenen Bestellmengen insbesondere auch nachfragegerecht. Einen konkreten Nachteil aufgrund dieser Regelung haben die Beigeladenen im Übrigen auch nicht dargelegt, noch ist ein solcher für die Beschlusskammer ersichtlich.

4. Ziffer 4.1 Allgemeine Mitwirkungspflichten bei der Installation

a) Die Beigeladenen zu 3 und 12 sind der Auffassung, die in Ziffer 4.1 enthaltene Regelung, wonach der Kunde Informationen über Lage und Verlauf von Versorgungsleitungen etc. sowie ggf. eine Nutzungsvereinbarung mit dem Eigentümer beizubringen habe, sei unbillig. Das Beibringen derartiger Unterlagen gehöre zu den Leistungspflichten der Betroffenen.

Die Betroffene tritt dem entgegen und trägt vor, dass die Kammer sich in der mündlichen Verhandlung zu diesem Punkt inhaltlich geäußert habe. Danach liege die Eignung der Örtlichkeit zur Umsetzung der Zugangsverpflichtung durch die Betroffene nicht in der Sphäre der Betroffenen.

b) Die Regelung, die die kundenseitige Installation der Mietleitung betrifft, ist nicht zu beanstanden. Infolgedessen liegt die Eignung der Örtlichkeit zur Umsetzung der Zugangsverpflichtung durch die Betroffene nicht in der Sphäre der Betroffenen, sondern im Verantwortungsbereich des KUNDEN. Insofern ist es eine Obliegenheit des Kunden, vor Ort die in Ziffer 4.1 im Einzelnen genannten Voraussetzungen (hier insbesondere Lage und Verlauf von Versorgungsleitungen etc. sowie ggf. Nutzungsvereinbarung mit dem Eigentümer) für die Umsetzung der Zugangsverpflichtung rechtlich vorzubereiten.

IV. Genehmigungspflichtige Preise (Anlage 3)

1. Umschwenken eines Leitungsendes

a) Die Beigeladenen zu 2 und 3 bemängeln zu Teil I, das Fehlen einer Regelung zum Umschwenken nur eines Leitungsendes. Eine solche Möglichkeit sei in der Vergangenheit angeboten worden und werde immer noch nachgefragt. Sie stelle eine kostengünstige Notwendigkeit zur Optimierung der Leistungen beider Parteien dar. Die bisherige Regelung solle daher in das Standardangebot aufgenommen werden und zwar auch möglichst mit einer vergünstigten Mietzeit nach 12 Monaten.

Die Betroffene trägt vor, die Forderung sei abzulehnen. Das Umschwenken sei keine erforderliche Annexleistung bei der Erbringung von Mietleitungen. Die Regulierungsverfugung verpflichte nur zu Zusatzleistungen, die die Nutzung des Zugangs erst ermöglichen bzw. für diesen wesentlich, also unentbehrlich seien. Dies sei nicht der Fall. Sofern die Betroffene das Umschwenken nicht anbiete

werde der Zugang zur CFV weder unmöglich gemacht noch wesentlich erschwert. Kündigung und Neubestellung eröffneten hier alle Möglichkeiten des Zugangs. Die fehlende Wesentlichkeit der Leistung „Umschwenken“ zeige sich auch in der geringen Zahl der Beauftragungen in der Vergangenheit. So wurden im Jahr 2012 nur 26 und im laufenden Jahr 2013 bis zum 12.04.2013 (Datum der Stellungnahme) nur zwei Fälle beauftragt.

b) Die Beigeladenen haben keinen Anspruch auf eine Regelung zum „Umschwenken“ eines Leitungsendes im Rahmen der Zugangsverpflichtung. Das „Umschwenken“ eines Leitungsendes gehört nicht zu den Leistungen, die für die Erbringung des Zugangs „wesentlich“ (vgl. zum Begriff grundsätzlich: BK3g-09/085 vom 21.03.2011, S. 30, d)) sind. Die Leistung kann - wie bisher - außerhalb der Leistungen des Standardangebots zu nicht regulierten Bedingungen von der Betroffenen bereitgestellt werden.

2. Teil I, a) Unterschiedliche und zeitlich begrenzte Mietzeitbindung

a) Die Beigeladenen zu 2, 3 und 12 wenden sich gegen die in Teil I, a) dritter Absatz enthaltene unterschiedliche Regelung zur Mietzeitbindung für CFV-SDH und CFV-Ethernet. Eine Differenzierung nach CFV-SDH und CFV-Ethernet sei nicht marktgerecht und unbillig.

Nach Erörterung in der öffentlichen mündlichen Verhandlung verweist die Betroffene mit Schreiben vom 12.04.2013 zu diesem Punkt auf ihre Ausführungen zu Ziffer 3.3 Anlage I (s.o. S. 15: Die Beschränkung der Mietzeitbindung für CFV-SDH sei gerechtfertigt. Sie beruhe darauf, dass die Betroffene in der eigenen Netzgestaltung frei sein müsse. Der Markt befinde sich in einem technischen Umbruch). Sie sei aber bereit folgende Neuformulierung vorzunehmen:

„Die erstmalige Vereinbarung einer Mietzeitbindung von 2, 4, 6 oder 8 Jahren ist bei der Bestellung oder nachträglich möglich. Für CFV SDH sind lediglich Mietzeitbindungen von 2, 4 oder 6 Jahren möglich; ab 01.01.2014 bietet die Telekom nur noch die Bestellung einer Mietzeitbindung von 2 Jahren, ab dem 01.01. 2018 keine Mietzeitbindung mehr an.“

b) Die Regelung in Anlage 3 (Genehmigungspflichtige Preise) zielt im Ergebnis auf das Begehren der KUNDEN, eine Rabattierung bei längeren Laufzeiten zu erhalten ab. Sie ist daher letztlich auf die Genehmigung eines Entgelts gerichtet und kann daher grundsätzlich nur im Entgeltgenehmigungsverfahren geklärt werden. Hinsichtlich der konkreten Regelung gilt das oben unter B.II.7b) Gesagte. Die Regelung zu Mietzeitbindungen ist daher auch hier zu streichen.

3. Teil I, b) Festlegung der Anzahl der Regio-Ortsnetze

Die Betroffene hat die Anzahl der Regio-Ortsnetze (Teil I bc)) in der jüngeren Vergangenheit geändert. Die neue Anzahl ist bereits Gegenstand der Entgeltverfahren BK2a-13/002 und BK2a-13/003 und liegt den beiden Entscheidungen zugrunde. Die Regelung schlägt auf die im Entgeltverfahren zugrunde gelegte Festlegung der Regio-Ortsnetze durch und ist hinsichtlich der Anzahl im Standardangebot zu synchronisieren.

4. Teil I, b) Höheres Preisniveau in ländlichen Regionen

a) Die Beigeladenen zu 9 und 12 kritisieren, ein sich aus der Regelung Teil I, b) ergebendes unterschiedliches Preisniveau für Anmietungen in ländlichen Regionen.

Die Betroffene ist der Auffassung, dass es sich hier um nicht genehmigungsbedürftige Entgelte handelt.

b) Eine entsprechende Entgeltregelung kann nicht im Rahmen des Standardangebots getroffen werden. Die Kritik der Beigeladenen richtet sich gegen die Höhe von Entgelten für bestimmte Leis-

tungen. Auch wenn die von der Betroffenen im Hinblick auf die unterschiedlichen Aufwände in ländlichen Regionen angewendete Regelung seit Jahren praktiziert wurde, geht sie über das in einem Standardangebotsverfahren von Gesetzes wegen Regelbare hinaus. Insofern müssen die Beigeladenen mit ihrer Kritik auf das Entgeltgenehmigungsverfahren verwiesen werden. Ein Eingriff in die grundsätzliche Tarifhoheit der Betroffenen kann auch insofern (unterschiedliches Preisniveau für Anmietungen in ländlichen Regionen) nicht im Rahmen des Standardangebotsverfahrens erfolgen.

5. Teil I, c) Preisnachlasssystematik

a) Die Beigeladene zu 3 führt aus, die in Anlage 3, Teil I, c) zur Preisnachlasssystematik enthaltene Preisnachlasssystematik entbehre eines sachlichen Grundes.

Die Betroffene trägt vor, die angegriffenen Klauseln seien entgeltrelevant und an § 28 TKG zu messen. § 28 sei jedoch nicht Maßstab der Beschlusskammer im Verfahren nach § 23 TKG. Dies folge aus § 23 Abs. 4 Satz 5 TKG. Danach richte sich die Regulierung der Entgelte ausschließlich nach den §§ 27 bis 37 TKG.

b) Die Regelung ist zu streichen. Die Frage, ob die Preisnachlässe im Einzelnen gerechtfertigt sind, lässt sich nicht im Verfahren zum Standardangebot klären. Auch insofern ist auf das Entgeltgenehmigungsverfahren zu verweisen. Hinsichtlich der konkreten Regelung gilt das oben unter B.II.7b) Gesagte. Die Regelung zu Mietzeitbindungen ist daher auch hier zu streichen Ansehen!

V. Preise und Pauschalen im BackboneNetz und für zusätzliche Ausbauten (Anlage 4)

1. Ziffer 2 Preisvereinbarungsfiktion

a) Die Beigeladenen zu 2, 3, 7, 8 und 12 sind der Auffassung, dass die unter Ziffer 2 enthaltene Preisvereinbarungsfiktion nicht interessensgerecht und damit unbillig sei.

Die Betroffene führt aus, ihr sei es nach § 37 TKG nur erlaubt, genehmigte Entgelte zu erheben. Erst mit der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur könne das Entgelt eingefordert werden. Jedoch könne die Betroffene ein (nicht genehmigungsbedürftiges) vereinbartes Entgelt erheben. Nach § 35 Abs. 5 TKG wirke ein genehmigtes Entgelt zurück auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung. Dies setze jedoch die Vereinbarung eines Entgeltes überhaupt voraus.

b) Die Regelung zur Preisvereinbarung mit Rückwirkung führt im Ergebnis dazu, dass die Kunden in Fällen der Genehmigungsbedürftigkeit in Ansehung des § 35 Abs. 5 TKG den - ggf. auch vorläufig - genehmigten Preis zu zahlen hätten. Sofern es sich um nicht genehmigungsbedürftige Preise handelt, liegt die Vereinbarung außerhalb der Dispositionsbefugnis der Bundesnetzagentur. Vor diesem Hintergrund ist die Regelung nicht zu beanstanden.

2. Ziffer 2.2 Aufschlag für erhöhte Netzzuverlässigkeit für CFV-SDH

a) Die Beigeladene zu 7 weist darauf hin, dass das Ergebnis einer erhöhten Netzzuverlässigkeit wie sie markterforderlich und damit im Standardangebot zu regeln sei, nicht über die Regelungen zur Expressentstörung kompensiert werden könne, da das bisherige Angebot zu den Entstörungsfristen selbst nicht geeignet sei, marktaugliche Entstörungsfristen zu gewährleisten. Die Netzzuverlässigkeit müsse aus technischen Gründen bereits bei der Standardleistung maximal hoch sein. Insofern sei kein Raum für den in Ziffer 2.2 geregelten Aufschlag.

Die Betroffene vertritt die Ansicht, die Forderung der Beigeladenen zur erhöhten Netzzuverlässigkeit sei abzulehnen, weil die „erhöhte Netzzuverlässigkeit“ keine wesentliche Leistung sei. Sie falle nur an, wenn sich der Kunde zu einer abschnittswisen Zweivegeführung entschieden habe. Den zweiten Übertragungsweg könne der Kunde auch bei einem anderen Anbieter beauftragen oder durch

anderer Technologien (Mobilfunk, Richtfunk) ersetzen. Dem Kundeninteresse an einer störungsfreien CFV werde im Übrigen durch die Leistungen „Entstörung“ und „Expressentstörung“ entsprochen.

b) Die Regelung ist als Entgeltregelung im Rahmen des § 23 TKG weder unmittelbar - noch mittelbar in Bezug auf die wesentliche Leistung Netzzuverlässigkeit zu prüfen.

3. Ziffer 2.4 und 2.8 Kosten für Lieferzeitauskunft und Standortvorerkundung

a) Die Beigeladenen zu 7, 8 und 12 erachten die Pauschalkosten von 300 € (Ziffer 2.4 und 2.8) für die Lieferzeitauskunft und Standorterkundung für nicht nachvollziehbar und überteuert. Die Fristen seien auch zu lang und bewirkten hierdurch einen Wettbewerbsnachteil, da beiden Leistungen ein „marktsteuernder Charakter“ zukomme.

Die Betroffene trägt vor, die Regulierung von Entgelten sei nicht Gegenstand des Verfahrens nach § 23 TKG. Darüber hinaus handele es sich dabei nicht um eine wesentliche Leistung. Daher bestehe keine Genehmigungspflicht. Gegenstand der Lieferzeitauskunft sei die Mitteilung, ob eine bestimmte Leistung bereitgestellt werden könne sowie deren vorübergehende zeitliche Reservierung. Um eine wesentliche Leistung handele es sich nur dann, wenn die Leistung der eigentlichen Bereitstellung der Zugangsleistung unmittelbar vorausgehe und für diese erforderlich sei. (VG Köln, Urteil vom 18.03. 2004, 1 K 2630/00, S. 7).

Hinsichtlich der Standort(vor)erkundung gelte das Entsprechende wie für die Lieferzeitauskunft.

b) Wie das VG Köln ausgeführt hat, bilden Lieferzeitauskunft und Standortvorerkundung keinen notwendigen Schritt zur Gewährung der Zugangsleistung. Die Regelung ist als Entgeltregelung im Rahmen des § 23 TKG weder unmittelbar - noch mittelbar in Bezug auf die Leistungen Lieferzeitauskunft und Standortvorerkundung zu prüfen.

4. Ziffer 2.9 Zusatzausbau

a) Die Beigeladene zu 12 ist der Ansicht, die für Zusatzausbauten (Ziffer 2.9) in gesonderten Angeboten angesetzten Preise führten zu einer Doppelfinanzierung des Netzausbaus der Betroffenen. Im Übrigen bestünde keine Möglichkeit der Prüfung der Angebote.

Die Betroffene ist der Ansicht, auch hier handele es sich um freiwillige Leistungen, die nicht der Regulierung unterworfen seien.

b) Die Regelung ist als Entgeltregelung im Rahmen des § 23 TKG weder unmittelbar - noch mittelbar in Bezug auf das Gefüge der wesentlichen Leistungen zu prüfen.

VI. Zusätzliche Leistungen (Anlage 5)

1. Ziffer 1.4 Lieferzeitauskunft

a) Mit Schreiben vom 11.04.2013 legt die Betroffene folgende überarbeitete Fassung der Ziffer 1.4, Anlage 5, vor:

„ 1.4 Lieferzeitauskunft

Lieferzeitauskunft ist die verbindliche Angabe eines Lieferzeitraumes für die erstmalige Überlassung einer CFV. Die Telekom wird den Lieferzeitraum grundsätzlich innerhalb von fünf Werktagen nach Zugang des Auftrags für die Lieferzeitauskunft mitteilen. Falls für die Lieferzeitauskunft eine Begehung erforderlich ist, verlängert sich die Frist auf zehn Werktagen ab Zugang des Auftrags. Der Lieferzeitraum bezeichnet den Zeitraum ab dem Eingang der Bestellung bis zur Übergabe der CFV und wird in Werktagen, gerechnet ab dem Eingang der verbindlichen Bestellung von KUNDE, angegeben. Die Lieferzeitauskunft ist nur unter folgenden Voraussetzungen verbindlich: KUNDE beauftragt nicht mehr als zehn Lieferzeitauskünfte pro Werktag.

Der Telekom geht innerhalb von 29 Werktagen nach Zugang der Lieferzeitauskunft die Bestel-

lung der CFV zu. Falls für die CFV der Ausbau zusätzlicher Infrastruktur erforderlich ist, ist die Lieferzeitauskunft unverbindlich.“

b) Die Lieferzeitauskunft ist keine für die Erbringung der Zugangsleistung wesentliche Leistung (vgl. auch: Entgeltbeschluss BK2a-13/002 vom **xy.xy.2014**). Ziffer 1.4 der Anlage 5 ist daher nicht im Verfahren zur Prüfung des Standardangebots zu prüfen. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen sind die ausgewiesenen Entgelte nicht genehmigungspflichtig. Die Inanspruchnahme der Leistung „Lieferzeitauskunft“ ist für die Bereitstellung oder Überlassung einer CFV nicht zwingend erforderlich. Sie geht der eigentlichen Bestellung vielmehr voraus. Gegenstand ist die verbindliche Angabe eines Lieferzeitraumes für die erstmalige Überlassung einer CFV. Zwar steht außer Frage, dass vor der Bestellung einer CFV eine genauere Kenntnis des vertraglich geregelten Lieferzeitraumes eine große Bedeutung für den jeweiligen KUNDEN haben kann. Entscheidend für die Beurteilung einer Genehmigungspflicht ist aber, ob die in Rede stehende Leistung auch zwingend erforderlich ist, um den Zugang zu Mietleitungen zu ermöglichen. Für die Bereitstellung der CFV ist die Nennung des Übergabetermins mit Abnahme insoweit ausreichend.

2. Ziffer 1.8 Frist für Standortvorerkundungen

a) Die Beigeladenen zu 3, 8 und 12 kritisieren die unter Ziffer 1.8 geregelte Frist von 12 Tagen für Standortvorerkundungen für zu lang und schlagen eine Reduktion auf max. 10 Tage vor. Im Übrigen sei bei der Durchführung auf eine „passive“ Bauweise zum Lärmschutz der Anwohner zu achten.

Nach Erörterung in beiden öffentlichen mündlichen Verhandlungen hat die Betroffene mit Schreiben vom 11.04.2013 ausgeführt, auch hier handele es sich nicht um eine regulierte, sondern um eine freiwillige Leistung.

b) Die Regelung betrifft eine freiwillige Leistung und unterliegt nicht der Regulierung im Rahmen eines Standardangebots.

3. Ziffer 1.11 (Ergänzung) Aktiver CFV-Netzabschluss im Outdoorgehäuse

a) Die Beigeladene zu 4 fordert eine Ergänzung der Anlage 5 um eine Regelung 1.11 zum aktiven CFV-Netzabschluss im eigenen Outdoorgehäuse. Die Beigeladene zu 15 fordert ebenfalls die Möglichkeit des Zugangs in von ihr bereitgestellten Outdoorgehäusen.

Die Betroffene führt hierzu aus, auch hierbei handele es sich nicht um eine wesentliche Leistung, die Eingang in das Standardangebot finden müsste. Im Übrigen sei diese Leistung nicht standardisierbar, da je Standort eine Einzelfallprüfung erforderlich sei, weil an jedem Standort auch mit unterschiedlichen Umwelteinflüssen gerechnet werden müsse.

b) Die Forderung der Beigeladenen zu 4 nach Netzabschlüssen der Betroffenen im vom KUNDEN bereitgestellten Outdoorgehäuse ist keine Leistung, auf die Beigeladene einen Anspruch hat und die somit im Rahmen dieses Verfahrens zum Standardangebot behandelt werden kann. Das Begehren der Beigeladenen zu 15 läuft auf die Verpflichtung zum Ausbau von Infrastruktur hinaus. Insofern ist der Argumentation der Beigeladenen zu diesem Punkt beizupflichten (s.o. S. 22, Ziffer 6.4 zu Anlage 1). Die Bereitstellung einer Mietleitung auch in einem carriereigenen Outdoorgehäuse trifft aber auch nach Überzeugung der Beschlusskammer keine allgemeine Nachfrage und ist deshalb auch nicht Gegenstand im Verfahren zur Überprüfung des Standardangebotes für Abschlusssegmente von Mietleitungen. Gegebenenfalls käme ein Verfahren nach § 25 TKG in Betracht.

VII. Vorlagefrist

Die Gewährung einer Umsetzungsfrist bis 02.07.2014 ist angemessen. Ausgangspunkt für die Anforderungen, die an die Betroffene zu stellen sind, sind §§ 22 Abs. 1, 23 Abs. 1 TKG. Danach geht der Gesetzgeber davon aus, dass ein neuer Vertrag bzw. ein neues Standardangebot für den Zugang innerhalb von drei Monaten vorgelegt werden kann. Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass Änderungen eines vorgelegten Standardangebots in der Regel in deutlich kürzerer Zeit, also etwa einem Monat, umgesetzt werden können. Der Umfang der Vorgaben rechtfertigt hier keine längere Frist, da die erforderlichen Änderungen ganz überwiegend einfach umzusetzen sind.

Rechtsbehelfsbelehrung

Nach § 23 Abs. 4 Satz 4 TKG kann gegen diesen Beschluss nur gemeinsam mit einer Entscheidung nach § 23 Abs. 3 und 4 Satz 1 und 2 TKG Klage erhoben werden.

Dreger
(Vorsitzende)

Hammen
(Beisitzer)

Lindhorst
(Beisitzer)