



Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

von Amts wegen

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

Betroffene,

wegen der nachträglichen Regulierung von Entgelten gemäß § 38 TKG betreffend das am 17.01.2012 angezeigte VDSL-IP-Bistrom-Kontingentsmodell,

Beigeladene:

1. NetCologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. Versatel AG, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch den Vorstand,
3. QSC AG, Mathias-Brüggen-Straße 55, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,
4. Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., Frankenwerft 35, 50667 Köln, vertreten durch den Vorstand,
6. Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten durch die Telefónica Germany Management GmbH und die Telefónica Germany Verwaltungs GmbH, diese jeweils vertreten durch die Geschäftsführung,
7. 1 & 1 Internet AG, Elgendorfer Straße 57, 56410 Montabaur, vertreten durch den Vorstand,
8. M-Net Telekommunikations GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
9. Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstraße 88, 60326 Frankfurt, vertreten durch die Geschäftsführung,

10. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Reuterstraße 159, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,
11. BUGLAS Bundesverband Glasfaseranschluss e.V., Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,
12. Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH, Betastraße 6-8, 85774 Unterföhring, vertreten durch die Geschäftsführung,
13. EWE TEL GmbH, Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Betroffenen:

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

diese vertreten durch
Rechtsanwälte Dolde Mayen & Partner
Mildred-Scheel-Straße 1
53175 Bonn

der Beigeladenen zu 6.:

BBORS Kreuznacht Rechtsanwälte
Immermannstraße 40
40210 Düsseldorf –

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

durch

den Vorsitzenden Ernst-Ferdinand Wilmsmann,
den Beisitzer Helmut Scharnagl und
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25.04.2012 und im Hinblick auf die von der Betroffenen mit Schreiben vom 25.05. und 14.06.2012 übermittelten Änderungen an den am 17.01.2012 von ihr angezeigten Entgelten des VDSL-IP-Bitstrom-Kontingentsmodells beschlossen:

1. Das Verfahren zur Dauerhaftmachung der in Ziffer 1. des Beschlusses BK 3b-12/001 vom 02.04.2012 erlassenen vorläufigen Maßnahmen wird eingestellt.
2. Der Beschluss BK 3b-12/001 vom 02.04.2012 wird widerrufen.

I. Sachverhalt

Mit Beschluss BK 3b-12/001 vom 02.04.2012 hat die Beschlusskammer gegenüber der Betroffenen folgende Maßnahmen erlassen:

- „1. Gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 1 TKG entsprechend
 - a. wird vorläufig festgestellt, dass die am 17.01.2012 von der Betroffenen angezeigten Entgelte des VDSL-IP-Bitstrom-Kontingentsmodells nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen,
 - b. werden die beanstandeten Entgelte ab dem Zeitpunkt der Feststellung (02.04.2012) vorläufig für unwirksam erklärt, und
 - c. wird der Betroffenen vorläufig untersagt, die beanstandeten Entgelte zu fordern.
2. Die vorläufigen Maßnahmen nach Ziffer 1. stehen unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass im nachfolgenden Hauptsacheverfahren gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 3 Alt. 1 TKG (bzw. § 12 Abs. 3 S. 3 Alt. 1 TKG n.F.) entsprechend kein Beschluss ergeht, die Maßnahmen dauerhaft zu machen.“

Der Beschluss liegt der vorliegenden Entscheidung als Anlage 1 an. Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts und der Gründe wird auf die Ausführungen im Beschluss verwiesen.

Mit Vermerk vom 02.04.2012 hat die Beschlusskammer von Amts wegen gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 3 Alt. 1 TKG entsprechend (damaliger Fassung) das vorliegende Hauptsacheverfahren zur Dauerhaftmachung der vorläufigen Maßnahmen nach Ziffer 1. des Tenors eingeleitet und die Betroffene mit Schreiben vom gleichen Tag darüber unterrichtet.

Der Entwurf des Beschlusses zur Dauerhaftmachung ist im Amtsblatt Nr. 7/2012 vom 18.04.2012 als Verfügung Nr. 12/2012 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von zwei Wochen ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Daraufhin sind bei der Beschlusskammer schriftliche Stellungnahmen der Betroffenen sowie der Beigeladenen zu 1., 4., 5., 6., 7., 10. und 13. eingegangen. Eine Zusammenfassung dieser Stellungnahmen liegt dem vorliegenden Beschluss als Anlage 2 an.

Der Betroffenen, den Beigeladenen und den sonstigen interessierten Parteien ist in der am 25.04.2012 durchgeführten öffentlichen Verhandlung Gelegenheit auch zur mündlichen Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der öffentlichen Verhandlung Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 25.05.2012 hat die Betroffene der Beschlusskammer verschiedene Änderungen an den am 17.01.2012 von ihr angezeigten Entgelten des VDSL-IP-Bitstrom-Kontingentsmodells übermittelt. Die Betroffene ist der Ansicht, dass jedenfalls auf der Grundlage dieses modifizierten Vertragsentwurfs von der Dauerhaftmachung der vorläufigen Untersagung der Beschlusskammer abgesehen werden könne.

Die Beschlusskammer hat den Beigeladenen mit Schreiben vom 29.05.2012 den modifizierten Vertragsentwurf übersandt und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 11.06.2012 eingeräumt.

Innerhalb dieser Frist sind bei der Beschlusskammer Stellungnahmen der Beigeladenen zu 1., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 10. und 13. eingegangen.

Die Beigeladene zu 1. betont die Bedeutung des Kontingentsmodells für die Vereinbarung von Kooperationen. Soweit hierfür die Einführung eines bundesweiten Kontingentsmodells erforderlich sei, befürworte die Beigeladene den modifizierten Vertragsentwurf. Bei einer isolierten Einführung außerhalb von Kooperationen teile die Beigeladene jedoch in großen Teilen die Bedenken der Beschlusskammer, die zur vorläufigen Untersagung geführt hätten.

Die vorgeschlagenen Vertragsmodifizierungen unterlägen allerdings verschiedenen Einwänden. Zum einen verringere sich mit der Absenkung der Mindestkontingentgröße der per Upfront-Zahlung zu leistende Beitrag der Nachfrager zur Risikoteilung. Um dies auszugleichen, seien die einmaligen Upfront-Entgelte und nicht – wie von der Betroffenen vorgesehen – die Monatsentgelte zu erhöhen. Zum anderen begrüße die Beigeladene zwar grundsätzlich die Einführung eines anschlussbezogenen Sonderkündigungsrechts im Falle der Inanspruchnahme neuer NGA-Anschlüsse. Soweit das Sonderkündigungsrecht jedoch auf nach dem 30.06.2012 errichtete NGA-Anschlüsse beschränkt werde, sei dies nicht akzeptabel. Zwar nicht für FTTC-, wohl aber für FTTB/H-Anschlüsse dürfe diese Datumsgrenze nicht gelten. Denn sonst würden all diejenigen Netzbetreiber diskriminiert, die bereits früh mit der Errichtung von FTTB/H-Netzen begonnen hätten, für deren Bandbreiten derzeit jedoch noch nicht ausreichend Nachfragebedarf bestehe. Hilfsweise sei die Datumsgrenze insgesamt zu streichen.

Die Beigeladene zu 3. sieht durch die Absenkung der Mindestkontingentgrößen in Verbindung mit der unbeschränkten Resellingmöglichkeit die Weichen dafür gestellt, dass nun auch kleinere Wettbewerber das Kontingentmodell chancengleich nutzen könnten. Sollte sich allerdings kein effektiver Sekundärmarkt herausbilden, wäre das vorliegende Modell aufs Neue als missbräuchlich zu verwerfen. Im Übrigen vermisse die Beigeladene eine Öffnungsklausel für eine spätere ethernetbasierte Nutzung der Vertragsanschlüsse. Klargestellt werden sollte im Rahmen des anschlussbezogenen Sonderkündigungsrechts der Umfang der Bagatellklausel. Außerdem sollte ausgeschlossen werden, dass in die Regelung zur Kündigungsfrist das Erfordernis eines zeitlichen Parallelbetriebs von Anschlüssen hineingelesen werde.

Nach Auffassung der Beigeladenen zu 4. ist das VDSL-IP-BSA-Kontingentmodell ein außerordentlich wichtiges Produkt im deutschen Telekommunikationsmarkt, um zukünftig mehr Wettbewerb herzustellen. Die Beigeladene begrüße deshalb die Absicht der Beschlusskammer, dass Modell nunmehr zuzulassen. Allerdings sollte die Beschlusskammer aus Gründen der Rechtssicherheit vor der geplanten europäischen Konsolidierung zunächst den Wortlaut ihres geplanten Entscheidungsentwurfes einer nationalen Konsultation unterziehen.

Die Vertragsmodifizierungen kämen allesamt den Anforderungen einer Migration auf die NGA-Infrastruktur eines alternativen Anbieters entgegen. Angesichts der sich zunehmend verschärfenden Wettbewerbssituation mit den Kabelanbietern sollte die Bundesnetzagentur allerdings die vorgesehene Erhöhung der monatlichen Anschlusspreise um 50 Eurocent überdenken. Zur Förderung des Wettbewerbs sollten außerdem die im Foliensatz der Betroffenen vom 04.05.2012 zusätzlich vorgesehenen Leistungen in den Vertrag mit einbezogen werden.

Die Beigeladene zu 5. hält eine Erweiterung des Vertragsangebots um weitere NGA-Technologien sowie um Ethernet-Bitstromprodukte für angezeigt. In Anbetracht des durch die Kabelnetzbetreiber induzierten Preiswettbewerbs sollte auf die Preiserhöhung verzichtet und stattdessen bei anderen Vorleistungsprodukten eine Preisabsenkung vorgenommen werden. Begrüßt würden die Absenkung der Mindestkontingentgrößen, die nunmehr uneingeschränkt gegebene Möglichkeit zum Weiterverkauf sowie die stärkere Flexibilisierung der Kontingentgrößen bei einem Wechsel auf alternative NGA-Infrastrukturen. Um für Rechtssicherheit zu sorgen, sollte eine erneute nationale Konsultation durchgeführt werden.

Die Beigeladene zu 6. vertritt die Meinung, mit dem von der Betroffenen modifizierten Vertragsentwurf sei das VDSL-Kontingentmodell in einer Weise angepasst, dass die kartellrechtlichen Bedenken, die Grundlage der Eilentscheidung vom 02.04.2012 gewesen seien, ausgeräumt worden seien. Der modifizierte Vertragsentwurf sei daher auch bei Zugrundelegung der in dieser Entscheidung formulierten Maßstäbe geeignet, Bedenken wegen einer möglichen marktverschließenden Wirkung des VDSL-Kontingentmodells auf den Bitstrom-, Resale- und Endkundenmärkten auszuschließen.

So habe die Betroffene mit ihrer Klarstellung zum zweijährigen Sonderkündigungsrecht Bedenken ausgeräumt, eine Marktabschottung könne sich aufgrund der fehlenden Möglichkeit zur regionalen Ausübung des Sonderkündigungsrechts ergeben. Allerdings sei das kontin-

gentbezogene Sonderkündigungsrecht nunmehr auf die Mindestkontingentgröße beschränkt worden. Sachgerecht dagegen wäre es, die Sonderkündigung für das gesamte vereinbarte Kontingent zuzulassen.

Jedenfalls in Kombination mit dem zweijährigen Sonderkündigungsrecht müsse das anschlussbezogene Sonderkündigungsrecht am Maßstab des Eilbeschlusses vom 02.04.2012 als geeignet angesehen werden, das Risiko einer Wettbewerbsbeeinträchtigung alternativer Infrastrukturanbieter auszuschließen. Der Schwellenwert von 10% der jeweiligen Mindestkontingentgröße, maximal aber 500 Anschlüsse, sei sachgerecht, um administrativen Aufwand bei der Anpassung der vereinbarten Kontingente zu vermeiden.

Durch Änderung des angenommenen Mischungsverhältnisses von Kontingentpreis und Standardpreis hätte die Kosten-Kosten-Schere beseitigt werden können. Jedenfalls aber räume die Anhebung des Überlassungsentgelts etwaige Zweifel wegen einer Kosten-Kosten-Schere aus.

Aufgrund der Änderung des Entgelts sei die unter Vorbehalt erlassene Eilentscheidung vom 02.04.2012 im Wege des Widerrufs nach § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG aufzuheben. Es entspreche bereits der Natur einer Eilentscheidung, dass diese bei Änderung der maßgeblichen Sach- und Rechtslage abgeändert werde. Zur Vermeidung etwaiger formaler Unsicherheiten sollte vorsorglich eine nationale Konsultation auch zum nunmehr modifizierten Vertragsentwurf durchgeführt werden.

Die Beigeladene zu 7. weist darauf hin, dass die Überarbeitung des Vertragsangebots zu einer zusätzlich spürbaren Wettbewerbsöffnung führe. Obwohl die Preiserhöhung eine erhebliche Belastung für die Nachfrager der VDSL-Bitstromleistungen darstelle, seien die Änderungen unter dem Strich deutlich zu begrüßen. Insgesamt liege nunmehr ein ausgewogener und marktgerechter Vorleistungsvertrag vor.

Die Beigeladene zu 8. sieht FTTH-Anschlüsse der Betroffenen vom Vertragsangebot umfasst. Allerdings sei unklar, welche Preise dafür gelten sollten. Aufgrund des unterschiedlichen Leistungsumfanges dürften die FTTC- und FTTH-Preise jedenfalls nicht identisch sein. Im Übrigen sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Sonderkündigungsrecht auf solche NGA-Anschlüsse beschränkt werde, die erst nach dem 30.06.2012 errichtet worden seien. Unklar sei auch, weshalb eine anschlussbezogene Sonderkündigung nicht mehr als 500 Anschlüsse umfassen dürfe.

Nach Auffassung der Beigeladenen zu 10. dürfe die Größe der Kontingente und der darauf zugeschnittenen Rabattierungen nicht so zugeschnitten sein, dass nur einige wenige Vorleistungsnachfrager davon profitierten. Die Betroffene habe die Mindestabnahmemengen zwar nunmehr abgesenkt. Gleichwohl seien auch die modifizierten Kontingentgrößen für kleinere Vorleistungsnachfrager kaum abbildbar. Es sei daher sinnvoll, eine kleinteiligere Aufteilung (z.B. nach Ortsnetzen) vorzunehmen, bei welcher dann für die VDSL-25-Coverage eine Mindestabnahme von 3% erforderlich sei. Außerdem sollte es ermöglicht werden, jeweils 10% eines Kontingentes nicht nur im Kontingentbereich selbst, sondern bundesweit zu nutzen.

Die Einschränkung der Diskriminierungsfreiheit könnte allerdings dann hingenommen werden, wenn es gelänge, über entsprechende Wholesaleangebote von Kontingentnachfragern einen funktionierenden Sekundärmarkt zu etablieren. Die Beigeladene verstehe den nunmehr in das Angebot aufgenommenen Hinweis auf die freie Nutzbarkeit so, dass das Modell grundsätzlich wholesalefähig sein solle. Dies könne im Vertrag allerdings nochmals klargestellt werden. Zudem sollte sich die Beschlusskammer in jedem Fall die Möglichkeit einer Revision von Einstellung und Widerruf unter dem Gesichtspunkt der tatsächlichen Etablierung eines Sekundärmarktes vorbehalten.

Des Weiteren dürfe es nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Vorleistungsanbieter kommen. Die Betroffene versuche, entsprechende Bedenken durch die Aufnahme eines anschlussbezogenen Sonderkündigungsrechts auszuräumen. Um diese Wirkung zu entfalten, seien allerdings noch einige Klarstellungen und Korrekturen erforderlich. So dürfe das anschlussbezogene Sonderkündigungsrecht nicht auf maximal 500 An-

schlüsse begrenzt werden. Außerdem müsse klargestellt werden, dass für die nach Ausübung des Sonderkündigungsrechts verbleibenden Kontingentanschlüsse weiter die Konditionen des Kontingentmodells gelten würden, auch wenn die regionalen Mindestkontingente durch die Kündigung im Einzelfall unterschritten würden.

Ferner dürfe durch das Kontingentmodell keine Kosten-Kosten-Schere zu Lasten von Unternehmen entstehen, die andere Vorleistungen – insbesondere den entbündelten Zugang zur TAL – in Anspruch nähmen. Die Beigeladene habe Zweifel, ob die Anhebung des monatlichen Entgeltes um €0,50 ausreiche, um eine Kosten-Kosten-Schere zu den TAL-Entgelten zu beseitigen: Es werde hierzu eine weitere gründliche Prüfung durch die Beschlusskammer angeregt. Dabei müsse nicht nur die VDSL-Realisierung im HVT-Nachbereich, sondern auch die variable Preiskomponente des variablen Traffics berücksichtigt werden.

Die Beigeladene zu 13. hält das vorgelegte VDSL-Bitstromangebot in der jetzigen Form für genehmigungsfähig. Eine Verschließung des IP-BSA-Marktes werde durch die Sonderkündigungsregelungen bei einer Migration auf NGA-Anschlüsse verhindert. Gleichwohl gebe es noch Verbesserungsmöglichkeiten. So sollte die Aufhebung einer Kosten-Kosten-Schere eher durch eine Absenkung der TAL-Monatsentgelte erreicht werden. Darüber hinaus sollte das Kontingentmodell möglichst auch eine auf Ortsnetze bezogene Abnahme ermöglichen. Ergänzend wäre auch eine Ausgestaltung vorstellbar, die in gewissem Umfang Buchungen außerhalb des gebuchten Bereiches zulässt. Außerdem wäre es vorteilhaft, wenn Anschlüsse, die über HVT realisiert werden, bei Bedarf aus dem Kontingent herausgenommen werden dürften. Zumindest müsse die Möglichkeit eingeräumt werden, diese Regelungen zu verhandeln und zu vereinbaren.

Mit Schreiben vom 14.06.2012 hat die Betroffene verschiedene von Seiten der Beigeladenen geäußerte Bedenken aufgegriffen und das Vertragsangebot nochmals in zwei Ziffern verändert. Die Betroffene regt dabei an, erneut eine Konsultation durchzuführen sowie eine mündliche Verhandlung anzuberaumen. Gleichzeitig stellt sie in Aussicht, auf die Durchführung der mündlichen Verhandlung zu verzichten.

In Reaktion auf die Schreiben der Betroffenen vom 25.05. und 14.06.2012 sowie auf die Stellungnahmen der Beigeladenen hat die Beschlusskammer am 27.06.2012 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur und per Mitteilung Nr. xx/2012 im Amtsblatt Nr. xx/2012 vom selben Tag einen geänderten Beschlussentwurf veröffentlicht. Dieser Entwurf sah die Einstellung des Hauptsacheverfahrens sowie den Widerruf des vorläufigen Beschlusses vom 02.04.2012 vor. Den interessierten Parteien ist Gelegenheit gegeben worden, dazu innerhalb einer einwöchigen Frist ab Veröffentlichung Stellung zu nehmen.

[Weiterer Verfahrensverlauf / europäische Konsolidierung]

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Akten verwiesen.

II. Gründe

Das Verfahren zur Dauerhaftmachung der in Ziffer 1. des Beschlusses BK 3b-12/001 vom 02.04.2012 erlassenen vorläufigen Maßnahmen wird eingestellt. Der Beschluss BK 3b-12/001 vom 02.04.2012 wird widerrufen. Die Einstellung beruht auf § 131 Abs. 2 i.V.m. den §§ 30 Abs. 1 S. 2, 38 Abs. 4 S. 1 und 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG, der Widerruf auf § 49 Abs. 1 i.V.m. § 50 VwVfG.

1. Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer folgt aus den §§ 116 Abs. 1 und 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergehen Einstellung und Widerruf nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG). Die Beschlusskammer hat zudem mit Blick auf den ursprünglichen Beschlussentwurf eine mündliche Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 Halbs. 1 TKG) durchgeführt. [Ausführungen zu einer zweiten mündlichen Verhandlung bzw. dem Entfall derselben]

Des Weiteren ist zum einen der ursprüngliche Beschlussentwurf gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 TKG entsprechend konsultiert worden. Die Anwendbarkeit der vorgenannten Normen ist im anliegenden vorläufigen Beschluss ausführlich begründet worden; wegen der Einzelheiten wird darauf verwiesen.

Zum anderen hat die Beschlusskammer aus Gründen äußerster Vorsicht auch den geänderten Beschlussentwurf zur Konsultation gestellt. Dabei kann dahin gestehen, ob und inwieweit die Beschlusskammer zu einem solchen Vorgehen rechtlich verpflichtet gewesen ist.

Letzteres gilt einmal mit Blick auf den konsultierten Entwurf der Einstellung. Mit dem Entwurf hat die Beschlusskammer nur auf die Angebotsmodifizierung der Betroffenen reagiert. Die Betroffene hatte ihrerseits die von der Beschlusskammer im vorläufigen Beschluss vom 02.04.2012 geäußerten Bedenken aufgegriffen. Im Ergebnis hat die Beschlusskammer ihr bereits im ursprünglichen Konsultationsentwurf vertretenes Konzept – regulatorische Ermöglichung eines wettbewerblichen Aufbaus von NGA-Infrastrukturen – während des gesamten Verfahrens beibehalten. Es wäre deshalb mit Blick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung,

siehe BVerwG, Urteil 6 C 15.07 vom 02.04.2008, Rz. 42f.,

wohl auch vertretbar gewesen, auf die abermalige Durchführung eines Konsultationsverfahrens zu verzichten.

Darüber hinaus muss nicht abschließend geklärt werden, inwieweit eine rechtliche Verpflichtung zur Konsultation des Widerrufsentwurfs bestand. Zwar spricht vieles dafür, dass die Beschlusskammer – nach dem actus-contrarius-Gedanken – einen vorläufigen Beschluss auch ohne Durchführung eines Konsultations- (und Konsolidierungs-)verfahrens widerrufen kann. Die Beschlusskammer hat von einem solchen Vorgehen hier gleichwohl abgesehen. Denn ein unmittelbarer Widerruf des vorläufigen Beschlusses hätte der Einstellung des Hauptsacheverfahrens insofern vorgegriffen, als danach kein zur Dauerhaftmachung geeigneter Beschluss mehr vorhanden gewesen wäre.

[Weiteres Verfahren]

In förmlicher Hinsicht ist die Vorschrift des § 131 Abs. 2 TKG eingehalten worden. Den Verfahrensbeteiligten ist die Verfahrenseinstellung mit dem vorliegenden Beschluss schriftlich mitgeteilt worden.

Ob und inwieweit schließlich die Vorschrift des § 13 Abs. 1 S. 3 TKG zur Ankündigungsfrist bei einem Widerruf im gegebenen Zusammenhang anwendbar ist, kann offen bleiben. Einem etwaigen Fristerfordernis ist jedenfalls mit der Veröffentlichung des geänderten Konsultationsentwurfs am 27.06.2012 Genüge getan worden.

2. Verfahrenseinstellung

Das Verfahren zur Dauerhaftmachung der vorläufigen Maßnahmen wird eingestellt.

Gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 3 S. 3 Alt. 1 TKG entsprechend unterliegt ein Beschluss der Bundesnetzagentur, die nach § 12 Abs. 3 S. 1 erlassenen vorläufigen Maßnahmen dauerhaft zu machen, den Bestimmungen des § 12 Abs. 1 und Abs. 2 TKG. Bei dieser Vorschrift handelt es sich nicht nur um eine Verfahrensnorm, sondern auch um eine Ermächtigungsnorm,

vgl. Beschluss BK 3b-12/001 vom 02.04.2012, S. 37.

Unter einer Dauerhaftmachung im Sinne von auf § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 3 S. 3 Alt. 1 TKG entsprechend ist zu verstehen, dass die vormals vorläufigen Maßnahmen selbst in der Fassung, welche sie durch den Beschluss zur Dauerhaftmachung erfahren, endgültige Wirksamkeit erlangen,

vgl. Beschluss BK 3b-12/001 vom 02.04.2012, S. 37.

Voraussetzung für die Dauerhaftmachung ist, dass die ursprünglich gegebenen Voraussetzungen für die Feststellung der Missbräuchlichkeit, der Unwirksamkeitserklärung und der Untersagung der Entgeltforderungen,

siehe dazu die Ausführungen im Beschluss BK 3b-12/001 vom 02.04.2012, S. 18ff., weiterhin vorliegen.

Letzteres ist hier indes nicht mehr der Fall. Die Betroffene hat mit Schreiben vom 25.05.2012 verschiedene Änderungen an ihrem ursprünglich angezeigten Vertragsangebot vorgenommen. Diese Änderungen betreffen die Erhöhung der monatlichen Überlassungsentgelte um 0,50 €, die Einräumung eines anschlussbezogenen Sonderkündigungsrechts bei Inanspruchnahme neuer NGA-Anschlüsse, die Verringerung der Mindestkontingentgröße, den Wegfall des Verhandlungserfordernisses vor Ausübung des kontingentbezogenen Sonderkündigungsrechts sowie Klarstellungen zur freien Nutzung des Kontingents innerhalb sämtlicher vereinbarter Ortsnetze und zur regionalen Differenzierung beim kontingentbezogenen Sonderkündigungsrecht.

Mit diesen Änderungen sind die Bedenken, welche die Beschlusskammer hinsichtlich der Wettbewerbsschädlichkeit der am 17.01.2012 angezeigten Entgelte des VDSL-IP-Bitstrom-Kontingentmodells geltend gemacht hatte, ausgeräumt worden.

2.1 Ursprüngliche Bedenken der Beschlusskammer

Die Beschlusskammer hatte in ihrem Beschluss vom 02.04.2012 festgestellt, dass das von der Betroffenen vorgesehene Rabattsystem die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem bundesweiten Layer-3-Bitstrommarkt sowie auf dem Resale- und dem Endnutzermarkt für die Überlassung von (breitbandigen) Festnetzanschlüssen mit Internetnutzung in erheblicher Weise beeinträchtigt (und dass dafür im Übrigen auch keine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen worden sei).

Im Anschluss an die höchstrichterliche Rechtsprechung verstand die Beschlusskammer unter einer Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten jeden für die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf demselben oder einem anderen Markt nachteiligen Wirkungszusammenhang. Erheblich sei die Beeinträchtigung, wenn das in Rede stehende Verhalten objektiv geeignet sei, die Marktverhältnisse nachteilig zu beeinflussen, also einen Zustand herbeizuführen, der erfahrungsgemäß zu Risiken für den Wettbewerb führe. Über die individuelle Beeinträchtigung eines einzelnen Marktteilnehmers hinaus müssten die allgemeinen Wettbewerbsmöglichkeiten beeinträchtigt sein.

Nach diesen Maßgaben stellte die Beschlusskammer mit Blick auf den Layer-3-Bitstrommarkt fest, dass Nachfrager höherbreitbandiger Bitstromprodukte im Wesentlichen allein auf Angebote der Betroffenen zurückgreifen könnten. Es fehle derzeit entweder – in infrastruktureller Hinsicht – die Fähigkeit oder aber jedenfalls – im Fall der großen Kabelnetzbetreiber – die Bereitschaft dritter Unternehmen, konkurrierende Angebote zu unterbreiten. Dieses Bild könne sich aber zukünftig ändern, sollten etwa – in Vollzug der Breitbandstrategie der Bundesregierung – neue FTTX-Infrastrukturen parallel zu denjenigen der Betroffenen erstellt werden. Ökonomische Voraussetzung für derartige Investitionen sei allerdings zum einen, dass es nicht zu Kosten-Kosten-Scheren komme. Tatsächlich sei jedoch bei den im Kontingentmodell vorgesehenen Preisen eine solche Schere zu erwarten. Zum anderen müsse ein Investor über sein Netz nicht nur eigene Endkunden, sondern auch Bitstrom-Nachfrager versorgen können. Vorliegend wären aber potenzielle Bitstrom-Nachfrager

faktisch an das Kontingentmodell der Betroffenen gebunden und stünden damit etwaigen FTTX-Investoren nicht als Nachfrager zur Verfügung. Nach Leistung der – versunkenen – Upfrontzahlung bestehe nämlich ein hoher Anreiz, die damit erkauften günstigen Überlassungsbedingungen für VDSL-IP-Bitstromleistungen der Betroffenen auch in Anspruch zu nehmen. In Summe verhindere das Kontingentmodell, dass es überhaupt zu den erwünschten FTTX-Investitionen dritter Unternehmen komme.

Mit der Behinderung des künftigen Infrastrukturausbaus und den daraus resultierenden Abhängigkeiten dritter Unternehmen von der Betroffenen beeinträchtigt das Kontingentmodell im Übrigen auch die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem Resale- und dem Endnutzermarkt für die Überlassung von (breitbandigen) Festnetzanschlüssen mit Internethnutzung.

Angesichts der damit festgestellten Wettbewerbsschädlichkeit des angezeigten Kontingentmodells konnte die Beschlusskammer dahin stehen lassen, ob und inwiefern sich weitere regulierungsrechtliche Besorgnisse unter den Gesichtspunkten einer Behinderung von ADSL-Bitstromanbietern und/oder einer Diskriminierung zwischen kleinen und großen, zwischen regionalen und bundesweiten oder zwischen internen und externen Nachfragern ergeben könnten.

2.2 Beseitigung der Bedenken

Die dem vorläufigen Beschluss vom 02.04.2012 zugrunde liegenden Bedenken sind mit den von der Betroffenen vorgenommenen Änderungen beseitigt worden.

Die Wettbewerbsschädlichkeit des ursprünglich angezeigten Kontingentmodells beruhte im Wesentlichen auf seiner Sog- und Bindungswirkung. Die Besorgnis war, dass sich angesichts der festgestellten Kosten-Kosten-Schere sowie der langfristig gebundenen Bitstrom-Nachfrage keine Investoren für die Erstellung neuer FTTX-Anschlüsse finden lassen würden. Dieser Besorgnis begegnet das geänderte Vertragsangebot – im Ergebnis durchgreifend – mit der Erhöhung der monatlichen Überlassungsentgelte um 0,50 € sowie mit der Einführung eines anschlussbezogenen Sonderkündigungsrechts, der Absenkung der Mindestkontingentgrößen und mit Klarstellungen beim kontingentbezogenen Sonderkündigungsrecht.

Die Beschlusskammer hatte in ihrem vorläufigen Beschluss vom 02.04.2012 das Vorliegen einer Kosten-Kosten-Schere festgestellt. Für einen alternativen VDSL-Anbieter ergebe sich ein durchschnittlicher monatlicher Gesamtkostensatz in Höhe von 19,66 € pro bereitzustellendem VDSL-Anschluss. Dieser Wert liege um 0,12 € bis 0,42 € über dem aus dem Kontingentmodell resultierenden Stückpreis. Die derart ermittelte Kosten-Kosten-Schere ist von der Betroffenen mit der im geänderten Vertragsentwurf vorgesehenen Erhöhung des monatlichen Überlassungsentgelts um 0,50 € vollständig beseitigt worden. Dabei ist entgegen dem Vorbringen der Beigeladenen zu 1. auch nicht zu erkennen, dass es wettbewerblich vorteilhafter wäre, wenn dieser Betrag nicht auf das Überlassungsentgelt, sondern auf die Einmalentgelte aufgeschlagen worden wäre. Vielmehr hätte ein Aufschlag auf die Einmalentgelte eine höhere Bindungswirkung zulasten der Wettbewerber zur Folge gehabt, als dies nun bei dem Aufschlag auf die Überlassungsentgelte der Fall ist. Mit Blick auf das Vorbringen der Beigeladenen zu 10. ist festzuhalten, dass bei der Berechnung der Kosten-Kosten-Schere der HVT-Nahbereich ausdrücklich mitberücksichtigt worden ist. Hinsichtlich der Entgelte für den variablen Verkehr liegen der Beschlusskammer keine Erkenntnisse vor, welche die Nachbildbarkeit derselben für Wettbewerber in Frage stellen könnten.

Des Weiteren räumt die Betroffene dem Kontingentnachfrager nunmehr in Ziffer 6.2 der Zusatzvereinbarung die Möglichkeit eines anschlussbezogenen Sonderkündigungsrechts ein. Bei Inanspruchnahme neuer NGA-Anschlüsse hat der Nachfrager das Recht, ein Kontingent während der Kontingentlaufzeit in Bezug auf einzelne VDSL-Anschlüsse zu kündigen.

Unter neuen NGA-Anschlüssen sind Anschlüsse in eigenen oder von Dritten betriebenen Zugangsnetzen der nächsten Generation im Sinne von Ziffer 11 UAbs. 2 der NGA-

Empfehlung der Kommission zu verstehen, die parallel zu den vertraglich in das Kontingent des Nachfragers einbezogenen Anschlüssen liegen und deren Glasfaserelemente erstmals nach dem 30.06.2012 erstellt worden sind. Als erstmalige Herstellung gilt auch der Ausbau bereits bestehender Netze mit Glasfaserelementen, wenn damit Breitbandzugangsdienste mit gegenüber dem bereits bestehenden Netz des ausbauenden Unternehmens erweiterten Leistungsmerkmalen im versorgten Objekt ermöglicht werden.

Bei wirksamer Ausübung des anschlussbezogenen Sonderkündigungsrechts zahlt die Betroffene dem Kunden den auf die Zukunft entfallenden entsprechenden Teil des gezahlten einmaligen Entgeltes (unverzinst) zurück.

Voraussetzung für eine wirksame Ausübung des Sonderkündigungsrechts ist u.a., dass die Bagatellbestimmungen nach Ziffer 6.2.3 der Zusatzvereinbarung beachtet werden. Mit Blick auf den Vortrag der Beigeladenen zu 3., 8. und 10. ist dabei festzuhalten, dass die Bezugnahme in dieser Ziffer auf „nicht mehr als 500 VDSL-Anschlüsse“ so zu verstehen ist, dass eine Sonderkündigung grundsätzlich mindestens 10% der VDSL-Anschlüsse umfassen muss, dies aber nicht gilt, wenn damit (weil im Kontingent mehr als 5.000 VDSL-Anschlüsse enthalten sind) mehr als 500 VDSL-Anschlüsse gekündigt werden müssten. Im letztgenannten Fall beschränkt sich der Mindestumfang auf 500 VDSL-Anschlüsse. Die von der Betroffenen mit Schreiben vom 14.06.2012 übermittelte Präzisierung des Vertragstextes verdeutlicht nochmals diesen Zusammenhang.

Hinsichtlich der Kündigungsfrist nach Ziffer 6.2.4 der Zusatzvereinbarung und den von der Beigeladenen zu 3. geäußerten Bedenken, hierdurch in ihren Möglichkeiten zur Anschlusskündigung beschränkt zu werden, ist darauf hinzuweisen, dass es vorliegend allein um die Verminderung des Kontingentumfangs geht. Die Anschlusskündigung erfolgt unabhängig von der Kontingentkündigung nach den Regelungen des Hauptvertrags (vgl. etwa Ziffer 11.2 des BSA-Standardangebots der Betroffenen).

Die entsprechende Besorgnis der Beigeladenen zu 10. aufgreifend, ist ferner festzuhalten, dass auch in dem Fall, in dem die Mindestkontingentgrößen aufgrund anschlussbezogener Sonderkündigungen unterschritten werden, die preislichen Vorteile der Kontingentmodells für die verbleibenden VDSL-IP-Bitstromanschlüsse erhalten bleiben.

Flankiert wird das anschlussbezogene Sonderkündigungsrecht einerseits von der Absenkung der bisherigen Mindestkontingentgrößen um jeweils ca. 25 Prozentpunkte sowie von der Klarstellung im Rahmen des kontingentbezogenen Sonderkündigungsrechts, dass vor dessen Ausübung kein Verhandlungserfordernis besteht und das Kündigungsrecht regional differenziert gehandhabt werden kann. Im Anschluss an die entsprechende Anregung der Beigeladenen zu 6. erstrecken sich sowohl das kontingentbezogene als auch das anschlussbezogene Sonderkündigungsrecht in sachgerechter Weise (wieder) auf die vereinbarte Kontingentgröße (und nicht allein auf die Mindestkontingentgröße).

In ihrer Gesamtheit führen diese Maßnahmen dazu, dass Nutzer des Kontingentmodells eigenrealisierte oder von Dritten angebotene hochbreitbandige Bitstromleistungen in Anspruch nehmen können, ohne gleichzeitig spürbare ökonomische Nachteile in Kauf nehmen zu müssen. Investoren werden nicht durch Kosten-Kosten-Scheren an einer Eigenrealisierung gehindert. Darüber hinaus wird die Verringerung der Mindestkontingentgrößen bereits das anfänglich gebundene Nachfragevolumen vermindern. Nicht praktikabel erscheint in diesem Zusammenhang allerdings die Anregung der Beigeladenen zu 10. und 13., noch weitergehend auf einzelne Ortsnetze bezogene Kontingentbuchungen zu ermöglichen. Ferner beseitigt das anschlussbezogene Sonderkündigungsrecht mittels des damit verbundenen Rückzahlungsanspruchs den ansonsten von den günstigen Überlassungspreisen ausgehenden Anreiz, diese auf jeden Fall in Anspruch zu nehmen und damit alle hochbreitbandigen Anschlüsse unter das Kontingentmodell zu ziehen. Dabei ist mit Blick auf das hier insbesondere verfolgte Ziel, die Errichtung neuer FTTH-Anschlüsse und den entsprechenden Wettbewerb zu fördern, die Beschränkung des Sonderkündigungsrechts auf die Inanspruchnahme neuer NGA-Anschlüsse hinnehmbar. Sofern dagegen die Beigeladenen zu 1. und 8. (als potenzielle Anbieter derartiger Anschlüsse) vortragen, ein Sonderkündigungsrecht müsse auch bei

Inanspruchnahme von bis zum 30.06.2012 erstellten NGA-Anschlüssen bestehen, ist daran zu erinnern, dass zumindest die Beigeladene zu 1. in dem von ihr unterschriebenen „Memorandum of Understanding“ das Fehlen eines anschlussbezogenen Sonderkündigungsrechts bereits in Kauf genommen und damit insgesamt für akzeptabel gehalten hatte. Schließlich kann sich der Nachfrager auch aufgrund der Klarstellungen im Rahmen des kontingentbezogenen Sonderkündigungsrechts gegenüber der ursprünglichen Vertragsfassung leichter vom Vertrag lösen.

Die dem vorläufigen Beschluss vom 02.04.2012 zugrunde liegenden Bedenken, dass mit der festgestellten Kosten-Kosten-Schere und der langfristig gebundenen Bitstrom-Nachfrage die Erstellung neuer FTTX-Anschlüsse und damit auch die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem bundesweiten Layer-3-Bitstrommarkt sowie auf dem Resale- und dem Endnutzermarkt für die Überlassung von (breitbandigen) Festnetzanschlüssen mit Internetnutzung in erheblicher Weise beeinträchtigt würden, sind nach Vorlage des modifizierten Vertragsentwurfs der Betroffenen ausgeräumt.

2.3 Keine anderweitigen Bedenken

Die vorläufigen Maßnahmen vom 02.04.2012 sind auch nicht aus anderen Gründen dauerhaft zu machen.

So ist einmal nicht ersichtlich, dass das VDSL-IP-BSA-Kontingentmodell die Wettbewerbsmöglichkeiten von ADSL-Bitstromanbietern im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG erheblich beeinträchtigt. Zwar ist nicht auszuschließen, dass das VDSL-Kontingentmodell gewisse Beeinträchtigungen beim Angebot von ADSL-Bitstromleistungen verursachen kann. Eine solche Beeinträchtigung wäre aber nicht erheblich. Denn über die – möglicherweise vorliegende – individuelle Beeinträchtigung einzelner Marktteilnehmer hinaus sind jedenfalls nicht die allgemeinen Wettbewerbsmöglichkeiten beeinträchtigt. Die Beschlusskammer stützt diese Einschätzung namentlich auf den Umstand, dass zwar verschiedene Beigeladene – etwa diejenigen zu 4. und 10. – im Eilverfahren anfänglich diesbezügliche Vorbehalte geäußert hatten, diese Vorbehalte aber sowohl im weiteren Verlauf des Eilverfahrens als insbesondere auch im vorliegenden Hauptsacheverfahren nicht mehr wiederholt und damit implizit haben fallen lassen.

Darüber hinaus liegt auch kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG vor. Etwaige diesbezügliche Bedenken sind spätestens mit der Absenkung der Mindestkontingentgröße sowie mit den Klarstellungen zur freien Nutzung des Kontingents innerhalb sämtlicher vereinbarter Ortsnetze und zur regionalen Differenzierung beim kontingentbezogenen Sonderkündigungsrecht ausgeräumt worden. Nach den vorgenommenen Änderungen wird es nach derzeitiger Einschätzung der Beschlusskammer jedem effizienten Unternehmen möglich sein, im Ergebnis den gleichen effektiven Preis pro Leitung (bzw. entsprechendem Wertschöpfungsanteil) zu bezahlen, den auch sonstige kleinere oder größere bzw. regional oder bundesweit agierende Unternehmen leisten müssen bzw. den die Betroffene ihrem Retailarm in Rechnung stellt.

2.4 Ergebnis

Das modifizierte Kontingentmodell entspricht den Maßstäben des § 28 TKG. Eine Dauerhaftmachung der vorläufigen Maßnahmen vom 02.04.2012 ist damit nicht mehr angezeigt; das vorliegende Verfahren ist einzustellen. Auf den Überprüfungsvorbehalt nach Ziffer II.4 der Gründe wird hingewiesen.

3. Widerruf des vorläufigen Beschlusses

Der Beschluss BK 3b-12/001 vom 02.04.2012 wird widerrufen.

Der Widerruf beruht auf § 49 Abs. 1 i.V.m. § 50 VwVfG. Die Normen sind hier anwendbar. Sie werden insbesondere nicht von der Vorschrift des § 13 Abs. 1 S. 1 TKG verdrängt. Denn vorliegend handelt sich nicht um einen – auf die speziellere Norm des § 13 Abs. 1 S. 1 TKG zu stützenden – Widerruf einer Regulierungsmaßnahme aufgrund einer geänderten Marktfestlegung,

vgl. zur letztgenannten Fallgruppe BVerwG, Az.: 6 C 28.05, CR 2007, 431.

Mit den nunmehr von der Betroffenen vorgenommenen Änderungen genügt das Kontingentmodell den Maßstäben des § 28 TKG. Eine Missbräuchlichkeit kann nicht mehr festgestellt werden. Es ist auch kein berechtigtes Interesse Dritter an einer Aufrechterhaltung der vorläufigen Maßnahmen ersichtlich. Darüber hinaus ist der vorläufige Beschluss im Sinne von § 50 VwVfG von der Betroffenen angefochten worden, zudem hat sich die Beschlusskammer den Widerruf in Ziffer 2. des Beschlusstextes ausdrücklich für den Fall vorbehalten, dass – wie hier – kein Beschluss ergeht, die vorläufigen Maßnahmen dauerhaft zu machen. Der Widerruf erfolgt derart in rechtmäßiger Weise.

Ob die Beschlusskammer, wie etwa von der Beigeladenen zu 6. angedeutet, die Aufhebung des vorläufigen Beschlusses (alternativ) auch auf den Rechtsgedanken von § 80 Abs. 7 VwGO und § 927 ZPO hätte stützen können, muss hier nicht entschieden werden.

4. Überprüfungsvorbehalt

Angesichts der langen Laufzeit des Kontingentmodells behält sich die Beschlusskammer ausdrücklich vor, im weiteren Zeitablauf zu überprüfen, ob das Kontingentmodell weiterhin den Maßstäben des § 28 TKG genügt. So könnte sich die Beschlusskammer etwa – wie von den Beigeladenen zu 3. und 10. angeregt – zu gegebener Zeit nochmals anhand der dann stattgefundenen Marktentwicklung vergewissern, dass insbesondere kleinere Nachfrager nicht gegenüber größeren Nachfragern benachteiligt werden.

Der Leistungsumfang und die Leistungsbedingungen der in das Kontingentmodell einbezogenen Anschlüsse sind nicht Teil des vorliegenden Missbrauchsverfahrens nach § 28 TKG gewesen. Die Beschlusskammer sieht derzeit allerdings auch keinen Anlass, ein entsprechendes Verfahren einzuleiten. Forderungen, die im Rahmen des Eilverfahrens hinsichtlich der Leistungsbedingungen der im Standardmodell überlassenen Bitstromanschlüsse erhoben worden sind, können bei der nächsten Überprüfung des Standardangebots berücksichtigt werden. Sofern sich weitere Forderungen – etwa der Beigeladenen zu 3. und 5. – auf die Einführung ethernet-basierter Bitstromanschlüsse richten, ist darauf hinzuweisen, dass es den Beigeladenen grundsätzlich freisteht, nach Scheitern entsprechender Verhandlungen gemäß § 25 TKG einen Antrag auf Anordnung eines solchen Zugangs bei der Beschlusskammer einzureichen. Bezüglich der von der Beigeladenen zu 8. aufgeworfenen Frage nach der Einbeziehung von FTTH-Anschlüssen in das Kontingentmodell und den dafür zu entrichtenden Entgelten verweist die Beschlusskammer auf die Regelungen in Ziffer 3.3 der Zusatzvereinbarung.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

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

Bonn, den . .2012

Vorsitzender
Wilmsmann

Beisitzer
Scharnagl

Beisitzer
Dr. Geers
2 Anlagen



Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

von Amts wegen

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

Betroffene,

wegen der nachträglichen Regulierung von Entgelten gemäß § 38 TKG betreffend das am 17.01.2012 angezeigte VDSL-IP-Bistrom-Kontingentsmodell,

Beigeladene:

1. NetCologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. Versatel AG, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch den Vorstand,
3. QSC AG, Mathias-Brüggen-Straße 55, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,
4. Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., Frankenwerft 35, 50667 Köln, vertreten durch den Vorstand,
6. Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten durch die Telefónica Germany Management GmbH und die Telefónica Germany Verwaltungs GmbH, diese jeweils vertreten durch die Geschäftsführung,
7. 1 & 1 Internet AG, Elgendorfer Straße 57, 56410 Montabaur, vertreten durch den Vorstand,
8. M-Net Telekommunikations GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
9. Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstraße 88, 60326 Frankfurt, vertreten durch die Geschäftsführung,

10. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Reuterstraße 159, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,
11. BUGLAS Bundesverband Glasfaseranschluss e.V., Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,
12. Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH, Betastraße 6-8, 85774 Unterföhring, vertreten durch die Geschäftsführung,
13. EWE TEL GmbH, Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Betroffenen:

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

diese vertreten durch
Rechtsanwälte Dolde Mayen & Partner
Mildred-Scheel-Straße 1
53175 Bonn

der Beigeladenen zu 6.:

BBORS Kreuznacht Rechtsanwälte
Immermannstraße 40
40210 Düsseldorf –

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

durch

den Vorsitzenden Ernst-Ferdinand Wilmsmann,
den Beisitzer Helmut Scharnagl und
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27.02.2012 beschlossen:

1. Gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 1 TKG entsprechend
 - a. wird vorläufig festgestellt, dass die am 17.01.2012 von der Betroffenen angezeigten Entgelte des VDSL-IP-Bitstrom-Kontingentsmodells nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen,
 - b. werden die beanstandeten Entgelte ab dem Zeitpunkt der Feststellung (02.04.2012) vorläufig für unwirksam erklärt, und
 - c. wird der Betroffenen vorläufig untersagt, die beanstandeten Entgelte zu fordern.
2. Die vorläufigen Maßnahmen nach Ziffer 1. stehen unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass im nachfolgenden Hauptsacheverfahren gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 3 Alt. 1 TKG (bzw. § 12 Abs. 3 S. 3 Alt. 1 TKG n.F.) entsprechend kein Beschluss ergeht, die Maßnahmen dauerhaft zu machen.

I. Sachverhalt

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

Mit der Regulierungsverfügung BK 3b-09/069 vom 17.09.2010 wurde die Betroffene u.a. dazu verpflichtet, auf dem nationalen Markt für Layer-3-Bitstrom auf der Basis der von ihr betriebenen Anschluss-, Konzentrator- und ggf. Kernnetze anderen Unternehmen auf Nachfrage Bitstrom-Zugang dadurch zu gewähren, dass sie im Rahmen eines einheitlichen Produktes dem nachfragenden Unternehmen breitbandige Anschlüsse überlässt und den dazugehörigen Paketstrom auf Layer 3 an geeigneten Übergabepunkten der Kernnetze übergibt. Die Entgelte für die Zugangsleistungen wurden der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterworfen.

Mit Schreiben vom 16.01.2012, am folgenden Tag bei der Bundesnetzagentur eingegangen, hat die Betroffene gemäß § 38 Abs. 1 TKG angezeigt, ergänzend zum bereits nach dem Standardangebot geltenden Preismodell für VDSL-IP-Bitstrom-Anschlüsse in – vom Anzeigedatum aus gerechneten – zwei Monaten per Zusatzvereinbarung zum geltenden Vertrag ein sog. Kontingentmodell einführen zu wollen. Ziel des Modells solle es sein, den Absatz von VDSL-Anschlüssen zu fördern.

Parallel hat die Betroffene das Bundeskartellamt über ein entsprechendes Angebot für Wiederverkäufer unterrichtet. Der Markt für breitbandige Resale-Produkte im Festnetzbereich unterliegt nicht der Regulierung nach den §§ 9ff. TKG.

Das angezeigte Kontingentmodell zeichnet sich im Wesentlichen dadurch aus, dass der Nachfrager nach VDSL-IP-BSA-Stand-Alone-Anschlüssen bei der Betroffenen ein bestimmtes Kontingent schaltbarer Anschlüsse (oberhalb einer Mindestkontingentschwelle von 4% der regionalen oder bundesweiten VDSL25-Abdeckung) bucht und dafür eine Upfront-Zahlung in Höhe von 161,11 € je Kontingentanschluss (in der Variante ohne zusätzlichen Inklusiv-Traffic und ggf. per verzinster Ratenzahlung) leistet. Mit der Buchung erwirbt der Nachfrager die Berechtigung, während einer achtjährigen Laufzeit im Rahmen des vereinbarten Kontingents VDSL-IP-Bitstrom-Anschlüsse zu einem monatlichen Überlassungsentgelt von 12,88 € für die Variante IP-BSA-Classic bzw. 13,60 € für die Variante IP-BSA-Gate (jeweils ohne zusätzlichen Inklusiv-Traffic) anzumieten.

Zusätzlich zu der achtjährigen Kontingentlaufzeit, welche am 01.04.2013 beginnt, ist außerdem eine vorangehende Pilotphase (Vorlaufzeit) geplant. Die Pilotphase beginnt am 01.07.2012. Während dieser Zeit kann der Nachfrager bereits VDSL-IP-BSA-Stand-Alone-Anschlüsse nach den Regelungen des Kontingentmodells bestellen. An die Kontingentlaufzeit schließt sich eine dreijährige Nachlaufzeit an, in der die im Kontingentmodell bezogenen Anschlüsse weiter zu den Modellkonditionen überlassen werden. Neue Anschlüsse können während der Nachlaufzeit allerdings nicht mehr bestellt werden.

In der Zusatzvereinbarung ist ferner vorgesehen, dass die Vertragspartner alle zwei Jahre über die Konditionen, den Inhalt der Zusatzvereinbarung sowie die Kontingentgröße in Verhandlungen treten. Die Verhandlungen beginnen spätestens ein halbes Jahr vor dem 01.04.2015, 01.04.2017 bzw. 01.04.2019. Kommt es dabei zu keiner Einigung, steht dem Kunden jeweils mit Wirkung zu diesen Terminen ein Sonderkündigungsrecht zu, welches jedoch spätestens bis zum vorausgehenden 30.11. auszuüben ist. Macht der Kunde von seinem Sonderkündigungsrecht Gebrauch, so wird die geleistete Upfront-Zahlung in Abhängigkeit von der tatsächlichen Vertragsdauer anteilig und unverzinst zurückerstattet. Das Einmalentgelt verfällt allerdings, soweit während der Vertragsdauer Kontingentanschlüsse nicht in Anspruch genommen worden sind.

Mit Vermerk vom 31.01.2012 hat die Beschlusskammer von Amts wegen das vorliegende Eilverfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle nach § 13 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG entsprechend eingeleitet und die Betroffene mit Schreiben vom gleichen Tag darüber unterrichtet.

Im Einleitungsvermerk wird u.a. ausgeführt, der Beschlusskammer seien gemäß § 38 Abs. 2 S. 1 TKG Tatsachen bekannt geworden, die die Annahme rechtfertigten, dass das angezeigte Entgeltmodell nicht den Maßstäben des § 28 TKG genüge, weil es die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise und ohne sachliche Rechtfertigung im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG i.V.m. Nr. 35 und Anhang I Nr. 6 Abs. 4 Satz 5, Nr. 7 und Nr. 8 der Empfehlung 2010/572/EU (NGA-Empfehlung) beeinträchtige, indem es möglicherweise mittels niedriger Entgelte eine Kosten-Kosten-Schere zu Lasten von aktuellen und potenziellen KVz-TAL-Abnehmern und/oder mittels langer Laufzeiten und Mengenrabatten eine Abschottung des Layer-3-Bitstrommarktes zu Lasten von aktuellen und potenziellen FTTC/B/H-Netzbetreibern und Kabelnetzbetreibern und einen Abkauf infrastrukturbasierter Wettbewerbs zu unmittelbaren Lasten der Endkunden bewirke. Die Beschlusskammer sei aufgrund von § 38 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 TKG gebunden, unverzüglich eine innerhalb von zwei Monaten abzuschließende Überprüfung der Entgelte einzuleiten. Allerdings sei es tatsächlich unmöglich, die Zwei-Monats-Frist angesichts der nach § 13 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 12 Abs. 1, 2 Nr. 1 und 2 TKG entsprechend erforderlichen Durchführung von Konsultations- und Konsolidierungsverfahren im ordentlichen Verfahren einzuhalten. Es werde deshalb von Amts wegen ein Eilverfahren gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG entsprechend eingeleitet. Mangels Offenkundigkeit des Missbrauchs im Sinne von § 38 Abs. 1 S. 2 TKG werde die Einführung der angezeigten Entgelte nicht bis zum Abschluss der Prüfung untersagt.

Mit E-Mail vom 23.02.2012 hat die Betroffene klargestellt, dass die Anschlüsse im Kontingent zwischen den einzelnen vom Gesamtkontingent umfassten Regionen übertragbar seien.

Die Betroffene vertritt die Ansicht, das Kontingentmodell sei mit den Vorschriften des TKG, insbesondere mit den Vorgaben des § 28 TKG, vereinbar.

Die im Kontingentmodell enthaltenen Preise würden nicht zu einer Kostenunterdeckung führen, weil das Dumpingverbot des § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG die maßgebliche Preisuntergrenze bilde. Darüber hinaus werde das Kontingentmodell zu verstärkten Vertriebsaktivitäten der Nachfrager führen und damit einen Auslastungseffekt haben, der kostensenkend wirke.

Eine Preis-Kosten-Schere liege nicht vor, weil auch das ab dem 01.03.2012 neu eingeführte Anschluss-Bereitstellungsentgelt in Höhe von 59,95 € zu berücksichtigen sei. Darüber hinaus seien die aktuellen Marketingaktionen der Betroffenen – aktionsweise Aussetzung des Bereitstellungsentgelts für einen DSL-Anschluss sowie Gewährung eines Online-Vorteils in Form eines 10-prozentigen Rabatts auf den Grundpreis über 12 Monate – auch für die Wettbewerber nachbildbar. Eine Preis-Kosten-Schere sei auch deshalb nicht zu erwarten, weil die im Kontingentmodell vorgesehenen Preisreduzierungen die Vorleistungskosten im Vergleich zu den im IP-BSA-Standardangebot berücksichtigten Preisen senken würden.

Auch eine Kosten-Kosten-Schere scheide aus. Grundsätzlich könne für deren Berechnung auf die Prüfung durch die Beschlusskammer aus dem Verfahren BK 3a-11/009 zurückgegriffen werden. Abweichend davon sei jedoch im vorliegenden Verfahren eine andere Auslastung zu unterstellen. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass ein effizienter Wettbewerber, der den Zugang zum Multifunktionsgehäuse (MFG) erschließe, nicht parallel weiterhin HV-TALs nutzen werde, sondern auch für Kunden mit ADSL-Anschlüssen auf KVz-TAL zurückgreifen werde. Pro MFG müsse von einer durchschnittlichen höheren Nutzung ausgegangen werden, als seitens der Beschlusskammer zuletzt angesetzt worden sei. Darüber hinaus würden Kündigungsentgelte für die Produkte Zugang zum MFG, zur Kabelkanalanlage (KKA) und zu Dark Fibre (DF) entsprechend der zugrunde gelegten Nutzungsdauer abgezinst. Schließlich hätten sich Änderungen sowohl auf Erlös- als auch auf Kostenseite durch eine Aktualisierung der Daten zu durchschnittlichen Kundenverweildauern ergeben.

Für die Erlösseite sei von einer Mischung der beiden Preismodelle auszugehen, wobei – aufgrund der hohen vereinbarten Mengen im Kontingentmodell – eine Buchung von 80% der IP-BSA-Anschlüsse im Kontingentmodell zu erwarten sei.

Selbst bei Zugrundelegung der Kosten für eine HVt-TAL – was bereits im Hinblick auf den in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG vorgesehenen Maßstab des effizienten Wettbewerbers bedenklich sei – ergebe sich keine Kosten-Kosten-Schere. Die Kosten für die Kollokation im Multifunktionsgehäuse und für die Anbindung des MFG über KKA oder unbeschaltete Glasfaser fielen dann nämlich nicht in entsprechender Höhe an, wie bei der KVz-TAL. Außerdem müsse der Berechnung – da in der mündlichen Verhandlung deutlich geworden sei, dass eine Vollauslastung über acht Jahre von allen Beteiligten als anspruchsvoll angesehen worden sei – als Summe von monatlichem Entgelt und umgelegten einmaligen Entgelt statt eines Betrages von 17,68 € ein deutlich höherer Betrag zugrunde gelegt werden.

Zudem resultiere aus dem Kontingentmodell keine Wettbewerbsbeeinträchtigung. Für die Nachfrager des Kontingentmodells folge dies bereits daraus, dass das Kontingentmodell – anders als bei der Entgeltentscheidung BK 3c-08/004 vom 13.05.2008 – lediglich eine zum IP-BSA 2010-Vertrag hinzubuchbare Option darstelle. Durch das attraktive Pricing werde die Nachfrage nach hohen Bandbreiten angeregt, was dazu beitrage, die Wettbewerbsmöglichkeiten und Vertriebschancen der Nachfrager des Kontingentmodells zu verbessern. Auch führe das Kontingentmodell wegen der Kündigungsmöglichkeiten sowie des Vorlaufs von Infrastrukturinvestitionen nicht zu einer Beschränkung ihrer Möglichkeiten für eigenen Infrastrukturausbau. So sehe das Kontingentmodell keine zwingende Bindungsdauer von acht Jahren vor, da nach Ziffer 4.3.2 alle zwei Jahre Vertragsverhandlungen mit eventuellem Sonderkündigungsrecht vorgesehen seien und es danach der Kunde in der Hand habe, die Bindungsdauer auf zwei Jahre zu begrenzen. Zudem sei die Größe des Mindestkontingents so gestaltet, dass es Rücksicht auf durch die Vermarktung ausgelöste dynamische Effekte nehme.

Auch für Anbieter von IP-BSA-VDSL-Vorleistungsprodukten ergäbe sich keine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten. Zum einen gebe es derzeit keine Konkurrenzangebote am Markt. Zum anderen werde auch künftiger Infrastrukturausbau wegen der zweijährigen Mindestvertragslaufzeit und den üblichen Vorlaufzeiten nicht behindert. Zudem werde die Einmalzahlung im Kündigungsfalle anteilig zurückgezahlt. Schließlich werde durch das Kontingentmodell die – bisher nicht vorhandene – Nachfrage nach höheren Bandbreiten angeregt, wodurch der Markt bereitet werde und Potential für Infrastrukturinvestitionen alternative Anbieter entstehe. Soweit einzelne Beigeladene die Auffassung verträten, eine Belebung des Marktes für besonders breitbandige Anschlüsse wäre über den Preis nicht möglich, sei dies unplausibel. Im Übrigen sei das Ziehen der Ausstiegsoption im Falle eines nur minimal günstigeren alternativen Anbieters oder eines kommerziellen Misserfolgs ein sehr realistisches Szenario.

Darüber hinaus sei das Kontingentmodell das Ergebnis von Verhandlungen, in denen auch von Seiten der Vorleistungsnachfrager anerkannt worden sei, dass zur Platzierung von VDSL-Anschlüssen eine entsprechende (nicht-explicite, anreizgestützte) vertriebliche Verpflichtung der Nachfrager erforderlich sei. Das Kontingentmodell sei so ausgestaltet, dass es eine Vertriebsoffensive von Nachfragern, die bisher im VDSL-Markt nicht oder nur marginal vertreten seien, begünstigen und herbeiführen solle. Dass die Nachfrager im Rahmen des Kontingentmodells stärker gebunden würden als bei dem bisherigen VDSL-Wholesale-Produkt sei Voraussetzung für die Gestaltung eines Preismodells, das erheblichen inhärenten Anreiz für Vermarktungs- und Vertriebsaktivitäten von Nachfragern liefere. Diese Bindung werde außerdem durch die im Kontingentmodell vorgesehene Flexibilität relativiert. Einem Nachfrager stehe daneben weiterhin der Markteintritt über das bisherige VDSL-Wholesale-Produkt, also ohne Verpflichtung, offen.

Jedenfalls aber wäre eine etwaige Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten des Nachfragers nach Ziff. 108 S. 1 der Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission (2010/C 130/01) vom 19.05.2010 wegen der vom Kontingentmodell ausgehenden Belebung des Vorleistungsmarktes für VDSL-Anschlüsse sachlich gerechtfertigt. Hier-

durch werde den Telekommunikationsnetzbetreibern die Möglichkeit verschafft, Anschlusskunden von VDSL-Anschlüssen anzusprechen, die ohne diese Möglichkeit derzeit überwiegend von Kabelnetzbetreibern gebunden würden. Dies sei gerade im Vorgriff auf den möglichen FTTX- und FTTH-Ausbau der Netze bedeutsam. Ergänzend beruft sich die Betroffene auf Rz. 61 der Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen. Da VDSL-Anschlüsse bisher weder auf dem Endkundenmarkt noch auf dem Wholesale-Markt eine erhebliche Bedeutung erlangt hätten, sei von einer nachgeholten Markteinführungsphase auszugehen.

Für zukünftige VDSL-Wholesale-Anbieter werde durch eine verstärkte Vermarktung von VDSL-Anschlüssen – aufgrund der mit dem Kontingentmodell verbundenen Anreize für VDSL-Nachfrager – erst die Voraussetzung dafür geschaffen, dass sich ein wettbewerblicher VDSL-Wholesale-Markt entwickle und alternative VDSL-Wholesale-Anbieter entstehen könnten. Ein Wettbewerbseintritt von alternativen Anbietern von VDSL-Wholesale-Anschlüssen und der damit eng verbundene Aufbau eigener VDSL-Infrastruktur sei nämlich erst dann zu erwarten, wenn die Nachfrage nach solchen Anschlüssen eine bestimmte kritische Menge erreicht habe.

Auch liege eine weitere Verbreitung bandbreitenstärkerer Anschlüsse und der damit einhergehenden Inanspruchnahmefähigkeit hochwertigerer Dienste nachhaltig im Verbraucherinteresse und entspreche den politischen Vorgaben im Rahmen der Breitbandstrategie der Bundesregierung.

Anders als im Beschluss der Beschlusskammer vom 13.05.2008 (BK 3c-08/004) komme es hier insofern nicht auf das sog. „Hold-up-Problem“ an, das in Rz. 107 d) der Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen (210/C 130/01) erörtert werde, als vorliegend der speziellere Gesichtspunkt der Markteinführung maßgeblich sei.

Schließlich verstießen die im Rahmen des Kontingentmodells vorgesehenen Preisvergünstigungen weder gegen § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG noch gegen § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG. Ersteres ergebe sich bereits aus den übrigen Ausführungen. Ob von den Preisvergünstigungen eine Sogwirkung zu Gunsten des Kontingentmodells ausgehe – wogegen spreche, dass die Nachfrager die Vergünstigungen für die Belegung der Vermarktung von VDSL-Anschlüssen für erforderlich erachten würden – könne daher dahinstehen. Auch sei das Preismodell keineswegs auf bestimmte Abnehmer maßgeschneidert. Zudem bestehe – entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 3. und anders als im Net Rental-Beschluss vom 26.04.2006 (BK 3-06/003) – insofern keine regionale Preis-Spreizung, als im Rahmen des Kontingentmodells die Möglichkeit gegeben sei, die Kontingente auf bestimmte Regionen zu beschränken.

Die Beigeladenen zu 1. und zu 8. begrüßen grundsätzlich Kooperationsmodelle – wozu auch Kontingentvermarktungsvereinbarungen gehören würden – für den NGA-Ausbau, da diese wesentlicher Bestandteil eines erfolgreichen und flächendeckenden Breitbandausbaus seien. Kontingentmodelle würden der Verteilung wirtschaftlicher Risiken zwischen den zwei Partnern dienen, die Planbarkeit eines NGA-Ausbaus fördern und Anreize geben, eine möglichst hohe Endkundenakzeptanz für neue Breitbandprodukte zu erreichen. Daher bedürften Kooperationsmodelle – wie auch das VDSL-IP-Bitstrom Kontingentmodell – einer Erprobungsphase, weshalb sich die Beigeladenen zu 1. und zu 8. zumindest gegen dessen derzeitige Untersagung aussprechen. Vielmehr könne die Bundesnetzagentur bei späterem „Bekanntwerden von Tatsachen“ – hier dem Misslingen der Förderung eines Breitband-Wholesale-Marktes durch das Kontingentmodell – erneut ein ex-post-Entgeltregulierungsverfahren nach § 38 Abs. 2 TKG einleiten. Die Größe des Kontingents sei bezüglich der für sie adressierbaren Regionen und Ortsnetze richtig gesetzt.

Nicht zur Förderung eines mittel- und langfristigen Wettbewerbs geeignet sei hingegen eine generelle Preissenkung für BSA-Regelprodukte hinunter bis auf das Kosten-Kosten-Schere-Niveau. Die kurzfristig zu erwartenden Effekte – insbesondere Preissenkungen für die Verbraucher – würden zu Lasten eines mittel- und langfristig nachhaltigen Wettbewerbs und damit gegen § 30 Abs. 3 TKG i.d.F. des Gesetzesbeschlusses zum TKG 2012 gehen. Dies

könne nur gelingen, wenn der Ausbau von NGA-Netzen deutlich voranschreiten könne und der Wettbewerb nicht nur als Dienstewettbewerb auf dem Netz der Betroffenen statfinde. Mit einer allgemeinen Preisabsenkungspolitik werde das mit dem TKG 2012 in § 2 Abs. 2 Nr. 4 einzuführende Regulierungsziel der „Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation“ gefährdet. Auch Unternehmen, die in FTTC/B/H-Ausbau investieren, würden von dieser Preispolitik massiv tangiert werden.

Die Beigeladene zu 2. spricht sich für eine Untersagung des Kontingentmodells aus, da das Modell gegen § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG verstoße, indem es alternative Infrastrukturanbieter durch das Vorliegen von Kosten-Kosten-Scheren in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten erheblich beeinträchige und durch die vorgesehene achtjährige Laufzeit für die nachfragenden Unternehmen eine zu lange und zu starke Bindung an die Betroffene bestünde, die sich extrem negativ auf den Wettbewerb auswirken würde. Im Übrigen macht sie sich die Stellungnahme der Beigeladenen zu 10. vollumfänglich zu Eigen.

Die Beigeladene zu 3. erachtet das VDSL-IP-Bitstrom Kontingentmodell als nicht mit den Maßstäben des § 28 TKG vereinbar, weshalb dieses für unwirksam zu erklären sei.

Ein Missbrauch sei – unter dem Gesichtspunkt der Kostenunterdeckung – bereits deshalb zu vermuten, da die im Kontingentmodell enthaltenen Preise unter den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung lägen und es sich somit um unzulässige Abschläge handele. Dies zeige sich an einem einfachen Vergleich der regulären IP-BSA-VDSL-Entgelte mit denen nach dem Kontingentmodell.

Weiterhin liege – da die von der Beschlusskammer erst letztes Jahr errechneten Kosten eines MFG-Nachfragers zugrunde zu legen seien – eine Kosten-Kosten-Schere vor. Bei ihrer Prüfung verkenne die Betroffene u.a., dass MFG-Nachfrager nicht zwingend keine HVT-TALS mehr benötigten, da einerseits der Netzausbau nicht bundesweit derart weit entwickelt und andererseits ein Umschwenken auf KVz-TAL als einzige Zugangsmethode zu kostenintensiv sei.

Darüber hinaus verstoße das VDSL-Kontingentmodell gegen das Diskriminierungsverbot. Einerseits bevorzuge es größere Nachfrager gegenüber kleineren Nachfragern. Für letztere sei das Vermarktungsrisiko wegen der hohen Upfront-Zahlung in Kombination mit den Mindestkontingentgrößen zu hoch und es ihnen daher finanziell nicht möglich, das VDSL-Kontingentmodell effizient in Anspruch zu nehmen. Damit biete die Betroffene die vergünstigten Konditionen letztlich nur einigen wenigen Großabnehmern an und schließe kleinere Wettbewerbsunternehmen vom Markt aus. Andererseits bestehe die Gefahr, dass für Kontingentmodell-Nachfrager reservierte Ports (Ziffer 2.1.1 der Zusatzvereinbarung) nicht den regulären Nachfragern zur Verfügung stünden, letztere also aus dem VDSL-Endkundenmarkt gedrängt würden.

Außerdem käme es infolge der Einführung des Kontingentmodells zu einer regionalen Preispregung. Nachfrageunternehmen, die bisher nur regional tätig seien, würden aufgrund des dann überschaubaren Risikos dazu neigen, nur dort das Kontingentmodell zu buchen und dann auch die günstigeren Vorleistungsentgelte an ihre Endkunden weiterreichen, wo sie bisher – also insbesondere in städtischen Regionen – erfolgreich gewesen seien. Vor allem in den ländlichen Regionen verbleibe es hingegen bei den höheren Preisen. Darüber hinaus stelle dies auch eine Diskriminierung der bundesweit tätigen Anbieter gegenüber den nur regional tätigen Nachfrageunternehmen dar, da letztere die Buchung des Kontingentmodells nur auf die Region beschränken würden, in der sie bereits tätig seien. Deren finanzielles Risiko sei damit überschaubar.

Überdies sehe das Kontingentmodell wegen der Laufzeit von 8 Jahren und den nur sehr eingeschränkten Kündigungsmöglichkeiten eine unzulässige Bindungswirkung vor, die insbesondere in der Kombination mit den niedrigen Entgelten den Missbrauch im Sinne des § 28 TKG begründe. Große Nachfrager würden veranlasst, nur diese Vorleistungen der Betroffenen in Anspruch zu nehmen. Sie würden durch die überlange Bindungswirkung als potentiell

le Kunden anderen möglichen VDSL-Vorleistungsanbietern oder den Anbietern vergleichbarer Produkte auf lange Zeit entzogen.

Zudem werde im Rahmen des Kontingentmodells auch ein höherer Inklusiv-Traffic angeboten als im regulären Modell.

Schließlich scheidet auch eine sachliche Rechtfertigung aus. Ein Rückzug auf Rz. 61 der Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen (2010/C 130/01) scheitert einerseits an der Voraussetzung der Markteinführungsphase: VDSL sei bereits seit mehreren Jahren am Markt vertreten und lediglich wegen des hohen Preisniveaus nicht stärker nachgefragt worden. Andererseits sei eine Amortisierung der Investitionen der Betroffenen durch deren Berücksichtigung in verschiedenen Entgeltgenehmigungsverfahren gewährleistet. Außerdem gebe es – entgegen der Auffassung der Betroffenen – durchaus Anbieter vergleichbarer Produkte mit hohen Bandbreiten. Diese würden mit Einführung des Kontingentmodells vom Markt verdrängt. Eine weitere Ausbildung des Marktes werde so verhindert.

Die Beigeladene zu 4. befürwortet grundsätzlich die mit Einführung des Kontingentmodells einhergehende Möglichkeit, in Abhängigkeit von der abgenommenen Menge von Vorleistungsprodukten eine Reduktion der Stückkosten zu realisieren, und spricht sich im Ergebnis gegen dessen Untersagung aus. Mit dem Kontingentmodell werde künftig auch Wettbewerbern die Möglichkeit zu VDSL-Angeboten ≥ 25 Mbit/s eingeräumt, die gegenüber Kabelnetzbetreibern wettbewerbsfähig sein könnten.

Dennoch habe sie Sorge, dass das Kontingentmodell zunächst zu einem missbräuchlichen Verdrängungswettbewerb auf dem ADSL-Markt führe, da sie bezweifle, dass tatsächlich derzeit eine große Nachfrage in Höhe des bundesweiten Mindestkontingents von 420.000 Anschlüssen nach hochbandbreitigen Produkten ≥ 25 Mbit/s vorliege, die über den Leistungsumfang von ADSL hinausginge.

Bei den von der Betroffenen im Rahmen des Kontingentmodells angebotenen Leistungen VDSL 16 Mbit/s, 25 Mbit/s sowie 50 Mbit/s komme es zu Konkurrenzsituationen einerseits mit Angeboten von Wettbewerbern, die ADSL sowie VDSL auf der Basis der HVT-TAL produzierten (insofern fehle ein Kosten-Kosten-Schere-Test in den Unterlagen der Betroffenen), und andererseits mit DSL-Anbietern, die bereits auf der Basis der KVZ-TAL DSL produzierten oder aber eine solche Produktion planten.

Den von der Betroffenen vorgenommenen Kosten-Kosten-Schere-Test bei einer KVZ-TAL-Produktion kritisiert die Beigeladene zu 4. in verschiedenen Punkten. Zunächst trafen die Ausführungen zu Abänderungen der Kostenpositionen aus dem Verfahren BK 3a-11/009 hinsichtlich der kostensenkenden Produktion von ADSL über die KVZ-TAL lediglich für Neukunden zu. Für Bestandskunden würden die Migrationskosten eine KVZ-TAL-Produktion unwirtschaftlich machen. Weiterhin sei in den sogenannten HVT-Nahbereichen eine Produktion von VDSL lediglich vom HVT aus zugelassen. Um mit der Betroffenen flächendeckend konkurrieren zu können, müssten Wettbewerber auch weiterhin HVT erschließen, was die Produktionsstückkosten zusätzlich erhöhe. Die Betroffene habe bei der Kosten-Kosten-Schere-Kalkulation zudem lediglich KVZ-TAL-Entgelte angesetzt, aber nicht die höheren Beträge für die HVT-TAL sowie HVT-Kollokations- und Anbindungskosten. Ferner seien keine über die Netzinfrastrukturen hinausgehenden Kosten der Wettbewerber berücksichtigt worden. Schließlich sei die von der Betroffenen vorgenommene Erlösmischkalkulation insofern nicht richtig, als Wholesale-DSL-Anbieter infolge des sehr günstigen Kontingentangebots nicht mehr damit rechnen könnten, über den Kosten des Kontingentmodells liegende Einnahmen zu generieren.

Weiterhin sei – anders als von der Betroffenen behauptet – die bislang geringe VDSL-Marktpenetration kein Nachweis dafür, dass Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen nicht erheblich eingeschränkt werden könnten. Zum einen erkenne die Betroffene, dass auch ein Konkurrenzszenario mit ADSL und VDSL-(Nahbereichs)-Produkten alternativer Wettbewerber auf der Basis der HVT-TAL-Produktion bestehe und es insofern alternative VDSL-Wholesale-Angebote gebe. Zum anderen könnten Marktpenetrationsstrategien mit nicht kostendeckenden Preisen zwar eine preisinduzierte Nachfrage auslösen. Gleichzeitig

finde aber eine Behinderung von Wettbewerbern statt, die auf der Basis von anderen Vorleistungsprodukten produzierten oder eine solche Produktion planten. Vor dem Hintergrund der derzeit nur geringen realen Nachfrage nach VDSL 25/50 Anschlüssen bestehe offenkundig die Gefahr, dass mit einer Marktpenetrationsstrategie Wettbewerber, die auf der Basis der HVt-TAL DSL produzieren, aus dem Markt gedrängt werden.

All dem könne aber mit einer günstigeren Entgeltgestaltung der TAL-Vorleistungsprodukte vorgebeugt werden.

Eine sachliche Rechtfertigung scheidet aus, da eine nachgeholtte Markteinführungsphase keinesfalls eine Verdrängung von Wettbewerbern, die auf der Basis der HVt-TAL DSL produzierten, oder von bereits existierenden bzw. potentiellen Wholesale-DSL-Anbietern, die auch aufgrund von technischen Weiterentwicklungen (bspw. Vectoring) auf KVz-TAL-Basis attraktiv produzieren könnten, erlaube.

Schließlich weist die Beigeladene zu 4. vorsorglich auf weitere Punkte des Kontingentmodells hin, welche aufgrund ihres Missbrauchspotentials gegenüber Nachfragern konkurrierender Vorleistungsprodukte (TAL, ADSL-BSA und VDSL-BSA ohne Kontingentabnahme) kritisch zu sehen seien. Zunächst bestehe die Gefahr der bevorzugten Reservierung von TAL-Leitungen, Konzentrationsnetzkapazitäten sowie VDSL-Ports für VDSL-Kontingente. Darüber hinaus würden VDSL-Kontingentabnehmern gemäß Ziffer 2.1.1 der Zusatzvereinbarung die Nachrüstung von VDSL Portkarten sowie gemäß den Ziffern 2.1.1 und 3.1 Informationsvorteile eingeräumt, die Abnehmern nach dem IP-BSA-Standardangebot nicht zustünden.

Nach Auffassung der Beigeladenen zu 6. dient das VDSL-Kontingentmodell einer im Grundsatz begrüßenswerten Flexibilisierung der VDSL-Preise, welche insbesondere im Hinblick auf den von den Kabelnetzbetreibern ausgeübten Druck auf die Endkundenpreise angezeigt sei. Auch erachte sie die mit dem Kontingentmodell beabsichtigte Stimulierung der Endkundennachfrage nach hochleistungsfähigen Breitbandanschlüssen im Grundsatz zur Förderung aktueller und künftiger Investitionsentscheidungen in Glasfaserausbau geeignet.

Allerdings stelle sie die Vollständigkeit der Entgeltanzeige der Betroffenen in Frage, da die Zusatzvereinbarung einerseits keine Regelung hinsichtlich der Übertragbarkeit regionaler Kontingente beinhalte und andererseits nicht eindeutig sei, welche Konditionen bei der Erweiterung eines Mindestkontingents gelten würden.

Zudem bestünden Anhaltspunkte für eine vorrangig zu überprüfende Unvereinbarkeit verschiedener Leistungselemente mit § 42 Abs. 1 TKG. Dies beträfe zum einen die in Ziffer 2.1.1 Abs. 2 der Zusatzvereinbarung gebotene bundesweite Verfügbarkeit von VDSL-Anschlüssen in 97 % aller MFG, die das Standardangebot IP-BSA 2010 für VDSL-Anschlüsse nicht vorsehe. Zum anderen sehe das Standardangebot keine Ziffer 2.1.1. Abs. 3 der Zusatzvereinbarung entsprechenden Anspruch auf Erweiterung von MFG vor, wobei darüber hinaus unklar sei, ob sich dieser auch auf diejenigen 837 MFG beziehe, die gemäß Ziffer 2.1.1 von der bundesweiten Verfügbarkeit von 97 % der MGF ausgenommen worden seien. Schließlich sei die Bestimmung in Ziffer 4.3.3 der Zusatzvereinbarung zur Vereinbarung zusätzlicher Kontingente in zweierlei Hinsicht potentiell missbräuchlich. Zum einen, da externe Nachfrager die Kontingentgröße nur im Zweijahres-Rhythmus erweitern könnten und somit bei Kontingentüberschreitung infolge erfolgreicher VDSL-Vermarktung ihre auf dem Kontingentpreis basierenden Geschäftsmodelle gefährden würden. Zum anderen ergebe sich dies in Verbindung mit der Mindestkontingentgröße, da die Betroffene – anders als externe Nachfrager – mit einem VDSL-Bestand oberhalb des bundesweiten Mindestkontingents starte und deshalb von Anfang an in der Lage sei, individuelle Kontingente festzulegen. Dies könnte einen kommerziell relevanten Planungsvorteil bedeuten.

Das VDSL-Kontingentmodell führe zu keiner Kosten-Kosten-Schere. Einerseits dürften für effiziente Unternehmen Kosteneinsparungen auf der eigenen IP-Plattform möglich sein. Andererseits könne der Anbieter von VDSL-Bitstrom durch das VDSL-Kontingentmodell wegen eines höheren monatlichen Umrechnungswertes der Upfront-Zahlung infolge einer langsameren Auffüllung des Mindestkontingents höhere Erlöse erzielen, als von der Betroffenen

angenommen. Bei verbleibenden Unsicherheiten sei die Konsistenz der TAL-Zugangsprodukte mit hochbitratigen VDSL-Bitstrom-Angeboten durch Absenkung der HVf- bzw. der KVz-Entgelte herzustellen.

Auch unterlägen die vom Mindestkontingent umfassten Anschlüsse weder einer Mindestvertragslaufzeit noch begründe die Zusatzvereinbarung eine Verpflichtung, eine bestimmte Mindestmenge an Anschlüssen abzunehmen. Das Mindestkontingent sei allein als Berechtigung des Kunden ausgestaltet, die hiervon erfassten Anschlüsse innerhalb der acht Jahre zu einem rabattierten Überlassungsentgelt zu beziehen. Zudem unterlägen die Konditionen der Anpassungsmöglichkeit und dem Sonderkündigungsrecht gem. Ziffer 4.3.2 der Zusatzvereinbarung, dessen Ausübung im kommerziellen Ermessen des Nachfragers liege. Wirtschaftlich betrachtet bestehe daher für die Zusatzvereinbarung jeweils eine Vertragslaufzeit von zwei Jahren, ohne dass damit eine Mindestlaufzeit pro geschaltetem Anschluss verbunden wäre. Sowohl für die Bereitstellung als auch für die Kündigung eines einzelnen Anschlusses blieben nämlich die Bestimmungen des Standardangebots anwendbar, nach welchen jeder VDSL-Anschluss mit einer Frist von sechs Tagen gekündigt werden könne. Daher würden die Erwägungen, die im Verfahren BK 3c-08/004 zu einer Untersagung der IP-BSA-Entgelte geführt hätten, vorliegend nicht greifen. Die in Anhang I Nr. 7 der NGA-Empfehlung der EU-Kommission vom 20.09.2010 (2010/572/EU) aufgestellten Kriterien für die Bewertung langfristiger Zugangspreise – die ohnehin allesamt erfüllt seien – seien daher – mangels vertraglicher Laufzeitbindungen des Kunden – nicht anwendbar.

Der im VDSL-Kontingentmodell vorgesehene Rabatt entspräche den Kriterien der Kartellrechtspraxis sowie den in Anhang I Nr. 8 der NGA-Empfehlung aufgestellten Bedingungen für einen zulässigen Mengenrabatt, welche – wegen der Übereinstimmung der dortigen Kriterien mit den Grundsätzen des EuGH und der Praxis der EU-Kommission zu Mengenrabatten – entgegen dem Wortlaut auch auf FTTN-Netze Anwendung fänden. Zunächst erfülle das Kontingentmodell als standardisierter Zielrabatt die dort aufgestellte Anforderung, dass der Mengenrabatt für alle zulässigen Betreiber den gleichen Preis pro Zugangsleistung vorsieht. Das VDSL-Kontingentmodell entziehe sich einer klaren Zuordnung zu den in der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kategorien von Mengenrabatten. Eine Zuordnung zu einem herkömmlichen Mengenrabatt scheitere daran, dass der Preisabschlag nicht für eine tatsächlich bereits abgenommene Produktmenge gewährt werde, sondern das reduzierte Überlassungsentgelt erst ab Bereitstellung monatlich zu zahlen sei. Das VDSL-Kontingentmodell sei eher mit einem Zielrabatt vergleichbar, bei dem der Rabatt rückwirkend für die im Referenzzeitraum individuell abgenommene Menge vereinbart wird. Da jedoch beim VDSL-Kontingentmodell die Rabatthöhe nicht von der individuellen Nachfragemenge abhängt, sondern innerhalb der Mindestkontingentmenge unabhängig von der abgenommenen Menge gleich hoch sei, lasse sich das Kontingentmodell als standardisierter Zielrabatt beschreiben. Diesem würde – anders als Treuerabatten, bei denen sich die Rabatthöhe nach der individuellen Abnehmermenge des Kunden richte – keine wettbewerbsverdrängende Wirkung beigemessen. Mangels einer Kosten-Kosten-Schere könnten die Rabatte auch von effizienten Infrastrukturanbietern nachgebildet werden. Zuletzt entspreche die im Kontingentmodell gewährte Rabatthöhe der durch die Verlagerung des Auslastungsrisikos auf die Abnehmer des Kontingentmodells eintretenden Risikominderung bei der Betroffenen, wobei dies aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht daran scheitern dürfe, dass die Betroffene die Investitionen bereits in der Vergangenheit getätigt habe.

Auch entspräche das VDSL-Kontingentmodell den in § 30 Abs. 3 S. 1 und 3 TKG-E enthaltenen Zielvorgaben für die Entgeltregulierung.

Kritisch betrachtet die Beigeladene zu 6, jedoch die im VDSL-Kontingentmodell vorgesehenen Mindestkontingentgrößen – insbesondere für einen bundesweiten Nachfrager –, da nach der gegenwärtigen Marktentwicklung nicht auszuschließen sei, dass sie die Nachfrage eines effizienten VDSL-Bitstromnachfragers überschreiten würden. Daher sei auch die Einmalzahlung von 161,11 € pro Anschluss zu hoch. Dies könne einerseits zur Folge haben, dass das Kontingentmodell den Bedarf des regulatorisch relevanten Anteils eines durchschnittlichen Abnehmers umfasse – diesen also alternativen Anbietern entziehe – und dadurch horizontal

eine wettbewerbswidrige Marktverschließung im Sinne der Anwendungsmitteilung der EU-Kommission zu Art. 82 EG bewirke. Andererseits könne das Kontingentmodell durch die Kontingentgröße im Vertikalverhältnis die von der NGA-Empfehlung in Anhang I, Ziffer 8 Abs. 1 S. 6 angestrebte Marktstruktur mit einer ausreichenden Zahl zulässiger Betreiber gefährden. Der Gefahr der horizontalen Wettbewerbsbeschränkung könne mit einer deutlichen Absenkung der Mindestkontingentgröße – unterhalb die Schwelle des zu erwartenden Bedarfs – sowie der Einmalzahlung pro Anschluss bei gleichbleibendem reduzierten Monatsentgelt begegnet werden.

Zuletzt weist die Beigeladene auf die Gefahr der Ausbildung einer Preis-Kosten-Schere zu lasten des Nachfragers von VDSL-Bitstrom hin. Es sei nämlich zu erwarten, dass die Betroffene von dem ihr durch das Kontingentmodell eröffneten Absenkungspotential der Endkundenpreise Gebrauch machen werde. Auch dem könne durch Verringerung der Mindestkontingentgröße und der Einmalzahlung bei gleichbleibend reduziertem Monatsentgelt vorgebeugt werden.

Die Beigeladene zu 7. begrüßt ausdrücklich, dass das Kontingentmodell nunmehr allen Marktteilnehmern angeboten werde. Sie gehe davon aus, dass mit seiner Einführung ein Entwicklungsschub für den Breitbandmarkt einher gehe, da es den Aufbau eines eigenen Kundenstammes mit hohen Bandbreiten zulasse. Mit diesem Kundenstamm könne das Risiko des Aufbaus eines eigenen Netzes oder ein entsprechendes Co-Invest für den gemeinsamen Glasfaser-Ausbau eines Netzbetreibers und Nachfragers deutlich reduziert werden. Auch für den Endkunden ergebe sich durch den Geschwindigkeitsvorteil sowie der zu erwartenden Entstehung neuer Dienste und Nutzungsmöglichkeit ein deutlicher Mehrwehrwert.

Dennoch befürchte sie eine Benachteiligung bundesweiter Anbieter, da diese ihre Kontingente nicht mit derselben Prognosesicherheit festlegen könnten wie regionale Anbieter. Zudem müsse ein bundesweiter Anbieter – anders als regionale Anbieter – VDSL-Anschlüsse in neu erschlossenen Ortsnetzen zum regulären Bitstrom-Preis einkaufen. Zuletzt steige mit der Einführung des Kontingentmodells auch die Gefahr von zukünftigen Preis-Kosten-Scheren.

Eine Kosten-Kosten-Schere scheide u.a. deshalb aus, da die Kosten für DSLAM deutlich unter den von der Beschlusskammer im Rahmen des Verfahrens BK 3c-11/009 angegebenen 2,44 € lägen.

Die Preisbildung im VDSL-Kontingentmodell führe zu keiner unbilligen Behinderung oder erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung anderer VDSL-Vorleistungsanbieter und Anbieter innovativer Breitbandnetze (insbesondere von FttX- und FttH-Produkten), sondern habe wettbewerbsbelebende Wirkung. Mangels geringer Nachfrage nach VDSL-Anschlüssen hätten andere potentielle Anbieter von VDSL-Vorleistungsprodukten bislang von Investitionen in diesem Bereich abgesehen, weshalb derzeit kein bundesweit aktiver Wettbewerber im Bereich der VDSL-Anschlüsse bestehe. An diese Marktsituation setze das VDSL-Kontingentmodell an. Indem Abnehmer des Kontingentmodells durch die Upfront-Zahlung einen Teil des Markterschließungs-, Auslastungs-, Vermarktungs-, und Leerstandsrisiko der Betroffenen übernahmen, hätten diese den Anreiz, in Marketingmaßnahmen zu investieren, und würden so die Nachfrage für VDSL-Anschlüsse stimulieren. Die damit einhergehende Steigerung der Endkundenakzeptanz von VDSL-Anschlüssen und von Anschlüssen mit hohen Bitraten schaffe den erforderlichen Investitionsanreiz für alternative VDSL-Anbieter und Anbieter innovativer Breitbandnetze und belebe so den Wettbewerb. Außerdem habe die Betroffene wegen der Upfront-Zahlung sowie der kontinuierlichen Einnahme aus den monatlichen Zahlungen eine stärkere Planungs- und Investitionssicherheit, wodurch ebenfalls ihr Ausbau des VDSL-Netzes sowie innovativer Breitbandnetze (z.B. FttX) gefördert werden könne.

Jedenfalls aber wäre eine etwaige Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen alternativer Anbieter durch die Preisbildung sachlich gerechtfertigt, da es sich dabei insofern um eine zulässige Preisbildung handele, als damit eine wirtschaftliche Leistung des Abnehmers honoriert werde. Die Preisbildung des VDSL-Kontingentmodells orientiere sich an dem von den Abnehmern in Form der Upfront-Zahlung übernommenen Auslastungsrisiko bei abgesenkten

monatlichen Entgelten und den von den Abnehmern durchgeführten Marketingmaßnahmen. Damit komme dem VDSL-Kontingentsmodell Pilotcharakter für die im Rahmen der TKG-Novelle und der Empfehlung der Europäischen Kommission über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (2010/572/EU) in Rn. 2 und 29 explizit befürworteten Risikobeteiligungsmodelle zu.

Darüber hinaus gehe auch von der Vertragslaufzeit keine unbillige Behinderung oder erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aus. Diese betrage aufgrund des in Ziffer 4.3 Abs. 2 vorgesehenen Sonderkündigungsrechts grundsätzlich zwei Jahre. Da der Nachfrager jederzeit – sogar während der Vertragslaufzeit – bei anderen Vorleistungslieferanten Anschlüsse nachfragen könne, sei der Vorleistungslieferant nicht exklusiv an die Betroffene gebunden. Außerdem sehe der Kontingentvertrag – anders als das dem Beschluss 3c-08/004 zugrunde liegende Entgeltmodell für IP-Bitstrom-Access – für den Fall seiner vorzeitigen Beendigung keine Sanktionsmöglichkeiten vor.

Zudem gehe von dem Kontingentsmodell keine unbillige Behinderung oder sachlich ungerechtfertigte Diskriminierung anderer VDSL-Anbieter aus. Sowohl die Preisgestaltung als auch die Mindestkontingentgrößen seien so flexibel konzipiert, dass grundsätzlich regional wie bundesweit tätigen, kleinen wie großen Unternehmen Geschäftschancen und –risiken geboten würden. Allerdings sei das mit dem Kontingentsmodell einhergehende Auslastungsrisiko für regionale Anbieter sicherer zu prognostizieren. Darüber hinaus sehe der Vertrag keine Reservierungsmöglichkeit für VDSL-Infrastruktureinrichtungen, sondern vielmehr für den Zugang eine First-Come-First-Serve-Basis vor (Ziff. 2.3 Abs. 2). Schließlich finde keine unbillige Behinderung durch regionale Preisspreizungen solcher Anbieter statt, die in Regionen tätig seien, in denen noch kein VDSL-Netz vorhanden sei, da auch diese von der erhöhten Nachfrage und der Verbreitung von Breitbandanschlüssen infolge des Kontingentsmodells profitieren würden.

Die Beigeladene zu 10., deren Stellungnahme sich auch die Beigeladene zu 2. vollumfänglich zu Eigen macht, wendet sich zwar nicht gegen Kontingentsysteme an sich, spricht sich jedoch für die Untersagung des hier verfahrensgegenständlichen VDSL-IP-Bitstrom Kontingentsmodells aus, da dieses eine marktverschließende Wirkung habe.

Infolge einer Kosten-Kosten-Schere führe das Kontingentsmodell zu einem missbräuchlichen Verdrängungswettbewerb im ADSL-Markt und verhindere weitere Investitionen. Die Gefahr einer Kosten-Kosten-Schere sehe sie – ähnlich wie die Beigeladene zu 4. – auch zu der HVt-TAL. Darüber hinaus seien auch Produkte kleiner als 16 Mbit/s auf der Basis der HVt-TAL in den Kosten-Kosten-Scheren Vergleich einzubeziehen. Auch liege eine Kosten-Kosten-Schere zur KVz-TAL vor. Die von der Betroffenen vorgenommene Mischkalkulation aus dem VDSL-Bitstrom-Kontingentsmodell und dem Produkt VDSL-Bitstrom classic gehe von einem zu hohen Anteil der VDSL-Bitstrom-classic-Anschlüsse aus. Einerseits würden Bitstromnachfrager, die die regionalen Kontingentsmodelle abbilden können, auf diese umschwenken. Andererseits wären kleinere Nachfrager, die wegen der Mindestkontingente weiterhin auf das Standardangebot angewiesen wären, wegen der höheren Vorleistungsentgelte auf dem Endkundenmarkt nicht mehr wettbewerbsfähig, wodurch die Nachfrage nach dem Standardangebot weiter absinke. Da FTTB/FTTH-Anbieter, die zwar keine Vorleistungsprodukte der Betroffenen in Anspruch nähmen und insofern keine klassische Kosten-Kosten-Schere-Situation gegeben sei, mit ihren Bitstromprodukten derzeit in Konkurrenz zum VDSL-Kontingentsmodell stünden, sei auch deren Kostensituation zu betrachten.

Des Weiteren berge die Einführung des Kontingentsmodells insofern die Gefahr einer zukünftigen Preis-Kosten-Schere, als die Betroffene selbst ins Kontingentsmodell wechseln könne, um bei zukünftigen Preismaßnahmen auf dem Endkundenmarkt möglichen Preis-Kosten-Scheren zu entgehen. Ähnlich wie bereits das Vorleistungsprodukt NetRental (BK 3-06/003) sei auch das VDSL-Bitstrom-Kontingentsmodell vor allem auf die Betroffene selbst zugeschnitten, da ein anderer bundesweiter Anbieter kaum die erforderliche Quote von 4 Prozent aller Anschlüsse erreichen könne. Bezugspunkt zukünftiger PKS-Prüfung müsse daher die Vorleistung „VDSL-Bitstrom classic“ bzw. „VDSL-Bitstrom gate“ bleiben.

Eine sachliche Rechtfertigung scheidet insofern aus, als die Marktpenetration mit VDSL-Anschlüssen trotz der in Deutschland vergleichsweise geringen Entgelte sehr gering und daher eine weitere Stimulierung über Entgelte das falsche Mittel sei. Weder befinde sich der VDSL-Markt in der Markteinführungsphase noch fehle es an wettbewerblichen Breitbandangeboten. In der jetzigen Marktphase würde die Einführung des Kontingentmodells gerade den an Dynamik gewinnenden FFTC/B/H-Ausbau alternativer Wettbewerber zum Erliegen bringen. Denn das Kontingentmodell sei darauf angelegt, zum einen die Wholesalenachfrage bei der Betroffenen zu bündeln und dem Wettbewerb über einen langen Zeitraum zu entziehen und zum anderen den Kontingentnachfragern ein deutliches Absenken des Entgeltniveaus zu ermöglichen. Somit sei weder ein weiterer Wettbewerb über die HVt-TAL möglich, noch könnten Investitionen in den weiteren Infrastrukturausbau wirtschaftlich sinnvoll finanziert werden.

Zudem gehe von dem Kontingentmodell eine starke Sog- und Bindungswirkung mit der Folge eines marktverschließenden Effekts aus. Die bereits grundsätzlich bei der Rabattgewährung eines marktbeherrschenden Unternehmens entstehende Sogwirkung werde durch die vertragliche und entgeltsystematische Ausgestaltung des Kontingentmodells noch weiter verstärkt. Diese bewirke, dass ein Bitstromnachfrager möglichst schnell seinen gesamten Kundenstamm auf das Modell schwenken werde, um das Preismodell optimal auszunutzen. Weiter forciert werde diese Sogwirkung durch die Möglichkeit der Übertragbarkeit der Kontingentanschlüsse zwischen den Regionen, da es nunmehr für große – insbesondere bundesweite – Nachfrager nicht mehr attraktiv sei, ihre Kundenanschlüsse auf verschiedene Bitstromvorleistungsanbieter zu verteilen. Insbesondere ein bundesweiter Nachfrager würde vielmehr zur schnellstmöglichen Erreichung des Mindestkontingents seinen gesamten Kundenbestand von anderen Anbietern abziehen.

Durch die achtjährige Laufzeit werde der sich gerade entwickelnde Bitstrommarkt dauerhaft verschlossen. Dass daran die nach jeweils zwei Jahren bestehende Ausstiegsmöglichkeit nichts ändere, ergebe sich bereits aus der – auf den vorliegenden Fall übertragbaren – Entscheidung BK 3c-08/004. Hinzu komme dass, für den Nachfrager durch eine relativ hohe Upfront-Zahlung bei einem – im Verhältnis zum VDSL-Bitstrom-classic und zu den TAL-Vorleistungsentgelten – eher „moderaten“ Entgelt ein wirtschaftlicher Anreiz bestehe, möglichst lange im Kontingentmodell zu bleiben, um einerseits die Upfront-Zahlung zu amortisieren und andererseits lange von den rabattierten monatlichen Überlassungsentgelten zu profitieren.

Die Beigeladene zu 13. begrüßt grundsätzlich den Ansatz, im Rahmen eines Kontingentmodells die Abnahme größerer Mengen preismindernd zu berücksichtigen. Das von der Betroffenen angezeigte Kontingentmodell verstoße jedoch gegen den Maßstab des § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG.

In eine Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung seien zunächst sämtliche Anschlussvarianten (mit Bandbreiten zwischen 16 und 50 Mbit/s) einzubeziehen, da das Kontingentmodell sowohl vom HVt als auch vom KVz realisierte Anschlüsse umfasse und an ersteren bereits insofern Wettbewerb herrsche, als Unternehmen diese sowohl mit ADSL als auch mit VDSL im Nahbereich erschlossen hätten. Zudem würden Wettbewerber – entgegen der Annahme der Betroffenen – auch unter der Nutzung von Vorleistungsprodukten, die den Zugang zum KVz ermöglichen, insbesondere für Bestandskunden weiterhin HVt-TAL nutzen und diese nicht auf die KVz migrieren.

Darüber hinaus gebe es in der Vermarktung von VDSL-Anschlüssen durchaus Wettbewerb, der durch die Einführung des Kontingentmodells behindert werden könnte. So biete die Beigeladene selbst sowohl im Endkundenmarkt als auch im Vorleistungsmarkt VDSL-Produkte an.

Ziel der zwischen der Betroffenen und anderen Unternehmen stattgefundenen Kooperationsverhandlungen sei eine reziproke Ausgestaltung zur Abfederung des Investitionsrisikos gewesen, welches jedoch bei bereits mit Glasfasern angebotenen KVz – im Gegensatz zur erstmaligen Erschließung – nicht bestehe. Die Wettbewerbskonformität eines einseitigen

Kontingentmodells ergebe sich nicht automatisch aus dem grundsätzlichen Interesse der Wettbewerber an einer entsprechenden Preislogik.

Vielmehr würde die konkrete Ausgestaltung des Kontingentmodells einschließlich der hohen Mindestabnahmemengen zur Benachteiligung eines regional tätigen Unternehmens – wie der Beigeladenen zu 13. selbst – gegenüber bundesweiten Anbietern und City-Carriern führen.

Vor allem überhöhte TAL-Preise würden eine deutlichere und schnellere Entwicklung der VDSL-Penetration hemmen. Mit TAL-Entgelten, welche die tatsächlichen Kosten des abgeschriebenen Kupfernetzes der Betroffenen berücksichtigen würden, seien Wettbewerber in der Lage, auch ohne staatliche Förderung KVz zu erschließen und auf wirtschaftlich tragfähiger Basis VDSL-Produkte im Retail- und Wholesale-Markt anzubieten.

Als sachliche Rechtfertigung scheidet das Vorliegen einer Markteinführungsphase insofern aus, als die Betroffene bereits seit Mitte 2009 die in der Zusatzvereinbarung aufgeführten Regionen mit VDSL erschlossen habe. Das Ausbleiben einer entsprechenden Marktentwicklung liege unter anderem darin begründet, dass der hohe TAL-Preis in vollem Umfang Bestandteil des Bitstrompreises sei.

Der Betroffenen und den Beigeladenen ist in der am 27.02.2012 durchgeführten öffentlichen Verhandlung Gelegenheit auch zur mündlichen Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der öffentlichen Verhandlung Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 27.03.2012 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beschlussentwurf gegeben worden. Das Amt hat mit Schreiben vom 29.03.2012 wie folgt Stellung genommen:

„Das Bundeskartellamt teilt die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass Infrastrukturwettbewerb die wesentliche Voraussetzung für eine wettbewerbliche Preissetzung sowie Qualität, Service und Vielfalt der angebotenen Dienstleistungen in den Breitbandmärkten darstellt. Das Bundeskartellamt versteht unter Infrastrukturwettbewerb alle Angebote auf der Grundlage einer eigenen TAL oder auf Basis des Zugangs zur TAL der Deutschen Telekom bzw. eines Wettbewerbers sowie sämtliche Angebote auf der Grundlage anderer eigener Infrastrukturen. Seine Auffassung hat das Bundeskartellamt bereits in den im Januar 2010 veröffentlichten ‚Hinweisen zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland‘ dargelegt. Mit diesem Hinweispapier sollte kooperationswilligen Unternehmen erleichtert werden, ihre Vorhaben wettbewerbsrechtlich einschätzen zu können.

Angebote auf der Grundlage von Bitstromzugang enthalten in Form des IP-Backbone-Netzes zwar ebenfalls eigene Infrastruktur. Der Grad der Abhängigkeit von fremder Infrastruktur ist jedoch bereits so hoch, dass diese Angebote aus der Sicht des Bundeskartellamts nur eingeschränkt dem Infrastrukturwettbewerb zuzurechnen sind. Insbesondere die dem Wettbewerber verbleibenden individuellen Preissetzungsspielräume sind bei Bitstromangeboten gegenüber Angeboten auf der Grundlage der TAL deutlich eingeschränkt.

Das Bundeskartellamt stimmt insoweit der Bundesnetzagentur zu, dass eine mögliche Belegung des VDSL-Bitstrommarktes durch das Kontingentmodell nicht zulasten des Aufbaus von FTTX-Infrastruktur durch entsprechende Anbieter gehen darf. Zwar stellen Bitstromangebote eine bedeutsame Stufe auf der Investitionsleiter dar, sie dürfen aber nicht so ausgestaltet werden, dass durch eine etwaige Sogwirkung der sich entwickelnde Infrastrukturwettbewerb, d.h. ein nachhaltigeres Wettbewerbsangebot mit höherer eigener Wertschöpfung, gehemmt wird.

Allerdings erschwert das gegenwärtige Marktumfeld Prognosen über die zukünftige Entwicklung des potenziellen Wettbewerbs auf dem Layer-3-Bitstrommarkt. Die Investitionsbereitschaft der Unternehmen auf der einen Seite, die Zahlungsbereitschaft potentieller Nachfrager hochbitratiger Anschlüsse auf der anderen Seite und die Wechselwirkungen zwischen beiden Parametern können mittel- und langfristig nur schwer abgeschätzt werden. Dies macht genaue Aussagen über die Schwere und Nachhaltigkeit der durch das Kontingentmo-

dell verursachten Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.v. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG zum heutigen Zeitpunkt schwer möglich. Doch kann dieser Unsicherheit zugunsten chancengleichen Wettbewerbs eher begegnet werden, indem die Märkte für infrastrukturelle Vorhaben offen gehalten und nicht durch Rabattmodelle wie das vorliegende verschlossen werden. Das Bundeskartellamt befürwortet deshalb die wettbewerbliche Beurteilung durch die Bundesnetzagentur.“

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Akten verwiesen.

II. Gründe

Die von der Betroffenen am 17.01.2012 angezeigten Entgelte des VDSL-IP-BSA-Kontingentsmodells sind wegen vorläufig festgestellter Missbräuchlichkeit vorläufig für unwirksam zu erklären und ihre weitere Forderung durch die Betroffene vorläufig zu untersagen.

Die Entscheidung beruht auf § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 1 TKG entsprechend und den §§ 30 Abs. 3 S. 2, 38 Abs. 4 S. 1 und 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG.

Nach § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 1 TKG entsprechend kann die Bundesnetzagentur, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, wegen derer sie der Ansicht ist, dass dringend – ohne das Verfahren nach § 12 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 bis 3 TKG einzuhalten – gehandelt werden muss, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen zu schützen, umgehend angemessene vorläufige Maßnahmen erlassen.

1. Anwendbarkeit

Die Normen des § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 1 TKG entsprechend sind vorliegend in richtlinienkonformer Auslegung anwendbar. Bei den genannten Normen handelt es sich um spezielle Eilvorschriften, die jedenfalls von der Durchführung des grundsätzlich vorgesehenen Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens dispensieren.

Das TKG sieht zwar nicht ausdrücklich vor, dass Maßnahmen der nachträglichen Entgeltkontrolle im Sinne von § 38 Abs. 4 TKG dem Konsultations- und Konsolidierungsverfahren unterliegen. Gemäß § 12 und § 13 TKG finden derartige Verfahren auf die Festlegung von Marktdefinition und Marktanalyse sowie auf den Erlass von Regulierungsverfügungen Anwendung. Mit einer Regulierungsverfügung werden gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 und 4 TKG die – abstrakten – Verpflichtungen nach den §§ 18, 19, 20, 21, 24, 30, 39, 40, 41 Abs. 1 oder § 42 Abs. 4 S. 3 TKG auferlegt, geändert, beibehalten oder widerrufen.

Allerdings sind es gerade die konkreten Einzelentscheidungen, mit denen die abstrakten Verpflichtungen umgesetzt werden und die folglich erst konkrete und unmittelbare Auswirkungen für die Marktbeteiligten, sowohl für die regulierten Unternehmen als auch deren Zugangsnachfrager, zeitigen. Von ihrer praktischen Bedeutung her haben diese Regulierungsverfahren häufig ein sehr viel größeres Gewicht und eine dementsprechend gesteigerte Aufmerksamkeit als die Verfahren, in denen es in einem ersten Schritt um die Auferlegung der abstrakten Verpflichtung im Rahmen einer Regulierungsverfügung geht. Das gilt insbesondere auch für Entgeltregulierungsverfahren zu den monatlichen Überlassungs- und einmaligen Bereitstellungs- und Kündigungsentgelten für den Bitstromzugang.

Sinn und Zweck des in § 12 TKG geregelten Konsultations- und Konsolidierungsverfahren, auf dessen Durchführung § 13 TKG verweist, ist die Ermöglichung einer über den engen Kreis der Beteiligten eines Regulierungsverfahrens hinausreichenden Informationssammlung und Verfahrenstransparenz. Die Beteiligung von Kommission und übrigen nationalen Regulierungsbehörden dient vornehmlich der Wahrung der Rechtseinheit und dem Interesse der Verwirklichung des europäischen Binnenmarkts.

Mit Blick darauf und die bereits erwähnte herausragende Bedeutung einzelner konkreter Entgeltregulierungsverfahren und –entscheidungen ist jedenfalls die in § 13 Abs. 1 TKG vorgegebene Verweisung auf das Verfahren nach § 12 Abs. 1, 2 Nr. 1, 2 und 4 TKG, was die Auferlegung von Verpflichtungen nach § 30 TKG anbetrifft, europarechtskonform so auszulegen, dass damit auch die wichtigen, für die wettbewerbliche Entwicklung und die Erreichung der Regulierungsziele besonders bedeutsamen Entgeltentscheidungen, die auf der Grundlage von § 35 oder § 38 TKG ergehen, mit umfasst sind. Andernfalls ließe sich die vom TKG-Gesetzgeber selbst gewollte Verfahrenstransparenz und Abstimmung mit der Kommission und den übrigen Regulierungsbehörden gerade bei den besonders marktprägenden Entgeltregulierungsentscheidungen, wie den hier verfahrensgegenständlichen Bitstromentgelten, nicht herstellen.

Aber auch wenn man eine europarechtskonforme Auslegung der einschlägigen TKG-Vorschriften nicht für zulässig erachten würde, unterliefe die Entgeltentscheidung grundsätzlich einer Konsultations- und Konsolidierungspflicht.

Art. 6 der Rahmenrichtlinie in der Fassung der Richtlinie 2009/140/EG vom 25.11.2009, in Kraft getreten am 19.12.2009, bestimmt u.a., dass abgesehen von den Fällen nach Art. 7 Abs. 9, Artikel 20 oder 21 Rahmenrichtlinie die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die nationalen Regulierungsbehörden interessierten Kreisen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von Maßnahmen geben, die sie gemäß dieser Richtlinie oder den Einzelrichtlinien zu treffen gedenken und die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden.

Tatsächlich stellt der vorliegende Fall einer Untersagung von Bitstromentgelten eine Maßnahme dar, die gemäß Art. 16 Rahmenrichtlinie i.V.m. Art. 8 und 13 Abs. 3 S. 3 Zugangsrichtlinie getroffen wird.

Eine Maßnahme im Sinne von Art. 6 S. 1 Rahmenrichtlinie kann zunächst einmal jedwede Tätigkeit einer nationalen Regulierungsbehörde – und damit auch der Erlass einer Untersagung – sein. Dies folgt aus der sprachlich weiten Fassung des Maßnahmebegriffs.

Eine Entgeltuntersagung stellt auch eine Maßnahme gemäß der Rahmen- und der Zugangsrichtlinie dar. Aufsetzend auf die Befugnis nach Art. 16 Rahmenrichtlinie i.V.m. Art. 8 und Art. 13 Abs. 1 Zugangsrichtlinie, hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise aufzulegen und bestimmte Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilen zu können,

wobei vorliegend eine Kostenorientierung der Preise angestrebt wird, siehe dazu Regulierungsverfügung BK 3b-09/069 vom 17.09.2010, S. 40,

regelt Art. 13 Abs. 3 S. 3 Zugangsrichtlinie, dass die nationalen Regulierungsbehörden von einem Betreiber die umfassende Rechtfertigung seiner Preise und gegebenenfalls deren Anpassung verlangen können. Dieses Anpassungsverlangen findet vorliegend seinen Ausdruck in der erlassenen Untersagung.

Schließlich hat der Erlass der Entgeltuntersagung beträchtliche Auswirkungen auf den betroffenen Markt. Die Überlassungspreise für die VDSL-IP-BSA-Stand-Alone-Anschlüsse der Betroffenen stellen einen wesentlichen Aktionsparameter auf den Layer-3-Bitstrommarkt dar. Dementsprechend zeitigt eine behördliche Einflussnahme auf diese Preise beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt.

Darüber hinaus ist auch eine grundsätzliche Notifizierungspflicht im Sinne einer Konsolidierung von Maßnahmenentwürfen gemäß Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie gegeben.

Nach dieser Norm hat eine nationale Regulierungsbehörde, die beabsichtigt, Maßnahmen zu ergreifen, die in den Anwendungsbereich von Art. 15 oder 16 Rahmenrichtlinie oder Art. 5 oder 8 Zugangsrichtlinie fallen und Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten haben, den Entwurf der Maßnahme nach Abschluss der in Art. 6 genannten Konsul-

tation gleichzeitig der Kommission, dem GEREK und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedsstaaten zur Verfügung zu stellen.

Wie bereits oben dargelegt, ist die vorliegende Entgeltuntersagung grundsätzlich einem Konsultationsverfahren nach Art. 6 Rahmenrichtlinie zu unterziehen. Die Maßnahme fällt dabei – wie oben dargelegt – in den Anwendungsbereich von Art. 16 Rahmenrichtlinie i. V. m. Art. 8 und Art. 13 Abs. 3 S. 3 Zugangsrichtlinie. Überdies sind Auswirkungen auf den Handel der Mitgliedsstaaten gegeben. Denn auch Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten haben die regulierten Preise für den Bitstromzugang zu entrichten, wenn sie in Deutschland tätig werden wollen.

Die Beschlusskammer wäre daher auch bei einer unmittelbaren Anwendung der Rahmenrichtlinie gehalten, grundsätzlich ein Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach Art. 6 und Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie durchzuführen. In der Folge sind auch die Eilvorschriften nach § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 1 TKG entsprechend bzw. hilfsweise unmittelbar nach Art. 7 Abs. 9 Rahmenrichtlinie anwendbar.

2. Formelle Voraussetzungen

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus den §§ 116 Abs. 1 und 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG) und aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG).

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

Ein Verfahren nach § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 Nr. 1 bis 3 TKG entsprechend musste, wie sich aus § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG entsprechend ergibt, nicht durchgeführt werden. Dass die dafür erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, wird im Folgenden gezeigt.

3. Materielle Voraussetzungen

Die vorläufige Feststellung, Unwirksamkeitserklärung und Untersagung nach Ziffer 1. des Tenors erfüllt die Bedingungen, die § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG entsprechend an den Erlass einstweiliger Maßnahmen stellt.

Einstweilige Maßnahmen sind ihrem Sinn und Zweck nach darauf gerichtet, die Zeit bis zur Hauptsacheentscheidung zu überbrücken. Sie ändern bzw. sichern die Rechtslage für eine gewisse Zeit.

Der Erlass einer einstweiligen Maßnahme setzt derart voraus, dass eine Hauptsacheentscheidung mit gleicher Regelungsrichtung wahrscheinlich oder jedenfalls möglich ist (Anordnungsanspruch) und zudem das Entschließungs- und Auswahlermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten werden (Anordnungsgrund), d.h. – wie § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 1 TKG entsprechend konkretisiert – außergewöhnliche Umstände vorliegen, aufgrund derer aus Sicht der Bundesnetzagentur dringend gehandelt werden muss, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen zu schützen.

3.1 Anordnungsanspruch

Nach Prüfung der Sach- und Rechtslage erscheint eine Hauptsacheentscheidung, welche in ihrer Richtung mit der tenorierten Feststellung, Unwirksamkeitserklärung und Untersagung

übereinstimmt, wahrscheinlich oder jedenfalls möglich. Als Hauptsacheentscheidung gilt im vorliegenden Zusammenhang die Entscheidung, mit der der vorliegende Beschluss in einem nachgesetzten Verfahren gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 3 Alt. 1 TKG entsprechend dauerhaft gemacht wird.

Es kann dahinstehen, ob – wie sowohl der Begriff der „angemessenen“ Maßnahme als auch der systematische Zusammenhang mit § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 3 TKG nahelegen – es nicht auch genügen müsste, wenn das Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen lediglich summarisch untersucht worden wäre,

dagegen VG Köln, Urteil 1 K 9190/04 vom 04.05.2006, Rz. 33 und 26ff. (juris).

Vorliegend jedenfalls sind die Untersagungsvoraussetzungen für die angezeigten Entgelte nach § 38 Abs. 4 S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG vollständig geprüft worden.

Gemäß § 38 Abs. 4 S. 1 TKG untersagt die Bundesnetzagentur, sofern sie feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 genügen, das nach diesem Gesetz verbotene Verhalten und erklärt die beanstandeten Entgelte ab dem Zeitpunkt der Feststellung für unwirksam.

3.1.1 Anwendbarkeit von § 38 Abs. 4 S. 1 TKG

Die Norm des § 38 Abs. 4 S. 1 TKG ist vorliegend anwendbar. Die Betroffene ist ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem nationalen Layer-3-Bitstrommarkt. Mit der Regulierungsverfügung BK 3b-09/069 vom 17.09.2010 wurden die Entgelte der Betroffenen für Layer-3-Bitstromzugangleistungen – zu denen auch die Überlassung von VDSL-IP-BSA-Stand-Alone-Anschlüssen gehört – der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterworfen.

Soweit von einzelnen Beigeladenen auch die Missbräuchlichkeit bestimmter Leistungsmodalitäten des Kontingentmodells gerügt worden ist, ist dies nicht im vorliegenden Verfahren überprüfbar. Richtige Verfahrensart dafür wäre eine Missbrauchsprüfung nach § 42 TKG. Im hiesigen Fall erübrigt sich allerdings eine solche Prüfung, weil sich bereits die Entgelte des Kontingentmodells als missbräuchlich darstellen.

Ebenfalls nicht überprüft werden die Bedingungen eines etwaigen reziprok ausgestalteten Gegenangebots der Bitstrom-Nachfrager gegenüber der Betroffenen. Die Beschlusskammer kontrolliert allein das Angebot der Betroffenen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

3.1.2 Entgelte genügen nicht dem Maßstab des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG

Die angezeigten Entgelte genügen nicht dem Maßstab des § 28 TKG. Gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 2 TKG darf ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, diese Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich ausnutzen. Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise beeinträchtigen, es sei denn, dass für diese Verhaltensweise eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird.

Im vorliegenden Fall beeinträchtigt das von der Betroffenen vorgesehene Rabattsystem die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem bundesweiten Layer-3-Bitstrommarkt sowie auf dem Resale- und dem Endnutzermarkt für die Überlassung von (breitbandigen) Festnetzanschlüssen mit Internetnutzung in erheblicher Weise, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen worden wäre.

Angesichts des derart festgestellten Missbrauchs kann dahin stehen, ob darüber hinaus weitere eigenständige Missbrauchstatbestände etwa in Gestalt einer aktuellen Kosten-Kosten-Schere (§ 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG) oder in Form von Diskriminierungen zwischen kleinen

und großen, zwischen regionalen und bundesweiten oder zwischen internen und externen Nachfragern (§ 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG) gegeben sind. Teilaspekte der Kosten-Kosten-Schere-Prüfung finden allerdings Eingang in die nachfolgende Untersuchung des Rabattsystems. Entgegen den Befürchtungen der Beigeladenen zu 6. liegen der Beschlusskammer keine Erkenntnisse für eine absehbare Gefahr von Preis-Kosten-Scheren (PKS) vor. Eine PKS wäre zu vermuten, wenn die Spanne zwischen dem Entgelt, welches die Betroffene den Wettbewerbern in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endnutzerpreis nicht ausreichend wäre, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen (§ 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Ein solcher Effekt kann perspektivisch schon deshalb nicht erwartet werden, als durch die im Kontingentmodell vorgesehenen Preisreduzierungen die Vorleistungskosten im Vergleich zu den im IP-BSA-Standardangebot vorgesehenen Preisen sinken und damit der Abstand zwischen Endkunden- und Vorleistungspreisen wächst. Eine konkurrenzfähige Nachbildbarkeit von VDSL-Endkundenangeboten der Betroffenen hatte die Beschlusskammer im Übrigen – allerdings beschränkt auf das Geschäftsmodell von MFG-Vorleistungsnutzern – bereits im Rahmen eines diesbezüglichen Anordnungs- und Genehmigungsverfahrens ausführlich dargestellt,

siehe hierzu Beschluss BK 3a-11/009 vom 02.11.2011, S. 53ff.

3.1.2.1 Erhebliche Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten

Unter einer Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten ist jeder für die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf demselben oder einem anderen Markt nachteilige Wirkungszusammenhang zu verstehen. Erheblich ist die Beeinträchtigung, wenn das in Rede stehende Verhalten objektiv geeignet ist, die Marktverhältnisse nachteilig zu beeinflussen, also einen Zustand herbeizuführen, der erfahrungsgemäß zu Risiken für den Wettbewerb führt. Über die individuelle Beeinträchtigung eines einzelnen Marktteilnehmers hinaus müssen die allgemeinen Wettbewerbsmöglichkeiten beeinträchtigt sein,

BVerwG, Urteil 6 C 18.09 vom 20.10.2010, Rz. 25.

Bei der Prüfung, ob ein Verhalten im vorgenannten Sinne nachteilig für den Wettbewerb ist, ist zu berücksichtigen, dass sich die Entgeltüberprüfung auf einen wesentlich in der Zukunft liegenden Zeitraum bezieht. Anders als in der kartellrechtlichen Anwendungspraxis, unter dessen Eindruck § 28 TKG konzipiert worden ist, wird im Rahmen der Entgeltregulierung nicht ein im Schwerpunkt vergangenes oder gegenwärtiges, sondern vielmehr ein zukünftiges Verhalten auf seine Missbräuchlichkeit hin untersucht. Dementsprechend genügt es hier, wenn auf Grundlage vorliegender Tatsachen das zukünftige Eintreten einer erheblichen Beeinträchtigung hinreichend zuverlässig prognostiziert werden kann.

Nach diesen Maßgaben lässt sich im Fall des Kontingentmodells eine erheblich Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten auf dem nationalen Layer-3-Bitstrommarkt – und dort namentlich im Bereich von VDSL-Anschlüssen –, aber auch auf den Resale- und Endnutzermärkten prognostizieren und feststellen.

3.1.2.1.1 Layer-3-Bitstrommarkt

Das von der Betroffenen angezeigte Kontingentmodell beeinträchtigt die Wettbewerbsmöglichkeiten potenzieller und aktueller Wettbewerber auf dem Layer-3-Bitstrommarkt. Bei dem genannten Markt handelt es sich um einen Telekommunikationsmarkt im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG. Die Einführung des Modells würde die ohnehin führende Stellung der Betroffenen im Layer-3-Bitstrommarkt und dort insbesondere im Bereich der Überlassung von VDSL-Anschlüssen weiter verstärken. Die Wahrscheinlichkeit, dass der in diesem Bereich bislang weitgehend potenzielle Wettbewerb zu einem aktuellen Wettbewerb erstarkt, verminderte sich dagegen bei Einführung des Kontingentmodells wesentlich.

3.1.2.1.1 Wettbewerbslage beim Angebot hochbreitbandiger Bitstromanschlüsse

Soweit derzeit auf dem Layer-3-Bitstrommarkt Angebote von Wettbewerbern der Betroffenen zu beobachten sind, betreffen diese ganz vorrangig die Überlassung von ADSL-Anschlüssen. Alternative Angebote zur Überlassung von VDSL-Anschlüssen oder sonstiger hochbreitbandiger Anschlüsse per Bitstromzugang beschränken sich hingegen auf vereinzelte Wettbewerber wie etwa die Beigeladene zu 1. Der ganz überwiegende Teil des Angebots hochbreitbandiger Bitstromanschlüsse stammt von der Betroffenen.

Die im Bitstrombereich für hochbreitbandige Anschlüsse geltenden Kräfteverhältnisse lassen sich einigermaßen zuverlässig aus den entsprechenden Vermarktungszahlen im Endkundenbereich ableiten. Nach den Ermittlungen der Bundesnetzagentur sind im letzten Jahr im Endkundenbereich etwa 800.000 FTTC/FTTB-basierte VDSL-Anschlüsse abgesetzt worden. Die Betroffene hatte daran einen Anteil von über 70%. Da allerdings der Wettbewerberanteil auch solche Anschlüsse umfasst, die per VDSL-Bitstromzugang bzw. VDSL-Resale bei der Betroffenen realisiert worden sind, dürfte der Anteil von Wettbewerberanschlüssen, die auf jedenfalls teilweise selbstverlegter Anschlussnetzinfrastruktur aufsetzen, unter 20% liegen. FTTH- oder HFC-basierte hochbreitbandige Anschlüsse werden bislang allenfalls in geringfügigem Umfang als Bitstromanschlüsse vertrieben.

Die Betroffene verfügt damit im Bitstrombereich für hochbreitbandige Anschlüsse über eine ausgesprochen starke Stellung. Zurückführen lässt sich diese Stellung auf die derzeitigen infrastrukturellen Gegebenheiten. Diese determinieren das entsprechende Angebotspotenzial. Hochbreitbandige Bitstromangebote können danach zum einen Unternehmen unterbreiten, die – wie zumindest teilweise die Betroffene oder die Beigeladenen zu 1. und 12. – über selbstverlegte FTTC-, FTTB-, FTTH- oder HFC-Anschlussnetze verfügen. Zum anderen können Unternehmen als Anbieter insbesondere von FTTC-basierten VDSL-Bitstrom-Anschlüssen auftreten, die auf unterschiedliche Abschnitte einer von der Betroffenen angemieteten Teilnehmeranschlussleitung zurückgreifen können. Im Regelfall setzt letzteres indes einen Ausbau der selbstverlegten Netze zumindest bis zum Kabelverzweiger voraus.

Die Kabelnetzbetreiber – die über bereits ausgebaute Anschlussnetze verfügen – scheuen zwar bislang die Unterbreitung eines Bitstromangebotes. Gleichwohl besteht durchaus die Aussicht, dass sich andere Netzbetreiber – wie etwa die im Verband der Beigeladenen zu 10. zusammengeschlossenen Netzbetreiber – nach Ausbau einer glasfaserbasierten Infrastruktur als Anbieter hochbreitbandiger Bitstromanschlüsse etablieren könnten. So betreiben allein die Verbandsmitglieder der Beigeladenen zu 10. im Bundesgebiet bereits knapp 1.000 NGA-Ausbauprojekte. Diese Projekte konzentrieren sich bislang allerdings eher auf eine FTTC-basierte Erschließung ländlicher Räume.

Mit ihren bisherigen Zugangs- und Entgeltentscheidungen zur Bereitstellung und Überlassung etwa von HVT-TAL, KVz-TAL, Multifunktionsgehäusen, Schaltverteilern, Kabelkanälen und Glasfaseranbindungen hat die Bundesnetzagentur die für einen FTTH-Ausbau notwendigen regulatorischen Voraussetzungen geschaffen. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in der kurz bevorstehenden TKG-Novelle eine Reihe von Vorschriften und Instrumenten – beispielsweise in den §§ 15a, 21, 28, 30, 32 und 77a bis 77e TKG-E – vorgesehen, die den Aufbau von NGA-Netzen weiter erleichtern sollen. Hinter diesen Maßnahmen steht die Erwartung, dass in Zukunft breitflächig glasfaserbasierte Infrastrukturen per FTTH-Ausbau entstehen,

vgl. die Gesetzesbegründung zur TKG-Novelle, BR-Drucksache 129/11, S. 1f., sowie die Breitbandstrategie der Bundesregierung vom Februar 2009, die Digitale Agenda der Kommission (KOM(2010)245endg.) vom August 2010 und die IKT-Strategie der Bundesregierung „Deutschland Digital 2015“ vom November 2010.

Sollte sich diese Erwartung erfüllen, wäre dies mit der weiteren Aussicht verbunden, dass die – eventuell im Wege von Kooperationsmodellen zusammenarbeitenden – FTTH-Investoren dritten Nachfragern Bitstromanschlüsse anbieten würden. Denn ein FTTH-Ausbau verursacht hohe Fixkosten. Diese Fixkosten können letztlich nur amortisiert werden, wenn es den jeweiligen Unternehmen gelingt, im jeweils erschlossenen Anschlussbereich eine gewisse Min-

destzahl von Anschlüssen abzusetzen. Letzteres wiederum würde – wie auch die Beigeladene zu 10. betont – wesentlich erleichtert, wenn die jeweils ausbauenden Unternehmen nicht nur eigene Anschlusskunden, sondern eben – per Bitstromzugang – auch Anschlusskunden dritter Unternehmen über das neu errichtete Netz versorgen könnten.

Voraussetzung für das vorstehend entworfene Szenario ist freilich, dass sich zukünftig überhaupt Unternehmen finden lassen, die Breitbandanschlüsse von FTTX-Investoren abnehmen bzw. diese selbst erstellen würden. In dieser Hinsicht erscheint das von der Betroffenen angezeigte Kontingentmodell indes als Absatz- und Investitionshindernis für Dritte. Denn es setzt gerade nicht, wie vom TKG-Gesetzgeber intendiert, Anreize für Investitionen in moderne Netze der nächsten Generation. Vielmehr wären in den Städten und Regionen, die wegen ihrer Dichtevorteile grundsätzlich als besonders lohnend für einen FTTX-Ausbau erscheinen, Bitstrom-Nachfrager bereits per Kontingentmodell an die Betroffene gebunden. Potenzielle FTTX-Investoren können auch nicht zuversichtlich sein, dass es ihnen innerhalb der elfjährigen Laufzeit des Kontingentmodells (achtjährige Hauptphase plus dreijährige Nachlaufphase) gelingen kann, Bitstrom-Nachfrager von einer weiteren Inanspruchnahme der vereinbarten Kontingente abzuhalten und deren Nachfrage in spürbarem Maße auf die von ihnen gedoppelte bzw. – im FTTB- oder FTTH-Fall – sogar weiter ausgebaute hochbreitbandige Infrastruktur zu schwenken. Ebenso wenig bestehen Anreize für Bitstrom-Nachfrager, selbst NGA-Infrastrukturen zu erstellen. Das Kontingentmodell kauft diesen Nachfragern den Infrastrukturwettbewerb und damit einen wesentlichen Baustein für die Etablierung eines nachhaltigen und selbsttragenden Wettbewerbs ab.

An dieser wettbewerblichen Beurteilung ändert sich auch nichts dadurch, dass die tatsächliche künftige Angebotsentwicklung auf dem Layer-3-Bitstrommarkt nicht sicher zu prognostizieren ist. Die Unsicherheit resultiert daraus, dass neben der Bindung von Bitstrom-Nachfragern etwa auch die Zahlungsbereitschaft der Endkunden, die Liquidität des Kapitalmarkts und die von den Anteilseignern erwarteten Amortisationsdauern Auswirkungen auf die künftigen Investitionstätigkeiten haben werden. Die letztgenannten Parameter können von der Bundesnetzagentur indes kaum beeinflusst werden. Dies ist aber auch nicht ihre Aufgabe. Aufgabe der Agentur im vorliegenden Zusammenhang ist es, wie sich namentlich aus den Regulierungszielen einer Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs und einer Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen ergibt und wie auch das Bundeskartellamt betont, für eine Öffnung und Offenhaltung von Märkten zu sorgen. Die Beschlusskammer hat im Rahmen des Merkmals der Wettbewerbsbeeinträchtigung insbesondere zu beurteilen, ob das in Rede stehende Verhalten objektiv geeignet ist, die Marktverhältnisse nachteilig zu beeinflussen, also einen Zustand herbeizuführen, der erfahrungsgemäß zu Risiken für den Wettbewerb führt. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen ist eine solche Eignung gegeben, wenn – wie hier – erkennbar ist, dass das fragliche Verhalten marktverschließende Wirkungen hat.

Verantwortlich für die von dem Kontingentmodell ausgehenden Marktverschließungseffekte sind die Attraktivität desselben gegenüber dem regulären Preismodell, die faktischen Bindungswirkungen, die nach Einstieg in das Kontingentmodell von dessen Gesamtmechanik ausgehen, und die fehlende langfristige Nachbildbarkeit der von der Betroffenen verlangten Preise.

3.1.2.1.2 Attraktivität des Kontingentmodells

Dem Kontingentmodell kommt wettbewerbliche Relevanz zu. Denn das Modell ist derart attraktiv ausgestaltet, dass davon auszugehen ist, dass bei seiner Einführung ein Großteil der von der Betroffenen künftig bedienten VDSL-Bitstromnachfrage im Wege des Kontingentmodells und nicht in demjenigen des regulären Preismodells gedeckt werden würde.

Diese Einschätzung wird von der Betroffenen geteilt. Sie geht davon aus, dass Kontingentmodellanschlüsse und Standardanschlüsse künftig im Verhältnis von 4:1 – bei effizienten Wettbewerbern sogar im Verhältnis 5:0 – abgesetzt werden würden. Auch die Stellungnah-

men verschiedener Beigeladener haben deutlich gemacht, dass sie – zumindest grundsätzlich – das Kontingentmodell dem Standardmodell vorziehen.

Begründet liegt der Vorzug des Kontingentmodells im Wesentlichen in seinen gegenüber dem Regelmodell rabattierten Preisen (siehe dazu auch Ziffer 3.1.2.1.1.4). Darüber hinaus haben verschiedene Beigeladene auch auf gewisse leistungsseitige Vorteile des Kontingentmodells aufmerksam gemacht. In der Folge entwickelt das Kontingentmodell eine weitaus stärkere Sogwirkung auf die Bitstrom-Nachfrager als das bisherige Modell,

siehe in diesem Zusammenhang auch Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, veröffentlicht in ABI EU 2009, Nr. C 45/7, Rz. 43 S. 1.

3.1.2.1.1.3 Faktische Bindungswirkungen des Kontingentmodells

Haben Wettbewerber erst einmal den Vertrag zum Kontingentmodell unterzeichnet und die Upfront-Zahlung (ggf. in Raten) geleistet, bestehen hohe Anreize für den jeweiligen Wettbewerber, die gesamte in den vertraglich erfassten Städten und Regionen entstehende Nachfrage nach hochbreitbandigen Anschlüssen über diesen Vertrag zu decken. Der Wille, in den vom Kontingentmodell umfassten Städten und Regionen auf alternative Bitstromangebote zu schwenken bzw. selbst eine FTTX-Infrastruktur zu errichten, dürfte dagegen schwach ausgebildet sein. Diese Einschätzung ergibt sich aus einer Gesamtschau der Einzelelemente, aus denen sich das Kontingentmodell zusammensetzt.

Den ersten diesbezüglichen Eckstein bildet die Größe des zwischen den Parteien jeweils vereinbarten Kontingents. Grundsätzlich dürfte ein Wettbewerber versucht sein, sein Kontingent so zuzuschneiden, dass er dieses innerhalb von zwei Jahren realistischere Weise ausschöpfen kann. Es wäre sodann gemäß Ziffer 4.3.3 Zusatzvereinbarung in der Lage, in Zwei-Jahres-Schritten eine Erweiterung des Kontingents vorzunehmen und dieses so an seinen Absatzerfolg anzupassen. Einem solchen schrittweisen Vorgehen steht indes das Verlangen der Betroffenen nach einem Mindestkontingent entgegen. Dieses Mindestkontingent beläuft sich – nach der Anlage zur Zusatzvereinbarung – regionsweit bzw. bundesweit auf 4% der VDSL25-Abdeckung. Unter den Verfahrensbeteiligten besteht Konsens, dass nach derzeitiger Vorausschau dieses Mindestkontingent wohl frühestens nach acht Jahren ausgelastet sein dürfte. Während einige Beigeladene darauf hinweisen, dass eine Ausschöpfung nach acht Jahren gleichwohl noch ein ehrgeiziges Ziel darstelle, betont die Betroffene, es müssten auch die durch das Kontingentmodell ausgelösten dynamischen Effekte bei der Vermarktung mit berücksichtigt werden. Jedenfalls aber ist die Betroffene bereit, den Auslastungssorgen der Nachfrager mit der Einräumung einer dreijährigen Nachlaufzeit in Ziffer 5.3 Zusatzvereinbarung Rechnung zu tragen. Mit Blick auf diese Gesamtumstände erscheint der Beschlusskammer die Annahme zulässig, dass mit Vertragsschluss der ganz überwiegende Teil der für die nächsten acht Jahre von den Bitstrom-Nachfragern anvisierten Absatzerfolge für hochbreitbandige Anschlüsse in den einzelnen Regionen bzw. im Bundesgebiet in das Kontingentmodell einbezogen wird.

Hat der Nachfrager das auf acht Jahre Auffüllzeit ausgelegte Kontingent – voraussichtlich in Höhe des Mindestkontingents – bestimmt und die Upfront-Zahlung in Gesamthöhe von 161,11 € bzw. vier entsprechende Raten in Höhe von jeweils 48,92 € je Kontingentanschluss geleistet (was bei einem bundesweiten Mindestkontingent von 420.000 Anschlüssen auf eine Upfront-Zahlung von über 67 Millionen € bzw. bei Ratenzahlung von über 20 Millionen € pro Rate hinausläuft), stellt sich als nächstes die Frage, wie er reagiert, sollten sich im Laufe der nächsten Jahre Gelegenheiten zur Inanspruchnahme paralleler Bitstromangebote oder aber zum eigenen FTTX-Ausbau ergeben. Rechtlich ist der Bitstrom-Nachfrager an einer Wahrnehmung derartiger Gelegenheiten nicht gehindert. Denn gemäß Ziffer 11.2 des BSA-Standardangebots können beide Vertragspartner eine Einzelleistung mit einer Frist von sechs Werktagen zum Schluss eines jeden Werktages kündigen. Einem Wechsel zu einem

anderen Bitstrom-Anbieter oder zur Eigenrealisierung würden aber aller Voraussicht nach ökonomische Gesichtspunkte entgegenstehen.

Eine maßgebliche Rolle spielen in diesem Zusammenhang wiederum die Kontingentgröße und die Möglichkeiten der Nachfrager zur Kontingentausschöpfung. Dabei kann zunächst dahin stehen, ob sich die Vermarktungserfolge der Bitstrom-Nachfrager in linearer oder – wofür mehr spricht – in exponentieller Weise einstellen werden. In beiden Varianten würden sich die Upfront-Zahlungen jedenfalls erst relativ spät im Zeitverlauf – möglicherweise sogar erst während der dreijährigen Nachlaufzeit – amortisieren. Spielt der Bitstrom-Nachfrager unter diesen Prämissen die Möglichkeiten für einen Anbieterwechsel durch, wird sich – wie unter Ziffer 3.1.2.1.1.4.2 an einem Beispiel rechnerisch dargestellt – ergeben, dass ein auch nur teilweiser Ausstieg aus dem Kontingentmodell sowohl zum untragbaren Verfall von Upfront-Zahlungen (insofern sind bereits versunkene Kosten entstanden) als auch zum unwillkommenen Entgang in Aussicht stehender, sehr günstiger monatlicher Anschlusspreise führen würden. Diese Verluste werden die Wechselwilligkeit des Bitstrom-Nachfragers stark abschwächen.

An dieser Einschätzung ändert sich auch nichts aufgrund der in Ziffer 4.3.2 der Zusatzvereinbarung vorgesehenen Verhandlungsmöglichkeiten und Sonderkündigungsrechte. Zwar vermag eine Sonderkündigung aufgrund der in Ziffer 4.3.4 enthaltenen Regelungen zu einer Begrenzung des Verfalls von Einmalzahlungen führen und damit die Höhe der versunkenen Kosten beschränken. Voraussetzung ist dafür allerdings gemäß Ziffer 4.3.2, dass sich die Parteien zuvor nicht auf eine Vertragspassung haben einigen können. In solchen Verhandlungen – welche die Betroffene mit allen Nutzern des Kontingentmodells zeitlich parallel führen würde – könnte indes der Hinweis von Nachfragern auf alternative Bezugsmöglichkeiten die Betroffene veranlassen, den Nachfragern in entgelt- oder leistungsseitiger Hinsicht – durchaus diskriminierungsfrei – entgegenzukommen und sie derart von einem Wechsel abzuhalten. Darüber hinaus erscheint es indes auch unrealistisch, dass sich ein Bitstrom-Nachfrager nur deshalb zu einer Kündigung der Zusatzvereinbarung zum Kontingentmodell entschließen sollte, weil er in bestimmten Anschlussbereichen Alternativ-Angebote erhält bzw. eine Eigenrealisierung in Erwägung zieht. Denn in den restlichen Regionen, in denen die Betroffene weiterhin und jedenfalls vorerst alleinige Anbieterin von VDSL-Bitstromleistungen bliebe, würde ein Nachfrager die Geschäftsbeziehung nicht beenden wollen. Für die Fortführung der Geschäftsbeziehung erweist sich das Kontingentmodell allerdings – wie unter Ziffer 3.1.2.1.1.2 gezeigt – als weitaus attraktiver als das reguläre Preismodell. Damit jedoch bestehen starke Anreize für den Nachfrager, in der Zusatzvereinbarung zum Kontingentmodell zu verbleiben. Die Beschlusskammer sieht daher in der nach Ziffer 4.3.2 enthaltenen Klausel kein Instrument, welches die Sorgen potenzieller FTTH-Investoren um die Wechselbereitschaft von Bitstrom-Nachfragern ausräumen könnte.

3.1.2.1.1.4 Nachbildbarkeit der effektiven Preise des Kontingentmodells

Die vorstehend aufgezeigten Umstände, die grundsätzlich für eine geringe Wechselwilligkeit von im Kontingentmodell befindlichen VDSL-Bitstromnachfragern sprechen, werden auch nicht dadurch aufgewogen, dass FTTH-Investoren (einschließlich bisheriger Bitstrom-Nachfrager) die von der Betroffenen effektiv verlangten Bitstrompreise vorhersehbar und langfristig unterbieten könnten.

Generell gilt, dass, solange der effektive Preis konstant über den LRAIC des marktbeherrschenden Unternehmens liegt, ein ebenso effizienter Wettbewerber normalerweise trotz des Rabatts in der Lage sein wird, auf dem Markt gewinnbringend zu konkurrieren. Trifft letzteres zu, kann ein Rabatt in der Regel keine wettbewerbswidrige Marktverschließung bewirken,

Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, veröffentlicht in ABI EU 2009, Nr. C 45/7, Rz. 43 S. 2f.

Im vorliegenden Fall werden effiziente Investoren freilich nicht in der Lage sein, mit den Preisen der Betroffenen zu konkurrieren. Dies zeigt einmal der Blick auf die Lage eines Unternehmens, welches vor Abschluss der Zusatzvereinbarung erwägt, anstelle einer Bitstrom-Nachfrage die entsprechenden Leistungen selbst zu realisieren (Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung). Darüber hinaus ist die Lage eines Unternehmens zu betrachten, welches bereits die Zusatzvereinbarung abgeschlossen hat und sich nunmehr – im weiteren Zeitablauf – fragt, ob es in bestimmten Anschlussbereichen auf die Bitstrom-Angebote dritter Unternehmen wechseln bzw. die Infrastruktur selbst erstellen sollte.

3.1.2.1.1.4.1 Nachbildbarkeit der Preise vor Vertragsabschluss

Diejenigen Erwägungen, welche ein Unternehmen vor Abschluss der Zusatzvereinbarung zum Kontingentmodell hinsichtlich einer Make-or-Buy-Entscheidung anstellt, werden in kalkulatorischer Hinsicht mit dem Kosten-Kosten-Scheren-Test nachempfunden.

Eine Kosten-Kosten-Schere liegt vor, wenn die Spannen zwischen den Entgelten, die der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht auf einem Zugangsmarkt verfügt, für auf verschiedenen Wertschöpfungsstufen erbrachte Zugangsleistungen in Rechnung stellt, die Kosten der Wertschöpfungsdifferenz nicht angemessen widerspiegeln.

Hinsichtlich des VDSL-Kontingentmodells sind insbesondere jene Vergleichskosten relevant, welche einem Anbieter, der durch KVz-Erschließung mittels MFG, aber auch mittels HVt-Kollokation in Nahbereichen oder Schaltverteilerschließung ein Vergleichsprodukt anbieten möchte, entstehen. Konkrete Kostenparameter sind hierbei im Wesentlichen die Kosten für die monatliche Überlassung der KVz-, HVt- oder Schaltverteiler-TAL, die annualisierten Einmalkosten für Bereitstellung und Kündigung dieser TALs, die annualisierten Kosten für die Nutzung von MFG, KKA, eigenen DSLAM, unbeschalteten und eigenen Glasfasern, Kollokationsleistungen, ggf. weiteren Zuführungsleistungen für den Schaltverteiler sowie den eigenen Transportkosten im Konzentratornetz. Die dadurch dem alternativen „VDSL-Bitstromanbieter“ entstehenden Kosten pro Endkundenanschluss sind den durchschnittlich zu erwartenden Bezugskosten für einen Anschluss aus dem Kontingentmodell gegenüber zu stellen.

In diesem Zusammenhang ist grundsätzlich hervorzuheben, dass bei einem KKS-Test der effiziente Wettbewerber im Fokus der Betrachtung steht. Beim Aufbau eines VDSL-Netzes ist daher eine gewisse anschlussbezogene Mindestauslastung der erschlossenen MFG, der HVt in Nahbereichen sowie der Schaltverteiler anzunehmen. Diese Annahme ist auch bei ex post ermittelten Vorleistungspreisen notwendig. Die Geschäftsrisiken, die sich aufgrund unterdurchschnittlicher Belegungen bei den einzelnen Technikvarianten ergeben, sind nicht auf die Betroffene abwälzbar.

Hinsichtlich einer Abschätzung der konkreten Kostenparameter hat die Beschlusskammer eine gesonderte Marktabfrage bei ca. 50 Unternehmen durchgeführt. Die dabei erhaltenen unternehmensspezifischen Kosten- und Mengendaten waren unter Effizienzgesichtspunkten zu bewerten und in (ggf. gewichtete) Durchschnittswerte umzurechnen. Hinsichtlich einiger betreiberspezifischer Angaben war darüber hinaus ein Abgleich mit den zuletzt im Rahmen des Anordnungs- und Genehmigungsverfahrens von Zugangsleistungen im MFG-Vorleistungsbereich durchgeführten Kostenuntersuchungen erforderlich,

vgl. Beschluss BK 3a-11/009 vom 02.11.2011, S. 58f.

Zur Herstellung der Vergleichbarkeit der einem alternativen „VDSL-Bitstromanbieter“ entstehenden Kosten pro Endkundenanschluss gegenüber den durchschnittlich zu erwartenden Bezugskosten für einen Anschluss aus dem Kontingentmodell waren alle Angaben auf der Kostenseite in einen monatlichen Wert je Anschluss umzurechnen. Für die in diesem Zusammenhang nötige Annualisierung von Einmalbeträgen und Investitionswerten wurde durchweg der derzeit für die Festnetzregulierung maßgebliche kalkulatorische Zinssatz von 7,11 % verwendet. Bei den Berechnungen wurde berücksichtigt, ob die Zahlungen zu Beginn der

Laufzeit (z. B. Bereitstellungsentgelte) oder nachschüssig (z. B. Kündigungsentgelte) erfolgen. Als Nutzungsdauer für die KKA werden 35 Jahre und für die MFG 20 Jahre angesetzt. Die Nutzungsdauer von IP-BSA-Anschlüssen wurde auf 8 Jahre festgelegt, die Kundenverweildauer beträgt auf Basis der aktuell durchgeführten Marktabfrage 50,21 Monate.

3.1.2.1.1.4.1.1 Kosten für den Bezug von Anschlüssen aus dem Kontingentmodell

Die Kosten für den Bezug von Anschlüssen aus dem Kontingentmodell errechnen sich aus den zu zahlenden monatlichen Basispreisen (in Höhe von 12,88 € für die Variante IP-BSA-Classic sowie in Höhe von 13,60 € für die Variante IP-BSA-Gate), der über den Kontingentbezug zu annualisierende Upfront-Zahlung in Höhe von 161,11 € bzw. alternativen Ratenzahlungen je Kontingentanschluss, den über eine zu unterstellende Kundenvertragsdauer zu annualisierenden einmaligen Bereitstellungs- und Kündigungskosten je Kontingentanschluss sowie weiteren Zusatzkosten für Kollokation und IP-BSA-Übergabeanschluss.

Die Höhe der monatlichen Kosten für die Upfront-Zahlung ist dabei wesentlich dadurch geprägt, zu welchem Zeitpunkt der Vertragslaufzeit die entsprechenden Anschlüsse von den jeweiligen Vorleistungsnachfragern bezogen werden können. So errechnet sich beispielsweise bei einer im Zeitverlauf linearen Vollausslastung des Kontingents ein (annualisierter) monatlicher Upfront-Kostenanteil in Höhe von 4,80 € je Anschluss. Werden die Mindestkontingentgrößen demgegenüber erst sukzessive aufgebaut oder kann eine Ausschöpfung des Mindestkontingentes während des Vertragszeitraumes oder der Vertragsnachlaufzeit ggf. mangels Kundengewinnungsmöglichkeiten oder technischer Bereitstellungsrestriktionen nicht erfolgen, so erhöht sich der monatliche Upfront-Kostenwert unter Umständen deutlich. Sollte beispielsweise bei linearem Hochlauf bis zum Laufzeitende erst eine Gesamtauslastung des Kontingents von 75 % bestehen, so errechnet sich auf Maßgabe der von der Betroffenen gelieferten Zahlen ein Anstieg des Upfront-Kostenanteils von 1,60 € auf 6,40 €.

Bei den mit der Tarifanzeige vorgelegten Berechnungen der Betroffenen summieren sich die monatlichen Kosten für den Bezug eines VDSL-Anschlusses aus dem Kontingentmodell auf insgesamt 19,48 € in der Variante IP-BSA-Classic. Diese resultieren aus einem Basispreis in Höhe von 12,88 €, einer durchschnittlichen monatlichen Upfront-Zahlung in Höhe von 4,80 € (welche, wie vorstehend aufgeführt, von einem linearen Vollausslastung des Kontingents im Vertragszeitraum ausgeht), aus annualisierten Einmalentgelten für Bereitstellung und Kündigung in Höhe von 1,75 € sowie zusätzlichen annualisierten Stückkosten für Kollokation und IP-BSA-Übergabeanschluss in Höhe von 0,05 €. Die letzteren beiden Werte waren dabei entsprechend den zuletzt im Rahmen des Anordnungs- und Genehmigungsverfahrens von Zugangsleistungen im MFG-Vorleistungsbereich durchgeführten Kostenuntersuchungen übernommen worden,

vgl. Beschluss BK 3a-11/009 vom 02.11.2011, S. 59.

Modifikationsbedarf der vorgenannten Zahlen ergibt sich zum Einen insoweit, als die Einmalentgelte auf Grundlage der getätigten Marktabfrage nunmehr über eine längere Kundenverweildauer (50,21 statt 37,1) Monate zu annualisieren sind. Im Ergebnis reduziert sich der entsprechende Kostenwert von 1,75 € für den VDSL Bitstrom auf 1,33 €. Aufgrund der neuen Datenlage reduzieren sich zudem die bereits geringen Kosten für den IP-BSA Anschluss von gut 0,05 € auf knapp 0,03 € je Monat/Kunde.

Darüber hinaus teilt die Beschlusskammer zum Anderen die Bedenken einzelner Verfahrensbeteiligter – namentlich der Beigeladenen zu 6. – dahingehend, dass nach konservativer Einschätzung eine lineare Vollausslastung des Kontingents bis zum Ende des Vertragszeitraums nicht hinreichend sicher sein dürfte. Vielmehr spricht einiges für einen gewissen exponentiellen Verlauf der Auffüllung des Kontingentmodells bis zum Ende der Vertragslaufzeit. Demzufolge dürfte auch bei Maßgabe eines effizienten Wettbewerbers der monatliche Kostensatz für die Upfront-Umlage um 0,20 € bis 0,50 € höher liegen, als seitens der Betroffenen mit 4,80 € kalkuliert.

Im Ergebnis bemessen sich somit nach pflichtgemäßem Einschätzungsermessen der Beschlusskammer die monatlichen Kosten für den Bezug eines VDSL-Anschlusses in der Variante IP-BSA-Classic auf 19,24 bis 19,54 €.

3.1.2.1.1.4.1.2 Kosten für die Eigenrealisierung von VDSL-Anschlüssen

Den vorgenannten Monatswerten für den Bezug eines VDSL-Anschlusses aus dem Kontingentmodell sind jene Kosten gegenüberzustellen, welche den Nutzern von alternativen Vorleistungen – namentlich dem MFG-Zugang mittels KKA oder unbeschalteter Glasfaser, der HVT-Kollokation in Nahbereichen sowie Schaltverteilererschließungen – bei der (effizienten) Realisierung eines vergleichbaren VDSL-Bitstrom-Anschlusses entstehen. Die Beschlusskammer hat hierzu Kostenwerte für die jeweiligen Erschließungsvarianten zunächst separat ermittelt und anschließend anhand der gewichteten Einzelwerte einen durchschnittlichen Gesamtkostensatz bestimmt. Dieses Vorgehen erscheint insoweit geeignet und sachlich gerechtfertigt, als nicht notwendigerweise für jede einzelne Produktvariante eine auch nur geringfügige Kostenunterdeckung zu beseitigen wäre, sondern dass für die Gesamtheit der Produktpalette – wie sie sich auch im Mischungsverhältnis in der Realität darstellt – sichergestellt ist, dass ein effizientes Unternehmen einen alternativen (technologieneutralen) VDSL-Anschluss unterhalb der dem Kontingentmodell zugrunde liegenden (vergleichbaren) Kosten realisieren kann.

Bei den mit der Tarifanzeige vorgelegten eigenen Berechnungen der Betroffenen zum Kosten-Kosten-Scheren-Test hat diese weitestgehend auf die entsprechenden Prüfungsergebnisse der Beschlusskammer im Rahmen des Anordnungs- und Genehmigungsverfahrens von Zugangsleistungen im MFG-Vorleistungsbereich zurückgegriffen,

vgl. Beschluss BK 3a-11/009 vom 02.11.2011, S. 59,

und die dort ausgewiesenen Werte nur insoweit modifiziert, als sie höhere Anschlusszahlen pro MFG – so insbesondere wegen potenziell vorhandener Migrationschancen für ADSL-Kunden – gegenüber den Prämissen der vorgenannten Entscheidung unterstellt. Danach sinken die prognostizierten monatlichen Kosten für die Bereitstellung eines alternativen VDSL-Anschlusses um 1,45 € auf 19,53 € gegenüber dem von der Beschlusskammer seinerzeit errechneten Wertansatz in Höhe von 20,98 €.

Nach Überzeugung der Beschlusskammer – aber auch entsprechend der Sichtweise verschiedener Beigeladener – ist demgegenüber eine ausschließliche Beschränkung auf die reine „KVz-Kollokation“ nicht sachgerecht, denn auch mittels HVT-Kollokation in den Nachbereichen sowie mittels Schaltverteilererschließungen lassen sich in der Regel alternative VDSL-Anschlüsse realisieren. Die Beschlusskammer hat insoweit auch die beiden letztgenannten Technikvarianten konsequenterweise in ihre Gesamtbetrachtung mit einbezogen.

3.1.2.1.1.4.1.2.1 Kosten des MFG-Nachfragers (KVz-Kollokation)

Bezüglich der monatlichen Kosten eines MFG/KKA-Nachfragers kann überwiegend auf die Angaben des Verfahrens BK3a-11/009 zurückgegriffen werden. Aufgrund der nun längeren Kundenbindungsdauer von 50,21 Monaten sind jedoch die auf Monatswerte umzulegenden Einmalentgelte für die Bereitstellung und Kündigung anzupassen. Im Ergebnis sinken die monatlichen Kosten für die Einmalentgelte (auf Basis der KVz-TAL) von 1,75 € auf 1,37 €.

Weiterhin ergab sich aus dem Rücklauf der Marktabfrage, dass die Kosten für DSLAM/Splitterports bisher eher überschätzt wurden und nunmehr zu reduzieren sind. Hinsichtlich der VDSL-Portpreise waren die im Rahmen der Marktabfrage ermittelten Daten (bei nur geringen Rücklauf) jedoch nur eingeschränkt verwertbar. Die vorliegenden Werte zeigen in Richtung relativer Preisanpassungen von ADSL- und VDSL-Portpreisen. Um hier die Kosten weder zu über- aber auch nicht zu unterschätzen, hat die Beschlusskammer nach pflichtgemäßem Ermessen mit 2,00 € je Monat und Kunde (gegenüber 2,44 € im Verfahren BK3a-11/009) einen eher konservativen Ansatz gewählt.

Die Marktabfrage hat ebenfalls einen verbesserten Einblick in die Transportkosten des Konzentratornetzes ermöglicht. Den nun gesunkenen Kosten stehen speziell für VDSL-Anschlüsse höhere genutzte Bandbreiten gegenüber. Wegen des ersichtlichen Ausgleichs dieser beiden Effekte hat die Beschlusskammer diesen Kostenwert unverändert bei 4,00 € pro Anschluss und Monat belassen.

Im Rahmen der Kalkulation ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass auch ADSL-Kunden als Neukunden am MFG angeschlossen werden können. Dies führt zu einer verbesserten Auslastung des DSLAM/MSAN und bei in diesem Falle lediglich erforderlicher Anmietung der KVz-TAL auch zu Kostenersparnissen des Wettbewerbers. Dem steht allerdings entgegen, dass eine Migration bereits vorhandener Kunden zwar grundsätzlich möglich erscheint, dies jedoch aufgrund zusätzlicher Kosten u.a. für TAL-Einmalentgelte oder einen Rückbau von Kollokationsflächen nicht unmittelbar Kosten senkend wirken dürfte. Die vorgenannte Fallkonstellation wird somit nicht weiter berücksichtigt.

Die Ergebnisse im Überblick:

Monatliche Kosten eines MFG/KKA Nachfragers	
Bereitstellung/Kündigung	1,37 €
Überlassung KVz-TAL	7,17 €
Kosten DSLAM/Splitter	2,00 €
Transport Konzentratornetz	4,00 €
Zugang KKA (50%)	1,83 €
Zugang DF (50%)	1,22 €
Kollokation MFG	2,57 €
Summe	20,16 €

3.1.2.1.1.4.1.2.2 Kosten bei HVT-Kollokation im Nahbereich

Die Kosten für ein VDSL-Angebot im HVT-Nahbereich zeichnen sich dadurch aus, dass im Gegensatz zum MFG-Nachfrager eine komplette TAL angemietet werden muss, für welche anteilige Kollokationskosten am HVT zu berücksichtigen sind. Es entfallen jedoch die Kosten für die Kollokation im MFG sowie Kosten für den Zugang zu den KKA oder der unbeschalteten Glasfaser.

Die Kosten für Kollokation am HVT wurden auf Basis der neuen Marktabfrage modifiziert. Entsprechend der vorliegenden Daten steigt die Anzahl der TAL pro HVT und Wettbewerber nur noch geringfügig gegenüber den zuletzt vorliegenden Zahlen. Diesem kostendämpfenden Effekt stehen indes höhere Kosten insbesondere für die Raumluftechnik gegenüber. Im Ergebnis ermittelt sich ein Wert in Höhe von 0,91 € je TAL (gegenüber 0,82 € im Verfahren BK3c-11/003 zu den TAL-Überlassungsentgelten).

Die Ergebnisse im Überblick:

Monatliche Kosten eines Nachfragers im HVt-Nahbereich	
Bereitstellung/Kündigung	1,39 €
Überlassung TAL	10,08 €
Kosten DSLAM/Splitter	2,00 €
Transport Konzentratornetz	4,00 €
Kollokation am HVt	0,91 €
Summe	18,38 €

3.1.2.1.1.4.1.2.3 Kosten für Anschlussrealisierung mittels Schaltverteiler

Die Beschlusskammer hat im Rahmen ihrer aktuellen Marktabfrage auch Daten mit dem Ziel erhoben, jene Kosten abschätzen zu können, welche einem Wettbewerber bei der Erschließung von Schaltverteiler entstehen, um auf dieser technologischen Plattform VDSL-Leistungen erbringen zu können. Bei der Kostenbetrachtung waren insbesondere die Einmalkosten zur Erstellung eines SV (Gehäuse, Technik, Anbindung an Stromversorgung, ggf. Klimatechnik, etc.), die Kosten für die Zuführung (per Glasfaser, etc., inkl. Tiefbau) sowie die monatliche Betriebskosten abzuschätzen. Trotz eingeschränkter Datenbasis – so werden die ermittelten Werte nur von einzelnen Abfrageergebnissen getragen – erscheint indes dennoch eine plausible Kostenabschätzung möglich.

Für die Annualisierung von Einmalbeträgen und Investitionswerten wurde – wie bereits vorstehend ausgeführt – der maßgebliche kalkulatorische Zinssatz von 7,11 % verwendet. Die ökonomische Nutzungsdauer der Schaltverteiler war analog zu den MFG mit 20 Jahren zu bemessen. Im Übrigen wurde die prognostizierte Auslastung der Schaltverteiler – also der Anteil der geschalteten Anschlüsse – gegenüber den vorliegenden Unternehmensangaben aus Effizienzgründen geringfügig auf 75 % erhöht.

Unter diesen Annahmen ermittelt sich für die Herstellungs- und Anschlusskosten bei der Anschlussrealisierung mittels Schaltverteiler ein Wertansatz in Höhe von 6,48 € je Kunde und Monat. Da nicht sicher zu bestimmen ist, ob in den annualisierten Investitionswerten die notwendigen Ports für ADSL oder VDSL bereits enthalten sind, werden entsprechende Kosten im Rahmen einer konservativen Schätzung ebenfalls angesetzt. Hinzuzurechnen sind desweiteren monatliche Betriebskosten von ca. 0,79 € je Kunde/Monat, die monatlichen Kosten für die Überlassung der Schaltverteiler-TAL sowie die annualisierten Einmalentgelte für Bereitstellung/Kündigung dieser TAL,

zu den beiden letztgenannten Kostenpositionen vgl. Beschluss BK 3a-11/004 vom 31.03.2011, S.7.

Die Ergebnisse im Überblick:

Monatliche Kosten eines Schalterverteiler-Nachfragers	
Bereitstellung/Kündigung	1,37 €
Überlassung SV-TAL	8,01 €
Kosten DSLAM/Splitter	2,00 €
Transport-Konzentratornetz	4,00 €
Herstell- und Anschlusskosten SV	6,48 €
Betriebskosten SV	0,79 €
Summe	22,65 €

3.1.2.1.1.4.1.3 Ergebnis der Kostenbetrachtung

Die vorgenannten Kostenwerte für die unterschiedlichen technischen Erschließungsvarianten waren in einem abschließenden Schritt zu gewichten und den für den Kontingentbezug ermittelten Vorleistungskosten gegenüber zu stellen. Der daraus resultierende durchschnittliche Gesamtkostensatz entspricht der technologieutralen Eigenrealisierung von VDSL-Anschlüssen durch alternative Anbieter.

Das letztlich seitens der Beschlusskammer herangezogene Mischungsverhältnis von 60 % Anschlüssen über MFG-Erschließung sowie 35 % bzw. 5 % Anschlüssen über HVT-Kollokation im Nahbereich (respektive über Schaltverteilererschließungen) basiert zum einen auf Angaben der Antragstellerin und wird zum anderen von der prognostischen Einschätzung der potentiell technologisch zu realisierenden Anschlusszahlen getragen.

Bei Ansatz des vorgenannten Mischungsverhältnisses errechnet sich ein durchschnittlicher Gesamtkostensatz in Höhe von 19,66 € pro bereitzustellendem VDSL-Anschluss. Dieser Wert liegt damit um 0,12 € bis 0,42 € über dem aus dem Kontingentmodell resultierenden Stückpreis.

Entgegen der Betrachtungsweise der Betroffenen im Rahmen ihrer Tarifanzeige ist im Übrigen bei Durchführung des KKS-Tests kein weiteres Mischungsverhältnis von Kontingentfällen und zusätzlichen Anteilen des Standardpreismodells bei Vergleich mit den durchschnittlichen Kosten der Eigenrealisierung von VDSL-Anschlüssen durch alternative Anbieter angezeigt. Zwar würde dies – je nach den jeweiligen unterstellten Anteilen – ggf. zu einer Auflösung der KKS führen.

Demgegenüber ist bei sachlich korrekter Betrachtungsweise allerdings nur der direkte Kostenvergleich zu den aus dem Kontingentmodell resultierenden Bezugskonditionen gerechtfertigt. Denn alternative Anbieter können hinsichtlich ihrer Vorleistungskosten eben nicht auf einen teilweisen Vergleich mit einem höher bepreisten Wholesale-Produkt verwiesen werden. Sie müssen vielmehr in der Lage sein, VDSL-Anschlüsse auf Basis der durchschnittlichen Kosten aus dem Kontingentmodell realisieren zu können. Da die bezogenen Mindestkontingente nach vertraglicher Vorsehung darüber hinaus ohnehin eine Verschiebung von Anschlüssen zwischen den regionalen Einzelkontingenten zulassen, ist der Beschlusskammer im Übrigen auch gar nicht offensichtlich, weshalb Vertragspartner des Kontingentmodells überhaupt noch weitere Bestellungen über das Standardpreismodell bei der Betroffenen tätigen sollten.

3.1.2.1.1.4.2 Nachbildbarkeit der Preise nach Vertragsabschluss

Sobald ein Nachfrager die Zusatzvereinbarung zum Kontingentmodell unterzeichnet und die fällige Upfront-Zahlung geleistet hat, verschieben sich für ihn im Vergleich zur Lage vor Vertragsunterzeichnung einige Entscheidungsparameter. Denn nun sind auch die Opportunitätskosten im Blick zu behalten, die durch den Verfall von Einmalzahlungen und den Entgang günstiger Überlassungsentgelte entstehen. Im Ergebnis wird es für den Bitstrom-Nachfrager noch unattraktiver, auf Bitstrom-Angebote dritter Unternehmen zu wechseln oder auf eine Eigenrealisierung umzuschwenken.

Die Verschiebung der Entscheidungsparameter lässt sich am Ehesten anhand eines Beispielfalls nachzeichnen. Dieser Beispielfall soll die ökonomischen Anreize verdeutlichen, welche sich nach Abschluss der Zusatzvereinbarung ergeben. Die Beschlusskammer stellt damit aber nicht fest, dass sich der gerechnete Fall mit den zugrunde gelegten Annahmen in Zukunft genauso einstellen wird.

Die Beispielsrechnung bildet die Kalkulation eines Bitstrom-Nachfragers unter folgenden Annahmen nach:

- Der Bitstrom-Nachfrager hat die Zusatzvereinbarung über das Kontingentmodell abgeschlossen und dabei das bundesweite Mindestkontingent über 420.000 Anschlüsse gebucht.
- Kurze Zeit nach Beginn der Kontingentlaufzeit entschließt sich der Nachfrager zu einem teilweisen Selbstausbau in Anschlussbereichen, die auch in seinem Kontingent enthalten sind. Ihm gelingt es, ab dem 25. Monat nach Beginn der Kontingentlaufzeit peu à peu 50.000 selbsterstellte FTTX-Anschlüsse an Endkunden bzw. Vorleistungsnachfrager zu vermarkten.
- Da nach übereinstimmender Auffassung der Beteiligten das Kontingent von 420.000 Anschlüssen (frühestens) nach acht Jahren ausgeschöpft sein dürfte, wird davon ausgegangen, dass nach Abzug der 50.000 selbsterstellten Anschlüsse nach acht Jahren nur 370.000 Anschlüsse im Kontingentmodell geschaltet sein werden. Unter Zugrundelegung der – eher optimistischen – Annahmen der Betroffenen zu einem linearen Hochlauf bedeutet dies, dass nach 24 Monaten 105.000 Anschlüsse erreicht sind, danach aber – bis zum 96. Monat – nur noch ein linearer Hochlauf auf 370.000 Anschlüsse erfolgt, d.h. statt monatlich 4.375 werden nun nur noch ca. 3.685 Anschlüsse geschaltet.
- Die Eigenrealisierung läuft ebenfalls linear ab dem 25. Monat bis zum 96. Monat auf 50.000 Anschlüsse hoch (monatlich 690 Anschlüsse).

Unter den vorgenannten Annahmen ergibt sich, dass sich die geleisteten Upfrontzahlungen auf weniger Anschlüsse (265.000 statt 315.000) verteilen. Die monatlich kalkulatorisch zu berücksichtigenden Kosten der Upfront-Zahlung erhöhen sich um ca. 0,90 € von 4,80 € auf 5,70 € pro im Kontingentmodell tatsächlich abgenommenem Anschluss und Monat. Über alle durchschnittlich 3.685 neuen monatlich geschalteten Kontingentanschlüsse sind dies 3.312 € ($3.685 \times 0,9$ €) pro Monat. Bei einer derartigen Verteilung lohnt es sich für das Unternehmen nach wie vor nicht, das Kontingentmodell insgesamt zu kündigen und in das reguläre Preismodell überzuwechseln.

In der vom planenden Unternehmen angestellten Vergleichsrechnung wäre der Differenzbetrag von 3312 € allerdings letztlich von den in Eigenrealisierung erstellten Anschlüssen zu tragen. Denn das Risiko, dass die damit dem Kontingentmodell vorenthaltenen Anschlüsse erst später bzw. – wie in der Beispielsrechnung angenommen – überhaupt nicht durch andere Anschlüsse ersetzt werden können, wird allein durch den Schwenk auf die Eigenrealisierung verursacht. Der vorgenannte Differenzbetrag verteilt sich auf die 690 Anschlüsse, so dass sich genau wieder die Höhe der Upfrontzahlung von 4,80 € pro Anschluss und Monat ergibt. Bei den dargestellten 4,80 € pro Anschluss und Monat handelt es sich um diejenigen Opportunitätskosten, welche ein Unternehmen zusätzlich berücksichtigen muss, wenn es

über eine etwaige Eigenrealisierung oder einen Wechsel des Bitstrom-Anbieters nachdenkt. Würde man – wie im Rahmen der Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung geschehen – von einem exponentiellen Hochlauf ausgehen, würden sich diese Kosten noch weiter erhöhen.

Die zu den ohnehin entstehenden Kosten einer Eigenrealisierung hinzutretenden Opportunitätskosten führen allerdings zu derart hohen Gesamtkosten, dass eine Eigenrealisierung oder ein Umschwenken auf Bitstrom-Angebote dritter Unternehmen prohibitiv teuer werden würde.

3.1.2.1.1.4.3 Ergebnis

Die von der Betroffenen im Rahmen des Kontingentmodells verlangten effektiven Preise sind für Dritte nicht nachbildbar. Dies gilt bereits vor Vertragsschluss, erst recht aber nach Vertragsschluss.

3.1.2.1.1.5 Fazit

Die von der Betroffenen im Rahmen des Kontingentmodells geforderten Entgelte beeinträchtigen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise. Sie sind nämlich objektiv geeignet, die Verhältnisse auf dem Layer-3-Bitstrommarkt nachteilig zu beeinflussen und damit einen Zustand herbeizuführen, der erfahrungsgemäß zu Risiken für den allgemeinen Wettbewerb führt. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen hält die Beschlusskammer es für hinreichend wahrscheinlich, dass das von der Betroffenen angezeigte Rabattmodell investitionswillige Unternehmen vom NGA-Ausbau zumindest in den vom Vertrag umfassten Städten und Regionen abhalten und ein entsprechendes Angebot hochbreitbandiger Bitstrom-Anschlüsse unterbinden würde.

Einer zusätzlichen Untersuchung, ob das Kontingentmodell darüber hinaus auch noch – wie von verschiedenen Beigeladenen vorgetragen – die Wettbewerbsmöglichkeiten von Unternehmen, die ADSL-IP-BSA-Anschlüsse auf HVT-TAL-Basis anbieten, erheblich beeinträchtigt, bedarf es nicht. Bereits aufgrund der vorstehenden Ausführungen steht fest, dass das angezeigte Modell jedenfalls wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkungen auf dem Layer-3-Bitstrommarkt entfaltet.

3.1.2.1.2 Resale- und Endnutzermärkte

Ebenfalls in erheblicher Weise beeinträchtigt werden von den Entgelten des Kontingentmodells die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem Resalemarkt und dem Endnutzermarkt für breitbandige Festnetzanschlüsse einschließlich Internetnutzung.

Bei den vorgenannten Märkten handelt es sich um Telekommunikationsmärkte im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG. Wie die Märkte genau abzugrenzen sind und ob die Betroffene auf diesen über beträchtliche Marktmacht verfügt, kann indessen offen bleiben. Denn jedenfalls bestehen aufgrund des Vertikalverhältnisses zwischen vorgelagertem Layer-3-Bitstromzugangsmarkt und nachgelagerten Resale- und Endnutzermärkten hinreichend enge Verbindungen zwischen dem beherrschten Markt und den Drittmärkten, um Drittauswirkungen relevant werden zu lassen,

zum Erfordernis des hinreichenden Zusammenhangs zwischen verschiedenen Märkten vgl. EuG, Urteil T-219/99 vom 17.12.2003, Rz. 127 – British Airways, mit Verweis auf EuGH, Urteil 6/73 und 7/73 vom 06.03.1974, Rz. 22 – Commercial Solvents, und Urteil 311/84 vom 03.10.1985, Rz. 26 – CBEM; siehe auch BVerwG, Urteil 6.C 18.09 vom 20.10.2010.

Beträchtliche Marktmacht im Sinne der §§ 10 und 11 TKG muss auf den betroffenen Drittmärkten auch nicht mit Blick auf das Gesamtsystem und den Zweck der Marktregulierung nachgewiesen werden,

vgl. zu diesem Erfordernis bei der entgegen gesetzten Konstellation (Auswirkungen von Handlungen auf einem nicht regulierten Markt auf einen regulierten Telekommunikationsmarkt) BVerwG, Urteil 6 C 21.06 vom 18.04.2007, Rz. 17ff.

Denn vorliegend geht es darum, den – in Art. 17 Abs. 1 lit. b) Universaldienstrichtlinie und § 39 Abs. 1 TKG zum Ausdruck kommenden – Vorrang der Vorleistungsmarktregulierung vor der Endnutzermarktregulierung dadurch zu konkretisieren, dass drittwirkende Verhaltensweisen auf einem regulierten Vorleistungsmarkt ohne eine unmittelbare Regulierung der nachgelagerten Resale- und Endnutzermärkte unterbunden werden.

Die festgestellte faktische Bindung der Nachfrager an das Kontingentmodell der Betroffenen würde es dritten Anbietern verwehren, FTTX-Infrastrukturen auszubauen und entsprechende FTTX-Resale- und Endnutzerangebote zu unterbreiten. Die Bindung wird bislang bitstrombasiert arbeitende Unternehmen aber auch davon abhalten, in von ihnen ausgewählten Anschlussbereichen auf eine Eigenrealisierung von FTTX-Anschlüssen umzuschwenken, dadurch einen weiteren Teil der Wertschöpfungskette in eigener Verantwortung zu erbringen und so durch eine größere Kostenkontrolle wettbewerbsfähigere Angebote auf dem Resale- oder Endnutzermarkt zu platzieren. Der Aufstieg auf der Investitionsleiter und die Konkurrenzfähigkeit der jeweiligen Anbieter würden zugunsten der ebenfalls auf diesen Märkten tätigen Betroffenen gehemmt. Letztlich übertrüge die Betroffene mit dem angezeigten Kontingentmodell ihre Marktmacht vom Vorleistungsmarkt auf die nachgelagerten Resale- und Endnutzermärkte.

3.1.2.2 Keine sachliche Rechtfertigung

Die Betroffene weist keine Tatsachen nach, die die festgestellten erheblichen Beeinträchtigungen der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter von VDSL-IP-Bitstrom-Anschlüssen und von breitbandigen Resale- und Endnutzeranschlüssen sachlich rechtfertigen.

Über die Frage der sachlichen Rechtfertigung ist im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele, insbesondere des chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) zu entscheiden,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 47.06 vom 18.12.2007, Rz. 31 (juris), BVerwG, Urteil 6 C 6.00 vom 25.04.2001, Rz. 58 (juris), BVerwG, Urteil 6 C 20.02 vom 03.12.2003, Rz. 56 (juris), und BVerwG, Urteil 6 C 1.03 vom 21.01.2004, Rz. 63 (juris).

In die Abwägung einzubeziehen sind dabei namentlich die Wertungen, welche in Nr. 35 i.V.m. Anhang I Nr. 8 der Empfehlung 2010/572/EU der Kommission (NGA-Empfehlung), veröffentlicht im ABI. EU 2010, Nr. L 251/35, enthalten sind. Die Bundesnetzagentur trägt dieser Empfehlung gemäß Art. 19 Abs. 1 Rahmenrichtlinie bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben weitestgehend Rechnung. Im vorliegenden Fall besteht kein Anlass, von der Empfehlung abzuweichen.

3.1.2.2.1 Vorgaben der NGA-Empfehlung

Nach Nr. 35 i.V.m. Anhang I Nr. 8 Abs. 2 der NGA-Empfehlung sollte ein Mengenrabatt – wie er hier grundsätzlich vorliegt, siehe auch Ziffer 3.1.2.2.2.1 – von den nationalen Regulierungsbehörden nur unter den folgenden Bedingungen zugelassen werden.

Erstens (lit. a) ist sicherzustellen, dass es nur eine Rabatthöhe pro Gebiet gibt, das von der Regulierungsbehörde unter Berücksichtigung der nationalen Gegebenheiten und der Netzarchitektur in angemessener Größe festgelegt wird und das gleichermaßen für alle Zugangsinteressenten gilt, die im betreffenden Gebiet mindestens die Leitungsmenge kaufen wollen, ab der der Rabatt zu gewähren ist. Nach Abs. 1 S. 5 bedeutet dies, dass nur eine Rabatthöhe genehmigt werden sollte, die für alle zulässigen Betreiber den gleichen Preis pro Zugangsleitung vorsieht.

Zweitens (lit. b) soll der Mengenrabatt nur die Risikominderung für den Investor widerspiegeln, also – wie Erwägungsgrund 25 der NGA-Empfehlung präzisiert – die tatsächliche Verringerung des Investitionsrisikos. Dabei sollte der Rabatt nach Abs. 1 S. 8 mit zunehmender Deckung der Gesamtnachfrage auf der Endkunden- und Vorleistungsebene abnehmen.

Drittens (lit. c) soll über einen angemessenen Zeitraum eine hinreichende Gewinnspanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen bestehen, die einem effizienten Wettbewerber den Markteintritt ermöglicht. Derart soll – wie es in Abs. 1 S. 6 heißt – der Notwendigkeit Rechnung getragen werden, eine Marktstruktur mit einer ausreichenden Zahl zulässiger Betreiber aufrecht zu erhalten, damit ein wirksamer Wettbewerb gewahrt bleibt.

Anhang I Nr. 6 Abs. 4 S. 5 der NGA-Empfehlung hält schließlich fest, dass aufgrund der geringeren Risiken Mengenrabatte bei FTTC/VDSL-Investitionen grundsätzlich nicht zugelassen werden sollten.

Von den vorgenannten Bedingungen ist im hiesigen Fall keine einzige erfüllt.

Zum einen handelt es sich bei dem im Kontingentmodell enthaltenen Rabatt nicht um einen standardisierten einstufigen Rabatt, sondern vielmehr um einen individuellen gleitenden Rabatt. Der effektive Preis pro Anschluss hängt nämlich nicht nur von der insgesamt abgenommenen Anschlussmenge, sondern auch von der individuellen Kontingentgröße und von der individuellen Schnelligkeit bei der Ausschöpfung des vereinbarten Kontingents ab.

Zum anderen werden vorliegend keine Investitionsrisiken abgegolten. Die Investitionen in das FTTC/VDSL-Netz der Betroffenen sind bereits seit 2006 beginnend getätigt und mittlerweile weitgehend abgeschlossen worden. Zwar sind nach Ziffer 3. der Zusatzvereinbarung Ergänzungen des Vertrags um neue NGA-Anschlüsse der Betroffenen möglich. Das Kontingentmodell ist aber nicht um dieser Ergänzungen willen aufgelegt worden. Der eindeutige Schwerpunkt des Kontingentmodells liegt auf der Vermarktung bereits verlegter FTTC-Infrastrukturen.

Ferner ist – wie unter Ziffer 3.1.2.1.1.4 gezeigt – nicht sichergestellt, dass über einen angemessenen Zeitraum eine hinreichend Gewinnspanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen besteht, die einem effizienten Wettbewerber den Markteintritt ermöglicht.

Schließlich handelt es sich hier auch um Rabatte für FTTC (Fibre to the Node, entspricht FTTC=Fibre to the Curb)-basierte VDSL-Anschlüsse, für welche Mengenrabatte nach Anhang I Nr. 6 Abs. 4 S. 5 der NGA-Empfehlung grundsätzlich nicht zugelassen werden sollten.

Das Kontingentmodell entspricht damit nicht den Vorgaben der NGA-Empfehlung. Es ist danach unzulässig.

3.1.2.2.2 Kein Abweichen von der NGA-Empfehlung

Es besteht vorliegend auch kein Grund, von den vorgenannten Wertungen der NGA-Empfehlung abzuweichen. Eine solche Abweichung ließe sich allenfalls begründen, sofern sie sich auf sonstige, namentlich in der europäischen Rechtsprechung zu Rabattsystemen ausgebildete Grundsätze – in denen sich die Regulierungsziele nach § 2 TKG wiederfinden lassen – stützen könnte. Auch nach diesen Grundsätzen ist allerdings eine Rechtfertigung nicht ersichtlich.

3.1.2.2.2.1 Rabatte in der europäischen Rechtsprechung

Die europäische Rechtsprechung zur wettbewerblichen Beurteilung von Rabattsystemen hat sich namentlich in der Auseinandersetzung mit nach Art. 102 AEUV bzw. deren Vorgängernormen geführten Missbrauchsverfahren entwickelt.

Nach gefestigter Rechtsprechung verstößt jedenfalls ein Treuerabatt als Gegenleistung dafür, dass sich der Kunde verpflichtet, ausschließlich oder fast ausschließlich bei einem Unternehmen in beherrschender Stellung einzukaufen, gegen das Missbrauchsverbot. Ein sol-

cher Rabatt dient nämlich dazu, die Kunden durch die Gewährung finanzieller Vorteile vom Bezug bei konkurrierenden Herstellern abzuhalten. Wie auch in dem Fall eines Rabattes, der an die Verwirklichung eines Abnahmeziels geknüpft ist, wird dabei letztlich eine missbräuchliche Marktabschottung bewirkt.

Bei Mengenrabattsystemen, die ausschließlich an den Umfang der bei einem Unternehmen in beherrschender Stellung getätigten Käufen anknüpfen, wird dagegen im Allgemeinen davon ausgegangen, dass sie keine verbotenen Abschottungswirkungen haben. Bei Mengenrabatten wird nämlich angenommen, dass sie den Zugewinn an Effizienz und Größenvorteilen widerspiegeln, die vom Unternehmen in beherrschender Stellung erzielt werden.

Folglich verstößt ein Rabattsystem, bei dem sich die Höhe des Nachlasses nach Maßgabe der Abnahmemenge erhöht, nicht gegen das Missbrauchsverbot, es sei denn, die Kriterien und Modalitäten, nach denen der Rabatt gewährt wird, lassen erkennen, dass das System nicht auf einer wirtschaftlich gerechtfertigten Gegenleistung beruht, sondern wie ein Treue- und Zielrabatt die Kunden vom Bezug bei konkurrierenden Herstellern abhalten soll.

Um zu bestimmen, ob ein Mengenrabattsystem missbräuchlich ist, müssen mithin sämtliche Umstände, insbesondere die Kriterien und Modalitäten der Rabattgewährung, berücksichtigt werden, und es ist zu prüfen, ob die Rabatte darauf abzielen, dem Abnehmer durch die Gewährung eines Vorteils, der nicht auf einer ihn rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruht, die Wahlmöglichkeit hinsichtlich seiner Bezugsquellen zu nehmen oder einzuschränken, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, gegenüber Handelspartnern bei gleichwertigen Leistungen unterschiedliche Bedingungen anzuwenden oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken,

so EuG, Urteil T-203/01 vom 30.09.2003, Rz. 56ff. – Michelin II, anknüpfend an EuGH, Urteil 322/81 vom 09.11.1983, Rz. 70ff. – Michelin I; siehe auch EuGH, Urteil C-163/99 vom 29.03.2001, Rz. 48ff. – Portugiesische Flughäfen, EuGH, Urteil C-95/04P vom 15.03.2007, Rz. 61ff. – British Airways, EuG, Urteil T-57/01 vom 17.12.2009, Rz. 316ff. – Solvay, und EuG, Urteil T-155/06 vom 09.09.2010, Rz. 210ff. – Tomra.

Nach diesen Maßgaben ist vorliegend keine sachliche Rechtfertigung für die festgestellten erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu entdecken.

Ohne eine abschließende Zuordnung des Kontingentmodells zu den oben genannten Rabatttypen vornehmen zu wollen – möglicherweise lässt sich das Modell am Ehesten als individueller Mengenrabatt mit Treue- und Zielrabattelementen charakterisieren –, ist jedenfalls mit den Ausführungen unter Ziffer 3.1.2.1 nachgewiesen worden, dass die Rabatte des Kontingentmodells zumindest darauf abzielen, dem Abnehmer durch die Gewährung eines Vorteils die Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Bezugsquellen zu nehmen oder einzuschränken und den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren. Dabei ist unter einem „Abzielen“ im Sinne der europäischen Rechtsprechung die Eignung zur Auslösung der genannten Folgen zu verstehen,

siehe EuGH, Urteil 322/81 vom 09.11.1983, Rz. 85 – Michelin I, EuGH, Urteil C-95/04P vom 15.03.2007, Rz. 68 – British Airways, und EuG, Urteil T-57/01 vom 17.12.2009, Rz. 338 – Solvay.

Darüber hinaus ist, wie im Folgenden gezeigt wird, keine wirtschaftliche Leistung ersichtlich, welche die Vorteilsgewährung und Nachfragerbindung rechtfertigen könnte.

3.1.2.2.2 Keine Abgeltung einer bestimmten wirtschaftlichen Leistung

Die vom Kontingentmodell bewirkte Vorteilsgewährung und Nachfragerbindung gelten keine bestimmte wirtschaftliche Leistung der Betroffenen ab. Es werden weder bloße Skalenvorteile und Effizienzgewinne weitergegeben noch Investitionsrisiken oder berechnete Risiken einer Markteinführung geteilt.

Von vornherein nicht als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt das pure Bedürfnis der Betroffenen, mehr Anschlüsse zu verkaufen und ihre Produktionskapazitäten auszulasten,

vgl. EuGH, Urteil 322/81 vom 09.11.1983, Rz. 85 – Michelin I, und EuG, Urteil T-57/01 vom 17.12.2009, Rz. 334f. – Solvay.

Die Vorteilsgewöhnung lässt sich aber auch nicht darauf stützen, dass vorliegend allein Skalenvorteile und Effizienzgewinne der Produktion weitergegeben würden,

vgl. zu diesem Rechtfertigungsgrund EuG, Urteil T-203/01 vom 30.09.2003, Rz. 98 – Michelin II.

Abgesehen davon, dass die Betroffene selbst derartiges nicht behauptet, widerspricht bereits das im Kontingentmodell enthaltene Risikoelement in Gestalt des drohenden Verfalls von Einmalzahlungen dem Gedanken einer bloßen Teilhabe an Größenvorteilen.

Die Vorteilsgewöhnung kann ferner nicht damit begründet werden, dass so die mit einer Neuerrichtung von NGA-Infrastrukturen verbundenen Risiken zwischen den Vertragsparteien geteilt würden. Die Beschlusskammer steht derartigen Risikoteilungsmodellen – das soll hier ausdrücklich betont werden – aufgeschlossen gegenüber. Vorliegend geht es aber gerade nicht um eine Vermarktung neu zu errichtender NGA-Infrastrukturen. Vielmehr handelt es sich – wie unter Ziffer 3.1.2.2.1 dargelegt – um den Vertrieb von bereits seit Jahren bestehenden Anschlüssen. Da es sich nicht um Neuinvestitionen handelt, muss im Übrigen nicht weiter untersucht werden, ob und inwieweit mit einer solchen Investition überhaupt beachtliche Risiken verbunden wären. Sowohl die NGA-Empfehlung der Kommission als auch ein für die Bundesnetzagentur erstelltes Gutachten zur Zinsfestlegung gehen jedenfalls davon aus, dass es bei der Neuerrichtung von FTTC/VDSL-Netzen keine über dem sonstigen Marktdurchschnitt liegenden Risiken gebe,

vgl. Anhang I Nr. 6 Abs. 4 S. 5 NGA-Empfehlung und Prof. Richard Stehle, Wissenschaftliches Gutachten zur Ermittlung des kalkulatorischen Zinssatzes, der den spezifischen Risiken des Breitbandausbaus Rechnung trägt, vom 24.11.2010, S. 14f.

Des Weiteren greift auch nicht der von der Betroffenen hervorgehobene Markteinführungsgedanke durch. Zwar können nach der von ihr zum Beleg herangezogenen Rz. 61 der Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen (Vertikalleitlinien) vom 19.05.2010, veröffentlicht im ABl. EU 2010, Nr. C 130/1, bei Einführung eines neuen Produkts selbst Kernbeschränkungen (etwa Alleinvertriebsvereinbarungen) zulässig sein. Die Wertungen der Vertikalleitlinien, die an sich für Auslegungsfragen im Rahmen des europäischen Kartellverbots nach Art. 101 AEUV gedacht sind, können im Wege der Analogie auch durchaus auf die Beurteilung von Verhaltensweisen nach Art. 102 AEUV (und entsprechender mitgliedstaatlicher Missbrauchsverbote) übertragen werden,

vgl. Beschluss BK 3c-08/004 vom 13.05.2008, S. 13, unter Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss VI-2 Kart 1/06 (V) und 2 Kart 1/06 (V) vom 20.06.2006, Rz. 101 (juris).

Die genannte Rz. 61 Vertikalleitlinien hat allerdings die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen zum Gegenstand, welche innerhalb von zwei Jahren nach erstmaliger Einführung des fraglichen Produktes getroffen werden und dem Schutz der Händler vor gestrandeten Marketinginvestitionen dienen. Vorliegend kann indes keine Rede von einer solchen Markteinführungsphase sein. Im Netz der Betroffenen geschaltete VDSL-Anschlüsse werden bereits seit 2006 von ihr selbst und seit 2009 zusätzlich von Dritten vertrieben. Zudem ist nicht ersichtlich, dass Bitstrom-Nachfrager zum Auftritt auf den Endkundenmärkten nur unter der Bedingung bereit sind, dass sie von der Betroffenen – per Kontingentmodell – vor Trittbrettfahrern geschützt werden.

Nicht anders zu beurteilen ist letztlich auch die von der Betroffenen geltend gemachte Idee einer nachgeholt Markteinführungsphase. Die Betroffene beruft sich hierbei auf Rz. 108 S. 1 Vertikalleitlinien. Nach dieser Bestimmung sind vertikale Vereinbarungen unter bestimmten Voraussetzungen geeignet, einen Beitrag zur Erzielung von Effizienzgewinnen und zur Erschließung neuer Märkte zu leisten, der etwaige negative Auswirkungen aufwiegen könne.

Im vorliegenden Fall soll es sich nach Ansicht der Betroffenen insofern um eine Erschließung neuer Märkte handeln, als das Kontingentmodell die bisher nicht vorhandene Nachfrage nach Anschlüssen mit höheren Bandbreiten anrege. Mit dem Erreichen einer kritischen Menge von Anschlüssen entstehe dann auch Potenzial für Infrastrukturinvestitionen alternativer Anbieter.

Die Beschlusskammer vermag sich diesem Vortrag der Betroffenen aus verschiedenen Gründen nicht anzuschließen. Zum einen hebt die Betroffene selbst hervor, dass das Kontingentmodell Telekommunikationsnetzbetreibern die Möglichkeit verschaffe, Anschlusskunden anzusprechen, die ohne die Möglichkeit eines VDSL-Angebots derzeit überwiegend von Kabelnetzbetreibern gebunden würden. Eine Marktbelebung findet derzeit also bereits durch das Wirken der Kabelnetzbetreiber statt. Dementsprechend ist auch ein Wachstum der von den Endkunden durchschnittlich gebuchten Bandbreite zu beobachten. Ende 2011 verfügten bereits 34% aller geschalteten Breitbandanschlüsse über eine Bandbreite von 10 MBit/s und mehr im Downloadbereich,

vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2010/2011, S. 79.

Vor diesem Hintergrund ist ferner nicht ersichtlich, weshalb zum Anschlag des VDSL-Vertriebs nicht auch ein milderer Mittel in Form gesenkter Entgelte – die insbesondere den Anforderungen einer Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung genügen – und ohne die hier beanstandeten Rabattmerkmale geeignet sein sollte. Denn immerhin haben die Bitstrom-Nachfrager wegen der Kabelkonkurrenz ein erhöhtes Interesse daran, den Endnutzern VDSL-Anschlüsse zu verkaufen. Darüber hinaus und vor allen Dingen ist die Beschlusskammer nicht von der These überzeugt, ein FTTX-Ausbau werde um so eher erfolgen, je eher – unter Nutzung des Kontingentmodells – eine kritische Masse von VDSL-Anschlüssen auf Seiten der Bitstrom-Nachfrager erreicht werde. Denn selbst nach Erreichen einer – wie auch immer definierten – kritischen Masse ist, wie unter Ziffer 3.1.2.1 gezeigt, für die nächsten Jahre eher von einer Wechselunwilligkeit der Bitstrom-Nachfrager auszugehen. Als bald tätig werdende FTTX-Investoren können nicht erwarten, von Bitstrom-Nachfragern die Zusage zu erhalten, dass letztere nach Erstellung der gedoppelten bzw. erweiterten NGA-Infrastrukturen den Bitstrom-Anbieter wechseln werden. Ebenso wenig bestehen für Bitstrom-Nachfrager Anreize zur Eigenrealisierung.

Der Umstand schließlich, dass einige Bitstrom-Nachfrager die Bereitschaft der Betroffenen, ihrerseits bei dritten Unternehmen IP-BSA-Anschlüsse abzunehmen, als erheblichen Fortschritt ansehen,

siehe etwa die Pressemitteilung der Beigeladenen zu 11. vom 18.01.2012 („Meilenstein für Breitbandausbau in Deutschland“),

diesen Fortschritt aber möglicherweise mit einer Untersagung des Kontingentmodells für gefährdet halten, kann nicht die Wettbewerbsbeeinträchtigung zu Lasten sonstiger Unternehmen rechtfertigen:

Am Ende hält die Beschlusskammer daran fest, dass die verschiedenen Regulierungsziele in § 2 Abs. 2 TKG, namentlich in Nr. 1 (Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen), Nr. 2 (Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte) und Nr. 3 (Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen), am Ehesten mit Hilfe eines ausgewogenen Dienste- und Infrastrukturwettbewerbs erreicht werden. Die gegebenen Infrastrukturen sollen ausgelastet werden, ohne dass dies aber auf Kosten des weiteren Infrastrukturausbaus geht,

vgl. in diesem Zusammenhang die Erwägungen in Beschluss BK 3c-11/003 vom 17.06.2011 unter Ziffer 4.1.3.1 zum Ansatz eines Bruttowiederbeschaffungswerts bei der Ermittlung der TAL-Überlassungsentgelte.

Das angezeigte Kontingentmodell würde dagegen ein zentrales Anliegen des Gesetzgebers, nämlich Anreize für den Auf- und Ausbau moderner leistungsfähiger Breitbandnetze zu setzen bzw. zu erhalten, konterkarieren. Kooperationsmodelle, die diesbezüglich Sinn machen und zu begrüßen sind, würden so von vornherein erheblich erschwert.

Es ist mithin keine Abweichung von der NGA-Empfehlung angezeigt; die festgestellten Beeinträchtigungen der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen sind nicht sachlich gerechtfertigt.

3.1.3 Rechtsfolgen

Da die von der Betroffenen vereinbarten Kontingent-Entgelte missbräuchlich sind, ist die Beschlusskammer jedenfalls nach § 38 Abs. 4 S. 1 TKG – zum Anordnungsgrund siehe dagegen die Ausführungen unter Ziffer 3.2 – zum Erlass der tenorierten Entscheidung verpflichtet. Eine probeweise Nicht-Untersagung, wie von den Beigeladenen zu 1. und 8. angeregt, lässt sich mit § 38 Abs. 4 S. 1 TKG nicht vereinbaren.

Hinsichtlich des Tenors zu 1., der eine (vorläufige) Feststellung des konkreten Umfangs des missbräuchlichen Verhaltens beinhaltet, ergibt sich die Feststellungsbefugnis unmittelbar aus § 38 Abs. 4 S. 1 TKG („sofern die Regulierungsbehörde feststellt“).

Der Feststellung der Missbräuchlichkeit zum jetzigen Zeitpunkt steht nicht der Umstand entgegen, dass im erst später abschließbaren ordentlichen Verfahren gemäß § 38 Abs. 4 S. 1 TKG ein Missbrauch nicht rückwirkend festgestellt und untersagt werden kann. Denn nach § 13 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 3 Alt. 1 TKG steht der Beschlusskammer die Befugnis zu, vorläufige Maßnahmen – wie etwa eine vorläufige Feststellung und Untersagung missbräuchlichen Verhaltens – dauerhaft zu machen. Die Beschlusskammer versteht unter einer Dauerhaftmachung, dass die vormals vorläufigen Maßnahmen selbst in der Fassung, welche sie durch den Beschluss zur Dauerhaftmachung erfahren, endgültige Wirksamkeit erlangen. Indem § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 3 Alt. 1 TKG als Ermächtigungsnorm angesehen wird, wird der unionsrechtlichen Vorschrift des Art. 7 Abs. 9 S. 3 Rahmenrichtlinie nach dem Grundsatz des „effet utile“ praktische Wirksamkeit verschafft,

zum Grundsatz des effet utile siehe etwa BVerwG, Urteil 6 C 39.10 vom 07.12.2011, Rz. 29.

Dementsprechend wird die Beschlusskammer im nachgesetzten Hauptsacheverfahren einen Entwurf zur Dauerhaftmachung des vorläufigen Beschlusses erstellen und diesen Entwurf gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 3 Alt. 1 TKG zur Konsultation und anschließenden Konsolidierung stellen.

Mit dem Tenor zu 2. werden die beanstandeten Entgelte gemäß § 38 Abs. 4 S. 1, 2. Halbs. TKG ab dem Zeitpunkt der Feststellung für vorläufig unwirksam erklärt. Gemäß § 38 Abs. 4 S. 1 TKG ist im Tenor zu 3. ferner das „nach diesem Gesetz verbotene Verhalten“ vorläufig untersagt worden.

Von ihrem nach § 38 Abs. 4 S. 2 TKG eröffneten Ermessen („kann“), andere Entgelte anzuordnen, hat die Beschlusskammer deshalb keinen Gebrauch gemacht, weil die Betroffene ihren Nachfragern mit dem regulären Entgeltmodell ein aktuelles nicht-missbräuchliches Entgeltregime anbietet. Es besteht keine Notwendigkeit, daneben ein zweites Entgeltregime zu etablieren.

3.2 Anordnungsgrund

Mit der vorläufigen Untersagung der tenorierten Entgelte übt die Beschlusskammer das ihr eingeräumte Entschließungs- und Auswahlermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung nach § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG analog aus und hält die gesetzlichen Grenzen des Ermessens ein. Sie ist namentlich der Ansicht, dass wegen außergewöhnlicher Umstände dringend in der ergriffenen Weise gehandelt werden muss, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen zu schützen.

Die Befugnis, vorläufige Maßnahmen zu erlassen, dient dem Zweck, in der Übergangszeit bis zum Erlass der Hauptsacheentscheidung den Wettbewerb und die Nutzerinteressen vor Beeinträchtigungen schützen zu können.

Erstens sollen die Voraussetzungen und Bedingungen des Wettbewerbs vor Verzerrungen bewahrt bleiben. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, dass auf dem nationalen Markt für den Layer-3-Bitstromzugang – und mittelbar auch auf den nachgelagerten Resale- und Endnutzermärkten für das Angebot breitbandiger Festnetzanschlüsse – Klarheit über wesentliche Wettbewerbsparameter, namentlich über die Höhe der monatlichen Leistungsentgelte, herrschen sollte.

Zweitens sind die Interessen der Nutzer, also der natürlichen Personen, die einen Telekommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke nutzen, ohne notwendigerweise Teilnehmer zu sein (§ 3 Nr. 14 TKG), zu schützen. Im hiesigen Kontext ist diesen Interessen am Ehesten durch einen möglichst unverzerrten Wettbewerb und durch die damit einhergehende Erfüllung der statischen und dynamischen Wettbewerbsfunktionen gedient. Insofern besteht im vorliegenden Fall ein Gleichlauf von Wettbewerbs- und Nutzerschutz.

Die hier beschlossene vorläufige Untersagung ist geeignet, die vorgenannten Zwecke zu erreichen. Denn sie schafft zumindest vorläufige Klarheit über die (nicht) anwendbaren Entgelte. Dabei ist zu bedenken, dass die vorläufig untersagten Entgelte nicht allein summarisch, sondern vielmehr vollständig untersucht worden sind. Die Feststellung der Missbräuchlichkeit sollte daher – ohne allerdings das Ergebnis von Konsultations- und Konsolidierungsverfahren vorwegnehmen zu können – mit den Ergebnissen des Hauptsacheverfahrens zur Dauerhaftmachung weitestgehend übereinstimmen.

Die vorläufige Untersagung ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Mittel zu entdecken, welches an deren Stelle treten könnte. Es musste deshalb dringend gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG entsprechend gehandelt werden.

Namentlich nicht gleich wirksam wäre ein Abwarten bis zum Erlass der Hauptsacheentscheidung gewesen. Nach der Vorschrift des § 38 Abs. 3 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur innerhalb von zwei Monaten nach Einleitung der nachträglichen Entgeltüberprüfung. Die gesetzliche Wertung lautet also, dass eine Unklarheit über die anwendbaren Entgelte nicht über zwei Monate hinaus andauern sollte. Die Zwei-Monats-Frist lässt sich vorliegend allerdings bei Abwarten des Hauptsacheverfahrens wegen der notwendigen Durchführung von Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nicht einhalten. Nur die Vornahme einer vorläufigen Untersagung erlaubt der Beschlusskammer die Wahrung der gesetzlichen Frist. Es liegt damit auch ein außergewöhnlicher Umstand im Sinne von § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG entsprechend vor.

Die vorläufige Untersagung ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen dieser Untersagung auf andere Rechtsgüter zu entdecken, die in der Abwägung deren Vornahme unzulässig erscheinen ließe. Namentlich besteht kein schutzwürdiges Interesse der Nachfrager, in der Übergangszeit bis zum Erlass der endgültigen Maßnahme die Zusatzvereinbarung mit dem Kontingentmodell vereinbaren zu dürfen.

4. Widerrufsvorbehalt

Die nach Ziffer 1. beschlossenen vorläufigen Maßnahmen stehen unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass im nachfolgenden Hauptsacheverfahren gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 4 S. 3 Alt. 1 TKG (bzw. § 12 Abs. 3 S. 3 Alt. 1 TKG n.F.) entsprechend kein Beschluss ergeht, die Maßnahmen dauerhaft zu machen. Rechtsgrundlage für den Widerrufsvorbehalt ist § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Der Vorbehalt erlaubt es der Beschlusskammer, die Wirksamkeit der vorläufigen Maßnahmen zu beenden, sollte das Verfahren zur Dauerhaftmachung derselben eingestellt werden.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

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

Bonn, den 02.04.2012

Vorsitzender
Wilmsmann

Beisitzer
Scharnagl

Beisitzer
Dr. Geers

Stellungnahmen im 1. Konsultationsverfahren

– Zusammenfassung –

Der Beschlussentwurf ist vom 18.04. bis 02.05.2012 zur ersten nationalen Konsultation gestellt worden. Innerhalb der Konsultationsfrist sind bei der Beschlusskammer schriftliche Stellungnahmen der Betroffenen sowie der Beigeladenen zu 1., 4., 5., 6., 7., 10. und 13. eingegangen.

Die Betroffene trägt vor, sie würde es begrüßen, wenn eine Dauerhaftmachung der vorläufigen Untersagung durch eine Modifikation dieses Preismodells vermieden werden könnte. Denkbar seien dabei eine Ausweitung des Kontingentmodells auf alle NGA-Technologien, eine Anhebung des VDSL-Entgelts um ca. 50 Cent, eine Senkung des prozentualen Mindest-Kontingentgrößen bei Hereinnahme anderer NGA-Technologien auf 3 %, Klarstellungen zu den Ausstiegsoptionen und zum Weiterverkauf an andere Wholesalekunden sowie die Ansetzung besonders attraktiver Wechselentgelte für den Upgrade auf höherwertige NGA-Technologien.

Das von der Beschlusskammer gesprächsweise vorgeschlagene Sonderkündigungsrecht bei Nutzung alternativer NGA-Infrastrukturen sei dagegen ordnungspolitisch und ökonomisch nicht sachgerecht. Zum einen würde das Risiko des Ausbaus des NGA-VDSL-Netzes einseitig bei der Betroffenen belassen; zum anderen würde die Vermarktung von Kabelnetzinfrastruktur gegenüber Glasfaserinfrastruktur ohne sachliche Rechtfertigung bevorzugt. Grundsätzlich stehe ein anschlussbezogenes Sonderkündigungsrecht im Widerspruch zum Charakter eines Risikoteilungsmodells. Denkbar erschiene eine solche Sonderregelung, wenn deren Anwendung auf neu – d.h. nach Vertragsschluss errichtete – NGA-Infrastrukturen beschränkt bliebe.

Darüber hinaus sei klar, dass die Administration und Abwicklung eines solchen auf einzelne Anschlüsse bezogenen Sonderkündigungsrechts auf jeden Fall sowohl für die Carrier als auch für die Betroffene ein hochgradig manueller und aufwändiger Prozess sei, der zudem sehr schwer audittierbar sei. Vorzusehen seien deshalb auf jeden Fall Kündigungsentgelte, die einerseits diesem hohen Aufwand Rechnung trügen und andererseits – ggf. gestaffelt nach dem Zeitpunkt der vorzeitigen Kündigung – auch einen Ausgleich für den entstehenden Vertrauensschaden gewährten.

Die Beigeladene zu 1. verweist grundsätzlich auf ihren Vortrag im Eilverfahren. Sie regt allerdings ergänzend an, in dem endgültigen Beschluss die Feststellung zu treffen, dass individuell vereinbarte, reziprok. ausgestaltete Kontingentmodelle im Rahmen von Kooperationen zwischen der Betroffenen und NGA-Infrastrukturbetreibern von der Untersagungsverfügung nicht betroffen seien. Hilfsweise werde angeregt, die Untersagungsverfügung nicht dauerhaft zu machen.

Es müsse der Betroffenen grundsätzlich erlaubt sein, im Rahmen von Kooperationen ein neben dem regulären Preismodell abweichendes Preismodell zu etablieren oder jedenfalls zu erproben. Dies müsse klargestellt werden. Zudem sei im Beschluss nicht ausreichend auf die sachliche Rechtfertigung im Hinblick auf Kooperationen eingegangen worden. Der Beschluss setze sich nicht mit den Vorteilen auseinander, die das Kontingentmodell im Rahmen von Kooperationen in Bezug auf die Erreichung der Breitbandziele der Bundesregierung haben könnte. Auch die Wertungen, die die Europäische Kommission in ihrer NGA-Empfehlung treffe, stünden einer sachlichen Rechtfertigung nicht entgegen. Der NGA-Empfehlung sei nicht zu entnehmen, dass die in Anhang 1 gebildeten Grundsätze zwingend auch im Rahmen von Kooperationen und nur bei Neuinvestitionen gälten. Investitionsrisiken dauerten bis zur Amortisation an, wobei sich die Risiken ggf. über die Zeit verringern könnten. Dementsprechend weise die Begründung zur TKG-Novelle ausdrücklich darauf hin, dass die verschiedenen Vertragsoptionen Rücksicht auf das zum Verfahrenszeitpunkt noch verbliebene Restrisiko nehmen könnten.

Die Beigeladene zu 4. ist der Ansicht, das Kontingentmodell sei für einen funktionierenden Wettbewerb notwendig. Das Modell sollte nicht untersagt werden. Hilfsweise könne ein Kontingentmodell mit geänderten Parametern (bspw. kleinere Kontingentmengen, Ausweitung des Kündigungsrechts des Nachfragers etc.) freigegeben werden.

Der Markt für breitbandige Endkundenprodukte ≥ 16 MBit/s zeichne sich bislang durch eine geringe Nachfrage aus. Zudem entfalle ein Großteil der dürftigen Nachfrage auf die nicht zugangsregulierten Breitbandkabelnetzbetreiber, während der Absatz der DSL-Anbieter stagniere. Ein flächendeckender Wettbewerb mit den Kabelnetzbetreibern sei auf Basis der entbündelten KVz-TAL ökonomisch nicht möglich. Ebenso wenig ermöglichten die partiellen lokalen FTTH/FTTB-Ausbauten einen flächendeckenden Wettbewerb. Dies liege daran, dass die hohen Systemkosten der Zusammenschaltung in keinem Verhältnis zur Anzahl der angebundenen Haushalte stünden. Um einen Infrastrukturwettbewerb zukünftig dennoch ermöglichen zu können, sei es notwendig, dass die Preise von VDSL-Breitbandprodukten auf der Infrastruktur der Betroffenen gesenkt werden könnten.

Eine reine Preisabsenkung sei allerdings zur Stimulation nachhaltigen Infrastrukturwettbewerbs nicht ausreichend. Nur das im Markt ausverhandelte und dort auf breite Zustimmung stoßende Kontingentmodell sei eine hinreichende Maßnahme. Denn ansonsten fehlten die Vertriebsanreize. Die Übergabe an 73 Punkten reduziere den Anteil der Vorabinvestitionen an den Gesamtkosten erheblich. Weiterhin sehe das bisherige Tarifmodell lediglich einen konstanten laufenden Stückpreis ohne mengeninduzierte Stückkostenreduktionen vor. Es erzeuge nicht eine ähnliche ökonomische Dynamik, wie dies bei der Entbündelung der TAL bereits der Fall sei.

Eine Steigerung des Absatzes von Bandbreiten > 16 MBit/s – ausgelöst durch das vorliegende Kontingentmodell – hätte den Effekt, dass potenzielle FTTH/FTTB-Investoren bereits heute einen größeren Kundenstamm aufbauen könnten. Dies hätte zur Folge, dass das Auslastungsrisiko in einem zukünftigen FTTH/FTTB-Ansatz sinke und damit die Wahrscheinlichkeit solcher Investitionen steige. Die Fortführung der schon bisher signifikanten Migration zu Kabelbreitbandnetzen würde dagegen dazu führen, dass dieser Kundenanteil auch auf weiteres vom FTTH-Wettbewerb ausgeschlossen bleibe.

Ferner hätten Investoren über Kontingentmodelle die Möglichkeit, auch nach einer getätigten Investition das Auslastungsrisiko zu verkleinern. Eine Untersagung von Kontingentmodellen für bereits getätigte Investitionen hätte hingegen eine negative Signalwirkung für zukünftige FTTH/FTTB-Investitionen. Potenzielle Investoren in FTTH/FTTB würden alleine dadurch abgeschreckt werden, da sie bei einer Untersagung von Kontingentmodellen damit rechnen müssten, dass „ex-post“-Risikobeteiligungen untersagen würden. Ließen sich „ex ante“ nicht genügend Risikobeteiligungen finden, würden damit zukünftige FTTH/FTTB-Investitionen erheblich verzögert oder gar unterlassen werden.

Das Kontingentmodell führe zu einer NGA-Marktöffnung und nicht zu einer Marktabschottung. Die Auswirkungen auf zukünftige Infrastrukturinvestitionen könne nicht das alleinige Entscheidungskriterium darstellen. Mindestens ebenso wichtig und zeitlich naheliegender sei die Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbs im Bereich der VDSL-Bandbreiten. Die Chance einer konkreten Wettbewerbsverbesserung im Bereich der VDSL-Bandbreiten stehe derzeit eine abstrakte, prognoseunsichere Investitionshemmung hinsichtlich FTTH/FTTB gegenüber. Aus Sicht der Beigeladenen sei die Chance auf eine konkrete Wettbewerbsverbesserung höher zu gewichten. Sofern eine spätere genauere Datenlage zu einer anderen Beurteilung führe, könnte das Kontingentmodell in späteren Regulierungsverfahren abgeändert werden. Jedenfalls sei die Wettbewerbssituation bei VDSL eine andere als bei ADSL, denn es sei ökonomisch nicht möglich, mit eigenen TAL-Anmietungen in den Wettbewerb einzusteigen, und zudem gebe es nunmehr den Wettbewerb der Kabelnetzbetreiber.

Das vorliegende Kontingentmodell beinhalte die Möglichkeit, auf FTTH/FTTB-Produkte der Betroffenen zu schwenken. Es setze somit Anreize für einen FTTH/FTTB-Ausbau der

Betroffenen. Außerdem werde so eine Benachteiligung der Betroffenen verhindert, weil regionale Investoren in FTTH/FTTB-Projekte ihrerseits Kontingentmodelle anbieten könnten.

Die Bundesnetzagentur argumentiere, dass der Verfall von Upfront-Zahlungen bei Auslösen des Sonderkündigungsrechts zu Opportunitätskosten beim Nachfrager im Entscheidungsmodell Kontingentverbleib versus Schwenk auf andere Infrastrukturen führen würde. Dies sei allerdings nicht gegeben. Denn die Upfront-Zahlungen seien sunk costs und spielten bei zukünftigen Einkaufsentscheidungen keine Rolle mehr. Ebenso wenig könnten auch die noch nicht angelaufenen Upfront-Zahlungen kostensenkend bei einem Verbleib beim Kontingentmodell angesetzt werden, denn im Falle einer Sonderkündigung würde diesbezüglich eine Rückzahlung an den Einkäufer entstehen. Der Einkäufer könne also im 2-Jahres-Rhythmus seine Risikobeteiligung in andere Infrastruktur verschieben.

Durch den regionalen Zuschnitt der Kontingente könnten Kontingente zu Anfang oder nach Kündigung ausgenommen werden, wenn regional andere Bitstrom-Anbieter existierten. Auch dadurch würden regionale FTTH/FTTB-Investitionen begünstigt.

Außerdem stünde Nr. 8 der NGA-Empfehlung der Einführung des Kontingentmodells nicht entgegen. So setze sich diese Ziffer allein mit den FTTH-Risiken, nicht aber mit den speziellen FTTN/VDSL-Risiken auseinander. Zudem beschreibe die Empfehlung nur ein Mengenrabattsystem, das ab einer bestimmten Abnahmemenge einen reduzierten Preis pro Zugangsleitung vorsehe. Ein solches System liege hier aber gerade nicht vor, weil bereits ab der ersten abgenommenen Leitung ein reduzierter Preis gewährt werde. Außerdem erfolge die Risikoübernahme im Kontingentmodell „ex-ante.“ Das Risiko sei damit höher als im von der Empfehlung behandelten Modell, welches allein eine „ex-post“-Beteiligung am real gesunkenen Auslastungsrisiko umfasse.

Schließlich stehe auch die europäische Rechtsprechung nicht der Einführung des Kontingentmodells entgegen. Denn das Kontingentmodell sei nicht geeignet, dem Abnehmer durch die Gewährung eines Vorteils die Wahlmöglichkeit hinsichtlich seiner Bezugsquellen zu nehmen oder einzuschränken, um Konkurrenten den Marktzugang zu verwehren. Hierzu lägen keine konkreten Bedenken von Marktteilnehmern vor, die nachweislich behindert würden. Zwar wäre es wünschenswert, wenn die Kabelnetzbetreiber den Infrastrukturwettbewerb akzeptieren und mit entsprechenden konkurrierenden Vorleistungsangeboten aufwarten würden. Da es aber absehbar keine alternativen Bezugsquellen für ein konkurrierendes Vorleistungsprodukt mit vergleichbaren Bandbreiten gebe, das ausgewählt werden könnte, träfen die Erwägungen der Bundesnetzagentur auf das vorliegende VDSL-Kontingentmodell nicht zu.

Die Beigeladene zu 5. sieht das angezeigte VDSL-Kontingentmodell als Möglichkeit an, den stagnierenden VDSL-Markt und die zurückhaltende Endkundenachfrage nach hochbreitbandigen Anschlüssen zu stimulieren. Voraussetzung hierfür sei jedoch eine wettbewerbskonforme Ausgestaltung des neuen Preismodells.

Der Markt für hochbreitbandige Anschlüsse jenseits der über ADSL realisierbaren Download-Bandbreite von 16 MBit/s sei in Deutschland unterentwickelt. Trotz hoher Verfügbarkeit solcher Produkte über unterschiedliche Technologien seien die Absatzraten insgesamt gering. Der bisherige Preispunkt für das VDSL-Vorleistungsprodukt habe dazu geführt, dass die Wholesale-Nachfrage nach VDSL-Produkten nahezu nicht existent sei. Ein effektiver Wettbewerb mit den besonders erfolgreichen Breitbandangeboten der nicht regulierten Breitbandkabelnetzbetreiber sei dadurch speziell für alternative Diensteanbieter erschwert. Selbst die Retail-Preise der relevanten Glasfaseranbieter lägen teilweise unterhalb der Vorleistungskosten für ein VDSL-Produkt. Die Beigeladene erachte daher das verfahrensgegenständliche Preismodell als einen Weg zur notwendigen Absenkung der Vorleistungspreise.

Ein weitreichender intermodaler Infrastrukturwettbewerb für VDSL-Produkte im Kupfernetz sei nicht zu erwarten, aber durch ein wettbewerblich unbedenklich ausgestaltetes VDSL-Kontingentmodell auch nicht prinzipiell gefährdet. Die Investitionsrisiken derjenigen Unternehmen, die neue Netze auf Glasfaser-Basis errichteten, wären deutlich geringer,

wenn sie mit frühzeitiger Wholesale-Nachfrage von Diensteanbietern rechnen könnten. Eine solche Nachfrage sei insbesondere dann zu erwarten, wenn die nachfragenden Unternehmen bereits über einen an hochbreitbandigen Produkten interessierten Kundenstamm verfügten. Dies sei heute bei den Diensteanbietern wegen der mangelnden Wettbewerbsfähigkeit von VDSL-Produkten jedoch nicht der Fall. VDSL könne daher bei einer für den Wettbewerb attraktiven Preisgestaltung eine Brückentechnologie darstellen, mit der zunächst interessierte Kunden bei relativ großer Verfügbarkeit für schnelle Breitbanddienste auf Basis von NGA-Technologien gewonnen werden könnten. Gleichzeitig müssten auch sonst Anreize für weitere Glasfaserinvestitionen geschaffen werden. Die der aktuellen Entscheidung zugrunde liegende Erwägung, dass eine Teilung des Auslastungsrisikos bei bereits getätigten NGA-Investitionen nicht als Kooperationsgrundlage anerkannt werden solle, mindere aber gerade diese nötigen Investitionsanreize. Die Beschlusskammer solle die aus ihrer Sicht geeigneten Parameter für ein wettbewerbskonformes Kontingentmodell in ihrer Würdigung aufgreifen und damit den Rahmen aufzeigen, innerhalb dessen ein marktmächtiges Unternehmen agieren könne.

Diesbezügliche Ansatzpunkte könnten etwa die Absenkung der Mindestkontingentgröße sein, die Einführung eines Kontingent-Poolings, eine stärkere Flexibilisierung der Kontingentgrößen über die Zeit oder aber ein Anspruch auf Öffnung der Kontingente für Wholesale-Produkte auf anderer Schichtebene.

Die Beigeladene zu 6. hält an ihrer Auffassung fest, dass die vorläufigen Maßnahmen vom 02.04.2012 zur Untersagung des VDSL-Kontingentmodells nicht mit dem TKG vereinbar seien. Die Beigeladene würde es begrüßen, wenn die Beschlusskammer den Gestaltungsspielraum für ein mit § 28 TKG konformes Entgeltmodell verdeutlichen und die Betroffene diese Hinweise nutzen würde, um eine entsprechende Umgestaltung des bisher angezeigten VDSL-Kontingentmodells vorzunehmen.

Sollte die Beschlusskammer im Ergebnis an ihren vorläufigen Maßnahmen festhalten wollen, wäre jedenfalls die Begründung für eine solche Untersagung in verschiedenen zentralen Punkten zu ändern. Insgesamt dürfe der Beschluss keine langfristige faktische Sperrwirkung gegen anreizorientierte Entgeltmodelle im Allgemeinen und gegen Mengenrabatte für VDSL-Bitstrom-Anschlüsse im Besonderen bewirken. Die Beigeladene unterbreite deshalb mehrere konkrete Abänderungsvorschläge, die einer solchen Präjudizwirkung vorbeugen würden.

Die Beigeladene zu 7. trägt vor, die Begründung der vorläufigen Entscheidung sei in sich schlüssig und nachvollziehbar, im Ergebnis aber keineswegs zwingend. Der Spielraum für Kooperationen zwischen Unternehmen zugunsten des Breitbandausbaus werde in einer Gesamtabwägung unverhältnismäßig eingeschränkt.

Die Beschlusskammer halte eine sachliche Rechtfertigung des Kontingentmodells bereits deshalb nicht für möglich, da ein Risk-Sharing bei bereits bestehenden Infrastrukturen regulatorisch ausgeschlossen sei. Zwar bekenne sich die Beschlusskammer grundsätzlich zu solchen Modellen, schließe aber mit der Entscheidung im gleichen Atemzug den wichtigsten Anwendungsfall für praktische Risikoteilungsmodelle aus: Die nachträgliche Verteilung der Lasten auf mehrere Schultern, nachdem die Investitionsentscheidung von einem Unternehmen getroffen worden sei und der Ausbau begonnen habe.

Risk-Sharing Modelle seien unabhängig von der bereits getätigten oder der noch zu tätigen Investition zunächst lediglich Vereinbarungen, welche die Kosten und Risiken der Investition zwischen mehreren Parteien aufteilen und den Beteiligten im Gegenzug zu Konditionen, die der jeweiligen Übernahme von Kosten und Risiken Rechnung trügen, einen Zugang einräumten. Derartige Modelle seien bei Projekten zur Errichtung von Netzen der nächsten Generation privilegiert. Bei VDSL-Netzen handele es sich um NGA-Netze. Ein Ausschluss dieser Netze von den Erleichterungstatbeständen des TKG oder der NGA-Empfehlung könne nicht gewollt sein.

Der Markt für hochbandbreitige Anschlüsse jenseits der über ADSL realisierbaren 16 MBit/s sei in Deutschland unterentwickelt. Trotz hoher Verfügbarkeit solcher Produkte über unterschiedliche Technologien seien die Absatzraten insgesamt gering. Das

Kontingentsmodell würde die notwendige Absenkung der Vorleistungspreise erreichen und trüge damit im Ergebnis massiv dazu bei, dass sich intermodaler NGA-Wettbewerb entwickeln könne. Dies sei als ein gemeinwohlbezogener Abwägungsgesichtspunkt zu berücksichtigen.

Bei der Bewertung des Kontingentsmodells sei ferner zu berücksichtigen, dass die Gefährdung eines nur theoretisch möglichen Wettbewerbs durch die Beförderung eines konkreten Wettbewerbs sachlich gerechtfertigt sei. Dieser konkrete Wettbewerb sei hier der Infrastrukturwettbewerb zwischen unterschiedlichen Infrastrukturen und Technologien. Durch die angezeigte Maßnahme werde lediglich die VDSL-Kupfer-Infrastruktur wettbewerbsfähig gemacht. Dementsprechend sei auch der für die Nachbildbarkeit entscheidende Referenzpreis als technologie neutrale Mischung aller für hochbitratige Anschlüsse verwendeten Technologien zu bilden. Der greifbare intermodale Wettbewerb und die darin liegenden Chancen für den Markt mit hochbreitbandigen Anschlüssen dürfe nicht für einen bloß theoretisch noch denkbaren bundesweiten intramodalen Wettbewerb auf der kostenintensiven Infrastruktur Kupfer geopfert werden.

Durch die Stimulierung des Marktes für höherbitratige Anschlüsse würden Ausbaupläne dritter Anbieter unterstützt. So werde der Aufbau eines Kundenstammes mit hohen Bandbreiten ermöglicht. Dabei sei das Kontingentsmodell vor allem deshalb der richtige Ansatz, weil der weitere Netzausbau graduell zu einer stetig steigenden Verfügbarkeit immer höherer Bandbreiten führen werde. Eine höhere Bandbreitenpenetration sei Voraussetzung, um eine wirtschaftliche Auslastung der Netze der Zukunft vorzubereiten. VDSL sei die fehlende Sprosse in der Infrastrukturleiter für den Endkunden hin zu Glasfaser.

Auch die vermeintlich lange Bindungswirkung widerspreche dem nicht. Denn das Kontingentsmodell binde eine bestimmte Leistung nicht an die Betroffene als Vorleistungslieferanten. Es bleibe lediglich die Verpflichtung, entsprechend den Mengenzusagen andere Kunden für die hohen Bandbreiten zu begeistern und damit den Gesamtmarkt zu befeuern. Insoweit lägen keinerlei Verkaufsbeschränkungen in Bezug auf den Endkunden vor.

Ebenso stelle die verstärkte Vermarktung von bandbreitenstärkeren Anschlüssen einen deutlichen Mehrwert für den Endkunden dar. Neben dem Geschwindigkeitsvorteil erwarte die Beigeladene das Entstehen neuer Dienste und Nutzungsmöglichkeiten. Gerade kleine und mittelständische Gewerbetreibende würden einen Zugang zu deutlich gesteigerten Effizienz- und Wertschöpfungspotenzialen mit einem entsprechenden gesamtwirtschaftlichen Mehrwert erlangen.

Die Beigeladene zu 10. betont, dass sie sich nicht grundsätzlich gegen Kontingentsmodelle wende. Kontingentsmodelle eines marktbeherrschenden Unternehmens müssten allerdings verschiedenen Anforderungen genügen. Das vorliegende Modell genüge nach Auffassung der Beigeladenen diesen Ansprüchen nicht.

So müsse das Modell zum Einen diskriminierungsfrei ausgestaltet sein, d.h. die Größe der Kontingente und die darauf bezogenen Rabatte dürften nicht so zugeschnitten sein, dass davon nur einige wenige Vorleistungsnachfrager profitieren könnten. Einzig die Existenz eines funktionierenden Sekundärmarktes könnte hier die Rechtfertigung für eine Aufweichung des Grundsatzes der Diskriminierungsfreiheit sein. Hierzu müsste ein Kontingentsmodell wholesalefähig sein, und es müsste alternative Anbieter das Modell nachfragen, die kleinere Anbieter an den Mengenrabatten beteiligen wollten.

Zum Anderen dürfe es keine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Vorleistungsanbieter geben. Ein wesentlicher Aspekt dieser Marktschließung seien die hohen Kosten, die bei Kündigung von Anschlüssen und Migration auf andere Infrastrukturen entstünden. Zudem sei im vorliegenden Modell nicht vorgesehen, regional begrenzt aus dem Kontingentsvertrag austreten zu können. Dies verbaue alternativen Anbietern den Weg, die Nachfrage von verschiedenen Unternehmen, die bislang auf der VDSL-Infrastruktur der Betroffenen aufgesetzt hätten, auf einen alternativen Infrastrukturbetreiber in einer Stadt zu wechseln.

Schließlich dürften auch keine Kosten-Kosten-Scheren zu Lasten solcher Unternehmen entstehen, die für ihr Geschäftsmodell andere Vorprodukte des Marktbeherrschers in Anspruch nähmen. Insofern wäre bei Einführung eines VDSL-Bitstrom-Kontingentsmodells ggf. auch eine unverzügliche Anpassung des TAL-Preises erforderlich.

Die Beigeladene zu 13. begrüßt die Einführung eines nicht-missbräuchlichen VDSL-Bitstrom-Kontingentsmodells. Dementsprechend sollte die Beschlusskammer gemäß § 38 Abs. 4 TKG Entgelte festlegen, die insbesondere mit Blick auf die Nachbildbarkeit dem Maßstab des § 28 TKG entsprechen. Zudem sollten die Kontingente auf kleinere Abnahmegebiete bezogen werden bzw. es sollten in gewissem Umfang auch Buchungen außerhalb des gebuchten Kontingents zulässig sein. Anschlüsse, die über HVt realisiert werden, sollten bei Bedarf aus dem Kontingentsmodell herausgenommen werden dürfen.

Die Einführung eines Kontingentsmodells sei für die Beigeladene von hoher Wichtigkeit. Sie seien an einem Zugangs- und Preismodell interessiert, das möglichst einem Marktstandard entspreche, reziprok ausgestaltet werden könne und diskriminierungsfrei sei. Auch den Regulierungszielen des TKG würde ein um die vorgenannten Punkte angepasstes Kontingentsmodell entsprechen. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass jedenfalls in den verfahrensrelevanten Regionen nicht mit einem infrastrukturbasierten VDSL-Ausbau von Wettbewerbern zu rechnen sei. Die dafür erforderlichen Marktanteile seien in wettbewerbsintensiven Ballungszentren nicht zu erreichen. Es sei deshalb sinnvoll, mit neuen Preismodellen einen Anreiz dafür zu schaffen, dass vorhandene Infrastruktur besser ausgelastet werde. Im Übrigen könne aufgrund der Abschreibungsdauer und geringer Auslastung auch bei bereits angebotenen KVz noch ein Investitionsrisiko bestehen.