



## B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Auferlegung von Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG auf dem Markt Nr. 12 „Breitbandzugang für Großkunden“ der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission

betreffend:

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

Betroffene,

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

durch

den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jarl-Georg Knobloch,  
den Beisitzer Ernst Ferdinand Wilmsmann und  
den Beisitzer Matthias Wieners

nach der von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur beschlossenen Festlegung, dass die Betroffene auf dem nachfolgend aufgeführten Markt im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht verfügt:

*„Markt für IP-Bitstrom-Zugang mit Übergabe auf IP-Ebene (layer 3) an verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie einschließlich HFC-Breitbandzugang mit Übergabe auf IP-Ebene.“*

**I.**

folgende

**Regulierungsverfügung**

beschlossen:

1. Die Betroffene wird dazu verpflichtet,
  - 1.1 auf dem o.a. Markt auf der Basis des von ihr betriebenen Anschluss- und Breitbandnetzes anderen Unternehmen auf Nachfrage IP-Bitstrom-Zugang dadurch zu gewähren, dass sie im Rahmen eines einheitliches Produktes
    - 1.1.1 dem nachfragenden Unternehmen x-DSL-Anschlüsse überlässt und
    - 1.1.2 den Datenstrom über ihr Breitbandnetz zu den 73 PoP des Internetzugangnetzes transportiert,
  - 1.2 zum Zwecke des Zugangs gemäß Ziffer 1.1 Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
  - 1.3 dass Vereinbarungen über Zugänge auf diesem Markt auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen.
2. Die Entgelte für Zugangsleistungen nach Ziffern 1.1 und 1.2 unterliegen der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG.
3. Eine Ergänzung der in Ziffer 1. ausgesprochenen Verpflichtungen bleibt vorbehalten.
4. Die Regulierungsverfügung steht mit Blick auf die bevorstehende Änderung des Telekommunikationsgesetzes unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass sich die rechtlichen Grundlagen, auf denen diese Entscheidung gründet, ändern. Ziffer 2. steht darüber hinaus unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass im Rahmen einer Marktdefinition und Marktanalyse nach §§ 10ff. TKG festgestellt wird, dass die Betroffene auf dem DSL-Endkundenmarkt nicht über eine beträchtliche Marktmacht verfügt.

**II.**

Der Betroffenen wird auferlegt, ein Standardangebot für Zugangsleistungen nach Ziffer 1.1 und 1.2, zu deren Angebot sie durch die in dieser Entscheidung ergangene Regulierungsverfügung verpflichtet worden ist und für die eine allgemeine Nachfrage besteht, innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung zu veröffentlichen.

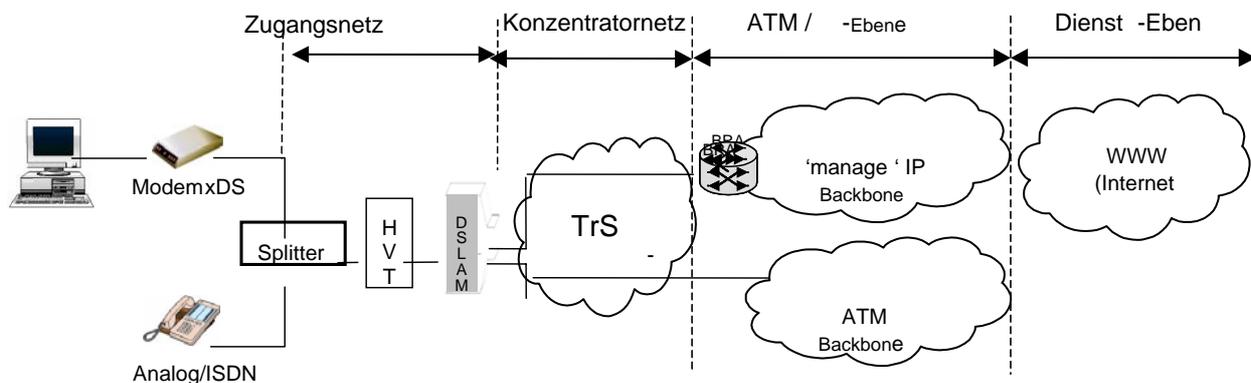
Die Angaben zu den Standorten des Zugangs bzw. der Kollokation müssen nicht veröffentlicht werden, sie müssen nur auf Nachfrage interessierten Unternehmen zugänglich gemacht werden.

## Sachverhalt

Die Betroffene ist Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Bundespost Telekom und als solche Eigentümerin der von dieser aufgebauten Telekommunikationsnetze sowie der dazu gehörenden technischen Einrichtungen.

Sie betreibt basierend auf ihren Teilnehmeranschlussleitungen (TAL) ein breitbandiges xDSL-Zugangsnetz, das aus xDSL-Anschlüssen besteht. Der hierüber generierte Verkehr wird im sog. DSLAM (Digital Subscriber Line Access Multiplexer) abgeschlossen und konzentriert. Vom DSLAM aus werden diese Verkehre zunächst über das von der Betroffenen hierarchisch konzipierte ATM-Konzentratornetz über sog. „ATM-Traffic Selectoren“ (TrS) zusammengefasst und sodann – je nach dem, ob es sich um ATM- oder IP-Verkehr handelt - entweder auf ATM-Ebene zu einem der 51 Standorte des ATM-Backbonenetzes oder zu einem der bundesweit 73 Breitband-Points-of-Presence (PoP) geführt, von wo aus der IP-Verkehr in ein IP-Backbonenetz geleitet wird.

Die folgende Darstellung veranschaulicht die wesentlichen Netzstrukturen:



Mit Blick auf den in der Märkte-Empfehlung der Kommission unter Nr. 12 vorgegebenen Markt Nr. 12 „Breitbandzugang für Großkunden“ führte die Bundesnetzagentur (damals noch RegTP) im Verlauf des Jahres 2003 einen Workshop und eine Anhörung durch, um mit den Marktteilnehmern den Bedarf und die Anforderungen an ein als Bitstrom-Zugangsprodukt im Sinne der Märkte-Empfehlung zu bezeichnendes Vorleistungsprodukt näher zu konkretisieren.

Auf der Grundlage der daraus gewonnenen Ergebnisse hat die Präsidentenkammer im Folgenden ein Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren nach §§ 10ff. TKG auf dem Markt Nr. 12 der Märkte-Empfehlung durchgeführt. Eine eingehende Darstellung der Charakteristika des Bitstrom-Zugangs enthält die als Anlage beigefügte Festlegung der Präsidentenkammer zur Marktdefinition und Marktanalyse zu Markt Nr. 12 der Märkte-Empfehlung vom 12.01.06 (insbesondere S. 3ff.), auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Mit Schreiben vom 10.02.06 hat die Beschlusskammer der Betroffenen mitgeteilt, dass sie nach dem Ergebnis dieses Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens über eine beträchtliche Marktmacht auf den nationalen Märkten für ATM-Bitstrom-Zugang mit Übergabe auf der ATM-Ebene (layer 2) an verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie und für IP-Bitstrom-Zugang mit Übergabe auf IP-Ebene (layer 3) an verschiedenen Übergabepunkten der

Netzhierarchie einschließlich HFC-Breitbandzugang mit Übergabe auf IP-Ebene verfügt. Mit Blick darauf beabsichtige die Beschlusskammer nach dem sich ihr derzeit bietenden Sachstand eine Regulierungsverfügung zu erlassen, mit welcher der Betroffenen auf dem Markt für ATM-Bitstrom-Zugang ein Diskriminierungsverbot (§ 19 TKG), eine Transparenzverpflichtung (§ 20 TKG) und eine Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung (§ 24 TKG) und auf dem Markt für IP-Bitstrom-Zugang eine Zugangsverpflichtung für die Gewährung von IP-Bitstrom-Zugang an den 73 Points-of-Presence (PoP) und eine für diesen Zugang erforderliche Kollokationsverpflichtung (§ 21 TKG) sowie ein Diskriminierungsverbot (§ 19 TKG) auferlegt wird. Die Entgelte für die Gewährung des ATM-Bitstrom-Zugangs sollten gemäß §§ 30 Abs. 3, 38 TKG der nachträglichen Entgeltkontrolle und die Entgelte für die nach § 21 TKG als verpflichtend auferlegte Gewährung des IP-Bitstrom-Zugangs und der dafür erforderlichen Kollokation der Vorabgenehmigung gemäß §§ 30 Abs. 1, 31 TKG unterworfen werden. Schließlich ist die Betroffene in dem Schreiben darüber informiert worden, dass im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Gewährung des IP-Bitstrom-Zugangs und der dafür erforderlichen Kollokation eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes beabsichtigt sei (§ 23 Abs. 1 TKG).

In ihrer Stellungnahme vom 17.02.06 hat die Betroffene hinsichtlich der auf dem Markt für IP-Bitstrom-Zugang beabsichtigten Maßnahmen Folgendes vorgetragen:

Auf dem Markt für IP-Bitstrom-Zugang wäre aufgrund der wettbewerblichen Entwicklung und mit Blick auf ihre bestehenden Angebote die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG nicht gerechtfertigt. Jedenfalls könne eine Verpflichtung zum Bitstrom-Zugang auch dadurch erfüllt werden, dass ausschließlich eine Resale-Verpflichtung hinsichtlich des Anschlussteils auferlegt werde. Vor diesem Hintergrund wäre eine Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG unverhältnismäßig. Darüber hinaus dürfe sich eine Zugangsverpflichtung für die Gewährung von IP-Bitstrom-Zugang nicht auf ADSL2-, ADSL2+- und VDSL-Anschlüsse sowie auf den HFC-Breitbandzugang erstrecken. Letzteren nutze sie intern selbst nicht. Nach § 21 TKG dürfe einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nur eine Teilhabeverpflichtung an der vorhandenen Netzinfrastruktur auferlegt werden, keinesfalls dürfe es aber dazu verpflichtet werden, einen Breitbandzugang zu gewähren, den es selbst nicht nutze. Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung bezüglich ADSL2-, ADSL2+- und VDSL-Anschlüsse sei nicht gerechtfertigt, weil die Beschlusskammer diesbezüglich derzeit keine Abwägung unter Berücksichtigung aller abwägungsrelevanter Belange nach § 21 Abs. 1 TKG treffen könne. Denn über solche Anschlüsse biete sie, die Betroffene, derzeit noch keine Endkundenanschlüsse an. Folglich könnten keine belastbaren Prognosen getroffen werden. Zudem beabsichtige sie, allein für die erste Ausbaustufe des VDSL-Netzes Investitionen in Höhe von ca. 3 Mrd. € zu tätigen. Hinzu kämen weitere Investitionen für die Umrüstung des Breitbandnetzes für ADSL2 und ADSL2+. Diese Investitionen und das Risiko, dem sie sich damit bereits ausgesetzt habe bzw. auch weiterhin aussetzen werde, müsse im Rahmen der Abwägung zu ihren Gunsten berücksichtigt werden. Darüber hinaus dürfe die Beschlusskammer mit der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung einem freiwilligen Angebot nicht vorgreifen. Als Betroffene müsse sie zunächst die Möglichkeit haben, dem Markt ein solches Angebot zu unterbreiten, um auf diese Weise die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung als nicht erforderlich abwenden zu können.

Dessen ungeachtet dürfe ihr eine Verpflichtung, Bitstrom-Zugang über andere DSL-Anschlüsse als ADSL-Anschlüsse zu gewähren, nur insoweit auferlegt werden, als an dem konkreten Kundenstandort ein ADSL-(ADSL2/ADSL2+)Anschluss über die bestehende Kupferdoppelader zwischen HVt und APL geschaltet werden könnte, wobei der Datendurchsatz auf den bei einem ADSL-(ADSL2/ADSL2+)Anschluss konkret möglichen Datendurchsatz begrenzt werden müsse.

Die beabsichtigte Unterwerfung auch der Anschlussentgelte für den IP-Bitstrom-Zugang unter die Ex-ante-Genehmigungspflicht würde eine übermäßige Belastung darstellen und wäre daher unverhältnismäßig. Eine Feststellung entsprechend § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG über das Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht auf dem ADSL-Endkundenmarkt liege derzeit noch nicht vor. Auch seien in den Beschlüssen BK 3b-00/032 vom 30.03.01 und BK 3a-03/10 vom 18.07. bzw. 15.08.03 getroffenen Feststellungen zum Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem ADSL-Endkundenmarkt nicht über § 150 Abs. 1 TKG wirksam geblieben, weil

diese Bescheide schon im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen TKG keine Regelungswirkung mehr entfaltet hätten. Unabhängig davon sei eine Ex-ante-Genehmigungspflicht der Entgelte bezüglich des Anschlussteils des IP-Bitstrom-Zugangs zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG nicht erforderlich. Denn der ADSL-Anschlussmarkt habe sich in Deutschland von Anfang an unter Wettbewerbsverhältnissen entwickelt. Durch Angebote konkurrierender Teilnehmernetzbetreiber bestehe ein hinreichender Wettbewerbsdruck. Schließlich müsse die vorhandene Regulierung auf dem benachbarten Markt Nr. 11 berücksichtigt werden. Denn dadurch, dass die Entgelte für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung und das „Line Sharing“ der Ex-ante-Genehmigungspflicht unterliegen, hätten die Wettbewerber eine Alternative auf niedrigerer Wertschöpfungsstufe zum Bitstrom-Zugang, die eine kontrollierende Wirkung auch auf die Entgelte für den Anschlusssteil des Bitstrom-Zugangs ausübe.

Am 15.03.06 hat die Beschlusskammer den Teil des Verfahrens, der den Markt für IP-Bitstrom-Zugang betrifft, ausgetrennt, um für die diesbezüglich zu erlassende Regulierungsverfügung ein eigenständiges Verfahren zu führen.

Der Entwurf der Regulierungsverfügung ist im Amtsblatt Nr. 8/2006 vom 26.04.06 als Mitteilung Nr. XX/2006 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Innerhalb dieser Frist sind XX schriftliche Stellungnahmen von Unternehmen und Verbänden eingegangen, nämlich von (*Verbände/Unternehmen einfügen*).

(*Stellungnahme Betroffene, Verbände und Wettbewerber einfügen*)

Die Stellungnahmen der Wettbewerbsunternehmen und Verbände sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens im Amtsblatt Nr. XX/2006 vom XX.XX.06 als Mitteilung Nr. XX/2006 veröffentlicht worden. Hierauf wird bezüglich der weiteren Einzelheiten des jeweiligen Vortrags Bezug genommen.

Im Rahmen der öffentlichen Konsultation ist der Betroffenen sowie den interessierten Parteien darüber hinaus in der am XX.XX.06 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Dem Bundeskartellamt (BKartA) ist unter dem XX.XX.06 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern. (*Rückäußerung BKartA einfügen*)

Unter dem XX.XX.06 hat die Bundesnetzagentur den Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt und diese davon unterrichtet.

(*Rückäußerung EU-Kommission und ggf. anderer Regulierungsbehörden einfügen*)

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

## Gründe

### I. Regulierungsverfügung

Rechtliche Grundlage für die der Betroffenen auferlegten Maßnahmen sind

- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG soweit sie in Ziffer 1.1 zur Gewährung von IP-Bitstrom-Zugang verpflichtet worden ist,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG soweit sie in Ziffer 1.2 dazu verpflichtet worden ist, zum Zwecke der Gewährung des IP-Bitstrom-Zugangs Kollokation und im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 19 TKG soweit sie in Ziffer 1.3 dazu verpflichtet worden ist, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffer 1. auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen, und
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 30 Abs. 1 S. 1 TKG soweit gemäß Ziffer 2. die Entgelte für die Gewährung des IP-Bitstrom-Zugangs sowie die Gewährung von Kollokation der Regulierung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen.

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

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

Danach entscheidet die Bundesnetzagentur im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern. Dies gilt im Hinblick auf die Regelung in § 132 Abs. 4 S. 2 TKG nicht für in diesem Bereich zu treffende Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG. Letztere sind von der Präsidentenkammer erfolgt (s.u. 2.).

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

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

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

Schließlich ist der Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG zur Verfügung gestellt worden, weil die beabsichtigten Maßnahmen Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben können.

## 2. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen

Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition ist der nationale Markt für IP-Bitstrom-Zugang mit Übergabe auf IP-Ebene (layer 3) an verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie einschließlich HFC-Breitbandzugang mit Übergabe auf IP-Ebene regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG. Auf diesen Märkten verfügt die Betroffene über eine beträchtliche Marktmacht.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus der als Anlage beigefügten, gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG von der Präsidentenkammer getroffenen Festlegung, die wegen § 13 Abs. 3 TKG Inhalt dieser Regulierungsverfügung ist und auf die daher Bezug genommen wird.

## 3. Auswahl und Umfang der einzelnen Verpflichtungen

Mit dem TKG 2004 ist gegenüber den Regelungen des TKG 1996 ein durch das zugrunde liegende Richtlinienpaket<sup>1</sup> ausgelöster neuer Regulierungsansatz im Bereich der Marktregulierung eingeführt worden. Danach ergeben sich die Verpflichtungen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht nicht mehr automatisch aus dem Gesetz, sondern diese werden ihm aufgrund des Ergebnisses eines zuvor nach §§ 10 ff TKG durchgeführten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens durch eine Regulierungsverfügung gemäß § 13 TKG auferlegt.

Voraussetzung für die Anwendung der im TKG vorgesehenen Maßnahmen nach dem 2. Teil des TKG durch eine Regulierungsverfügung ist gemäß § 9 TKG, dass die Bundesnetzagentur sachlich und räumlich relevante Telekommunikationsmärkte festlegt, die für eine Marktregulierung nach den Vorschriften des zweiten Teils des TKG in Betracht kommen (Marktdefinition, § 10 Abs. 1 TKG) und im Rahmen einer Marktanalyse feststellt, ob auf den betreffenden Märkten wirksamer Wettbewerb besteht (§ 11 Abs. 1 S. 1 TKG). Erst wenn die Marktanalyse ergeben hat, dass – wie dies vorliegend auf dem Markt für ATM-Bitstrom-Zugang der Fall ist (s.o., Ziffer 2.) - auf einem relevanten Telekommunikationsmarkt kein wirksamer Wettbewerb besteht, weil ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen (§ 11 Abs. 1 S. 2 TKG), werden solchen Unternehmen Maßnahmen nach dem 2. Teil des TKG auferlegt, § 9 Abs. 2 TKG. Ein Entschließungsermessen hinsichtlich des „ob“ einer Regulierung von Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht besteht daher nicht. Solche Maßnahmen, die durch eine Regulierungsverfügung (§ 13 Abs. 1 S. 1 TKG) auferlegt werden, können u.a. die Auferlegung eines Diskriminierungsverbots (§ 19 TKG), einer Transparenzverpflichtung (§ 20 TKG), von Zugangsverpflichtungen (§ 21 TKG) und einer getrennten Rechnungsführung (§ 24 TKG) sein. Welche dieser Maßnahmen einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden, steht innerhalb der durch die (ihrerseits durch die Vorgaben des o.a. Richtlinienpaketes geprägten) Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Maßnahmen, der Regulierungsziele und der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsanforderungen gezogenen Grenzen grundsätzlich im Auswahlermessen der Beschlusskammer.

---

<sup>1</sup> Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 33); Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 21); Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 7); Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 51) sowie Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 201 S. 37)

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens hat die Beschlusskammer der Betroffenen auf dem verfahrengegenständlichen Markte die tenorierten Verpflichtungen auferlegt bzw. von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG abgesehen.

### **3.1 Entbündelter Breitbandzugang (IP-Bitstrom-Zugang), § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG**

Die Auferlegung der Verpflichtung, Bitstrom-Zugang auf IP-Basis zu gewähren, gründet auf §§ 9 Abs. 2, 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG.

Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG *kann* die Bundesnetzagentur Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die – wie die Betroffene – über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter anderem dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten oder –einrichtungen einschließlich des entbündelten Breitbandzugangs zu gewähren. Hierunter fällt insbesondere auch die Möglichkeit einer Verpflichtung zum Bitstrom-Zugang, der sich nach der Definition in der Festlegung der Präsidentenkammer vom 12.01.06 aus einem Anschlussteil und einem Zuführungsteil zusammensetzt und einen „Service Provider“ in die Lage versetzt, eine mit individuellen Qualitätsparametern versehene Hochgeschwindigkeitsverbindung bis zu den Räumen des Kunden herzustellen (s. S. 3ff. der Festlegung vom 12.01.06, Anlage).

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

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

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

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gelangt, die Betroffene zur Zugangsgewährung zum IP-Bitstrom zu verpflichten. Hierfür waren folgende Gesichtspunkte maßgeblich:

- **Geeignetheit**

Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zum IP-Bitstrom ist geeignet, die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren

Denn auf der Basis eines IP-Bitstrom-Zugangs können Wettbewerber ihren Kunden das vollständige Leistungsbündel aus DSL-Anschluss und DSL-Verbindung aus einer Hand anbieten und dementsprechend auch eine langfristig stabile Kundenbeziehung etablieren. Durch den IP-

Bitstrom-Zugang wird den Wettbewerbern zudem ein schnellerer Markteintritt insbesondere in den DSL-Massenmarkt ermöglicht, weil sie ihr Netz zunächst lediglich bis zu den Breitband-PoP der Betroffenen ausbauen müssen und daher zunächst auf die Erschließung von Hauptverteilern zur Anmietung der TAL bzw. auf noch aufwändigere Baumaßnahmen bis zum Endkunden selbst verzichten können. Dies ermöglicht ein schnelleres Entstehen wettbewerblicher Strukturen auf sämtlichen nachgelagerten Endkundenmärkten. Hierdurch wird die Nachhaltigkeit des Wettbewerbs gefördert. Dies liegt auch im Interesse der Endkunden.

- **Erforderlichkeit**

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

Nach der Definition in § 3 Nr. 12 TKG ist ein Markt dann nachhaltig wettbewerbsorientiert, wenn der Wettbewerb dort so abgesichert ist, dass er auch nach Rückführung der sektorspezifischen Regulierung fortbesteht.

Dies ist auf den DSL-Endkundenmärkten trotz unbestreitbarer Marktanteilsverluste der Betroffenen derzeit nicht der Fall. Denn diese Marktanteilsverluste beruhen zu einem hohen Anteil auf dem DSL-Resale-Angebot der Betroffenen. Eine Beschränkung auf einen reinen „Dienstwettbewerb“ auf der Basis eines Resale-Produktes ist aber nicht hinreichend, um einen nachhaltigen, sich langfristig selbst tragenden Wettbewerb zu fördern oder sicherzustellen. Zwar ermöglicht der Wiederverkauf die erforderliche Bildung eines Kundenstammes, doch ermöglicht der Wiederverkauf allein den Wettbewerbern noch keine differenzierende, ggf. sogar breitere Produktvielfalt gegenüber der Betroffenen. Nur auf der Grundlage eigener Gestaltungsspielräume der Wettbewerber für die von ihnen angebotenen Produkte lässt sich ein langfristig sich selbst tragender Wettbewerb erreichen.

Der übrige Teil der von den Wettbewerbern realisierten DSL-Endkundenanschlüsse basiert nahezu ausschließlich auf bei der Betroffenen angemieteten TAL. Ein Wettbewerber kann diese jedoch weder kurzfristig ersetzen, noch kann er sämtliche DSL-fähige Anschlussbereiche erschließen, um dort TAL anmieten zu können. Hiefür wären umfangreiche flächendeckende Baumaßnahmen und Investitionen erforderlich, die in zeitlicher Hinsicht nicht so realisiert werden könnten, dass dadurch der Wettbewerb nicht unwesentlich verzögert würde. Darüber hinaus wären die Wettbewerber kaum in der Lage, kurzfristig das dafür erforderliche Kapital aufzubringen.

Zwischen diesen beiden Zugangsformen – Anschlussresale und TAL- bzw. Line Sharing-Zugang – ist der IP-Bitstrom-Zugang erforderlich, der einerseits zwar über ein reines Resale-Produkt hinausgeht, andererseits hierfür aber keine so hohe Investitionshürde aufstellt, die es Wettbewerbern, insbesondere bisher reinen ISP, ermöglicht, zunehmend in Infrastruktur zu investieren.

- **Angemessenheit**

Die Verpflichtung, Zugang zum IP-Bitstrom zu gewähren, steht zudem in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG.

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

Die Kriterien entstammen wie bereits erwähnt - weitgehend Art. 12 Abs. 2 Zugangs-RL. Sie konkretisieren den in Erwägungsgrund 19 der Zugangsrichtlinie enthaltenen Gedanken, nach

dem das Recht des Infrastruktureigentümers zur kommerziellen Nutzung seines Eigentums mit den Rechten anderer Diensteanbieter auf Zugang abzuwägen sind.

### **- Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung**

Das Abwägungskriterium der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen ( § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG) ist in der Begründung zum Regierungsentwurf des TKG näher erläutert (vgl. BT-Drucks. 755/03, 88). Danach soll bei diesem Kriterium insbesondere geprüft werden, ob die Kosten der Nutzung alternativer Angebote im Vergleich zum nachgefragten Angebot oder eine Eigenfertigung das beabsichtigte Dienstangebot unwirtschaftlich machen würden, ob unzumutbare zeitliche Verzögerungen durch die Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten entstünden, ob mit der Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten eine wesentliche Verminderung der Qualität des beabsichtigten Dienstangebots einherginge und welche Auswirkungen die Inanspruchnahme einer alternativen Zugangsmöglichkeit auf den Netzbetrieb haben könnte.

Nach diesen Kriterien ist die auferlegte Verpflichtung angemessen:

Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Kosten der Nutzung alternativer Angebote im Vergleich zum IP-Bitstrom-Zugang das damit beabsichtigte Dienstangebot zeitnah nicht wirtschaftlich erlauben würden. Aufgrund des nach wie vor bestehenden Quasi-Zugangsmonopols der Betroffenen im Bereich der kupferbasierten TAL ist jeder Wettbewerber von den Vorleistungsprodukten der Betroffenen abhängig. Kein weiterer Wettbewerber kann in wirtschaftlicher Weise technisch ein ebenbürtiges Netz aufbauen, das die gleiche Qualität und die gleiche Reichweite hat. Das Bitstromzugangsprodukt ist ein Kompromiss, der es den Wettbewerbern abhängig vom Ausbaustand ihres eigenen Netzes ermöglicht, einen entsprechenden Zugang zu erhalten, wie sich die Betroffene ihn selbst einräumt. Die Nutzung oder Installation alternativer Infrastrukturen käme für keinen der Nachfrager nach IP-Bitstrom-Zugang derart in Betracht, dass damit ein wirtschaftliches Dienstangebot möglich wäre. Der Grund liegt darin, dass es im Prinzip flächendeckend keine Angebote aufgrund alternativer Infrastrukturen gibt, die mit dem Bitstromzugangsprodukt austauschbar wären.

Aus dem vorgenannten ergibt sich auch, dass der Verweis der Nachfrager auf Alternativen zu einer unzumutbaren zeitlichen Verzögerung führen würde. Dies ergibt sich schon alleine deshalb, weil alternative Infrastrukturen nicht flächendeckend verfügbar sind. Eine Eigenfertigung nimmt per se schon eine längere Zeit aufgrund des Ausmaßes der Infrastruktur in Anspruch als wenn Vorleistungen eingekauft werden. Diese Dauer führt dazu, dass wertvolle Zeit, in der der Bitstrom-Anbieter bereits Kunden gewonnen hätte, die Eigenfertigung der Infrastruktur wertlos werden lässt.

Eine wesentliche Verminderung der Qualität des beabsichtigten Dienstangebots durch die Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten liegt schließlich darin, dass diese kein flächendeckendes Dienstangebot zulassen. Zwar wäre auch auf der Basis von Bitstrom-Zugang ein vollständig flächendeckendes Angebot nicht möglich, weil die Betroffene selber aus technischen Gründen nicht jedem Kunden einen DSL-Anschluss auf TAL-Basis anbieten kann. Das betrifft insbesondere vom HVt weit entfernte Lokationen. Allerdings würde ein Bitstrom-Zugangsprodukt einem weitaus größeren Anteil der Bevölkerung als bisher potenziell die Auswahl zwischen mehreren Anbietern ermöglichen, weil dann solche Anbieter auch in solche Regionen vorstoßen können, die sie bisher nicht über die TAL anbinden und auf deren Basis DSL-Zugänge anbieten konnten. Damit wird der Wettbewerb insbesondere auch in der Fläche gefördert, was nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG ausdrücklich auch Ziel der Regulierung ist.

Darüber hinaus müssten Bitstrom-Nachfrager einen „Flickenteppich“ an Vorleistungen verschiedener Anbieter beziehen, durch welche die Qualität naturgemäß leidet. Dies hätte sicherlich auch Auswirkungen auf den Netzbetrieb.

### **- Verfügbare Kapazität**

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

Dies ist nach Einschätzung der Beschlusskammer auch bei einer Verpflichtung zur Gewährung von Bitstrom-Zugang der Fall. Denn nur ein Anbieter – entweder die Betroffene selbst bzw. ihr Tocherunternehmen T-Online oder der Bitstrom-Nachfrager als Anbieter – kann die Endnutzerbeziehung haben. Das bedeutet, dass der Datenverkehr des Endnutzers ohnehin nur einmal über die Infrastruktur fließen und Kapazität beanspruchen kann.

Auch aus wirtschaftlichen Gründen werden Nachfrager nur soviel Bitstrom-Zugänge einkaufen, wie sie auch wirklich benötigen und sich keine Vorleistungsprodukte unnötig „auf Halde“ besorgen. Denn hierfür müssen sie an die Betroffene Entgelte zahlen.

Darüber hinaus geht die Betroffene selbst von einem Marktwachstum aus. Ausweislich ihres Geschäftsberichts 2005 beabsichtigt sie selbst einen Ausbau ihres Breitbandgeschäfts und erwartet mit der Verschmelzung der T-Online International AG einen signifikanten Anstieg ihrer Anschlüsse einschließlich Resale (s. DTAG-Geschäftsbericht 2005, S. 97). Dazu muss sie selbst entsprechende Kapazitäten vorhalten. Mit einer Bitstromzugangsgewährung würden die eingeplanten Ressourcen bis zum Übergabepunkt effizienter genutzt werden können.

Schließlich hat der Gesetzgeber in der Begründung zu diesem Abwägungskriterium ausgeführt, dass ein Kapazitätsausbau grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein soll (vgl. BT-Drucksache 15/2316, Seite 64/65). Denn andernfalls bestünde die Gefahr, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung ins Leere läuft. Zu beachten ist aber, dass Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht durch die Ausbauverpflichtung keine wirtschaftlichen Nachteile entstehen dürfen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen die Nachfrager daher die Investitionsrisiken in vollem Umfang übernehmen. Die eventuellen Kosten für die im Rahmen der Zugangsgewährung zum IP-Bitstrom-Zugang erforderlichen Kapazitätserweiterungen können in der Entgeltgenehmigung Berücksichtigung finden.

Diese Erwägungen gelten allerdings nicht für solche Standorte, die nicht DSL-fähig sind und die die Betroffene daher selbst noch nicht für DSL erschließen konnte sowie für solche Standorte, an denen die Kapazität der vorhandenen Kupferdoppeladern ausgeschöpft ist. Eine derartig weitgehende Ausbauverpflichtung wäre übermäßig.

### **- Anfangsinvestitionen des Eigentümers**

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

Der überwiegende Teil der für den IP-Bitstrom-Zugang genutzten Infrastruktur besteht bereits und wird von Betroffenen bereits für eigene Produkte eingesetzt. Dies umfasst die Ebene der TAL, der DSLAMs, des Konzentratornetzes sowie der 73 Breitband PoP. Da – wie bereits oben erwähnt – die Betroffene selbst eine Steigerung des DSL-Verkehrs im eigenen Netz anstrebt, muss auch hierfür der überwiegende Teil der genutzten Infrastruktur in ihrer Kapazität und Ausgestaltung gemäß der von ihr antizipierten Entwicklung des Breitbandverkehrs im Vorhinein ausgebaut werden.

Zudem muss die Betroffene den IP-Bitstrom-Zugang nicht unentgeltlich gewähren. Sie kann den Nachfragern hierfür vielmehr Entgelte in Rechnung stellen, die den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen (siehe dazu unten Ziffer 3.4) und die mithin gemäß § 31 Abs. 2 und 4 TKG auch eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals beinhalten.

### **- Langfristige Sicherung des Wettbewerbs**

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

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

### **- Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum**

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

### **- Europaweite Dienste**

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

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

### **- Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote**

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

Es gibt bislang weder eine auferlegte Verpflichtung für die Gewährung von IP-Bitstrom-Zugang noch entsprechende freiwillige Angebote im Markt. Im Gegensatz zum P-BSA-Angebot der Betroffenen auf dem Markt für ATM-Bitstrom-Zugang besteht auf dem hier maßgeblichen Markt für IP-Bitstrom-Zugang auch kein freiwilliges Angebot der Betroffenen, das von einem großen Teil des Marktes angenommen worden ist.

Nach der Festlegung der Präsidentenkammer stellt das gegenwärtige Angebot der Betroffenen, DSL-Resale mit Konzentrationsleistungen zu verknüpfen („Resale plus ZISP, ISP-Gate oder OC“), kein Bitstromzugangs-Angebot im nachgefragten und hier angeordneten Sinne dar.

Auch die entbündelte TAL ist grundsätzlich nicht funktional austauschbar. Sie stellt lediglich die physikalische Verbindung zwischen dem Endkundenzugang und der ersten Konzentrationsstufe im Festnetz, dem HVt, her. Der Zugang durch IP-Bitstrom eröffnet den Wettbewerbern, von denen im Übrigen keiner sämtliche DSL-fähige Anschlussbereiche erschlossen hat und dies angesichts des damit verbundenen Investitionsaufwandes kurzfristig auch nicht realisieren kann, die Versorgung ihrer Teilnehmer über die erschlossenen HVt-Anschlussbereiche hinaus mit

DSL-Produkten. Dies spielt bei den Netzbetreibern insbesondere für die Versorgung ihrer regional übergreifend tätigen Geschäftskunden und zugleich Teilnehmern eine wichtige Rolle, um ihren „Service aus einer Hand“ anbieten zu können. Um die gleiche Versorgung über die TAL gewährleisten zu können, müssten regional beschränkt tätige Vorleistungsnachfrager, eine deutschlandweite HVt-Erschließung vornehmen, um die TAL nutzen zu können. Eine solche bundesweite Substitution würde Jahre in Anspruch nehmen und zu hohen Investitionskosten, die auf mehrere Milliarden beziffert werden können, führen. Ein IP-Bitstrom-Zugang ließe sich dagegen erheblich schneller und kostengünstiger erreichen. Es besteht daher keine funktionale Austauschmöglichkeit zwischen der entbündelten TAL und dem IP-Bitstrom-Zugang.

Überdies reicht der Zugang zur entbündelten TAL alleine nicht aus, um den Verbraucherinteressen, insbesondere den wettbewerblichen Verhältnissen auf dem Endnutzermarkt für Breitbandzugang zum Internet, hinreichend gerecht zu werden. Der 11. Implementierungsbericht der EU-Kommission (Annex II; S. 57 „Marktdaten“), weist für die Bundesrepublik Deutschland zwar die europaweit höchste Zahl an entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen auf, gleichzeitig aber einen der höchsten Marktanteile für den etablierten Betreiber auf dem Endnutzermarkt für Breitbandanschlüsse. Dies zeigt, dass die Regulierung der TAL bisher keinen ausreichenden Einfluss auf die Wettbewerbsintensität der Endnutzermärkte hat.

Weil beim Line Sharing lediglich das obere Frequenzband der TAL genutzt wird, ist auch insoweit keine funktionale Austauschbarkeit gegeben. Damit unterliegt Line Sharing zunächst den selben Beschränkungen, die auch bei der TAL aufgezeigt wurden.

#### • Umfang des Zugangs

Die Verpflichtung zur Gewährung des IP-Bitstrom-Zugangs umfasst eine Zugangsverpflichtung für den Anschlussteil und einen Zuführungsteil im Breitbandnetz. Zwar stellen Anschluss und Breitbandnetz unterschiedliche Netzkomponenten im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG dar, zu deren Zugangsgewährung die Betroffene grundsätzlich auch entbündelt verpflichtet werden kann. Eine solche Entbündelung würde allerdings dem Wesen des Bitstrom-Zugangs nicht gerecht werden, denn nach der in der Festlegung der Präsidentenkammer getroffenen Definition handelt es sich beim Bitstrom-Zugang um ein einheitliches Zugangsprodukt basierend auf einer Infrastruktur, die sich aus einem Anschlussteil und einem Zuführungsteil zusammensetzt, und die einen Diensteanbieter oder Netzbetreiber in die Lage versetzt, eine mit individuellen Qualitätsparametern versehene Hochgeschwindigkeitsverbindung bis zu den Räumlichkeiten des Endkunden herzustellen.

Nicht umfasst wird von der Zugangsverpflichtung die Realisierung von IP-Bitstrom über HFC-Netze, weil die Betroffene ein solches nicht betreibt. Hierauf hat sie in ihrer Stellungnahme vom 17.02.06 zu Recht hingewiesen.

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

Die Zugangsverpflichtung war auch nicht über den tenorierten Umfang hinaus weiter zu detaillieren. Dies ergibt sich aus dem einzelfallübergreifenden Charakter der Auferlegung sowie aus der Systematik des Gesetzes, nach der es, wie sich aus §§ 22 und 25 TKG ergibt, auch nach der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung sowohl für die Zugangsverpflichteten als auch

für die Zugangsberechtigten einen Spielraum geben muss, über die einzelnen konkreten Bedingungen der Zugangsleistungen zu verhandeln, und im Falle des Scheiterns der Verhandlungen die Regulierungsbehörde auf Anordnung des Zugangs anrufen zu können. Weil die Bundesnetzagentur im Rahmen eines solchen Verfahrens alle Bedingungen einer Zugangsvereinbarung festlegen kann (vgl. § 25 Abs. 5 TKG), ergibt sich hieraus im Umkehrschluss, dass die einzelnen Bedingungen einschließlich der von den Wettbewerbern konkret nachgefragten Qualitätsparameter Gegenstand einer zwischen den Parteien ausgehandelten Zugangsvereinbarung sein sollen und folglich nicht von der Regulierungsbehörde in einer detaillierten Regulierungsverfügung vorzugeben sind. Hierüber wird im Streitfall in konkreten Verfahren nach § 25 TKG oder – sofern eine allgemeine Nachfrage besteht und die Betroffene entweder kein Angebot oder ein unzureichendes Angebot vorliegt, im Rahmen der Überprüfung des Standardangebotes nach § 23 TKG zu entscheiden sein.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen ist in der Regulierungsverfügung keine Beschränkung der Zugangsverpflichtung hinsichtlich solcher IP-Bitstrom-Zugangsprodukte, die auf der ADSL2-, ADSL2+- bzw. auf der VDSL-Technologie aufsetzen, auszusprechen. Für ADSL2 und ADSL2+-Zugangsprodukte ergibt sich das bereits daraus, dass sich die Betroffene diese bereits intern gewährt bzw. in absehbarer Zeit intern gewähren wird und diese Anschlüsse in der Festlegung der Präsidentenkammer vom 12.01.06 ohne Einschränkung als in den definierten und analysierten Markt für IP-Bitstrom-Zugang fallend betrachtet werden (s. S. 62f der geschwärzten Fassung Festlegung).

Hinsichtlich der auf der VDSL-Technologie basierenden Zugänge kann dahinstehen, ob und inwieweit die Einbeziehung auch einer solchen Verpflichtung angesichts der im Rahmen der Abwägung nach § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG gebotenen Berücksichtigung der Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung des Investitionsrisiken überhaupt gerechtfertigt wäre. Denn die Festlegung zur Marktdefinition und Marktanalyse auf den Bitstrom-Zugangsmärkten bezieht Bitstrom-Zugangsleistungen, die auf der VDSL-Technologie aufsetzen, nur in dem Maße in die dort definierten Bitstrom-Zugangsmärkte ein, als sie als Substitute zu Bitstromprodukten dieser Märkte anzusehen sind. Breitbandzugangsleistungen, die nicht mit den betrachteten Bitstromprodukten substituierbar sind, weil sowohl die Austauschbarkeit aus Nachfragersicht als auch die Angebotsumstellungsflexibilität nicht gegeben ist, sind hingegen nicht Teil der hier abgegrenzten Bitstrom-Zugangsmärkte. Eine derartige Bewertung ist abschließend aber erst möglich, wenn die entsprechende Infrastruktur vorhanden ist und darauf aufsetzende Endkundenprodukte angeboten werden. Dies ist derzeit jedoch (noch) nicht der Fall.

### **3.2. Kollokation**

Die in Ziffer I.1.3 tenorierte Kollokationsverpflichtung erfolgt auf der Grundlage von § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG. Danach *so*ll die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, die Verpflichtung auferlegen, Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Leitungen, und Masten zu ermöglichen sowie den Nachfragern oder deren Beauftragte jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren.

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

Zur Erreichung dieses Zweckes ist die auferlegte Kollokations- und Zutrittsverpflichtung und die geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung des Kriterienkataloges des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG auch angemessen.

Um die auferlegte Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zum IP-Bitstrom-Zugang in Anspruch nehmen zu können, ist es erforderlich, dass die Wettbewerbsunternehmen ihre übertragungstechnischen Einrichtungen zur Bündelung der Verkehrs- und Signalisierungskanäle (Multiplexer, Konzentratoren) sowie die Abschlusseinrichtungen der Übertragungswege von und

zu ihrem IP-Netz mit dem Konzentratornetz der Betroffenen verbinden können, um auf diese Weise überhaupt erst Telekommunikationsverkehr von und zum Endkunden abwickeln zu können.

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

Zwar gab es in der Vergangenheit mehrfach Kapazitätsprobleme bei der Bereitstellung der Kollokation durch die Betroffene, doch ließen sich diese durch alternative („virtuelle“) Kollokation wie z.B. Outdour-Boxen und –Kabinen sowie Fernkollokation beheben. Eine Beschränkung auf verfügbare Kapazitäten kommt dann nicht in Betracht, wenn dadurch der Zugangsanspruch gefährdet bzw. ausgeschlossen würde, (vgl. BT-Drs 15/2316 S. 65 zu § 19 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E, der § 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG entspricht). Wenn die Kollokation auf die Standorte mit hinreichender Freifläche im Gebäude beschränkt würde, wäre aber der Zugangsanspruch gefährdet, weil die Betroffene ansonsten ihr Netz gerade dahingehend verändern könnte, dass ein entbündelter Zugang am HVt vereitelt wird.

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

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

### **3.3 Gleichbehandlungspflicht, § 19 TKG**

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 1.1 tenorierte Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes sind §§ 9 Abs. 2, 13, 19 TKG.

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

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

Zweck des Diskriminierungsverbots ist zum einen, dass der betreffende Betreiber anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Produkte oder die seiner Tochter- oder Partnerunternehmen (vgl. § 19 Abs. 2). Zum anderen bezweckt das Diskriminierungsverbot, dass einzelne Wettbewerber von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht ungerechtfertigt bevorzugt bzw. benachteiligt werden. Insgesamt soll damit ein chancengleicher Wettbewerb sowohl zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht als auch zwischen Wettbewerbern, die auf Vorleistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht angewiesen sind und diese in Anspruch nehmen, sichergestellt werden.

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

Die Betroffene ist selbst bzw. durch ihre Tochterunternehmen T-Online International AG bzw. T-Systems International GmbH auf sämtlichen Wertschöpfungsstufen sowohl für den DSL-Massenmarkt als auch für hochwertige Datendienste aktiv. Aufgrund dieser vertikalen Integration besteht die Gefahr, dass sie sich oder ihrem Tochterunternehmen intern günstigere Bedingungen auf dem Markt für IP-Bitstrom-Zugang gewährt, als sie diese gegenüber anderen Unternehmen im Rahmen des Zugangs gewährt, vgl. Erwägungsgrund 17 der Zugangsrichtlinie. Auf anderen Märkten hatte die Bundesnetzagentur immer wieder mit Beschwerden von Wettbewerbern zu tun, in denen sich vor dem Hintergrund der vollständigen vertikalen Integration der Betroffenen die Frage der Bevorzugung eigener Tochterunternehmen bzw. einer internen Besserstellung gegenüber nachfragenden Wettbewerbsunternehmen stellte. Solche Beschwerden mündeten in einzelnen Fällen schließlich in Verfahren der Missbrauchsaufsicht gemäß § 33 TKG 1996 bzw. der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 30 TKG 1996 (vgl. etwa Beschlüsse BK 3a-99/014 v. 16.06.99 und BK 3a-00/033 vom 15.11.00). Diese Sachverhalte können dafür angeführt werden, dass eine Diskriminierungsgefahr aufgrund eines Verhaltens der Betroffenen nicht nur fern liegend abstrakt möglich ist, sondern durchaus realistisch sein kann.

Zudem bestünde bei einer Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung die Gefahr, dass sich am verfahrensgegenständlichen Markt in Abhängigkeit von z.B. der Verhandlungsmacht der einzelnen Nachfrager, die ihrerseits von deren Größe und damit auch von Aspekten einer „strategischen Zusammenarbeit“ zwischen der Betroffenen und solchen Unternehmen abhängen kann, unterschiedliche Bedingungen ergeben könnten, zu ein IP-Bitstrom-Zugangsprodukt von der Betroffenen bezogen werden können. Daraus würden sich für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslagen ergeben können. Es wäre nicht auszuschließen, dass es sowohl im Verhältnis der Betroffenen (bzw. ihres Vertriebsbereiches, Retailarm) zu alternativen Nachfragern als auch im Verhältnis der alternativen Nachfrager zueinander zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könnte.

Um solche sowohl externen als auch internen Ungleichbehandlungen durch die Betroffene zu unterbinden, ist die Auferlegung des Diskriminierungsverbotes erforderlich und geeignet. Denn hierdurch werden die Wettbewerber vor der Gefahr einer Ungleichbehandlung durch die Betroffene geschützt und diese ihrerseits daran gehindert, den Wettbewerb zu ihren Gunsten bzw. zu Gunsten bestimmter Wettbewerber zu verzerren. Diese Maßnahme ist unter Berücksichtigung der Regulierungsziele, insbesondere mit Blick auf das in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG aufgeführte Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, auch angemessen und belastet die Betroffene nicht übermäßig. Denn mit der Auferlegung des Diskriminierungsverbotes wird lediglich eine Verpflichtung fortgeführt, die der Betroffenen beim Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auch bereits unter der Geltung des TKG 1996 oblag. Demgegenüber würden die Nachteile, denen sich die Wettbewerber infolge einer Ungleichbehandlung durch die Betroffene ausgesetzt sehen würden, und die daraus folgenden negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb und damit letztlich auch auf die Interessen der Endkunden, je nach ihren Bedürfnissen zwischen preisgünstigen und qualitativ hochwertigen Online-Diensten verschiedener Wettbewerber auswählen zu können, deutlich überwiegen.

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

Die Entgelte, die die Betroffene für die Gewährung des Zugangs zum IP-Bitstrom und die dafür erforderliche Kollokation erhebt, unterliegen der Genehmigungspflicht nach § 31 TKG.

Gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG unterliegen die Entgelte eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für nach § 21 TKG auferlegte Zugangsleistungen einer Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG. Abweichend hiervon sollen die Zugangsentgelte dann einer nachträglichen Kontrolle unterworfen werden, wenn erstens der Betreiber nicht gleichzeitig auch auf dem Markt für Endkundenleistungen, auf dem er tätig ist, über beträchtliche Marktmacht verfügt, zweitens nach dem Inkrafttreten des TKG 2004 beträchtliche Marktmacht festgestellt worden ist, ohne dass der Betreiber vor Inkrafttreten dieses Gesetzes auf dem relevanten Markt als marktbeherrschend eingestuft wurde, und drittens dass die Maßnahme zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG ausreicht.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen geht die Beschlusskammer im Einklang mit der von der Bundesrepublik Deutschland in dem von der Betroffenen erwähnten Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission davon aus, dass § 30 Abs. 1 S. 2 TKG gemeinschaftsrechtskonform ist. Denn die Mitgliedstaaten sind nicht gehindert, die Entscheidung über die Auferlegung von Verpflichtungen zur Preiskontrolle gesetzlich vorzustrukturieren. Im Rahmen dessen hat der deutsche Gesetzgeber in § 30 Abs. 1 S. 2 TKG von der ihm eröffneten Ausgestaltungsmöglichkeit Gebrauch gemacht.

Allerdings liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 30 Abs. 1 S. 2 TKG nicht kumulativ vor. Denn die Betroffene verfügt hinsichtlich des Anschlussteils sowohl auf dem Vorleistungsmarkt als auch auf dem Endkundenmarkt jeweils über eine beträchtliche Marktmacht. Hinsichtlich des Zuführungsteils ist darüber hinaus bereits vor dem Inkrafttreten des TKG 2004 erstmals festgestellt worden, dass die Betroffene über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

Zwar ist die Durchführung eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens nicht Voraussetzung für die im Rahmen des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG zu beurteilende Tatbestandsfrage, ob ein Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf einem Vorleistungsmarkt zugleich auch über beträchtliche Marktmacht auf dem Markt für Endkundenleistungen, auf dem er tätig ist, verfügt. Allerdings hat die Bundesnetzagentur inzwischen ein Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren für den DSL-Endkundenmarkt eingeleitet, das jedoch noch nicht abgeschlossen ist, so dass durch die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur auch noch keine entsprechenden Feststellungen getroffen werden konnte. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass die Betroffene zugleich auch auf dem DSL-Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt. Denn die fehlende Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht der Betroffenen auf diesem Markt auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG wird gemäß der Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 1 TKG durch konkret-individuelle Feststellung zum Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nach dem TKG 1996 ersetzt.

In den Beschlüssen BK 3b-00/032 vom 30.03.01 und BK 3a-03/010 vom 18.07.03 bzw. 15.08.03 hat die Beschlusskammer 3 jeweils in den Gründen festgestellt, dass die Betroffene auch auf dem Endkundenmarkt für DSL-Anschlüsse über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Diese Feststellungen, die Bestandteil der Begründungen der beiden Entscheidungen sind, wirken dementsprechend fort.

Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass sich die Missbrauchsverfügung BK 3a-03/010 durch die Abgabe des geforderten Resale-Angebots insgesamt erledigt hat und dementsprechend die darin festgestellte marktbeherrschende Stellung der Betroffenen nicht im Sinne des § 150 Abs. 1 TKG wirksam geblieben ist und damit nicht fortgilt. In seinem Urteil 1 K 2924/05 vom 17.11.05 hat das VG Köln entschieden, dass eine Missbrauchsverfügung infolge ihrer Befolgung nur den vollstreckbaren Inhalt verliert. Ein sachlich einleuchtender Grund, warum auch eine damit verbundene, konkret-individuell geregelte Pflicht zur Zugangsgewährung entfallen sein sollte, sei nicht zu erkennen (S. 9f. des amtl. Umdrucks). Diese Erwägungen gelten erst recht für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung als Tatbestandsvoraussetzung im Rahmen einer solchen Missbrauchsverfügung, mit der eine Zugangsverpflichtung konkret-individuell ausgesprochen worden ist.

Darüber hinaus sind im Rahmen der Marktdefinition- und Marktanalyse auf den Markt Nr. 12 auch die Endkundenmärkte betrachtet worden. Die Untersuchungen haben gezeigt, dass die Betroffene noch Ende 2004 über „hohe bis überragende Marktanteile auf den korrespondierenden Endkundenmärkten“ (s. S. 78 der geschwärzten Fassung der Festlegung) verfügte.

Hieran hat sich trotz deutlicher Marktanteilsverluste der Betroffenen bisher grundsätzlich nichts geändert. Die der Beschlusskammer vorliegenden Zahlen belegen, dass die Betroffene ungeachtet einer deutlichen Erhöhung der Wettbewerbsintensität infolge ihres DSL-Resale-Produktes und die Realisierung von DSL-Anschlüssen durch Wettbewerber auf Basis der entbündelten TAL bzw. von „Line Sharing“ nach wie vor über einen Marktanteil verfügt, der über dem von der EU-Kommission in Ziffer 75 ihrer Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH genannten

Wert von 50 Prozent liegt, über dem ohne Weiteres der Beweis einer beträchtlichen Marktmacht vorliegt.

Auch bezüglich der Zuführung der von DSL-Anschlüssen herrührenden Verbindungen zu Breitband-PoP-Standorten ist eine marktbeherrschende Stellung der Betroffenen gegeben. Hier verfügte die Betroffene ausweislich der Marktanalyse auf dem Markt Nr. 12 Ende 2004 über einen Anteil von über 70 Prozent. Angesichts der Innenabsätze gegenüber der T-Online International AG ist davon auszugehen, dass sich an dem überragenden Marktanteil der Betroffenen nichts geändert hat (s. geschwärzte Fassung der Festlegung, S 74). Darüber hinaus ist im Zusammenhang mit der Entgeltgenehmigungsentscheidung BK 4c-03-075/E09.07.03 vom 19.09.03, also vor dem Inkrafttreten des TKG 2004, erstmals festgestellt worden, dass die Betroffene auf dem Markt für IP-Zuführungsleistungen über ihr Breitbandnetz über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Diese Feststellung hatte auch in den Folgeentscheidungen – zuletzt im Beschluss BK 3d-05-041 vom 27.10.05 - weiter Bestand.

Eine ausnahmsweise Freistellung des IP-Bitstrom-Zugangs von der Ex-ante-Genehmigungspflicht des § 30 Abs. 1 TKG kommt damit auch nach § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG nicht in Betracht.

Sofern die noch in der Vorbereitung befindliche Marktanalyse auf dem DSL-Endkundenmarkt infolge einer zunehmenden Wettbewerbsdynamik zu dem Ergebnis kommen sollte, dass die Betroffene auf diesem Markt nicht (mehr) über eine beträchtliche Marktmacht verfügt, behält sich die Beschlusskammer eine Überprüfung, ob in einem solchen Fall noch an der Ex-ante-Genehmigungspflicht der Entgelte festzuhalten ist, vor.

### **3.5 Keine Auferlegung einer Transparenzverpflichtung, § 20 TKG**

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gelangt, dass eine gesonderte Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG neben der mit dieser Entscheidung gegenüber der Betroffenen zugleich auferlegten Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes gemäß § 23 TKG nicht erforderlich ist. Denn durch das zu veröffentlichende Standardangebot erhalten Nachfrager sämtliche für den Zugang erforderlichen Informationen. Dies folgt daraus, dass ein Standardangebot gemäß § 23 Abs. 3 S. 4 TKG inhaltlich so umfassend sein muss, dass es von den einzelnen Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden kann. Im Rahmen des Standardangebotes müssen daher alle Zugangsbedingungen veröffentlicht werden, die für den Zugang zum Teilnehmeranschluss wesentlich sind. Darüber hinaus sind keine weiteren Informationen für die Zugangsnachfrage und –inanspruchnahme erforderlich, vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 66, zu § 20 Abs. 2 TKG-E und zu § 21 TKG-E.

Von daher liefe die zusätzliche Auferlegung einer Transparenzverpflichtung ins Leere. Sie ist folglich nicht erforderlich und wäre daher unverhältnismäßig.

### **3.6 Keine Auferlegung einer getrennten Rechnungsführung, § 24 TKG**

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer zudem zu dem Ergebnis gekommen, dass die Auferlegung einer getrennten Rechnungsführung gemäß § 24 TKG im Zusammenhang mit den durch diese Entscheidung auferlegten Verpflichtungen zur Erreichung dieser Zielsetzung nicht erforderlich ist und daher unverhältnismäßig wäre.

Denn die Entgelte, welche die Betroffene für die Zugangsgewährung zum IP-Bitstrom sowohl für den Anlussteil als auch für den Zuführungsteil sowie für die Kollokation erheben kann, unterliegen der Genehmigungspflicht nach §§ 30 Abs. 1 S. 1, 31 TKG. Im Rahmen dessen hat die Betroffene gemäß § 33 Abs. 2 TKG Kostennachweise für die einzelne entgeltgenehmigungspflichtige Leistung vorzulegen. Da auf der Grundlage der vorgelegten Kostennachweise, einer Vergleichsmarktbetrachtung bzw. einer Modellrechnung (vgl. § 35 Abs. 1 TKG) Entgelte nach § 31 Abs. 1 TKG nur dann genehmigungsfähig sind, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten, ist die Gefahr einer unzulässigen

Quersubventionierung, die durch eine getrennte Rechnungsführung verhindert werden sollte, ausgeschlossen.

Darüber hinaus ermöglicht die gemäß § 33 Abs. 3 TKG regelmäßig zu Beginn eines jeden Geschäftsjahres von der Betroffenen vorzulegende Übersicht über die Gesamtkosten des Unternehmens sowie deren Aufteilung auf die Kostenstellen und auf die einzelnen Leistungen nach Einzel- und Gemeinkosten die Verifizierung, ob unzulässige Quersubventionierung zwischen den einzelnen Leistungen, insbesondere zwischen dem regulierten und nicht regulierten Bereich vorliegen.

#### **4. Ergänzungsvorbehalt**

Die Beschlusskammer behält sich vor, diese Regulierungsverfügung um weitere Zugangsverpflichtungen zu ergänzen, sobald die Betroffene sich intern Leistungen bereitstellt, die sie ihren Wettbewerbern vorenthält, und zu deren Zugangsgewährung sie nicht durch die bereits in dieser Entscheidung auferlegten Maßnahmen verpflichtet worden ist.

Diese Vorgehensweise ist auch sachgemäß, weil ein weiteres Zuwarten, soweit die Beschlusskammer entscheiden kann, nicht geboten ist. Vielmehr ist insoweit nunmehr eine zügige Entscheidung angebracht, wie sie auch von der EU-Kommission in ihrer Stellungnahmen zum Konsolidierungsentwurf der Marktdefinition und Marktanalyse für den Markt Nr. 12 gefordert wird.

#### **5. Widerrufsvorbehalt**

Der Widerrufsvorbehalt in Ziffer 4. des Tenors war aufzunehmen, weil sich die rechtlichen Rahmenbedingungen insbesondere betreffend die Regulierung der Entgelte die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes aufgrund der beabsichtigten Änderung des TKG ändern können. In diesem Fall muss die Beschlusskammer die Möglichkeit haben, auf die veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen zu reagieren, um damit den in einer Änderung zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willen nachzuvollziehen.

Der Widerrufsvorbehalt hinsichtlich des Maßstabs der Entgeltregulierung erfolgte vor dem Hintergrund der noch ausstehenden Marktanalyse auf dem DSL-Endkundenmarkt. In einem solchen Fall musste geprüft werden, ob beim Wegfallen der Tatbestandsvoraussetzung des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG an der Genehmigungspflicht der Entgelte für die Anschlusskomponente des IP-Bitstrom-Zugangs festzuhalten ist oder ob dazu eine Ex-post-Kontrolle ausreicht.

## **II. Standardangebot**

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

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

Die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 TKG sind in Bezug auf die auferlegten Zugangsverpflichtungen erfüllt. Denn für die Zugangsleistungen, zu deren Gewährung die Betroffene hiermit verpflichtet wird, besteht, wie das Ergebnis der von der Bundesnetzagentur durchgeführten Anhörung zum IP-Bitstrom gezeigt hat, eine allgemeine Nachfrage.

Die Beschlusskammer hat keine Vorgaben zu den Bestandteilen des Standardangebotes gemacht. Sie geht aber davon aus, dass das Angebot so umfassend ist, dass es von Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden könnte. Das Angebot muss also alle für ein IP-Bitstrom-Produkt erforderlichen Bedingungen enthalten (allgemeine Vertragsregeln sowie Qualitätsparameter und Preise, Zugangsstandorte, technische Bestimmungen und Betrieb, Bestellung und Bereitstellung, Kollokation, Abrechnung, Ansprechpartner).

Im Interesse der öffentlichen Sicherheit und auch im Hinblick auf ihre eigenen Sicherheitsinteressen ist die Betroffene jedoch nicht dazu verpflichtet, auch die Standorte des Zugangs bzw. der Kollokation zu veröffentlichen. Die Zugangspunkte befinden sich an Netzknoten, die ein besonderes und bevorzugtes Ziel für schädigende Aktionen sein können. Eine Veröffentlichung dieser Orte würde eine dahingehende Gefahr erhöhen. Das berechtigte Informationsinteresse der Betreiber tritt hinter dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und den berechtigten Sicherheitsbelangen der Betroffenen demgegenüber zurück. Es kann den interessierten Betreibern zugemutet werden, dass sie die Standortinformationen erst auf Nachfrage von der Betroffenen erhalten.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50557 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. 2 TKG.

Bonn, den XX.XX.06

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Knobloch

Wilmsmann

Wieners

### Anlage

*(Hier nicht abgedruckt, siehe Hinweis in der Vorbemerkung)*