



Beschlusskammer 4

BK 4a-06-039 /R

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 breitbandigen Anschluss- und Konzentratornetzes anderen Unternehmen auf Nachfrage IP-Bitstrom-Zugang dadurch zu gewähren, dass sie im Rahmen eines einheitlichen Produktes dem nachfragenden Unternehmen xDSL-Anschlüsse überlässt und den darüber geführten Paketstrom über ihr Konzentratornetz zu den PoP ihres IP-Kernnetzes transportiert, wo sie ihn dem nachfragenden Unternehmen übergibt,
 - 1.2 zum Zwecke des Zugangs gemäß Ziffer 1.1 Kollokation an den PoP-Standorten sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu den Einrichtungen in den Kollokationsräumen an den PoP-Standorten zu gewähren,
 - 1.3 dass Vereinbarungen über Zugänge gemäß Ziffern 1.1 und 1.2 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen sowie
 - 1.4 ihre Vorleistungspreise für die extern angebotenen Zugangsleistungen auf dem verfahrensgegenständlichen Markt und ihre internen Verrechnungspreise für die entsprechenden intern genutzten Vorleistungen transparent zu gestalten sowie der Bundesnetzagentur auf Anforderung Informationen über die jeweiligen Absatzmengen der extern angebotenen und intern genutzten Vorleistungsprodukte und die entsprechenden Umsätze vorzulegen.
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. Ziffer 2. steht 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.

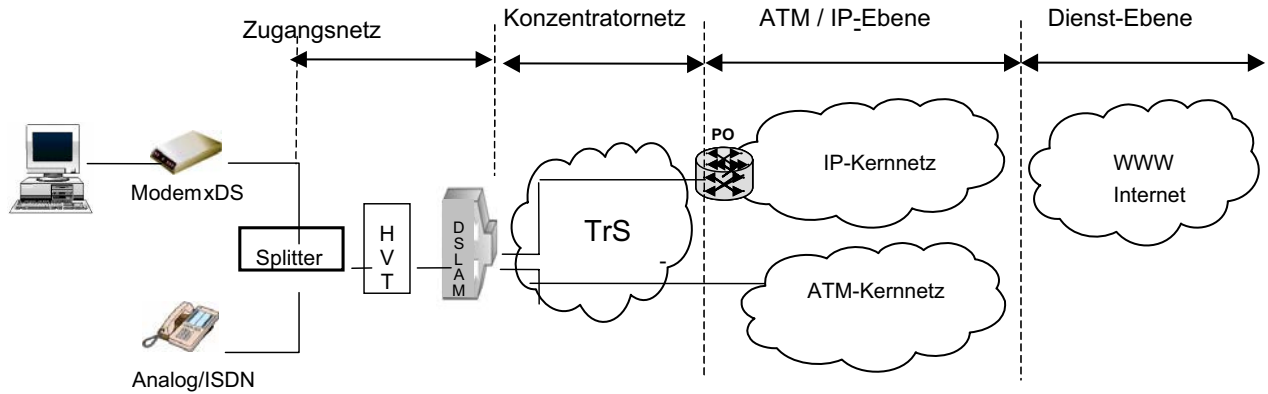
Die Angaben zu den Standorten des Zugangs bzw. der Kollokation müssen nicht veröffentlicht werden, sie müssen nur auf Nachfrage interessierten Unternehmen zugänglich gemacht werden.

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 bietet Endkunden – nach der Verschmelzung ihres ehemaligen Tochterunternehmens T-Online International AG auf sie nunmehr aus einer Hand - ein vollständiges Leistungsbündel aus breitbandigen xDSL-Anschlüssen und breitbandigen Transportdiensten, u.a. breitbandigen Internetzugang, an. Hierzu betreibt sie basierend auf ihren Teilnehmeranschlussleitungen (TAL) ein breitbandiges xDSL-Zugangsnetz, das aus xDSL-Anschlüssen zwischen den 1. TAE und den DSLAM besteht. Der hierüber generierte Verkehr wird im sog. DSLAM (Digital Subscriber Line Access Multiplexer) zusammengefasst. Die Verkehre mehrerer DSLAM werden derzeit in dem anschließenden Konzentratornetz weiter konzentriert und zu Eingangsknoten eines vermittelnden Netzes geführt. So wird der ATM-Verkehr zu einer der derzeit existierenden 51 ATM-Teilnehmervermittlungsstellen des ATM-Netzes der Betroffenen und der IP-Verkehr zu einem der aktuell bundesweit vorhandenen 73 Breitband-Points-of-Presence (PoP) im IP-Kernnetz der Betroffenen geführt. Der den Breitband-PoP zugeführte IP-Verkehr wird schließlich in ein IP-Kernnetz geleitet.

Die folgende Darstellung veranschaulicht die wesentlichen Netzstrukturen:



Andere Wettbewerber der Betroffenen, nämlich die sog. „Teilnehmernetzbetreiber“, bieten Endkunden ebenfalls DSL-Anschlüsse und damit zusammenhängende breitbandige Transportdienste, u.a. breitbandigen Internetzugang, an, die sie aber entweder auf der Basis komplett eigener Anschlussinfrastruktur oder auf der Grundlage bei der Betroffenen angemieteter TAL realisieren. Darüber hinaus vertreibt die Betroffene seit 2004 im Wege des „Resale“ DSL-Anschlüsse an Internet Service Provider, die diese DSL-Anschlüsse dann auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung an Endkunden weiter vermarkten.

Mit Blick auf den in der Märkte-Empfehlung der Kommission 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 werde beabsichtigt, ihr gegenüber eine Regulierungsverfügung zu erlassen und ihr darin 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) aufzuerlegen. 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 sei 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 DSL-Verpflichtung hinsichtlich des Anschlussteils auferlegt werde. 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 beabsichtigte 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 Anschluss teil 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. 118/2006 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 13 schriftliche Stellungnahmen von Unternehmen und Verbänden eingegangen, nämlich von der Betroffenen, den Unternehmen AOL Deutschland GmbH & Co KG, Arcor AG & Co, BT (Germany) GmbH & Co OHG, freenet Cityline GmbH, QSC AG, Communication Services Tele2 GmbH, Telefónica Deutschland GmbH, Tiscali GmbH, Verizon Business MCI Deutschland GmbH, dem Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. (Vatm), dem Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V. (Eco) sowie der Initiative Europäische Netzbetreiber (IEN).

Die Betroffene hat in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf noch einmal ihre wesentlichen Einwände gegen das Ergebnis des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens für den Markt Nr. 12 der Märkte-Empfehlung geäußert (s. Bl. 1 bis 6 der Stellungnahme der Betroffenen vom 24.05.06) und zu den im Entscheidungsentwurf vorgesehenen Maßnahmen im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:

Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung für den Anschlussteil sei unverhältnismäßig. Vielmehr wäre eine Resale-Verpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG ausreichend. Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung betreffend den Anschlussteil von IP-Bitstrom stehe nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG, insbesondere sei sie nicht zur Förderung der Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte und zur Wahrung der Interessen der Endkunden notwendig. Schon jetzt könnten Wettbewerber ihren Kunden das vollständige Leistungsbündel aus DSL-Anschluss und DSL-Verbindung aus einer Hand anbieten und eine langfristig stabile Kundenbeziehung etablieren. Gerade Resale DSL in Verbindung mit ZISP ermögliche einen schnellen Markteintritt, ohne dass die Wettbewerber in nennenswertem Umfang selbst Infrastruktur aufbauen müssten. Zudem sei ein IP-Bitstrom-Zugang auf der Basis von TAL oder Line-Sharing ohne weiteres substituierbar. In vielen Regionen befänden sich drei oder mehr parallele Infrastrukturen für breitbandige Anschlüsse. Die Wettbewerber erreichten hier Marktanteile, die denen der Betroffenen entsprächen oder diese sogar überschritten. Das belege eindrücklich die Tragfähigkeit konkurrierender Einrichtungen. Auch komme dem Infrastrukturschutz der Betroffenen Vorrang vor einem nur derivativen Teilhaberecht der Wettbewerbsunternehmen zu. DSL-Anschlüsse und das Konzentratornetz, über das auch der IP-Bitstrom-Zugang hergestellt werde, wären erst ab 1999 und somit nach der vollständigen Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes aufgebaut worden. Die Betroffene habe hier von vornherein im Wettbewerb gestanden und das volle Investitionsrisiko getragen. Auch von daher sei eine Belastung mit einer Zugangsverpflichtung nicht gerechtfertigt. Die Beschlusskammer gehe zudem zu Unrecht davon aus, dass die bereits auferlegten Verpflichtungen und freiwilligen Angebote nicht ausreichend seien. Sie gehe auch hier von der fehlerhaften Prämisse aus, dass das gegenwärtige Angebot kein IP-Bitstrom-Zugangs-Angebot im nachgefragten und angeordneten Sinn sei. Außerdem verkenne sie die tatsächlichen wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Endkundenmarkt.

Zutreffend sei die Beschränkung der Zugangsverpflichtung betreffend den Zuführungsteil im Breitbandnetz auf das bestehende Konzentratornetz und auf die Verkehrsübergabepunkte an den 73 PoP. Denn das zum Zugang verpflichtete Unternehmen müsse seinen Wettbewerbern lediglich das vorhandene Netz, wie es von ihm selbst genutzt werde, zur Verfügung stellen. Es sei nicht verpflichtet, seinen Wettbewerbern ein nach ihren Wünschen zugeschnittenes Netz zu bauen. Genau darauf liefen aber die Forderungen der Wettbewerber nach mehr oder anderen PoP hinaus.

Soweit die Beschlusskammer beabsichtige, die Entgelte für die nach § 21 TKG als verpflichtend auferlegte Gewährung des IP-Bitstrom-Zugangs der Genehmigungspflicht nach §§ 30 Abs. 1, 31 TKG zu unterwerfen, sei dies im Hinblick auf den Anschluss-Bestandteil unverhältnismäßig. Die Genehmigungspflicht bezüglich der Anschlusstentgelte würde eine übermäßige Belastung darstellen. Die Beschlusskammer dürfe diese Entgelte lediglich einer nachträglichen Regulierung unterwerfen. Eine Feststellung, dass sie auf dem ADSL-Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfüge, läge nicht vor. Die Feststellung beträchtlicher Marktmacht müsse nach dem TKG 2004 im Rahmen eines Marktdefinitions- und -analyseverfahren getroffen werden. Die bisher durchgeführten Marktdefinitionen und Marktanalysen enthielten eine solche Feststellung für den ADSL-Massenmarkt nicht. Unter der Geltung des TKG 1996 sei auch keine konkret-individuelle Feststellung zur marktbeherrschenden Stellung der Betroffenen getroffen worden, die über § 150 Abs. 1 Satz 1 TKG weiter gelten könnte. Die Marktanalyse gehe insoweit davon aus, dass es sich um einen neuen Markt handle. Einen entsprechenden Vorleistungsmarkt habe es daher vor Inkrafttreten des novellierten TKG nicht gegeben. Dementsprechend sei auch keine marktbeherrschende Stellung auf einem solchen Vorleistungsmarkt festgestellt worden. Demgegenüber sei eine nachträgliche Regulierung der Vorleistungsentgelte für den IP-Bitstrom-Zugang auch mit Blick auf die Regulierungsziele ausreichend. Gründe, aus denen sich ausnahmsweise etwas anderes ergeben könnte, seien vorliegend nicht ersichtlich. Dessen ungeachtet müsse § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG, der die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung mit der Ex-ante-Regulierung der Zugangsentgelte verknüpfe, schon deshalb unangewendet bleiben, weil eine Verknüpfung der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung mit der Ex-ante-Entgeltkontrolle gegen Art. 8 Abs. 2 ZRL verstoße, soweit er der Bundesnetzagentur nicht die Möglichkeit gebe, von einer Entgeltregulierung abzusehen oder lediglich eine Ex-post-Entgeltkontrolle anzuordnen, wenn dies zur Erreichung der Ziele des § 2 Abs. 2 TKG erforderlich sei.

Die Wettbewerbsunternehmen und die Verbände haben sich in ihren jeweiligen Stellungnahmen grundsätzlich zustimmend zum Entscheidungsentwurf geäußert.

Insbesondere wird die Absicht, der Betroffenen eine Zugangsverpflichtung für die Gewährung des IP-Bitstrom-Zugangs aufzuerlegen, einhellig begrüßt. Nach Ansicht der Unternehmen und Verbände schränkt die im Entscheidungsentwurf vorgesehene Festlegung der Zugangsverpflichtung auf genau 73 Übergabepunkte die Flexibilität der Nachfrager jedoch zu sehr ein. Diesen müsse freigestellt werden, an wie vielen Punkten sie sich zusammenschließen möchten, ohne finanzielle Nachteile zu erteilen. Darüber hinaus solle in der Regulierungsverfügung klargestellt werden, dass sich die Zugangsverpflichtung auch auf SDSL und „Stand-alone-Bitstrom“ erstreckt. Die im Entscheidungsentwurf vorgesehene Auferlegung einer Kollokationsverpflichtung und einer Gleichbehandlungsverpflichtung wird einhellig begrüßt. Dies gilt im Ergebnis auch für die geplante Auferlegung eines Standardangebots. Letztere Verpflichtung solle nach Ansicht der Unternehmen und Verbände jedoch noch weiter detailliert und konkretisiert werden, weil sich in der Vergangenheit gezeigt habe, dass zwischen der Betroffenen und den Nachfragern doch so erheblich divergierende Vorstellungen bestünden, dass die tatsächliche endgültige Einigung über das Standardangebot sich über Monate hinweg hinziehe. Dies könne dadurch vermieden werden, dass man bereits in der Regulierungsverfügung detailliertere Angaben über den Mindestinhalt des Standardangebotes, insbesondere zu den Qualitätsbedingungen, mache. Darüber hinaus wird einhellig gefordert, der Betroffenen zusätzlich zu den vorgesehenen Maßnahmen eine Transparenzverpflichtung und eine Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung aufzuerlegen.

Die vollständigen Stellungnahmen der Wettbewerbsunternehmen und Verbände sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens im Amtsblatt Nr. 12/2006 vom 21.06.06 als Mitteilung Nr. 202/2006 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 10.05.06 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 17.07.06 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern. Mit Schreiben vom 19.07.06 hat das BKartA mitgeteilt, dass es keine Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf abgibt.

Unter dem 21.07.06 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. Mit Schreiben vom 31.07.06 hat die EU-Kommission Fragen zum notifizierten Entscheidungsentwurf an die Bundesnetzagentur gerichtet, die mit Schreiben vom 03.08.06 beantwortet worden sind.

Am 21.08.06 hat die EU-Kommission sodann folgende Stellungnahme zum Entwurf der vorgelegten Regulierungsverfügung abgegeben, die sie in einem Absatz mit Schreiben vom 22.08.06 korrigiert hat:

„Umfang der Zugangsverpflichtung

Die Kommission begrüßt die Tatsache, daß die von der BNetzA auferlegte Zugangsverpflichtung den Bitstrom aller Infrastrukturen umfasst, einschließlich ADSL2, ADSL2+, SDSL und VDSL, es sei denn daß sie keine Substitute zu den anderen Bitstromzugangspotentialen darstellen. Dieses entspricht der Praxis aller NRBs, die die Marktanalyse des Breitbandzuges für Großkunden bisher notifiziert haben.

Die Kommission fordert die BNetzA auf, die einschlägigen Abhilfemaßnahmen unverzüglich anzuwenden.

Die Kommission erinnert daran, daß im Fall DE/2005/0262, der die Marktdefinition und -analyse des Breitbandzugangsmarktes für Großkunden betraf, es ursprünglich zwischen der BNetzA und der Kommission strittig war, in welchem Umfang die kürzlich eingerichteten VDSL - Verbindungen des etablierten Betreibers in den relevanten Markt einzubeziehen waren. Die Kommission bezieht sich auf die Rücknahme des Ernsthafte - Zweifel - Schreibens vom 23. Dezember 2005 in dem festgehalten wird, daß der Zugang zu VDSL - Verbindungen im Großkundenmarkt für Breitbandzugang eingeschlossen ist, es sei denn, daß er sich nicht als ein Substitut für den existierenden Bitstromzugang erweisen sollte.

Vor diesem Hintergrund und um regulatorische Sicherheit zu gewährleisten stellt die Kommission fest, daß es sachgerecht für die BNetzA ist, ausdrücklich festzustellen, daß die Abhilfemaßnahmen im vorliegenden Fall sich auch auf das VDSL - Netz beziehen. Angesichts der VDSL - basierten Endkundenprodukte, die die DT kürzlich auf den Markt gebracht hat, sollten diese Abhilfemaßnahmen nicht länger hinausgeschoben werden.

Wie im Ernsthafte - Zweifel - Schreiben der Kommission vom 11. November 2005 bereits ausgeführt, hat die Kommission gegenwärtig keine Hinweise auf ein Fehlen von Substitution zwischen VDSL- und anderen xDSL - Produkten, weder auf der Endkunden- noch auf der Großkundenebene. Die Kommission erinnert insbesondere daran, daß eine bloße Aufrüstung eines bestehenden Services (wie etwa das Anbieten einer höheren Bandbreite) als solche nicht einen neuen Markt begründet. Die Kommission ist darum der Ansicht, daß die Frage der Substituierbarkeit zwischen Bitstromzugang zu VDSL - Verbindungen und anderen Formen des Bitstromzuges von vornherein positiv zu beantworten ist.

Ein Ausschluss der VDSL - basierten Infrastruktur der DT von der Zugangsverpflichtung würde die Wirksamkeit dieser Verpflichtung zum Schaden des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt und des Verbrauchers aufs Spiel setzen.

Wenn vor dem Hintergrund eines solchen Ausschlusses die DT ihre ADSL - Infrastruktur zur VDSL - Technik in einer Stadt dadurch umrüstet, daß sie Glasfaser zu den Hauptverteilern oder Kabelverzweigern legt und ihre ADSL - Technik entfernt, dann besteht das Risiko, daß Endkunden in dieser Stadt für alternative Anbieter nicht mehr erreichbar sind, weil die alternativen Anbieter nicht auf das Großkundenzugangspotential der DT zurückgreifen können, um Endkundenprodukte

anzubieten. Selbst wenn die DT verpflichtet wäre, ihre ADSL - Infrastruktur in ganz Deutschland parallel zu ihrer verlegten VDSL - Infrastruktur betriebsbereit zu halten, dann bestünde das Risiko, daß alternative DSL - Anbieter daran gehindert wären, effektiv mit der DT auf der Endkundenebene in dem einschlägigen Markt in den Wettbewerb zu treten, wenn kein Zugang zur VDSL - Infrastruktur gegeben würde. Schließlich sollte das Erfordernis, die von der DT zur VDSL - Umrüstung ihres Breitbandnetzes getätigten Investitionen zu berücksichtigen, nicht verhindern, daß sich die Zugangsverpflichtung auch auf die VDSL - Infrastruktur der DT bezieht. Die der DT entstandenen Kosten können und sollen durch das Setzen eines angemessenen Zugangspreises (der auch den Kapitalkosten Rechnung trägt) berücksichtigt werden. Sie können aber keinen Ausschluss von der Zugangsverpflichtung rechtfertigen.

Darum ist der Zugang zur VDSL - basierten Infrastruktur in dieser Abhilfemaßnahme einzuschließen, sobald diese Infrastruktur besteht. Jede Abänderung dieser Zugangsverpflichtung ist der Kommission unter Artikel 7(3) der Rahmenrichtlinie zu notifizieren.

Stand Alone - Bitstrom Zugang

Die Kommission begrüßt, daß die BNetzA in ihrer Antwort auf das Auskunftersuchen der Kommission die zukünftige Auferlegung von Stand Alone Bitstromzugang bestätigt hat.

Die Kommission fordert die BNetzA auf, diese Abhilfemaßnahme unverzüglich aufzuerlegen, um es Wettbewerbern zu ermöglichen, Endkunden Breitbandverbindungen anzubieten, ohne daß die Verpflichtung besteht, einen Telefonanschluß von der DT zu mieten. Dieses würde besonders den Wettbewerb in ländlichen, weniger für die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung geeigneten Gebieten stimulieren, wo der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt in Deutschland besonders schwach ist. Ein solches Angebot würde auch ein angemessenes Mittel darstellen, um den Wettbewerb auf den Telefonverbindungsendkundenmärkten durch Voice over IP zu intensivieren.

Wirkungsvolle Preisregulierung

Die Kommission weist daraufhin, daß die Feststellung des Nichtvorhandenseins von beträchtlicher Marktmacht auf dem Endkundenmarkt für Breitbandzugang für sich genommen nicht ausreichend ist, um eine Vorab - Preiskontrollverpflichtung auf dem Großkundenmarkt aufzuheben.

In Übereinstimmung mit der Praxis in anderen Mitgliedsstaaten und angesichts der Weigerung der DT, in der Vergangenheit Bitstromzugang zu gewahren, stellt die Kommission fest, daß die nachträgliche Preiskontrolle keine angemessene Abhilfemaßnahme für das aufgezeigte Wettbewerbsproblem auf dem betreffenden Großkundenmarkt ist. Die Kommission betont außerdem, daß bei der Beurteilung der Marktmacht des etablierten Betreibers auf der Endkundenebene der Marktanteil der Wettbewerber im Endkundenmarkt berücksichtigt werden sollte, der einen reinen Wiederverkauf der Breitbandzugangprodukte der DT darstellt.

Was die Umsetzung der Vorab - Preiskontrolle angeht, so fordert die Kommission die BNetzA auf, in ihrer abschließenden Maßnahme darzulegen, welche auf welcher Methode die Preiskontrolle aufbauen wird, damit Transparenz und Rechtssicherheit im Markt gesichert werden.

Die Kommission merkt an, daß das deutsche Recht vorsieht, daß die Preiskontrolle in Form von Kostenorientierung, oder Benchmarking umgesetzt werden kann. In diesem Zusammenhang ist die Kommission besorgt, daß Benchmarking es nicht erlauben könnte, die spezifischen nationalen Gegebenheiten, die eine Auswirkung auf die Kosten haben können, zu berücksichtigen, besonders die Netztopologie und die Unterschiede bei den Zusammenschaltungspunkten. Benchmarking würde möglicherweise auch nicht die angemessene Marge mit den im deutschen Markt maßgeblichen Endkundenpreisen einerseits und mit den regulierten Preisen für den

entbündelten Teilnehmeranschluss andererseits sichern. Diese Margen sind unumgänglich, um alternativen Anbietern einen Anreiz zu geben, die Investitionsleiter zu erklimmen, und eine Preis-Kosten-Schere auf den verschiedenen Sprossen dieser Leiter zu vermeiden.

Darum fordert die Kommission die BNetzA auf, entweder Retail - Minus -orientierte oder kostenorientierte Preiskontrolle aufzuerlegen. Sollte die BNetzA Kostenorientierung wählen, so wird sie aufgefordert, den Marktteilnehmern ein Kostenmodell darzulegen, auf dem die Kostenorientierung basiert, um die Transparenz zu erhöhen.“

Stellungnahmen anderer nationaler Regulierungsbehörden sind nicht eingegangen.

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,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 24 TKG soweit sie in Ziffer 1.4 dazu verpflichtet worden ist, ihre Vorleistungspreise für Zugangsleistungen auf dem verfahrensgegenständlichen Markt und ihre internen Verrechnungspreise transparent zu gestalten sowie der Bundesnetzagentur auf Anforderung Informationen über die jeweiligen Absatzmengen der extern angebotenen und intern genutzten Vorleistungsprodukte und die entsprechenden Umsätze vorzulegen, 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 Richtlinienpaket¹ 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

¹ 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)

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 IP-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.

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens hat die Beschlusskammer der Betroffenen auf dem verfahrengegenständlichen Markt 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 verpflichtet, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten oder –einrichtungen einschließlich des entbündelten Breitbandzugangs zu gewähren. Hierunter fällt insbesondere auch die Möglichkeit einer Verpflichtung zum IP-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 damit in Zusammenhang stehender breitbandiger Transportdienstleistung aus einer Hand anbieten und dementsprechend auch eine langfristig stabile Kundenbeziehung etablieren. Durch den IP-Bitstrom-Zugang wird den Wettbewerbern zudem ein schnellerer Markteintritt bei zugleich höherer Wertschöpfung gegenüber reinen Resale-Produkten oder der Kombination aus Anschluss-Resale und Vorleistungs-Zuführungsprodukten insbesondere in den DSL-Massenmarkt ermöglicht, weil sie ihr Netz zwar ausbauen müssen, dies in einem ersten Schritt aber lediglich bis zu den Breitband-PoP der Betroffenen. Daher können sie zunächst auf die Erschließung von Hauptverteilern zur Anmietung der TAL bzw. auf noch aufwändigere Baumaßnahmen bis zum Endkunden selbst verzichten. 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. Denn diese haben hierdurch eine größere Auswahl zwischen verschiedenen Anbietern, was auch den Preiswettbewerb fördert und zu preisgünstigen Angeboten führen kann. Dadurch wird die Breitbandpenetration und –nutzung in Deutschland, die maßgeblich auf der DSL-Technologie gründet und die im internationalen Vergleich bisher lediglich durchschnittlich ist (vgl. dazu Breitbandatlas des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, Juli 2005, S. 8f und Karten S. A 34 und A 35) und gegenüber anderen EU-Mitgliedsstaaten wie den Niederlanden, Dänemark, Finnland, Vereinigtes Königreich und Frankreich zum Teil sehr deutlich zurückbleibt (s. 11. Implementierungsbericht der EU-Kommission, Annex S. 64), weiter gefördert.

- **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 Resale DSL-Angebot der Betroffenen. Eine Beschränkung auf einen reinen „Dienstwettbewerb“ auf der Basis eines Resale DSL-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-Anschlüsse 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.

Neben 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 und damit die Nachhaltigkeit des Wettbewerbs zu intensivieren.

Ein IP-Bitstrom-Zugangsprodukt ist auch erforderlich, um die bisher durchschnittliche Breitbandpenetration und –nutzung (s. Breitbandatlas, a.a.O.) auch weiter zu befördern. Denn auf der Grundlage eines solchen Produktes können Wettbewerber in Regionen vorstoßen, in denen sie bisher gar nicht oder lediglich auf der Grundlage eines Resale-Produktes präsent waren. Hierdurch kommt es zu einer Intensivierung des Wettbewerbs auch in diesen Gebieten mit der Folge preislich und/oder qualitativ attraktiverer Angebote, wodurch die Nachfrage stimuliert und die Breitbandpenetration erhöht wird.

• Angemessenheit

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

Entgegen der Ansicht der Betroffenen in ihrer Stellungnahme vom 24.05.06 ist bei der Beurteilung der Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit der Zugangsverpflichtung nicht zwischen dem DSL-Anschluss und der damit in Zusammenhang stehenden breitbandigen Transportdienstleistung des IP-Bitstrom-Zugangs zu differenzieren. 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 IP-Bitstrom-Zugangs nicht gerecht werden, denn nach der in der Festlegung der Präsidentenkammer getroffenen Definition handelt es sich beim IP-Bitstrom-Zugang um ein einheitliches Zugangsprodukt basierend auf einer Infrastruktur, die sich aus DSL-Anschlüssen und damit in Zusammenhang stehender breitbandiger Transportdienstleistung zusammensetzt, und die einen Diensteanbieter oder Netzbetreiber in die Lage versetzt, eine mit individuellen Qualitätsparametern versehene Hochgeschwindigkeitsverbindung bis zu den Räumlichkeiten des Endkunden herzustellen.

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. Der IP-Bitstrom-Zugang 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 IP-Bitstrom-Zugang 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 IP-Bitstrom-Zugangsanbieter 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 IP-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 IP-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.

- 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 IP-Bitstrom-Zugang der Fall. Denn nur ein Anbieter – entweder die Betroffene selbst bzw. ihr Tochterunternehmen T-Online oder der IP-Bitstrom-Zugangsnachfrager 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 IP-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 IP-Bitstrom-Zugangsgewährung würden die eingeplanten Ressourcen bis zum Breitband-PoP im IP-Kernnetz der Betroffenen effizienter genutzt werden können. Dementsprechend hat die Betroffene in ihrer Stellungnahme vom 24.05.06 auch nichts dazu vorgetragen, dass verfügbare Kapazität für die Zugangsgewährung nicht ausreichend wäre.

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 Ausbaupflichtung 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 Ausbaupflichtung 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.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der überwiegende Teil der für die Gewährung des IP-Bitstrom-Zugangs genutzten Infrastruktur bereits vorhanden ist und von der Betroffenen für die Erbringung eigener Breitbandprodukte eingesetzt wird. Dies umfasst neben den TAL die DSLAMs, das Konzentratornetz sowie die 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.

Soweit die Betroffene in ihrer Stellungnahme einwendet, dass sie die Breitbandinfrastruktur erst ab 1999 errichtet und die diesbezüglichen Investitionen folglich erst nach der vollständigen Marktöffnung getätigt habe, muss Berücksichtigung finden, dass Investitionen für den Bau der

TAL, auf der die xDSL-Anschlüsse im Wesentlichen beruhen, fast ausschließlich zu Monopolzeiten von der Rechtsvorgängerin der Betroffenen getätigt wurden. Insofern hat die Betroffene gar keine Anfangsinvestitionen getätigt und ist mithin keinem Investitionsrisiko für ihr Anschlussnetz ausgesetzt. Zwar hat die Betroffene ab 1999 und damit nach der vollständigen Marktöffnung in den Auf- und Ausbau eines breitbandigen Konzentratornetzes investiert und damit in gewisser Weise Anfangsinvestitionen getätigt. Diese Investitionen konnte sie jedoch maßgeblich vor dem Hintergrund ihres flächendeckenden Anschlussnetzes, in dem nach wie vor der ganz überwiegende Anteil aller Teilnehmeranschlüsse in Deutschland realisiert sind, vornehmen. Damit hat die Betroffene diese Investitionen auf der Basis eines potenziell sehr viel breiteren Kundenstammes vorgenommen, als dies jedem anderen Wettbewerber möglich gewesen wäre. Von daher kann die Betroffene kein besonderes Investitionsrisiko für sich reklamieren, demgegenüber eine Zugangsverpflichtung zu diesem Netz für Wettbewerber unverhältnismäßig wäre. Denn kein anderes Wettbewerbsunternehmen wäre in der Lage, das Anschlussnetz der Betroffenen und die darauf aufsetzenden Netze, wie etwa das breitbandige Konzentratornetz, zu duplizieren. Im Übrigen ist zu konstatieren, dass sich ein etwaiges Investitionsrisiko hinsichtlich des Aufbaus eines Breitbandnetzes angesichts der in wenigen Jahren erreichten DSL-Anschlusszahlen tatsächlich nicht realisiert hat.

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. Soweit die Betroffene darauf verweist, dass die Entgeltlichkeit der Leistungserbringung eine Selbstverständlichkeit sei, ist anzumerken, dass die Entgelte für die Gewährung des IP-Bitstrom-Zugangs wegen der Regulierung nach den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung eine garantierte Eigenkapitalverzinsung enthalten. Dies ist bei Investitionen der Betroffenen auf einem Markt, auf dem wirksamer Wettbewerb besteht, nicht – wie hier – garantiert.

- 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-Zugang 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-Zugang 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 IP-Bitstrom-Zugangs-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. Die Gewährung von IP-Bitstrom-Zugang 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, unterliegt Line Sharing den selben Beschränkungen, die auch bei der TAL aufgezeigt wurden.

- **Umfang des Zugangs**

Die Betroffene ist verpflichtet, den IP-Bitstrom-Zugang in allen gängigen xDSL-Varianten, soweit sie Gegenstand der Festlegung der Präsidentenkommission sind (mit asymmetrischer oder symmetrischer Anschlussmöglichkeit) in einer Weise zu gewähren, die einen Diensteanbieter oder Netzbetreiber in die Lage versetzt, eine mit individuellen Qualitätsparametern versehene Hochgeschwindigkeitsverbindung bis zu den Räumlichkeiten des Endkunden herzustellen. Dass die auferlegte Zugangsverpflichtung auch Bitstrom-Zugang auf der Basis von SDSL umfasst, hat die Bundesnetzagentur auf entsprechende Nachfrage auch der EU-Kommission in ihrem Antwortschreiben vom 03.08.06 noch einmal bestätigt. Das gilt auch für den „Stand alone“-Bitstrom-Zugang, dessen Einführung im Gleichschritt mit der europäisch harmonisierten Entwicklung verfolgt werden wird.

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 Präsidentenkommission 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, in dem Maße in die dort definierten Bitstrom-Zugangsmärkte ein, als sie als Substitute zu Bitstrom-Zugangsprodukten dieser Märkte anzusehen sind. Breitbandzugangsleistungen, die nicht mit den betrachteten Bitstrom-Zugangsprodukten 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.

Nicht umfasst wird von der Zugangsverpflichtung die Realisierung von IP-Bitstrom-Zugang 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 vorlegt, im Rahmen der Überprüfung des Standardangebotes nach § 23 TKG zu entscheiden sein.

3.2. Kollokation

Die in Ziffer I. 1.2 tenorierte Kollokationsverpflichtung erfolgt auf der Grundlage von § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG. Danach *soll* 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 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 hierzu zwingend erforderlich sind. Dies betrifft insbesondere das Angebot

von Raumluftechnik 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 1.3 tenorierte Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes sind §§ 9 Abs. 2, 13, 19 TKG.

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

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

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

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

Die Betroffene ist 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 denen ein IP-Bitstrom-Zugangsprodukt von der Betroffenen bezogen werden könnte. Daraus würden sich für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslagen ergeben können. Es wäre nicht auszuschließen, dass es sowohl im Verhältnis der Betroffenen (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 Getrennte Rechnungsführung, § 24 TKG

3.4.1 Transparente Gestaltung der Vorleistungspreise

Die der Betroffenen in Ziffer 1.4 des Tenors aufgegebenen Verpflichtung, ihre Vorleistungspreise für Zugangsleistungen auf dem Markt für IP-Bitstrom-Zugang und ihre internen Verrechnungspreise transparent zu gestalten, beruht auf §§ 9 Abs. 2, 13, 24 Abs. 1 S. 2 TKG.

Gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 TKG verlangt die Regulierungsbehörde von einem vertikal integrierten Unternehmen in der Regel, seine Vorleistungspreise und seine internen Verrechnungspreise transparent zu gestalten. Damit sollen - wie sich aus § 24 Abs. 1 S. 3 TKG ergibt - insbesondere Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionen verhindert werden.

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gekommen, dass die Auferlegung einer solchen Verpflichtung zur Erreichung dieser Zielsetzung erforderlich und geeignet ist und die Betroffene dadurch auch nicht unverhältnismäßig belastet wird. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Im Hinblick auf die Verschmelzung des ehemaligen Tochterunternehmens der Betroffenen T-Online International AG auf die Betroffene ist die Auferlegung einer Verpflichtung zur Offenlegung interner Verrechnungspreise aus Sicht der Beschlusskammer erforderlich, um die Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes und die Verhinderung unzulässiger Quersubventionierungen zu gewährleisten. Mit Blick auf die vertikale Integration der Betroffenen besteht nämlich die Gefahr, dass sie sich oder auch ihrem Tochterunternehmen T-Systems International GmbH intern günstigere Verrechnungspreise stellt als sie von den anderen Nachfragern für die entsprechende Vorleistung verlangt, ohne dass dies von jenen bzw. von der Bundesnetzagentur bemerkt wird.

Die Verpflichtung, die Vorleistungspreise und die Verrechnungspreise transparent zu gestalten, führt auch für die Betroffene nicht zu einem Aufwand, der in keinem Verhältnis mehr zu dem damit verfolgten Zweck steht. Ein solches Missverhältnis – das unter Umständen bei Betreibern anzunehmen ist, die auf einem regulierungsbedürftigen Markt überhaupt erstmalig als marktmächtig eingestuft werden und von daher erstmalig der Regulierung unterliegen, was bei der Betroffenen nicht der Fall ist – kann vorliegend nicht erkannt werden.

3.4.2 Verpflichtung zur Vorlage der Absatzzahlen und Umsätze

Die ebenfalls in Ziffer 1.4 tenorierte Verpflichtung zur Vorlage der Absatzzahlen und Umsätze für die extern angebotenen und intern genutzten Vorleistungen auf Markt für IP-Bitstrom-Zugang gründet auf §§ 9 Abs. 2, 13, 24 Abs. 2 S. 1 TKG.

Danach kann die Bundesnetzagentur von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, dem eine Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung nach § 24 Abs. 1 TKG auferlegt worden ist, verlangen, dass ihr die Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen nach § 24 Abs. 1 TKG einschließlich damit zusammenhängender Informationen und Dokumente auf Anforderung in vorgeschriebener Form vorgelegt werden.

Bei der Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 S. 1 TKG handelt es sich um eine eigenständige, neben die nach § 24 Abs. 1 S. 1 TKG hinzutretende Verpflichtung, über deren Auferlegung eine eigenständige Ermessensentscheidung zu treffen ist.

Nach pflichtgemäßer Abwägung der insoweit in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkte hat sich die Beschlusskammer dazu entschlossen, die Betroffene nur dazu zu verpflichten, Angaben über die Absatzmengen und Umsätze für die extern angebotenen und intern genutzten Vorleistungen auf dem Markt für IP-Bitstrom-Zugang vorzulegen. Von der Auferlegung einer darüber hinausgehenden Pflicht zur Vorlage von weitergehenden Informationen und Dokumenten, insbesondere von Wert- und Mengengerüsten sowie der verwendeten Schlüssel hat die Beschlusskammer im Ergebnis jedoch abgesehen. Hierfür waren folgende Erwägungen maßgeblich:

Auch im Rahmen der Ermessensausübung nach § 24 Abs. 2 S. 1 TKG hat sich die Bundesnetzagentur davon leiten lassen, dass eine Auferlegung der Pflicht zur Vorlage von Informationen nur in dem Maße erforderlich ist, wie dies zur Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes und zur Verhinderung unzulässiger Quersubventionierungen erforderlich ist.

Hierfür genügt neben der transparenten Gestaltung der betreffenden Vorleistungspreise und internen Verrechnungspreise (s.o.) die Vorlage von Informationen über die Absatzzahlen der entsprechenden Produkte gegenüber der Bundesnetzagentur. Der Gefahr, dass sich die Betroffene aufgrund ihrer vertikalen Integration selbst oder ihrem Tochterunternehmen T-Systems International GmbH intern günstigere Verrechnungspreise stellt als sie von den Nachfragern eines IP-Bitstrom-Zugangsproduktes verlangt, wird durch die transparente Gestaltung der Vorleistungspreise und der Absatzzahlen begegnet. Die Angaben reichen aus, um eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen, ob die Betroffene tatsächlich eine unzulässige Quersubventionierung vornimmt bzw. sich intern günstigere Bedingungen einräumt.

Hierdurch wird die Betroffene auch nicht in für sie unverhältnismäßiger Weise belastet. Im Gegenteil stellt diese Vorlageverpflichtung eine weitaus geringere Belastung dar, als die vom Wortlaut des § 24 Abs. 2 S. 1 TKG her ausdrücklich ermöglichte Verpflichtung zur Vorlage umfassender Kostenrechnungs- und Buchungsunterlagen.

3.5 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 der DSL-Anschlüsse 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 entsprechende Feststellung 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.

Solche Feststellungen liegen vor. 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 sowohl auf dem Endkundenmarkt für DSL-Anschlüsse als auch auf dem Vorleistungsmarkt der Wiederverkäufer von DSL-Anschlüssen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Dazu hat die Beschlusskammer im Beschluss BK 3a-03-010 auf S. 16ff folgendes ausgeführt (Anm.: Paragraphen sind solche des TKG 1996):

„Die Betroffene hat auf allen in Betracht kommenden Telekommunikationsmärkten für die Öffentlichkeit, soweit vorliegend relevant, eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB inne. Das nach § 82 S. 2 TKG erforderliche Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt liegt vor.

.....

Geht man entsprechend dem Wortlaut des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG vom nachgelagerten Markt aus, ist vorliegend der Endkundenmarkt zu betrachten, auf dem die Beigeladene zu 1) hinsichtlich des Angebots von Anschlüssen mit der Betroffenen in Wettbewerb treten will.

....

Andererseits ist der Markt für ADSL-Anschlüsse betroffen. Auch auf diesem Markt verfügt die Betroffene über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 19 Abs. 2 GWB. Dies wurde zuletzt im Beschluss BK 3b-00/032 vom 30.03.2001 ausgeführt. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die dort inzident festgestellte marktbeherrschende Stellung der Betroffenen nicht mehr vorliegen würde. Insbesondere verfügt diese nach wie vor über einen sehr hohen Marktanteil. Ausweislich des Jahresberichts 2002 der Reg TP (S. 20), waren Ende 2002 bei der Betroffenen ca. 3 Millionen „T-DSL Anschlüsse“ (ADSL-Technik) in Betrieb, während

ihre Wettbewerber insgesamt ca. 195.000 DSL-Anschlüsse (ADSL und SDSL) bereit stellten. Damit betrug ihr Marktanteil zum letzten Jahreswechsel ca. 95 Prozent. Laut Konzern-Zwischenbericht der Betroffenen für das erste Quartal 2003, S. 12, betrug am 31.03.2003 die Anzahl der von der Betroffenen abgesetzten Anschlüsse bereits 3,4 Mio. Selbst wenn der Absatz von ADSL-Anschlüssen durch die Wettbewerber gemessen in absoluten Zahlen entsprechend gestiegen sein sollte, wofür es keine Anhaltspunkte gibt, hätte die Betroffene immer noch einen Marktanteil von mehr als 80 Prozent.“

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.

Aber selbst wenn der Beschlusskammer – wie die Betroffene in ihrer Stellungnahme vom 24.05.06 aus Art. 8 Abs. 2 ZRL im Zusammenhang mit dem Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung des Gemeinschaftsrechtes folgert - ein Ermessen zustünde, käme man hier nicht ohne weiteres zu einer anderen Rechtsfolge. Denn der Beschlusskammer stünde es dann frei, die gesetzgeberischen Erwägungen zum Gegenstand ihrer eigenen Ermessenserwägungen zu machen.

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.

3.6 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.

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.

5. Widerrufsvorbehalt

Der Widerrufsvorbehalt hinsichtlich des Maßstabs der Entgeltregulierung erfolgte vor dem Hintergrund der noch ausstehenden Marktanalyse auf dem DSL-Endkundenmarkt. In einem solchen Fall müsste 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 auferlegten 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-Zugang 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-Zugangsprodukt 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 beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 2 TKG.

Bonn, den 13.09.06

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Knobloch

Wilmsmann

Wieners

Anlage
Festlegung der Präsidentenkammer
(geschwärzte Fassung)