



## 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 T-Com, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,

Betroffene,

1. BT (Germany) GmbH & Co KG, Barthstraße 22, 80339 München, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin zu 1.,

2. COLT Telecom GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt/Main, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin zu 2.,

3. Verizon Business MCI Deutschland GmbH, Solmsstraße 83, 60486 Frankfurt/Main, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin zu 3.,

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 ATM-Bitstrom-Zugang mit Übergabe auf der ATM-Ebene (layer 2) an verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie.“*

folgende

## I.

### **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 ATM-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 Vermittlungsstellen ihres ATM-Kernnetzes transportiert, wo sie ihn dem nachfragenden Unternehmen übergibt,
  - 1.2 zum Zwecke des Zugangs gemäß Ziffer 1.1 Kollokation an den Vermittlungsstellen-Standorten ihres ATM-Kernnetzes sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu den Einrichtungen in den dortigen Kollokationsräumen 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 werden der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterworfen.
3. Eine Ergänzung der in Ziffer 1. ausgesprochenen Verpflichtungen bleibt vorbehalten.

## 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.

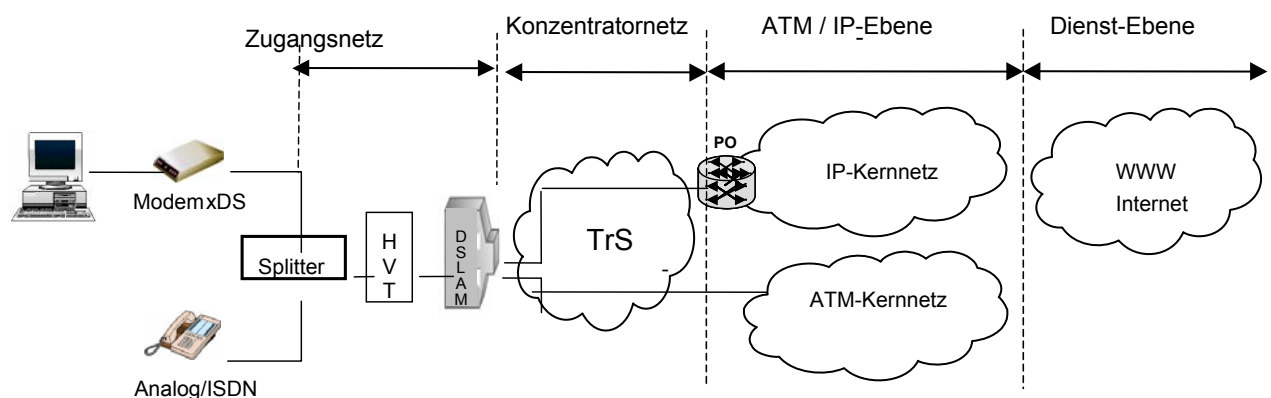
Die Angaben zu den Standorten des Zugangs bzw. der Kollokation müssen nicht veröffentlicht werden, sie müssen nur auf Nachfrage interessierten Unternehmen zugänglich gemacht werden.

### 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 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 einzelner oder 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.

Die folgende Darstellung veranschaulicht die wesentlichen Netzstrukturen:



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

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

Mit Schreiben vom 10.02.06 hat die Beschlusskammer der Betroffenen mitgeteilt, dass sie nach dem Ergebnis dieses Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens über eine beträchtliche Marktmacht auf den nationalen Märkten für ATM-Bitstrom-Zugang mit Übergabe auf der ATM-Ebene (layer 2) an verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie und für IP-Bitstrom-Zugang mit Übergabe auf IP-Ebene (layer 3) an verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie einschließlich HFC-Breitbandzugang mit Übergabe auf IP-Ebene verfügt. Mit Blick darauf 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) aufzuerlegen. Die Entgelte für die Gewährung des ATM-Bitstrom-Zugangs sollten gemäß §§ 30 Abs. 3, 38 TKG der nachträglichen Entgeltkontrolle unterworfen werden.

In ihrer Stellungnahme vom 17.02.06 hat die Betroffene hinsichtlich der auf dem Markt für ATM-Bitstrom-Zugang beabsichtigten Maßnahmen vorgetragen, dass die Auferlegung einer getrennten Rechnungsführung nach § 24 TKG unverhältnismäßig wäre. Dies gelte insbesondere für eine Verpflichtung zur Vorlage von Informationen und Dokumenten nach § 24 Abs. 2 S. 1 TKG. Diese sei zur Durchsetzung des Diskriminierungsverbots und zur Verhinderung unzulässiger Quersubventionierungen nicht erforderlich. Hierfür genüge eine transparente Gestaltung der Vorleistungspreise und die Vorlage der Absatzzahlen der betreffenden Produkte. Darüber hinaus hat sie zu den beabsichtigten Maßnahmen auf dem Markt für IP-Bitstrom vorgetragen.

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

Der Entwurf der Regulierungsverfügung ist im Amtsblatt Nr. 6/2006 vom 22.03.06 als Mitteilung Nr. 90/2006 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 schriftliche Stellungnahmen von den Antragstellerinnen zu 1. bis 3., den Unternehmen Arcor AG & Co. KG (Arcor), Telefónica Deutschland GmbH (Telefónica) und QSC AG (QSC) sowie dem Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V. (ECO), der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN) und dem Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. (VATM) eingegangen.

Die Antragstellerinnen zu 1. bis 3. sowie der ECO-Verband, die IEN und der VATM halten den Konsultationsentwurf für unzureichend und sprechen sich übereinstimmend für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung und eine Ex-ante-Entgeltregulierung des ATM-Bitstromzugangs aus. Aus Sicht der Unternehmen und Verbände könne der Auffassung der BNetzA nicht gefolgt werden, eine Zugangsverpflichtung für ATM-Bitstromzugang sei entbehrlich, weil mit dem „P-BSA“-Angebot bereits ein freiwilliges Zugangsangebot der Betroffenen vorliege, das von einem großen Teil des Marktes angenommen worden sei und das eine Auferlegung un-verhältnismäßig werden lasse.

Das Produkt „P-BSA“ stelle kein Vorleistungsprodukt dar; nach Struktur und Preisgestaltung handele es sich vielmehr um ein modifiziertes Endkundenangebot, das dem Nachfrager faktisch

keinerlei Möglichkeit biete, eine echte Investitionsentscheidung zu treffen, mit der er sich sukzessive – entsprechend seines organischen Kundenwachstums – der Investitionsleiter entlang entwickeln könne. Zugleich gewährleiste das Produkt nicht, dass der Nachfrager die technischen Spezifikationen des Zugangs ändern und auf diese Weise innovative Dienste auf den Endnutzermärkten anbieten könne. Dies wäre aber unabdingbare Voraussetzung für ein Bitstrom-Zugangsprodukt.

Mit Blick auf die Anzahl der an ATM-Bitstrom interessierten Marktteilnehmer sei darüber hinaus die Darstellung im Entwurf, ein „Großteil“ des Marktes habe das „P-BSA“-Angebot der DTAG angenommen, unzutreffend. Einige Wettbewerber hätten das „P-BSA“-Angebot der DTAG lediglich mangels Alternativen im Markt akzeptiert, so dass die Vertragsabschlüsse keine Aussage über die Produktqualität erlaubten.

Zudem stelle der Entwurf mit seiner Einschätzung, aufgrund des „freiwilligen Angebots“ sei eine Zugangsverpflichtung unverhältnismäßig, in unzulässiger Weise allein auf § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG ab. Der Entwurf verkenne damit, dass eine darüber hinausgehende Abwägung auch anhand der Kriterien des § 21 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 bis 6 zwingend zu berücksichtigen sei. Bei entsprechender Berücksichtigung dieser Kriterien würde die Abwägung, ob eine Zugangsverpflichtung aufzuerlegen sei, auch eindeutig zu Lasten der Betroffenen ausfallen. Insbesondere das in Nr. 4 enthaltene Kriterium der Notwendigkeit der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs, sowie die in Nr. 6 genannte Ermöglichung der Bereitstellung europaweiter Dienste sprächen eindeutig für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung.

Im Rahmen des vorzunehmenden Abwägungsprozesses sei ferner zu berücksichtigen, dass die von der Beschlusskammer nach dem Konsultationsentwurf beabsichtigen Abhilfemaßnahmen im abgestuften System der Abhilfemaßnahmen zwar weniger einschneidend, aber nicht gleichermaßen, wie die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung, zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG geeignet wären. Insbesondere könnte die Betroffene ohne die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nicht verpflichtet werden, ein Standardangebot für ATM-Bitstrom-Zugangsleistungen abzugeben und zu veröffentlichen. Zudem könnte die Betroffene ohne die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nicht zur Abgabe einer Zugangsvereinbarung nach § 22 TKG verpflichtet und erforderlichenfalls der Zugang von der Bundesnetzagentur nicht nach § 25 TKG angeordnet werden.

Im Rahmen bzw. parallel zu ihren Stellungnahmen haben die Antragstellerinnen zu 1. bis 3. darüber hinaus jeweils eigene Anträge auf Auferlegung einer Zugangsgewährung für den ATM-Bitstrom-Zugang gegenüber der Betroffenen gestellt. Darin beantragen sie übereinstimmend, die Betroffene zu verpflichten,

1. Betreibern von öffentlichen Telekommunikationsnetzen einen ATM-Bitstrom-Zugang mit Übergabe auf der ATM-Ebene (layer 2) an verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie in entbundelter Form und
2. zum Zwecke des Zugangs nach Ziffer 1 Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren.

Die Anträge seien zulässig. Die Antragsbefugnis ergebe sich aus § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG. Danach könne die Regulierungsbehörde auf Antrag oder von Amts wegen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren, einschließlich einer nachfragegerechten Entbündelung, insbesondere wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endnutzermarktes behindert oder diese Entwicklung den Interessen der Endnutzer zuwider laufen würde.

Die Anträge seien auch begründet. Den Antragstellerinnen stehe gemäß § 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13, 21 Abs. 1 und 2 Nr. 1 TKG ein subjektiv-öffentliches Recht auf Erlass einer entsprechenden

Regulierungsverfügung zu. Ein Entschließungsermessen stehe der Bundesnetzagentur bei der Auferlegung von Abhilfemaßnahmen nach § 9 Abs. 2 TKG nicht zu. Das insoweit bestehende Auswahlermessen der Bundesnetzagentur sei in diesem Fall auf Null reduziert.

Das Unternehmen Arcor weist in seiner Stellungnahme insbesondere auf die Bedeutung des Diskriminierungsverbotes im Falle des Absehens von einer Zugangsverpflichtung hin. Die Gleichbehandlungspflicht dürfe sich nicht nur auf die (Vorleistungs-)Preise für Bitstrom-Produkte beziehen, sondern müsse alle Leistungsbestandteile des Produktes umfassen, die „Bedingungen“ im Sinne von § 19 Abs. 2 TKG darstellten. Hierzu zählten insbesondere die Möglichkeit einer Vorabprüfung über eine elektronische Schnittstelle, die gewährleisteten Qualitätsparameter, die Bereitstellungsmodalitäten und die Entstörungsmodalitäten.

Die beabsichtigte Verpflichtung zur getrennten Rechnungslegung sei folgerichtig; allerdings werde eine weiter reichende Auskunftspflicht, bei der alle relevanten Wert- und Mengengerüste sowie die entsprechenden Allokationsschlüssel der Bundesnetzagentur vorgelegt werden müssten, für erforderlich und angemessen gehalten. Vor dem Hintergrund der fehlenden Zugangsverpflichtung wäre auch eine solche Verpflichtung als zumutbar einzustufen und zur Erreichung der Regulierungsziele gemäß § 2 Abs. 2 TKG zwingend erforderlich.

Wenngleich die Ex-post-Kontrolle einen vergleichsweise geringfügigen regulatorischen Eingriff darstelle, sei diese Maßnahme nach Meinung Arcors durchaus dazu geeignet, die postulierten Regulierungsziele auf dem Markt für ATM-Zugangsleistungen zu erreichen. Hierzu sei es jedoch unabdingbar, dass die Ex-post-Kontrolle konsequent umgesetzt werde.

Würdige man diese Argumente bei der Prüfung des § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG, so sei fraglich, ob die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG tatsächlich mittels des freiwilligen P-BSA Angebots der Betroffenen erreicht werden könnten. Insofern stelle sich die Frage, ob die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung tatsächlich nicht angemessener wäre und der Erfüllung der Regulierungsziele besser dienen würde.

Das Unternehmen Telefónica Deutschland hält die im Entwurf angedachten Regulierungsverpflichtungen für sachgerecht und angemessen, wenn man von der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung absehen möchte. Jedoch bestünden auch seitens der Telefónica Zweifel, ob die hierfür angenommene Prämisse, das Vorliegen eines freiwilligen und von einem Großteil der Marktteilnehmer akzeptierten Angebotes, tatsächlich gegeben sei.

Das auch der Telefónica Deutschland auf Nachfrage vorgelegte Angebot für einen „Premium Bitstream Access“ sei nach entsprechender Prüfung als kommerziell nicht akzeptabel eingestuft worden. Der ATM-basierte „Premium Bitstream Access“ stelle zwar nicht die von Telefónica präferierte Variante eines Bitstrom-Zugangs dar, wäre jedoch bei entsprechend attraktiven Vertragsbedingungen und Konditionen auch für Telefónica Deutschland eine denkbare Alternative.

In ihrer Stellungnahme begrüßt die QSC den im Entwurf beabsichtigten temporären Verzicht auf eine Zugangsverpflichtung. Die geringe Marktgröße sowie die Verfügbarkeit von Wettbewerberprodukten auf dem gleichen Markt erlaubten es der Beschlusskammer, bei gleichzeitiger rigoroser Überwachung und Ausdehnung der zu überwachenden Parameter so lange auf eine Zugangsverpflichtung zu verzichten, wie sich auf den Feldern „Leistungsmerkmale“, „Preissetzung des eigenen oder verbundener Unternehmen“, „Bereitstellungs- und Entstörzeiten“ und ggf. weiterer Parameter keine Diskriminierungsversuche ergeben würden. Allerdings sei ein solcher Versuch auch nur dann zu rechtfertigen, wenn die Kammer in der endgültigen Regulierungsverfügung ihre Bereitschaft und Möglichkeit zu einem schnellen Handeln kodifiziere, und nicht erst langwierige Entscheidungsprozesse einleiten müsse, wenn es zu Diskriminierungen oder Diskriminierungsversuchen bei einem der oben angegebenen Parameter komme. Die Existenz von Wettbewerbern der Betroffenen auf dem gleichen Markt führe dazu, dass die Kammer neben den Interessen der Nachfrager auf dem betreffenden Markt auch die Entwicklung hin zu einem selbsttragenden Wettbewerb berücksichtigen müsse.

Die Betroffene hat sich in ihrer Stellungnahme zum Konsultationsentwurf und zum Vorbringen der Verbände und Wettbewerbsunternehmen im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Für den Bitstromzugang ATM bestehe keinerlei Regulierungsnotwendigkeit. Vielmehr sei - soweit und solange sie eine marktbeherrschende Stellung innehat - die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts ausreichend. Der Entwurf der Regulierungsverfügung basiere dagegen auf einer fehlerhaften Marktdefinition. Die Fehlerhaftigkeit der Marktdefinition schlage auf die Marktanalyse und auf die Auferlegung der Abhilfemaßnahmen in der Regulierungsverfügung durch. Wenn man allerdings - zu Unrecht - Marktdefinition und -analyse für zutreffend halten würde, bedürfte es nicht der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen. Insbesondere wäre die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG unverhältnismäßig. Dies folge aus der nach § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG durchzuführenden Abwägung.

Die Unverhältnismäßigkeit der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung ergebe sich bereits daraus, dass ein freiwilliges Angebot am Markt sei, das zur Sicherstellung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreiche. Eine darüber hinausgehende Auferlegung einer Zugangsverpflichtung wäre unverhältnismäßig und würde zu einer Überregulierung führen. Nach § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG seien bei der Abwägung auch die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken zu berücksichtigen. Hierbei sei hervorzuheben, dass DSL-Anschlüsse und das DSL-Konzentratornetz, über das auch der ATM-Bitstromzugang hergestellt werde, erst ab 1999 und somit nach der vollständigen Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes aufgebaut worden seien. Die Betroffene habe hier von vornherein im Wettbewerb gestanden und das volle Investitionsrisiko getragen. Auch von daher wäre eine Belastung mit einer Zugangsverpflichtung nicht gerechtfertigt.

Die Auferlegung von Verpflichtungen zur Bereitstellung bestimmter Qualitäten, wie sie von einigen Unternehmen gewünscht werde, scheitere zudem an § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG. Regelmäßig sei nämlich die Zugangsgewährung auf eine Nutzung des vorhandenen Netzes beschränkt. 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 deren Wünschen geschneidertes Netz zu bauen. Genau darauf liefen aber die Forderungen der Wettbewerber nach qualitativ höherwertigen Verkehrskategorien hinaus.

Das DSL-Konzentratornetz sei zudem vorwiegend mit Blick auf den DSL-Massenmarkt ausgebaut worden. Die Verkehrsklassen VBR-rt und CBR seien in diesem Konzentratornetz nicht implementiert und würden auch intern nicht verwendet. Wo höherwertige Anschlüsse an das ATM-Backbone erforderlich seien, würden Festverbindungen eingesetzt, die direkt an das ATM-Backbone herangeführt und nicht über das Konzentratornetz geschaltet würden. Bei solchen Festverbindungen (klassischen ATM-Anschlüssen > 2 Mbit/s) könnten dann auch die Verkehrsklassen CBR und VBR-rt gewählt werden.

Gegen die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung spreche zudem, dass angesichts des hohen Tempos der Marktentwicklung im Breitbandbereich die wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen durchaus gegeben sei. Dies bezeuge der Ausbau eigener Infrastruktur sowohl durch lokal und regional als auch durch bundesweit tätige Wettbewerber. Im Rahmen des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG komme es dabei nicht darauf an, ob für jeden Wettbewerber die Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen tragfähig sei, vielmehr sei entscheidend, ob es überhaupt Unternehmen gebe, für die die Errichtung alternativer Infrastruktur tragfähig sei. Dass dies der Fall sei, belegten die Markteintritte.

Von Rechtswegen unerheblich sei es, wenn von verschiedenen Unternehmen behauptet werde, dass in anderen EU-Mitgliedsstaaten ATM-Bitstromzugangprodukte mit höheren Qualitäten zur Verfügung stünden. Dies könne seine Ursache nur darin haben, dass unterschiedliche Unternehmen ihre Konzentratornetze - im Rahmen ihrer autonomen unternehmerischen Entscheidung - unterschiedlich aufgebaut hätten.

Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung sei auch nicht zur Bereitstellung europaweiter Dienste erforderlich. Auch ohne eine Zugangsverpflichtung seien Wettbewerber in der Lage, europaweit ATM-gestützte Dienste anzubieten. Je nach geforderter Qualität könnten sie zum Anschluss deutscher Standorte ihrer Kunden entweder das Produkt Premium-BSA nutzen oder - im Falle höchster Qualitätsanforderungen - auf Festverbindungen zum Anschluss des Kunden an ihr ATM-Backbone zurückgreifen.

Die Notwendigkeit der Anordnung eines Zugangsproduktes lasse sich auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, ein solches Produkt sei zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs bei öffentlichen Telekommunikationsnetzen und Telekommunikationsdiensten notwendig. Das freiwillig angebotene Premium-BSA-Produkt sei bereits von einem großen Teil des Marktes angenommen worden und gewährleiste einen diskriminierungsfreien Zugang zu den DSL-Anschlüssen und den DSL-Konzentratornetzen.

Die Stellungnahmen der Wettbewerbsunternehmen und Verbände sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens im Amtsblatt Nr. 9/2006 vom 10.05.2006 als Mitteilung Nr. 160/2006 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 05.04.2006 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 21.09.06 hat das Unternehmen COLT der Beschlusskammer mitgeteilt, dass es den am 09.03.06 mit der Betroffenen abgeschlossenen ATM-Business-Access-Vertrag gekündigt hat. Zur Begründung hat COLT ausgeführt, dass sich der Vertrag für die Anforderung von Geschäftskunden als nicht geeignet herausgestellt habe und daher auch keine Leistungen aufgrund dieses Vertrages in Anspruch genommen habe.

Hierzu hat die Betroffene mit Schreiben vom 29.09.06 unter nochmaligem Verweis auf ihren bisherigen Vertrag entgegnet, dass die Kündigung von COLT nicht dazu führe, dass die Marktakzeptanz des freiwilligen „P-BSA-Angebots“ ernsthaft in Zweifel gezogen werden könne.

Dem Bundeskartellamt (BKartA) ist unter dem 22.12.06 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern. Mit Schreiben vom 05.01.07 und 12.01.07 hat das BKartA eine Stellungnahme abgegeben. Darin hält die zuständige Beschlussabteilung die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung für den ATM-Bitstrom-Zugang zulasten der Betroffenen für sinnvoll und begrüßt insofern die beabsichtigte Entscheidung. Wegen des weiteren Inhalts der Stellungnahme des BKartA wird auf die im Rahmen der unten dargelegten Gründe dazu gemachten Ausführungen und die Akten verwiesen.

Unter dem 12.01.07 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 09.02.07, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 12.02.07, hat die EU-Kommission eine Stellungnahme zum Entwurf der vorgelegten Regulierungsverfügung abgegeben. Darin fordert sie die Bundesnetzagentur auf, eine wirksame Vorab-Preiskontrolle aufzuerlegen. Ein solche Vorab-Preiskontrolle sei besonders wichtig, weil ansonsten durch überhöhte Preisforderungen die Zugangsverpflichtung unterlaufen werden könne. Darüber hinaus fordert die Kommission, der Betroffenen die Verpflichtung aufzuerlegen, einen ATM-Bitstrom-Zugang zu Verfügung zu stellen, der es den Wettbewerbern erlaube, den Endkunden Breitbandverbindungen zur Verfügung zu stellen, ohne dass die Endkunden gezwungen sind, einen Telefonanschluss von der Betroffenen mieten zu müssen. Ein solcher „Stand Alone Bitstromzugang“ fördere den Wettbewerb im Endkundenmarkt und die Schaffung gleicher und fairer Wettbewerbsbedingungen, weil Endkunden dann keinen zusätzlichen Vertrag für eine Telefonverbindung brauchten.

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 ATM-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 ATM-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. 3 S. 2 TKG soweit gemäß Ziffer 2. die Entgelte für die von der Betroffenen auf dem Markt für ATM-Bitstrom-Zugang angebotenen Zugangsleistungen der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterworfen worden sind.

## **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 ATM-Bitstrom-Zugang mit Übergabe auf der ATM-Ebene (layer 2) an

verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG. Auf diesen Märkten verfügt die Betroffene über eine beträchtliche Marktmacht.

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

### 3. Auswahl und Umfang der einzelnen Verpflichtungen

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

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

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 (ATM-Bitstrom-Zugang), § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG

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

Die Auferlegung der Verpflichtung, Bitstrom-Zugang auf ATM-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 ATM-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 ATM-Bitstrom aufzuerlegen war, lag danach im pflichtgemäßen Ermessen der Beschlusskammer. Bei der Ermessensentscheidung war insbesondere abzuwägen, ob die Verpflichtung zur Gewährung des ATM-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 sowie der Ergebnisse des nationalen Konsultationsverfahrens ist die Beschlusskammer entgegen der noch im Konsultationsentwurf dargelegten Absicht, von der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung abzusehen, zu dem Ergebnis gelangt, die Betroffene doch zur Zugangsgewährung zum ATM-Bitstrom zu verpflichten. Damit ist die Beschlusskammer auch den Anträgen der Antragstellerinnen zu 1. bis 3. gefolgt. Hierfür waren letztlich folgende Gesichtspunkte maßgeblich:

- **Geeignetheit**

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

Denn auf der Basis eines ATM-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 ATM-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 ermöglicht, weil sie ihr Netz zwar ausbauen müssen, dies in einem ersten Schritt aber lediglich bis zu den ATM-TVSt 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, hier insbesondere auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt für hochwertige Premium DSL-Anschlüsse, die in erster Linie von Geschäftskunden nachgefragt werden. Hierdurch wird die Nachhaltigkeit des Wettbewerbs auch im Bereich der hochwertigen und gegenüber dem DSL-Massenmarkt potenziell lukrativeren DSL-Premium-Anschlüsse 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. Working Document des Communications Committee der EU-Kommission vom 30.11.06, COCOM06-29 Final, „Broadband access in the EU: situation at 1 July 2006“, Figure 6 “Penetration rate. Lines per 100 population“, S. 8, veröffentlicht unter [http://forum.europa.eu.int/Public/irc/info/cocom1/library?l=/public\\_documents\\_2006/cocom06-29final/\\_EN\\_1.0\\_&a=d](http://forum.europa.eu.int/Public/irc/info/cocom1/library?l=/public_documents_2006/cocom06-29final/_EN_1.0_&a=d))*

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.

Eine Beschränkung auf einen reinen „Dienstwettbewerb“ auf der Basis eines „Resale“-ATM-DSL-Produktes wäre nicht hinreichend, um einen nachhaltigen, sich langfristig selbst tragenden Wettbewerb im Bereich der hochwertigen DSL-Premiumanschlüsse 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. Dies gilt in besonderem Maße für die insbesondere von Geschäftskunden nachgefragten hochwertigen DSL-Anschlüsse, die damit oftmals in individuelle für diese Kunden zugeschnittene Systemlösungen integriert werden müssen.

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-fähigen 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.

Ob eine Zugangsverpflichtung zum ATM-Bitstrom-Zugang auch unter dem Aspekt einer möglichen Realisierung von hochwertigen ATM-DSL-Anschlüssen über Mietleitungen erforderlich ist, war hier nicht zu weiter untersuchen, weil bereits in der Festlegung der Präsidentenkammer darauf hingewiesen worden, dass aus Nachfragersicht ein ATM-Bitstrom-Zugangsprodukt mit einer Mietleitung nicht substituierbar ist.

Neben diesen Zugangsformen ist der ATM-Bitstrom-Zugang daher 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 ATM-Bitstrom-Zugangsprodukt ist auch erforderlich, um die bisher durchschnittliche Breitbandpenetration und –nutzung (s.o., S 12) 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 für qualitativ hochwertige DSL-Anschlüsse 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 ATM-Bitstrom zu gewähren, steht zudem in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit der Zugangsverpflichtung ist nicht zwischen dem DSL-Anschluss und der damit in Zusammenhang stehenden breitbandigen Transportdienstleistung des ATM-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 ATM-Bitstrom-Zugangs nicht gerecht werden, denn nach der in der Festlegung der Präsidentenkammer getroffenen Definition handelt es sich beim ATM-Bitstrom-Zugang um ein einheitliches Zugangsprodukt basierend auf einer Infrastruktur, die sich aus DSL-Anschlüssen und damit in Zusammenhang stehender breitbandiger Transportdienstleistung zusammensetzt.

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 ATM-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 ATM-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 ATM-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 ATM-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 ATM-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 ATM-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 ATM-Bitstrom-Zugangsprodukt weitaus flächendeckender 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 ATM-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 ATM-Bitstrom-Zugang der Fall. Denn nur ein Anbieter – entweder die Betroffene selbst bzw. ein mit ihr verbundenes Tochterunternehmen oder der ATM-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 ATM-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.

Schließlich hat der Gesetzgeber in der Begründung zu diesem Abwägungskriterium ausgeführt, dass ein Kapazitätsausbau grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein soll (vgl. BT-Drucksache 15/2316, Seite 64/65). Denn andernfalls bestünde die Gefahr, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung ins Leere läuft. Zu beachten ist aber, dass Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht durch die Ausbauverpflichtung keine wirtschaftlichen Nachteile entstehen dürfen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen die Nachfrager daher die Investitionsrisiken in vollem Umfang übernehmen. Die eventuellen Kosten für die im Rahmen der Zugangsgewährung zum ATM-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 ATM-Bitstrom-Zugangs genutzten Infrastruktur bereits vorhanden ist und von der Betroffenen für die Erbringung eigener ATM-Breitbandprodukte eingesetzt wird. Dies umfasst neben den TAL die DSLAM, das Konzentratornetz sowie das ATM-Kernnetz mit den derzeit 51 TVSt.

Soweit die Betroffene in ihrer Stellungnahme einwendet, dass sie diese 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 ATM-Bitstrom-Zugang nicht unentgeltlich gewähren. Sie kann den Nachfragern hierfür vielmehr Entgelte in Rechnung stellen, die ihren Kosten entsprechen.

### **- 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 ATM-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, ATM-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 ATM-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 ATM-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).

Zwar war die Beschlusskammer im Konsultationsentwurf davon ausgegangen, dass die Betroffene mit dem Produkt „Premium Bitstream Access“ („P-BSA“) ein ausreichendes Zugangsprodukt für den ATM-Bitstrom-Zugang freiwillig am Markt platziert hat und dass dieses Angebot auch von einem großen Teil des Marktes angenommen worden ist. Demgemäß hatte die Beschlusskammer beabsichtigt, von der Auferlegung einer Verpflichtung zur Gewährung des ATM-Bitstrom-Zugangs gegenüber der Betroffenen zu verzichten (s. S. 11f. des Konsultationsentwurfs vom 22.03.2006)

Nach dem Ergebnis des Konsultationsverfahren und erneuter intensiver Überprüfung der Sachlage hält die Beschlusskammer an ihrer ursprünglichen Ansicht, dass das „P-BSA“-Angebot den Anforderungen entspricht, die unter Zugrundelegung der Definition in der Festlegung der Präsidentenkammer an ein Bitstrom-Zugangsprodukt zu stellen, und dass dieses Angebot bereits von einem großen Teil des Marktes angenommen worden ist, nicht weiter fest. Hierfür sind folgende Gründe maßgeblich:

Nach der Leistungsbeschreibung für dieses Produkt besteht das P-BSA-Angebot zwar aus „Access-Lines“, also einem Anschlussteil, der den direkten Zugriff auf den Endkunden ermöglicht, sowie Verbindungsleistungen über permanente virtuelle Datenverbindungen („PVC“) und Anschlüssen zur Verkehrsübergabe von der ATM-Plattform der Betroffenen an die ATM-Netze der Wettbewerber an den bestehenden UNI-Schnittstellen („user network interface“) der ATM-Plattform der Betroffenen. Der Zugang ist in auch unterschiedlichen Verkehrskategorien (UBR, VBRplus) und in verschiedenen Bandbreiten möglich. Der Ansicht, dass es sich bei „P-BSA“ nicht um ein ausreichendes Bitstrom-Zugangsprodukt handelt, steht auch nicht entgegen, dass die Verkehrsklassen VBR-rt und CBR von der Betroffenen im Rahmen dieses Produktes (noch) nicht angeboten werden. Denn die Betroffene gewährt sich die Bereitstellung auch dieser Verkehrsklassen momentan auch intern nicht. Hierfür wären zunächst noch zusätzliche Maßnahmen im Netz der Betroffenen, insbesondere an den eingesetzten DSLAM, erforderlich. Allerdings sieht das P-BSA-Angebot bisher noch nicht einmal eine garantierte Mindestbandbreite zwischen DSLAM und ATM-TVSt als Qualitätsaussage vor, aufgrund derer auch jenseits der Verkehrsklassen VBR-rt und CBR eine durchgängige „echtzeitfähige“ Verbindung, insbesondere für Sprache, realisiert werden kann.

Es kann deshalb dahinstehen, ob infolge der Kündigung des P-BSA-Vertrages durch die Antragstellerin zu 2. die weitere Voraussetzung, dass ein freiwilliges Angebot von einem großen Teil des Marktes auch angenommen worden ist, noch vorliegt.

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, an dessen Ort der DSLAM steht, her. Die Gewährung von ATM-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 führen. Ein ATM-Bitstrom-Zugang ließe sich dagegen erheblich schneller und kostengünstiger erreichen.

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 ATM -Bitstrom-Zugang in allen gängigen xDSL-Varianten, soweit sie Gegenstand der Festlegung der Präsidentenkammer sind (mit asymmetrischer oder symmetrischer Anschlussmöglichkeit) in einer Weise zu gewähren, die einen Diensteanbieter oder Netzbetreiber in die Lage versetzt, eine mit bestimmten Qualitätsparametern versehene Hochgeschwindigkeitsverbindung bis zu den Räumlichkeiten des Endkunden herzustellen. Das gilt auch für den – von der EU-Kommission in ihrer Stellungnahme vom 09.02.07 noch einmal geforderten - „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 ATM-Bitstrom-Zugangsprodukte, die auf der ADSL2-, ADSL2+- bzw. auf der VDSL-Technologie aufsetzen, auszusprechen. Für ADSL2 und ADSL2+-Zugangsprodukte ergibt sich das bereits daraus, dass sich die Betroffene diese bereits intern gewährt bzw. in absehbarer Zeit intern gewähren wird und diese Anschlüsse in der Festlegung der Präsidentenkammer vom 12.01.06 ohne Einschränkung als in den definierten und analysierten Markt für ATM-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 der 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. Mit Blick auf die Stellungnahme des BKartA vom 05.01.07 stellt die Beschlusskammer daher noch einmal klar, dass für solche Bitstrom-Zugangsleistungen die gleiche Regulierungsintensität – Zugangsverpflichtung sowie die weiteren im Tenor auferlegten Abhilfemaßnahmen - gilt. 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. Soweit das BKartA in seiner Stellungnahme die Frage aufwirft, wann eine Bewertung der Austauschbarkeit von VDSL und anderen xDSL-Produkten möglich sei, ist anzumerken, dass aus Sicht der Bundesnetzagentur eine derartige Bewertung abschließend erst auf der Basis eines hinreichend gesicherten Erkenntnisstandes möglich ist. Zwar hat die Betroffene – worauf das BKartA zutreffend hinweist – mittlerweile in einigen Städten damit begonnen, VDSL-Infrastruktur zu errichten. Die Nachfrage nach entsprechenden Produkten ist

derzeit aber noch so marginal, dass eine konkret ausgebildete Marktsituation noch nicht erkennbar ist. Hinzu kommt, dass Endkundenprodukte, wie etwa „T-Home“, nach den Erkenntnissen der Beschlusskammer bislang ausschließlich auf IP-Ebene abgewickelt werden, so dass sich für den hier zu entscheidenden Bereich des ATM-Bitstrom-Zugang die Frage der Austauschbarkeit von VDSL und anderen xDSL-Produkten, wenn überhaupt, derzeit in noch geringerem Maße stellt. Dies hält das BKartA in seinem Schreiben vom 12.01.07 für nachvollziehbar.

Neben der eigentlichen Verpflichtung, Zugang zum ATM-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 Bundesnetzagentur 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 *so*ll die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, die Verpflichtung auferlegen, Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Leitungen, und Masten zu ermöglichen sowie den Nachfragern oder deren Beauftragte jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren.

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

Zur Erreichung dieses Zweckes ist die auferlegte Kollokations- und Zutrittsverpflichtung 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 ATM-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 ATM-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 1.1 tenorierte Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes sind §§ 9 Abs. 2, 13, 19 TKG.

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

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

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

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

Die Betroffene ist selbst bzw. durch ihr verbundene Tochterunternehmen, etwa die T-Systems International GmbH, auf sämtlichen Wertschöpfungsstufen für hochwertige Datendienste aktiv. Aufgrund dieser vertikalen Integration besteht die Gefahr, dass sie sich oder ihrem Tochterunternehmen intern günstigere Bedingungen auf dem Markt für ATM-Bitstrom-Zugang gewährt, als sie diese gegenüber anderen Unternehmen im Rahmen des Zugangs gewährt, vgl. Erwägungsgrund 17 der Zugangsrichtlinie. Zwar hatte sich in der Vergangenheit das Problem der Bevorzugung der T-Systems bzw. des eigenen Vertriebsbereichs durch die Betroffene auf dem Markt für ATM-Bitstrom-Zugang noch nicht in einer Weise gestellt, die ein regulierungsrechtliches Einschreiten der Bundesnetzagentur gegenüber der Betroffenen erfordert hätte. Allerdings hatte die Behörde auf anderen Märkten 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 die Zugangsleistungen von der Betroffenen bezogen werden können. Daraus würden sich für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslagen ergeben können. Es wäre nicht auszuschließen, dass es sowohl im Verhältnis der Betroffenen (bzw. ihres Vertriebsbereiches, Retailarm) zu alternativen Nachfragern als auch im Verhältnis der alternativen Nachfrager zueinander zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könnte.

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

### **3.4 Getrennte Rechnungsführung, § 24 TKG**

#### **3.4.1 Transparente Gestaltung der Vorleistungspreise**

Die der Betroffenen der in Ziffer 1.1.3 des Tenors aufgegebenen Verpflichtung, ihre Vorleistungspreise für Zugangsleistungen auf dem Markt für ATM-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:

Ein von der Betroffenen angebotenes ATM-Bitstrom-Produkt wird vergleichbar sein mit unternehmensintern bereitgestellten Vorleistungen, auf deren Grundlage die Betroffene bzw. ihr Tochterunternehmen T-Systems International GmbH ATM-Endkundenprodukte anbietet.

Angesichts dessen ist die Auferlegung einer Verpflichtung zur Offenlegung interner Verrechnungspreise erforderlich, um die Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes und die Verhinderung unzulässiger Quersubventionierungen zu gewährleisten. Hierzu reicht auch die komplementär zum Diskriminierungsverbot auferlegte Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG (s.o.) nicht aus. Im Rahmen der auferlegten Transparenzverpflichtung hat die Betroffene zwar die Pflicht, alle Nachfrager nach den Zugangsleistungen u.a. auch über die von ihnen zu zahlenden Entgelte zu informieren. Durch diese Informationsverpflichtung ist zwar ausgeschlossen, dass die Betroffene extern unterschiedliche Entgelte verlangt, ohne dass dies von der Marktgegenseite erkannt wird. Mit Blick auf die vertikale Integration der Betroffenen besteht jedoch die Gefahr, dass sie sich oder ihrem Tochterunternehmen T-Systems International GmbH intern günstigere Verrechnungspreise stellt als sie von den anderen Nachfragern für die entsprechende Vorleistung „ATM-Bitstrom-Zugang“ verlangt, ohne dass dies von jenen 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 1.1.3 tenorierte Verpflichtung zur Vorlage der Absatzzahlen und Umsätze für die extern angebotenen und intern genutzten Vorleistungen auf Markt für ATM-Bitstrom 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 ATM-Bitstrom 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 anderen Nachfragern eines ATM-Bitstrom-Zugangs 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. 3 S. 2 TKG**

Die Entgelte, die die Betroffene für die Gewährung des Zugangs zum ATM-Bitstrom und die dafür erforderliche Kollokation erhebt, werden gemäß § 30 Abs. 3 S. 2 TKG der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 TKG unterworfen.

Gemäß § 30 Abs. 3 S. 2 TKG unterliegen die Entgelte eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für die die Bundesnetzagentur eine Genehmigungspflicht nach Absatz 1 unbeschadet der Regelung des Absatz 1 Satz 2 der Vorschrift ausnahmsweise zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG für nicht angemessen hält, der nachträglichen Regulierung. Bei den in § 2 Abs. 2 TKG aufgeführten Regulierungszielen, die hier in erster Linie für die Entscheidung über den Entgeltregulierungsmaßstab zu betrachten sind, handelt es sich um die Wahrung der Nutzer- bzw. Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation (Nr. 1), die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation auch in der Fläche (Nr. 2) sowie die Förderung und Unterstützung effizienter Infrastrukturinvestitionen bzw. Innovationen (Nr. 3). § 30 Abs. 3 S. 2 TKG in der Fassung des TKG-Änderungsgesetzes eröffnet der Beschlusskammer damit einen Entscheidungsspielraum, in Fällen, in denen eine Ex-ante Genehmigungspflicht unangemessen wäre, auch Entgelte für nach § 21 TKG auferlegte Zugangsleistungen einer Ex-post-Kontrolle zu unterwerfen.

Zur Erreichung der erwähnten Regulierungsziele ist abweichend von der Regel für auferlegte Zugangsleistungen (s. § 30 Abs. 1 TKG) eine strenge Kostenkontrolle für den ATM-Bitstrom-Zugang nicht angemessen, sondern es ist hierfür eine nachträgliche Entgeltkontrolle ausreichend. Denn bei dem ATM-Bitstrom-Zugangsmarkt handelt es sich um einen relativ kleinen Markt, auf dem Produkte mit hohen Qualitätsstandards für qualitativ hochwertige Endkundenprodukte angeboten werden. Auf einem solchen Markt sind die Preise nicht das vorrangige Wettbewerbsargument. Qualitative Aspekte spielen hier eine wesentlich bedeutendere Rolle, als im preissensitiveren Massenmarktsegment. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zum Massenmarkt fokussierten IP-Bitstromzugang, dessen Entgelte der Genehmigungspflicht unterliegen. Zwar besteht bei einer fehlenden EX-ante-Regulierung die Gefahr, dass die Vorleistungsentgelte für den ATM-Bitstrom-Zugang über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen. Weil in diesem Markt aber – wie ausführlich – qualitative Aspekte eine bedeutendere Rolle spielen, werden Vorleistungsnachfrager hierdurch nicht übermäßig in ihrer Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt. Hinzu kommt, dass die Wettbewerbssituation auf dem vorgelagerten Markt für hochwertige Bitstrom-Zugangsprodukte und den nachgelagerten Endkundenmärkten ausgeprägter als beim korrespondierenden IP-

Bitstrom-Zugangsmarkt und dessen nachgelagerten DSL-Endkunden(massen-)märkten ist. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Unternehmen QSC in seiner Stellungnahme zum Konsultationsentwurf ausdrücklich hervorgehoben hat, dass die Existenz von Wettbewerbern der Betroffenen auf dem gleichen Markt führe dazu, dass die Kammer neben den Interessen der Nachfrager auf dem betreffenden Markt auch die Entwicklung hin zu einem selbsttragenden Wettbewerb berücksichtigen müsse. Auch nach Meinung des Unternehmens Arcor ist eine nachträgliche Entgeltkontrolle durchaus dazu geeignet, die postulierten Regulierungsziele auf dem Markt für ATM-Zugangsleistungen zu erreichen. Hierzu sei es jedoch unabdingbar, dass die Ex-post Kontrolle konsequent umgesetzt werde. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass die ATM-DSL-Anschlüsse nicht in gleicher Weise wie die auf dem IP-Protokoll basierenden DSL-Anschlüsse für den Massenmarkt in einer Kette regulierter Vorleistungen stehen, bei der aus Konsistenzgründen die einzelnen Elemente dieser Kette sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren müssen.

Aus den dargelegten Gründen, die aus Sicht des BKartA überzeugend sind (s. Stellungnahme vom 12.01.07), kommt die Beschlusskammer zu dem Ergebnis, dass der Betroffenen trotz auferlegter Zugangsverpflichtung ausnahmsweise keine Entgeltgenehmigungspflicht aufzuerlegen ist. Sollte sich allerdings abzeichnen, dass die Betroffene das ihr grundsätzlich zur Verfügung stehende Preiserhöhungspotenzial in spürbarer Weise ausnutzen sollte und durch überhöhte Preisforderungen die Zugangsverpflichtung unterlaufen würde – auf letzteren Aspekt hat die EU-Kommission in ihrer Stellungnahme vom 09.02.07 hingewiesen -, müsste diese Entscheidung – auch im Lichte der Stellungnahme der EU-Kommission vom 09.02.07 und der darin geforderten Vorab-Preiskontrolle, deren Erforderlichkeit die Beschlusskammer aus den oben dargelegten Gründen jedoch aktuell nicht sieht - einer Überprüfung unterzogen werden.

### **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 ATM-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. Vielmehr ist insoweit nunmehr eine zügige Entscheidung angebracht, wie sie auch von der EU-Kommission in ihrer Stellungnahmen zum Konsolidierungsentwurf der Marktdefinition und Marktanalyse für den Markt Nr. 12 gefordert wird.

## 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 ATM-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 ATM-Bitstrom-Zugangsprodukt erforderlichen Bedingungen enthalten (allgemeine Vertragsregeln sowie Qualitätsaussagen und Preise, Zugangsstandorte, technische Bestimmungen und Bedingungen für 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 07.03.2007

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Knobloch

Wilmsmann

Wieners

(Vorsitzender Knobloch ist an der Unterschriftsleistung im Original wegen Eintrittes in die Freistellungsphase der Altersteilzeit gehindert. Er hat den Entwurf gezeichnet.)

#### Anlage

Festlegung der Präsidentenkammer zu Markt Nr. 12 vom 12.01.06 (ohne Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse)