



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 2

BK2b-22/004

Beschluss

in dem Verwaltungsverfahren

von Amts wegen

gegen

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

– Betroffene –

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dolde, Mayen und Partner,
Mildred-Scheel-Straße 1, 53175 Bonn

vom 08.03.2022 wegen missbräuchlichem Verhalten gemäß § 37 TKG

Beigeladene:

1. Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten (VATM) e.V.; Frankenwerft 35, 50667 Köln
vertreten durch den Vorstand
– Beigeladener zu 1 –
2. Vodafone GmbH
Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 2 –
3. Plusnet GmbH
Mathias-Brüggen-Str. 55, 50829 Köln
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 3 –
4. BT (Germany) GmbH & Co. oHG
Barthstr. 4, 80339 München
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 4 –
5. HL komm Telekommunikations GmbH
Nonnenmühlgasse 1, 04107 Leipzig
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 5 –
6. Colt Technology Services GmbH
Gervinusstr. 18-22, 60322 Frankfurt/Main,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 6 –
7. ecotel communication ag
Prinzenallee 11, 40549 Düsseldorf
vertreten durch den Vorstand
– Beigeladene zu 7 –
8. envia TEL GmbH
Friedrich-Ebert-Str. 26, 04416 Markkleeberg
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 8 –
9. 1&1 Versatel GmbH,
Wanheimer Straße 90 , 40468 Düsseldorf
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 9 –

10. EWE TEL GmbH
Cloppenburger Str. 310, 26133 Oldenburg
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 10 –

11. Verizon Deutschland GmbH,
Rebstöcker Str. 59, 60326 Frankfurt/Main
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 11 –

12. Telefónica Germany GmbH & Co. OHG,
Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 12 –

13. Bundesverband Breitbandkommunikation e.V.
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 13

14. NetCologne GmbH
Am Coloneum 9, 50829 Köln
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 14 –

Verfahrensbevollmächtigte der Beigeladenen zu 1. bis 9.:

Loschelder Rechtsanwälte, Partnerschaftsgesellschaft mbB,
Konrad-Adenauer-Ufer 11, 50668 Köln,

hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommuni-
kation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 08.04.2022

durch

die Vorsitzende Gerlinde Schmitt-Kanthak,
den Beisitzer Jörg Lindhorst und
den Beisitzer Wolfgang Woessler

am 31.05.2022

entschieden:

1. Es wird festgestellt, dass die von der Betroffenen erhobenen Entgelte für die nachfolgend aufgeführten Leistungen des Produktes Wholesale Ethernet Virtual Private Networks 2.0 nicht den Maßstäben des § 37 TKG genügen:
 - a. Überlassung „Upgradefähige“ Anschlüsse 1 G UNI / NNI

Monatliche Preise der UNI-/ NNI-Anschlüsse bei Abschluss (Customer Sited)		
Anschlussvarianten	Region	Preise monatlich inkl. Comfort-Service 2)
Wholesale Ethernet Anschluss UNI 1G	Short Range	140,29 €
	Backbone	197,47 €
	Regio	290,76 €
	Country	365,85 €
Wholesale Ethernet Anschluss NNI 1G	Short Range	140,29 €
	Backbone	197,47 €
	Regio	290,76 €
	Country	365,85 €

Monatliche Preise der UNI-/ NNI-Anschlüsse bei Abschluss (Kollokation)		
Anschlussvarianten	Region	Preise monatlich inkl. Comfort-Service
Wholesale Ethernet Anschluss UNI 1G	Short Range	91,24 €
	Backbone	148,41 €
	Regio	241,71 €
	Country	316,80 €
Wholesale Ethernet Anschluss NNI 1G	Short Range	91,24 €
	Backbone	148,41 €
	Regio	241,71 €
	Country	316,80 €

b. Überlassung Verbindung „Premium“

Monatliche Preise der logischen Ethernetverbindungen			
Ethernetverb- indungs-typen	Qualitätsklassen QoS	Mtl. Preise Kernnetz- verbleibend	Mtl. Preise Kernnetz- verlässend
Wholesale Ether- net Service mit Durchsatz 4M	Premium	3,18 €	3,54 €
Wholesale Ether- net Service mit Durchsatz 8M	Premium	6,36 €	7,07 €
Wholesale Ether- net Service mit Durchsatz 10M	Premium	7,96 €	8,84 €
Wholesale Ether- net Service mit Durchsatz 20M	Premium	16,64 €	18,48 €

Wholesale Ethernet Service mit Durchsatz 40M	Premium	33,27 €	36,97 €
Wholesale Ethernet Service mit Durchsatz 60M	Premium	49,91 €	55,45 €
Wholesale Ethernet Service mit Durchsatz 80M	Premium	66,54 €	73,94 €
Wholesale Ethernet Service mit Durchsatz 100M	Premium	83,18 €	92,42 €

c. NNI-Anschlüsse 10 G Customer Sited

Monatliche u. einmalige Preise der UNI-/ NNI-Anschlüsse bei Abschluss (Customer Site)			
Anschlussvarianten	Region	Preise monatlich	Preise einmalig
Wholesale Ethernet Anschluss NNI 10G	Metro	2.500,00 €	2.250,00 €
	Regio	3.000,00 €	
	Country	3.500,00 €	

d. Überlassung NNI-Anschlüsse 10 G Kollokation

Monatliche u. einmalige Preise der UNI-/ NNI-Anschlüsse bei Abschluss (Kollokation)			
Anschlussvarianten	Region	Preise monatlich	Preise einmalig
Wholesale Ethernet Anschluss NNI 10G (exklusive Performance-Kollokation-Standorte)	Metro	2.250,00 €	1.800,00 €
	Regio	2.700,00 €	
	Country	3.150,00€	

2. Der Betroffenen wird untersagt, die unter Ziffer 1. aufgeführten Entgelte zu fordern oder zu vereinbaren. Das von der Betroffenen für diese Leistungen verlangte Entgelt wird für unwirksam erklärt.

Zur besseren Übersichtlichkeit wird nachfolgendes Inhaltsverzeichnis vorangestellt:

1 Sachverhalt.....	11
2 Gründe.....	24
2.1 Formelle Voraussetzungen.....	24
2.1.1 Verfahrensart.....	24
2.1.2 Einleitung von Amts wegen	24
2.1.3 Zuständigkeit und Verfahren.....	24
2.2 Materielle Voraussetzungen	25
2.2.1 Entgeltkontrolle nach § 46 TKG	26
2.2.2 Anforderungen des § 37 TKG	27
2.2.3 Preishöhenmissbrauch	27
2.2.3.1 Wettbewerbsanaloger Preis.....	28
2.2.3.1.1 KeL als Simulation des wettbewerbsanalogen Preises	29
2.2.3.2 Kein Sicherheitszuschlag.....	30
2.2.3.2.1. Allgemein zum Sicherheitszuschlag.....	30
2.2.3.2.2. Keine ausgleichsbedürftigen Unsicherheiten	31
2.2.3.3 Grundsatz: Erheblichkeitszuschlag von 5 %	32
2.2.3.3.1 Beträchtliche und anhaltende Marktzutrittsschranken	33
2.2.3.3.2 Keine Infragestellung durch den Missbrauchsmaßstab	33
2.2.3.3.3 Keine höhere Wettbewerbsintensität bei Geschäftskundenangeboten.....	34
2.2.3.3.3 Ausführungen in der Regulierungsverfügung	35
2.2.3.3.4 Wettbewerbsanaloger Preis auf Bruttowiederbeschaffungsbasis.....	36
2.2.3.3.5 Konsistenz zum Vorgehen bei der UKW-Entscheidung.....	37
2.2.3.3.6 Entega II Entscheidung des BGH und vorläufige Ergebnisse der Marktdatenerhebung	39
2.2.3.3.7 Keine relevanten Änderungen durch Glasfaserausbau	40
2.2.3.3.8 Kein Widerspruch zu der Entscheidung des OLG Düsseldorf ...	41
2.2.3.4 Konkrete Grenzwerte.....	42
2.2.3.4.1 Anschlüsse 1 G UNI /NNI und Verbindung Verkehrsklasse „Premium“	42
2.2.3.4.1.1 Überlassung Anschlüsse 1 G UNI / NNI.....	43
2.2.3.4.1.2 Bereitstellung Anschlüsse 1 G UNI / NNI	44
2.2.3.4.1.3 Überlassung Verbindung „Premium“, kernnetzverbleibend ..	44
2.2.3.4.1.4 Überlassung Verbindung „Premium“, kernnetzverlassend ..	45
2.2.3.4.2 10 G NNI.....	45
2.2.3.4.2.1 Monatliche Preise der NNI-Anschlüsse 10 G Customer Sited	46
2.2.3.4.2.2 Einmalige Preise der NNI-Anschlüsse 10 G Customer Sited	46
2.2.3.4.2.3 Monatliche Preise der NNI-Anschlüsse 10 G (Kollokation)...	47
2.2.3.4.2.4 Einmalige Preise der NNI-Anschlüsse 10 G (Kollokation) ...	47
2.2.3.4.3 Bewertung des Vortrages der Betroffenen zu 10 G NNI.....	48
2.2.3.5 Sonderfall: Entfall eines Erheblichkeitszuschlages bei Endkundenpreisen unter Vorleistungstarifen.....	48

2.2.3.5.2.1 Besondere Wettbewerbsschädlichkeit.....	50
2.2.3.5.2.2 Kein Fall des Leistungswettbewerbes	50
2.2.3.5.2.3 Zementierung dominanter Marktpositionen	51
2.2.3.5.2.4 Keine Rechtfertigung durch Streben nach bundesweitem Preis	52
2.2.3.5.2.5 Keine Rechtfertigung durch Möglichkeit zur Querfinanzierung	53
2.2.3.5.2.6 Verhältnis zur PKS-Prüfung	56
2.2.3.5.3 Keine Abkehr vom bisherigen Vorgehen	59
2.2.3.5.4 Folgen für die gegenständlichen Tarife	60
2.3 Preis-Kosten-Schere	62
2.3.1 Allgemein	62
2.3.1.1 VPN 2.0 als Bausteinprodukt	64
2.3.1.2 P2MP-Architektur	65
2.3.1.3 Forderung zur Berücksichtigung nur eines Anschlusses „Customer Sited“	66
2.3.2 Aggregationsebene	67
2.3.2.1 Vorleistungsebene	67
2.3.2.1.1 Ursache der Differenzierung auf der Vorleistungsebene	67
2.3.2.1.2 Auseinandersetzung mit dem Vortrag der Betroffenen zur Aggregationsebene	68
2.3.2.2 Endkundenebene	68
2.3.2.3 Datengrundlage	70
2.3.2.4 Erlöse (Ethernet Connect 2.0)	71
2.3.2.4.1 Allgemeine Annahmen.....	71
2.3.2.4.2 Kunden-Verweildauer von 40 Monaten	71
2.3.2.4.3 Tarifstufen.....	72
2.3.2.4.4 Erlöse für die Anschlussleistungen	72
2.3.2.4.5 Erlöse für die Verbindungsleistungen.....	72
2.3.2.4.5.1 Verkehrsklasse „Standard“	72
2.3.2.4.5.2 Weitere Verkehrsklassen	74
2.3.2.5 Kosten	78
2.3.2.5.1 Kosten Überlassung des Anschlusses 1 G (Customer Sited).....	78
2.3.2.5.2 Kosten einmalige Bereitstellung Anschluss 1 G UNI	79
2.3.2.5.3 Kosten einmalige Bereitstellung einer Verbindung	79
2.3.2.5.4 Anteilige Kosten Überlassung eines NNI 10 G Kollokation.....	79
2.3.2.5.5 Anteilige Kosten einmalige Bereitstellung NNI 10 G.....	80
2.3.2.5.6 Monatliche Kosten für die Verbindung	80
2.3.2.5.6.1 Verkehrsklasse „Standard“	81
2.3.2.5.6.2 Weitere Verkehrsklassen	82
2.3.2.5.8 Kosten für die Kollokation	84
2.3.2.5.9 Zusatzkosten	84
2.3.2.5.10 Gemeinkosten.....	85
2.3.2.5.11 Ergebnis PKS-Test UNI 1G und Verkehrsklasse „Standard“	85
2.3.2.5.12 Ergebnis PKS-Test UNI 1G und alle Verkehrsklassen	86
2.4 Keine sachliche Rechtfertigung	87

2.5 Vereinbarkeit mit den Regulierungszielen.....	88
2.6 Feststellung und Untersagung.....	88
2.7 Hinweis auf Vorschlagsrecht	88

1 Sachverhalt

1. Die Betroffene ist Betreiberin eines bundesweiten öffentlichen Telekommunikationsnetzes und der hierzu gehörenden technischen Einrichtungen. Als solche bietet sie unter anderem auch Zugang zu sogenannten hochqualitativen Diensten an.
2. Entsprechende Dienste stellt sie im Rahmen unterschiedlicher Produkte sowohl in der Form von Point-to-Point- als auch in der Form von Point-to-Multipoint-Verbindungen zur Verfügung. Bei einem dieser Dienste handelt es sich um die gegenständliche Leistung Wholesale Ethernet Virtual Private Networks 2.0 (nachfolgend VPN 2.0).
3. Mit diesem Vorleistungsprodukt können unter anderem logisch getrennte Netze verschiedener Standorte flexibel gekoppelt und zu einem großen logischen Netzwerk zusammengeschlossen werden.
4. Ausweislich Ziffer 1.1 der Produktleistungsbeschreibung besteht das Produkt Wholesale Ethernet VPN 2.0 aus mindestens zwei Wholesale Ethernet Anschlüssen und einer Wholesale Ethernet Verbindung, wobei die verschiedenen Bausteine nachfragegemäß zusammengesetzt werden können.
5. Die Anschlüsse werden an den Kundenlokationen sowie an Kollokationsstandorten der Betroffenen mit einem Remote Devices (RD) abgeschlossen und mit 2 MBit/s bis 10 GBit/s angeboten. Für den Fall der Anbindung über glasfaserbasierte Anschlüsse kann dabei zwischen einem 1 G-Anschluss oder einem 10 G-Anschluss in der Form eines UNI (User Network-Interface) oder als NNI (Network-Network-Interface) gewählt werden. Bei den Anschlüssen kann jeweils zwischen sogenannten Kundenanschlüssen („Customer Sited“) und Kollokationsanschlüssen am Standort der Betroffenen („Collocation“) unterschieden werden.
6. Zwischen zwei Anschlüssen werden Verbindungen, sogenannte Ethernet Virtual Connection (EVC), mit Bandbreiten 1 MBit/s bis 1000 MBit/s bereitgestellt. Diese ermöglichen den Datentransfer zwischen den Standorten. Die Verbindungen selber werden in zwei Ausprägungen bereitgestellt und zwar als Ethernet Private Line (EPL) oder als Ethernet Virtual Private Line. Ein EPL-EVC ist eine transparente Verbindung zwischen zwei UNIs bzw. einem UNI und einem NNI. Auf einem UNI darf genau ein EVC enden. Bei EVCs in der Ausprägung EVPL dürfen mehrere Verbindungen auf einem UNI enden.
7. Bei den EPL stehen Verbindungen in vier verschiedenen Verkehrsklassen zur Verfügung, wobei bei drei der vier Verkehrsklassen der Datenverkehr im Falle einer Engpasslage im Netz priorisiert übertragen wird (Premium, Critical und Physical). Die höchste Priorisierungsstufe „Premium“ entspricht dabei zugleich

der Verkehrsklasse, die bei dem reinen P2P-Produkt Wholesale Ethernet Carrier- Fest-Verbindungen (nachfolgend CFV 2.0) und damit dem sogenannten „Ankerprodukt“ für die gegenständliche Leistung VPN 2.0 verwendet wird. Neben den drei unterschiedlichen priorisierten Verkehrsklassen kann der Nachfrager bei dem Produkt VPN 2.0 auch die Verkehrsklasse „Standard“ wählen. Anders als bei den priorisierten Verkehrsklassen, wird der Datenverkehr mit dem Verkehrsprofil „Standard“ nach dem sogenannten „best effort“-Prinzip, nur dann übertragen, wenn genügend Netzressourcen zur Verfügung stehen. Bei der Verbindungsvariante EVPL stehen neben den vier genannten Verkehrsklassen weitere 6 Mischprofile zur Verfügung. Bei Mischprofilen kann die komplette Bandbreite für den Standardverkehr genutzt werden. Priorisierte Verkehre werden bis zu ihrem garantierten Anteil bevorrechtigt übertragen. VPN 2.0 Anschlüsse können nicht mit priorisiertem Verkehr (Premium, Priority, Critical) überbucht werden. Der Standard-Verkehr kann demgegenüber ungenutzte Bandbreite der anderen Verkehrsklassen nutzen. Mit VPN 2.0 können sowohl Punkt-zu-Punkt als auch Punkt-zu-Mehrpunkt-Verbindungen realisiert werden.

8. Die Entgelte, die die nachfragenden Telekommunikationsunternehmen für eine VPN 2.0- Leitung zahlen, setzen sich je nach Ausgestaltung aus den Entgelten für die Leistungsteile (1) Anschluss Customer Sited, (2) Verbindung und (3) Anschluss bei Abschluss Kollokation oder einem weiteren Anschluss Customer Sited zusammen. Die Höhe der Entgelte für die Anschlüsse bestimmen sich nach der jeweils gewählten Region, an der sich der Endpunkt des Anschlusses befindet. Insgesamt werden dabei vier Regionen unterschieden (Short Range, Backbone, Regio und Country).
9. Neben dem Produkt VPN 2.0 bietet die Betroffene auch das Produkt „Carrier-Festverbindungen Ethernet 2.0“ („CFV 2.0“) an. Die Betroffene stellt mit dem Produkt für dritte Dienstleister und Netzbetreiber Carrier-Festverbindungen, dass bedeutet reine Punkt-zu-Punkt-Verbindungen mit Ethernet-Schnittstellen bereit.
10. Bei CFV 2.0 handelt es sich wie bei VPN 2.0 um eine Vorleistung, die die nachfragenden Telekommunikationsunternehmen benötigen, um hierüber ihren Kunden Telekommunikationsprodukte anzubieten. Anders als bei dem Produkt VPN 2.0 kann bei dem Produkt CFV 2.0 über einen Anschluss nur eine Verbindung bereitgestellt werden. Weiterhin wird nur die Verkehrsklasse „Premium“ angeboten. Die Entgelte für dieses Produkt unterliegen der Entgeltgenehmigungspflicht.
11. Die von der Betroffenen bei der Leistung VPN 2.0 gewählte Entgeltstruktur orientiert sich dem Grunde nach an der im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens (BK2a-21-008) als effizient identifizierten Entgeltzuordnung des sogenannten Ankerproduktes „Wholesale Ethernet CFV 2.0“. Die BNetzA hat die entsprechenden Überlassungsentgelte mit Bescheid BK2a-21-008 vom 05.04.2022

mit Wirkung ab dem 02.03.2022 genehmigt. Die Bereitstellungsentgelte sind im Rahmen der Entscheidung BK2a 19/033 vom 22.06.2022 genehmigt worden.

12. Dementsprechend hat die Betroffene in ihrer am 01.02.2022 vorgelegten Übersicht darauf hingewiesen, dass der „Ausgangspunkt für das Preisniveau (bei den Leitungen VPN 2.0) die jeweils genehmigten Entgelte der CFV 2.0 für vergleichbare Leistungen“ ist.
13. Anders als bei dem Ankerprodukt CFV 2.0 unterscheidet sich der Preis bei VPN 2.0 danach, ob ein 1G- oder ein 10 G-Anschluss jeweils in der Form UNI oder NNI verwendet wird. Schließlich kann bei dem Produkt VPN 2.0 anders als bei dem Produkt CFV 2.0 eine andere als die Verkehrsklasse „Premium“ gewählt werden. Die mit Abstand am häufigsten nachgefragte Verkehrsklasse ist dabei die Verkehrsklasse „Standard“. Nach Auskunft der Betroffenen entfällt aktuell rund (**BuGG** der Betroffenen) des Verkehrs bei VPN 2.0 auf diese Verkehrsklasse.
14. Auf der Grundlage des Vorleistungsprodukt VPN 2.0 realisiert die Betroffene unter anderem ihr Endkundenprodukt Ethernet Connect 2.0. Die Preise für das Produkt Ethernet Connect 2.0 entsprechen in ihrer Struktur der Zuordnung bei dem gegenständlichen Vorleistungsproduktes VPN 2.0. Anders als auf der Vorleistungsebene wird auf der Endkundenseite bei den Preisen allerdings nicht nach Anschlussregionen differenziert. Signifikante Unterschiede zu dem Entgeltniveau auf der Vorleistungsebene ergeben sich dem Grunde nach insoweit als die Entgelte für die monatliche Überlassung zum Teil deutlich unter und zum Teil deutlich über den Entgelten auf der Vorleistungsebene für das entsprechende Produkt liegen. Die Betroffene bietet das Produkt Ethernet Connect in verschiedenen Tarifstufen (AGB-Preise sowie die Rabattstufen PUG 2 und PUG 3) an, wobei sich die Preise noch zusätzlich nach den in den einzelnen Tarifen vereinbarten Mindestvertragsdauern richten.
15. Im Bandbreitenbereich von 2Mbit/s bis 155 Mbit/s verfügt die Betroffene auf dem Markt, dem das Produkt VPN 2.0 zugeordnet wird, über beträchtliche Marktmacht und unterliegt als solcher sektorspezifischen Auflagen. Diese sind insbesondere in der Regulierungsverfügung BK2a-16/002 vom 19.12.2018 als auch in dem Standardangebotsverfahren BK2a-12/005 näher konkretisiert. Gemäß Ziffer 8.2 der Regulierungsverfügung sind die Zugangsentgelte für das Produkt VPN 2.0 in den betreffenden Bandbreiten der Regulierung nach § 38 TKG 2004, das bedeutet der Missbrauchskontrolle nach § 46 TKG i.V.m. § 37 TKG unterworfen.
16. Mit Schreiben vom 01.02.2022 zeigte die Betroffene gegenüber der Bundesnetzagentur unterschiedliche Entgelte für Verbindungs- und Anschlussleistungen der Leistung VPN 2.0 zur Entgeltkontrolle nach § 45 Abs. 1 TKG an. Die vorgelegten Preise gelten ab dem 01.04.2022 zusammen mit den am 29.01.2021 angezeigten Entgelten und bilden den Gegenstand des Verfahrens.

17. Aus den vorliegenden Informationen ergaben sich für die Beschlusskammer Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass die für die Zeit ab dem 01.04.2022 angezeigten Entgelte für die Zugangsleistungen Wholesale Ethernet VPN 2.0 für Übertragungswege von 2 Mbit/s bis 155 Mbit/s in Teilen im Sinne des § 37 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG missbräuchlich überhöht sind sowie zu einer unzulässigen Preis-Kosten-Schere im Sinne des § 37 Abs. 2 Nr. 4 führen.
18. So verlangt die Betroffene für einzelne Leistungen Entgelte, die die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bis zu 15 % übersteigen. Aus Sicht der Beschlusskammer kann die Betroffene einen derartig hohen Zuschlag nur aufgrund ihrer beträchtlichen Marktmacht durchsetzen. Nach den vorliegenden Anhaltspunkten ist ein Zuschlag von mehr als 5% über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als missbräuchlich zu werten. Als gänzlich unzulässig erweist sich ein Zuschlag auf diese Kosten, sofern die Betroffene, wie dies vorliegend der Fall zu sein scheint, ihren eigenen Endkunden entsprechende Leistungen zu Preisen anbietet, die unter den Entgelten liegen, die ein Wettbewerber für den Erwerb der korrespondierenden Vorleistungsprodukte an die Betroffene zu entrichten hat.
19. Schließlich ergaben sich Anhaltspunkte für eine unzulässige Preis-Kosten-Schere im Zusammenhang mit dem Angebot von VPN 2.0-Übertragungswegen, die auf der Grundlage von sogenannten User Network Interface (UNI) Anschlüssen erbracht werden.
20. Mit Schreiben vom 08.03.2022 hat die Beschlusskammer 2 unter dem Aktenzeichen BK2b-22/004 ein Entgeltkontrollverfahren eröffnet, die Betroffenen über die entsprechenden Anhaltspunkte informiert und die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben.
21. Das Verfahren BK2a 22-001 vom 25.01.2022, in dem die vorher geltenden Entgelte bereits Gegenstand eines Missbrauchsverfahren gewesen sind, wurde mit dem gegenständlichen Verfahren unter dem Aktenzeichen BK2b 22-004 verbunden und seit dem 10.03.2022 unter dem Aktenzeichen BK2b-22-004 weitergeführt. Die von den Beteiligten abgegebenen Auskünfte und Stellungnahmen in dem Verfahren BK2a 22-001 sowie die weiteren Verfahrensakten wurden zugleich Bestandteil des verbundenen Verfahrens.
22. Die Betroffene trägt mit Schriftsatz vom 22.03.2022 vor, dass die Annahme der Beschlusskammer, dass der wettbewerbsanaloge Preis mit den KeL gleichzusetzen sei, schon im Ansatz falsch sei. Eine Effizienzprüfung, wie sie im Rahmen der KeL von der BNetzA durchgeführt werde, sei mit dem Konzept der Prüfung der Entgelte lediglich auf Missbräuchlichkeit nicht zu vereinbaren.
23. Auch die Annahme für das Vorliegen von Anhaltspunkten für das Vorliegen eines Preishöhenmissbrauchs bei den 10 G NNI-Entgelten sei schon im Ansatz

unzutreffend. Sie verkenne die grundlegenden Unterschiede zwischen den NNI-Anschlüssen des VPN 2.0 und den Übergabeanschlüssen des Layer2.

24. Die Bemessung des Erheblichkeitszuschlags mit 5% bzw. seine vollständige Streichung, sofern Endkundenentgelte unterhalb eines Vorleistungsentgelts liegen, wäre rechtswidrig. Die Beschlusskammer verkenne die rechtlichen Maßstäbe des Erheblichkeitszuschlags und treffe eine unzutreffende Abwägungsentscheidung bei der Bemessung der Höhe. Aus Sicht der Betroffenen sei es zudem nach wie vor rechtlich geboten, einen Sicherheitszuschlag anzusetzen.
25. Die Beschlusskammer habe in ihren Ausführungen die Entscheidung BK 3b-15/002 unerwähnt gelassen, in der die BNetzA jedenfalls einen Erheblichkeitszuschlag von 10% anerkannt habe. Die Beschlusskammer habe insoweit keine Aspekte aufgezeigt, warum sie von dieser Linie zu Lasten der betroffenen abweiche.
26. Die aktuelle Marktdefinition und Marktanalyse sei mehr als fünf Jahre alt und bilde daher keine brauchbare Basis mehr für eine Einschätzung der aktuellen wettbewerblichen Gegebenheiten. Die Beschlusskammer lasse außer Betracht, dass sich der Glasfaserausbau aktuell stark beschleunige.
27. Die Beschlusskammer gehe zu Unrecht davon aus, den Erheblichkeitszuschlag in bestimmten Konstellationen vollständig streichen zu dürfen. Allein maßgeblich für die Frage des Erheblichkeitszuschlags sei, ob dessen Anerkennung ein Unwerturteil begründet. Das sei vorliegend nicht der Fall. Da die Betroffene auf dem Endkundenmarkt ein einheitliches bundesweites Entgelt verwende, setzt ein statthafter Vergleich voraus, dass auf der Vorleistungsebene ein Mischentgelt über alle denkbaren Kombinationen einer P2P-Verbindung betrachtet werde.
28. Systematisch etabliere die Beschlusskammer vielmehr eine weitere Preis-Kosten-Scheren-Prüfung, die einerseits einen anderen Kostenmaßstab zugrunde lege als die Prüfung unter 5.3. (vermeidbare Kosten), andererseits eine unzulässige Einzelbetrachtung je Vorleistungsprodukt an die Stelle der gebotenen Portfoliobetrachtung setze. Die Beurteilung einer Preis-Kosten-Schere in ein und demselben Sachverhalt anhand zweier unterschiedlicher Maßstäbe sei jedoch unzulässig. Die Herleitung eines Preishöhenmissbrauchs aus einer nicht auskömmlichen Wettbewerbermarge sei unzulässig.
29. Bei zutreffender Betrachtung liege keine Preis-Kosten-Schere vor. Der Ansatz der Beschlusskammer gehe schon im Ansatz fehl. Sie verkenne, dass es nur auf eine Betrachtung des regulierten Unternehmens ankommt. Selbst wenn man aber zu Unrecht der Vorgehensweise der Beschlusskammer folgen würde, läge keine PKS vor, weil ihr mehrere methodische Fehler unterlaufen seien.

30. Die Beschlusskammer lege zu Unrecht nur eine Kundenverweildauer von 36 Monaten zugrunde. Die Beschlusskammer müsse die Angaben der Carrier kritisch hinterfragen. Jedenfalls könne aber die Kundenverweildauer der Telekom nicht unberücksichtigt bleiben.
31. Es sei sachgerecht, beim PKS-Test auf ein P2MP-Endkunden-Netz abzustellen und nicht auf einen Teil eines Endkundenproduktes. Äußerst hilfsweise müsse zumindest auf der Erlösseite ein zweiter Ethernet Connect 2.0-Anschluss berücksichtigt werden.
32. Ein effizienter Wettbewerber nutze sowohl glasfaserbasierte als auch kupferbasierte Anschlüsse zur Anbindung von eigenen Endkunden, je nach Verfügbarkeit und Kundenanforderung. Allein sachgerecht ist es, beim PKS-Test technologie-neutral auf ein P2MP-Endkunden-Netz abzustellen.
33. Der Ansatz, wonach in den ganz überwiegenden Fällen auf einem UNI-Anschluss Customer Sited nur eine Verbindung geführt wird, sei nicht sachgerecht, da sich das VPN2.0 noch in einer Hochlaufphase befinde und sich aus den derzeitigen Ist-Gesamt-Beständen mittels einer bloßen Durchschnittsbetrachtung kein Wert ableiten lasse, der dem eines effizienten Wettbewerbers entsprechen würde.
34. Weiter würde ein effizientes Unternehmen einen 10G-NNI nicht nur für 31 Verbindungen nutzen. Diese Zahl beruhe offenkundig auf einer Durchschnittsbetrachtung. Dies sei aber die falsche Herangehensweise.
35. Der Ansatz eines Prozentsatzes zur Bestimmung der Zusatzkosten sei methodisch nicht korrekt. Er unterstelle, dass mit steigenden Kosten des Bausteins „UNI + logische Verbindung + anteiliger NNI“ auch die Zusatzkosten stiegen. Bei der Kostenberechnung seien die Bestandsdaten der jeweils konkreten Endkundendienste zugrunde zu legen.
36. Am 23.03.2022 hat die Beschlusskammer im Amtsblatt 06/2022 der Bundesnetzagentur unter Mitteilung Nr. 46/2022 die Eröffnung des Verfahrens bekannt gegeben. Die Eröffnung des Verfahrens wurde ebenfalls auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht.
37. Mit Schriftsatz vom 24.03.2022 haben die Beigeladenen Vodafone GmbH, 1&1 Versatel GmbH, BT (Germany) GmbH & Co. oHG, Colt Technology Services GmbH, ecotel communication ag, envia TEL GmbH, HL komm Telekommunikations GmbH, Plusnet GmbH sowie der VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. über ihre Verfahrensbevollmächtigte ebenfalls Stellung genommen.
38. Dass die Kammer als KeL-Benchmark das genehmigte CFV 2.0-Entgelt heranziehe, liege in der Logik der Regulierungspraxis der Kammer, das CFV 2.0-

39. Produkt als Ankerprodukt zu qualifizieren. Angesichts der Nachfragestruktur im Markt sowie der Produktstruktur von VPN 2.0 als dem umfassenderen Produktbaukasten, aus dem CFV 2.0 lediglich eine Teilmenge abbildet, sei dies jedoch nicht gerechtfertigt.
40. Dass die BNetzA auf einen Erheblichkeitszuschlag verzichten wolle, soweit die Endkumentarife unter den variablen Kosten der Vorleistung liegen, trage zu einer konsistenten Entgeltregulierung bei. Es seien allerdings folgende Modifikationen des Prüfansatzes vorzunehmen:
41. Vermeidbare Kosten des nachfragenden Wettbewerbers seien nicht nur die Kosten der Vorleistung, sondern auch die mit dem Einkauf der Vorleistung verbundenen variablen Kosten einschl. eines angemessenen Anteils der hierauf entfallenden Gemeinkosten. Ein solcher Einkaufszuschlag sei bislang nicht berücksichtigt.
42. Soweit die BNetzA in den PKS-Test sowohl auf Kosten- als auch auf Erlösseite Durchschnittsbeträge einstelle, würden insbesondere auf der Kostenseite die erheblichen Unterschiede zwischen den Regionen nivelliert.
43. Mit Schriftsatz vom 06.04.2022 haben die oben genannten Beigeladenen eine ergänzende Stellungnahme zu dem Vortrag der Betroffenen abgegeben.
44. Dass der wettbewerbsanaloge Preis keinerlei Effizienzanforderungen genügen müsse, wie die Betroffene meine, sei fernliegend. Gerade auch die kartellrechtliche Preismissbrauchsaufsicht, an die § 37 TKG angelehnt sei, beinhalte einen Wettbewerbstest mit Effizienzkriterien.
45. Der allgemeine Hinweis auf den Glasfaserausbau sei unergiebig. Dass es mehr Glasfaseranschlüsse gebe, bedeute nicht, dass die Unternehmen, die diese Anschlüsse bereitstellten, auch flächendeckend in Deutschland die Mietleitungen bereitstellen, um die es auf dem hier relevanten Markt gehe. Erst recht unerheblich sind die Hinweise auf Planungen einzelner Unternehmen für einen weiteren Ausbau von Glasfaseranschlüssen. Mit der aktuellen Marktmacht von der Betroffenen habe dies nichts zu tun.
46. Würde man bei den 10 G-Anschlüssen eine Regulierung „soft“ einführen, wie die Betroffene dies wünsche, wären einer Umgehung der Entgeltregulierung Tür und Tor geöffnet.
47. Bei der Gesamtbewertung sei schließlich zu berücksichtigen, dass der Entgeltmissbrauch, um den es hier gehe, Teil einer umfassenden Behinderungsstrategie von der Betroffenen auf dem gegenständlichen Markt sei, was entsprechende Missbrauchsentscheidungen belegen würden.
48. Dass sich die Betroffene im Endkundenbereich für eine bundesweite Tarifierung entschieden habe, rechtfertige keine lockere Regulierung, sondern verschärfe den Behinderungsmissbrauch.

49. Wenn die BNetzA von einem Erheblichkeitszuschlag jedenfalls dann absehen wolle, wenn die Endkundentarife unter den variablen Kosten der Vorleistung liegen, ziehe sie eine äußerste Konsistenzgrenze beim Preishöhenmissbrauch ein. Dies sei nach den sektorspezifischen Regulierungsvorgaben geboten.
50. Soweit die Betroffene meine, für die PKS-Prüfung seien ihre eigenen Verhältnisse als reguliertes Unternehmen maßgeblich, sei dies unzutreffend und widerspreche nicht nur den gesetzlichen Vorgaben, sondern auch der bisherigen Regulierungspraxis der BNetzA.
51. Auf die Kundenverweildauer bei der Betroffenen selbst komme es für den PKS-Test nicht an; maßgebend sei der effiziente Wettbewerber. Es entspreche denn auch ständiger BNetzA-Praxis, im PKS-Test für die Kundenverweildauer wie etwa auch für die Vertriebskosten auf die Daten der effizienten Wettbewerber abzustellen.
52. Der Umstand, dass die VPN 2.0-Anschlüsse mit nur einer Verbindung belegt seien, sei allein der Endkundennachfrage geschuldet, auf die die Carrier als effiziente Wettbewerber von der Betroffenen reagierten. Mit einer von der Betroffenen angeführten „Hochlaufphase“ habe dies nichts zu tun.
53. Der Betroffenen wurde im Vorfeld der ömV Gelegenheit gegeben, eine Stellungnahme abzugeben. Hiervon machte die Betroffene Gebrauch.
54. Die Betroffene teilte über ihre Verfahrensbevollmächtigte vorab mit, dass die Betroffene nach dem Erlass der Entgeltgenehmigung für das Ankerprodukt CFV 2.0 eine neue Entgeltanzeige vorlegen werde, welche die Entgeltanzeige vom 01.02.2022 ergänzen werde und beabsichtige diese Entgelte nach Ablauf der 2-Monatsfrist nach § 45 Abs. 1 TKG bezüglich der neuen Entgeltanzeige vertraglich vereinbaren.
55. Die benannte Entgeltgenehmigung wurde der Betroffenen am 05.04.2022 zugestellt.
56. Mit Schreiben vom 07.04.2022 sowie im Rahmen der öffentlich mündlichen Verhandlung vom 08.04.2022 teilte die Betroffene mit, dass die Entgelte für VPN 2.0 Leistungen, die sie mit Schreiben vom 01.02.2022 nach § 45 TKG mit Wirksamkeit für den 01.04.2022 zur Entgeltkontrolle vorgelegt hat, nunmehr erst am 1. Juli 2022 in Kraft treten sollen.
57. Am 08.04.2022 führte die Beschlusskammer eine mündliche Verhandlung durch. Hinsichtlich der Ergebnisse wird auf das Protokoll verwiesen.
58. Mit Schreiben vom 13.04.2022 übermittelte die Betroffene aus Gründen der Klarstellung die Entgeltpositionen, die sie ab dem 01.04.2022 bis zu dem 01.07.2022 zu fordern beabsichtige.
59. Die Beschlusskammer wies mit Schreiben vom 21.04.2022 die Verfahrensbeteiligten vor diesem Hintergrund darauf hin, dass diese Entgelte damit nicht mehr

Gegenstand des gegenständlichen Verfahrens, da sich das Verfahren nur auf die Entgelte beziehe, die aktuell, das bedeutet ab dem 01.04.2022 von der Betroffenen erhoben werden. Die für die Zeit vom 01.04.2022 bis zu dem 01.07.2022 vorgesehenen entgelte wurden den Verfahrensbeteiligten übermittelt. Die Beschlusskammer wies in dem Schreiben weiter darauf hin, dass die nunmehr von der Betroffenen neu für die Zeit ab dem 01.04.2022 angezeigten Entgelte für den 10 G NNI bislang nicht Gegenstand des Verfahrens sind. Es wurde ferner darauf hingewiesen, dass diese Entgelte den Entgelten entsprechen, die bislang mit anderen Marktparteien für diese Leistungen vereinbart und von der Betroffenen am 17.02.2022 der Beschlusskammer mitgeteilt worden sind. Die Mitteilung vom 17.02.2022 der Betroffenen zu den bereits vereinbarten 10 G NNI Entgelten enthielt noch keine Anzeige, dass die Entgelte für die Zeit ab dem 01.04.2022 gelten sollen. Dies wurde von der Betroffenen mit Schreiben vom 13.04.2022 an die Beschlusskammer mitgeteilt. Die Beschlusskammer teilte zugleich mit, dass sie beabsichtige, den Verfahrensgegenstand auf die oben benannten, ab dem 01.04.2022 von der Betroffenen verlangten Entgelte für den 10 G NNI zu erweitern. Damit sollte sichergestellt werden, dass die Entscheidung die aktuell am Markt verlangten Engeltpositionen umfänglich erfasst sind. Den Verfahrensbeteiligten wurde vor diesem Hintergrund die Möglichkeit gegeben, zu dieser beabsichtigten Erweiterung Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde darum gebeten, mitzuteilen, ob auf die Durchführung einer weiteren mündlichen Verhandlung zu dieser Erweiterung verzichtet werde. Die Verfahrensbeteiligten verzichteten jeweils auf die erneute Durchführung einer weiteren mündlichen Verhandlung. Das Verfahren wurde um die nunmehr zum 01.04.2022 benannten neuen Entgelte erweitert.

60. Mit Schreiben vom 22.04.2022 nahm die Betroffene erneut Stellung.
61. Nach der kartellrechtlichen Rechtsprechung und der Spruchpraxis der Bundesnetzagentur müsse selbst auf Monopolmärkten oder Märkten mit natürlichem Monopol ein Erheblichkeitszuschlag gewährt werden.
62. Die kartellrechtliche Rechtsprechung gehe davon aus, dass bei der Bemessung des Erheblichkeitszuschlags der Grad der Marktbeherrschung zu berücksichtigen sei, so dass der Erheblichkeitszuschlag auf Märkten mit einem natürlichen Monopol niedriger ausfallen könne als auf Märkten mit beträchtlicher Marktmacht.
63. In Ansehung dessen habe der BGH bei einem Marktanteil von 70% die tatrichterliche Festlegung eines Zuschlags von 5% unbeanstandet gelassen. Insoweit sei zu beachten, dass es sich hierbei um einen Fall der Preisspaltung handelte, bei dem die Frage des Erheblichkeitszuschlags der sachlichen Rechtfertigung zugeordnet werde, und dieser daher schon deshalb niedriger ausfallen kann, weil das marktbeherrschende Unternehmen seiner Darlegungslast unzureichend nachgekommen sei.

64. Die Beschlusskammer bleibe bereits den Nachweis schuldig, dass der hier betrachtete Markt eine vergleichbare Marktstruktur mit den in o.g. Rechtsprechung zugrundeliegenden Märkten aufweise.
65. Pauschale Hinweise auf eine besondere „monopolistische Struktur“ oder „monopolähnliche Strukturen“ gingen fehl und widersprächen den Feststellungen der Beschlusskammer im Verfahren BK 2a-21/008. Dort verweise die Beschlusskammer auf die höheren Anreize für Wettbewerber für den Eigenausbau im Geschäftskundenmarkt verglichen mit dem Massenmarkt, die für eine tendenziell höhere Wettbewerbsintensität im Geschäftskundensegment, einschließlich des Anschlussnetzes, sprächen.
66. Die Feststellungen der Beschlusskammer zur höheren Wettbewerbsintensität bei Geschäftskundenangeboten in der Entgeltgenehmigung zur CFV 2.0 müssten in die Bestimmung des Erheblichkeitszuschlags einfließen und rechtfertigten einen Erheblichkeitszuschlag in Höhe von 15%.
67. Maßgeblich für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Beschlusskammer sei die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung. Für die Feststellung und Bewertung des danach maßgeblichen Sachverhalts müsse die Behörde alle Erkenntnisse heranziehen, die ihr im Zeitpunkt ihrer Entscheidung zur Verfügung stünden. Die Beschlusskammer dürfe solche Erkenntnisse in Anbetracht des Umstandes, dass ihre Entscheidung einen Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen aus Art. 12 und 14 GG darstelle, nicht einfach ausblenden.
68. Demgemäß könne auch die Beschlusskammer 2 nicht ausblenden, dass die Daten der Marktdefinition und Marktanalyse, die der aktuell gültigen Regulierungsverfügung zugrunde lägen, aus den Jahren 2011 bis 2013 rühren, also über bzw. beinahe 10 Jahre alt seien, und seitdem grundlegende Veränderungen auf dem Markt eingetreten seien.
69. So sei festzuhalten, dass der Bundesnetzagentur seit 2021 aktuelle Zahlen vorlägen. Die Präsidentenkammer habe die Marktdatenabfrage am 24.02.2021 gestartet. Die Betroffene habe im Juni 2021 ihre Daten vorgelegt, die bis August 2021 punktuell ergänzt würden; seitdem seien seitens der Präsidentenkammer keine weiteren Nachfragen erfolgt.
70. Die Betroffene fordere die Beschlusskammer daher nachdrücklich auf, die aktuellen Marktdaten zu betrachten und die aktuelle Wettbewerbssituation zu untersuchen.
71. Allein der Umstand, dass die nicht vermeidbaren Vorleistungskosten der Carrier das Endkundenentgelt der Betroffenen überstiegen, begründeten keinen Missbrauchsvorwurf. Weitere Voraussetzung auch nach der von der Beschlusskammer ausdrücklich in Bezug genommenen AKZO-Rechtsprechung – also unbe-

sehen der Rechtsprechung zum Erheblichkeitszuschlag – sei, dass es sich hierbei um ein gegen den Wettbewerb gerichtetes Verhalten handele. Das sei jedoch nicht der Fall.

72. Die von der Beschlusskammer aufgegriffene Sachlage sei nicht das Ergebnis eines gegen den Wettbewerb gerichteten Verhaltens, sondern rühre schlicht daher, dass – was von den Carriern nicht in Abrede gestellt worden sei – auf dem Endkundenmarkt bundeseinheitliche Bepreisungen üblich seien, in der Vergangenheit sogar von der Bundesnetzagentur im Rahmen der Endkundenregulierung aus Nichtdiskriminierungsgründen gefordert worden sei und die Bundesnetzagentur auf der Vorleistungsebene sämtliche Ansätze der Betroffenen zur Vornahme von Mischkalkulationen bei der CFV 2.0 und in der Folge auch beim VPN 2.0 abgelehnt habe.
73. Dieser Umstand beruhe aber nicht auf einem Verhalten der Betroffenen, sondern auf regulatorischen Eingriffen und marktüblichem Verhalten.
74. Ein gegen den Wettbewerb gerichtetes Verhalten liege hierin gerade nicht. Dass ein effizienter bundesweiter Wettbewerber mit der Betroffenen in Wettbewerb treten könne, werde durch die auf einer Durchschnittsbetrachtung beruhenden Preis-Kosten-Scheren-Prüfung für das Gesamtprodukt sichergestellt (s.u. D.I.).
75. Schließlich bleibe es dabei, dass die Vorgehensweise der Beschlusskammer auf eine methodisch fehlerhafte, zusätzliche PKS-Prüfung von Einzelentgelten hinauslaufe, Dass vorliegend nicht der Vorwurf eines Preishöhenmissbrauchs gem. § 37 Abs. 1 Nr. 1 TKG sondern der einer Preis-Kosten-Schere erhoben werde, hätten im Übrigen mehrere Hinweise der Beschlusskammer und der Beigeladenen in der öffentlich-mündlichen Verhandlung vom 08.04.2022 bestätigt.
76. , dass es im Markt ganz unterschiedliche Geschäftsmodelle gebe, die jeweils für sich betrachtet und soweit sie dem grundlegenden Effizienzmaßstab hinsichtlich zu berücksichtigender Zusatzkosten genügten, im Rahmen der Vorleistungs- und Entgeltgestaltung zu gewährleisten und zu ermöglichen seien. Dies gelte jedenfalls umso mehr, je mehr die jeweiligen Geschäftsmodelle auf dem Einsatz eigener, im Infrastrukturwettbewerb aufgebauter Infrastruktur beruhten. Um dieser Anforderung, insbesondere im Hinblick auf das im TKG normierte Ziel der Förderung des Infrastrukturwettbewerbs, gerecht zu werden, müsse unbedingt eine produktspezifische PKS-Prüfung vorgenommen werden und damit jeweils die individuellen Vorleistungsentgelte zuzüglich der relevanten (effizienten) Zusatzkosten den jeweiligen Endkundenentgelten der Telekom gegenübergestellt werden.
77. Mit Schreiben vom 04.05.2022 hat die Beschlusskammer die für die Durchführung der Marktanalyse zuständige Abteilung um Übermittlung der Ergebnisse einer vorläufigen Auswertung der neuen Datenerhebung auf dem gegenständlichen Markt gebeten.

78. Die zuständige Abteilung teilte hierzu mit Schreiben vom 12.05.2022 mit, dass die Betroffene bei einer vorläufigen Auswertung der Antworten sowie unter dem Vorbehalt einer endgültigen Auswertung auf dem gegenständlichen Marktsegment für Übertragungswege zwischen 2 Mbit/s bis 155 Mbit/s in den drei betrachteten Jahren 2018 bis 2020 jeweils über einen Marktanteil (**BuGG**).
79. Dem Bundeskartellamt wurde am 25.05.2022 der Beschlussentwurf zur Stellungnahme übermittelt (§ 197 Abs. 2 TKG).
80. Mit Schriftsatz vom 31.05.2022 hat das Bundeskartellamt folgende Stellungnahme abgegeben.
81. *„Der Entscheidungsentwurf wertet die Vorleistungsentgelte der Betroffenen zunächst dann als missbräuchlich, wenn sie mehr als 5 % über den regulatorischen Kosten der effizienten Leistungserbringung gemäß § 42 TKG (KeL) liegen. Dabei berücksichtigt der Entscheidungsentwurf in der Sache, dass sich die KeL als normatives Regulierungskonzept nicht notwendig mit einem nach allgemeinen kartellrechtlichen Maßstäben ermittelten wettbewerbsanalogen Preis decken müssen. Diesem Ansatz und den daraus gezogenen Schlussfolgerungen stimmt die Beschlussabteilung zu. Da der Entscheidungsentwurf mit reinen Bruttowiederbeschaffungswerten von dem denkbar höchsten Wertansatz für die Anschaffungs- und Herstellungskosten ausgeht, der die Betroffene maximal begünstigt, hätte sich aus Sicht der Beschlussabteilung unter den vorliegenden Umständen durchaus auch ein niedrigerer Zuschlag vertreten lassen.*
82. *Nach den Feststellungen im Entscheidungsentwurf behindert die regulierungsbedürftige Betroffene ihre Vorleistungsnachfrager in missbräuchlicher Weise, sofern ihre Endkumentarife unter den Entgelten liegen, die sie für die dafür erforderlichen Vorleistungen fordern möchte. Auf der Basis von Endkumentarifen, die über den Vorleistungsentgelten liegen, könne ein effizienter Vorleistungsnachfrager nicht nur keine Deckungsbeiträge zu seinen produktübergreifenden Kosten (Gemeinkosten etc.) erwirtschaften, sondern würde mit dem Angebot entsprechender Endkumentarife in jedem Fall Verlust machen. Diese Form der Margenbeschneidung sei dann besonders wettbewerbsschädlich, wenn sie dadurch entstünde, dass die geforderten Vorleistungsentgelte über den wettbewerbsanalogen Preis angehoben würden. In einer solchen Konstellation bedürfe es keines Erheblichkeitszuschlages mehr, um ein eigenständiges Unwerturteil und damit die Missbräuchlichkeit der Vorleistungsentgelte zu begründen. Unbeachtlich sei dafür, ob es einem effizienten Wettbewerber im Rahmen einer Gesamtbetrachtung seines Sortiments möglich sei, die ihm entstehenden Verluste durch Einnahmen an anderer Stelle wieder auszugleichen.*
83. *Die Beschlussabteilung stimmt den hinter den Ausführungen im Entscheidungsentwurf stehenden konzeptionellen Überlegungen zu. Dies gilt namentlich für die (vorliegend verneinte) Frage, ob es sachlich gerechtfertigt sein kann, der Be-*

troffenen noch einen Erheblichkeitszuschlag zuzubilligen, wenn sie die sich daraus ergebenden zusätzlichen Preissetzungsspielräume ausnutzt, um ihre Vorleistungsentgelte über das Niveau ihrer eigenen Endkumentarife anzuheben. Auch aus Sicht der Beschlussabteilung begründet das Preisverhalten der Betroffenen – unabhängig von der dogmatischen Einordnung im Rahmen des Missbrauchstatbestandes – einen eigenständigen Missbrauchsvorwurf.

84. *Im Rahmen einer übergreifenden Betrachtung eines Gesamtsortiments ist es für einzelne Tarife des marktmächtigen Unternehmens, die unter dem Durchschnitt der Vollkosten eines effizienten Wettbewerbers liegen, durchaus hinnehmbar, dass ein effizienter Wettbewerber damit angesichts der Tarifstruktur des marktmächtigen Unternehmens nur geringe oder mitunter auch gar keine Deckungsbeiträge zu seinen produktübergreifenden Kosten (Gemeinkosten etc.) erwirtschaften kann. Eine Untergrenze erscheint jedoch dann erreicht, wenn die Tarifstruktur des marktmächtigen Unternehmens seine Vorleistungsnachfrager dazu zwingt, den betreffenden Endkumentarif unter den vermeidbaren Kosten anzubieten, was bedeutet, damit nicht nur keine Deckungsbeiträge zu erwirtschaften, sondern in jedem Fall Verlust zu machen.“*
85. Die im Telekommunikationsbereich tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden vor dem Entscheidungsentwurf informiert und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme § 211 Abs. 5 TKG.
86. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Akte verwiesen.

2 Gründe

87. Es ist wie tenoriert zu entscheiden.

2.1 Formelle Voraussetzungen

88. Die formellen Voraussetzungen für eine Entscheidung im Missbrauchsverfahren gemäß § 46 TKG liegen vor.

2.1.1 Verfahrensart

89. Das Missbrauchsverfahren gemäß § 46 TKG ist die richtige Verfahrensart. Ein Vorrang eines anderen Verfahrens besteht im vorliegenden Fall nicht.

2.1.2 Einleitung von Amts wegen

90. Es gilt, dass die Missbrauchsaufsicht der Bundesnetzagentur auch kraft Gesetzes bzw. von Amts wegen obliegt. Für die Einleitung des Verfahrens bedarf es keines Antrages eines Wettbewerbers, da die Behörde auch schon bei Bestehen eines Anfangsverdachts von Amts wegen zur Ausermittlung des Sachverhalts und zu einem entsprechenden Vorgehen verpflichtet ist.

2.1.3 Zuständigkeit und Verfahren

91. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus den §§ 191 TKG, 211 Abs. 1 Satz 1 TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur im Bereich der im 2. Teils des TKG normierten besonderen Missbrauchsaufsicht durch Beschlusskammern.
92. Die Verfahrensvorschriften wurden gewahrt. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten § 215 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlich mündlicher Verhandlung § 215 Abs. 3 Satz 1 und 2 TKG i.V.m. §§ 1 Nr. 16 i.V.m. § 5 Abs. 3 und Abs. 5 Planungssicherstellungsgesetz. Die öffentlich mündliche Verhandlung fand aufgrund der Corona-Pandemie und den damit verbundenen Abstands- und Sicherheitsmaßnahmen im Einvernehmen aller Beteiligten im Rahmen einer Telefon- und Videokonferenz statt (§ 5 Abs. 2 und Abs.5 Planungssicherstellungsgesetz – PlanSiG).
93. Die im Telekommunikationsbereich tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden vor dem Entscheidungsentwurf informiert und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme § 211 Abs. 5 TKG i.V.m. der Geschäftsordnung der Bundesnetzagentur.
94. Weil es sich hier um eine Entscheidung nach Teil 2 des TKG handelt, war gemäß § 197 Abs. 2 Nr. 2 TKG auch dem Bundeskartellamt rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

95. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 31.05.2022 wie folgt Stellung genommen. In dieser stimmt das Bundeskartellamt dem von der Beschlusskammer verfolgten Ansatz sowie den gezogenen Schlussfolgerungen für die Begrenzung des als zulässig zu erachtenden Erheblichkeitszuschlages auf 5 % zu. Aus Sicht aus Beschlussabteilung hätte sich unter dem Gesichtspunkt des Ansatzes von reinen Bruttowiederbeschaffungskosten als wettbewerbsanaloger Preis unter den vorliegenden Umständen durchaus auch ein niedrigerer Zuschlag vertreten lassen können. Weiter stimmt die Beschlussabteilung den hinter den Ausführungen im Entscheidungsentwurf stehenden konzeptionellen Überlegungen zu dem Fall der gänzlichen Streichung des Erheblichkeitszuschlages zu. Dies gelte namentlich für die (vorliegend verneinte) Frage, ob es sachlich gerechtfertigt sein kann, der Betroffenen noch einen Erheblichkeitszuschlag zuzubilligen, wenn sie die sich daraus ergebenden zusätzlichen Preissetzungsspielräume ausnutze, um ihre Vorleistungsentgelte über das Niveau ihrer eigenen Endkumentarife anzuheben.
96. Die vorliegende Entscheidung ergeht innerhalb der nach der Verfahrenserweiterung neu in Gang gesetzten zweimonatigen Entscheidungsfrist nach § 46 Abs. 2 TKG.

2.2 Materielle Voraussetzungen

97. Die materiellen Voraussetzungen für die getroffenen Maßnahmen liegen in dem tenorierten Umfang vor.
98. Die Entgelte für die „Wholesale Ethernet VPN 2.0“-Produkte für Übertragungswege mit Bandbreiten von 2 Mbit/s bis 155 Mbit/s unterliegen gemäß Ziff. 8.2 i.V.m. 1.4 und 2.4 der Regulierungsverfügung vom 19.12.2018 (Az.: BK 2a-16/002 R) der Missbrauchskontrolle nach § 38 TKG 2004. Die Regelung des § 38 TKG 2004, auf den in der Regulierungsverfügung ausdrücklich verwiesen wird und der selber wiederum in materieller Hinsicht auf die Vorgaben der Missbrauchsprüfung nach § 28 TKG 2004 verweist findet sich materiell nahezu inhaltsgleich in dem ab dem 01.12.2021 geltenden TKG in den Vorschriften der § 45 f. und § 37 TKG.
99. Die tenorierten Entgelte für die Zugangsleistungen Wholesale Ethernet VPN 2.0 für Übertragungswege von 2 Mbit/s bis 155 Mbit/s sind im Sinne des § 37 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG missbräuchlich überhöht.
100. So verlangt die Betroffene für einzelne Leistungen Entgelte, die die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bis zu 15 % und mehr übersteigen. Aus Sicht der Beschlusskammer kann die Betroffene einen derartig hohen Zuschlag nur aufgrund ihrer beträchtlichen Marktmacht durchsetzen. Nach den Ergebnissen der Ermittlungen ist ein Zuschlag von mehr als 5% über dem wettbewerbsanalogen Preis als missbräuchlich zu werten. Als gänzlich unzulässig erweist sich ein Zuschlag auf diesen wettbewerbsanalogen Preis, sofern die Betroffene, wie

dies vorliegend der Fall ist, ihren eigenen Endkunden entsprechende Leistungen zu Preisen anbietet, die unter den Entgelten liegen, die ein Wettbewerber für den Erwerb der korrespondierenden Vorleistungsprodukte an die Betroffene zu entrichten hat.

101. Schließlich ergab die Prüfung Anhaltspunkte dafür, dass auch eine unzulässige Preis-Kosten-Schere im Zusammenhang mit dem Angebot von VPN 2.0-Übertragungswegen, die auf der Grundlage von sogenannten glasfaserbasierten 1G-Anschlüssen erbracht werden, vorliegt. Da mit der Unwirksamkeitserklärung der im Tenor benannten Entgeltpositionen auch eine mögliche Preis-Kosten-Schere nicht mehr bestand, lag allerdings kein Erfordernis für eine weitere Entscheidung der Entgelte auch in Hinsicht auf die Vorgaben eines Preis-Kosten-Scheren-Tests vor. Unter Zugrundelegung der in der gegenständlichen Entscheidung dargestellten Grundsätze für die Preisbildung auf der Vorleistungsebene würde sich ebenfalls keine Preis-Kosten-Schere in Hinsicht auf das Endkundenprodukt Ethernet-Connect 2.0 ergeben. Unabhängig davon hat die Beschlusskammer zur Veranschaulichung der grundsätzlich beabsichtigten Vorgehensweise und Maßstäbe bei der Bewertung des Vorliegens einer Preis-Kosten-Schere im Zusammenhang mit den gegenständlichen Produkten die grundsätzlich beabsichtigte Herangehensweise zur Berechnung der Preis-Kosten-Schere bei dem gegenständlichen Produkt VPN 2.0 mit aufgeführt.
102. Im Einzelnen gilt das Folgende:

2.2.1 Entgeltkontrolle nach § 46 TKG

103. Die hier gegenständlichen Wholesale Ethernet VPN 2.0 Produkte sind dem Markt „Auf der Vorleistungsebene an festen Standorten bereitgestellter Zugang von hoher Qualität“ (Markt Nr. 4 der Empfehlung 2014/710/EU - alt) zuzuordnen. Auf diesem Markt besitzt die Betroffene eine beträchtliche Marktmacht (vgl. BK1-14/003 vom 14.12.2016). Reguliert sind demnach entsprechende Produkte in den Bandbreiten von 2 Mbit/s bis einschließlich 155 Mbit/s.
104. Die Anwendung des Missbrauchsverbotes ist grundsätzlich auf solche Märkte begrenzt, auf denen zuvor ein Marktdefinitions- und –analyseverfahren durchgeführt worden ist. So ist die Ex-post-Missbrauchsaufsicht nach der Rechtsprechung des BVerwG regelmäßig von einer bereits abgeschlossenen Marktdefinition und -analyse abhängig, nur eine solche kann Basis für die sich daran anschließende Bekämpfung eines Missbrauchs auf dem regulierten Markt sein,
- vgl. Schütz, Beckscher TKG-Kommentar, 4. Auflage, § 42 , Rn. 11 mit Verweis auf BVerwGE 128, 305 (309 Rn.17).
105. Über das Verfahren der Regulierungsverfügung nach § 13 TKG 2004 wird der konkrete Regulierungsrahmen für marktmächtige Unternehmen auf bestimmten Telekommunikationsmärkten für eine längere Zeit, das bedeutet bis zu einer diese als Ergebnis einer Anlass- oder Regelüberprüfung nach § 14 TKG 2004

abändernden Verfügung und für eine unbestimmte Anzahl an Fällen vorab festgelegt.

106. Durch die Regulierungsverfügung BK2a-16/002 R vom 19.12.2018 sowie den gemäß § 13 Abs. 5 TKG verbundenen Ergebnissen einer auf der Grundlage der §§ 10 ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse (hier: Festlegungen der Präsidentenkammer BK1-14/003 vom 14.12.2016), sind die in den Markt Nr. 4 (alt) fallenden Produkte sowie die in dieser Hinsicht bestehende beträchtliche Marktmacht der Betroffenen bestandskräftig festgestellt. Gemäß Ziffer 2 der Regulierungsverfügung sind die gegenständlichen Wholesale VPN 2.0 Übertragungswege in den benannten Bandbreiten Bestandteil desjenigen Marktes, der in den Festlegungen der Präsidentenkammer als regulierungsbedürftig identifiziert wurde. Gemäß Ziff. 8.2 i.V.m. 1.4 und 2.4 der Regulierungsverfügung vom 19.12.2018 wurden die Entgelte für diese Leistungen der Missbrauchskontrolle nach § 38 TKG 2004 i.V.m. § 28 TKG 2004 (entspricht § 46 TKG i.V.m. § 37 TKG) unterworfen,

siehe BK2a-16/002 R, Beschluss vom 19.12.2018, S. 13 f.

107. Die Entgelte für die gegenständlichen Entgelte haben demnach in materieller Hinsicht den Anforderungen des § 37 zu genügen.

2.2.2 Anforderungen des § 37 TKG

108. Nach § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG (§ 28 Abs. 1 S 1 TKG 2004) darf ein Anbieter von Telekommunikationsdiensten oder ein Netzbetreiber, der - wie die Betroffene auf dem Markt für hochqualitativen Zugang - über beträchtliche Marktmacht verfügt, diese Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich ausnutzen. Diese Generalklausel wird in § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG regelbeispielhaft durch die Tatbestände des Preishöhenmissbrauchs (§ 37 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG) und des Behinderungsmisbrauchs (§ 37 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG) konkretisiert. Zudem wird der Tatbestand des Behinderungsmisbrauchs ergänzt durch die gesetzlichen Vermutungen des § 37 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 TKG. Nach § 37 Abs. 2 Nr. 3 TKG wird ein solcher vermutet, wenn die Spanne zwischen dem Entgelt, welches das Unternehmen anderen Unternehmen für eine Zugangsleistung in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endnutzerentgelt nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen (Preis-Kosten-Schere). Der Vorwurf des Behinderungsmisbrauchs entfällt, sofern für die jeweilige Verhaltensweise eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen ist (§ 37 Abs. 1 Satz 3 TKG).

2.2.3 Preishöhenmissbrauch

109. Als Maßstab für die Erfassung eines Preishöhenmissbrauchs wird in Anlehnung an § 19 Abs. 4 S. 2 GWB ebenfalls ein „Als-Ob-Wettbewerbspreis“ (nachfolgend

wettbewerbsanaloger Preis), zugrunde gelegt, d. h. ein hypothetischer Preis, der sich bei wirksamem Wettbewerb auf dem beherrschten Markt ergäbe.

110. Unabhängig davon sind die Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber einem solchen hypothetischen Preis wegen des mit dem Missbrauchsvorwurfs verbundenen Unrechtsurteils jedenfalls erst dann missbräuchlich überhöht, wenn sie diese erheblich überschreiten, wobei der Missbrauchszuschlag je nach den Marktgegebenheiten unterschiedlich sein kann,
- vgl. die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 61), 6 C 15.07 (Rz. 68), 6 C 16.07 (Rz. 58) und 6 C 17.07 (Rz. 61), dort m.w.N.; siehe vertiefend unten, Ziffer 4.5.1.
111. Um eine Grundlage für die verschiedenen im weiteren Prüfungsverlauf anzustellenden Erwägungen zu gewinnen, betrachtet die Beschlusskammer zunächst allein die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für die VPN 2.0-Leistungen.
112. Sie stützt sich hierfür auf die von der Antragstellerin vorgelegten Kostenunterlagen zu der Leistung VPN 2.0 sowie die Ergebnisse des Kostenmodelles für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. Die von der Betroffenen vorgelegten Kostenunterlagen entsprechen vollumfänglich den Unterlagen, die diese im Zusammenhang mit den oben benannten Entgeltgenehmigungsverfahren für die Leistung CFV 2.0 vorgelegt hat. Dies erklärt sich insbesondere vor dem Hintergrund, dass beide Leistungen auf einer technischen identischen Grundlage erbracht werden. Vor diesem Hintergrund kann für einzelne Leistungen für die Bestimmung der KeL auf die Ergebnisse der Entgeltgenehmigungsverfahrens BK2a 19/033 (Bereitstellung) und BK2a-21/008 (Überlassung) zurückgegriffen werden.

2.2.3.1 Wettbewerbsanaloger Preis

113. Der wettbewerbsanaloge Preis entspricht im hiesigen Fall im Entgeltgenehmigungsverfahren BK2a 19/033 (Bereitstellung) und BK2a-21/008 (Überlassung) ermittelten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für die einzelnen Leistungen des CFV 2.0 Ankerproduktes, in der Gestalt sie sich zum Zeitpunkt der Entscheidung darstellen.
114. Bei dem wettbewerbsanalogen Preis oder auch „Als-Ob-Wettbewerbspreis“ handelt es sich auch im Bereich der Entgeltregulierung nach § 46 Abs. 1 i.V.m. § 37 TKG zunächst einmal um denjenigen Preis, der sich für die betreffende Leistung auf dem Markt, dem sie zuzuordnen ist, bei wirksamem Wettbewerb ergäbe,
- siehe VG Köln, Urteil 21 K 8224/08 vom 13.03.2013, Rz. 27 (juris), unter Hinweis auf die Gesetzgebungsmaterialien; BGH, Beschluss KVR 51/11 vom 15.05.2012, Rz. 14 (juris).

2.2.3.1.1 KeL als Simulation des wettbewerbsanalogen Preises

115. Ein solcher „Als-ob-Wettbewerbspreis“ wird im Rahmen von Entgeltgenehmigungsverfahren auf der Grundlage der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach simuliert. Das bedeutet, dass der auf der Grundlage einer Prüfung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ermittelte Preis der Preis „vorweggenommen“ wird, der sich in einem wirksamen Wettbewerbsumfeld durch den Zwang zu optimaler Nutzung der vorhandenen Ressourcen aufgrund der Marktkräfte einstellen würde,

siehe Urteil des BVerwG vom 24. Juni 2009 a.a.O. Rn. 18; Groebel, in: BerlKommTKG, a.a.O. § 31 Rn. 10 f.; Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, a.a.O. § 31 Rn. 8 f.

116. Auch die kartellrechtliche Preismisbrauchsaufsicht, an die § 37 TKG angelehnt ist, beinhaltet einen Wettbewerbstest mit Effizienzkriterien (siehe nur BGH, Beschl. v. 15.05.2012, Az. KVR 51/11, S. 7 f. BA – Wasserpreise Calw). Der so gebildete wettbewerbsanaloge Preis ist gerade derjenige Preis, der die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung widerspiegelt:

„Nach dem hier allein problematischen § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG darf das Entgelt die in § 31 Abs. 2 TKG näher umschriebenen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Das Effizienzkriterium soll sicherstellen, dass das Entgelt nach demselben Maßstab genehmigt wird, der in einem Wettbewerbsmarkt herrscht. Unter Wettbewerbsbedingungen muss grundsätzlich nur ein Entgelt gezahlt werden, welches die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung widerspiegelt, weil sich im Wettbewerb langfristig nur der effiziente Anbieter durchsetzt. Als effizient gilt eine Produktion dann, wenn die verfügbaren Faktoren in der kostenminimalen Kombination eingesetzt, d.h. die vorhandenen Ressourcen optimal genutzt werden. Durch den Effizienzmaßstab wird somit eine Als-ob-Betrachtung vorgegeben, die den Wettbewerbspreis simuliert (s. Groebel, in: BerlKommTKG, § 31 Rn. 10 f., 22).“ (BVerwG, Ur. v. 24.06.2009, Az. 6 C 19.08, Rn. 18)“

117. Vorliegend kam eine Ermittlung des „Als-Ob-Wettbewerbspreises“ im Rahmen einer Vergleichsmarktbetrachtung nicht in Betracht. Dies lag zum einen daran, dass für die meisten der relevanten Entgeltpositionen die KeL für das Basisprodukt CFV 2.0 bereits ermittelt worden ist und damit vorhanden war. Zum anderen war die Erstellung einer internationalen Vergleichsmarktbetrachtung auf der Basis aller der Bundesnetzagentur vorliegenden Daten und Erkenntnisse nicht möglich. So haben die Ermittlungen ergeben, dass die einzelnen Tarifstrukturen der Länder sich so stark voneinander unterscheiden, dass ein Vergleich nicht möglich ist. So beinhalten die Tarifsysteme der Anbieter neben Pauschalen auch längenabhängige und in Tarifzonen eingeteilte Entgelte. Eine Vergleichbarkeit mit dem Tarifsystem der Betroffenen lässt sich somit nicht herstellen.

118. Die Orientierung gerade an den KeL des Basisproduktes der CFV ist im Übrigen in den Gründen der Regulierungsverfügung im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der nachträglichen Kontrolle für die VPN 2.0er-Leistungen ausdrücklich hervorgehoben worden, vgl. BK2a 16/002 vom 19.12.2018, Ziffer 3.6.6.3.1:

„... So stehen der Beschlusskammer mit der Möglichkeit zu einem KeL-regulierten Entgelt bzw. einem Entgelt mit einem strengen Kostenmaßstab für die P2P-Produkte einerseits und den Endkundenentgelten andererseits geeignete Ankerpunkte zur Verfügung, von denen ausgehend tiefgreifende Prüfungen sowohl von Kosten-Kosten-Scheren als auch von Preis-Kosten-Scheren erfolgen können. ...“.

2.2.3.2 Kein Sicherheitszuschlag

119. Entgegen dem Vortrag der Betroffenen rechtfertigt sich vorliegend auch kein weitergehender Sicherheitszuschlag.

2.2.3.2.1. Allgemein zum Sicherheitszuschlag

120. Um überhaupt Anspruch auf eine Gewährung von Sicherheitszuschlägen zu haben, muss klar sein, dass die von der Behörde ermittelten Preise ausgleichsbedürftige Unsicherheiten über strukturelle Faktoren enthalten. Denn der Umstand allein, dass der höchste unverzerrte Wettbewerbspreis ermittelt werden soll, räumt einem regulierten Unternehmen nicht per se einen Anspruch auf die Gewährung eines Sicherheitszuschlags ein,

so Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil 16 Kart 3/13 vom 02.10.2014, Rz. 83 (juris); offen gelassen in BGH, EnVR 39/13 vom 27.01.2015, Rz. 63 (juris)

121. Weil zu der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises vorliegend auf die Kostenunterlagen der Betroffenen sowie ein Kostenmodell für das betreffende marktgleiche Produkt zurückgegriffen werden konnte, galt es mangels unterschiedlicher Markt Betrachtungen keine strukturellen Unterschiede zur Ermittlung des Referenzwertes des Als-Ob-Wettbewerbspreises.
122. Bei der Vornahme einer Vergleichsmarkt Betrachtung, für dessen Durchführung aufgrund des Vorliegens der Kostenunterlagen hier kein weitergehender Anlass bestand, wird allerdings mitunter zusätzlich auch der Begriff des „höchsten unverzerrten Wettbewerbspreises“ verwendet, den es zu ermitteln gelte. Dieser Begriff soll in der Regel einen Hinweis darauf geben, dass es bei einer Vergleichsmarkt Betrachtung zum Ausgleich struktureller Unterschiede und damit zur Herstellung „unverzerrter“ wettbewerbsanaloger Vergleichspreise angezeigt sein kann, den Besonderheiten der Vergleichsmärkte durch die Gewährung von - jedenfalls im Rahmen einer nachträglichen Entgeltregulierung im Zweifelsfall zugunsten des regulierten Unternehmens bemessenen Sicherheitszu- oder -abschlägen Rechnung zu tragen,

vgl. etwa VG Köln, Urteil 1 K 3194/06 vom 06.11.2008, Rz. 36 (juris), und VG Köln, Urteil 21 K 5163/06 vom 17.07.2013, Rz. 124 ff. (juris); siehe auch BVerwG, Beschluss 6 C 18.13 vom 10.12.2014, Rz. 35 und 42.

123. Mit dem „höchsten unverzerrten Wettbewerbspreis“ können im Einzelfall jedoch auch die Entgelte bezeichnet werden, die sich aus der Addition von wettbewerbsanalogem Preis und Erheblichkeitszuschlag als Obergrenze für nichtmissbräuchliche Preise ergeben,

so offenbar das Verständnis in BVerwG, Urteil 6 C 36.08 vom 23.06.2010, Rz. 21.

124. Um überhaupt Anspruch auf eine Gewährung von Sicherheitszuschlägen zu haben, wie sie die Betroffene zur Herstellung wettbewerbsanaloger Preise vorliegend fordert, muss indes klar sein, dass die von der Behörde ermittelten Preise ausgleichsbedürftige Unsicherheiten über strukturelle Faktoren enthalten. Denn der Umstand allein, dass der höchste unverzerrte Wettbewerbspreis ermittelt werden soll, räumt einem regulierten Unternehmen entgegen der Auffassung der Betroffenen nicht per se einen Anspruch auf die Gewährung eines Sicherheitszuschlags ein,

so Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil 16 Kart 3/13 vom 02.10.2014, Rz. 83 (juris); offen gelassen in BGH, EnVR 39/13 vom 27.01.2015, Rz. 63 (juris). Die von der Antragstellerin angeführten Beschlüsse des BGH vom 19.06.2007 (KRB 12/07) und vom 25.04.2005 (KRB 22/04) betreffen die Anwendung des - im Zusammenhang mit dem dubio-in-reo-Grundsatz stehenden - Zweifelssatzes bei Beweiswürdigungen im kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren und sind schon deshalb - unabhängig davon, dass auch die Anwendung des Zweifelssatzes das Vorliegen von Unsicherheiten voraussetzt - nicht auf das vorliegenden Verwaltungsverfahren übertragbar.

2.2.3.2.2. Keine ausgleichsbedürftigen Unsicherheiten

125. Nach diesen Grundsätzen und analog dem Vorgehen bei Vergleichsmarktbeachtungen ist vorliegend zu prüfen, inwieweit der durchgeführten kostenbasierten Ermittlung wettbewerbsanaloger Preise Unsicherheiten bezüglich struktureller Faktoren innewohnen, die zwar im Rahmen der strengeren ex-ante Prüfung hingenommen, nicht aber bei einer ex-post-Prüfung ohne Zu- oder Abschlag geduldet werden können. Der Beschlusskammer sind diesbezüglich allerdings keine ausgleichsbedürftigen Unsicherheiten ersichtlich.

126. So ist insbesondere nicht erkennbar, dass die Ergebnisse der KeL-Prüfung aufgrund der Ermittlungsmethode (Kostenunterlagen sowie analytisches Kostenmodell statt Vergleichsmarktbeachtung) zulasten der Antragstellerin verzerrt wären und deshalb eines Sicherheitszuschlags bedürften.

127. Auch der Hinweis, wonach speziell die Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises anhand eines Kostenmodells mit besonderen Unwägbarkeiten verbunden sei, erfordert keinen Ausgleich.
128. So verkennt die Betroffene, dass etwaige Unsicherheiten bereits im Zusammenhang mit den jeweiligen Parametern behandelt worden sind.
129. Hinzu kommt, worauf die Betroffenen zu 2. zurecht hinweist, das verwandte Kostenmodell sowohl mit der Betroffenen wie auch den anderen Marktteilnehmern konsultiert und abgestimmt wurde.
130. Das Kostenmodell dient gerade dazu, etwaige Ineffizienzen im Netz und bei der Leistungsbereitstellung der Betroffenen, die nicht auf bloßen historischen Pfadabhängigkeiten beruhen, zu identifizieren und aus den KeL, welche die Wettbewerber über den Vorleistungsbezug finanzieren, zu eliminieren.
131. Weiter ist festzuhalten, dass die Betroffene sowohl mit dem Ansatz durchgehender Bruttowiederbeschaffungswerte bei der Investitionswertermittlung für die hochqualitativen Zugänge als auch mit der Verwendung eines stabilisierten - also nicht allein die aktuell niedrigeren Werte widerspiegelnden - Zinssatzes angemessen gestellt worden ist.

2.2.3.3 Grundsatz: Erheblichkeitszuschlag von 5 %

132. Die derart auch bei einer nachträglichen Regulierung als wettbewerbsanalog heranzuziehenden KeL-Entgelte sind mit einem Erheblichkeitszuschlag in Höhe von 5 % zu beaufschlagen. Damit wird dem bereits oben genannten Umstand Rechnung getragen, dass mit dem Missbrauchsvorwurf ein Unwerturteil getroffen wird, das grundsätzlich einen deutlichen Abstand zwischen den Preisen auf den verglichenen Märkten voraussetzt,

(vgl. BGHZ 142, 239, 251 f. – Flugpreisspaltung; BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005 – KVR 17/04, BGHZ 163, 282, 295 – Stadtwerke Mainz).

133. Die Bemessung des Erheblichkeitszuschlages erfolgt unstreitig entsprechend den Umständen des konkreten Falles. Die Bemessung des Erheblichkeitszuschlages obliegt in erster Linie dem Tatrichter, der die Umstände des konkreten Falls bewertet. Dabei kann, wenn der sachliche Markt von einer Monopolsituation geprägt ist, unter Umständen ein Missbrauch schon bei einem geringeren Zuschlag anzunehmen sein als unter normalen Marktgegebenheiten,

vgl. BGH, Beschluss KVR 51/11 vom 15.05.2012, Rz. 27 (juris); siehe auch BGH, Beschluss KVR 17/04 vom 28.06.2005, Rz. 33 (juris), und BGH, Beschluss KZR 5/10 vom 07.12.2010, Rz. 32 (juris).

2.2.3.3.1 Beträchtliche und anhaltende Marktzutrittsschranken

134. Im Ausgangspunkt ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem vorliegend regulierten Vorleistungsmarkt für hochqualitative Zugänge um einen Markt handelt, der nach der Festlegung der Präsidentenkammer i.V.m. § 10 Abs. 2 S. 1 TKG durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet ist, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendiert und auf dem die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken,

vgl. die Anlage zur Regulierungsverfügung BK 2a-16/002 vom 19.12.2018, Festlegung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur, BK1 14/003, Ziffer I.I., S. 152 ff.

135. Auch unter Berücksichtigung der in der Regulierungsverfügung auferlegten Zugangsverpflichtung zu der gegenständlichen Leistung VPN 2.0 ist nicht zu erwarten, dass hier in absehbarer Zeit ein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt entstehen wird. Denn auch wenn es aufgrund der Zugangsverpflichtung zu Markteintritten kommen, ist nicht absehbar, dass mit dieser Maßnahme die seit Jahrzehnten bestehende überragende Marktstellung der Antragstellerin in einem absehbaren Zeitraum tiefgehend erschüttert wird.

2.2.3.3.2 Keine Infragestellung durch den Missbrauchsmaßstab

136. Die Feststellung, dass es sich bei dem hochqualitativen Zugangsmarkt um einen stark vermachteten und deshalb grundsätzlich streng zu regulierenden Markt handelt, wird auch nicht durch den in der Regulierungsverfügung vorgesehenen - ex-post-kontrollierten - Preiskorridor für die gegenständliche Leistung VPN 2.0 in Frage gestellt.

137. Die Betroffene erkennt Sinn und Zweck dieses Preiskorridors, insbesondere, wenn sie aus dessen Existenz ableiten will, dass für die vorliegend geprüften Entgelte jedenfalls ein hoher Erheblichkeitszuschlag von 15 % zu gewähren sei.

138. Die Regulierungsverfügung war davon ausgegangen, dass durch das Basisprodukt CFV 2.0 ein ausreichender Preisdruck auf die Leistung VPN 2.0 ausgeübt würde, weil die Nachfrager zur Not auf das Basisprodukt zugreifen könnten, sofern das regulierte Unternehmen für das komplexere Produkt VPN 2.0 zu hohe Preise, das bedeutet Preise über den wettbewerbsanalogen Preisen fordern würde. Hier sollte der Preiskorridor dem regulierten Unternehmen die Möglichkeit einräumen unter den Bedingungen eines hinreichenden Preisdruckes von Seiten des Basisproduktes CFV 2.0 einen Raum und eine Option für die Verfolgung eines die Bandbreite zwischen KeL und Missbrauchsschwelle betroffenen Gesamtpreismodells zu eröffnen.

139. Eine (implizite) Aussage, unabhängig von den Gesamtumständen könnten Entgelte über den KeL bereits prinzipiell nicht missbräuchlich überhöht sein, war mit diesem Konzept ersichtlich nicht verbunden.
140. Entsprechend den hier nachwirkenden Monopolstrukturen und den in der Rechtsprechung diesbezüglich anerkannten Aufschlägen erscheint deshalb aus Sicht der Beschlusskammer auch hier ein Zuschlag von 5% angemessen.

2.2.3.3.3 Keine höhere Wettbewerbsintensität bei Geschäftskundenangeboten

141. Nicht überzeugen kann insbesondere der Hinweis der Betroffenen, der Ansatz von 5 % widerspräche den Feststellungen der Beschlusskammer im Verfahren BK2a-21/008, da von der Beschlusskammer dort auf die höheren Anreize für Wettbewerber für den Eigenausbau im Geschäftskundenmarkt verglichen mit dem Massenmarkt, die für eine tendenziell höhere Wettbewerbsintensität im Geschäftskundensegment, einschließlich des Anschlussnetzes, sprächen, abgestellt worden sei.
142. Zutreffend ist zunächst, dass auf dem gegenständlichen Geschäftskundenmarkt insbesondere wegen des pro Anschlusses grundsätzlich zu erwartenden höheren Umsatzes größere Anreize zur Duplizierung von Anlagen insbesondere im Anschlussbereich identifiziert wurden. Diese Erkenntnis bildet ausweislich der Gründe in der Genehmigungsentscheidung den Anlass, dass die Beschlusskammer bei der Bemessung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (nachfolgend KeL) für das Basisprodukt CFV 2.0 durchgehend Bruttowiederbeschaffungskosten angesetzt hat, da damit die größten Anreize für Investitionen in alternative Infrastrukturen gesetzt werden. Eine solchen durchgehenden Ansatz von Bruttowiederbeschaffungskosten findet sich bei den ebenfalls dem Missbrauchsmaßstab unterliegenden Entgelten für die Bistrom-Massenmarktprodukte gerade nicht. Insbesondere für die Kabelkanalanlagen werden bei den Massenmarktprodukten bei der Bestimmung der KeL die zwischenzeitlich erfolgten tatsächlichen Abschreibungen der Betroffenen in Abzug gebracht und damit entsprechend gemindert. Die Sinnhaftigkeit umfassende regulatorische Anreize zur Duplizierung von Infrastrukturen auch im Anschlussbereich zu setzen, hängt allerdings nicht von dem Umfang der Wettbewerbsintensität in diesen Märkten oder Bereichen sondern von grundsätzlichen volkswirtschaftlichen Überlegungen zum Infrastrukturausbau ab. Regulatorische Anreize zur Duplizierung von Infrastrukturen zeigen, dass in dem betreffenden Segment regulatorischer Handlungsbedarf besteht und sind damit gerade kein Zeichen für eine höhere Wettbewerbsintensität.
143. Insoweit findet sich auch weder in den von der Betroffenen zitierten Ausführungen des Beschlusses noch an anderer Stelle in der Genehmigung die von der Betroffenen unterstellte Aussage, wonach die Wettbewerbsintensität auf dem

Markt für hochqualitative Geschäftskundenprodukte höher ausfallen würde als auf dem Massenmarkt.

144. Ganz im Gegenteil wurde in der benannten Entgeltgenehmigung vielmehr gerade festgestellt, dass die zulässige Entgelthöhe für das dem gegenständlichen Markt zuzuordnende Basisprodukt CFV 2.0 strikt auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu begrenzen sei. Das bedeutet, dass die bestehenden Wettbewerbsbedingungen bei den Entgelten für die Leistung CFV 2.0 bereits dem Grunde nach keinen Zuschlag auf den KeL-Wert rechtfertigen. Die Produkte CFV 2.0 sowie VPN 2.0 gehören nun aber gerade demselben Markt an, der sich durch die selbe Marktdominanz der Betroffenen und damit demselben Ausmaß an Wettbewerbsdefiziten auszeichnet.

2.2.3.3.3 Ausführungen in der Regulierungsverfügung

145. Dafür, dass ein Zuschlag von 5 % nicht überschritten werden sollte spricht aus Sicht der Beschlusskammer auch der Umstand, dass ausweislich der Gründe in der Regulierungsverfügung die Auferlegung einer nachträglichen Entgeltkontrolle im Kern eine Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises bereits an sich dem Grunde nach zu restringieren sucht. Hierbei wurde zugleich auf die auch in Vergleich zu anderen Märkten bestehende Besonderheit hingewiesen, dass eine solche Prüfung auf dem vorliegenden Markt dazu in der Lage sein sollte, solche Überschreitungen des wettbewerbsanalogen Preises zu verhindern.
146. Im Fokus stand dabei auch eine enge Bindung an die KeL-Preise des Basisproduktes CFV 2.0, was gerade dadurch sichergestellt sein sollte, dass eben mit den Mitteln der Kosten-Kosten- sowie der Preis-Kosten-Schere reagiert werden kann, vgl. Regulierungsverfügung BK2a 16/002 vom 19.12.2018, Ziffer 3.6.6.3.1:

„... Was mögliche Verstöße gegen § 28 TKG anlangt, so ist es gerade Sinn und Zweck von § 38 TKG, hiergegen eine Handhabe zu bieten. Überschreitungen des wettbewerbsanalogen Preises werden dagegen nach Einschätzung der Beschlusskammer dadurch vermieden, dass sich die Betroffene bereits im Rahmen des § 38 i.V.m. § 28 TKG einer strikten Kosten-Kosten- und Preis-Kosten-Scheren-Prüfung gegenübersehen wird. Anders als auf anderen Märkten ist eine solche Prüfung vorliegend in der Lage, solche Überschreitungen des wettbewerbsanalogen Preises zu verhindern.

..... Die Bundesnetzagentur geht davon aus, dass, da die zum Abgleich herangezogenen Referenzpreise von P2P-Vorleistungsprodukten, und Endkundenprodukten einem kostenorientierten Niveau entsprechen, auch die derart abgeleiteten Entgelte für die komplexeren hochqualitativen Zugangsprodukte das Niveau eines wettbewerbsanalogen Preises nicht bzw. nicht wesentlich überschreiten, sondern Entgelte auf das angestrebte Niveau des wettbewerbsanalogen Preises restringiert sind. Denn durch den wählbaren

Kostenmaßstab kann sichergestellt werden, dass die Entgelte sowohl in einem angemessenen Abstand zu den Endkundenentgelten als auch - im Sinne des Investitionsleiterkonzeptes - zu den auf einer niedrigeren Wertschöpfungsstufe stehenden P2P-Vorleistungsprodukten stehen. ... (Anmerkung: Unterstreichungen nur hier)“

2.2.3.3.4 Wettbewerbsanaloger Preis auf Bruttowiederbeschaffungsbasis

147. Nicht überzeugen kann in diesem Zusammenhang auch der Vortrag der Betroffenen, wonach mit den KeL-Werten der Entgeltgenehmigung für das Basisprodukt CFV 2.0, BK2a 21/008, der niedrigst denkbare Wert als wettbewerbsanaloger Preis zugrunde gelegt worden sei.
148. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der vorliegend verwendete KeL-Wert mit reinen Bruttowiederbeschaffungswerten und damit ohne Minderung durch die tatsächlich bereits erfolgten Abschreibungen auf das Netz der Betroffenen erfolgt ist. Der Als-Ob-Wettbewerbspreis wurde damit auf der Grundlage von potentiellen (im Wettbewerb stehenden) Anbietern ermittelt, die ihre Dienste auf der Grundlage von Netzkosten erbringen, die anfallen würden, wenn das entsprechende Netz vollumfänglich neu errichtet werden müsste. Der im Rahmen der KeL-Ermittlung verfolgte speziell telekommunikationsrechtliche Ansatz von reinen Bruttowiederbeschaffungswerten gründet sich ausweislich der Begründung in der Entgeltgenehmigung CFV 2.0 dabei insbesondere auf dem Bestreben, möglichst hohe Anreize für den Aufbau von alternativen Infrastrukturen zu setzen. Ein solch hoher Anreiz zum Ausbau von alternativen Netzstrukturen wird nach der Erwartung der Beschlusskammer in dem gegenständlichen Markt insbesondere gesetzt, wenn sich der Ausbau alternativer Infrastruktur lohnt. Das ist am ehesten zu erwarten, wenn die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Rahmen der bestehenden gesetzlichen Rahmenvorgaben möglichst hoch, das bedeutet mit solchen Kosten angesetzt werden, die einem Anbieter entstehen würden, wenn er sein Netz aktuell vollumfänglich neu aufbauen müsste.
149. Da ein Teil des Netzes der Betroffenen tatsächlich allerdings bereits vollumfänglich abgeschrieben ist, führt der Ansatz von Bruttowiederbeschaffungswerten vorliegend dazu, dass die Betroffene gegenüber dem wettbewerbsanalogem Preis, der sich ergeben würde, wenn die tatsächlichen (effizienten) Netzkosten der Betroffenen als „Als-Ob-Wettbewerbspreis“ zugrunde gelegt würde, (**BuGG**) wird. So ist zu beachten, dass die (effizienten) tatsächlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten (**BuGG**) der Bruttowiederbeschaffungswerte betragen,
- vgl. die Ergebnisse in der Entgeltgenehmigung CFV 2.0 BK2a 19/037, Ziffer 6.1.6.1.1, Randziffer 292 der vertraulichen Fassung.
150. Im Übrigen spricht einiges dafür, dass der gegenständlich zugrunde gelegte wettbewerbsanaloge Preis auf der Grundlage reiner Bruttowiederbeschaffungswerte

ermittelt worden ist, im Vergleich zu der Identifikation eines Als-Ob-Wettbewerbspreises, der auf der Grundlage einer kartellrechtlichen Betrachtung anzusetzen wäre, höher ausfallen dürfte. So ist zu beachten, dass bei der Wahl des für die Bemessung der zu berücksichtigenden KeL-Entgelthöhe relevanten Investitionszeitpunktes im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung dem Erfordernis zur Schaffung von Investitionsanreizen hinreichend Rechnung zu tragen war, vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Insoweit liegt den gegenständlich verwendeten KeL-Werten tatsächlich der höchstmögliche Entgeltwert zugrunde, der sich nach den grundsätzlichen Wahlmöglichkeiten für die Bestimmung des Investitionszeitpunktes ergeben konnte.

151. In jedem Fall handelt es sich hierbei um einen (**BuGG** der Betroffenen) höheren KeL-Wert, als der, der unter der Annahme der tatsächlichen historischen effizienten Netzkosten der Betroffenen anzusetzen gewesen wäre. Ein Zuschlag auf einen KeL-Wert, der auf der Basis von Bruttowiederbeschaffungswerten ermittelt worden ist, stellt insoweit ein Entgelt dar, das in doppelter Hinsicht über dem wettbewerbsanalogen Preis liegt, der sich bilden würde, wenn bei der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises von den tatsächlichen (effizienten) Kosten des dominanten Unternehmens ausgegangen wird.
152. Mit dem Ansatz von reinen Bruttowiederbeschaffungskosten für die genehmigten KeL-Werte besteht zugleich ein wesentlicher Unterschied zu der Ermittlung der Entgelte für die Massenmarktbitstromprodukte, wie etwa den IP-Bistromprodukten, die der von der Betroffenen benannten Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 10.06.2020, – VI-U (Kart) 1/20, S. 19 u.a. - zugrunde gelegen haben. Die dortigen Entgelte wurden auf der Grundlage eines gemischten Ansatzes von Bruttowiederbeschaffungswerten sowie den um die tatsächlich erfolgten Abschreibungen geminderten historischen Kosten bestimmt.

2.2.3.3.5 Konsistenz zum Vorgehen bei der UKW-Entscheidung

153. Nicht überzeugen kann schließlich der Hinweis der Betroffenen, der Ansatz von einem Erheblichkeitszuschlag von 5 % stehe in Widerspruch zu der Linie, die die BNetzA im Zusammenhang mit ihrer Entscheidung BK3b 15/044 (nachfolgend „UKW-Entscheidung“) beschritten habe. Tatsächlich entspricht das gegenständliche Vorgehen der in der benannten Entscheidung verfolgten Linie. Dem steht auch nicht entgegen, dass in der UKW-Entscheidung letztlich ein Erheblichkeitszuschlag von 10 % zur Anwendung gelangte. Die in der UKW-Entscheidung benannten Gründe für eine (weitere) Erhöhung des Zuschlages von 5 % auf 10 % liegen in dem gegenständlichen Fall gerade nicht vor bzw. rechtfertigen keine Erhöhung des Zuschlages über den Wert von 5 % hinaus.
154. Tatsächlich wurde die Anhebung des Erheblichkeitszuschlages (von 5 % auf 10 %) in dem von der Betroffenen benannten UKW-Beschluss insbesondere mit

den Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt begründet. Demnach wurde „*jedemfalls zum Ende des regulierten Zeitraumes mit Anzeichen eines beginnenden Wettbewerbs gerechnet*“. Tatsächlich hat sich bei dem der UKW-Entscheidung zugrundeliegenden Markt der dort getroffene Annahme wonach die in der dortigen Regulierungsverfügung adressierte Märkte für die UKW-Rundfunkübertragung bis zum Ende der Regulierungsperiode in einem solchen Maße hin zu wirksamen Wettbewerb entwickeln werde, dass inzwischen kein Anlass mehr für eine sektorspezifischen Regulierung dieser Märkte mehr bestehe, auch vollumfänglich bewahrheitet. So wird der Markt für den UKW-Rundfunk zwischenzeitlich nicht mehr sektorspezifisch reguliert.

155. Auf dem vorliegenden Markt erweist sich die Situation demgegenüber gerade insoweit anders als einerseits weder in der Regulierungsverfügung noch in der zugrundeliegenden Marktanalyse die Erwartung ausgesprochen worden ist, dass sich zum Ende der Regulierungsperiode tatsächlich wettbewerbliche Strukturen entwickelt haben könnten.
156. Auch die vorläufigen Ergebnisse der Marktabfrage aus dem Jahr 2021 sowie die Neufassung der Empfehlungsliste der Kommission geben keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, dass der gegenständliche Markt nicht mehr von hohen Marktzutrittshürden gekennzeichnet sein könnte, vgl. hierzu auch die weiteren Ausführungen unter der nachfolgenden Ziffer).
157. Auch soweit die Betroffene darauf abstellt, dass eine Erhöhung des Erheblichkeitszuschlages um 5 % erforderlich sei, sofern bereits kein Sicherheitszuschlag gewährt werde und in diesem Zusammenhang ebenfalls auf die Entscheidung UKW-Entscheidung verweist, kann auch dies nicht überzeugen.
158. Zutreffend ist, dass in der angegebenen Entscheidung bei der Bemessung des Erheblichkeitszuschlages „in Rechnung gestellt“ wurde, dass die Beschlusskammer in dem von der Betroffenen benannten Verfahren (im Übrigen auch) keinen Sicherheitszuschlag gewährt hatte.
159. Anders als die Betroffene darstellt führte dies aber nicht automatisch zu einer entsprechenden Rechtfertigung einer Erhöhung des wettbewerbsanalogen Preises um 5 %. Das wäre schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil in der betreffenden Entscheidung ausdrücklich klargestellt worden ist, dass für einen solchen Sicherheitszuschlag mangels bestehender Unsicherheiten gerade keine sachliche und damit rechtlich tragfähige Grundlage vorhanden war. Eine Beaufschlagung mit dem Hinweis, dass der Rechtsgrund für eine solche Beaufschlagung mangels entsprechend bestehender Unsicherheiten nicht gegeben ist, würde damit gerade in Widerspruch zu den obigen Ausführungen stehen. Mit den von der Betroffenen benannten Erläuterungen in der benannten UKW-Entscheidung sollte vielmehr unterstrichen werden, dass die nachfolgenden Argumente für eine weitergehende Erhöhung in Anbetracht der Gesamtumstände und hier

eben der fehlenden Berechtigung für einen Sicherheitszuschlag zu keiner unzulässigen Überhöhung der als zulässig zu erachtenden Entgeltsspanne führen würde.

160. Gleiches gilt im Ergebnis für den Hinweis in der UKW-Entscheidung, wonach bei einem Erheblichkeitszuschlag von 10 % der Gefahr begegnet wird, dass der Unterschied zwischen den KeL-Preisen und der Missbrauchskontrolle nivelliert wird.
161. Wie die entsprechenden Entscheidungen auf der Seite der Rechtsprechung zeigen, werden auch Zuschläge von 5 %, 3 % und weniger als sachgerecht erachtet¹ und damit gerade nicht als Nivellierung des Unterschiedes zwischen einem wettbewerbsanalogen Preis einerseits sowie einem um bis 5 % erhöhten Prozentsatz verstanden. Auch diese Ausführungen in der UKW-Entscheidung sind damit in der Gesamtschau des Ergebnisses zu verstehen, wonach in dem dortigen Fall die Gesamtumstände eine Anhebung auf 10 % als sachgerecht erweisen ließen. Vorliegend können die Gesamtumstände des Falles eine solche Erhöhung auf 10 % aber gerade nicht rechtfertigen.

2.2.3.3.6 Entega II Entscheidung des BGH und vorläufige Ergebnisse der Marktdatenerhebung

162. Schließlich kann auch der Verweis der Betroffenen auf die Entega II-Entscheidung des BGH, Urteil vom 07.12.2010 – KZR 5/10, Rn. 15, in der der BGH bei einem Marktanteil von 70% die tatrichterliche Festlegung eines Zuschlages von 5% unbeanstandet gelassen hat, nicht für einen höheren Erheblichkeitszuschlag als 5 % streiten. Wollte man den der Entega II Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Marktanteilswert von 70 % als generelle Anforderungskriterien für die Zulässigkeit eines Erheblichkeitszuschlages von 5 % ansetzen, wie es die Betroffene zu fordern scheint, so würde auch dies zu keinem anderen Ergebnis führen. Es zeigt sich vielmehr, dass der Ansatz von 5 % als Grenzwert für einen noch zulässigen Erheblichkeitszuschlag, auch vor dem Hintergrund dieser Entscheidung (**BuGG**) bestätigt würde.
163. So ergeben die vorläufigen Ergebnisse der Marktdatenabfrage, deren Berücksichtigung die Betroffene ausdrücklich einfordert und als maßgebliche Grundlage für die Bestimmung der Höhe des noch zulässigen Erheblichkeitszuschlages identifiziert, dass der Marktanteil der Betroffenen in dem Segment von hochqualitativen Übertragungswegen in der Bandbreitenkategorie 2-155 Mbit/s für die Jahre 2018 bis 2020 (**BUGG**) beträgt.

¹ In seiner Entscheidung vom 14.07.2015 - KVR 77/13 argumentiert der BGH wie folgt: „Für die Bemessung entscheidend ist nicht die tatsächliche Spürbarkeit, sondern die rechtliche Erheblichkeit der Preisüberschreitung. Insoweit kann durchaus auch ein Zuschlag in Höhe von 3 % oder weniger ausreichen.“

164. Mit einem solch (**BuGG**) in den drei betrachteten Jahren ist die Betroffene demnach, das bedeutet nach den bisherigen Erkenntnissen (**BuGG**).
165. Bei der Bewertung der Belastbarkeit der hier dargestellten vorläufigen Ergebnisse der aktuell durchgeführten Marktabfrage zu Markt Nr. 2 der EU-Märkte-Empfehlung ist zu beachten, dass alle befragten Unternehmen zwischenzeitlich Absatzzahlen im Marktsegment 2 Mbit/s bis 155 Mbit/s übermittelt haben. Diese werden allerdings auch aktuell teilweise noch Anpassungen unterzogen, da die Unternehmen - zuletzt insbesondere auch die Betroffene – noch aktualisierte Zahlen liefern, wenn Fehler bzw. Falschzuordnungen bei der Übermittlung auch im Nachgang auffallen.
166. Auch wenn den hier aufgeführten Ergebnisse keinerlei Aussagen und Wertungen auf die noch anstehende Entscheidung zu den Ergebnissen von Marktdefinition und Marktanalyse nach § 10 und 11 TKG zukommt, kann festgehalten werden, dass (**BuGG**) einen Erheblichkeitszuschlag von 5 % einfordern.

2.2.3.3.7 Keine relevanten Änderungen durch Glasfaserausbau

167. Soweit die Betroffene für ihren vermeintlichen Nachweis, dass sich die Wettbewerbsbedingungen auf dem gegenständlichen Markt zwischenzeitlich zu einer deutlich wettbewerblischeren Marktlage entwickelt haben sollten, auf den in Deutschland erfolgten sowie in den nächsten Jahren weiter zu erwartenden starken Ausbau von Glasfaseranschlüssen rekurriert, so kann auch dies nicht überzeugen.
168. Nach der VATM-Marktstudie vom 28.10.2021 wird für das Jahr 2021 von insgesamt 5.000.000 verfügbaren nicht aktiven Glasfaser-Anschlüssen in Deutschland ausgegangen, wobei rund 2.600.000 auf alternative Wettbewerber entfallen, https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2021/10/VATM_TK-Marktstudie_281021_f.pdf.
169. Anders als etwa im Bereich des IP-Bitstrommarktes, bei dem mit dem Kabelanschluss rund 16.900.000 alternative Anschlüsse vorhanden sind und für die entsprechenden Massenmarktprodukte verwendet werden, kann über die 2.500.000 alternativen Anschlüssen auch bei einer unterstellten Nutzungsmöglichkeit für die gegenständlichen Produkte erkennbar kein vergleichbarer Wettbewerbsdruck generiert werden.
170. Dass sich zumindest bislang kein nennenswerter Wettbewerbsdruck auch durch alternativen Ausbau von Glasfaseranschlüssen ergeben hat, zeigen schließlich die vorläufigen Ergebnisse der aktuellen Marktdatenerhebung. Demnach sprechen die aktuell vorliegenden Informationen (**BuGG**).

2.2.3.3.8 Kein Widerspruch zu der Entscheidung des OLG Düsseldorf

171. Der Einschätzung der Beschlusskammer, wonach auf dem gegenständlichen Markt ein Erheblichkeitszuschlag von 5 % die sachgerechte Preisobergrenze darstellt, steht im Übrigen auch nicht im Widerspruch zu der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 10.06.2020 vom 10.06.2020, – VI-U (Kart) 1/20, S. 19 u.a. - das für Entgelte auf dem Markt für IP-Bitstromprodukte den von der Beschlusskammer 3 für diesen Markt damals angesetzten Erheblichkeitszuschlag von 15 % für sachlich gerechtfertigt erachtet hatte.
172. Die Wettbewerbssituation auf dem Markt für IP-Bitstrom als auch für Layer-2-Bitstrom, für den die Beschlusskammer 3 ebenfalls einen Erheblichkeitszuschlag von 15 % für gerechtfertigt erachtet, ist ausweislich der Ausführungen in der entsprechenden Marktanalyse gerade durch das Bestehen einer relativ umfassenden alternativen und nicht regulierten weiteren Infrastruktur, nämlich dem Fernseekabelnetz gekennzeichnet, vgl. BK3c 16/008 vom 17.03.2016, Ziffer 5.3.2.:

„ .. Gleichwohl ist nicht ausgeschlossen, dass sich in absehbarer Zeit erste Anzeichen eines beginnenden Wettbewerbs bemerkbar machen könnten. Denn der Vectoringeeinsatz ist nicht nur auf die Antragstellerin beschränkt. Auch Wettbewerber können unter den in der TAL-Regulierungsverfügung festgelegten Voraussetzungen

vgl. Regulierungsverfügung BK 3g-15/004 vom 01.09.2016, Anlagen 1 und 2 zu Ziffer 1.1.1 des Tenors,

Vectoring einsetzen. Um in diesem Fall dann Vectoring geschützt einsetzen zu können, müssen sie dann ihrerseits anderen Unternehmen einen Layer 2-Bitstrom anbieten.

Darüber hinaus ist nicht zu verkennen, dass sich die wettbewerbliche Situation auf den nach-gelagerten Märkten besser darstellt. Hier konkurriert die Antragstellerin auch mit Anbietern, deren Angebote nicht auf regulierten Vorleistungen, sondern eigenen Infrastrukturen basieren. Die alternativen Infrastrukturen erreichen inzwischen über 60 Prozent der Haushalte.

vgl. 11.1.2.1 der Anlage zur Regulierungsverfügung BK 3h-14/114 vom 25.10.2015.

Dies reicht zwar noch nicht zur Entwicklung eines selbsttragenden nachhaltigen Wettbewerbs, doch weisen die nachgelagerten Märkte gerade keine monopolähnlichen Strukturen auf. Weil das auch in einem spürbaren Umfang auf alternativen Infrastrukturen basiert, die gerade nicht auf regulierten Vorleistungen beruhen, ist dies hier zu berücksichtigen. Denn soweit wie vorliegend eine Preis-Kosten-Schere durch die über den Kosten liegenden Entgelte ausgeschlossen ist, kommt es für die Frage des Unwerturteils – also ob

die Kostenüberschreitung als eine Ausbeutung zu werten ist – auch auf die Auswirkung auf den/die nachgelagerten Endkundenmarkt/märkte an..“

173. Die damit verbundenen positiven Prognosen für die wettbewerbliche Entwicklung der Märkte können auf dem gegenständlichen Markt für hochqualitative Zugänge gerade nicht identifiziert werden. Denn anders als auf den benannten Märkten werden über Kabelnetze gerade keine entsprechenden hochqualitativen Zugangsprodukte realisiert. Sie sind dementsprechend auch nicht Gegenstand des hier in Rede stehenden Marktes für hochqualitative Zugangsprodukte.

174. Zwischenergebnis

175. Aus den vorgenannten Gründen hält die Beschlusskammer im vorliegenden Fall einen Erheblichkeitszuschlag in Höhe von 5% für angemessen und gerechtfertigt.
176. Unabhängig davon ist festzuhalten, dass die Entgelte der Betroffenen für die Leistung VPN 2.0 den wettbewerbsanalogen Preis um jeweils mehr als 20 % übersteigen. Eine Ausnahme hiervon bilden allein die einmaligen Bereitstellungsentgelte für die Leistung 10 G NNI Kollokation, bei denen der wettbewerbsanaloge Preis um rund 10 % überschritten wird. Selbst wenn man also dem Standpunkt der Betroffenen folgen wollte und einen Erheblichkeitszuschlag von 15 % ansetzen würde, vgl. Stellungnahme der Betroffenen vom 22.03.2022, S.16, sind mit Ausnahme der benannten Entgelte für die einmalige Bereitstellung des 10 G NNI-Anschlusses Kollokation sämtliche der tenorierten Entgeltpositionen zu untersagen; vgl. zu den konkreten Überschreitungen des wettbewerbsanalogen Preises auch die Tabellen unter Ziffer 2.2.3.4.1.1 bis 2.2.3.4.2.4. Aus den dargelegten Gründen verbietet sich allerdings bereits ein Zuschlag auf den wettbewerbsanalogen Preis von mehr als 5 %.

2.2.3.4 Konkrete Grenzwerte

177. Zur Ermittlung des zulässigen Grenzwertes, bis zu dem die Betroffenen ihre Entgelte erhöhen kann, ohne dass dies dem Grunde nach eine missbräuchliche Verhaltensweise in der Form des Preishöhenmissbrauchs darstellt, wird nachfolgend der wettbewerbsanaloge Preis, das bedeutet die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, als Ausgangswert zugrunde gelegt und für jede Leistungsposition um einen Zuschlagswert von 5 % erhöht.

2.2.3.4.1 Anschlüsse 1 G UNI /NNI und Verbindung Verkehrsklasse „Premium“

178. Zur Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung konnte weitgehend, das bedeutet soweit es die Entgelte für die oben genannten „nicht upgradefähigen“ Anschlüsse (aus Kupfer) wie auch die „upgradefähigen“ Glasfaseranschlüsse sowie die Preise für die Verbindungen in der Verkehrsklasse „Premium“ betrifft, auf die genehmigten Entgelte für das Ankerprodukt CFV 2.0

zurückgegriffen werden, die mit dem Beschluss BK2a 21/008 bestimmt worden sind.

179. Auch wenn für die Überlassungsentgelte bei der Verbindung „Premium“ in den Bandbreiten 40 Mbit/s sowie 60 Mbit/s, bei dem Ankerprodukt CFV 2.0 keine exakt korrespondierende Vorleistung mit der gleichen Bandbreite besteht, zeigt der ermittelte KeL-Preis für die jeweils benachbarten Bandbreiten, dass die von der Betroffenen für diese Leistungen angesetzten Preise mehr als 5 % über dem jeweiligen wettbewerbsanalogen Preis liegen. So liegen die Entgelte für die Leistung 40 Mbit/s kernnetzverbleibend von 33,27 Euro zu den KeL plus 5 %-Wert für die entsprechende kernnetzverbleibende Leistung von 60 Mbit/s von 32,83 Euro trotz der deutlich höheren Leistung auf einem nahezu identischen Niveau. Gleiches gilt für die entsprechenden Werte für kernnetzverlassende Verbindungen derselben Bandbreiten (36,97 Euro zu 36,49 Euro). Im Falle der Entgelte für Verbindungen mit 80 Mbit/s ist festzustellen, dass diese die KeL plus 5 %-Werte der entsprechenden Verbindungsleistung mit 100 Mbit/s sogar deutlich übersteigen (66,54 Euro für 80 Mbit/s kernnetzverbleibend zu 50,09 Euro bei der entsprechenden Leistung von 100 Mbit/s); bei den kernnetzverlassenden Verbindungen der entsprechenden Bandbreiten fällt die Überschreitung mit 73,94 Euro für die 80 Mbit/s Leistung zu 55,65 Euro als KeL-Wert plus 5 % Zuschlag noch deutlicher aus. Auch ohne, dass für diese vier Leistungen ein entsprechender KeL-Wert aus den Kostenunterlagen ermittelt worden ist, kann insoweit festgestellt werden, dass ausreichende Informationen dazu vorhanden sind, dass die die aktuell verlangten Entgelte missbräuchlich sind. Eine exakte Bestimmung des noch zulässigen Entgeltes (KeL plus 5 %) ist für die Feststellung der Missbräuchlichkeit von Entgelten nicht erforderlich,

vgl. etwa Groebel, Säcker TKG-Kommentar, § 38 Randnummer 105.

180. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die nachfolgenden Entgelte mit einem höheren Zuschlag als 5 % über den KeL als missbräuchlich (rot markiert). Zur besseren Veranschaulichung wurden zugleich die tatsächlichen Abweichungswerte bei den Engeltpositionen mit aufgeführt, für die mittels der Entgeltgenehmigung für das Ankerprodukt CFV 2.0 ein entsprechender aktueller KeL-Wert vorlag.

2.2.3.4.1.1 Überlassung Anschlüsse 1 G UNI / NNI

Cluster	Anschlusstyp je Ende		Anzeigewert VPN 2.0 (voraussichtlich bis 01.07.22)	KeL in EUR Nach CFV 2.0	KeL + 5 %	Tatsächliche KeL-Über-/Unterschreitung
I	1. Customer Sited	2. Short Range Segment	140,29	115,82	121,61	+21,13 %
II		3. Backbone Region	197,47	163,76	171,95	+20,59 %
III		4. Metro-Region	290,76	230,37	241,89	+26,21 %
IV		5. Country Region	365,85	287,83	302,22	+27,11 %
V	6. Kollokationszuführung	7. Short Range Segment	91,24	53,41	56,08	+70,83 %
VI		8. Backbone Region	148,41	101,35	106,42	+46,43 %
VII		9. Metro-Region	241,71	167,96	176,36	+43,91 %
VIII		10. Country Region	316,80	225,42	236,69	+40,54 %

2.2.3.4.1.2 Bereitstellung Anschlüsse 1 G UNI / NNI

Bereitstellung inkl. Kündigung

Einmalige Bereitstellungspreise je Ende	Anzeigewert VPN 2.0 (bis 01.07.22)	KeL in Euro Nach CFV 2.0	KeL + 5%
11. Nicht upgradefähige CFV 2.0 Customer Sited		735,76	772,55
12. Nicht upgradefähige CFV 2.0 Kollokationszuführung		735,76	772,55
13. Upgradefähige CFV 2.0	1557,64	1.627,01	1708,35

2.2.3.4.1.3 Überlassung Verbindung „Premium“, kernnetzverbleibend

Nettoentgelt kernnetzverbleibend in Euro				
Verbindungs- typ	VPN 2.0 Anzeige (29.01.21)	KeL (BK2a- 21-008)	KeL + 5 %	Tatsächliche KeL- Über-/ Unterschrei- tung
2M	1,59	1,58	1,66	+0,63 %
4M	3,18	2,42	2,54	+31,40 %
8M	6,36	4,10	4,31	+55,12 %
10M	7,96	5,38	5,65	+47,96 %
20M	16,64	11,80	12,39	+41,02 %
40M	33,27			
60M	49,91	31,27	32,83	+59,61 %
80 M	66,54			
100M	83,18	47,70	50,09	+74,38 %

2.2.3.4.1.4 Überlassung Verbindung „Premium“, kernnetzverlassend

Nettoentgelt kernnetzverlassend in Euro				
Verbindungs- typ	VPN 2.0 Anzeige (29.01.21)	KeL	KeL + 5 %	Tatsächliche KeL- Über-/ Unterschrei- tung
2M	1,77	1,76	1,85	+0,56 %
4M	3,54	2,69	2,82	+31,60 %
8M	7,07	4,55	4,78	+55,38 %
10M	8,84	5,98	6,28	+47,83 %
20M	18,48	13,11	13,77	+40,96 %
40 M	36,97			
60M	55,45	34,75	36,49	+59,57 %
80 M	73,94			
100M	92,42	53,00	55,65	+74,38 %

2.2.3.4.2 10 G NNI

181. Für die Anschlussprodukte auf der Basis eines 10 G NNI finden sich in den benannten Genehmigungen der Entgelte für CFV 2.0-Leistungen keine korrespondierenden Entgeltwerte. Vor diesem Hintergrund wurden bei der Betroffenen Kostenunterlagen zu den entsprechenden Leistungen angefordert.
182. Auf dessen Grundlage sowie auf dem Grundlage der bereits vorhandenen Kostenunterlagen für das Produkt Wholesale Ethernet VPN 2.0 wurden für die Anschlüsse 10 G NNI Customer Sited sowie 10 G NNI Kollokation die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für die Überlassung ermittelt.
183. Dass die jeweiligen KeL-Werte dabei nicht im Rahmen eines Entgeltgenehmigungsverfahrens nach § 40 TKG, sondern im Rahmen einer Prüfung anhand der in dem gegenständlichen Verfahren vorgelegten Unterlagen erfolgt ist, steht der

Aussagekraft der dabei ermittelten Ergebnisse nicht entgegen. So reichen die Unterlagen bei gleichzeitiger Nachzeichnung der Prüfungsschritte und Wertungen im Rahmen des CFV 2.0 Entgeltgenehmigungsverfahrens, um eine für die Feststellung der missbräuchlichen Überhöhung des Entgeltes ausreichende Informationslage zu der Höhe des wettbewerbsanalogen Preises einschließlich eines Zuschlages um 5 % zu generieren.

184. Hinsichtlich der Bereitstellungsentgelte für diese Anschlüsse konnte auf die Entgelte zurückgegriffen werden, die für die Bereitstellung der Leistung der upgradefähigen CFV 2.0 in der Entgeltgenehmigung BK2a 19/033 vom 22.11.2019 genehmigt worden sind. Die Kosten für diese Leistung sind mit den Kosten identisch sind, die für die Leistung 10 G Kollokation am Performance-Standort sowie an den anderen Standorten anfallen. Dementsprechend hatte die Betroffen in ihrer Preisanzeige vom 01.02.2022 für die zunächst ab dem 01.04.2022 vorgesehenen Entgelte auch selber bei allen Bereitstellungsleistungen im Zusammenhang mit 1G sowie 10 G NNI-Anschlüssen (Customer Sited und Kollokation) jeweils gleiche Kosten (in Höhe von 1.557,64 Euro) zum Ansatz gebracht. Die nunmehr ab dem 01.07.2022 von der Betroffenen vorgesehenen Entgelte lägen demnach noch innerhalb der nach dieser Entscheidung zulässigen Entgeltspanne.

2.2.3.4.2.1 Monatliche Preise der NNI-Anschlüsse 10 G Customer Sited

Monatliche Preise der NNI-Anschlüsse 10 G Customer Sited					
Anschlussvarianten	Region	Preise monatlich inklusive Comfort-Service	Preise monatlich (KeL)	Preise monatlich (KeL + 5%)	Tatsächliche KeL-Über-/Unterschreitung
Wholesale Ethernet Anschluss 10G NNI	Performance-Customer Sited 3)	443,33 Euro	379,33 Euro	398,30 Euro	+16,87 %
	Metro	2.500 Euro	1.083,45 Euro	1.137,62 Euro	+130,74 %
	Regio	3.000 Euro	1.410,66 Euro	1.481,19 Euro	+112,67 %
	Country	3.500 Euro	2.160,05 Euro	2.268,05 Euro	+62,63 %

2.2.3.4.2.2 Einmalige Preise der NNI-Anschlüsse 10 G Customer Sited

Einmalige Preise der NNI-Anschlüsse 10 G Customer Sited					
Anschlussvarianten	Region	Preise einmalig	Preise einmalig (KeL)	KeL + 5 %	Tatsächliche KeL-Über-/Unterschreitung
Wholesale Ethernet Anschluss NNI 10G	Performance-Customer Sited 3)	1.557,64 Euro	1.627,01 Euro	1708,35 Euro	-4,26 %
	Metro	2.250 Euro	1.627,01 Euro	1708,35 Euro	+38,29 %
	Regio	3.000 Euro		1708,35 Euro	+84,39 %
	Country	3.500 Euro		1708,35 Euro	+115,12 %

2.2.3.4.2.3 Monatliche Preise der NNI-Anschlüsse 10 G (Kollokation)

Monatliche Preise der NNI-Anschlüsse 10 G (Kollokation)					
Anschlussvarianten	Region	Preise monatlich inklusive Comfort-Service	Preise monatlich (KeL)	Preise monatlich (KeL + 5%)	Tatsächliche KeL-Über-/Unterschreitung
Wholesale Ethernet Anschluss NNI 10G	Metro	2.250 Euro	1.011,47 Euro	1.062,04 Euro	+ 122,45 %
	Regio	2.700,00 Euro	1.338,68 Euro	1.405,61 Euro	+101,69 %
	Country	3.150,00 Euro	2.088,06 Euro	2.192,46 Euro	+50,86 %

2.2.3.4.2.4 Einmalige Preise der NNI-Anschlüsse 10 G (Kollokation)

Einmalige Preise der NNI-Anschlüsse 10 G Customer Sited					
Anschlussvarianten	Region	Preise einmalig	Preise einmalig (KeL)	KeL + 5 %	Tatsächliche KeL-Über-/Unterschreitung
Wholesale Ethernet Anschluss NNI 10G	Performance-Customer Sited 3)	1.557,64 Euro	1.627,01 Euro	1708,35 Euro	-4,26 %

	Metro	1.800	1.627,01 Euro	1708,35 Euro	+10,63 %
	Regio			1708,35 Euro	+10,63 %
	Country			1708,35 Euro	+10,63 %

2.2.3.4.3 Bewertung des Vortrages der Betroffenen zu 10 G NNI

185. Soweit die Betroffene fordert, die Entgelte für 10G-NNI-Anschlüsse einer milderen Form der nachträglichen Entgeltkontrolle zu unterwerfen, da diese Leistungen außerhalb der regulierten Bandbreiten lägen und daher einfacher zu duplizieren seien, kann dies nicht überzeugen. Zum einen ist für die Zuordnung eines Übertragungsweges zu dem regulierten Bereich nicht die Art der technischen Realisierung relevant, sondern die jeweils über diese Technologie erbrachte Leistung. Weiter übersieht die Betroffene, dass der Übergabeanschluss nach Ziffer 1.1 der Leistungsbeschreibung nur zusammen mit einer Verbindungsleistung und einem weiteren Anschluss bezogen werden kann und sich die jeweiligen Wettbewerbsbedingungen dementsprechend auch nur auf diese Produktgesamtleistung beziehen kann. Insbesondere ist eine Eigenrealisierung des Übergabeanschlusses durch die Wettbewerber mangels entsprechend entbündelter Teilleistungen nicht möglich. Unabhängig davon finden sich weder in der Marktanalyse noch nach den der Beschlusskammer vorliegenden sonstigen Informationen Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Wettbewerbsbedingungen für einen 1G-Übergabeanschluss, über den eine 100 Mbit/s-Verbindung geführt wird, wesentlich anders ausfallen sollte, als für eine Verbindung, die über einen 10 G Übergabeanschluss realisiert wird. Beide gehören als zwingend erforderliche Teilkomponente eines Übertragungsweges zu dem definierten und einheitlich als regulierungsbedürftig identifizierten Markt.

2.2.3.5 Sonderfall: Entfall eines Erheblichkeitszuschlages bei Endkundenpreisen unter Vorleistungstarifen

186. Unabhängig davon erweist sich ein Erheblichkeitszuschlag als nicht zulässig, sofern die Betroffene auf dem Endkundenmarkt für entsprechende Produkte Preise anbietet, die unterhalb der für einen effizienten Wettbewerber vermeidbaren Kosten zur Nachbildung der entsprechenden Produkte in der Form der von der Betroffenen erhobenen Vorleistungsentgelte liegen.
187. Die Missbräuchlichkeit eines Erheblichkeitszuschlages über den wettbewerbsanalogen Preis bei dem Produkt VPN 2.0 hinaus beruht in diesem Fall auf den nachfolgenden Erwägungen:
188. Die Bestimmung des „Erheblichkeitszuschlages“ dient dazu, sicherzustellen, dass nicht jede Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises schon missbräuchlich ist, sondern nur eine solche, die sich als „erheblich“ erweist,

vgl. BGHZ 142, 239, 251 f. – Flugpreisspaltung; BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005 – KVR 17/04, BGHZ 163, 282, 295 – Stadtwerke Mainz.

189. Die Höhe des insoweit dem marktmächtigen Unternehmen zu dem wettbewerbsanalogen Preis hinaus zu gewährenden Erheblichkeitszuschlages wiederum hängt, wie bereits oben dargestellt, insbesondere von der Ausprägung der Marktmacht des beherrschenden Unternehmens ab. Bei einer bereits größeren Wettbewerbssituation am Markt ist es grundsätzlich zulässig, bzw. überschreitet noch nicht die Schwelle des Missbrauchs, wenn dem regulierten Unternehmen ein höherer „Spielraum“ bei der Preissetzung gewährt wird.
190. Sofern der grundsätzlich zu billigende Spielraum wiederum in Zusammenschau mit weiteren Verhalten des dominanten Unternehmens dazu verwendet wird, die Marktsituation für die Wettbewerber des Marktbeherrschers in unzulässiger Weise weiter zu verschlechtern, ist es aus Sicht der Beschlusskammer erforderlich, den Zuschlag ggf. auch komplett zu untersagen. Ein solcher Zusammenhang einer grundsätzlich zulässigen Erhöhung des Vorleistungspreises von Seiten des marktmächtigen Unternehmens über den wettbewerbsanalogen Preis einerseits mit einer weiteren Verhaltensweise, die gerade auch durch die Erhöhung des Vorleistungspreises über den wettbewerbsanalogen Preis eine eigenständige marktbehindernde Wirkung entfaltet, ist zumindest dann gegeben, wenn das marktbeherrschende Unternehmen bei den Leistungspositionen, bei denen sie sich dazu entschließt, die Entgelte über den Als-Ob-Wettbewerbspreis zu heben, die korrespondierenden Leistungen auf der Endkundenebene gleichzeitig zu Tarifen anbietet, die noch unterhalb der Entgelte liegen, die Wettbewerber zur Nachbildung der Endkundenprodukte an das marktmächtige Unternehmen alleine für den Bezug der dafür erforderlichen Vorleistung an die Betroffene zu zahlen haben.
191. In den Fallgestaltungen, in denen bereits die reinen Kosten für das Vorleistungsprodukt, das bedeutet bereits ohne die für eine Nachbildung durch einen effizienten Wettbewerber zwingend erforderlichen weiteren Zusatzkosten, wie etwa den Kosten für den Vertrieb und die Fakturierung sowie den produktübergreifenden Gemeinkosten nicht gedeckt werden können, wenn der Wettbewerber die Produkte auf der Endkundenebene zu Preisen anbieten möchte, die mit den Preisen des dominanten Unternehmens konkurrenzfähig sind, führt jede Erhöhung des Vorleistungspreises über das wettbewerbsanaloge Niveau hinaus zu einer entsprechenden automatischen unmittelbaren Erhöhung der Verluste der Wettbewerber..
192. Zumindest in einem solchen Fall besteht regelmäßig kein nach dem Gedanken des Leistungswettbewerbs zulässiger Grund für die Rechtfertigung von Entgelten auf der Vorleistungsebene, die das wettbewerbsanaloge Niveau übersteigen, und damit die von den Wettbewerbern nicht zu vermeidenden Verluste bei diesen Tarifen zusätzlich kostenunterdeckend belasten.

193. Dies steht auch nicht in Widerspruch zu dem Vorgehen im Rahmen der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung, wonach für einen entsprechenden Missbrauchsvorwurf davon ausgegangen wird, dass ein effizientes Unternehmen nicht in Hinblick auf jedes Einzelprodukt und in Bezug auf jeden Einzeltarif seine entsprechenden Kosten, das bedeutet die Kosten für das Vorleistungsprodukt zuzüglich der weiteren Zusatzkosten sowie der Gemeinkosten decken können muss, sondern dies nur in Bezug auf eine ggf. näher zu definierende Produktgesamtheit erforderlich ist.
194. Denn vorliegend geht es allein um die unter Missbrauchsgesichtspunkten zu bewertende Zulässigkeit für die Gewährung eines Zuschlages über den wettbewerbsanalogen Preis. Ein solcher stellt jedoch zumindest regelmäßig dann eine unzulässige Beeinträchtigung des Wettbewerbs von Seiten des marktmächtigen Unternehmens dar, wenn dieser Zuschlag die bei der Nachbildung von entsprechenden Tarifen nicht vermeidbaren Verluste von Wettbewerbern unmittelbar in der gleichen Höhe vergrößern.
195. Ansonsten könnte die Betroffene ein Angebot bestimmter Produkte von Wettbewerbern am Endkundenmarkt faktisch ausschließen bzw. deutlich erschweren, da Wettbewerber üblicher Weise keinen höheren Endkundenpreis als die Betroffene verlangen können und sich so mit jeder weiteren entsprechenden Leistung ein negativer Deckungsbeitrag für sie ergeben würde, vgl. zu dem Verhältnis der Prüfung des Vorliegens einer Preis-Kosten-Schere auch die nachfolgenden weitergehenden Ausführungen unter Ziffer 2.2.3.5.2.6).

2.2.3.5.2.1 Besondere Wettbewerbsschädlichkeit

196. Als besonders wettbewerbsschädlich erweist sich bei der Erhöhung des Vorleistungspreises über das wettbewerbsanaloge Niveau, dass die Wettbewerber auf der Vorleistungsebene mit den von diesen zu zahlenden Preisen über dem wettbewerbsanalogen Niveau die Unterbietung des Vorleistungspreises auf der Endkundenebene mitfinanzieren bzw. eine wirtschaftliche Unterstützung für das regulierte Unternehmen, auf der Endkundenebene Preise unter die Vorleistungspreise zu senken, leistet.

2.2.3.5.2.2 Kein Fall des Leistungswettbewerbes

197. Hierbei handelt es sich auch um keinen Fall eines zulässigen Leistungswettbewerbes. Nach der Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit Art. 82 EG ist einem beherrschenden Unternehmen u. a. eine Preispolitik verboten, die für seine gegenwärtigen oder potenziellen ebenso effizienten Wettbewerber eine Verdrängungswirkung entfaltet, d. h. eine Verhaltensweise, die geeignet ist, seinen Wettbewerbern den Zugang zum Markt und seinen Vertragspartnern die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen oder Handelspartnern zu erschweren

oder gar unmöglich zu machen, und damit seine Stellung stärkt, indem andere Mittel als diejenigen eines Leistungswettbewerbs herangezogen werden,

ständige Rechtsprechung: vgl. EuGH Rs. C-95/04 (British Airways/Kommission), Slg. 2007 I-2331, Rn 68; EuGH Rs. C 280/08 (Deutsche Telekom Kommission), Slg. 2010 I-9555, Rn 177.

198. Vorliegend ist kein nachvollziehbarer Grund in einem Leistungswettbewerb erkennbar, den auf der Vorleistungsebene aus Sicht der Betroffenen erzielbaren, den wettbewerbsanalogen Preis um mehr als 15 % übersteigenden Vorleistungspreis auf der Endkundenebene zu unterbieten. Wenn auf der Vorleistungsebene für das marktmächtige Unternehmen ein Preis am Markt durchsetzbar ist, der den Als-Ob-Wettbewerbspreis übersteigt, wäre dieser Preis in einem Wettbewerbsumfeld von dem integrierten Unternehmen auch auf der Endkundenebene erzielbar, da die Wettbewerber bei einer marktweiten Betrachtung für ein entsprechendes Konkurrenzangebot auf das entsprechende Vorleistungsprodukt der Betroffenen zu den entsprechend höheren Vorleistungsentgelten angewiesen sind und daher ohne eine Quersubventionierung das Preisniveau des marktbeherrschenden Unternehmens auf der Endkundenebene nicht erreichen können. Werden die Preise von dem marktbeherrschenden Unternehmen gleichwohl nur einseitig auf der Vorleistungsebene auf das am beherrschten Markt erzielbaren Niveau gehoben, während das dominante Unternehmen die korrespondierenden Produkte seinen eigenen Endkunden unter dem Preis anbietet, den seine Wettbewerber für das korrespondierende Vorleistungsprodukt zu zahlen haben, so lässt sich dies nicht mehr mit den Mitteln des Leistungswettbewerbes sondern mit der Ausschöpfung der Möglichkeiten zur Behinderung von Wettbewerbern erklären, die sich dem Marktbeherrscher gerade aufgrund seiner dominanten Marktstellung bieten.

2.2.3.5.2.3 Zementierung dominanter Marktpositionen

199. Hinzu kommt, dass auch für effiziente Wettbewerber kein Anreiz besteht, in den betreffenden Gebieten, in denen die Betroffene Preise unter den Vorleistungskosten auf der Zwischenhandlerebene setzt, selber Infrastruktur auszubauen, da die Kosten am Endkundenmarkt nicht mehr oder nur sehr schwer wieder am Markt verdient werden können. Mit einer solchen Preisstrategie werden auch die effizientesten potenziellen Wettbewerber vom Zutritt zu dem entsprechenden Marktsegment abgehalten bzw. unter die Bedingung gestellt, in den jeweiligen Marktsegmenten entsprechend hohe Verluste zu akzeptieren und damit die Stellung des Marktbeherrschers zu zementieren.

2.2.3.5.2.4 Keine Rechtfertigung durch Streben nach bundesweitem Preis

200. Dass sich die Betroffene im Endkundenbereich in Teilen für eine bundesweite Tarifierung entschieden hat, rechtfertigt keine lockere Regulierung, sondern verschärft gerade den Behinderungsmissbrauch.
201. Zunächst einmal ist festzuhalten, dass es der Betroffenen freisteht, für ihre Endkundenprodukte bundesweit einheitliche Tarife anzusetzen. Das rechtfertigt es aber nicht, dass die Betroffene ihre dominante Marktstellung dazu zu verwenden darf, ihre Wettbewerber im regulierten Bereich missbräuchlich zu behindern. Sofern die Betroffene als marktbeherrschendes Unternehmen mit ihren Endkundenpreisen die korrespondierenden Vorleistungspreise unterbietet, kann sie gegenüber ihren Nachfragern auf der Vorleistungsebene zumindest keinen weiteren Zuschlag auf den wettbewerbsanalogen Preis durchzusetzen suchen.
202. Unabhängig davon ist der Beschlusskammer auch nicht erkennbar, dass auf den zu dem Produkte VPN 2.0 korrespondierenden Endkundenprodukten jeweils eine bundesweit einheitliche Tarifierung „marküblich“ ist. Ausweislich der von der Betroffenen im Rahmen des Ermittlungsverfahrens (**BuGG** der Betroffenen) korrespondierenden Endkundenprodukt Deutschland LAN Connect IP zwischen dem günstigeren sogenannten „Core“-Tarif einerseits und dem höherpreisigen „Country“-Tarif:
- 203. (Nachfolgende Tabelle enthält BuGG der Betroffenen)**
- 204. ...**
205. Soweit die Betroffene vorträgt, dass die Differenzierung der Entgeltpositionen auf der Vorleistungsebene nach Anschlussregionen insbesondere regulatorischen Notwendigkeiten folge, was ihr auf der Endkundenebene nicht zu Nachteilen gereichen dürfe, kann auch dies nicht überzeugen. Zutreffend ist, dass die entsprechende Aufteilung bei dem Ankerprodukt CFV ausweislich der Entgeltgenehmigung CFV 2.0, BK2a 21/008, mit dem dort anwendbaren Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung konformgeht. Ursächlich hierfür ist der dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung innewohnende Gedanke einer möglichst verursachungsgerechten Kostenzuordnung. Dies bedeutet, dass ein Nachfrager bei Entgelten, die dem KeL-Maßstab unterliegen, regelmäßig nur die Kosten für die Leistungsbestandteile zu zahlen hat, die bei der nachgefragten Leistung tatsächlich (bei effizienter Ausführung) anfallen. Dieser Grundsatz der verursachungsgerechten Kostenzuordnung gilt allerdings nur dann, wenn zu erwarten ist, dass die Nachfrage nicht homogen ist, das bedeutet, dass zu erwarten ist bzw. sich gezeigt hat, dass die jeweiligen Produkte von Wettbewerber zu Wettbewerber verschieden stark nachgefragt werden. Andernfalls, das bedeutet, wenn die Nachfrager tatsächlich in einem in

etwa vergleichbarem Umfang die Produkte in Anspruch nehmen, ist bei der Preisbildung eine die Abrechnung vereinfachende Pauschalierung zu wählen, vgl. hierzu auch ausführlich BK2a 15/002, vom 05.02.2016, Randziffer 4.5.

206. In dem Genehmigungsverfahren für die Basisleistung CFV 2.0 hat die Beschlusskammer keinen Anlass gesehen, die im Übrigen allein auf Initiative der Betroffenen vorgeschlagene Differenzierung nach vier Anschlussregionen als sachlich nicht gerechtfertigt zu erachten.
207. Auch die die Differenzierung in vier Anschlussregionen bei dem gegenständlichen Produkt VPN 2.0 wie auch bereits dem Vorgängerprodukt VPN 1.0 erfolgte im Übrigen auf Initiative der Betroffenen. Zu beachten ist, dass bereits die Vorgängerleistung VPN 1.0 von der Betroffenen stets nach vier Anschlussregionen getrennt tarifiert wurde, das bedeutet auch dann als die Leistung VPN noch gar nicht der Regulierung unterlag. Unabhängig davon ist darauf hinzuweisen, dass die Differenzierung auf der Vorleistungsebene aus Gründen einer verursachungsgerechten Kostenzuordnung auch regulatorisch angezeigt ist, damit Wettbewerber, der etwa aufgrund seines eigenen Netzausbaus bzw. seiner Kundenstruktur bei der Betroffenen weniger Country-Anschlüsse nachfragen muss, nicht die Kosten für andere Wettbewerber mit einem höheren Anteil an Country-Anschlüssen mit zu finanzieren haben. Die Endkundenpreissetzung ist insoweit so zu wählen, dass sich die Vorleistungstarife nicht als missbräuchlich erweisen.

2.2.3.5.2.5 Keine Rechtfertigung durch Möglichkeit zur Querfinanzierung

208. Dem Erfordernis, dass die Kosten auf der Endkundenebene auch für einzelne Produkte unter den entsprechenden Vorleistungskosten liegen müssen, wenn die Betroffene den Vorleistungspreis über den wettbewerbsanalogen Preis hinaus anheben will, kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Wettbewerber die Möglichkeit habe, die Verluste bei einzelnen Angeboten über mögliche Gewinne in anderen Segmenten e aus dem Endkundenproduktportfolio wieder auszugleichen.
209. Insbesondere kann der Vortrag nicht überzeugen, wonach der Umstand, dass über alle Produkte des Sortiments von einem effizienten Unternehmen alle Kosten gedeckt werden können, die Einzeltarifsetzung per se keinen missbräuchlichen Unwertgehalt mehr erzeugen könnte.
210. So gilt die gesetzliche Vorgabe, dass jeder der Entgeltkontrolle unterliegende Tarif für sich den Anforderungen des TKG und hier den Vorgaben des § 37 TKG genügen muss.
211. Übersteigt ein Einzeltarif im Rahmen der nachträglichen Entgeltkontrolle nach § 37 Abs. 2 Nr. 1 TKG den zulässigen Erheblichkeitszuschlag, dann erweist sich ein solcher Einzeltarif per se als unzulässig. Das ist unstrittig auch dann der Fall, wenn in der Gesamtschau der Entgelte, die der Regulierung unterliegen,

der als zulässig anzusehende Erheblichkeitszuschlag nicht überschritten werden sollte.

212. Gleiches gilt unstreitig auch für Dumpingstrategien. Ein einzelner Kampfpreis erfüllt auch dann den Tatbestand des § 37 Abs. 2 Nr. 1 TKG, wenn in der Gesamtschau der Markttarife das Preisniveau über den langfristigen Zusatzkosten liegen sollte.
213. Das Bestehen des Preis-Kosten-Scherentest über das Gesamtmarktsortiment besagt insoweit nur, dass ein effizienter Wettbewerber bei den gegebenen Endkundenpreisen des marktbeherrschenden Unternehmens über alle Produkte des Portfolios seine Vollkosten decken kann, so dass keine als missbräuchlich zu wertende Quersubventionierung von Produkten aus externen Sortimentsgruppen oder Märkten erforderlich ist.
214. Wenn dieser Test bestanden wird, heißt das aber keineswegs, dass eine Preismaßnahme, die einen effizienten Wettbewerber dazu zwingt, bei der Nachbildung bei jeder einzelnen Leistungseinheit von Einzelprodukten Verluste zu erleiden, als eine zulässige Maßnahme im Rahmen eines Leistungswettbewerbes einzustufen wäre.
215. Die Möglichkeit einer kumulativen Betrachtung der Wettbewerbsschädlichkeit von Preismaßnahmen bei Einzeltarifen einerseits als auch der Wettbewerbsschädlichkeit von Preismaßnahmen in einem Gesamtportfolio ist dabei weder dem europäischen Wettbewerbsrecht noch der einzelstaatlichen sektorspezifischen Regulierung im Telekommunikationsumfeld fremd.
216. So wurde in der AKZO-Entscheidung des EuGH in Hinsicht auf Kampfpreistaktiken festgestellt, dass Preise im Regelfall zu untersagen sind, die im Sortiment ihre Vollkosten nicht abdecken. Das sind die Kosten für die Produktion der einzelnen zusätzlichen Leistung sowie die Gemeinkosten, die keiner einzelnen Leistung speziell zugerechnet werden kann. Daneben wurde eine missbräuchliche Preissetzung aber auch dann als grundsätzlich gegeben angesehen, und zwar ohne das Erfordernis zu weiteren Hinweisen auf eine Verdrängungsabsicht, sofern bereits der Einzelpreis durch die durchschnittlichen zusätzlichen Kosten nicht gedeckt wird,

vgl. Urteil des Europäischen Gerichtshofes, C 62/86, vom 03.07.1991, Randnummern 71 f.

„... Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten (d. h. den Kosten, die je nach den produzierten Mengen variieren) liegen und mit deren Hilfe ein beherrschendes Unternehmen versucht, einen Konkurrenten auszuschalten, sind als mißbräuchlich anzusehen. Ein beherrschendes Unternehmen hat nämlich nur dann ein Interesse, derartige Preise zu praktizieren, wenn es seine Konkurrenten ausschalten will, um danach

unter Ausnutzung seiner Monopolstellung seine Preise wiederanzuheben, denn jeder Verkauf bringt für das Unternehmen einen Verlust in Höhe seiner gesamten Fixkosten (d. h. der Kosten, die ungeachtet der produzierten Mengen konstant bleiben) und zumindest eines Teils der variablen Kosten je produzierte Einheit mit sich.

Auch Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten — das heißt Fixkosten plus variable Kosten —, jedoch über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, sind als mißbräuchlich anzusehen, wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat. Diese Preise können nämlich Unternehmen vom Markt verdrängen, die vielleicht ebenso leistungsfähig sind wie das beherrschende Unternehmen, wegen ihrer geringeren Finanzkraft jedoch nicht dem auf sie ausgeübten Konkurrenzdruck standhalten können.

217. Dieser doppelten Betrachtung einerseits der Vollkosten bei dem Gesamtsortiment sowie zum anderen der variablen Kosten bei den Einzelleistungen, liegt jeweils der Gedanke der grundsätzlichen Wettbewerbsschädlichkeit von Quersubventionierungen zugrunde,

vgl. hierzu auch ausführlich Groebel, Säcker-TKG-Kommentar, § 28 2004, 4. Auflage, Randnummer 42 ff (modifizierte Zusatzkostentest).

218. Der Umstand, dass es vorliegend um Preismaßnahmen geht, mit denen das marktbeherrschende Unternehmen seine Wettbewerber durch Endkundenpreise, die unter den vom dominanten Unternehmen von seinen Wettbewerbern geforderten Vorleistungspreisen liegen und damit für wettbewerbliche Angebote in dem Segment faktisch dazu zwingt, mit der Produktion jeder weiteren Leistungseinheit in diesem Segment Verluste zu erleiden, kann insoweit zumindest dann kein Ausdruck von Leistungswettbewerb mehr sein, wenn das dominante Unternehmen gleichzeitig Spielraum sieht, seine eigenen Vorleistungspreise, noch über das wettbewerbsanaloge Niveau hinaus anheben zu können. Denn in einem solchen Fall, das bedeutet, wenn das marktbeherrschende Unternehmen die Marktverhältnisse so einschätzt, dass es auf der Vorleistungsebene den Preis noch 15 % und höher über den wettbewerbsanalogen Preis setzen kann, ist unter Berücksichtigung des Gedankens des Leistungswettbewerbes nicht mehr nachvollziehbar, weshalb es diesen vermeintlichen Preissetzungsspielraum dann nicht auch auf der Endkundenebene auszuspielen sucht. Der Verzicht auf einen zumindest entsprechenden Aufschlag auf der Endkundenebene erklärt sich gerade mit dem Bemühen, Wettbewerber aus einzelnen Marktsegmenten zu verdrängen und die damit Gesamtmarktstellung des dominanten Unternehmens zu stärken.
219. Sind Gründe des Leistungswettbewerbes nicht erkennbar, die eine Erhöhung des Vorleistungspreises über das wettbewerbsanaloge Niveau bei gleichzeitiger Unterbietung des Vorleistungspreises auf der Endkundenebene rechtfertigen, so

kann sich hierin dementsprechend ein eigenständiger Unwertgehalt manifestieren.

220. Dieser steht einer Anhebung des Vorleistungspreises über das wettbewerbsanaloge Niveau bereits grundsätzlich entgegen, da er ein eigenständiges Unwerturteil auslöst.
221. Insoweit ist im Rahmen der Prüfung des Unrechtsgehaltes einer Erhöhung des regulierten Entgeltes über den wettbewerbsanalogen Preis auch ein Unwerturteil mit zu berücksichtigen, dass sich gerade aus der Kombination der angestrebten Erhöhung des Vorleistungspreises mit einer Absenkung des Endkundenpreises ergibt. Maßgeblich ist, ob der Erheblichkeitszuschlag im zugrundeliegenden Einzelfall einen Unwertgehalt auslöst. Für eine Begrenzung der Prüfung des Unwertgehaltes auf bestimmte Fallkonstellationen oder die Reduzierung des Zuschlages etwa auf 1% besteht dann kein Anlass, wenn der Unwertgehalt schon mit jeder Erhöhung des Tarifes über das wettbewerbsanaloge Niveau hinaus erfüllt wird, wie dies vorliegend in Teilen der Fall ist.
222. Entscheidend ist allein, ob sich herausstellt, dass die Erhöhung über den wettbewerbsanalogen Preis in der Gesamtschau des Verhaltens im Einzelfall ein eigenes Unwerturteil darstellt. Ist dies der Fall, dann verbietet sich die Erhebung eines solchen bereits dem Grunde nach.
223. Eine solche Herangehensweise steht auch nicht etwa, wie die Betroffene vorträgt, im Widerspruch zu der Vorgabe in der Regulierungsverfügung, wonach für die Leistung VPN 2.0 eben nicht der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, sondern die Missbrauchsschwelle den Kostenmaßstab bildet. Erweist sich ein Zuschlag auf die KeL im konkreten Einzelfall als missbräuchlich, dann ist dies nach den Missbrauchsvorgaben entsprechend zu ahnden und erweist sich gerade als konsistent mit dem Prüfungsmaßstab.

2.2.3.5.2.6 Verhältnis zur PKS-Prüfung

224. Soweit von der Betroffenen auf das Verhältnis zum Vermutungstatbestand des Preis-Kosten-Scherentest hingewiesen wird und in diesem Zusammenhang vorgetragen wird, dass der von der Beschlusskammer erachtete Unwertgehalt an diesem Vermutungstatbestand zu messen sei (und nicht an anderen), und dessen Anforderungen nach der eigenen Praxis als auch der Wettbewerbspraxis im allgemeinen Kartellrecht gerade nicht erfüllt würden, so dass das Verhalten gerade nicht missbräuchlich sei, kann dem nicht gefolgt werden.
225. Zutreffend ist zunächst, dass das Verhalten grundsätzlich auch unter dem Aspekt der Preis-Kosten-Schere geprüft werden kann, da sich der Unwertgehalt insbesondere in der Margenbeschneidung äußert, die vorliegend ihre spezielle Missbräuchlichkeit in der damit einhergehenden Erhöhung des Vorleistungspreises über das wettbewerbsanaloge Niveau findet.

226. Das ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil bei der PKS-Prüfung, wie dies auch unter Ziffer 5.3 der Anlage zu dem Eröffnungsschreiben erfolgt ist, insbesondere untersucht wird, ob ein effizienter Wettbewerber das mit einer Vorleistung abbildbare Endkundenportfolio in seiner Gesamtheit ohne Verluste nachbilden kann. Dabei muss, wie bereits dargestellt, nicht jeder Endkundentarif seine Vollkosten, das bedeutet seine vermeidbaren Zusatzkosten für die Produktion gerade einer weiteren Leistung einschließlich seiner anteiligen Gemeinkosten decken. Maßgeblich ist, vielmehr, ob die Vollkosten über alle Tarife gedeckt werden können.
227. Auch eine Unterschreitung bereits der vermeidbaren Kosten eines effizienten Wettbewerbers kann sich allerdings grundsätzlich als missbräuchlich erweisen und zwar unabhängig davon, ob die Vollkosten über das Sortiment gedeckt werden.
228. Die Relevanz auch der Einzeltarife bei einer PKS-Prüfung neben dem Gesamtportfolio und zwar hier in Bezug auf eine Unterschreitung seiner variablen Kosten in der Form der von einem effizienten Wettbewerber zu zahlenden Vorleistungsentgelte, ist in der telekommunikationsrechtlichen Regulierungspraxis auch nicht unbekannt..
229. So hat etwa die österreichische Regulierungsbehörde dem marktbeherrschenden Unternehmen im Rahmen der Auferlegung von Vorabverpflichtungen (vergleichbar mit der Regulierungsverfügung nach dem deutschen TKG) von 2007 bis 2016 jeweils auf verschiedenen Märkten ausdrücklich aufgegeben, dass die Entgelte, damit diese zu keiner unzulässigen Preis-Kosten-Schere führen, folgende Anforderungen kumulativ erfüllen müssen, vgl. etwa https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/entscheidungen/entscheidungen/S_12_15_Bescheid.pdf, S.4:

„...Die Margin-Squeeze-Berechnung überprüft, ob sich A1 (also das markt-mächtige Unternehmen) intern niedrigere Vorleistungspreise verrechnet als externen Nachfragern (ihren Mitbewerbern). Bei der Margin-Squeeze-Prüfung (PKS-Prüfung) erfolgt somit eine gedankliche Trennung von A1 in verschiedene Unternehmensbereiche auf unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen (zB Wholesale und Retail). Es wird im Rahmen der Margin-Squeeze-Rechnung somit die Frage gestellt: Kann das (Teil-)Unternehmen A1 auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe (zB A1-Retail), unter Inanspruchnahme der öffentlich angebotenen Vorleistungsprodukte eines (Teil-)Unternehmens auf der vorgelagerten Wertschöpfungsstufe (zB A1-Wholesale), ihre eigenen (Retail-)Produkte kostendeckend erbringen oder liegt eine Kostenunterdeckung vor?

„ ... Damit kein Margin-Squeeze vorliegt, müssen gleichzeitig zwei Maßstäbe erfüllt sein:

i. Über alle Breitbandprodukte müssen über den Betrachtungszeitraum von einem Jahr die Vollkosten gedeckt sein („Berechnung zu Vollkosten über alle Produkte“).

ii. Bei einzelnen Produkten (auch Aktionsprodukten) müssen zumindest die vermeidbaren Kosten gedeckt ...“.

230. Auf dieser Grundlage hat die RTR das marktbeherrschende Unternehmen etwa mit Bescheid M 1.1/12 - 106, Spruchpunkt C.3.1.2,

vgl. auch https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/entscheidungen/entscheidungen/S_12_15_Bescheid.pdf, S.3:

231. wie folgt verpflichtet:

„A1 Telekom Austria AG hat gemäß § 42 TKG 2003 überdies sicherzustellen, dass das Entgelt für die unter Spruchpunkt I.C.1.1 genannten Leistungen Margin-Squeeze frei ist, d.h. ausgehend von den tatsächlich angebotenen Endkundenpreisen unter Zugrundelegung eines Durchrechnungszeitraumes von zwölf Monaten ein um die Kosten ihres Retail-Armes reduziertes Entgelt darstellt.

Der (Netto-)Endkundenpreis jedes auf einem marktgegenständlichen Produkt beruhenden Endkundenprodukts hat – auch bei allen kurzfristigen Aktionsangeboten auf der Endkundenebene – zumindest soweit über dem (Netto)Vorleistungspreis des jeweils zugeordneten Produktes auf der Vorleistungsebene zu liegen, dass ein vergleichbar effizienter Betreiber zumindest die vermeidbaren Kosten decken kann.“

232. Die Kommission hat diese Vorgehensweise in ihrer nach Art. 7 RRL (2004) erforderlichen Stellungnahmen, soweit der Beschlusskammer bekannt, zu keinem Zeitpunkt moniert.

233. Die Beschlusskammer folgt dieser Einschätzung insoweit, als eine Erhöhung des Vorleistungspreises für die Leistung VPN 2.0 über das wettbewerbsanaloge Niveau hinaus dann und insoweit ein eigenes Unrechtsurteil auslöst, wenn der Endkundenpreis eines auf einem marktgegenständlichen Produkt beruhenden Endkundenprodukts unter dem Vorleistungspreis des jeweils zugeordneten Produktes auf der Vorleistungsebene liegt. In einem solchen Fall ist eine weitergehende Erhöhung des Vorleistungspreises für das Produkt VPN 2.0 über den wettbewerbsanalogen Preis als missbräuchliches Verhalten zu werten.

234. Dass die Beschlusskammer dieses Unwerturteil zum Anlass nimmt, in entsprechenden Fällen den Erheblichkeitszuschlag komplett entfallen zu lassen, das bedeutet, das Unwerturteil im Rahmen der Prüfung des Vorliegens eines Preishöhenmissbrauchs zu sanktionieren, und nicht unter dem Vermutungstatbestand des Vorliegens einer Preis-Kosten-Schere einordnet, bildet keinen Anlass, die Untersagung des Erheblichkeitszuschlages als unzulässig zu bewerten.

235. Maßgeblich für die Zulässigkeit des Erheblichkeitszuschlages muss allein sein, ob sich die Erhebung eines solchen in der konkreten Fallgestaltung als missbräuchlich im Sinne des § 37 TKG erweist.
236. Dass die Umstände des Einzelfalles dazu führen können, dass ein grundsätzlich zu gewährender Erheblichkeitszuschlag gleichwohl bereits dem Grunde nach zu versagen ist, ist auch der Kartellrechtspraxis nicht unbekannt. So hat der BGH in seinem Urteil vom 06.11.2013 2013 - KZR 58/11, Rn. 66 bei juris - VBL-Gegenwert I, festgestellt, dass ein Erheblichkeitszuschlag auf die ermittelten Vergleichsbedingungen, wie sie zur Feststellung eines missbräuchlich überhöhten Preises im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB vorgenommen werden, nicht stattfindet, wenn der Missbrauchsvorwurf in einem (relevanten) Gesetzesverstoß besteht,
- vgl. auch OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 24.03.2021, Kart 2/19 (V) (Bundeskartellamt/Facebook), Ziffer III. b).
237. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Fall des OLG Düsseldorf einen Fall des sogenannten „Konditionenmissbrauchs“ betraf, das bedeutet mit dem Bestimmungen des Datenschutzecht Geschäftsbedingungen, die nicht dem Bereich des Entgelts zuzuordnen waren. Die Art des Verhaltens, aus dem sich der konkrete Unwertgehalt ergibt, spielt allein insoweit eine Rolle als die Verwirklichung des Unwertgehaltes wettbewerbliche Implikationen haben muss. Während dies bei Verstößen gegen datenschutzrechtliche Vorgaben nicht zwingend der Fall sein muss, steht ein solche wettbewerbliche Relevanz des Verhältnisses des Vorleistungspreises zu dem Endkundenpreis erkennbar in einem unmittelbaren und auch kausalen Zusammenhang zu dem gegenständlich identifizierten Unwerturteil.
238. Selbst wenn man aber der Auffassung folgen wollte, wonach die vorstehende Fallgestaltung keine solche ist, die als Fallgruppe eines Preishöhenmissbrauchs im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr.1 TKG einzuordnen wäre, so bliebe das Verhalten in jedem Fall an den Anforderungen der Generalklausel des Behinderungsmissbrauchs nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 TKG zu messen und als missbräuchlich identifiziertes Unwertverhalten zu untersagen. Ein nachvollziehbares, schützenswertes Interesse der Betroffenen, die Vorleistungspreise über den wettbewerbsanalogen Preis zu erhöhen und gleichzeitig die Endkundenpreise für das korrespondierende Produkt unter die Vorleistungspreise zu senken, ist aus den oben dargestellten Gründen nicht erkennbar.

2.2.3.5.3 Keine Abkehr vom bisherigen Vorgehen

239. Entgegen dem Vortrag der Betroffenen in der mündlichen Verhandlung ist im Übrigen auch nicht zu erkennen, dass sich die hier verfolgte Vorgehensweise

als eine Abkehr von der bisherigen Vorgehensweise der Beschlusskammer im Rahmen von Preis-Kosten-Scherenprüfungen bzw. der Ermittlung von Erheblichkeitszuschläge erweisen sollte.

240. Soweit der Beschlusskammer ersichtlich hat die Betroffene weder in dem gegenständlichen Markt noch in anderen regulierten Märkten auf der Endkundenebene ihre Preise unterhalb der Vorleistungspreise gesenkt, die an dem Maßstab der nachträglichen Entgeltkontrolle zu messen waren, so dass sich diese Frage zumindest nach dem Kenntnisstand der Beschlusskammer in der bisherigen Regulierungspraxis nicht gestellt hat.

2.2.3.5.4 Folgen für die gegenständlichen Tarife

241. Zur Prüfung, ob bzw. inwieweit die Erhebung eines Erheblichkeitszuschlages über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ein missbräuchliches Verhalten des marktmächtigen Unternehmens, das bedeutet der Betroffenen, darstellt, sind damit die einzelnen Tarife maßgeblich, die die Betroffene auf der Endkundenseite erhebt.
242. Zu beachten ist hierbei, dass über den VPN 2.0-Vertrag auch sogenannte „Punkt-zu-Punkt“-Verbindungen realisiert werden können. Solche werden bereits auf der Grundlage des Ankerproduktes CFV 2.0 und damit auf der Grundlage von Entgelten, die bereits per se auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gedeckelt sind, von der Betroffenen angeboten. Dies gilt allerdings nicht für Übertragungswege, die mit anderen Verkehrsklassen realisiert werden sollen und damit weder in der bei den VPN 2.0-Produkten besonders nachgefragten Verkehrsklasse „Standard“ noch in den anderen priorisierten Verkehrsklassen bzw. Mischtarifen.
243. Bestellt ein Wettbewerber auf der Grundlage eines VPN 2.0-Vertrages derzeit eine Punkt-zu-Punkt-Verbindung in (**BuGG** der Betroffenen) Verbindungsbandbreite von 100 Mbit/s und zwar in der Verkehrsklasse „Standard“ und einem „Country“-Anschluss auf der Seite A sowie einem „Regio“-Anschluss auf der Seite B, so hat der Wettbewerber hierfür an die Betroffene als marktmächtiges Unternehmen Kosten in der folgenden Höhe aufzuwenden:

Nicht vermeidbare Vorleistungskosten der Nachfrager (ohne eigenen Zusatzkosten und eigenen Gemeinkosten) pro Monat		
Anschluss A „Country“	Überlassung	365,85 Euro
	Bereitstellung	46 Euro*
Verbindung 100 M („Standard“, kernnetzverbleibend)	Überlassung	6,58 Euro

	Bereitstellung	2,05 Euro*
Anschluss B „Regio“	Überlassung	290,76 Euro
	Bereitstellung	46 Euro*
Ergebnis		803,24

244. Zur Herleitung der monatlich anzusetzenden Kostenpositionen in Hinsicht auf die einmaligen Bereitstellungsentgelte wird auf die Ausführungen weiter unten verwiesen.
245. Ein Endkunde erhält die gleiche Leistung über das Produkt „EthernetConnect 2.0“ aktuell bei der Betroffenen in der Rabattstufe PUG 3 mit einer Mindestvertragsdauer von 36 Monaten für das folgende Entgelt:

Nicht vermeidbare Vorleistungskosten der Nachfrager (ohne eigenen Zusatzkosten und eigenen Gemeinkosten) pro Monat		
Anschluss A	Überlassung	286,56 Euro
	Bereitstellung	-
Verbindung 100 M „Standard“	Überlassung	65,60 Euro
	Bereitstellung	-
Anschluss B	Überlassung	286,56 Euro
	Bereitstellung	
Ergebnis		638,72 Euro

246. Würde die Verbindung zwischen zwei Country-Regionen nachgefragt (rund **BuGG** % der derzeit nachgefragten Anschlüsse entfallen nach den Angaben der Betroffenen auf den „Country-Bereich“), so würden die nicht vermeidbaren Kosten auf der Vorleistungsebene bei dem oben benannten Beispiel noch weiter steigen und zwar auf 878,34 Euro (gegenüber weiterhin 638,72 Euro auf der Endkundenebene).

247. In einem solchen Fall, wie auch in allen anderen Fällen, in denen die von einem Wettbewerber aufzubringenden Vorleistungsentgelte die Kosten für ein korrespondierendes Endkundenprodukt übersteigen, stellt sich die Erhebung eines Zuschlages auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung demnach als eine missbräuchliche Verhaltensweise dar.
248. Im Ergebnis betrifft dies nach dem aktuellen Tarif der Betroffenen Ethernet Connect 2.0 in der Variante PUG 3 die VPN 2.0 Entgelte für die monatlichen Überlassungsentgelte bei den Leistungen der 1 G Anschlüsse Customer Sited in den Varianten „Country“ und „Regio“. Hier liegen die Entgelte für die entsprechenden Vorleistungstarife jeweils über den Preisen, die Endkunden für diese Leistung in Rechnung gestellt werden. So liegt der VPN 2.0-Tarif Country bei 365,85 Euro. Der entsprechende Metro-Tarif kostet auf der Vorleistungsebene 290,76 Euro. Demgegenüber zahlt der Endkunde für die korrespondierende Leistung bei dem Produkt Ethernet Connect 2.0 in der Tarifstufe PUG 3 jeweils 286,56 Euro.
249. CFV 2.0 auch bei P2P-Verbindungen keine ausreichende Alternative.
250. Nicht gefolgt werden kann schließlich dem Vortrag der Betroffenen, speziell die Betrachtung von Punkt-zu-Punkt-Verbindungen im Rahmen des Produktes VPN 2.0 rechtfertigt kein Unwerturteil, da die Wettbewerber zur Erbringung von Punkt-zu-Punkt-Verbindungen nicht auf das VPN 2.0 angewiesen seien, da die Betroffene mit der Leistung CFV 2.0 ein Produkt zur Verfügung stelle, dessen Entgelte KeL-basiert genehmigt würden. Das Produkt CFV 2.0 wird nur in der Verkehrsklasse „Premium“ angeboten. Die weiteren sieben Verkehrsklassen und hierbei insbesondere das mit Abstand am meisten nachgefragte Produkt der Verkehrsklasse „Standard“ verfügt gerade über kein korrespondierendes Gegenstück bei dem genehmigungspflichtigen Produkt CFV 2.0. Wegen der deutlichen Preisunterschiede zwischen Verbindungen der Verkehrsklasse „Premium“ einerseits und „Standard“ andererseits kann ein Wettbewerber für die Nachbildung von Standard-Verbindungen auch in der Punkt-zu-Punkt-Beziehung nicht auf das CFV 2.0-Produkt ausweichen.

2.3 Preis-Kosten-Schere

2.3.1 Allgemein

251. Die tenorierte Untersagung sowie Unwirksamkeitserklärung wird insoweit nicht auf das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere nach § 37 Abs. 2 Nr. 3 TKG gestützt. Unabhängig davon wird auf das Folgende hingewiesen:
252. Die Ermittlungen haben deutliche Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Spanne zwischen dem VPN 2.0-Entgelt, welches das Unternehmen anderen Unternehmen für die Verbindungen in der Verkehrsklasse „Standard“ bei der Verwendung von glasfaserbasierten 1G-Anschlüssen in Rechnung stellt, und

dem entsprechenden Endnutzerentgelt für das Produkt Ethernet Connect 2.0 nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen. Bei einer verkehrsklassenübergreifenden Gesamtbetrachtung der Kosten und Erlösseite, das bedeutet unter Einbezug auch der weiteren sieben Verkehrsklassen haben die Ermittlungen den Anfangsverdacht einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere allerdings ausgeräumt. Da die verbleibende Preis-Kosten-Schere für Verbindungen der Verkehrsklasse „Standard“ gleichfalls aufgelöst wird, da sich die entsprechenden Vorleistungsentgelte bereits aus den oben dargestellten anderweitigen Gründen als missbräuchlich erwiesen haben, bedarf es keiner Entscheidung darüber, ob sich im Rahmen der Preis-Kosten-Scherenprüfung nach § 37 TKG eine Einzelbetrachtung der Verkehrsklasse „Standard“ angezeigt ist. Gleiches gilt für die Frage, ob bei der PKS-Prüfung auf der Vorleistungsebene eine gesonderte Betrachtung von Glasfaseranschlüssen vorzunehmen ist. Denn eine PKS steht auch dann nicht zu befürchten, wenn die Betroffene für die im Tenor für unwirksam erklärten Vorleistungsentgelte nachfolgend gemäß § 46 Abs.4 S. 1 TKG neue Entgelte vorlegt bzw. von der Beschlusskammer nach § 46 Abs. 5 S. 1 TKG neue Entgelte angeordnet werden, die sich nach den hier dargestellten Grundsätzen einer zulässigen Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises richten, weil in diesem Fall die Kosten in einem solchen Umfang sinken, dass die erzielbaren Erlöse diese auch alleine für die Verkehrsklasse „Standard“ in ausreichendem Masse übersteigen.

253. Unabhängig davon werden die Ergebnisse der Preis-Kosten-Scherenprüfung entsprechend den beiden Fallgruppen, die Anlass für die Einleitung entsprechender Ermittlungen gegeben haben, nachfolgend aus Gründen der Transparenz zu der voraussichtlichen grundsätzlichen Herangehensweise der Beschlusskammer bei möglichen künftigen Prüfungen von Entgelten etwa der Leistung VPN 2.0 Prüfungen informationshalber dargestellt.
254. Bei der Prüfung des Vorliegens von Verstößen gegen das Verbot von Preis-Kosten-Scheren nach § 37 Abs. 2 Nr. 3 TKG ist zu untersuchen, ob ein effizientes Unternehmen unter Verwendung der Vorleistung des marktmächtigen Unternehmens VPN 2.0 in der Lage ist, in ihrer Gesamtheit die unterschiedlichen Tarife einschließlich der beiden Rabattstufen PUG 2 und PUG 3 der Produktfamilie Ethernet Connect 2.0 der Betroffenen konkurrenzfähig nachzubilden.
255. Die Untersuchungen wurden vorliegend separat für Glasfaser- und Kupferanschlüsse sowie für die nicht priorisierte Verkehrsklasse „Standard“ einerseits und den Verkehrsklassen mit einer Priorisierung in der Verkehrsübertragung andererseits vorgenommen.

256. Gegenübergestellt wurden folglich zunächst der durchschnittliche Preis für ein glasfaseranschlussbasiertes Endkundenprodukt in der Verkehrsklasse „Standard“ der Betroffenen einerseits und die Kosten eines VPN 2.0-Nachfragers zur Erstellung eines solchen Endkundenproduktes andererseits.
257. Zur Herstellung der Vergleichbarkeit einmaliger und laufender Beträge waren dabei alle Angaben auf der Erlös- und der Kostenseite in einen monatlichen Wert je Anschluss umzurechnen. Für die in diesem Zusammenhang nötige Annualisierung von Einmalbeträgen wurde durchweg der kalkulatorische **Zinssatz von 3,12 Prozent** verwendet,
- vgl. hierzu auch BK2a 21/008, Ziffer 6.1.9.2.
258. Anders als bei einer Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der Betroffenen etwa im Zusammenhang mit dem Ankerprodukt CFV 2.0 zielt die betreffende Kostenbestimmung im Kontext der Untersuchungen zu Preis-Kosten-Scheren und Kosten-Kosten-Scheren auf die Kosten eines effizienten Wettbewerbers ab,
- vgl. BK3c 17/039, Ziffer 4.6.1.1.2.

2.3.1.1 VPN 2.0 als Bausteinprodukt

259. Bei dem gegenständlichen Preis-Kosten-Scheren (PKS)-Test ist zu beachten, dass das Produkt auf einem „Baustein“-Prinzip basiert. So kann weder ein Anschluss noch eine Verbindung für sich allein nachgefragt werden. Es bedarf vielmehr mindestens einer Verbindung und zweier Anschlüsse, über die die Verbindung geführt wird. Die Zahl der darüber hinaus dann tatsächlich genutzten Anschlüsse wie auch der Verbindungen kann dann allerdings variieren. Dabei können sowohl mehrere Anschlüsse verwendet werden als auch mehrere Verbindungen über einen Anschluss geführt werden. Das Baukastenprinzip hat zugleich prägenden Einfluss auf die Bestimmung des Vorliegens einer PKS, da für den Vergleich der Erlöse mit den Kosten gleichzeitig festzulegen ist, welche Anzahl von Anschlüssen und Verbindungen bei der Gegenüberstellung zugrunde zu legen ist. Das Verhältnis von Anschlüssen und über diese Anschlüsse erbrachter Verbindungsleistungen zueinander ist für die Bestimmung der durchschnittlichen Erlöse und Kosten von maßgeblicher Bedeutung, da sich die Preise auf der Vorleistungsebene im Verhältnis zu den Endkundenpreisen bei beiden Leistungen deutlich unterscheiden. So fallen die Vorleistungspreise für Verbindungen über alle Bandbreiten und alle Verkehrsklassen deutlich niedriger aus als die Preise, zu denen die Produkte auf der Endkundenebene angeboten werden. Der Preis für einzelne Varianten der für die Leistung VPN 2.0 erforderlichen Anschlussleistung ist demgegenüber deutlich höher als der hierzu korrespondierende Preis auf der Endkundenebene. So ist auf der Vorleistungsebene von einem Wettbewerber die Überlassung eines glasfaserbasierten Anschlusses in einer Country-Region rund **BuGG** % der Anschlüsse der Leistung VPN 2.0 liegen

in einer solchen Region) mit rund 365 Euro rund 20 % teurer als ein Endkunde für einen entsprechenden Anschluss zu zahlen hat (rund 286 Euro). Je nachdem, wie das Verhältnis von Anschlussleistung und Verbindungsleistung anzusetzen ist, erhöht sich insoweit der „Verlust“ auf der Vorleistungsebene für die Nachbildung des Endkundenproduktes bzw. erhöht sich die dem Wettbewerber verbleibende Marge.

2.3.1.2 P2MP-Architektur

260. Für die gegenständliche Prüfung des Vorliegens von Anhaltspunkten für eine Preis-Kosten-Schere wird als Anwendungsfall bei der Nutzung der Vorleistung VPN 2.0 zunächst (konservativ, das bedeutet PKS-mindernd) mit einer reinen P2MP-Architektur gerechnet. Demnach werden die EC-2.0 Preise mit dem Preis des VPN 2.0 aus den Preisbestandteilen

- UNI Anschluss am Ende A plus,
- logischer Verbindung plus und
- anteiliger Preis des NNI am B-Ende

verglichen.

261. Für den Ansatz einer grundsätzlichen P2MP-Architektur bei dem Produkt VPN 2.0 sprechen aus Sicht der Beschlusskammer vorliegend sowohl die Ergebnisse der Marktabfrage bei den Wettbewerbern als auch bei der Betroffenen selber. So zeigt sich, dass die Wettbewerber nahezu durchgehend den im Rahmen des Produktes VPN 2.0 eingekauften Verkehr in der Weise einzukaufen scheinen, dass Verbindungen von einzelnen Standorten auf einen oder mehrere zentrale Übergabeanschlüsse geführt werden. Der Verkehr zu den anderen Anschlüssen an den jeweiligen nicht zentralen Standorten besteht dabei nach dem derzeitigen Stand der Ermittlungen fast durchgehend aus einer einzelnen Verbindungsleistung. Sowohl von Seiten der Wettbewerber als auch von Seiten der Betroffenen konnten in diesem Zusammenhang Daten zu der Anzahl an Verbindungen gesammelt werden, die über einen solchen Sammelanschlussarm geführt werden. Die in der Marktabfrage bei den Wettbewerbern ermittelten Daten sind dabei nahezu deckungsgleich mit den Angaben, die die Beschlusskammer von der Betroffenen erhalten hat und ändern nichts an dem vorliegenden Befund.

262. Hinzu kommt, dass insbesondere für den Bezug von P2P-Übertragungswegen mit dem Vorleistungsprodukt CFV 2.0 ein Alternativprodukt vorhanden ist, das preislich grundsätzlich günstiger ist als ein Bezug über den VPN-Vertrag. Hier besteht allerdings die Einschränkung, dass dies allein für den Bezug der Verbindung in der Verkehrsklasse „Premium“ gilt. Für einen P2P-Übertragungsweg in den anderen Verkehrsklassen und hierbei insbesondere in der bei der gegenständlichen Leistung VPN 2.0 am meisten nachgefragten Verkehrsklasse „Standard“ ist kein entsprechendes Alternativprodukt vorhanden, da das Produkt CFV 2.0 nur Premiumverbindungen ermöglicht. In welchem Umfang über VPN 2.0

reine P2P-Übertragungswege etwa in der Verkehrsklasse „Standard“ nachgefragt werden, wird im Rahmen der nachfolgenden Ermittlungen noch weiter zu klären sein.

263. Für die nachfolgende PKS-Betrachtung wird dementsprechend auf der Basis des derzeitigen Kenntnisstandes der Beschlusskammer zumindest dem Grunde nach von einer P2MP-Architektur ausgegangen, bei der mehrere Anschlüsse mit jeweils einer Verbindung und einem zentralen Anschlussarm auf dem dann eine Mehrzahl an Verbindungen eingesammelt und an den Wettbewerber übergeben werden. Das bedeutet, dass Grundlage der PKS-Betrachtung das Kostenniveau darstellt, das im Durchschnitt pro Anschluss und Verbindung sowie anteilig für einen zusätzlichen Übergabeanschluss aufzubringen ist. Die anteilige Zurechnung der Kosten für den Übergabeanschluss in der Form des Sammelanschlusses erfolgt dabei anhand der Anzahl der darüber angeschlossenen Verbindungen bzw. Anschlüsse.

2.3.1.3 Forderung zur Berücksichtigung nur eines Anschlusses „Customer Sited“

264. Soweit die Betroffene in ihrer Stellungnahme vom 22.03.2022 fordert, dass bei der PKS-Berechnung ein zweiter „Customer“-Sited-Arm zu berücksichtigen sei, bzw. zumindest auf der Erlösseite der zweite Arm „Customer Sited“ mit in die Berechnung einzubeziehen sei, wird dem vorliegend nicht gefolgt.
265. Zutreffend ist zunächst, dass im Rahmen einer P2MP-Architektur, wie sie dem gegenständlichen Produkt VPN 2.0 seinem Strukturpotential nach zugrunde liegt, üblicherweise mehr als ein Anschlussarm an Kundenstandorten bedient wird, so dass üblicherweise entsprechende weitere Kosten und Erlöse ausgelöst werden. Zu beachten ist allerdings gleichzeitig, dass ein solcher zusätzlicher Arm in den der gegenständlichen zugrundeliegenden Betrachtung zu einer entsprechenden Verschärfung der Preis-Kosten-Schere führen würde. Das liegt daran, dass bereits für einen einzigen Anschlussarm in der Variante Customer Sited in den unten dargestellten Konstellationen eine Preis-Kosten-Schere identifiziert wird. Mit jedem weiteren Anschlussarm würde sich die entsprechende Schere damit nur vergrößern. Insoweit bestätigt bereits die vorliegende zurückhaltende Ermittlung der Größe der Preis-Kosten-Schere das Vorliegen eines Missbrauchs.
266. Die Berücksichtigung nur der Erlösseite zumindest eines weiteren Anschlussarmes verbietet sich vor dem Hintergrund, dass sich die Missbräuchlichkeit des Verhältnisses von Kosten zu Preise erst auf der Grundlage der Berücksichtigung gerade beider Parameter, das bedeutet sowohl der Erlöse als auch der Kosten ergibt.

2.3.2 Aggregationsebene

2.3.2.1 Vorleistungsebene

267. Es sprechen Anhaltspunkte dafür, dass zwischen glasfaserbasierten Anschlüssen (1 G UNI) einerseits und kupferbasierten Anschlüssen (bis 20 Mbit/s) andererseits zu differenzieren ist. Gleiches gilt dafür, dass die Kosten für den Fall des Bezugs der Verkehrsklasse „Standard“ für sich betrachtet werden.

2.3.2.1.1 Ursache der Differenzierung auf der Vorleistungsebene

268. Im Ergebnis folgt die Unterscheidung auf der Vorleistungsebene dem Grundsatz der verursachungsgerechten Zuordnung der Kosten. Diesem Grundsatz würde es widersprechen, wenn ein Nachfrager, der im wesentlichen kupferbasierte Anschlüsse nachfragt, die deutlich höheren Kosten für die leistungsstärkeren upgradefähigen Glasfaseranschlüsse mit zu tragen hätte. Dies muss auch im Rahmen der Bildung der richtigen Aggregationsebene auf der Vorleistungsebene Berücksichtigung finden. Eine weitergehende Unterscheidung nach der Art des Anschlusses entspricht dem Grunde nach dem Vorgehen der Beschlusskammer 3 im Rahmen der Preis-Kosten-Scheren Betrachtung bei den L2-BSA-Leistungen, bei der zwischen Übertragungsleistungen über ADSL-Anschlüsse einerseits und VDSL-Anschlüssen andererseits unterschieden wird, vgl. hierzu BK3c 17/039, Ziffer 4.6.1.1 (PKS-Test für VDSL-Anschlüsse) und 4.6.1.2. (PKS-Test für ADSL-Anschlüsse) oder auch zuletzt in der Entscheidung BK3c-21/004 in Hinsicht auf den PKS-Test für die Vorleistung VULA VDSL 50 einerseits sowie VULA VDSL 100 andererseits.

269. Entsprechendes gilt für die Differenzierung zwischen der Verkehrsklasse „Standard“ einerseits sowie den Verkehrsklassen mit einer priorisierten Datenübertragungsrate andererseits, bei der die Verkehrsklasse „Standard“ als einzige nicht priorisierte Verkehrsklasse gegenüber den anderen Verkehrsklassen und als preislich, die mit Abstand am günstigste Variante gerade in der aktuellen Zeit der Migration sowie als einzige im Markt für Geschäftskundenprodukte, die auf einer BNG-Netzstruktur basieren, für Wettbewerber eine maßgebliche Sonderstellung einnimmt. Die besondere Funktion als Markteinstiegsprodukt zeigt sich auch daran, dass diese Verkehrsklasse mit rund **BuGG** % - über alle Bandbreiten und rund **BuGG** % in den Bandbreiten über 20 Mbit/s (**BuGG** der Betroffenen), vgl. die Angaben der Betroffenen vom 21.02.2022, die **BuGG** Verkehrsklasse bei dem Produkt VPN 2.0 darzustellen scheint (**BuGG** der Betroffenen).

2.3.2.1.2 Auseinandersetzung mit dem Vortrag der Betroffenen zur Aggregationsebene

270. Soweit von Seiten der Betroffenen darauf hingewiesen wird, dass es unzulässig sei, bei der Bildung der Aggregationsebene auf der Vorleistungsebene Kupferanschlüsse mit Glasfaseranschlüssen getrennt voneinander zu betrachten, da diese von den Wettbewerbern gemeinsam nachgefragt würden, kann dies nicht überzeugen.
271. Die Unterscheidung von Leistungen sowie die Zuordnung von differenzierten Entgelten zu den jeweils unterschiedlichen Leistungen beruht sowohl in dem vorliegend gegebenen regulierten Bereich als auch im nicht regulierten Bereich auf der Erkenntnis, dass es keine einheitliche Nachfrage gibt, sondern von Kunde zu Kunde als auch von Unternehmen zu Unternehmen unterschiedliche Bedürfnisse bestehen. Ein Unternehmen, das etwa besonders viele eigene Infrastruktur betreibt, wird eher an Vorleistungsprodukten interessiert sein, die weiter entbündelt sind, das bedeutet, die auf der Wertschöpfungsstufe auf einer niedrigeren Stufe stehen als Anbieter, die insbesondere als Wiederverkäufer auftreten. Speziell bei der Abnahmemenge der einzelnen Produkte wird es von Kunde zu Kunden mehr oder weniger deutliche Unterschiede geben. Das gilt im Übrigen auch für Unternehmen, die ein effizientes Geschäftsmodell verfolgen.
272. Allein der Umstand, dass Unternehmen gleiche Vorleistungsprodukte beziehen bzw. beziehen können, bedeutet dementsprechend nicht, dass die für einzelne regulierte Leistungen angesetzten Tarife nur im Rahmen einer marktübergreifenden Gesamtschau an den Vorgaben des § 37 TKG und hier insbesondere des § 37 Abs. 2 Nr. 3 TKG zu messen wären. Soweit ersichtlich und ausweislich der Einlassungen der Betroffenen in der mündlichen Verhandlung wird dies von der Betroffenen auch dem Grunde nach etwa im Zusammenhang mit der Prüfung des Vorliegens eines Preishöhenmissbrauchs auch nicht bestritten.
273. Insbesondere erscheint es sachgerecht, dass zumindest in Hinsicht auf Produktkategorien, die sich speziell in ihrem Grundpreisniveau deutlich unterscheiden (und zwar selbst dann, wenn diese im Kern relativ vergleichbare Leistungen ermöglichen, wie dies Übertragungswege über Kupferanschlüsse einerseits und über Glasfaseranschlüsse jeweils bis 20 Mbit/s andererseits ermöglichen), den mit der Differenzierung der Entgelte verfolgten Ziel einer verursachungsgerechten Entgeltzuordnung im Rahmen des Nachbildbarkeitstestes nach § 37 Abs. 2 Nr. 3 TKG nicht wieder zu konterkarieren.

2.3.2.2 Endkundenebene

274. Auf der Endkundenebene war insoweit einem aggregierten Ansatz zu folgen als bei dem Produkt Ethernet Connect alle Tarife, das bedeutet neben den AGB-Preisen auch die von den Rabattstufen PUG 2 und PUG 3 zusammen zu prüfen

waren. Von einer übergreifenden Betrachtung auch mit den weiteren Endkundenprodukten BPA sowie DCIP sieht die Beschlusskammer zumindest zum derzeitigen Zeitpunkt ab. So ergeben sich Anhaltspunkte, dass es sich als ein effizientes Geschäftsmodell erweisen kann, dass sich Unternehmen auf das Angebot von solchen Geschäftskundendiensten spezialisieren, bei denen die Vernetzung von Geschäftskundennetzen in Rede stehen. Zu beachten ist auch, dass sich die Betroffenen bis zum 25.01.2022 geweigert hatte, überhaupt die Preise für die Verkehrsklasse „Standard“ gegenüber der Beschlusskammer 2 vorzulegen. Sowohl bei dem Produkt „DCIP“ als auch bei dem Produkt „BPA“ beträgt der Anteil des Verkehrs mit der Verkehrsklasse „Standard“ nach Aussagen der Betroffenen rund **BuGG** %.

275. Vortrag einzelner Beigeladener zur Aggregationsebene

276. Entgegen der Auffassung eines Teiles der Beigeladenen ist für die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere im Hinblick auf die Endkundenerlöse im vorliegenden Fall nicht auf den Einzeltarif abzustellen, sondern entsprechend der Verwaltungspraxis auf eine Tarifgesamtheit, hier der Produktkategorie „Ethernet Connect 2.0“.
277. Der von der Bundesnetzagentur vorliegend gewählte aggregierte Ansatz stellt sicher, dass ein effizienter Wettbewerber in der Lage ist, die Ethernet Connect 2.0 Preise zu rentablen Bedingungen nachbilden können. Die aggregierte Betrachtung steht insoweit im Einklang mit dem internen Entscheidungsprozess eines neuen Marktteilnehmers, als dieser die Rentabilität seiner Investition in ein Netz unter Berücksichtigung der gesamten Magenta-Tarife bewertet, die er auf dem relevanten nachgelagerten Markt anbieten kann.
278. Unabhängig davon ist den Beigeladenen insoweit zuzustimmen, dass die gesetzliche Vorgabe, wonach die Frage des Bestehens einer Preis-Kosten-Schere aus der Perspektive eines „effizienten Unternehmens“ zu bewerten ist, nicht grundsätzlich ausschließt, dass sich unter entsprechenden Marktbedingungen auch Geschäftsmodelle von Wettbewerbern als hinreichend effizient im Sinne des § 37 TKG erweisen können, bei denen nur eine Teilmenge der von dem regulierten Unternehmen angebotenen Produktpalette oder auch nur ein einziges Produkt vertrieben wird.
279. Angesichts des Wortlauts von § 37 Abs. 2 Nr. 3 TKG ist bei dem Preis-Kosten-Scheren-Test als effizienter Unternehmer nämlich nicht nur ein einziger Unternehmenstyp oder ein einziges idealtypisches Geschäftsmodell in den Blick zu nehmen, sondern dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ein Angebot grundsätzlich im Rahmen unterschiedlicher Geschäftsmodelle von effizienten Unternehmen unterschiedlichen Integrationsgrades und unterschiedlichen Angebotsprofils tatsächlich verfolgt werden kann,

vgl. zu der entsprechenden Vorgängernorm § 28 TKG 2004 auch Hinweispapier der Bundesnetzagentur zu PKS-Prüfung, Amtsblatt der Bundesnetzagentur, Abl. BNetzA, 2005, 1189, 1205ff.

280. Damit kommt es bei der Frage nach dem Grad der Aggregation der Produkte, die im Rahmen des Preis-Kosten-Scheren-Tests zugrunde zu legen sind, darauf an, inwieweit auf der Basis einer bestimmten Vorleistung Geschäftsmodelle als effizient anzusehen sind, bei denen nur eines von mehreren bzw. einer Teilmenge von mehreren mit einer Vorleistung möglichen Endkundenprodukte vermarktet wird bzw. werden.
281. Von der Kommission wird dementsprechend auch eine Prüfung von einzelnen sogenannten „Flaggschiffprodukten“ als Einzelprüfung innerhalb einer Marktgesamtheit für sachgerecht erachtet,
- vgl. Anhang II der Empfehlung der Kommission vom 11. September 2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen.
282. Es zeigt sich allerdings, dass sich auf dem Markt für hochqualitative Geschäftskundenanschlüsse zumindest bislang keine Geschäftsmodelle etabliert haben, oder als Flaggschiffprodukte zu identifizieren wären, bei denen nur Anschlüsse einer bestimmten Bandbreite angeboten werden bzw. die sich nur an Kunden in bestimmten Regionen wenden.
283. Auch ist nicht zu erkennen, dass sich zumindest in absehbarer Zukunft Geschäftsmodelle am Markt etablieren sollten, die auf das Angebot nur eines einzigen Produktes ausgerichtet sind.

2.3.2.3 Datengrundlage

284. Als Datengrundlage für den PKS-Test wurde zum einen auf Angaben der Betroffenen Bezug genommen, die diese im Vorfeld der Verfahrenseröffnung sowie im Zusammenhang mit dem aktuell bereits anhängigen Missbrauchsverfahren BK2a 22/001 gegenüber der Beschlusskammer in verschiedenen Auskunftsschreiben mitgeteilt hat.
285. Zur Verteilung der Nachfrage nach VPN 2.0er Leistungen in Hinsicht auf die einzelnen Anschlussregionen, Verkehrsklassen sowie Bandbreiten wird insbesondere auf die Auskünfte der Betroffenen in ihrem Schriftsatz vom 21.02.2022 verwiesen. Konkrete Angaben zu der Verteilung der Nachfrage nach dem Endkundenprodukt EthernetConnect 2.0 und hier im Besonderen zu der Verteilung auf die jeweiligen drei Tarifgruppen (AGB sowie die Rabattstufen 2 und 3, die jeweils für sich wieder in Teilen weitere Absenkungen bei den Preisen von der Länge der vereinbarten Kundenvertragsdauer abhängig machen) hat die Betroffene schließlich mit Schreiben vom 02.03.2022 vorgelegt.

286. In Hinsicht auf die hier vorgenommene Bewertung der anzunehmenden ungefähren Höhe der Zusatzkosten wird weiter auf die Informationen zurückgegriffen, die die Betroffene mit Schreiben vom 25.11.2022 gegenüber der Bundesnetzagentur vorgelegt hat. In Hinsicht auf die Informationen zu den Zusatzkosten von Seiten der Wettbewerber wurde eine Marktabfrage durchgeführt.
287. Ansonsten wurde auf die jeweils vorgelegten Entgelt- sowie Tariflisten abgestellt, die die Betroffenen der Beschlusskammer vorgelegt hat.

2.3.2.4 Erlöse (Ethernet Connect 2.0)

2.3.2.4.1 Allgemeine Annahmen

288. Die Erlöse wurden anhand der aktuellen Endkundenpreise für das Produkt Ethernet Connect 2.0 untersucht. Dabei wurde der voraussichtliche Erlös pro Anschluss und Monat ermittelt.

2.3.2.4.2 Kunden-Verweildauer von 40 Monaten

289. Bei den Berechnungen für das Vorliegen von Anhaltspunkten für das Bestehen einer Preis-Kosten-Schere wurde eine Kundenverweildauer von 40 Monaten zugrunde gelegt. Dies entspricht dem Ergebnis der Marktdatenabfrage. Hierbei haben die Wettbewerber Kundenverweildauern, für ihre unternehmensspezifischen Vergleichsprodukte, von zwölf bis 60 Monaten angegeben. In der mittleren Ausprägung ergab sich dabei eine Kundenverweildauer von 40 Monaten (Medianbetrachtung). Die insoweit ermittelte durchschnittliche Kundenverweildauer liegt insoweit nahezu identisch mit der Kundenverweildauer, die die Betroffenen selber speziell für das Produkt Ethernet Connect 2.0 angegeben hat. Das Abstellen auf die durchschnittliche Kundenverweildauer auf der Grundlage der Ergebnisse einer eigenständigen Marktdatenerhebung für die Betrachtung eines effizienten Unternehmens entspricht der Verwaltungspraxis der Beschlusskammer, wie sie etwa in dem Verfahren BK3c-17/039 vom 08.03.2018, S. 139 Anwendung gefunden hat. Das benannte Verfahren wurde in den Gründen zum Referentenentwurf zu dem TKG 2021 ausdrücklich als die Vorgehensweise zur Ermittlung eines effizienten Unternehmens im Rahmen einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung benannt, die mit der Regelung im TKG 2021 fortgeführt werden sollte, vgl. Drucksache 19/26108, S. 273, zu § 37 TKG wird in § 37 Absatz 2 Nummer 3 sowie Absatz 2 Nummer 5 einheitlich auf ein „effizientes Unternehmen“ ab(gestellt). Auch unter diesem Begriff soll in der regulatorischen Praxis zur Ermittlung der Kosten eines solchen effizienten Unternehmens der sogenannte (adjusted) Equally-Efficient-Operator-Test (EEO-Test) zur Anwendung kommen können, der neben der Perspektive des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht auch die effizienten Wettbewerber berücksichtigt, vgl.

beispielsweise öffentliche Fassung des Beschlusses BK3c-17/039 vom 08.03.2018, S. 139.

290. Zur weiteren Begründung wird insoweit auf die Ausführungen in dem Beschluss BK3c-17/039 vom 08.03.2018 verwiesen.

2.3.2.4.3 Tarilstufen

291. Für die vorliegende vorläufige Betrachtung wurde grundsätzlich die Tarifstufe PUG 2 und einer Mindestvertragsdauer von 36 Monaten zugrunde gelegt. Dies entspricht ebenfalls den Erkenntnissen aus dem Verfahren BK2a 21/008 zur Genehmigung der CFV 2.0-Entgelte und damit der Entgelte für das mit der gegenständlichen Leistung korrespondierenden „Ankerprodukts“.

2.3.2.4.4 Erlöse für die Anschlussleistungen

292. Hinsichtlich der Erlöse für die Überlassung des Anschlusses wird der **monatliche Tarif von 286,56 Euro pro Monat zugrunde gelegt**.
293. Weiter wurden Kosten für die einmalige Bereitstellung entsprechend der Tarifstufe PUG 2 berücksichtigt.
294. Schließlich wurde dieser auf einen Monatssatz umgerechnet. Auch hierbei wurde eine durchschnittliche Kundenbindungszeit von 40 Monaten zugrunde gelegt.
295. Für die **Bereitstellung** der Anschlussleistung auf der Endkundenebene ergibt sich damit ein Betrag von **24,04 Euro pro Anschluss und Monat**.

2.3.2.4.5 Erlöse für die Verbindungsleistungen

2.3.2.4.5.1 Verkehrsklasse „Standard“

296. Hinsichtlich der Berechnung der monatlichen Erlöse für die Verbindungsleistungen, die in der Verkehrsklasse „Standard“ durchschnittlich über den Kundenanschluss geführt werden, wurden folgende Annahmen zugrunde gelegt:
- a) Pro Anschluss wird in der Durchschnittsbetrachtung auf eine einzelne Verbindung abgestellt.
 - b) Zur Berechnung der durchschnittlichen Erlöse für die Verbindungsleistungen wurden, um diese mit den durchschnittlichen Kosten der Verbindungsleistungen vergleichen zu können, die Absatzmengen der Verkehrsklasse „Standard“ des Vorleistungsproduktes Wholesale Ethernet VPN 2.0 über die Bandbreiten 2 – 100 Mbit/s zu Grunde gelegt. Diese hatte die Betroffene am 21.02.22 per E-Mail mit Betreff „Fragenkatalog zum Verfahren BK2a-22/001“ in Anlage 1 vorgelegt.
 - c) Da die Absatzmengen des Vorleistungsproduktes Wholesale Ethernet VPN 2.0 noch zusätzlich nach ihren Anteilen am Kernnetz aufgeteilt sind, wurden die Absatzmengen der verschiedenen Kernnetzanteile der Verkehrsklasse „Standard“

summiert, so dass sich ein Gesamtwert je Bandbreite ergibt. Die Vorleistungsbandbreiten 10; 60 und 80 Mbit/s, die für das Produkt Ethernet Connect 2.0 nicht ausgewiesen sind, wurden aus der Betrachtung ausgeschlossen.

- d) In einem nächsten Schritt wurden die zuvor ermittelten Absatzmengen mit dem jeweiligen Kupfer-Glas-Schlüssel multipliziert, um die entsprechenden Anteile der ausschließlich über Glas geführten Verbindungen zu erhalten. Dieser wird vorläufig auf der Grundlage der Angaben der Betroffenen im Zusammenhang mit der Anzeige der sogenannten Mischtarife für die Leistung VPN 2.0 ermittelt, die zwischenzeitlich bis zum 01.10.2021 zur Anwendung gelangt sind. Die Betroffene hatte in diesem Zusammenhang die Verteilung der jeweiligen Verbindungen auf einerseits Kupfer- und andererseits Glasfaseranschlüsse angegeben.
- e) Zur Berechnung der jeweiligen Erlöse über die einzelnen Bandbreiten der Verkehrsklasse „Standard“ wurde anschließend die Verteilung auf die jeweiligen Tarifstufen entsprechend den Angaben der Betroffenen vom 02.03.2022 berücksichtigt. Hier wurde umfassend von einer Mindestvertragsdauer von 40 Monaten ausgegangen.
- f) Die auf die jeweiligen Bandbreiten und Tarifstufen aufgeschlüsselten Absatzmengen wurden im nächsten Schritt mit den entsprechenden Erlösen für die monatliche Überlassung multipliziert, wodurch die Gesamterlöse der monatlichen Überlassung je Bandbreite und Tarifstufe berechnet werden konnten.
- g) Anschließend wurden die einmaligen Bereitstellungspreise auf Basis eines Zinssatzes von 3,12 Prozent und einer Laufzeit von 40 Monaten diskontiert, mit den entsprechenden Absatzmengen multipliziert und zu den Gesamterlösen der monatlichen Überlassung addiert, um die monatlichen Gesamterlöse inklusive Bereitstellung je Bandbreite und Tarifstufe zu erhalten.
- h) Um die durchschnittlichen Erlöse für die Verbindungsleistungen berechnen zu können, wurde in einem nächsten Schritt der durchschnittliche Gesamterlös der Verkehrsklasse „Standard“ errechnet, indem die monatlichen Gesamterlöse inklusive Bereitstellung einer Bandbreite der Tarifstufen AGB, PUG2 und PUG3 summiert wurden.
- i) Diese durchschnittlichen Gesamterlöse wurden anschließend durch die Absatzmenge der entsprechenden Bandbreite geteilt, um den durchschnittlichen Erlös pro Bandbreite einer Verbindung der Verkehrsklasse „Standard“ zu erhalten.
- j) Eine Gewichtung mit dem entsprechenden Anteil der Verhältnisse der Verkehrsklassen ist hier nicht notwendig, da ausschließlich die Verkehrsklasse „Standard“ betrachtet wird. Im Zuge der Berechnungen, die sich ausschließlich auf einzelne Verkehrsklassen beziehen, ist zu beachten, dass ausschließlich die Absatzmengen der entsprechenden Verkehrsklasse betrachtet werden und keine Gewichtung im Gesamtverhältnis zu anderen Verkehrsklassen vorgenommen wird. Dies kann zu Verzerrungen im Verhältnis zur Betrachtung über alle Verkehrsklassen führen.
- k) Anschließend wurde dieser durchschnittliche Erlös je Bandbreite pro Verbindung nach der entsprechenden Absatzmenge gewichtet, die das Verhältnis der Summe der Absatzmengen je Bandbreite der Verkehrsklasse „Standard“ zu der gesamten Absatzmenge über alle Bandbreiten der Verkehrsklasse „Standard“ darstellt.
- l) Diese nach Absatzmengen gewichteten durchschnittlichen Erlöse je Bandbreite pro Verbindung wurden in einem letzten Schritt summiert und bilden somit das Ergebnis des durchschnittlichen Verbindungserlöses für das Endkundenprodukt

Ethernet Connect 2.0 der Verkehrsklasse „Standard“ auf Basis der Absatzmengen des Vorleistungsproduktes Wholesale Ethernet VPN 2.0 ab.

297. Unter Berücksichtigung der oben genannten Annahmen ergeben sich nach einer vorläufigen Berechnung durchschnittliche Erlöse von rund 62,58 Euro pro Verbindung und Monat für die Verkehrsklasse „Standard“.

298. BuGG der Betroffenen mit Ausnahme des Endergebnisses

Durchschnittlicher Verbindungserlös Ethernet Connect 2.0 nur Glasfaser, Verkehrsklasse „Standard“, 40 Monate VLZ						
Bandbreite	2M	4M	8M	20M	40M	100M
Gesamterlöse monatlich Überlassung [Euro]						
Standard						
AGB						
PUG 2 & 3						
Gesamterlöse monatlich inkl. Bereitstellung [Euro]						
Standard						
AGB						
PUG 2 & 3						
Gesamterlöse monatlich inkl. Bereitstellung über alle Tarifstufen [Euro]						
Standard						
Durchschnittlicher Erlös je Verbindung [Euro]						
Standard						
Gewichteter durchschnittlicher Erlös je Verbindung (Gewichtung nach Absatzmengen) [Euro]						
Ergebnis durchschnittlicher Verbindungserlös Ethernet Connect 2.0 [Euro]						
62,58						

2.3.2.4.5.2 Weitere Verkehrsklassen

299. Unter Berücksichtigung der weiter bislang verkauften Verkehrsklassen Critical, Priority und Premium ergeben sich bei einer Durchschnittsbetrachtung vorliegende vorläufige Ergebnisse:

300. +++ BuGG der Betroffenen mit Ausnahme des Endergebnisses +++

Durchschnittlicher Verbindungserlös Ethernet Connect 2.0 nur Glasfaser, Verkehrsklasse „Critical“, 40 Monate VLZ						
Bandbreite	2M	4M	8M	20M	40M	100M
Gesamterlöse monatlich Überlassung [Euro]						
Critical						
AGB						
PUG 2 & 3						
Gesamterlöse monatlich inkl. Bereitstellung [Euro]						
Critical						
AGB						
PUG 2 & 3						
Gesamterlöse monatlich inkl. Bereitstellung über alle Tarifstufen [Euro]						
Critical						
Durchschnittlicher Erlös je Verbindung [Euro]						
Critical						
Ergebnis durchschnittlicher Verbindungserlös Ethernet Connect 2.0 [Euro]						
156,14						

301. +++ BuGG der Betroffenen mit Ausnahme des Endergebnisses +++

Durchschnittlicher Verbindungserlös Ethernet Connect 2.0 nur Glasfaser, Verkehrsklasse „Priority“, 40 Monate VLZ						
Bandbreite	2M	4M	8M	20M	40M	100M
Gesamterlöse monatlich Überlassung [Euro]						
Priority						
AGB						
PUG 2 & 3						
Gesamterlöse monatlich inkl. Bereitstellung [Euro]						
Priority						
AGB						

PUG 2 & 3						
Gesamterlöse monatlich inkl. Bereitstellung über alle Tarifstufen [Euro]						
Priority						
Durchschnittlicher Erlös je Verbindung [Euro]						
Priority						
Gewichteter durchschnittlicher Erlös je Verbindung (Gewichtung nach Absatzmengen) [Euro]						
Ergebnis durchschnittlicher Verbindungserlös Ethernet Connect 2.0 [Euro]						
156,14						

302. + + + BuGG der Betroffenen mit Ausnahme des Endergebnisses + + +

Durchschnittlicher Verbindungserlös Ethernet Connect 2.0 nur Glasfaser, Verkehrsklasse „Premium“, 40 Monate VLZ						
Bandbreite	2M	4M	8M	20M	40M	100M
Gesamterlöse monatlich Überlassung [Euro]						
Premium						
AGB						
PUG 2 & 3						
Gesamterlöse monatlich inkl. Bereitstellung [Euro]						
Premium						
AGB						
PUG 2 & 3						
Gesamterlöse monatlich inkl. Bereitstellung über alle Tarifstufen [Euro]						
Premium						
Durchschnittlicher Erlös je Verbindung [Euro]						
Premium						
Gewichteter durchschnittlicher Erlös je Verbindung (Gewichtung nach Absatzmengen) [Euro]						
Ergebnis durchschnittlicher Verbindungserlös Ethernet Connect 2.0 [Euro]						
205,82						

303. Entsprechend der Gewichtung der Verkehrsklassen zueinander ergibt sich demnach das folgenden vorläufige Ergebnis:

Durchschnittlicher Verbindungserlös Ethernet Connect 2.0 nur Glasfaser über alle Verkehrsklassen, 40 Monate VLZ						
Bandbreite	2M	4M	8M	20M	40M	100M
Gesamterlöse monatlich Überlassung [Euro]						
Standard						
AGB						
PUG 2 & 3						
Critical						
AGB						
PUG 2 & 3						
Priority						
AGB						
PUG 2 & 3						
Premium						
AGB						
PUG 2 & 3						
Gesamterlöse monatlich inkl. Bereitstellung [Euro]						
Standard						
AGB						
PUG 2 & 3						
Critical						
AGB						
PUG 2 & 3						
Priority						
AGB						
PUG 2 & 3						
Premium						
AGB						
PUG 2 & 3						
Gesamterlöse monatlich inkl. Bereitstellung über alle Tarifstufen [Euro]						
Standard						

Critical						
Priority						
Premium						
Durchschnittlicher Erlös je Verkehrsklasse [Euro]						
Standard						
Critical						
Priority						
Premium						
Durchschnittlicher Erlös je Verbindung (Gewichtung nach Rabattstufen) [Euro]						
Gewichteter durchschnittlicher Erlös je Verbindung (Gewichtung nach Absatzmengen) [Euro]						
Ergebnis durchschnittlicher Verbindungserlös Ethernet Connect 2.0 [Euro]						
133,55						

2.3.2.5 Kosten

304. Die Kosten eines Wettbewerbers, der ein hochqualitatives Geschäftskundenprodukt auf Grundlage von VPN 2.0 realisiert, setzen sich zusammen aus den an die Betroffene für VPN 2.0 zu entrichtenden Vorleistungsentgelten, ggf. den Kosten für die Kollokation am Zusammenschaltungspunkt, ggf. den Kosten für den Transport im eigenen Kernnetz sowie aus darüberhinausgehenden Zusatzkosten (vorrangig für Vertrieb und Fakturierung gegenüber dem Endkunden) sowie den Gemeinkosten.
305. Für die gegenständliche Prüfung des Vorliegens von Anhaltspunkten für eine Preis-Kosten-Schere wird als Anwendungsfall bei der Nutzung der Vorleistung VPN 2.0 zunächst (konservativ, das bedeutet PKS-mindernd) mit einer reinen P2MP-Architektur gerechnet, vgl. hierzu auch die weitergehenden Erläuterungen unter Ziffer 5.1.4.1.

2.3.2.5.1 Kosten Überlassung des Anschlusses 1 G (Customer Sited)

306. Bewertung nach Marktabfrage allgemein
307. Bei der Ermittlung der entsprechenden Kosten wurde schließlich die Gewichtung bei der Verteilung auf die unterschiedlichen Anschlussregionen (Short Range, Backbone, Regio und Country) mit den angezeigten Kosten von
- Short Range 140,29 Euro

- Backbone 197,47 Euro
- Metro 290,76 Euro
- Country 365,85 Euro

308. zugrunde gelegt, die sich aus den Angaben der Betroffenen zur Verteilung der Anschlüsse 1 G UNI vom 21.02.2022 ergeben.

- Short Range: **BuGG**
- Backbone: **BuGG**
- Metro: **BuGG**
- Country: **BuGG** (jeweils bis auf das Gesamtergebnis **BuGG** der **TDG**)

309. Gewichtet mit den oben dargestellten Anschlusspreisen ergibt dies einen Durchschnittswert für die Kosten eines UNI-Anschlusses von vorläufig rund **230,83 Euro**.

2.3.2.5.2 Kosten einmalige Bereitstellung Anschluss 1 G UNI

310. Die Kosten für die einmalige Bereitstellung für den 1 G UNI-Anschluss liegen bandbreitenübergreifend sowie verkehrsklassenübergreifend bei 1557,64 Euro

311. Demnach ergeben sich unter Berücksichtigung einer 40-monatigen Kundenverweildauer Vorleistungskosten für die Bereitstellung von monatlich 38,94 Euro.

312. Nach der erforderlichen Annualisierung ist vorläufig ein Erlös von 41,60 Euro pro Monat bei einer Kundenverweildauer von 40 Monaten anzusetzen.

2.3.2.5.3 Kosten einmalige Bereitstellung einer Verbindung

313. Die aktuellen Tarife für die einmalige Bereitstellung einer Verbindungsleistung betragen bandbreitenübergreifend und verkehrsklassenübergreifend jeweils 69,37 Euro. Unter Berücksichtigung der erwähnten durchschnittlichen Kundenverweildauer von 40 Monaten ergibt sich somit ein Wert von 1,73 Euro pro Verbindung und Anschluss.

314. Nach der erforderlichen Annualisierung ist bei einer Kundenverweildauer von 40 Monaten vorläufig ein Erlös von 1,85 Euro anzusetzen.

2.3.2.5.4 Anteilige Kosten Überlassung eines NNI 10 G Kollokation

315. Schließlich wurden die Kosten für einen 10 G Übergabeanschluss insoweit mit angesetzt, als angenommen wird, dass ein solcher grundsätzlich für 31 Verbindungen verwendet wird.

316. Dies entspricht dem Ergebnis der Marktabfrage. Das Ergebnis korrespondiert im Übrigen in etwa mit den Angaben der Betroffenen, nach denen ein NNI mit durchschnittlich (**BuGG**) Verbindungen belegt ist.

317. Als monatliches Entgelt wurde dabei auf die günstigste Variante, das bedeutet eine Abnahme in der Form der Kollokation an einem Performance-Standort zugrunde gelegt (296,16 Euro).
318. Damit ergeben sich Anhaltspunkte für monatliche Kosten von vorläufig rund 9,56 Euro.

2.3.2.5.5 Anteilige Kosten einmalige Bereitstellung NNI 10 G

319. Die einmaligen Kosten für die Bereitstellung des 10 G NNI von 1557,64 Euro sind durch die durchschnittliche Anzahl der Verbindungen, die über diesen geführt werden (laut Ergebnis der Marktabfrage sind dies 31 Verbindungen pro NNI) zu teilen und auf die durchschnittliche Kundenverweildauer von 40 Monaten hinunterzurechnen.
320. Nach der erforderlichen Annualisierung bei einer Kundenverweildauer von 40 Monaten ist ein Erlös von 1,34 Euro anzusetzen.

2.3.2.5.6 Monatliche Kosten für die Verbindung

321. Bei der Ermittlung der Kosten für Verkehre, bei denen auf mindestens einem Anschlussarm mehr als eine Verbindung terminiert bzw. zugeführt wird, wurden die Kosten so berechnet, dass jeweils ein einzelner Anschluss in der Variante „Customer Sited“ zugrunde gelegt wurde und jeweils die Kosten für eine Verbindung hinzugerechnet wurden. Es hat sich im Rahmen der Marktabfrage gezeigt, dass auf einen Anschlussarm „Customer Sited“ in der Form des UNI nahezu ausschließlich eine einzige Verbindung geführt wird.
322. Das Ergebnis der Marktdatenabfrage entspricht im Übrigen nahezu identisch dem Ergebnis der tatsächlichen Verteilung von Anschluss und Verbindung bei den Kunden der Betroffenen.
323. So hat die Betroffene auf Nachfrage der Beschlusskammer am 22.04.2022 die Aufteilung des Bestands von Anschlüssen und Verbindungen des Endkundenproduktes Ethernet Connect 2.0 mit Datenstand 30.03.2022 übermittelt. In Bezug auf den EC 2.0 Anschluss L (1G) bestehen zum 30.03.2022 (**BuGG** der Betroffenen) für das Endkundenprodukt Ethernet Connect 2.0
324. Bei der Ermittlung der durchschnittlichen Kosten für eine Verbindung über einen Glasfaseranschluss in der Verkehrsklasse „Standard“ wurden die Angaben der Betroffenen vom 21.02.2022 verwendet. Hierbei war einerseits zu beachten, dass die Verbindungen bis einschließlich 20 Mbit/s sowohl über Kupfer- als auch über Glasfaseranschlüsse geführt werden, während die Verbindungen über 20 Mbit/s ausschließlich über Glasfaseranschlüsse angeboten werden. Zu einer ersten Abschätzung des Anteiles der Verbindungen bis 20 Mbit/s, die über Glasfaseranschlüsse geführt werden, hat die Beschlusskammer das Mischungsverhältnis zugrunde gelegt, das die Betroffene im Zusammenhang mit den vormals

von ihr verlangten Mischtarifen bei der Leistung VPN 2.0 mitgeteilt hatte. Weiter war zu beachten, dass kernnetzverbleibende und kernnetzverlassende Verbindungsleistungen unterschiedlich entgolten werden. Das jeweilige Verhältnis der Verbindungen je Bandbreite zueinander wurde von der Betroffenen übermittelt.

2.3.2.5.6.1 Verkehrsklasse „Standard“

325. Demnach ergeben sich bei einer gesonderten Betrachtung der Verkehrsklasse „Standard“ durchschnittliche monatliche Kosten für die Verbindung in Höhe von vorläufig 5,62 Euro.

326. + + + BuGG der Betroffenen mit Ausnahme des Endergebnisses + + +

Durchschnittlicher Verbindungskosten Wholesale Ethernet VPN 2.0 nur Glasfaser, Verkehrsklasse „Standard“, 40 Monate VLZ						
Bandbreite	2M	4M	8M	20M	40M	100M
Gesamtkosten monatlich Überlassung [Euro]						
Standard						
Ohne Kern- netzanteil						
Kernnetz- verlassend						
Kernnetz- verbleibend						
Gesamtkosten monatlich inkl. Bereitstellung [Euro]						
Standard						
Ohne Kern- netzanteil						
Kernnetz- verlassend						
Kernnetz- verbleibend						
Gesamtkosten monatlich inkl. Bereitstellung (Gewichtung nach Kernnetzanteilen) [Euro]						
Standard						
Durchschnittliche Einzelkosten je Verbindung [Euro]						
Standard						
Gewichtete durchschnittliche Einzelkosten je Verbindung (Gewichtung nach Absatzmengen) [Euro]						

Ergebnis durchschnittliche Verbindungskosten VPN 2.0 [Euro]						
5,62						

327.

2.3.2.5.6.2 Weitere Verkehrsklassen

328. Bei aggregierter Betrachtung der weiteren Verkehrsklassen ergibt sich das vorliegende vorläufige Ergebnis:

329. **+++ BuGG der Betroffenen mit Ausnahme des Endergebnisses +++**

Durchschnittlicher Verbindungskosten Wholesale Ethernet VPN 2.0 nur Glasfaser über alle Verkehrsklassen, 40 Monate VLZ						
Bandbreite	2M	4M	8M	20M	40M	100M
Gesamtkosten monatlich Überlassung [Euro]						
Standard						
Ohne Kernnetzanteil						
Kernnetzverlassend						
Kernnetzverbleibend						
Priority						
Ohne Kernnetzanteil						
Kernnetzverlassend						
Kernnetzverbleibend						
Premium						
Ohne Kernnetzanteil						
Kernnetzverlassend						
Kernnetzverbleibend						
Gesamtkosten monatlich inkl. Bereitstellung [Euro]						

Standard						
Ohne Kern- netzanteil						
Kernnetz- verlassend						
Kernnetz- verbleibend						
Priority						
Ohne Kern- netzanteil						
Kernnetz- verlassend						
Kernnetz- verbleibend						
Premium						
Ohne Kern- netzanteil						
Kernnetz- verlassend						
Kernnetz- verbleibend						
Gesamtkosten monatlich inkl. Bereitstellung (Gewichtung nach Kernnetzanteilen) [Euro]						
Standard						
Priority						
Premium						
Durchschnittliche Einzelkosten je Verbindung [Euro]						
Standard						
Priority						
Premium						
Durchschnittliche Einzelkosten je Verbindung (Gewichtung nach Verkehrsklassen) [Euro]						
Gewichtete durchschnittliche Einzelkosten je Verbindung (Gewichtung nach Absatzmengen) [Euro]						

Ergebnis durchschnittliche Verbindungskosten VPN 2.0 [Euro]
10,36

2.3.2.5.8 Kosten für die Kollokation

330. Die Kollokationskosten eines VPN 2.0 -Nachfragers könnten grundsätzlich in Anlehnung an entsprechende Berechnungen bzgl. TAL-Nachfragern und unter Rückgriff auf Daten der dort erfolgten Marktabfrage bestimmt werden. Da aktuell bei der Verkehrsklasse „Standard“ auch ohne diese Kosten Anhaltspunkte für das Vorliegen einer PKS vorhanden sind, bedarf es hierzu aktuell keiner weitergehenden Abschätzung.

2.3.2.5.9 Zusatzkosten

331. Neben den durch die erforderliche Netzinfrastruktur bedingten Kosten ergeben sich für den VPN 2.0-Nachfrager bei der Erstellung eines hochqualitativen Geschäftskundenproduktes zusätzliche Kosten, die in direktem Bezug zum Endkunden stehen (insbesondere Vertriebskosten).
332. Hinsichtlich der Kosten für Endkundenakquisition und Marketing, Kundenservice, Störungsannahme, Forderungsausfälle und einen etwaigen Widerruf durch den Endkunden wurde auf die Daten aus der o. g. und im Laufe des Verfahrens abgeschlossenen Marktabfrage zurückgegriffen.
333. Nach Ausschluss der jeweiligen Ausreißer nach oben und nach unten, das bedeutet der Anbieter mit den höchsten Zusatzkosten einerseits sowie den niedrigsten Zusatzkosten andererseits, ergaben sich demnach für das Geschäftsjahr 2021 Zusatzkosten in Höhe von 55,39 Euro.
334. Das Abstellen auf die Ergebnisse einer eigenständigen Marktdatenerhebung für die Betrachtung eines effizienten Unternehmens entspricht der grundsätzlichen Verwaltungspraxis der Beschlusskammer, wie sie etwa in dem Verfahren BK3c-17/039 vom 08.03.2018, S. 139 Anwendung gefunden hat.

„Hinsichtlich der Kosten für Endkundenakquisition und Marketing, Kundenservice, Störungsannahme, Forderungsausfälle und einen etwaigen Widerruf durch den Endkunden wurde unverändert zum vorhergehenden Verfahren wieder auf die Daten aus der o. g. Marktabfrage zurückgegriffen und aus den Rückläufen - unter Gewichtung mit den Kundenzahlen - gewogene Durchschnittswerte berechnet. Ausreißer nach oben und unten wurden über eine statistische Formel (25 Prozent/75 Prozent-Quartil) beseitigt. Im Hinblick auf das Billing wurden, angesichts der ganz erheblichen Schwankung der Werte aus der Marktabfrage, die effizienten Fakturierungskosten der Antragstellerin

angesetzt. Diese sind von der Beschlusskammer antragsübergreifend anhand von Kostenunterlagen festgelegt worden...

335. Zwar erfolgt in dem gegenständlichen Verfahren - anders als bei dem Verfahren BK3c 17/039 - kein Rückgriff auf die Fakturierungskosten der Betroffenen. Dies liegt allerdings daran, dass nach Ausschluss der jeweiligen Ausreißer nach oben und nach unten – anders als in dem genannten Verfahren - keine entsprechenden Schwankungen mehr vorhanden sind. Die gegenständliche Entscheidung folgt damit der in dem Verfahren BK3c 17/039 dargestellten Verwaltungspraxis.
336. Das Verfahren BK3c 17/039 wurde in den Gründen zum Referentenentwurf zu dem TKG 2021 ausdrücklich als die Vorgehensweise zur Ermittlung eines effizienten Unternehmens im Rahmen einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung benannt, die mit der Regelung im TKG 2021 fortgeführt werden sollte, vgl. Drucksache 19/26108, S. 273, zu § 37 TKG.

2.3.2.5.10 Gemeinkosten

337. Ein Ansatz für die Gemeinkosten wurde im Rahmen der Prüfung von Anhaltspunkten unter Rückgriff auf die Kalkulation zu dem aktuellen Release bestimmt. Die Gemeinkosten belaufen sich anteilig auf 12,63% der Einzelkosten, (vgl. auch BK3c 21/004, S. 68 der öffentlichen Fassung). Der vorliegend absolut anzusetzende Wert beträgt demnach **43,72 Euro**.

2.3.2.5.11 Ergebnis PKS-Test UNI 1G und Verkehrsklasse „Standard“

Monatliche Kosten eines VPN 2.0 Nachfragers unter Verwendung von glasfaserbasierten Anschlüssen und der Verkehrsklasse „Standard“ mit einer Kundenverweildauer von 40 Monaten		Monatlicher Erlös eines entsprechenden Endkundenproduktes „Ethernet Connect 2.0“ Standard in der Tarifzone PUG 2 mit einer Kundenverweildauer von 40 Monaten
1 x Überlassung Anschluss UNI Customer Sited (Gewichtet Marktabfrage)	230,80 Euro	286,56 Euro + 24,04 Euro (Bereitstellung Anschluss) + 62,58 Euro Verbindung (Bandbreitenmix)
1 x Bereitstellung Anschluss UNI Customer Sited (Annualisiert 40 Monate)	+ 41,60 Euro	
1 x Überlassung Verbindung (Standard) Bandbreitenmix	5,62 Euro	
1 x Bereitstellung Verbindung (Standard) (Umgerechnet auf 40 Monate)	1,85 Euro	

		Bei PUG 2 „0 Euro“	
Übergabeanschluss 10 G NNI (Performance Standort Kollokation) Überlassung	9,56 Euro		
Übergabeanschluss 10 G NNI (Performance Standort Kollokation) Bereitstellung	1,34 Euro		
Kollokation	(wird hier zunächst nicht mit angesetzt)		
Transport im Kernnetz	(wird hier zunächst nicht mit angesetzt)		
Sonstiges			
Zusatzkosten	55,39 Euro		
Gemeinkosten	12,63 % (43,72 Euro)		
	389,88 Euro		373,18 Euro

2.3.2.5.12 Ergebnis PKS-Test UNI 1G und alle Verkehrsklassen

Monatliche Kosten eines VPN 2.0 Nachfragers unter Verwendung von glasfaserbasierten Anschlüssen und über alle Verkehrsklassen mit einer Kundenverweildauer von 40 Monaten		Monatlicher Erlös eines entsprechenden Endkundenproduktes „Ethernet Connect 2.0“ Standard in der Tarifzone PUG 2 mit einer Kundenverweildauer von 40 Monaten
1 x Überlassung Anschluss UNI Customer Sited (Gewichtet Marktabfrage)	230,80 Euro	286,56 Euro
1 x Bereitstellung Anschluss UNI Customer Sited (Annualisiert 40 Monate)	+ 41,60 Euro	

		+ 24,04 Euro (Bereitstellung Anschluss)	
1 x Überlassung Verbindung (Verkehrs- und Bandbreitenmix)	10,36 Euro	+ 133,55 Euro Verbindung (Verkehrs- und Bandbreitenmix)	
1 x Bereitstellung Verbindung (Standard) (Umgerechnet auf 40 Monate)	1,85 Euro	Bei PUG 2 „0 Euro“	
Übergabeanschluss 10 G NNI (Performance Standort Kollokation) Überlassung	9,56 Euro		
Übergabeanschluss 10 G NNI (Performance Standort Kollokation) Bereitstellung	1,34 Euro		
Kollokation	(wird hier zunächst nicht mit angesetzt)		
Transport im Kernnetz	(wird hier zunächst nicht mit angesetzt)		
Sonstiges			
Zusatzkosten	55,39 Euro		
Gemeinkosten	12,63 % (44,32 Euro)		
	395,22 Euro		444,15 Euro

2.4 Keine sachliche Rechtfertigung

338. Es sind keine Gründe für eine sachliche Rechtfertigung des für die tenorierten Entgelte festgestellten Preishöhenmissbrauchs nach § 37 Abs. 1 S. 3 TKG erkennbar.

2.5 Vereinbarkeit mit den Regulierungszielen

339. Bei ihren Entscheidungen hat die Bundesnetzagentur auch stets die Ziele und Grundsätze des § 2 Abs. 2 und 3 TKG zu berücksichtigen. § 2 TKG ist als eine das ganze TKG erfassende Leitnorm mit entsprechendem Beachtungsanspruch zu verstehen,

vgl. Geppert/Schütz, BeckTKG-Komm/Cornils, § 2 Rn. 19.

340. Anhaltspunkte dafür, dass das Ergebnis mit den entsprechenden Vorgaben nicht in Einklang stehend würde, sind weder ersichtlich noch vorgetragen.

2.6 Feststellung und Untersagung

341. Sofern die Regulierungsbehörde feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 37 TKG genügen, untersagt sie gemäß § 46 Abs. 3 TKG das nach diesem Gesetz verbotene Verhalten und erklärt die beanstandeten Entgelte ab dem Zeitpunkt der Feststellung für unwirksam.

342. Die Voraussetzungen für ein Einschreiten auf dieser Rechtsgrundlage sind vorliegend gegeben.

343. Die im Tenor benannten Entgelte überschreiten den wettbewerbsanalogen Preis um mehr als 5 % und erweisen sich damit als missbräuchlich.

344. Unabhängig davon ist festzuhalten, dass die Entgelte der Betroffenen für die Leistung VPN 2.0 den wettbewerbsanalogen Preis um jeweils mehr als 20 % übersteigen. Eine Ausnahme hiervon bilden allein die einmaligen Bereitstellungsentgelte für die Leistung 10 G NNI Kollokation, bei denen der wettbewerbsanaloge Preis um rund 10 % überschritten wird. Selbst wenn man also dem Standpunkt der Betroffenen folgen wollte und einen Erheblichkeitszuschlag von 15 % ansetzen würde, vgl. Stellungnahme der Betroffenen vom 22.03.2022, S.16, erweisen sich mit Ausnahme der benannten Entgelte für die einmalige Bereitstellung des 10 G NNI-Anschlusses Kollokation sämtliche der tenorierten Entgeltpositionen als missbräuchlich und sind zu untersagen.

345. Schließlich erweisen sich die Entgelte für die VPN 2.0er-Anschlüsse 1 G UNI/NNI Customer Sited in den Varianten Regio und Country als missbräuchlich, da die Betroffene mit Ethernet Connect 2.0 in der Tarifstufe PUG 3 ein auf der Endkundenebene korrespondierendes Produkt zu niedrigeren Entgelten anbietet.

2.7 Hinweis auf Vorschlagsrecht

346. Es wird darauf hingewiesen, dass es der Betroffenen nach § 46 Abs. 4 S. 1 TKG offensteht, Vorschläge zur Änderung der Entgelte vorzulegen. Legt die Betroffene innerhalb eines Monats ab dem Zeitpunkt der Feststellung nach Absatz

3 Vorschläge zur Änderung der Entgelte vor, prüft die Bundesnetzagentur binnen eines Monats ab der Vorlage der Vorschläge, ob diese die festgestellten Verstöße gegen die Anforderungen des § 37 abstellen. Mit der Feststellung, dass vorgelegte geänderte Entgelte den Anforderungen des § 37 genügen, werden diese Entgelte nach § 46 Abs. 4 S. 2 TKG unverzüglich wirksam.

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Schmitt-Kanthak

Lindhorst

Woesler

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, erhoben werden.

Gebühren:

Für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen der Beschlusskammer werden Gebühren nach der Besonderen Gebührenverordnung der Beschlusskammern Post und Telekommunikation der Bundesnetzagentur (BKGebV) erhoben. Weitere Informationen finden Sie unter „Aktuelles“ auf den Internetseiten der Beschlusskammern 2, 3, 5 und 11 unter www.bundesnetzagentur.de.