



Beschlusskammer 3
BK3h-22/005

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerrufs von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Empfehlung der Kommission vom 09.10.2014 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung 2014/710/EU) (ABl. EU Nr. L 295 S. 79))¹

betreffend:

GlasfaserPlus GmbH, Schanzenstraße 6-20, 1.14 Kupferhütte, 51063 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene zu 1),

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

Betroffene zu 2),

– Verfahrensbevollmächtigte

der Betroffenen zu 1):

Dentons Europe (Germany) GmbH & Co.KG
Rechtsanwälte Steuerberater
Thurn-und-Taxis-Platz 6
60313 Frankfurt am Main

¹ Entspricht Markt Nr. 1 der Empfehlung der Kommission vom 18. Dezember 2020 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die gemäß der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung (EU) 2020/2245) (ABl. EU Nr. L 439 S. 23).

der Betroffenen zu 2): Deutsche Telekom AG
 Friedrich-Ebert-Allee 140
 53113 Bonn,
 diese vertreten durch
 Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbH,
 Charlottenstraße 57,
 10117 Berlin –

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

durch

die Vorsitzende Ute Dreger
 den Beisitzer Matthias Wieners und
 die Beisitzerin Stephanie Holzwarth-Thilo

nach der von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur beschlossenen Festlegung BK1-19/001 vom 11.10.2019:

„Auf dem regulierungsbedürftigen bundesweiten Markt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang verfügt die Telekom Deutschland GmbH und die mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG) im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht.“

Dieser Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen umfasst:

- *„Entbündelter Zugang zur TAL in Form der Kupferdoppelader am HVt oder einem anderen näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt,*
- *Gebündelter² Zugang zur hybriden TAL am HVt,*
- *Entbündelter Zugang zur TAL am ODF auf Basis von massenmarktfähigen FTTH-Infrastrukturen in PtP-Bauweise,*
- *Lokaler virtuell entbündelter Zugang. Hierunter sind die folgenden Produkte zu fassen:*
 - *virtuell entbündelter Zugang am MSAN (MSAN-VULA),*
 - *virtuell entbündelter Zugang am BNG (BNG-VULA in den Varianten ADSL, VDSL und SDSL),*
 - *virtuell entbündelter Zugang in Form eines Layer 2-Zugangsproduktes am Switch/BNG bei massenmarktfähigen FTTB³/H-Infrastrukturen in PtP- und in PtMP/PON-Bauweise,*
- *Zudem ist aufgrund des indirekten Wettbewerbsdrucks der Markt 3a um die Kabelnetze erweitert.“*

² Anstelle des entbündelten so genannten Zugriffs auf den „blanken Draht“ wird der gebündelte Zugang nur in Ausnahmefällen erfasst, wenn das Angebot von entbündeltem Zugang im Einzelfall unsinnig und daher sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Zur näheren Erläuterung siehe unter Kapitel 3.2.1 der Festlegung.

³ Hierbei handelt es sich lediglich um klassisches FTTB, d.h. die Inhouse-Verkabelung wird mittels eines CuDA-Kabels geführt.

auf die mündliche Verhandlung vom 19.03.2024

folgende

Regulierungsverfügung

beschlossen:

I. Verpflichtungen der Betroffenen zu 1)

Der **Betroffenen zu 1)** werden unter Beibehaltung, Änderung sowie teilweisem Widerruf der mit Regulierungsverfügungen BK3h-14/114 vom 28.10.2015 und BK3g-15/004 vom 01.09.2016 auferlegten Pflichten folgende Verpflichtungen auferlegt:

Zugangsverpflichtungen:

1. anderen Unternehmen **Zugang** ab dem 16.10.2024 zu zum Zeitpunkt der Nachfrage bestehenden **Kabelkanalanlagen** zum Zweck des Aufbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten zu gewähren, wobei die Betroffene zu 1) eine angemessene Betriebsreserve vorhalten und ihren Eigenbedarf vorrangig befriedigen darf;

Gleichbehandlungsverpflichtungen:

2. den Zugang dadurch in **diskriminierungsfreier** Weise zu gewähren, dass Vereinbarungen über den **Zugang** gemäß Ziffer 1. sowie der virtuell entbündelte Zugang in Form eines Layer 2-Zugangsproduktes am Switch/BNG bei massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen **auf objektiven Maßstäben** beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren, der in Bezug auf Funktionsumfang und Preis mindestens jenem vergleichbar ist, den sich die Betroffene zu 1) selbst intern oder der Betroffenen zu 2) gegenüber bereitstellt und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügt;
3. zur Gewährleistung eines gleichwertigen, virtuell entbündelten Zugangs in Form eines Layer 2-Zugangsproduktes am Switch/BNG bei massenmarktfähigen **FTTB/H-Infrastrukturen** darüber hinaus internen wie externen Zugangsnachfragern Dienstleistungen und Informationen zu denselben Bedingungen, einschließlich Entgelten und Dienstumfang, innerhalb derselben Fristen, unter Verwendung derselben Systeme und Prozesse und mit gleicher Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit bereitzustellen (Prinzip der Gleichwertigkeit des Inputs, **Equivalence of Input, Eol**);

Monitoringverpflichtungen:

4. den betroffenen Zugangsnachfragern auf Anforderung und der Bundesnetzagentur ohne gesonderte Aufforderung **Auswertungen** nebst Berechnungsmethoden über die grundlegenden Leistungsindikatoren für die nachfolgenden **Elemente der Leistungsbereitstellung** für sich selbst und Dritte in einer Form zu überlassen, die Rückschlüsse auf die Einhaltung der Verpflichtungen nach Ziffern 2. und 3. ermöglichen:

quartalsweise für bauliche Anlagen

- Bestellprozess und
- Bereitstellung,

monatlich für den virtuell entbündelten Zugang zur Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitung am BNG

- Bestellprozess,
 - Bereitstellung,
 - Dienstqualität, einschließlich der Mängel und des Entstörprozesses und
 - Migrationsprozesse, innerhalb derer Zugangsinteressenten zwischen verschiedenen Vorleistungen wechseln können;
5. der Bundesnetzagentur zwecks fortlaufender Nachprüfbarkeit einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung nach Ziffer 3 des Tenors im Hinblick auf die gleiche Nutzbarkeit der verwendeten Systeme und Prozesse monatlich geeignete Leistungsdaten zu übermitteln hinsichtlich
- der **Gesamtdurchlaufzeiten** für die verschiedenen Geschäftsprozesse, jeweils differenziert danach, ob es sich um eigene oder Aufträge Dritter handelt, sowie
 - der **Bearbeitungszeit der Aufträge** durch das IT-System „Digital-OSS“, jeweils aufgeschlüsselt nach eigenen Aufträgen und Aufträgen Dritter sowie nach Geschäftsfall,
6. die diskriminierungsfreie Zugangsgewährung nach Ziffer 3. auch hinsichtlich der preislichen Komponente sicherzustellen und nachprüfbar zu machen, indem zur Ermöglichung des wirtschaftlichen Nachbildbarkeitstests (**Economic Replicability Test, ERT**) folgende **Informationen** für den jeweiligen Kalendermonat erfasst und auf Anforderung der Bundesnetzagentur vorgelegt werden: die abgesetzten Mengen an breitbandigen Produkten,
- die Verteilung der breitbandigen Produkte auf die angebotenen Bandbreiten,
 - die Verteilung der Übergabeanschlüsse (1G, 10G, 100G) sowie
 - der durchschnittlich am Übergabeanschluss übermittelte Transport.

Transparenzverpflichtungen:

7. zum 16.01.2025 aktuelle Informationen zur tatsächlichen Belegung von Kabelkanalanlagen bzw. die Kennzeichnung freier Kapazitäten (Anzeige, ob Rohre frei sind und wenn ja, Anzahl der jeweils freien Rohre je Trassenabschnitt) in Form eines Datenquaders, der Rohdaten für diejenigen Trassen der Betroffenen zu 1) in der Bundesrepublik Deutschland enthält, in denen eigene Rohre der Betroffenen zu 1) verlegt sind, der zentralen Informationsstelle des Bundes gemäß § 78 TKG zu übergeben, damit diese sie für Zugangsnachfrager im Infrastrukturatlas oder in einem diesen ersetzenden Datenportal zugänglich machen kann. Die Daten sind entsprechend den Vorgaben der jeweils geltenden Datenlieferungsbedingungen der zentralen Informationsstelle quartalsweise immer als aktualisierter Gesamtbestand und nicht lediglich als Ergänzungs- oder Teillieferung zu übermitteln;
8. die Bundesnetzagentur unverzüglich darüber zu **informieren**, wenn sie den **Aufbau von Masten und Trägersysteme oberirdischer Leitungen** zum Zweck des Aufbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten **plant**;
9. auf ihren Internetseiten darüber zu **informieren**, wenn der Ausbau von **massenmarktfähigen FTTH-Infrastrukturen in einer PtP-Architektur** so verfestigt geplant ist, dass er den Ausbaustatus „Gebietsausbau in Planung“ in der Verfügbarkeitsinformation für den eigenen Vertrieb und eigene Zugangsnachfrager erreicht;

10. Transparenz dadurch herzustellen, dass gültige **Verträge** über Zugangsleistungen gemäß Ziffer 1. sowie den virtuell entbündelten Zugang in Form eines Layer 2-Zugangsproduktes am Switch/BNG bei massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen der Bundesnetzagentur ohne gesonderte Aufforderung in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung **vorgelegt** werden, es sei denn, der jeweilige Vertrag liegt der Bundesnetzagentur bereits vor. Die Pflicht umfasst auch Verträge mit Unternehmen, die mit einer der Eigentümerinnen der Betroffenen zu 1) gemäß § 3 Nr. 69 TKG verbunden oder zusammengeschlossen sind;

Standardangebotsverpflichtung:

11. ein **Standardangebot für Zugangsleistungen** zu veröffentlichen, zu deren Angebot sie durch Ziffer 1. verpflichtet ist, sowie für den virtuell entbündelten Zugang in Form eines Layer 2-Zugangsproduktes am Switch/BNG bei massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen, wobei die Angaben zu den Standorten des Zugangs bzw. der Kollokation nicht veröffentlicht, sondern interessierten Unternehmen nur auf Nachfrage zugänglich gemacht werden müssen;

Entgeltregulierung:

12. **Entgelte** für die Gewährung des Zugangs gemäß Ziffer 1. nach Maßgabe der §§ 39 ff. TKG **genehmigen** zu lassen.

II. Monitoringverpflichtungen der Betroffenen zu 2)

13. der Bundesnetzagentur ohne gesonderte Aufforderung monatliche Auswertungen nebst Berechnungsmethoden über die grundlegenden Leistungsindikatoren für den virtuell entbündelten Zugang zur Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitung am BNG nach Ziffer 4. des Tenors durch die Betroffene zu 1) zu überlassen, namentlich
- Bestellprozess,
 - Bereitstellung und
 - Dienstqualität, einschließlich der Mängel und des Entstörprozesses
- als Nachfrager;
14. Die **Betroffene zu 2)** wird verpflichtet, die ihr mit Tenorziffer 2.6.1 bis 2.6.6 und 2.6.8 des Beschluss BK3i-19/020 vom 21.07.2022 auferlegten Verpflichtungen auch zur Ermöglichung des ERT über alle mit ihr verbundenen und zusammengeschlossenen Unternehmen zu erfüllen.

III. Widerrufe

15. Die Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015 wird hinsichtlich aller dort geregelten Pflichten in Bezug auf den Bitstrom-Zugang durch Überlassung breitbandiger Anschlüsse samt Übergabe des zugehörigen Paketstroms auf Layer 2 widerrufen.
16. Die Regulierungsverfügung BK3g-15/004 vom 01.09.2016 wird vollständig widerrufen.

Inhaltsverzeichnis

A. A. Sachverhalt.....	9
1. Verfahrensgegenstand und Betroffene des Verfahrens	9
2. Bisheriger Regulierungsrahmen, Verfahrenseinleitung und Ermittlungen	10
3. Vortrag der Betroffenen vor Veröffentlichung des Konsultationsentwurfs.....	11
4. Konsultationsverfahren	13
B. Gründe.....	44
1. Rechtliche Grundlagen	44
2. Zuständigkeit und Verfahren	45
3. Beträchtliche Marktmacht.....	45
4. Keine Beschränkung auf bestimmte Regulierungsverpflichtungen	47
4.1. Keine Beschränkung aufgrund von § 33 TKG	47
4.2. Keine Beschränkung infolge eines Betreibermodells.....	48
5. Zugangsverpflichtungen.....	49
5.1. Prüfprogramm des § 26 TKG	49
5.2. Zugang zu baulichen Anlagen, § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG	50
5.2.1. Tatbestandliche Voraussetzungen der Zugangsverpflichtung	51
5.2.2. Ermessensausübung	53
5.2.2.1. Zugang zu KKA: Eignung.....	53
5.2.2.2. Zugang zu KKA: Erforderlichkeit	58
5.2.2.3. Zugang zu KKA: Angemessenheit	61
5.2.3. Umfang der Zugangsverpflichtung zu KKA	65
5.2.4. Zeitliche Komponente der Zugangsverpflichtung	66
6. Gleichbehandlungsverpflichtung, § 24 TKG.....	67
6.1. Rechtliche Grundlagen der Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 24 TKG ...	67
6.2. Ermessensausübung hinsichtlich einer Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 24 Abs. 1 TKG für den Zugang zu KKA (EoO).....	69
6.2.1. Legitimer Zweck.....	69
6.2.2. Eignung	69
6.2.3. Erforderlichkeit.....	71
6.2.4. Angemessenheit.....	73
6.3. Ermessensausübung hinsichtlich eines gleichwertigen Zugangs zu den aktiven Glasfaseranschlüssen der Betroffenen zu 1) (EoO und EoI)	73
6.3.1. Legitimer Zweck und Eignung	74
6.3.2. Erforderlichkeit.....	74
6.3.3. Angemessenheit.....	75
6.3.3.1. Anbieterinteresse / Zusätzlicher Befolgungsaufwand	76
6.3.3.2. Keine Zusatzbelastung durch Maßgabe gleicher Entgeltbedingungen	78
6.3.3.2.1. Methodik und Maßstäbe der Nachbildbarkeitsprüfung (ERT nach TKG)	79

6.3.3.2.2.	Flagschiffprüfung nach der Gigabit-Empfehlung.....	79
6.3.3.2.2.1.	Bestimmung des Flagschiffprodukts.....	80
6.3.3.2.2.2.	Kosten des Nachfragers eines BNG-Glasfaser-VULA.....	83
6.3.3.2.2.3.	Relevante regulierte Vorleistungen und relevante Bezugspreise.....	84
6.3.3.2.2.4.	Relevante nachgelagerte Kosten	90
6.3.3.2.2.5.	Erlöse und Erlösminderungen.....	93
6.3.3.2.3.	Nachbildbarkeit nach den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts..	97
6.3.3.2.4.	Fazit ERT	98
6.3.3.3.	Keine Zusatzbelastung durch Maßgabe gleicher Bedingungen und des gleichen Dienstumfangs.....	99
6.3.3.4.	Verzicht auf eine ex ante-Entgeltregulierung, Nr. 14 lit. b) der Gigabit-Empfehlung.....	104
6.3.4.	Gesamtergebnis	105
7.	Monitoring.....	106
7.1.	Monitoring Zugang zu baulichen Anlagen	106
7.2.	Zentrale Leistungsindikatoren Monitoring BNG-Glasfaser-VULA.....	107
7.2.1.	Monitoringverpflichtung der Betroffenen zu 1).....	107
7.2.2.	Monitoringverpflichtung der Betroffenen zu 2).....	108
7.3.	Monitoring bezüglich der Identität der Systeme und Prozesse	108
7.4.	Monitoring bezüglich Entgeltgleichheit bzw. wirtschaftlicher Replizierbarkeit	109
7.5.	Überprüfung des ERT	111
8.	Transparenzverpflichtung, § 25 TKG	112
8.1.	Rechtliche Grundlagen.....	113
8.2.	Transparenzverpflichtung bezüglich der Informationen zur Belegung von KKA.....	113
8.3.	Zugang zu MToiL	116
8.4.	Transparenz bezüglich eines künftigen Glasfaser-Ausbaus in PtP-Bauweise	116
8.5.	Transparenzverpflichtung hinsichtlich Vertragsvorlage.....	117
9.	Standardangebotsverpflichtung, § 29 TKG.....	119
9.1.	Rechtliche Grundlagen.....	119
9.2.	Standardangebotsverpflichtung: Zugang zu baulichen Anlagen	119
9.3.	Standardangebotsverpflichtung: BNG-Glasfaser-VULA	121
10.	Entgeltregulierung.....	122
10.1.	Rechtliche Grundlagen.....	122
10.2.	Entgelte für den Zugang zu baulichen Anlagen	124
10.2.1.	Auferlegung von Entgeltverpflichtungen.....	124
10.2.2.	Wahl der Genehmigungspflicht	126
10.2.2.1.	Entgeltgenehmigungspflicht: Geeignetheit	127
10.2.2.2.	Entgeltgenehmigungspflicht: Erforderlichkeit.....	128
10.2.2.3.	Entgeltgenehmigungspflicht: Angemessenheit.....	129
10.3.	Entgelte für den BNG-Glasfaser-VULA	130

10.3.1. Absehen von Entgeltregulierung: Tatbestandliche Voraussetzungen.....	130
10.3.1.1. Netz mit sehr hoher Kapazität.....	130
10.3.1.2. Nachweisbarer Preisdruck auf die Endkundenpreise	131
10.3.1.3. Effektiver und nichtdiskriminierender Zugang.....	133
10.3.1.3.1. Nichtdiskriminierungsverpflichtung nach dem EoI-Ansatz	133
10.3.1.3.2. Wirtschaftliche Nachbildbarkeit (ERT).....	134
10.3.1.3.3. Technische Nachbildbarkeit (TRT).....	134
10.3.2. Geeignetheit des Absehens von Entgeltregulierung.....	134
10.3.3. Erforderlichkeit des Absehens von Entgeltregulierung	135
10.3.4. Angemessenheit des Absehens von Entgeltregulierung	135
11. Widerruf des bisherigen Regulierungsrahmens.....	136
11.1. Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem entbündelten Zugang zur Kupfer-TAL	136
11.2. Verpflichtung zum physisch entbündelten Zugang zur Glasfaser-TAL.....	136
11.3. Verpflichtung, virtuell entbündelten Zugang zur Glasfaser-TAL zu gewähren.....	137
11.4. Ankündigungsfrist	139
Abkürzungsverzeichnis	141

A. Sachverhalt

1. Verfahrensgegenstand und Betroffene des Verfahrens

Gegenstand dieses Verfahrens ist im Wesentlichen die Regelung von Regulierungsverpflichtungen der **Betroffenen zu 1)** im Zusammenhang mit ihrem Glasfasernetz auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen.

Die Betroffene zu 1) ist eine von der Betroffenen zu 2) am 10.11.2020 gegründete Gesellschaft. Die **Betroffene zu 2)** ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Deutsche Telekom AG und ist auf dem hier relevanten Vorleistungsmarkt marktbeherrschend. Sie betreibt ein bundesweit flächendeckendes Teilnehmernetz auf der Basis von kupferbasierten Teilnehmeranschlussleitungen (TAL). Darüber hinaus produziert sie auch Breitbandanschlüsse über ihr Glasfasernetz (FTTB/H). Über ihr Teilnehmernetz ist sie sowohl auf dem Endkundenmarkt als auch auf dem Vorleistungsmarkt aktiv.

Zweck der Gründung der **Betroffenen zu 1)** war es, in weniger dichtbesiedelten Gegenden gemeinsam mit einem Investor ein Glasfaser-Anschlussnetz ausschließlich zum Angebot von aktiven Bitstromzugangprodukten für die Versorgung von Endkunden des Massenmarkts aufzubauen. Als potentiellen Partner akquirierte die Betroffene zu 2) im Jahr 2021 den australischen Infrastrukturinvestor IFM Investors und den von ihr beratenen IFM Global Infrastructure Fund (gemeinsam IFM). Die Betroffene zu 2) bereitete im letzten Quartal 2021 den Einstieg der IFM in die Betroffene zu 1) vor. Zu diesem Zweck gründete sie die Zwischenholding GlasfaserPlus Holding GmbH & Co. KG (GFH Co. KG) und brachte sämtliche Geschäftsanteile an der Betroffenen zu 1) in die GFH Co. KG ein. Das geplante Gemeinschaftsunternehmen zwischen IFM und der Betroffenen zu 2) wurde am 25.01.2022 als Zusammenschlussvorhaben ohne Auflagen von der Europäischen Kommission freigegeben (Case M.10548). Über die luxemburgische Beteiligungsgesellschaft Glasfaser Holdings 2 S.á.r.l. (GFH2) erwarb IFM im Februar 2022 von der Betroffenen zu 2) 50% der Kommanditanteile an der GFH Co. KG. So dann begann die Betroffene zu 1) mit dem Ausbau ihres Glasfasernetzes.

Der Glasfaserausbau der Betroffenen zu 1) erfolgt grundsätzlich in Form einer PON-Architektur bis in die Räumlichkeiten der Endkunden. Aktuell hat die Betroffene zu 1) – auf Grundlage eines befristeten Vertrages – die Betroffene zu 2) als Dienstleister für den Netzausbau und Netzbetrieb verpflichtet. Insbesondere nutzt sie Technikflächen sowie die Wholesale-Schnittstelle der Betroffenen zu 2). Die Ausbauplanung der Betroffenen zu 1) konzentriert sich vorrangig auf Gemeinden **[BuGG]**. Der Ausbau soll sowohl eigenwirtschaftlich sowie mittels staatlicher Förderungen erfolgen. Die Betroffene zu 2) hat **[BuGG]**. Bis zum Jahr 2028 plant die Betroffene zu 1) den Ausbau von ca. 4 Millionen HHUStO.

Als sog. „Wholesale-only“-Unternehmen betreibt die Betroffene zu 1) kein eigenes Endkundengeschäft, sondern ist ausschließlich auf dem Vorleistungsmarkt tätig. Hauptprodukt der Betroffenen zu 1) ist ein Layer-2-Bitstromzugang (BNG-Glasfaser-VULA) zu den Teilnehmeranschlüssen in ihrem Netz, mit dem andere Netzbetreiber und Anbieter von Telekommunikationsdiensten ihren Endkunden bzw. Wiederverkäufern eigene Dienste anbieten können. Die Betroffene zu 1) schließt hierfür auf der Grundlage ihres Vertragsangebots Fiber Broadband Bitstream Access („FB-Vertrag“) unmittelbar Verträge mit den Internetzugangsanbietern ab. Das Produkt wird im Rahmen eines Commitment-Modells oder eines Einzelabnahmемodells angeboten. Vorleistungsverträge bestehen derzeit mit der Betroffenen zu 2) sowie der Plusnet GmbH. **[BuGG]**. Zusätzlich bietet sie den Zugang über einen Layer 3-Bitstrom an.

Die Betroffene zu 1) verbaut derzeit größtenteils Mikrorohre, aber auch Kabelkanalanlagen (KKA) aus Kunststoff mit größeren Durchmessern. Der Ausbau findet ausschließlich unterirdisch statt. Insbesondere werden derzeit keine Masten- und Trägersystemen oberirdischer Leitungen (MToiL) verbaut.

Die Dokumentation der Infrastruktur der Betroffenen zu 1) erfolgt unternehmensintern in dem GIS-basierten IT-System TKI NET der Tele-Kabel-Ingenieurgesellschaft mbH. Mit TKI NET dokumentiert die Betroffene zu 1) ihre Infrastruktur auf Trassen-, Rohr- und Kabel- bis hin zur Faserebene. Hierin werden auch als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschützte Daten der Betroffenen zu 1) angezeigt. Nach Angabe der Betroffenen zu 1) ist die Software nicht in der Lage, sensible Daten für bestimmte Nutzergruppen auszublenden und mithin nicht mandantenfähig. Daneben beliefert die Betroffene zu 1) den Infrastrukturatlas des Bundes (ISA) mit Trasseninformationen. Über den ISA werden keine Leerrohrkapazitäten dargestellt. Informationen über verfügbare Leerrohrkapazitäten können bei der Betroffenen zu 1) über ein elektronisches Service-Postfach objektkonkret angefragt werden. **[BuGG]**.

2. Bisheriger Regulierungsrahmen, Verfahrenseinleitung und Ermittlungen

Nach den aktuellen Feststellungen der Bundesnetzagentur verfügt die Betroffene zu 2) auf dem hier relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht. Sie (bzw. ihre Rechtsvorgängerin) ist seit Beginn der Regulierung verpflichtet, entbündelten Zugang zu ihren Teilnehmeranschlüssen zu gewähren. Auf Grundlage der vorangegangenen Festlegungen der Präsidentenkammer zum hier relevanten Markt wurde die Betroffene zu 2) mit Regulierungsverfügung BK3g-15/004 vom 01.09.2016 hinsichtlich des physisch entbündelten Zugangs zu ihren Teilnehmeranschlüssen sowie zum virtuell entbündelten Zugang am Multi-Services-Access-Node (TAL-Zugang) und mit Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015 u. a. hinsichtlich des virtuell entbündelten Zugangs am BNG (Layer 2-Bitstrom-Zugang) verpflichtet.

Im Hinblick auf die Geltung dieser Pflichten auch für neu gegründete, mit dem marktmächtigen Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 69 TKG verbundene Unternehmen kam das Verwaltungsgericht Köln mit Beschluss vom 17.06.2020 (VG Köln, 21 K 5745/18) nach summarischer Prüfung zu dem Ergebnis, dass bestehende Regulierungsverpflichtungen auch für ein *während* des Geltungszeitraums einer Regulierungsverfügung gegründetes, mit dem regulierungsverpflichteten, marktmächtigen Unternehmen verbundenes oder zusammengeschlossenes Unternehmen gelten. Hintergrund dieses Beschlusses war ein Feststellungsantrag der Betroffenen zu 2) und der EWE TEL GmbH (EWE TEL) bei der Bundesnetzagentur, dass ein von ihnen geplantes Gemeinschaftsunternehmen nicht den Verpflichtungen aus den Regulierungsverfügungen BK3g-15/004 sowie BK3h-14/114 unterliege.

Am 27.05.2019 leitete die Beschlusskammer unter dem Aktenzeichen BK3i-19/020 ein Verfahren zur turnusmäßigen Überprüfung der der Betroffenen zu 2) mit den o.g. Regulierungsverfügungen auferlegten Regulierungsverpflichtungen für den TAL-Zugang sowie für den Layer 2-Bitstrom-Zugang ein. Am 11.10.2019 erfolgte die Festlegung BK1-19/001 zur Marktdefinition und Marktanalyse für den Markt 3a der Märkteempfehlung 2014/710/EU vom 09.10.2014 (Festlegung) durch die Beschlusskammer 1 (Präsidentenkammer), wonach die Betroffene zu 2) und die mit ihr nach § 3 Nr. 29 TKG a.F. verbundenen Unternehmen auf dem bundesweiten Markt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang über beträchtliche Marktmacht verfügen. Die Betroffene zu 1) wurde im Verfahren BK3i-19/020 nach der Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission am 25.01.2022 als Betroffene zu 3) geführt. Mit Verfügung vom 01.06.2022 trennte die Beschlusskammer das Verfahren gegenüber der hiesigen Betroffenen zu 1) ab, um bei den anstehenden Regulierungsentscheidungen eine weitergehende, umfassende Tatsachenermittlung betreiben zu können, ohne das Verfahren BK3i-19/020 zu verzögern. Die Festlegung wurde mit der Konsultation des Entwurfs der Regulierungsverfügung BK3i-19/020 am 13.10.2021 veröffentlicht.

Am 21.07.2022 wurden der **Betroffenen zu 2)** unter Beibehaltung, Änderung sowie teilweisem Widerruf der mit Regulierungsverfügungen vom 28.10.2015 (BK3h-14/114) und 01.09.2016 (BK3g-15/004) auferlegten Pflichten Zugangs-, Gleichbehandlungs-, Transparenz-, Entgeltgenehmigungsverpflichtungen sowie Pflichten hinsichtlich getrennter Rechnungslegung auferlegt. Die Tenorierung der Regulierungsverfügung BK3i-19/020 war in personaler Hinsicht aus-

drücklich auf die hiesige Betroffene zu 2) beschränkt. Die Regulierungsverpflichtungen im Hinblick auf die kupferbasierten Anschlüsse der Betroffenen zu 2) wurden weitestgehend beibehalten. Die bereits seit 2009 bestehende Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen wurde erweitert, so dass die Betroffene zu 2) nunmehr anderen Unternehmen Zugang zum Zeitpunkt der Nachfrage bestehenden KKA sowie Masten und Trägersystemen oberirdischer Linien zum Zweck des Aufbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten oder zum Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung am KVz bzw. MSAN im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten zu gewähren hat. Hierbei darf die Betroffene zu 2) eine angemessene Betriebsreserve vorhalten und ihren Eigenbedarf vorrangig befriedigen. Damit sich Zugangsnachfrager über die bestehenden Leerrohrkapazitäten informieren können, wurde die Betroffene zu 2) verpflichtet, vierteljährlich aktualisierte Daten an den ISA zu übersenden, wo diese in ein neues Informationstool eingepflegt werden. Die Entgelte für den Zugang zu baulichen Anlagen muss sich die Betroffene zu 2) weiterhin vorab genehmigen lassen.

Abgesehen wurde von einer Zugangsverpflichtung zu FTTH-Vorleistungsprodukten der Betroffenen zu 2) sowie zu deren entbündelter Glasfaser-TAL. Auch von einer ex-ante-Entgeltregulierung bezüglich FTTH-Vorleistungsprodukten der Betroffenen zu 2) wurde abgesehen. Diese Modifikationen bei der Glasfaserregulierung gegenüber der Kupfer-Regulierung konnten im Hinblick auf eine Auferlegung strenger Gleichbehandlungsverpflichtungen erfolgen. Während hinsichtlich der Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen der Maßstab des Equivalence of Output (EoO) als ausreichend angesehen wurde, gilt für FTTH-Vorleistungsprodukte nunmehr der strengere Maßstab der Equivalence of Input (EoI). Dies umfasst auch die Verpflichtung, die Leistungen zu wirtschaftlich nachbildbaren Entgelten anzubieten. Die Replizierbarkeit wurde von der Beschlusskammer nach Maßgabe der Nichtdiskriminierungsempfehlung geprüft. Flankiert wurden diese Maßnahmen von umfassenden Transparenzverpflichtungen der Betroffenen zu 2). Zudem muss die Betroffene zu 2) sowohl hinsichtlich der Leerrohrzugangsverpflichtung als auch dem Angebot von FTTH-Vorleistungsprodukten Standardangebote vorlegen.

Mit Schreiben vom 13.06.2022 teilte die Beschlusskammer der Betroffenen zu 1) avisierte Regulierungsmaßnahmen mit und gab Gelegenheit zur Stellungnahme.

3. Vortrag der Betroffenen vor Veröffentlichung des Konsultationsentwurfs

Im Vorfeld der Veröffentlichung des Konsultationsentwurfs hat die Betroffene zu 1) mehrfach, zuletzt mit Schreiben vom 09.02.2024, wie folgt Stellung genommen:

Die Betroffene zu 1) ist der Ansicht, dass sowohl aus rechtlichen als auch aus tatsächlichen Gründen ihr gegenüber eine Entgeltregulierung nicht möglich sei. Die Beschlusskammer sei vielmehr an die im Regulierungsverfahren BK3i-19/020 getroffene Entscheidung, in Bezug auf Glasfaserprodukte keine Regulierung der Zugangsentgelte anzuordnen, auch im hiesigen Verfahren gebunden. Sie werde nur aufgrund der (rechtlichen) Zurechnung der Marktmacht der Betroffenen zu 2) überhaupt reguliert. Diese Zurechnung dürfe indes nicht allein auf Tatsachenebene erfolgen, sondern müsse auch die Rechtsfolgenseite betreffen. Das Ergebnis des im Regulierungsverfügungsverfahren BK3i-19/020 durchgeführten ERT-Tests müsse auch für die Betroffene zu 1) gelten, eine strengere Regulierung als die der Betroffenen zu 2) verbiete sich. Da die getroffenen regulatorischen Verpflichtungen rechtlicher Natur seien, könne im hiesigen Verfahren nur noch geprüft werden, ob erhebliche tatsächliche Unterschiede in der Preisgestaltung vorlägen. Dies sei nicht der Fall.

Eine Entgeltregulierung sei auch deshalb ausgeschlossen, weil die Beschlusskammer entsprechend der Ratio des § 33 TKG berücksichtigen müsse, dass die Betroffene zu 1) kein eigenes Endkundengeschäft betreibe. Stattdessen biete sie auf der Basis eines diskriminierungsfreien Angebots dritten Zugangsnachfragern aktive Vorleistungsprodukte an und fördere durch den so generierten Dritturnsatz einen nachhaltigen Wettbewerb.

Der Ausbau der Betroffenen zu 1) fördere zudem den Zugang zu und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger sowie die Nutzer- und Verbraucherinteressen erheblich. Denn die Betroffene zu 1) konzentrierte sich bei ihrer Ausbauplanung auf den Glasfaserausbau in ländlichen Regionen. Durch die Auferlegung einer Entgeltregulierung gegenüber der Betroffenen zu 1) würden diese Investitionen in moderne Glasfasernetze behindert. Die Beschlusskammer habe die Bedeutung des VHCN-Ausbaus bereits im Verfahren gegenüber der Betroffenen zu 2) anerkannt und nach § 38 Abs. 2 TKG von einer Entgeltregulierung abgesehen. Diese Regelung werde unterlaufen, wenn die Beschlusskammer der Betroffenen zu 1) eine Entgeltregulierung auferlegen würde, die gerade in den VHCN-Ausbau in ländlichen Regionen investiere. Der Ausbau von FTTH-only-Netzen müsse daher ebenfalls positiv im Ermessen der Beschlusskammer berücksichtigt werden.

Ein Absehen von der Entgeltregulierung würde zudem nicht bedeuten, dass die Betroffene zu 1) missbräuchliche Preise veranschlagen dürfte, da sie nach wie vor der Missbrauchskontrolle unterliege.

Auch die Bewertung der konkret von der Betroffenen zu 1) geforderten Entgelte würden im Vergleich zur Betroffenen zu 2) keine andere Behandlung rechtfertigen. Die im Commitment-Modell der Betroffenen zu 1) angebotenen Preise lägen nicht über den im Commitment-Modell der Betroffenen zu 2) angebotenen Entgelte. Die Preise seien vielmehr identisch. Das Angebot der Betroffenen zu 1) führe auch nicht zu effektiven Entgelten, die oberhalb der Commitmententgelte der Betroffenen zu 2) liegen. Vielmehr gehe man davon aus, dass das Commitment-Modell der Betroffenen zu 1) effektiv einen signifikanten Preisvorteil gegenüber dem Modell der Betroffenen zu 2) biete.

Ein höherer Effektivpreis der Betroffenen zu 1) folge nicht daraus, dass die von ihr angebotenen Preise schneller hochliefen als die der Betroffenen zu 2). Die Betroffenen zu 1) und zu 2) böten dieselben Commitment-Preise für dieselben Zeiträume an. Die Preise blieben auch über die gesamte Commitment-Laufzeit identisch. Ein effektiver Vorteil bestehe auch nicht vor dem Hintergrund, dass ein Wholesale-Kunde den FB-Vertrag mit der Betroffenen zu 2) ein Jahr früher hätte unterzeichnen können, als ihn die Betroffene zu 1) angeboten hatte. Denn es stand jedem Wholesale-Kunden frei, bereits im Zeitraum vom 1. April 2022 bis zum 31. März 2023 das angebotene Commitment bei der Betroffenen zu 1) abzuschließen.

Die Commitment-Preise der Betroffenen zu 1) seien auch nicht deshalb effektiv höher als bei der Betroffenen zu 2), weil die Betroffene zu 1) im Vergleich mit der Betroffenen zu 2) mehr kleine als große Ortsnetze anbinde. Beide Unternehmen würden die gleichen Entgelte fordern, die die höheren Ausbaukosten in kleinen Ortsnetzen berücksichtigen würden.

Das Angebot der Betroffenen zu 1) führe auch nicht deshalb zu effektiv höheren Entgelten, weil die Wholesale-Kunden, um auf das Netz der Betroffenen zu 1) zugreifen zu können, einen Übergabeanschluss bei der Betroffenen zu 1) buchen müssen. Denn **[BUGG]**. Sofern mithin ein Wholesale-Kunde im Ausbaubereich der Betroffenen zu 1) Endkunden über ein Bitstrom-Produkt versorgen wolle, müsse er auf das FTTH-Netz der Betroffenen zu 1) zugreifen und hierfür einen Übergabeanschluss beauftragen. Dasselbe gelte, wenn ein Wettbewerber der Betroffenen zu 1) ein FTTH-Netz im Ausbaubereich der Betroffenen zu 2) errichten würde. Vielmehr hätten Wholesale-Kunden mehrere Vorteile durch einen zusätzlichen Übergabeanschluss zum FTTH-Netz der Betroffenen zu 1). Separate Übergabeanschlüsse ermöglichten es den Wholesale-Anbietern, mit der Betroffenen zu 1) abweichende Konfigurationen bei der Produktgestaltung, u.a. bei der Definition von Service-Klassen, zu vereinbaren. Auch ermöglichten die getrennten Anschlüsse es der Betroffenen zu 1), individuelle, von dem Produktportfolio der Betroffenen zu 2) abweichende Produkte anzubieten.

Auch der sog. „Umbrella-Mechanismus“ der Betroffenen zu 2) führe nicht dazu, dass die Commitment-Entgelte der Betroffenen zu 1) effektiv oberhalb den Commitment-Entgelten der Betroffenen zu 2) liegen. Denn es sei den Wholesale-Kunden möglich, ihre VDSL-Commitments bei der Betroffenen zu 2) jährlich zu reduzieren. Wenn mithin im Laufe eines Jahres auf Grund

der fortlaufenden Migration von VDSL-Kunden auf FTTH das Commitment-Modell eine Überkapazität aufweise, so könnten die Wholesale-Kunden ihr Commitment bei der Betroffenen zu 2) anpassen. **[BUGG]**. Gleichzeitig sei es den Wholesale-Kunden auf Grund des von der Betroffenen zu 1) angebotenen FTTH-only-Modells möglich, aus kalkulatorischer Vorsicht zunächst das geringste Commitment von 3 % zu beauftragen. Wenn sich im Laufe des Jahres herausstellen sollte, dass die Migration schneller erfolge und mehr Endkunden als erwartet ein FTTH-Produkt buchten, sei dies für den Wholesale-Kunden nicht mit zusätzlichen Kosten verbunden. Vielmehr könne er am Ende des Commitment-Jahres für das Folgejahr das „überbuchte“ Commitment nachziehen. Eine Nachzahlungspflicht für das „überbuchte“ Commitment bestehe nicht.

Die Kombination dieser beiden Möglichkeiten biete dem Wholesale-Kunden eine vergleichbare Flexibilität, wie er sie bei der Buchung eines VDSL- und FTTH-Produktes bei der Betroffenen zu 2) im Rahmen des Umbrella-Mechanismus erfahre. Ein effektiver Kostennachteil könne hierdurch ausgeschlossen werden. Tatsächlich werde davon ausgegangen, dass das Commitmentmodell der Betroffenen zu 1) effektiv einen signifikanten Preisvorteil gegenüber dem Modell der Betroffenen zu 2) biete. Denn den Wholesale-Kunden sei es möglich, zunächst ein geringes Commitment bei der Betroffenen zu 1) abzuschließen und – bei entsprechend erfolgreicher Vermarktung – zum 01.04. des Folgejahres die überschrittene Commitment-Basis nachzuziehen. Durch diesen Nachzieh-Mechanismus könne der Wholesale-Kunde im jeweiligen Jahr einen Auslastungsgrad von über 100% erreichen.

Im Übrigen sei im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, dass das Interesse der Investoren auf ein wirtschaftlich selbständiges, von der Betroffenen zu 2) losgelöstes Handeln der Betroffenen zu 1) ausgerichtet sei. Insbesondere liege es im Interesse der Investoren, ein für Nachfrager attraktives und wettbewerbsfähiges Zugangsangebot zu unterbreiten.

Die **Betroffene zu 2)** tritt der angekündigten Auferlegung der sie betreffenden Monitoring- und Informationsverpflichtung entgegen. Sie ist der Auffassung, dass eine Durchführung des ERT allein auf ihre Daten zurückgreifen müsse und bietet an, diese freiwillig zur Verfügung zu stellen. Sie meint, dass schon aufgrund ihrer Bereitschaft zur Datenherausgabe eine Auferlegung von Verpflichtungen als weitere Betroffene in den Verfahren gegenüber den mit ihr zusammengeschlossenen Unternehmen nicht erforderlich sei. Darüber hinaus seien ihr entsprechende Verpflichtungen bereits in den Regulierungsverfügungen zu Markt 3a (BK3i-19/020) und Markt 3b (BK3b-20/027) auferlegt worden. Eine erneute Auferlegung bedeute eine überflüssige Doppelregelung.

4. Konsultationsverfahren

Der Entwurf der Regulierungsverfügung wurde am 06.03.2024 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Hierauf hat die Beschlusskammer im Amtsblatt Nr. 05/2024 vom 06.03.2023 als Mitteilung Nr. 104/2024 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur hingewiesen. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen. In diesem Zeitraum gingen bei der Beschlusskammer schriftliche Stellungnahmen von insgesamt 10 Unternehmen und Verbänden ein.

Vortrag im Rahmen des Konsultationsverfahrens

Vortrag betreffend die Marktfestlegung 2019

Die Betroffene zu 1) ist der Ansicht, die Marktfestlegung 2019 scheide als taugliche Grundlage für die beabsichtigten Regulierungsverpflichtungen aus. Sie sei veraltet und unvollständig. Insbesondere lasse sie die tatsächlichen Marktgegebenheiten unberücksichtigt, die sich seit der Festlegung im Jahr 2019 ergeben haben.

Öffentliche Fassung
-Korrigierte Fassung-

Die Betroffene zu 1) rügt Verstöße gegen §§ 14 Abs 1 und 15 Abs. 1 TKG. Der Entwurf sei erst 29 Monate nach der Marktdefinition und -analyse vorgelegt worden und damit fast zwei Jahre nach der gesetzlichen Regelfrist. Gründe, die diesen Verstoß heilen könnten, seien nicht erkennbar.

Darüber hinaus werde die Bundesnetzagentur § 15 Abs. 1 TKG nicht gerecht, denn sie habe nicht berücksichtigt, dass die Ergebnisse der Festlegung nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprächen. Die Marktfestlegung BK1-19/001 sei inhaltlich veraltet und unvollständig. Soweit ihr im Wesentlichen Daten aus dem Jahr 2016 zugrunde gelegen hätten, spiegelten diese nicht mehr die tatsächlichen Marktgegebenheiten wider. Dies werde durch die aktuellen Zahlen der Bundesnetzagentur und des Breitbandatlas bestätigt. Insbesondere sei die Anzahl der mit FTTB/H erschlossenen Kunden um mehr als 250 % zwischen 2018 und 2022 gestiegen. Ebenfalls unberücksichtigt bleibe, dass der Marktanteil der Wettbewerber am Investitionsvolumen in Deutschland ausweislich der Marktanalyse des BREKO den Anteil der Betroffenen zu 2) deutlich übersteige. Die Marktfestlegung 2019 sei auch unvollständig, denn sie schließe den Markt für Kabelkanäle und Leerrohre ausdrücklich von dem hier gegenständlichen Markt aus. Ebenfalls von der Marktfestlegung nicht berücksichtigt werde der zunehmende Anteil von symmetrischen Zugangsvereinbarungen nach §§ 138ff. TKG sowie von Vereinbarungen zum Zugang zu geförderten Infrastrukturen nach § 155 TKG. Beide Instrumente würden ausweislich des Tätigkeitsberichts der Bundesnetzagentur auch intensiv genutzt. Insgesamt wäre daher eine neue Marktfestlegung erforderlich gewesen, um auf dieser Basis hinreichend prognostizieren zu können, welche Regulierungsinstrumente erforderlich seien, um die Regulierungsziele des TKG zu erreichen.

Schließlich rügt die Betroffene zu 1) dass der Konsultationsentwurf nicht dem Erfordernis einer vorhersehbaren Regulierung nach Art. 3 Abs. 4 lit. a EKEK genüge.

Hierzu verweist die Betroffene zu 1) auf die entsprechende Kritik der Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme zu dem Verfahren betreffend die Betroffene zu 2) (BK3i-19/020) und der Monopolkommission in ihrem 13. Sektorgutachten. Die regulatorische Vorhersehbarkeit werde durch die Gigabit-Empfehlung der Europäischen Kommission zudem neu konturiert. Die nationalen Regulierungsbehörden seien angehalten, so gut wie möglich darüber aufzuklären, wie künftige Marktänderungen sich auf regulatorische Maßnahmen auswirken werden. Daher müssten erst recht zurückliegende sowie aktuelle Marktveränderungen Berücksichtigung finden, was auf Grund der veralteten Datenlage nicht erfolgt sei. Im Ergebnis bliebe somit unklar, ob die vorgesehenen Regulierungsverpflichtungen aufgrund der veränderten tatsächlichen Marktgegebenheiten überhaupt notwendig und verhältnismäßig seien.

Stellungnahmen bezüglich Zugangsverpflichtungen

Bewertung des Dienstleistungsverhältnisses zwischen der Betroffenen zu 1) und der Betroffenen zu 2) („Betreibermodell“)

Im Rahmen der Konsultation wurde kontrovers diskutiert, ob eine separate Zugangsgewährung durch die Betroffene zu 1) zulässig oder gar erforderlich sei, oder ob umgekehrt Zugang zu dem von der Betroffenen zu 1) errichteten Anschlussnetz ausschließlich unter den bestehenden regulatorischen Verpflichtungen der Betroffenen zu 2) zu gewähren ist.

Letzteres wird insbesondere von VATM, Vodafone und 1&1 Versatel darauf hingehend begründet, dass es sich bei der Betroffenen zu 1) faktisch, zumindest aber wertungsgemäß um ein Betreibermodell handle und weniger um ein eigenständiges Gemeinschaftsunternehmen. Vodafone trägt vor, dass der vollständige operative Betrieb einschließlich der notwendigen IT-Systeme und Prozesse, die zu nutzenden Übergabepunkte (sowie die von Nachfragern zu nutzenden Schnittstellen vollständig und ohne Unterschied zum eigenen Angebot der Betroffenen zu 2) von dieser für Zugangsnachfrager abgewickelt werde. Ein eigenes Angebot der Betroffenen zu 1) gebe es dagegen nicht. Die rechtliche Gestaltung durch die Beteiligung eines externen Investors könne im Ergebnis nicht zu einer anderen regulatorischen Behandlung und Bewertung als bei anderen Betreibermodellkonstruktionen führen. Dafür spreche auch, dass

die Errichtung der Infrastruktur für die Betroffene zu 1) durch die Betroffene zu 2) erfolge, so dass es sich tatsächlich um Angebote der Betroffenen zu 2) handele, die lediglich auf einer von der Betroffenen zu 1) mitfinanzierten Infrastruktur und in deren Namen erfolgen. Die Regulierungsverfügung BK3i-19/020 sei daher auf die Betroffene zu 1) zu erstrecken.

1&1 Versatel fordert gleichfalls, dass die Zugangsleistungen bezüglich der passiven Infrastruktur und dem Layer-2 Bitstrom der Betroffenen zu 1) über die Betroffene zu 2) zu erbringen seien. Darüber hinaus seien keine weiteren Zugangsvereinbarungen mit der Betroffenen zu 1) notwendig, soweit eine Zugangsvereinbarung mit der Betroffenen zu 2) bestünde. Die Betroffene zu 1) sei nicht unabhängig und auch kein eigenständiger Netzbetreiber. Sie trete insbesondere nicht unabhängig von der Betroffenen zu 2) am Markt auf. Zudem erbringe die Betroffene zu 2) auf Grundlage eines langfristigen Dienstleistungsvertrags den Netzaufbau und -betrieb für die Betroffene zu 1), was ebenfalls gegen eine Unabhängigkeit spreche.

Bei der Betroffenen zu 1) handele es sich lediglich um ein Finanzierungsvehikel, das nicht als eigenständiger TK-Betreiber zu werten sei. Denn eine solche Wertung umgehe die Regulierung des marktmächtigen Unternehmens und stelle Nachfrager schlechter, die weitere Verträge und Netzanbindungen mit der Betroffenen zu 1) zu realisieren hätten. Würde die Beschlusskammer der Logik der Betroffenen folgen, könne die Betroffene zu 2) den gesamten Netzbetrieb in Einzelgesellschaften aufteilen. Jede Netzgesellschaft könne sodann einen Betreibervertrag mit der Betroffenen zu 2) abschließen und wäre der hier zugrundeliegenden Logik regulatorisch als getrennte Unternehmung zu behandeln. Auch die Unternehmensgenese spreche gegen eine getrennte Behandlung:

Da die Geschäftsbesorgung zumindest überwiegend durch die Betroffene zu 2) erfolge, handele es sich bei der Betroffenen zu 1) nicht um ein unabhängiges Unternehmen, insbesondere dann nicht, wenn Mitarbeiter parallel für beide Betroffene tätig seien. Zudem sei zu beachten, dass nach zehn Jahren eine Vollkonsolidierung der Betroffenen zu 1) durch die Betroffene zu 2) vorgesehen sei. Eine Auftrennung der Regulierungsmaßnahmen lediglich aufgrund des (zeitlich begrenzten) Einstiegs eines Finanzinvestors erschließe sich in einer Gesamtschau nicht.

Auch die operative Umsetzung spreche gegen eine Einordnung der Betroffenen zu 1) als eigenständiger Netzbetreiber. Der Netzaufbau- und betrieb der Betroffenen zu 1) erfolge vollumfänglich durch die Betroffene zu 2). Die Darstellung der Betroffenen, dass es sich hierbei um eine befristete vertragliche Regelung handelt, sei dabei vermutlich der Möglichkeit der Vollkonsolidierung durch die Betroffene zu 2) nach zehn Jahren geschuldet; die ernsthafte Intention eines Betreiberwechsels bezweifelt die 1&1. Der Außenauftritt der Betroffenen zu 1) erfolge weitestgehend über die Marke der Betroffenen zu 2). So würden die Bereiche „Ausbau und Endkundenvertrieb“ der Betroffenen zu 1) im Bürgerdialog von Mitarbeitern der Betroffenen zu 2) analog ihres eigenen Ausbaus vorgestellt. Hierfür fügt sie beispielhafte Abbildungen bei. Auch im Ausbau würde Technik der Betroffenen zu 2) inklusive ONTs installiert, die deren deren Logo trügen.

Die Betroffene zu 1) strebe nach Auffassung der 1&1 Versatel keine Unabhängigkeit von der Betroffenen zu 2) an, sondern mache sich vielmehr von dieser dauerhaft abhängig. So würden die aktiven Produkte der Betroffenen zu 1) über die proprietären Systeme der Betroffenen zu 2) produziert. Das Netzkonzept sei so angelegt, dass die dem VzK-Bereich nachgelagerte Infrastruktur und sämtliche aktiven Elemente im Eigentum der Betroffenen zu 2) stünden.

Sie geht ferner davon aus, dass auch die Netzdokumentation jedenfalls auch im Dokumentationssystem der Betroffenen zu 2) (Megaplan) erfolge. Das von der Betroffenen zu 1) genutzte System TKI NET sei ohne zusätzliche Importleistungen an Megaplan anbindbar. **[BUGG]**

In der Gesamtschau müsse das Konstrukt der Betroffenen zu 1) einem Betreibermodell jedenfalls gleichgesetzt werden. Tatsächlich sei der Infrastrukturinhaber in einem Betreibermodell eigenständiger als die Betroffene zu 1), denn im Betreibermodell gebe es hinsichtlich der Infrastruktur keine gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen Eigentümer und Betreiber.

Den Betroffenen zu 1) und zu 2) wurden seitens der Beschlusskammer mit Schreiben vom 18.04.2024 Gelegenheit gegeben, zum Standpunkt des Betreibermodells Stellung zu nehmen. Mit jeweiligem Schreiben vom 02.05.2024 erwiderten die Betroffenen hierauf wie folgt:

Der Antrag der 1&1 Versatel sei zurückzuweisen.

Die Betroffene zu 1) sei ein paritätisches Joint Venture zweier gleichberechtigter Joint Venture-Partner, die bei allen wesentlichen Entscheidungen gleichberechtigt seien. Dies gelte auch für das operative Geschäft. Zugunsten der Betroffenen zu 2) bestünden keine Sonderrechte. Insbesondere liege kein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag zwischen der Betroffenen zu 2) und der Betroffenen zu 1) vor. Die Betroffene zu 1) sei zudem weder organisatorisch in die Betroffene zu 2) eingegliedert noch erfolge eine Konsolidierung. Daraus folge die Unabhängigkeit der Betroffenen zu 1) von der Betroffenen zu 2). Die grundrechtlich geschützten Interessen der Glasfaser Holdings 2 S.à r.l. und damit letztlich des IFM Global Infrastructure Funds aus Art. 14 Abs. 1 GG würden verletzt, wenn die Betroffene zu 1) der Betroffenen zu 2) zugerechnet werde.

Der bestehende Dienstleistungsvertrag rechtfertige keine andere Beurteilung, denn die Betroffene zu 1) übe die tatsächliche Funktionsherrschaft aus und ihr stehe auch das alleinige Recht zur wirtschaftlichen Verwertung ihres Telekommunikationsnetzes zu. Sie sei daher Betreiberin ihres Netzes und als solche auch gemäß § 5 TKG bei der BNetzA gemeldet.

Schließlich sei die Betroffene zu 1) auch ansonsten ein wirtschaftlich unabhängiges Unternehmen, was die Europäische Kommission durch den Erlass der Freigabeentscheidung bestätigt habe.

Der Ausbau des Glasfasernetzes erfolge nur zum Teil durch die Betroffene zu 2) und ansonsten durch private Tiefbauunternehmen. Dabei verantworte die Betroffene zu 1) ihre Netzplanung selbst und unabhängig von der Betroffenen zu 2). Der Betroffenen zu 2) habe hier kein Vetorecht.

Die Dokumentation des Netzes der Betroffenen zu 1) erfolge ausschließlich auf dem hauseigenen GIS-System.

Auch die Behauptung des VATM, Betroffene zu 1) habe privilegierten Zugang zu den passiven Infrastrukturen der Betroffenen zu 2) sei falsch. Wie jeder andere Wettbewerber müsse die Betroffene zu 1) dieselben Prozesse zur Informationserteilung und Zugangsgewährung nach §§ 136 ff. TKG bzw. § 155 TKG einhalten, wenn sie eine Mitnutzung der Infrastrukturen der Betroffenen zu 2) beabsichtige. Dasselbe gelte auch, wenn die Betroffene zu 2) einen Zugang zum Netz der Betroffenen zu 1) begehre.

Darüber hinaus präsentiere sich die Betroffene zu 1) auch gegenüber den Kommunen in den Vertragsverhandlungen über den Abschluss einer Kooperationsvereinbarung über den eigenwirtschaftlichen Ausbau eines FTTH/B-Glasfasernetzes sowie gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern in Bürgerinformationsveranstaltungen als eigenständiges Telekommunikationsunternehmen, das im jeweiligen Gemeinde- bzw. Stadtgebiet das Netz errichten und betreiben werde. Auch die Mitarbeiter der Betroffenen zu 1) unterlägen ausschließlich deren Weisungen und nicht denen der Betroffenen zu 2).

Zugang zu baulichen Anlagen und zu Systemen der Betriebsunterstützung

Die Betroffene zu 1) rügt das Prüfprogramm der Beschlusskammer im Zusammenhang mit § 26 TKG als fehlerhaft.

Die Tatbestandsmerkmale des § 26 Abs. 1 TKG seien nicht eigenständig geprüft worden. Die Beschlusskammer hätte prüfen müssen, ob ohne die Gewährung des Zugangs die generelle Entwicklung eines nachhaltigen wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt werden würden. Hätte sie die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 TKG vorab geprüft, hätte sie erkannt, dass die Betroffene zu 1) insbesondere

in ländlichen Regionen eigenwirtschaftlich ein Glasfasernetz ausbaut. Sie meint, dass in dünnbesiedelten Gebieten, die sich durch hohe Ausbaurkosten je erschlossenem Haushalt auszeichnen, regelmäßig kein paralleler eigenwirtschaftlicher Ausbau mehrerer Netzinfrastrukturen möglich sei. Würde der Ausbau durch ein vertikal integriertes Unternehmen erfolgen, bestünde die abstrakte Gefahr, dass sich auf Endkundenebene monopolistische Angebotsstrukturen mit negativen Implikationen für die Produktvielfalt, den Preis und die Qualität entwickeln würden. Dies wäre nicht im Einklang mit der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes und den Interessen der Endnutzer. Weil die Betroffene zu 1) den Ausbau als Wholesale-only-Anbieter durchführe, entstehe nur eine physische Infrastruktur, wobei auf Endkundenebene die Voraussetzungen für einen intensiven Wettbewerb gegeben seien. Aus wettbewerbsökonomischer Sicht bestünden für den ausbauenden Wholesale-only-Anbieter starke Anreize, möglichst vielen Vorleistungsnachfragern diskriminierungsfrei und zu beidseitig akzeptablen Bedingungen Netzzugang zu gewähren. Auf diese Weise könne Wettbewerb auch in ländlichen Regionen ermöglicht werden, in denen ein Infrastrukturwettbewerb durch den Ausbau paralleler Glasfasernetze aus wirtschaftlichen Gründen nicht zu realisieren sei. Dies fördere die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes und ist im Interesse der Endnutzer.

Der Beschlusskammer seien zudem bei der Entscheidung mehrere Abwägungsfehler unterlaufen.

Die beabsichtigte Zugangsverpflichtung sei ungeeignet, da sie einen Überbau fördere, der nicht im Einklang mit den Regulierungszielen stehe. Anders als von der Beschlusskammer behauptet, werde das Konnektivitätsziel durch die Maßnahme nicht gefördert. Die Schlussfolgerung der Beschlusskammer, dass sich der Ausbau hochleistungsfähiger Netze für die Unternehmen infolge des Zugangsanspruchs effizienter und kostengünstiger gestalte und sich damit insgesamt der Infrastruktur- und ausbau vorantreiben ließe, sei eine bloße Vermutung der Beschlusskammer, die auch nicht weiter belegt werde. Die Beschlusskammer habe von dem ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht ausreichend Gebrauch gemacht. Denn für die Bejahung der Geeignetheit der Maßnahme sei es erforderlich, sich damit auseinanderzusetzen, ob die getroffene Annahme tatsächlich realistisch ist. Dies sei nicht erfolgt.

Eingesparte Kosten anderer Netzbetreiber infolge des Zugangsanspruchs, z.B. bei Tiefbauarbeiten, müssten nicht notwendig in neuen Infrastrukturausbau investiert werden, sondern könnten als Gewinn oder Rückstellungen verwendet werden, denn es bestehe ja keine Pflicht, in andere ländliche Regionen zu investieren. Infolge des Zugangsanspruchs entfalle zudem der Anreiz für andere Netzbetreiber, den eigenen Netzausbau voranzutreiben. Es drohe vielmehr eine Rosinenpickerei, bei dem der gewünschte Infrastrukturwettbewerb ausbliebe und nur ausgewählte Einzelstandorte (Mehrfamilienhäuser und Geschäftskunden) angesteuert würden. Dies erhöhe das Investitionsrisiko und vermindere die Rentabilität der Ausbauplanung und führe letztlich zu einer Hemmung des zukünftigen Netzausbaus.

Infolge der Maßnahme würden der Betroffenen zu 1) potenzielle Kunden ihres Wholesale-only-Geschäfts genommen. Die Behauptung des VG Köln, es bliebe für die Zugangsgewährung zu den baulichen Anlagen ein Vorleistungsgeschäft gegen Entgelt erhalten, sei falsch. Die Entgelte, die die Betroffene zu 1) für die Zugangsgewährung zu ihrer Leerohren fordern werde, stünden voraussichtlich in keinem angemessenen Verhältnis zu den Risiken, die ihr in Folge der „Rosinenpickerei“ entstünden.

Entgegen der Auffassung des VG Köln lasse sich aus den Wertungen der für die symmetrischen Zugangsgewährung geltenden §§ 141 Abs. 2 Nr. 7 und 143 Abs. 4 Nr. 3 TKG ein Rückschluss auf die Marktregulierung ziehen. Denn hierin werde die Intention des Gesetzgebers deutlich, dass ein Überbau von Glasfasernetzen, die einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellen, grundsätzlich unerwünscht sei, da er die Förderung der Konnektivität beeinträchtige.

Auch der Gesetzgeber habe die negativen Auswirkungen des Risikos des Überbaus von Netzen, die einen offenen Netzzugang ermöglichen, ausdrücklich gesehen und festgehalten, dass

Öffentliche Fassung
-Korrigierte Fassung-

diese vermieden werden müssten. Sie verweist insoweit auf die Ausführungen in BT-Drs. 18/8332, S. 48 zu § 77g DiGiNetzG.

Anders als von der Beschlusskammer angenommen, würden Zugangsnachfrager nicht unabhängiger von der Betroffenen zu 1). Denn durch die Mitnutzung der Infrastruktur seien sie vertraglich an die Betroffene zu 1) gebunden und müssten an diese ein Entgelt zahlen

Auch werde das Geschäftsmodell der Betroffenen zu 1) bei der Bewertung der Eignung einer Zugangsverpflichtung erneut außer Acht gelassen. Diese stelle allen Zugangsnachfragern diskriminierungsfrei und unter Einhaltung des EoI-Ansatzes ein Vorleistungsprodukt zur Verfügung, so dass die Endkunden ihr Produkt unter den Vermarktungspartnern der Betroffenen zu 1) bereits frei auswählen können. Die Zugangsverpflichtung würde somit keine Förderung des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt sicherstellen, sondern lediglich das Geschäftsmodell der Betroffenen zu 1) nachteilig betreffen, indem Vorleistungsnachfrager für BSA-Produkte wegfallen würden.

Die geplante Maßnahme sei auch nicht im Interesse der Nutzer, insbesondere der Verbraucher. Weder die Hemmung der Konnektivität noch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs seien im Interesse der Nutzer bzw. Verbraucher. Auch ohne eine Zugangsverpflichtung bestünden für die Verbraucher auf dem Endkundenmarkt Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Produkten und Preisen, da die Betroffene zu 1) aufgrund ihres Wholesale-only-Modells Nachfragern auf der Vorleistungsebene diskriminierungsfreien Zugang zu akzeptablen Preisen gewähre. Darüber hinaus bleibe es den anderen Netzbetreibern unbenommen, einen eigenen Netzausbau zu realisieren.

Es erschließe sich nicht, warum durch eine Nutzung der Kabelkanalanlagen der Betroffenen zu 1) durch andere Netzbetreiber neue Produkte entstehen sollten. Die Beschlusskammer lasse außer Acht, dass der Wettbewerb, der zu diesen Effekten führt, ebenso auf Grund des Wholesale-only-Modells bestehe.

Auch teile die Betroffene zu 1) die Einschätzung der Beschlusskammer nicht, dass der Glasfaserausbau der Betroffenen zu 1) infolge der Zugangsgewährung im Ergebnis nicht gehemmt werde. Es sei davon auszugehen, dass der IFM Global Infrastructure Fund die Rentabilität seines Investments in das Gemeinschaftsunternehmens fortlaufend überprüfen werde und reagieren müsse, wenn sich sein Investment nicht mehr lohne. Entgegen der Ansicht des VG Kölns (Verweis auf Beschluss vom 1. März 2024 - 21 L 2013/22-, Rn. 101 f.) ändere nichts daran, dass Investitionsentscheidungen grundsätzlich langfristig getroffen würden und im Falle der Verschlechterung wesentlicher Rahmenbedingungen, die als Grundlage für eine Investitionsentscheidung herangezogen worden seien, ein rationaler Finanzinvestor immer gegensteuern und umdisponieren werde. Ein rationaler Investor werde Ausbauaktivitäten reduzieren, wenn das Renditepotential und Investitionsschutz nicht mehr gegeben seien. Zudem könne auch ein mittel- bis langfristiges verringertes Investitionsverhalten von Investoren zu erheblichen Nachteilen für die Sicherstellung der Konnektivität führen, da nach der Digitalstrategie Deutschland der Glasfaserausbau auch ein mittel- bis langfristiges Projekt sei und bis 2030 Deutschland flächendeckend mit Glasfaser versorgt sein solle.

Die Zugangsverpflichtung sei nicht zur Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes geeignet. Denn EG (187) EKEK beziehe sich explizit auf vorhandene und wiederverwendbare bauliche Anlagen, hier handele es sich aber um neue Anlagen. Art. 72 EKEK führe zudem klar aus, dass eine Zugangsverpflichtung nur erfolgen könne, wenn diese die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden (SIC!). Auch aus den EG (18) und (19) der Gigabit-Empfehlung folge nichts anderes. EG (18) der Gigabit-Empfehlung betreffe wie EG (187) EKEK lediglich bereits existierende Netze. EG (19) verweise zudem auf die Regelungen des EKEK, um einen Zugangsanspruch aufzuerlegen. Wie gezeigt, scheidet die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach Art. 72 EKEK jedoch aus, sodass aus EG (19) der Gigabit-Empfehlung keine neuen Erkenntnisse folgten.

Die beabsichtigte Maßnahme ist nach Ansicht der Betroffenen zu 1) auch nicht erforderlich, da das Wholesale-only-Geschäftsmodell der Betroffenen zu 1) zu einer Förderung des Wettbewerbs in der ländlichen Region führe. Zudem bestehe am Markt ein Zugangsanspruch aufgrund §§ 136 ff. TKG als milderer Mittel. Ferner bestehe ein funktionierender Markt für den Zugang zu baulichen Infrastrukturen, der weder die Gesellschafter bevorzuge noch ein regulatorisches Eingreifen erfordere. Zum August 2021 seien bereits 1.600 Verträge für die Mitnutzung von Leerrohren bei der BNetzA registriert gewesen.

Die Beschlusskammer stelle überhöhte Anforderungen an das Kriterium des „milderen Mittels“. Hiernach sei der Aufbau eines eigenen Glasfasernetzes nur dann als ein milderer Mittel einzustufen, wenn dieser ohne jegliche Kosten oder Zeitaufwand erfolgen könnte. Diese Anforderung werde faktisch nie erfüllt.

Dieser Ansatz führe dazu, dass passives Verhalten ohne wirtschaftliches Risiko privilegiert würde. Aus diesem Grund müsse es bereits als milderer Mittel angesehen werden, wenn ein anderes Unternehmen die Möglichkeit habe, den Netzausbau gleichermaßen effektiv voranzutreiben. Da es zahlreiche Unternehmen im Glasfasernetzmarkt gebe, die dazu in der Lage seien, könne es für die Bewertung, ob es ein milderer, gleich wirksames Mittel im Vergleich zur Zugangsgewährung gebe, nicht darauf ankommen, ob die anderen Netzbetreiber dieses mildere, gleich wirksame Mittel auch tatsächlich nutzten. Andernfalls würde eine doppelte Benachteiligung der Betroffenen zu 1) eintreten: Diese habe sowohl Aufwand für Genehmigungen für den Ausbau als auch hohe Investitionskosten getragen und müsse dann auch noch Zugang zu den neu errichteten baulichen Anlagen gewähren, obwohl es anderen Netzbetreibern ebenfalls möglich gewesen wäre, diese neue Infrastruktur zu errichten.

Darüber hinaus könnten die Leerrohrkapazitäten von Kommunen genutzt werden, was ebenfalls im Vergleich zur Zugangsgewährung ein milderer Mittel darstelle. Die Tatsache, dass der Glasfaserausbau der Kommunen in ländlichen Gebieten häufig durch Maßnahmen der Wirtschaftlichkeitslückenförderung unterstützt würden, ändere an der Nutzungsmöglichkeit dieser Infrastruktur nichts. Die Tatsache der Wirtschaftlichkeitslückenförderung verdeutliche vielmehr das hohe wirtschaftliche Risiko, das die Betroffene zu 1) bereit sei, eigenwirtschaftlich zu tragen. Hierfür werde sie auch noch durch die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung „bestraft“.

Auch die Zugangsansprüche nach §§ 136 ff. TKG würden nur rudimentär geprüft. Dabei gehe die Argumentation fehl, dass die §§ 136 ff. TKG im Vergleich zu einem regulierten Zugangsanspruch bereits deshalb zurückstünden, weil diese lediglich *„eine projektbezogene, individuelle Einzelfallregelungen, die teils mit kleinteiligen Verhandlungen sowie ggf. anschließenden Streitbeilegungsverfahren verbunden sind und den ausbauenden Unternehmen keine gleichwertige Planungssicherheit gewähren“*. Die Beschlusskammer verkenne hierbei, dass auch der hier angegriffene Zugangsanspruch eine projektbezogene und individuelle Planungsanfrage erfordere. Das ausbauende Unternehmen habe auch keine höhere Planungssicherheit, da das Unternehmen zum Zeitpunkt der Planungsanfrage nicht wissen könne, ob nicht bereits kurz zuvor ein Wettbewerber einen Zugang beantragt habe.

Die Beschlusskammer unterstelle zu Unrecht, dass die Betroffene zu 2) über die Beteiligung an der Betroffenen zu 1) einen Planungsvorteil habe. Zudem unterstelle die Bundesnetzagentur, dass die Betroffene zu 2) über die Beteiligung an der Betroffenen zu 1) von deren Anbindung an die baulichen Anlagen profitiere. Die Bundesnetzagentur unterliege dabei der Fehlvorstellung, dass die Betroffene zu 2) nach freiem Belieben auf die baulichen Anlagen der Betroffenen zu 1) zugreifen könne. Vielmehr stehe es der Betroffenen zu 2) wie jedem anderen Wettbewerber frei, eine Mitnutzung nach den §§ 136 ff. TKG anzufragen oder ein aktives Vorleistungsprodukt zu buchen, womit gerade kein Wettbewerbsvorteil für die Betroffene zu 2) verbunden sei. Sie weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der IFM Global Infrastructure Fund als gleichberechtigter Mitgeschafter einem Vertragsschluss mit der Betroffenen zu 2) über die Mitnutzung von Infrastrukturen zustimmen müsse.

Die Betroffene zu 1) rügt auch die Angemessenheit der geplanten Zugangsverpflichtung zu ihren KKA. Die Beschlusskammer lasse im Rahmen ihrer Interessenabwägung gänzlich unberücksichtigt, dass die Betroffene zu 1) ein reiner Wholesale-only-Anbieter sei. Dies stelle bereits ein Abwägungsausfall da. Sie habe im Gegensatz zur Betroffenen zu 2) keine eigenen Endkunden. Der FTTB/H-Netzausbau der Betroffenen zu 1) komme daher allen Wettbewerbern und Endkunden gleichermaßen zugute. Die Vorleistungsprodukte der Betroffenen zu 1) stünden allen Wettbewerbern diskriminierungsfrei zur Buchung zur Verfügung. Ein wie auch immer gearteter Wettbewerbsvorteil bzw. „First-Mover-Advantage“ des ausbauenden Unternehmens, der durch die Zugangsordnung ausgeglichen werden müsste, bestehe daher gerade nicht.

Die Zugangsverpflichtung sei auch deshalb unangemessen, weil die Beschlusskammer die Bedeutung der Anfangsinvestitionen in nicht nachvollziehbarer Weise untergewichtet bzw. fehlerhaft bewertet habe. Die Betroffene zu 1) sei ein neu gegründetes Gemeinschaftsunternehmen mit einem selbst errichteten Glasfasernetz und verfolge seit 2022 das Ziel, den Glasfaserausbau in ländlichen Regionen Deutschlands voranzutreiben. Sie müsse die Chance bekommen, ihre Investitionen innerhalb eines hochkompetenten Wettbewerbsumfelds zu amortisieren. Anfangsinvestitionen seien solche, die mit dem erstmaligen Markteintritt verbunden sein. Sie würden durch die Eigentumsgarantie in besonderem Maße geschützt. Bei den Investitionen, die die Betroffene zu 1) in den Ausbau des Glasfasernetzes tätige, handele es sich um solche Anfangsinvestitionen. Denn die Betroffene zu 1) sei in faktischer und rechtlicher Hinsicht ein neuer Marktteilnehmer, der eigene Investitionen im Rahmen seines erstmaligen Markteintritts tätigt. § 3 Nr. 69 TKG könne an dieser Einschätzung nichts ändern. In besonderem Maße gelte der Eigentumsschutz auch für den paritätischen Mitgesellschafter. IFM Global Infrastructure Fund, dessen Eigentumsgarantie durch die avisierte Zugangsverpflichtung verletzt würde. Denn der IFM Global Infrastructure Fund habe bislang keine Investitionen in den Glasfaserausbau getätigt. Es liege unstreitig ein erstmaliger Markteintritt in Deutschland vor. Art. 14 GG sei auch kein Deutschengrundrecht, so dass IFM sich hierauf berufen könne.

Eine einfachgesetzliche Norm wie § 3 Nr. 69 TKG könne zudem die Grundrechte nicht einschränken. Das wäre aber die Folge, wenn der Betroffenen zu 1) lediglich aufgrund der Tatsache, dass sie wegen § 3 Nr. 69 TKG als einheitliches Unternehmen mit der Betroffenen zu 2) angesehen werde, die Eigentumsgarantie für Anfangsinvestitionen abgesprochen würde. Auch IFM habe durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens nicht auf seinen Eigentumsschutz verzichtet, da es sich hier um ein absolutes Recht handle, das nicht der Disposition von Parteien unterliege.

Im Rahmen der Abwägung, ob die Zugangsverpflichtung den Eigentumsschutz aus Art. 14 Abs. 1 GG in unzumutbarem Maße verletze, seien der Beschlusskammer mehrere Abwägungsfehler unterlaufen:

Die Betroffene zu 1) könne nicht auf den Kundenstamm der Betroffenen zu 2) zurückgreifen. Die Aussage verkenne die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Betroffenen zu 1). Auch die Besonderheiten des Geschäftsmodells würden nicht erkannt. Richtig sei, dass die Betroffene zu 2) Wholesale-Kunde der Betroffenen zu 1) sei., wodurch diese in die Lage versetzt würden, durch die Buchung entsprechender aktiver Vorleistungsprodukte bei der Betroffenen zu 1) ihre Endkunden zu versorgen. Eine Abnahme- oder Buchungspflicht der Betroffenen zu 2) bestehe nicht. Ebenso wenig habe die Betroffene zu 2) ein Alleinbezugsrecht oder ein Vorzugsrecht auf die Vorleistungsprodukte der Betroffenen zu 1). Dies verdeutliche ihre wirtschaftliche Selbstständigkeit. Sie trage wie jeder andere Wettbewerber auch das Amortisationsrisiko der getätigten Investitionen, da gerade nicht klar sei, ob und in welchem Umfang die Betroffene zu 2) Vorleistungen in Anspruch nehmen werden. Wenn die Beschlusskammer sich auf vermeintliche Intentionen der Betroffenen zu 2) fokussiert, beziehe sie im Rahmen ihrer Abwägung einen sachfremden Aspekt ein. Dies begründe einen Ermessensfehler. So gehe die Beschlusskammer davon aus, dass insbesondere der Umstand, dass die Betroffene zu 2) einen Anreiz habe, ihre Endkunden auf das Netz der Betroffenen zu 1) zu migrieren, und dieser Aspekt dafür spreche, dass ohne eine Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen der Betroffenen zu

1) die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert würde. Etwaige Intentionen der Betroffenen zu 2) oder der EWE seien indes per se ungeeignet, einen Zugangsanspruch zugunsten der Betroffenen zu 1) zu begründen. Es handele sich hier um ein sachfremdes Argument.

Das Argument der Beschlusskammer gehe fehl, dass es für die Betroffene zu 1) ein leichtes sei, sich durch Fremdkapital der Zugangsverpflichtung für neue Infrastrukturen zu entziehen, indem sie diese schlicht ausgliedere. Für den Eigentumsschutz komme es lediglich darauf an, ob es sich um einen erstmaligen Marktzutritt handelt oder nicht. Dies sei hier der Fall. Ob die getätigten Anfangsinvestitionen durch eigenes oder Fremdkapital erfolgten, sei hingegen unerheblich, da der Eigentumsschutz für jegliches eingesetzte Kapital gelte. Dass sich Fremdkapital in der hier benötigten Höhe „einfach fruchtbar“ machen ließe, ohne dass der Investor seine eigenen Interessen und sein getätigtes Investment ausreichend schütze, sei wirklichkeitsfremd.

Sie weist zudem den Vortrag einiger interessierter Parteien zurück, dass die Betroffene zu 1) einem Betreibermodell unterliege. Die Betroffene zu 1) sei ein Wholesale-only-Anbieter. Dieses Geschäftsmodell könne auf verschiedene Weisen realisiert werden, z.B., indem der Wholesale-only-Anbieter das passive Netz errichte und den aktiven Netzbetrieb in Personalunion durchführe. Etabliert sei daneben das Modell der Betroffenen zu 1), bei dem der Wholesale-only-Anbieter das passive Netz zwar selbst baue, jedoch einen Dritten mit dem aktiven Betrieb des Netzes beauftragt. Dabei lasse es ein Wholesale-only-Modell zu, dass der aktive Betrieb (entgeltlich und kündbar) durch einen Dritten im Auftrag des Netzeigentümers erbracht werde. In Abgrenzung zum Betreibermodell komme es beim von der Betroffenen zu 1) realisierten Wholesale-only-Modell nur darauf an, ob das passive Netz exklusiv der Betroffenen zu 2) zur Nutzung überlassen werde oder ob das Netz einen diskriminierungsfreien und offenen Netzzugang ermögliche. Vorliegend müsse die Betroffene zu 2), wie jeder andere Wholesale-Nachfrager auch, ein aktives Vorleistungsprodukt bei der Betroffenen zu 1) anfragen, wobei die Leistung allen interessierten Wholesale-Nachfragern angeboten werde. Die Betroffene zu 1) habe ein besonderes Interesse daran, neben der Betroffenen zu 2) auch möglichst viele weitere Wholesale-Kunden zu gewinnen. Denn je mehr Wholesale-Vertragspartner sie gewinne, desto höher sei die Auslastung ihres Netzes. Auch rechne die Betroffene zu 1) mit einer steileren Hochlaufkurve, wenn mehrere Wholesale-Kunden auf ihr Netz zugriffen.

Anders als von der Beschlusskammer angenommen spreche § 38 Abs. 5 Nr. 3 TKG nicht dafür, dass eine Zugangsverpflichtung bei FTTB/H-Neuinvestitionen möglich sei. Die Vorschrift schütze die Interessen des Investors und erlaube es ausschließlich, die Entgeltmethodik zugunsten des Investors anzupassen, sofern ausnahmsweise ein Grundrechtseingriff verhältnismäßig sein sollte. Daraus könne kein Argument für die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs konstruiert werden.

Auch aus den Wertungen der §§ 141 Abs. 2 Nr. 7 und 143 Abs. 4 Nr. 3 TKG lasse sich kein Rückschluss dahingehend ziehen, dass ein Überbau von Netzen, die aufgrund des Wholesale-only-Geschäftsmodells des Eigentümers für alle Wettbewerber zur Verfügung stehen, nicht gegen die Angemessenheit einer Zugangsverpflichtung spreche, überzeuge nicht. Richtig sei, dass die Vorschriften nicht im gleichen Teil wie die Vorschriften zur Marktregulierung stehen. Jedoch gelte der Eigentumsschutz umfassend. Eine gesetzliche Wertung, die im Bereich der Mitnutzung öffentlicher Netze den Eigentumsschutz bezwecke, könne nicht im Bereich der Marktregulierung vollkommen außer Acht gelassen werden, sondern führe zu Kollisionen mit dem Eigentumsschutz.

Die Beschlusskammer habe zudem die Wertung des § 33 TKG vollkommen außer Acht gelassen. Danach sollen Unternehmen, die lediglich auf der Vorleistungsebene tätig sind, in den Genuss von Regulierungserleichterung kommen. Eine Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen gemäß § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG sei nach dieser Vorschrift gerade nicht möglich. Die Betroffene zu 1) werde nur aufgrund von § 3 Nr. 69 TKG als marktmächtiges Unternehmen

eingestuft. Da sie nur auf dem Vorleistungsmarkt tätig sei, müsse sie vom Schutzgedanken des §§ 33 TKG erfasst werden.

Die Betroffene zu 1) rügt auch die Berücksichtigung von positiven Umweltauswirkungen durch die Mitnutzung bestehender Infrastrukturen durch die Beschlusskammer. Es handele sich hierbei um ein sachfremdes Motiv zur Beurteilung der Frage, ob eine Zugangsverpflichtung angemessen sei oder nicht. EG (13) EKEK beziehe sich zudem nur auf eine bereits bestehende Infrastruktur, die vorliegend jedoch gerade noch nicht vorhanden sei. Die Betroffene zu 1) errichte die Infrastruktur gerade erst neu. Positive Umweltauswirkungen könnten in dieser Konstellation nicht erreicht werden. Ein Verweis auf die Vorschrift könne mithin nicht zu einer Angemessenheit der Zugangsverpflichtung führen.

Im Parallelverfahren BK3h-21/010 spricht sich der BREKO gegen eine Zugangsverpflichtung zu KKA der Glasfaser Nordwest mit der Begründung aus, die Geschäftsmodelle derjenigen Unternehmen, die seit Jahren Investitionen in den Glasfaserausbau tätigen, würden hierdurch massiv entwertet und Investitionsanreize geschmälert. Eine allgemeine Zugangsverpflichtung zu Leerrohren würde einen Lock-In-Effekt zur Folge haben. Insbesondere große Vorleistungsnachfrager würden auf Jahre gebunden werden. Dies werde vermutlich zu einer fortlaufenden Abhängigkeit des Marktes von der Regulierung führen. Darüber hinaus würde eine solche Zugangsverpflichtung getätigte Investitionen anderer Glasfaser ausbauender Unternehmen entwerten, da dies deren Möglichkeiten einschränken könnte, eigene ähnliche Vorleistungen vermarkten zu können.

Auch im Hinblick auf Art. 72 EKEK bestünden Bedenken. Die Bundesnetzagentur könne die Ausweitung der Zugangsverpflichtungen auf bauliche Anlagen der Betroffenen zu 1) gemäß Artikel 72 (1) EKEK nur dann auferlegen, wenn die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde. Allerdings würde gerade die Einführung dieser Zugangsverpflichtung die Entwicklung eines nachhaltigen Marktes behindern, Investitionsanreize hemmen und somit letztlich den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen. Neben den Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Geschäftsmodelle Glasfaser ausbauender Unternehmen müssten auch bereits bestehende Zugangsansprüche umfassend berücksichtigt werden. Abseits der Open-Access- und Vorleistungsangebote alternativer Netzbetreiber gebe es Zugangsverpflichtungen für gefördert ausgebaute Netze und symmetrische Zugangsverpflichtungen durch die Regelungen des DigiNetzG, die bereits Leerrohrzugänge bzw. deren Mitnutzung ermöglichten. Eine zusätzliche Zugangsregulierung gegenüber den zusammengeschlossenen Unternehmen zur Beschleunigung des Ausbaus von Glasfasernetzen würde eine „Doppelregulierung“ ohne Berücksichtigung bestehender Marktangebote und existierender Zugangsmöglichkeiten zur Folge haben. Eine Beschleunigung des Ausbaus von Glasfasernetzen in der Fläche sei in diesem Zusammenhang zudem nicht zu erwarten, da die hier gegenständliche Ausweitung der Zugangsverpflichtung insbesondere den Ausbau redundanter Netze befördern würde. Der BREKO weist im Verfahren gegenüber der Glasfaser Nordwest weiter darauf hin, dass im konkreten Einzelfall im Rahmen der Gesamtabwägung zum Ob des Leerrohrzugangs auf folgende Aspekte Rücksicht zu nehmen:

Es handele sich um eigenständige Rechtspersönlichkeiten, die eigene Investitionen in den Ausbau ihres Glasfasernetzes tätigten und keine Infrastrukturen und Ressourcen von der Betroffenen zu 2) übernommen hätten oder nutzten. Im Fall einer paritätischen Aufteilung sei jeder Gesellschafter bei Entscheidungen auf Gesellschafterebene auf die Mitwirkung bzw. Zustimmung des jeweils anderen Gesellschafters angewiesen.

Die Beschlusskammer würdige zudem nicht ausreichend, dass es sich um Wholesale-only-Unternehmen handele. Die Öffnung des eigenen Netzes liege dabei als Geschäftsidee zugrunde. Vor diesem Hintergrund stelle sich die Frage der Erforderlichkeit der avisierten Maßnahme.

Die überwiegende Anzahl der interessierten Parteien befürwortet die Zugangsverpflichtung. Die Plusnet ist der Ansicht, dass auch der Eilbeschluss des VG Köln (21 L 2013/22) die Entscheidung der Beschlusskammer zur Leerrohrverpflichtung bestärkt.

Beginn der Zugangsverpflichtung

Vortrag der Betroffenen

Die Betroffene zu 1) kritisiert die von der Beschlusskammer vorgesehenen Umsetzungsfristen zur Zugangsgewährung und zur Bereitstellung der Informationen zur Belegung der Kabelkanalanlagen. Diese seien viel zu kurz bemessen. Die Dreimonatsfrist benachteilige die Betroffene zu 1) unangemessen und lasse völlig unberücksichtigt, dass diese nicht über dieselben Personalressourcen verfüge wie die Betroffene zu 2).

Die Betroffene zu 2) habe deutlich mehr Zeit gewährt bekommen. Es sei kein Grund erkennbar, dass neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen erheblich strenger zu regulieren. Die Betroffene zu 1) habe deutlich weniger Mitarbeiter und könne auch keine Synergien ziehen. Das Argument der Beschlusskammer, dass die Betroffene zu 2) die Umsetzungsfristen im Verfahren BK 3i 19/020 voll ausgeschöpft habe, sei eine sachfremde Erwägung und daher ungeeignet, die strengeren Umsetzungsfristen zu rechtfertigen.

Sie trägt vor, dass zur Netzdokumentation ein am Markt etabliertes GIS-Tool verwendet würde, mit dem die Ergebnisse der Strukturplanung automatisiert in die Ausführungsplanung überführt würden. Im Anschluss unterstütze das IT-Tool bei der Dokumentation der Trassen-, Glasfaser- und Rohrnetze bis in die Faser und das Mikropipe. Die Netzdokumentation diene dem Nachweis, wo die Infrastruktur verlegt sei, nicht aber dem Vertrieb von Lehrrohrkapazitäten. Die Dokumentation der freien Kapazitäten, wie sie von der Beschlusskammer gefordert werde, sei nicht Bestandteil dieses GIS-Tools. Dieses basiere auf einer am Markt eingekauften Standardlösung. Die Funktion, die aktuelle Information zur tatsächlichen Belegung von Kabelkanalanlagen bzw. die Kennzeichnung freier Kapazitäten inklusive der Anzeige, ob die Rohre frei sind und wenn ja, die Anzahl der jeweils freien Rohre je Trassenabschnitt, müssten erst nachträglich in die Standardlösung aufgenommen werden. Auch die benötigte Schnittstelle zur quartalsweisen Lieferung des Datenquaders an den Infrastrukturatlas müsse erst programmiert und IT-seitig implementiert werden. Dies benötige Zeit, Personal und Geld. Nach Rücksprache mit dem Anbieter des Tools müsse für den automatisierten Export zur Lieferung der Daten an den Infrastrukturatlas die Standardlösung weiterentwickelt werden. Dies erfordere nach Aussage des Anbieters einen hohen Aufwand, um alle Anforderungen und Variationen abdecken zu können. Insbesondere Verschachtelungen von Infrastrukturen unterschiedlicher Eigentümer stellten ein Problem dar. Nach Aussage des Anbieters könne dieses aufwändige Feature erst nach der Veröffentlichung von NET Version 14, die im Oktober 2024 geplant sei, in den nächsten Minor und Major-Versionen von TKI NET Engineering umgesetzt und veröffentlicht werden. Die nächsten Umsetzungen folgten im Januar 2025 und April 2025. Aufgrund von Testphasen und Code Freeze sei nur ein Minor Release pro Quartal möglich.

Eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Regulierungsverfügung verbiete sich auch vor dem Hintergrund, dass die Betroffene zu 1) zu diesem Zeitpunkt die Entgelte noch nicht kenne, die erst noch berechnet werden müssten, insbesondere die nachteiligen Auswirkungen auf den Geschäftsplan im Sinne des § 38 Abs. 5 Nr. 3 TKG.

Die Auferlegung solch strenger Transparenzverpflichtungen ohne Gewährung einer Übergangszeit stelle einen unangemessenen und damit rechtswidrigen Grundrechtseingriff dar. Die Betroffene zu 1) verweist insoweit auf Artt. 12 und 14 GG. Für den Fall, dass die Beschlusskammer an der Zugangsverpflichtung festhalte, beantragt sie, dass die Pflicht zur Zugangsgewährung und die sich daran anknüpfenden weiteren Transparenz- und Standardangebots- und Entgeltgenehmigungspflichten, insbesondere die Pflicht zur Bereitstellung der Informationen zur Belegung der Kabelkanalanlagen erst zwölf Monate nach Inkrafttreten der Regulierungsverfügung oder frühestens zum 01.07.2025 beginnen.

Die Vodafone spricht sich ausdrücklich gegen Übergangsfristen aus. Denn dadurch werde die Wirksamkeit der angedachten Regulierungsverpflichtungen weiter hinausgeschoben. Solche Übergangsfristen seien auch nicht erforderlich, da die Prüfung von Regulierungsverpflichtungen gegenüber der Betroffenen zu 1) bis ins Jahr 2018 zurück reichten. Sie habe seit dem Jahr 2020 Kenntnis darüber, dass sie im Grundsatz denselben Regulierungsverpflichtung unterliege wie die Betroffene zu 2). Zudem seien ihr die maßgeblichen Regulierungsverpflichtungen der Betroffenen zu 2) seit Juli 2022 bekannt. Sie habe somit genug Zeit gehabt, sich auf deren Umsetzung einzustellen.

Weitere Forderungen der Wettbewerber hinsichtlich des Zugangs zu baulichen Anlagen

Erweiterung auf künftig entstehende KKA

1&1 Versatel fordert, die von der Beschlusskammer vorgesehene Beschränkung auf bestehende KKA aufzuheben. Vielmehr müssten auch erst noch entstehende KKA erfasst sein. Zu Begründung trägt sie vor, dass sich die §§ 138 ff TKG ebenfalls auf entstehende Netze beziehen. Die Bundesnetzagentur habe dies im Verfahren BK11-23/016 vom 28.02.2024 deutlich gemacht und angeführt, dass nur so die Ziele zum Ausbau der Breitbandnetze erreicht werden könnten. Die Regulierung des marktmächtigen Unternehmens könne indes nicht schwächer ausgestaltet werden als die allgemeinen symmetrischen Mitnutzungsregelungen. Ein Verzicht auf die Erstreckung auch auf noch zu entstehende KKA würde zu widersprüchlichen Ergebnissen und Inkongruenz im Verhältnis zu den Mitnutzungsrechten nach §§ 138 ff. führen.

Erweiterung des Zugangsanspruchs auf Anbindung von Mobilfunknetzen und Mietleitungen

1&1 Versatel fordert bei der Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen, den Zugangsanspruch in Tenorziffer 1 auf die beabsichtigte Anbindung von Mobilfunkbasisstationen und zum Aufbau eines Mobilfunknetzes angeordnet werden. Die Mitnutzung passiver Infrastruktur sei nicht auf den Markt zu beschränken, für den beträchtliche Marktmacht festgestellt wurde, sondern gemäß der auf dem EKEK basierenden neuen Vorschriften der Marktregulierung unter anderem auch für die Anbindung von Mobilfunkbasisstationen und den Aufbau von Mobilfunknetzen zu öffnen.

Aus dem Wortlaut des TKG ergäben sich keine Gründe, die für eine Auferlegung von Zugangsverpflichtungen ausschließlich zum Zweck des Festnetzbetriebs sprächen. Die Erweiterung der Zugangsverpflichtung sei ökonomisch und rechtlich geboten. Der Aufbau von Mobilfunknetzen der 5G sei ein erklärtes Ziel der Bundesregierung. Dieses Ziel finde sich als Konnektivitätsziel auch in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG wieder. Sowohl der Ausbau der VHC-Netze als auch der Ausbau der Mobilfunknetze seien von den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG erfasst. Wettbewerbliche Maßnahmen in Bezug auf diese Netze dienten damit unmittelbar dem regulatorischen Gesamtzweck des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität. Entgegenstehende Regulierungsziele bestünden bzw. überwögen jedenfalls nicht. Durch die Nutzung des Zugangs zu baulichen Anlagen könnten parallele Infrastrukturen zur Anbindung von 5G-Mobilfunkbasisstationen vermieden und damit ganz wesentlich der Aufbau beschleunigt werden. Gleichzeitig werde der Kostensenkungsrichtlinie durch dieses Vorgehen Rechnung getragen. Es sei ökonomisch nicht sinnvoll, die Anbindung von Mobilfunkstandorten bei der Zugangsverpflichtung auszuklammern.

Die Argumentation der Beschlusskammer, dass die Anbindung von Mobilfunkstandorten als Nutzungszweck deshalb nicht aufzunehmen sei, weil dies nicht dem Marktversagen auf dem hier gegenständlichen Markt entgegentreten würde, gehe fehl. Ein so enges Verständnis ergebe sich weder aus dem Normwortlaut der Vorschriften zur Zugangsregulierung noch aus der zugrundeliegenden Richtlinie und auch der Umfang der Marktanalyse sei nicht entscheidend. Nach Art. 72 EKEK sei die Verpflichtung zur Mitnutzung passiver Infrastruktur gerade nicht auf den Markt, für den beträchtliche Marktmacht festgestellt wurde, zu beschränken, sondern darüber hinaus für weitere Nutzungszwecke zu öffnen. Dies sei dem Sinn und Zweck der Vorschrift geschuldet, Wettbewerb zu ermöglichen. Gestützt werde dies etwa durch EG (13)

des EKEK und noch deutlicher durch EG (23) aber auch EG (157) und (158). Dieses Verständnis finde sich im Wortlaut der deutschen Umsetzung wieder. Die Regulierungsziele seien im Lichte der Richtlinie auszulegen und anzuwenden. Sie seien nach dem Willen des Gesetzgebers entwicklungsoffen auszulegen und nicht auf sogenannte „echte Glasfasernetze“ beschränkt (vgl. BT-Drucks. 19/26108, S. 233). Damit nehme der deutsche Gesetzgeber den Grundsatz der Technologieneutralität hier auf. Auch die Marktfestlegung enthalte keine einschränkende Formulierung. Diese beziehe sich hinsichtlich der Feststellung der beträchtlichen Marktmacht ausdrücklich nur auf den Zugang, der an festen Standorten lokal bereitgestellt wird. Sie enthält keine Einschränkung, dass dieser an festen Standorten lokal bereitgestellte Zugang ausschließlich zu Festnetzzwecken genutzt werden solle. Eine derartige Feststellung sei auch nicht Aufgabe der Marktanalyse. Vielmehr seien die wettbewerblichen Nutzungszwecke allein Angelegenheit des Marktes und der Selbstbestimmung der Wettbewerber. Für ihre Forderung führt die 1&1 Versatel weiter Art. 73 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK ins Feld: Dieser sehe ein Regel-Ausnahme-Verhältnis vor, da der Zugang zu baulichen Anlagen nach Art. 72 EKEK als vorrangige Maßnahme stets vor anderen Zugangsverpflichtungen zu erwägen sei. Dabei erfolge der Zugang zu baulichen Anlagen gemäß Art. 72 Abs. 2 Richtlinie EKEK im Grundsatz unabhängig von der zugrundeliegenden Marktanalyse, sofern er den Regulierungszielen diene. Gemäß Art. 73 Abs. 2 UAbs. 2 Richtlinie EKEK solle die Regulierungsbehörde zudem prüfen, ob die Auferlegung von Verpflichtungen nach Art. 72 Richtlinie (EU) 2018/1972 ein verhältnismäßiges Mittel zur Förderung „des Wettbewerbs und der Interessen der Endnutzer“ wäre. Die Förderung von Wettbewerb sei also der vorrangige Zweck und es stehe der Beschlusskammer hier nicht frei, diesen einschränkend auszulegen. Soweit der Wettbewerb durch eine der Regulierung vorhergehende Zugangsbeschränkung eingeschränkt sei, stelle dies einen Anlass zur Implementierung von geeigneten, erforderlichen und verhältnismäßigen Zugangsmaßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs dar. Gestützt werde dieses Ergebnis auch durch EG (187) EKEK, wonach sichergestellt werden müsse, dass der Zugang zu baulichen Anlagen „(...) als eigenständige Abhilfemaßnahme zur Verbesserung der Wettbewerbs- und Ausbaudynamik auf allen nachgelagerten Märkten eingesetzt werden könne und vor der Prüfung der Erforderlichkeit etwaiger anderer Abhilfemaßnahmen zuerst zu erwägen ist, und zwar nicht nur als zusätzliche Abhilfemaßnahme neben anderen Vorleistungsprodukten oder -diensten oder als Abhilfemaßnahme, die auf Unternehmen beschränkt ist, die sich solcher Vorleistungsprodukte oder -dienste bedienen.“ Dies bedeute, dass nach dem ausdrücklichen Willen des EU-Richtliniengebers sämtliche tatsächlich nachgelagerten Märkte erfasst seien, d.h. unabhängig von einer Beschränkung durch die Marktfestlegung oder die Regulierungsverfügung.

Zweitens sollen die Maßnahmen explizit nicht mehr nur auf solche Nutzungszwecke beschränkt sein, die unmittelbar aus einer üblichen Nutzung der Vorleistungen folgen. Letztlich nehme der Zugang zu baulichen Anlagen eine besondere Stellung ein. Der Zugang stelle eine eigenständige Abhilfemaßnahme dar, die neben den Abhilfemaßnahmen des Art. 68 EKEK stehe und stets vorrangig zu prüfen sei, unabhängig von der Zuordnung zu einem sachlichen Markt. Im Europarecht erfolge gerade absichtlich keine marktspezifische Zuordnung, um eine schnelle Reaktion unabhängig von Marktdefinition und Marktanalysen zu ermöglichen. Gerade diese gesteigerte Reaktionsgeschwindigkeit diene den Regulierungszielen aus § 2 TKG und sei demnach zwingend durch die Beschlusskammer zu berücksichtigen. Sofern die Beschlusskammer davon ausgeht, dass die in § 26 TKG genannte Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen anders umgesetzt worden sei, weil dort auf das in der Marktanalyse festgestellte Problem verwiesen wird, handele es sich um eine fehlerhafte Umsetzung der eindeutigen Vorgaben des EKEK. Die Vorschriften seien richtlinienkonform auszulegen. Das Problem sei nicht allein der Zugang zum Netz an festen Standorten, sondern der insgesamt fehlende Wettbewerb aufgrund der alleinigen Kontrollmöglichkeit durch das regulierte Unternehmen. Der Zugang zum Netz an festen Standorten stelle eine klassische wettbewerbliche Bottleneck-Konstellation dar, welcher u.a. durch eine Zugangsgewährung zu baulichen Anlagen und daneben mit weiteren Regulierungsmaßnahmen zu begegnen sei. Dabei müsse berücksichtigt werden,

dass die wettbewerbliche Bottleneck-Konstellation nicht allein den Wettbewerb auf dem Festnetzmarkt beeinträchtigt, sondern sich allgemein in wettbewerblich nachteiliger Weise auf die Anbindung anderer hochleistungsfähiger Netze auswirke. In der Folge könne das regulierte Unternehmen durch Verweigerung des Zugangs den netzübergreifenden Wettbewerb beeinträchtigen. Zur Vermeidung derartiger wettbewerblicher Nachteile sei die Zugangsverpflichtung für bauliche Anlagen auch vom europäischen Gesetzgeber weit gefasst worden und auf die Anbindung von Mobilfunkbasisstationen zum Aufbau von Mobilfunknetzen zu erweitern.

Die Vodafone hält die Entscheidung der Beschlusskammer, den Zugang zu KKA auf die Nutzung an festen Standorten bzw. für Angebote auf dem regulierten Markt zu beschränken, für ermessensfehlerhaft, weil sie den Prüfungs- und Entscheidungsspielraum unzulässig verenge. Vielmehr sei es erforderlich, im Einklang mit Art. 72 Abs. 2 EKEK zu prüfen, ob die Auferlegung der Zugangsverpflichtung zu KKA im Hinblick auf die Erreichung der Regulierungsziele notwendig und verhältnismäßig sei. Im Ergebnis müsse auch die Nutzung für die Anbindung von Mobilfunkstandorten sowie für Angebote für Mietleitungen/dezidierte Kapazitäten im Sinne von Markt Nr. 2 der Märkte-Empfehlung EU 2020/2245 umfasst sein, sofern für diese Nutzungen auch VHC-Netze ausgebaut oder betrieben würden. Denn solche Netze mit sehr hoher Kapazität seien nicht auf den Markt 1 beschränkt. Die Klarstellung sei auch zwingend bereits in der Regulierungsverfügung zu verankern und könne nicht in das nachgelagerte Standardangebotsverfahren verschoben werden.

Auch der VATM spricht sich mit Verweis auf Art. 72 Abs. 2 EKEK und EG 187 EKEK gegen eine Beschränkung des Zugangs zu KKA auf die Nutzung an festen Standorten bzw. die Nutzung für Angebote auf dem regulierten Markt aus.

ANGA weist darauf hin, dass weder EKEK noch TKG den Zugang zu KKA auf Endkundenanbindungen gemäß Markt 1 beschränken.

Sonstige Erweiterungen des Zugangsanspruchs

1&1 Versatel fordert, die Zugangsverpflichtung vorsorglich auch hinsichtlich MToIL aufzuerlegen. Zudem solle zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten klargestellt werden, dass der im Tenor verwendete Begriff der „Kabelkanalanlagen“ auch die zugehörigen Einrichtungen, wie etwa Zugangsschächte einschließt, sowie weitere nutzbare Anlagen.

Zugang zum Dokumentations- und Planungssystem der Betroffenen zu 1)

ANGA, 1&1 Versatel und Vodafone fordern einen Zugangsanspruch zum Dokumentations- und Planungssystem der Betroffenen zu 1). Für potenzielle Zugangsnachfrager sei es gerade nicht wesentlich einfacher, sich über den ISA zu informieren, anstatt gleichwertigen Zugang zu mehreren von den verpflichteten Unternehmen selbst genutzten Dokumentations- und Planungssystem zu erhalten.

Vodafone und der VATM sind der Ansicht, dass die in Ziffer 7. des Tenors des Konsultationsentwurfs vorgesehene Transparenzverpflichtung unzureichend sei. Die Bereitstellung von Informationen über die KKA der Betroffenen zu 1) an die Bundesnetzagentur zur Einstellung in die zentrale Informationsstelle des Bundes gemäß § 78 TKG (Infrastrukturatlas, „ISA“, bzw. Nachfolgesystem) sei zur effizienten Nutzung des Zugangs zu KKA nicht geeignet. Stattdessen sei ein Zugang zu dem eigenen, von der GFNW selbst verwendeten Dokumentations- und Planungssystem samt Standardangebots- und Entgeltgenehmigungspflicht erforderlich. Sie zieht Parallelen zum Verfahren BK3i-19/020. Die Informationsbereitstellung über den ISA sei nicht und schon gar nicht gleich wie der Zugang zum eigenen Dokumentations- und Planungssystem geeignet. Die Daten im ISA seien nicht aktuell. Zudem sei keine jederzeitige Einsichtnahme in Form eines Nachschlagesystems möglich. Zudem entspreche der Informationsgehalt der im ISA verfügbaren Informationen nicht dem eigenen System der Betroffenen zu 1). Sie verweist zur weiteren Begründung auf ihren Vortrag im Verfahren BK3i-19/020 und im Klageverfahren VG Köln 21 K 4782/22. Die in der öffentlichen mündlichen Verhandlung geäußerte Annahme der Beschlusskammer, dass der Informationszugang über den ISA als „One Stop Shop“ für die Zugangsnachfrager besser sei, weist sie zurück. Die schwerwiegenden

Nachteile des ISA gegenüber dem eigenen Dokumentations- und Planungssystem würden keinesfalls dadurch ausgeglichen, dass im ISA Informationen mehrerer Unternehmen enthalten seien. Da eine gleiche Eignung nicht bestehe, komme es nicht auf eine Mehrbelastung der Betroffenen zu 1) an. Die Beschlusskammer stelle sich nur die Frage, ob es sich bei einem solchen Zugang um ein milderes Mittel handle, übergehe aber die maßgebliche Tatsache, dass es sich um eine deutlich besser geeignete Maßnahme handle. Selbst wenn diese eingriffsintensiver wäre als die Transparenzverpflichtung, wäre sie mangels Eignung derselben erforderlich.

Unterstelle man die Richtigkeit der Äußerungen der Betroffenen zu 1) in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, dass die Überführung der Daten in den ISA für sie aufwändig sei – was die Vodafone bestreitet – und ein IT-Projekt erfordere, sei der Aufwand für die Herstellung der Mandantenfähigkeit des eigenen Dokumentations- und Planungssystems nicht zwingend erheblich belastender. So könne anstelle eines IT-Projekts zur Überführung von Daten in den ISA ein IT-Projekt zur Herstellung der Mandantenfähigkeit des eigenen Dokumentations- und Planungssystems angebracht sein. Letzteres würde den Informationsbedarf mit einmaligem Aufwand dauerhaft auf geeignetere Weise absichern.

1&1 Versatel ist der Ansicht, Art. 73 Abs. 1 S. 2 lit. i) EKEK fordere einen solchen Zugang ausdrücklich.

Die Deutsche Glasfaser geht davon aus, dass die bloße Lieferverpflichtung an den ISA einen Wettbewerbsnachteil für Zugangsnachfrager bedeute. Sie geht davon aus, dass die Daten im Planungstool der Betroffenen zu 1) wie bei Megaplan eine deutlich bessere Qualität aufweisen. Zudem stelle sich die Frage, wie die Bundesnetzagentur die Korrektheit der Daten überprüfen werde. Fehlende Datenlieferungen an den ISA seien bereits belegt, daher sei zweifelhaft, dass künftig der korrekte Bestand von Leerrohren in den ISA übermittelt werde.

Konsultationsstellungen zur Gleichbehandlungspflichten

Die Plusnet begrüßt die vorgesehene Gleichbehandlungsverpflichtung. Gleichwohl sei die Gleichbehandlungsverpflichtung nicht geeignet, um auch von einer Zugangsverpflichtung absehen zu können, da diese nur das Ob, nicht aber auch das Wie einer Zugangsgewährung regelt. Auch die auferlegte Standardangebotsverpflichtung reiche nicht aus, um die Zugangsgewährung umfassend abzusichern. Denn sie beziehe sich nur auf die Zugangsformen, die vom Standardangebot umfasst seien. Wünsche der Zugangsnachfrager eine vom Standardangebot nicht umfasste Zugangsgewährung, könne er diesen spezifischen Zugang ohne eine Zugangsverpflichtung der Betroffenen zu 1) nicht durchsetzen. Denn auch ein Verfahren nach § 35 TKG setze eine bestehende Zugangsverpflichtung voraus.

ERT beim BNG-Glasfaser-VULA

Allgemeines

Sowohl die Betroffene zu 1) als auch die Betroffene zu 2) erachten es als zutreffend, dass die Beschlusskammer die wirtschaftliche Nachbildbarkeit bejaht. Die Betroffene zu 2) begrüßt ausdrücklich, dass die Beschlusskammer von einer Zugangs- und Entgeltregulierung des BNG-Glasfaser-VULA der Betroffenen zu 1) absieht, weil einem effizienten Nutzer des BNG-Glasfaser-VULA der Betroffenen zu 1) eine ausreichende Spanne zwischen den Preisen der relevanten Endkundenprodukte der Betroffenen zu 2) und den eigenen Kosten verbleibe. Indes sind beide Betroffenen der Ansicht, dass die ERT-Prüfung methodische, letztendlich aber nicht ergebnisrelevante Mängel aufweise und auf einer überholten Datengrundlage erfolgt sei. Diese Mängel seien zu beheben, weil sie das Ergebnis des ERT erheblich zu Lasten der Betroffenen verzerrten.

Die Vodafone kritisiert den Umfang der Schwärzungen beim ERT. Die wesentlichen Annahmen, die der Entgeltprüfung zugrunde liegen, müssten transparent und nachvollziehbar sein. Infolge der Schwärzungen könnten die Angaben zur Netzauslastung und die Gründe für die Ansetzung eines Sicherheitszuschlages sowie dessen Höhe nicht nachvollzogen werden.

Bestimmung des Flaggschiffprodukts

Die Wettbewerber fordern überwiegend, den ERT nicht nur auf ein Flaggschiff zu begrenzen und tragen hierzu wie folgt vor:

Nach Ansicht der 1&1 Versatel habe die Beschlusskammer ihr Vorgehen nur unzureichend abgewogen und begründet. Die Bestimmung eines einzelnen Flaggschiffprodukts stehe nicht im Einklang mit dem Wortlaut der Nichtdiskriminierungsempfehlung. In anderen europäischen Ländern würden stets mehrere Flaggschiffe untersucht, wie z.B. in in Spanien und Belgien. Auch entspreche das ausgewählte Flaggschiffprodukt der Geschwindigkeitsklasse 100 Mbit/s nicht einer vorausschauenden Marktbeobachtung. Es müssten neben den kupferbasierten Geschwindigkeitsklassen bis 250 Mbit/s die rein glasfaserbasierten Geschwindigkeitsklassen bis 1.000 Mbit/s im Fokus stehen, denn diese würden für den künftigen Wettbewerb die relevantesten Endkundenprodukte werden. Gerade zur Realisierung dieser Geschwindigkeitsklassen werde das VHCN-Netz in den kommenden Jahren neu aufgebaut. Bei den durch Kupferanschlüsse substituierbaren Geschwindigkeitsklassen bis 250 Mbit/s entfalte deren strengere Regulierung ausreichend indirekten Druck, um deren Nachbildbarkeit gerade noch sicherzustellen. Bei den rein glasfaserbasierten Geschwindigkeitsklassen bis 1.000 Mbit/s sei dieser indirekte Druck nicht gegeben, so dass deren Nachbildbarkeit ohne gesonderten Nachbildbarkeitstest nicht per se gegeben sei.

Eine Betrachtung aller Geschwindigkeitsklassen sei auch erforderlich, um eine strategische Preissetzung zu verhindern. Durch die Bestimmung nur eines einzelnen Flaggschiffs entstehe ein starker Anreiz, durch strategische Preissetzung die Nachbildbarkeit der Geschwindigkeitsklassen, die nicht im Rahmen des Nachbildbarkeitsansatzes überprüft werden, für einen effizienten Wettbewerber zu erschweren. Eine Nachbildbarkeit der nicht als Flaggschiffprodukt geprüften Geschwindigkeitsklassen wäre nur noch deutlich zu Lasten der bereits geringen Marge beim Flaggschiffprodukt gegeben. Bei Nachbildbarkeit aller Geschwindigkeitsklassen würde dieses womöglich zu einer Nullmarge oder sogar negativen Marge des gesamten Tarifportfolios führen. Diese Gefahr sei durchaus begründet, da die übrigen Geschwindigkeitsklassen für ca. 60% der Neukunden stünden und sich deren Anteil am Neukundengeschäft (vor allem die Geschwindigkeitsklassen größer 250 Mbit/s) in den kommenden Jahren mit fortschreitenden Glasfaserausbau immer weiter erhöhen werde.

Nach Ansicht der Vodafone und des VATM sei der ERT zumindest auf alle Anschlussklassen zu beziehen, die im Rahmen des Standardangebotes für den virtuell entbündelten Zugang in Form eines Layer 2-Zugangsproduktes am Switch/BNG bei massenmarktfähigen FTTH/B-Infrastrukturen sind bzw. sein werden.

Reduziertes Bereitstellungsentgelt

Die Betroffenen fordern, ein reduziertes Bereitstellungsentgelt zu Grunde zu legen. Die Betroffene zu 2) habe das Bereitstellungsentgelt bereits auf 5,19 gesenkt und die Betroffene zu 1) beabsichtige, das Bereitstellungsentgelt entsprechend abzusenken. Mit Schriftsatz vom 03.06.2024 hat die Betroffene zu 1) ein entsprechend geändertes Vertragsangebot vorgelegt.

Beschränkung auf die Commitment-Preise

Im Hinblick auf die Durchführung des ERT kritisiert die Plusnet, dass auf die Commitmententgelte abgestellt werde. Dies benachteilige insbesondere kleine oder neue Anbieter, die nicht in der Lage seien, eine profitable Absatzmenge zu generieren. Denn bei den aktiven Zugangsprodukten sei die Schere zwischen der Kosten- und der Erlösseite relativ gering, so dass eine Wirtschaftlichkeit nicht allein durch die Marge, sondern erst durch die Masse der Anschlusszahl lukrativ werde. Sie kritisiert auch die Annahme der Beschlusskammer, dass ein effizienter Wettbewerber ein bundesweites Angebot habe. Diese Prämisse lasse sich nicht mit der Marktrealität vereinbaren. Denn lediglich die 1&1 habe mit der Betroffenen zu 2) eine entsprechende Vereinbarung getroffen

Bestimmung des gewichteten monatlichen Überlassungsentgeltes

Die Betroffenen zu 1) und zu 2) sind der Auffassung, dass die Gewichtung der drei in den ERT einbezogenen Unternehmen auf der Grundlage von Ausbau und Bestand für Ende 2025 erfolgen sollte, da somit alle vermarktbaren Anschlüsse erfasst seien. Eine Berücksichtigung lediglich der Netzausbauplanung der Jahre 2023–2025 ließe den Anteil unberücksichtigt, den die drei Unternehmen tatsächlich bis Ende 2025 am relevanten Vorleistungsmarkt haben werden. Eine Prognose der Aufteilung der FTTH-Anschlüsse unter den drei Unternehmen und damit der Anteile am relevanten Vorleistungsmarkt müsse daher Ausbau und Bestand berücksichtigen.

Die Betroffene zu 2) hält den von der Beschlusskammer aufgeschlagenen Sicherheitsaufschlag für ländliche Gebiete, der den gewichteten Vorleistungspreis zu Lasten des regulierten Unternehmens höher erscheinen lasse, als er tatsächlich sei, für unnötig. Es liege in der Natur eine Prognose, dass die ermittelten Werte mit einer gewissen Unsicherheit verbunden seien und der prognostizierte Ausbau nicht exakt dem Ausbaustand in ca. 1,5 Jahren entsprechen werden. Ein Sicherheitsaufschlag, der den Anteil kleiner Ortsnetze bewusst höher ansetze als es die Ausbauplanung ausweist, sei aber nur dann gerechtfertigt, wenn es objektiv wahrscheinlicher wäre, dass die getroffene Prognose zugunsten der großen Ortsnetze verzerrt sei. Dies sei weder der Fall noch werde es von der Beschlusskammer in den Konsultationsentwürfen geltend gemacht. Es sei vielmehr wahrscheinlicher, dass die zugrundeliegende Ausbauplanung 2023–2025 den Anteil der ländlichen Gebiete bereits überbewerte und sich der Ausbau zugunsten der Ballungsräume verlagern werde. Dafür spreche zum einen, dass der Ausbau in den Ballungsräumen generell kostengünstiger und rentabler sei. Zu diesem strukturellen Grund komme hinzu, dass die Zukunft der Gigabit-Förderung des Bundes, die ein maßgeblicher Treiber des Ausbaus in weniger dicht besiedelten Gebieten sei, akut gefährdet erscheine: Der Betroffenen zu 2) sei bekannt, dass die Haushaltsmittel für das aktuell laufende und ursprünglich bis Ende 2025 geplante Gigabit-Förderprogramm in absehbarer Zeit aufgebraucht sein werden. Von einer Fortsetzung der Förderung des FTTH-Ausbaus in Deutschland in den Jahren 2024 und 2025 sei daher mangels Haushaltsmittel und eines von der Europäischen Kommission genehmigtes Beihilfeprogramm nicht auszugehen. Zudem verschlechterten sich die Bedingungen des geförderten Ausbaus für die Netzbetreiber in den Beihilfeentscheidungen der Europäischen Kommission zunehmend; zugleich Sorge die aktuelle Spruchpraxis der Beschlusskammer 11 dafür, dass die Investitionsrisiken der ausbauenden Unternehmen erheblich stiegen. Vor diesem Hintergrund müsse im ERT allenfalls ein Sicherheitsabschlag für die kleineren Ortsnetze einberechnet werden, da es sehr viel wahrscheinlicher sei, dass deren Ausbau geringer ausfalle als zunächst angenommen, als dass er gegenüber der Prognose steige. Ein „Sicherheitszuschlag“, der einseitig die Prognoserisiken zu Lasten der in VHC-Netze investierenden Unternehmen und zugunsten zugangsbasierter Wettbewerber verzerre, stünde hingegen im direkten Widerspruch zum Ziel des EKEK und auch der Gigabit-Empfehlung, den Ausbau von und die Marktdurchdringung mit Netzen mit sehr hoher Kapazität zu fördern.

Kalkulatorischer Upfront im Rahmen des Überlassungspreises

Die Betroffene zu 1) rügt die von der Beschlusskammer für sie angenommene Auslastung von 50 %. Die Kammer habe nicht berücksichtigt, dass ein effizienter Nachfrager sein Commitment mit dem von ihr angebotenen FTTH-only-Modells vereinbaren würde. Hierdurch sei es einem Wholesale-Kunden möglich, im jeweiligen Commitment-Jahr mehr Endkunden unter Vertrag zu nehmen, als sein zum 01.04 beauftragtes Commitment eigentlich zuließe. Dabei fiel weder der unrabattierten Einzelabnahmepreis noch eine Strafzahlung an, wenn der Kunde zu Beginn des folgenden Commitment-Jahres das Commitment entsprechend im Rahmen des Nachkaufs erhöhe. Diese Möglichkeit sei für den Wholesale-Kunden kostenneutral möglich. Eine etwaige Strafzahlung oder Überschreitungsentsgelt werde nicht fällig. Dieser Mechanismus führe dazu, dass im Rahmen der wirtschaftlichen Nachprüfbarkeit Prüfung ein Auslastungsgrad von über 100 % anzunehmen sei.

Auch die Betroffene zu 2) ist in diesem Kontext der Ansicht, dass die von der Beschlusskammer für die Betroffene zu 2) zugrunde gelegte Auslastungsquote von 90 % nicht den tatsächlichen Werten entspreche und deutlich zu niedrig angesetzt sei und nicht der tatsächlichen Auslastung in den mit ihr eingegangenen Commitment-Vereinbarungen entspreche.

Das von ihr neu gestaltete FB-Plus-Commitments stehe den Zugangsnachfragern mit Wirkung zum 01.04.2024 zur Verfügung und sehe mit einer Hochlaufregelung und einer Nachziehmechanik zwei Mechanismen vor, die zu einer höheren Auslastung führen und eine Auslastung von mindestens 100 % ermöglichen würden. Der Hochlauf starte bei 0,5 % der FB-Commitment-Basis im anbieterweiten Commitment; und bei 1 % im regionalem Commitment. Sodann steige das Commitment jährlich um 0,5 % im anbieterweiten Commitment auf 3 % bis 2029 und um 1 % im regionalen Commitment bis 6 % im regionalen Commitment. Die Nachziehmechanik ermögliche zusätzlich, dass auch die mittlere Auslastung (über das Commitment-Jahr) bei 100 % liegen kann. Bei einer Überschreitung der gewählten Commitment-Höhe müsse im FB-Plus-Modell zukünftig keine Zahlung für diese Überschreitung geleistet werden, wenn der Zugangsnachfrager stattdessen sein FB-Plus-Commitment für das Folgejahr so erhöhe, dass seine im Vorjahr erreichte Vermarktungsmenge mit einem Jahr Verzögerung mindestens abgedeckt sei. Diese Nachziehmechanik erlaube es dem Zugangsnachfrager mithin, zu Beginn des Folgejahres sein prozentuales FB-Commitment zu erhöhen bzw. nachzukaufen, ohne rückwirkende oder erhöhte Entgelte.

Auch die bei der Betroffenen zu 1) und der Glasfaser Plus angesetzte Auslastungsquote von 50 % sei deutlich zu niedrig ist. Zudem handele es sich augenscheinlich nur um eine Schätzung ohne eine Datengrundlage.

Die 1&1 Versatel fordert hingegen, für den mengengewichteter Mittelwert aus den kalkulatorischen Auslastungsgraden der drei FB-Commitments mit den beiden JV (Betroffene zu 1) und Glasfaser Plus) und der Betroffenen zu 2) auch bei der Betroffenen zu 2) einen Auslastungsgrad von 50% anzusetzen. Denn die Beschlusskammer verkenne, dass die fehlende „Umbrella-Logik“ im Ausbaugbiet der beiden JV auch eine Wechselwirkung auf das Commitment mit der Betroffenen zu 2) habe, so dass sich das in 2021 fest eingegangene Abnahme-Commitment insgesamt erhöhe. Da die FB-Commitments mit den JV nicht über die „Umbrella-Logik“ mit den Commitment-Verträgen verknüpft seien, könne die Betroffene zu 2) als gemeinsame Mutter aller JV dieses strategisch nutzen, um die Vorleistungskosten eines effizienten Wettbewerbers zu erhöhen. Die Betroffene zu 2) könne neben den beiden bereits existierenden JV weitere JV zur Refinanzierung des Glasfaserausbaus gründen und diese gleichzeitig auch zur Wettbewerbsbehinderung einsetzen. Somit würde mit jedem weiteren JV auch die Commitment-Basis immer weiter steigen und der kalkulatorische Auslastungsgrad des Commitments mit der Betroffenen zu 2) immer weiter sinken. Diese Wettbewerbsbehinderung lasse sich unter dem Konzept „raising rivals' cost“ subsumieren, da durch die fehlende „Umbrella-Logik“ die absoluten jährlichen Upfrontzahlungen eines effizienten Nachfragers immer weiter stiegen und damit gleichzeitig auch deren monatliche Umlage steige.

Das doppelte Commitment im Ausbaubereich der beiden JV habe aber nicht nur unmittelbare Wechselwirkungen auf das FB-Commitment mit den beiden JVs, sondern auch mittelbare Wechselwirkungen auf das gesamte Commitment mit der Betroffenen zu 2), die im ERT bislang nicht gewürdigt würden. Die Beschlusskammer verkenne, dass das weiterhin in unveränderter Höhe bestehende VDSL-Commitment im Ausbaubereich der beiden JV zunehmend durch Anschlüsse außerhalb des Ausbaubereichs der JVs befüllt werden müsse. Dieses dürfte aber für einen bundesweit tätigen Nachfrager aufgrund der zunehmenden Marktsättigung und der zu erwartenden rückläufigen Nachfrage nach VDSL-Anschlüssen immer schwieriger werden. In der Folge sinke auch der kalkulatorische Auslastungsgrad des Commitments mit der Betroffenen zu 2). Daher sei ein Einbezug der FB-Commitments in die „Umbrella-Logik“ der Commitment-Verträge mit der Betroffenen zu 2) notwendig. Der Einbezug in die „Umbrella-Logik“ sei auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz geboten. Die Betroffene zu 2) kaufe vermutlich bei ihren beiden JVs über Commitment-Verträge zu gleichen Konditionen wie die Wettbewerber BNG-Glasfaser-VULA ein. Im Unterschied zu den Wettbewerbern habe sie aber keinen Commitment-Vertrag mit sich selbst, der bei Abschluss weiterer FB-Commitment-Verträge zu einer Erhöhung der gesamten Commitment-Basis führen würde.

Kosten für das Infrastrukturentgelt

Die Betroffene zu 1) und zu 2) tragen vor, dass die Nachziehmechanik auch beim Infrastrukturentgelt dazu führe, dass die mittlere Auslastung über das Commitment-Jahr bei 100 % oder darüber liegen könne. Die Beschlusskammer unterstelle indes im Hinblick auf den Upfront für das Infrastrukturentgelt für die Betroffene zu 1) eine Auslastung von 50 %, was entsprechend zu korrigieren sei.

Zudem weist die Betroffene zu 2) darauf hin, dass sich aus dem neuen FB-Plus-Modell auch eine absolute Absenkung des einmaligen Infrastruktur-Upfronts ergebe, der in einem kalkulatorischen jährlichen Betrag von 25 € pro Jahr resultiere.

Nach Ansicht der 1&1 Versatel sei auch bei der Umlage des Infrastrukturentgelts in monatliche Entgelte sachrichtig eine niedrige Auslastung bei der Betroffenen zu 2) zu berücksichtigen. Den kalkulatorischen Auslastungsgrad für die Commitments der beiden JV lege die Beschlusskammer sachrichtig mit 50% fest. Gleiches müsse für die Betroffene zu 2) gelten. Denn ein effizienter bundesweiter Wettbewerber starte beim FB-Commitment zunächst mit einem Auslastungsgrad von 0%. Über die Vertragslaufzeit sei von einem kontinuierlichen Hochlauf des Auslastungsgrads auszugehen, so dass die kalkulatorische Auslastung im Durchschnitt über die gesamte Vertragslaufzeit im Mittel 50% betrage (= „linearer Hochlauf“ analog zum VDSL-Kontingentvertrag). Da das Infrastrukturentgelt nur für die reinen Glasfaseranschlüsse zur Finanzierung der neu zu errichtenden Glasfaserhausanschlüsse und der Inhouseverkabelung anfallt, könnten diese Zahlungen über die Vertragslaufzeit auch nicht mit VDSL-Commitments verrechnet werden.

Kundenverweildauer

Die Plusnet kritisiert die von der Beschlusskammer angesetzte Kundenverweildauer. Diese stelle auf Besonderheiten der Betroffenen zu 2) ab und sei nicht auf andere Unternehmen übertragbar. Insbesondere würden ein vermehrt aufkommendes Wechselpotential durch Vergleichsportale und verbesserte Verbraucherrechte außer Acht gelassen.

Die 1&1 Versatel fordert in diesem Kontext, dass im ERT auf 24 Monate Mindestvertragslaufzeit abgestellt wird. Die Umrechnung einmalig anfallender Kosten und Erlösminderungen aufgrund der mittels Marktdatenabfrage erhobenen durchschnittliche Kundenbindungsdauer der Wettbewerbsunternehmen sei nicht sachgerecht. Denn eine unreflektierte Übernahme der Kundenbindungsdauern der Benutzer von Kupferleitungsnetzen für die Kundenbindungsdauer der Benutzer von VHC-Netzen führten dazu, dass die Kundenbindungsdauer der Benutzer von VHC-Netzen systematisch überschätzt und damit die durchschnittlichen Kosten und Erlöse von VHC-Anschlüssen unterschätzt würden. Nachrangig zu berücksichtigende Alternativen

seien ein Abstellen auf die Tarifverweildauer oder die Bereinigung der Kundenbindungsdauer um die nicht für NGA-Netze gewinnbaren Kunden, entsprechend dem von der Telefónica im Verfahren BK3-20-106 geforderten Mechanismus. Zur Ermittlung der Kundenbindungsdauer der Benutzer von VHC-Netzen dürften nur die für VHC-Netze gewinnbaren Kunden berücksichtigt werden. Die Kundenbasis müsse um solche Kunden bereinigt werden, die in Alttarifen verharren. Hierzu könne auch pragmatisch vorgegangen werden. So könne man die Kundenbasis nach aufsteigender Kundenbindungsdauer sortieren und aus dieser Kundenbasis die 20 % der Kunden mit den längsten Kundenbindungsdauern herausrechnen. Aus dieser bereinigten Kundenbasis werde der Median der Kundenbindungsdauern ermittelt.

Gemeinkosten

1&1 Versatel fordert, eine Anpassung des Gemeinkostenzuschlags. Die Gemeinkosten seien methodisch falsch ermittelt worden und führten zu einer deutlichen Unterdeckung der Gemeinkosten eines effizienten Nachfragers. Auch aus der Nichtdiskriminierungsempfehlung ergebe sich nichts anderes. Diese gebe in Anhang II lit. ii) lediglich vor, dass die Gemeinkosten nur auf die nachgelagerten Kosten aufzuschlagen seien. Erst indem die Beschlusskammer dies mit dem EEO-Maßstab kombiniere, würden die Gemeinkosten eines effizienten Wettbewerbers unterschätzt und der angepasste EEO-Test fälschlicherweise als bestanden gewertet werde. Der angepasste EEO-Test müsse vielmehr so ausgestaltet werden, dass er einerseits eine hohe Preisflexibilität und eine wirtschaftliche Nachbildbarkeit gewährleistet. Andererseits müsse ein missbräuchlicher Margendruck explizit verhindert werden. Dieses Ziel werde dadurch erreicht, dass auf den Kosten für nachgelagerte Tätigkeiten die Gemeinkosten in voller Höhe aufgeschlagen werden. Die sachgerechte Umsetzung zur vollständigen Deckung aller Gemeinkosten wäre eine Erweiterung der Zuschlagsbasis um die Vorleistungskosten, so dass die Gemeinkosten analog zur PKS-Prüfung auf die gesamten Einzelkosten eines effizienten Wettbewerbers aufgeschlagen würden. Alternativ könne der Zuschlagssatz so angepasst werden, dass die Gemeinkosten eines effizienten Wettbewerbers vollständig auf die nachgelagerten Kosten allokiert werden.

Zinskalkulation

Die Deutsche Glasfaser kritisiert den gewählten kalkulatorischen Zinssatz von 2,96 % im Rahmen des ERT. Dieser sei deutlich zu gering gewählt. Um Investitionsanreize zu erhalten, spricht sie sich für eine Anhebung des Zinssatzes aus..

Erlöse und Erlösminderungen

Erlösseitig sei nach Ansicht der Plusnet zu beachten, dass die – zwischen Kupfer- und Glasfaseranschlüssen einheitlichen – Endkundenpreise Quersubventionspotential haben. Insbesondere bei kupferbasierten Anschlüssen habe die Betroffene zu 2) eine deutlich höhere Marge als bei glasfaserbasierten Anschlüssen.

Im Hinblick auf Breitbandmobilfunkbündel kritisiert die Betroffene zu 2), dass die Beschlusskammer bei der Berechnung der Erlösminderungen nun erstmals auch eine (vermeintliche) Preisreduzierung für einen Magenta Mobil Unlimited Tarif in Höhe von EUR 25 berücksichtige, wobei es sich um den Tarif „Magenta Mobil L“ handle. Bei diesem Tarif gewähre die Betroffene zu 2) ihren Bestandskunden mit einem Magenta-EINS-Tarif wie auch bei den Tarifen Magenta Mobil S und M einen Datenvorteil. Während die Kunden in den Tarifen Magenta Mobil S und Magenta Mobil M von einem doppelten Datenvolumen profitieren, erhalte der Kunde im Magenta Mobil L als Vorteil eine Flatrate. Dies führe aber in der durchschnittlichen Betrachtung der Datennutzung der Magenta-EINS-Kunden zu keiner erhöhten Datennutzung als bei den Magenta-Mobil-Kunden ohne einen Magenta-EINS-Vorteil. Wie auch bei den kleineren Tarifen S und M entstünden somit keine Kosten, die im Rahmen eines ERT anzusetzen seien. Eine Preisreduzierung in Höhe von EUR 25 Euro werde dagegen nicht gewährt; es verbleibe vielmehr beim Preisvorteil in Höhe von EUR 5 für Kunden, die sich für den Magenta Mobil L entscheiden.

1&1 Versatel beantragt, die Erlösminderungen im Hinblick auf die Breitbandmobilfunkbündel mit einem Rabatt von 15 € (12,60 € netto) zu bewerten. Während die Methodik zur Ermittlung der Erlösminderung richtig sei, halte man den angenommenen Rabatt von 5 € (4,20 € netto) für fehlerhaft. Denn es werde das doppelte Datenvolumen nicht berücksichtigt. Das Tarifportfolio der Betroffenen zu 2) sei so gestaltet, dass das inkludierte Datenvolumen prominent herausgestellt werde. Ein Endkunde, der einen Tarif mit genau 10 GB suche, würde ungebündelt den Tarif MagentaMobil S mit 10GB buchen. Würde er stattdessen einen Breitband-Mobilfunkbündeltarif mit genau 10 GB suchen, würde er in diesem Bündel den nächstkleineren Tarif MagentaMobil XS mit 10 GB buchen. Auch in den nachfolgenden Tarifstufen würde ein Endkunde, der einen Tarif mit 20 GB, 40 GB oder Unlimited sucht, im Bündel immer den nächstkleineren Tarif buchen. Somit erhalte ein Endkunde nicht nur einen Rabatt von 5 € (4,20 € netto), sondern spare zusätzliche 10 € (8,40 € netto) bei Tarifen bis 40GB bzw. 30 € (25,20 € netto) bei Unlimited, da er für das gleiche Datenvolumen im Bündel immer lediglich den nächstkleineren Tarif buchen müsse. Bei der Quantifizierung habe die Beschlusskammer die durchschnittlichen Erlöse aller Tarife innerhalb der Geschwindigkeitsklasse mit 100 Mbit/s anteilig berücksichtigt. So würden nicht nur der unrabattierte Standardtarif im Telekom-Shop, sondern auch die rabattierten Online-Tarife, preisaggressive Tarife über Preisportale (check24, verivox, etc.) sowie auch zielgruppenspezifische Tarife (Young-Tarife) in den Erlösen berücksichtigt. Diese Berücksichtigung sei besonders wichtig, da die Betroffene zu 2) mit solchen Tarifen gezielt einen Margendruck auf die Wettbewerber ausübe. Zur Verhinderung eines missbräuchlichen Margendrucks sei die Entwicklung derartiger Anteile am gesamten Tarifportfolio regelmäßig zu überprüfen.

In ähnlicher Logik fordert die Telefónica im parallelen Verfahren betreffend die Regulierungsverpflichtungen der Betroffenen zu 1) auf dem Markt 3b den Preisvorteil aus dem Breitbandmobilfunkbündel mit 1,36 € zu bewerten. In diesem Zusammenhang schätzt sie aus dem Geschäftsbericht der Betroffenen zu 2) einen Anteil an MagentaEins-Kunden in Höhe von 38%.

Überprüfungsintervall des ERT und Aktionstarife

Die Wettbewerber fordern überwiegend kürzere Intervalle zwischen drei und 12 Monaten zur Überprüfung des ERT.

In diesem Kontext fordert 1&1 Versatel eine halbjährliche sowie eine erweiterte anlassbezogene Durchführung des ERT. Der Zeitraum von drei Jahren oder alternativ anlassbezogen bei Einführung neuer Endkundenprodukte und/oder bei Anpassung der Endkundenpreise für eine wirksame Missbrauchskontrolle sei viel zu lang bzw. nicht sachdienlich. In Spanien erfolge eine Überprüfung halbjährlich. Diese Überprüfung sei für die Beschlusskammer auch nicht mit großem Verwaltungs- oder Erhebungsaufwand verbunden, da ihr die Daten ohnehin vorlägen. Zudem seien die für eine anlassbezogene Durchführung des ERT vorgesehenen sog. „Trigger-Ereignisse“ für eine wirksame Missbrauchskontrolle nicht ausreichend. Dies gelte insbesondere bei der Überprüfung der wirtschaftlichen Nachbildbarkeit u.a. bei preisaggressiven Werbeaktionen. Bei jeder Durchführung des Tests sei zu prüfen, ob der betreffende Aktionstarif derart relevant sei, dass dieser als eigenständiger Tarif im ERT betrachtet werden müsse. Auch die BEREC-Empfehlung „BEREC Guidance on the regulatory accounting approach to the economic replicability test“ vom 05.12.2014 sehe weitere Ereignisse vor, die im Konsultationsentwurf nicht aufgenommen worden seien. Zudem stelle sich nach der BEREC-Empfehlung die Frage, ob für eine weitere Untersuchung durch die Regulierungsbehörde stets eine formale Beschwerde eines Wettbewerbers erforderlich sei.

Auch ANGA fordert, dass Überprüfungen vor allem in der Anfangszeit des neuen Regimes regelmäßig alle drei bis sechs Monate und hinzukommend anlassbezogen vorgenommen werden, um relevante Änderungen im Markt hinreichend feststellen zu können. Die zu gewährleistende wirtschaftliche Nachbildbarkeit sei nach den Vorgaben von § 38 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TKG jederzeit zu gewährleisten. Daher sei das vorgesehene Vorgehen nach § 46 TKG unzureichend. Die Bundesnetzagentur würde danach die Nachbildbarkeit nur dann überprüfen, wenn ihr bekannt würde, dass die Gemeinschaftsunternehmen ihre Stellung bzw. die Stellung

der Betroffenen zu 2) bei der Festlegung ihrer Vorleistungsentgelte zum Nachteil der Wettbewerber missbrauchen. Dann sei es indes bereits zu spät. Die Nachfrager hätten auch kein Antragsrecht und seien daher auf regelmäßige Überprüfungen in kurzen Intervallen angewiesen.

Vodafone fordert eine Überprüfung des ERT für alle Vorleistungsprodukte mindestens einmal pro Jahr.

TRT

Die Betroffene zu 1) hält es für richtig, dass die technische Nachbildbarkeit von der Beschlusskammer bejaht wird. Die im Regulierungsverfügungsverfahren gegenüber der Betroffenen zu 2) getroffenen Feststellungen, insbesondere, dass die aktuelle Zwischenschaltung der WITA eine Eol-konforme Bereitstellung der fraglichen Zugangsleistung nicht hindere, auch in hiesigem Verfahren gelten müsse.

Konsultationsstellungen zur Standardangebotsverpflichtung

Standardangebot für den Zugang zu baulichen Anlagen

Die Betroffene zu 1) erachtet die Standardangebotsverpflichtung für den Zugang zu baulichen Anlagen bereits deshalb als ungeeignet, weil bereits die Zugangsverpflichtung an sich ungeeignet sei, um die Regulierungsziele des §§ 2 TKG zu erreichen bzw. zu fördern. Damit gehe auch der Verweis der Beschlusskammer auf Art. 69 Abs. 4 Unterabsatz 2 EKEK fehl, denn die Vorschrift erfordere, dass eine Zugangsverpflichtung nach Art. 72 EKEK besteht dies sei hier nicht der Fall.

Darüber hinaus sei eine Standardangebotsverpflichtung auch deshalb ungeeignet, die Regulierungsziele zu erreichen, weil der Markt bereits aus sich heraus funktioniere. Der Abschluss von individuellen mit Nutzungsverträgen sei schneller und effizienter als der langwierige Prozess eines Standardangebotsverfahrens nach § 29 TKG. Auch sei es falsch, die Veröffentlichung eines Standardangebots als „Idealbild“ für eine zügige und zweckmäßige Anbahnung von Mitbenutzungsvereinbarungen darzustellen. § 138 Abs. 5 TKG verdeutliche, dass es sich bei der Veröffentlichung eines Standardangebots lediglich um eine Option unter mehreren handle. Als Idealfall solle und könne lediglich der privatwirtschaftliche Abschluss von Zugangs- und Mitnutzungsverträgen gelten.

Indem die Beschlusskammer die Wertung des § 138 Abs. 5 TKG im Bereich der Standardangebotsverpflichtung heranziehe, widerspreche sie sich, weil sie die Wertungen der §§ 141 Abs. 2 Nr. 7 TKG und 143 Abs. 4 Nr. 3 TKG im Rahmen der Angemessenheit der Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen der Betroffenen zu 1) mit dem Hinweis abgelehne, dass sich die Wertungen aus dem Bereich symmetrischer Zugangsrechte nicht ohne weiteres auf Vorschriften aus dem Bereich der Marktregulierung übertragen ließen.

Die Standardangebotsverpflichtung sei auch nicht angemessen. Die Beschlusskammer habe die zu berücksichtigenden Interessen der Betroffenen zu 1) außer Acht gelassen. Die Beschlusskammer stütze sich lediglich auf eine allgemeingültige Begründung und bagatellisiere den Aufwand, der mit der Erstellung und Verhandlung eines Standardangebots einhergehe. Eine adressatenbezogene Ermessensabwägung, finde überhaupt nicht statt. Die Beschlusskammer verkenne die unternehmerische Unabhängigkeit der Betroffenen zu 1) von der Betroffenen zu 2). Aus der regulatorischen Möglichkeit der Behandlung der Unternehmen als einheitliches Unternehmen, folge nicht, dass zwischen den Unternehmen auch der gleiche Sach- und Kenntnisstand und auch dieselben Ressourcen zur Verfügung stünden.

Auch das Argument der Beschlusskammer, dass es der Betroffenen zu 1) unbenommen bliebe, neben dem Standardangebot auch individuelle Vereinbarungen abzuschließen, gehe fehl. Damit ließe sich nicht rechtfertigen, aus welchen Gründen die Standardangebotsverpflichtung angemessen sei.

Standardangebotsverpflichtung hinsichtlich des Zugangs zum BNG-Glasfaser-VULA

Die Betroffene zu 1) ist der Ansicht, dass die Beschlusskammer zu Recht auf eine Verpflichtung zum Zugang zum BNG-Glasfaser-VULA verzichtet habe. Genauso müsse von einer Standardangebots-Verpflichtung abgesehen werden. Die Betroffene zu 1) sei bereits aufgrund der EoI-Verpflichtung in der Pflicht, Wettbewerbern diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Leistungen zu gewähren. Nach Nr. 9 lit. h) der Gigabit-Empfehlung bedeute „Gleichwertigkeit des Inputs (EoI)“ in Bezug auf die Zugangsprodukte, dass internen wie dritten Zugangsnachfragern Dienste und Informationen zu denselben Bedingungen, einschließlich Preis und Dienstqualität, innerhalb derselben Fristen, unter Verwendung derselben Systeme und Prozesse und mit gleicher Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit bereitgestellt werden. Das „Ob“ des Zugangs stehe damit außer Frage, ebenso seien nahezu alle Aspekte des „Wie“ geklärt.

. Die Auferlegung einer Standardangebotsverpflichtung bereite ihr weiteren Verwaltungsaufwand, die diese vom Erreichen der Regulierungsziele abhalten. Zudem sei die Standardangebotsverpflichtung grundsätzlich akzessorisch zu einer Zugangsverpflichtung. Die nach der TKG-Novelle bestehende Möglichkeit, auch bei einem Absehen von einer Zugangsverpflichtung eine Standardangebotsverpflichtung aufzuerlegen, müsse aufgrund des erhöhten Aufwands eine Ausnahme bleiben.

Die Begründung der Beschlusskammer beschränke sich auf die Feststellung, dass im vorgelegten FB-Vertrag der Betroffenen zu 1) die auferlegten Monitoring-Pflichten noch nicht umgesetzt seien. Die Monitoring-Pflichten gehörten aber nicht zum Umfang einer Standardangebotsverpflichtung.

1&1 begrüßt die Verpflichtung der Betroffenen zu 1), ein Standardangebot für den Zugang zum Glasfaser-VULA zu veröffentlichen. Dies sei zur Erreichung der Regulierungsziele geeignet, erforderlich und angemessen, soweit die Beschlusskammer an der getrennten Betrachtung der Betroffenen zu 1) festhalte. Die Vereinbarungen über Zugänge zu L2-BSA hätten dabei auf objektiven Maßstäben zu beruhen, nachvollziehbar zu sein, einen für alle Nachfrager gleichwertigen Zugang zu gewähren, der in Bezug auf Funktionsumfang und Preis insbesondere mit jenem vergleichbar ist, der der Betroffene zu 2) gewährt werde.

Die Beschlusskammer gehe aber fehl in der Annahme, dass der vorgelegte Vertragsentwurf die technische Nachbildbarkeit der Endkundenangebote der Betroffenen zu 2) ermögliche und nur um die noch nicht auferlegten Monitoringverpflichtungen zu ergänzen sei. Die Erfahrungen mit der EoI-Verpflichtung gegenüber Betroffenen zu 2) zeigten, dass bereits in der Regulierungsverfügung die Vorgaben an das Standardangebot weiter zu konkretisieren seien, damit eine EoI-Konformität sichergestellt werde. Die Feststellung der Beschlusskammer zu der technische Nachbildbarkeit (TRT) im Entwurf, dass der Vertrag der Betroffenen zu 1) effizienten Zugangsnachfragern eine technische Nachbildbarkeit ihrer Endkundenangebote ermögliche, sei daher eine (bereits veraltete) Zeitpunkt Betrachtung, die um eine dynamische Betrachtung zu erweitern sei. Die Anforderung einer Regelung im Standardangebot, dass Nachfrager und damit auch die Betroffene zu 2) über solche Produktentwicklungen informiert würden, sei für eine EoI-konforme Umsetzung zwingend. Nur so seien die mit dem EoI-Ansatz verbunden gleichen (Vorlauf-)Fristen sichergestellt. Gleiches gelte für die Ausbauentscheidungen der Betroffenen zu 1). Da die Betroffene zu 2) der Netzausbauer der Betroffenen zu 1) sei, erhalte diese bereits zu einem frühen Zeitpunkt Kenntnis über den geplanten Ausbau der Betroffenen zu 1) bzw. werde die Betroffene zu 2) mit hoher Wahrscheinlichkeit auch aktiv die Ausbauentcheidung steuern. Diese frühe Kenntnis bzw. aktive Steuerung des Ausbaus eröffne der Betroffenen zu 2) strategische Vorteile. So könne die Betroffene zu 2) nach Ansicht der 1&1 gezielt lukrative Gebiete mit Mitteln der Betroffenen zu 1) ausbauen. Dabei müsse sichergestellt werden, dass alternative Nachfrager frühestmöglich über die Ausbauplanungen und zeitgleich über den Fortschritt informiert würden, denn nur dann könnten Vertriebsmaßnahmen mit den gleichen Fristen koordiniert und Endkunden informiert werden.

Konsultationsstellungen zu Transparenzverpflichtungen

Forderungen der Wettbewerber

1&1 Versatel beantragt, die Transparenzverpflichtung in Ziffer 8 des Entwurfs des Tenors zu erweitern. Zur Begründung führt die 1&1 Versatel aus, dass die Betroffene zu 2) Ausbauleistungen für die Betroffene zu 1) erbringe. Nur in diesem Zusammenhang sei es zu rechtfertigen, dass Informationen abseits der zentralen Informationsstelle der Telekom bereitgestellt würden. Im Sinne des Eol Ansatzes habe die Betroffene zu 2) für andere Vorhaben, wie beispielsweise die Nutzung von KKA für die Anbindung von Geschäftskunden analog den anderen Wettbewerbern auf die zentrale Informationsstelle des Bundes zurückzugreifen. Aufgrund der engen Verflechtung der beiden Unternehmen bestehe allerdings das Risiko, dass Daten direkt geteilt würden. Hierüber sei Transparenz herzustellen, damit der Eol Ansatz abgesichert sei.

1&1 Versatel fordert weiter, dass der physisch entbündelte Zugang zur Glasfaser-TAL bereits in der Regulierungsverfügung angelegt wird, indem die Transparenzverpflichtung in Ziffer 9 des Tenors um eine Erklärung zu einem Zugangsangebot sowie sich auf den Punkt-zu-Mehrpunkt-Zugang erweitert werden solle. Dies sei zwingend notwendig, um die Regulierungsmaßnahmen daran auszurichten. Derzeit bestehe eine einseitige Fokussierung auf ein Glasfaserausbauziel. Die weiteren im TKG verankerten Ziele drohten, diesem Fokus untergeordnet zu werden. Aussagen, dass für den Glasfaserausbau per se ein höheres Preisniveau nötig sei, spiegelten diese einseitige Fokussierung wider. Der grundlegende wettbewerbspolitische Ansatz, dass es auf ein Wettbewerbsergebnis, bzw. nach einem regulatorischen Eingriff auf ein wettbewerbsanaloges Ergebnis ankommen müsse, solle wieder in den Fokus rücken.

Monitoring-Verpflichtungen

Die Betroffene zu 1) erachtet die beabsichtigten Monitoring-Verpflichtungen für den virtuell entbündelten Zugang zur Glasfaser-TAL am BNG ohne Gewährung einer Übergangsvorschrift als weder erforderlich noch verhältnismäßig.

Sie verweist auf die bereits abgeschlossenen Vorleistungsverträge, in denen ein umfassendes KPI-Monitoring enthalten sei, das die Umsetzung der Eol-Verpflichtung gewährleiste. Eine zusätzliche Anordnung durch eine Regulierungsverfügung sei nicht erforderlich. Hilfsweise sei eine angemessene Frist zur Umsetzung der Verpflichtung bis zum 31.12.2024 zu gewähren. Vorher sei die Betroffene zu 1) bzw. deren Dienstleister aufgrund von Kapazitätsengpässen nicht in der Lage, das Monitoring zur Verfügung zu stellen. Zur Implementierung des Monitorings seien sowohl technische Veränderungen als auch IT Implementierungen notwendig, die erst zum Ende des dritten Quartals 2024 abgeschlossen sein werden.

ANGA begrüßt die Vorschläge im Konsultationsentwurf für ein KPI-basiertes Monitoring grundsätzlich. Die Bundesnetzagentur müsse darüber hinaus allerdings die KPI-Prüfungsergebnisse dem Markt quartalsweise zur Verfügung stellen. Die Wettbewerber seien auf ein wirksames KPI-Monitoring und das rasche Aufgreifen von Abweichungen durch die Bundesnetzagentur angewiesen. Denkbar sei als weitere flankierende Möglichkeit des Monitorings eine fortlaufende Überprüfung durch eine unabhängige Stelle ähnlich dem Datenschutzbeauftragten. Die Einrichtung einer solchen Stelle solle dann in Betracht gezogen werden, wenn sich das nun geplante Monitoring nach einem Zeitraum von ca. 1 Jahr als nicht effektiv erwiesen habe.

1&1 Versatel fordert, hinsichtlich der Verrechnungspreise das Monitoring zu erweitern. Sie begründet die Forderung mit der besonderen Verflechtung der Betroffenen zu 2). Diese sei geeignet, diskriminierend zu wirken. Eine solche Monitoringverpflichtungen sei nicht angemessen, da die Betroffene zu 1) als eigenständiges Unternehmen autark bilanzieren. Anhand der Bilanzierung seien die genannten Kostenpositionen jederzeit transparent darstellbar. Es sei auch eine fortlaufende Prüfung geboten, denn es müsse angenommen werden, dass die Betroffenen als eigenständige Unternehmen regelmäßig die Preise neuverhandeln. Die Notwendigkeit einer solchen Monitoringverpflichtung habe auch das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung aufgezeigt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.09.2021 - VI-Kart 5/20 (V), S. 51).

Auch hinsichtlich der Verfügbarkeit das Monitoring fordert sie eine Erweiterung. Zur Begründung führt sie an, dass die Produktion der Endkundenprodukte der Betroffenen zu 2) und der weiteren Nachfrager auf Basis der Produktionssysteme der Betroffenen zu 2) erfolge. Es sei sicherzustellen, dass die Nutzung der proprietären Systeme der Betroffenen zu 2) zu keinem Vermarktungsvorteil führt. Wesentlich für die Vermarktung seien Informationen bezüglich der Verfügbarkeit. Die von ihr beantragte Erweiterung solle sicherstellen, dass der Retail-Bereich der Betroffenen zu 2) und der der alternativen Nachfrager zu jedem Zeitpunkt den gleichen Informationsstand in der gleichen Qualität hätten. Die Betroffene zu 1) könne zudem zu jedem Zeitpunkt die Betroffene zu 2) auffordern, weitere Funktionen umzusetzen, um die derzeit noch in der „Einschwungphase“ befindliche Glasfaservermarktung zu verbessern. Solche Verbesserungen könnten auch von der Betroffenen zu 2) angeregt werden. Umzusetzen sei diese jedenfalls von der Betroffenen zu 2) als Betreiberin des Netzes. Hierbei sei zu beachten, dass die Betroffene zu 2) zwei Systeme anzupassen habe, nämlich die eigenen internen Systeme und die Wholesale-Systeme. Gerade bei Funktionen, wie beispielsweise der aktuell in der Erprobung befindlichen Terminreservierung vermutet die 1&1 eine starke Divergenz der Systeme. Damit der EoI Ansatz gewährleistet sei, sei eine Monitoringverpflichtung bei dem komplexen Feld der Prozesse geboten.

Konsultationsstellungen zur Entgeltgenehmigungspflicht

Stellungnahmen zur Entgeltgenehmigungspflicht für KKA-Zugang

Die Betroffene zu 1) ist der Ansicht, dass eine tatsachenveranlasste, nachträgliche Missbrauchsprüfung der Entgelte gemäß § 46 TKG ausreichend ist. Die Beschlusskammer habe zu Unrecht Anwendbarkeit des § 38 Abs. 2 TKG verneint. Die Beschlusskammer habe den Begriff des „eigenständigen Netzes“ in der Norm sehr restriktiv ausgelegt, was weder dem Wortlaut noch Sinn und Zweck der Norm entspreche. Die KKA gehörten zu einem reinen Glasfasernetz mit sehr hoher Kapazität. Dies folge aus § 3 Nr. 65 TKG i.V.m. § 3 Nr. 45 TKG. Die restriktive Auslegung der Beschlusskammer entspreche auch nicht Sinn und Zweck des § 38 Abs. 2 TKG, mit der eine Privilegierung des Glasfaserausbau intendiert sei, um Anreize zum sehr teuren und aufwändigen Glasfaserausbau zu setzen, um Deutschland bis 2030 flächendeckend mit Glasfaser zu versorgen. Die Privilegierung würde nach durch die Auslegung der Beschlusskammer auch leerlaufen. Denn eine Zugangsverpflichtung zu einem Netz mit sehr hoher Kapazität beziehe sich regelmäßig auf bestimmte Netzkomponenten und Einrichtungen. Würden diese Netzkomponenten und Einrichtungen vom Netzbegriff nicht umfasst, würde eine nachträgliche Missbrauchsprüfung bei Netzen mit sehr hoher Kapazität nahezu immer ausscheiden. Dies könne nicht vom Gesetzgeber gewollt sein.

Auch Nr. 34 der Gigabit-Empfehlung fordere keine ex ante-Entgeltgenehmigungspflicht beim Zugang zu Kabelkanalanlagen. Die Vorschrift betreffe lediglich die Ausgestaltung der Zugangsgewährung und die Berechnung kostenorientierter Preise. Sie beziehe sich folglich allenfalls auf das „Wie“ der Entgeltgenehmigungspflicht, nicht auf das „Ob“. Zudem handele es sich bei der Gigabit-Empfehlung nicht um verbindliches Recht, das über § 46 TKG stehe.

Selbst wenn man von einer Notwendigkeit der ex ante-Entgeltgenehmigungspflicht zur Sicherstellung der Ziele des § 38 Abs. 1 TKG ausginge, so sei deren Anordnung im konkreten Fall jedenfalls ermessensfehlerhaft und mithin rechtswidrig.

Die Beschlusskammer wähle einen fehlerhaften Bezugspunkt bei der Prüfung der Geeignetheit. Es gehe nicht darum, ob eine ex ante-Entgeltgenehmigungsverpflichtung im Wege des Anzeige- oder Genehmigungsverfahrens auferlegt werden solle, sondern darum, ob dies im Vergleich zu einer nachträglichen Missbrauchsprüfung überhaupt geeignet ist, die Regulierungsziele des § 2 TKG zu fördern. Mit der Verpflichtung sei ein erheblicher Aufwand für die Betroffene zu 1) verbunden, dem keine Förderung der Regulierungsziele gegenüberstehe.

Die ex ante-Entgeltgenehmigungspflicht sei aufgrund der bestehenden EoO-Verpflichtung auch nicht erforderlich, um die Regulierungsziele des §§ 2 TKG zu erreichen bzw. zu fördern,

weil das diskriminierungsfreie Angebot des Zugangs bereit sichergestellt sei. Es könne aufgrund der EoO-Verpflichtung auch nicht zu nachträglichen und nur für die Zukunft wirkenden Anpassungen kommen, sodass die nachträgliche Missbrauchsprüfung gleichermaßen effektiv sei.

Die angedachte Verpflichtung sei auch nicht angemessen, denn die Beschlusskammer habe die zu berücksichtigenden Interessen fehlerhaft bewertet. Die Argumentation, dass das gewählte Verfahren das Anbieterinteresse wegen § 38 Abs. 5 Nr. 3 TKG besonders schütze, sei widersprüchlich. Die Norm diene dem Schutz der Interessen der Betroffenen zu 1) und könne schon deshalb nicht dazu bemüht werden, ein erheblich belastendes Entgeltgenehmigungsverfahren zu rechtfertigen. Zudem sei kein Grund ersichtlich, warum § 38 Abs. 5 Nr. 3 TKG nicht auch im Rahmen einer nachträglichen Missbrauchsprüfung berücksichtigt werden könne. Sie referenziert auf das Konsultationsdokument der Beschlusskammer 11 zur Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze und der Koordinierung von Bauarbeiten auf der Grundlage des DigiNetzG. Dieses verdeutliche, dass eine Berücksichtigung des Geschäftsplans der Betroffenen zu 1) sowohl im Rahmen einer ex ante-Entgeltenehmigungspflicht als auch bei einer nachträglichen Missbrauchsprüfung erfolgen könne.

Der BREKO lehnt eine Zugangsverpflichtung ab, auch weil ein reguliertes Entgelt könnte und würde vermutlich zudem einen Richtwert für Leerrohrentgelte bilden, den alternative Netzbetreiber je nach Ausbaugesbiet und Topografie mit ihren neueren Netzen unmöglich abbilden könnten. Ihr Geschäftsmodell sei hierdurch massiv beeinträchtigt, was den sich entwickelnden Wettbewerb nachhaltig stören und der Beschleunigung des Ausbaus von Glasfasernetzen entgegenwirken würde. Die potenzielle Entwertung von Investitionen und Investitionsanreizen würde dem Markt die Dynamik beim Glasfaserausbau entziehen, die insbesondere alternative Netzbetreiber in den vergangenen Jahren – in der Hoffnung und mit dem Plan sicherer Investitionen – auf den Weg gebracht haben und nach wie vor entschieden vorantreiben.

1&1 Versatel eine Ergänzung der Ziffer 12 des Tenors. Diese Ergänzung sei geboten, weil die Betroffene zu 1) ein mit der Betroffenen zu 2) verbundenes Unternehmen sei, das nicht vollumfänglich eigenständig wirtschaftete. Die Gewinne würden an die Mütter abgeführt, was bei der Kostenkalkulation zu berücksichtigen sei. Weiter müsse bei der Entgeltbestimmung beachtet werden, dass die Nutzung eines verbundenen Unternehmens für den Aufbau von Glasfasernetzen nicht dazu führen dürfe, dass bei diesem eine andere Auslastung angenommen werde als bei einem Netz, welches die Betroffene zu 2) selbstständig errichte. Die Entscheidung, den Ausbau in dieser Form zu organisieren, habe die Betroffene zu 2) alleine entschieden. Hieraus dürften bei der Entgeltbestimmung keine Vorteile entstehen, da ansonsten der Regulierungszweck unterlaufen werde.

Stellungnahmen zur Entgeltenehmigungspflicht für den BNG-Glasfaser-VULA

Die Plusnet kritisiert das Absehen von einer ex-ante Entgeltregulierung im Hinblick auf den BNG-Glasfaser-VULA/FB-IP-Bitstromzugang. Sie ist der Ansicht, dass die Voraussetzungen von § 38 Abs. 2 TKG nicht vorliegen. Insbesondere fehle es an einem nachweisbaren Preisdruck, weil die kupferbasierten Layer 2- oder Layer 3-Bitstromzugangprodukte nicht der Entgeltregulierung unterliegen würden. Eine reine Missbrauchsprüfung reiche hierfür nicht aus, weil hier allein ein Bezug zu den Endkundenpreisen hergestellt werde, nicht aber zu den effizienten Kosten des Produkts. Im Übrigen sei eine Missbrauchskontrolle langwierig und ermögliche nur eine Entscheidung ex nunc. Es sei zudem nicht nachvollziehbar, warum die Betroffene zu 1) einer Vorlagepflicht hinsichtlich der Verträge, nicht aber auch der Entgelte unterworfen werden solle. Von einer Preisänderung infolge einer Vertragsanpassung erlange die Beschlusskammer dann nur durch die Vorlage des neuen Vertrages Kenntnis. Die Plusnet bezweifelt zudem, dass das Absehen von einer Entgeltregulierung mit dem Beschluss BK11-23/003 konsistent sei. In diesem Verfahren habe die Beschlusskammer 11 Entgelte für glasfaserbasierte Layer 2-Bitstromzugangprodukte festgesetzt, die deutlich unter denen der Betroffenen zu 1) bzw. 2) lägen.

Weiteres Vorbringen der Wettbewerber

Öffentliche Fassung
-Korrigierte Fassung-

Mehrere interessierte Parteien zweifeln an, dass die Betroffene zu 1) tatsächlich völlig unabhängig vom Agieren der Betroffenen zu 2) sei. ANGA trägt vor, dass die Betroffene zu 1) von der Technik der Betroffenen zu 2) profitiert habe. So erlebten alternative Wettbewerber bei Glasfaserausbauvorhaben Doppelausbau und Doppelausbauankündigungen der Betroffenen zu 2), wohingegen dies in den Gebieten der Betroffenen zu 1) und der GlasfaserPlus nicht geschehe. Das bedeute, die Gemeinschaftsunternehmen befänden sich in einer geschützten Wettbewerbssituation im Vergleich zu allen anderen Unternehmen im Markt, die mit der Betroffenen zu 2) im Wettbewerb stehen. Dies stelle eine Wettbewerbsverzerrung zu Ungunsten der Wettbewerber dar, die durch Regulierungsmaßnahmen auszugleichen sei. Zu sehen sei dies auch daran, dass die Betroffene zu 2) nur bei ihren Gemeinschaftsunternehmen aktive Bitstrom-Produkte einkaufe, während sie dies bei anderen Wettbewerbern verweigere und in den Doppelausbau gehe. Die Betroffene zu 2) nutze ihre Nachfragemacht und könne diese über die beiden Gemeinschaftsunternehmen weiter ausspielen.

Die Plusnet weist auf das Risiko hin, dass die Betroffene zu 2) an den Ausbauplänen der Betroffenen zu 1) beteiligt sein und so einen Informationsvorsprung im Hinblick auf die Vermarktung haben könnte. Hier seien die Interessen der Zugangsnachfrager noch nicht hinreichend abgesichert.

Zugang zur Glasfaser-TAL

Die Plusnet kritisiert, dass die Beschlusskammer keine Zugangsverpflichtung hinsichtlich massenmarktfähiger Glasfaser in PtP-Bauweise vorsieht. Sie meint, es sei unwahrscheinlich, dass die Betroffene zu 1) diese Bauweise nicht abbilden werde, wenn es sich um die effiziente Ausbauweise handele und diese auch in weiten Teilen des Marktes zu finden sei. Vielmehr sei zu unterstellen, dass der Monopolist effizient ausbaue. Sie fordert, über die geplante Transparenzverpflichtung hinaus bereits jetzt eine Zugangsverpflichtung unter Vorbehalt eines entsprechenden Ausbaus aufzuerlegen.

Zugang zum BNG-Glasfaser-VULA

Die Plusnet fordert eine zusätzliche Zugangsverpflichtung zum BNG-Glasfaser-VULA. Die Beschlusskammer habe sich mit der Begründung, dass der Zugang bereits durch die Auferlegung der Gleichbehandlungspflicht nach dem EoI-Konzept gegeben wäre, entschlossen, keine Zugangsverpflichtung zum BNG-Glasfaser-VULA aufzuerlegen. Nach Ansicht der Plusnet regule die Zugangsverpflichtung das Ob des Zugangs, die Gleichbehandlungsverpflichtung das Wie. Auch wenn im Rahmen des EoI-Ansatzes Bestellungen über die gleichen Systeme und Prozesse aufgenommen würden, bedürfe es hierfür im Vorfeld eines Vertrages, um die Nutzung dieser Systeme zu vereinbaren. Das Standardangebot helfe hier entgegen den Ausführungen der Beschlusskammer nur bedingt, denn es bilde nur den zum Zeitpunkt der Verhandlung des Standardangebots gegebenen Status ab. Sollte sich jedoch nach Abschluss des Standardangebotsverfahrens in der Praxis ergeben, dass noch zusätzliche Leistungen unter die eigentlich zu erlassende Zugangsverpflichtung fielen, so habe ein Nachfrager in dem vorliegenden Konstrukt keine Möglichkeit, diese durch eine Zugangsanordnung zu erlangen. Zudem würde im Falle einer erfolgreichen gerichtlichen Anfechtung des Beschlusses durch die Betroffene zu 2) im Hinblick allein auf Ziffer 2.2 die Zugangsgewährung komplett ad absurdum geführt.

Anträge

Die Betroffene zu 1) beantragt,

- dass die Pflicht zur Zugangsgewährung und die sich daran anknüpfenden weiteren Transparenz-, Standardangebotsverpflichtung- und Entgeltgenehmigungspflichten, insbesondere die Pflicht zur Bereitstellung der Informationen zur Belegung der Kabelkanalanlagen erst 12 Monate nach Inkrafttreten der Regulierungsverfügung oder frühestens zum 01.07.2025 beginnen.

- dem ERT die aktualisierte Ausbauprognose der GlasfaserPlus zugrunde zu legen. Die GlasfaserPlus ist der Ansicht, dass die Gewichtung der drei in den ERT einbezogenen Unternehmen auf der Grundlage des prognostizierten Bestands für Ende 2025 erfolgen sollte, da damit alle vermarktbareren Anschlüsse erfasst sind.
- den ERT unter Berücksichtigung der aufgezeigten Mängel zu berichtigen.

Vodafone beantragt,

- in Ziffer 1 des Tenors der Regulierungsverfügung die Worte „an festen Standorten“ zu streichen und diese damit wie folgt zu fassen: „anderen Unternehmen Zugang zu zum Zeitpunkt der Nachfrage bestehenden Kabelkanalanlagen zum Zweck des Aufbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten zu gewähren, wobei die Betroffene zu 1) eine angemessene Betriebsreserve vorhalten und ihren Eigenbedarf vorrangig befriedigen darf.“
- der Betroffenen zu 1) die Verpflichtung aufzuerlegen, Zugang zu Systemen der Betriebsunterstützung zu gewähren, indem sie gleichwertigen Zugang zu dem von ihr selbst genutzten Dokumentations- und Planungssystem gewährt, sowie die Verpflichtungen zur Gleichbehandlung gemäß Ziffer 2., zur Vorlage eines Standardangebots gemäß Ziffer 11. und zur Genehmigung der Entgelte gemäß Ziffer 12 des Tenors auf die Gewährung diesen Zugang zu erstrecken.
- in der Regulierungsverfügung klarzustellen, dass der ERT gemäß Ziffer 6. des Tenors für alle Vorleistungsprodukte, die Gegenstand des Standardangebots für den virtuell entbündelter Zugang in Form eines Layer 2-Zugangsproduktes am Switch/BNG bei massenmarktfähigen FTTH/B-Infrastrukturen sind bzw. sein werden, durchzuführen und nicht auf nur ein oder zwei Flaggshipprodukte zu beschränken ist, sowie sicherzustellen, dass der ERT mindestens einmal pro Jahr durchgeführt wird.

1&1 Versatel beantragt,

- dass die Zugangsleistungen bezüglich der passiven Infrastruktur und dem Layer-2 Bitstrom der Betroffenen zu 1) über die Betroffenen zu 2) zu erbringen sind. Es ist festzustellen, dass keine separate Zugangsvereinbarung mit der Betroffenen zu 1) notwendig ist, soweit eine Zugangsvereinbarung mit der Betroffenen zu 2) besteht.

Hilfsweise:

- Ziffer 10 des Tenors wie unterstrichen anzupassen: auf ihren Internetseiten darüber zu informieren, wenn der Ausbau von massenmarktfähigen FTTH-Infrastrukturen in einer PtP-Architektur so verfestigt geplant ist, dass er den Ausbaustatus „Gebietsausbau in Planung“ in der Verfügbarkeitsinformation für den eigenen Vertrieb und eigene Zugangsnachfrager erreicht und ob eine Zugangsvereinbarung angeboten wird. Selbiges gilt, soweit eine P2MP Entbündelung möglich und marktgängig wird bzw. der Betroffenen zu 2) eine solche auferlegt wird.
- Ziffer 1 des Tenors wie unterstrichen zu erweitern: anderen Unternehmen Zugang zu zum Zeitpunkt der Nachfrage bestehenden und entstehende Kabelkanalanlagen zum Zweck des Aufbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten zu gewähren, wobei die Betroffene zu 1) eine angemessene Betriebsreserve vorhalten und ihren Eigenbedarf vorrangig befriedigen darf;

- Ziffer 1 des Tenors, um folgenden Absatz zu erweitern: Der Zugang umfasst, soweit die Betroffene zu 1) diese im Ausbau nutzt, neben Kabelkanalanlagen, auch Gebäude oder Gebäudezugänge, Verkabelungen in Gebäuden, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen Pfähle, Masten, Leitungsrohre, Leerrohre, Kontrollkammern, Einstiegsschächte und Verteilerkästen, sowie Masten und Trägersystemen oberirdischer Linien zum Zweck des Aufbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten, sowie Anbindung an Mobilfunknetzen;
- Ziffer 1, Absatz 1 des Tenors ist entsprechend anzupassen unter Berücksichtigung des Antrags zu dem zeitlichen Umfang der Zugangsverpflichtung (siehe Abschnitt „Zeitlicher Umfang der Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen“).
- dass Ziffer 13. des Tenors wie im Folgenden unterstrichen, ergänzt wird: Entgelte für die Gewährung des Zugangs gemäß Ziffer 1. nach Maßgabe der §§ 39 ff. TKG genehmigen zu lassen, wobei die Bundesnetzagentur insbesondere gemäß § 38 Abs. 5 Nr. 2 TKG berücksichtigt, dass die Maßnahmen in ihrer Gesamtheit, welche ebenfalls die Verbundenheit mit der Betroffenen zu 2) umfasst, einschließlich in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht, aufeinander abgestimmt sind (Konsistenzgebot) sowie die Anreize für den Ausbau neuer und verbesserter Telekommunikationsnetze, die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern
- dass Ziffer 12 des Tenors entsprechend der Unterstreichung erweitert wird: ein Standardangebot für Zugangsleistungen zu veröffentlichen, zu deren Angebot sie durch Ziffer 1. verpflichtet ist, sowie für den virtuell entbündelten Zugang in Form von bestehenden und geplanten eines Layer 2-Zugangsproduktes~~n~~ am Switch/BNG bei bestehenden und geplanten massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen, wobei die Angaben zu den Standorten des Zugangs bzw. der Kollokation nicht veröffentlicht, sondern interessierten Unternehmen nur auf Nachfrage zugänglich gemacht werden
- dass alle relevanten Endkundenprodukte als Flaggschiffprodukte bestimmt werden. Zur Bestimmung der Flaggschiffprodukte müssen folgende Kriterien berücksichtigt werden:
 - Bei der Bestimmung der Flaggschiffprodukte müssen alle relevanten Endkundenprodukte, die von Bedeutung für den gegenwärtigen und künftigen Wettbewerb sind, berücksichtigt werden. Dieses sind alle Geschwindigkeitsklassen bis 1000 Mbit/s,
 - zudem müssen neu eingeführte Endkundenprodukte, die die bestehenden Flaggschiffprodukte ersetzen sollen oder das Potenzial haben, künftig ebenfalls zum Flaggschiffprodukt zu werden, ebenfalls berücksichtigt werden,
 - darüber hinaus müssen auch kürzlich eingeführte Produkte, die sich durch ein signifikantes Wachstum und/oder einen sehr wettbewerbsfähigen Preis auszeichnen, ebenfalls berücksichtigt werden,
 - auch kürzlich eingeführte Endkundenprodukte, die sich durch ein signifikantes Wachstum und/oder einen sehr wettbewerbsfähigen Preis auszeichnen, müssen ebenfalls bei der Bestimmung der Flaggschiffprodukte berücksichtigt werden, damit nicht durch gezielte strategische „Nadelstiche“ der Wettbewerb behindert wird.
- einen kalkulatorischen Auslastungsgrad von 50% (= „linearer Hochlauf“) für die Berechnung des umgelegten Upfront im Rahmen des Überlassungspreises heranzuziehen.
- einen Einbezug der FB-Commitments in die „Umbrella-Logik“ der Commitment-Verträge mit der Telekom.
- einen kalkulatorischen Auslastungsgrad von 50% (= „linearer Hochlauf“) für die Berechnung des umgelegten Infrastrukturentgelts heranzuziehen.

- die Erlösminderungen im Hinblick auf die Breitband-Mobilfunkbündel mit einem Rabatt von 15 € (12,60 € netto) zu bewerten.
- die anlassbezogene Überprüfung der wirtschaftlichen Nachbildbarkeit u.a. bei preisaggressiven Werbeaktionen.
- dass auch der „wholesale input“ mit einem Gemeinkostenzuschlag erhöht wird.
- hilfsweise den Gemeinkostenzuschlag so zu adjustieren, dass durch eine alleinige Erhöhung der Kosten für nachgelagerte Tätigkeiten „downstream-Kosten“ die Gemeinkosten eines effizienten Wettbewerbers vollständig gedeckt sind.
- dass im ERT auf 24 Monate Mindestvertragslaufzeit abgestellt wird.
- dass im ERT jedenfalls maximal auf die Tarifverweildauer abgestellt wird.
- soweit die Beschlusskammer nicht auf 24 Monate Mindestvertragslaufzeit abstellt, hilfsweise jedenfalls maximal die Tarifverweildauer.
- sollte die Beschlusskammer weiterhin auf die Kundenbindungsdauer abstellen, äußerst hilfsweise die Bereinigung der Kundenbindungsdauer um die nicht für NGA-Netze gewinnbaren Kunden.
- eine halbjährliche Durchführung des ERT.
- eine anlassbezogene Durchführung des ERT bei Eintritt folgender sog. „Trigger-Ereignisse“:
 - Einführung neuer Endkundenprodukte (neues Produkt mit höherem Up- oder Downstream)
 - Anpassung der Endkundenpreise oder der entsprechenden Vorleistungspreise
 - Einführung preisaggressiver Werbeaktionen
 - Änderungen an Komponenten von Bündelprodukten (bspw. IPTV, Streaming-Angebote, Mobilfunk), die in einem bereits auf dem Markt befindlichen Endkundenprodukt enthalten sind
 - Änderungen der Qualität von Produkten/Diensten, die in dem betreffenden Endkundenprodukt enthalten sind
 - Wenn seitens der Beschlusskammer der Verdacht besteht, dass ein Endkundenangebot wirtschaftlich nicht rentabel repliziert werden kann
 - Wenn aufgrund einer Beschwerde eines Wettbewerbers der Verdacht besteht, dass die Telekom einen Margendruck ausübt
 - Nach Ermessen der Beschlusskammer im Rahmen ihrer Befugnisse, Korrekturmaßnahmen zur Entgeltkontrolle zu ergreifen und insbesondere die Auswirkungen solcher Maßnahmen zu bewerten.

1&1 Versatel fordert,

- dass die durch Art. 73 Abs. 1 S. 2 lit. i) Richtlinie (EU)2018/1972 ausdrücklich geforderte und in § 26 Abs. 3 Nr. 5 TKG umgesetzte Zugangsverpflichtung auferlegt werden soll.

5. Stellungnahme des Bundeskartellamts

Mit Schreiben vom 06.06.2024 wurde dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Regulierungsverfügung gegeben. Das Bundeskartellamt hat daraufhin mit Schreiben vom 12.06.2024 wie folgt Stellung genommen.

Die Beschlussabteilung stimmt der Einschätzung der Beschlusskammer zu, dass es sich im Fall der Betroffenen zu 1) und 2) nicht um ein klassisches Betreibermodell, sondern um ein gleich in mehrfacher Hinsicht atypisches Modell handele. Aus diesem Grund falle das Vorleistungsangebot der Betroffenen zu 1) wohl auch nicht schon automatisch unter die Regulierungsverfügung vom 21.07.2022 (BK3i-19/020, siehe zur Erfassung von Betreibermodellen

dort auf Seite 105 f.). Letztlich könne im konkreten Fall auch dahinstehen, welche(r) Rechtsträger innerhalb des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht jeweils als Betreiber des passiven bzw. des aktiven Netzes anzusehen sei. Mit Blick auf die spätere Durchsetzbarkeit dürfte es vorliegend auch ausreichen, die Regulierungsverpflichtungen in personaler Hinsicht auf den Rechtsträger der Betroffenen zu 1) zu beschränken. Soweit diese den Umständen nach möglicherweise nicht umfassend selbst über die Ausgestaltung ihres aktiven Vorleistungsangebotes bestimmen könne, könne man zur Absicherung der späteren Durchsetzbarkeit prinzipiell erwägen, die betreffenden Regulierungsverpflichtungen neben der Glasfaser Plus flankierend auch der Betroffenen zu 2) aufzuerlegen. Doch ist insoweit wohl nicht mit praktischen Problemen zu rechnen, da diese ihrerseits ein Interesse daran haben sollte, ihr bundesweit einheitliches Endkundenangebot auch auf Basis des Vorleistungsangebots der Betroffenen zu 1) in jeder Hinsicht nachbilden zu können.

Die drei zusammengeschlossenen Unternehmen seien über das Erfordernis der technischen und wirtschaftlichen Nachbildbarkeit des bundesweit einheitlichen Endkundenangebotes der TDG regulatorisch eng miteinander verklammert, deshalb könnte es zweckmäßig sein, die verschiedenen Regulierungsverfügungen bei nächster Gelegenheit zu einer einheitlichen zusammenzuführen.

Das Bundeskartellamt begrüßt, dass die ERT-Prüfung durch eine Prüfung nach den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts ergänzt wird. Anknüpfungspunkt hierfür solle aber statt Art. 102 AUEV § 37 TKG sein, um ein besseres Instrumentarium zur Durchsetzung von Gleichbehandlungsverpflichtungen – auch in Bezug auf Nachfrager ohne Commitment-Vereinbarung – zu gewährleisten.

Mit Schreiben vom 13.06.2024 wurde der Beschlussentwurf der Europäischen Kommission gemäß Art. 32 Abs. 3 der Richtlinie (EU) 2018/1972 notifiziert. Mit Schreiben vom 11.07.2024 in der Sache DE/2024/2516 hat die Kommission mitgeteilt:

„Die Kommission hat die Notifizierungen und die von der BNetzA übermittelten zusätzlichen Informationen geprüft und hat dazu keine Anmerkungen.“

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Festlegung der Präsidentenkammer sowie auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

B. Gründe

1. Rechtliche Grundlagen

Rechtliche Grundlagen für die Beibehaltung, Änderung bzw. die Auferlegung der tenorierten Maßnahmen gegenüber der **Betroffenen zu 1)** sind:

- §§ 13 Abs. 1, 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG, soweit sie nach Ziffer 1. verpflichtet ist, **Zugang zu KKA** zum Zweck des Aufbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten zu gewähren,
- §§ 13 Abs. 1, 24 TKG, soweit sie
 - nach Ziffer 2. des Tenors dazu verpflichtet ist, dass Vereinbarungen über Zugänge gemäß Ziffer 1. sowie den virtuell entbündelten Zugang in Form eines Layer 2-Zugangsproduktes am Switch/BNG bei massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen **auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren**, der in Bezug auf Funktionsumfang und Preis mindestens jenem vergleichbar ist, den sich die Betroffene zu 1) selbst intern bereitstellt und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen sowie
 - nach Ziffer 3. des Tenors dazu verpflichtet ist, zur **Gewährleistung eines gleichwertigen, virtuell entbündelten Zugangs in Form eines Layer 2-Zugangsproduktes am Switch/BNG bei massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen (BNG-Glasfaser-VULA)** internen wie externen Zugangsnachfragern Dienstleistungen und Informationen zu denselben Bedingungen, einschließlich Entgelte und Dienstumfang, innerhalb derselben Fristen, unter Verwendung derselben Systeme und Prozesse mit gleicher Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (**EoI**) bereitzustellen und die diesbezüglichen Vorgaben gemäß Ziffer 5. zu erfüllen,
- §§ 13 Abs. 1, 25 TKG, soweit sie
 - nach Ziffer 4. des Tenors verpflichtet ist, regelmäßig **aktuelle Leistungsindikatoren** zu veröffentlichen bzw. vorzulegen,
 - nach Ziffer 5. des Tenors verpflichtet ist, monatlich zwecks fortlaufender Nachprüfbarkeit einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung nach Ziffer 3 im Hinblick auf die **gleiche Nutzbarkeit der verwendeten Systeme und Prozesse** geeignete Leistungsdaten zu übermitteln,
 - nach Ziffer 5. des Tenors **Informationen für die Durchführung eines ERT** vorzuhalten und auf Anforderung der Bundesnetzagentur vorzulegen hat,
 - in Ziffer 7. des Tenors zur Vorlage von Informationen über die Belegung von KKA,
 - in Ziffer 8. des Tenors zur Veröffentlichung von Informationen für die oberirdische Verlegung von Glasfaserleitungen,
 - in Ziffer 9. des Tenors zur Veröffentlichung von Informationen für den PtP-Ausbau, und
 - in Ziffer 10. des Tenors zur Vertragsvorlage verpflichtet worden ist,
- §§ 13 Abs. 1, 29 TKG, soweit sie in Ziffer 11. des Tenors zur Vorlage von **Standardangeboten** verpflichtet wird,
- §§ 13 Abs. 1, 38 Abs. 1 S. 1 TKG, soweit die **Entgelte** für die Gewährung des Zugangs zu **KKA** nach Ziffer 12. des Tenors der **Genehmigung** nach Maßgabe der §§ 39 ff. TKG unterliegen,

- § 38 Abs. 2 TKG, soweit **von einer Verpflichtung abgesehen wird**, die Entgelte für die Gewährung des **BNG-Glasfaser-VULA** zur Genehmigung im Verfahren nach § 40 TKG vorzulegen oder im Verfahren nach § 45 TKG zur Anzeige zu bringen,

Rechtliche Grundlage für die Beibehaltung, Änderung bzw. die Auferlegung der tenorierten Maßnahmen gegenüber der **Betroffenen zu 2)** in Ziffer II. des Tenors sind §§ 13 Abs. 1, 24 TKG.

Soweit in Ziffer 15. und 17. gegenüber der Betroffenen zu 1) bereits auferlegte Verpflichtungen widerrufen werden, erfolgt dies auf der rechtlichen Grundlage des § 13 Abs. 2 TKG. Die Anwendung von § 13 Abs. 2 TKG hat zur Folge, dass über die in den jeweiligen Einzelnormen genannten Voraussetzungen hinaus keine weiteren materiellen Bedingungen an den Erlass des Widerrufs geknüpft werden.

Die Beschlusskammer hat bei der Anwendung der nationalen rechtlichen Grundlagen die relevanten **Empfehlungen der EU-Kommission** berücksichtigt. Hierbei handelt es sich insbesondere um die Empfehlung der Kommission vom 06.02.2024 zur regulatorischen Förderung der Gigabit-Konnektivität, (C(2024)523 final, Gigabit-Empfehlung).

2. Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die tenorierten Verpflichtungen gemäß §§ 13 Abs. 1, 24, 25, 26, 29 und 38 TKG ergibt sich aus § 191 TKG i.V.m. § 211 Abs. 1 S. 1 TKG.

Danach entscheidet die Bundesnetzagentur im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern. Gemäß § 211 Abs. 5 S. 2 TKG ergeht die Festlegung nach den §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer zum „Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang (Markt Nr. 3a der Empfehlung vom 09. Oktober 2014)“ (Festlegung der Präsidentenkammer).

Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Regulierungsverfügung sind eingehalten.

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 215 Abs. 1 TKG) und aufgrund öffentlich mündlicher Verhandlung (§ 215 Abs. 3 S. 1 TKG). Der Entwurf einer Regulierungsverfügung sowie das Ergebnis des nationalen Konsultationsverfahrens wurden gemäß §§ 14 Abs. 2, 12 Abs. 1 TKG i.V.m. § 191 TKG im Amtsblatt und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht.

Die Entscheidung wurde zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis gemäß § 21 Abs. 5 TKG behördenintern abgestimmt. Das Bundeskartellamt hatte Gelegenheit, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern (§ 197 Abs. 2 Nr. 2 TKG).

Der Entwurf der Regulierungsverfügung wurde der Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten gemäß §§ 14 Abs. 3, 12 Abs. 2 TKG zur Verfügung gestellt.

3. Beträchtliche Marktmacht

Die den Betroffenen zu 1) und 2) auferlegten Regulierungsverpflichtungen setzen das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht auf einem regulierungsbedürftigen relevanten Markt voraus, § 13 Abs. 1 TKG. Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10 ff. TKG²⁰⁰⁴ durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse ist der bundesweite Markt für den Zugang zur TAL auch zukünftig regulierungsbedürftig i.S.d. § 11 Abs. 2 TKG²⁰⁰⁴. Die Betroffene zu 2) und die mit ihr verbundenen und zusammengeschlossenen Unternehmen verfügen auf dem definierten Markt über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG. Die Marktmachtfeststellung erfolgte mit Festlegung BK1-19/001 vom 11.10.2019 (Festlegung). Die Festlegung schließt auf S. 295 mit der Feststellung:

Öffentliche Fassung
-Korrigierte Fassung-

„Auf dem regulierungsbedürftigen bundesweiten Markt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang verfügen die Telekom Deutschland GmbH und die mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG) im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht“.

Dieser Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen umfasst:

- *„Entbündelter Zugang zur TAL in Form der Kupferdoppelader am HVt oder einem anderen näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt;*
- *Gebündelter⁴ Zugang zur hybriden TAL am HVt;*
- *Entbündelter Zugang zur TAL am ODF auf Basis von massenmarktfähigen FTTH-Infrastrukturen in PtP-Bauweise;*
- *Lokaler virtuell entbündelter Zugang, worunter die folgenden Produkte zu fassen sind:*
 - *virtuell entbündelter Zugang am MSAN (MSAN-VULA);*
 - *virtuell entbündelter Zugang am BNG (BNG-VULA in den Varianten ADSL, VDSL und SDSL);*
 - *virtuell entbündelter Zugang in Form eines Layer 2-Zugangsproduktes am Switch/BNG bei massenmarktfähigen FTTB⁵/H-Infrastrukturen in PtP- und in PtMP/PON-Bauweise;*
- *Zudem ist aufgrund des indirekten Wettbewerbsdrucks der Markt 3a um die Kabelnetze erweitert.“*

Die Betroffene zu 1) ist marktmächtig im Sinne der Feststellung der Festlegung BK1-19/001. Die Marktmacht der Betroffenen zu 2) auf dem relevanten Markt wurde mit der Festlegung festgestellt. Die Betroffene zu 1) ist ein mit der marktmächtigen Betroffenen zu 2) **zusammengeschlossenes Unternehmen** im Sinne des § 3 Nr. 69 TKG i.V.m. § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) GWB. Die Betroffene zu 2) war zunächst alleinige Kommanditistin der GFH Co. KG. Nach Übertragung eines Teilkommanditanteils i.H.v. 50% im Wege der Sonderrechtsnachfolge an die GFH2 im Februar 2022 hält sie nach wie vor einen hinreichenden Anteil am Kapital der GFH Co. KG, die wiederum Alleingesellschafterin der Betroffenen zu 1) ist, um von einem einheitlichen Unternehmen im Sinne von § 3 Nr. 69 TKG i.V.m. § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) GWB auszugehen. Denn aufgrund des Verweises auf § 37 Abs. 1 GWB liegt ein solches bereits dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen 25 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte eines anderen Unternehmens hält.

Die 2019 getroffene Feststellung der Marktmacht ist entgegen der Auffassung der Betroffenen zu 1) wirksam bis zu ihrer Ersetzung im Rahmen eines neuen Marktanalyse- und -festlegungsverfahrens nach §§ 10 ff. TKG. Die Frist für die Vorlage eines neuen Entwurfs der Marktanalyse richtet sich nach der Veröffentlichung der Festlegung. Die Veröffentlichung erfolgte zusammen mit dem Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung BK3i-19/020 am 13.10.2021. Der Entwurf einer turnusgemäßen, neuen Marktfestlegung kann ab 14.10.2024 erfolgen. Denn nach § 15 Abs. 3 S. 1 TKG legt die Bundesnetzagentur nicht vor Ablauf von drei Jahren nach Veröffentlichung der Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse einen neuen Entwurf vor. Der Bundesnetzagentur liegen auch keine neuen Erkenntnisse im Sinne von § 15 Abs. 1 TKG vor, die Zweifel am Ergebnis der Festlegung begründen und die eine frühere Überprüfung erforderlich machen. Die Präsidentenkammer hat bereits im Verfahren

⁴ Anstelle des entbündelten sog. Zugriffs auf den „blanken Draht“ wird der gebündelte Zugang nur in Ausnahmefällen erfasst, wenn das Angebot von entbündeltem Zugang im Einzelfall unsinnig und daher sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Zur näheren Erläuterung siehe unter Kapitel 3.2.1 der Festlegung.

⁵ Hierbei handelt es sich lediglich um klassisches FTTB, d.h. die Inhouse-Verkabelung wird mittels eines CuDA-Kabels geführt.

BK3i-19/020 auf Basis des Sachenvortrags der Betroffenen zu 2) eine vorzeitige Überprüfung der Ergebnisse der Festlegung vom 11.10.2019 mit Schreiben vom 28.06.2022 abgelehnt. Es bestand weder formal noch materiell Anlass zu einer entsprechenden Überprüfung. Diese Entscheidung hat das VG Köln mit Beschluss 21 L 2013/22 vom 01.03.2024 bestätigt. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die Feststellung eines sachlichen Marktes, der sowohl Kupfer- als auch Glasfaserinfrastrukturen umfasse,

VG Köln, Beschluss 21 L 2013/22 vom 01.03.2024, S. 35 ff.

Die Betroffene zu 1) trägt keine hierüber hinausgehenden Tatsachen vor, die zu einer anderen Bewertung führen. Der Bundesnetzagentur liegen auch keine neuen Tatsachen vor, die eine vorfristige Marktanalyse nach § 15 Abs. 1 TKG erforderlich machen würden.

Das VG Köln hat in o.g. Beschluss zum Regulierungsverfügungsverfahren BK3i-19/020 gegenüber der Betroffenen zu 2) ferner festgestellt, dass ein Verstoß gegen § 14 Abs. 1 TKG – ungeachtet etwaiger Folgen im Hinblick auf die Wirksamkeit einer Regulierungsverfügung – nicht vorliegt. Denn zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des novellierten TKG am 01.12.2021 waren sowohl die Ergebnisse des Marktanalyseverfahrens als auch der Entwurf einer Regulierungsverfügung bereits veröffentlicht,

VG Köln, Beschluss 21 L 2013/22 vom 01.03.2024, S. 32.

Diese Veröffentlichung gilt auch für die Betroffene zu 1), die vom Tenor des Konsultationsentwurfs BK3i-19/020 als Betroffene zu 3) umfasst ist. Die Regulierungsverfügung BK3i-19/020 wird durch das vorliegende Verfahren lediglich ergänzt, soweit gegenüber der Betroffenen zu 1) im Verfahren BK3i-19/020 mangels Spruchreife noch keine Regulierungsverpflichtungen auferlegt werden konnten. Ein solches Vorgehen ist insofern zulässig, als § 14 Abs 1 TKG den Entwurf einer Regulierungsverfügung fordert und keine Vorgaben dahingehend macht, dass dieser Entwurf im Hinblick auf die Ergebnisse der Marktanalyse umfassend sein muss.

4. Keine Beschränkung auf bestimmte Regulierungsverpflichtungen

Die Regulierungsverpflichtungen gegenüber der Betroffenen zu 1) sind weder aufgrund von § 33 TKG noch aufgrund eines etwaigen Betreibermodells zu beschränken.

4.1. Keine Beschränkung aufgrund von § 33 TKG

Die Beschlusskammer ist nicht aufgrund von § 33 TKG auf bestimmte Regulierungsmaßnahmen gegenüber der Betroffenen zu 1) beschränkt, denn die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm hinsichtlich der Betroffenen zu 1) liegen aufgrund von § 3 Nr. 69 TKG nicht vor.

Gemäß § 33 Abs. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, das auf keinem Endkundenmarkt für öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste tätig ist und bei dem es sich mithin um ein Wholesale-only-Unternehmen handelt, unter bestimmten weiteren Voraussetzungen und unabhängig von den Auswirkungen auf die nachgelagerten Endkundenmärkte nur Verpflichtungen nach §§ 24, 26 Abs. 3 Nr. 1 –9 oder nach Abschnitt 3 des TKG auferlegen, nicht aber solche nach §§ 25, 26 Nr. 10, 27, 29 und 30 TKG. Die in § 33 TKG vorgesehene Privilegierung durch Einschränkung des Auswahlermessens der Bundesnetzagentur bei der Wahl der Abhilfemaßnahmen ist indes hier nicht anwendbar, weil es sich bei der Betroffenen zu 1) nicht um ein „Wholesale-only“-Unternehmen im Sinne der Vorschrift handelt.

Gemäß § 3 Nr. 69 TKG sind die Betroffene zu 1) und die Betroffene zu 2) im Rahmen der Anwendung des TKG als ein Unternehmen anzusehen. Die Regelung ist auch im Kontext des § 33 Abs. 1 TKG anzuwenden,

vgl. Geppert/Schütz/Wolfram, Beckscher Kommentar zum TKG, 5. Aufl. 2023, § 33 Rdnr. 16 f.

Dies führt dazu, dass die Betroffene zu 1) aufgrund der Tätigkeit der Betroffenen zu 2) auf dem Endkundenmarkt nicht in den Genuss der Privilegierung nach § 33 TKG kommen kann.

4.2. Keine Beschränkung infolge eines Betreibermodells

Soweit im Rahmen des Konsultationsverfahrens die Frage diskutiert worden ist, ob die Betroffene zu 2) als alleinige Betreiberin des passiven Netzes der Betroffenen zu 1) („Betreibermodell“) und daher alleinige Adressatin der Regulierungsverpflichtungen zu bewerten wäre, kommt die Beschlusskammer zu dem Ergebnis, dass auch unter diesem Aspekt eine Beschränkung der Regulierungsverpflichtungen gegenüber der Betroffenen zu 1) nicht in Betracht kommt.

Die Dienstleistungen der Betroffenen zu 2) in Bezug auf das Netz der Betroffenen zu 1) erfolgt nicht als Betreibermodell und ist auch wertungsgemäß einem solchen nicht gleichzustellen. Die Betroffene zu 1) ist alleinige Eigentümerin ihrer passiven Infrastruktur. Sie errichtet diese auf eigenes wirtschaftliches Risiko und hat hierüber auch die alleinige Verfügungsgewalt. Die Betroffene zu 2) kann zwar grundsätzlich bei der Betroffenen zu 1) einen Zugang zu deren Infrastruktur nachfragen, ist hierbei aber durch die Bestimmungen des Joint- Venture- Vertrages nicht besser gestellt als andere Zugangsnachfrager. Wenn die Betroffene zu 2) also die baulichen Anlagen der Betroffenen zu 1) zum Aufbau eines eigenen Anschlussnetzes, für Einzelanbindung zum Angebot von Mietleitungen oder zur Anbindung von Mobilfunkstandorten nutzen will, muss die Betroffene zu 2) wie jeder andere Nachfrager einen gesonderten Zugangsvertrag mit der Betroffene zu 2) abschließen. Ebenso hat die Betroffene zu 2) keinen Zugang zu den unbeschalteten Glasfasern der Betroffenen zu 1), um diese für eigene Produkte zu nutzen. Die Dokumentation der Infrastruktur der Betroffenen zu 1) erfolgt in dem von Megaplan getrennten Dokumentationssystem TKI Net Maps der Betroffenen zu 1). Dass dieses Dokumentationssystem an Megaplansystem der Betroffenen zu 2) theoretisch anbindbar wäre, ist unerheblich, weil keine tatsächliche Anbindung besteht.

Bezüglich der aktiven Vorleistungsebene führt eine wertende Betrachtung ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Betroffene zu 1) als eigenständige Betreiberin ihrer Netzinfrastruktur anzusehen ist. Zwar ist zutreffend, dass ohne die von der Betroffenen zu 2) eingebrachte Infrastruktur die Produktion eines aktiven Produkts nicht möglich wäre. Nach Auswertung der vertraglichen Gestaltung dieser Dienstleistung kommt die Beschlusskammer aber zu dem Schluss, dass eine Verpflichtung der Betroffenen zu 2), Zugang zu dieser Infrastruktur im Rahmen ihrer Verpflichtungen aus der Regulierungsverfügung BK3i-19/020 zu gewähren – trotz einer dem ersten Anschein nach bestehenden Nähe zu einem Betreibermodell – nicht gerechtfertigt ist. Im Einzelnen:

[BuGG] Dagegen hat in einem Betreibermodell der Betreiber weitergehende eigene Verwertungsrechte der gemieteten Netzelemente.

Die Betroffene zu 1) hat also ihre Hoheit über das Netz nicht an die Betroffene zu 2) übertragen, sondern bestimmt, wie dieses genutzt wird. Darüber hinaus trägt sie das überwiegende Risiko an der Auslastung des Glasfasernetzes. Dieses Risiko senkt die Betroffene zu 1), indem sie mit Zugangsnachfragern – einschließlich der Betroffenen zu 2) – Vereinbarungen über ein Abnahme-Commitment schließt.

Die Behauptung der Betroffenen zu 1), die Kommission habe bereits verbindlich festgestellt, dass jene ein wirtschaftlich unabhängiges Unternehmen sei, trägt in diesem Zusammenhang zwar nicht, weil eine entsprechende Feststellung von der Kommission weder im Positiven noch im Negativen getroffen wurde. Eine solche Feststellung ist aber auch nicht erforderlich. Denn die konkrete Ausgestaltung des Netzbetriebs rechtfertigt – wie gezeigt – auf tatsächlicher Ebene keine alleinige regulatorische Verpflichtung der Betroffenen zu 2).

Dies entspricht der Bewertung, die die Beschlusskammer 2007 hinsichtlich der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG getroffenen hatte. Die E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG hatte ihren Netzbetrieb auf einen Dienstleister übertragen. Die Beschlusskammer war zu dem Schluss

gekommen, die Regulierungsverfügungen gegenüber der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG beizubehalten, der Dienstleister wurde hingegen nicht zur Zugangsgewährung verpflichtet.

5. Zugangsverpflichtungen

Die Beschlusskammer verpflichtet die Betroffene zu 1) als mit der Betroffenen zu 2) gem. § 3 Nr. 69 TKG zusammengeschlossenem Unternehmen in **Tenorziffer zu 1** zur Zugangsgewährung zu KKA. Im Übrigen sieht sie von einer Zugangsverpflichtung ab.

Die Beschlusskammer hat hierbei das ihr zustehende Auswahlermessen an den Zweck der Ermächtigung ausgerichtet und die gesetzlichen Grenzen, die für die Ausübung des Ermessens gelten, nicht überschritten.

5.1. Prüfprogramm des § 26 TKG

Die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen folgt aus § 26 TKG.

Nach § 26 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren, wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert würde und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden. Bei der Prüfung, ob und welche Zugangsverpflichtungen gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 TKG stehen, hat die Bundesnetzagentur insbesondere die in § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen.

Aus der zitierten Norm und deren Verweis auf die Regulierungsziele und -grundsätze nach § 2 TKG ergibt sich, dass die auferlegten Maßnahmen ein umfangreiches Zielbündel zu erfüllen und gleichzeitig gewisse Randbedingungen einzuhalten haben,

vgl. zum § 21 TKG²⁰⁰⁴ BVerwG, Urteil vom 21. September 2018 – 6 C 50/16 –, Rn. 48, BVerwG, Urteil vom 21. September 2018 – 6 C 8/17 –, BVerwGE 163, 181-232, Rn. 51.

Das im vorliegenden Zusammenhang relevante Zielbündel besteht aus vier Grundzielen, die teilweise verschiedene weitere Nuancierungen aufweisen.

Das erste Grundziel ist die Sicherstellung der Konnektivität sowie die Förderung des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG).

Das zweite Grundziel ist die Wettbewerbsförderung. Von Interesse ist dabei insbesondere der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt (§ 26 Abs. 1 TKG). Gefördert werden sollen nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation und die damit verbundenen Infrastrukturinvestitionen und Innovationen (§ 26 Abs. 1; § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 4; § 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 lit. e und Abs. 3 Nr. 4 TKG). Der Wettbewerb soll zudem chancengleich sein (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 TKG). Bei der Wettbewerbsförderung sind sowohl die Belange in der Fläche (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 a.E. TKG) als auch die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit dem Wettbewerb gebührend zu berücksichtigen, die in den verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland herrschen (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 5 Alt. 2 TKG).

Nach dem dritten Grundziel sind die Nutzer, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (§ 26 Abs. 1 a.E.; § 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG). Anzustreben ist ein größtmöglicher Nutzen für die Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TKG). Die Nutzer- und Verbraucherinteressen sind insbesondere dadurch zu fördern, dass wiederum die Konnektivität, die breite Verfügbarkeit sowie der beschleunigte Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität sichergestellt und deren Nutzung gefördert wird (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1

und Nr. 3a TKG). Es sind außerdem gleichwertige Lebensverhältnisse in städtischen und ländlichen Räumen sicherzustellen (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3b TKG). Die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit Verbrauchern, die in den verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland herrschen, sind auch hier gebührend zu berücksichtigen (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 5 Alt. 3 TKG).

Viertens ist die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union zu fördern (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG). Hierzu gehört auch die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 TKG).

Bei der Erfüllung des genannten Zielbündels sind verschiedene Randbedingungen einzuhalten. Allgemein regelt § 2 Abs. 3 TKG, dass die Bundesnetzagentur bei der Verfolgung der in Abs. 2 festgelegten Ziele objektive, transparente, nicht diskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze anwendet. Diese Grundsätze werden in § 2 Abs. 3 sowie in § 26 Abs. 2 S. 2 TKG weiter präzisiert.

Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung sind insbesondere die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG) sowie die Frage zu würdigen, ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG oder bereits abgeschlossene oder angebotene kommerzielle Zugangsvereinbarungen im betreffenden oder einem verbundenen Vorleistungsmarkt (§ 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG) und die bloße Auferlegung von Zugangsverpflichtungen betreffend KKA und MToIL (§ 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG) zur Sicherstellung der in § 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreichen (§ 26 Abs. 2 S. 1 TKG).

Bei der Prüfung der Angemessenheit sind die Grundrechte auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und auf Schutz des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) der Betroffenen im Blick zu behalten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeiten der Gewährung des Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 TKG) sowie in Bezug auf die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 TKG) sowie allgemein mit Blick auf Investitionsrisiken des investierenden Unternehmens und im Rahmen von Kooperationen von Investoren und deren Zugangsnachfragern (§ 26 Abs. 1 S. 1 a.E.; § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 4; § 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und Abs. 3 Nr. 4 TKG).

Ferner können die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit von Relevanz sein. So soll etwa die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch gefördert werden, dass die Bundesnetzagentur über angemessene Zeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beibehält (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG). Auch die Einwirkungen auf weitere Rechtsgüter wie gewerbliche Schutzrechte, Rechte an geistigem Eigentum und die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 und 6 TKG) sowie das Interesse an der Aufrechterhaltung der Netzintegrität und der Sicherheit des Netzbetriebs (§ 26 Abs. 4 und 5 TKG) können im Einzelfall von Belang sein.

5.2. Zugang zu baulichen Anlagen, § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG

Die Betroffene zu 1) wird in **Ziffer 1. des Tenors** verpflichtet, anderen Unternehmen Zugang zu zum Zeitpunkt der Nachfrage bestehenden KKA zum Zweck des Aufbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten zu gewähren, wobei die Betroffene zu 1) eine angemessene Betriebsreserve vorhalten und ihren Eigenbedarf vorrangig befriedigen darf. Diese Verpflichtung gründet auf § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG.

5.2.1. Tatbestandliche Voraussetzungen der Zugangsverpflichtung

Nach § 26 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 10 TKG kann die Bundesnetzagentur ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und im Zusammenspiel mit § 3 Nr. 69 TKG auch die mit ihm verbundenen und zusammengeschlossenen Unternehmen verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu baulichen Anlagen zu gewähren, wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert würde und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden. Dies gilt nach § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG a.E. im Hinblick auf den Zugang zu baulichen Anlagen auch dann, wenn diese nicht Teil des relevanten Marktes nach § 10 TKG sind, sofern die Zugangsverpflichtung im Hinblick auf das in der Marktanalyse nach § 11 TKG festgestellte Problem erforderlich und angemessen ist.

Sowohl der EKEK als auch die Gigabit-Empfehlung heben die Bedeutung des Zugangs zu Leerrohrinfrastrukturen hervor,

vgl. EG (187) EKEK; EG (18 ff.), Nrn. 30 ff. Gigabit-Empfehlung.

Die von der Betroffenen zu 1) verlegten KKA in Form von Mikrorohren und Mikrorohrverbänden sowie KKA mit größeren Rohrdurchmessern sind bauliche Anlagen im Sinne der Norm. Der Begriff der baulichen Anlagen ist im TKG nicht abschließend definiert. Zu ihnen zählen aber jedenfalls die in § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG ausdrücklich aufgeführten Leitungsrohre, Leerrohre und Kontrollkammern (s. auch Art. 72 EKEK).

Die Zugangsverpflichtung zu den KKA der Betroffenen zu 1) ist geeignet, erforderlich und angemessen, dem in der Marktanalyse festgestellten Marktversagen abzuhelpen. Ohne die Verpflichtung, Zugang zu den KKA der Betroffenen zu 1) zu gewähren, erscheint es der Beschlusskammer als überwiegend wahrscheinlich, dass die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden,

zum Wahrscheinlichkeitsmaßstab bei Prognoseentscheidungen zuletzt EuGH, Urt. v. 13.07.2023, Rs. C-376/20 P, CK Telecoms.

Wie in der Festlegung der Präsidentenkammer ausgeführt, sind KKA-Kapazitäten nicht als eigener Markt anzusehen. Die Auferlegung des Zugangs zu ihnen ist vielmehr unter dem Aspekt einer Abhilfemaßnahme zu betrachten,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer, Ziffer 8.1.2.6.

In § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG ist in Anlehnung an Art. 72 Abs. 2 EKEK klargestellt, dass es für die Auferlegung eines Zugangs zu diesen baulichen Anlagen als Abhilfemaßnahme nicht erforderlich ist, dass in einer auf die in Betracht kommende Komponente oder Einrichtung bezogenen Marktdefinition und -analyse eine beträchtliche Marktmacht des betroffenen Unternehmens festgestellt wird. Ausreichend ist die Begründung, dass die betreffende Verpflichtung im *Hinblick auf das in der Marktanalyse nach § 11 TKG festgestellte Problem erforderlich und angemessen ist*.

In der Festlegung wurden als zentrales Wettbewerbsproblem erhebliche **Marktzutritts-schranken zum Markt für (Festnetz-)Breitbandanschlüsse** identifiziert sowie der Umstand, dass die Marktstrukturen keine Tendenz zu einem nachhaltigen Wettbewerb aufweisen,

a.a.O. Ziffer 10.3.2 und 10.3.3.

Eine Nutzung des Zugangs zu baulichen Anlagen zur Anbindung von Mobilfunkantennen ist mithin nicht aufzuerlegen, weil sie nicht dem Marktversagen auf dem hier gegenständlichen Markt – der den Teilnehmeranschluss an festen Standorten betrifft und gerade keine Funkanbindung einschließt – entgegentreten würde. Ein Bezug zu der der Abhilfemaßnahme zugrundeliegenden Marktanalyse bleibt aber auch nach § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG Voraussetzung für die Auferlegung der Zugangsverpflichtung.

Der im Rahmen der Konsultation erneut unterstrichenen Forderung der Vodafone, der 1&1 und des ANGA, die Zugangsverpflichtung auch zum Zwecke der Anbindung von Mobilfunkstandorten aufzuerlegen, war daher nicht zu entsprechen. § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG ist nicht europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass eine Zugangsverpflichtung stets ohne einen Bezug zur Marktanalyse und zu dem sachlich relevanten Markt möglich ist, sofern sie der Erreichung der Regulierungsziele dient und verhältnismäßig ist.

Die Rechtfertigung für eine solche Auslegung lässt sich den europäischen Vorgaben nicht entnehmen. Art. 72 Abs. 1 EKEK knüpft vielmehr gerade an die Auferlegung zur Lösung von Problemen auf einem untersuchten Markt an, indem er fordert, dass die nationale Regulierungsbehörde „(...) unter Berücksichtigung der Marktanalyse zu dem Schluss gelangt, dass die Verweigerung des Zugangs (...) die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde.“ Wenn Art. 72 Abs. 2 EKEK bestimmt, dass die nationalen Regulierungsbehörden Unternehmen dazu verpflichten können, den Zugang „gemäß dem vorliegenden Artikel“ unabhängig davon zu gewähren, ob die unter die Verpflichtung fallenden Anlagen gemäß der Marktanalyse Teil des relevanten Marktes sind, sofern die „Verpflichtung im Hinblick auf die Erreichung der Ziele des Artikels 3“ notwendig und verhältnismäßig ist, muss hieraus geschlossen werden, dass ein Bezug zur in Abs. 1 genannten Marktanalyse gegeben sein muss.

Auch EG (187) EKEK lässt sich nicht entnehmen, dass eine Zugangsverpflichtung ganz ohne Bezug zu den Wettbewerbsproblemen auf einem untersuchten Markt möglich sein muss. Zwar ist insofern von „allen nachgelagerten Märkten“ die Rede, allerdings sieht auch EG (187) EKEK eine Zweckbindung, nämlich die der Verbesserung der Wettbewerbs- und Ausbaudynamik auf eben diesen Märkten vor. Eine Beurteilung der Wettbewerbs- und Ausbaudynamik setzt aber gerade die Abgrenzung und Untersuchung eines bestimmten Marktes voraus.

Besonders eindeutig lässt sich dies der Märkteempfehlung⁶ entnehmen, die 2020 und damit bereits auf Grundlage des EKEK erlassen wurde. EG (26) der Märkteempfehlung nimmt Bezug auf Art. 72 EKEK und führt insofern zu den Voraussetzungen für den Zugang zu baulichen Anlagen klarstellend aus:

„Darüber hinaus ermöglicht Artikel 72 des Kodex den nationalen Regulierungsbehörden, den Zugang zu baulichen Anlagen als eigenständige Verpflichtung auf einem relevanten Vorleistungsmarkt aufzuerlegen. Eine solche Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu baulichen Anlagen kann – sofern sie verhältnismäßig und ausreichend ist, um den Wettbewerb zum Vorteil der Endnutzer zu fördern – unabhängig davon gerechtfertigt sein, ob die physische Infrastruktur, zu der Zugang gewährt wird, selbst zum regulierten relevanten Markt gehört, und sollte von den nationalen Regulierungsbehörden geprüft werden, bevor andere Zugangsverpflichtungen auf nachgelagerten Märkten auferlegt werden.“

Die Anknüpfung an den „regulierten relevanten Markt“ macht deutlich, dass der Zugang zu baulichen Anlagen auf der Basis von Art. 72 EKEK zwar eine eigenständige Abhilfemaßnahme darstellt, deren Auferlegung jedoch ohne eine inhaltliche Beziehung zu einem regulierten Markt nicht gerechtfertigt ist.

Es bleibt somit dabei, dass die Voraussetzung der Erforderlichkeit und Angemessenheit im Hinblick auf das in der Marktanalyse festgestellte Problem aus § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG auch unter Einbeziehung der europarechtlichen Grundlagen stets zu prüfen ist. Der Mobilfunk-Endkundenmarkt gilt in Deutschland als wettbewerbsfähig.

Die Verpflichtung, Zugang zu den genannten baulichen Anlagen zum Zweck der Errichtung eines Netzes mit sehr hoher Kapazität zu gewähren, ist im **Verhältnis zum festgestellten**

⁶ Empfehlung der Kommission vom 18.12.2020 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die gemäß der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.

Marktversagen erforderlich und angemessen. Ohne diese Verpflichtung würde mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert und würden die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt.

Die Mitnutzung der KKA der Betroffenen zu 1) verringert den eigenen Tiefbauaufwand der Wettbewerber beim Netzausbau, so dass diese aufwändige Baumaßnahmen einsparen können. Dies ermöglicht einen schnelleren Netz- und Infrastrukturausbau und damit einen schnelleren Markteintritt auf Grundlage der eigenen Infrastruktur, senkt damit die festgestellten Marktzutrittsschranken und fördert das Entstehen nachhaltig wettbewerblicher Strukturen auf sämtlichen nachgelagerten Endkundenmärkten. Ohne die Zugangsverpflichtung blieben umgekehrt bestehende Marktzutrittsschranken aufrecht erhalten.

Durch die Verpflichtung, den Zugang zu baulichen Anlagen zu ermöglichen, wird speziell das Interesse der Nutzer am Ausbau und an der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität gefördert. Ohne diese Maßnahme würden die Endnutzerinteressen an einem zügigen Ausbau von Glasfasernetzen aufgrund des bestehenden Marktversagen hingegen beeinträchtigt.

Bei der Prüfung, ob und welche Zugangsverpflichtungen gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 TKG stehen, hat die Bundesnetzagentur insbesondere die in § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien berücksichtigt.

Im Einzelnen:

5.2.2. Ermessensausübung

Die Entscheidung, auch die Betroffene zu 1) zu verpflichten, **Zugang zu KKA zu gewähren**, folgt aus einer pflichtgemäßen Ausübung des der Bundesnetzagentur gemäß **§ 26 TKG** eingeräumten Ermessens.

5.2.2.1. Zugang zu KKA: Eignung

Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu den KKA auch der Betroffenen zu 1) ist geeignet, dem festgestellten Marktversagen zu begegnen.

Eine Abhilfemaßnahme ist dann geeignet, wenn das damit verfolgte Ziel erreicht oder zumindest gefördert werden kann.

Eignung gemessen am Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG (Konnektivität und Förderung von Netzen mit sehr hoher Kapazität)

Der Zugang zu KKA ist geeignet, Konnektivität sicherzustellen sowie den Zugang zu und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen zu fördern und damit das Regulierungsziel gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG umzusetzen. Er ist damit zugleich geeignet, dem in der Festlegung der Präsidentenkammer festgestellten Marktversagen entgegen zu wirken.

§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG beschreibt als erstes Ziel der Regulierung die Sicherstellung der Konnektivität sowie die Förderung des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen.

Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu KKA der Betroffenen zu 1) in deren Netz soll den Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität insbesondere auch durch Wettbewerber fördern und beschleunigen und sichert damit auch die Konnektivität. Der Begriff des Netzes mit sehr hoher Kapazität ist in Art. 2 Nr. 2 EKEK legaldefiniert als ein elektronisches Kommunikationsnetz, das entweder komplett aus Glasfaserkomponenten zumindest bis zum Verteiler am Ort der Nutzung besteht, oder ein elektronisches Kommunikationsnetz, das in üblichen Spitzenlastzeiten eine ähnliche Netzleistung in Bezug auf die anerkannte Dienstqualität-Parameter bieten kann.

Der Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität erfordert beträchtliche Investitionen, von denen ein bedeutender Anteil auf Tiefbauarbeiten entfällt. Die (Mit-)Nutzung bereits vorhandener baulicher Anlagen der Betroffenen zu 1) eröffnet anderen Netzbetreibern die Möglichkeit, den Umfang kostenintensiver Tiefbauarbeiten zu begrenzen. Der Ausbau hochleistungsfähiger Netze lässt sich für die Unternehmen effizienter und kostengünstiger gestalten und damit der Infrastruktur- und -ausbau insgesamt vorantreiben. Der Zugang eröffnet nicht nur die Möglichkeit von der Betroffenen zu 1) bereits erschlossene Endkunden zu versorgen, sondern auch bisher noch nicht vollständig erschlossene oder wenigstens bis zur Grundstücksgrenze erschlossene Endkunden zu erreichen.

Die von der Betroffenen zu 1) vorgebrachten Argumente gegen eine Geeignetheit der Maßnahme zur Zielerreichung verfangen nicht. Die bloß theoretische Möglichkeit, dass infolge des Zugangsanspruchs eingesparte Kosten bei den anderen Netzbetreibern als Gewinn oder Rückstellungen verwendet werden könnten, ändert nichts an der Einschätzung der Beschlusskammer. Die Entscheidung zur Nutzung baulicher Anlagen der Betroffenen zu 1) erfolgt im Rahmen einer „buy-or-build- Abwägung“ im Vorfeld der Inanspruchnahme des Zugangs zum „fremden“ Netz in Ergänzung eigener geplanter Infrastruktur. Eine Verbuchung eingesparter Kosten als Gewinn oder Rückstellung ist damit weder realistisch noch besteht ein kausaler Zusammenhang zur Eignung der Maßnahme mit Blick auf Wettbewerbsförderung und Endkundeninteressen. Für ein gewinnmaximierendes Unternehmen wäre es irrational, KKA anzumieten und mit dieser angemieteten Infrastruktur keine weitere Anbindung zum eigenen Netz anzustreben. So hat auch die weit überwiegende Anzahl der interessierten Parteien im Rahmen der Konsultation die Zugangsverpflichtung als wichtige Maßnahme zur Förderung des weiteren flächendeckenden Glasfaserausbaus begrüßt.

Auch der Einwand der Betroffenen zu 1), dass infolge des Zugangsanspruchs der Anreiz für andere Netzbetreiber entfalle, den eigenen Netzausbau voranzutreiben, trägt nicht. Insbesondere die Stellungnahmen von Beigeladenen im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens BK3c-23/079 zeigen, dass ein großes Interesse auch am Zugang zu KKA im Hauptkabelbereich besteht, wo durchaus noch erheblicher Eigenausbau der Wettbewerber erforderlich ist. Dieses Interesse wird zudem belegt durch die tatsächlich getroffenen Zugangsvereinbarungen im Rahmen des § 138 TKG. Einen solchen Zugang fragt insbesondere auch die Betroffene zu 1) bei der Betroffenen zu 2) nach, ohne dass ihr Anreiz für den eigenen Netzausbau reduziert wäre.

Die Beschlusskammer ist weiterhin der Ansicht, dass – anders als von der EWE TEL im Parallelverfahren BK3h-21/010 vorgetragen – eine Ausweitung der Zugangsverpflichtungen in Bezug auf bauliche Anlagen keine erheblichen negativen Auswirkungen auf vergleichbare Investitionen von Wettbewerbern hat und den infrastrukturbasierten Wettbewerb nicht erschwert. Anders als suggeriert gibt es derzeit keinen umkämpften Markt für das Angebot von passiver Infrastruktur. Auch der Vortrag des BREKO im Verfahren BK3h-21/010, eine allgemeine Zugangsverpflichtung zu Leerrohren würde einen Lock-In-Effekt zur Folge haben, weil die großen Vorleistungsnachfrager auf Jahre gebunden würden, was zu einer fortlaufenden Abhängigkeit des Marktes von der Regulierung führen würde, überzeugt nicht. Diejenigen Unternehmen, für die ein Eigenausbau wirtschaftlich ist, werden unmittelbar in den Infrastrukturwettbewerb eintreten und selbst ausbauen. Diejenigen Netzbetreiber, für die ein eigener Ausbau jedenfalls kurz- und mittelfristig nicht lohnend ist, können den umfassenden Leerrohrzugang nutzen, um flächendeckend und mit einer höheren eigenen Wertschöpfung mit der Betroffenen zu 2) sowie der Betroffenen zu 1) in Wettbewerb zu treten. Dass hierdurch möglicherweise auch künftig eine Regulierung (gegebenenfalls für einen neu definierten Markt für passive Infrastruktur) erforderlich bleibt, spricht nicht per se gegen die Maßnahme.

Eignung gemessen am Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG (Sicherstellung und Förderung des Wettbewerbs)

Der Zugang zu KKA der Betroffenen zu 1) ist auch geeignet, das Regulierungsziel der Sicherung und Förderung des Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) umzusetzen und die Entwicklung

eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes zu fördern.. Er ist damit zugleich geeignet, dem in der Festlegung der Präsidentenkammer festgestellten Marktversagen entgegen zu treten.

Der Zugang zu den KKA der Betroffenen zu 1) dient der Sicherstellung des chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze – einschließlich eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs – sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG).

Der Wettbewerb durch alternative Anschlussnetze ist umso nachhaltiger, je größer die Wertschöpfung des einzelnen Netzbetreibers ist. Diese ist beim Zugang zu baulichen Anlagen erheblich höher als bei den Bitstrom- und Resale-Angeboten der Betroffenen zu 1), weil alternative Netzbetreiber unter Nutzung der baulichen Anlagen eigene Netze errichten können und damit in einem erheblich geringeren Maß auf Vorleistungsprodukte der Betroffenen zu 1) und auch der Betroffenen zu 2) zurückgreifen müssen.

Auf Grundlage der Verpflichtung können alternative Anschlussnetzbetreiber ihren Kunden das vollständige Leistungsbündel breitbandiger und innovativer Dienste aus einer Hand und auf der Basis eigener Infrastruktur anbieten und dementsprechend auch eine langfristig stabile Kundenbeziehung aufbauen. Sie können unter (wenigstens teilweiser) Nutzung von KKA der Betroffenen zu 1) Glasfasern bis zu den Räumlichkeiten des Endkunden, dem Gebäude oder dem KVz legen und so Breitbandanschlüsse auf Grundlage eines eigenen FTTH-, FTTB- oder FTTC-Netzes anbieten. Die Mitnutzung der KKA der Betroffenen zu 1) verringert den eigenen Tiefbauaufwand des Wettbewerbers beim Netzausbau, so dass er aufwändige Baumaßnahmen einsparen kann. Dies ermöglicht einen schnelleren Netz- und Infrastrukturausbau und damit einen schnelleren Markteintritt auf Grundlage der eigenen Infrastruktur, senkt damit die festgestellten Marktzutrittsschranken und fördert das Entstehen nachhaltig wettbewerblischer Strukturen auf sämtlichen nachgelagerten Endkundenmärkten.

Insbesondere der durch die umfassende Nutzung der KKA sowohl der Betroffenen zu 1) als auch der Betroffenen zu 2) ermöglichte weitere Schritt zum Ausbau eigener Netze ohne Inanspruchnahme weiterer Vorleistungen der Betroffenen zu 1) und zu 2) und verhilft alternativen Anschlussnetzbetreibern zu einer gesteigerten Unabhängigkeit von beiden. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstandes, dass sich der Ausbau der Betroffenen zu 1) auf kleine Ortsnetze fokussiert. In diesen Gebieten ist der Aufbau eines zusätzlichen passiven Anschlussnetzes regelmäßig mit besonderen wirtschaftlichen Hürden versehen, so dass die Wettbewerber durch die Nutzung der baulichen Anlagen der Betroffenen zu 1) eine nachhaltige Wettbewerbsposition erreichen können.

Die mit dem Zugang verbundene Unterstützung des Auf- und Ausbaus eigener Netze ist damit geeignet – jedenfalls mittel- bis langfristig – eine marktmachtbegrenzende Wirkung zu entfalten und damit den festgestellten Wettbewerbsproblemen auf dem Markt 1 zu begegnen,

vgl. zur Bedeutung des Leerrohrzugangs für den Ausbau auch Strategy&, Glasfasermarkt in Deutschland, Relevante Thesen für Investoren und Betreiber, <https://www.strategyand.pwc.com/de/de/industrie-teams/tmt/glasfasermarkt-in-deutschland/glasfasermarkt-deutschland.pdf>, zuletzt abgerufen am 28.01.2023.

Auch die Monopolkommission befürwortete die Erweiterung des Zugangs zu baulichen Anlagen in ihrem 12. Sektorgutachten unter dem Aspekt der Förderung des Wettbewerbs ausdrücklich:

„Die Monopolkommission begrüßt diesen Schritt aufgrund der Bedeutung der Mitnutzung physischer Infrastrukturen für den Glasfaserausbau ausdrücklich. Erstens können dadurch Ausbaukosten gesenkt werden. Diese Regelung soll zudem den Infrastrukturwettbewerb fördern, durch den auch der Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten belebt wird. Die Zugangspetenten müssen dann nicht mehr auf das Übertragungsmedium eines marktmächtigen Unternehmens zurückgreifen, sondern können eigene Kabel verlegen

Öffentliche Fassung
-Korrigierte Fassung-

und dadurch ihren Anteil an der Wertschöpfung des Endproduktes erhöhen. Dies ermöglicht es ihnen, unabhängiger zu agieren und ihre Produkte stärker von der Konkurrenz zu differenzieren. Der Zugang zu baulichen Anlagen ist also für Wettbewerber von Bedeutung, die bereits einen erheblichen Teil der Infrastrukturleistungen selbst erbringen. Die Investitionen des marktmächtigen Unternehmens in die baulichen Anlagen sind im Rahmen der Festlegung der Entgelte für die Nutzung der Anlagen zu berücksichtigen.“,

Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Telekommunikation (2021), S. 22.

Der Vortrag der Betroffenen zu 1) im Rahmen des Konsultationsverfahrens verfängt hingegen nicht. Wenngleich die Mitnutzung der Infrastruktur und die damit einhergehende vertragliche Bindung an die Betroffene zu 1) weniger Unabhängigkeit von dieser bedeutet, als der vollständige Eigenausbau, so bedeutet die Zugangsmöglichkeit mit höchster eigener Wertschöpfung eben doch erheblich mehr Eigenständigkeit als der Verweis auf aktive Vorleistungsprodukte. Dies wird auch von der Monopolkommission so gesehen.

Dass der Zugangsanspruch zu passiver Infrastruktur das Geschäftsmodell der Betroffenen zu 1) beeinträchtigt, führt anders als von ihr vorgetragen nicht dazu, dass die Maßnahme nicht zu einer Förderung des Wettbewerbs auf Endkundenebene führt. Denn selbstredend führt die Möglichkeit einer höheren Wertschöpfung auf einem von Marktversagen gekennzeichneten Umfeld zu einem chancengleicheren Wettbewerb und damit prognostisch nach der hier zu grunde gelegten Wettbewerbstheorie in letzter Konsequenz auch zu mehr Wettbewerb auf den Endkundenmärkten.

Eignung gemessen am Regulierungsziel nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG (Interessen der Nutzer, insbesondere der Verbraucher)

Die Verpflichtung, Zugang zu KKA der Betroffenen zu 1) zu gewähren, ist geeignet, die Interessen der Nutzer, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG). Durch die Verpflichtung, den Zugang zu baulichen Anlagen zu ermöglichen, wird speziell das Interesse der Nutzer am Ausbau und an der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität gefördert. § 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) TKG definiert die Förderung breiter Verfügbarkeit und des beschleunigten Ausbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität und deren Nutzung als Förderung der Interessen der Nutzer (*„... Behörden fördern die Interessen der Nutzer, indem sie a) (...) fördern“*).

Auch das Interesse der Nutzer an größtmöglichen Vorteilen in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität auf der Grundlage wirksamen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. b) TKG) wird durch den Zugang alternativer Netzbetreiber zu baulichen Anlagen der Betroffenen zu 1) gefördert.

Wie ausgeführt, vereinfacht der Zugang zu KKA den Glasfaserausbau durch Wettbewerber. Dadurch wird im Ergebnis der Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität und zugleich die Verbreiterung des Angebots von Breitbandanschlüssen im Interesse der Nutzer beschleunigt. Der Ausbau von Netzen auch alternativer Netzbetreiber führt im Interesse der Nutzer auf Grundlage von Wettbewerb zu einer schnelleren und größeren Verfügbarkeit und Auswahl an Breitbandprodukten unterschiedlicher Qualität und Preise. So führt auch die Monopolkommission aus, dass die Zugangspetenten eigene Kabel verlegen und dadurch ihren Anteil an der Wertschöpfung des Endproduktes erhöhen könnten, was ihnen ermöglicht, ihre Produkte stärker von der Konkurrenz zu differenzieren. Eine Produktdifferenzierung ist wiederum wettbewerbsbelebend und letztlich positiv für Auswahl, Preise und Qualität.

Der Glasfaserausbau der Betroffenen zu 1) wird anders als von ihr vorgetragen durch die Verpflichtung zur Zugangsgewährung im Ergebnis auch nicht gehemmt. Die Betroffene zu 1) wird für die Zugangsgewährung angemessen kompensiert, wobei bei der Bemessung der Entgelte auch die Folgen der Zugangsgewährung auf ihren Geschäftsplan berücksichtigt werden. Dass die Zugangsverpflichtung kausal zu einem Ausbauehemnis führen wird, wird von der Betroffenen zu 1) zwar behauptet. Es ist aber festzustellen, dass der EKEK bereits seit dem Jahr 2018

in Kraft getreten ist. Es wäre daher grob fahrlässig gewesen, bei der Gründung der Betroffenen zu 1) im Jahr 2020 nicht jedenfalls in Erwägung gezogen zu haben, dass eine Auferlegung der Zugangsverpflichtung zu passiver Infrastruktur der Betroffenen zu 1) auf Grundlage von Art. 72 Abs. 2 EKEK erfolgen wird. Der Vortrag, dass die Umsetzung dieser Verpflichtung wegen ihrer hemmenden Wirkung auf die Ausbauaktivitäten der Betroffenen zu 1) und in der Folge ihrer negativen Auswirkungen auf die Nutzerinteressen die Geeignetheit entfallen ließe, verfährt vor diesem Hintergrund nicht.

Die im Verbraucherinteresse stehende Förderung von Angebotsvielfalt auf Grundlage wirksamen Wettbewerbs ist zugleich geeignet, dem in der Festlegung der Präsidentenkammer festgestellten Marktversagen entgegen zu treten.

Eignung gemessen am Regulierungsziel nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG (Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes)

Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu KKA fördert das Regulierungsziel der Entwicklung des europäischen Binnenmarktes (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG).

Die Auferlegung der Zugangsverpflichtung trägt insbesondere folgenden, selbst auf dem Gedanken der Binnenmarktförderung beruhenden Rechtsakten, Erwägungen und Zielen der europäischen Institutionen Rechnung:

- den Vorgaben des EKEK im Zusammenhang mit dem Zugang zu baulichen Anlagen (Art. 72 und EG (187) EKEK);
- der Feststellung der Kommission, der effektive Zugang zur baulichen Infrastruktur sei für den Ausbau von VHC-Netzen **entscheidend** (Gigabit-Empfehlung, EG (18));
- der Forderung der Kommission, regulatorische Verpflichtungen zur Gewährung des Zugangs zur baulichen Infrastruktur Vorrang vor einer Zugangsverpflichtung aufgrund der Richtlinien 2014/61/EU zu geben (Gigabit-Empfehlung, EG (19)).

Die Beachtung fördert den Fortschritt und die Harmonisierung des europäischen Binnenmarktes.

Eine regulatorische, gesetzliche oder kommerzielle Zugangsmöglichkeit zu KKA wird auch praktisch gelebt und besteht in der weit überwiegenden Anzahl der Mitglieder des Europäischen Binnenmarktes,

vgl. Cullen International,
<https://www.cullen-international.com/client/site/documents/CTTEEU20230116>.

Der Vortrag der Betroffenen zu 1), die Zugangsverpflichtung zu ihren KKA stehe nicht im Einklang mit den Vorgaben des EKEK, da sich dieser lediglich auf vorhandene und wiederverwendbare bauliche Anlagen beziehe, ist unzutreffend. Die Zugangsverpflichtung bezieht sich ausschließlich auf zum Zeitpunkt der Nachfrage bestehende Infrastrukturen und mithin auf dann existierende KKA. Die Differenzierung zwischen bestehenden wiederverwendbaren, für Kupfernetze aufgebaute bauliche Anlagen und neuen, für Glasfasernetze aufgebaute bauliche Anlagen ergibt sich bereits aus der Nichtdiskriminierungsempfehlung und wird in der Gigabit-Empfehlung aufgegriffen,

vgl. Ziffer 9 lit. q) der Gigabit-Empfehlung, der den Begriff „wiederverwendbare bauliche Altanlagen“ als „für das Kupferkabelnetz genutzte herkömmliche bauliche Anlagen, die für den Betrieb eines VHC-Netzes wiederverwendet werden können“; ähnlich bereits Nr. 6 lit. r) der Empfehlung der Kommission vom 11. September 2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen (2013/466/EU; Nichtdiskriminierungsempfehlung).

Es erscheint konstruiert, wenn die Betroffene zu 1) vorträgt, dass ein Zugangsanspruch vom EKEK nur hinsichtlich bestehenden wiederverwendbaren baulichen Anlagen vorgesehen sei,

mithin hinsichtlich für den Kupferausbau errichteter, aber für den Glasfaserausbau weiterverwendbarer baulicher Anlagen. Eine solche Einschränkung findet sich weder im EKEK noch in der Gigabit-Empfehlung. Sie wird auch im europäischen Ausland nicht so umgesetzt. Eine solche Beschränkung würde zudem der Intention eines zügigen und flächendeckenden Glasfaserausbaus zuwiderlaufen.

Die Umsetzung der in den europäischen Regelwerken zum Ausdruck kommenden Ziele der Binnenmarktförderung ist durch die damit einhergehenden wettbewerblichen Effekte gleichzeitig geeignet, dem in der Festlegung der Präsidentenkammer festgestellten Marktversagen entgegen zu treten.

5.2.2.2. Zugang zu KKA: Erforderlichkeit

Die Auferlegung einer Verpflichtung zum Zugang zu KKA ist auch erforderlich. Es ist kein milderes, gleich geeignetes Mittel ersichtlich, um die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endnutzermärkte zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), die Interessen der Verbraucher und sonstigen Nutzer zu wahren (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) und die Konnektivität und den Netzausbau zu beschleunigen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) und damit gleichzeitig dem in der Festlegung der Präsidentenkammer festgestellten Marktversagen entgegenzutreten.

Daraus folgt, dass ohne die Auferlegung der Zugangsverpflichtung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt bzw. die verlangsamte Entwicklung des Ausbaus den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde.

Der Vortrag der Betroffenen zu 1), dass die Beschlusskammer überhöhte Anforderungen an das Kriterium des „milderen Mittels“ – also ein gleich geeignetes Mittel – stelle, verfährt nicht. Schon die Annahme, die Beschlusskammer stuft den Aufbau eines eigenen Glasfasernetzes nur dann als ein milderes Mittel ein, wenn dieser ohne jegliche Kosten oder Zeitaufwand erfolgen könnte, ist nicht richtig. Vielmehr stellt die Beschlusskammer darauf ab, dass die Eigenrealisierung gegenüber einer (Mit-)Nutzung des Zugangsanspruchs spürbar langsamer und teuer wäre. Geringe Kosten und hohe Geschwindigkeit beim Markteintritt sind sehr relevante Faktoren für Wettbewerbsfähigkeit. Ein milderes Mittel ist nur dann gleich geeignet, wenn es unter jedem relevanten Gesichtspunkt gleich oder besser geeignet ist,

BVerfG v. 14.11.1989, BVerfGE 81, 70, Rdnr. 91.

Sowohl unter dem Gesichtspunkt der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG) als auch unter Berücksichtigung bereits auferlegter Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG sowie bereits abgeschlossener oder angebotener kommerzielle Zugangsvereinbarungen im betreffenden oder einem verbundenen Vorleistungsmarkt (§ 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG) ist der Zugang zu KKA der Betroffenen zu 1) zur Sicherstellung der in § 2 TKG genannten Regulierungsziele erforderlich (§ 26 Abs. 2 S. 1 TKG).

Nutzung konkurrierender Einrichtungen, § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG

Im Rahmen der Prüfung nach § 26 Abs. 2 S. 1 TKG ist ausweislich § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG insbesondere die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ des Zugangs berücksichtigt werden, einschließlich der Tragfähigkeit anderer vorgelagerter Zugangsprodukte zu berücksichtigen.

Die Regelung geht wortgleich auf § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG²⁰⁰⁴ zurück. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf des TKG²⁰⁰⁴ zu § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 soll bei dem Abwägungskriterium der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen insbesondere geprüft werden, ob die Kosten der Nutzung alternativer Angebote im Vergleich zum nachgefragten Angebot oder eine Eigenfertigung das beabsich-

tigte Dienstangebot unwirtschaftlich machen würden, ob unzumutbare zeitliche Verzögerungen durch die Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten entstünden, ob mit der Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten eine wesentliche Verminderung der Qualität des beabsichtigten Dienstangebots einherginge und welche Auswirkungen die Inanspruchnahme einer alternativen Zugangsmöglichkeit auf den Netzbetrieb haben könnte,

vgl. BR-Drucks. 755/03, S. 88.

Die Nutzung oder Errichtung konkurrierender Einrichtungen stellt keine technisch und wirtschaftlich tragfähige Alternative zum Zugang zu KKA und damit kein milderes Mittel der Zugangsgewährung dar.

Es ist hierbei auf diejenige Einrichtung abzustellen, zu der ein Zugang auferlegt werden soll, hier also die Tragfähigkeit der Errichtung eigener KKA für den Ausbau eines eigenen Glasfasernetzes bis zum Endkunden. Hierfür wären umfangreiche Tiefbauarbeiten erforderlich, die größtenteils auf öffentlichen Wegen erfolgen würden, so dass umfassende Planungen vorzunehmen und die Zustimmung des Trägers der Wegebaukosten nach § 127 Abs. 1 TKG einzuholen wäre. Hinzu kommt auch hier der Umstand, dass die Betroffene zu 1) vorwiegend in kleinen Ortsnetzen ausbaut, bei denen der Ausbau eigener (zusätzlicher) Infrastruktur mit besonderen wirtschaftlichen Hürden verbunden ist.

Angesichts des Tempos der Marktentwicklung würde die Errichtung eigener Kabelkanäle den Markteintritt von Wettbewerbern erheblich verzögern, so dass ihre geschäftlichen Entfaltungsmöglichkeiten im Gegensatz zu denen der Betroffenen zu 1) erheblich beeinträchtigt wären. Wettbewerber können daher den Aus- und Aufbau eigener Glasfaseranschlussinfrastruktur nicht kurzfristig durch Leitungen ersetzen, die in eigenen KKA verlegt werden.

Dieser Ansatz führt anders als von der Betroffenen zu 1) dargestellt auch nicht dazu, dass passives Verhalten ohne wirtschaftliches Risiko privilegiert würde. Vielmehr werden die anderen Netzbetreiber, die bereits aktiv ausbauen, hierdurch erst in die Lage versetzt, zum Wohle der Endnutzer mit der Betroffenen zu 1) in einen fairen Wettbewerb zu treten.

Die Betroffene zu 1) kritisiert die Ausführungen der Beschlusskammer zum Tempo der Marktentwicklung, wo darauf hingewiesen wird, dass das Erfordernis einer eigenen Infrastruktur den Markteintritt von Wettbewerbern erheblich verzögern würde, sodass sie in ihrer geschäftlichen Entfaltungsmöglichkeit im Gegensatz zu denen der Betroffenen zu 2) erheblich beeinträchtigt wäre. Die Betroffene zu 1) ist der Ansicht, dass es keine absolute regulatorische Gleichbehandlung in jeglicher Hinsicht geben dürfe, da dies investitionshemmend und nicht mit einer freien Marktwirtschaft vereinbar wäre. Sie begründet ihre Ansicht mit dem Argument, dass es demjenigen, der in einem wirtschaftlichen Umfeld bereit sei, höhere Risiken einzugehen, auch möglich sein müsse, dafür belohnt zu werden. Zudem werde die Chancengleichheit anderer Netzbetreiber dadurch sichergestellt, dass die Betroffene zu 1) als Wholesale-Only-Anbieter ihre Dienstleistungen allen Wettbewerbern anbiete.

Die Zugangsverpflichtung zur passiven Infrastruktur der Betroffenen zu 1) als mit der Betroffenen zu 2) zusammengeschlossenem Unternehmen hat zum Ziel, dabei zu helfen, wettbewerbliche Verhältnisse auf dem hier verfahrensgegenständlichen, von Marktversagen gekennzeichneten Markt zu fördern, indem sie die Wettbewerber insbesondere auch der Betroffenen zu 2) in die Lage versetzt, zu angemessenen Preisen Zugang zur höchsten Wertschöpfung auf der Investitionsleiter zu erhalten. Allein ein aktives Vorleistungsprodukt ist – auch wenn es allen Wettbewerbern zu gleichen Bedingungen angeboten wird – hierfür kein adäquater Ersatz.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen zu 2) fördert die Verpflichtung auch kein passives Verhalten, weil selbst bei einem Netzausbau ausschließlich auf Grundlage des Zugangs zu KKA erheblich eigene Investitionen erforderlich würden, die über die für einen VULA-Zugang anfallenden Investitionen hinausgehen und mit einem größeren Investitionsrisiko verbunden wären. Darüberhinaus ist aber davon auszugehen, dass der Zugang zu KKA in der Regel mit eigenen Investitionen in KKA und die Inhouse-Verkabelung verbunden sind.

Die Behauptung, die Betroffene zu 2) habe durch die Beteiligung an der Betroffenen zu 1) keinerlei Planungsvorteil, trifft nicht zu.

Darüber hinaus können die Wettbewerber für die Verlegung ihrer Glasfaserkabel nicht ohne weiteres auf die Leitungssysteme anderer Netzbetreiber verwiesen werden. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des im Abschnitt 2 Teil 8 des TKG geregelten Zugangsregimes.

Die Nutzung dieser Infrastrukturen für die Anbindung der Endkundengebiete stellt weder technisch noch wirtschaftlich eine vollständig gleichwertige Alternative zur Nutzung der KKA der Betroffenen zu 1) dar. Die Betroffene zu 2) profitiert über die Beteiligung an der Betroffenen zu 1) von der Anbindung an deren KKA. Diese Verbindung ist für die Betroffene zu 2) die am schnellsten und mit wenig oder keinem Tiefbau realisierbare Anbindung des Endkunden. Wenn der Zugangsnachfrager der Betroffenen zu 1) in dieser Situation auf alternative Infrastrukturen verwiesen würde, würde dies einen erheblichen Zeit- und Effizienzvorteil der Betroffenen zu 1) und damit letztlich auch der Betroffenen zu 2) begründen. Zum einen sind die im Abschnitt 2 Teil 8 des TKG genannten Netze nicht in jedem Fall auf die Erfordernisse der Telekommunikation ausgerichtet, weil es sich dabei auch um andere als Telekommunikationsnetze handeln kann (vgl. § 3 Nr. 43 TKG zum Begriff des öffentlichen Versorgungsnetzes). Zum anderen ermöglichen die Regelungen zur Mitnutzung lediglich projektbezogene, individuelle Einzelfallregelungen, die teils mit kleinteiligen Verhandlungen sowie ggf. anschließenden Streitbeilegungsverfahren verbunden sind und den ausbauenden Unternehmen keine gleichwertige Planungssicherheit gewähren. Der (auch durch das geprüfte Standardangebot, siehe Tenorziffer 11.) vereinfachte, standardisierte Zugriff auf die Infrastrukturen der Betroffenen zu 1) im Rahmen einer Abhilfemaßnahme der Marktregulierung ist zur Erreichung einer umfassenden, unmittelbar geltenden Mitnutzung der Leerrohrinfrastruktur insofern besser geeignet, um die beträchtliche Marktmacht einzudämmen und den Ausbau hochleistungsfähiger Netze sowie die Nutzerinteressen zu fördern.

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit Art. 1 Abs. 4 Kostenreduzierungsrichtlinie, wonach im Kollisionsfall die Bestimmungen der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG (bzw. die entsprechenden Bestimmungen des EKEK) und damit die darin enthaltenen Regelungen über die Abhilfemaßnahmen bei vorliegender beträchtlicher Marktmacht des betroffenen Unternehmens vorgehen.

Auch EG (187) des EKEK geht davon aus, dass zusätzlich zu den Vorschriften über physische Infrastrukturen in der Kostenreduzierungsrichtlinie eine besondere Abhilfemaßnahme für die Fälle erforderlich ist, in denen ein Unternehmen, das als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurde, der Eigentümer solcher baulichen Anlagen ist. Denn bauliche Anlagen, in denen elektronische Kommunikationsnetze ausgebaut werden können, seien wegen der hohen Kosten einer Replizierung und der erheblichen Einsparungen bei ihrer Wiederverwendung von zentraler Bedeutung für einen erfolgreichen Ausbau neuer Netze. Ebenso legt Nr. 31 der Gigabit-Empfehlung nahe, dass die sich aus der Richtlinie 2014/61/EU ergebenden Verpflichtungen für den Zugang zur physischen Infrastruktur außer unter besonderen Umständen nicht ausreichen, um dem festgestellten Marktversagen zu begegnen.

Der Gesamtumfang der Leerrohrkapazitäten von Kommunen/kommunalen Versorgern ist offensichtlich nicht hinreichend. Indiz hierfür ist der Umstand, dass der Glasfaserausbau insbesondere in ländlichen Gebieten häufig durch Maßnahmen der Wirtschaftlichkeitslückenförderung unterstützt wird. Dies wäre nicht erforderlich, wenn bereits so hinreichend Leerrohrkapazitäten verfügbar wären, dass nur das Einziehen der Glasfaser sowie der Aufbau der aktiven Technik erfolgen müsste.

Bereits auferlegte Verpflichtungen oder abgeschlossene oder angebotene kommerzielle Zugangsvereinbarungen, § 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG

Von der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu KKA ist nicht abzusehen, weil die Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 TKG bereits durch andere Verpflichtungen oder freiwillige Vereinbarungen – im Sinne milderer Mittel – sichergestellt ist.

Es bestehen keine nach § 26 Abs. 2 S. 1 TKG zu berücksichtigenden, bereits auferlegten Verpflichtungen oder abgeschlossene oder angebotene kommerzielle Zugangsvereinbarungen, die gegen eine Auferlegung des Zugangs zu KKA gegenüber der Betroffenen zu 1) sprechen. Ihr gegenüber bestehen derzeit außerhalb des Förderkontextes keine öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen, Zugang zu KKA zu gewähren. Im Rahmen des Zugangsanspruchs zu geförderten Netzen nach § 155 TKG muss zwar als Teil der Verpflichtung, offenen Netzzugang zu gewähren, auch Zugang zu Leerrohren gewährt werden, vgl. § 8 Abs. 1 Gigabit-Rahmenregelung. **[BUGG]**.

Soweit die Betroffene zu 1) in Fördergebieten ausbaut, hat die Beschlusskammer zudem berücksichtigt, dass mit § 155 TKG zwar inzwischen ein separater Zugangsanspruch besteht. Die Durchsetzung dieses Zugangsanspruchs im Falle einer Nichtgewährung durch die Betroffene zu 1) erfordert aber ein separates Streitschlichtungsverfahren bei der nationalen Streitbeilegungsstelle. Demgegenüber erscheint es aus Gründen der Rechtssicherheit vorzugswürdig, das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bereits ex ante einer Zugangsverpflichtung zu unterwerfen, deren Ausgestaltung durch ein Standardangebot sowie die Transparenzverpflichtung einen einheitlichen Zugang in und außerhalb von Fördergebieten ermöglicht und effizienter ausgestaltet. Die Nachfrage über einen Rahmenvertrag ist für den Zugangsnachfrager effizienter und fördert damit den Wettbewerb besser als separate Verträge für jedes Fördergebiet.

Die Verpflichtung, offenen Netzzugang im Förderfall zu gewähren, macht eine Zugangsverpflichtung zu KKA somit nicht entbehrlich.

Der Vortrag der Betroffenen zu 1), es bestehe ein funktionierender Markt für den Zugang zu baulichen Anlagen, verfängt nicht. Hier wird eine Behauptung aufgestellt, für die es keine Belege gibt. Die Betroffene zu 1) betont im Gegenteil in ihrer Stellungnahme selbst mehrfach, dass ein Zugang zu ihren Leerrohrkapazitäten zu einer Entwertung ihres Geschäftsmodells führen würde. Im Umkehrschluss ist wenig wahrscheinlich, dass sie anderen Netzbetreibern ohne die Zugangsverpflichtung zu marktgerechten Bedingungen Zugang zu ihrer passiven Infrastruktur gewähren würde.

Das Vorbringen des BREKO im Parallelverfahren BK3h-21/010, dass auch bereits bestehende Zugangsansprüche – also der Mitnutzungsanspruch nach § 138 TKG – umfassend berücksichtigt werden müssten, führt zu keiner anderen Beurteilung. Denn der Mitnutzungsanspruch ist nicht gleich geeignet, weil er gemäß § 141 TKG im Interesse von VHC-Netzbetreibern im Gegensatz zur Zugangsverpflichtung nach § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG stark begrenzt ist. Genau diese Begrenzung macht die Betroffene zu 1) zu ihren Gunsten auch geltend, dazu im Folgenden.

5.2.2.3. Zugang zu KKA: Angemessenheit

Die Verpflichtung, Zugang zu KKA zu gewähren, ist nach den Kriterien des § 26 Abs. 2 S. 2 TKG angemessen.

Verfügbare Kapazität, § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 TKG

Der nach § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 TKG zu berücksichtigende Gesichtspunkt der zur Verfügung stehenden Kapazität spricht nicht gegen die Auferlegung der Zugangsverpflichtung.

Zur Aufnahme von Glasfaserkabeln neu aufgebaute KKA

Die Betroffene zu 1) verfügt über zur Aufnahme von Glasfaserkabeln neu aufgebaute KKA, die in vielen Fällen den eigenen Bedarf überschreiten, und mithin über Kapazitäten für den Zugang.

Soweit die Betroffenen zu 1) im Rahmen von Fördermaßnahmen ausbaut, folgt dies bereits aus dem zugrundeliegenden Förderregime, das eine Dimensionierung der passiven Infrastruktur vorsieht, die das Verlegen mehrerer paralleler Netze ermöglicht

vgl. BMDV, Einheitliches Materialkonzept und Vorgaben für die Dimensionierung passiver Infrastruktur im Rahmen des geförderten Breitbandausbaus (Version 5.0).

Für den nicht-geförderten Ausbau der Betroffenen zu 1) geht die Beschlusskammer davon aus, dass die für den Glasfaserausbau von der Betroffenen zu 1) verlegten KKA grundsätzlich bedarfsgerecht verlegt werden. Wegen der Zusammenfassung von SNR in normierten SNRV werden aber überzählige freie Rohrkapazitäten aufgebaut. Wenn z. B. ein Bedarf von 39 SNR für zu versorgende Häuser und Reserven besteht, können zwei SNRV à 22 SNR verlegt werden. Es würden in diesem Fall 5 SNR ungenutzt bleiben und damit frei für einen Zugang sein.

Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung, § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 TKG

Der Schutz der Anfangsinvestitionen der Betroffenen zu 1) (§ 26 Abs. 2 S. 2 TKG) gebietet es nicht, von der Zugangsverpflichtung zu KKA abzusehen.

Unter Anfangsinvestitionen des Eigentümers, die das Gesetz im Hinblick auf die in Art. 14 GG und ebenso im Gemeinschaftsrecht verankerte Eigentumsgarantie besonders hervorhebt, sind Investitionen zu verstehen, die mit dem erstmaligen Markteintritt verbunden sind. Solche Investitionen sind im Gegensatz zu Ersatz- oder Erneuerungsaufwendungen mit einem erhöhten Risiko behaftet, welches nach der Wertung des Gesetzes den Eigentümerbelangen besonderes Gewicht verleiht. Die Berücksichtigung der Anfangsinvestitionen und der mit ihnen verbundenen Risiken soll namentlich ermöglichen, dass auch ein zugangsverpflichtetes Unternehmen in den Genuss des mit einer Produktinnovation einhergehenden sog. Vorreitervorteils kommen kann. Allerdings handelt es sich im marktregulierten Bereich auch insoweit lediglich um ein Abwägungskriterium, das bei der Frage mit zu berücksichtigen ist, ob sich die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung in den gesetzlichen Grenzen der Ermessensausübung hält. Hinsichtlich seines Gewichts ist anhand der verschiedenartigen Bedingungen, unter denen die Infrastrukturinvestitionen getätigt wurden, zu differenzieren. Dabei kann auch die Gefahr einer etwaigen Marktmachtübertragung Bedeutung erlangen. Mit diesem Inhalt ist das Kriterium des § 26 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 TKG Ausdruck der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe, wonach die nationale Regulierungsbehörde die Rechte eines Infrastruktureigentümers zur kommerziellen Nutzung seines Eigentums für eigene Zwecke und die Zugangsrechte konkurrierender Diensteanbieter gegeneinander abzuwägen hat,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rn. 22 zu § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG²⁰⁰⁴.

Zum Aufbau des FTTH-Netzes errichtete KKA

Die Auferlegung der Zugangsverpflichtung zu KKA überschreitet mit Blick auf getätigte bzw. zu schützende Anfangsinvestitionen der Betroffenen zu 1) in das *FTTH-Netz* nicht das zumutbare Maß.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Netzinfrastruktur, die auf eigenen, mittlerweile selbst erwirtschafteten Investitionen des marktmächtigen Infrastrukturbesitzers beruht, grundsätzlich gemäß Art. 14 Abs. 1 GG in höherem Maße schutzwürdig als der übernommene Altbestand an Kabelkanälen,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rn. 49 zu § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG²⁰⁰⁴.

Die Beschlusskammer hat gegenüber der Betroffenen zu 2) bereits mit der Regulierungsverfügung BK3i-19/020 den Leerrohrzugang auch bezüglich des grundsätzlich gegenüber dem Altbestand schutzwürdigeren FTTH-Netzes angeordnet. Gegenüber der Betroffenen zu 2) hatte die Beschlusskammer im Rahmen der Abwägung insbesondere zu berücksichtigen, dass angesichts des Alt-Kundenstamms der Betroffenen zu 2) ein vermindertes Investitionsrisiko

gegeben ist und die Betroffene zu 2) auch für die Errichtung dieser KKA auf bestehende Infrastruktur zurückgreifen kann, was ihr Investitionsrisiko gegenüber ihren Wettbewerbern erheblich senkt. Auch die Betroffene zu 1) hat nur ein vermindertes Risiko hinsichtlich der von ihr neu aufgebauten FTTH-Infrastruktur, weil sie auf den Kundenstamm der Betroffenen zu 2) zurückgreifen kann. Der Netzausbau der Betroffenen zu 1) dient auch dem Ziel, der Betroffenen zu 2) langfristig eine Migration ihres bestehenden Kupfer-Kundenstammes zu ermöglichen. **[BUGG]**

Die Betroffene zu 1) betreibt ihren Ausbau mithin im Ergebnis im Interesse der Netzentwicklung der Betroffenen zu 2), die **[BuGG]** im Gebiet der Betroffenen zu 1) keinen Eigenausbau mehr vornehmen wird. Zu berücksichtigen ist dabei, dass grundsätzlich bei der Frage der Angemessenheit auch das Eigentumsinteresse der GFH2 zu berücksichtigen ist.

Indes ist zur berücksichtigen, dass es sich bei der GFH2 im Grunde um einen Investor handelt, der selber nicht im Telekommunikationsbereich aktiv ist. Die GFH2 profitiert allein von einem Geschäftserfolg der Betroffenen zu 1), aber nicht davon, dass sie selbst Vorleistungsprodukte ihrer Tochter in Anspruch nimmt. Dies begründet kein Überwiegen des Interesses der GFH2. Denn ihr Investment profitiert gerade von der Marktmacht der Betroffenen zu 2) und als lediglich paritätische Eigentümerin kann sie auch keine den Interessen der Betroffenen zu 2) zuwiderlaufenden Geschäftsentscheidungen der Betroffenen zu 1) erwirken.

Würde die Wertung hier anders ausfallen, wäre es für die Betroffene zu 2) ein Leichtes, ihrer Zugangsverpflichtung für neue Infrastruktur zu entgehen, indem sie diese schlicht ausgliedert und Fremdkapital fruchtbar macht. Der Gesichtspunkt des Eigentumsschutzes ist – wie oben ausgeführt – lediglich ein Abwägungskriterium bei der Frage nach Auferlegung von Zugangsverpflichtungen. Das Gesetz geht davon aus, dass auch für FTTH-Neuinvestitionen Zugangsverpflichtungen grundsätzlich möglich sind. Anderenfalls wäre die Regelung in § 38 Abs. 5 Nr. 3 TKG überflüssig.

Schließlich spricht auch die in § 141 Abs. 2 Nr. 7 TKG zum Ausdruck kommende Wertung des Gesetzgebers nicht gegen die Angemessenheit einer Zugangsverpflichtung zu den für das FTTH-Netz der Betroffenen zu 1) aufgebauten KKA. Die Vorschrift benennt als Ablehnungsgrund für eine Mitnutzung eines öffentlichen Versorgungsnetzes den Überbau bestehender Glasfasernetze. Gleiches gilt für § 143 Abs. 4 Nr. 3 TKG (Ablehnung des Überbaus im Rahmen der Mitverlegung). Indes verfolgen die Regelung zur Mitnutzung öffentlicher Netze grundsätzlich eine andere Zielrichtung als die Marktregulierung nach dem 2. Teil des TKG. Namentlich dienen sie nicht der Eindämmung beträchtlicher Marktmacht, sondern primär der Senkung der mit dem Ausbau von hochgeschwindigkeitsfähigen Netzen verbundenen Kosten durch Hebung von Synergien. Dementsprechend lassen sich die Wertungen des DigiNetzG nicht ohne weiteres auf den Bereich der Marktregulierung übertragen. Die Überbau-Tatbestände des DigiNetzG bzw. des – auch im neuen TKG fortgeschriebenen – 5. TKG-Änderungsgesetzes haben ausweislich der Gesetzesbegründung andere Konstellationen im Blick.

Dabei wird offenbar die Gefahr gesehen, dass kleinere, lokale Projekte von Kommunen und alternativen, nur regional agierenden Netzbetreibern vor nachlaufenden eigenwirtschaftlichen Ausbauaktivitäten des marktbeherrschenden Unternehmens geschützt werden sollen,

vgl. BT-Drs. 19/6336, S. 9, unter Ziffer 2.3.1; zur Frage des Schutzes vor Überbau s.o. Ausführungen.

Mögliche Investitionsrisiken für KKA der Betroffenen zu 1) können wie auch bei der Betroffenen zu 2) gemäß § 38 Abs. 5 Nr. 3 TKG bei der Regulierung der Entgelte berücksichtigt werden.

Abwägung

Unter Berücksichtigung der zuvor dargestellten Gesichtspunkte hat das Anbieterinteresse der Betroffenen zu 1) am Schutz ihrer in die Errichtung neuer KKA getätigten Investitionen hinter den gegenläufigen Interessen des Wettbewerbs- und Verbraucherschutzes zurückzutreten.

Wie oben bereits ausgeführt, kommt dem Leerrohrzugang eine wichtige Bedeutung für die zügige Errichtung von Netzen mit sehr hoher Kapazität, den Infrastrukturbewerb und die Verfügbarkeit von möglichst hochwertigen Produkten für die Verbraucher zu. Zudem sind auch die positiven Umweltauswirkungen einer Mitnutzung bestehender Infrastrukturen gegenüber deren Neuerrichtung zu berücksichtigen,

vgl. EG (13) der Richtlinie über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation, 2014/61/EU vom 15. Mai 2014.

Ist aber festgestellt, dass die Zugangsverpflichtung zu den KKA der Betroffenen zu 1) vor den Regulierungszielen des § 2 TKG erforderlich ist, um dem festgestellten Marktversagen zu begegnen, erscheint es als überwiegend wahrscheinlich, dass ohne die Maßnahme die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden. Hierfür spricht insbesondere der Umstand, dass die Betroffene zu 2) einen Anreiz hat, ihre Endkunden auf das Netz der Betroffenen zu 1) zu migrieren. Es liegen also keine Umstände vor, die eine abweichende Gesamtabwägung im Vergleich zu den Erwägungen betreffend die Betroffene zu 2) im Verfahren BK3i-19/020 erforderlich machen würden.

Der Vortrag der Betroffenen zu 1), ihre Eigenschaft) als Wholesale-only-Unternehmen werde nicht hinreichend gewürdigt, geht fehl. § 33 TKG ist nicht einschlägig, vgl. oben unter 4. Die Betroffene zu 1) scheint dies ebenso zu sehen, wenn sie fordert, (lediglich) den Schutzgedanken des § 33 TKG zur Anwendung zu bringen. Eine etwaige Heranziehung des Schutzgedankens wiederum findet im Gesetz keine Stütze. Vielmehr würde eine Fruchtbarmachung des Schutzgedankens des § 33 TKG in der vorliegenden Konstellation die Anwendbarkeit des § 3 Nr. 69 TKG gerade wieder aushebeln.

Dass aus wettbewerbsökonomischer Sicht für den ausbauenden Wholesale-only-Anbieter starke Anreize bestünden, möglichst vielen Vorleistungsnachfragern diskriminierungsfrei und zu beidseitig akzeptablen Bedingungen Netzzugang zu gewähren, trifft nicht zu. Ohne die auferlegte Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen würde wie ausgeführt die Entwicklung der nachgelagerten Endkundenmärkte behindert. Deshalb ist gerade der Zugang zu den aktiven Zugangsangebot nicht hinreichend, um den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten zu fördern.

Dies wird auch durch den weiteren Vortrag der Betroffenen zu 1), durch die Zugangsverpflichtung würden ihr potenzielle Kunden ihres Wholesale-only-Geschäfts genommen, gestützt.

Insgesamt wird mit dem Verweis auf aktive Vorleistungsprodukte die Intention des europäischen Gesetzgebers verkannt, durch den Zugang zu passiver Infrastruktur die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens dadurch zu stärken, dass diese auf niedrigster Wertschöpfungsstufe Netzzugang erhalten sollen.

Soweit die Betroffene zu 1) vorträgt, die Behauptung des VG Köln, es bliebe für die Zugangsgewährung zu den baulichen Anlagen ein Vorleistungsgeschäft gegen Entgelt erhalten, sei falsch, weil die Entgelte, die die Betroffene zu 1) für die Zugangsgewährung zu ihrer Leerrohren fordern werde, voraussichtlich in keinem angemessenen Verhältnis zu den Risiken, die ihr in Folge der „Rosinenpickerei“ entstünden, stehen, führt auch dies zu keiner anderen Bewertung. Die Regulierung hat zum Ziel, wettbewerbliche Verhältnisse auf dem regulierungsbedürftigen Markt herzustellen. Auch der Wettkampf um die von der Betroffenen zu 1) als besonders lukrativ ins Feld geführte Wohnungswirtschaft muss unter fairen Bedingungen stattfinden. Es erschließt sich der Beschlusskammer nicht, warum ein punktueller Überbau durch Wettbewerber, den die Betroffene zu 1) abschätzig als „Rosinenpickerei“ bezeichnet, eine Bedrohung für Investitionen in den Infrastrukturaufbau angesehen werden sollten. Für den Zugang sind vom Wettbewerber Preise zu zahlen, die die Auswirkungen auf den Geschäftsplan der Betroffenen zu 1) berücksichtigen. Soweit für die Investitionsentscheidung der Betroffenen zu 1) erwartete Monopolrenditen ausschlaggebend waren, ist dies nicht schutzwürdig. Berücksichtigungsfähig

ist indes, dass die Wettbewerber durch die Zugangsverpflichtung auch nach Ansicht der Betroffenen zu 1) gestärkt werden und die besonders lukrativen Destinationen künftig vermehrt wettbewerblich umkämpft werden. Denn wenn das marktbeherrschende Unternehmen andernfalls seine auf monopolistischen Annahmen beruhenden Renditeerwartungen verwirklichen könnte, wäre das in § 26 Abs. 1 TKG genannte Kriterium der Behinderung der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes und der Beeinträchtigung der Interessen der Endnutzer gerade erfüllt.

Die grundrechtlich geschützten Interessen der Betroffenen zu 1) und mithin auch der Betroffenen zu 2) und der GFH2 können bei der Entgeltregulierung unter dem Gesichtspunkt der Folgen der Zugangsgewährung für den Geschäftsplan der Betroffenen zu 1) für Investitionen in ihr Glasfasernetz besondere Berücksichtigung finden (§ 38 Abs. 5 Nr. 3 TKG). Spezifische Investitionsrisiken des Glasfaserausbaus sind zudem bei der Festlegung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu berücksichtigen (§ 42 Abs. 3 Nr. 3 TKG).

5.2.3. Umfang der Zugangsverpflichtung zu KKA

Die nach § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG auferlegte Zugangsverpflichtung konkretisiert sich wie folgt:

Der Zugang ist zu **sämtlichen KKA** im Anschlussnetz der Betroffenen zu 1) zu gewähren, sofern er dem Zugangsnachfrager dazu dient, VHC-Netze auszubauen. Anders als von interessierten Parteien im Parallelverfahren BK3h-21/010 gefordert, sieht die Beschlusskammer eine weitergehende Verpflichtung indes nicht als erforderlich an. Es ist nicht erkennbar, was über die hier auferlegte Zugangsverpflichtung hinaus zur Förderung des Wettbewerbs beitragen könnte.

Auch eine rein vorsorgliche Zugangsverpflichtung zu Masten und Trägersystemen oberirdischer Linien, wie die 1&1 Versatel sie fordert, erscheint der Beschlusskammer zum jetzigen Zeitpunkt als nicht erforderlich, da die Betroffene zu 1) solche Anlagen derzeit weder betreibt noch ihre Errichtung plant. Auch eine explizite Aufzählung der „betroffenen KKA“, die die 1&1 Versatel anregt, ist nicht erforderlich, denn der Tenor ist diesbezüglich hinreichend konkret und Missverständnisse sind nicht zu befürchten.

Der Zugangsanspruch umfasst auch ein Recht des Nachfragers auf einen **räumlichen Zugang** zu den KKA, um dort die Glasfaser einbringen und erforderlichenfalls warten und entstoren zu können.

Die Beschlusskammer hält nach Auswertung der Stellungnahmen daran fest, dass der Zugang lediglich zu den zum Nachfragezeitpunkt *vorhandenen* Infrastrukturen der Betroffenen zu 1) zu gewähren ist. Insofern wird der Forderung der 1&1 Versatel auf eine Ausweitung des Zugangsanspruchs auf entstehende Infrastrukturen nicht entsprochen.

Die geforderte Erweiterung würde im Grundsatz den Zugangsanspruch nicht ausweiten, weil der Zugang erst gewährt werden kann, wenn die KKA erstellt sind. Dies steht auch nicht im Widerspruch zu den „symmetrischen Zugangsregelungen“. Soweit der Zugang zu öffentlichen Versorgungsnetzen nach §§ 138 ff. TKG entsprechend der Legaldefinition in § 3 Nr. 43 TKG grundsätzlich auch entstehende Infrastrukturen umfasst, gibt es eine entsprechende Regelung nicht für die Regulierung nach Teil 2 des TKG. Auch der Hinweis auf die Entscheidung BK11-23/016 führt zu keiner anderen Bewertung. Denn in dem konkreten Verfahren ging es nicht um den Zugang zu entstehenden Anlagen, sondern zu bestehenden, aber noch nicht übereigneten Anlagen, vgl. BK11-23/016 Rz. 42. Auch prozessual führt die Differenzierung hinsichtlich des möglichen Nachfragezeitpunktes zu keinem Widerspruch zwischen den Zugangsansprüchen. Denn die Ausbauplanung ist nicht Gegenstand der auferlegten Transparenzverpflichtung. Deshalb wird der Zugangsnachfrager bei Ausbauplanungen auf Grundlage anderer Informationen eine Nachfrage im Verfahren des § 138 TKG stellen können.

Eine Erweiterung würde sich deshalb nur dann spürbar auswirken, wenn sie mit einer Ausbaupflicht verbunden wäre, also die Betroffene zu 1) verpflichtet würde, geplante KKA auch

zu errichten oder bei der Errichtung der KKA entsprechende Kapazität zugunsten des Zugangsnachfragers aufzuerlegen. Die 1&1 Versatel hat nicht begründet, warum es einer solchen Ausbaupflicht bedarf.

Der Zugang ist lediglich zu den zum Nachfragezeitpunkt vorhandenen Infrastrukturen der Betroffenen zu 1) zu gewähren. Daraus folgt, dass kein mit § 143 TKG vergleichbarer Anspruch auf Mitverlegung besteht und dass auch keine Kapazitätserweiterung zum Zwecke der Nutzbarkeit durch Zugangsnachfrager vom Zugangsanspruch umfasst ist.

Die Betroffene zu 1) hat grundsätzlich das Recht, eine angemessene Betriebsreserve für eigene Zwecke, z.B. für den Fall einer Havarie, vorzuhalten (vgl. dazu BK3d-09/051 vom 04.12.2009, S. 50).

Die Einzelheiten einer berechtigten Zugangsverweigerung sind nicht in der Regulierungsverfügung zu klären, sondern sind der konkreten Ausgestaltung des Zugangs zuzurechnen und damit den nachgelagerten Standardangebots- oder Zugangsanordnungsverfahren. Auch die Details der Ausgestaltung einer der Betroffenen zu 1) grundsätzlich zustehenden Betriebsreserve sind im nachgelagerten Verfahren zu klären. Die Zugangsverpflichtung umfasst ausdrücklich auch den **Zugang zu Teilstrecken**. Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu KKA soll Wettbewerbern gerade auch die eigene Verlegung von Glasfasern bis zum Endkunden ermöglichen und somit den Ausbau von VHC-Netzen fördern und marktmachtbegrenzende Wirkung entfalten (s.o.). Dieser Zweck kann unter Umständen gerade auch durch die Zugangsgewährung zu Teilstrecken erreicht werden.

5.2.4. Zeitliche Komponente der Zugangsverpflichtung

Abweichend vom Konsultationsentwurf beginnt die Verpflichtung zur Zugangsgewährung am 16.01.2025. Die Beschlusskammer ist bei nochmaliger Prüfung zu der Einschätzung gelangt, dass ein sofortiger Beginn der Zugangsverpflichtung nicht angemessen wäre. Andererseits ist die von der Betroffenen zu 1) geforderte Umsetzungsfrist von einem Jahr nicht geboten.

Der sofortige Beginn der Leistungspflicht wäre nicht angemessen, weil die Betroffene zu 1) dann gemäß § 28 Abs. 1 TKG verpflichtet wäre, auf Nachfrage innerhalb von drei Monaten ein vollständiges Zugangsangebot einschließlich der Entgelte zu unterbreiten. Innerhalb von nur drei Monaten wird der Betroffenen zu 1) die Kalkulation eines Angebots schwer möglich sein. Sie muss ausreichend Zeit zur Verfügung haben, um die Folgen für ihren Geschäftsplan i.S.v. § 38 Abs. 5 Nr. 3 TKG zu ermitteln und für die Beschlusskammer nachvollziehbar darlegen zu können.

Nach Überzeugung der Beschlusskammer ist dafür ein halbes Jahr Vorbereitungszeit hinreichend. Der Netzausbau der Betroffenen zu 1) hat erst 2022 begonnen. Ihr Netz besteht aus **[BUGG]** und wird kontinuierlich erweitert. Ihr Netz ist also nicht über sehr lange Zeit gewachsen und wurde nicht für die unterschiedlichen Zwecke und Techniken aufgebaut, wie das beim Netz der Betroffenen zu 2) der Fall ist. Ihr gesamter Netzausbau beruht auf aktuellen Geschäftsplänen. Deshalb ist es für sie auch einfacher möglich, Zugangsbedingungen für ihre KKA zu formulieren und Entgelte unter Berücksichtigung ihres Geschäftsplans zu kalkulieren als es der Betroffenen zu 2) im Verfahren BK3i-19/20 möglich war.

Die gesetzliche Maximalfrist von drei Monaten für die Vorlage eines Angebots für eine Zugangsvereinbarung nach § 28 Abs. 1 TKG sowie die Vorlagefrist für ein Standardangebot nach § 29 Abs. 2 TKG sprechen dafür, dass es im Grundsatz verhältnismäßig ist, keine längere Umsetzungsfrist zur Eröffnung eines Zugangs zu gewähren. Eine inhaltliche Komplexität der hier verfahrensgegenständlichen Leistung jenseits der Herausforderungen aus § 38 Abs. 5 Nr. 3 TKG, die eine Vorbereitungszeit von mindestens zwölf Monaten erfordern würde, ist weder vorgetragen noch erkennbar. Die regulierten Leistungen – der Zugang zu baulichen Anlagen – sind nicht besonders komplex, so dass auch der Umfang des binnen drei Monaten nach Zugangseröffnung vorzulegenden Standardangebots nicht sehr groß sein muss. Das von der Betroffenen zu 2) vorgelegte Standardangebot umfasst beispielsweise weniger als 50 Seiten.

Der Aufwand der Erstellung eines Standardzugangsvertrag ist dementsprechend bei der Betroffenen zu 1) eher gering.

Die Betroffene zu 1) profitiert darüberhinaus von dem Umstand, dass die Betroffene zu 2) bereits ein Standardangebot für den Zugang zu baulichen Anlagen vorgelegt hat. Die Betroffene zu 1) ist in dem Verfahren (BK3b-23/006) beigeladen und kann auf das vorgelegte Standardangebot sowie die umfangreichen Stellungnahme der in diesem Verfahren anderen Beigeladenen und der Betroffenen zu 2) zurückgreifen.

Schließlich gewährt die Betroffene zu 1) bereits Zugänge auf aktiver Ebene und ist damit in der Lage, vertragliche Zugangsgebote zu erstellen. Hierin liegt der geschäftliche Kern der Betroffenen zu 1), die ausschließlich auf Vorleistungsebene tätig ist. Deshalb trägt das von der Betroffenen zu 1) bemühte Argument, dass nicht genügend Personal zur Erfüllung der Regulierungsverpflichtungen verfügbar sei, nicht. Entsprechend geht die Ansicht der Betroffenen zu 1) fehl, sie werde im Vergleich zur Betroffenen zu 2) benachteiligt.

Es ist aus Sicht der Beschlusskammer daher nach umfassender Abwägung angemessen, die Zugangsverpflichtung nicht unmittelbar zum Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverfügung aufzuerlegen, sondern drei Monate Aufschub zu gewähren. Zugangsvereinbarungen müssen damit spätestens sechs Monate nach Inkrafttreten der Regulierungsverfügungen angeboten werden.

6. Gleichbehandlungsverpflichtung, § 24 TKG

Die Betroffene zu 1) unterfällt derzeit hinsichtlich des Zugangs zum Glasfaser-BNG-VULA einer Gleichbehandlungspflicht gemäß § 24 Abs. 1 TKG – nach dem Ansatz des **Equivalence of Output, EoO** gemäß Ziffer 2 des Tenors der Regulierungsverfügung BK3g-15/014 vom 01.09.2016.

Diese Verpflichtung wird beibehalten und zusätzlich auf den Zugang zu KKA erstreckt, Ziffer 3 des Tenors.

Darüberhinaus wird die Betroffenen zu 1) gemäß §§ 13, 24 Abs. 2 TKG verpflichtet, die *gleichwertige* Gewährung des BNG-Glasfaser-VULA nach Maßgabe des Prinzips der Gleichwertigkeit des Inputs – **Equivalence of Input, EoI** – zur Verfügung zu stellen, Ziffer 3 des Tenors.

6.1. Rechtliche Grundlagen der Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 24 TKG

Rechtliche Grundlage für die in Ziffern 2 und 3 des Tenors enthaltene Auferlegung eines Diskriminierungsverbots, respektive einer Gleichbehandlungspflicht, sind §§ 13, 24 Abs. 1 und Abs. 2 TKG.

Gemäß § 24 Abs. 1 TKG kann der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet werden, dass Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 TKG liegen vor. Die Betroffene zu 1) betreibt ein öffentliches Telekommunikationsnetz und verfügt auf den verfahrensgegenständlichen Märkten über beträchtliche Marktmacht, vgl. oben unter 3.

Infolgedessen kann die Beschlusskammer im Rahmen ihrer Ermessensausübung zwei vom Gesetzgeber vorgeprägte Konzepten zur Absicherung einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung auferlegen; zum einen das Prinzip der Gleichwertigkeit des Outputs - **Equivalence of Output, EoO** und zum anderen das Prinzip der Gleichwertigkeit des Inputs – **Equivalence of Input, EoI**.

Auf einer ersten Stufe konzipiert der Gesetzgeber eine Verpflichtung, Zugangsnachfragern Vorleistungen in mindestens gleichwertiger Weise und unter Wahrung der Chancengleichheit und Billigkeit zur Verfügung zu stellen, § 24 Abs. 1 TKG. Maßgeblich ist also, ob durch den Zugang in gleichwertiger Weise Endkundenprodukte angeboten werden können. Dies entspricht dem Prinzip des EoO, das in Ziffer 9. i) der Gigabit-Empfehlung wie folgt definiert wird:

„Gleichwertigkeit des Outputs (EoO)“ bedeutet, dass den Zugangsnachfragern Vorleistungen bereitgestellt werden, die in Bezug auf Funktionsumfang und Preis jenen vergleichbar sind, die der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht seinen eigenen nachgeordneten Unternehmen intern – wenn auch möglicherweise mit unterschiedlichen Systemen und Prozessen – zur Verfügung stellt.“;

Untrennbar verknüpft mit der Gleichbehandlungspflicht des EoO-Ansatzes ist gemäß der Gigabit-Empfehlung die Überwachung der Gleichbehandlung durch ein **Monitoring** der wesentlichen Leistungsindikatoren (KPI). Dieses soll einhergehen mit der Regelung von Dienstumfangsvereinbarungen (SLA – Service Level Agreements) sowie von Dienstumfangsgarantien (SLG – Service Level Guarantees) für den Fall des Verstoßes gegen die SLA,

vgl. EG (16), Nr. 25 sowie Anhang I Gigabit-Empfehlung.

Das Monitoring von KPI soll dabei insbesondere die Transparenz der Leistungsbereitstellung erhöhen und so ermöglichen, etwaige Ungleichbehandlungen zu identifizieren. Die Leistungsindikatoren sollen nach Auffassung der Kommission jedenfalls den Bestellprozess, die Bereitstellung von Diensten, die Dienstqualität, einschließlich Mängel und Fehlerbehebungszeiten, sowie die Umstellung zwischen verschiedenen regulierten Vorleistungen (außer einmaligen Massenumstellungen) umfassen,

vgl. Anhang I (1) der Gigabit-Empfehlung.

Auf einer zweiten – strengeren – Stufe sichert das durch § 24 Abs. 2 TKG ausgeformte EoI-Prinzip bereits den eigentlichen Vorgang (das prozedurale „Wie“) der Zugangsgewährung ab.

Das verpflichtete Unternehmen muss hiernach anderen Zugangsnachfragern die fraglichen Zugangsprodukte zu gleichen Bedingungen, einschließlich vergleichbarer Preise, und insbesondere unter Nutzung der selben Systeme und Verfahren bereitstellen, wie sich selbst oder seinen Tochter- bzw. Partnerunternehmen,

vgl. BT-Drs. 19/26108, S 261 f.

Das EoI-Konzept sichert also eine Gleichartigkeit des Zugangs nicht nur – wie das EoO-Prinzip – im Ergebnis ab, sondern bereits im Vorfeld, indem das marktmächtige Unternehmen im Grundsatz dazu verpflichtet wird, seinen Wettbewerbern und sich selbst bzw. seinen verbundenen und zusammengeschlossenen Unternehmen den Zugang in gleicher Art und Weise anzubieten. Die Vorleistung mitsamt der zugehörigen Dienste, Hilfsdienste und Informationen muss internen wie externen Zugangsnachfragern hiernach also unter Verwendung derselben Systeme und Prozesse sowie im Zuge dessen zu denselben Fristen mit gleicher Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit bereitgestellt werden.

Diese inhaltlich abgestufte Ausgestaltung möglicher Gleichbehandlungsverpflichtungen geht zurück auf Art. 70 Abs. 2 Satz 1 und 2 des EKEK, der bereits betont, dass die strengere Ausprägung einer solchen Verpflichtung am ehesten in der Lage ist, einem Diskriminierungsrisiko im Kontext der Zugangsgewährung zu begegnen,

vgl. EG (184) und (185) des EKEK.

Damit setzt der EKEK (und folglich auch das TKG) eine inhaltliche Linie fort, die schon in der Nichtdiskriminierungsempfehlung der EU von 2013 detailliert ausgestaltet wurde und auch in der Gigabit-Empfehlung aufgegriffen wird. Nach Auffassung der Kommission handelt es sich beim EoI-Prinzip um den sichersten Weg, um eine wirksame Nichtdiskriminierung zu erreichen

und den Wettbewerb zu fördern. Denn hierdurch werden geiche Ausgangsbedingungen zwischen den nachgelagerten Unternehmen des marktmächtigen Unternehmens, z.B. seiner Endkundensparte, und dritten Zugangsnachfragern gewährleistet,

vgl. Nr. 13 Gigabit-Empfehlung.

Insbesondere kann der Gefahr einer außerpreislichen Diskriminierung von Zugangsnachfragern in Relation zu nachgelagerten Unternehmen des marktmächtigen Betreibers mittels einer allgemeinen Nichtdiskriminierungsverpflichtung kaum effektiv begegnet werden. Die Absicherung einer echten Gleichwertigkeit des Zugangs bedingt daher zugleich wirksame Überwachungs- und Durchsetzungsmaßnahmen.

6.2. Ermessensausübung hinsichtlich einer Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 24 Abs. 1 TKG für den Zugang zu KKA (EoO)

Die Betroffene zu 1) wird nach § 24 Abs. 1 TKG verpflichtet, Zugangsnachfragen zu ihren KKA entsprechend dem EoO-Ansatz gleich zu behandeln.

Das ausgeübte Ermessen orientiert sich am Zweck der Ermächtigung und überschreitet nicht die gesetzlichen Grenzen, die für die Ausübung des Ermessens gelten.

Dabei hat die Beschlusskammer nach Nr. 14 der Gigabit-Empfehlung folgende Punkte zu berücksichtigen:

- Zusatzkosten und Verzögerungen bei der Einhaltung der Vorschriften, die sich aus der Anwendung des EoI- oder EoO-Ansatzes ergeben, einschließlich der Kosten für die Überwachung der Nichtdiskriminierung,
- die potenziellen Auswirkungen des Verzichts auf Festlegung regulierter Vorleistungsentgelte für den Zugang zu VHC-Netzen,
- den potenziell positiven Effekt, den die Anwendung des EoI- oder EoO-Ansatzes auf Investitionen in VHC-Netze, die Innovation und den Wettbewerb haben kann,
- freiwillige Verpflichtungen seitens des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht, für Zugangsnachfrager Vorleistungen auf EoI- oder EoO-Grundlage zu erbringen, soweit solche freiwilligen Angebote den in dieser Empfehlung festgelegten Bedingungen genügen,
- die Anzahl der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht und ihre Größe,
- Erfahrungen mit derzeit umgesetzten Normen.

6.2.1. Legitimer Zweck

Durch den von § 24 TKG angestrebten gleichwertigen Zugang sollen Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens vor einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung geschützt werden. Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht soll externe Nachfrager nicht schlechter behandeln, als es sich selbst bzw. seine Konzernunternehmen behandelt. Es soll zudem die externen Nachfrager auch untereinander ohne sachlichen Grund nicht diskriminieren. Insofern steht die Gleichbehandlungsverpflichtung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Telekommunikationsmärkte im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

6.2.2. Eignung

Die Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 24 Abs. 1 TKG ist grundsätzlich geeignet, die einschlägigen Regulierungsziele zu erreichen. Insbesondere ist sie angesichts des in § 2 Abs.

2 Nr. 2 TKG sowie in Nr. 14 lit. c) der Gigabit-Empfehlung normierten Wettbewerbsziels geeignet, den chancengleichen Wettbewerb zu fördern und zu verhindern, dass die Betroffene zu 1) den Wettbewerb verzerrt. Denn es besteht für ein marktmächtiges Unternehmen grundsätzlich der systemische und ökonomische Anreiz, andere Unternehmen gegenüber den internen Unternehmenseinheiten bzw. Wettbewerber zu übervorteilen. Diese Überlegung gilt wegen § 3 Nr. 69 TKG regulatorisch für die Betroffene zu 2) wie für die Betroffene zu 1).

Zwar werden durch eine Zugangsverpflichtung (ggfs. in Verbindung mit einer Kontrolle der Zugangsentgelte) grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen. Jedoch stehen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf der Vorleistungsebene auch eine ganze Reihe anderer Instrumente (neben dem Preis) zur Verfügung, um den Wettbewerb zu verzerren. Selbst wenn (zugleich) eine Entgeltenehmigungspflicht der Preise für die Zugangsleistungen festgelegt wäre und der Preis daher dem marktmächtigen Unternehmen als wettbewerbsbeeinflussender Parameter nicht zur Verfügung steht, könnte es beispielsweise das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung. Darüber hinaus könnte das marktmächtige Unternehmen den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken. Das Unternehmen hat einen (ökonomischen) Anreiz zu den oben angeführten Praktiken.

Zudem bestünde bei einer Nichtauferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung schließlich die Gefahr, dass sich auf dem verfahrensgegenständlichen Markt in Abhängigkeit von z.B. der Verhandlungsmacht der einzelnen Nachfrager, – die ihrerseits von deren Größe und damit auch von Aspekten einer „strategischen Zusammenarbeit“ zwischen der Betroffenen zu 1) und solchen Unternehmen abhängen kann –, unterschiedliche Bedingungen ergeben könnten, zu denen ein Zugangsprodukt der Betroffenen zu 1) von der Betroffenen zu 2) bezogen werden könnte. Daraus können sich für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslagen ergeben. Es wäre nicht auszuschließen, dass es infolgedessen sowohl im Verhältnis der Betroffenen zu 2) (bzw. ihres Vertriebsbereiches) zu alternativen Nachfragern, als auch im Verhältnis der alternativen Nachfrager zueinander zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könnte.

Die anderen Regulierungsziele, insbesondere das Konnektivitätsziel, die Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen im Hinblick auf einen zügigen Ausbau hochleistungsfähiger Netze sowie Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität und das Binnenmarktziel stehen bei der Bewertung der Gleichbehandlungsverpflichtung nicht im Vordergrund, sie stehen einer Auferlegung aber auch nicht entgegen.

Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist insbesondere auch im Hinblick auf den Zugang zu baulichen Anlagen förderlich, weil (auch) hier für die Betroffene zu 1) der ökonomische Anreiz besteht, externen Nachfragern diesen Zugang gegebenenfalls auf verschiedene Weise zu erschweren. Denn ein Zugang zu den baulichen Anlagen der Betroffenen zu 1) bietet den Konkurrenten der Betroffenen zu 2) die Möglichkeit, den jeweils eigenen Infrastrukturausbau effektiver und effizienter voranzutreiben und somit schließlich auf Endkundenebene und Vorleistungsebene mit der Betroffenen zu 2) zu konkurrieren.

Diese Gefahr wird durch die Gigabit-Empfehlung unterstrichen. Dort wird in Nr. 16 ausgeführt, dass im Falle der Verpflichtung, Zugang zur baulichen Infrastruktur zu gewähren, die Vorteile und Kosten der Einführung des EoI-Ansatzes für die bauliche Infrastruktur sorgfältig abgewogen werden sollte und dabei insbesondere zu berücksichtigen ist, wie eine solche Maßnahme dazu beitragen könnte, einen Infrastrukturwettbewerb zu ermöglichen. Die Gigabit-Empfehlung scheint mithin davon auszugehen, dass auf dieser niedrigen Wertschöpfungsstufe sogar zunächst der strengere EoI-Maßstab in Betracht zu ziehen ist. Gestützt wird dieses Verständnis durch Nr. 34 der Gigabit-Empfehlung i.V.m. Nr. 1 des Anhangs II zur Gigabit-Empfehlung. Dort heißt es, dass das marktmächtige Unternehmen dazu verpflichtet werden sollte, dritten Zugangsnachfragern zu den *gleichen* Bedingungen Zugang zu seiner baulichen Infrastruktur

zu gewähren wie internen Zugangsnachfragern. Insbesondere sollte der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht alle erforderlichen Informationen über die Infrastrukturmerkmale weitergeben und für den Zugang grundsätzlich die gleichen Bestell- und Bereitstellungsverfahren anwenden.

Auch die erweiterte Gleichbehandlungspflicht gemäß § 24 Abs. 2 TKG nach Maßgabe des eingriffsintensiveren und von Nr. 13 der Gigabit-Empfehlung favorisierten EoI-Ansatzes wäre zur Förderung des Wettbewerbs geeignet. Denn durch eine EoI-Verpflichtung würde die Zugangsgewährung über dieselben Systeme und Prozesse und folglich unter Nutzung derselben Informationslage erfolgen – unabhängig davon, ob eine konkrete Zugangsnachfrage von einem internen oder einem externen Unternehmensteil angestoßen wurde. Auf diese Weise würde bewirkt, dass Wettbewerber der Betroffenen zu 2) möglichst diskriminierungsfrei auf etwaige Leerkapazitäten der baulichen Anlagen der Betroffenen zu 1) zugreifen könnten. Hierdurch würde ein chancengleicher Wettbewerb sowohl auf der Vorleistungsebene als auch auf den nachgelagerten Märkten signifikant unterstützt.

6.2.3. Erforderlichkeit

Eine Gleichbehandlungspflicht gemäß § 24 Abs. 1 TKG nach Maßgabe des EoO-Ansatzes ist erforderlich, um den chancengleichen Wettbewerb zu fördern und zugleich zu verhindern, dass die Betroffene zu 1) den Wettbewerb verzerrt. Es steht kein milderer Mittel zur Verfügung.

Eine Gleichbehandlungsverpflichtung nach dem EoI-Ansatz für den Zugang zu KKA der Betroffenen zu 1) erweist sich dagegen im Ergebnis als nicht erforderlich. Erforderlich ist eine konkrete Abhilfemaßnahme nur dann, wenn kein milderer aber gleich effektives Mittel ersichtlich ist. Hinsichtlich des Zugangs zu baulichen Anlagen stellt sich indes die Auferlegung einer Gleichbehandlungspflicht „nur“ nach Maßgabe des EoO-Ansatzes angesichts der im Übrigen auferlegten Verpflichtungen und dabei besonders der Transparenzverpflichtung als ein solch milderer, aber gleich effektives Mittel dar.

Eine EoO-Verpflichtung stellt zum einen eine – verglichen mit dem EoI-Ansatz – weniger eingriffsintensive Maßnahme dar. Die Betroffene zu 1) wird hierbei „nur“ zur Bereitstellung eines qualitativ vergleichbaren Zugangsprodukts verpflichtet, nicht aber dazu, ihre gesamte für den Zugang zu baulichen Anlagen relevante IT-System- und Prozessarchitektur derart umzugestalten, dass diese auch möglichst *unmittelbar* durch externe Wettbewerber genutzt werden kann.

Zum anderen erweist sich eine EoO-Verpflichtung in diesem Kontext insgesamt auch als gleich effektiv.

Zwar ließe sich anführen, dass eine EoI-Verpflichtung aufgrund der Nutzung möglichst identischer Systeme und Prozesse im Allgemeinen ein höheres Maß an Transparenz bieten und folglich ein etwaiges Diskriminierungspotential wirksam(er) reduzieren könne. Denn mittels der hierdurch herbeigeführten, möglichst unmittelbaren Nutzung derselben Prozesse sowie Zugangs- und Bereitstellungssysteme durch die Betroffene zu 1) und ihre zugangsnachfragenden Wettbewerber würden Diskriminierungsmöglichkeiten schon auf technisch-prozeduraler Ebene faktisch minimiert. Nutzen alle Betreiber, also das marktbeherrschende Unternehmen und die Wettbewerber, prinzipiell dieselben Systeme und Prozesse, um einen Zugang zu realisieren, werden etwaige Unterschiede in der Abarbeitung der verschiedenen Nutzungs- bzw. Zugangsanfragen (z.B. bezüglich der bereitgestellten Informationen, Prozessdurchlaufzeiten etc.) unmittelbar transparent.

Dieses Szenario lässt aber die besondere Konstellation des Zugangs zu baulichen Anlagen außer Acht. Dieser dient der Betroffenen zu 1) zum Aufbau von Netzen, auf deren Basis sie der Betroffenen zu 2) sodann aktive Vorleistungsprodukte anbietet. Der Zugang zu baulichen Anlagen ist dementsprechend nicht unmittelbar in die Retailprozesse der Betroffenen zu 2) integriert. Die Betroffenen zu 2) nutzt also selber keinen Zugang zu baulichen Anlagen. Weiterhin erfolgt das Verfahren der Zugangsgewährung zu baulichen Anlagen nicht automatisiert.

Deshalb besteht hierbei – soweit die Gleichbehandlung durch ein Monitoring überwacht sowie der Dienstumfang hinreichend definiert und garantiert ist – das aus Wettbewerbersicht zentrale Diskriminierungsrisiko darin, dass Zugangsnachfrager auf eine entsprechende Anfrage keine, nur eingeschränkte oder möglicherweise verzögerte Informationen darüber erhalten, wo im Netz der Betroffenen zu 1), welche Leerkapazitäten zur Verfügung stehen, die für einen (eigenen) Infrastrukturausbau der Nachfrager genutzt werden können. *Sobald* ihnen diese Informationen aber vorliegen, steht ihnen die Nutzung der entsprechenden Kapazitäten unter Berufung auf die der Betroffenen zu 1) diesbezüglich auferlegten Zugangsverpflichtung grundsätzlich offen.

Dies bedeutet: Wenn bereits anderweitig gesichert ist, dass externe Wettbewerber auf sämtliche Informationen zu Lage und Auslastungsgrad von verfügbaren baulichen Anlagen der Betroffenen zu 1) Zugriff haben, dann wird das Diskriminierungsrisiko, das im Kontext baulicher Anlagen eine zusätzliche prozessuale Absicherung über eine EoI-Verpflichtung rechtfertigen würde, bereits hierdurch ausgeschaltet. Diese Absicherung wird durch die auferlegte Transparenzverpflichtung in Ziffer 8 des Tenors geschaffen, die Belegungsinformationen im ISA-Mitnutzung bereitzustellen,

hierzu ausführlich unter 8.2.

Die zusätzliche Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung nach dem EoI-Ansatz ist auch nach den Ausführungen in Anhang II zur Gigabit-Empfehlung nicht geboten. Die Gigabit-Empfehlung sieht in Nr. 34 vor, dass im Falle beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt die Gewährung des gleichwertigen Zugangs zu baulichen Infrastrukturen gemäß Anhang II dieser Empfehlung dargelegten Grundsätzen gewährt wird. Eine explizite Empfehlung hinsichtlich einer EoI-Verpflichtung ist in der Gigabit-Empfehlung nicht enthalten.

In Nr. 1 Anhang II der Gigabit-Empfehlung heißt es:

„Die NRB sollten den Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, dritten Zugangsnachfragern zu den gleichen Bedingungen Zugang zu seiner baulichen Infrastruktur zu gewähren wie internen Zugangsnachfragern. Insbesondere sollte der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht alle erforderlichen Informationen über die Infrastrukturmerkmale weitergeben und für den Zugang grundsätzlich die gleichen Bestell- und Bereitstellungsverfahren anwenden.“

In Nr. 2 S. 1 und 2 Anhang II heißt es weiter:

„Der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht sollte dritten Zugangsnachfragern die gleichen Informationen über seine bauliche Infrastruktur und Verteilerpunkte wie intern verfügbar bereitstellen. Diese Informationen sollten die Organisation der baulichen Infrastruktur sowie die technischen Merkmale der verschiedenen Elemente, aus denen diese besteht, umfassen.“

Hinsichtlich der Beauftragung und Bereitstellung des Zugangs hebt Nr. 8 S. 2 Anhang II hervor:

„Insbesondere sollte der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht dritten Zugangsnachfragern durchgehende Systeme für die Abwicklung der Bestellung, Bereitstellung und Fehlerbehebung zur Verfügung stellen, die denen gleichwertig sind, die internen Zugangsnachfragern zur Verfügung stehen.“

Hier wird wiederholt deutlich, dass der zentrale und abzusichernde Faktor bei der gleichwertigen Zugangsgewährung zu baulichen Anlagen in der diskriminierungsfreien Bereitstellung der relevanten Informationen über verfügbare Kapazitäten besteht. Diese Informationen sollen internen und externen Zugangsnachfragern auf Basis möglichst gleicher Verfahren gleichwertig zur Verfügung stehen. Dies bedeutet aber nicht, dass diese Informationsbereitstellung zwingend unter Nutzung identischer Systeme zu erfolgen hat. Denn schon der Wortlaut in Nr. 8 Abs. 1 S. 2 Anhang II der Gigabit-Empfehlung stellt klar, dass die für die Bearbeitung externer

Anfragen vorgesehenen Systeme denjenigen für interne Anfragen „gleichwertig“, aber eben nicht zwingend mit diesen identisch sein sollen bzw. müssen. Gerade die prinzipielle Identität der einschlägigen Verfahren *und* Systeme ist aber ein wesentliches Charakteristikum der Zugangsgewährung nach dem EoI-Ansatz.

Demzufolge lässt sich aus der Gigabit-Empfehlung und ihrem Anhang II zwar die Notwendigkeit einer diskriminierungsfreien Informations- und Zugangsbereitstellung herleiten, aber keine zwingende Vorgabe dahingehend, dass eine entsprechende Gleichbehandlungsverpflichtung stets nach dem EoI-Prinzip aufzuerlegen sei.

6.2.4. Angemessenheit

Hinsichtlich der Zugangsgewährung zu baulichen Anlagen erweist sich eine Gleichbehandlungsverpflichtung nach dem EoO-Ansatz als verhältnismäßig im engeren Sinn. Denn die mit ihr verbundene Beschwer der Betroffenen zu 1) steht in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der Maßnahme verbundenen Zweck, namentlich der Absicherung einer – auch angesichts der parallelen Zugangsverpflichtung – diskriminierungsfreien Gewährung des Zugangs.

Das Anbieterinteresse der Betroffenen zu 1) steht der Auferlegung eines Diskriminierungsverbots zwar naturgemäß schon deshalb entgegen, weil hiermit eine Einschränkung ihrer grundrechtlich geschützten Eigentums- und Berufsfreiheit verbunden ist. Ihr Interesse wird grundsätzlich darauf gerichtet sein, möglichst frei darüber befinden zu können, ob und wenn ja, welcher Wettbewerber zu welchen Bedingungen ihre baulichen Infrastrukturen mitnutzen darf, um hierin eigene Netzstrukturen zu errichten. Hierbei handelt es sich jedoch um Interessen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht im Hinblick auf die Gestaltung seines wettbewerblichen Umfelds. Die Gleichbehandlungspflicht dient aber gerade dazu, derartige Gestaltungsspielräume einzugrenzen. Das unternehmerische Interesse der Betroffenen zu 1) muss daher hinter dem Wettbewerbsziel (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) zurückstehen.

Die Beschlusskammer kommt bei einer Gesamtabwägung aller relevanten Aspekte zu dem Schluss, dass sich die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung entlang des EoO-Ansatzes insgesamt als angemessen darstellt. Während insbesondere die Ziele der Wettbewerbssicherung sowie – im Hinblick auf die Gleichbehandlungsverpflichtung – daraus logisch folgend auch die Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) und die Sicherstellung der Konnektivität § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 lit. a TKG) klar für eine solche Verpflichtung streiten, steht dem ausschließlich das Anbieterinteresse der Betroffenen zu 1) entgegen. Letzterem kann hier aber kein durchschlagendes Gewicht zukommen. Denn im Kern wird das Anbieterinteresse auf der „vorgelagerten“ Stufe der Zugangsverpflichtung relevant sein. Wenn die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung aber bereits vorausgesetzt wird,

hierzu ausführlich unter 5.2.,

so steht hier allein noch die Frage im Raum, ob es unter dieser Voraussetzung ein legitimes Interesse der Betroffenen zu 1) geben kann, Wettbewerber bei der Ausübung ihres derart hergeleiteten Zugangsanspruches untereinander bzw. gegenüber internen Zugangsnachfragern ohne sachliche Rechtfertigung ungleich zu behandeln. Ein solches schützenswertes Interesse ist indes nicht ersichtlich – insbesondere keines, dass die oben skizzierten Vorteile hinsichtlich der Wettbewerbsförderung, der Ausbaubeschleunigung und konsequenterweise der Konnektivitäts- und Verbraucherinteressen ausschlaggebend überwiegen würde.

6.3. Ermessensausübung hinsichtlich eines gleichwertigen Zugangs zu den aktiven Glasfaseranschlüssen der Betroffenen zu 1) (EoO und EoI)

Nach pflichtgemäßer Ermessensausübung und unter Berücksichtigung aller relevanten rechtlichen und tatsächlichen Aspekte kommt die Beschlusskammer zu dem Ergebnis, dass hinsichtlich des BNG-Glasfaser-VULA die mit Regulierungsverfügung BK 3h-14/114 auferlegte Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 24 Abs.1 TKG (EoO) ebenfalls beibehalten wird.

Zusätzlich wird der Betroffenen zu 1) gemäß § 24 Abs. 2 TKG die Gleichbehandlungsverpflichtung nach Maßgabe des EoI-Ansatzes auferlegt. Denn die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung nach dem EoI-Ansatz erweist sich insgesamt als geeignet, erforderlich und angemessen, um Wettbewerbern einen diskriminierungsfreien Zugang zu ermöglichen. Dem steht insbesondere kein unverhältnismäßig großer Befolgungsaufwand auf Seiten der Betroffenen zu 1) entgegen.

6.3.1. Legitimer Zweck und Eignung

Die Auferlegung einer Gleichbehandlungspflicht nach Maßgabe des EoO- und des EoI-Ansatzes ist geeignet, einen chancengleichen und insbesondere nachhaltigen Wettbewerb im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG zu fördern.

Insgesamt wird durch eine solche Verpflichtung bewirkt, dass Wettbewerber sowohl im Ergebnis als auch mit den gleichen Fristen und zu gleichen Bedingungen, auch im Hinblick auf Entgelte und Dienstumfang und unter Nutzung möglichst derselben Systeme und Prozesse diskriminierungsfrei auf die glasfaserbasierten Vorleistungsprodukte der Betroffenen zu 1) zugreifen können. Auf diese Weise wird ein chancengleicher Wettbewerb sowohl auf der Vorleistungsebene, als auch auf den nachgelagerten Märkten unterstützt. Die Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs dient unmittelbar auch der Förderung des Konnektivitätsziels sowie den Nutzer- und Verbraucherinteressen, da Wettbewerber durch einen diskriminierungsfreien Zugang zu FTTH-basierten Vorleistungsprodukten in die Lage versetzt werden, das ihrerseits offerierte Portfolio an Endnutzerprodukten um besonders leistungsfähige Produkte zu erweitern. Hierdurch erhöhen sich entsprechend die den Endnutzern zur Verfügung stehenden Auswahlmöglichkeiten zwischen unterschiedlich performanten und bepreisten Produkten.

Gerade deshalb sieht die Gigabit-Empfehlung im Falle beträchtlicher Marktmacht auch eine Gleichbehandlungsverpflichtung nach Maßgabe des EoI-Ansatzes als sichersten Weg vor, um etwaigen Diskriminierungen bei der Zugangsgewährung entgegenzuwirken,

vgl. Nr. 13 Satz 1 i.V.m. Nr. 1, Nr. 9 lit. h) Gigabit-Empfehlung, so auch EG (185) des EKEK.

Können Wettbewerber unter Gewährleistung der technischen und ökonomischen Replizierbarkeit hinsichtlich möglichst vieler Faktoren mit dem marktbeherrschenden Unternehmen auf Augenhöhe konkurrieren, so befördert dies den Wettbewerb auf Vorleistungs- und mittelbar auch auf Endkundenebene.

Letztlich werden damit auch Innovationen und Verbesserungen im Sinne der Nutzer- und Verbraucherinteressen befördert, vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) und b) TKG sowie Nr. 14 lit. c) der Gigabit-Empfehlung. Denn wenn es durch einen chancengleichen Wettbewerb auf FTTH-Basis zu einem verstärkten FTTH-Ausbau auch in der Fläche kommt, so ermöglicht dies, auf Basis dieser Netztechnologie neue und leistungsstärkere Produkte und Services zu entwickeln und anzubieten. Gerade in Zeiten der Digitalisierung und Virtualisierung vieler Lebensbereiche ist dies ein gewichtiger Faktor.

6.3.2. Erforderlichkeit

Im Hinblick auf den BNG-Glasfaser-VULA erweisen sich die EoO- und EoI-Verpflichtung auch als erforderliche Maßnahmen, da keine mildereren aber gleich effektiven Mittel gegeben sind.

Zwar wird die Betroffene zu 1) zu gleichen Teilen von der Betroffenen zu 2) sowie der GFH2 beherrscht. In diesem Zusammenhang hat die Beschlusskammer berücksichtigt, dass das Interesse der GFH2 als Miteigentümerin jedenfalls auch darauf ausgerichtet ist, Erlöse über Dritumsätze zu generieren. Allerdings führt die funktionelle Separierung und Verselbständigung nicht dazu, dass hinreichend abgesichert ist, dass die Betroffene zu 1) Zugangsnachfragen

der Betroffenen zu 2) und dritter Zugangsnachfrager im Sinne des EoI-Maßstabs gleich behandelt. Denn als gleichberechtigte Miteigentümerin kann die Betroffene zu 2) zu ihren Gunsten und zu Lasten von Wettbewerbern Einfluss auf das Geschäft der Betroffenen zu 1) nehmen. Außerdem hat sie als Miteigentümerin Zugang zu allen Geschäftsplanungen der Betroffenen zu 1), was einen Vorteil der Betroffenen zu 2) begründet. Schließlich wird angesichts der geringeren Besiedlungsdichte im Ausbaugbiet der Betroffenen zu 1) wahrscheinlich weniger Infrastrukturwettbewerb stattfinden, als im übrigen Bundesgebiet. Dies steigert die Attraktivität des Vorleistungsangebots der Betroffenen zu 1).

Als milderes Mittel gegenüber der EoI-Verpflichtung kommt auch nicht die Auferlegung einer „bloßen“ EoO-Verpflichtung für rein glasfaserbasierte Anschlussprodukte in Betracht. Diese wäre zwar insofern milder als eine EoO- und gleichzeitige EoI-Verpflichtung. Denn es bedürfte nur der Bereitstellung eines leistungsmäßig *vergleichbaren* Zugangsproduktes an die Wettbewerber. Eine Nutzung *derselben* Systeme und Prozesse durch die Wettbewerber wäre hiermit nicht zwingend verbunden, so dass auch in geringerem Maße ein unmittelbar auf die IT-Systeme und -Prozesse der Betroffenen zu 1) einwirkender Regulierungseingriff nötig wäre, was wiederum eine geringere Eingriffsintensität bedeuten würde.

Nichtsdestotrotz kann eine EoO-Verpflichtung hier nicht als gleich effektives Mittel erachtet werden. Dies folgt unmittelbar aus einer Zusammenschau zweier bereits beschriebener Aspekte: Der systemische Anreiz des marktmächtigen Betreibers, externe Zugangsnachfrager zu benachteiligen und die Beschränkung des EoO-Prinzips auf die Verpflichtung zur Bereitstellung eines quasi bereits „aufbereiteten“ und leistungsmäßig „nur“ vergleichbaren Zugangsprodukts. Hierdurch lässt sich das Diskriminierungspotential zwar signifikant beschränken. Eine Gleichbehandlungspflicht nach EoI-Maßstab kann hier indes schon angesichts der gesteigerten Transparenz ein deutlich höheres Schutzniveau erzielen,

vgl. hierzu bereits oben unter 6.1.

Dies gilt insbesondere auch im Vergleich zu der Zugangsgewährung zu KKA. Denn anders als bei einem Zugang zu physikalischer Infrastruktur kann das marktmächtige Unternehmen aktive Zugangsprodukte beliebig anpassen und insbesondere unterschiedliche Qualitäten anbieten.

Das Abwägungsergebnis wird unterstrichen durch Erwägungen der Gigabit-Empfehlung. Diese betont in EG (15),

„dass bei der Bereitstellung von Vorleistungen über neue Systeme auf EoI-Grundlage die Wahrscheinlichkeit höher ist, einen ausreichenden Nettonutzen zu generieren, so dass sie – angesichts der vergleichsweise niedrigeren zusätzlichen Befolgungskosten, die entstehen, um zu gewährleisten, dass die neu aufgebauten Systeme EoI-konform sind – auch mit höherer Wahrscheinlichkeit verhältnismäßig ist.“

6.3.3. Angemessenheit

Die Auferlegung einer Gleichbehandlungspflicht nach dem EoO- und EoI-Maßstab ist angemessen.

Schon dem Wortlaut nach folgt aus einer Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 24 Abs. 2 TKG, dass die Zugangsgewährung inhaltlich zu gleichen Bedingungen bzw. Dienstumfängen, gleichen Preisen sowie unter Nutzung der gleichen Systeme und Prozesse erfolgen muss. Dementsprechend war zunächst zu betrachten, welche Schritte die Betroffene zu 1) diesbezüglich bereits unternommen hat, um aufbauend hierauf bemessen zu können, welche (zusätzlichen) Belastungen für die Betroffene zu 1) aus der Auferlegung einer EoI-Verpflichtung folgen.

Hinsichtlich des BNG-Glasfaser-VULA erweist sich nach Überzeugung der Beschlusskammer die Auferlegung einer Gleichbehandlungspflicht auf Grundlage des EoI-Ansatzes als angemessen. Denn soweit der Betroffenen zu 1) infolge der EoI-Verpflichtung zusätzliche Belas-

tungen entstehen, stehen diese in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der Maßnahme verfolgten Zweck, namentlich der Gewährleistung eines höchstmöglichen Maßes an Diskriminierungsfreiheit bei der Zugangsgewährung.

Die Auferlegung einer Gleichbehandlungs- und insbesondere EoI-Verpflichtung ist nicht schon deshalb unangemessen, weil die Betroffene zu 1) lediglich als Wholesale-Anbieter tätig ist und nicht selber auf dem Endkundenmarkt tätig ist

vgl. die Ausführungen unter 4. zu § 33 TKG.

Denn aus diesem Umstand folgt nicht bereits, dass die Betroffene zu 1) allen Wholesale-Kunden gleiche Bedingungen anbietet, vgl. § 33 Abs. 1 TKG.

Die im Rahmen der Angemessenheitsprüfung vornehmlich zu berücksichtigenden Aspekte ergeben sich unmittelbar aus einer Gesamtschau der Regulierungsziele aus § 2 Abs. 2 TKG sowie der in Nr. 14 der Gigabit-Empfehlung diesbezüglich festgehaltenen Kriterien.

6.3.3.1. Anbieterinteresse / Zusätzlicher Befolgungsaufwand

Das Anbieterinteresse spricht dann gegen eine Auferlegung der Gleichbehandlungspflicht nach Maßgabe des EoI-Ansatzes, wenn dem Anbieter hierdurch zusätzliche Belastungen entstehen.

Als einen zentralen Aspekt der diesbezüglich vorzunehmenden Abwägung hebt die Gigabit-Empfehlung in Nr. 13 Satz 2 und Nr. 14 hervor, dass die durch die EoI-Auferlegung verursachten zusätzlichen Befolgungskosten auf Seiten des verpflichteten Unternehmens in Relation stehen sollen zu den angestrebten Wettbewerbsvorteilen. Die Empfehlung geht dabei in EG (16) insoweit davon aus, dass die *zusätzlichen* (Befolgungs-) Kosten beim Aufbau neuer Systeme typischerweise niedrig ausfallen. Die Rechtfertigungsbedürftigkeit einer EoI-Auferlegung wäre also besonders hoch, wenn auch die Zusatzkosten des Unternehmens besonders hoch ausfielen, die dieses aufwenden müsste, um ggfs. schon geplante oder errichtete Systeme und Prozesse EoI-konform anzupassen. Umkehrt wäre die Eingriffsintensität einer EoI-Verpflichtung dann deutlich gemindert, wenn die geplanten oder bereits errichteten Systeme und Prozesse des betroffenen Unternehmens zur Bereitstellung der fraglichen Zugangsprodukte einer EoI-Konformität ohnehin schon recht nahekämen bzw. noch gar keine Systeme aufgebaut wären, so dass von vornherein eine EoI-Konformität hergestellt werden könnte.

Diese Erwägungen spiegeln letztlich die angemessene Berücksichtigung des Anbieterinteresses wider. Letzteres ist im hier relevanten Kontext typischerweise darauf ausgerichtet, möglichst wenige Anpassungen an denjenigen Systemen und Prozessen vornehmen zu müssen, die seitens des Unternehmens bereits *selbst* geplant bzw. implementiert wurden. Denn eine von außen auferlegte Anpassung oder Umstrukturierung dieser Systeme und Prozesse weicht potentiell vom dem ab, was das Unternehmen für sich als effizienteste Lösung ermittelt hat, um gegenüber Wettbewerbern möglichst stark im Markt agieren zu können. Nehmen sich die seitens des marktmächtigen Unternehmens bereits eigenständig avisierten oder implementierten Systeme und Prozesse zur Bereitstellung und Prozessierung der fraglichen Vorleistungsprodukte ohnehin schon nahezu EoI-konform aus, fallen entsprechend auch die *zusätzlich* auferlegten Anpassungsaufwendungen vergleichsweise gering aus, sodass in einer derartigen Konstellation auch das Anbieterinteresse durch die Auferlegung einer EoI-Verpflichtung nur in relativ geringem Ausmaß tangiert wäre.

Um diesbezüglich eine umfassende und sachgerechte Abwägung vornehmen zu können, musste also bewertet werden, ob bzw. inwieweit die IT-System- und Prozessstruktur der Betroffenen zu 1) zur internen wie externen Bereitstellung und Prozessierung von BNG-Glasfaser-VULA bereits ein Gleichbehandlungs- bzw. Äquivalenzniveau erreicht, das den Ansprüchen des EoI-Ansatzes entspricht.

Die Betroffene zu 1) hat dem Markt ein umfängliches Vertragsangebot zum Bezug glasfaserbasierter Vorleistungsprodukte unterbreitet. Im Rahmen ihres FB-Vertrags offeriert sie Konditionen und Überlassungspreisen für den Bezug von BNG-Glasfaser-VULA. Dieser FB-Vertrag kann ergänzt werden durch eine Commitmentvereinbarung, die die Gewährung einzelanschlussbezogener Preisnachlässe ermöglicht, wenn der Nachfrager sich zur Abnahme bestimmter Mindestanschlussmengen innerhalb der Vertragslaufzeit verpflichtet („commitet“). Dieses gesamte Vertragswerk sieht mithin ausführliche Bestimmungen sowohl hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung der einzelnen Zugangsprodukte wie auch hinsichtlich der einzelnen Preiskomponenten vor.

Entsprechende Verträge hat die Betroffene zu 1) mit der Betroffenen zu 2) sowie der Plusnet GmbH abgeschlossen.

In gleicher Weise hatte die Betroffene zu 2) 2020 und 2021 mit insgesamt vier Wettbewerbern Verträge auf der Basis eines parallel gestalteten Marktangebots gemacht. Das Marktangebot der Betroffenen zu 2) umfasst dabei auch Regelungen für eine gegenseitige Anrechnung von bei ihr eingegangenen VDSL- und FB-Commitments.

Auf Basis dieser Vertragswerke konnte bewertet werden, ob bzw. inwiefern die Betroffene zu 1) hinsichtlich der Entgelte und der Dienstumfangs eine diskriminierungsfreie Zugangsgewährung bereits ermöglicht bzw. ob ihr ein Aufwand entstehen würde, wenn sie zur Erfüllung eines EoI-gerechten Zugangs Anpassungen vornehmen müsste, die im Rahmen der Gesamtabwägung zu berücksichtigen wären.

Hierfür war zu untersuchen, wie sich der Zugriff der Betroffenen zu 2) auf die Produkt-Systeme der Betroffenen zu 1) von dem Zugriff der Wettbewerber auf diese im Einzelnen möglicherweise unterscheidet.

Die Betroffene zu 1) hat der Beschlusskammer in diesem Zusammenhang das von ihr vorgesehene Bereitstellungsmodell vorgestellt.

Die Betroffene zu 1) stellt Nachfragern den Layer-2-Bitstromzugang an den BNG der Betroffenen zu 2) bereit, wobei sie bezüglich der Prozesse auf die Bereitstellungs- und Entstörsysteme der Betroffenen zu 2) zurückgreift. Die **verschiedenen Prozesse** (für Verfügbarkeitsprüfungen, Bestellung, Bereitstellung etc.) werden für alle Zugangsnachfrager – also sowohl die Betroffene zu 2) als auch deren Wettbewerber – **einheitlich im Rahmen des sogenannten Digital-OSS verarbeitet**.

Der Zugriff hierauf erfolgt allerdings über verschiedene Eingangs-Schnittstellen. Während die Betroffene zu 2) direkt auf die zur Produktion des FTTH-Zugangs erforderlichen IT-Systeme zugreifen kann, sind die Wettbewerber ausgehend von ihren Kundenmanagement-Systemen (CRM) auf eine Zwischenschaltung der WITA-Schnittstelle auf das Digital-OSS angewiesen. Innerhalb der nachgelagerten Digital-OSS laufen die verschiedenen Prozesse dann unabhängig davon ab, aus welcher Quelle die jeweilige Nachfrage stammt und verlaufen also im Wesentlichen identisch.

Die Beschlusskammer hat im Verfahren BK3i-19/020 umfängliche Ermittlungen angestellt und mit Blick auf die Gleichbehandlung insbesondere untersucht, ob oder inwieweit im Rahmen der Abwicklung der einzelnen Geschäftsfälle relevante Unterschiede auftreten, abhängig davon, ob ein Prozess von einem Wettbewerber oder dem Retail-Bereich der Betroffenen zu 2) durchlaufen wird. Hintergrund war die Frage, ob durch die dargestellten System- und Prozessabläufe bereits ein Gleichbehandlungs- bzw. Äquivalenzniveau erreicht wird, das den Ansprüchen des EoI-Ansatzes entspricht.

Auf die dort gemachten Beschreibungen hinsichtlich der einzelnen Bereitstellungs- und Entstörprozesse sowie der Untersuchungsmethode wird Bezug genommen.

Die Prüfung der Beschlusskammer im Verfahren BK3i-19/020 gelangte letztlich zu dem Schluss, dass die seitens der Betroffenen zu 2) vorgesehene – und inzwischen im Wirkbetrieb

befindliche – System- und Prozessarchitektur zur Bereitstellung glasfaserbasierter Zugangsprodukte im Wesentlichen bereits Eol-konform ausgestaltet ist und ihr mithin aus der Auferlegung einer Eol-Verpflichtung nur ein geringer zusätzlicher Befolgungsaufwand erwächst. Um eine vollständige Eol-Konformität zu erreichen, hat die Beschlusskammer der Betroffenen zu 2) unter dem Tenor zu 2.3.2 der Regulierungsverfügung BK3i-19/020 aufgegeben, bis zum 21.10.2022 (drei Monate nach Zustellung) durch geeignete Optimierungsmaßnahmen

- eine möglichst weitgehende Angleichung der Diagnose- und Entstörfunktionalitäten herbeizuführen und
- die Entstörprozesse hinsichtlich der Einbindung des Second Level-Supports und der Ausgestaltung der Entstörteams zu vereinheitlichen.

Die Betroffene zu 2) hat die Umsetzung der o.g. Optimierungsmaßnahmen nachgewiesen, so dass die System- und Prozessarchitektur zur Bereitstellung glasfaserbasierter Zugangsprodukte insgesamt als Eol-konform bewertet werden kann.

Insgesamt folgt hieraus, dass die Auferlegung einer Gleichbehandlungspflicht nach Maßgabe des Eol-Ansatzes für den BNG-Glasfaser-VULA, keinen *zusätzlichen* Befolgungsaufwand verursachen würde.

Auch weitere Aspekte des durch die Auferlegung einer Eol-Verpflichtung potentiell betroffenen Anbieterinteresses der Betroffenen zu 1) sprechen im Ergebnis nicht gegen die Angemessenheit einer solchen Verpflichtung.

6.3.3.2. Keine Zusatzbelastung durch Maßgabe gleicher Entgeltbedingungen

Eine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 24 Abs. 2 TKG ist auch mit Blick auf einen etwaigen Anpassungsbedarf der Entgeltbedingungen angemessen.

Eine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 24 Abs. 2 TKG erschöpft sich nicht in der Maßgabe zur Zugangsgewährung über die gleichen Systeme und Prozesse, sondern beinhaltet darüber hinaus, dass Wettbewerbern der Zugang auch zu gleichen Bedingungen, insbesondere hinsichtlich der *Zugangsentgelte* zu gewähren ist. Mit Blick auf die Sicherung eines chancengleichen Wettbewerbs folgt hieraus, dass das marktmächtige Unternehmen, und nach § 3 Nr. 69 TKG auch die Betroffene zu 1), den Wettbewerbern eine Zugangsnutzung also auch in entgeltlicher Hinsicht ermöglichen muss, die Letztere im Vergleich zu internen Nachfragern nicht benachteiligt.

Im Kern zielt diese mit einer Eol-Verpflichtung verbundene Vorgabe für die Entgelte also darauf ab, dass die fraglichen Zugangs- bzw. Vorleistungsentgelte so auszugestalten sind, dass es Wettbewerbern möglich ist, auch in preislicher Hinsicht auf dem Endkundenmarkt mit dem marktmächtigen Unternehmen in ökonomisch tragfähiger Weise zu konkurrieren. Das marktmächtige Unternehmen – bzw. hier die mit ihm zusammengeschlossene Betroffene zu 1) – hat die relevanten Vorleistungsentgelte daher so festzulegen, dass Wettbewerber die korrespondierenden Endkundenprodukte des marktmächtigen Unternehmens *wirtschaftlich nachbilden* können.

Das Anbieterinteresse der Betroffenen zu 1) ist angesichts dieser Maßgabe zwar grundsätzlich negativ tangiert, da jede entgeltrelevante externe Vorgabe grundsätzlich geeignet ist, den unternehmerischen Spielraum bei der Preissetzung zu schmälern. Im vorliegenden Fall folgt hieraus jedoch keine signifikante Mehrbelastung der Betroffenen zu 1). Denn die Nachbildbarkeitsuntersuchung (**Economic Replicability Test, ERT**) hat ergeben, dass sie ihre Entgelte für die Gewährung des BNG-Glasfaser-VULA ohnehin in einer Weise ausgestaltet hat, die Wettbewerbern eine wirtschaftliche Nachbildbarkeit der entsprechenden Endkundenprodukte ermöglicht (s.u.).

Eine durch die gemäß § 38 Abs. 2 S. 2 TKG möglichen *zukünftigen* Prüfungen entstehende Belastung spricht nicht gegen die Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung nach dem

Eol-Prinzip. Denn der ERT ist gerade Grundlage des Absehens von einer ex-ante-Entgeltregulierung, die zu einer stärkeren Begrenzung des Preissetzungsspielraums führen würde. Die Überprüfung des ERT stellt damit keine Belastung dar, sondern ist vielmehr Voraussetzung für ein Absehen von einer eingriffsintensiveren Entgeltregulierung.

6.3.3.2.1. Methodik und Maßstäbe der Nachbildbarkeitsprüfung (ERT nach TKG)

Zu prüfen war, ob ein Nutzer des BNG-Glasfaser-VULA der Betroffenen zu 1) in der Lage ist, das Endkundenangebot der Betroffenen zu 2) – also den Anschluss gebündelt mit Diensten über Glasfaserinfrastruktur – konkurrenzfähig nachzubilden. Gegenübergestellt wurden folglich der durchschnittliche Preis für ein (gebündeltes) Endkundenprodukt der Betroffenen zu 2) einerseits und die Kosten eines Nachfragers eines BNG-Glasfaser-VULA der Betroffenen zu 1) zur Erstellung eines solchen Endkundenproduktes andererseits.

Die Vorgehensweise bei der Durchführung der Prüfungen basiert auf den bereits im Rahmen zahlreicher Entgeltverfahren durchgeführten und regelmäßig weiterentwickelten Preis-Kosten-Scheren-Betrachtungen, wurde jedoch an die Besonderheiten des ERT angepasst.

Das bedeutet, dass die Kosten des effizienten Nachfragers ermittelt werden, indem die Vorleistungs- sowie die eigenen Produktkosten kalkulatorisch auf die monatlichen Kosten pro Anschluss umgerechnet werden. Diese werden dem kalkulatorischen Endkundenpreis der Betroffenen zu 2) pro Anschluss gegenübergestellt. Bezugspunkt ist ein Anschlussprodukt der Geschwindigkeitsklasse 100 Mbit/s als Flaggschiff-Produkt nach Maßgabe der Gigabit-Empfehlung. Ergänzt wird diese Flaggschiffbetrachtung durch eine Preis-Kosten-Scheren-Prüfung nach allgemeinem Wettbewerbsrecht.

Die Beschlusskammer hat bereits in den Verfahren BK3i-19/020 zum April 2022 und BK3b-20/027 zum Juli 2022 die wirtschaftliche Nachbildbarkeit der Vorleistungspreise der Betroffenen zu 2) überprüft. Die in diesen Verfahren entwickelte Methodik wird – auch in Ansehung der mit dem Markt und dem Bundeskartellamt geführten Erörterung – den aktuellen Regulierungsüberprüfungsverfahren bezüglich der mit der Betroffenen zu 2) zusammengeschlossenen Unternehmen zugrunde gelegt.

Auf die im Verfahren BK3i-19/020 gemachten methodischen Ausführungen unter V.3.4.2.1.1 wird verwiesen. Die Beschlusskammer hält an der dort vorgenommenen Auseinandersetzung fest. Es sind keine neuen Argumente oder Erkenntnisse ersichtlich, die eine andere Bewertung der Methodik des ERT erforderlich machen würden. Insofern stellt die aktuelle Überprüfung die dritte Untersuchung binnen einer kurzen Frist dar.

6.3.3.2.2. Flaggschiffprüfung nach der Gigabit-Empfehlung

Die Flaggschiffprüfung hat ergeben, dass die Endkundenentgelte der Betroffenen zu 2) mit den angebotenen Zugangsentgelten der Betroffenen zu 1) nachbildbar sind.

Nach Anhang III der Gigabit-Empfehlung ist die *wirtschaftliche Replizierbarkeit* nach Ziffer 46 der Empfehlung dann gegeben, wenn die Gewinnspanne zwischen dem Endkundenpreis des betreffenden Endkundenproduktes und dem Preis der relevanten NGA-Vorleistungen die nachgelagerten Zusatzkosten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags für die gemeinsamen Kosten deckt.

Im konkreten Verfahren war daher zu prüfen, ob ein Nutzer des BNG-Glasfaser-VULA in der Lage ist, das Endkundenangebot der Betroffenen zu 2) – also den Anschluss gebündelt mit Diensten über Glasfaserinfrastruktur – konkurrenzfähig nachzubilden. Gegenübergestellt wurden folglich der durchschnittliche Preis für ein (gebündeltes) Endkundenprodukt der Betroffenen zu 2) einerseits und die Kosten eines Nachfragers eines BNG-Glasfaser-VULA zur Erstellung eines solchen Endkundenproduktes andererseits.

Dabei hat die Beschlusskammer eine Gesamtbetrachtung der FB-Commitments der Betroffenen zu 2) sowie der mit dieser zusammengeschlossenen Unternehmen – also der Betroffenen zu 1) sowie der Glasfaser NordWest– vorgenommen.

Denn die Prüfung der wirtschaftlichen Replizierbarkeit hat zum Gegenstand, ob ein effizienter Wettbewerber die Endkundenpreise des marktmächtigen Unternehmens preislich nachbilden kann. Das Endkundenangebot ist bundeseinheitlich. Eine substantielle regionale Differenzierung nimmt die Betroffene zu 2) nicht vor.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass ein effizienter Wettbewerber der Betroffenen zu 1) ein Unternehmen ist, das nicht nur mit dieser und der Betroffenen zu 2) in Wettbewerb steht, sondern mit anderen Zugangsnachfragern sowie Wettbewerbern auf alternativen Infrastrukturen. Er wird daher seine Vorleistungsnachfrage so gestalten, dass er in der Lage sein wird, ein bundesweites Angebot von Endkundenangeboten zu erstellen.

Daher kommt es nicht auf die isolierten Auswirkungen der Vorleistungspreise der Betroffenen zu 1) auf die Endkundenpreise der Betroffenen zu 2) an, sondern vielmehr auf das Gesamtverhältnis, dass sich bei einem bundesweiten Angebot von Endkundenanschlüssen ergibt. Für ein bundesweites Angebot an Glasfaseranschlüsse ist aber – nach derzeitiger Faktenlage – erforderlich, dass ein Nachfrager nicht nur Zugang bei der Betroffenen zu 2) nachfragt, sondern auch gegenüber den mit ihr zusammengeschlossenen Unternehmen.

Die Beschlusskammer hat daher geprüft, ob ein effizienter Wettbewerber auf Grundlage von **drei Zugangsvereinbarungen** insgesamt das Endkundenangebot der Betroffenen zu 2) für das oder die Flaggschiffprodukte unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nachbilden kann.

Das bedeutet, dass die Kosten des effizienten Nachfragers ermittelt werden, indem die Vorleistungs- sowie die eigenen Produktkosten kalkulatorisch auf die monatlichen Kosten pro Anschluss umgerechnet werden. Diese werden dem kalkulatorischen Endkundenpreis der Betroffenen zu 2) pro Anschluss gegenübergestellt. Bezugspunkt sind ein oder mehrere Flaggschiffprodukt(e) nach Maßgabe von Anhang III Ziffern 10 bis 13 der Gigabitempfehlung.

Wie nachfolgend erläutert, ist eine wirtschaftliche Nachbildbarkeit der Flaggschiffprodukte der Betroffenen zu 2) gegeben; dem effizienten Wettbewerber verbleibt bei Inanspruchnahme der Produkte der Betroffenen zu 1), der Betroffenen zu 2) und der Glasfaser NordWest eine angemessene Marge, um die Bündelangebote des marktmächtigen Unternehmens nachbilden zu können.

Die Berechnungen zur ökonomischen Nachbildbarkeit ergeben sich im Einzelnen aus den folgenden methodischen Erwägungen:

6.3.3.2.2.1. Bestimmung des Flaggschiffprodukts

Die Beschlusskammer hat für die Durchführung des ERT in diesem Verfahren drei Endkundenprodukte der Betroffenen zu 2) identifiziert, die für die Flaggschiffprüfung relevant sind.

Eine Berücksichtigung mehrerer Flaggschiffprodukte ist zulässig. Die Gigabit-Empfehlung gibt grundsätzlich den Spielraum, mehrere Produkte im Rahmen der ökonomischen Nachbildbarkeit zu betrachten. Denn in Anhang III Nr. 10 der Gigabit-Empfehlung ist vorgegeben, dass „die relevantesten Endkundenprodukte“ zu prüfen sind. Gleiches kommt auch in den anderen Sprachfassungen zum Ausdruck. So heißt es in der englischen Fassung „most relevant retail products“ und in der französischen Fassung „produits (...) les plus pertinents“.

Nach Anhang III Ziffer 10 der Gigabitempfehlung ist das oder sind die Flaggschiffprodukt/e entsprechend der aktuellen und vorausschauenden Marktbeobachtung sowie im Hinblick auf die Bedeutung für den gegenwärtigen und künftigen Wettbewerb zu bestimmen.

Die Beschlusskammer wurde von der Betroffenen zu 2) am 21.05.2024 darüber informiert, dass diese beabsichtigt, die Glasfasertarife in ihrem Endkundenportfolio kurzfristig neu zu gestalten. Abweichend von den VDSL-Tarifen wird die Betroffene zu 2) FB-Tarife ab dem 02.07.2024 für Glasfaseranschlüsse mit den folgenden Leistungsparametern anbieten:

AGB-Preis	44,95 €	49,95 €	59,95 €	69,95 €	139,95 €
	Glasfaser 150	Glasfaser 300	Glasfaser 600	Glasfaser 1.000	Glasfaser 2.000
Technologie	FTTH / FTTB				
Download in MBit/s	150	300	600	1.000	2.000
Upload in MBit/s	75	150	300	500	1.000
Telefonie	Festnetz & Mobilfunk-Flat				
MVLZ	24 Monate				

+

Magenta TV (Tarife)	
Smart 2.0	+10€
SmartStream 2.0	+17€
MegaStream 2.0	+27€

Abbildung 1: Darstellung der Betroffenen zu 2)

Sie wird keine Neukundenverträge mit Datenraten von 50 Mbit/s, 100 Mbit/s, 250 Mbit/s und 500 Mbit/s mehr vertreiben und ist bestrebt, die Bestandskunden mit diesen Anschlüssen auf die neuen Anschlussklassen 150 Mbit/s, 300 Mbit/s sowie 600 Mbit/s zu migrieren.

In diesem Zusammenhang hat die Betroffene zu 2) die Beschlusskammer im Verfahren BK3d-22/018 informiert, dass sie ihr Vorleistungsangebot um die folgenden Vorleistungsprodukte ergänzen wird, die voraussichtlich ab dem 01.07.2024 buchbar sein werden:

- FB-FTTH 150000 Pro
- FB-FTTH 300000 Pro
- FB-FTTH 600000 Pro
- FB-FTTH 1000000 Pro

Diese Anpassung – inklusive der Leistungsparameter sowie der Entgeltstruktur – habe sie ihren FB-Vertragspartnern zwischen dem 29.01.2024 und dem 09.02.2024 mitgeteilt.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass die Tarifmaßnahme die Nachfragestruktur derartig verändern wird, dass für die Durchführung dieses ERT die Geschwindigkeitsklasse 150 Mbit/s das zu prüfende Flaggschiff bildet. Hierzu hat die Beschlusskammer die von der Betroffenen zu 2) angestellte Absatzprognose für die avisierte Tarifmaßnahme zugrunde gelegt. Die Prognose ist im Wesentlichen eine Fortschreibung der gegenwärtigen Nachfragestruktur des Endkundenangebots der Betroffenen zu 2), die auch der Situation in den Verfahren BK3i-19/020 und BK3b-20/027 entsprach. Die Untersuchung eines weiteren Bündelprodukts ist danach abweichend vom Konsultationsentwurf nicht mehr geboten. Im Einzelnen:

Die Analyse der bis zum Zeitpunkt der Tarifmaßnahme überlassenen FTTH-Anschlüsse der Betroffenen zu 2) zeigt, dass derzeit insgesamt die Geschwindigkeitsklasse 100 Mbit/s das mit Abstand relevanteste Produkt der Betroffenen zu 2) ist. Die meisten Endkundenanschlüsse der Betroffenen zu 2) sind zum 31.01.2024 in dieser Klasse gebucht **[BuGG]**.

Die Beschlusskammer geht aufgrund der Informationen der Betroffenen zu 2) bezüglich ihrer Tarifmaßnahme jedoch davon aus, dass diese Anschlüsse perspektivisch vollständig auf die künftige Geschwindigkeitsklasse 150 Mbit/s migriert werden. Gleiches gilt für die zukünftig nicht mehr vermarkteten Glasfaseranschlüsse der Geschwindigkeitsklasse 50 Mbit/s. Insofern erscheint es gerechtfertigt, diese der neuen Geschwindigkeitsklasse 150 Mbit/s zuzurechnen. Vor diesem Hintergrund ist die Absatzerwartung der Betroffenen zu 2) plausibel. Die Beschlusskammer geht deshalb davon aus, dass die Geschwindigkeitsklasse 150 Mbit/s im Neukundengeschäft einen Anteil von über der Hälfte der Anschlüsse erreichen wird und der größte Teil der Bestandskunden auf diese Geschwindigkeitsklasse migrieren wird. Damit wird sie zukünftig die Geschwindigkeitsklasse 100 Mbit/s als Flaggschiff ersetzen.

Abweichend vom Konsultationsentwurf vermag die Beschlusskammer aufgrund der Vorleistungsnachfrage der Betroffenen zu 1) nunmehr kein weiteres Produkt mehr zu identifizieren, dass die Eigenschaften eines Flaggschiffs hätte. Im Einzelnen:

Tarife, die die Betroffene zu 2) nicht mehr gegenüber Neukunden oder bei einem Tarifwechsel anbietet, kommen nur ausnahmsweise als Flaggschiffe in Betracht. Dies ist der Fall, wenn die Tarife so attraktiv sind und der Bestand so groß ist, dass sie trotzdem noch zu den relevantesten Tarifen zählen. Weil aber die Auslastung der Glasfasernetze der Betroffenen zu 1) und 2) sowie der GlasfaserPlus noch relativ gering ist und ein erhebliches Upselling der Bestandskunden auf die neuen Anschlusstypen wahrscheinlich ist, sieht die Beschlusskammer keine Anhaltspunkt dafür, dass die auslaufenden Tarife zukünftige noch eine besondere Rolle spielen werden.

Eine Berücksichtigung dieser Anschlussklassen als Flaggschiff – wie im Rahmen der Konsultation gefordert – kommt mit Blick auf die alternative Realisierungsmöglichkeit über die Kupfer-Infrastruktur der Betroffenen zu 2) nicht in Betracht. Denn wie sich aus der Marktfestlegung ergibt, sind weder der hier regulierte Vorleistungsmarkt noch die nachgelagerten Endkundentmärkte hinsichtlich der genutzten Anschlussnetze (FTTH/B, xDSL oder HFC) unterteilt. Dementsprechend wird der Wettbewerb mit Anschlüssen bis zu 50 Mbit/s über alle verfügbaren Anschlussnetze geführt. Das bedeutet insbesondere, dass Zugangsnachfrager solche Anschlüsse flächendeckend auch auf Grundlage des Zugangs zur physisch entbündelten Kupfer-TAL, zum BNG-Kupfer-VULA, zum Layer 3-Kupfer-Bitstrom oder zu Resale-Angeboten anbieten können.

Auch hinsichtlich der neuen Geschwindigkeitsklassen sieht die Beschlusskammer die Absatzprognose der Betroffenen zu 2) als plausibel an, mit der Folge dass die drei anderen Geschwindigkeitsklassen 300 Mbit/s, 600 Mbit/s und 1.000 Mbit/s (mit höherem Upload) keine annähernd vergleichbare Relevanz haben werden. Die Betroffene zu 2) erwartet hier **[BuGG]**. Die Beschlusskammer hält eine solche Vermarktungsentwicklung für nicht unwahrscheinlich. Die Vermarktung der alten Geschwindigkeiten ist auch bisher relativ ausgeglichen, so dass sie wahrscheinlich auf absehbare Zeit keine entsprechende Relevanz haben werden.

Aufgrund dieser Tarifmaßnahme ist es weiterhin erforderlich, die Vorleistungsnachfrage bei der Betroffenen zu 1) neu zu bewerten.

Diese hat zum Zeitpunkt des Konsolidierungsverfahrens der Beschlusskammer die Absicht mitgeteilt, eine entsprechende Anpassung ihres Vorleistungsangebotes vorzunehmen und hierzu am 03.06.2024 Informationen zu den beabsichtigten Vorleistungsentgelten sowie der Leistungsparameter vorgelegt.

Mit der Umstellung müssen die Tarife der Betroffenen zu 1) neu der künftigen Tarifstruktur der Betroffenen zu 2) zugeordnet werden. Dies führt dazu, dass die Verteilung des Absatzes der Geschwindigkeitsklasse bis 150 Mbit/s dem neuen 150 Mbit/s, die Geschwindigkeitsklasse

250 Mbit/s dem neuen 300 Mbit/s, der 500 Mbit/s dem neuen 600 Mbit/s sowie der 1.000 Mbit/s dem neuen 1.000 Mbit/s zugewiesen wird. Damit entfallen fast 3/4 der bereitgestellten Anschlüsse auf den neuen 150 Mbit/s, auf die neue Geschwindigkeitsklasse 300 Mbit/s etwa **[BuGG]** und auf die 600 Mbit/s etwa **[BuGG]**. Damit verbleibt alleine 150 Mbit/s als überragend relevantes Produkt.

Schließlich kommt eine Berücksichtigung von Gigabit-Anschlüssen (1.000 Mbit/s und 2.000 Mbit/s) als Flaggschiffprodukt nicht in Betracht, weil die Nachfrage hiernach voraussichtlich erst in etwas weiterer Zukunft an Bedeutung gewinnen wird. Der Gesamtumsatz der Betroffenen zu 2) von Gigabit-Anschlüssen ist absolut **[BuGG]** und relativ **[BuGG]** noch sehr gering. Gleiches gilt für den Anteil am Anschlusswachstum. Hierbei entfällt auf die Gigabitanschlüsse bezogen auf alle Breitbandneukunden zwischen Juli 2022 und Januar 2024 nur ein Anteil von **[BuGG]**. Gleiches gilt mit Blick auf die Nachfragestruktur bei der Betroffenen zu 1), bei der Gigabitanschlüsse nur einen Anteil von **[BuGG]** erreichen. Hieran wird auch die avisierte Tarifmaßnahme absehbar nichts ändern.

Soweit die 1&1 Versatel bei der Flaggschiffbestimmung auf die Bedeutung des zukünftigen Wettbewerbs hinweist und daher bereits heute eine Überprüfung aller Bandbreitenklassen ab 100 Mbit/s fordert, verkennt sie, dass sich eine entsprechende Marktdynamik, die innerhalb des Geltungszeitraums dieses ERT eine signifikante Verlagerung in zukünftig relevante Endkundenprodukte erwarten ließe, nicht erkennbar ist. Dies gilt auch im Hinblick auf die neue Tarifstruktur der Betroffenen, die wie ausgeführt wahrscheinlich die Bedeutung des 150 Mbit/s nochmal deutlich steigern wird und deshalb erstmal keine weiteren „relevantesten“ Produkte erwarten lässt. Aus einer Beschränkung der ERT-Prüfung auf „die relevantesten Endkundenprodukte“ folgt nicht, dass die sonstigen Produkte der Betroffenen zu 1) bei der Frage der Nachbildbarkeit überhaupt nicht berücksichtigt werden. Das Gesamtangebot der Betroffenen zu 2) wird einer Nachbildbarkeitsüberprüfung nach allgemeinem Wettbewerbsrecht unterzogen, vgl. BK3i-19/020 unter V.3.4.1.2. Damit werden also auch über das geprüfte Flaggschiff hinaus alle Anschlussklassen in einer Gesamtbetrachtung überprüft. Diesbezüglich erfolgt nur keine *produktspezifische* Betrachtung, sondern eine Betrachtung in der Gesamtheit, vgl. unter 6.3.3.2.3.

Durch die Prüfung der Nachbildbarkeit des Endkundenangebots der Betroffenen zu 2) nach allgemeinem Wettbewerbsrecht bleibt sichergestellt, dass die Betroffene zu 1) ihre Preissetzungsflexibilität in Summe nicht wettbewerbswidrig ausüben kann.

6.3.3.2.2.2. Kosten des Nachfragers eines BNG-Glasfaser-VULA

Zur Prüfung der Nachbildbarkeit der so bestimmten Flaggschiffprodukte sind zwecks Gegenüberstellung der Kosten und der Erlöse zunächst die Kosten eines effizienten Wettbewerbers zu bestimmen, der ein Breitbandbündelprodukt auf Grundlage des BNG-Glasfaser-VULA realisiert.

Hierbei hat die Beschlusskammer die Entgeltbedingungen der Betroffenen zu 1), der Betroffenen zu 2) und der Glasfaser NordWest entsprechend ihrer Anteile am Gesamtglasfaserausbau der drei Unternehmen berücksichtigt.

Diese ergeben sich (1) aus den **FB-Commitment- und Bereitstellungsentgelten**, die im Marktangebot der Betroffenen zu 1) für das FB-Commitment entsprechend den Rahmenverträgen der Betroffenen zu 1) mit der Betroffenen zu 2) sowie ihrem Marktangebot geregelt sind, (2) den **Entgelten für den Übergabeanschluss** und den (3) **Entgelten für die Kollokation** am Zusammenschaltungspunkt (PoP). Hinzu kommen die (4) **Kosten für den Transport im eigenen Netz** (jenseits des PoP), darüberhinausgehende (5) **Zusatzkosten** (vorrangig für Vertrieb und Fakturierung gegenüber dem Endkunden) und deren Beaufschlagung mit (6) **Gemeinkosten**.

6.3.3.2.2.3. Relevante regulierte Vorleistungen und relevante Bezugspreise

Bereitstellungs- und Kündigungsentgelte, Produktgruppenwechsel

Die kalkulatorischen monatlichen Kosten für die Bereitstellung, Kündigung und einen Produktgruppenwechsel betragen 0,24 EUR. Die Tarife für die Bereitstellung und Kündigung sind als Anlage Teil der Rahmenverträge zu den FB-Commitments der Betroffenen zu 2) sowie der mit ihr zusammengeschlossenen Unternehmen – namentlich die Betroffene zu 1) sowie der GlasfaserPlus GmbH – und unabhängig vom gewählten FTTH-Anschluss. Um die Kosten mit den Erlösen (Preis) vergleichen zu können, werden diese in Monatsbeträge umgerechnet. Dazu wird das Bereitstellungsentgelt unter Berücksichtigung des kalkulatorischen Zinssatzes von 2,96 %, welcher aktuell mit Entscheidung vom 31.10.2023 im Entgeltverfahren BK3a-23/005 bestimmt wurde, auf eine **durchschnittliche Vertragsdauer** von 58,71 Monaten in Monatsbeträge umgerechnet.

Dieser Zinssatz entspricht dem zum Zeitpunkt der Notifizierung geltenden jährlichen Kostenstellenrelease. Für die von der Deutschen Glasfaser geforderte Abweichung von der verfahrensübergreifend konsistenten Zinsfestsetzung sind keine Gründe erkennbar oder vorgetragen. Allein der Umstand, dass dieser Zins als zu niedrig empfunden wird, reicht nicht aus. Denn der Zins entspricht den Vorgaben und Empfehlungen der EU Kommission in diesem Zusammenhang und wurde von ihr ausdrücklich – auch mit Blick auf die Höhe – im Verfahren BK3a-23/005 anerkannt.

Nach Einschätzung der Beschlusskammer ist auch kein anderer, höherer Zinssatz erforderlich. Die besonderen Effekte der makroökonomischen Rahmenbedingungen sind bereits in dem Verfahren BK3a-23/005 zinserhöhend berücksichtigt worden. Ein darüber hinausgehender Zuschlag im Sinne einer VHCN-Prämie ist im Rahmen des ERT nicht angezeigt, weil der Commitmentnachfrager – auch in Ansehung des Commitments als Risikoteilungsmodell – ein erheblich 4,975geringeres Risiko trägt als eine ausbauendes Unternehmen oder ein Finanzinvestor.

Im Vergleich zum Verfahren BK3i-19/020 ergibt sich eine Absenkung des Bereitstellungsentgelts. Die Betroffene zu 2) das entsprechende Entgelt zwischenzeitlich abgesenkt. Die Beschlusskammer hat weiterhin berücksichtigt, dass auch die Betroffene zu 1) im Rahmen des Konsultationsverfahrens mitgeteilt hat, das Bereitstellungsentgelt zum 01.05.2024 abzusenken.

Für die Bestimmung der durchschnittlichen Vertragsdauer wurde auf die im Rahmen der jüngsten Marktabfrage im Verfahren BK3c-22/002 gemeldeten jeweiligen unternehmensbezogenen Mediane der Wettbewerber der Betroffenen zu 1) zurückgegriffen. Der Median ist als Mittelwert weniger sensitiv gegenüber Ausreißern als das arithmetische Mittel. Dadurch wird die durchschnittliche Kundenverweildauer in geringerem Maße von Kunden beeinflusst, die sich im Vergleich zu der überwiegenden Kundenzahl bereits sehr lange an den Anbieter gebunden haben.

Die Plusnet hat in der Konsultation vorgetragen, die Kundenverweildauer sei zu hoch angesetzt. Das Wechselpotential sei infolge verbesserter Verbraucherschutzrechte deutlich ausgeprägter als früher. Die Kritik ist unbegründet. Gegenüber der letzten Erhebung hat es diesbezüglich keine rechtlichen Änderungen gegeben, die von der bereits in den Verfahren BK3i-19/020 und BK3b-20/027 angesetzten Kundenbindungsdauer noch nicht umfasst würden.

Die Forderung der 1&1 Versatel, die gesetzlich maximal zulässige Mindestvertragslaufzeit anzusetzen, hat keinen Bezug zu den tatsächlichen Wechselprozessen. Die Beschlusskammer kann nicht erkennen, inwiefern die Inbezugnahme der Marktdatenabfrage nicht sachgerecht ist. Insbesondere sind keine Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Wechselbereitschaft von VHC-Kunden im Vergleich zu Kupferkunden erkennbar. Ebenfalls nicht erkennbar ist, dass sich die Tarifverweildauer signifikant von der Kundenverweildauer unterscheidet. Eine Reduktion der Kundenverweildauer auf die tatsächlich wechselbereiten Kunden verkennt, dass auch Zugangsnachfrager von hoher Kundentreue profitieren.

Monatlicher Überlassungspreis

Die Beschlusskammer legt dem ERT für einen Anschluss der Geschwindigkeitsklasse 150 Mbit/s einen gewichteten monatlichen Überlassungspreis in Höhe von 13,53 € zugrunde:

Dieser Überlassungspreis basiert auf einer Gesamtbetrachtung der von der Betroffenen zu 1), der Betroffenen zu 2) sowie der Glasfaser NordWest angebotenen FB-Commitments.

Redaktioneller Hinweis: **[BUGG]**. Die Beschlusskammer bewertet den ihr mitgeteilten Verhandlungsstand als so belastbar, dass sie für die Zwecke der Konsolidierung eine entsprechende Anpassung des Vorleistungsangebots zum **[BUGG]** berücksichtigt.

Alle drei Commtiments regeln folgende Entgeltstruktur: Der Kunde zahlt für das vereinbarte FB-Commitment – Anteil der zum jährlichen Stichtag erschließbaren Haushalte (FB-Commitment-Basis) – jeweils zum 01.04. für ein Jahr ein sog. Upfront (Vorauszahlung). Für jeden bereitgestellten Glasfaser-Anschluss fällt monatlich das für die jeweiligen Geschwindigkeitsklassen (150 Mbit/s, 300 Mbit/s, 600 Mbit/s, 1.000 Mbit/s und 2.000 Mbit/s) vereinbarte FB-Commitment-Überlassungsentgelt an. Der monatliche Überlassungspreis für die Flaggschiffprodukte variieren dabei je nachdem, ob es sich um Anschlüsse in einem Ortsnetz mit mehr oder weniger als 10.000 HHUStO handelt. Anschlüsse in kleineren Ortsnetzen sind um 6 € teurer. Ein effizienter Zugangsnachfrager wird bei dieser Ausgestaltung der Vorleistungsentgelte mit einem gewichteten monatlichen Überlassungspreis kalkulieren.

Die Beschränkung des ERT auf die Commitment-Entgelte ist – auch unter Ansehung der Kritik der Plusnet – sachgerecht. Denn ein effizienter Wettbewerber wird nach Auffassung der Beschlusskammer keine Standardentgelte nachfragen, sondern Zugangsprodukte im Rahmen eines Commitments vereinbaren.

Ein effizienter Zugangsnachfrager in diesem Sinne ist einer, der seine Produkte bundesweit anbietet,

vgl. BK3i-19/020, S. 230.

Denn ein Zugangsnachfrager steht nicht nur im Wettbewerb mit der Betroffenen zu 2), sondern auch mit anderen Zugangsnachfragern sowie Wettbewerbern auf alternativen Infrastrukturen. Es ist zudem davon auszugehen, dass er für sein Angebot auch Zugang zu anderen Infrastrukturen als denen der Betroffenen zu 1) und 2) hat. Dies spiegelt die Realität auf den nationalen Endkundenmärkten wider, auf denen mit der Vodafone, Telefónica und 1&1 Telecom entsprechende Anbieter tätig sind.

Die Beschlusskammer hat in ihre Überlegungen mit einbezogen, dass es verschiedene Konzepte zur Bestimmung eines effizienten Wettbewerbers gibt. So wird teilweise auf die Effizienz des regulierten Unternehmens bzw. auf einen vergleichbaren Wettbewerber („As Efficient Competitor“ oder auch Equally Efficient Operator principle; EEO) abgestellt,

so EuGH, Urteil C-280/08 P vom 14.10.2010, Rz. 195 ff; EuG, Urteil T-271/03 vom 10.04.2008, Rz. 188, („Deutsche Telekom“); EuGH, Urteil C-52/09 vom 17.02.2011, Rz 94, („TeliaSonera“),

oder auf einen den Marktumständen gerecht werdenden, effizienten Wettbewerber („Reasonably Efficient Competitor“ auch Reasonable Efficient Operator Principle; REO),

eine Darstellung der Ansätze findet sich in: BEREC Guidance on the regulatory accounting approach to the economic replicability test (i.e. ex-ante/sector specific margin squeeze tests), BoR (14) 190, 2.1.2.

Unabhängig davon, welches Konzept zugrunde gelegt wird, ist es nicht das Ziel der Prüfung, jedes Geschäftsmodell zu ermöglichen.

Vorliegend ist – wie ausgeführt – zu berücksichtigen, dass jeder Wettbewerber nicht nur mit der Betroffenen zu 2) im Wettbewerb steht, sondern auch mit den anderen Zugangsnachfragern und Netzbetreibern und diese Wettbewerber im Ergebnis das Maß der erforderlichen Effizienz für jeden anderen Wettbewerber bilden.

Insbesondere ist auch zu beachten, dass „kleine“ Nachfrager Geschäftsmodelle verfolgen, die nicht unmittelbar mit dem eines Vollsortimenters zu vergleichen sind, wie beispielsweise das Angebot von Geschäftskundenprodukten. Eine solche Prüfung ist schwerlich typisierend möglich, weil es hinsichtlich der hier relevanten Endkundenprodukte und korrespondierenden Vorleistungsprodukte keine scharfe Abgrenzung zwischen Geschäftskunden und Massenmarktkunden gibt. Denn ein Teil der potentiellen Geschäftskunden wird sich ausschließlich für standardisierte Massenmarktprodukte entscheiden, während ein anderer Teil sowohl teure Qualitäts- als auch günstige Massenmarktprodukte nachfragen wird.

Soweit die Plusnet dies in Frage stellt, weil der L2-BSA aufgrund der aktuellen Marktfestlegung zum Markt 1 kein rein auf den Massenmarkt ausgerichtetes Vorleistungsprodukt mehr sei, weist die Beschlusskammer darauf hin, dass nach den Feststellungen der Festlegung unter 8.1.1.3 für den hier maßgeblichen Vorleistungsmarkt der der Massenmarkt für Breitbandanschlüsse im Festnetz und der Telefonanschlussmarkt im Festnetz als korrespondierende Endkundenmärkte relevant sind.

Schließlich ist für die Frage, ob dem ERT der Commitment- oder der Standardpreis zugrunde gelegt wird, nicht die Anzahl der Zugangsnachfrager relevant, die den jeweiligen Preis vereinbart hat. Denn wie ausgeführt müssen sich in der Logik des ERT alle Wettbewerber an dem als effizient identifizierten Anbieter orientieren.

Aufgrund dieser Erwägungen hat die Beschlusskammer für die Ermittlung eines gewichteten monatlichen Überlassungspreises die Netzausbauplanung der Jahre 2023, 2024 und 2025 großer und kleiner Ortsnetze der Betroffenen zu 1), der Betroffenen zu 2) und der Glasfaser-Plus GmbH zugrunde gelegt und mit einem Sicherheitszuschlag zugunsten der kleineren Ortsnetze versehen. Zusätzlich hat die Beschlusskammer die im Rahmen des Konsultationsverfahrens erstmalig gemachten Angaben für den Ausbaubestand der drei zusammengeschlossenen Unternehmen berücksichtigt.

Der Anteil der Ortsnetze mit mindestens 10.000 HHUStO beträgt danach insgesamt 75%, der Anteil der Ortsnetze mit weniger als 10.000 HHUStO beträgt 25 %.

In diese Betrachtung ist – inklusive des Sicherheitszuschlags – eine Ausbauverteilung der Betroffenen zu 1) von **[BuGG]** für große Ortsnetze und **[BuGG]** für kleine Ortsnetze eingegangen. Der Anteil des Ausbaus der Betroffenen zu 1) am Gesamtausbau beträgt **[BuGG]**.

Weiterhin wurde für die Glasfaser NordWest eine Ausbauverteilung – inklusive des Sicherheitszuschlags – von **[BuGG]** für große Ortsnetze und **[BuGG]** für kleine Ortsnetze berücksichtigt. Der Anteil des Ausbaus der Glasfaser NordWest am Gesamtausbau beträgt **[BuGG]**.

Hinsichtlich der Betroffenen zu 2) hat die Beschlusskammer – inklusive des Sicherheitszuschlags – eine Ausbauverteilung von **[BuGG]** für große Ortsnetze und **[BuGG]** für kleine Ortsnetze bei einem Anteil der Betroffenen zu 2) am Gesamtausbau in Höhe von **[BuGG]** berücksichtigt.

Die insgesamt angesetzte Verteilung hat sich dabei im Vergleich zu den Replizierbarkeitsprüfungen in den Verfahren BK3i-19/020 sowie BK3b-20/027 geringfügig in Richtung kleinerer Ortsnetze verschoben.

Die Verteilung ist aus Sicht der Beschlusskammer realistisch. Dies liegt vorrangig daran, dass der nunmehr durchgeführte ERT – anders als der in den genannten Verfahren im Jahr 2022 durchgeführte ERT – sich nicht mehr auf das Ausbauverhalten der Betroffenen zu 2) beschränkt, sondern nun auch den Ausbau der Betroffenen zu 1) sowie der Glasfaser NordWest berücksichtigt.

Insbesondere die Betroffene zu 1) ist in stärkerem Umfang in kleineren Ortsnetzen tätig als die Betroffene zu 2), was zu einer moderaten Verschiebung der Ortsnetzverteilung in Richtung kleinerer Ortsnetze führt.

Soweit die Betroffene zu 2) fordert, den Sicherheitszuschlag nicht zu berücksichtigen, vermögen die von ihr vorgebrachten Argumente nicht zu überzeugen. Aufgabe des ERT ist es nicht, den Preissetzungsspielraum der Betroffenen zu 1) und 2) sowie der Glasfaser NordWest zu bestimmen, sondern die Nachbildbarkeit des Angebotes der Betroffenen zu 2) zu prüfen.

Kalkulatorischer Upfront im Rahmen des Überlassungspreises

Im Rahmen des vereinbarten FB-Commitments hat der Nachfrager nicht nur den monatlichen Überlassungspreis zu zahlen, sondern muss jährlich vorab für die von ihm vereinbarte Anschlussmenge einen Upfront leisten.

Der Upfront ist kalkulatorisch mit 4,12 EUR/mtl. pro Anschluss zu berücksichtigen. Die Beschlusskammer hat für jeden der drei Zugangsverträge die Auslastung des Commitments über die Commitmentlaufzeit prognostiziert und den Upfront entsprechend auf die erwartete Kundenzahl aufgeteilt. Die dreijährige Nachlaufzeit wurde nicht berücksichtigt, weil in dieser an die Stelle des Upfronts ein höherer Überlassungspreis tritt, so dass die Nachlaufzeit für die Ermittlung des kalkulatorischen Upfronts nicht relevant ist.

Dem Wert von 4,12 EUR berücksichtigt zunächst, dass der Upfront im vierten und fünften Jahr jeweils ansteigt und dann unverändert bleibt.

Im Übrigen wurde berücksichtigt, dass der kalkulatorische Upfront für einen Nachfrager der Glasfaser NordWest stets über 10 Jahre läuft, während er bei der Betroffenen zu 1) und zu 2) längstens bis 2032 läuft. Bei der Betroffenen zu 1) war in diesem Zusammenhang zudem zu berücksichtigen, dass eine Leistungsbereitstellung im ersten Jahr nicht mehr möglich war. Insofern konnten die Kosten nur auf neun Jahre verteilt werden. Dies führt zu einem leicht senkenden Effekt des kalkulatorischen Upfronts der Glasfaser NordWest in Bezug auf den gewichteten durchschnittlichen kalkulatorischen Upfront der Betroffenen zu 2) sowie der mit ihr zusammengeschlossenen Unternehmen. Insofern ergibt sich gegenüber dem Konsultationsentwurf eine Senkung des gewichteten Upfronts, der aus der Berücksichtigung des Ausbaubestands für die Bestimmung der jeweiligen Anteile der drei zusammengeschlossenen Unternehmen resultiert.

Soweit die Betroffenen zu 1) und 2) der Auffassung sind, dass eine weitere Absenkung aufgrund der spezifischen Module des Commitmentangebots der Betroffenen zu 1) erforderlich sei, ist eine Entscheidung hierüber im hiesigen Verfahren nicht erforderlich. Denn auch die im Konsultationsverfahren angesetzte Auslastung erlaubt eine wirtschaftliche Replizierung der Endkundenprodukte der Betroffenen zu 2).

Schließlich liegt dem Wert die Annahme zugrunde, dass das vom Nachfrager vereinbarte Commitment (also die Anzahl an Anschlüssen, die er maximal vermarkten kann) im Durchschnitt über die drei Zugangsverträge konstant zu 74 % ausgelastet ist.

Das Commitment fordert grundsätzlich keine absolute Größe an abzunehmenden Mengen, sondern vielmehr einen Anteil an dem jeweiligen Ausbaustand des Commitment-Anbieters, der mindestens bei 3 % liegt. Eine Auslastung von 74 % bezieht sich dabei nicht auf 74 % dieses Ausbaugebietes insgesamt, sondern nur auf 74 % des Commitment-Anteils. Im Mindestbeispiel würde das bedeuten, dass der Nachfrager 2,2 % des Glasfaserbestandes auslastet. Ein solcher Vermarktungserfolg erscheint nicht überzogen.

In den Auslastungsgrad geht zunächst eine Auslastung in Höhe von 90 % des Commitments bei der Betroffenen zu 2) ein, die in den Verfahren BK3i-19/020 und BK3b-20/027 zugrunde gelegt wurde und der Beschlusskammer weiterhin belastbar erscheint. Für die von der 1&1 Versatel geforderte Reduzierung des Auslastungsgrades vermag die Beschlusskammer angesichts der tatsächlichen Auslastung bei der Betroffenen zu 2) keine Rechtfertigung zu erkennen. Soweit die Betroffene zu 2) weiterhin auf das von ihr zum 01.04.2024 neu eingeführte

FB-Plus-Modell mit einer vergleichbaren Hochlauflogik verweist, bezieht sich der vorgelegte Vertragstext lediglich auf den Infrastrukturupfront. In Bezug auf die beiden zusammengeschlossenen Unternehmen geht die Beschlusskammer von einer geringeren Auslastung aus. Denn es ist unwahrscheinlich, dass die Commitments der zusammengeschlossenen Unternehmen in gleichem Umfang ausgelastet werden. Im Interesse einer möglichst großen Absicherung der wirtschaftlichen Replizierbarkeit hat die Beschlusskammer eine Auslastung in Höhe von 50 % angesetzt. Ein solcher Vermarktungserfolg sollte jedenfalls erreichbar sein.

Die Beschlusskammer hat in diesem Zusammenhang insbesondere berücksichtigt, dass – anders als bei dem Commitment der Betroffenen zu 2) – keine unmittelbare Wechselwirkung zwischen im Commitment abgenommenen BNG-Kupfer-VULAs und BNG-Glasfaser-VULAs besteht. Bei der Betroffenen zu 2) führt eine vertraglich implementierte Umbrella-Logik dazu, dass Anschlüsse, die im Rahmen des FB-Commitments abgenommen werden, automatisch dazu führen, dass der Footprint des Kupfer-Ausbaus sinkt. In diesem Sinne erlaubt der FB-Rahmenvertrag der Betroffenen zu 2) eine sukzessive Migration der Commitment-Anschlüsse auf ihren Glasfaser-Footprint.

Ein solcher Automatismus besteht für die zusammengeschlossenen Unternehmen nicht, so dass sich der effiziente Nachfrager in der Notwendigkeit sieht, neben den Commitments bei der Betroffenen zu 1) auch die Commitments bei der Betroffenen zu 2) und der Glasfaser Plus GmbH auszulasten.

Bezogen auf die FB-Commitments besteht eine solche Parallelität der Commitment-Vereinbarungen aber nicht. Denn die jeweiligen Ausbaugebiete der Betroffenen zu 2) und der mit ihr zusammengeschlossenen Unternehmen überschneiden sich nicht. Insofern stellt sich – bezogen auf die Glasfaser-Produkte – nicht die Frage, auf welches Commitment der Anschluss angerechnet werden kann.

Bezogen auf den Kupferausbau der Betroffenen zu 2) hingegen besteht die geschilderte Parallelität sehr wohl. Zwar hat die Betroffene zu 2) nicht flächendeckend in den Ausbaugebieten der mit ihr zusammengeschlossenen Unternehmen eine VDSL-Vectoring-Infrastruktur, wohl aber teilweise. Wie groß diese Überschneidung zwischen VDSL- und FTTH-Ausbau der mit der Betroffenen zu 2) zusammengeschlossenen Unternehmen ist, wird sich mit dem weiteren Glasfaserausbau besser abschätzen lassen. Bis dahin geht die Beschlusskammer von einer weitgehenden Überschneidung aus.

Nach Überzeugung der Beschlusskammer ist der Effekt der fehlenden Wechselwirkung zwischen BNG-Glasfaser-VULA und BNG-Kupfer-VULA auf die Auslastung grundsätzlich begrenzt. Denn zunächst führt der unterjährige Glasfaser-Ausbau der Betroffenen zu 1) dazu, dass sich die Vermarktungsbasis im FB-Commitment erhöht, ohne dass für solche Anschlüsse bereits ein Upfront gezahlt worden ist. Die Nachfrager haben die Möglichkeit, zu Beginn des nachfolgenden Abrechnungszeitraums ihre Absatzmengen bei der Betroffenen zu 1) und 2) zu bewerten und auf dieser Basis eine Erhöhung des FB-Commitments bei der Betroffenen zu 1) zu erwägen. Insofern hat die Beschlusskammer bereits den von der Betroffenen zu 1) im Konsultationsverfahren **[BuGG]** berücksichtigt. Dieser vermag nach Auffassung der Beschlusskammer den fehlenden Umbrella-Mechanismus in gewissem Umfang zu kompensieren. Hierdurch – sowie durch die Möglichkeit, das Kupfer-Commitment bei der Betroffenen zu 2) schrittweise zu reduzieren – ist der von der 1&1 Versatel geforderten Einbeziehung der Commitmentverträge in die Umbrella-Logik hinreichend genüge getan. Der Mechanismus vermag aber nicht auszugleichen, dass die Zugangsnachfrager bei der Betroffenen zu 1) noch über keinen Kundenstamm verfügen und daher erst einen mit dem Commitment der Betroffenen zu 2) vergleichbaren Kundenstamm erschließen müssen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der vorgelegte FB-Vertrag in der Regel eine Bereitstellungsfrist von sechs Monaten oder keine Frist regelt. Eine Steuerung der Einlastung ist deshalb anspruchsvoll. Dies wird bei einem gemeinsamen Kupfer-Glas-Commitment aufgefangen, weil in diesem Fall die Auslastung über das Kupfer-Commitment faktisch weitgehend sichergestellt werden kann.

Die Beschlusskammer hat insgesamt den Auslastungsgrad bei den zusammengeschlossenen Unternehmen vorsichtig prognostiziert. Zugleich kann und wird die Beschlusskammer diese Situation bei der Durchführung zukünftiger ERT im Blick behalten.

Kosten für das Infrastrukturentgelt

Die Angebote der drei zusammengeschlossenen Unternehmen sehen zusätzlich zum Bereitstellungs- und Überlassungsentgelt (inklusive Upfront) noch ein sog. Infrastrukturentgelt vor. Im FB-Vertrag sowohl der Betroffenen zu 1) als auch der Betroffenen zu 2) und der Glasfaser Plus GmbH ist das Infrastrukturentgelt als zweites Bereitstellungsentgelt ausgestaltet, welches das übliche Bereitstellungsentgelt erheblich übersteigt. Zusätzlich bzw. alternativ besteht aber auch die Möglichkeit einer Ausgestaltung als zweitem, einmalig zu zahlenden Upfront.

Nach Überzeugung der Beschlusskammer wird ein effizienter Nachfrager die letztgenannte Upfront-Variante wählen, weil diese nicht zwischen den verschiedenen Bereitstellungsvarianten (connected/not connected und Ein-/Mehrfamilienhaus) differenziert und nur einmalig anfällt. Insofern ist nicht davon auszugehen, dass ein effizienter Nachfrager den Einzelbezug dem annualisierten Upfront vorziehen würde.

Damit wird die Kostenkalkulation des Nachfragers vereinfacht, weil der Bereitstellungsfall (connected/not connected) und die Wohnung des Endkunden (Ein-/Mehrfamilienhaus), die für das ausbauende Unternehmen kostenrelevant sind, nicht gesondert in der Vermarktung berücksichtigt werden müssen. Außerdem senkt die einmalige Zahlung das mit einer kurzen Kundenverweildauer verbundene Kostenrisiko. Sofern ein Kunde bereits nach kurzer Zeit kündigt, fällt für einen dafür neu gewonnenen Kunden nicht erneut das Infrastrukturentgelt an.

Der einmalige Upfront pro vereinbartem Anschluss im FB-Vertrag – bei Abschluss der FTTH-Plus Vereinbarung – der Betroffenen zu 1) sowie der Glasfaser NordWest beträgt zu Beginn der Laufzeit 416 EUR. In den Folgejahren sinkt der zu zahlende Upfront bei der Vergrößerung der Commitment-Basis jährlich um 32 EUR. Die Betroffene zu 2) hat den einmaligen Upfront für das Infrastrukturentgelt mit Wirkung ab dem 01.04.2024 geändert. Die Beschlusskammer hat daher bei der Berechnung des gewichteten Durchschnitts für den Zeitraum ab dem 01.04.2024 insofern das angepasste Entgelt der Betroffenen zu 2) und für die Commitment-Jahre bis dahin die insofern mit der Betroffenen zu 1) identischen Upfrontzahlungen berücksichtigt.

Da der Infrastruktur-Upfront für die gesamte vertragliche Laufzeit inklusive der Nachlaufzeit relevant ist, bemisst sich der relevante kalkulatorische Abschreibungszeitraum über 13 Jahre. Zwar läuft das Commitment lediglich über zehn Jahre, doch verlängert es sich durch die Nachlaufzeit. Die Laufzeit über das eigentliche Commitment hinaus ist auch ausdrücklich geregelt. Deshalb wäre es nicht sachgerecht, den Wert des Upfronts in der Nachlaufzeit nicht zu berücksichtigen. Eine mögliche Anschlussvereinbarung nach zehn Jahren ist nach Überzeugung der Beschlusskammer nicht einzubeziehen. Denn es ist davon auszugehen, dass eine solche Anschlussvereinbarung auch dann entgehende Kostenvorteile der Nachlaufzeit abdeckt und kompensiert.

Allerdings hat die Beschlusskammer die mit der unterschiedlichen Laufzeit verbundene Unsicherheit insofern berücksichtigt, als für den Infrastruktur-Upfront von einer etwas geringeren Auslastung von 71 % ausgegangen wird. Diese Auslastung wurde nach der gleichen Methodik hergeleitet wie der Auslastungsgrad des Upfronts bezüglich des Überlassungsentgelts. Für die Betroffene zu 2) wurde der – weiterhin belastbare – Auslastungsgrad aus den Verfahren BK3i-19/020 und BK3b-20/027 angesetzt, während für die zusammengeschlossenen Unternehmen eine Auslastung von nur 50 % angesetzt wurde.

Eine Auslastung des Infrastruktur-Upfronts von durchschnittlich 71% ist aus den vorgenannten Überlegungen realistisch.

Bei einer prognostizierten Auslastung von 71 % für das Commitment ergibt sich unter Verwendung des kalkulatorischen Zinssatzes inklusive VHCN-Zuschlag in Höhe von 2,96 % ein monatlicher Kostenwert von 2,27 EUR. Ohne Verzinsung, wie von der Betroffenen zu 1) vorgesehen, wäre lediglich ein Betrag von 1,99 EUR [wird noch ergänzt] anzusetzen gewesen.

Kosten für Übergabeanschluss und Kollokation

Die Tarife für die Bereitstellung und Kündigung des Übergabeanschlusses wurden annualisiert und in Monatsbeträge überführt. Als durchschnittliche Verwendungsdauer des Übergabeanschlusses wurden acht Jahre angenommen. Sowohl die in Monatsbeträge umgerechneten Einmalentgelte als auch die Überlassungstarife für den Übergabeanschluss waren auf den einzelnen Kundenanschluss umzulegen. Dazu waren die Tarife durch die durchschnittliche Endkundenzahl eines Wettbewerbers je Übergabeanschluss zu teilen. Dabei wurde für die Betroffene zu 2) unter Berücksichtigung einer maximal 80%igen Auslastung auf eine 50/50-Verteilung von 10Gbit/s/100Gbit/s-Übergabeanschlüssen abgestellt. Auf dieser Grundlage wurde abgeschätzt, wie viele Kunden auf Basis der von den unterschiedlichen Anschlussgeschwindigkeiten jeweils generierten Verkehrsmengen pro Übergabeanschluss angeschlossen werden können.

Bezüglich der zusammengeschlossenen Unternehmen hat die Beschlusskammer berücksichtigt, dass die Kosten aufgrund ihrer geringeren Netzgröße nicht auf eine vergleichbar hohe Anzahl von Kundenanschlüssen umgelegt werden können. Im Sinne einer möglichst robusten Abschätzung hat sie die Werte der Betroffenen zu 2) daher mit einem dreifachen Faktor als Sicherheitszuschlag angesetzt.

Die Beschlusskammer hat weiterhin berücksichtigt, dass im Ausbauggebiet der zusammengeschlossenen Unternehmen die Kosten für den Übergabeanschluss jeweils doppelt anfallen. Denn der Bezug der Vorleistungsprodukte der zusammengeschlossenen Unternehmen kann nicht über die Übergabeanschlüsse der Betroffenen zu 2) geführt werden, sondern muss über separate Übergabeanschlüsse erfolgen. Zeitgleich entfällt aber für den Nachfrager nicht die Notwendigkeit, bei der Betroffenen zu 2) in den Ausbaugebieten der zusammengeschlossenen Unternehmen Übergabeanschlüsse nachzufragen. Denn diese hat in diesen Gebieten weiterhin Kupferanschlüsse, über die sie dem effizienten Nachfrager ebenfalls BNG-Vorleistungen anbietet. Die Beschlusskammer hat daher anteilig dreifache Kosten für die Übergabeanschlüsse berücksichtigt. Dies führt insgesamt zu Kosten für den Übergabeanschluss für die Flaggschiffprodukte in Höhe von 0,13 € pro Monat. Die Absenkung gegenüber dem Konsultationsentwurf resultiert aus der Anpassung in Bezug auf die Anteile der drei zusammengeschlossenen Unternehmen an ihrem gesamten Glasfaserausbau.

Bezüglich der Kollokationskosten wurden anhand genehmigter Entgelte sowie der Ergebnisse der Marktabfrage 2022 Kosten für eine Durchschnittsfläche (12,55 qm) angesetzt und unter der Annahme, dass diese vier Übergabeanschlüsse beherbergen kann, auf die mögliche Kundenzahl umgelegt. Es ergeben sich 0,04 € pro Anschluss und Monat.

6.3.3.2.2.4. Relevante nachgelagerte Kosten

Kosten für den Transport

Der Transport bis einschließlich zum BNG wird über den BNG-Glasfaser-VULA erbracht. Die Beschlusskammer ist der Überzeugung, dass der im Überlassungsentgelt inkludierte Transport den tatsächlich nachgefragten Transport im Betrachtungszeitraum deutlich übersteigt. Der für das Endkundenprodukt erforderliche, weitere Transport in das „Internet“ muss vom Zugangsnachfrager selber erbracht werden. Für die Bestimmung dieser Transportkosten im Netz des effizienten Nachfragers wurde auf das Analytische WIK-Kostenmodell für das Breitbandnetz, Version 2.3, zurückgegriffen. Es wurden folgende Annahmen getroffen:

Die Netzdimensionierung richtet sich nach der Gesamtheit der Verkehrs- und Kapazitätsnachfragen in der Hauptverkehrsstunde (busy hour). Die verschiedenen, im Netz geführten Dienste

tragen in unterschiedlichem Maße zur busy hour bei. Für eine verursachungsgerechte Allokation sind die Kosten gemäß ihrem Verkehrsanteil in der busy hour den jeweiligen Diensten zuzurechnen.

Bei den Berechnungen wurde, in Einklang mit der Argumentation der Bundesnetzagentur in Zusammenhang mit der Marktanalyse zum Markt 3b der Märkteempfehlung 2014, davon ausgegangen, dass es neben der Betroffenen zu 2) noch zwei weitere Netzbetreiber gibt, die ein nationales Netz betreiben. Es wurde angenommen, dass der effiziente Wettbewerber nicht die Gesamtheit aller BNG-Standorte anbinden wird. Es wird daher auf einen Mittelwert der von **[BuGG]** erschlossenen Standorte zurückgegriffen.

Darüber hinaus wurde aufgrund des insgesamt geringeren Verkehrsvolumens eines effizienten Wettbewerbers im Vergleich zur Betroffenen zu 2) sowie der geringeren räumlichen Erstreckung auf der oberen Ebene von fünf statt elf Kernnetz-Standorten ausgegangen. Die Anzahl an Server- und IP-IC-Standorten wurde auf zwei beschränkt. Die Menge der übrigen Dienste-Server beläuft sich entsprechend der Zahl der Standorte auf fünf.

Eine reine Berücksichtigung lediglich der Kosten, die für die Betroffene zu 2) anzusetzen sind, würde den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht. Es dürfte unstrittig sein, dass auch ein effizienter Wettbewerber gewisse Größennachteile gegenüber der Betroffenen zu 2) hat, was für eine geringere Netzauslastung und damit höhere Kosten spricht.

Im Hinblick auf die konkreten Verkehrsnachfragen im Netz des effizienten Wettbewerbers wurden neben den Massenmarktkunden aus dem xDSL Segment (Angaben aus dem Jahresbericht der Bundesnetzagentur) noch weitere Verkehrs- und Verbindungsnachfragen einbezogen. Damit soll Größenvorteilen Rechnung getragen werden, die dem Netzbetreiber durch die Bedienung zusätzlicher Kundengruppen auf seinem Netz entstehen. Berücksichtigt wurden:

- *Mobilfunkverkehre*: Die Abschätzung wurde unter Verwendung von Angaben der Betroffenen zu 2) im Verfahren BK3c-20/106 zu den im IP-Kernnetz integrierten Verkehren vorgenommen.
- *Breitbandverkehre von Koaxialkabel-Anschlüssen*: Anders als die Betroffene zu 2) realisieren Wettbewerber Endkundenanschlüsse auch über das breitbandfähige Koaxial-Anschlussnetz. Diese Verkehre werden von einem effizienten Wettbewerber im Kernnetz gemeinsam mit den in anderen Anschlussnetzen entstehenden Verkehrsnachfragen (xDSL, FTTH, Mobilfunk) geführt und beeinflussen somit ebenfalls die Netzdimensionierung und die Kostenteilung. Der Umfang der koaxialbasierten Nachfrage konnte aus den Daten des Jahresberichts der Bundesnetzagentur abgeleitet werden. Da die Betroffene zu 2) nicht im Marktsegment der Breitbandanschlüsse aus Koaxialkabel-Anschlussnetzen tätig ist, wurde für den effizienten Wettbewerber die Hälfte der Koaxialkabel-Anschlüsse zu Grunde gelegt.
- *Breitbandverkehre von FTTH-Anschlüssen*: Entsprechend der Breitbandverkehre aus Koaxial-Anschlussnetzen wurden auch die Verkehrsnachfragen von FTTH-Anschlüssen, die auf den effizienten Wettbewerber entfallen, berücksichtigt. Hier wurde angenommen, dass die Hälfte der Anschlussnachfrage – nach Abzug des von der Betroffenen zu 2) realisierten Anteils – auf den repräsentativen Wettbewerber entfällt.
- *Mietleitungsnachfragen*: Zur Abschätzung der Mietleitungsnachfrage eines effizienten Wettbewerbers wurden Marktanteile der zwei größten Wettbewerber und Informationen über deren Marktvolumen (Absatzzahlen) – differenziert nach den drei Marktsegmenten 2-10 Mbit/s, >10-155 Mbit/s sowie >155 Mbit/s der Jahre 2018 bis 2020 – verwendet, die über das TK-Meldeportal bereit gestellt worden waren.

Zur Festlegung der busy hour-Nachfrage der Massenmarktkunden wurden Angaben der Betroffenen zu 2) zur busy hour-Verkehrsnachfrage aus der Datenerhebung für die Breitbandkostenmodellbefüllung zur CFV-Kalkulation herangezogen bzw. Werte aus der turnusmäßigen

Verkehrsmessung für die BSA-Produkte verwendet, wobei die betreffenden Datenvolumina in busy hour-Mbit/s zu transformieren waren. Dazu wurde auf einen von der Betroffenen zu 2) vorgelegten „Anteil der busy hour am Tagesverkehr“ zurückgegriffen.

Im Hinblick auf die anstehende Tarifmaßnahme geht die Beschlusskammer davon aus, dass sich das Nutzungsverhalten – und damit das verbrauchte Datenvolumen – allenfalls langsam steigern wird. Kurz- bis mittelfristig ist hingegen nicht davon auszugehen, dass ein Großteil der Kunden tatsächlich mehr Datenvolumen nutzt als bisher. Um die Transportkosten für die Geschwindigkeitsklasse 150 Mbit/s zu schätzen, hat die Beschlusskammer vollständig die Transportkosten eines Produkts der ehemaligen Geschwindigkeitsklasse 100 Mbit/s zugrunde gelegt. Dieses Vorgehen führt tendenziell zu einer Überschätzung der Transportkosten, weil die geringeren Kosten der Bestandskunden in den Geschwindigkeitsklassen < 50 Mbit/s nicht kostensenkend berücksichtigt werden, während eine Verlagerung hin zu einem höheren Datenvolumen jedenfalls nicht für diesen Betrachtungszeitraum zu erwarten ist.

Entsprechend dem genannten Berechnungsvorgehen ergeben sich hierbei Kosten von 1,89 EUR für 150 Mbit/s.

Zusatzkosten und Gemeinkosten

Zusatzkosten (insbesondere für Kundenakquisition, Kundenservice, Störungsannahme, Billing, Forderungsausfälle und einen etwaigen Widerruf durch den Endkunden) wurden in Höhe von insgesamt 6,26 € angesetzt. Der Wert entspricht des im Verfahren BK3i-19/020 angesetzten Kosten.

Kostenrelevant sind insbesondere die Kosten für Marketing/Kundenakquise **[BuGG]** sowie die Kosten für die Störungsannahme/-bearbeitung **[BuGG]**. Grundlage ist auch hier die im Rahmen des Verfahrens BK3i-19/020 durchgeführte Marktabfrage zu den glasfaserspezifischen Zusatzkosten.

Die Gemeinkosten werden entsprechend den Vorgaben der Gigabit-Empfehlung lediglich auf die eigenen Kosten des effizienten Nachfragers aufgeschlagen und nicht auf die Kosten der in Anspruch genommenen regulierten Vorleistungen. Hieraus ergibt sich ein Aufschlag in Höhe von 1,08 €.

Es werden vorliegend somit allein die „downstream“-Kosten, also die nachgelagerten Kosten des Wettbewerbers, um einen Gemeinkostenaufschlag erhöht und nicht der „wholesale input“. Diese umfassen die Kosten für den Transport ab BNG sowie weitere Zusatzkosten,

vgl. Anhang III Ziffer 3 der Gigabit-Empfehlung; Aufschlag „für gemeinsame Kosten **nachgelagerter Tätigkeiten**“.

Soweit die 1&1 Versatel erneut fordert, den Gemeinkostenzuschlag auch auf den „wholesale input“ anzuwenden, bleibt dies unbegründet. Mit der Gigabit-Empfehlung hat die Europäische Kommission deutlich gemacht, dass auch die Bestimmung der Gemeinkosten anhand des EEO-Maßstabes vorzunehmen ist:

„Die NRB sollten einen angemessenen Bezugszeitraum bestimmen, über den sie beurteilen, ob die Gewinnspanne zwischen dem Endkundenpreis des Flaggschiffprodukts und dem Entgelt für die relevanten regulierten Vorleistungen für den Zugang zum VHCN-Netz die Deckung der nachgelagerten Kosten ermöglicht (einschließlich eines angemessenen Prozentsatzes für die gemeinsamen Kosten), wobei die Berechnung entsprechend den obigen Nummern 1 und 2 erfolgt.“,

vgl. Anhang III Ziffer 14 der Gigabit-Empfehlung (Hervorhebung nur hier).

6.3.3.2.2.5. Erlöse und Erlösminderungen

Bezüglich der anzusetzenden Erlöse wird – wie bei den regelmäßig durchgeführten PKS-Prüfungen der Beschlusskammer – beim ERT eine „**Warenkorbbetrachtung**“ für die Geschwindigkeitsklasse vorgenommen, die eine Zusammenfassung mehrerer Tarife in einer Untersuchung anstelle einer separaten Prüfung bzgl. einzelner Tarife bzw. einzelner Kundengruppen beinhaltet. Ein Abstellen auf Tariffkombinationen ist zulässig, wenn alle als Referenz heranzuziehenden effizienten Wettbewerber diese Kombination ebenfalls anbieten können und hierdurch die Operationalisierbarkeit der Prüfung nicht in Frage gestellt wird.

Im Rahmen der „Warenkorbbildung“ für Breitbandbündelprodukte werden somit Neukundenrabatte (z.B. sechs Monate zum reduzierten Grundpreis), Online-Rabatte, Cash-Back-Rabatte (die oft bei einem Vertragsabschluss über Portale wie Verivox oder Check24 angeboten werden) und die reduzierten Grundpreise anteilig für Young-Kunden einbezogen.

Relevante Endkundenprodukte

Konkret für die vorliegende Kalkulation wurden die Erlöse anhand des aktuellen Endkundenpreises für die Flaggschiffprodukte der Betroffenen zu 2) ermittelt. Die Beschlusskammer hat daher für einen Anschluss der Geschwindigkeitsklasse 150 Mbit/s (Glasfaser 150) monatlich 34,04 € und Bereitstellungskosten in Höhe von 0,75 € angesetzt.

Bei den Berechnungen war der von der Betroffenen zu 2) gewährte Neukundenrabatt (Reduzierung des monatlichen Preises auf Brutto 19,95 EUR für sechs Monate) zu berücksichtigen. In die Erlösberechnung geht somit für sechs Monate der reduzierte Preis ein. Für die restliche Zeit der Kundenverweildauer wird der volle Preis einbezogen und dann ein monatlicher Durchschnittswert bestimmt.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass jeder Endkunde der Betroffenen zu 2) während der Kundenbindungsdauer zumindest einmal von Neukundenangeboten profitiert. Weiterhin werden ergänzend zum Standardtarif der Betroffenen auch Kundenanteile berücksichtigt, die über Online-Portale wie Verivox oder Check24 gewonnen werden und von Cash Back-Aktionen oder dem Erlass des Bereitstellungsentgelts profitieren.

Anders als noch im Konsultationsentwurf finden Tarife der Young-Kunden keine Berücksichtigung mehr. Die Betroffene zu 2) wird nach ihren Angaben diese Vergünstigung im Zusammenhang mit dem neuen Endkundenportfolio nicht mehr gewähren. Sollte sie in Zukunft zu einer solchen Rabbatierung zurückkehren, wird die Beschlusskammer die Auswirkungen auf den ERT untersuchen.

Bezüglich der einzelnen Kundenanteile (Vertragsabschluss per Shop, Online oder Portal, potentielle junge Kunden) hat die Beschlusskammer auf aktuelle wie auch vorhandene Angaben der Betroffenen zu 2) zurückgegriffen, die diese in diesem Verfahren – zuletzt mit Schreiben vom 09.02.2024 – gemacht hat. So schließen **[BuGG]** der Kunden den Vertrag im Shop ab, **[BuGG]** erledigen dies online. **[BuGG]** der Neukunden werden über Plattformen gewonnen.

Aus den Ermittlungen folgen mehrere „Gruppen“ von Neukunden:

- Der „normale“ Neukunde, der lediglich den für sechs Monate reduzierten Grundpreis in Anspruch nimmt (größte Gruppe mit **[BuGG]**).
- Kunden, die zusätzlich noch den Online-Vorteil von 100 EUR erhalten (**[BuGG]**).
- Neukunden, die neben dem Online-Vorteil zusätzlich den von Portalen gewährten Cash Back i. H. v. 180 EUR bekommen (**[BuGG]**).

Zur Erlösberechnung im Einzelnen:

Kundenbindungsdauer

Zur Umrechnung einmaliger Kosten auf den Monat sowie zur Berechnung der durchschnittlichen monatlichen Rabatte wurde auf den gesamten Zeitraum, in dem der Kunde Telekommunikationsleistungen von einem bestimmten Wettbewerbsunternehmen bezieht, zurückgegriffen (Kundenbindungsdauer). Danach errechnet sich eine Kundenbindungsdauer von 58,71 Monaten. Es wird auf die Ausführung zur Umrechnung der Einmalkosten verwiesen.

Zusätzliche Erlösminderungen

Wenn – wie vorliegend – die komplette Kundenbindungsdauer zu berücksichtigen ist, ist es erforderlich, die Durchschnittserlöse während dieses Zeitraumes abzuschätzen und dabei durchschnittliche Erlösminderungen hinreichend zu erfassen, damit die Möglichkeiten einer Amortisation der Kosten nicht überschätzt werden. Die Beschlusskammer hat Ermittlungen zu den diversen Erlösminderungen durchgeführt, die während der Kundenbindung von der Betroffenen zu 2) gewährt werden, und darauf aufbauend eine komplexe Herleitung der durchschnittlichen Rabattierungen vorgenommen. Soweit bei einem Tarifwechsel Vergünstigungen gewährt werden, ist diesem Umstand durch die Berücksichtigung von Retentionsmaßnahmen Rechnung zu tragen.

Voraussetzung für eine Berücksichtigung von Rabatten in Rahmen der Berechnungen ist, dass die Kunden eine reale Vergünstigung erhalten, wobei es keine Rolle spielt, ob es sich um eine Geld- oder Sachleistung handelt.

Zusätzlich zu den Erlösminderungen, die sich unmittelbar auf das Breitbandbündelprodukt beziehen, waren Rabattierungen zu erfassen, die bei Inanspruchnahme von über Festnetztelefonie und Internet hinausgehenden Leistungen im Rahmen von erweiterten Bündelprodukten gewährt werden. Bei den Zusatzdiensten handelt es sich in der Regel um TV- oder Mobilfunkprodukte. Im Rahmen der Bündelung erfolgt eine Rabattierung zugunsten der internen Kunden der Betroffenen zu 2) gegenüber externen Mobilfunk- oder TV-Kunden, die nicht Telefonie und Internetzugang über sie beziehen. Derartige Rabatte aus dem nichtregulierten Bereich wirken auch auf den regulierten Markt und können zu „versteckten“ Rabattierungen des Breitbandbündels führen. Dabei ist zu beachten, dass rund **[BuGG]** Endkunden der Betroffenen zu 2), mithin mehr als **[BuGG]** der relevanten Grundgesamtheit, einen Mobilfunkbündeltarif nutzt. In Bezug auf TV-Produkte hat die Betroffene zu 2) im mitgeteilt (Antwort auf Frage 1 c,aa vom 09.02.2024), dass sich der Anteil der Magenta-TV-Kunden am Gesamtbestand auf **[BuGG]** beläuft. Rund **[BuGG]** der Bestandskunden, die Magenta TV Basic nachfragen, erhalten einen monatlichen Rabatt von 5 EUR gegenüber externen Nachfragern von Magenta TV Smart.

Die Betroffene zu 2) hat keine Angaben über die Kosten der mit dem Anschluss gebündelten Produkte gemacht. Eine – auch im Verfahren BK3i-19/020 nicht erfolgte – entsprechende Ermittlung wäre aus Sicht der Beschlusskammer unverhältnismäßig. Nach Überzeugung der Beschlusskammer werden die betreffenden Rabatte nicht allein durch Breitbandprodukte, sondern ebenso aus den Margen des TV- und Mobilfunkgeschäfts refinanziert. Denn es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Betroffene zu 2) die Produkte ohne eine Bündelung lediglich zu den Erstellungskosten, also ohne eine Marge, vertreibt. Im Rahmen der vorliegenden Berechnungen legt die Beschlusskammer eine hälftige Aufteilung der Erlösminderungen auf Breitbandprodukte einerseits und die in dem jeweiligen Bündel enthaltenen zusätzlichen Leistungen (Mobilfunk bzw. TV) andererseits zugrunde. Ein solches Vorgehen scheint ein rationaler Ansatz für ein Unternehmen, das ein im Grundsatz gleichrangiges Interesse an einer Absatzsteigerung sowohl des Anschlusses als auch der gebündelten Produkte hat.

Im Ergebnis wurden letztlich die aus den Breitband-TV- bzw. Breitband-Mobilfunkbündeln resultierenden monetären Rabatte und die nicht monetären Rabatte zur Hälfte und gewichtet mit dem Anteil der Kunden, welche die entsprechenden Bündel in Anspruch nehmen, von den Standard-Preisen abgezogen. Insoweit erfolgt in Bezug auf die Mobilfunk- und TV-Bündel eine „Mischbetrachtung“ und keine separate PKS-Untersuchung für die diversen Einzeltarife. Zwar haben nicht alle Wettbewerber insbesondere TV-Bündel im Angebot. Jedoch können Endkunden der Wettbewerber einen Großteil der TV-Produkte der Betroffenen zu 2) oder anderer Anbieter wie Zattoo Deutschland GmbH, EXARING AG oder Vodafone (zu-) buchen. In der

Kombination können insoweit Triple-play-Produkte der Betroffenen zu 2) auch von Telefonie- und Internetkunden der Wettbewerber reproduziert werden. Dies impliziert eine mittelbare Nachbildbarkeit der betreffenden Bündel durch die Wettbewerber.

So wurden beispielsweise im Hinblick auf Breitband-Mobilfunkbündel Erlösminderungen durch den Rabatt von 5 € (4,20 € netto) auf den monatlichen Mobilfunkpreis und durch eine „Flatrate Festnetz-Mobilfunk“ in die Betrachtungen einbezogen. In Bezug auf das eingeräumte doppelte Datenvolumen, das eine weitere Vergünstigung im Rahmen eines Festnetz-/Mobilfunkbündels darstellen kann, hat die Marktabfrage 2022 ergeben, dass – im Vergleich zu den als Referenz herangezogenen ungebündelten Mobilfunktarifen – eine Mehrnutzung nicht beobachtet werden konnte. Für die Datenbereitstellung im Bündeltarif fallen in der Gesamtbetrachtung folglich keine zusätzlichen Kosten an. Dieses Ergebnis wurde durch aktuelle Ermittlungen der Beschlusskammer Ende 2023 bestätigt. Lediglich die gewährte M1-Preisreduzierung für den MagentaMobil XL (25 € brutto bzw. 21,01 € netto) wurde für **[BuGG]** Kunden **[BuGG]** erlösmindernd mit 0,09 € berücksichtigt.

Der Erlösminderungsansatz der Beschlusskammer in Bezug auf den MagentaMobil XL-Tarif ist entgegen der Kritik der Betroffenen zu 2) gerechtfertigt. Der Mobile-only-Kunde im MagentaMobil XL-Vertrag mit unbegrenztem Datenvolumen wird in den MagentaMobil L-Vertrag mit MagentaEINS – der im Bündel ebenfalls ein unbegrenztes Datenvolumen enthält – wechseln und anstelle von monatlich 84,95 € für die jeweiligen Einzelverträge im MagentaEins-Bündel lediglich ein monatliches Entgelt von 54,95 € zahlen. Nach den Angaben auf der Internetseite der Telekom (<https://www.telekom.de/magenta-eins>) ist der MagentaMobil XL-Tarif als Kombi-Paket zwar nicht buchbar. Doch wird dem Kunden im Kunden-Chat der Betroffenen zu 2) bei einem Wechsel in einen MagentaEins-Bündelvertrag ein Tarifwechsel seines Mobilfunkvertrages vom MagentaMobil XL in den günstigeren MagentaMobil L-Tarif angeboten. Der Vortrag der Betroffenen zu 2) geht auf diese Konstellation nicht ein.

Andererseits sieht die Beschlusskammer keine Grundlage für eine weitere Berücksichtigung von Erlösminderungen in Bezug auf das gewährte doppelte Datenvolumen für MagentaEins-Bündelprodukte. Maßgeblich für die kalkulatorische Bestimmung der Erlösminderung ist die tatsächliche Nutzung des Datenvolumens, die angebotene Datenmenge ist nicht ausschlaggebend. Die der Beschlusskammer vorliegenden umfangreichen Auswertungen lassen keine größere Datenmenge gegenüber den Mobilfunkkunden im jeweils entsprechenden Standardmobilfunktarifen erkennen. Damit entstehen durch das doppelte Datenvolumen auch keine zusätzlichen Kosten.

Der von Telefonica in diesem Zusammenhang im parallelen Verfahren BK3b-22/014 aus dem Geschäftsbericht 2022 der Betroffenen zu 2) abgeleitete MagentaEins-Anteilswert i.H.v. 38% bedeutet nicht, dass ein entsprechender Kundenanteil einen MagentaEins Vorteil in Höhe von monatlich 5 € erhält. Voraussetzung für diesen Vorteil ist, dass der Kunde einen Mobilfunk-Laufzeitvertrag mit einem monatlichen Grundpreis ab 29,95 € abgeschlossen hat. Soweit der Kunde z.B. einen Prepaid-Vertrag abgeschlossen hat, erhöht sich das Datenvolumen in der Vierwochen-Periode um 1GB. Deshalb sind die auf Anforderung der Beschlusskammer von der Betroffenen zu 2) gelieferten aktuellen Anteils- und Mengenangaben für die Kunden mit den jeweiligen Bündelprodukten plausibel. Ein pauschalierter Ansatz von 38% für alle Bündelvorteilsgruppen würde die Erlösminderungen deutlich überbewerten. Die den M1-Kunden der Betroffenen zu 2) gewährte All-Net-Flatrate im M1-Bündel wurde ebenfalls berücksichtigt, allerdings ist der betreffende erlösmindernde Betrag mit 0,01 € verhältnismäßig sehr gering.

Im Hinblick auf Breitband-TV-Bündel wurden Rabatte bzgl. Magenta Sport, Magenta TV und Disney Plus berücksichtigt.

Der seit April 2023 von der Betroffenen zu 2) neu eingeführte "Treuebonus" wurde nicht berücksichtigt, da dieser Ende des ersten Quartals 2024 abgeschafft wird.

Andere in Bündeln enthaltene TV-Leistungen sind unabhängig vom Bezug eines Breitbandbündelprodukts bei der Betroffenen zu 2) von Endkunden zu einheitlichen Konditionen beziehbar und haben damit keine Auswirkung auf die ERT-Betrachtungen. Die konkreten Berechnungen folgen grundsätzlich der Vorgehensweise bzgl. der Mobilfunkbündelrabatte: Die Rabatte werden zur Hälfte als Erlösminderungen übernommen und anteilig in die Berechnungen eingestellt. Einmalige Beträge werden hierbei über die o.g. durchschnittliche Kundenverweildauer auf einen Monatsbetrag umgerechnet.

Retentionsmaßnahmen, die überwiegend für Kunden anfallen, die bereits ihren Vertrag gekündigt haben und zum Bleiben bewegt werden sollen, führen anhand der vorliegenden Berechnungen zu Erlösminderungen von 0,35 EUR pro Monat und Kunde für einen Anschluss der Geschwindigkeitsklasse 150 Mbit/s. Sie ergeben sich insbesondere durch einmalige Zahlungen, das erneute Einräumen von reduzierten Grundpreisen für sechs Monate oder durch das Angebot, eine höhere Geschwindigkeitsklasse ohne Mehrkosten zu erhalten.

Die Erlösminderungen im Zusammenhang mit Vergünstigungen im Bereich Mobilfunk und TV summieren sich auf monatlich 0,70 EUR über alle Anschlussvarianten. Die Rabattierungen folgen aus der kostenlosen Zugabe von TV(Sport)-Angeboten und insbesondere aus reduziertem Grundpreis bei Mobilfunkleistungen und Rabattzahlungen, welche die Betroffene zu 2) unter dem Namen „Magenta 1“ anbietet.

Das zu zahlende Bereitstellungsentgelt von 69,95 EUR wurde, sofern es anfällt annualisiert (für den entsprechenden Anteil wurden die aktuellen Angaben der Betroffenen zu 2) aus diesem Verfahren angesetzt), und in einen Monatsbetrag umgerechnet. Auch hierbei wurde die o. g. durchschnittliche Kundenbindung von 58,71 Monaten zugrunde gelegt.

Zur Herstellung der Vergleichbarkeit einmaliger und laufender Beträge waren 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 Zinssatz von 2,96 % verwendet. Bei den Berechnungen wurde berücksichtigt, ob die Zahlungen zu Beginn der Laufzeit (z. B. Bereitstellungsentgelte) oder nachschüssig (Kündigungsentgelte) erfolgen und dementsprechend eine Auf- bzw. Abzinsung vorgenommen.

Die Berücksichtigung dieser Erlösminderungen ist geboten. Zum einen ist nicht nachgewiesen, dass sich die unregulierten Produkte auch unter Berücksichtigung der angebotenen Vorteile selber tragen. Zum anderen zeigen die steigenden Endkundenzahlen der Betroffenen zu 2), dass mit diesen Angeboten durchaus relevant Kundenentscheidungen beeinflusst werden und daher auch mit diesen Angeboten verbundene Erlösminderungen nicht außer Acht gelassen werden dürfen. Ebenso sind keine Gründe erkennbar, die dafürsprechen, sämtliche Erlösminderungen z.B. nur dem unregulierten Bereich zuzuordnen, oder die gegen eine hälftige Aufteilung dieser Minderungen auf den regulierten und unregulierten Teil sprechen.

Zusammenfassung

Eine wirtschaftliche Nachbildbarkeit des nach diesen Maßstäben bestimmten Flaggschiffprodukts der Betroffenen zu 2) auf Basis der Vorleistungsprodukte der Betroffenen zu 1) ist somit insgesamt gegeben; dem effizienten Wettbewerber verbleibt eine angemessene Marge, um die Bündelangebote des marktmächtigen Unternehmens nachbilden zu können:

	0,24 €		0,75 €
	2,27 €		34,04 €
	13,53 €		
	4,12 €		
	0,13 €		-0,70 €
	0,04 €		- 0,35 €
	1,89 €		
	6,26 €		
	1,08 €		
Summe Kosten	29,55 €	Summe Erlöse	33,74 €
Delta	4,19 €		

6.3.3.2.3. Nachbildbarkeit nach den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts

Auch bei Zugrundelegung des Maßstabs gemäß Art. 102 AEUV, welcher immer zu beachten ist, liegt keine Preis-Kosten-Schere vor. Die Endkundenentgelte der Betroffenen zu 2) sind auch nach dieser Betrachtungsweise mit den von der Betroffenen zu 1) angebotenen Vorleistungsentgelten nachbildbar.

Im Unterschied zu der unter Ziffer 6.3.3.2.2 durchgeführten Flaggschiffbetrachtung, war im Rahmen der Prüfung der Nachbildbarkeit nach den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts nach Art. 102 AEUV eine Gesamtbetrachtung sowohl der Vorleistungs- als auch der Endkundenprodukte über die verschiedenen Bandbreitenklassen vorzunehmen,

vgl. EuG, Urteil T-271/03 vom 10.04.2008, („Deutsche Telekom“), Rz. 149; Kommission, Entscheidung COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 vom 21.05.2003, („Deutsche Telekom“), Rz. 111 und 137.

Im Übrigen wurde analog zur Vorgehensweise bei der vorstehenden Flaggschiffprüfung vorgefahren. So wurden zur Vereinfachung der Prüfung nicht eigens die Kosten eines EEO berechnet, sondern entsprechend den Ausführungen oben (Ziffer 6.3.3.2.2) auch bei dieser Prüfung auf einen REO abgestellt. Dieses Vorgehen war deshalb gerechtfertigt, weil die Kosten des REO vorliegend tendenziell höher wären als die Kosten des EEO. Insbesondere wegen der längeren Kundenbindungsdauer von **[BuGG]** Monaten im Median im Netz der Betroffenen zu 2) führt die Heranziehung des REO anstelle des EEO zu einer Unterschätzung der Spanne zwischen den Preisen und den Kosten. Mit anderen Worten, das Delta wäre bei einem Abstellen auf den EEO größer als der errechnete Betrag von 5,22 EUR.

Die Prüfung soll die voraussichtliche Spanne eines effizienten Zugangsnachfragers in den nächsten Jahren bestimmen, sie ist also **zukunftsgerichtet**. Eine zukunftsgerichtete Prüfung ist geboten, weil der Test erfolgt, um die gebotene zukünftige Regulierung zu bestimmen. Deshalb hat die Beschlusskammer für die Bestimmung des Preises nicht auf die Verteilung im Bestand der Betroffenen zu 2) zurückgegriffen, sondern auf ihre – von der Beschlusskammer als grundsätzlich plausibel bewertete – Absatzprognose bezüglich ihrer neuen Tarifmaßnahme.

Insgesamt ergibt sich folgendes Ergebnis:

Monatliche Kosten des FTTH Nachfrager		Monatlicher Endkundenpreis Breitbandbündelprodukte GF	
Bereitstellung/Kündigung	0,24 €	Bereitstellungspreis	0,75 €
Infrastrukturentgelt	2,27 €	Erlöse (gewichtet)	37,99 €
Überlassung FTTH gewichtet	16,01 €		
Up-Front	4,12 €	<i>Zusätzliche Erlösminderungen für</i>	
Übergabeanschluss	0,13 €	TV/Mobilfunk	-0,70 €
Kollokation am BNG	0,04 €	Retention	-0,26 €
Transportkosten bis PoP	2,47 €		
Zusatzkosten	6,26 €		
Gemeinkosten	1,16 €		
Summe Kosten	32,56 €	Summe Erlöse	37,78 €
Delta	5,10 €		

Die ermittelte Spanne von 5,10 EUR zwischen dem Preis und den Kosten, die bei den in die Berechnung eingeflossenen Bereitstellungs- und Infrastrukturentgelten sowie den Transportkosten eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals beinhaltet, ist wie erwähnt wegen des REO-Ansatzes sowie der sicherheitshalber zugrunde gelegten Verteilung der FTTH-Anschlüsse zwischen den kleineren und größeren Ortsnetzen deutlich unterschätzt. Es ist nicht erforderlich, die Auswirkungen auf die wirtschaftliche Nachbildbarkeit des gesamten Produktkorbs im Einzelnen zu bewerten, weil die Marge bereits ohne dies hinreichend ist.

In der Gesamtbetrachtung ist der Anschluss mit 2 Gbit/s nicht berücksichtigt. Zwar wird dieses Produkt durch die Betroffene zu 2) bereits vermarktet, doch die Beschlusskammer geht davon aus, dass das Produkt bis zur nächsten turnusmäßigen Überprüfung des ERT – spätestens 2026 – keinen Einfluss auf die Betrachtung hat. Die Beschlusskammer erwartet bis zu diesem Zeitpunkt nur einen marginalen Anteil der Anschlussklasse 2 Gbit/s an den derzeitigen Bestandskunden. Dies ist darin begründet, dass es sich um ein Höchstpreisprodukt handelt. Der monatliche Nettopreis Glasfaser 2.000 übersteigt den hohen Preis des Glasfaser 1.000 um **[BuGG]**. Darüber hinaus wird die Variante nur an einem kleinen Anteil der FTTH-Anschlüsse der Betroffenen zu 2) überhaupt angeboten werden. Angesichts dieser Gesamtumstände erscheint es als wenig wahrscheinlich, dass das Produkt eine auch nur ansatzweise relevante Bedeutung für die Gesamtbetrachtung bis 2026 gewinnen wird.

Im Ergebnis ist das Angebot der Betroffenen zu 2) also auch nach den allgemeinen Grundsätzen des Wettbewerbsrechts nachbildbar.

6.3.3.2.4. Fazit ERT

Der ERT hat ergeben, dass ein effizienter Nutzer des BNG-Glasfaser-VULA über eine Spanne von mindestens 4,19 EUR pro Monat zwischen dem Preis für das Flaggschiffprodukt Glasfaser 150 und seinen Kosten verfügt. In Bezug auf das gesamte aktuelle Produktportfolio der Betroffenen zu 2) beträgt die dem effizienten Nutzer verbleibende Spanne mindestens 5,10 EUR pro Monat. Innerhalb dieser Spanne wurde eine angemessene Verzinsung berücksichtigt. Bezogen auf die Umrechnung addiert sich die in die Berechnung der Bereitstellungs- und Infrastrukturentgelte sowie die Transportkosten eingeflossene angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Damit ist das Endkunden-Angebot der Betroffenen zu 2) mit dem BNG-Glasfaser-VULA der Betroffenen zu 1) ökonomisch nachbildbar.

Aus dieser Feststellung folgt zugleich, dass der Betroffenen zu 1) aus der auferlegten EoI-Verpflichtung und der nach § 24 Abs. 2 TKG damit verbundenen Maßgabe gleicher Entgelte

für externe wie interne Zugangsnachfrager keine unmittelbare zusätzliche Belastung erwächst, das insoweit betrachtete Anbieterinteresse also nicht in signifikanter Weise beeinträchtigt wird.

6.3.3.3. Keine Zusatzbelastung durch Maßgabe gleicher Bedingungen und des gleichen Dienstumfangs

Das Anbieterinteresse der Betroffenen zu 1) wird auch nicht dadurch in ausschlaggebender Weise beeinträchtigt, dass sich die EoI-Verpflichtung aus § 24 Abs. 2 TKG ebenso auf die Sicherstellung gleicher Bedingungen und insbesondere eines gleichen Dienstumfangs bezieht.

Wie zuvor bereits skizziert, erstreckt sich die Verpflichtung aus § 24 Abs. 2 TKG inhaltlich nicht allein auf die Zugangsgewährung mittels gleicher Systeme und Prozesse. Der Zugang ist darüber hinaus zu den gleichen inhaltlichen Bedingungen zu gewähren, was u.a. auch die Gleichheit des jeweiligen Dienstumfangs beinhaltet. Diese Anforderung ergibt sich schon denklogisch daraus, dass ein chancengleicher Wettbewerb auf Endkundenebene nur dann möglich ist, wenn das seitens der Wettbewerber bezogene Vorleistungsprodukt inhaltlich-technisch so ausgestaltet ist, dass sie hierauf aufbauend Produkte im Endkundenmarkt platzieren können, die mit denjenigen des marktmächtigen Unternehmens hinsichtlich Leistung und Qualität nach Möglichkeit identisch sind. Wettbewerber müssen in diesem Sinne also zu einer technischen Nachbildung der fraglichen Endkundenprodukte befähigt sein.

Der FB-Vertrag der Betroffenen zu 1) ermöglicht effizienten Zugangsnachfragern, die Endkundenangebote der Betroffenen zu 2) technisch nachzubilden. Voraussetzung ist, dass die im Vertragsangebot enthaltenen Zugangsleistungen alle erforderlichen Leistungsparameter bieten, um entsprechende Endkundenangebote produzieren zu können. Eine Nachbildbarkeit ist nur möglich, wenn auch Informationen, Bestell- und Bereitstellungsverfahren sowie der Betrieb inklusive Service einem Zugangsnachfrager ein gleichwertiges Endkundenangebot ermöglichen.

Nachbildbarkeit der Leistungsparameter

Endkundenangebot der Betroffenen zu 2)

Die Betroffene zu 2) wird nach ihren Angaben vom 31.05.2024 über ihr massenmarktfähiges Glasfasernetz Endkundenprodukte in folgenden Anschlussvarianten anbieten:

Variante	Downstream (Mbit/s)			Upstream (Mbit/s)		
	minimal	normal	maximal	minimal	normal	maximal
Glasfaser 150	150	150	150	75	75	75
Glasfaser 300	300	300	300	150	150	150
Glasfaser 600	500	600	600	300	300	300
Glasfaser 1.000	700	1.000	1.000	500	500	500
Glasfaser 2.000	1.400	1.700	2.000	1.000	1.000	1.000
G.Fast 150	150	150	150	75	75	75
G.Fast 300	300	300	300	150	150	150
G.Fast 600	500	600	600	200	200	200
G.Fast 1.000	700	850	1.000	200	200	200

Die Entstörfrist beträgt nach Angaben der Betroffenen zu 2) 24 Stunden und die Verfügbarkeit liegt bei 97 % im Jahresdurchschnitt.

Zusätzlich wird die Betroffene zu 2) nach eigenen Angaben gegenüber der Beschlusskammer unter den Bezeichnungen Business Glasfaser Start und Business Glasfaser Pro die folgenden Anschlussvarianten anbieten:

Produkt-Variante	Downstream (Mbit/s)	Upstream (Mbit/s)
Start 150/ Pro 150	150 Mbit/s	75 Mbit/s
Start 300/ Pro 300	300 Mbit/s	150 Mbit/s
Start 600/ Pro 600	600 Mbit/s	300 Mbit/s
Start 1000/ Pro 1000	1.000 Mbit/s	500 Mbit/s
Start 2000/ Pro 2000	2.000 Mbit/s	1.000 Mbit/s

Die Entstörfrist beträgt hier nach Angaben der Betroffenen zu 2) acht Stunden und die mittlere Verfügbarkeit des Internet-Zugangs liegt bei 97 % im Jahresdurchschnitt.

FB-Vertrag der Betroffenen zu 1)

Der FB-Vertrag der Betroffenen zu 1) wird voraussichtlich zum 01.07.2024 die Nachbildung der Angebotsparameter des Endkundenangebots der Betroffenen zu 2) ermöglichen.

Redaktioneller Hinweis: **[BUGG]**. Die Beschlusskammer bewertet den ihr mitgeteilten Verhandlungsstand als so belastbar, dass sie für die Zwecke der Konsolidierung eine entsprechende Anpassung des Vorleistungsangebots zum **[BUGG]** berücksichtigt.

Der FB-Vertrag der Betroffenen zu 1) enthält folgende Anschlussvarianten:

Variante	Downstream (Mbit/s)			Upstream (Mbit/s)		
	Untere Datenrate	Mittlere Datenrate	Obergrenze Datenrate	Untere Datenrate	Mittlere Datenrate	Obergrenze Datenrate
FTTH 50000	45	50	50	8	10	10
FTTH 100000	80	100	100	45	50	50
FTTH 250000	200	250	250	45	50	50
FTTH 500000	400	500	500	80	100	100
FTTH 1000000	700	850	1.000	200	200	200
FTTH 2000000 XGS, sofern verfügbar	1400	1700	2000	1.000	1.000	1.000

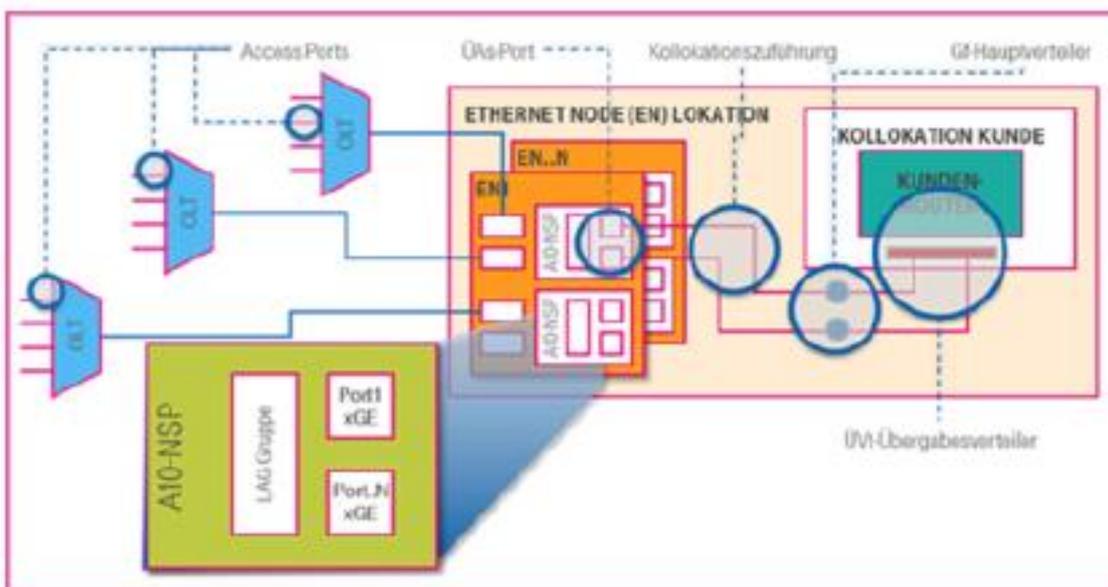
Die Verfügbarkeit mindestens der mittleren Datenrate liegt bei 97 % im monatlichen Durchschnitt, sofern der Anschluss nicht in der Entstörung ist, Ziffer 2 Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Access FTTH).

Zusätzlich soll der FB-Vertrag der Betroffenen zu 1) voraussichtlich um die folgende Anschlussvarianten erweitert werden:

Variante	Downstream (Mbit/s)	Upstream (Mbit/s)
FB-Access FTTH 150000 Pro	150	75
FB-Access FTTH 300000 Pro	300	150
FB-Access FTTH 600000 Pro	600	300
FB-Access FTTH 1000000 Pro	1.000	500

Die künftigen Varianten der Betroffenen zu 2) im Endkundensegment können zwar nur begrenzt mit den bestehenden Vorleistungsprodukten der Betroffenen zu 1) nachgebildet werden, wohl aber durch die – für die Zwecke der Konsolidierung unterstellte – Erweiterung des Produktangebots der Betroffenen zu 1). **Sofern diese Erweiterung wider Erwarten nicht während der Konsolidierung beschlossen wird, wird die Beschlusskammer ihren Entscheidungsentwurf zurückziehen und ggf. über vorläufige Maßnahmen entscheiden müssen.**

Mit dem FB-Übergabeanschluss am Ethernet-Netzknoten (EN) erfolgt die netztechnische Verbindung der Infrastrukturen der Vertragspartner auf einer Technikfläche des Kunden an einem EN der Betroffenen zu 1). Der FB-Übergabeanschluss am EN reicht vom ausgangsseitigen Port (Netzkopplung an einer A10-NSP-Schnittstelle) am Broadband Network Gateway (BNG) über die Zuführung zu dem Abschnitt des Kunden gemäß Ziffer 4 bis zur Abschlusseinrichtung am Patchpanel.



Der Datenstrom der jeweiligen Anschlüsse muss an dem BNG übernommen werden, an dem die jeweilige Glasfaser-TAL angeschlossen ist. Der Vertrag sieht zwei Varianten der Übergabeanschlüsse vor (vgl. Ziffer 3 Anhang A Leistungsbeschreibung FB-Übergabeanschluss am Ethernet-Node und FB-Transport in der Übergabeanschlussvariante am Ethernet-Node):

Übertragungs-Geschwindigkeit	Schnittstelle entsprechend IEEE-Standards	
	ÜP elektrisch / optisch	System
1 Gbit/s	Stecker/Buchse-Typ SSt.: LC/APC 9 Grad bei 1310nm als Standardbauweise	Ethernet-Standard IEEE 802.3z
10 Gbit/s	Stecker/Buchse-Typ SSt.: LC/APC 9 Grad bei 1310nm als Standardbauweise	10GBaseER/LR Ethernet-Standard IEEE 802.3ae

Weil die Anzahl der an einem BNG angeschlossenen Glasfaser-TAL begrenzt ist, ist die angebotene Übergabeanschluss-Kapazität ausreichend für eine Nachbildung der von der Betroffenen zu 2) angebotenen Endkundenprodukte.

Hinsichtlich des Transports kann der KUNDE der Betroffenen zu 1) zwischen vier Verkehrsklassen wählen: Best Effort sowie drei Qualitätsklassen, für die jeweils unterschiedliche Transportgarantien hinterlegt sind (Ziffer 6.3 Anhang A Leistungsbeschreibung FB-Übergabeanschluss am Ethernet-Node und FB-Transport in der Übergabeanschlussvariante am Ethernet-Node):

Verkehrsklasse	Laufzeit	Laufzeitschwankungen	Paketverlustrate
Realtime	<20 ms	<3 ms	<0,1 %
Streaming	<25 ms	<5 ms	<0,1 %
Critical Application	<35 ms	15 ms	<0,01 %
Best Effort	----	----	----

Durch Nutzung der Verkehrsklassen kann der Zugangsnachfrager insbesondere qualitative Telefonie und Streamingdienste anbieten und über Best Effort einen Internetzugang. Zwar ist die Transportgarantie dahingehend limitiert, dass diese nur bis zu einer Anschlussauslastung von 75 % mit Qualitätsverkehr gilt, doch beeinträchtigt dies nicht die Nachbildbarkeit der Endkundenprodukte der Betroffenen zu 2). Denn auch diese bietet über die Massenmarkt Glasfaser-TAL keine Teilnehmeranschlüsse mit einer weitergehenden Verkehrsgarantie an.

Dienstumfangvereinbarungen

Die Umsetzung der Gleichbehandlungspflicht setzt auch voraus, dass grundlegende Leistungsindikatoren durch Dienstumfangvereinbarungen sichergestellt sind,

Nr. 18 ff. Gigabit-Empfehlung.

Der FB-Vertrag der Betroffenen zu 1) enthält solche Dienstumfangvereinbarungen für die grundlegenden Leistungsindikatoren.

Schnittstellen

Die Bereitstellung und Verfügbarkeit der erforderlichen elektronischen Schnittstellen ist im Anhang G – Regelungen im Zusammenhang mit der Nutzung von elektronischen Auftrags- und Entstörschnittstellen geregelt. Die Orderschnittstelle steht grundsätzlich ununterbrochen zur Verfügung und die Verfügbarkeit wird an Werktagen (Montag bis Samstag) in der Zeit zwischen 6 und 22 Uhr mit mindestens 99 % im Jahresmittel garantiert (Ziffer 3.4.1). Die Entstörschnittstelle wird ununterbrochen zur Verfügung gestellt, es wird ebenfalls eine Verfügbarkeit

von mindestens 99 % im Jahresmittel garantiert (Ziffer 3.4.2). Ausgenommen von der Garantie sind vorab angekündigte Wartungsarbeiten (Ziffer 3.5).

Bestellbearbeitung Übergabeanschluss

Eine Bestellung des Übergabeanschlusses wird innerhalb von 14 Werktagen bzw. 30 Werktagen bei Massenbestellungen bearbeitet, Ziffer 5.1, Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Übergabeanschluss am Ethernet-Node und FB-Transport in der Übergabeanschlussvariante am Ethernet-Node.

Bereitstellung Übergabeanschluss

Die Bereitstellungsfrist beträgt 75 Werktage bzw. sechs Monate ab Bestellung, Ziffer 5.4, Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Übergabeanschluss am Ethernet-Node und FB-Transport in der Übergabeanschlussvariante am Ethernet-Node

Entstörung Übergabeanschluss

Die Störungsmeldung für den Übergabeanschluss ist jederzeit möglich, Ziffer 6.1 Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Übergabeanschluss am Ethernet-Node und FB-Transport in der Übergabeanschlussvariante am Ethernet-Node und die Entstörfrist für den Übergabeanschluss beträgt acht Stunden, Ziffer 6.2, Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Übergabeanschluss am Ethernet-Node und FB-Transport in der Übergabeanschlussvariante am Ethernet-Node. Bei einer Überschreitung der Frist fällt eine Schadenspauschale an, Ziffer 6.3, Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Übergabeanschluss am Ethernet-Node und FB-Transport in der Übergabeanschlussvariante am Ethernet-Node.

Entstörung Transport

Die Störungsmeldung für den Transport ist jederzeit möglich und eine Entstörung muss unverzüglich erfolgen, Ziffer 9 Anhang A Leistungsbeschreibung FB-Übergabeanschluss am Ethernet-Node und FB-Transport in der Übergabeanschlussvariante am Ethernet-Node.

Verfügbarkeitsinformation FB-Access

In Ziffer 4, Anhang A – Leistungsbeschreibung FB-Access und im Anhang D ist die Pflicht der Betroffenen zu 1) geregelt, eine tagesaktuelle Einzelrecherche (Ziffer 2, Anhang D Regelungen zu FB-Access FTTH-Verfügbarkeitsinformationen) über eine automatisierte elektronische Schnittstelle sowie eine wöchentliche adressbasierte Recherche über den gesamten Ausbaustatus, inklusive bestellbare HHUStO an der jeweiligen Adresse Ziffer 3.1 Anhang D Regelungen zu FB-Access FTTH-Verfügbarkeitsinformationen, bereitzustellen. Die Information über den Ausbaustatus erfolgt bei mehreren Gebäudeteilen an einer Adresse mit der Auflistung der Gebäudeteile mit dem Ausbaustatus je Gebäudeteil. Die Verfügbarkeitsabfrage unterteilt den Ausbaustatus gemäß Anhang H in zehn unterschiedliche Fälle. Der Zugangsnachfrager erfährt, ob für eine Adresse eine Ausbauplanung besteht oder der Ausbau schon erfolgt ist. Bei der Planung gibt es die Unterteilung nach dem Planungsstatus, beginnend mit den Gebieten, die in der Planung sind, aber ein Ausbau noch nicht beschlossen ist. Hier sind zwei Stadien vorgesehen: „areaPlanned“, eine Buchung ist nicht möglich, und „vvmOngoing“, eine Buchung ist möglich, steht aber unter dem Vorbehalt des tatsächlichen Ausbaus. Soweit der Ausbau geplant und beschlossen ist, gibt es eine Unterteilung nach dem jeweiligen Ausbaustand. Weil auch der Retail-Bereich der Betroffenen zu 1) auf dieselben Verfügbarkeitsdaten zugreift, kann der Zugangsnachfrager zeitgleich mit dem Retail die Vermarktung in zukünftigen Ausbaugebieten beginnen.

Bestellung FB-Access

Der Bestellprozess differenziert nach den Bereitstellungsprozessen Connected und Not Connected. Für den Fall Connected ist eine Bestellbearbeitung innerhalb von 24 Stunden geregelt (Ziffer 6.4.2, Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Access FTTH). Für den Fall Not Connected ist für die jeweils im Anhang H – Ausbaustatus FB-Access definierten Fälle

Ausbaugebiet, Hausstich und Inhausverkabelung eine Bearbeitungsfrist von vier Wochen geregelt und für den Fall Gebietsausbau in Planung, Bestellung möglich, von drei Monaten, Ziffer 6.3.1, Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Access FTTH.

Bereitstellung FB-Access

Die Bereitstellung erfolgt im Fall Connected am Kundenwuschtermin, Ziffer 6.4 und Ziffer 9 des Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Access FTTH. Im Fall Not Connected erfolgt die Bereitstellung nach Herstellung der Konnektivität. Ist die Adresse als „Homes Passed: Der Leitungsweg ist in der Straße vorhanden“ in der Verfügbarkeitsdatenbank qualifiziert oder mit einem weitergehenden Ausbaustatus, ist eine Bereitstellungsfrist von sechs Monaten geregelt, Ziffer 9.1.1. Soweit der bestellte Anschluss in einem Gebiet eines Ausbauvorhabens (area-Planned, vvmOngoing, planned) liegt, gilt keine Bereitstellungsfrist.

Der Umstand, dass für Bestellungen in Gebieten eines Ausbauvorhabens keine Bereitstellungsfrist geregelt ist, ist nicht zu beanstanden. Denn in diesem Fall wird in dem Ausbaugebiet das Netz erstmals erstellt und nicht nur ein Anschluss (Hausstich oder Inhausverkabelung) hergestellt. Die Bestellmöglichkeit in diesem frühen Ausbaustadium führt zu einer Gleichstellung der FB-Vertrags-Kunden mit dem Retail-Bereich der Betroffenen zu 1). Aber es kann keine (sinnvolle) pauschale Frist für die Bereitstellung bestimmt werden. Denn einerseits kann der Ausbau noch nicht beschlossen sein und ggfs. von der Vorvermarktung abhängen. Andererseits hängt der Aufwand der Erschließung, auch wenn der Ausbau bereits beschlossen ist, stark von den lokalen Gegebenheiten ab.

Entstörung FB-Access

Die Störungsmeldung ist ununterbrochen möglich, Ziffer 13.2.1 und 13.3.3 Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Access FTTH. Der Standard-Service erfolgt werktags innerhalb von 24 Stunden, soweit die Störmeldung innerhalb der Services-Bereitschaft (Werktags, Montag bis Freitag 8 bis 20 Uhr und Samstag 8 bis 16 Uhr) erfolgt, Ziffer 13.2.2, Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Access FTTH. Die Express-Entstörung erfolgt jederzeit innerhalb von acht Stunden, Ziffer 13.3.4 Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Access FTTH.

Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass über das Vertragsangebot der Betroffenen zu 1) die technische Nachbildbarkeit gewährleistet ist.

Hieraus folgt schlussendlich, dass die Betroffene zu 1) bereits von sich aus ihre der Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 TKG unterfallenden Zugangsprodukte derart ausgestaltet hat, dass ein gleicher Dienstumfang im Sinne dieser Vorschrift gegeben ist. Demzufolge erwächst ihr aus der Auferlegung dieser Verpflichtung auch keine signifikante Mehrbelastung bzw. eine denkbare Beeinträchtigung ihres dahingehenden Anbieterinteresses fällt entsprechend marginal aus.

6.3.3.4. Verzicht auf eine ex ante-Entgeltregulierung, Nr. 14 lit. b) der Gigabit-Empfehlung

Als weiteres im Rahmen der Angemessenheit einer Eol-Verpflichtung zu betrachtendes Abwägungskriterium benennt Nr. 14 lit. b) der Gigabit-Empfehlung den etwaigen Verzicht auf die Festlegung regulierter Zugangsentgelte unter Maßgabe der Nr. 46 und 47 der Gigabit-Empfehlung. Korrespondierend statuiert Nr. 38 Gigabit-Empfehlung, dass hinsichtlich der fraglichen Zugangsprodukte von einer strengen Entgeltkontrolle abgesehen werden soll, wenn bereits eine Eol-Verpflichtung auferlegt wird und den Wettbewerbern eine technische und ökonomische Replizierbarkeit der fraglichen Endkundenprodukte möglich ist.

Letztlich kommt hierin der Gedanke zum Ausdruck, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen und dem mit ihm nach § 3 Nr. 69 TKG verbundenen oder zusammengeschlossenen

Unternehmen im Hinblick auf die erforderlichen Investitionen in neue (Glasfaser-)Netze größere Flexibilitäten bei der Entgeltgestaltung gewährt werden können. Damit hiervon aber keine Gefährdung des chancengleichen Wettbewerbs ausgeht, ist parallel ein wirksames Sicherheitsnetz aus Nichtdiskriminierungsverpflichtungen aufzuspannen. Dieses besteht aus den Tests zur wirtschaftlichen und technischen Replizierbarkeit,

vgl. hierzu Nr. 18 bis 24 Gigabit-Empfehlung,

und eben der Nichtdiskriminierungsverpflichtung nach Maßgabe des EoI-Prinzips.

Auch vor diesem Hintergrund erweist sich die Auferlegung des strengeren EoI-Maßstabes als angemessen. Denn unter anderem werden durch diesen Absicherungsmechanismus Erleichterungen bei der Entgeltregulierung ermöglicht, die wiederum dazu geeignet sind, einen beschleunigten Ausbau glasfaserbasierter Netze zu unterstützen.

6.3.4. Gesamtergebnis

Es sprechen überwiegende Gründe für die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung nach Maßgabe des EoI-Ansatzes im Hinblick auf den BNG-Glasfaser-VULA der Betroffenen zu 1). Eine EoI-Verpflichtung ist aufgrund des durch sie ermöglichten Zugriffs der Zugangsinteressenten auf die gleichen Systeme und Prozesse sowie die Gewährleistung der wirtschaftlichen und technischen Nachbildbarkeit der einschlägigen Produkte in der Lage, einen besonders hohen Schutz vor Diskriminierungen zu bieten. Zugleich sind keine durchschlagenden Argumente ersichtlich, die hier gegen eine Angemessenheit einer derartigen Verpflichtung streiten. Der Wettbewerbsaspekt sowie der gleichzeitige Verzicht auf eine strenge Kontrolle der entsprechenden Vorleistungsentgelte unterstreichen vielmehr die Vorzugswürdigkeit einer möglichst strengen Gleichbehandlungsverpflichtung.

Insbesondere sprechen keine durchschlagenden Aspekte des Anbieterinteresses gegen die Auferlegung einer EoI-Verpflichtung. Denn letztlich kommt hier der auch in der Gigabit-Empfehlung mehrfach zum Ausdruck gebrachte Gedanke zum Zug, nach dem sich die durch die Auferlegung einer EoI-Verpflichtung entstehenden zusätzlichen Befolgungsaufwände dann üblicherweise gering ausnehmen, wenn es sich um vergleichsweise neue (Zugangs-) Systeme handelt. So verhält es sich hier. Das von der Betroffene zu 1) verwendete IT- und Prozesssystem wird als EoI-konform bewertet Insofern fallen auch keine zusätzlichen finanziellen Umstellungsaufwendungen für die Betroffene zu 1) an.

Zu einem gegenteiligen Ergebnis führt auch nicht die Betrachtung ihres Anbieterinteresses im Übrigen. Zwar folgt aus der Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 TKG auch die Maßgabe der Gleichheit der Entgelte sowie der sonstigen Bedingungen, insbesondere des Dienstumfangs, wodurch das Anbieterinteresse bzw. die rechtliche und wirtschaftliche Dispositionsfreiheit der Betroffenen zu 1) grundsätzlich gemindert wird. Dem kann hier indes kein durchschlagendes Gewicht beigemessen werden. Denn zum einen hat die Betroffene zu 1) ihre entsprechenden Entgelte bzw. die technischen Parameter der zur Verfügung gestellten Produkte ausweislich des der Beschlusskammer vorliegenden Vertragsangebots schon von sich aus so ausgestaltet, dass diesbezüglich jedenfalls derzeit keine Anpassungen im Hinblick auf § 24 Abs. 2 TKG erforderlich sind. Und zum anderen folgt unmittelbar hieraus auch, dass die diesbezügliche Belastung der Betroffenen zu 1) allenfalls marginal ausfallen kann, jedenfalls aber nicht in einem solchen Ausmaß, dass es die beschriebenen Vorteile einer EoI-Verpflichtung für die Wettbewerbssicherung und die Nutzer- bzw. Verbraucherinteressen zu überlagern vermöchte; zumal die Pflicht zur Gewährung gleicher Preise der Betroffenen 1) durch ein Absehen von einer Entgeltregulierung kompensiert wird.

7. Monitoring

Die Betroffene zu 1) unterliegt hinsichtlich des BNG-Glasfaser-VULA der Verpflichtung, im Rahmen der Zugangsgewährung KPI fortlaufend zu erfassen und der Bundesnetzagentur regelmäßig zu übermitteln, um derart ein Monitoring hinsichtlich der diskriminierungsfreien Zugangsgewährung zu ermöglichen. Diese Verpflichtung wurde ursprünglich mit Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015 der Betroffenen zu 2. auferlegt und gilt auch für die Betroffene zu 1) insofern, als die Beschlusskammer hierzu bislang keine andere Festlegung gegenüber der Betroffenen zu 1) getroffen hat.

Die Beschlusskammer kommt nachfolgend zu dem Ergebnis, dass die Monitoringverpflichtungen hinsichtlich des BNG-Glasfaser-VULA beibehalten werden.

Denn ein verpflichtendes Monitoring zentraler Leistungsindikatoren stellt sicher, dass der jeweilige Zugang auf objektiven Maßstäben beruht und die Art der Zugangsgewährung konkret vergleichbar ist. Ein solches Monitoring wird deshalb auch von Nr. 27 f. der Gigabit-Empfehlung als geeignetes Element des Nichtdiskriminierungskonzeptes empfohlen, um ggf. geeignete Maßnahmen ergreifen zu können, wenn die Ergebnisse der Leistungsindikatoren darauf hinweisen, dass der Betreiber seiner Nichtdiskriminierungsverpflichtung möglicherweise nicht vollumfänglich nachkommt.

Die genaue *Ausgestaltung* dieser Leistungsindikatoren erfolgt grundsätzlich in den konkreten Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien bzw. im jeweiligen Standardangebots- und ggf. Anordnungsverfahren.

7.1. Monitoring Zugang zu baulichen Anlagen

Die Beschlusskammer verpflichtet die Betroffene zu 1) in **Tenorziffer 4.** hinsichtlich der Gewährung des Zugangs zu ihren baulichen Anlagen basierend auf Nr. 25 i.V.m. Anhang I der Gigabit-Empfehlung dazu, wesentliche Leistungsindikatoren zu erfassen und zu veröffentlichen. Dies gilt insbesondere für

- den Bestellprozess und
- die Bereitstellung.

Nach Überzeugung der Beschlusskammer ist ein KPI-Monitoring in Bezug auf diese Parameter dazu geeignet, die Einhaltung der Nichtdiskriminierungsverpflichtung nach dem EoO-Prinzip nachvollziehbar und kontrollierbar zu machen, sofern die hierzu entwickelten KPI ein sachgerechtes Bild der Leistungsbereitstellung nachbilden.

Im Gegensatz zum Zugang zu den Teilnehmeranschlüssen gibt es beim Zugang zu baulichen Anlagen keinen direkten Bezug zu den endkundenbezogenen Prozessen. Deshalb erschöpft sich das Monitoring bei den baulichen Anlagen in der Überwachung der Vorleistungs-KPI.

Bezogen auf den Bestellprozess müssen die KPI daher jedenfalls wiedergeben,

- innerhalb welcher Fristen Bestellungen der Zugangsnachfrager bestätigt oder abgelehnt wurden und
- wie viele Bestellungen innerhalb eines wiederkehrenden Zeitfensters abgelehnt worden sind – untergliedert nach den Ablehnungsgründen.

Im Rahmen der Leistungsbereitstellung ist nach Ansicht der Beschlusskammer die Dauer zwischen der positiven Bestellbestätigung und der tatsächlichen Bereitstellung zu erfassen, sowie die Anzahl der Bereitstellungen zum verbindlichen Liefertermin.

Die Erfassung der Dienstqualität ist nicht geboten, weil es bei der Überlassung der baulichen Anlagen keine differenzierte Qualität geben kann. Aus diesem Grund wird auch der Entstör-service ein sehr seltener Ausnahmefall sein, so dass ein Monitoring nicht aussagekräftig wäre.

Die Beschlusskammer hält es für sachgerecht, dass der Bundesnetzagentur die entsprechenden Leistungsdaten quartalsweise übermittelt werden.

7.2. Zentrale Leistungsindikatoren Monitoring BNG-Glasfaser-VULA

7.2.1. Monitoringverpflichtung der Betroffenen zu 1)

Bezüglich des BNG-Glasfaser-VULA hält es die Beschlusskammer zwecks Nachhaltung einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung für notwendig, dass die Betroffene zu 1) zentrale Leistungsindikatoren hinsichtlich der Zugangsgewährung erfasst und veröffentlicht, namentlich in Bezug auf

- den Bestellprozess,
- die Bereitstellung und
- Dienstqualität,
- einschließlich der Mängel und des Entstörprozesses sowie der
- Migrationsprozesse, innerhalb derer Zugangsinteressenten zwischen verschiedenen Vorleistungen wechseln können.

Die entsprechende Verpflichtung basiert auf Nr. 25 i.V.m. Anhang I der Gigabit-Empfehlung.

Denn nach Überzeugung der Beschlusskammer bildet ein KPI-Monitoring bezüglich dieser Parameter einen wesentlichen Baustein für die Absicherung und Nachhaltung der auferlegten EoI-Gleichbehandlungsverpflichtung. Zwar ist es dem EoI-Ansatz grundsätzlich inhärent, dass die relevanten Systeme und Prozesse so ausgelegt sind, dass eine diskriminierende Zugangsgewährung kaum möglich ist. Um aber fortlaufend nachhalten zu können, ob die EoI-Implementierung initial und langfristig effektiv erfolgt und demnach die entsprechenden Systeme und Prozesse durch interne wie externe Nachfrager in identischer Weise genutzt werden können, ist die auferlegte Gleichbehandlungsverpflichtung auch im Falle des EoI durch ein sachgerechtes KPI-Monitoring zu flankieren.

Bezogen auf den Bestellprozess für Neuschaltungen sowie für Produktwechsel müssen die KPI daher – wie auch bisher – jedenfalls wiedergeben, innerhalb welcher Frist die Betroffene zu 1) Bestellungen der Zugangsnachfrager bestätigt oder abgelehnt hat. Dabei ist die Bildung von Mittelwerten möglichst zu vermeiden. Ebenfalls relevant für die Bestellung ist zudem die Darstellung, wie viele Bestellungen abgelehnt worden sind. Hierbei ist weiterhin nach den Ablehnungsgründen zu untergliedern, um eine Zuordnung zu Verantwortungsbereichen zu ermöglichen.

Bei dem Bestell- und Bereitstellungsservice sind zudem sowohl die Connected- als auch die Not-Connected-Fälle getrennt zu erfassen und zusätzlich die Not-Connected-Fälle entsprechend dem Anhang H des FB-Vertrages auszudifferenzieren.

Im Rahmen der Leistungsbereitstellung dieser Bestellungen ist nach Ansicht der Beschlusskammer die Anschaltdauer zwischen dem vereinbarten Liefertermin und der tatsächlichen Bereitstellung zu erfassen, sowie die Anzahl der Bereitstellungen zum verbindlichen Liefertermin, die Anzahl durchgeführter Courtesy Calls und – wie bereits beim Bestellprozess – die Anzahl der abgebrochenen Bereitstellungen aufgeschlüsselt nach den jeweiligen Abbruchgründen.

Soweit sich das der Betroffenen zu 1) auferlegte KPI-Monitoring auf die Dienstqualität bezieht, sind entsprechend den im Standardangebot festgelegten Qualitätsparametern Leistungsindikatoren festzuhalten, die die Qualität des jeweiligen physischen oder virtuellen Zugangsprodukts sachgerecht abbilden.

Das Monitoring ist einschließlich der angestellten Berechnungsmethoden monatlich der Bundesnetzagentur sowie auf Nachfrage dem jeweils betroffenen Zugangsnachfrager detailliert offen zu legen. Von der Auferlegung einer verpflichtenden *allgemeinen* Veröffentlichung des

KPI-Monitorings wurde abgesehen, da die Gleichbehandlungspflicht im bilateralen Verhältnis zwischen der Betroffenen und dem jeweiligen Zugangsnachfrager geschuldet ist.

Aus dem Umstand, dass sich die auferlegte EoI-Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 TKG inhaltlich auf unterschiedliche Aspekte der Zugangsgewährung bezieht, folgt auch, dass das Monitoring entsprechend differenziert auszugestalten ist.

Eine regelmäßige Übersendung der Ergebnisse des Monitorings an die Zugangsnachfrager ist nach Überzeugung der Beschlusskammer nicht erforderlich. Vielmehr reicht es aus, wenn die Betroffene dies auf Aufforderung des Zugangsnachfragers tut. Nicht jedes Unternehmen wird zu jedem Zeitpunkt ein Interesse an den Monitoringdaten haben. Deshalb erscheint eine Übersendung an jeden Zugangsnachfrager nicht geboten. Die Details zum Monitoring sind im Standardangebot zu regeln.

Die Forderung des ANGA, eine regelmäßige Überprüfung des Monitorings durch die Bundesnetzagentur vorzugeben, ist unbegründet. In der Regulierungsverfügung werden die Pflichten des regulierten Unternehmens geregelt.

7.2.2. Monitoringverpflichtung der Betroffenen zu 2)

Weiterhin verpflichtet die Beschlusskammer die Betroffene zu 2) in Tenorziffer 13., ihr ohne gesonderte Aufforderung monatliche Auswertungen nebst Berechnungsmethoden über die grundlegenden Leistungsindikatoren für den virtuell entbündelten Zugang zur Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitung am BNG nach Ziffer 4 des Tenors durch die Betroffene zu 1) zu überlassen. Die Aufstellung muss namentlich Indikatoren für

- den Bestellprozess,
 - die Bereitstellung und
 - die Dienstqualität, einschließlich der Mängel und des Entstörprozesses
- enthalten.

Die entsprechende Verpflichtung basiert auf Nr. 25 i.V.m. Anhang I der Gigabit-Empfehlung. Eine gesonderte Verpflichtung der Betroffenen zu 2) ist erforderlich, um die Gleichbehandlung der Zugangsnachfrager durch die Betroffene zu 1) auch im Verhältnis zur Betroffenen zu 2) bewerten zu können.

Sie belastet die Betroffene zu 2) auch nicht in unangemessener Weise, denn diese wird die Leistungsindikatoren bereits in eigenem Interesse dokumentieren, um gegenüber der Betroffenen zu 1) ggf. Leistungsstörungen geltend machen zu können. Im Übrigen kann auch die Betroffene zu 2) eine individualisierte Übersicht bei der Betroffenen zu 1) im Rahmen der dieser obliegenden Verpflichtungen aus Tenorziffer **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** anfordern. Eine separate Vorlage der Leistungsindikatoren durch die Betroffene zu 2) wahrt zudem die Vertraulichkeit der Vertragsbeziehungen.

7.3. Monitoring bezüglich der Identität der Systeme und Prozesse

Soweit es die Zugangsgewährung mittels Nutzbarkeit der gleichen Systeme und Prozesse betrifft, hält es die Beschlusskammer angesichts der im Verfahren BK3i-19/020 aufgezeigten Aspekte für erforderlich, dass seitens der Betroffenen zu 2) Leistungsdaten in Bezug auf die Laufzeiten der WITA auch im Hinblick auf die Anschlüsse der Betroffenen zu 1) erfasst werden.

Um eine Benachteiligung der Wettbewerber infolge der Zwischenschaltung der WITA bzw. der ESS auf Wholesale-Seite auszuschließen, muss die Leistungsfähigkeit dieser Systeme nachgehalten werden. Dies hat insbesondere dadurch zu erfolgen, dass die Gesamtdurchlaufzeiten für die verschiedenen Geschäftsprozesse gemessen werden – jeweils differenziert danach, ob es sich um Aufträge der Betroffenen zu 2) oder externe Nachfrager handelt.

Um für diese Messung der Gesamtdurchlaufzeiten vergleichbare Start- und Endpunkte zu erhalten, sollte der Startpunkt der Messung für Wettbewerberaufträge die Schnittstelle „von außen“ zur WITA und für interne Aufträge der Betroffenen zu 2) eine geeignete Stelle in ihrem CRM-T/Gigabitportal sein, an der der einzelne Geschäftsprozess für einen Kunden jeweils gestartet wird.

Um außerdem eine diskriminierungsfreie Funktionsweise *innerhalb* des Digital-OSS zu gewährleisten, soll darüber hinaus – jeweils aufgeschlüsselt nach internen und externen Anfragen und jeweiligem Geschäftsfall – erfasst werden, wie lange die Bearbeitung der Anfrage durch das Digital-OSS benötigt. Als tauglicher Start- und Endpunkt kommt hierfür das API-Gateway des Digital-OSS in Betracht. Auf diese Weise kann verglichen werden, ob es „vom Passieren (Eintritt) einer Prozessnachricht bis zum Austritt aus dem Digital-OSS [...] für die unterschiedlichen Anfragenden (Wettbewerber vs. Telekom Retail)“ zu relevanten Abweichungen kommt.

7.4. Monitoring bezüglich Entgeltgleichheit bzw. wirtschaftlicher Replizierbarkeit

Soweit die EoI-Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 TKG auch eine Gleichheit der Entgelte umfasst, also eine wirtschaftliche Nachbildbarkeit der (Endkunden-)Entgelte der Betroffenen zu 2) einschließt, muss auch zukünftig eine effektive Überprüfung möglich sein.

Zwar hat die im Rahmen dieses Verfahrens vorgenommene Prüfung der wirtschaftlichen Nachbildbarkeit (ERT) gezeigt, dass eine solche für die aktuell zu betrachtenden Produkte gegeben ist. Dies ist aber auch im Kontext eines sich stetig fortentwickelnden Marktes sicherzustellen. Um mithin auch zukünftig eine entsprechende Nachprüfung zu ermöglichen und eine Einhaltung der Gleichbehandlungsverpflichtung unter diesem Aspekt sicherzustellen, werden die **Betroffenen zu 1) und zu 2) verpflichtet**, der Bundesnetzagentur auch zukünftig ihre Preisgestaltung der einschlägigen Produkte in hinreichend transparenter Weise offenzulegen, damit eine entsprechende Nachprüfung jeweils sachgerecht und zeitnah erfolgen kann.

Zu diesem Zweck haben die Betroffenen Unterlagen und Nachweise über die für eine ERT-Nachprüfung maßgeblichen Einzelparameter vorzuhalten und diese auf Aufforderung der Bundesnetzagentur vorzulegen.

Zu den Einzelparametern:

Die Betroffenen zu 1) und 2) haben fortlaufend aktualisierte Unterlagen und Nachweise zu denjenigen Parametern vorzuhalten, die für eine Prüfung der wirtschaftlichen Nachbildbarkeit essentiell sind. Diese Verpflichtung erstreckt sich auf die im Tenor aufgeführten und nachfolgend im Einzelnen begründeten Parameter. Diese Parameter bzw. Nachweise sind für die Betroffene ohne unzumutbaren Aufwand erstellbar, da sie die entsprechenden Daten schon aus eigenem Interesse an einer fortlaufenden Wirtschaftlichkeitsüberprüfung der fraglichen Produkte nachhalten wird.

Die Notwendigkeit zur Vorhaltung der im Tenor aufgeführten Einzelparameter begründet sich im Einzelnen wie folgt:

Verpflichtungen gegenüber der Betroffenen zu 1)

- Die Betroffene zu 1) wird mit Ziffer 5 des Tenors verpflichtet, gegenüber der Beschlusskammer die abgesetzten **Mengen an breitbandigen Vorleistungsprodukten**, deren **Verteilung auf die angebotenen Bandbreiten**, die Verteilung der Übergabeanschlüsse (1G, 10G, 100G) sowie den durchschnittlich am Übergabeanschluss übermittelten Transport zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung soll sicherstellen, dass der Beschlusskammer alle für die Durchführung des ERT notwendigen Informationen zur Verfügung stehen. Der ERT überprüft, ob ein Nutzer von BNG-Glasfaser-VULA in der Lage ist, ein über einen Glasfaserbreitbandanschluss realisiertes Endkundenprodukt der Betroffenen zu 2) wirtschaftlich nachzubilden.

Für den BNG-Glasfaser-VULA sieht die Betroffene zu 1) zudem eine Preisdifferenzierung zwischen kleinen und großen Ortsnetzen (Grenze 10.000 HH) vor. Um eine korrekte Gewichtung der Vorleistungspreise berechnen zu können, ist die Übermittlung des aktuellen Verhältnisses zwischen diesen beiden Ortsnetzvarianten notwendig.

Übergabeanschlüsse stellen ebenfalls eine von der Betroffenen zu 1) anzubietende Vorleistung dar. Um eine sachgerechte Dimensionierung und damit einhergehende Kostenabschätzung vornehmen zu können, ist die Angabe der **Verteilung der Übergabeanschlüsse** nach den angebotenen Bandbreiten 1G, 10G, 100G notwendig.

Verpflichtungen gegenüber der Betroffenen zu 2)

- Bei der Prüfung sind auch die aktuellen **Endkundenbedingungen der Betroffenen zu 2)** zu bewerten, um eine sachgerechte Vergleichsanalyse durchführen zu können. Seitens der Beschlusskammer ist derzeit nicht ersichtlich, wie die durch Ziffer II.15 des Tenors geforderten Marktdaten ohne die vorgesehene Vorlageverpflichtung anderweitig kurzfristig generiert werden könnten.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die verlangten Angaben nicht auf nominale, sondern auf effektive Werte zielen. Im Rahmen der Preisangaben nach Ziffer 2.6.1 der Regulierungsverordnung BK3i-19/020 sind deshalb auch unmittelbar und mittelbar gewährte **Nachlässe auf die nominalen Preise** mitzuteilen. So sind Bündelvorteile, die bei einer Kombination von Festnetz- mit Mobilfunkverträgen gewährt werden, der Umfang von werthaltigen Zugaben zur Kundengewinnung (z.B. TV Streaming Angebote) und Retentionsmaßnahmen (Vergünstigungen die zum Zwecke der Kundenbindung gewährt werden) zu erfassen. Hierbei soll sowohl für ungekündigte wie gekündigte Vertragsverhältnisse eine Auflistung der verschiedenen Angebote sowie die Benennung deren Werthaltigkeit und ihr jeweiliger Anteil am Gesamtkundenstamm erfolgen. Es handelt sich hier um Zugaben, denen ein nicht unwesentlicher finanzieller Wert für den Endkunden zugerechnet werden kann und daher dessen Anbietersauswahl beeinflusst. Sie sind daher erlösmindernd zu berücksichtigen. Sofern hinreichende Belege dafür geliefert werden, dass sich diese Zusatzprodukte, die im unregulierten Markt erbracht werden, auch selber tragen können, kann auf diese Angaben verzichtet werden.

Informationen über Höhe der **Zusatzkosten** wie Marketing, Kundenservice und Entstörung dienen dazu, diese auch bei Wettbewerbsunternehmen vergleichbar anfallenden Kosten im Hinblick auf ein zu erstellendes Endkundenprodukt abzuschätzen. Da im Rahmen des ERT mehr die Kostensituation der Betroffenen im Blickpunkt steht, sind diese hier von ihrer Seite vorzulegen und zu berücksichtigen.

Den vorgenannten Zwecken dient auch die Verpflichtung der Betroffenen zur Offenlegung repräsentativer Messdaten für die von den relevanten breitbandigen Endkundenprodukten durchschnittlich genutzten Bandbreiten im Kernnetz der Betroffenen zu 2) gemäß Ziffer 2.6.8 des Tenors der Regulierungsverordnung BK3i-19/020, um eine sachgerechte Netzdimensionierung zur Bestimmung der Transportkosten ab dem BNG vornehmen zu können.

Die Vorhaltung dieser Unterlagen ermöglicht es der Beschlusskammer, erforderlichenfalls in kurzer Zeit den ERT zu überprüfen. Dabei ist es nicht erforderlich, diese Angaben monatlich zu übermitteln, denn auch bei einer Übermittlung auf Anforderung ist der Beschlusskammer durch die monatsscharfe Aufbereitung eine kurzfristige und effiziente Überprüfung der Unterlagen möglich.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen zu 2) ist eine Verpflichtung ihrerseits nicht deshalb entbehrlich, weil sie bereits durch Ziffer 2.6 des Tenors der Regulierungsverordnung BK3i-19/020 dazu verpflichtet ist, eine wirtschaftliche Nachbildbarkeit der Entgelte sicherzustellen und insofern entsprechende Daten bereit zu halten sowie auf Anforderung zu übermitteln. Denn diese Verpflichtung würde sich nicht ohne weiteres auch auf eine Sicherstellung der wirtschaftlichen Nachbildbarkeit ihrer Endkundenprodukte im Hinblick auf die Vorleistungsentgelte der Betroffenen zu 1) erstrecken.

Hierdurch werden die Betroffenen auch nicht in unverhältnismäßiger Weise belastet. Im Gegenteil sind die Mitwirkungspflichten der Betroffenen weitaus geringer, als sie es bei der andernfalls ins Auge zu fassenden Auferlegung einer Entgeltregulierung der Fall wären. Denn ohne die erforderlichen Angaben als Voraussetzung für die Prüfung und das Bestehen des ERT wäre ein (weiteres) Absehen von Entgeltregulierung für den BNG-Glasfaser-VULA nicht möglich.

7.5. Überprüfung des ERT

Die zukünftige Überprüfung des ERT erfolgt gemäß § 38 Abs. 2 Satz 2 TKG im Verfahren nach § 46 TKG. Die Beschlusskammer sieht davon ab, eine Anzeigepflicht zur Überprüfung der Nachbildbarkeit nach §§ 38 Abs. 2 Satz 2, 45 TKG oder einer Genehmigungspflicht nach §§ 38 Abs. 2 S. 2, 40 TKG aufzuerlegen.

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gekommen, dass die zukünftige Überprüfung der Entgelte auf deren wirtschaftliche Nachbildbarkeit im Verfahren nach § 46 TKG zur Erreichung der Regulierungsziele geeignet und erforderlich ist, die Betroffene zu 1) dadurch auch nicht unverhältnismäßig belastet wird.

Zur Wahl des Verfahrens führt die Gesetzesbegründung wie folgt aus:

„Die Prüfung der Bundesnetzagentur nach Absatz 1 soll dabei insbesondere auch das Anbieterinteresse an einer Vorlage der betreffenden Entgelte im Verfahren der Entgeltgenehmigung nach § 40 oder der Entgeltanzeige nach § 45 berücksichtigen. So kann gegen eine Beschränkung auf das Verfahren nach § 46 gemäß § 38 Absatz 1 Satz 2 insbesondere auch eine abweichende Präferenz des marktmächtigen Unternehmens selbst sprechen, sofern sich diese – etwa durch Aspekte der Rechtssicherheit – als sachlich gerechtfertigt erweist.“

vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 275.

Ein Vorgehen nach § 40 TKG oder § 45 TKG ist vorliegend nicht angezeigt, denn diese eingriffsintensiveren Verfahren würden die Betroffene zu 1) erheblich mehr belasten als ein Vorgehen im Verfahren nach § 46 TKG. Eine entsprechende Präferenz für eine Genehmigungspflicht oder ein Anzeigeverfahren aus Gründen der Rechtssicherheit hat die Betroffene zu 1) auch bislang nicht geäußert.

Die Nachbildbarkeitsprüfung bezieht sich auf das Verhältnis zwischen den Vorleistungsentgelten und dem Endkundenangebot der Betroffenen. Ansatzpunkt einer Überprüfung nach §§ 38 Abs. 2 Satz 2, 40, 45 TKG könnten also sowohl Änderung der Vorleistungs- als auch der Endkundenentgelte sein. In Nr. 46 lit c) der Gigabit-Empfehlung ist ausdrücklich vorgegeben, dass eine Maßnahme zur Sicherung der Nachbildbarkeit auch die Verpflichtung sein kann, *„die Bereitstellung des betreffenden Endkundenangebots einzustellen oder aufzuschieben“*. Daraus folgt aber nicht, dass Ansatzpunkt einer Anzeige- oder Genehmigungspflicht auch Endkundenentgelte sein können. Dagegen könnte sprechen, dass grundsätzlich die Zugangsregulierung vorrangig gegenüber einer Endkundenpreisregulierung ist, § 49 Abs. 1 TKG. Im Ergebnis kann dies aber offen bleiben, denn eine Ex-ante-Nachbildbarkeitsprüfung für neue Endkundenpreise würde das Ziel, der Betroffenen zu 1) eine erhöhte Preissetzungsflexibilität zu gewähren, gefährden. Soweit jeder neue Endkundentarif zehn Wochen vor in Krafttreten angezeigt oder gar zur Genehmigung beantragt werden müsste, würde die Flexibilität gerade für punktuelle Angebote stark beschnitten. Darüber hinaus ist der Endkundenmarkt – als Massenmarkt – relativ transparent. Die Endkunden werden überwiegend durch öffentliche Werbung oder Angebote (Webseite der Betroffenen zu 2) oder Vergleichsportale) erreicht. Deshalb werden auch Angebote, die eine neue Flaggsschiffbewertung begründen oder die wettbewerbsrechtliche PKS-Prüfung wesentlich beeinflussen der Beschlusskammer früh zur Kenntnis gelangen.

Eine Anzeige- oder Genehmigungspflicht für neue Vorleistungsprodukte oder -preise ist nicht geboten, weil die Nachbildbarkeit vornehmlich über die Flaggschiffprüfung erfolgt und es eher unwahrscheinlich ist, dass neue Produkte oder Tarifmaßnahmen kurzfristig Einfluss auf die Bewertung des Flaggschiffs haben. Wegen der Verpflichtung zur Vorlage der Vorleistungsverträge werden im Übrigen auch entsprechende Änderungen der Beschlusskammer zeitnah zur Kenntnis gelangen.

Der anlassbezogene ERT kann erforderlich sein, wenn die Betroffene zu 2) ihre Endkundenpreise senkt oder sonstige erhebliche preissenkende Maßnahmen ergreift. Wenn die Betroffene zu 2) ihr Endkundenangebot (neues Produkt mit höherem Up- oder Downstream) erweitert, könnte zu prüfen sein, ob dies Auswirkungen auf das Flaggschiffprodukt hat. Darüber hinaus kann eine Überprüfung wegen einer Veränderung der Endkundennachfrage geboten sein. Für die von der 1&1 Versatel geforderte Ausdifferenzierung der Überprüfungsanlässe erkennt die Beschlusskammer keine Notwendigkeit. Sie gehen nicht über die hier skizzierte Interessenlage hinaus.

Dies gebietet aber keine turnusgemäße Überprüfung. Denn es ist zu bedenken, dass die Betroffenen zu 1) und zu 2) und die Glasfaser NordWest noch am Anfang des Ausbaus von Glasfaseranschlüssen stehen und für die Bewertung der/des Flaggschiffprodukte/s der Wettbewerb über die VHC-Netze der Wettbewerber nur eine indirekte Rolle spielt. Deshalb erwartet die Beschlusskammer in der näheren Zukunft keine besondere Dynamik bei der Vermarktung der Glasfaseranschlüsse der Betroffenen und der Glasfaser NordWest, so dass eine turnusgemäße Überprüfung im Rahmen der anstehenden Überprüfung der Regulierungsverfügungen für die Betroffene zu 2) und der mit ihr zusammengeschlossenen Unternehmen hinreichend ist.

Für die von 1&1 Versatel, Vodafone und ANGA geforderte Regelung einer turnusgemäßen Überprüfung des ERT enthält das TKG keine Rechtsgrundlage. In § 38 Abs. 2 S. 2 TKG ist die Ermächtigung zur Auferlegung einer ex-ante-ERT-Überprüfung im Wege der Genehmigungspflicht oder Vorlagepflicht sowie die Kompetenz zur nachträglichen ERT-Prüfung spiegelbildlich zu § 38 Abs. 1 TKG und § 37 TKG für die Entgeltregulierung geregelt. Keines der Überprüfungsverfahren sieht einen fixen Überprüfungsturnus vor. Soweit ein Genehmigungsverfahren aufgelegt würde, wäre mit der Genehmigung gemäß §§ 38 Abs. 2 S. 2, 40 Abs. 4 S. 1 TKG eine Befristung festzulegen. Die Anzeigepflicht greift, wenn es eine Tarifänderung gibt und das Verfahren nach § 46 TKG erfolgt anlassbezogen. Eine Regelung im Rahmen der Regulierungsverfügung, wann bzw. unter welchen Voraussetzungen die Prüfung der Einleitung eines solchen Verfahrens zu erfolgen hat, ist in § 38 Abs. 2 TKG bzw. in § 46 TKG nicht vorgesehen.

Nach Überzeugung der Beschlusskammer ist es deshalb hinreichend, nur dann in eine frühere Überprüfung des ERT einzutreten, wenn es relevante Änderungen im Vorleistungs- oder Endkundenangebot der Betroffenen gibt oder die beobachtete Marktentwicklung auf das Erfordernis einer Überprüfung hinweist.

Sollte der Glasfaserausbau schneller voranschreiten oder der Vermarktungserfolg der Betroffenen zu 1) größer sein als erwartet, schließt auch dies eine frühere Prüfung gerade nicht aus.

8. Transparenzverpflichtung, § 25 TKG

Der Betroffenen zu 1) werden gemäß den **Ziffern 7. bis 10. des Tenors** Transparenzverpflichtungen auferlegt.

8.1. Rechtliche Grundlagen

Rechtliche Grundlage für die Auferlegung von Transparenzverpflichtungen sind die §§ 13 Abs. 1, 25 TKG. § 25 TKG eröffnet der Bundesnetzagentur ein Entschließungsermessens, ob sie eine Transparenzverpflichtung auferlegen will. Darüber hinaus steht ihr grundsätzlich auch ein Auswahlermessen hinsichtlich der Art und des Umfangs der aufzuerlegenden Veröffentlichungsverpflichtungen zu. Für dessen Ausübung ist zunächst darüber zu entscheiden, ob eine Information generell für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangsleistung benötigt wird. Davon geht die Beschlusskammer insbesondere aus, soweit es sich um gültige Verträge über Zugangsleistungen nach § 25 Abs. 3 TKG handelt.

8.2. Transparenzverpflichtung bezüglich der Informationen zur Belegung von KKA

Die Betroffene zu 1) wird durch Ziffer 7. des Tenors nach §§ 13 Abs. 1, 25 Abs. 1 TKG i.V.m. § 3 Nr. 69 TKG dazu verpflichtet, bis zum 16.01.2025 aktuelle Informationen zur tatsächlichen Belegung von KKA bzw. die Kennzeichnung freier Kapazitäten (Anzeige der jeweils freien Rohre je Trassenabschnitt) der zentralen Informationsstelle des Bundes gemäß § 78 TKG elektronisch zur Verfügung zu stellen, damit diese sie für Zugangsnachfrager im Infrastrukturatlas oder einem diesen ersetzenden Datenportal zugänglich machen kann. Die Betroffene zu 1) hat die Daten entsprechend den Vorgaben der zentralen Informationsstelle z. B. als Datenquader zu übermitteln und regelmäßig als Gesamtbestand aktualisieren. Ziel ist es, die Anzahl der für Wettbewerber frei verfügbaren Rohre für die jeweiligen Trassenabschnitte grafisch bzw. als verknüpfte Sachinformationen darzustellen.

Nach § 25 Abs. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur marktmächtige Unternehmen zur Veröffentlichung aller für den Zugang benötigten Informationen verpflichten. Dies gilt auch für die mit dem marktmächtigen Unternehmen nach § 3 Nr. 69 TKG zusammengeschlossenen Unternehmen wie die Betroffene zu 1).

Dabei kann es sich *insbesondere* auch um Informationen zu Netzmerkmalen handeln, § 25 Abs. 1 Nr. 4 TKG. Informationen zu KKA und deren tatsächlicher Belegung fallen in diese Kategorie, zu der beispielsweise auch die örtliche Lage von Netzelementen oder die Art und Anzahl der Zusammenschaltungs- oder Übergabepunkte zählen,

vgl. Säcker/Körber, TKG – TTDSG, 4. Auflage 2023, § 25 Rdnr. 38.

Die Verpflichtung dient insbesondere der Beschleunigung von Zugangsverhandlungen und der Nachprüfbarkeit diskriminierendes Verhaltens. Sie ist geeignet, die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG zu fördern.

Die Zugangsverpflichtung zu KKA kann ihre Wirkung im Hinblick auf Konnektivität und die Förderung von Netzen mit sehr hoher Kapazität nur entfalten, wenn den Zugangsnachfragern auch die für die Planung ihrer Netze notwendigen Informationen und damit insbesondere die Angaben darüber, wo KKA verfügbar sind, im gleichen Detaillierungsgrad wie der Betroffenen zu 1) selbst zur Verfügung stehen.

Die Auferlegung der Transparenzverpflichtung bezüglich KKA steht zudem im Einklang mit Anhang II (7) Gigabit-Empfehlung. Nach Nr. 37 Gigabit-Empfehlung wird die Schaffung einer einheitlichen Datenbank für bauliche Anlagen aller baulicher Infrastrukturen – wie vorliegend mit der Einbettung der Informationen der Betroffenen zu 1) im Infrastrukturatlas vorgegeben – empfohlen. Auch im zukünftig geltenden GIA wird der Nutzen einer einheitlichen Bereitstellung der Informationen über alle baulichen Infrastrukturen betont, EG (60).

Die Transparenzverpflichtung ist dazu geeignet, den Zugang zu KKA für den Glasfaserausbau zu chancengleichen Wettbewerbsbedingungen zu ermöglichen. Denn durch die Transparenz über die vorhandenen KKA der Betroffenen zu 1) wird den Wettbewerbern ein effizienter Zugang zu diesen ermöglicht.

Die auferlegte Transparenzverpflichtung dient auch den Interessen der Nutzer, insbesondere der Verbraucher. Verbesserte Planungsgrundlagen für die Zugangsnachfrager ermöglichen es diesen, ihre eigenen Netze effektiver auszubauen und damit auch mehr Endkunden zu besseren Konditionen zu erreichen, was zu attraktiveren Endkundenangeboten führt.

Die in der Konsultation vertretene Ansicht der Vodafone und des VATM im parallelen Verfahren BK3h-21/010, dass die in Ziffer 7. des Tenors des Konsultationsentwurfs vorgesehene Transparenzverpflichtung zur effizienten Nutzung des Zugangs zu KKA nicht geeignet sei, entbehrt der Grundlage.

Die Auferlegung der Transparenzverpflichtung ist auch *erforderlich*. Es ist kein ebenso geeignetes aber milderer Mittel erkennbar, um nachfragenden Unternehmen im Interesse der Förderung des Ausbaus hochbitratiger Netze Informationen über verfügbare Verlegekapazitäten bereitzustellen. Insbesondere die von der Betroffenen zu 1) angeführten Systeme – BIL-Leitungsauskunft, ISA und TKI Maps – enthalten keine Informationen über Belegungsdaten und sind daher nicht in gleicher Weise geeignet, Zugangsnachfrager über die Möglichkeit einer Nutzung der in diesen Portalen dokumentierten Infrastrukturen zu informieren.

Zwar wäre eine Zugangsverpflichtung zum intern genutzten System der Betroffenen zu 1) denkbar. Dies wäre aber im Verhältnis zur Datenlieferungspflicht an den ISA die deutlich grundrechtsintensivere Maßnahme und mithin kein milderer Mittel. Die Betroffene zu 1) müsste das System zudem erst mandantenfähig machen. Anderenfalls hätten Wettbewerber Einsicht in die Lage sämtlicher bestehenden und geplanter Infrastruktur. Dies würde aber über das erforderliche Maß einer wettbewerbsfördernden Ermöglichung des Zugangs zu KKA hinausgehen. Eine Zugangsverpflichtung zu einem solchen eigenen System wäre zudem mithin kein milderer Mittel. Entgegen der Ansicht der Vodafone und des VATM im parallelen Verfahren BK3h-21/010 gibt es kein Indiz dafür, dass eine Verpflichtung der Betroffenen zu 1) zur Gewährung des Zugangs zu ihrem eigenen Dokumentations- und Planungssystem ein „gleich mildes“ Mittel sei. Die Betroffene zu 1) hat vorgetragen, sie müsse ein IT-Projekt zur Überführung der Daten in den ISA aufsetzen. Die Programmierung einer solchen quartalsweisen Datenbankabfrage ist nach Überzeugung der Beschlusskammer deutlich weniger aufwendig als die Herstellung der Mandantenfähigkeit der Datenbank für Wettbewerber. Für die Herstellung der Mandantenfähigkeit müsste die Datenbank so strukturiert werden, dass alle Informationen über die Nutzung und Nutzer von belegten baulichen Anlagen nicht angezeigt werden und stattdessen (nur) die Belegung angezeigt wird. Es müsste also ein gänzlich neues Nutzungsprofil eingerichtet werden. Darüber hinaus müsste die Betroffene zu 1) noch die Schulung der Mitarbeiter der Zugangsnachfrager anbieten, was beim Zugang über den Infrastrukturatlas entfällt.

Die Verpflichtung, Informationen zur aktuellen Belegung der KKA im Infrastrukturatlas bereitzustellen, ist angemessen und belastet die Betroffene zu 1) nicht übermäßig. Der komplette Bestand ist bereits in einem modernen GIS-basierten Datenbanksystem erfasst. Das Netz der Betroffenen zu 1) setzt sich zudem aus eigenen sowie angemieteten KKA zusammen. Es ist regional begrenzt und dient alleine der Produktion massenmarktfähiger Glasfaseranschlüsse für den Wholesale. Dementsprechend ist der Umfang der im eigenen System dokumentierten bestehenden sowie der geplanten Netzbestandteile – nicht nur wegen des erheblich geringeren Netzes sowie des festgelegten Ausbaugebiets – gering und wenig komplex. Damit ist der Aufwand für die Erfüllung der Transparenzverpflichtung nicht übermäßig belastend.

Eine quartalsweise Aktualisierung der Daten ist angemessen und stellt gegenüber der für den Infrastrukturatlas vorgesehenen jährlichen Aktualisierung eine deutliche Verbesserung für die Nachfrager dar. Der gewählte Aktualisierungsrhythmus sorgt einerseits für die erforderliche Aktualität der Informationen, ohne die Betroffene zu 1) oder auch die Bundesnetzagentur/die zentrale Informationsstelle andererseits übermäßig zu belasten. Die Vorgabe einer noch engmaschigeren Aktualisierung würde auch den Infrastrukturatlas bzw. das diesen ersetzende Datenportal vor Schwierigkeiten stellen.

Der Einwand der 1&1 Versatel, Deutschen Glasfaser und Vodafone sowie von ANGA und VATM im parallelen Verfahren BK3h-21/010, dass eine Zugangsverpflichtung zum Dokumentations- und Planungssystem der Betroffenen zu 1) auch angesichts des Implementierungsaufwandes hinsichtlich Qualität und Aktualität der Daten so viel besser geeignet sei, dass er auferlegt werden müsse, trägt nicht. Das Dokumentations- und Planungssystem ist ein Tool zur Abbildung des Ist-Zustandes der passiven Netzinfrastruktur und dient nicht zur Zuweisung von vorhandenen Kapazitäten und bildet dementsprechend nicht in Echtzeit den Bestand, die Nutzung und die geplante Nutzung der passiven Infrastruktur ab. Im Übrigen ist für die Zugangsgewährung – wie auch bei den leitungsgebundenen Zugangsprodukten – nicht der Zeitpunkt der Informationsabfrage, sondern der Zeitpunkt der Angebotsaufforderung oder der Bestellung des Zugangsproduktes entscheidend. Die Erfassung der Infrastruktur und deren Nutzung ist aber gerade nicht prozessual mit dem Informationssystem gekoppelt. Bei leitungsgebundenen Produkten kann eine faktische Kopplung zwischen der Informationsabfrage und der Bestellung hergestellt werden, weil die Abfrage in den Bestellprozess integriert ist. Dies ist möglich, weil sowohl die Abfrage als auch die Bestellung in einem einheitlichen System integriert sind. Beim Zugang zu baulichen Anlagen ist dies nicht sinnvoll, weil die Informationsanfrage Grundlage einer darauf aufsetzenden Planung ist. Das heißt die Frage, ob freie KKA vorhanden sind, kann nicht durch das System alleine geklärt werden.

Außerdem ist nicht davon auszugehen, dass sich die Belegung in sehr kurzen Abständen ändert. Die Betroffene zu 1) baut ihr Netz neu auf, ohne ein vorhandenes eigenes Netz zu überbauen.

Der für den ISA-Zugang vorgesehene Projektbezug stellt auch keinen Nachteil dar. Beim Zugang zum Dokumentations- und Planungssystem der Betroffenen zu 1) würde sich die Frage einer Beschränkung des Zugangs auf konkrete Projekte stellen. Aber selbst wenn er nicht beschränkt wäre, würde es entgegen der Ansicht der interessierten Parteien nicht zu einer höheren Planungssicherheit führen, wenn Informationen in kurzen Zeitabständen wiederholt auf Aktualisierungen abgefragt und überprüft werden können. Die Datenbankanwendung ist aber nicht – wie die Informationssysteme über aktive Anschlüsse – auf kurzfristige wiederholte Abfragen ausgelegt. Es würde sich also die Frage stellen, ob der Zugriff zum Schutz der Datenbank stark begrenzt werden müsste. Schließlich würde es sich um eine komplexe Anwendungen handeln. Die Abfrage könnte also nicht kurzfristig erfolgen.

Bestehen bleiben zwar die Kritikpunkte, dass die Informationen im Infrastrukturatlas nur auf Antrag zur Verfügung gestellt werden und auf ein Projektgebiet beschränkt sind. Jedoch fallen diese Gesichtspunkte nicht ins Gewicht. Denn der Antrag ist nicht für jede einzelne Abfrage zu stellen, sondern pro Projekt, das sich auch auf ein sehr großes Gebiet erstrecken kann. Weiter spricht für die Integration der Informationen in den Infrastrukturatlas, dass die Mitarbeiter der Nachfrager keine gesonderte Schulung benötigen. Die Handhabung der Recherche im Infrastrukturatlas ist wesentlich einfacher als eine Datenbankabfrage im Dokumentations- und Planungssystem der Betroffenen zu 1). Zudem enthält der Infrastrukturatlas gleichzeitig auch Informationen anderer Anbieter, die im recherchierten Gebiet tätig sind.

Ob die im ISA verfügbaren Informationen auch inhaltlich vollständig den Informationen im Dokumentations- und Planungssystem der Betroffenen zu 1) entsprechen, ist nicht wesentlich. Entscheidend ist, dass die für einen effektiven Zugang erforderlichen Informationen vorhanden sind. Abrufbar müssen die „geografischen Standorte dieser Elemente, einschließlich der Kabelschächte, Masten und anderen physischen Anlagen (z.B. Wartungskammern) sein sowie der in den Kabelschächten vorhandene Platz“.

Schließlich folgt entgegen der Ansicht der 1&1 Versatel auch nicht aus Art. 73 Abs. 1 S. 2 lit. i) EKEK, dass der Betroffenen zu 1) anstelle der Transparenzverpflichtung eine Zugangspflicht auferlegt werden müsse. Dies folgt schon aus dem Wortlaut „*können unter anderem Folgendes auferlegen*“. Die Auferlegung der Zugangsverpflichtungen ist also ins Regulierungsermessen der Bundesnetzagentur der Bundesnetzagentur gestellt. Eine Ermessenreduktion auf Null liegt nicht vor.

Im Übrigen spricht wie ausgeführt für das unbeschränkte Ermessen auch die Gigabit-Empfehlung. Die Frist zum 16.01.2025 für die erstmalige Lieferung der Daten berücksichtigt das berechnete Interesse der Betroffenen zu 1) an einer ausreichenden Umsetzungsfrist für neu auferlegte Verpflichtungen. Insbesondere ist – anders als bei der entsprechenden Verpflichtung der Betroffenen zu 2) im Verfahren BK3i-19/020 – eine zeitliche Berücksichtigung für eine Abstimmung hinsichtlich der zu liefernden Datenformate und weiterer operativer Einzelheiten mit der zentralen Informationsstelle nicht mehr erforderlich. Es ist auf die im Verhältnis mit der Betroffenen zu 2) festgelegten Lieferbedingungen zurück zu greifen.

Dem steht auch nicht der Vortrag der Betroffene zu 1) entgegen, sie müsse ein IT-Projekt zur Überführung der Daten in den ISA aufsetzen, welches wegen der Verquickung eigener und angemieteter Infrastruktur aufwendig sei. Die Implementierung könne nur einmal im Quartal erfolgen und wegen der Verplanung der nächsten Realisierungsfenster damit frühestens 2025. Außerdem verfüge sie über deutlich weniger Mitarbeiter als die Betroffene zu 2).

Die Frist wurde um drei Monate verlängert und beginnt nun in 2025. Eine weitere Verlängerung der Vorlagefrist oder Unangemessenheit der Verpflichtung begründen die vorgetragenen Umstände nicht. Die Betroffene zu 2) wurde erst 2020 gegründet. Eine exakte Bestimmung der eigenen Investitionen erscheint insbesondere im Interesse der IFM als geboten. Deshalb ist davon auszugehen, dass eine klare und für die Bilanzierung einfach nutzbare Kennung zwischen eigenen und angemieteten KKA hinterlegt ist. Dies ist im Übrigen auch unerlässlich, weil bei der Nutzung gemieteter KKA die Regelungen des Mietvertrages zu beachten sind.

8.3. Zugang zu MToiL

Die Betroffene zu 1) wird in Ziffer 8 des Tenors basierend auf § 13 Abs. 1 i.V.m § 25 i.V.m. § 3 Nr. 69 TKG verpflichtet, die Bundesnetzagentur zu informieren, sobald sie plant, MToiL zu bauen. Die Betroffene zu 1) verbaut derzeit nach eigenen Angaben lediglich unterirdisch. Eine Zugangsverpflichtung zu MToiL kam daher gegenüber der Betroffenen zu 1) nicht in Betracht. Für den Fall, dass die Betroffene zu 1) künftig auch MToiL verbaut, ist eine solche Verpflichtung aber denkbar. Aus diesem Grund ist es aus Sicht der Beschlusskammer erforderlich, der Betroffenen zu 1) eine korrespondierende Transparenzverpflichtung aufzuerlegen. Besondere Belastungen der Betroffenen zu 1) resultieren aus dieser Informationspflicht nicht.

8.4. Transparenz bezüglich eines künftigen Glasfaser-Ausbaus in PtP-Bauweise

Die Betroffene zu 1) wird in **Ziffer 9. des Tenors** nach §§ 13 Abs. 1, 25 Abs. 1 i.V.m. § 3 Nr. 69 TKG dazu verpflichtet, die für den Zugang nötigen (zusätzlichen) Informationen zu veröffentlichen, wenn sie sich entschließt, den Ausbau massenmarktfähiger FTTB/H-Infrastrukturen auch in einer PtP-Architektur zu realisieren und sich diese Ausbauplanung so verfestigt, dass sie den Ausbaustatus „Gebietsausbau in Planung“ in der Verfügbarkeitsinformation für ihren eigenen Vertrieb und für Zugangsnachfrager erreicht.

Nach § 25 Abs. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur marktmächtige Unternehmen und damit auch die mit ihm nach § 3 Nr. 69 TKG verbundenen oder zusammengeschlossenen Unternehmen zur Veröffentlichung aller für den Zugang benötigten Informationen verpflichten.

Die Information eröffnet die Möglichkeit einer Zugangsnachfrage. Soweit die Betroffene zu 1) kein freiwilliges Angebot unterbreiten sollte, ermöglicht die Information der Bundesnetzagentur darüber hinaus die Abwägung, ob und ggfs. welche Regulierungsverpflichtungen angezeigt sind, um Wettbewerbern einen Zugang zur entbündelten PtP-Glasfaser-TAL zu eröffnen.

Die Verpflichtung zur Vorlage der entsprechenden Informationen über verfestigte PtP-Ausbauplanungen trägt insbesondere dem Umstand Rechnung, dass der Betroffenen zu 2) und im Zusammenspiel mit § 3 Nr. 69 TKG ebenso den mit ihr verbundenen oder zusammengeschlossenen Unternehmen laut Festlegung der Präsidentenkammer auch insoweit eine beträchtliche Marktmacht zufällt. Dass dennoch weitgehend von Regulierungsverpflichtungen abgesehen

wird, ist allein dem Umstand geschuldet, dass die Betroffene zu 1) – ebenso wie die Betroffene zu 2) – PtP-Glasfasernetze bislang faktisch nicht errichtet. Auch die Betroffene zu 1) trägt vor, lediglich in PtMP-Bauweise auszubauen. Sollten sich die geplanten bzw. realisierten technischen Netzmerkmale aber dahingehend ändern, ist die Abwägung hierüber erneut vorzunehmen.

Die Verpflichtung ist auch erforderlich, da sie zunächst allein darauf abzielt, eine Zugangsnachfrage zu ermöglichen. Die hieraus resultierende Beeinträchtigung der Betroffenen zu 1) ist als gering einzustufen. Ein milderer Mittel ist nicht ersichtlich.

Die Betroffene zu 1) wird hierdurch auch nicht unangemessen belastet. Denn zum einen verbleibt die Entscheidung über das „Ob“ eines PtP-Ausbaus allein in der Sphäre der Betroffenen zu 1). Zum anderen wird sie im Falle einer entsprechenden Ausbauplanung bereits ausführliche Planungen und Dokumentationen für die beabsichtigten Erschließungen erarbeitet haben, sodass die darauf bezogene Information nur einen geringfügigen Zusatzaufwand erzeugen wird.

Die Informationen über geplante PtP-Glasfaser-Erschließungen sind in aussagekräftiger Form nicht erst dann zu veröffentlichen, wenn der Planungs- bzw. Realisierungsstatus schon so weit fortgeschritten ist, dass Produktbestellungen über diese Glasfaserstrukturen möglich sind (interner Status „vvmOngoing“). Die Beschlusskammer geht von einer verfestigten Ausbauplanung aus, sobald in der Verfügbarkeitsinformation für externe Zugangsnachfrager der Ausbaustatus „Gebietsausbau in Planung“ hinterlegt ist. Denn dann ist die Ausbauplanung auf der einen Seite bereits hinreichend verfestigt und auf der anderen Seite bietet eine möglichst frühzeitige Information hierüber die Gelegenheit, eine zeitnahe Bewertung im Hinblick auf etwaige Regulierungspflichten vorzunehmen.

Der Forderung der 1&1 Versatel, dass die Transparenzverpflichtung in Ziffer 9 des Tenors um eine Erklärung erweitert werden solle, ob der Zugang angeboten werde, sowie um den Punkt-zu-Mehrpunkt-Zugang ergänzt werden sollte, wird nicht entsprochen. Die Ergänzung der Pflichtung um die Erklärung, ob die Betroffenen zu 1) ein Zugangsangebot vorsieht, ist nicht erforderlich. Die Betroffene zu 1) wird auf eine entsprechende Nachfrage hin entweder Verhandlungen aufnehmen oder den Zugang verweigern. Auf dieser Grundlage kann dann die Beschlusskammer entscheiden, ob die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung geboten ist. Eine entsprechende Erklärung der Betroffene zu 1) hätte insofern keinen Mehrwert.

Die geforderte Erweiterung auf den Punkt-zu-Mehrpunkt-Zugang ist nicht begründet. In der Marktfestlegung wurde festgestellt, dass der physisch entbündelte Zugang zur Glasfaser-TAL in FTTH-Netzen in PtMP-Bauweise nicht mehr Teil des regulierungsbedürftigen Marktes ist,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer Ziffer 8.1.2.1.5.2.

Eine Rechtsgrundlage für eine entsprechende Verpflichtung ist dementsprechend nicht gegeben.

8.5. Transparenzverpflichtung hinsichtlich Vertragsvorlage

Die Betroffene zu 1) wird in Ziffer 10 des Tenors gemäß §§ 13 Abs. 1 und 25 Abs. 3 i.V.m. § 3 Nr. 69 TKG zur Vorlage abgeschlossener Zugangsverträge bezüglich des Zugangs zu KKA sowie des BNG-Glasfaser-VULA verpflichtet.

Gemäß § 25 Abs. 3 TKG kann die Bundesnetzagentur ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und damit auch die mit ihm nach § 3 Nr. 69 TKG zusammengeschlossenen Unternehmen verpflichten, ihr Zugangsvereinbarungen ohne gesonderte Aufforderung in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen. § 25 TKG setzen Art. 69 Abs. 1 EKEK um. EG (182) des EKEK stellt klar, dass Transparenz in Bezug auf die Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen einschließlich der Preise den Verhandlungsprozess beschleunigt, Streitigkeiten verhindert und den Marktteilnehmern die Gewissheit bietet, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht wird.

Öffentliche Fassung
-Korrigierte Fassung-

Mit der hier auferlegten Vorlageverpflichtung nach § 25 Abs. 3 TKG möchte die Beschlusskammer Verhandlungsprozesse beschleunigen, Streitigkeiten verhindern und Zugangsnachfragern eine Möglichkeit geben zu überprüfen, ob die angebotenen Dienste ohne Diskriminierung erbracht werden. Die Vorlagepflicht an die Bundesnetzagentur und die daran anschließenden Einsichtnahmemöglichkeiten für Zugangsnachfrager sind auch geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um diese Zwecke zu erreichen.

Die Verpflichtung, alle gültigen Verträge vorzulegen, ist geeignet, die Zugangsnachfrager im beschriebenen Sinne zu informieren. Die zum Zugang berechtigten Unternehmen können durch die Einsichtnahme in die abgeschlossenen Verträge einen Abgleich zwischen den ihnen angebotenen bzw. mit ihnen vereinbarten Klauseln einerseits und den weiteren abgeschlossenen Bestimmungen andererseits vornehmen. Zu diesem Zweck ist es entscheidend, dass der Drittvertrag aktuell in Kraft ist und Ausdruck diskriminierenden Handelns sein kann.

Die Vorlagepflicht ist auch erforderlich, um den Zugangsnachfragern die erwünschte Übersicht über die abgeschlossenen Verträge in vollständiger Form und ohne Zeitverzug gewähren zu können. Es ist kein milderes Mittel ersichtlich, insbesondere nicht die Verpflichtung der Betroffene zu 1) gemäß § 28 Abs. 2 TKG, Verträge über Zugangsleistungen, zu deren Gewährung sie gemäß §§ 13, 26, 3 Nr. 69 TKG verpflichtet ist, der Bundesnetzagentur vorzulegen. Nach der Norm muss die Betroffene zu 1) Verträge über den Zugang zu KKA vorlegen. Die Vorlagepflicht dient aber alleine der Information der Bundesnetzagentur und nicht der Transparenz gegenüber Zugangsnachfragern. Deshalb ist sie zur Zweckerreichung nicht geeignet.

Die Verpflichtung ist auch angemessen. Die Betroffene zu 1) muss im Rahmen ihres internen Vertragsmanagements die Verträge ohnehin erfassen und verwalten. Deshalb ist der Aufwand einer elektronischen Übermittlung dieser Verträge an die Bundesnetzagentur und die Mitteilung einer Kündigung relativ gering. Auch die ggfs. gemäß § 20 Abs. 2 TKG gebotenen Schwärzungen der Verträge ist nicht sehr aufwendig, weil die Verträge in der Regel weitgehend standardisierte Rahmenverträge sind.

Die Verträge sind ohne gesonderte Aufforderung unverzüglich nach Vertragsschluss vorzulegen. Die Verträge sind zudem in einer öffentlichen Fassung vorzulegen. Die Beschlusskammer versteht hierunter eine Vertragsfassung, in der alle Bestimmungen zu regulierten Leistungen und Entgelten offen gelegt sind. Nur unter dieser Voraussetzung kann ein Zugangsnachfrager den o.g. Abgleich in vollständiger Weise vornehmen. Zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Sinne von § 30 VwVfG und Art. 120 Abs. 5 S. 2 EKEK kann die Betroffene zu 1) allerdings Klauseln zu nicht regulierten Leistungen und individuellen Entgelten sowie Angaben zur Identität des jeweiligen Vertragspartners (einschließlich der Vereinbarungen etwa zu Ansprechpartnern oder zu konkreten Zugangsorten) schwärzen.

Um Unklarheiten zu vermeiden, wird die Pflicht dahingehend ergänzt, dass Verträge mit Unternehmen, die mit einer der Eigentümerinnen der Betroffenen zu 1) gemäß § 3 Nr. 69 TKG verbunden oder zusammengeschlossen sind, ebenfalls von der Vorlagepflicht umfasst sind. Grundlage der Verpflichtung ist § 25 Abs. 2 TKG. Die Norm eröffnet die Auferlegung aller verhältnismäßigen Transparenzverpflichtungen. Weil die mit der Betroffenen zu 1) zusammengeschlossene Betroffene zu 2) auf absehbare Zeit die bedeutensten Nachfragerinnen der Betroffenen zu 1) sein wird, ist die Transparenz über die Wholesale-Verträge mit diesem Unternehmen von herausgehobener Bedeutung. Die Verpflichtung ist aus den vorgenannten Gründen zur Auferlegung nach § 25 Abs. 3 TKG verhältnismäßig. Um Streitigkeiten über die Vorlage zu vermeiden, stützt die Beschlusskammer die Verpflichtung nicht alleine auf § 25 Abs. 3 TKG. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass die Betroffene zu 1) der Ansicht ist, dass Verträge mit verbundenen oder zusammengeschlossenen Unternehmen keine Zugangsverträge im Sinne des § 25 Abs. 3 TKG sind.

9. Standardangebotsverpflichtung, § 29 TKG

Die mit Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015 und BK3g-15/004 vom 01.09.2016 auferlegte Verpflichtung, ein Standardangebot zu veröffentlichen, wurde gegenüber der Betroffenen zu 2) aktuell mit der Regulierungsverfügung BK3i-19/020 beibehalten und hinsichtlich des Zugangs zu baulichen Anlagen erweitert. Die Verpflichtung wird auch gegenüber der Betroffenen zu 1) beibehalten und erweitert.

9.1. Rechtliche Grundlagen

Rechtliche Grundlage für die in **Ziffer 11. des Tenors** beibehaltene Verpflichtung der Betroffenen zu 1) zur Veröffentlichung eines Standardangebotes für ihre Zugangsleistungen sind die §§ 13 Abs. 1, 29 Abs. 1 i.V.m. § 3 Nr. 69 TKG.

Gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TKG kann die Bundesnetzagentur ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, ein Standardangebot für Zugangsleistungen zu veröffentlichen. Dies gilt auch für die mit dem marktmächtigen Unternehmen nach § 3 Nr. 69 TKG zusammengeschlossenen Unternehmen. Nach Art. 69 Abs. 4 UAbs. 2 haben die Regulierungsbehörden sicherzustellen, dass Unternehmen, denen eine Zugangsverpflichtung gemäß Art. 72 oder 73 EKEK auferlegt wurde, ein Standardangebot veröffentlicht.

Die Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ist nach § 29 Abs. 2 TKG mit der Pflicht zur Vorlage eines Standardangebotes bei der Bundesnetzagentur gekoppelt. Nach § 29 Abs. 3 und 4 TKG fällt der Bundesnetzagentur die Kompetenz zur Prüfung und gegebenenfalls Änderung des Standardangebotes zu. Das geprüfte und gegebenenfalls geänderte Standardangebot ist nach § 29 Abs. 10 TKG in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufzunehmen.

9.2. Standardangebotsverpflichtung: Zugang zu baulichen Anlagen

Die Verpflichtung der Betroffenen zu 1), ein Standardangebot für den Zugang zu baulichen Anlagen zu veröffentlichen, ist zur Erreichung der Regulierungsziele geeignet, erforderlich und angemessen. Wie im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Zugangsgewährung ausgeführt, handelt es sich bei dem Zugang zu baulichen Anlagen um ein wichtiges Instrument zur Beschleunigung des Breitbandausbaus. Dieses kann jedoch nur seine volle Wirkung entfalten, wenn der Zugang möglichst ohne zeitliche Verzögerungen zur Verfügung steht.

Durch ein veröffentlichtes Standardangebot, welches zuvor auf Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit überprüft wurde, wird den Wettbewerbern der Zugang zu Vorleistungen der Betroffenen zu 1) erleichtert, weil die Transparenz über die Zugangsbedingungen erhöht und der Aufwand für Vertragsverhandlungen erheblich reduziert wird. Zudem kann durch die Auferlegung einer Standardangebotsverpflichtung vermieden werden, dass der Zugang zu KKA durch Vertragsverhandlungen und nach deren möglichem Scheitern durch die Durchführung eines Zugangsanordnungsverfahrens nach § 35 TKG verzögert wird.

Dies hat der Gesetzgeber auch in Bezug auf § 138 Abs. 5 TKG zum Ausdruck gebracht. Demnach ist die Veröffentlichung eines Standardangebots das „Idealbild“ für eine zügige und zweckmäßige Anbahnung von Mitnutzungsvereinbarungen. Standardangebote sollen Geschäftsprozesse professionalisieren, um so den Netzausbau effektiv zu gestalten. Musterverträge, die auch auf Erfahrungen in der Streitbeilegung durch die Bundesnetzagentur beruhen, sowie Standardisierung in der Mitnutzung sollen langfristig auch zu einer Reduzierung der Transaktionskosten führen,

vgl. zum gleichlautenden § 77d Abs. 5 TKG²⁰⁰⁴ BT-Drs. 18/8332, S. 46.

Die Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ist damit in Bezug auf die auferlegte Zugangsverpflichtung insgesamt geeignet, die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu beheben und insbesondere den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität, den Wettbewerb und

die Interessen der Nutzer zu fördern. Zusätzlich dient sie der Förderung der Harmonisierung des Binnenmarktes, § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG. Der Betroffenen zu 1) ist eine Zugangsverpflichtung nach Art. 72 EKEK (§ 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG) auferlegt worden und in diesem Fall soll die Bundesnetzagentur nach Art. 69 Abs. 4 UAbs. 2 EKEK das regulierte Unternehmen auch zur Veröffentlichung eines Standardangebots verpflichten.

Es gibt kein gleich geeignetes Mittel, welches den Zugang im vergleichbaren Umfang vereinfacht.

Durch die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots für den Zugang zu KKA wird die Betroffene zu 1) nicht übermäßig belastet. Sie profitiert davon, dass die Betroffene zu 2) bereits ein Standardangebot für den Zugang zu baulichen Anlagen vorgelegt hat. Die Betroffene zu 1) ist in dem Verfahren beigeladen und kann auf das vorgelegte Standardangebot sowie die umfangreichen Stellungnahme der in diesem Verfahren Beigeladenen und der Betroffenen zu 2) zurückgreifen. Es bleibt ihr im Übrigen unbenommen, neben dem Standardangebot mit einzelnen Wettbewerbern individuelle Lösungen, z.B. in Form von Ergänzungsvereinbarungen oder einvernehmlichen Abänderungen des Standardangebots, zu vereinbaren.

Die Ansicht der Betroffenen zu 1), die Standardangebotsverpflichtung sei ungeeignet, die Regulierungsziele zu erreichen, weil der Markt bereits aus sich heraus funktioniere, entbehrt der Grundlage. **[BuGG]**

Ihre Einschätzung, dass der Abschluss individueller Nutzungsverträge schneller und effizienter als der langwierige Prozess eines Standardangebotsverfahrens nach § 29 TKG sei, trifft nicht zu. Wie ausgeführt, ermöglicht ein Standardangebot sehr effiziente Verhandlungen und einen schnellen Vertragsschluss. Wenn ein Rahmenvertrag festgelegt wird, müssen über die Einzelleistungen keine weiteren Verhandlungen mehr durchgeführt werden. Wenn aber für jede Strecke einer baulichen Anlage ein individueller Vertrag geschlossen werden soll, ist jeder dieser Einzelverträge zu verhandeln. Das Standardangebotsverfahren ist – je nach Ausgestaltung des vorgelegten Entwurfs – nicht prinzipiell langwierig. Gemäß § 29 Abs. 2 S. 3 TKG ist das vorgelegte Standardangebot zur Kommentierung zu veröffentlichen und unter Berücksichtigung der Stellungnahmen anhand der Kriterien des § 29 Abs. 3 TKG zu prüfen. Die regulierten Leistungen – der Zugang zu baulichen Anlagen – sind als Vertragsgegenstand und dem Grunde nach nicht besonders komplex. Das heißt, der Umfang des Standardangebots muss nicht sehr umfangreich sein. Das von der Betroffenen zu 2) vorgelegte Standardangebot umfasst beispielsweise weniger als 50 Seiten.

Die Betroffene zu 1) wird gegenüber den Betroffenen zu 2) den Vorteil haben, dass viele potentiellen Streitpunkte im Rahmen der ersten Teilentscheidung im Verfahren BK3b-23/006 geklärt seien werden. Wenn sie ein den Anforderungen des § 29 Abs. 3 TKG genügendes Angebot vorlegt, also keine Änderungen des Standardangebots vorgegeben werden müssen, erfolgt nach der Prüfung noch die Konsultation und Konsolidierung. Standardangebotsverfahren müssen auch nicht zwangsläufig lange (und insofern ineffizient) sein. Die Länge des Verfahrens hängt wesentlich auch von den Beteiligten und konstruktiven Vorarbeiten insbesondere auch des regulierten Unternehmens ab. Das Überprüfungsverfahren BK3k-23/010 z.B. – in dem keine Änderungen aufgegeben werden mussten – hat vier Monate und vier Tage gedauert. Das sehr kontrovers geführte Verfahren zur Änderung der Standardangebote zur Einführung des Vectorings im HVt-Nahbereich (BK3d-16/117) hat mit zwei Verfahrensstufen 10 Monate gedauert.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen zu 1) hat die Beschlusskammer den Aufwand, der mit der Erstellung und Verhandlung eines Standardangebots für die Betroffene zu 1) einhergeht, nicht außer Acht gelassen. Der Hinweis auf das Verfahren BK3b-23/006 ist nicht dahin zu verstehen, dass sie auf die Ressourcen der Betroffenen zu 2) zurückgreifen kann. Die Betroffene zu 1) kann aber von den Erkenntnissen aus dem Verfahren profitieren. Sie ist im Verfahren Beteiligte. Aber auch ohne eine Verfahrensbeteiligung könnte sie weitgehende Erkenntnisse für ihr eigenes Standardangebot aus dem veröffentlichten Entwurf der Betroffenen zu 2) sowie der in absehbarer Zeit erfolgenden ersten Teilentscheidung erlangen.

Öffentliche Fassung
-Korrigierte Fassung-

9.3. Standardangebotsverpflichtung: BNG-Glasfaser-VULA

Die Verpflichtung der Betroffenen zu 1), ein Standardangebot für den Zugang zum BNG-Glasfaser-VULA zu veröffentlichen, ist zur Erreichung der Regulierungsziele geeignet, erforderlich und angemessen.

Zwar korrespondiert die Auferlegung einer Standardangebotsverpflichtung vorliegend nicht mit einer Zugangsverpflichtung, sondern lediglich mit einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung. Eine Akzessorietät der Standardangebotsverpflichtung von einer im gleichen Kontext verfügbaren Zugangsverpflichtung folgt aber weder aus § 29 TKG, noch aus höherrangigen europäischen Vorgaben. Wie sich aus Art. 69 Abs. 2 EKEK ergibt, sieht der europäische Gesetzgeber den Anwendungsbereich einer Standardangebotsverpflichtung auch gerade im Zusammenhang mit einer bestehenden Nichtdiskriminierungsverpflichtung als möglich an. Dementsprechend ist entgegen der Ansicht der Betroffenen zu 1) das Auswahlermessen der Beschlusskammer auch nicht stark eingeschränkt.

Es besteht auch eine „allgemeine Nachfrage“ im Sinne des § 29 Abs. 1 S.Nr. 2 TKG. Ein Großteil der Marktteilnehmer auf den Märkten für Breitbandanschlüsse sind zumindestens auch Nachfrager des VULA oder des Layer 3-Bitstroms. Die Betroffene zu 1) hat selbst ein Interesse an vielen Nachfragern, das Angebot basiert auf einem marktgängigen Geschäftskonzept, erfolgt über eine marktgängige Bestellschnittstelle und bietet den Zugang zu einer relevanten Anzahl an potenziellen Endkunden. Schließlich ist der Ausbau der Betroffenen zu 1) überwiegend nicht parallel zu einem konkurrierenden Wholesale-VHCN erfolgt und wird auch nicht erfolgen.

Die Veröffentlichung eines Standardangebotes fördert die Regulierungsziele. Hinsichtlich des BNG-Glasfaser-VULA wird zwar keine Zugangsverpflichtung auferlegt, weil dies nicht erforderlich ist. Die Zugangsgewährung wäre aber wie nachfolgend unter 11.3 erörtert durchaus geeignet, das Konnektivitätsziel, die Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Interessen der Nutzer und Verbraucher zu fördern und zu wahren. Durch ein veröffentlichtes Standardangebot, welches zuvor auf Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit überprüft wurde, wird den Wettbewerbern der Zugang zu Vorleistungen der Betroffenen zu 1) erleichtert, weil die Transparenz über die Zugangsbedingungen erhöht und der Aufwand für Vertragsverhandlungen erheblich reduziert wird. Entsprechend ist deshalb auch die Verpflichtung zur Veröffentlichung des Standardangebots geeignet, diese Regulierungsziele zu fördern und zu wahren.

Die Verpflichtung ist auch erforderlich. Denn nach Überzeugung der Beschlusskammer reicht die auferlegte Gleichbehandlungsverpflichtung alleine nicht aus, um die Regulierungsziele zu fördern. Zwar ermöglicht der vorgelegte FB-Vertragsentwurf die technische und ökonomische Nachbildbarkeit der Endkundenangebote der Betroffenen zu 2). Der vorgelegte Standardvertrag der Betroffenen zu 1) enthält jedoch keine Regelungen zum Monitoring, obwohl dies geboten ist.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen zu 1) ist der Aufwand für die Vorlage und Veröffentlichung eines Standardangebots auch nicht unangemessen. Der „Verwaltungsaufwand“ durch die Standardangebotspflicht hinsichtlich des BNG-Glasfaser-VULA ist nicht übermäßig belastend. Denn die Betroffene zu 1) verfügt mit dem FB-Vertrag schon mit Ausnahme des Monitorings über einen vollständigen Vertragsentwurf, den sie innerhalb von 3 Monaten ab Erlass dieser Regulierungsverfügung nach § 29 TKG Abs 2 TKG zur Prüfung vorlegen kann und muss. Im Übrigen bleibt es ihr unbenommen, neben dem Standardangebot mit einzelnen Wettbewerbern individuelle Lösungen, z.B. in Form von Ergänzungsvereinbarungen oder einvernehmlichen Abänderungen des Standardangebots, zu vereinbaren.

Die Standardangebotsverpflichtung senkt auch insofern die Belastung der Betroffenen zu 1), als die Beschlusskammer mit Hinblick auf diese Verpflichtung von der weiteren Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zum BNG-Glasfaser-VULA abgesehen hat, vgl. zu den Gründen im Einzelnen die Ausführungen unter 11.3.

10. Entgeltregulierung

Die Entgelte für den **Zugang zu KKA** werden in **Ziffer 12. des Tenors** der Genehmigungspflicht unterworfen.

Hinsichtlich der Entgelte für **BNG-Glasfaser-VULA** wird gemäß § 38 Abs. 2 TKG von der Auflegung einer Entgeltregulierung abgesehen.

10.1. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 38 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, Entgelte für Zugangsleistungen zur Genehmigung im Verfahren nach § 40 TKG vorzulegen oder im Verfahren nach § 45 TKG zur Anzeige zu bringen, wenn andernfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endnutzermarkts durch missbräuchliche entgeltbezogene Maßnahmen des Unternehmens behindert und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden. Dies gilt auch für die mit dem marktmächtigen Unternehmen nach § 3 Nr. 69 TKG verbundenen Unternehmen.

Die nachträgliche Missbrauchsprüfung der Entgelte nach § 46 TKG bleibt unberührt, § 38 Abs. 1 S. 2 TKG.

Im Rahmen der Ermessensausübung ist zunächst abzuwägen, ob überhaupt **Verpflichtungen der ex ante-Entgeltregulierung** aufzuerlegen sind oder ob von der Möglichkeit des Absehens von Entgeltverpflichtungen bei einer verbleibenden **nachträglichen Missbrauchsprüfung** der Entgelte nach § 46 TKG Gebrauch gemacht werden soll,

vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Dr. 29/21, S. 319 und BT-Dr. 19/26108, S. 273.

Das Gesetz sieht als **Regelverfahren** die **Genehmigung oder Anzeige der Entgelte** vor,

vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Dr. 29/21, S. 319 und BT-Dr. 19/26108, S. 273.

Eine lediglich **nachträgliche Missbrauchsprüfung** kann aber ausnahmsweise insbesondere dann als ausreichend erachtet werden, wenn es sich entweder um **Zugangsleistungen handelt, die nicht aufgrund von Verpflichtungen nach §§ 26 und 27 TKG bereitgestellt werden**, oder wenn für **bereits langfristig im Markt etablierte Zugangsleistungen von relativ geringer wirtschaftlicher Bedeutung** ein anderes Verfahren unverhältnismäßig mit Blick auf den erzielten Nutzen wäre,

vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Dr. 29/21, S. 319 und BT-Dr. 19/26108, S. 273.

Zudem kann die Bundesnetzagentur im Speziellen nach § 38 Abs. 2 TKG bei **Netzen mit sehr hoher Kapazität** von einer Verpflichtung, die Entgelte zur Genehmigung im Verfahren nach § 40 TKG vorzulegen oder im Verfahren nach § 45 TKG zur Anzeige zu bringen unter den dort genannten Voraussetzungen **absehen**.

Wird eine nachträgliche Missbrauchsprüfung der Entgelte nach § 46 TKG nicht als ausreichend i.S.d. § 38 Abs. 1 S. 1 TKG erachtet und kommt auch ein Absehen von einer Genehmigungs- oder Anzeigepflicht nach § 38 Abs. 2 TKG nicht in Betracht, ist in einem weiteren Schritt zu beurteilen, welches **Verfahren (Anzeige- oder Genehmigungspflicht)** sich zur Erreichung der Regulierungsziele besser eignet. Das Anzeigeverfahren steht von Gesetzes wegen als im Grundsatz gleichwertige Option der ex ante-Entgeltregulierung neben der Entgeltgenehmigung,

vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Dr. 29/21, S. 318,319, und BT-Dr. 19/26108, S. 273.

Die Bundesnetzagentur berücksichtigt gemäß § 38 Abs. 5 Nr. 1 TKG bei der Prüfung, ob und welche Entgeltverpflichtungen gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 TKG stehen, insbesondere die Notwendigkeit der **Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes** und die **langfristigen Endnutzerinteressen am Ausbau von neuen und verbesserten Netzen**, insbesondere von Netzen mit sehr hoher Kapazität. Überwölbt werden diese Zielsetzungen, wie es sich auch aus dem Verweis in § 38 Abs. 5 Nr. 1 TKG ergibt, von den **Regulierungszielen und -grundsätzen des § 2 TKG**.

Die Regulierung hat danach die folgenden vier Grundziele zu beachten:

- die **Konnektivität** sowie den Zugang zu und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), ergänzt durch den Grundsatz der Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG).
- einen **chancengleichen Wettbewerb** sicherzustellen und nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze – einschließlich eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs – sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche, zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG); wobei es Grundsatz der Regulierung ist, dass Betreiber von Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Telekommunikationsdiensten unter vergleichbaren Umständen nicht diskriminiert werden (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 TKG),
- die **Nutzer-, insbesondere die Verbraucherinteressen** auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren, indem sie u.a. die Konnektivität, die breite Verfügbarkeit, sowie den beschleunigten Ausbau und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität wie auch von Telekommunikationsdiensten fördert (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) TKG), auf größtmögliche Vorteile der Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität auf der Grundlage eines wirksamen Wettbewerbs hinwirkt (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. b) TKG), sicherstellt, dass im Bereich der Telekommunikation keine Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen gelten (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. e) TKG), Aspekte der öffentlichen Sicherheit sowie der Sicherheit der Telekommunikationsnetze in den Blick nimmt (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. c)) und auf die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse achtet (lit. d)),
- die **Entwicklung des Binnenmarktes** der Europäischen Union zu fördern, indem sie die Schaffung konvergierender Bedingungen, gemeinsamer Regelungen und vorhersehbarer Regulierungskonzepte fördert (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG).

Bei der Verfolgung der vorgenannten Ziele wendet die Bundesnetzagentur objektive, transparente, nichtdiskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze an und gewährleistet neben den zuvor genannten Gesichtspunkten auch, dass regulatorische Verpflichtungen nur dann auferlegt werden, wenn es keinen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb im Interesse der Endnutzer gibt und dass diese Verpflichtungen gelockert oder aufgehoben werden, sobald es einen solchen Wettbewerb gibt (§ 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG).

Bei der Entscheidung über das Verfahren hat die Bundesnetzagentur auch die **gesetzlichen Folgen der Auswahlentscheidung zwischen Genehmigungs- und Vorab-Anzeigepflicht in Bezug auf den jeweils anzuwendenden materiellen Entgeltmaßstab** in die der Regulierungsverfügung zugrundeliegende Abwägung einzubeziehen,

vgl. BVerwG, Urteil vom 30.05.2018 – 6 C 14/17, Rn. 32 – zu § 30 TKG²⁰⁰⁴.

Denn die **unterschiedlichen Maßstäbe**, die das Gesetz für die Entgeltregulierung bereithält, sind nicht erst Folge einer schon getroffenen Regulierungsentscheidung, sondern **beeinflussen im Rahmen des Regulierungsermessens die Wahl des richtigen Mittels**.

vgl. VG Köln, Urteil vom 12.08.2020 – 21 K 6862/15, III. 2. b) aa).

Nach § 39 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Entgelte nach § 38 Abs. 1 S. 1 oder Abs. 3 S. 2 TKG entweder anhand der **Missbrauchsmaßstäbe des § 37 TKG**, auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden **Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 42 TKG** oder auf der Grundlage einer **anderen, besonders zu begründenden Vorgehensweise** genehmigen.

Im **Anzeigeverfahren** findet stets der **Missbrauchsmaßstab** des § 37 TKG Anwendung (§ 45 Abs. 2 TKG).

Für den Fall der **Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht** ist zwar – anders als vom Bundesverwaltungsgericht im o.g. Urteil vom 30.05.2018 zum TKG²⁰⁰⁴ entschieden – im Rahmen der Regulierungsverfügung nunmehr gemäß § 39 Abs. 2 S. 2 TKG auch eine **Bestimmung des Entgeltgenehmigungsmaßstabs** zulässig. Die Beschlusskammer macht aber von dieser Möglichkeit, den Entgeltgenehmigungsmaßstab konstitutiv bereits in der Regulierungsverfügung festzulegen, keinen Gebrauch.

Sofern das VG Köln generell eine **Ermittlung zumindest der ungefähren Entgelthöhe**, die sich bei Anwendung der unterschiedlichen Maßstäbe oder Vorgehensweisen voraussichtlich ergibt, im Rahmen der Abwägung **in der Regulierungsverfügung** fordert,

vgl. VG Köln, Urteil vom 12.08.2020 – 21 K 6862/15, S. 45 – zu § 30 TKG²⁰⁰⁴,

kann sich dies nur auf die aus den jeweiligen materiellen Entgeltmaßstäben folgende **Preissetzungsflexibilität** beziehen. Eine darüber hinausgehende Abwägung ist zum Zeitpunkt der Regulierungsverfügung nicht möglich, weil die Höhe eines genehmigungsfähigen Entgelts i.d.R. von dem gestellten Antrag abhängig ist und das Ergebnis einer Prüfung im Anzeigeverfahren gemäß § 45 TKG vom angezeigten Entgelt abhängt. Soweit das beantragte bzw. angezeigte Entgelt beiden Prüfmaßstäben gerecht wird, kann wiederum das Verfahren keinen Einfluss auf die Entgelthöhe haben.

10.2. Entgelte für den Zugang zu baulichen Anlagen

Der Betroffenen zu 1) wird die Verpflichtung auferlegt, Entgelte für den gemäß Ziffer 1. des Tenors dieser Verfügung auferlegten Zugang zu KKA gemäß § 38 Abs. 1 TKG i.V.m. § 40, § 3 Nr. 69 TKG zur Genehmigung vorzulegen. Es sind keine Gesichtspunkte ersichtlich, die gegenüber der Betroffenen zu 1) ein Absehen von der Entgeltregulierung des Zugangs zu KKA rechtfertigen könnten. Denn es ist davon auszugehen, dass anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endnutzermarktes durch missbräuchliche entgeltbezogene Maßnahmen des Unternehmens behindert würden und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden. Eine tatsachenveranlasste, nachträgliche Missbrauchsprüfung der Entgelte nach § 46 TKG reicht anders als von der Betroffenen zu 1) vorgetragen nicht aus, um die Ziele des § 38 Abs. 1 TKG sicherzustellen.

10.2.1. Auferlegung von Entgeltverpflichtungen

Die Entscheidung, die Entgelte für den Zugang zu KKA der Genehmigungspflicht zu unterwerfen, erfolgt in pflichtgemäßer Ausübung des der Bundesnetzagentur in § 38 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens.

Im EKEK und auch in der Gigabit-Empfehlung wird ausführlich dargelegt, wie wichtig der Zugang zur passiven Infrastruktur für den wirksamen Wettbewerb ist, weil dieser Zugang sich derzeit als das Mittel der Wahl darstellt, um Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens den Zugang auf tiefster Wertschöpfungsstufe zu ermöglichen und zudem im Interesse der Endnutzer einen zügigen Glasfaserausbau zu fördern. Die Tatsache, dass weder die Betroffene zu 2) noch die Betroffene zu 1) noch die Glasfaser NordWest diese Leistung über ihre gesetzliche Verpflichtung hinaus anbieten möchten, sondern die Wettbewerber auf aktive Vorleistungsprodukte verweisen wollen, lässt den naheliegenden Rückschluss zu, dass

dort Interesse daran besteht, die auferlegte Zugangsverpflichtung möglichst unattraktiv zu gestalten. Dem steht das Interesse der Marktspieler gegenüber, im Interesse des Wettbewerbs, des zügigen Glasfaserausbaus und letztlich der Nutzer möglichst umfassenden Zugang zu marktgerechten Preisen zu erhalten.

Beim Zugang zu KKA handelt es sich weder um eine Zugangsleistung, die nach §§ 26 und 27 TKG bereitgestellt wird, noch ist der umfassende Zugang zu baulichen Anlagen eine langfristig am Markt etablierte Zugangsleistung von relativ geringer wirtschaftlicher Bedeutung.

In der Gesetzesbegründung zum TKG wird erläutert, dass bei der Prüfung, ob Entgelte für Zugangsleistungen von geringer wirtschaftlicher Bedeutung sind und daher einer nachträglichen Überprüfung unterfallen können, deren Bedeutung für den Netzausbau und das Dienstangebot der Zugangsnachfrager zu berücksichtigen ist,

vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Dr. 29/21, S. 319 und BT-Dr. 19/26108, S. 273.

Beim Zugang zu baulichen Anlagen handelt es sich um ein wichtiges Instrument zur Förderung des Glasfaserausbaus und damit des Ausbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität. Der Zugang auf der niedrigsten Wertschöpfungsstufe ermöglicht dabei Wettbewerbern eine größtmögliche Unabhängigkeit vom Netz und den Produkten der Betroffenen zu 1).

Ein Absehen von Entgeltgenehmigungsverpflichtungen nach § 38 Abs. 2 TKG kommt bei der Zugangsverpflichtung nicht in Betracht, denn die hierfür erforderlichen Voraussetzungen liegen nicht vor.

Nach Ansicht der Beschlusskammer dürfte bereits der Anwendungsbereich des § 38 Abs. 2 TKG nicht eröffnet sein. § 38 Abs. 2 TKG bezieht sich ausschließlich auf Netze mit sehr hoher Kapazität. Die hier in Rede stehenden baulichen Anlagen sind zwar Bestandteile bzw. Komponenten von Netzen (auch solchen mit sehr hoher Kapazität), stellen aber für sich genommen kein eigenständiges Netz dar. Auch eine – von der Betroffenen zu 1) geforderte – großzügigere Auslegung des Netzbegriffs in § 38 Abs. 2 TKG würde aber nicht über die Tatsache hinweg helfen, dass die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen für ein Absehen von Entgeltgenehmigungspflichten nicht vorliegen. § 38 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG ist nicht erfüllt. Denn im Falle eines Verzichts auf eine Entgeltgenehmigungsverpflichtung für eine Zugangsleistung, zu der das regulierte Unternehmen verpflichtet ist, reicht es nicht, dass eine Nachbildung des Endkundenangebotes – wie vorliegend - auf Grundlage einer *anderen* Zugangsleistung möglich ist. Es muss vielmehr eine Nachbildbarkeit über die *erforderliche* Zugangsleistung möglich sein. Eine andere Auslegung des § 38 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG hätte zur Folge, dass ein erforderlicher effektiver Zugang zu den KKA der Betroffenen zu 1) nicht gesichert wäre, weil er durch wettbewerbswidrige Entgelte faktisch vereitelt werden könnte. Diese Auslegung entspricht dem Wortlaut des Art. 74 Abs. 1 UAbs. 3 EKEK, der durch § 38 Abs. 2 TKG umgesetzt wird.

Selbst wenn dieses Verständnis des § 38 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG nicht geteilt wird, führt die vorstehende Überlegung jedenfalls dazu, dass die Beschlusskammer im Rahmen des ihr nach § 38 Abs. 1 TKG i.V.m. dessen Abs. 2 zustehenden Entschließungsermessens nicht von einer Entgeltregulierung absieht. Dass der Beschlusskammer ein solches Ermessen zukommt, wenn der Tatbestand des § 38 Abs. 2 S. 1 TKG erfüllt wäre, folgt schon aus dem Wortlaut. Danach ist (erst) bei Erfüllung der Voraussetzungen die Entscheidung über das Absehen von einer Entgeltregulierung nach § 38 Abs. 1 TKG eröffnet. Dieses Verständnis folgt auch aus dem klaren Wortlaut des Art. 74 Abs. 1 UAbs. 3 EKEK. Ein Absehen von Entgeltregulierung für den Zugang zu baulichen Anlagen sieht auch die Gigabit-Empfehlung der Kommission nicht vor. Vielmehr sollen die Regulierungsbehörden dafür sorgen, dass der Zugang zur bestehenden baulichen Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens gemäß den in Anhang II dieser Empfehlung dargelegten Grundsätzen und zu kostenorientierten Preisen entsprechend der in den Nummern 48 bis 59 dieser Empfehlung empfohlenen Kostenrechnungsmethode gewährt wird, vgl. Nr. 34 der Gigabit-Empfehlung. Dies umfasst Mechanismen, im Rahmen

der Preiskontrollverpflichtung die Investitionsanreize in neue bauliche Anlagen zu bewahren, Nr. 58 der Gigabit-Empfehlung.

In Nr. 38 ist im Zusammenhang mit der Nichtauferlegung regulierter Vorleistungszugangsentgelte ebenfalls nur die Sprache von VHC-Netzen. Zudem sind auch die Voraussetzungen für einen Verzicht auf Entgeltregulierung, die in Nr. 38 lit. a) bis d) der Gigabit-Empfehlung statuiert sind, nicht erfüllt.

Auch der Vortrag der Betroffenen zu 1), sie könne aufgrund ihrer EoO-Verpflichtung keine missbräuchlichen Preise erheben, überzeugt in diesem Zusammenhang nicht. Denn die Nichtdiskriminierungsverpflichtung nach § 24 TKG kann für sich keine missbräuchliche Preissetzung ausschließen.

10.2.2. Wahl der Genehmigungspflicht

Die Beschlusskammer ist nach Abwägung aller relevanten Umstände und unter Berücksichtigung der dargestellten Regulierungsziele gemäß § 2 Abs. 2 TKG und Regulierungsgrundsätze nach § 2 Abs. 3 TKG zu der Überzeugung gelangt, dass auch gegenüber der Betroffenen zu 1) in diesem Kontext der Genehmigungspflicht der Vorzug vor der Auferlegung eines Anzeigeverfahrens zu geben ist. Das Genehmigungsverfahren ist aus Sicht der Beschlusskammer das verhältnismäßige Verfahren, um die Regulierungsziele bestmöglich zu fördern.

Der Gesetzgeber betrachtet § 38 TKG in Fortführung des bisherigen § 30 TKG²⁰⁰⁴ als Schalternorm der ex ante-Entgeltregulierung, wobei als Regelverfahren eine Genehmigung oder Anzeige der Entgelte vorgesehen ist. Der Regulierer soll stets abwägen, welches Verfahren sich zur Zielerreichung besser eignet. Bei der Entscheidung über das angemessene Verfahren ist neben reinen Verfahrensgesichtspunkten die Auswirkung der Wahl des Verfahrens auf die nach dem Gesetz möglichen Maßstäbe mit einzubeziehen.

Die Bundesnetzagentur berücksichtigt gemäß § 38 Abs. 5 TKG im Fall der Regulierung von Entgelten betreffend den Zugang zu baulichen Anlagen nach § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG insbesondere auch die **Folgen einer Zugangsgewährung auf den Geschäftsplan** des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht. Gleiches gilt für die mit ihm gem. § 3 Nr. 69 TKG verbundenen oder zusammengeschlossenen Unternehmen.

Es spricht viel dafür, dass dieser gesetzlichen Anforderung nur durch die Auferlegung einer Genehmigungspflicht Rechnung getragen werden kann, da ein Anzeigeverfahren zwingend mit dem Missbrauchsmaßstab verbunden ist, § 45 Abs. 2 TKG.

In den Gesetzgebungsmaterialien zu § 38 Abs. 5 Nr. 3 TKG ist ausgeführt:

*„Da die Errichtung neuer baulicher Anlagen von zentraler Bedeutung für den beschleunigten Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität ist und zudem mit Blick auf den Infrastrukturwettbewerb und somit auch die Endnutzerinteressen an deren Errichtung besonderes Interesse besteht (vgl. auch Erwägungsgrund 187 Richtlinie (EU) 2018/1972), soll mit Satz 4 Nummer 3 hervorgehoben werden, dass durch eine **angemessene Ausgestaltung der Entgeltregulierung** in jedem Falle **negative Anreizwirkungen** für das marktmächtige Unternehmen bezüglich der **Investition in neue bauliche Anlagen** vermieden werden sollten. So ist im Rahmen der Entgeltregulierung für solche Anlagen mit Blick auf das Alter bzw. die bereits vorgenommenen Abschreibungen und die mit der Investition verbundenen Risiken **den von einer Zugangsnachfrage ausgehenden Rückwirkungen auf den Geschäftsplan (insbesondere auch auf Wirtschaftlichkeit und Investitionsrisiken bestehender und zukünftiger Netze mit sehr hoher Kapazität) des Unternehmens Rechnung zu tragen**, um die Wirtschaftlichkeit solcher Investitionen nicht derart zu beeinträchtigen, dass diese unterbleiben bzw. in ihrem Umfang verringert werden. Erwägungsgrund 187 Richtlinie (EU) 2018/1972 zufolge soll die Bundesnetzagentur als nationale Regulierungsbehörde bestehende wiederverwendbare bauliche Anlagen auf der Grundlage des regulatorischen*

Buchwerts abzüglich der kumulierten Abschreibung zum Zeitpunkt der Berechnung und indexiert mit einem geeigneten Preisindex, beispielsweise dem Einzelhandelspreisindex, und unter Ausschluss jener Anlagen bewerten, die über einen Zeitraum von mindestens 40 Jahren vollständig abgeschrieben sind, aber weiter genutzt werden.“,

vgl. BR-Drs. 29/21, S. 323 und BT-Dr. 19/26108, S. 276.

In der Gesetzesbegründung wird dabei eine Analogie zu § 149 Abs. 3 TKG gezogen. Im Rahmen von § 149 Abs. 3 TKG (vormals § 77n Abs. 3 TKG²⁰⁰⁴) werden die Folgen für den Geschäftsplan grundsätzlich mittels einer projektspezifischen Betrachtungsweise ermittelt,

vgl. BK11-19/001 vom 09.08.2019 Rz. 93 und 233.

EG (19) der Kostensenkungsrichtlinie sowie die Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz führen zur Berücksichtigung der Folgen auf den Geschäftsplan aus:

*„Bei Zugangsverpflichtungen ist daher immer die Wirtschaftlichkeit der genannten Investitionen umfänglich zu berücksichtigen, ausgehend von ihrem Risikoprofil, einer etwaigen erwarteten zeitlichen Staffelung der Rendite, etwaigen **Auswirkungen des Zugangs auf den nachgelagerten Wettbewerb** und folglich auf die **Preise und die Rendite**, einer etwaigen Abschreibung der Netzanlagen zum Zeitpunkt des Zugangsbegehrens, etwaigen **wirtschaftlichen Analysen, die den Investitionen zugrunde liegen** (insbesondere bei den physischen Infrastrukturen, die zur Bereitstellung elektronischer Hochgeschwindigkeits-Kommunikationsdienste genutzt werden) und etwaigen Zugangsinteressenten zuvor angebotenen Möglichkeiten eines gemeinsamen Ausbaus.“*

Es ist demnach sicherzustellen, dass der Eigentümer der baulichen Anlagen, zu welchen Zugang zu gewähren ist, die Möglichkeit hat, seine Kosten zu decken. Dies schließt neben einer Berücksichtigung der ohnehin durch die Zugangsgewährung entstehenden Zusatzkosten des Weiteren eine angemessene Verzinsung der Investitionen in die betreffenden Anlagen und die Berücksichtigung monetärer Folgen der Zugangsgewährung auf den jeweiligen Geschäftsplan mit ein. Denn der zu gewährende Zugang zu den baulichen Anlagen betrifft das Geschäftsfeld der Betroffenen zu 1) unmittelbar und hat in direkter Weise Auswirkungen auf deren Business Case.

Die Bestimmung der Entgelte unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf den Geschäftsplan ist in den Fällen der Zugangsgewährung zu baulichen Anlagen auch mit Blick auf das Spannungsfeld der Regulierungsziele der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte einerseits (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) und der Sicherstellung eines beschleunigten Ausbaus andererseits (§ 2 Abs. 2 Nr. 3a TKG) geboten. Denn sowohl der Auslastungsgrad des VHC-Netzes der Betroffenen zu 1) als auch ihr Preissetzungsspielraum werden mit Hinzutritt eines die passiven Infrastrukturen mitnutzenden Unternehmens ggf. signifikant verändert. Anreize, in den Ausbau zu investieren, könnten deshalb gesenkt werden, wenn bei der Entgeltregulierung die Auswirkung darauf nicht oder nur sehr eingeschränkt berücksichtigt werden könnten.

Im Rahmen künftiger nachgelagerter Verfahren der Entgeltregulierung muss also eine Balance zwischen dem Interesse der Zugangsnachfrager nach günstigen Zugangsentgelten und dem der Betroffenen zu 1) am Schutz ihrer für den VHC-Ausbau getätigten Investitionen gefunden werden. Denn durch die Festlegung von Entgelten, welche die erstinvestierende Betroffene zu 1) in angemessener Weise für die Auswirkungen der Mitnutzung auf die ursprüngliche Kalkulation kompensieren, ist zu gewährleisten, dass die wünschenswerten Ausbaubestrebungen hinsichtlich zukünftig entstehender Infrastrukturen nicht negativ beeinflusst werden. Einer möglichen Entwertung ihrer Investitionen kann durch die Festlegung einer angemessenen Vergütung Rechnung getragen werden.

10.2.2.1. Entgeltenehmigungspflicht: Geeignetheit

Das Entgeltenehmigungsverfahren für den Zugang zu baulichen Anlagen gemäß § 38 Abs. 1 TKG i.Vm. § 40 TKG ist geeignet, die Regulierungsziele zu fördern.

Öffentliche Fassung
-Korrigierte Fassung-

Förderung der Konnektivität, § 38 Abs. 5 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG

Zunächst fördert die im Tenor zu 1. auferlegte Zugangsverpflichtung die Konnektivität, indem Wettbewerber durch die Miete der KKA schneller und günstiger neue VHC-Netze ausbauen können. Die korrespondierende Entgeltgenehmigungspflicht verhindert, dass der Zugang nachträglich durch überhöhte Entgeltforderungen verwässert oder gar vereitelt werden kann. Auch auf diese Weise trägt die Entgeltgenehmigungspflicht zum VHC-Ausbau und damit zur Konnektivität bei.

Die Genehmigungspflicht erschwert wie ausgeführt auch nicht den VHC-Ausbau durch die Betroffene zu 1). Denn die Genehmigungspflicht eröffnet die Möglichkeit der Berücksichtigung der Auswirkungen auf den Geschäftsplan im Sinne des § 38 Abs. 5 Nr. 3 TKG. Sie ist somit geeignet, den VHC-Ausbau insgesamt und damit die Konnektivität zu fördern.

Durch die Berücksichtigung der Wirkungen der Zugangsgewährung auf den Geschäftsplan im Rahmen des späteren Entgeltgenehmigungsverfahrens werden ausweislich der Gesetzesbegründung negative Anreizwirkungen für das marktmächtige Unternehmen bzw. hier das mit ihm zusammengeschlossene Unternehmen bezüglich der Investitionen in neue KKA vermieden und damit umgekehrt der Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität gefördert,

vgl. BR-Drs. 29/21, S. 323 und BT-Drs. 19/26108, S. 276.

Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes, § 38 Abs. 5 TKG i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG

Auch der Wettbewerb wird durch die Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht für den Zugang zu baulichen Anlagen gefördert. Unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsförderung sind in erster Linie Verfahrensgesichtspunkte zu beachten. Das Verfahren der Genehmigungspflicht lässt der Betroffenen zu 1) keinen Raum, missbräuchliche Entgelte zu fordern. Denn die Entgeltgenehmigung wirkt auf den Beginn des Genehmigungszeitraums zurück (§ 41 Abs. 1 S. 1 TKG) und erlaubt keine anderen Preisvereinbarungen für dieselbe Leistung (§ 44 TKG).

Langfristige Verbraucherinteressen insbesondere am VHC-Ausbau, § 38 Abs. 5 TKG i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG

Die Entgeltgenehmigungspflicht für den Zugang zu baulichen Anlagen ist geeignet, die Verbraucherinteressen im Hinblick auf Auswahl – insbesondere einen beschleunigten VHC-Ausbau – und Preis zu fördern, § 38 Abs. 5 TKG i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

Zum einen ist die Entgeltgenehmigungspflicht, wie ausgeführt, grundsätzlich gegenüber der Anzeigepflicht das effektivere Verfahren, um missbräuchliche Entgelte zu verhindern. Sie lässt dem marktmächtigen Unternehmen keinen Raum, missbräuchliche Entgelte zu fordern, während bei einer Anzeigepflicht – wenn die Missbräuchlichkeit nicht offensichtlich ist – ein gewisses Nachlaufen der Regulierung in Kauf genommen werden muss.

Zum anderen ist, wie ausgeführt, das Genehmigungsverfahren eher geeignet, den VHC-Ausbau insbesondere durch die Zugangsnachfrager zu fördern als eine Anzeigepflicht.

Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes, § 38 Abs. 5 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG

Die Auferlegung der Genehmigungspflicht ist geeignet, das Binnenmarktziel zu erreichen. Denn sie berücksichtigt insbesondere die Vorgaben der Kommission in Nr. 38 lit a) bis d) der Gigabit-Empfehlung, bei deren Nichtvorliegen grundsätzlich nicht von der Auferlegung von Entgeltregulierungsmaßnahmen abgesehen werden soll.

10.2.2.2. Entgeltgenehmigungspflicht: Erforderlichkeit

Die Entgeltgenehmigungspflicht ist auch erforderlich. Es ist kein milderes, aber gleich geeignetes Mittel verfügbar, um die Regulierungsziele zu erreichen. Ein Absehen von Entgeltregulierung nach § 38 Abs. 2 TKG käme selbst dann, wenn dessen Voraussetzungen vorlägen,

Öffentliche Fassung
-Korrigierte Fassung-

nicht in Betracht, denn die Betroffene zu 1) hat ebenso wie die Betroffene zu 2) kein wirtschaftliches Interesse daran, den Zugang zu ihrer passiven Infrastruktur anzubieten und damit Wettbewerbern mehr Wertschöpfung zu ermöglichen. Sie hätte vielmehr einen hohen Anreiz, die Preise möglichst unattraktiv zu gestalten.

Nach Ansicht der Beschlusskammer ist eine bloße Anzeigeverpflichtung hier mangels langfristig vereinbarter Zugangsentgelte weniger gut geeignet, die Zugangsnachfrager und damit auch das Verbraucherinteresse an niedrigen Preisen zu schützen.

Insbesondere stellt die Anzeigepflicht kein gleich geeignetes Mittel dar, um die Regulierungsziele zu erreichen. Die Betroffene zu 1) wäre bei einer Anzeigepflicht zwar verpflichtet, die von ihr geplanten Entgelte zwei Monate vor dem Inkrafttreten anzuzeigen (§ 45 Abs. 1 TKG). Die Bundesnetzagentur kann allerdings nur dann Entgelte vor ihrem Wirksamwerden binnen zwei Wochen untersagen, wenn offenkundig ist, dass die Entgelte dem Maßstab des § 37 TKG nicht genügen (§ 45 Abs. 1 TKG). Ist ein Verstoß nicht offenkundig, kann grundsätzlich eine Untersagung nur nach einer weiteren Prüfung erfolgen (§ 45 Abs. 2 i.V.m. § 46 TKG). An die Untersagung schließt sich das Verfahren zur Festlegung des Entgeltes auf Grundlage eines neuen, vom regulierten Unternehmen vorgelegten Entgeltes (§ 45 Abs. 4 TKG) an. Wenn das vorgelegte Entgelt missbräuchlich ist oder innerhalb eines Monats kein Entgelt vorgelegt wird, wird das Entgelt auf einer letzten Verfahrensstufe im Anordnungsverfahren (§ 45 Abs. 5 TKG) festgelegt. Bis zum Abschluss der Prüfung, welche mehr als zwei Monate in Anspruch nehmen kann, wäre die Betroffene zu 1) nicht daran gehindert, die Entgelte zu fordern. Eine etwaige Untersagung würde dabei nur für die Zukunft wirken.

Die beiden genannten Verfahren unterscheiden sich, solange die Betroffene zu 1) mit den Zugangsnachfragern keine Entgeltvereinbarung mit sehr langer Laufzeit vereinbart, auch hinsichtlich ihres Beitrages zur Beständigkeit der Preise. Denn eine Genehmigung vermittelt jedenfalls über den Genehmigungszeitraum Preiskontinuität. Eine solche Preiskontinuität kann die Bundesnetzagentur im Verfahren der Anzeigepflicht nicht sicherstellen. Denn der Betroffenen zu 1) steht nach einer Anordnung nach § 46 Abs. 5 TKG weiterhin das Recht zu, Entgeltänderungen vorzulegen. Insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden, dass eine Anzeigepflicht – anders als die Entgeltgenehmigungspflicht – nicht verhindern kann, dass das marktmächtige Unternehmen zumindest vorübergehend wettbewerbswidrige Entgelte fordert.

10.2.2.3. Entgeltgenehmigungspflicht: Angemessenheit

Die Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht für den Zugang zu baulichen Anlagen ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne.

Zwar handelt es sich unter dem Gesichtspunkt des Anbieterinteresses nicht um das Verfahren mit der geringsten Eingriffstiefe. Allerdings besteht hier die besondere Situation, dass das Verfahren gerade gewählt wurde, um im nachgelagerten Verfahren der Entgeltgenehmigung einen in besonderem Maße das Anbieterinteresse schützenden Maßstab – die Berücksichtigung der Folgen der Zugangsgewährung auf den Geschäftsplan des regulierten Unternehmens, § 38 Abs. 5 Nr. 3 TKG – zu ermöglichen.

Dieser Maßstab soll insbesondere gewährleisten, dass die Rentabilität vorhandener Geschäftsmodelle nicht negativ beeinflusst wird. Dabei wird sich in künftigen Entgeltgenehmigungsverfahren auch die Frage stellen, in welcher Form die von der Betroffenen zu 1) geplante Erlössituation zu berücksichtigen ist.

In dem von der Bundesnetzagentur zu Fragen der Entgeltbestimmung im Hinblick auf die Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze und die Koordinierung von Bauarbeiten auf Grundlage des DigiNetzG veröffentlichten Konsultationsdokument wird die (monetäre) Berücksichtigung der Auswirkungen einer Zugangsgewährung auf den Geschäftsplan der Betroffenen zu 1) an-

hand des sogenannten Opportunitätskostenprinzips erwogen. Dabei beschreiben Opportunitätskosten im Allgemeinen jene Erlöse, welche einem Unternehmen verloren gehen, wenn eine spezifische Alternative nicht wahrgenommen wird oder werden kann,

vgl. BNetzA, Fragen der Entgeltbestimmung im Hinblick auf die Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze und die Koordinierung von Bauarbeiten auf Grundlage des Digi-NetzG, Konsultationsdokument, Bonn, 6. Februar 2018,

https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Entgeltmassstaebe_Digi-NetzG/Konsultationsdokument_Entgeltmassstaebe_DigiNetzG.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

Bei einer Anwendung dieses Kalküls könnten insoweit die durch die Gewährung des Zugangsanspruchs potentiell entstehenden Nutzen- bzw. Erlöseinbußen der Betroffenen zu 1) zu quantifizieren sein und ggf. in der Folge als Bezugsgröße für die Kostenteilung verwendet werden.

Die Wahl des Genehmigungsverfahrens erweist sich daher insgesamt als angemessen.

Die darüberhinausgehende Forderung der 1&1 Versatel, Vorgaben für die Prüfung zu ergänzen, ist unbegründet. Die geforderten Ergänzungen spiegeln den Gesetzestext in § 38 Abs. 5 Nr. 2 TKG und § 2 TKG wider.

10.3. Entgelte für den BNG-Glasfaser-VULA

Die Beschlusskammer sieht nach § 38 Abs. 2 TKG davon ab, der Betroffenen zu 1) Regulierungsverpflichtungen nach § 38 Abs. 1 TKG aufzuerlegen. Die Beschlusskammer hat dabei ihre Entscheidung am Zweck der Norm ausgerichtet und die Grenzen ihres Ermessens eingehalten.

10.3.1. Absehen von Entgeltregulierung: Tatbestandliche Voraussetzungen

Nach § 38 Abs. 2 TKG kann die Bundesnetzagentur davon absehen, das marktmächtige Unternehmen zu verpflichten, Entgelte zur Genehmigung vorzulegen oder zur Anzeige zu bringen, wenn die Leistungen auf Netzen mit sehr hoher Kapazität (VHCN) erbracht werden, ein feststellbarer Preisdruck auf die in diesen VHCN erbrachten Endkundenprodukten besteht und ein effektiver, diskriminierungsfreier Zugang einschließlich einer technischen und wirtschaftlichen Nachbildbarkeit der Endkundenprodukte gewährleistet ist.

Diese tatbestandlichen Voraussetzungen liegen vor. Im Einzelnen:

10.3.1.1. Netz mit sehr hoher Kapazität

Ein komplettes Absehen von Entgeltregulierungsverpflichtungen kommt nach § 38 Abs. 2 TKG für Netze mit sehr hoher Kapazität in Betracht.

Bei dem FTTH-Netz der Betroffenen zu 1) handelt es sich um ein Netz mit sehr hoher Kapazität, denn es besteht vollständig aus Glasfaserkomponenten.

Gemäß § 3 Nr. 33 TKG ist ein Netz mit sehr hoher Kapazität ein Telekommunikationsnetz, das entweder komplett aus Glasfaserkomponenten zumindest am Verteilerpunkt am Ort der Nutzung besteht oder das zu üblichen Spitzenlastzeiten eine vergleichbare Netzleistung in Bezug auf die verfügbare Downlink- und Uplink-Bandbreite, Ausfallsicherheit, fehlerbezogene Parameter, Latenz und Latenzschwankung bieten kann; die Netzleistung kann unabhängig davon als vergleichbar gelten, ob der Endnutzer Schwankungen feststellt, die auf die verschiedenen inhärenten Merkmale des Mediums zurückzuführen sind, über das das Telekommunikationsnetz letztlich mit dem Netzabschlusspunkt verbunden ist.

10.3.1.2. Nachweisbarer Preisdruck auf die Endkundenpreise

Die Beschlusskammer hat einen nachweisbaren Druck auf die Endkundenpreise für FTTH-Anschlüsse festgestellt.

Ausweislich der Gesetzesmaterialien kann ein nachweisbarer Druck insbesondere vom **Infrastrukturwettbewerb**, einem **Preisanker aufgrund anderer regulierter Zugangsprodukte** oder einer hohen Preiselastizität der Nachfrage ausgehen,

vgl. BR-Drs. 29/21, S. 320 und BT-Drs. 19/26108, S. 274 jeweils unter Bezugnahme auf EG (193) EKEK.

Der Gesetzgeber führt diesbezüglich weiter aus:

„Der Preis eines Endkundenproduktes, das auf Vorleistungsprodukten eines Netzes mit sehr hoher Kapazität basiert, hängt von der zusätzlichen Zahlungsbereitschaft der Endkunden gegenüber einem Endkundenprodukt ab, welches auf einem Vorleistungsprodukt basiert, dessen Preis der Entgeltregulierung unterliegt (Preisanker somit beispielsweise auch in Form regulierter Vorleistungsprodukte, die überwiegend auf Kupfer basieren, inklusive FttC-Infrastrukturen). Endkundenpreise von Produkten, die über alternative Infrastrukturen angeboten werden, können in ähnlicher Weise beschränkend wirken. In beiden Fällen gilt dabei, dass, je enger sich das Substitutions-verhältnis der jeweiligen Endkundenprodukte darstellt, die preis-restringierende Wirkung, die von den über regulierte bzw. alternative Infrastrukturen bereitgestellten Endkundenprodukten ausgeht, umso stärker einzuschätzen sein dürfte. Daneben kann eine nachweisliche Dämpfung der Endkundenpreise auch von einer hohen Preiselastizität der Nachfrage bezüglich der Endkundenprodukte, die über Netze mit sehr hoher Kapazität vermarktet werden, ausgehen: Eine hohe Preiselastizität der Nachfrage, d. h. eine starke Ausweichreaktion der Endkunden auf eine Preiserhöhung (bis hin zur Nichtnachfrage), kann es für das Unternehmen unrentabel werden lassen, Endkundenpreise über einem bestimmten Niveau zu setzen; die Preissetzungsspielräume sind insoweit ebenfalls beschränkt.“

vgl. BR-Drs. 29/21, S. 320 und BT-Drs. 19/26108, S. 274.

Vorliegend folgt der nachweisbare Druck auf die Vorleistungspreise der Betroffenen zu 1) insbesondere aus einer Kombination aus den Gesichtspunkten des Infrastrukturwettbewerbs und der Preiselastizität im Hinblick auf die Nachfrage für sehr hochbitratige Endkundenprodukte. Im Einzelnen:

Infrastrukturwettbewerb

Die Festlegung der Präsidentenkammer geht aufgrund der ähnlichen, maximal anbietbaren Bandbreiten davon aus, dass das Preisniveau von FTTB/H-Produkten von den Preisen für kabelbasierte Anschlüsse beschränkt wird, auch wenn wegen der nicht flächendeckenden Verfügbarkeit des Kabelnetzes der beschriebene Preisdruck allein im sogenannten Kabel-Footprint unmittelbar und im Rest des Landes lediglich mittelbar wirkt,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer vom 11.10.2019, 11.5.

Auch das Vorhandensein anderer FTTB/H-Anschlüsse ist grundsätzlich in der Lage, die Preissetzungsspielräume der Betroffenen zu 1) zu beschränken. Die Marktfestlegung ging davon aus, dass der Glasfasernetzausbau erst sehr langsam vorangeht, sodass FTTB/H-Anschlüsse nur regional und in sehr geringer Zahl verfügbar seien,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer vom 11.10.2019, 11.5.

Die Entwicklung hat sich in der Zeit seit der Festlegung der Präsidentenkammer erheblich beschleunigt. Bereits die Festlegung der Präsidentenkammer ging insofern aber von einer dynamischen Marktsituation aus.

Während 2019 noch insgesamt 1,5 Mio. aktive Breitbandanschlüsse über FTTB/H-Netze realisiert worden sind, hat sich diese Zahl zum Ende des ersten Halbjahrs 2023 mit insgesamt 3,8 Mio. aktiven FTTB/H-Anschlüssen mehr als verdoppelt,

vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2022/2023, S. 29.

Auch die Verfügbarkeit von FTTB/H-Anschlüssen ist sehr dynamisch. Zwischen dem Erhebungsstand der Marktanalyse und Ende 2023 hat sich die Gesamtzahl von Homes Passed von rund 5,3 Mio. auf 15 Mio. Anschlüssen knapp verdreifacht,

vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2020/2021, S. 32; Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2022/2023, S. 30

Es ist demnach davon auszugehen, dass im Verlauf der Regulierungsperiode Preisdruck zusätzlich vom zunehmenden Vorhandensein alternativer FTTB/H-Angebote ausgehen wird.

Kupferanker

Der Preissetzungsspielraum der Betroffenen zu 1) ist auch durch den sog. Kupferanker restringiert, mithin dem Vorliegen regulierter Vorleistungsprodukte, die überwiegend auf Kupfer basieren, inklusive FTTC-Infrastrukturen. Diese Vorleistungsprodukte sind für Nachfrager im gesamten Ausbaugbiet auf Basis der Zugangsverpflichtungen der Betroffenen zu 2) verfügbar.

Die Gigabit-Empfehlung identifiziert als potentielle Ankerprodukte Vorleistungsprodukte für Kupferleitungsnetze. Hierzu gehören neben dem physisch entbündelten Zugang zur TAL, auch virtuell entbündelte Vorleistungsprodukte, die in der Vorausschau immer noch in der Lage sind, gegenüber den über ein VHC-Netz bereitgestellten Produkten einen nachweisbaren Druck auf die Endkundenpreise auszuüben, siehe Nr. 43 Gigabit-Empfehlung.

Auch der nationale Gesetzgeber hat als mögliche Ankerprodukte in der oben zitierten Begründung zu § 38 Abs. 2 TKG auch Vorleistungsprodukte benannt, die überwiegend auf Kupfer basieren, inklusive FTTC-Infrastrukturen.

Insofern kann vorliegend als Kupferanker sowohl der physisch entbündelte Zugang zu TAL als auch der gegenüber der Betroffenen zu 2) regulierte BNG-Kupfer-VULA als Ankerprodukte für den BNG-Glasfaser-VULA berücksichtigt werden.

Derzeit werden ca. 10 % der über das Anschlussnetz der Betroffenen zu 2) bereitgestellten Breitbandanschlüsse über den Zugang zur physisch entbündelten TAL realisiert.

vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2022/2023, S. 27.

Die Festlegung der Präsidentenkammer betont aber, dass an die Stelle der rein kupferbasierten Anschlüsse zudem zukünftig FTTC-Anschlüsse treten und ihrerseits eine stärkere Wirkung auf die Bepreisung von FTTB/H-Anschlüssen entfalten werden,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer vom 11.10.2019, 11.5.

Mitte 2023 waren etwa 81% der rund 24,7 Mio. DSL-Anschlüsse mit VDSL beschaltet,

vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2022/2023, S. 30.

Damit ist der Anteil der Ende 2019 mit VDSL beschalteten Anschlüsse von fast 60%,

vgl. Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2019, S. 50,

um rund ein Viertel gestiegen.

Die Tatsache, dass der virtuell entbündelte Zugang am BNG auf Kupferbasis entsprechend der Regulierungsverfügung BK3i-19/020 einer Anzeigeverpflichtung unterliegt, spricht nicht gegen dessen Eignung, hier als Ankerprodukt in Betracht zu kommen. Der Gesetzgeber differenziert in § 38 Abs. 2 TKG nicht danach, ob die möglichen Ankerprodukte einer Genehmi-

gungspflicht oder einer Anzeigeverpflichtung unterliegen, sondern spricht in der Gesetzesbegründung allgemein von „regulierten Zugangsprodukten“. Dieselbe Formulierung verwendet auch der EKEK in EG (193) zu Art. 74 Abs. 1 Unterabs. 3.

Insoweit die Gigabit-Empfehlung von kostenorientiert regulierten Vorleistungsentgelten spricht (EG (29) und Nr. 42), geht Art. 74 Abs. 1 Unterabs. 3 EKEK als verbindlicher Rechtsakt mit Gesetzescharakter der Empfehlung vor. Art. 74 Abs. 1 Unterabs. 3 EKEK spart den Begriff der Kostenorientierung jedoch gerade aus. Der Begriff findet sich nur in Abs. 1 und Abs. 3 des Art. 74 EKEK.

Außerdem geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Preise für den BNG-Kupfer-VULA auch ohne eine Kostenorientierungsverpflichtung eng an den „Als-ob-Wettbewerbspreis“ angelehnt sein werden,

Regulierungsverfügung BK3i-19/020 vom 21.07.2022, unter VIII.4.

Sie sind damit ein tauglicher Anker und geeignet, den Preissetzungsspielraum der Betroffenen zu 1) für FTTB/H-Endkundenprodukte zu beschränken.

Preiselastizität

Wie oben ausgeführt, kann auch die Zahlungsbereitschaft der Kunden als preisbegrenzender Faktor wirken. Die Festlegung der Präsidentenkammer beobachtet in Bezug auf sehr hohe Bandbreiten, die insbesondere durch FTTB/H-Netze bereitgestellt werden können, eine zunächst eher geringe Endkundennachfrage und somit auch Zahlungsbereitschaft. Das Preisniveau für solche Produkte sei somit auch insofern restringiert, als die Endkunden möglicherweise komplett auf den Anschluss verzichten, wenn der Produktpreis die Zahlungsbereitschaft übersteigt,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer vom 11.10.2019, 11.5.

Bei sehr hohen Bandbreiten begrenzt somit auch die Preiselastizität der Nachfrage die Preissetzungsspielräume der Betroffenen zu 1).

10.3.1.3. Effektiver und nichtdiskriminierender Zugang

Der BNG-Glasfaser-VULA, wie er von der Betroffenen zu 1) angeboten wird, ist effektiv und nichtdiskriminierend im Sinne des § 38 Abs. 2 TKG. Der Betrachtung liegt der FB-Vertrag zugrunde, der grundsätzliche Regeln über die Entgelte enthält.

10.3.1.3.1. Nichtdiskriminierungsverpflichtung nach dem EoI-Ansatz

Voraussetzung für ein Absehen von Entgeltregulierung ist grundsätzlich die Auferlegung einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung nach dem EoI-Ansatz.

Zwar nennt § 38 Abs. 2 TKG als Voraussetzung für ein Absehen von Entgeltregulierung lediglich einen nichtdiskriminierenden Zugang, ohne dies näher zu spezifizieren. Indes empfiehlt Nr. 38 Gigabit-Empfehlung ein Absehen von einer Regulierung der Vorleistungszugangsentgeltenur dann, wenn ein Bündel von Bedingungen erfüllt ist. Erste Bedingung ist, dass dem marktmächtigen Unternehmen eine EoI-Verpflichtung auferlegt worden ist (vgl. Nr. 38 lit. a) Gigabit-Empfehlung). Nur, wenn die Auferlegung einer EoI-Verpflichtung unangemessen und eine EoO-Verpflichtung ausreichen würde, kann auf die EoO-Verpflichtung zurück gegriffen werden. In diesem Fall sind jedoch weitere Verpflichtungen hinsichtlich der technischen Replizierbarkeit und geeignete Überwachungsmechanismen zu implementieren (vgl. Nr. 38 lit. b) Gigabit-Empfehlung).

Die Betroffene zu 1) hat den EoI-Ansatz im Rahmen des ihrerseits vorgelegten System- und Prozesskonzeptes zur Prozessierung der hier fraglichen Zugangsprodukte auf FTTH-Basis verwirklicht, vgl. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden..**

10.3.1.3.2. Wirtschaftliche Nachbildbarkeit (ERT)

Die von der Betroffenen zu 1) für den BNG-Glasfaser-VULA vorgelegten Entgelte erfüllen die Anforderungen an die wirtschaftliche Nachbildbarkeit (vgl. unter **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**).

10.3.1.3.3. Technische Nachbildbarkeit (TRT)

Der FB-Vertrag der Betroffenen zu 1) ermöglicht effizienten Zugangsnachfragern auch eine technische Nachbildbarkeit ihrer Endkundenangebote (vgl. unter **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**).

10.3.2. Geeignetheit des Absehens von Entgeltregulierung

Das Absehen von Entgeltregulierung für den BNG-Glasfaser-VULA gemäß § 38 Abs. 2 TKG ist geeignet, die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG zu fördern.

Förderung der Konnektivität, § 38 Abs. 5 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG

Angesichts der Unsicherheiten, in welchem Maße sich die Nachfrage nach Breitbanddiensten der nächsten Generation tatsächlich entwickeln wird, ist es für die Förderung effizienter Investitionen und Innovationen wichtig, den Betreibern, die in den Aufbau oder die Modernisierung von Netzen investieren, ein gewisses Maß an Flexibilität bei der Preisgestaltung zu gewähren, s. EG (193) EKEK und EG (26) der Gigabit-Empfehlung.

Das Absehen von Entgeltregulierung und die damit ermöglichte zusätzliche Preissetzungsflexibilität ist somit ein Instrument zur Förderung des Ausbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität. Es ist damit in besonderer Weise geeignet, den VHCN-Ausbau zu fördern.

Die Bundesnetzagentur hat insofern bereits in der Vergangenheit betont, dass eine unsachgemäße Beschränkung des Preisniveaus und mithin der Möglichkeiten zur Amortisation der Netzausbaukosten durch eine zu starre Regulierung mit negativen Effekten auf die Attraktivität sowohl volkswirtschaftlich als auch betriebswirtschaftlich prinzipiell lohnender zukunftssicherer Infrastrukturinvestitionen verbunden wäre,

vgl. Konsultationsdokument der Bundesnetzagentur, Fragen der Entgeltregulierung bei FTTB/H-basierten Vorleistungsprodukten mit Blick auf den Ausbau hochleistungsfähiger Glasfaserinfrastrukturen, Bonn, 14. März 2017, S. 4.

Insbesondere eine reine KeL-Regulierung des BNG-Glasfaser-VULA wäre nicht geeignet, das Regulierungsziel der Konnektivität zu fördern.

Würde man der bisherigen Praxis bei der KeL-Ermittlung folgend von einer konstanten Amortisation über die Nutzungsdauer (Annuität) ausgehen, wäre die Summe aus Abschreibungen und Zinsen auf das eingesetzte Kapital (Periodenkosten) gleichmäßig über den Nutzungszeitraum zu verteilen. Dies würde jedoch unterstellen, dass – wie bei den bestehenden Kupfernetzen – auch bei den FTTB/H-Investitionen von weitgehend konstanter Kundenzahl und Zahlungsbereitschaft ausgegangen werden könnte. Bei dieser Herangehensweise bestünde die Gefahr, dass wegen der geringen Nachfrage insbesondere in den ersten Jahren zu hohe Periodenkosten je tatsächlich genutztem Anschluss verrechnet würden, die zu Preisen führen würden, die wahrscheinlich nicht durch die Zahlungsbereitschaft der Endkunden erlöst werden könnten. Eine solche statische Kalkulation der Amortisation im Rahmen des KeL-Konzepts würde daher der erforderlichen Preisflexibilität der Unternehmen im Hinblick auf den Infrastrukturausbau nicht angemessenen Rechnung tragen,

vgl. Konsultationsdokument der Bundesnetzagentur, S. 18.

Das Absehen von Entgeltregulierung für den BNG-Glasfaser-VULA gewährt hingegen ausreichend Flexibilität und setzt damit Anreize für den Infrastrukturausbau, während gleichzeitig der

Wettbewerb durch die getroffenen Nichtdiskriminierungsverpflichtungen angemessen geschützt ist.

**Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes,
§ 38 Abs. 5 TKG i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG**

Ein Absehen von Entgeltregulierung für den BNG-Glasfaser-VULA gemäß § 38 Abs. 2 TKG ist geeignet, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze – einschließlich des infrastrukturbasierten Wettbewerbs – sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche, zu fördern. Die Preissetzungsspielräume der Betroffenen zu 1) sind auch ohne Regulierung der Vorleistungsentgelte beschränkt. Die weiteren flankierenden Maßnahmen (Eol, ERT, TRT) schützen zudem den Wettbewerb, s. EG (193) EKEK,

„Um insbesondere überhöhte Preise auf Märkten zu vermeiden, auf denen es Unternehmen gibt, die als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, sollte diese Preisflexibilität mit zusätzlichen Vorkehrungen flankiert werden, um den Wettbewerb und die Endnutzerinteressen zu schützen“.

Ein Absehen von Entgeltregulierung ist somit dem Regulierungsziel der Wettbewerbsförderung jedenfalls nicht abträglich.

**Langfristige Verbraucherinteressen insbesondere am VHC-Ausbau,
§ 38 Abs. 5 TKG i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG**

Das Regulierungsziel der Förderung der langfristigen Verbraucherinteressen insbesondere am VHCN-Ausbau, läuft gleich mit dem Regulierungsziel der Konnektivität gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG. Es wird auf die Ausführungen unter Ziffer 5.2.2.1 verwiesen.

**Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes,
§ 38 Abs. 5 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG**

Ein Absehen von Entgeltregulierung gemäß § 38 Abs. 2 TKG ist geeignet, die Entwicklung des Binnenmarktes zu fördern. Das Instrument wurde vom europäischen Gesetzgeber eingeführt, um bei gleichzeitiger Wahrung der Nutzerinteressen sowie des Wettbewerbs den Ausbau von VHC-Netzen voranzutreiben, Art. 74 Abs. 1 UAbs. 3 EKEK. Es ist daher als binnenmarktskonform anzusehen.

10.3.3. Erforderlichkeit des Absehens von Entgeltregulierung

Ein milderes Mittel als das Absehen von Entgeltregulierung gemäß § 38 Abs. 2 TKG, um die Regulierungsziele zu fördern, ist nicht ersichtlich. Bei der Anzeige- oder Genehmigungspflicht handelt es sich überdies nicht um besser geeignete Mittel zur Förderung der Regulierungsziele. Denn beide könnten die angestrebte und insbesondere für die Konnektivität und damit auch für die Verbraucherinteressen förderliche Flexibilität der Preissetzung nicht gleichermaßen gewährleisten. Das Wettbewerbsziel wird durch die Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 TKG auch bei einem Absehen von Entgeltregulierung ausreichend gewahrt.

10.3.4. Angemessenheit des Absehens von Entgeltregulierung

Unter Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte ist ein Absehen von Entgeltregulierung nach § 38 Abs. 2 TKG für den BNG-Glasfaser-VULA insgesamt angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne.

Das Absehen von Entgeltregulierung stellt gegenüber einer Genehmigungspflicht oder Anzeigeverpflichtung keinen Eingriff in die Rechte der Betroffenen zu 1) dar und dient damit dem stets zu berücksichtigenden Anbieterinteresse. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Betroffene zu 1) eine Anzeige- oder Genehmigungspflicht präferiert, wengleich dies aus Gründen der Rechtssicherheit denkbar wäre.

Andere Rechtsgüter, welche darüber hinaus von dem hier vorgesehenen Absehen von einer Entgeltregulierung bei gleichzeitiger wettbewerbssichernder Flankierung tangiert sein könnten, sind nicht erkennbar.

11. Widerruf des bisherigen Regulierungsrahmens

Die Regulierungsverfügungen BK3g-15/004 vom 01.09.2016 und BK3h-14/114 vom 28.10.2015 werden mit **Tenorziffer III.** gegenüber der Betroffenen zu 1) gemäß § 13 Abs. 2 TKG widerrufen.

Die genannten Regulierungsverfügungen werden mit dieser Regulierungsverfügung, der gegenüber der Betroffenen zu 2) erlassenen Regulierungsverfügung BK3i-19/020 vom 21.07.2022 sowie der gegenüber der Glasfaser NordWest erlassenen Regulierungsverfügung BK3h-22/005 basierend auf § 13 Abs. 2 TKG vollständig ersetzt.

Die Beschlusskammer hat bei ihrer Entscheidung über den Widerruf gemäß § 13 Abs. 3 TKG die Art des auf dem relevanten Markt festgestellten Problems (§ 13 Abs. 3 Nr. 1 TKG) sowie die Angemessenheit der Verpflichtung unter Berücksichtigung der Kosten und Nutzen (§ 13 Abs. 3 Nr. 2 TKG) sowie der Regulierungsziele (§ 13 Abs. 3 Nr. 3 TKG) im Blick zu halten.

Im Einzelnen:

11.1. Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem entbündelten Zugang zur Kupfer-TAL

Die in den Regulierungsverfügungen BK3g-15/004 vom 01.09.2016 und BK3h-14/114 vom 28.10.2015 enthalten Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem physisch und virtuell entbündelten Zugang zu Kupfer-TAL werden widerrufen. Hierbei handelt es sich insbesondere um Zugangsverpflichtungen, Transparenzverpflichtungen, Gleichbehandlungsverpflichtungen, Verpflichtungen zur Vorlage eines Standardangebots, Entgeltgenehmigungspflichten sowie der getrennten Rechnungslegung.

Zwar sind kupferbasierte Anschlüsse weiterhin Gegenstand des sachlichen Marktes, auf dem die Betroffene zu 2) und die mit ihr nach § 3 Nr. 69 TKG verbundenen und zusammengesetzten Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen. Allerdings verfügt die Betroffene zu 1) über keine kupferbasierte Anschlussinfrastruktur.

Angesichts des bundesweit ausgebauten, zugangsregulierten Kupfer-Anschlussnetzes der Betroffenen zu 2), das auch in den Ausbaugebieten der Betroffenen zu 1) verfügbar ist, ist auch nicht zu erwarten, dass die Betroffene zu 1) entgegen ihrer bisherigen Geschäftsausrichtung in den Ausbau einer kupferbasierten Anschlussinfrastruktur investieren wird, so dass hierauf bezogene Zugangsverpflichtungen im Hinblick auf das auf dem relevanten Markt festgestellte Wettbewerbsproblem ins Leere gingen.

11.2. Verpflichtung zum physisch entbündelten Zugang zur Glasfaser-TAL

Soweit die Regulierungsverfügung BK3g-15/004 vom 01.09.2016 Verpflichtungen enthält, physisch entbündelten Zugang zur Glasfaser-TAL zu gewähren, ist es nach Überzeugung der Beschlusskammer nicht mehr angezeigt, diese Zugangsverpflichtung sowie alle weiteren damit verbundenen Verpflichtungen aufrechtzuerhalten.

Massenmarktfähige Glasfaser-TAL in PtP-Bauweise sind zwar weiterhin Teil des Marktes. Eine Zugangsverpflichtung zu PtP-Glasfasern trägt jedoch angesichts der derzeitigen Sachlage nicht in verhältnismäßiger Weise dazu bei, die Regulierungsziele zu erreichen.

Denn eine Zugangsverpflichtung hinsichtlich in PtP-Bauweise errichteter Glasfaserinfrastrukturen der Betroffenen zu 1) wäre hierzu (derzeit) schon nicht geeignet. Zwar ist eine Zugangsverpflichtung im Allgemeinen in der Lage, die Konnektivität zu erhöhen, zur Nutzbarkeit hoch-

leistungsfähiger Netze durch Bürger und Unternehmen sowie zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs beizutragen. Dies setzt allerdings voraus, dass solche Netze, die Gegenstand der jeweiligen Verpflichtung sind, bereits existieren oder jedenfalls deren Errichtung konkret bevorsteht. Dies ist hier nicht der Fall. Die Betroffene zu 1) baut derzeit keine FTTH-Infrastrukturen für den Massenmarkt in PtP-Bauweise aus und plant dies auch nicht. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sich dies in nächster Zeit ändert.

Schon deshalb würden also eine dahingehende Zugangsverpflichtung sowie die weiteren damit verbundenen Verpflichtungen ins Leere laufen und mithin keinen wirksamen Beitrag zur Erreichung der genannten Regulierungsziele leisten. Es kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass die Betroffene zu 1) noch während der Regulierungsperiode in Ergänzung zu ihrem bislang praktizierten PtMP-Glasfaserausbau dazu übergehen wird, FTTH-Infrastrukturen auch in PtP-Bauweise auszubauen. Dies würde jedoch allein dazu führen, dass die Beschlusskammer in diesem Fall unter Berücksichtigung der Markt- und Wettbewerbssituation neu über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung in verhältnismäßiger Weise zu befinden hätte. Um dies sicherzustellen, wird der Betroffenen zu 1) daher hinsichtlich eines etwaigen PtP-Glasfaserausbaus eine Transparenzverpflichtung auferlegt (siehe hierzu unter Ziffer 9 des Tenors).

Die Kritik der Plusnet am Widerruf der Zugangsverpflichtung in Bezug auf die massenmarktfähiger Glasfaser in PtP-Bauweise ist unbegründet. Entgegen ihrer Ansicht ist es nicht überwiegend wahrscheinlich, dass die Betroffene zu 1) ihr Ausbaumodell von einem PtMP zu einem PtP umstellen wird. Es kommt nicht darauf an, welche Ausbauvariante objektiv effizienter ist. Die Betroffene zu 1) baut seit rund zwei Jahren Glasfaseranschlüsse aus und es gibt keinen Hinweis darauf, dass sie ihr Konzept einer PtMP-Struktur auf eine PtP-Struktur umstellt. Deshalb würde es selbst bei einer Umstellung des Ausbaukonzepts längere Zeit dauern, bevor ein entsprechender Ausbau tatsächlich erfolgen würde. Weil damit auf absehbare Zeit die bisherige Ausbauvariante dominieren würde, bliebe fraglich, ob es eine entsprechende Nachfrage nach einem physisch entbündelten Zugang zu den Anschlüssen gibt. Deshalb ist nach Überzeugung der Beschlusskammer die auferlegte Transparenzverpflichtung hinreichend, um den Wettbewerb zu fördern.

11.3. Verpflichtung, virtuell entbündelten Zugang zur Glasfaser-TAL zu gewähren

Die Betroffene zu 1) war aufgrund der Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015 verpflichtet, Nachfragern einen virtuell entbündelten Zugang zur Glasfaser-TAL am BNG (BNG-Glasfaser-VULA) zu gewähren. Diese Zugangsverpflichtung sowie die damit verbundene Kollokationsverpflichtung werden nach § 13 TKG mit Erlass dieser Regulierungsverfügung widerrufen, weil die Voraussetzungen für die Auferlegung dieser Zugangsverpflichtung nicht mehr vorliegen. Eine solche Verpflichtung erwiese sich nach Überzeugung der Beschlusskammer als nicht mehr verhältnismäßig, weil mit der hier erfolgten Auferlegung einer strengen Gleichbehandlungsverpflichtung (Ziffern 2 und 3 des Tenors) sowie der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots (Ziffer 11 des Tenors) mildere Mittel zur Verfügung stehen, die in gleicher Weise geeignet sind, die Regulierungsziele zu erreichen.

Eine Zugangsverpflichtung auch für den BNG-Glasfaser-VULA wäre zwar geeignet, die in § 26 Abs. 2 i.V.m. § 2 TKG normierten Regulierungsziele zu fördern. Denn die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung würde – als insoweit schärfstes Regulierungsmittel – in besonderem Maße sicherstellen, dass alternative Netzbetreiber auch diese speziellen Vorleistungsprodukte der Betroffenen zu 1) nachfragen können bzw. einen entsprechenden Zugang erhalten. Dies wäre mit Blick auf das Konnektivitätsziel, die Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen von Vorteil. Denn durch einen derart „abgesicherten“ Zugang wäre es den nachfragenden Wettbewerbern sicher möglich, auch auf Basis derartiger Vorleistungsprodukte mit der Betroffenen zu 1) zu konkurrieren, was wiederum auf dem Endnutzermarkt für eine entsprechende Verbreiterung des den Endkunden von unterschiedlichen Wettbewerbern offerierten Produktportfolios führen würde.

Im Ergebnis erweist sich die Auferlegung einer solchen Zugangsverpflichtung angesichts der der Betroffenen zu 1) im Übrigen auferlegten Verpflichtungen aber als nicht erforderlich. Denn erforderlich ist eine belastende Maßnahme nur dann, wenn kein milderes Mittel ersichtlich ist, das den angestrebten Zweck – hier namentlich die Sicherung eines chancengleichen Wettbewerbs sowie eines wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes – in gleich effektiver Weise fördert.

Gemäß § 26 Abs. 2 S. 1 TKG ist eine Zugangsverpflichtung dann nicht (mehr) gerechtfertigt, wenn die Regulierungsziele aus § 2 TKG auch mittels anderer, bereits auferlegter Verpflichtungen sichergestellt werden können. Dies ist hier vor allem mit Blick auf die der Betroffenen zu 1) auferlegte EoO- und EoI-Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 TKG hinsichtlich des BNG-Glasfaser-VULA der Fall. Hierdurch wird die Zugangsmöglichkeit der Nachfrager soweit abgesichert, dass eine *zusätzliche* Zugangsverpflichtung für den BNG-Glasfaser-VULA der Betroffenen zu 1) gegenüber als unangemessen zu bewerten ist.

Denn eine Zugangsverpflichtung wäre unter den gegebenen Umständen nicht in der Lage, ein signifikant höheres Schutzniveau im Hinblick auf die Regulierungsziele zu erzeugen. Zwar ließe sich anführen, dass im Falle der Auferlegung eines allgemeinen Diskriminierungsverbots (ohne gleichzeitige Zugangsverpflichtung) für das marktmächtige Unternehmen möglicherweise noch ein marginaler Spielraum verbliebe, um im Falle einer Zugangsnachfrage (unter Ausnutzung der beträchtlichen Marktmacht) ggf. negativ über das „Ob“ der Zugangsgewährung zu entscheiden. Hier ist jedoch zu beachten, dass der Betroffenen zu 1) für den fraglichen VULA-Zugang am BNG eine Gleichbehandlungspflicht nach Maßgabe des EoO- und des EoI-Prinzips auferlegt wird, siehe Ziffer 6.3. Dies bedeutet im Kern, dass die Betroffene zu 1) sicherstellen muss, dass der BNG-Glasfaser-VULA sowohl ihren internen Unternehmensteilen als auch vorleistungsnachfragenden Wettbewerbern *über dieselben Systeme und Prozesse* bereitgestellt wird. Hiernach darf es also bei der Bearbeitung einer entsprechenden Zugangsanfrage keinen Unterschied mehr machen, welches Unternehmen diese Anfrage einlaset. Auf diese Weise wird der vorgenannte potentielle Spielraum der Betroffenen zu 1) quasi auf Null reduziert. Denn wenn ein Wettbewerber einen Zugang zum BNG-Glasfaser-VULA begehrt, so muss die Betroffene zu 1) eine solche Anfrage schon aufgrund der EoI-Verpflichtung diskriminierungsfrei über die identischen Systeme und Prozesse abwickeln wie eigene interne Produktanfragen. Daneben ist zu beachten, dass die Betroffene zu 1) aufgrund ihrer im Zuge des Fusionskontrollverfahrens für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen ebenfalls einem strengen Diskriminierungsverbot unterliegt, was zusätzlich dafür spricht, dass sie Zugangsnachfrager nicht schlechter stellen wird als die Betroffene zu 2).

Infolge dieser strengeren Ausprägung des Diskriminierungsverbots hat die Betroffene zu 1) also ohnehin jede Zugangsanfrage über dieselben Systeme und Prozesse diskriminierungsfrei zu bearbeiten. § 24 Abs. 2 TKG sichert zudem eine diskriminierungsfreie Behandlung hinsichtlich der preislichen und technischen Zugangskonditionen. Damit ist sichergestellt, dass die Wettbewerber auch hinsichtlich dieser FTTH-basierten Produkte sowohl auf dem Vorleistungsmarkt als auch auf dem korrespondierenden Endkundenmarkt mit der Betroffenen zu 1) und anderen Netzbetreibern in entsprechende Konkurrenz treten können. So wird zugleich auch das Interesse der Endkunden an einer möglichst breiten Produktauswahl anhand verschiedener Preise und Qualitäten gewahrt.

Wenn aber für vorleistungsnachfragende Wettbewerber eine diskriminierungsfreie Zugangsgewährung bereits auf diese Weise sichergestellt ist, dann ergäbe sich aus einer zusätzlich auferlegten Zugangsverpflichtung nach § 26 Abs. 1 TKG aus Nachfragersicht kein signifikanter Mehrwert. Zugleich würde der Betroffenen zu 1) aber eine weitere rechtliche Belastung auferlegt. Die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes in Tenorziffer 11. unterstützt dieses Ergebnis, denn hierdurch wird die chancengleiche Zugangsgewährung ebenfalls mit abgesichert. Ein darüberhinausgehendes, individuelles Initiativrecht der Zugangsnachfrager dergestalt, dass sie im Wege eines Zugangsanordnungsverfahrens nach § 35 TKG auch Zugang in einer Form einfordern können, wie ihn sich die Betroffene zu 1) nicht

selbst gewährt, ist nicht geboten, weil die Betroffene zu 1) das Standardangebot bereits innerhalb von drei Monaten seit Auferlegung der Verpflichtung vorlegen muss und damit eine Überprüfung des Standardangebots beginnt.

Auch der Vortrag der Plusnet, eine Zugangsverpflichtung sei erforderlich, um vom Standardangebot (noch) nicht umfasste Zugangsformen zu erfassen, ändert an dieser Bewertung nichts. Denn die Betroffene zu 1) wäre auch im Falle neuer, vom Standardangebot nicht umfasster Zugangsformen verpflichtet, wenn sie eine entsprechende Zugangsform der Betroffenen zu 2) gegenüber oder einem anderen Unternehmen anbietet.

Im Übrigen erachtet die Beschlusskammer das Risiko, dass die Betroffene zu 1) Verhandlungen über Individuallösungen gar nicht erst eingehen wird, als gering. Denn als Unternehmen, das seinen Fokus auf den Vorleistungsmarkt legt, wird sie ein Interesse daran haben, neue Produktvarianten anzubieten, sofern die Produktentwicklung wirtschaftlich ist. Für eine Verpflichtung zu Individuallösungen, die diesem Maßstab nicht gerecht werden, besteht nach Auffassung der Beschlusskammer unter Berücksichtigung der Regulierungsziele keine Rechtfertigung. Weder spricht das Anbieterinteresse hierfür, noch sind positive Auswirkungen auf den Gesamtmarkt bzw. die Verbraucher oder die Konnektivität in diesem Zusammenhang zu erwarten.

11.4. Ankündigungsfrist

Nach § 13 Abs. 2 S. 2 TKG ist der Widerruf einer Zugangsverpflichtung den betroffenen Unternehmen innerhalb einer angemessenen Frist vorher anzukündigen. Vorliegend wurde dieser der Betroffenen zu 1) rechtzeitig mit der Konsultation angekündigt. Diese Frist ist angemessen. Die betroffenen Zugangsleistungen werden bereits offensichtlich nicht von der Betroffenen zu 1) angeboten oder die darauf bezogenen Verpflichtungen wurden mit diesem Beschluss durch sachgerechte und angemessen Regulierungsverpflichtungen ersetzt.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Bonn, den 16.07.2024

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzerin

Dreger

Wieners

Holzwarth-Thilo

Hinweis:

Für individuell zurechenbare Leistungen der Beschlusskammer werden Gebühren nach der Besondere Gebührenverordnung des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr für telekommunikationsrechtliche Tätigkeiten (BMDVTKBGebV) erhoben.

Öffentliche Fassung
-Korrigierte Fassung-

Weitere Informationen finden Sie unter „Aktuelles“ auf den Internetseiten der Beschlusskammern 2 und 3 unter www.bundesnetzagentur.de

Abkürzungsverzeichnis

ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line
APL	Abschlusspunkt der Linientechnik
Az	Aktenzeichen
BNG	Broadband Network Gateway
BNG-VULA	ehemaliger Layer 2-Bitstrom
BR-Drs	Bundesratsdrucksache
BT-Drs	Bundestagsdrucksache
BuGG	Betriebs- und Geschäftsgeheimnis
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CRM-System	Customer-Relationship-Management-System
CuDA	Kupferdoppelader
DigiNetzG	Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze
Digital-OSS	Digital Operations Support System zentrales IT-System der Telekom für FTTH-basierte Anschlüsse
DSL	Digital Subscriber Line
DSLAM	Digital Subscriber Line Access Multiplexer
EKEK	Europäischer Kodex für die elektronische Kommunikation
EoI	Equivalence of Input Gleichwertigkeit des Inputs
EoO	Equivalence of Output Gleichwertigkeit des Outputs
ERT	economic replicability test ökonomischer Nachbildbarkeitstest
EU	Europäische Union
EUR	Euro
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FB-Vertrag	Fiber-Broadband-Vertrag
FTTC	Fiber to the curb Glasfaser bis zum KVz
FTTH	Fiber to the Home Glasfaser bis zu den Räumlichkeiten des Endkunden
FTTx	Fiber to the x Oberbegriff für verschiedene Glasfaser-Ausbauvarianten
gem.	gemäß

GEREK	Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation
GF	Glasfaser
GIS-Tool	Geoinformationssystem-Tool
HFC-Netze	Hybrid Fiber Coax-Netz Breitbandnetz mit Endkundenanbindung über Koaxialkabel
HHUStO	Haushalte bzw. Unternehmensstandorte
Hrsg.	Herausgeber
HVt	Hauptverteiler
IP-BSA	Internet Protocol-Bitstream Access Layer 3-Bitstrom
ISA	Infrastrukturatlas
KeL	Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung
KKA	Kabelkanalanlagen
KPI	Key-Performance-Indicator (Qualitätskennziffer)
KVz	Kabelverzweiger
L2-BSA	Layer 2-Bitstrom, hier: Produktname der Betroffenen zu 1)
MSAN	Multi-Services-Access-Node
MSAN-VULA	Multi-Services-Access-Node-Virtual Unbundled Local Access Virtuell entbundelter Zugang am MSAN
MToiL	Zugang zu Masten und Trägersystemen oberirdischer Linien
NGA	Next Generation Access
ODF	Optical Distribution Frame Glasfaser-Hauptverteiler
OLG	Oberlandesgericht
OLT	Optical Line Terminal
PKS-Prüfung	Preis-Kosten-Scheren-Prüfung
PtMP	Point-to-Multipoint (Punkt-zu-Mehrpunkt)
PON	Passive Optical Network (passives Glasfasernetz)
PtP	Point-to-Point (Punkt-zu-Punkt)
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
Rz.	Randziffer
S/PRI	Supplier/Partner Requisition Interface
SDSL	Symmetric Digital Subscriber Line
SLA	Service Level Agreement
SLG	Service Level Garantie

SNR	SpeedNet-Rohr
TAL	Teilnehmeranschlussleitung
VDSL	Very High Speed Digital Subscriber Line
VG	Verwaltungsgericht
VULA	Virtual unbundled local access virtuell entbundelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung
WITA	Wholesale IT Architektur Schnittstelle für Zugangsprodukte der Betroffenen zu 2)
xDSL	Sammelbezeichnung für sämtliche DSL-Varianten

Im Übrigen wird verwiesen auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache.