



Bundesnetzagentur

**Beschlusskammer 11**  
**Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes**

**BK11-23-003**

## **Beschluss**

**in dem Streitbeilegungsverfahren**

**M-net Telekommunikations GmbH**  
**Frankfurter Ring 158, 80807 München**  
**vertreten durch die Geschäftsführung**

**– Antragstellerin –**

**gegen**

**Vodafone GmbH**  
**Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf**  
**vertreten durch die Geschäftsführung**

**– Antragsgegnerin –**

*Beigeladene*

1. Breitband Main-Kinzig GmbH  
Im Steinigen Graben 13, 63571 Gelnhausen  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 1 –
2. freenet DSL GmbH  
Deelbögenkamp 4, 22297 Hamburg,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 2 –
3. 1&1 Versatel GmbH  
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 3 –
4. 1&1 Versatel Deutschland GmbH  
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 4 –
5. 1&1 Telecom GmbH  
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 5 –
6. atene KOM GmbH  
Invalidenstraße 91, 10115 Berlin,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 6 –
7. Verband der Anbieter von Telekommunikations- und  
Mehrwertdiensten e. V. (VATM),  
Frankenwerft 35, 50667 Köln,  
vertreten durch den Vorstand,  
– Beigeladene zu 7 –
8. NetCologne GmbH  
Am Coloneum 9, 50829 Köln,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 8 –
9. EWE TEL GmbH  
Cloppenburger Str. 310, 26133 Oldenburg,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 9 –
10. Telekom Deutschland GmbH  
Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 10 –

11. wilhelm.tel GmbH  
Heidbergstraße 101-111, 22846 Norderstedt,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 11 –
12. Deutsche Glasfaser Holding GmbH  
Klaus-Bungert-Straße 8, 40468 Düsseldorf,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 12 –
13. Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. (BREKO),  
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn,  
vertreten durch den Vorstand,  
– Beigeladene zu 13 –
14. Vattenfall Eurofiber GmbH  
Hedwig-Dohm-Straße 2, 10829 Berlin  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 14 –
15. Netcom BW GmbH  
Unterer Brühl 2, 73479 Ellwangen,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 15 –
16. LeoNet AG  
Edlmairstraße 1, 94469 Deggendorf  
vertreten durch den Vorstand,  
– Beigeladene zu 16 –
17. Speedloc Datacenter,  
Karl-Marx-Straße 13/14, 02827 Görlitz,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 17 –

*Verfahrensbevollmächtigte*

- der Antragstellerin: JUCONOMY Rechtsanwälte Partnerschaft mbB,  
Grafenberger Allee 368, 40235 Düsseldorf,
- der Antragsgegnerin: Neuland legal Rechtsanwälte PartG mbB,  
Rossertstraße 6, 60323 Frankfurt,
- der Beigeladenen zu 1: GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB,  
Ulmenstraße 30, 60325 Frankfurt,
- der Beigeladenen zu 10: Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB,  
Charlottenstraße 57, 10117 Berlin

hat die Beschlusskammer 11 – Nationale Streitbelegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes – der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

auf die mündliche Verhandlung vom 27. 3. 2023

durch

die Vorsitzende Herchenbach-Canarius,

den Beisitzer Dr. Bayer und

den Beisitzer Dr. Haslinger

am 31. 10. 2023 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, der Antragstellerin offenen Netzzugang in Form eines Layer 2-Bitstromproduktes auf Vorleistungsebene zu dem öffentlich geförderten Telekommunikationsnetz im Main-Kinzig-Kreis zu gewähren. Dazu hat sie der Antragstellerin bis zum 4. 12. 2023 ein Angebot zu legen, für das folgende monatliche Überlassungsentgelte ohne Mehrwertsteuer festgelegt werden:

<b>Bandbreite</b>	<b>Entgelt</b>
100 / 50 Mbit/s (Uplink / Downlink)	16,07 €
250 / 125 Mbit/s (Uplink / Downlink)	24,08 €
500 / 250 Mbit/s (Uplink / Downlink)	28,43 €
1.000 / 500 Mbit/s (Uplink / Downlink)	41,04 €

2. Im Übrigen werden die Anträge abgelehnt.

## 1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft einen Streit zwischen der Antragstellerin, M-net Telekommunikations GmbH, und der Antragsgegnerin, der Vodafone GmbH.
- 2 Die Antragstellerin begehrt einen offenen und diskriminierungsfreien Bitstromzugang auf Vorleistungsebene auf das im Main-Kinzig-Kreis öffentlich gefördert aufzubauende gigabitfähige Breitband-/Glasfasernetz.
- 3 Die Antragstellerin ist ein bei der Bundesnetzagentur gelisteter Telekommunikationsanbieter mit Sitz in München, der Teile Bayerns, den Großraum Ulm sowie den hessischen Landkreis Main-Kinzig mit Kommunikationstechnologie versorgt. Dabei bietet sie neben Telefon, Mobilfunk und Vernetzung von Rechenzentren auch Highspeed-Internet auf Basis von Fibre to the Curb (FttC) und Fibre to the Building / Fibre to the Home (FttB/FttH) an und investiert in den Glasfaser-Ausbau und die Errichtung eines eigenen, glasfaserbasierten Breitbandnetzes.
- 4 Die Antragsgegnerin ist ebenfalls ein bei der Bundesnetzagentur gelisteter bundesweit tätiger Telekommunikationsanbieter mit eigenem Netz bis zum Endkunden.
- 5 Die Antragstellerin erschloss seit dem Jahr 2013 weite Teile des Main-Kinzig-Kreises mit FttC. Sie war ab dem Jahr 2012 nach Abschluss eines beihilferechtlichen Vergabeverfahrens anhand des Betreibermodells dazu berechtigt und verpflichtet worden, das von der öffentlichen Hand im Main-Kinzig-Kreis, genauer der kreiseigenen Tochter Breitband Main-Kinzig-Kreis GmbH (im Folgenden Beigeladene zu 1), errichtete passive Breitbandnetz zu betreiben (Betreibermodell), um auf dieser Grundlage Telekommunikationsdienste gegenüber Endnutzern zu erbringen.
- 6 Im Jahr 2021 führte der Main-Kinzig-Kreis ein beihilferechtliches Vergabeverfahren durch, im Rahmen dessen eine Dienstleistungskonzession zum Betrieb eines von der öffentlichen Hand im Main-Kinzig-Kreis noch zu errichtenden passiven gigabitfähigen Breitband-/Glasfasernetzes (FttH) vergeben wurde. An dem der Konzessionsvergabe vorgeschalteten Vergabeverfahren mit europaweiter Ausschreibung beteiligten sich sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegnerin, wobei die Antragsgegnerin den Zuschlag für die Dienstleistungskonzession erhielt und am 28. 3. 2022 einen Pacht- und Betriebsvertrag mit der Beigeladenen zu 1 schloss.
- 7 Gemäß Konzessionsbekanntmachung und gestützt auf § 8 der Gigabit-Rahmenregelung 2021 (GB-RR) verpflichtete sich der Konzessionär für die Konzessionsdauer zur Gewährung eines offenen und diskriminierungsfreien Zugangs zu den errichteten Infrastrukturen auf Vorleistungsebene. Diese Verpflichtung umfasst insbesondere den Zugang mittels Layer 2/3-Bitstrom, aber auch optional den Zugang zu Leerrohren, Glasfasern sowie zu Kollokationsflächen. Aus dem im Verfahren vorgelegten Preisblatt zum Pacht- und Betriebsvertrag geht hervor, dass die Antragsgegnerin einen monatlichen Pachtpreis je Endkunde (netto zzgl. MwSt) in Höhe von ████████ € zahlen muss.

- 8 Am 5. 5. 2022 forderte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin ein Angebot für einen offenen Netzzugang im Main-Kinzig-Kreis auf Basis einer Layer 2-Bitstromvorleistung unter Bezugnahme auf den zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 1 geschlossenen Pacht- und Betriebsvertrag für passive Netzinfrastrukturen (FttH/FttB) des Main-Kinzig-Kreises an.
- 9 In der Folgezeit verhandelten die Beteiligten über die Konditionen eines offenen Netzzugangs ohne jedoch eine Einigung zu erzielen. Die Antragstellerin stellte daher mit Schreiben vom 2. 11. 2022 einen die bisherigen Verhandlungen zusammenfassenden Zugangsantrag einschließlich der Grundzüge eines technischen Konzepts für einen offenen Netzzugang mittels eines Bitstromprodukts zu dem Breitband-/Glasfasernetz der Beigeladenen zu 1. Sie setzte der Antragsgegnerin eine Frist zur Vorlage eines den Vorgaben des § 8 Abs. 2 GB-RR entsprechenden Angebots bis zum 2. 12. 2022. Im Rahmen des im Anschluss zwischen den Parteien stattgefundenen Austauschs konnte keine Einigung über die Konditionen eines offenen Netzzugangs erzielt werden. Auch in einem auf Wunsch der Beigeladenen zu 1 abgehaltenen Schlichtungstermin am 18. 1. 2023 konnte keine Einigung erzielt werden.
- 10 Am 28. 2. 2023 stellte die Antragstellerin bei der Beschlusskammer 11 der Bundesnetzagentur deshalb einen Antrag gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 155 TKG auf Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens. Dabei begehrt die Antragstellerin eine ausreichende Spanne zwischen den Vorleistungsentgelten und den entsprechenden Endnutzerentgelten der Antragsgegnerin.
- 11 Die Antragstellerin beantragt:
- „1. Die Antragsgegnerin wird gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 155 TKG verpflichtet, der Antragstellerin einen offenen und diskriminierungsfreien Bitstromzugang auf Vorleistungsebene zu gewähren.*
- 2. Die Verpflichtung nach Ziff. 1 bezieht sich auf das im Main-Kinzig-Kreis öffentlich gefördert aufzubauende gigabitfähige Breitband-/Glasfasernetz, zu dessen pachtweiser Nutzung die Antragsgegnerin im Wege eines Verfahrens zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession (Betreibermodell) berechtigt und verpflichtet wurde, um auf dieser Grundlage Telekommunikationsdienste gegenüber Endnutzern zu erbringen.*
- 3. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Zugang nach Ziff. 1 und 2 zu fairen und angemessenen Bedingungen zu gewähren und hierbei eine ausreichende Spanne zwischen den Vorleistungsentgelten und den entsprechenden Endnutzerentgelten der Antragsgegnerin zu gewährleisten, welche der Antragstellerin ermöglicht, auf der Endnutzerebene mit der Antragsgegnerin in Wettbewerb zu treten. Eine ausreichende Spanne besteht im Falle eines Entgeltabstandes von mindestens 40 Prozent zwischen den Vorleistungs- und den entsprechenden Endnutzerentgelten der Antragsgegnerin.*
- Hilfsweise zu 3.*

*Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Zugang nach Ziff. 1 und 2 zu fairen und angemessenen Bedingungen zu gewähren und hierbei eine ausreichende Spanne zwischen den Vorleistungsentgelten und den entsprechenden Endnutzereingelthen der Antragsgegnerin zu gewährleisten, welche der Antragstellerin ermöglicht, auf der Endnutzerebene mit der Antragsgegnerin in Wettbewerb zu treten.*

*Höchst hilfsweise zu 3.*

*Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Zugang nach Ziff. 1 und 2 zu denjenigen fairen und angemessenen Bedingungen zu gewähren, die von der Bundesnetzagentur Beschlusskammer 11 als Nationaler Streitbeilegungsstelle gemäß § 211 Abs. 2 TKG im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens verbindlich festgelegt werden.“*

- 12 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle/Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 6 vom 22. 3. 2023 als Mitteilung Nr. 42/2023 veröffentlicht.
- 13 Mit Schreiben vom 17. 3. 2023 erwiderte die Antragsgegnerin auf den Antrag vom 28. 2. 2023. Sie beantragt,
 

*„...die Anträge der Antragstellerin abzulehnen.“*
- 14 Die Anträge der Antragstellerin seien teilweise bereits unzulässig und im Übrigen jedenfalls unbegründet. Die von der Antragsgegnerin angebotenen Bedingungen einschließlich der Preise für den von ihr angebotenen Bitstromzugang seien fair und angemessen und stünden im Einklang mit § 155 Abs. 1 TKG.
- 15 Die Anträge der Antragstellerin seien teilweise unzulässig. Der Antrag zu 1. sei – jedenfalls isoliert betrachtet – zu unbestimmt. Es erschließe sich nicht, auf welches Gebiet und welches Telekommunikationsnetz sich der beantragte Bitstromzugang beziehe.
- 16 Mit dem Antrag zu 2. begehre die Antragstellerin keine eigenständige Entscheidung der Bundesnetzagentur, sondern konkretisiere ihren Antrag zu 1. in Bezug auf das betroffene Gebiet und Telekommunikationsnetz. Es handele sich entsprechend nicht um einen eigenständigen, bescheidungsfähigen Antrag.
- 17 Würden die Anträge zu 1. und 2. sinngemäß gemeinsam dahingehend ausgelegt, dass es sich um einen einheitlichen Antrag handele, mit dem die Antragstellerin begehrt, die Antragsgegnerin zu verpflichten, ihr „*einen offenen und diskriminierungsfreien Bitstromzugang auf Vorleistungsebene*“ in Bezug auf das näher bezeichnete Telekommunikationsnetz im Main-Kinzig-Kreis zu gewähren, so sei dieser Antrag unzulässig, da insoweit kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe.
- 18 Zwischen den Parteien sei nicht streitig, dass der von der Antragstellerin beehrte Bitstromzugang prinzipiell zu gewähren sei. Die Aufgabe der Beschlusskammer bestehe nicht darin, ein Unternehmen zu verpflichten, einem anderen Unternehmen einen Bit-

stromzugang anzubieten, der unstreitig bereits angeboten werde, sondern Streitigkeiten gemäß § 149 TKG zu entscheiden. Streitig und damit ggf. entscheidungsgegenständlich seien allein die (kommerziellen) Bedingungen des angebotenen Bitstromzugangs. Diese seien Gegenstand des Antrags zu 3. und der diesbezüglichen Hilfsanträge. Eine Bescheidung eines Antrags, der sich aus den Anträgen zu 1. und 2. ergibt, hätte hingegen keinen Regelungsgehalt in Bezug auf die (kommerziellen) Bedingungen des Bitstromzugangs. Der Antrag sei daher unzulässig.

- 19 Die Anträge der Antragstellerin seien, soweit sie zulässig sind, jedenfalls unbegründet.
- 20 Mit den an die Antragstellerin übersandten Vertragsangeboten, zuletzt mit Schreiben vom 21. 2. 2023 (Anlage ASt. 15), sei die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung nach § 155 Abs. 1 TKG, den von ihr angebotenen Bitstromzugang hinsichtlich des von ihr betriebenen Glasfasernetzes der Beigeladenen zu 1 zu „*fairen und angemessenen Bedingungen*“ zu gewähren, nachgekommen. Die Antragstellerin beschränke ihre Kritik an dem Angebot der Antragsgegnerin ausdrücklich auf die angebotenen kommerziellen Bedingungen, so dass auf technische und sonstige Bedingungen des angebotenen offenen Netzzugangs im Streitbeilegungsverfahren nicht weiter einzugehen sei.
- 21 Der rechtlich relevante Maßstab für die Bewertung der von der Antragstellerin für den Bitstromzugang angebotenen kommerziellen Bedingungen ergebe sich aus § 155 Abs. 1 TKG sowie aus § 8 Abs. 5 GB-RR. § 155 Abs. 1 TKG nehme selbst keine weitere Konkretisierung vor, was unter fairen und angemessenen Bedingungen zu verstehen sei. Nach Ansicht der Antragsgegnerin bestehe jedoch kein Widerspruch zwischen der gesetzlichen Regelung in § 155 Abs. 1 TKG und den unionsrechtlichen Vorgaben, zu deren Umsetzung die Gigabit-Rahmenregelung dient. Der nationale Gesetzgeber habe mit dem Verweis auf die „*fairen und angemessenen Bedingungen*“ in § 155 Abs. 1 TKG zwar eine ausfüllungsbedürftige Regelung vorgesehen und die erforderliche Konkretisierung nicht selbst vorgenommen. Der unbestimmte Begriff könne jedoch unter Heranziehung geeigneter Regelungen sowohl im TKG als auch in der Gigabit-Rahmenregelung ausgelegt werden. Die unionsrechtlichen Vorgaben seien hierbei zu beachten.
- 22 Nach Ansicht der Antragsgegnerin lägen für den in diesem Verfahren streitigen Bitstromzugang der Antragsgegnerin weder vergleichbare regulierte Preise noch vergleichbare veröffentlichte Durchschnittspreise vor. § 8 Abs. 5 GB-RR und Ziffer 78 lit. h) EU-Breitbandleitlinien von 2013 (EU-BBLL<sup>2013</sup>) sähen für diesen Fall vor, dass die Vorleistungspreise im Einklang mit den Grundsätzen der Kostenorientierung und nach der Methode, die der sektorale Rechtsrahmen vorgibt, festzulegen seien. Daher sei eine Bewertung anhand der Grundsätze der Kostenorientierung – im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben – vorzunehmen.
- 23 Die Antragsgegnerin begründet ausführlich den ihrer Auffassung nach – in Ermangelung von Durchschnittspreisen – bei einer Entgeltprüfung zugrunde zu legenden sektoralen Rechtsrahmen und die Maßstäbe einer solchen kostenorientierten Prüfung. Hierbei geht sie unter anderem auf die Regelungen der §§ 37, 39, 42 TKG ein. Sie legt

in diesem Zusammenhang insbesondere dar, wie eine etwaige Preis-Kosten-Schere aus ihrer Sicht beseitigt werden könne.

- 24 Die Antragsgegnerin weist in diesem Zusammenhang weiter u. a. darauf hin, dass der offene Netzzugang in Bezug auf geförderte Infrastruktur im Sinne von § 155 Abs. 1 TKG nicht dazu dienen könne, die Netzbetreiber zu einem Verlustgeschäft zu zwingen und sich damit selbst einer Preis-Kosten-Schere auszusetzen. Der von einem Netzbetreiber im Rahmen des Betreibermodells für die Nutzung eines öffentlich geförderten Netzes, das im Eigentum eines kommunalen Unternehmens und damit einer staatlichen Gebietskörperschaft stehe, verlangte Pachtpreis setze den maßgeblichen Kostenbestandteil für das anzubietende Vorleistungsprodukt. Die Ausschreibungen würden regelmäßig zugleich einen Rahmen oder zumindest eine Erwartungshaltung für die Preise der anzubietenden Endkundenprodukte setzen. Würde die staatliche Regulierung des Vorleistungspreises für den zu gewährenden offenen Netzzugang unter diesen Rahmenbedingungen darauf abstellen, dem Nachfrager des offenen Netzzugangs eine ausreichende Marge zu ermöglichen, selbst wenn der Netzbetreiber dann zu einem nicht kostendeckenden Angebot gezwungen werden würde, würden durch eine staatliche Maßnahme zwar positive Margen zugunsten der kommunalen Netzeigentümer und der Wettbewerbsunternehmen als Nachfrager des offenen Netzzugangs bei zugleich niedrigeren Endkundenpreisen sichergestellt werden, die Vorteile zugunsten dieser Parteien würden aber durch einen regulatorisch erzwungenen Verlust des dazwischen stehenden Netzbetreibers erwirtschaftet. Eine dahingehende Preiskontrolle wäre verfassungswidrig und würde zudem das Betreibermodell für öffentlich geförderte Infrastruktur grundlegend in Frage stellen.
- 25 Auch im Anwendungsbereich des § 155 Abs. 1 TKG sei somit eine Kostendeckung ebenso wie eine angemessene Marge des Netzbetreibers, der den offenen Netzzugang anbiete, sicherzustellen.
- 26 Die Antragsgegnerin führt weiter aus, dass die angebotenen Überlassungspreise für den Bitstromzugang im Einklang mit den rechtlichen Vorgaben stünden. Sie entsprächen den Kosten der Antragsgegnerin für die Leistungsbereitstellung zuzüglich einer angemessenen Marge bzw. Kapitalverzinsung.
- 27 Der größte Kostenblock sei der von der Antragsgegnerin an die Beigeladene zu 1 zu zahlende monatliche Pachtpreis je Endkunde. Dabei weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Kostenbetrachtung für jedes einzelne von ihr angebotene Vorleistungsprodukt erfolgen müsse. Im Rahmen ihrer eigenen Geschäftsplanung könne die Antragsgegnerin eine Mischkalkulation zugrunde legen, die ihre Umsätze und Kosten über alle vermarkteten Endkundenprodukte anhand der erwarteten Nachfrage nach den verschiedenen Produkten kalkuliert und insgesamt eine Marge ergibt. Bei einer Preiskontrolle in Bezug auf ein Vorleistungsprodukt nach dem Grundsatz der Kostenorientierung sei dies hingegen nicht möglich, weil die Antragsgegnerin keine Kontrolle darüber habe, welche Vorleistungsprodukte in welcher Menge abgenommen werden. Jedes von der

Antragsgegnerin angebotene Vorleistungsprodukt müsse eine angemessene Marge aufweisen, weshalb eine Mischkalkulation über mehrere Produkte nicht in Betracht komme.

- 28 Damit komme die geforderte Nachbildbarkeitsbetrachtung der Antragstellerin aus Rechtsgründen nicht in Betracht. Gleichwohl sei die Ansicht der Antragstellerin, dass im Rahmen ihres Ansatzes eine gesonderte Betrachtung jedes einzelnen Vorleistungsproduktes vorzunehmen sei, unzutreffend.
- 29 Mit Schreiben vom 23. 3. 2023 nahmen die 1&1 Versatel GmbH, die 1&1 Versatel Deutschland GmbH sowie die 1&1 Telecom GmbH (im Folgenden Beigeladene zu 3, 4 und 5) Stellung. Sie heben hervor, dass der von der Antragstellerin beantragte Entgeltabstand von „*mindestens 40 Prozent*“ aus Sicht eines rein auf Nachfrage ausgerichteten Unternehmens (Nachfrager) nicht ausreiche. Der Mindestentgeltabstand müsse für einen wirtschaftlich denkenden Nachfrager deutlich höher sein, im Bereich von mindestens 50 %, je nach Tarif auch höher, da andernfalls für die nachfragenden Wettbewerber nach Veredelung keine ausreichende Gewinn- oder Handelsspanne bestehe, um in einem wettbewerbsintensiven Umfeld ausreichende Möglichkeiten zu haben und Endnutzerentgelte hinreichend gestalten zu können.
- 30 Bei dem Betreibermodell müssten, so die Beigeladenen zu 3, 4 und 5, sowohl Eigentümer als auch Betreiber die Verpflichtungen für den offenen und diskriminierungsfreien Netzzugang sicherstellen. Mit welchen Konditionen der die Ausschreibung gewinnende Netzbetreiber agiere, sei dabei unerheblich. Denn nicht der Betrieb des Netzes werde gefördert, sondern dessen Errichtung. Insofern könne es auch nicht auf die Kosten bei dem Betreiber des geförderten Netzes, hier der Antragsgegnerin, ankommen.
- 31 Mit Schreiben vom 9. 3. 2023 forderte die Beschlusskammer die Antragsgegnerin zur Vorlage einer lückenlosen Kalkulation der Preise auf, die sie der Antragstellerin für den offenen Netzzugang auf Basis eines Layer 2-Bitstromzugangs für das streitgegenständliche Breitbandnetz angeboten hat. Mit E-Mail vom 14. 4. 2023 übermittelte die Antragsgegnerin die von der Beschlusskammer angeforderten Kostenunterlagen.
- 32 In der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24. 4. 2023 wurde der Sach- und Streitstand umfänglich erörtert.
- 33 Das Verfahren ist zwischen dem 3. 5. 2023 und dem 22. 5. 2023 zur Aufnahme bilateraler Verhandlungen ruhend gestellt und auf Antrag der Antragstellerin am 23. 5. 2023 wieder aufgenommen worden.
- 34 Die Beigeladene zu 10 nahm mit Schreiben vom 22. 5. 2023 im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung Stellung. Sie teilte u. a. mit, dass nach ihrer Kenntnis die von der Antragsgegnerin verlangten Vorleistungspreise in Fördergebieten etwa 40-50 % über den Vorleistungspreisen der Beigeladenen zu 10 liegen. Auf Basis dieser Preise sei es Wettbewerbern der Antragsgegnerin wirtschaftlich unmöglich, im Endkun-

denmarkt in diesen Fördergebieten bezüglich FttH in Wettbewerb mit der Antragsgegnerin zu treten. Sie teilt die Auffassung der Antragstellerin, dass die außerhalb geförderter Gebiete verlangten veröffentlichten Vorleistungspreise dem Maßstab nach §§ 155 Abs. 1, 149 Abs. 4 TKG genügen müssen. Preise hätten sich an Preisen zu orientieren, die in wettbewerbsintensiven Regionen für gleiche oder vergleichbare Zugangsleistungen verlangt werden. Solche Entgelte würden am Markt vorliegen. Sie halte eine Festlegung des fairen und angemessenen Entgelts im Sinne von §§ 155 Abs. 1, 149 Abs. 4 TKG auf der Basis der Commitmententgelte (bei entsprechendem Commitment) bzw. der Einzelabnahmeentgelte für angemessen. Soweit die Beschlusskammer in ihrer Konsultation auf regulierte Entgelte abstelle, die nachrangig zur Anwendung kommen sollen, sei die Orientierung allein an genehmigten oder angeordneten Entgelten zu eng.

- 35 Die Beigeladene zu 10 führt weiter aus, dass eine reine isolierte Betrachtung der Kosten der Antragsgegnerin zu keinem angemessenen und fairen Entgelt führe, da das wirtschaftliche Gesamtbild eine Betrachtung sowohl beim Netzeigentümer als auch beim Betreiber erforderlich mache. Eine eigenständige Nachbildbarkeitsprüfung durch die Beschlusskammer könne entfallen, wenn bereits auf die Nachbildbarkeit geprüfte Entgelte angesetzt würden. Für die von der Antragstellerin beantragte Festlegung eines pauschalen prozentualen Abstands zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelten fehle es an einer Rechtsgrundlage.
- 36 Mit Schreiben vom 29. 6. 2023 forderte die Beschlusskammer die Antragsgegnerin vorsorglich auf, Fragestellungen zur Kalkulation der Angebotstarife insbesondere zur Berücksichtigung der Gewinnmarge und des Pachtpreises für den Betrieb des FttH/B-Netzes der Beigeladenen zu 1 vorzulegen. Zudem erfolgte der Hinweis, dass pauschale nicht weiter hergeleitete Preisspannen, wie vorliegend seitens der Antragstellerin beantragt, nicht angeordnet werden könnten. Hierzu nahm die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 28. 7. 2023 Stellung und wiederholt und vertieft ihren bisherigen Vortrag. Insbesondere berichtet sie vom Abschluss eines Vorleistungsvertrags mit einem weiteren Zugangsnachfrager und der Vorlage eines Angebots an zwei weitere Zugangsnachfrager zu denselben Konditionen, die auch der Antragstellerin angeboten worden seien. Dies belege ihrer Ansicht nach, dass die Konditionen gerade nicht unangemessen seien und Wettbewerb ermöglichen.
- 37 Mit Schreiben vom 28. 7. 2023 teilte die Antragstellerin im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24. 4. 2023 u. a. mit, dass es ihr auf Basis des aktuellen Vorleistungsangebots der Antragsgegnerin auf dem von ihr begehrten Endkundenmarkt nicht möglich sei, in Wettbewerb zu treten. Dies versucht sie anhand mitgelieferter Preis-Kosten-Scheren-Berechnungen zu verdeutlichen. Nach diesen würden die Endkundenpreise der Antragsgegnerin die Gesamtkosten eines effizienten Wettbewerbs stets übersteigen, so dass das Delta für einen Wettbewerber nicht ausreicht, um kostendeckend Endkundenanschlüsse anbieten zu können. Weiterhin spricht sich die

Antragstellerin gegen ein „Durchreichen“ der zugesagten Pacht an den Vorleistungsnachfrager aus. Das Pachtzahlungsversprechen sei aus ihrer Sicht ein „*willkürlich ausgelobter Preis in einem Höchst-Bieterwettbewerb*“. Das Preis-/Zahlungsversprechen könne daher nicht mit den „*Kosten*“ eines Wholesale-Vorleistungsangebots gleichgesetzt werden. Dies widerspreche dem Vorleistungszugang zu diskriminierungsfreien, fairen und angemessenen Bedingungen und komme einem „*offensichtlichen Missbrauch staatlicher Mittel gleich*“.

- 38 Darüber hinaus geht die Antragstellerin auf Gegenstand und Zulässigkeit des Verfahrens ein. Sie betont, dass neben der Festsetzung von diskriminierungsfreien, fairen und angemessenen Vorleistungsentgelten auch noch Art und Umfang des technischen Zugangskonzepts zwischen den Verfahrensparteien festzulegen seien. In Fördergebieten sollten die Bedingungen des Vorleistungszugangs ermöglichen, unterschiedliche Qualitäten und Preise wettbewerblich dem Endkunden anbieten zu können. So sei der verfahrensgegenständliche Streitbeilegungsantrag nach den gesetzlichen Voraussetzungen bezüglich aller Ziffern des Antrags zulässig, weil ein offener und diskriminierungsfreier Bitstromzugang auf Vorleistungsebene von der Antragsgegnerin bisher nicht angeboten und die formellen gesetzlichen Anforderungen zur Anrufung der Beschlusskammer als nationaler Streitbeilegungsstelle eingehalten wurde. Auch liege das Rechtsschutzbedürfnis für die Antragsziffern 1. und 2. (Hauptantrag) vor, da „*nicht nur*“ ein Dissens über die monatlichen Vorleistungsentgelte, sondern auch über die technischen Bedingungen des Bitstrom-Vorleistungszugangs bestehe.
- 39 Des Weiteren geht die Antragstellerin auf unionsrechtliche Vorgaben sowie Entscheidungsgrundlagen nach dem Beihilferecht und dem TKG ein. Die Gewährung eines Bitstromzugangs auf Vorleistungsebene gehöre gemäß Nr. 80 EU-BBLL<sup>2013</sup> zu den Zugangsleistungen, die im Rahmen eines öffentlich geförderten Netzausbaus angeboten werden müssen. Im vorliegenden Beihilfefall gelte die auf die EU-Breitbandleitlinien<sup>2013</sup> gestützte nationale Beihilferegelung „Gigabit-Rahmenregelung“ vom 13. 11. 2020, die von der EU-Kommission gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) als mit dem Unionsrecht vereinbar bestätigt worden sei.
- 40 Die Gigabit-Rahmenregelung enthalte die Bedingung, dass der ausgewählte Bieter im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens verpflichtet werden müsse, im geförderten Netz einen offenen und diskriminierungsfreien Zugang zu den errichteten Infrastrukturen zu gewähren. In diesem Zusammenhang führt die Antragstellerin weiter zu den unionsrechtlichen und förderrechtlichen Vorgaben und Rahmenbedingungen aus.
- 41 Aus den von der Antragstellerin benannten unionsrechtlichen Grundlagen, deren Umsetzung in nationales Recht sowie entsprechend dem Entwurf von Grundsätzen gemäß § 155 Abs. 4 TKG ergebe sich als übergeordnetes Ziel der Bestimmung diskriminierungsfreier, fairer und angemessener Vorleistungsentgelte für den offenen Netzzugang,

dass sie dem Wettbewerber ermöglichen, auf der Endkundenebene mit dem geförderten Netzbetreiber in den Wettbewerb treten zu können.

- 42 Hinsichtlich der Methoden zur Erreichung der gesetzgeberischen Zielsetzungen verweist die Antragstellerin auf den Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur zu Grundsätzen gemäß § 155 Abs. 4 TKG (dort S. 7), wonach eine dreistufige Rangfolge vorliege. Im Konsultationsentwurf werde darauf hingewiesen, dass die Bundesnetzagentur bei der Auswahl des Entgeltmaßstabs die konkreten Umstände des Einzelfalls und die Konsistenz mit der übrigen sektorspezifischen Entgeltfestlegungspraxis berücksichtige.
- 43 Bei *Rangfolgestufe 1* handele es sich bei veröffentlichten Vorleistungspreisen um solche, die vertraglich vereinbart wurden. Es werde auf Marktabfragen der Bundesnetzagentur zur Ermittlung dieser Preise sowie auf Auswertungen der gemäß § 138 Abs. 4 TKG oder § 155 Abs. 3 TKG vorzulegenden geschlossenen Verträge hingewiesen. Darüber hinaus werde im Konsultationsentwurf ausgeführt, dass Listenpreise, die noch Verhandlungsspielräume für die Parteien zulassen, nicht zwingend Auskunft über die tatsächlich im Markt vereinbarten Preise geben. Ergänzend weist die Antragstellerin darauf hin, dass der im Frühjahr 2022 seitens der Bundesnetzagentur angestoßene Benchmark „*der durchschnittlichen veröffentlichten Vorleistungspreise, die in vergleichbaren, wettbewerbsintensiven Gebieten des Landes bzw. der Union gelten*“ bislang nicht veröffentlicht wurde. Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass mit zeitnaher Veröffentlichung der Benchmarkergebnisse das vorliegende Streitbelegungsverfahren hätte vermieden werden können. Wiederum sieht die Antragstellerin keine Vergleichbarkeit zu Preisen des Commitment-Modells, da es sich nicht um durchschnittliche Vergleichspreise, sondern Preise eines Einzelabnahmемodells handele. Auch sollten bei den Vergleichspreisen möglichst keine Preise aus Fördergebieten einbezogen werden, da diese wegen der Thematik einbezogener Beihilfen nicht mit Preisen aus nicht geförderten Gebieten zu vereinen seien.
- 44 Die *Rangfolgestufe 2* nenne die seitens nationaler Regulierungsbehörden für die betreffenden Märkte und Dienstleistungen bereits festgelegten oder genehmigten Preise. Die Streitparteien seien sich einig, dass die Rangfolge 2 vorliegend nicht zutrefte, da die Antragsgegnerin als ein zum offenen Netzzugang verpflichtetes Unternehmen bisher nicht aufgrund einer Festlegung der Bundesnetzagentur als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für den betreffenden Vorleistungsmarkt und die anzubietenden Vorleistungen eingestuft worden sei. Auch liege keine entsprechende Regulierungsverfügung gegenüber der Antragsgegnerin vor.
- 45 Die *Rangfolgestufe 3* setze auf Preise im Einklang mit den Grundsätzen der Kostenorientierung „*[und/oder]*“ nach Methoden, wie sie der sektorale Rechtsrahmen vorgibt. Den Grundsätzen der Kostenorientierung würden nur solche Kosten entsprechen, die für die Leistungsbereitstellung notwendig seien (§ 42 Abs. 1 TKG). Anders als die An-

tragsgegnerin ist die Antragstellerin der Ansicht, dass eine Preis-Kosten-Scherenbetrachtung bzw. Nachbildbarkeitsprüfung sowie die Abschlagsmethode („Retail Minus“, d. h. Abschlag vom Vorleistungsentgelt ausgehend vom Endnutzerpreis) als „*andere Vorgehensweise*“ nach § 39 Abs. 1 Nr. 3 TKG mit den Grundsätzen der Kostenorientierung vereinbar sei. Nicht vereinbar mit den Grundsätzen der Kostenorientierung sei der Ansatz der Pachtzahlung. Die Zusage einer Pachtzahlung stelle ein Preis-/Zahlungsversprechen des im Bieterwettbewerb als Höchstbieter ausgewählten Netzbetreibers an die öffentliche Hand dar, welche sich nicht aus den tatsächlichen Investitionskosten für die Errichtung des Netzes ergebe und sich auch nicht unmittelbar daraus errechnen lasse. Bei dem Pachtzahlungsversprechen handele es sich um einen willkürlich ausgetobten Preis in einem Höchst-Bieterwettbewerb, der die Nutzung einer Sachinvestition ermöglichen solle, die von der öffentlichen Hand eigenständig und vollständig errichtet und finanziert werde.

- 46 Des Weiteren ergänzt die Antragstellerin ihre Stellungnahme vom 28. 7. 2023 um Ergebnisse von Nachbildbarkeitsberechnungen, mit denen sie ein Beratungsunternehmen beauftragt hatte. Danach liege ein negatives Delta (Endkundenpreise der Antragsgegnerin minus Gesamtkosten eines effizienten Wettbewerbers) bei allen angefragten Bitstrom-Produkten vor.
- 47 Die Antragstellerin wiederholt ihre bereits im Antrag erhobene Forderung eines Entgeltabstands von „*mindestens 40 Prozent zwischen den Vorleistungs- und entsprechenden Endnutzerentgelten*“. Auch die Beigeladenen zu 3, 4 und 5 (Stellungnahme vom 23. 3. 2023) und die Beigeladene zu 10 (Stellungnahme vom 30. 5. 2023) gehen von einer Gewinn- oder Handelsspanne im Bereich von mindestens 50 % bzw. um 40 % bis 50 % aus. Hilfsweise habe die Antragstellerin – wie seitens der Antragsgegnerin gefordert – verschiedene „*Bandbreitenmixe*“ betrachtet. Hierbei habe sich gezeigt, dass sämtliche Bandbreiten ein negatives Delta aufwiesen, d. h. keine Nachbildbarkeit gegeben sei.
- 48 Abschließend nimmt die Antragstellerin zum Hinweisschreiben der Beschlusskammer vom 29. 6. 2023 (Fragen zum Betreibermodell) an die Antragsgegnerin Stellung. Es sei rechtlich zulässig, die Pachtentgelte zwischen der „*Pacht für eigene Endkunden*“ (Retail-Pacht) und der „*Pacht für die Gewährung eines offenen Bitstrom-Netzzugangs auf Vorleistungsebene*“ (Wholesale-Pacht) zu differenzieren. Sie verweist dabei auf § 14 des BMDV-Muster-Netzbetriebs- und Pachtvertrags für Betreibermodelle. In einer gesonderten Anlage ASt. 18 zur Stellungnahme vom 28. 7. 2023 legt sie Kalkulationen bezüglich der Gebotshöhe für die Pacht unter Berücksichtigung der Verpflichtungen zum diskriminierungsfreien offenen Netzzugang auf Vorleistungsebene vor.
- 49 Mit Schreiben vom 7. 8. 2023 bemängelte die Antragstellerin den Vortrag der Antragsgegnerin, den Abschluss eines Vertrages mit anderen Vorleistungsnachfragern als Beleg für die Wettbewerbsfähigkeit der angebotenen Konditionen anzusehen. Ein solcher

Vorleistungsvertrag könne die Wettbewerbsfähigkeit nicht nachweisen, es handele sich um eine Schutzbehauptung.

- 50 Die Antragsgegnerin erwiderte mit Schreiben vom 5. 9. 2023 auf die zuvor erfolgten Stellungnahmen der Antragstellerin. Sie rügt, dass sich die Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 28. 7. 2023 erstmals mit dem tatsächlichen und rechtlichen Vortrag der Antragsgegnerin auseinandergesetzt sowie erstmals zu einer angeblich nicht bestehenden Nachbildbarkeit vorgetragen habe. Dies sei als verspätet zurückzuweisen.
- 51 Bezüglich des rechtlichen Vortrags der Antragstellerin, wonach die Pachtzahlungen nicht als Kostenbestandteil zu berücksichtigen seien, weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass sie nicht verpflichtet sei, ihre Vorleistungen nicht kostendeckend anzubieten. Bei der vertraglich vereinbarten Pacht handele es sich vielmehr um eine objektiv bestehende Kostenposition.
- 52 Mit E-Mail vom 12. 9. 2023 legte die Antragsgegnerin eine ergänzende Stellungnahme vor. In dieser werden die Margenberechnungen beider Verfahrensparteien anhand der Werte aus Stellungnahmen der Parteien vom 28. 7. 2023 gegenübergestellt und im Weiteren hierzu ausgeführt.
- 53 Mit E-Mail vom 14. 9. 2023 bat die Beschlusskammer die Antragsgegnerin (vorsorglich), Angaben zu ihren aktuellen Endkundenpreisen (Bundesgebiet und Main-Kinzig-Kreis: FttH/B Endkundenanschlüsse der Produkte GigaZuhause Glasfaser einschließlich eines ggf. fälligen Regio-Zuschlags differenziert nach Anschlussbandbreiten 100 / 250 / 500 Mbit/s und 1 Gbit/s für jede der Produktvarianten Internet-Flat, Internet- und Telefon-Flat, Internet-, Telefon-Flat und TV) zu machen. Mit Schreiben vom 20. 9. 2023 legte die Antragsgegnerin ihre aktuell geltenden Endkundenpreise im Bundesgebiet und Main-Kinzig-Kreis vor.
- 54 Parallel zu diesem Verfahren hat die Beschlusskammer eine Datenabfrage als Vollerhebung des Marktes zur Ermittlung von bundeseinheitlichen Referenzpreisen konzipiert und durchgeführt. Referenzpreise sollen zukünftig als belastbare Vergleichspreise für anstehende Streitbeilegungsverfahren dienen. Das hierfür erstellte Auskunftsverlangen (nebst Erhebungsbögen und erläuterndem Hinweispapier) wurde behördenintern entsprechend statistischer Standards mit nicht an der Entwicklung beteiligten Personen getestet. Das Vorgehen der Vollerhebung schließt potentielle Stichprobenfehler aus und minimiert zufällige oder interessengeleitete Abweichungen. Zudem stellt eine Vollerhebung alle Marktteilnehmer gleich und sichert die Transparenz der Erhebung. Am 28. 2. 2022 wurden daher sämtliche Unternehmen angeschrieben, von denen bekannt war oder angenommen werden konnte, dass sie Eigentümer oder Betreiber von öffentlich zugänglichen FttB/H-Telekommunikationsnetzen sind. Angeschrieben wurden auch die beiden Streitparteien. Mit zwangsmittelbewehrten Auskunftsverlangen wurden alle Adressaten aufgefordert, die Erhebungsbögen auszufüllen und anschließend der Beschlusskammer 11 zu übermitteln.

- 55 Die Grundlage der Vergleichspreise sind die jährlichen Überlassungsentgelte für tatsächlich geschaltete Endkundenanschlüsse. Soweit der Anbieter Commitment-Vereinbarungen getroffen hat, wird das Commitment nur in Höhe des tatsächlichen Absatzes zum Stichtag berücksichtigt. Die Auslastung des Upfront war von den Anbietern bei der Meldung der jährlichen Kosten für die Überlassung zu berücksichtigen.
- 56 Im Sinne der Transparenz und der Qualitätssicherung wurden die einschlägigen Branchenverbände vorab über die Abfrage informiert. Darüber hinaus wurde den betroffenen Unternehmen im Rahmen von zwei im März 2022 stattgefundenen Informationsveranstaltungen, an denen rund 200 Unternehmensvertreter teilnahmen, die Erhebungsbögen erläutert und Rückfragen zu deren Befüllung beantwortet. Die letzten Antworten auf das Auskunftsverlangen gingen im Januar 2023 ein. Die Prüfung und Plausibilisierung der gelieferten Daten konnte nach Eingang der letzten Antworten auf Rückfragen der Bundesnetzagentur im August 2023 abgeschlossen werden. Aufgrund der Fokussierung auf tatsächlich geschaltete FttB/H-Endkundenanschlüsse sind die Vorleistungsprodukte, die die Beigeladene zu 10 in Rahmen ihrer Commitmentvereinbarungen vermarktet nur zu einem sehr geringen Teil in die Vergleichsgruppe eingegangen. Diese decken zwar einen signifikanten Anteil aller bereitgestellten Layer 2-Vorleistungsprodukte ab, werden aber derzeit noch überwiegend über Kupferanschlüsse bereitgestellt. Das von den Beigeladenen zu 10 und anderen Unternehmen der Erhebung geforderte Infrastrukturentgelt (als Einmalentgelt oder Upfront zum Commitment) war nicht zu berücksichtigen, weil zwischen den Parteien ein entsprechendes Einmalentgelt unstrittig ist. Innerhalb der Auswertung wurden aufgrund der überprüften Datenlage schließlich Durchschnittspreise bzw. Medianpreise für geförderte bzw. ungeförderte Gebiete unterschieden nach Produkten ermittelt. Infolge des dynamischen Marktgeschehens beabsichtigt die Beschlusskammer eine erneute Abfrage von Marktpreisen durchzuführen, um die Referenzpreise für zukünftige Streitbeilegungsverfahren zu aktualisieren. Die vorliegende Vergleichsbetrachtung ist insofern auch aktualisierungsfähig und kann angepasst werden, um sich ändernde, zukünftige Marktbedingungen zu berücksichtigen und weiterhin relevante Informationen zu liefern.
- 57 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und haben Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Davon machte die Abteilung „Marktregulierung Telekommunikation, Gigabitausbau, Internet, Digitalisierung“ mit ihrer Stellungnahme vom 6. 10. 2023 Gebrauch. Hierin erachtet sie insbesondere die aus der Markt-abfrage ermittelten durchschnittlichen Vorleistungspreise für nicht repräsentativ und vertritt die Ansicht, diese sollten daher zusätzlich noch einer Nachbildbarkeitsprüfung (Preis-Kosten-Scheren-Prüfung) unterzogen und gegebenenfalls angepasst werden.
- 58 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftlichen Äußerungen der Beteiligten sowie den Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

## 2 Gründe

59 Der Streitbeilegungsantrag war im tenorierten Umfang erfolgreich. Die Anträge der Antragstellerin sind zulässig, aber nur die Anträge zu 1., 2. und der höchst hilfsweise zu 3. gestellte Antrag sind auch begründet. Entsprechend waren der Antrag zu 3. und der hilfsweise zu 3. gestellte Antrag abzulehnen.

### 2.1 Rechtsgrundlage

60 Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 149 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 TKG i. V. m. § 155 TKG.

### 2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens

#### 2.2.1 Zuständigkeit

61 Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus §§ 149 Abs. 1 Nr. 5, 155 TKG i. V. m. §§ 211 Abs. 2 und 214 TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle in den Fällen des § 149 TKG durch Beschlusskammern. Vorliegend handelt es sich um einen Fall gemäß §§ 149 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 TKG i. V. m. 155 TKG, in dem es um den offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen geht.

#### 2.2.2 Verfahren

62 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

63 Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 215 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung gemäß § 215 Abs. 3 S. 1 TKG.

64 Gemäß § 211 Abs. 5 TKG sind die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

### 2.3 Frist

65 Gemäß § 149 Abs. 7 Nr. 1 TKG trifft die Bundesnetzagentur in Verfahren der vorliegenden Art grundsätzlich innerhalb von vier Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags auf Streitbeilegung eine verbindliche Entscheidung. Diese Frist wurde hier mit Blick auf die Besonderheiten des konkreten Einzelfalls gemäß § 149 Abs. 8 TKG am 28. 6. 2023 bis zum 19. 9. 2023 verlängert. Parallel zu diesem Verfahren führte die Beschlusskammer eine Vergleichsbetrachtung zur Ermittlung von Referenzpreisen durch, um Entgelte nach § 155 TKG anhand von Durchschnittspreisen aus vergleichbaren wettbewerbsintensiven Gebieten festlegen zu können. Diese Vergleichsbetrachtung

wurde erstmals vorgenommen und wird der Entscheidung in diesem Verfahren zugrunde gelegt. Bei dieser komplexen Aufgabenstellung erfolgten insbesondere im Zusammenhang mit der Plausibilisierung mehrere Nachfassaktionen. Antworten auf das Auskunftsverlangen der Beschlusskammer gingen bis Januar 2023 ein. Die Prüfung im Rahmen der Plausibilisierung konnte erst im August 2023 nach Eingang der letzten nachgelieferten Daten abgeschlossen werden. Zudem hat die Beschlusskammer im Rahmen des Konsistenzverfahrens am 6. 10. 2023 eine umfangreiche Stellungnahme erhalten, mit deren Inhalt sie sich mit der gebotenen Sorgfalt auseinandersetzte. Die Befassung der Kammer mit diesen Aufgabenstellungen führte in Konsequenz dazu, dass auch die verlängerte Entscheidungsfrist – mit Blick auf die Gesamtdauer des Verfahrens und die grundsätzliche Bedeutung der zu entscheidenden Fragen – maßvoll, auch im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten, überschritten werden musste.

## 2.4 Entscheidung in der Sache

- 66 Die formellen und materiellen Anspruchsvoraussetzungen des Streitbeilegungsantrags nach § 149 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 TKG i. V. m. § 155 Abs. 1 TKG liegen vor.
- 67 Die Antragsgegnerin ist als Betreiberin eines öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzes verpflichtet, der Antragstellerin auf ihren Antrag vom 6. 4. 2022 einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang in Form eines Layer 2-Bitstromprodukts zu fairen und angemessenen Bedingungen – einschließlich der hier allein streitigen Entgelte – zu gewähren, § 155 Abs. 1 TKG.
- 68 Nachdem innerhalb der Frist von zwei Monaten im Rahmen des bilateralen Zugangsverfahrens keine Vereinbarung über den Netzzugang zustande gekommen ist, legt die in der Sache angerufene Beschlusskammer gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 TKG verbindlich fest, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin offenen Netzzugang in Form eines Layer 2-Bitstromproduktes auf Vorleistungsebene zu dem öffentlich geförderten Telekommunikationsnetz im Main-Kinzig-Kreis zu gewähren hat. Dazu hat sie der Antragstellerin bis zum 4. 12. 2023 ein Angebot zu legen, für das folgende monatliche Überlassungsentgelte ohne Mehrwertsteuer festgelegt werden:

Bandbreite	Entgelt
100 / 50 Mbit/s (Uplink / Downlink)	16,07 €
250 / 125 Mbit/s (Uplink / Downlink)	24,08 €
500 / 250 Mbit/s (Uplink / Downlink)	28,43 €
1.000 / 500 Mbit/s (Uplink / Downlink)	41,04 €

- 69 Der Ansatz des Gesetzes geht im vorliegenden Fall, in dem das zum offenen Netzzugang verpflichtete Unternehmen keines mit beträchtlicher Marktmacht ist, nicht dahin, über das angebotene Entgelt im Sinne einer Missbrauchsprüfung ein Unwerturteil zu fällen. Aufzugreifen ist ein Sachverhalt im Rahmen des § 155 TKG bereits, wenn innerhalb von zwei Monaten keine gegenseitige Vereinbarung über den offenen Netzzugang

zustande gekommen ist, § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG. Der Gesetzgeber hat beim Antragsrecht darauf abgestellt, dass keine Vereinbarung zustande kam und damit faktisch kein offener Zugang zu einem mit öffentlichen Mitteln finanzierten Netz gewährt wurde. Entscheidende Voraussetzung für die Anrufung der Streitbeilegungsstelle ist mithin das Fehlen einer getroffenen Vereinbarung, ohne welche die Realisierung eines offenen Netzzugangs ihrerseits nicht erfolgen kann.

*Vgl. VG Köln, Beschl. 1 L 58/23 v. 14. 3. 2023, S. 10 des Beschlussumdrucks, wonach die Zugangsgewährung vor Abschluss einer vertraglichen Zugangsvereinbarung gesetzlich nicht vorgesehen ist.*

- 70 Hierbei ist die nationale Streitbeilegungsstelle dazu berufen, in ihrer Entscheidung faire und diskriminierungsfreie Bedingungen des konkreten jeweils beantragten Netzzugangs einschließlich der Entgelte festzulegen (§ 149 Abs. 4 TKG) und so den Anspruch auf offenen Netzzugang durchzusetzen sowie regionale Monopole in geförderten Netzen zu verhindern. Demgegenüber ist die Missbrauchskontrolle von Endkundenpreisen nicht Gegenstand eines Streitbeilegungsverfahrens nach §§ 155, 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG. Aufgabe der Beschlusskammer ist lediglich, grundsätzlich diskriminierungsfreie und faire Vorleistungspreise festzulegen.

#### **2.4.1 Formelle Voraussetzungen**

- 71 Eine verbindliche Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle konnte vorliegend beantragt werden, da das bilaterale Zugangsverfahren nach § 155 Abs. 1 TKG erfolglos durchgeführt wurde. Zulässigkeitsvoraussetzung für die Stellung eines Streitbeilegungsantrags bei der Beschlusskammer gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG ist, dass innerhalb von zwei Monaten ab Eingang des Antrags beim Betreiber des öffentlichen Telekommunikationsnetzes keine Vereinbarung über den Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG zustande kommt. Dies ist hier unstreitig der Fall.
- 72 Insofern besteht auch – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – ein umfassendes Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin. Insbesondere kommt es nicht darauf an, dass die Antragstellerin den von der Antragsgegnerin begehrten Bitstromzugang prinzipiell gewähren möchte. Der Streitbeilegungsantrag ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG und dem Sinn und Zweck dieses Verfahrens bereits deshalb vollumfänglich zulässig und von einem entsprechenden Rechtsschutzinteresse getragen, weil eine hierzu erforderliche Vereinbarung nicht zustande gekommen ist.
- 73 Die Anträge zu 1. und 2. sind auch nicht unzulässig, weil zu unbestimmt. Die Ausführungen der Antragsgegnerin überzeugen insoweit nicht. Die Anträge zu 1. und 2. sind nicht isoliert zu betrachten und daher zu unbestimmt. Vielmehr sind diese im Zusammenhang zu lesen. Hierbei wird das – zulässige – Begehren der Antragstellerin nach einem diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu dem mit Fördermitteln errichteten FttH-Netz im Main-Kinzig-Kreis in Form eines Layer 2-Bitstromprodukts zu fairen und

angemessenen Bedingungen (einschließlich der hier streitigen Entgelte) unzweifelhaft deutlich.

## 2.4.2 Materielle Voraussetzungen

- 74 Die Anspruchsvoraussetzungen des § 155 Abs. 1 TKG liegen vor.

### 2.4.2.1 Materielle rechtlicher Rahmen der Entscheidung

- 75 Die Streitbeilegungsentscheidung ergeht zur Verpflichtung des Betreibers oder Eigentümers öffentlich geförderter Telekommunikationsnetze, auf Antrag einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen zu fairen und angemessenen Bedingungen zu gewährleisten.

*Vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 347 zu § 154 Abs. 1 TKG-E, dem jetzigen § 155 Abs. 1 TKG.*

- 76 Die Verpflichtung des Betreibers oder Eigentümers öffentlich geförderter Telekommunikationsnetze zur Zugangsgewährung wurzelt im unionsrechtlichen Beihilferecht.
- 77 Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV sind – soweit in den unionsrechtlichen Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist – staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt grundsätzlich unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Die Absätze 2 und 3 der Norm treffen Regelungen zu Beihilfen, die mit dem Binnenmarkt vereinbar sind oder als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können. Art. 108 Abs. 3 AEUV enthält eine Notifizierungspflicht der Mitgliedstaaten für Beihilfen bei der Europäischen Kommission sowie ein Durchführungsverbot, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat.
- 78 Die Grundsätze, nach denen die Europäische Kommission die EU-Beihilfenvorschriften auf Maßnahmen anwendet, die dem allgemeinen Ausbau von Breitbandnetzen dienen oder mit denen der rasche Ausbau von Netzen für die Breitbandgrundversorgung sowie von Next Generation Access Network (NGA-Netzen) gefördert werden soll, sind in den Breitbandbeihilfeleitlinien der Kommission zusammengefasst.

*Vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl. EU C25/1 vom 26. 1. 2013 (im Folgenden EU-BBLL<sup>2013</sup>); vgl. dort den Erwägungsgrund 8; vgl. auch Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Breitbandnetzen vom 12. 12. 2022, C (2022) 9343 final, ABl. EU C 36/1 v. 31. 1. 2023 – unter Geltung dieser zuletzt genannten Leitlinien hat die Bundesrepublik bislang noch keine Beihilfe notifiziert.*

- 79 Die Verfahren der Europäischen Kommission über Beihilfen werden durch Beschlüsse im Sinne von Art. 288 Abs. 4 AEUV abgeschlossen. Die Regelung lautet:

*„Beschlüsse sind in allen ihren Teilen verbindlich. Sind sie an bestimmte Adressaten gerichtet, so sind sie nur für diese verbindlich.“*

- 80 Eine solche Entscheidung der Europäischen Kommission – bei der die Einstufung der Maßnahme als Beihilfe und ihre Genehmigung auf Basis der EU-BBLL<sup>2013</sup> erfolgt ist – liegt hier in dem Beschluss zur Genehmigung der Gigabit-Rahmenregelung des Bundes vor, die Grundlage für die Förderung der hier betroffenen Infrastruktur ist.

*Vgl. Beschluss der Europäischen Kommission v. 13. 11. 2020 im Verfahren SA. 52732 (2020/N) – Nationale Gigabitregelung Deutschland (öffentliche Fassung als Mitteilung C (2020) 7859 publiziert); vgl. zum Zusammenspiel des unionsrechtlichen Primärrechts, der EU-BBLL<sup>2013</sup> und einer (anderen) mitgliedstaatlichen Rahmenregelung: OVG Rheinland-Pfalz, Ur. 6 A 10376/21 v. 16. 7. 2021, juris-Rz. 50, 104.*

- 81 Adressat der Entscheidung ist die Bundesrepublik Deutschland, für die der Beschluss entsprechend Art. 288 Abs. 4 AEUV in allen Teilen verbindlich ist.

- 82 Neben der vorbeschriebenen Handlungsform der Genehmigung einzelner Beihilfen durch die Europäische Kommission besteht unionsrechtlich auch die Möglichkeit, ganze Gruppen von Maßnahmen in bestimmten Wirtschaftssektoren freizustellen (Art. 108 Abs. 4 AEUV). Hierzu ist eine allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission (AGVO) ergangen, die unter anderem auch Breitbandhilfen zum Gegenstand hat. Zudem gib es mehrere Freistellungsverordnungen für einzelne Querschnittsthemen oder einzelne Branchen, zum Beispiel zu Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen beziehungsweise für den Kraftfahrzeugsektor.

*Verordnung (EU) 2021/1237 der Kommission vom 23. 7. 2021 zur Änderung der Verordnung (EU) 651/2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. EU L 270/39); Verordnung (EU) 651/2014 der Kommission vom 17. 6. 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. EU L 187/1); Verordnung (EU) 461/2010 der Kommission vom 27. 5. 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. EU L 129/52.*

- 83 Der vorbeschriebene unionsrechtliche Regelungsrahmen ist auch die Basis der gesetzlichen Regelung in § 155 TKG. Aus den unionsrechtlichen Regelungen für Breitbandbeihilfen sowie der in diesem Kontext ergangenen mitgliedstaatlichen Regelungen ergibt sich, dass Beihilfeempfänger einen offenen Netzzugang zu den gefördert errichteten Netzen gewähren müssen. Diese Verpflichtungen sind im Betreibermodell auch an den Betreiber weiterzureichen und unabhängig von Veränderungen bei den Eigentumsverhältnissen, der Verwaltung oder dem Betrieb der geförderten Infrastruktur durchzusetzen.

Vgl. Ziffer 78 lit. g) EU-BBLL<sup>2013</sup>, letzter Satz, sowie BT-Drs. 19/26108, S. 348.

- 84 Regelungen zu dieser Verpflichtung und deren Umfang ergeben sich aus
- den Leitlinien der Europäischen Union vom 23. 1. 2013 für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (Ziffern 78 lit. g), h), 80 lit. a) EU-BBLL<sup>2013</sup> ABI. EU C 25/01);
  - Beschluss der Europäischen Kommission vom 13.11.2020 im Verfahren SA. 52732 (2020/N), Nationale Gigabitregelung Deutschland, Rz. 11, 26, 56 ff., 131 ff.;
  - Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des flächendeckenden Aufbaus von Gigabitnetzen in „Grauen Flecken“ (Präambel (7. Absatz), §§ 6 Abs. 2, 7 Abs. 1 und § 8 GB-RR);
  - Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Gigabitausbaus der Telekommunikationsnetze in der Bundesrepublik Deutschland“, Bekanntmachung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 26. 4. 2021, Ziffern 7.5, 7.8 (diese Richtlinie galt bis zum 31. 12. 2022 und ist ersetzt worden durch die Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Gigabitausbaus der Telekommunikationsnetze in der Bundesrepublik Deutschland“ (Gigabit-Richtlinie des Bundes 2.0 – GB-RL 2.0), Bekanntmachung des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr vom 31. 3. 2023, die in den Ziffern 7.5 und 7.8 entsprechende Regelungen aufweist).
- 85 Die vorgenannten beihilferechtlichen Regelungen zur Verpflichtung des Beihilfeempfängers und des Betreibers, einen offenen Netzzugang zu gewähren, wurden durch die Einführung des § 155 TKG nicht abgeschafft oder verdrängt. Vielmehr soll die gesetzliche Regelung Zugangsnachfragern erleichtern, die Gewährung eines offenen Netzzugangs durchzusetzen, indem ihnen nunmehr ein unmittelbarer gesetzlicher Anspruch zusteht und die Möglichkeit eröffnet wird, bei Zugangsverweigerung ein Streitbeilegungsverfahren zu beantragen.
- „... Zum anderen kann die nationale Streitbeilegungsstelle zukünftig auch angerufen werden, wenn sich Beteiligte nicht über den Netzzugang im Sinne des § 154 Absatz 1 einig werden.“*
- BT-Drs. 21/26108, S. 340 zu § 148 Abs. 1 TKG-E, dem jetzigen § 149 Abs. 1 TKG.*
- 86 Auch der öffentlich konsultierte Entwurf der Grundsätze der Bundesnetzagentur nach § 155 Abs. 4 TKG, der im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 23/2022 v. 7. 12. 2022 veröffentlicht worden ist, formt keinen andersartigen Anspruch auf offenen Netzzugang aus, der die unionsrechtlichen und mitgliedstaatlichen Vorgaben zur Gewährung eines offenen Netzzugangs ausblendet oder gar unterschreitet. Im Übrigen verhält es sich so, dass es sich bei den Grundsätzen nach § 155 Abs. 4 TKG jedenfalls nicht um eine Entscheidungsvoraussetzung für das nationale Streitbeilegungsverfahren nach § 149

Abs. 1 Nr. 5 TKG handelt. Insofern ist die Beschlusskammer bis zur Veröffentlichung der Grundsätze nicht an einer Entscheidung in der Sache gehindert.

*Vgl. VG Köln, B. v. 14. 3. 2023, 1 L 58/23, S. 9 des amtl. Umdrucks.*

#### **2.4.2.2 Anspruchsberechtigte**

- 87 Die Antragstellerin ist als nach § 5 TKG gemeldete Betreiberin öffentlicher Telekommunikationslinien und Telekommunikationsnetze nach § 155 Abs. 1 TKG anspruchsberechtigt. Nach § 155 Abs. 1 TKG müssen Betreiber oder Eigentümer öffentlicher Telekommunikationsnetze anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf Antrag einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen zu fairen und angemessenen Bedingungen gewähren.

#### **2.4.2.3 Anspruchsverpflichtete**

- 88 Die Antragsgegnerin ist als Betreiberin des streitgegenständlichen Netzes Anspruchsverpflichtete. Die streitgegenständliche Infrastruktur, zu der die Antragstellerin Zugang begehrt, wurde unstreitig mit Fördermitteln des Bundes im Zuge der „Graue Flecken-Förderung“ gebaut. Die Beigeladene zu 1, die Breitband Main-Kinzig GmbH, hat die passive physische Infrastruktur – die auch in ihrem Eigentum verblieben ist – errichtet und an die Antragsgegnerin nach Durchführung eines Auswahlverfahrens verpachtet. Zudem wurde die Antragsgegnerin mit der Errichtung und dem Betrieb der aktiven Netzkomponenten dieser Infrastruktur beauftragt. Die Förderung erfolgte damit in Form des sogenannten Betreibermodells (vgl. § 3 Abs. 1 lit. b GB-RR). Auf Basis dieses von ihr betriebenen Netzes erbringt die Antragsgegnerin Telekommunikationsdienstleistungen auf Vorleistungs- und Endkundenebene.
- 89 Mithin richtet sich die Verpflichtung zur Gewährung eines offenen Netzzugangs gemäß § 155 Abs. 1 TKG auch an die Beigeladene zu 1, wenn auch der Vertrag gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG mit der Antragsgegnerin geschlossen werden muss.

#### **2.4.2.4 Offener und diskriminierungsfreier Zugang zum streitgegenständlichen Netz**

- 90 Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin den begehrten offenen Netzzugang in Form eines Layer 2-Bitstromzugangs, welcher – unstreitig – ein zulässiges Open-Access-Zugangsprodukt darstellt, zu gewähren. Da innerhalb der in § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG genannten Zweimonatsfrist keine Zugangsvereinbarung zustande gekommen ist, hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin nunmehr innerhalb der in Tenorziffer 1 genannten Frist ein entsprechendes Angebot zu legen. Da die Zugangsentgelte zwischen den Parteien streitig sind, legt die Beschlusskammer die in dem Angebot zu verwendenden Entgelte verbindlich fest.

### 2.4.2.5 Festlegung der Entgelte

- 91 Die Beschlusskammer legt in ihrer Entscheidung folgende monatliche Überlassungsentgelte für Layer 2-Bitstrom-Vorleistungsprodukte fest:

Bandbreite	Entgelt
100 / 50 Mbit/s (Uplink / Downlink)	16,07 €/M
250 / 125 Mbit/s (Uplink / Downlink)	24,08 €/M
500 / 250 Mbit/s (Uplink / Downlink)	28,43 €/M
1.000 / 500 Mbit/s (Uplink / Downlink)	41,04 €/M

- 92 Vergleicht man die hier festgelegten Entgelte mit den von der Antragsgegnerin angebotenen Entgelten, fällt auf, dass einerseits die im Angebot der Antragsgegnerin vom 12.5.2023 angebotenen Entgelte für die Bandbreiten 100 Mbit/s, 250 Mbit/s und 500 Mbit/s höher und andererseits für die Bandbreite 1.000 Mbit/s niedriger als das festgelegte Entgelt sind. Im Einzelnen stellte sich das Angebot der Antragsgegnerin wie folgt dar:

Bandbreite	Entgelt
100 / 50 Mbit/s (Uplink / Downlink)	€/M
250 / 125 Mbit/s (Uplink / Downlink)	€/M
500 / 250 Mbit/s (Uplink / Downlink)	€/M
1.000 / 500 Mbit/s (Uplink / Downlink)	€/M

- 93 Bei der Festlegung der Entgelte kommt es indes für die Frage des Umfangs der Festlegung nicht darauf an, ob die von der Antragsgegnerin angebotenen Vorleistungspreise niedriger oder höher sind, als die durch die Beschlusskammer nach Durchschnittspreisen festgelegten Beträge. Wie bereits erläutert, ist der Ansatz des Gesetzes nicht, die angebotenen Vorleistungsentgelte einer Missbrauchsprüfung zu unterziehen. Vielmehr ist es nach dem eindeutigen Wortlaut der Regelung des § 149 Abs. 4 TKG Aufgabe der Beschlusskammer, faire und diskriminierungsfreie Entgelte unter Zugrundelegung des nach dem förderrechtlichen Kontext anzuwendenden Entgeltmaßstabs festzulegen. Die Festlegung erfolgt dabei ergebnisneutral und wird nicht reduziert auf lediglich abzusenkende Entgelte (vorliegend in den Bandbreiten 100 Mbit/s, 250 Mbit/s und 500 Mbit/s). Dies entspricht auch dem Festlegungsbegehrt der Antragstellerin.
- 94 Im Übrigen wird klargestellt, dass die Antragstellerin die von der Antragsgegnerin zusätzlich zu den monatlichen Entgelten geforderten Einmalentgelte nicht substantiiert angegriffen hat. Eine inhaltliche Überprüfung konnte insofern dahinstehen. So waren die Einmalentgelte während der gesamten Verhandlungen und während des Streitbelegungsverfahrens nie zwischen den Parteien strittig. Daher geht die Beschlusskammer davon aus, dass die angebotenen Einmalentgelte wie nachfolgend dargestellt, bei der Gewährung des offenen Netzzugangs im streitgegenständlichen Fördergebiet unverändert in Ansatz gebracht werden:

Leistung	Entgelt
Anschaltung je Haushalt inkl. ONT	€
Bereitstellung A10 NSP Technik je Ereignis*	€
Aktivierung Koppelpunkt je Ereignis *	€
Inhausverkabelung je Haushalt **	€
Erneute Anfahrt kundenverschuldet je Ereignis **	€
Bandbreitenänderung je Ereignis **	€
ungerechtfertigte Entstörung mit Techniker je Ereignis **	€
ungerechtfertigte Entstörung ohne Techniker je Ereignis **	€
Kündigung je Ereignis	€
Kündigung Koppelpunkt je Ereignis **	€

\* [REDACTED]

\*\* [REDACTED]

#### 2.4.2.5.1 Anzuwendender Entgeltmaßstab

- 95 Nach § 155 Abs. 1 TKG müssen Betreiber oder Eigentümer öffentlicher Telekommunikationsnetze anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf Antrag einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen zu fairen und angemessenen Bedingungen gewähren. Gelingt dies innerhalb von zwei Monaten nicht – kommt also keine entsprechende Vereinbarung zustande –, legt die Bundesnetzagentur in ihrer Entscheidung faire und diskriminierungsfreie Bedingungen einschließlich der Entgelte des jeweils beantragten Netzzugangs fest, § 149 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 TKG.
- 96 Zur Festlegung fairer und diskriminierungsfreier Entgelte des hier streitgegenständlichen Layer 2-Bitstromprodukts greift die Beschlusskammer im Einklang mit den hier einschlägigen Vorgaben aus § 8 Abs. 5 GB-RR und Ziffer 78 lit. h) EU-BBLL<sup>2013</sup> auf einen über eine Markterhebung ermittelten Durchschnittspreis zurück.

#### *Bindende förderrechtliche Vorgabe*

- 97 Welchen Entgeltmaßstab die Beschlusskammer bei der Festlegung fairer und diskriminierungsfreier Entgelte anzuwenden hat, regeln die ausdrücklichen Vorgaben im förderrechtlichen Kontext. Diese Vorgaben basieren auf Ziffer 78 lit. h) EU-BBLL<sup>2013</sup>. Auf deren Basis hat die EU-Kommission die deutsche Gigabit-Rahmenregelung – die dem zu entscheidenden Fall zu Grunde liegt – in einem unionsrechtlichen Beschluss genehmigt.

*Vgl. Genehmigung „Nationale Gigabitregelung Deutschland“, KOM-Schreiben C (2020) 7859 final, v. 13. 11. 2020, Rz. 58 f., 133-135.*

- 98 Dieser Beschluss ist in all seinen Teilen für die Bundesrepublik als Adressat der Regelung verbindlich; Art. 288 Abs. 3 AEUV.

- 99 In der Gigabit-Rahmenregelung (gültig bis 31. 12. 2025) sind Vorgaben zur Entgeltermittlung unter § 8 „Offener und diskriminierungsfreier Zugang“ in Absatz 5 aufgeführt.
- 100 Die einschlägigen förderrechtlichen und unionsrechtlichen Vorgaben sehen drei Methoden zur Festlegung und Beurteilung von Vorleistungspreisen vor:
- durchschnittliche veröffentlichte Vorleistungspreise aus vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten,
  - die von der nationalen Regulierungsbehörde für die betreffenden Märkte und Dienstleistungen bereits festgelegten oder genehmigten Preise,
  - Preise im Einklang mit den Grundsätzen der Kostenorientierung und nach den Methoden, die der sektorale Rechtsrahmen vorgibt.
- 101 Aus der Formulierung der einschlägigen Vorgaben („sollten herangezogen werden...“; „falls nicht ...“; „wenn nicht ... zurückgegriffen werden kann, sollten ...“) ergibt sich zum einen, dass diese Methoden stufenweise in der vorstehenden Reihenfolge anzuwenden sind. Zum anderen wird hervorgehoben, dass die Erstellung und Zugrundelegung von Durchschnittspreisen für den Vorleistungszugang in vergleichbaren wettbewerbsintensiveren Gebieten die vorrangig anzuwendende Methode zur Festlegung fairer und angemessener Vorleistungsentgelte darstellt. Es handelt sich insoweit um eine gebundene Entscheidung.

*Vgl. Ziffer 78 lit. h) EU-BLL<sup>2013</sup>: „Vorleistungspreise: Benchmarks sind wichtige Absicherungsmaßnahmen, um sicherzustellen, dass die gewährte Beihilfe dazu dienen wird, vergleichbare Marktbedingungen wie auf anderen wettbewerbsbestimmten Breitbandmärkten zu schaffen. [...] Als Benchmark sollten die durchschnittlichen veröffentlichten Vorleistungspreise herangezogen werden, die in vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten des Landes bzw. der Union gelten, oder – falls solche Preise nicht veröffentlicht wurden – die von den NRB für die betreffenden Märkte und Dienstleistungen bereits festgelegten oder genehmigten Preise. Wenn nicht auf veröffentlichte oder regulierte Preise für bestimmte Vorleistungsprodukte als Bezugsgröße zurückgegriffen werden kann, sollten die Preise im Einklang mit den Grundsätzen der Kostenorientierung stehen und nach der Methode festgelegt werden, die der sektorale Rechtsrahmen vorgibt.“* Sowie zur gebundenen Entscheidung: Stelkens / Bonk / Sachs / Sachs, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 40 Rz. 26 f. m. w. N. Schoch / Schneider / Geis, 3. EL August 2022, VwVfG § 40 Rz. 26 m. w. N.; RSpr.: BVerwG in DÖV 1967, 424; DVBl 1973, 35; NJW 1984, 70 (71); BVerwGE 84, 220 (232 f.).

- 102 Eine entsprechende Formulierung findet sich auch in der hier einschlägigen Gigabit-Rahmenregelung. Diese legt die anzuwendenden Entgeltmaßstäbe in § 8 Abs. 5 folgendermaßen fest:

*„Die Vorleistungspreise werden im Einklang mit den Grundsätzen der Kostenorientierung und nach der Methode, die der sektorale Rechtsrahmen vorgibt, festgelegt, sofern nicht auf regulierte oder veröffentlichte Durchschnittspreise für den Vorleistungszugang in vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten,*

*zurückgegriffen werden kann. Bei der Bildung der Vorleistungspreise sind die dem Netzbetreiber gewährten Beihilfen zu berücksichtigen.“*

- 103 In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass "Soll"-Vorschriften im Regelfall für die mit ihrer Durchführung betraute Behörde rechtlich zwingend sind und sie verpflichten, so zu verfahren, wie es im Gesetz bestimmt ist. Im Regelfall bedeutet das "Soll" ein "Muss". Nur bei Vorliegen von Umständen, die den Fall als atypisch erscheinen lassen, darf die Behörde anders verfahren als im Gesetz vorgesehen und den atypischen Fall nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden.

*BVerwG, Beschl. v. 3. 12. 2009, 9 B 79/09, juris-Rz. 2; BVerwG, Urt. v. 2. 7. 1992, BVerwG 5 C 39.90, BVerwGE 90, 275, 278 und v. 12. 2. 1991, BVerwG 1 C 4.89, BVerwGE 88, 1, 8; jeweils m. w. N.*

- 104 Da die Beschlusskammer nach zwischenzeitlich abgeschlossener Auswertung der Marktabfrage über eine zur Entgeltbestimmung notwendige Datenbasis verfügt, ist sie nach den förderrechtlichen Rahmenbedingungen gehalten, die streitgegenständlichen Entgelte anhand daraus abgeleiteter Durchschnittspreise festzulegen. Demnach sind vorrangig regulierte oder veröffentlichte Durchschnittspreise heranzuziehen. Da – anders als die Beigeladene zu 10 annimmt – keine regulierten Preise für glasfaserbasierte Layer 2-Bitstromprodukte existieren, verbleibt es dabei, dass Preise vorrangig anhand von Durchschnittspreisen festzulegen sind. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass im hier vorliegenden Einzelfall zwei weitere Zugangsnachfrager im Main-Kinzig-Kreis Verträge zu den hier streitgegenständlichen, von der Antragsgegnerin angebotenen Vorleistungskonditionen abgeschlossen haben.

*Keine regulierten Vorleistungsentgelte für FttB/H-Layer 2-Bitstrom*

- 105 Die Vorleistungspreise für glasfaserbasierte Bitstromprodukte unterliegen derzeit im Rahmen der Marktregulierung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht keiner Genehmigungs- oder Anzeigeverpflichtung nach § 38 Abs. 1 TKG.
- 106 Die zuständige Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur hat in der Regulierungsverfügung BK3i-19/020 zu Markt 3a (nunmehr Markt 1) nach der EU-Märkteempfehlung, die Vorleistungspreise des Commitmentmodells der Beigeladenen zu 10 im Hinblick darauf geprüft, ob und falls ja, welche Form der Entgeltregulierung erforderlich ist.

*Vgl. BNetzA, Beschl. BK3i-19/020, v. 21. 7. 2022, insbes. Ziffer V 3.4.3, S. 247 f. der öffentlichen Fassung.*

- 107 Dabei ist die Beschlusskammer 3 zu dem Ergebnis gekommen, dass insgesamt die Voraussetzungen von § 38 Abs. 2 TKG vorliegen und somit von einer Entgeltregulierung nach § 38 Abs. 1 TKG abgesehen werden kann. Die Commitment-Entgelte können daher – entgegen der Ausführungen der Beigeladenen zu 10 – nicht als durch die Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte zur Bestimmung von Entgelten für nicht marktmächtige Unternehmen im Rahmen von § 155 TKG jenseits der Bestimmung eines Referenzpreises berücksichtigt werden.

*Keine kostenorientierte Festlegung der Entgelte nach der Methode des sektoralen Rechtsrahmens*

- 108 Eine Festlegung der Entgelte im Einklang mit den Grundsätzen der Kostenorientierung und nach der Methode, die der sektorale Rechtsrahmen vorgibt, ist schon nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 5 GB-RR nachrangig anzuwenden. Da die Beschlusskammer über vertraglich vereinbarte – und damit für die Entgeltfestlegung geeignete – Preise verfügt, anhand derer sie Durchschnittspreise für den Vorleistungszugang in vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten ermitteln kann, ist weder ein vollständiger noch ein kombinierter Rückgriff auf eine kostenorientierte Festlegung der Entgelte nach der Methode des sektoralen Rechtsrahmens zulässig.

**2.4.2.5.2 Ermittlung der Durchschnittspreise**

- 109 Seit dem Inkrafttreten des neugefassten Telekommunikationsgesetzes am 1. 12. 2021 ist die Beschlusskammer 11 der Bundesnetzagentur unter anderem zuständig bei Streitigkeiten über den offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzen. Die nationale Streitbeilegungsstelle der Bundesnetzagentur kann angerufen und eine verbindliche Entscheidung durch sie beantragt werden. Hierbei legt sie in ihrer Entscheidung faire und diskriminierungsfreie Bedingungen über den offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzen, einschließlich der Entgelte, fest. Sind in einem solchen Verfahren Vorleistungspreise festzulegen, so sind sowohl nach europäischem Recht als auch nach nationalen Regelungen vorrangig – gegenüber regulierten oder kostenorientierten Entgelten – als Benchmark durchschnittliche veröffentlichte Vorleistungspreise, die in vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten des Landes bzw. der Union gelten, heranzuziehen.
- 110 Der Normgeber hat deshalb entschieden, dass durchschnittliche Vorleistungspreise vorrangig herangezogen werden sollen, weil diese in besonderem Maße dazu geeignet sind, sicherzustellen, „vergleichbare Marktbedingungen wie auf anderen wettbewerbsbestimmten Breitbandmärkten zu schaffen“.
- 111 Die Beschlusskammer hat Anfang 2022 mittels einer Marktabfrage vertraglich vereinbarte Preise für Vorleistungen erhoben – darunter auch für FttB/H-basierten Layer 2 Bitstromzugänge –, um daraus für Verfahren nach § 155 TKG Durchschnittspreise in vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten ermitteln zu können. Denn bei vertraglich vereinbarten Preisen kann davon ausgegangen werden, dass sie sowohl für Anbieter als auch Nachfrager tragfähig sind. Damit eignen sie sich besonders zur Preisfestlegung anhand von Marktpreisen. Mit Auskunftsverlangen vom 28. 2. 2022 wurden sämtliche Unternehmen, von denen bekannt war oder angenommen werden konnte, dass sie Eigentümer oder Betreiber von öffentlich zugänglichen FttB/H-Telekommunikationsnetzen sind, aufgefordert, Erhebungsbögen auszufüllen.
- 112 Die Abfrage stellt eine Vollerhebung des Marktes dar. Die Repräsentanz der Daten zu prüfen und sicherzustellen, wäre erst dann geboten und sogar notwendig, wenn es sich

– anders als bei der vorliegenden Vollerhebung – lediglich um eine Zufalls- bzw. Querschnittsstichprobe handeln würde, welche die Verwendung weiterer statistischer Methoden zur Approximation erforderlich machen würden.

*Vgl. beispielsweise Hellmund / Klitzsch / Schumann, Grundlagen der Statistik, 1992, S. 121 ff.*

- 113 Da dies aber hier nicht der Fall ist, läuft schon die verwendete Begrifflichkeit fehl. Denn einer Vollerhebung ist schließlich gerade immanent, dass Daten von sämtlichen Marktteilnehmern abgefragt wurden. Daher können aus den Rückmeldungen – unabhängig von deren Anzahl – valide Statistiken berechnet werden. Schließlich ist die Validität der Vergleichspreise auch nicht dadurch in Frage zu stellen, dass in einzelnen Bandbreitenklassen „zu wenige Unternehmen“ Daten gemeldet hätten. Die Daten bilden vielmehr die Marktgeschehnisse zum Stichtag 28. 2. 2022 ab. Der Umfang der erhobenen Daten folgt aus dem Umstand, dass das hier betroffene Marktsegment – der Absatz von glasfaserbasierten Layer 2-Bitstromprodukten in nicht geförderten Gebieten – insgesamt (noch) klein ist und erst mit einem fortschreitenden Glasfaserausbau in der Fläche weiter anwachsen wird. Es liegen derzeit jeweils Meldungen von drei bis elf Anbietern je Bandbreitenklasse vor. Außerdem ist nicht die Anzahl der meldenden Unternehmen sondern die Anzahl der tatsächlichen geschalteten Anschlüsse maßgeblich. Diese liegen jeweils zwischen 125 (111 ungeforderten) und 12.290 (9.705 ungeforderten) geschalteten Anschlüssen. Dass diese Unternehmen aufgrund unterschiedlich hoher Anschlusszahlen mit einer unterschiedlichen Gewichtung in die Analyse einfließen, ist kein Qualitätsmangel, sondern ein Abbild der tatsächlich geschalteten Anschlüsse zum gegebenen Stichtag.
- 114 Antworten auf das Auskunftsverlangen gingen bis Januar 2023 ein. Die Prüfung im Rahmen der Plausibilisierung konnte erst im August 2023 nach Eingang der letzten nachgelieferten Daten abgeschlossen werden. Anschließend wurden die Durchschnittspreise ermittelt, die belastbar und geeignet für die Verwendung in Streitbeilegungsverfahren sind. Aufgrund dessen liegt nunmehr die zur Entgeltbestimmung notwendige Datenbasis vor, so dass die streitgegenständlichen Entgelte anhand von Durchschnittspreisen festgelegt werden können.

#### *Veröffentlichte Durchschnittspreise*

- 115 Um sicherzustellen, dass es Dritten tatsächlich möglich ist, mit dem ausgewählten Betreiber in Wettbewerb um Endkunden einzutreten (vgl. Ziffer 78 lit. g), h) und Ziffer 80 lit. a) EU-BBLL<sup>2013</sup>), greift die Beschlusskammer bei ihrer Vergleichsbetrachtung auf vertraglich (tatsächlich) vereinbarte Preise und nicht veröffentlichte „indikative“ Preise zurück. Ein Rückgriff auf indikative Vorleistungspreise scheidet aus. Indikative – und damit unverbindliche und noch verhandelbare – Preise, die überdies im Rahmen des Förderverfahrens nicht auf ihre Konformität mit den Entgeltmaßstäben in § 8 Abs. 5 GB-RR überprüft werden, können bereits wegen ihrer fehlenden Verbindlichkeit nicht mit

Preisen verglichen werden, die zwischen Marktteilnehmern unter Wettbewerbsbedingungen vereinbart wurden.

*Siehe hierzu BNetzA, Beschl. BK11-20/003, Rz. 173 f. sowie Beschl. BK11-20/005, Rz. 135 f.*

- 116 Die Formulierung in Ziffer 78 lit. h) EU-BBLL<sup>2013</sup> verdeutlicht, dass es entscheidend darauf ankommt, „vergleichbare Marktbedingungen“ abzubilden. Dort heißt es:

*„Als Benchmark sollten die durchschnittlichen veröffentlichten Vorleistungspreise herangezogen werden, die in vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten des Landes bzw. der Union gelten ...“*

- 117 Folglich sollen solche Preise herangezogen werden, die in vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten tatsächlich gelten. Denn nur geltende (und nicht etwa indikative) Preise bilden die tatsächlichen, wettbewerblichen Marktbedingungen ab.

- 118 Für die Bildung der Durchschnittspreise müssen daher auch keine veröffentlichten Einzelpreise herangezogen werden. Insofern irren beide Streitparteien, indem sie davon ausgehen, diese Preise seien nicht veröffentlicht und könnten damit nicht zur Entgeltfestlegung herangezogen werden.

*Vgl. Antragsschrift v. 28. 2. 2023, S. 13 sowie die Stellungnahmen der Antragsgegnerin v. 17. 3. 2023 S. 5 und v. 28. 7. 2023, S. 6.*

- 119 Sie verkennen dabei, dass tatsächlich vereinbarte Vorleistungspreise regelmäßig als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eingestuft und schon allein deshalb nicht veröffentlicht werden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Erwähnung von Preisen im Zuge des Bieterverfahrens „Main-Kinzig-Kreis“, denn auch dort handelt es sich nicht um tatsächliche Preise, sondern lediglich um indikative Preise. Das Merkmal der Veröffentlichung hat insofern allenfalls deklaratorische Wirkung. Ihm kommt also keine materielle Bedeutung zu, da es eine reine Ordnungsfunktion hat. Überdies ist es jedenfalls durch die Nennung der von der Beschlusskammer ermittelten Durchschnittspreise für den hier gegenständlichen Vorleistungszugang in vergleichbaren wettbewerblicheren Gebieten im vorliegenden Beschluss erfüllt.

- 120 Sinn und Zweck der Regelung werden mit der Heranziehung tatsächlich vereinbarter und der Behörde auf ihre Abfrage vom 28. 2. 2022 gegenüber bekannt gegebener Marktpreise erreicht. Folglich sind Durchschnittspreise aus solchen Preisen zu bilden, die in vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten gelten, also unter Wettbewerbsbedingungen vereinbart wurden. Deshalb ist es angezeigt, nur Vorleistungspreise aus ungefördert ausgebauten Gebieten zur Festlegung heranzuziehen. Vor dem Hintergrund, dass in Fördergebieten noch nicht einmal ein Unternehmen eigenwirtschaftlich ausbauen wollte, kann dort schwerlich von einem wettbewerblichen oder gar wettbewerbsintensiveren Markt als außerhalb von Fördergebieten ausgegangen werden. Gerade die Zugrundelegung solcher, echter Marktpreise ist also geeignet, um in Fördergebieten mit anderen wettbewerbsbestimmten Gebieten vergleichbare Marktbedingungen zu schaffen.

### 2.4.2.5.3 Festlegung fairer und angemessener Entgelte

- 121 Die hier anhand der durchschnittlichen Vorleistungspreise aus vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten festgelegten Vorleistungsentgelte für die jeweiligen Bandbreiten sind fair, angemessen und diskriminierungsfrei.
- 122 Faire, angemessene und diskriminierungsfreie Entgelte liegen dann vor, wenn sie die Kriterien der einschlägigen rechtlichen Regelwerke erfüllen. Im vorliegenden Verfahren gibt der förderrechtliche Normenrahmen verbindlich vor, dass Durchschnittspreise für den Vorleistungszugang in vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten heranzuziehen sind. Letztere sind aus vertraglich vereinbarten Preisen abgeleitet, die von den Vertragsparteien als fair und angemessen eingestuft wurden. Denn bei nicht auskömmlichen Preisen hätten diese den Vertrag nicht geschlossen. Daher kann davon ausgegangen werden, dass diese Preise sowohl für Anbieter als auch Nachfrager tragfähig sind, um in den Wettbewerb treten zu können. Es ist nämlich nicht anzunehmen, dass sich Unternehmen freiwillig auf unfaire, unangemessene oder diskriminierende Entgelte einlassen.
- 123 Die EU-BBLL<sup>2013</sup> erläutert in Ziffer 78 lit. h) zu Vorleistungspreisen:  
*„Benchmarks sind wichtige Absicherungsmaßnahmen, um sicherzustellen, dass die gewährte Beihilfe dazu dienen wird, vergleichbare Marktbedingungen wie auf anderen wettbewerbsbestimmten Breitbandmärkten zu schaffen.“*
- 124 Da es im Rahmen der Festlegung von Entgelten für einen offenen Netzzugang um den Vergleich mit wettbewerbsintensiveren Märkten geht, hat die Beschlusskammer ausschließlich Vorleistungspreise der Untergruppe der ungeförderten Projekte zur Festlegung herangezogen (siehe hierzu auch Rz. 120). Dies stellt sicher, dass die Vorleistungspreise, die nur für geförderte Projekte von der Beschlusskammer festgelegt werden können, bei zukünftigen Erhebungen nicht die Auswertung dahingehend verzerren, dass sich die Preise den jetzt festzulegenden Entgelten annähern oder gar von ihnen bestimmt werden.  
*Vgl. VG Köln, Ur. 21 K 11782/17, v. 12. 2. 2020, S. 19.*
- 125 Die Durchschnittspreise stellen als Referenzpreise „aus sich heraus“ bereits sicher, dass es Dritten objektiv möglich ist, mit dem ausgewählten Betreiber in Wettbewerb zu treten. Denn wenn es bei den Ausgangswerten für die Vergleichsbetrachtung Dritten möglich ist, im Wettbewerb tätig zu werden, dann gilt dies gleichermaßen auch für die aus diesen Ausgangswerten abgeleiteten durchschnittlichen Vergleichspreise; insbesondere deshalb, weil durch die Durchschnittsbetrachtung besonders hohe oder niedrige Werte aus der Marktabfrage statistisch ausgeglichen werden. Folglich besteht auch nicht die Gefahr derart hoher Vergleichspreise, dass ein wettbewerbsfähiger Vorleistungsnachfrager nicht mit dem Vorleistungsanbieter konkurrieren kann. Umgekehrt sind diese Vergleichspreise auch auskömmlich für den Vorleistungsanbieter. Aufgrund dessen sind die so ermittelten Durchschnittspreise per se als diskriminierungsfrei, fair und angemessen i. S. d. § 155 Abs. 1 TKG anzusehen.

- 126 Ein Rückgriff auf Entgeltfestlegungsmethoden des sektoralen Rechtsrahmens (Teil 3 des TKG) kann im vorliegenden Fall nicht erfolgen. Solche Methoden wären etwa die Festlegung der Entgelte anhand der (geprüften) Kosten der Antragsgegnerin oder – ausgehend von den Endkundenentgelten der Antragsgegnerin – die Errechnung eines im Zuge einer Nachbildbarkeitsüberprüfung bereinigten Entgelts (Retail-Minus-Ansatz). Eine Anwendung dieser Methoden – wie auch eine Kombination dieser Methoden mit der Vergleichsbetrachtung – scheidet hier aufgrund der vorgegebenen Stufenfolge aus. Die Beschlusskammer hat in diesem Zusammenhang rein vorsorglich für den Fall, dass Vergleichspreise nicht (rechtzeitig) hätten ermittelt werden können, Kostenunterlagen abgefordert bzw. eine Kostenprüfung beauftragt. Insofern bedarf es keiner weiteren Auseinandersetzung mit den für die Anwendung derartiger Methoden vorgetragenen Argumente der Streitparteien.
- 127 Ein weiteres „Regulativ“ der durchschnittlichen Preise ist bereits im Wortlaut der Normtexte der hier einschlägigen Rechtsgrundlagen nicht vorgesehen und mit Blick auf die eben dargelegten Überlegungen weder nach Sinn und Zweck des offenen Netzzugangs noch aus systematischen Überlegungen erforderlich oder geboten. In systematischer Hinsicht ist festzustellen, dass lediglich die §§ 1-9 TKG allgemeine Vorschriften enthalten, die auf das gesamte TKG – also alle Teile – Anwendung finden („Teil 1 – Allgemeine Vorschriften“). Die Regelungen in §§ 24 ff. TKG stehen im Teil 2 (Marktregulierung), Abschnitt 2 (Zugangsregulierung), Unterabschnitt 2 (Zugangsvorschriften für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht). Die Norm des § 155 TKG steht hingegen im Teil 8 (Wegerechte und Mitbenutzung), Abschnitt 3 (Drahtlose Zugangspunkte mit geringer Reichweite, sonstige physische Infrastrukturen und offener Netzzugang). Die Vorschriften stehen somit in unterschiedlichen Teilen des TKG, was gegen eine Übertragbarkeit von Grundsätzen des einen auf den anderen Teil spricht.
- 128 Auch die Spruchpraxis der Bundesnetzagentur und die Anwendung von Preis-Kosten-Scheren-Prüfungen in anders gelagerten Fällen führt zu keiner anderen Bewertung. So unterzog die Beschlusskammer 3 in der Regulierungsverfügung BK3i-19/020 zu Markt 3a (nunmehr Markt 1) nach der EU-Märkteempfehlung die Entgelte des Commitmentmodells der marktmächtigen Beigeladenen zu 10 einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung des Flaggschiffproduktes nach § 38 Abs. 2 Nr. 3 TKG unterzogen und überprüft, ob auf der Basis dieser Entgelte die Endkundenprodukte der Beigeladenen zu 10 wirtschaftlich nachbildbar sind (Economic Replicability Test, ERT). Da eine entsprechende Nachbildbarkeit festgestellt werden konnte, konnte mit dieser anerkannten Methode von fairen und angemessenen Entgelten ausgegangen werden.
- 129 Der wesentliche Unterschied zum vorliegenden Verfahren liegt darin, dass bei Verfahren nach Teil 8 Abschnitt 3 des TKG keine beträchtliche Marktmacht festgestellt worden sein muss, um Entgelte festzulegen. Vielmehr sind Entgelte nicht marktbeherrschender Telekommunikationsunternehmen dann festzulegen, wenn sich die Parteien nicht innerhalb der in § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG genannten Frist auf einen offenen, diskriminierungsfreien Netzzugang zu fairen und angemessenen Bedingungen einigen konnten.

Dabei gründen die Förderbestimmungen der EU-BBLL<sup>2013</sup>, die GB-RR und die Anspruchsgrundlage des § 155 Abs. 1 TKG und folglich auch die darin aufgeführten Entgeltmaßstäbe im europäischen Beihilferecht und nicht im Regulierungsrecht für besonders marktmächtige Unternehmen. Daher hat der Normgeber aus den – im Wettbewerbsrecht gleichermaßen anerkannten – Maßstäben und Methoden die aus seiner Sicht für den offenen, diskriminierungsfeinen Netzzugang im Förderkontext geeigneten ausgewählt und vorgegeben.

- 130 Zunächst wurde eine marktbeherrschende Stellung der Antragsgegnerin dieses Verfahrens nicht festgestellt. Im Gegenteil verfügt ein anderes Unternehmen auf dem hier relevanten Markt für den Zugang zum Glasfaser-VULA über beträchtliche Marktmacht. Diese kann insbesondere nicht durch den Umstand „ersetzt“ werden, dass es sich bei der Antragsgegnerin um das Telekommunikationsunternehmen handelt, welches im Bieterwettbewerb den Zuschlag zum Betrieb der gefördert errichteten Infrastruktur erhalten hat. Denn dieser Umstand begründet „aus sich heraus“ weder eine marktbeherrschende Stellung noch eine beträchtliche Marktmacht.
- 131 Selbst wenn man annehmen wollte, dass die Betreiberrolle (ohne weiteres) mit der Stellung eines Marktbeherrschers gleichzusetzen wäre, kann und darf ein Missbrauchsvorwurf nur dann erhoben werden, wenn es keine objektive bzw. wirtschaftliche Rechtfertigung für die betreffende Preispolitik gibt; so führt der EuGH aus:

*„Ob die Preispolitik eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die eine Verdrängung bewirken kann, wirtschaftlich gerechtfertigt ist, ist anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu beurteilen [...]. Dabei ist zu ermitteln, ob die Nachteile der Verdrängungswirkung einer solchen Preispolitik für den Wettbewerb durch Effizienzvorteile ausgeglichen oder sogar übertroffen werden können, die auch dem Verbraucher zugutekommen.“*

*Die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Preispolitik, die auf eine Margenbeschneidung hinausläuft, setzt daher den Nachweis voraus, dass diese Politik insbesondere in Anbetracht der Unentbehrlichkeit des Vorleistungsprodukts – zumindest potenziell – eine wettbewerbswidrige Wirkung auf den Endkundenmarkt hat, ohne dass es eine wirtschaftliche Rechtfertigung hierfür gibt.“*

*EuGH, Urteil v. 17. 2. 2011, C-52/09, juris Rz. 76, 77.*

- 132 Allein der Umstand, dass die Antragsgegnerin im Rahmen der Vorvermarktungsphase zeitweise niedrigere Endkundenpreise verlangt, stellt noch kein missbräuchliches Verhalten dar. Es gilt insofern zu bedenken, dass die Antragsgegnerin mit dem geförderten Zugangsprodukt in einem Markt auftritt, auf dem sie weder als Vorleistungsanbieter noch Endkundenanbieter dominant ist. Das geförderte Netz dient gerade nicht als Ersatz ihres bestehenden Netzes. Deshalb dient das Angebot niedrigerer Einführungspreise gerade nicht dem Schutz oder Ausbau einer dominanten Stellung, sondern der Erreichung einer wirtschaftlichen Netzauslastung. Die Antragsgegnerin muss im Fördergebiet mit Anbietern auf Grundlage der Kupfer-Doppeladern der Beigeladenen zu 10 konkurrieren. Dementsprechend würde vorliegend auch aus einer potentiellen

Preis-Kosten-Schere nicht per se ein Unwerturteil folgen. So wird in Gebieten mit begrenztem Breitbandzugang oftmals Penetration Pricing praktiziert, um den Breitbandzugang für mehr Endkunden erschwinglich und zugänglich zu machen, die Nachfrage anzukurbeln, schneller Kunden zu gewinnen und hierdurch im Ergebnis auch eine digitale Kluft zu verringern.

- 133 Umgekehrt stellen die hier festgelegten Durchschnittspreise auch sicher, dass diese für die Antragstellerin auskömmlich sind. Denn die unionsrechtliche Überlegung, dass aus vertraglich vereinbarten Preisen gebildete Durchschnittspreise fair und angemessen sind, nimmt denklösig beide Vertragspartner in den Blick.
- 134 Soweit in diesem Zusammenhang „*die dem Netzbetreiber gewährten Beihilfen zu berücksichtigen sind*“ (vgl. Ziffer 78 lit. h) EU-BBLL<sup>2013</sup>) führt dies zu keiner weiteren Anpassung der festgelegten Vorleistungsentgelte. Denn weil vorliegend durchschnittliche Vorleistungspreise aus den ungeforderten Gebieten herangezogen werden, werden die gewährten Beihilfen implizit berücksichtigt. Denn durch die Förderung werden genau die Kosten ausgeglichen, die einen eigenwirtschaftlichen Ausbau des Gebiets unrentabel machen – und daher sachlogisch in den Preisen aus ungeforderten Gebieten nicht enthalten sein können.
- 135 Insofern ergibt sich vorliegend auch mit Blick auf die Ausführungen der Antragsgegnerin zur Höhe der von ihr zu zahlenden Pacht keine abweichende Würdigung. Insbesondere kann diese nicht mit der Berücksichtigung „*der gewährten Beihilfe*“ gleichgesetzt werden. Es handelt sich bei der Pacht vielmehr um eine Zahlungsverpflichtung der Antragsgegnerin an die Beigeladene zu 1 im Rahmen eines – in § 5 Abs. 8 GB-RR angelegten – Bieterwettbewerbs und gerade nicht um eine Beihilfe. Die staatliche Unterstützung (Beihilfe), die es ggf. zu berücksichtigen gilt, zielt nicht auf die Auswahl eines Betreibers in einem Vergabeverfahren um den Netzbetrieb, sondern vielmehr auf die Förderung des tatsächlichen Ausbaus und der damit verbundenen Kosten. Es gilt also eine infrastrukturbezogene Betrachtung.
- 136 Schließlich gebietet auch der verfassungsrechtlich verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz keine Anpassung der festgesetzten Vorleistungsentgelte mit Blick auf die Höhe der Pachtzahlung. Insbesondere scheidet eine Anwendungskorrektur aus, weil es sich hier nicht um einen atypischen Fall handelt:
- Der Normgeber kannte das Betreibermodell und gleichermaßen die wettbewerbliche Vergabe dieser Betreiberposition im Rahmen eines Vergabeverfahrens (vgl. etwa EU-BBLL<sup>2013</sup> Ziffer 78 lit. c) – auch im Spannungsverhältnis zur Pflicht, einen offenen Netzzugang zu gewähren. Ebenso war die Gigabit-Rahmenregelung vom 13. 11. 2020 bei Schaffung des § 155 TKG (vgl. BT-Drs. 19/26108 v. 25. 1. 2021) bereits in Kraft.

[REDACTED]  
 [REDACTED]  
 [REDACTED]  
 [REDACTED]  
 [REDACTED]  
 [REDACTED]  
 [REDACTED]  
 [REDACTED]

- 137 Nach alledem erfährt der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb der Antragsgegnerin hier – von Anfang an, d. h. bereits seit Bewilligung der Förderung – eine gerechtfertigte, verhältnismäßige Einschränkung. Dies gilt zumal deshalb, weil die Förderbestimmungen bekannt waren und damit auch der Umstand, dass Wettbewerb auch im geförderten Kontext vom Normgeber gewollt und auch tatsächlich zu erwarten ist. Jedenfalls hätte die Antragsgegnerin das Spannungsverhältnis zwischen ihrer Pflicht zur Gewährung eines offenen Netzzugangs und der von ihr im vorliegenden Fall gebotenen Pacht bei der Kalkulation berücksichtigen können und müssen, um potentielle Einbußen zu vermeiden. Die Ausführungen der Antragsgegnerin zu angeblichen „Verlustgeschäften“ überzeugen insoweit nicht. Die Verpflichtung zum offenen Netzzugang ist seit jeher eine wesentliche und offenkundige Voraussetzung für die Zulässigkeit der Förderung und setzt daher wesentliche Rahmenbedingungen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (Art. 12, 14 GG).

*Vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 347; danach sehe § 155 Abs. 1 TKG eine Verpflichtung von Betreibern oder Eigentümern öffentlicher Telekommunikationsnetze vor, auf Antrag einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen zu fairen und angemessenen Bedingungen zu gewähren, denn die effektive Mitnutzung der geförderten Breitbandinfrastruktur durch Dritte sei eine unverzichtbare Komponente jeder Maßnahme zur Breitbandförderung. Vgl. auch OVG Rheinland-Pfalz, Urt. 6 A 10376/21 v. 16. 7. 2021, juris-Rz. 50, wonach die Einhaltung des Verfahrens und der der Regelungen der (dort einschlägigen) NGA-Rahmenregelung – einschließlich der darin enthaltenen Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs – die Vereinbarkeit der mit dem EU-Beihilfenrecht gewährleistet.*

- 138 Daher greift die Auffassung der Antragsgegnerin, dass im Rahmen des Betreibermodells der Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Vorleistungsentgelte der verlangte Pachtpreis sei, weil dieser den maßgeblichen Kostenbestandteil für das anzubietende Vorleistungsprodukt setze, nicht durch. Insofern muss auch der Frage, ob hierbei das in der Ausschreibung des Main-Kinzig-Kreises und damit das sowohl der Antragstellerin als auch der Antragsgegnerin bekannte Mindestgebot für den Pachtpreis in Höhe von [REDACTED] € oder aber der von der Antragsgegnerin individuell kalkulierte und in Kenntnis ihrer Verpflichtung zum offenen Netzzugang gebotene Pachtpreis in Höhe von [REDACTED] €

zu betrachten ist (welches sodann ca. % des verlangten Angebotspreises für das Vorleistungsprodukt ausmacht), nicht weiter nachgegangen werden.

#### 2.4.2.6 Frist zur Angebotslegung

- 139 Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin gemäß der Anordnung in Tenorziffer 1 bis zum 4. 12. 2023 ein Angebot über den begehrten Bitstromzugang zu den von der Beschlusskammer festgesetzten Entgelten zu unterbreiten. Die in diesem Zusammenhang gesetzte Frist ist geeignet, erforderlich und angemessen, um dem berechtigten Zugangsbegehren der Antragstellerin zu entsprechen.
- 140 Die Vorlage des Zugangsangebotes hat bis zum 4. 12. 2023 zu erfolgen. Dieser Zeitraum ist im Hinblick auf die hier vorliegenden Interessenlagen erforderlich und gleichzeitig auch angemessen und kann der Antragsgegnerin zugemutet werden. Ein Zeitraum von einem Monat berücksichtigt dabei das Interesse der Antragstellerin, möglichst schnell Klarheit über die Bedingungen des begehrten offenen Netzzugangs zu haben. Auf der anderen Seite wusste die Antragsgegnerin (spätestens) mit Erhalt der Unterlagen zum Auswahlverfahren von der Verpflichtung zur Gewährung des beihilferechtlich vorgesehenen offenen Netzzugangs.
- 141 Dass durch die einmonatige Frist beiderseitige Interessen gewahrt werden, zeigt sich auch in einem gesetzessystematischen Vergleich zur gesetzlichen Frist von zwei Monaten in § 149 Abs. 1 Nr. 4 TKG. Bereits mit dieser auf zwei Monate beschränkten Frist intendiert der Gesetzgeber eine zügige Verwirklichung des offenen Netzzugangs.

*Vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 347, wonach eine effektive Mitnutzung der geförderten Infrastruktur durch Dritte eine unverzichtbare Komponente jeder Maßnahme zur Breitbandförderung ist.*

- 142 Die angeordnete Frist ist geeignet, dem offenen Netzzugang und den damit verbundenen gesetzgeberischen Zielvorstellungen möglichst zügig Rechnung zu tragen und gleichzeitig eine ausreichende zeitliche Möglichkeit zu schaffen, die Angebotslegung im tenorierten Umfang auch tatsächlich vornehmen zu können. Mit Blick auf die bereits zwischen den Parteien ausgetauschten Vertragsentwürfe, den für das bilaterale Zugangsverfahren eingeräumten Zeitraum sowie den Zeitraum des Streitbeilegungsverfahrens erscheint die angeordnete Frist in jeglicher Hinsicht angemessen, damit die Antragsgegnerin eine entsprechende Angebotslegung vornehmen kann.

#### 2.4.2.7 Hinweis zur Vertragsvorlagepflicht

- 143 Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass die Streitparteien gemäß § 155 Abs. 3 TKG verpflichtet sind, Verträge über einen offenen Netzzugang im Sinne von § 155 Abs. 1 TKG der Bundesnetzagentur zur Kenntnis zu geben. Der Gesetzgeber hat eine Frist von zwei Monaten ab Abschluss der Verträge vorgesehen.

- 144 Weitere Informationen können unter [https://www.bundesnetzagentur.de/\\_tools/BK11/node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/_tools/BK11/node.html) eingesehen werden. Über diese Seite besteht auch die Möglichkeit einer elektronischen Übermittlung abgeschlossener Verträge.

### 2.4.3 Ablehnung im Übrigen

- 145 Im Übrigen waren die Anträge abzulehnen. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen.
- 146 Der Antrag in Ziffer 3 sowie der hilfsweise gestellte Antrag zu Ziffer 3, mit dem die Antragstellerin begehrt, Vorleistungsentgelte dergestalt festzulegen, dass hierbei eine Spanne von mindestens 40 Prozent (oder eine andere ausreichende Spanne) zwischen den Vorleistungsentgelten und den entsprechenden Endnutzerentgelten der Antragsgegnerin vorgegeben wird, kommt nicht in Betracht. Eine pauschale Absenkung findet keine Rechtsgrundlage im Normrahmen. Zudem ist die für die Entgeltermittlung anzuwendende Methode in der Normhierarchie vorgegeben. Insofern kann die Festlegung der Entgelte nach einer bestimmten Methode auch im vorliegenden Fall nicht beantragt werden.
- 147 Soweit die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 28. 7. 2023 ausführt,

*„Neben dem Regelungsgegenstand einer diskriminierungsfreien, fairen und angemessenen Festsetzung der Vorleistungsentgelte, die unzweifelhaft den Hauptgegenstand des vorliegenden Streitbeilegungsverfahrens bilden, darf jedoch nicht übersehen werden, dass Art und Umfang des technischen Zugangskonzepts zwischen den Parteien des Streitbeilegungsverfahrens noch nicht abschließend geklärt sind.“*

geht die Beschlusskammer davon aus, dass hierin lediglich ein allgemeiner Hinweis auf bilateral noch zu lösende – aber selbständig lösbare – Vertragsbedingungen zur technischen Ausgestaltung eines Bitstrom-Vorleistungszugangs zu erblicken ist. Einer Antragserweiterung stünde jedenfalls entgegen, dass das entsprechende Vorbringen zu allgemein vorgetragen und mit Blick auf § 215 Abs. 5 TKG präkludiert ist. Sollten sich diesbezüglich weitere Schwierigkeiten bei der Gewährung des offenen Netzzugangs ergeben, könnte die Frage, ob die Bedingungen des technischen Zugangs fair und angemessen sind, in einem weiteren Streitbeilegungsverfahren thematisiert werden.

## Rechtsbehelfsbelehrung

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

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Herchenbach-Canarius

Dr. Bayer

Dr. Haslinger

## Gliederung

1 Sachverhalt .....	5
2 Gründe .....	17
2.1 Rechtsgrundlage.....	17
2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens .....	17
2.2.1 Zuständigkeit .....	17
2.2.2 Verfahren.....	17
2.3 Frist .....	17
2.4 Entscheidung in der Sache .....	18
2.4.1 Formelle Voraussetzungen .....	19
2.4.2 Materielle Voraussetzungen.....	20
2.4.2.1 Materiellrechtlicher Rahmen der Entscheidung .....	20
2.4.2.2 Anspruchsberechtigte.....	23
2.4.2.3 Anspruchsverpflichtete .....	23
2.4.2.4 Offener und diskriminierungsfreier Zugang zum streitgegenständlichen Netz .....	23
2.4.2.5 Festlegung der Entgelte .....	24
2.4.2.5.1 Anzuwendender Entgeltmaßstab.....	25
2.4.2.5.2 Ermittlung der Durchschnittspreise .....	28
2.4.2.5.3 Festlegung fairer und angemessener Entgelte .....	31
2.4.2.6 Frist zur Angebotslegung .....	36
2.4.2.7 Hinweis zur Vertragsvorlagepflicht .....	36
2.4.3 Ablehnung im Übrigen.....	37
Rechtsbehelfsbelehrung.....	38