



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 2

BK2-23/002

Beschluss (Fassung für die Beigeladenen)

in dem Verwaltungsverfahren aufgrund des Antrags

der Multiconnect GmbH, Platzl 2, 80331 München, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Antragstellerin –

vom 06.04.2023

gegen Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 50, 80992 München, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Antragsgegnerin –

wegen Streitbeilegung betreffend Verhandlungsgebot nach den Frequenzzuteilungsbescheiden über einen MVNO-Zugang

Beigeladene

1. freenet DLS GmbH
Deelbögenkamp 4,
22297 Hamburg
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 1 –
2. Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten (VATM)
e.V.
Frankenwerft 35,
50667 Köln
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladener zu 2 –
3. Vodafone GmbH
Ferdinand-Braun-Platz 1,
40549 Düsseldorf
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 3 –
4. NetCologne GmbH
Am Coloneum 9,
50829 Köln
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 4 –
5. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V.
Menuhinstr. 6,
53113 Bonn
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladener zu 5 –
6. EWE TEL
Cloppenburger Str. 310,
26133 Cloppenburg
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 6 –
7. 1&1 Mobilfunk GmbH
Wanheimer Straße 90-92
40468 Düsseldorf

- vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 7 –
8. Telekom Deutschland GmbH
Friedrich-Ebert-Allee 140,
53113 Bonn
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 8 –
9. Deutsche Glasfaser Holding GmbH
Klaus-Bungert-Str. 8,
40468 Düsseldorf
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 9 –
10. MVNO Europe
Rue de la Loi 38,
1000 Brussels
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 10 –
11. Sipgate Wireless GmbH
Gladbacher Straße 74
40219 Düsseldorf
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 11 –
12. Enreach Communications GmbH
Robert-Bosch-Str. 1
44803 Bochum
Vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 12 –

Verfahrensbevollmächtigte

der Antragstellerin: Graf von Westphalen Rechtsanwälte, Königsallee 61 (Köb-
lick), 40215 Düsseldorf

der Antragsgegnerin: Bird & Bird LLP Rechtsanwälte, Marienstraße 15, 60329
Frankfurt

der Beigeladenen zu 3: Neuland legal Rechtsanwälte PartG mbB, Rossertstr. 6,
60323 Frankfurt

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

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 04.07.2023

durch

die Vorsitzende Gerlinde Schmitt-Kanthak,

den Beisitzer Dr. Stefan Schmidt und

den Beisitzer Wolfgang Woesler

am 07.07.2025

e n t s c h i e d e n:

1. Die Antragsgegnerin wird aufgefordert, innerhalb von 4 Wochen nach Zugang des Beschlusses, zur Erfüllung der ihr gemäß Ziffer II.10 des an die Antragsgegnerin gerichteten Zuteilungsbescheides vom 10.06.2020 für den Frequenzbereich 3.540 MHz - 3.610 MHz sowie gemäß Ziffer II.9. des an die Antragsgegnerin gerichteten Zuteilungsbescheides vom 14.12.2020 für den Frequenzbereich 2 GHz auferlegten Verhandlungsgebot ein modifiziertes Angebot für den Abschluss eines Vertrags über einen Full MVNO-Zugang zum Mobilfunknetz der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG nach den folgenden Maßgaben vorzulegen:

- (1) Das modifizierte Angebot beinhaltet durchschnittliche Vorleistungsentgelte, welche die in Artikel 10 und Artikel 11 der Verordnung (EU) 2022/612 des Europäi-

schen Parlaments und des Rates vom 6. April 2022 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union jeweils festgelegten Schutzobergrenzen für Preise für die folgenden Dienste

- a. ab- und eingehende SMS-Roamingnachrichten und
- b. Datenroamingdienste, abzüglich des jeweiligen Aufschlags der EU-Kommission für den Transit,

nicht überschreiten.

- (2) Das modifizierte Angebot beinhaltet durchschnittliche Vorleistungsentgelte, welche für eingehende Sprachdienste das in Art. 4 Delegierte Verordnung (EU) 2021/654 der Kommission vom 18. Dezember 2020 zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines unionsweit einheitlichen maximalen Mobilfunkzustellungsentgelts und eines unionsweit einheitlichen maximalen Festnetzzustellungsentgelts jeweils festgelegte maximale Mobilfunkzustellungsentgelte nicht überschreiten.
- (3) Das modifizierte Angebot beinhaltet durchschnittliche Vorleistungsentgelte, welche für abgehende Sprachdienste die in Artikel 9 der Verordnung (EU) 2022/612 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. April 2022 über das Roaming in öffentlich Mobilfunknetzen in der Union jeweils festgelegte Schutzobergrenze für Preise für abgehende Roaming-Sprachdienste, abzüglich des jeweiligen Aufschlags der EU-Kommission für Transit und Anrufzustellung, nicht überschreiten.
- (4) Das modifizierte Angebot sieht keine Gebühr für eine aktive SIM-Karte („active SIM“) vor.
- (5) Das modifizierte Angebot ist technologie-neutral auszugestalten und beinhaltet ein Angebot, das keine Funktechnologien, wie z.B. 5G und Zukunftstechnologien, ausschließt.
- (6) Das modifizierte Angebot ist technologie-neutral auszugestalten und beinhaltet ein Angebot das den Zugang zu Vorleistungsprodukten im Netz der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG einschließlich eines 5G-Technologie basierten Zugangs umfasst.
- (7) Das modifizierte Angebot der Antragsgegnerin hat eine Mindestlaufzeit vorzusehen, die der Antragstellerin die Amortisation ihrer Investitionen in die Anbindung an das Netz der Antragsgegnerin und in die Entwicklung ihres Geschäftsbetriebs ermöglicht, wobei die Mindestlaufzeit nicht unter (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Jahren nach Realisierung der MVNO-Anbindung liegen darf.
- (8) Das modifizierte Angebot beinhaltet keine Klauseln, die die Vertriebstätigkeit der Antragstellerin räumlich auf den deutschen Endkundenmarkt beschränken.
- (9) Das modifizierte Angebot darf keine Regelungen zur Haftung für entgangenen Gewinn im Falle einer außerordentlichen Kündigung enthalten, die allein zugunsten der Antragsgegnerin gelten.

2. Es wird festgestellt, dass folgende von der Antragsgegnerin im Vertragsangebot, Stand (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** („Vertragsangebot“) geforderten Vertragsbedingungen objektiv unangemessen sind und gegen das Verhandlungsgebot verstoßen:

Die in dem Vertragsangebot vom (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** erhobene Forderung nach einer Exklusivitätsklausel,

- (1) nach der die Antragstellerin innerhalb eines vorgegebenen Zeitraums ausschließlich Endkundenprodukte auf Basis der von der Antragsgegnerin vertraglich bereitgestellten MVNO-Dienste vermarkten darf, verbunden mit dem Verbot, in diesem Zeitraum Endkundenprodukte auf Basis von MVNO-Diensten (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** anderer Anbieter zu vermarkten;
- (2) nach der der Antragstellerin verboten wird, innerhalb eines vorgegebenen Zeitraums Kunden der Antragstellerin in andere Mobilfunknetze zu migrieren und Kunden aktiv eine Migration in andere Mobilfunknetze anzubieten;
- (3) nach der eine verpflichtende Vorgabe eines bestimmten Anteils zu erzielender Wholesale-Umsätze im Mobilfunknetz der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG verbunden mit einem Verbot für die Antragstellerin, ihre Endkunden aktiv darauf anzusprechen und/oder darin zu bestärken, ein anderes Mobilfunknetz zu nutzen;
- (4) nach der sich eine Haftung der Antragstellerin für Verstöße gegen vertraglich verlangte Exklusivitätsverpflichtungen durch verbundene Unternehmen ergibt;
- (5) nach der Vertragsstrafen, die in der maximalen Höhe den erwarteten Jahresumsatz auf Basis des MVNO-Zugangsvertrags um ein Mehrfaches überschreiten können, anfallen.

3. Es wird festgestellt, dass folgende von der Antragsgegnerin geforderte Kondition objektiv unangemessen ist und gegen das Verhandlungsgebot verstößt:

Die Begrenzung auf Datenübertragungsgeschwindigkeiten in Höhe von maximal (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Download.

4. Im Übrigen werden die Anträge abgelehnt.

Inhaltsverzeichnis

1	Sachverhalt	12
1.1	Streitparteien	12
1.2	Diensteanbieterregelung	12
1.3	Verhandlungen zur Mitnutzung	16
1.4	Erklären des Scheiterns der Verhandlungen	17
1.5	Antrag auf Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens	17
1.6	Antrag auf Ablehnung des Antrages	27
1.7	Weiterer Sachvortrag und Verfahrensverlauf	28
1.8	Anhörung zum Entscheidungsentwurf vom 26.03.2025	40
1.8.1	Stellungnahme der Antragstellerin	40
1.8.1.1	Einschränkung des Grundsatzes des Diskriminierungsfreiheit	40
1.8.1.2	Exklusivitätsvereinbarungen generell unzulässig	41
1.8.1.3	Antrag zur (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG Neuverhandlung 41	
1.8.1.4	Weitervertriebsverbot unzulässig	41
1.8.2	Stellungnahme der Antragsgegnerin	42
1.8.2.1	Wettbewerb	42
1.8.2.2	Kurze Vorlagefrist	42
1.8.3	Stellungnahme der Beigeladenen zu 3.	42
1.8.4	Stellungnahme der Beigeladenen zu 6	42
1.8.4.1	Keine schützenswerte Neuerung	43
1.8.4.2	Weitervertriebsverbot	43
1.8.5	Stellungnahme der Beigeladenen zu 8	44
1.8.5.1	Funktionierender Mobilfunkmarkt	44
1.8.5.2	Ausschluss von Exklusivität unzulässig	44
1.9	Anerkenntnis der Antragsgegnerin vom 01.07.2025	45
1.10	Hausinterne Abstimmung	46
1.11	Information BKartA	46
1.12	Verfahrensakten	46
2	Gründe	47
3	Ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens	48
3.1	Zuständigkeit, Verfahren und Frist	48
3.2	Zulässigkeit der Anträge im Allgemeinen	48
3.2.1	Telekommunikationsunternehmen	49
3.2.2	Schlichtung einer konkret beschriebenen Streitigkeit	49
3.2.3	Verpflichtung aufgrund dieses Gesetzes	49
3.2.4	Keine Subsidiarität des Streitschlichtungsverfahrens	50
3.2.5	Zulässigkeit der Prüfung einzelner Klauseln	50
3.2.6	Granularität der Anträge	52

3.2.7	Vorlage eines modifizierten Angebotes.....	53
3.2.7.1	Ausführungen des BVerwG, Urteil v. 20.10.2021, Az. 6 C 8.20.....	53
3.2.7.2	Vortrag der Antragsgegnerin zur Kontrahierungspflicht.....	56
3.2.7.3	Vortrag der Beigeladenen zu 8.....	57
4	Entgelte für das Datenroaming - Ziffer 1.1.a) b.; 2.1.1. und 3.1.(1).....	58
5	Entgelte für SMS Ziffer 1.1 a) a.; 2.1.1 u. 3.1.(1).....	59
6	Entgelte für Sprache eingehend – Antrag nach Ziffer 1.1.b), 2.1.1. u. 3.1.(1) .	60
7	Entgelte für Sprache abgehend - Ziffer 1.1.c) Var. 1; 1.1.c) Var. 2; 2.1.1. und 3.1.(1).....	61
7.1	Keine gescheiterten Verhandlungen zum Hauptantrag.....	61
7.2	Anerkenntnis des Hilfsantrages nach Ziffer 1.1c) Var. 2.....	62
8	(BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG Neuverhandlung – Antrag nach Ziffer 1.2 u.a.....	63
8.1	Hauptantrag nach Ziffer 1.2.....	63
8.1.1	Keine Verhandlungen über ein reines Nachverhandlungsgebot.....	63
8.1.2	Begründetheit.....	63
8.1.3	Stellungnahme der Antragstellerin vom 10.04.2025.....	64
8.2	Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.2 sowie Ziffer 3.1 (3).....	65
9	Ausschluss von Funktechnologien Ziff. 1.3. a); 2.1.3 a) und 3.1.(6).....	66
9.1	Vorhergehendes erfolgloses Verhandeln.....	66
9.2	Keine Erledigung nach Beginn des Verfahrens.....	66
9.3	Begründetheit.....	67
9.3.1	Antragsgegnerin Adressat des Verhandlungsgebots.....	67
9.3.2	Antragstellerin als MVNO Begünstigte des Verhandlungsgebots.....	67
9.3.3	Begriff des Diensteanbieters in der PKE umfasst auch MVNO.....	68
9.3.4	Eigenschaft als MVNO steht Geeignetheit nicht entgegen.....	68
9.3.4.1	Grundsatz der Technologie- und Diensteneutralität.....	69
9.3.4.2	Aussagen des BVerwG.....	69
9.3.4.3	Auslegung der BVerwG-Entscheidung durch MNO.....	70
9.3.4.4	Auslegung der PKE.....	71
9.3.4.5	Weitergehende Ausführungen der BNetzA.....	74
9.3.4.6	Einschränkung des Verhandlungsgebots nur im Einzelfall.....	75
9.3.4.7	Auseinandersetzung mit weiterem Vortrag der MNO.....	76
9.3.5	Jedenfalls vorliegend als geeignet anerkannt.....	77
9.3.6	MVNO-Zugang als Mitnutzung von Funkfrequenzen.....	78
9.3.7	Verstoß gegen das Verhandlungsgebot.....	79
9.4	Bedeutung für den Zugang zu Zukunftstechnologien.....	80
9.5	Vorlage eines modifizierten Angebotes.....	80
9.5.1	Verhältnismäßigkeit.....	83
9.5.2	Frist.....	83
9.6	Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.3.a) und 3.1.(6).....	84

10 Zugang zum 5G-Netz – Ziff. 1.3 b); 2.1.3.b) und 3.1.(6)	85
11 Verhandlungen über Zukunftstechnologien – Ziff. 1.3 c); 2.1.3 und 3.2 (2).....	86
11.1 Erfolgloses Verhandeln vor Streitbeilegungsverfahren.....	86
11.2 Fehlen der vertraglichen Regelung kein Verstoß	86
11.3 Hilfsanträge zu Ziffer 2.1.3 und zu Ziffer 3.2 (2).....	89
12 Datenübertragungsraten – Ziffern 1.4, 2.14 und 3.1.(2).....	90
12.1 Hauptantrag nach Ziffer 1..4.	90
12.1.1 Erfolgloses Verhandeln.....	90
12.1.2 Kein Verstoß gegen das Verhandlungsgebot.....	90
12.1.2.1 Einbeziehung in die Verhandlungen.....	91
12.1.2.2 Keine strikte Gleichstellung mit dem eigenen Vertrieb.....	91
12.1.3 Stellungnahmen im Anhörungsverfahren vom März 2025.....	98
12.1.3.1 Antrag zielt nicht auf Verhandlungen.....	98
12.1.3.2 Auch Anbieterinteressen sind berücksichtigungsfähig.....	98
12.1.4 Kein Widerspruch zur Wertung bei der 5G-Technologie	100
12.1.4.1 Kein dauerhaft exklusives Nutzungsrecht.....	100
12.1.4.2 Keine besondere Situation bei MVNO-Geschäftsmodell	101
12.2 Hilfsantrag nach Ziffer 2.1.4.....	102
12.3 Stellungnahme der Antragstellerin vom 10.04.2025.....	102
12.4 Hilfsantrag zu Ziffer 3.1.(2)	103
12.5 Feststellungsinteresse	104
12.6 Separate Anträge für den Down- und Upload	104
12.7 Begründetheit Downloadgeschwindigkeit	104
12.7.1 Kein wettbewerbsfähiges Angebot.....	105
12.7.2 Zur Dauer des zu gewährenden Wettbewerbsvorsprungs.....	108
12.7.3 Vortrag zur möglichen Verdrängung von Endkunden.....	108
12.7.4 Ergebnis Datenübertragungsgeschwindigkeit im Download	110
12.7.5 Rechtsfolge.....	111
12.8 Unbegründetheit Uploadgeschwindigkeit.....	111
12.9 Stellungnahme der Antragstellerin zu den Uploadgeschwindigkeiten	112
13 Keine SIM-Kartengebühr – Ziffer 1.5; 2.2.9 und 3.1.(4)	114
14 Mindestlaufzeit – Ziff 1.6; 2.1.5 und 3.1 (6).....	115
14.1 Erfolgloses Verhandeln nur teilweise	115
14.2 Keine Erledigung nach Beginn.....	116
14.3 Mindestvertragslaufzeit ohne Anlauf- und Amortisationsschutz	116
14.4 Notwendige Investitionen.....	116
14.5 Mindestvertragslaufzeit mindestens (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG nach MVNO-Anbindung.....	124
14.6 Rechtsfolge	127
14.7 Hilfsanträge zu Ziffer 2.1.5 und zu Ziffer 3.1 (6).....	127
15 Begrenzung der Vertriebstätigkeit – Ziff. 1.7.1, 2.2.1 und 3.1 (7).....	128

16	Exklusivitätszeitraum u. Migrationsverbot – Ziffern 1.7.2 und 1.7.3, u.a.....	129
16.1	Vorhergehendes erfolgloses Verhandeln.....	129
16.2	Begründetheit.....	129
16.2.1	Ausschließlichkeitsbindungen nur im Ausnahmefall.....	129
16.2.2	Grundsatz der wettbewerblichen Unabhängigkeit.....	133
16.2.3	Bewertung der weiteren Punkte der Parteien.....	136
16.2.3.1	Wettbewerbsvorteil kein Innovationshemmnis.....	136
16.2.3.2	Auslastung der Netzkapazitäten.....	137
16.2.3.3	Markt- und Branchenüblichkeit von Exklusivitätsvereinbarungen.....	138
16.2.3.4	Anwendbarkeit der Vertikal-GVO.....	139
16.3	Migrationsverbot Antrag 1.7.3.....	139
16.3.1	Neukunden über ein anderes Mobilfunknetz versorgen.....	140
16.3.2	Migration von Bestandskunden.....	141
16.3.3	Dynamische Netzwahl.....	142
16.3.4	Stellungnahme der Antragstellerin vom 10.04.2025.....	143
16.4	Rechtsfolge.....	143
16.5	Hilfsanträge zu Ziffer 2.2.2 und 2.2.3.....	144
16.6	Anhörungsverfahren vom 27.03.2025.....	146
16.6.1	Stellungnahme der Antragstellerin vom 10.04.2025.....	146
16.6.2	Stellungnahme der Beigeladenen zu 6 vom 10.04.2025.....	149
16.6.3	Stellungnahme der Beigeladenen zu 3 vom 15.04.2025.....	149
16.7	Hilfsanträge zu Ziffer 3.1 (8) und 3.1 (9).....	150
17	Verpflichtungen nach Exklusivität – Ziff. 1.7.4, 2.2.4 u. 3.1.(10).....	151
17.1	Vorhergehendes erfolgloses Verhandeln.....	151
17.2	Keine Erledigung nach Beginn des Verfahrens.....	151
17.3	Begründetheit - Ziffer 1.7.4.....	151
17.3.1	Vorgegebener Teil der Wholesale-Umsätze.....	153
17.3.2	Vermarktungsverbot.....	154
17.4	Hilfsantrag zu Ziffer 2.2.4.....	155
17.5	Hilfsantrag zu Ziffer 3.1 (10).....	156
17.6	Anhörungsverfahren vom 27.03.2025.....	156
18	Weitervertriebsverbot – Ziff. 1.7.5; 2.1.5 und 3.1 (11).....	157
18.1	Erfolglose Verhandlungen.....	157
18.2	Kein materieller Verstoß gegen das Verhandlungsgebot.....	157
18.3	Stellungnahmen vom 10.04.2025.....	158
18.4	Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.5 und 3.1 (11).....	161
19	Vertragsstrafenhöhe – Ziffer 1.7.6; 2.2.7 u. 3.1 (13).....	162
19.1	Erfolgloses Verhandeln.....	162
19.2	Genereller Verstoß nicht zwingend.....	162
19.3	Hinweis.....	162
19.4	Hilfsantrag zu Ziffer 2.2.7.....	163

19.5 Hilfsantrag zu Ziffer 3.1 (13)	164
20 Haftung für entgangenen Gewinn – Ziff. 1.7.7; 2.2.8 und 3.1 (14)	165
20.1 Erfolgloses Verhandeln.....	165
20.2 Materieller Verstoß gegen das Verhandlungsgebot	165
20.3 Rechtsfolge	165
20.4 Hilfsanträge nach Ziffer 2.2.8. und 3.1 (14).....	166
21 Haftung für verbundene Unternehmen – Ziff. 1.7.8; 2.2.6 und 3.1 (12).....	167
21.1 Erfolgloses Verhandeln.....	167
21.2 Begründetheit.....	167
21.3 Hilfsantrag nach Ziffer 2.2.6.....	167
21.4 Hilfsantrag zu Ziffer 3.1 (12)	168
22 Mindestumsatz – Ziff. 1.7.9.; 2.2.10 u. 3.1 (15).....	169
Rechtsbehelfsbelehrung	172

1 Sachverhalt

1.1 Streitparteien

1. Die Antragstellerin ist ein Full MVNO (Mobile Virtual Network Operator) mit eigenem Mobilfunk-Kernnetz, eigenen Rufnummern für mobile Dienste, eigenen IMSI-Nummern und eigenen SIM-Karten.
2. Die Antragsgegnerin betreibt ein Mobilfunknetz unter anderem auf der Grundlage der von ihr im Jahr 2019 erworbenen und im folgenden Jahr zugeteilten Mobilfunkfrequenzen aus den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz. Teil dieser Frequenzzuweisungen sind die von der Präsidentenkammer am 26.11.2018 in ihre Entscheidung BK1-17/001 über die Festlegungen und Regelungen im Einzelnen zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz festgelegten Frequenznutzungsbedingungen.

1.2 Diensteanbieterregelung

3. Durch Zuteilungsbescheid mit Ausstellungsdatum vom 10.06.2021 wurde der Antragsgegnerin aufgrund ihres Antrages vom 13.05.2020 der Frequenzbereich 3.540 MHz - 3.610 MHz nach Maßgabe von allgemeinen und einzelfallbezogenen Frequenznutzungsbedingungen zugeteilt. In entsprechender Weise wurde ihr mit Zuteilungsbescheid mit Ausstellungsdatum vom 14.12.2021 aufgrund ihres Antrages vom 06.11.2020 der Frequenzbereich 2 GHz nach ebensolchen Maßgaben zugeteilt.
4. Unter Ziffer II.10 wurde in dem Zuteilungsbescheid dabei die folgende Frequenznutzungsbestimmung aufgenommen:

„Zuteilungsinhaber haben mit geeigneten Diensteanbietern über die Mitnutzung von Funkkapazitäten zu verhandeln. Die Verhandlungen sollen diskriminierungsfrei sein und die bereitzustellenden Kapazitäten nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränkt werden.“
5. Eine wortgleiche Bestimmung wurde unter Ziffer II.9. in dem Zuteilungsbescheid vom 14.12.2021 für die Zuteilung des Frequenzbereiches 2 GHz aufgenommen.
6. Im Folgenden wird für die in Ziffer II.10 bzw. II.9 der genannten Frequenznutzungsbedingungen in den Zuteilungsbescheiden nach § 55 TKG jeweils der Begriff „Verhandlungsgebot“ verwendet.
7. Eine wortgleiche Verpflichtung findet sich auch in Ziffer III.4.15 der Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 26. November 2018 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von

Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdienste (Aktenzeichen BK1-17/001, im Folgenden „PKE“ oder „PKE-2018“).

8. In den oben genannten Zuteilungsbescheiden nach § 55 TKG findet sich in den Gründen folgender Hinweis zu dem Verständnis der Diensteanbieterregelung nach § 55 TKG a.F. im Verhältnis zu der wortgleichen Diensteanbieterregelung nach der PKE:

„Die Gebote zur Verhandlung mit Diensteanbietern ..., mit geeigneten Interessenten über die Überlassung von Frequenzen ... sowie die Verhandlungen zum sog. Roaming und Infrastruktur-Sharing ... entsprechen den Festlegungen in der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 (BK1-17/001) und sind gem. § 61 Abs. 6 TKG Bestandteile der Frequenzzuteilung. Auf die jeweiligen Ausführungen in den Gründen der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 (BK1-17/001) wird verwiesen (vgl. hierzu im Einzelnen zur Diensteanbieterregelung, Rn. 481 ff, zur Mitnutzung, Rn. 542 ff, zum Roaming und Infrastruktur-Sharing, Rn. 565 ff).“

9. Diese Diensteanbieterregelung steht im Zusammenhang mit verschiedenen telekommunikationsrechtlichen Regulierungszielen, etwa der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) sowie dem Schutz der Nutzer- und Verbraucherinteressen durch Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität auf Grundlage eines wirksamen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 3b TKG) und der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und -beschränkungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3e TKG).
10. In der Begründung der Präsidentenkammer wurden neben den verschiedenen Regulierungszielen auch das Verhandlungsgebot und die Aufgaben der Antragsgegnerin näher umschrieben (Hervorhebungen durch die Beschlusskammer):

„Rn. 492:

*Die Kammer beabsichtigt, den **Wettbewerb auf der Diensteebene** über das Jahr 2020 hinaus zu erhalten und zu fördern. Dies setzt voraus, dass Diensteanbieter bei Verhandlungen über die bereitzustellenden Kapazitäten nicht durch die Mobilfunknetzbetreiber **diskriminiert** werden. Dies gilt vor allem, da die zugrunde liegenden Frequenzressourcen nicht unbeschränkt verfügbar, sondern begrenzt sind. Daher ist es nur einer beschränkten Zahl von Unternehmen auf dem Markt möglich, selbst Frequenzen zu erwerben, um Mobilfunkdienste anbieten zu können. Der Marktzutritt ist somit nicht frei, sondern wegen der limitierenden Ressource Frequenz beschränkt.*

[...]

Rn. 494:

Die von den Zuteilungsinhabern bereitzustellenden Kapazitäten für Mobilfunkdienste sollen nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränkt werden. Auch in den bisherigen Diensteanbieterregelungen waren keine Abrechnungsmodalitäten (z. B. „Retail-Minus“) vorgegeben. Für die Bereitstellung von Mobilfunkkapazitäten und Diensten gelten die Grundsätze der **Technologie- und Diensteneutralität**, da auch die Frequenzen technologie- und diensteneutral zugeteilt sind. Den Diensteanbietern soll im Rahmen dessen nicht nur der Wiederverkauf, sondern die Entwicklung eigener innovativer Produkte ermöglicht werden.

[...]

Rn. 498:

Die Verhandlungen zwischen Zuteilungsinhabern und Diensteanbietern sollen diskriminierungsfrei sein. Mit Blick hierauf sollen sich Zuteilungsinhaber bei Verhandlungen nicht willkürlich verhalten und haben auf Verlangen der Bundesnetzagentur transparent Auskunft über den Verhandlungsverlauf zu geben (§ 127 TKG). Die diskriminierungsfreien Verhandlungen sollen dazu führen, dass für beide Verhandlungsparteien **zumutbare Bedingungen** vereinbart werden, **die nicht einseitig benachteiligend** sind. So soll beispielsweise **ausgeschlossen werden, dass gegenüber geeigneten Diensteanbietern Verhandlungen über Mitnutzungen – auch bezogen auf einzelne Produkte und Technologien – schlechterdings verweigert, missbräuchlich geführt oder nachgefragte Leistungen an unbillige Konditionen geknüpft** werden.

[...]

Rn. 502:

Ein Abschluss- und Kontrahierungszwang ist [...] hiermit nicht verbunden. Zuteilungsinhaber können daher nicht verpflichtet werden, mit jedem Interessenten sowie ungeachtet der jeweiligen Bedingungen einen Vertrag abzuschließen. Allerdings beinhaltet das Verhandlungsgebot das Ziel, in privat-autonomen Verhandlungen einen Vertragsschluss zu erreichen. Ohne einen **intendierten Vertragsschluss** wäre ein Verhandlungsgebot gegenstandslos und nicht geeignet, die Regulierungsziele des TKG zu fördern.

Rn. 503:

Aus dem Verhandlungsgebot folgt für die Bundesnetzagentur auch die Befugnis, in Fällen von Verstößen hiergegen zum Schutz des Wettbewerbs einzugreifen, also eine „**Schiedsrichterrolle**“ auszuüben. Hierzu muss eine umfassende Interessenabwägung zwischen den Betroffenen im o. g. Sinn vorgenommen werden.

Rn. 504:

Die Kammer erkennt, dass eventuell drohenden Verstößen gegen das Verhandlungsgebot nur durch eine effektive Ausgestaltung dieser Schiedsrichterrolle wirksam begegnet werden kann. [...]

[...]

Rn. 507:

[...] Der sich aus § 2 Abs. 3 Nr. 2 TKG ergebende **Regulierungsgrundsatz der Nichtdiskriminierung verpflichtet die Bundesnetzagentur bei der Ausübung ihrer Schiedsrichterrolle auf die Sicherstellung diskriminierungsfreier Verhandlungen** und entfaltet auf diesem Weg mittelbare Wirkung auch auf das Verhältnis der Marktteilnehmer untereinander.

[...]

Rn. 518:

Die Konditionen für die Diensteanbieter beeinflussen deren Wettbewerbsfähigkeit. Je stärker ein Diensteanbieter in der Ausgestaltung der Mobilfunktarife beschränkt wird, desto weniger wird er in der Lage sein, mit innovativen oder preislich attraktiven Produkten zum Wettbewerb beizutragen. Daher haben die Konditionen letztlich einen direkten Einfluss darauf, ob sich die Diensteanbieter im Wettbewerb auf Endkundenebene behaupten können. Der Diensteanbieterregelung kommt hierbei eine zentrale Rolle als Verhandlungsgrundlage zu.

Rn. 519:

Darüber hinaus ist auch zu berücksichtigen, dass **unabhängige Diensteanbieter** in besonderem Maße zum **Wettbewerb beitragen**. Derzeit steht aus Sicht des Verbrauchers zwar eine große Auswahl an Mobilfunkanbietern zur Verfügung. Bei einem Teil dieser Anbieter handelt es sich jedoch um Vertriebswege bzw. Marken der Mobilfunknetzbetreiber. Diese sind daher – je nach gesellschaftsrechtlicher Struktur – meist abhängig von ihren jeweiligen Muttergesellschaften. Ein wirksamer Wettbewerb kann sich jedoch erst zwischen unabhängigen Wettbewerbern entfalten. Würden die unabhängigen Diensteanbieter aus dem Markt ausscheiden oder wären diese aufgrund unzureichender Angebote seitens der Mobilfunknetzbetreiber in ihrer Wettbewerbsfähigkeit geschwächt, so könnte sich der Wettbewerb zunehmend auf die drei Mobilfunknetzbetreiber sowie deren Vertriebswege konzentrieren. Es ist jedoch Ziel der Bundesnetzagentur, den Wettbewerb zum Nutzen der Verbraucher zu schützen (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 TKG).

[...]

Rn. 532:

Die Kammer ist der Auffassung, dass **Diensteanbieter in erheblichem Maße zur Sicherstellung der Regulierungsziele beitragen** können. Das **Ausmaß ihres Beitrages hängt aber** – wie bereits beschrieben – **von den Konditionen ab**. Ohne eine Diensteanbieterregelung als Verhandlungsgrundlage ist es aus Sicht der Kammer hinreichend wahrscheinlich, dass die Diensteanbieter keine wettbewerbsfähigen Konditionen erhalten können.

[...]

Rn. 539:

*Hierbei ist zu berücksichtigen, dass den Zuteilungsinhabern ein volkswirtschaftlich bedeutendes knappes öffentliches Gut zugeteilt wird. Dieses ist im Sinne einer ökonomisch effizienten Frequenznutzung mittelbar auch den Diensteanbietern bereitzustellen, um die Regulierungsziele des TKG – und damit auch das **Allgemeininteresse** an flächendeckenden ausreichenden Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation (**Art. 87f GG**) – zu fördern.“*

11. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 20.10.2021, Az. 6 C 8.20, die Auferlegung eines Verhandlungsgebots zugunsten von Diensteanbietern in Frequenznutzungsbestimmungen grundsätzlich gebilligt und dieses konkretisiert: Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Urteil vom 20.10.2021 in Sachen EWE TEL, Az. 6 C 8.20, die Auferlegung eines Verhandlungsgebots zugunsten von Diensteanbietern in Frequenznutzungsbestimmungen grundsätzlich gebilligt und dieses konkretisiert:

„Der Begriff des "Verhandelns" enthält sowohl eine objektive, handlungsbezogene als auch eine subjektive, zielbezogene Komponente.

(...) Als Indizien für einen Einigungswillen des Verpflichteten kommt etwa der Umstand in Betracht, dass er dem Wunsch nach Aufnahme von Verhandlungen zeitnah nachkommt und diese zügig durchführt (...). Weitere Anhaltspunkte für die vorhandene Absicht, eine Einigung zu erzielen, können darin zu sehen sein, dass keine offensichtlich unangemessenen Bedingungen und Entgelte gefordert werden (...).“ (Vgl. BVerwG, Urteil vom 21.10.2021, 6C 8.20 – juris Rn. 62)

12. Zu möglichen Maßnahmen, die die Bundesnetzagentur bei Verstößen gegen das Verhandlungsgebot ergreifen kann, führt das Bundesverwaltungsgericht wie folgt aus:

*„(...) Kommt ein Vertragsschluss deshalb nicht zustande, weil der Zuteilungsinhaber objektiv unangemessene Bedingungen oder Entgelte fordert, die dem Diensteanbieter das Angebot wettbewerbsfähiger Endkundenprodukte unmöglich machen würden, kann die Bundesnetzagentur **zwar keine konkreten Vertragsmodalitäten oder Entgelte anordnen**, dem Zuteilungsinhaber **jedoch aufgeben, ein modifiziertes Angebot vorzulegen** (...).“ (vgl. BVerwG a.a.O., Rn. 69)*

1.3 Verhandlungen zur Mitnutzung

13. (BuGG ggü. den Beigeladenen) B**uGG**.

14. **BuGG**.

15. **BuGG**.

16. **BuGG**.
17. Im Anschluss an die Entscheidung der Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur vom 14.10.2021 in der Sache Transatel ./Telefónica, in der unter anderem festgestellt wurde, dass die Antragsgegnerin aufgrund dem in den Frequenznutzungsbedingungen enthaltenen Verhandlungsgebot auch verpflichtet ist, mit MVNOs Verhandlungen aufzunehmen, schlug die Antragsgegnerin nach erneuter Aufforderung seitens der Antragstellerin (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** erstmals Termine zur Aufnahme von Verhandlungen vor.
18. (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**. Im Zuge dieser Verhandlungsrunden konnten die Streitbeteiligten über mehrere Vertragskonditionen keine Einigung erzielen.

1.4 Erklären des Scheiterns der Verhandlungen

19. Die Antragstellerin erklärte daraufhin im Frühjahr 2023 das Scheitern der Verhandlungen und benannte konkrete Dissenspunkte, wie insbesondere zu den Komplexen Vorleistungspreise, 5G-Zugang und Exklusivität.

1.5 Antrag auf Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens

20. Mit Schreiben vom 06.04.2023 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens gemäß § 212 Abs. 1 TKG wegen Verstoßes gegen das Verhandlungsgebot aus der Präsidentenkammerentscheidung durch die Telefónica Germany GmbH & Co. OHG.
21. Bei den streitgegenständlichen Klauseln handelt es sich im Einzelnen um die geforderten Regelungen zu den Vorleistungsentgelten für Datennutzung, SMS und Telefon, den Zugang zu 5G (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**, Verhandlung über Zukunftstechnologien, die Mindestvertragslaufzeit, die Erhebung einer SIM-Kartengebühr von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**, das Verbot des Angebotes von Produkten außerhalb von Deutschland, das Verbot des Weiterverkaufs auf der Wholesale-Ebene, das Verbot des Angebotes von Produkten anderer MNO, das Verbot des Angebotes von Multi-SIM-Produkten, eine Weiternutzungspflicht in Höhe von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** des Umsatzes nach Ende des Vertrages, die Auferlegung einseitiger Vertragsstrafen bei vorzeitiger Kündigung.
22. Mit Schreiben vom 25.05.2023 und vom 08.08.2023 ändert die Antragstellerin jeweils einen Teil ihrer Anträge.
23. Unter Berücksichtigung dieser Änderungen beantragt die Antragstellerin im Einzelnen:

1. Telefónica Germany GmbH & Co. OHG aufzufordern, der Antragstellerin gemäß Ziffer II.10 des an Telefónica Germany GmbH & Co. OHG gerichteten Zuteilungsbescheides nach § 55 TKG 2004 vom 10.06.2020 für den Frequenzbereich 3.540 MHz - 3.610 MHz sowie gemäß Ziffer II.9. des an Telefónica Germany GmbH & Co. OHG gerichteten Zuteilungsbescheides nach § 55 TKG 2004 vom 14.12.2020 für den Frequenzbereich 2 GHz in Verbindung mit Ziffer III.4.15 der Präsidentenkammerentscheidung BK1-17/001 vom 28.11.2018 (zusammen „Verhandlungsgebot“) ein modifiziertes Angebot für den Abschluss eines Vertrags über einen Full MVNO-Zugang zum Mobilfunknetz der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG mit objektiv angemessenen Konditionen nach folgenden Maßgaben vorzulegen:

1.1 Das modifizierte Angebot beinhaltet durchschnittliche Vorleistungsentgelte, welche

a) die in Artikel 10 und Artikel 11 der Verordnung (EU) 2022/612 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. April 2022 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union jeweils festgelegten Schutzobergrenzen für Preise für die folgenden Dienste nicht überschreiten

a. ab- und eingehende SMS-Roamingnachrichten und

b. Datenroamingdienste, abzüglich des jeweiligen Aufschlags der EU-Kommission für den Transit,

b) für eingehende Sprachdienste das in Art. 4 Delegierte Verordnung (EU) 2021/654 der Kommission vom 18. Dezember 2020 zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines unionsweit einheitlichen maximalen Mobilfunkzustellungsentgelts und eines unionsweit einheitlichen maximalen Festnetzzustellungsentgelts jeweils festgelegte maximale Mobilfunkzustellungsentgelte nicht überschreiten,

c) für abgehende Sprachdienste die Höhe des in Art. 4 Delegierte Verordnung (EU) 2021/654 der Kommission vom 18. Dezember 2020 zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates durch zur Festlegung eines unionsweit einheitlichen maximalen Mobilfunkzustellungsentgelts und eines unionsweit einheitlichen maximalen Festnetzzustellungsentgelts jeweils festgelegten maximalen Mobilfunkzustellungsentgelts, hilfsweise für abgehende Sprachdienste die in Artikel 9 der Verordnung (EU) 2022/612 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. April 2022 über das Roaming in öffentlich Mobilfunknetzen in der Union jeweils

festgelegte Schutzobergrenze für Preise für abgehende Roaming-Sprachdienste, abzüglich des jeweiligen Aufschlags der EU-Kommission für Transit und Anrufzustellung, nicht überschreitet.

*1.2 Das modifizierte Angebot beinhaltet eine Klausel zu einer (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Neuverhandlungspflicht für die Vorleistungsentgelte für Datendienste, die auf objektiven Kriterien beruht und objektiv dokumentierte Marktentwicklungen z.B. der jährlichen Wachstumsraten für die Datennutzung pro aktiver SIM-Karte in Deutschland berücksichtigt, wie beispielsweise die in den Jahresberichten der Bundesnetzagentur veröffentlichten Daten zu den genannten Marktentwicklungen.*

1.3 Das modifizierte Angebot ist technologieneutral auszugestalten und beinhaltet ein Angebot

a) das keine Funktechnologien ausschließt, wie z.B. 5G und Zukunftstechnologien,

b) das den Zugang zu Vorleistungsprodukten im Netz der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG einschließlich eines 5G-Technologie basierten Zugangs umfasst, und

c) das eine Regelung umfasst, wonach sich die Antragsgegnerin zur unverzüglichen Aufnahme von Verhandlungen über einen Zugang zu Vorleistungsprodukten auf Basis von Zukunftstechnologien wie z. B. 6G auf entsprechendes Verlangen der Antragstellerin verpflichtet.

1.4 Das modifizierte Angebot beinhaltet die maximalen Datenübertragungsgeschwindigkeiten pro Technologie im Down- und im Upload, die Telefónica Germany GmbH & Co. OHG technisch möglich sind und von dieser im Markt angeboten werden.

1.5 Das modifizierte Angebot sieht keine Gebühr für eine aktive SIM-Karte („active SIM“) vor.

*1.6 Das modifizierte Angebot sieht eine Mindestlaufzeit ab Aufnahme des operativen Betriebs durch die Antragstellerin vor, die der Antragstellerin die Amortisation ihrer Investitionen in die Anbindung an das Netz der Telefónica und in die Entwicklung ihres Geschäftsbetriebs ermöglicht, wobei die Mindestlaufzeit nicht unter (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** nach Realisierung der MVNO-Anbindung liegen und eine längere Bindung nicht gegen den Willen der Antragstellerin vorgesehen werden darf.*

1.7 Das modifizierte Angebot beinhaltet keine Klauseln, die

1.7.1 die Vertriebstätigkeit der Antragstellerin räumlich auf den deutschen Endkundenmarkt beschränken,

1.7.2 die Antragstellerin verpflichten, innerhalb eines bestimmten Zeitraums („Exklusivitätszeitraum“) ausschließlich Endkundenprodukte auf Basis der von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG vertraglich bereitgestellten Dienste gemäß Ziffer (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**, („MVNO-Dienste“) im Markt anzubieten und der Antragstellerin verbieten, in diesem Zeitraum Endkundenprodukte auf Basis von MVNO-Diensten oder (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** anderer Vorleistungsanbieter im Markt anzubieten,

1.7.3 der Antragstellerin innerhalb eines solchen Exklusivitätszeitraums verbieten, ihre Kunden in andere Mobilfunknetze zu migrieren und/oder diesen eine Migration in andere Mobilfunknetze anzubieten,

1.7.4 die Antragstellerin verpflichten, nach Ablauf eines solchen Exklusivitätszeitraums und für die verbleibende Vertragslaufzeit einen von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG vorgegebenen Anteil ihrer Wholesale-Umsätze im Netz der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG zu erzielen, und der Antragstellerin nach Ablauf eines Exklusivitätszeitraums auch weiterhin verbieten, ihre Kunden aktiv darauf anzusprechen und/oder darin zu bestärken, ein anderes Netz als das der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG zu nutzen,

1.7.5 der Antragstellerin verbieten, von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG bezogene MVNO-Dienste an andere Diensteanbieter mit oder ohne eigene Netzinfrastruktur zu vermarkten,

1.7.6 zulasten der Antragstellerin maximale Vertragsstrafen bei Verletzung der von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG verlangten Exklusivitätsverpflichtungen in einer Höhe vorsehen, die mehr als (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** des erwarteten Jahresumsatzes auf Basis des MVNO-Zugangsvertrags überschreiten,

1.7.7 zulasten der Antragstellerin Regelungen zur Haftung für entgangenen Gewinn im Falle einer außerordentlichen Kündigung enthalten, die allein zugunsten der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG gelten,

1.7.8 eine Haftung der Antragstellerin für etwaige Verstöße verbundener Unternehmen gegen die von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG verlangten Exklusivitätsverpflichtungen festlegen,

1.7.9 die Antragstellerin zu einem Mindestumsatz („Minimum Purchase Commitment“) verpflichten, über dessen Höhe und zugrundeliegenden Kriterien die Antragsgegnerin nicht im Sinne der PKE III, Rn. 502, und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Az. 6 C 8.20, Rn. 62-63, mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses verhandelt.

2. Hilfsweise zu Ziffer 1 beantragt sie,

2.1 Telefónica Germany GmbH & Co. OHG aufzufordern, der Antragstellerin gemäß Ziffer II.10 des an Telefónica Germany GmbH & Co. OHG gerichteten Zuteilungsbescheides nach § 55 TKG 2004 vom 10.06.2020 für den Frequenzbereich 3.540 MHz - 3.610 MHz sowie gemäß Ziffer II.9. des an Telefónica Germany GmbH & Co. OHG gerichteten Zuteilungsbescheides nach § 55 TKG 2004 vom 14.12.2020 für den Frequenzbereich 2 GHz in Verbindung mit Ziffer III.4.15 der Präsidentenkammerentscheidung BK1-17/001 vom 28.11.2018 (zusammen „Verhandlungsgebot“) ein modifiziertes Angebot vorzulegen für den Abschluss eines Vertrags über einen Full MVNO-Zugang zum Mobilfunknetz der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG nach Maßgabe von seitens der Beschlusskammer als objektiv angemessen zu ererkennenden Konditionen bezüglich

2.1.1 der Vorleistungspreise für Sprachdienste (ab- und eingehend), Datendienste und SMS-Nachrichten,

2.1.2 einer auf objektiven Kriterien beruhenden Klausel zu einer (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**Neuverhandlungsgebot für die im Angebot zu verhandelnden Vorleistungspreise für Datendienste,

2.1.3 eines technologieneutralen Zugangs zum Mobilfunknetz der Telefónica Germany GmbH & Co, OHG,

a) der bestimmte Funktechnologien, wie z.B. 5G und Zukunftstechnologien nicht ausschließt,

b)der einen 5G- Technologiebasierten Zugang gewährt, und

c) mit einer Verpflichtung der Antragsgegnerin zur unverzüglichen Aufnahme von Verhandlungen über einen zukunfts-technologie-basierten Zugang auf Verlangen der Antragstellerin verbunden ist.

2.1.4 der Datenübertragungsgeschwindigkeiten pro Technologie im Down- und Upload,

2.1.5 der Mindestlaufzeit des Full MVNO-Zugangsvertrags,

und

2.2 festzustellen, dass folgende, von Telefónica Germany GmbH im Vertragsangebot, (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**geforderten Vertragsbedingungen objektiv unangemessen sind und gegen das Verhandlungsgebot verstoßen:

2.2.1 Die Beschränkung der Vertriebstätigkeit der Antragstellerin ausschließlich auf den deutschen Markt (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**Vertragsangebot),

2.2.2 eine Exklusivitätsklausel, wonach die Antragstellerin innerhalb eines von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG vorgegebenen Zeitraums („Exklusivitätszeitraum“) ausschließlich Endkundenprodukte auf Basis der von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG vertraglich bereitgestellten MVNO-Dienste vermarkten darf, verbunden mit dem Verbot, in diesem Zeitraum Endkundenprodukte auf Basis von MVNO-Diensten und (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** anderer Vorleistungsanbieter zu vermarkten (Ziffer (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Vertragsangebot),

2.2.3 das Verbot, innerhalb eines solchen Exklusivitätszeitraums Kunden der Antragstellerin in andere Mobilfunknetze zu migrieren und Kunden eine Migration in andere Mobilfunknetze anzubieten (Ziffer (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Vertragsangebot),

2.2.4 die Verpflichtung der Antragstellerin, dass sie nach Ablauf eines solchen Exklusivitätszeitraums einen von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG vorgegebenen Anteil ihrer Wholesale-Umsätze im Netz der Telefónica erzielen muss, verbunden mit der Verpflichtung, dass die Antragstellerin auch nach Ablauf eines solchen Exklusivitätszeitraums ihre Kunden nicht aktiv darauf ansprechen oder darin bestärken darf, ein anderes Netz als das der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG zu nutzen (Ziffer (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Vertragsangebot),

2.2.5 das Verbot eines Weiterverkaufs der von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG bezogenen MVNO-Dienste an andere Diensteanbieter mit oder ohne eigener Netzinfrastruktur (Ziffer (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Vertragsangebot),

2.2.6 Regelungen zulasten der Antragstellerin, wonach diese für verbundene Unternehmen haftet, die gegen die von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG verlangten Exklusivitätsregelungen verstoßen (Ziff.(BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Vertragsangebot),

2.2.7 Vertragsstrafen zulasten der Antragstellerin bei Verletzung der von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG verlangten Exklusivitätsverpflichtungen in einer maximalen Höhe, die den erwarteten Jahresumsatz auf Basis des MVNO-Zugangsvertrags um ein Mehrfaches überschreiten (Ziff. (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Vertragsangebot),

2.2.8 Regelungen zur Geltendmachung von entgangenem Gewinn im Falle einer außerordentlichen Kündigung, die einseitig zugunsten der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG gelten (Ziff. (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Vertragsangebot),

2.2.9 die Festlegung einer gesonderten Gebühr pro aktiver SIM-Karte („active SIM“) (Vertragsangebot, (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**)

2.2.10 die Festlegung eines Mindestumsatzes („Minimum Purchase Commitment“) der Antragstellerin (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** über dessen Höhe und zugrundeliegenden Kriterien die Antragsgegnerin nicht im Sinne der PKE III, Rn. 502, und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Az. 6 C 8.20, Rn. 62-63, mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses verhandelt.

3. Hilfsweise zu Ziffer 1. und 2. hat sie zunächst beantragt,

3.1 festzustellen, dass folgende von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG angebotene Konditionen objektiv unangemessen sind und gegen das in Antrag Ziffer 1.1 und Antrag Ziffer 2.1 genannte Verhandlungsgebot verstoßen:

(1) Vorleistungspreise für

- Datendienste in Höhe von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**

-SMS in Höhe von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**

- Sprache eingehend in Höhe von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**

- Sprache abgehend in Höhe von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**

(2) Datenübertragungsgeschwindigkeiten in Höhe von maximal (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Download und maximal (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Upload;

(3) die Möglichkeit zur (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Neuverhandlung der Vorleistungspreise für Datendienste ohne eine Regelung, die Verhandlungen auf Basis objektiver Kriterien und objektiv dokumentierter Marktentwicklungen z.B. der jährlichen Wachstumsraten für die Datennutzung pro aktiver SIM-Karte in Deutschland berücksichtigt, wie beispielsweise die in den Jahresberichten der Bundesnetzagentur veröffentlichten Daten zu den genannten Marktentwicklungen;

(4) die Forderung einer gesonderten Gebühr pro aktivierter SIM-Karte („active SIM“);

(5) ein Ausschluss des MVNO-Zugangs auf Basis von 5G und Zukunftstechnologien;

(6) eine Mindestlaufzeit von lediglich (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Jahren ab dem Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung;

(7) eine räumliche Einschränkung des Vertriebsgebietes der Antragstellerin auf den deutschen Endkundenmarkt;

(8) eine Exklusivitätsklausel, wonach die Antragstellerin innerhalb eines vorgegebenen Zeitraums ausschließlich Endkundenprodukte auf Basis der von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG vertraglich bereitgestellten MVNO-Dienste vermarkten darf, verbunden mit dem Verbot, in diesem Zeitraum Endkundenprodukte auf Basis von MVNO-Diensten (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** anderer Anbieter zu vermarkten;

(9) das Verbot, innerhalb eines vorgegebenen Zeitraums Kunden der Antragstellerin in andere Mobilfunknetze zu migrieren und Kunden aktiv eine Migration in andere Mobilfunknetze anzubieten;

(10) eine verpflichtende Vorgabe eines bestimmten Anteils zu erzielender Wholesale-Umsätze im Mobilfunknetz der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG verbunden mit einem Verbot für die Antragstellerin, ihre Endkunden aktiv darauf anzusprechen und/oder darin zu bestärken, ein anderes Mobilfunknetz zu nutzen;

(11) ein Verbot eines Weiterverkaufs der von Telefónica Germany & Co. OHG bereitgestellten MVNO-Dienste an andere Diensteanbieter mit und ohne eigener Netzinfrastruktur;

(12) eine Haftung der Antragstellerin für Verstöße gegen vertraglich verlangte Exklusivitätsverpflichtungen durch verbundene Unternehmen;

(13) Vertragsstrafen, die in der maximalen Höhe den erwarteten Jahresumsatz auf Basis des MVNO-Zugangsvertrags um ein Mehrfaches überschreiten können;

(14) ein einseitiges Recht der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG auf Geltendmachung von entgangenem Gewinn bei deren Ausübung eines außerordentlichen Kündigungsrechts;

(15) eine Festlegung eines Mindestumsatzes der Antragstellerin („Minimum Purchase Commitment“), über dessen Höhe und zugrundeliegenden Kriterien die Antragsgegnerin nicht im Sinne der PKE III, Rn. 502, und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Az. 6 C 8.20, Rn. 62-63, mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses verhandelt;

3.2 festzustellen, dass ein Vertragsangebot ohne Regelung folgender Konditionen objektiv unangemessen ist und gegen das in Antrag Ziffer 1.1 und Ziffer 2.1 genannte Verhandlungsgebot verstößt:

(1) Klausel zur (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Neuverhandlung der Vorleistungspreise für Datendienste ohne eine Regelung, die Verhandlungen

auf Basis objektiver Kriterien und objektiv dokumentierter Marktentwicklungen z.B. der jährlichen Wachstumsraten für die Datennutzung pro aktiver SIM-Karte in Deutschland berücksichtigt, wie beispielsweise die in den Jahresberichten der Bundesnetzagentur veröffentlichten Daten zu den genannten Marktentwicklungen,

(2) 5G-Technologie basierter Zugang zum Mobilfunknetz der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG sowie eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zur unverzüglichen Aufnahme von Verhandlungen über einen zukunftstechnologie-basierten Zugang auf Verlangen der Antragstellerin.

4. Sie beantragt schließlich, etwaige Gebühren für das vorliegende Verfahren Telefónica Germany GmbH & Co. OHG aufzuerlegen.

24. Zur Begründung führt die Antragstellerin aus, die Verhandlungen zwischen ihr und der Antragsgegnerin zum Abschluss eines Full-MVNO-Zugangsvertrags mit diskriminierungsfreien und objektiv angemessenen Konditionen seien gescheitert.
25. Der Verlauf und Einzelheiten der dargelegten Verhandlungen zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin seien Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Streitbeteiligten.
26. Die Antragstellerin führt weiter aus, der Antrag sei statthaft. Insbesondere sei er auf zulässige, bestimmte Maßnahmen gerichtet. Zur Durchsetzung des Verhandlungsgebotes dürfe die Bundesnetzagentur gemäß der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts einen Netzbetreiber auffordern, ein modifiziertes Angebot vorzulegen, das keine objektiv unangemessenen Bedingungen enthalte. Das Angebot der Antragsgegnerin enthalte solche objektiv unangemessenen Bedingungen und ermögliche der Antragstellerin kein Angebot wettbewerbsfähiger Endkundenprodukte.
27. Der Antrag sei auch begründet. Die Anforderungen des Verhandlungsgebotes, die durch die Präsidentenkammerentscheidung und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20.10.2021 konkretisiert seien, umfassten neben der Pflicht, überhaupt Verhandlungen aufzunehmen, auch das Ziel, in privatautonomen Verhandlungen einen Vertragsschluss zu erreichen. Dies umfasse das Verbot, Bedingungen und Entgelte zu fordern, die offensichtlich unangemessen seien. Ein Vertragsschluss zu einseitigen Bedingungen, die geeignet seien, die Entwicklung eines wettbewerbsorientierten Marktes auf der Endverbraucherebene zu behindern, könne nach der Rechtsprechung einen Verstoß gegen das Verhandlungsgebot darstellen und liefe auch dem in der Begründung der Präsidentenkammerentscheidung genannten Ziel, Wettbewerb auf der Diensteebene zu fördern, zuwider.

28. Gemessen hieran verstießen die von der Antragsgegnerin angebotenen Bedingungen gegen das Verhandlungsgebot.
29. Die Antragstellerin trägt weiter vor, ein (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Nachverhandlungsgebot über Preise anhand objektiver Kriterien sei angesichts eines stark steigenden Datennutzungsvolumens je Endkunde bzw. SIM-Karte bei gleichbleibendem Monatsumsatz je SIM-Karte angezeigt. Hierdurch sinke faktisch der Endkundenpreis für Datendienste pro Einheit erheblich. Die Antragstellerin müsse in die Lage versetzt werden auf diese Entwicklung durch Anpassung ihrer Tarife reagieren zu können.
30. Weiterhin sei ein technologieneutraler Zugang inklusive 5G bis spätestens (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** zu gewähren. Die Antragsgegnerin könne sich bereits jetzt, mehrere Jahre nach Markteinführung von 5G, nicht mehr auf ein Recht auf vorstoßenden Wettbewerb berufen. Selbst wenn ein solches Recht noch bestünde, müssten Diensteanbieter und MVNO nach der Begründung der Präsidentenkammerentscheidung und Rechtsprechung die Chance erhalten, den Wettbewerbsvorsprung der Netzbetreiber einzuholen, was mit der angebotenen Regelung nicht möglich sei.
31. Die Antragstellerin trägt weiter vor, es bestehe kein sachlicher Grund für eine Limitierung der Datenübertragungsgeschwindigkeit. Die Beigeladene zu 7. biete als Diensteanbieter auf dem Netz der Antragsgegnerin Produkte mit Downloadraten bis 500 Mbit/s an. Zwar unterliege die Antragsgegnerin nicht dem Gleichbehandlungsgebot im Sinne des § 24 TKG; gleichwohl ermögliche die signifikante Drosselung der Geschwindigkeit der Antragstellerin kein wettbewerbsfähiges Endkundenangebot und sei daher unangemessen. Ebenfalls unangemessen seien die SIM-Karten-Gebühr – der Antragsgegnerin entstünden keine Kosten, die die Gebühr rechtfertigten – und die zu kurze Mindestlaufzeit.
32. Die Antragstellerin trägt schließlich vor, mehrere von der Antragsgegnerin vorgehene Konditionen schränken die Unabhängigkeit der Antragstellerin im Markt weitestgehend ein und bänden die Kunden der Antragstellerin exklusiv an das Netz der Antragsgegnerin, was einen Verstoß gegen das Verhandlungsgebot darstelle. So sei es der Antragstellerin unter anderem verboten, während einer Exklusivitätsperiode Produkte anderer Netzbetreiber zu vermarkten oder Kunden zu migrieren. Dies binde die Antragstellerin unverhältnismäßig lang und stark an das Netz der Antragsgegnerin, wofür keine sachliche Rechtfertigung bestünde. Gleiches gelte für das Verbot, Vorleistungen an andere Diensteanbieter weiterzukaufen. Diensteanbieter sei, wer Telekommunikationsdienste erbringe, ob an Endkunden oder andere Diensteanbieter. Das Verhandlungsgebot sehe insoweit keine Einschränkung vor. Zuletzt seien maximale Vertragsstrafen unangemes-

sen, die in keinem Verhältnis zum avisierten Jahresumsatz stünden, sowie Mindestumsätze, da die Kosten der Antragsgegnerin durch Set-Up-Fees und Vorleistungsentgelte gedeckt seien.

33. Am 19.04.2023 hat die Beschlusskammer der Antragsgegnerin den Antrag auf Streitbeilegung übersandt und am 26.04.2023 im Amtsblatt 08/2023 der Bundesnetzagentur unter Mitteilung Nr. 57/2023 die Eröffnung des Verfahrens bekannt gegeben. Die Eröffnung des Verfahrens ist ebenfalls auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

1.6 Antrag auf Ablehnung des Antrages

34. Mit Schreiben vom 10.05.2023 beantragt die Antragsgegnerin,
35. die Anträge abzulehnen,
36. hilfsweise das Verfahren auszusetzen.
37. Zur Begründung führt sie aus, der Hauptantrag sei unzulässig. Er sei darauf gerichtet, den Abschluss eines Vertrages mit konkretem Inhalt aufzugeben, was einem Kontrahierungszwang gleichkäme. Ein solcher sei von dem Verhandlungsgebot der Präsidentenkammerentscheidung aber nicht umfasst. Bei vollständiger oder weitgehender Stattgabe bliebe praktisch kein Verhandlungsspielraum mehr. Soweit beantragt werde, die Antragsgegnerin aufzufordern, Vorleistungsentgelte anzubieten, die bestimmte Obergrenzen nicht überschreiten, laufe dies auf eine unzulässige Entgeltfestsetzung durch die Beschlusskammer hinaus. Ferner sei zu einzelnen Punkten, namentlich 6G-Zugang, gar nicht verhandelt worden, oder die Antragstellerin habe Regelungen, hier zu Mindestumsätzen, im Grundsatz bereits akzeptiert, die sie nun angreife.
38. Die Anträge seien auch unbegründet. Die Antragsgegnerin habe nicht gegen das Verhandlungsgebot verstoßen. Die Antragsgegnerin habe umfassend mit der Antragstellerin verhandelt und sei dieser in zahlreichen Punkten entgegengekommen. Dass nicht in allen Punkten eine Einigung erzielt werden konnte, spreche nicht für eine Unangemessenheit der angebotenen Konditionen. Diese bewegten sich vielmehr im Rahmen des Markt- und Branchenüblichen.
39. Die Antragsgegnerin trägt weiter vor, die von ihr angebotenen Vorleistungsentgelte seien nicht offensichtlich unangemessen.
40. Die Antragsgegnerin lehnt eine Preisindexklausel ab, weil diese den Parteien ihrer Auffassung nach nicht die nötige Flexibilität biete, auf Marktentwicklungen zu reagieren. Sie habe stattdessen eine (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Nachverhandlungsmöglichkeit angeboten. Diese sei angemessen und der Anspruch

auf Nachverhandlung sei in einem erneuten Streitbeilegungsverfahren durchsetzbar.

41. Die Regelungen zu 5G und Zukunftstechnologien seien ebenfalls nicht offensichtlich unangemessen. Die Markteinführung von 5G durch die Antragstellerin liege etwa 2,5 Jahre zurück, während der Netzausbau noch nicht abgeschlossen sei. Solange gelte ein Recht auf vorstoßenden Wettbewerb. **BuGG**
42. Auch seien die angebotenen Datenübertragungsraten und die Mindestlaufzeit nicht offensichtlich unangemessen. Datenübertragungsraten von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** seien im MVNO-Markt üblich; das Verhandlungsgebot verpflichte nicht, Zugriff auf das Premium-Segment zu gewähren. Gegen die Mindestlaufzeit sprächen keine vernünftigen Gründe.
43. Schließlich seien die von der Antragstellerin beanstandeten Klauseln zum Komplex Exklusivität angemessen. Die Anbindung eines Full-MVNO an ein Mobilfunknetz sei enger und tiefer als bei normalen Diensteanbietern. Ein Full-MVNO, der über Zugang zu mehreren Netzen verfügen würde, wäre nicht nur im Stande, Dienste mehrerer Netze zu vermarkten, sondern SIM-Karten dynamisch zu steuern, und den Kunden die Netzabdeckung mehrerer Netze anzubieten. Wegen des Grundsatzes der wettbewerblichen Unabhängigkeit sei Netzbetreibern dieser Vorteil hingegen verwehrt. Im Übrigen seien Exklusivitätsbedingungen im Vertrieb markt- und branchenüblich.
44. Die Höhe der Vertragsstrafen sei, anders als von der Antragstellerin vorgetragen, nicht festgelegt. Ein Weiterverkaufsverbot sei angemessen. Die Diensteanbieterregelung stelle zentral auf den Begriff des Verbrauchers ab. Anderen Diensteanbietern sei es unbenommen, selbst Vorleistungen bei einem Netzbetreiber zu beziehen; so werde der Wettbewerb auf der Diensteebene gefördert.
45. In Bezug auf Mindestumsätze habe die Antragstellerin nie ein Angebot ohne eine solche Regelung angefragt. Der Antrag sei daher bereits unzulässig. Im Übrigen seien die Mindestumsätze marktüblich und angemessen.
46. Zur Begründung ihres Hilfsantrages auf Aussetzung des Verfahrens führt die Antragsgegnerin aus, dass die beantragten Vorleistungsentgelte so weit von den Forderungen der Antragstellerin in den Verhandlungen abwichen und sich den Angeboten der Antragsgegnerin angenähert hätten, dass eine Fortführung der Verhandlungen hierzu möglich sei.

1.7 Weiterer Sachvortrag und Verfahrensverlauf

47. Mit Replik von 25.05.2023 nimmt die Antragstellerin Änderungen an einzelnen Anträgen vor. Sie beantragt insbesondere statt einer „Preisindex-Klausel“ eine

„Klausel zu einer (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Neuverhandlungspflicht“ (Ziffern 1.2 und 2.1.2).

48. Sie beantragt weiterhin,
49. den Hilfsantrag der Antragsgegnerin auf Aussetzung des Verfahrens abzulehnen.
50. Zur Begründung führt sie aus, die Antragsgegnerin lehne weiterhin die angestrebte Festlegung von Obergrenzen für Vorleistungspreise sowie aller anderen Rahmenbedingungen ab. Eine Basis für die Fortführung der Verhandlungen sei daher nicht gegeben.
51. Weiter trägt die Antragstellerin vor, ihre Anträge seien sowohl in ihrer Gesamtheit zulässig, da sie darauf gerichtet seien, einen konkreten Streit beizulegen, als auch als Einzelmaßnahmen. Die Anordnung der Vorlage eines modifizierten Vertragsangebotes sei vom Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich als zulässige Maßnahme der Bundesnetzagentur zur Durchsetzung des Verhandlungsgebotes im Rahmen eines Streitbeilegungsverfahrens angeführt worden, § 202 TKG. Im Übrigen sei zu allen von der Antragstellerin angeführten Punkten verhandelt worden, sodass die Anträge auch insoweit nicht unzulässig seien.
52. Die Antragstellerin trägt weiter vor, die Ausführungen der Antragsgegnerin zur Unbegründetheit der Anträge beruhten auf einem falschen Verständnis der Anforderungen an die Erfüllung des Verhandlungsgebots. Eine Beschränkung auf ein Verbot „offensichtlich“ unangemessener Bedingungen ergebe sich weder aus der Begründung der Präsidentenkammerentscheidung noch aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts.
53. Im Einzelnen seien die dargelegten Schutzobergrenzen ein geeigneter Maßstab für Vorleistungsentgelte, da sie vergleichbare Leistungen beträfen und den Beteiligten genügend Spielraum für privatautonome Verhandlungen ließen. Die Bezugnahme sowohl auf die EU-Roaming-Verordnung als auch auf die Delegierte Verordnung sei notwendig, da in Art. 9 Abs. 1 EU-Roaming-Verordnung lediglich abgehende Sprachdienste – wörtlich *„Abwicklung eines regulierten Roaminganrufs aus dem besuchten Netz“* – geregelt seien. Es sprächen keine vernünftigen Gründe gegen die Anwendung der Delegierten Verordnung als Maßstab. Der Vortrag der Antragsgegnerin, wonach die Antragstellerin eingehende Anrufe zu ihren Kunden zum Nulltarif abwickeln wolle, sei unzutreffend. Zwar erhalte sie als MVNO für die Übermittlung ein Terminierungsentgelt. Sie müsse aber wiederum ein Entgelt an die Antragsgegnerin zahlen, sodass sie nichts verdiene. Die Antragsgegnerin habe dagegen einen Vorteil, da Terminierungsentgelte eines dritten Netzanbieters an sie vollständig bei ihr verblieben.

54. Die Antragstellerin legt eine Kalkulationsübersicht vor, wonach sie aufgrund der angebotenen Vorleistungspreise nicht mit aktuellen Tarifen von anderen Diensteanbietern am Markt konkurrieren könne. Die Wettbewerbsfähigkeit von Endkundenangeboten hänge zudem nicht allein von den Entgelten ab.
55. (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG. Soweit sich die Antragstellerin hieran nicht mehr gebunden sehe, passe man den Antrag vorsorglich an. Weiter sei mit „Preisindex-Klausel“, die Pflicht zur Neuverhandlung der Preise anhand objektiver Kriterien gemeint. Insoweit passe man den Antrag an.
56. Hinsichtlich der Datenübertragungsrate blende die Antragsgegnerin aus, dass auch höhere Geschwindigkeiten als (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG von Diensteanbietern am Markt angeboten würden.
57. Die Antragstellerin führt schließlich aus, die geforderten Exklusivitätsregeln widersprächen dem Ziel in der Diensteanbieterregelung, Wettbewerb zu fördern. Soweit die Antragsgegnerin darauf abziele, eine gleichzeitige Nutzung unterschiedlicher Mobilfunknetze über denselben Endkundenzugang zu verhindern, gingen die geforderten Verpflichtungen hierüber weit hinaus, indem sie jegliche Freiheit eines Diensteangebots über verschiedene Netze verhinderten.
58. Mit Schreiben vom 15.06.2023 hat die Beigeladene zu 7.) zu dem Antragsschreiben vom 06.04.2023 Stellung genommen.
59. Sie beantragt,
60. die Anträge abzulehnen.
61. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Streitigkeit im Rahmen des Verhandlungsgebots dürfe nicht zum Standardangebots- und Entgeltverfahren werden. Der vorliegende Antrag laufe aber, soweit ersichtlich, in seinem Detaillierungsgrad auf einen Antrag, wie er in einem Standardangebotsverfahren nach § 29 TKG gestellt werden könnte, hinaus. Die Festlegung von Entgeltobergrenzen führe de facto zu einer Entgeltfestsetzung. Der Antrag sei insgesamt unzulässig, da unstatthaft.
62. Die Beigeladene zu 7.) führt weiter aus, der Antrag sei auch unbegründet. Die Antragstellerin sei als Full-MVNO bereits kein geeigneter Diensteanbieter i.S.d. Präsidentenkammerentscheidung. Die Auslegung des Verhandlungsgebots durch die Beschlusskammer 2 in dem Verfahren Transatel ./ Telefonica, Az. BK2b-21/005, wonach auch MVNO grundsätzlich umfasst seien, sei nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts i. S. EWE TEL, Az. 6 C 8.20 nicht mehr aufrechtzuerhalten. Vielmehr verhalte es sich umgekehrt. Geeignete Diensteanbieter seien grundsätzlich nur solche ohne eigene Netzbestandteile, also gerade keine MVNO. Jedenfalls sei die besondere Komplexität der Anbindung eines

MVNO an ein Mobilfunknetz bei der Auslegung des Verhandlungsgebotes zu berücksichtigen.

63. Hilfsweise führt die Beigeladene zu 7.) aus, dass keine Vergleichbarkeit von internationalem Roaming mit dauerhaftem nationalen Roaming bestehe. Daher liege der Verweis der Antragstellerin auf regulierte Roaming-Entgelte neben der Sache. Das dauerhafte Inlandsgeschäft erfordere andere Leistungsparameter als Roaming. Insbesondere erfordere eine Full-MVNO Anbindung eine sehr enge Verzahnung und ein hohes Maß an Vertrauen und technischer Kooperation. Hier entstehe ein gewisses Konfliktpotential, das individuelle vertragliche Regelungen erfordere, anders als beim gegenseitigen Zugang im Rahmen von internationalem Roaming. Weiterhin seien andere Anforderungen an die Netzauslastung und Netzsicherheit bei dauerhaftem Verkehr im Inland als bei zeitweisem Roaming gegeben.
64. Die Beigeladene zu 7.) führt schließlich aus, eine „Preisindex-Klausel“ zur Berücksichtigung steigenden Datenverkehrs sei abzulehnen. Sie blende das Risiko der Netzbetreiber aus, das mit steigender Netzauslastung einherginge. Der Netzbetreiber trüge dann das Risiko überlasteter Netze und die Kosten des Ausbaus, wohingegen der MVNO einseitig begünstigt werde.
65. Mit Duplik vom 28.06.2023 trägt die Antragsgegnerin schließlich vor, der Antragstellerin fehle ein Sachbescheidungsinteresse für die nicht entgeltbezogenen Anträge, weil, wie die Antragstellerin selbst vortrage, ihr aufgrund der angebotenen Vorleistungspreise ein wettbewerbsfähiges Endkundenangebot nicht möglich sei. Dann sei aber eine Entscheidung über die übrigen Anträge für sie nutzlos, sofern den Anträgen über Entgelte nicht stattgegeben würde. Die Festsetzung von Preisobergrenzen laufe zudem auf eine Entgeltregulierung hinaus, da auch die Antragstellerin nicht erwarten werde, dass die Antragsgegnerin ihr nach einer Festsetzung solcher Grenzen bei anschließenden Verhandlungen über Preise noch signifikant entgegenkommen würde, sofern nicht zugleich signifikante Mindestumsätze vereinbart würden. Das sei im Ergebnis nichts anderes als ein Price-Cap-Verfahren nach §§ 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 33 TKG alte Fassung.
66. Nach Ansicht der Antragsgegnerin stellten weder die Roaming-Verordnung (EU) 2022/612 noch die Delegierte Verordnung (EU) 2021/654 angemessene Entgeltmaßstäbe für die Vertragsbeziehungen zwischen einem Mobilfunknetzbetreiber und einem Full-MVNO dar. Die kommerziellen und marktlichen Gegebenheiten seien unterschiedlich. Der Markt für EU-Roaming sei etwa sowohl gegenüber Endnutzern als auch gegenüber Vorleistungspartnern reguliert. Alle Anbieter hätten ein gleichlaufendes Interesse an möglichst günstigen Vorleistungskonditionen. Die Beziehung eines Netzbetreibers und eines MVNO unterscheide sich davon. Der MVNO nutze das Netz zur Versorgung eigener Kunden und habe dafür

Vorleistungsentgelte zu entrichten. Zugleich seien beide Parteien Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt. Diese andere Interessenlage spiegele sich in der Preispolitik der Antragsgegnerin. Bei autonomen Verhandlungen ergäben sich andere Preise als nach der Roaming-Verordnung, die auf Kostenermittlungen durch die Kommission beruhen; **BuGG**

67. (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Es dürften aber keine starren Kriterien vorgegeben werden, da sonst kaum Raum für privatautonome Verhandlungen bliebe.
68. Hinsichtlich der Mindestlaufzeiten sei auch zu berücksichtigen, dass Netzbetreiber ein vielfach höheres ökonomisches Risiko eingehen als MVNO, allein wegen der regelmäßigen Kosten für den Frequenzerwerb. Der Grundsatz der Chancengleichheit im Rahmen des Verhandlungsgebotes gebiete es nicht, MVNO ein gänzlich risikoloses Geschäftsmodell zu ermöglichen.
69. Schließlich begründe es für einen MVNO einen Vorteil, wenn er seinen Kunden mehrere Netze anbieten könne, den Netzbetreiber wegen des Grundsatzes der wettbewerblichen Unabhängigkeit nicht hätten. Insoweit seien die Exklusivitätsbedingungen gerechtfertigt. Gleichwohl dürften MVNO Neukunden über ein anderes Netz versorgen und nach Vertragsende mit einem Netzbetreiber auch Bestandskunden dorthin migrieren. Solche Migrationen würden aber durch die vorgeschlagene Gestaltung nicht eingeschränkt. Eine gleichzeitige Nutzung mehrerer Netze über einen Endkundenzugang werde aber wohl auch von der Antragstellerin nicht angestrebt, was bei künftigen Verhandlungen zu berücksichtigen sei.
70. Die Beschlusskammer hat der Antragsgegnerin eine von der Antragstellerin vorgelegte öffentliche Version der Antragsschrift vom 06.04.2023 zur Prüfung auf mögliche eigene Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse übersandt. Die Antragsgegnerin hat die Antragsschrift daraufhin in einer Version mit umfangreichen Schwärzungen zurückgeschickt. Diese Version ist zunächst veröffentlicht worden. Die Beschlusskammer hat im weiteren Verlauf gegenüber der Antragsgegnerin geäußert, dass weite Teile der Schwärzungen nach ihrer Ansicht unberechtigt seien, da sie keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragsgegnerin umfassten. Gegen eine von der Beschlusskammer beabsichtigte Veröffentlichung einer weitgehend entschwärzten Version der Antragsschrift hat die Antragsgegnerin am 07.06.2023 Eilrechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht Köln ersucht, Az. 1 L 1095/23. Eine Entscheidung ist am 28.06.2023 ergangen und an die Beschlusskammer am 30.06.2023 zugestellt worden. Danach ist die Beschlusskammer berechtigt, den Verfahrensbeteiligten die öffentliche Version der Antragsschrift wie beabsichtigt zur Verfügung zu stellen. Eine allgemeine Veröffentlichung ist vom

Gericht insoweit zugelassen worden, als Einzelheiten zu den Komplexen Exklusivität und Weiterverkaufsverbot weiterhin geschwärzt bleiben. Die Beschlusskammer hat daraufhin am Freitag, den 30.06.2023, zunächst den Beigeladenen eine entsprechende Version der Antragschrift zur Verfügung gestellt.

71. Am 12.07.2023 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt.
72. Neben der Antragstellerin und der Antragsgegnerin haben Beigeladene die Möglichkeit zur Stellungnahme nach der mündlichen Verhandlung genutzt.
73. Die Antragsgegnerin teilte mit Schriftsatz vom 08.08.2023 mit, dass die Hauptanträge sowie einige der Hilfsanträge entgegen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unzulässigerweise auf die Festlegung konkreter Vertragsinhalte durch die Beschlusskammer gerichtet seien. Weitere Hilfsanträge hätten dabei durch die gewählten abstrakten Formulierungen einen größeren Umfang als die zugehörigen Haupt- und Hilfsanträge.
74. Gleiches gelte für Anträge, deren Inhalt die Antragstellerin während der Verhandlungen nicht oder nicht mit dem beantragten Inhalt verlangt habe.
75. Die materiell übrigbleibenden, von der Antragsgegnerin in ihrem Vertragsangebot verwendeten Regelungen hielten dem von der Beschlusskammer anhand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anzuwendenden Prüfungsmaßstab der beiderseitigen Zumutbarkeit, der Billigkeit sowie aufgrund bestehender sachlicher Rechtfertigungen stand. Ebenso fehle es an dem Kriterium, dass der Antragstellerin durch die angegriffenen Regelungen ein wettbewerbsfähiges Angebot im Endkundenmarkt unmöglich gemacht würde.
76. Schon im Ausgangspunkt sei die Antragsgegnerin nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts berechtigt, den Full-MVNO-Zugang der Antragstellerin zu verweigern, weil ein solcher Zugang zusätzliche Anpassungsmaßnahmen zur Anbindung von Netzbestandteilen erfordere, wie auch aus vergleichbaren Gründen zu erhöhten Belastungen der Antragsgegnerin führe.
77. Sämtliche preislichen Bestimmungen und Regelungen zu den diesbezüglichen kommerziellen Rahmenbedingungen sind zudem als kommerzielles Gesamtpaket für die Antragstellerin als Full-MVNO zu betrachten, welches nicht, wie von der Antragstellerin beantragt, ohne unzulässigen Eingriff in die Privatautonomie der Vertrags- bzw. Streitparteien in die jeweiligen einzelnen Bestandteile zerlegt werden dürfe, und die deswegen nicht jeweils individuell betrachtet und bewertet werden dürften.
78. Die Beigeladene zu 3 trägt in ihrer Stellungnahme vom 08.08.2023 vor, dass zwar nicht gänzlich ausgeschlossen sei, dass sich auch ein (Full) MVNO auf das Ver-

handlungsgebot berufen könne. Allerdings gelte dies nur dann, wenn der geforderte MVNO-Zugang keine zusätzlichen Anpassungsmaßnahmen erfordere und auch nicht zu anderen erhöhten Belastungen für den Zuteilungsinhaber führe.

79. Sofern sich die Antragstellerin gleichwohl auf das Verhandlungsgebot der Ziffer III.4.15 der PKE berufen können sollte, ergebe sich der für die Beurteilung der von der Antragsgegnerin angebotenen Vorleistungspreise anzuwendende Maßstab unmittelbar aus dieser Regelung und der Begründung der PKE hierzu. Die kommerziellen Bedingungen dürften danach nicht diskriminierend und nicht unbillig bzw. unangemessen sein. Damit bestehe ein hinreichend konkreter Maßstab im Sinne eines Preisüberhöhungsverbots.
80. Es gehe hier darum, dass die im Rahmen von Verhandlungen über einen MVNO-Zugang angebotenen Vorleistungsentgelte den MVNO – hier die Antragstellerin – in die Lage versetzen müssten, auf dem Endkundenmarkt mit dem Zuteilungsinhaber – hier die Antragsgegnerin – in Wettbewerb zu treten. Anders formuliert: Die Entgelte dürften nicht prohibitiv überhöht sein.
81. Bei dem so konkretisierten Maßstab handele es sich keineswegs um einen ganz neuen oder speziellen Angemessenheitsmaßstab. Vielmehr entspreche die Vorgabe, dass Vorleistungsentgelte nicht prohibitiv überhöht sein dürften, dem Verbot missbräuchlichen Verhaltens, das in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB und ebenso in § 37 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG statuiert sei. Das Konzept des Preishöhenmissbrauchs untersage Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, wobei nur eine erhebliche Abweichung missbräuchlich sei.
82. Als Maßstab für einen Preishöhenmissbrauch sei sowohl nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB als auch nach § 37 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG der Als-Ob-Wettbewerbspreis, der in der Regel durch eine Vergleichsmarktbetrachtung zu ermitteln sei, zugrunde zu legen. Dessen erhebliches Überschreiten sei missbräuchlich. Die Höhe des Erheblichkeitszuschlags sei dabei anhand der Marktbedingungen zu bemessen, wobei er umso höher sein müsse, je wettbewerblicher sich die Marktverhältnisse darstellten, also je geringer die festgestellte Marktmacht sei.
83. Allerdings könne für die Beurteilung angemessener Bedingungen nach Ziffer III.4.15 der PKE auf das Konzept des Preishöhenmissbrauchs zurückgegriffen werden, weil insoweit ein weitestgehend vergleichbarer Zweck – Ermöglichung der wettbewerblichen Betätigung von Vorleistungsnachfragern auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt – vorliege. Hierfür spreche auch, dass das Verhandlungsgebot der Ziffer III.4.15 der PKE ganz wesentlich bezwecke, eine Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen Vorleistungsnachfragern zu vermeiden, wozu die Heranziehung einer nationalen Vergleichsmarktbetrachtung besonders gut geeignet sei. Es sei dann jedoch zu berücksichtigen, dass dem Fehlen von

beträchtlicher Marktmacht durch einen entsprechend hohen Erheblichkeitszuschlag Rechnung zu tragen sei.

84. Die Durchführung einer nationalen Vergleichsmarktbetrachtung dürfte ohne weiteres möglich sein, weil es in Deutschland zahlreiche MVNOs gebe, die Verträge mit den verschiedenen Mobilfunknetzbetreibern (MNOs) abgeschlossen hätten. Aufgrund unterschiedlicher Geschäftsmodelle der MVNOs – wie etwa der Fokussierung auf spezielle Endnutzergruppen oder auf M2M-Dienste – seien nicht alle Leistungen und Konditionen unmittelbar miteinander vergleichbar, aber die Berücksichtigung der vorhandenen sachlichen Unterschiede wäre im Rahmen einer Vergleichsmarktbetrachtung durch Heranziehung geeigneter Zu- oder Abschläge durchaus möglich.
85. Mit Stellungnahme vom 07.08.2024 wies die Beigeladene zu 1 darauf hin, dass nach den letzten Erhebungen in der VATM-Marktstudie 2022 der Marktanteil der Mobilfunknetzbetreiber auf dem Endkundenmarkt (nach Umsatz) inkl. der Beigeladenen zu 7 im Jahr 2022 bereits ca. 91% betrage. Ein derart hoher und noch nie in der Geschichte des Mobilfunks in Deutschland dagewesener Marktanteil der dann vier Mobilfunknetzbetreiber zeige deutlich, dass der Mobilfunkmarkt insbesondere von Großunternehmen wie der Antragsgegnerin, der Beigeladenen zu 8 und der Beigeladenen zu 3 beherrscht werde, die natürlich alles daransetzen würden, keine neuen Anbieter auf dem Markt zuzulassen sowie den letzten relevanten Wettbewerber, die Beigeladene zu 1, weiter zu verdrängen.
86. Soweit von den Mobilfunknetzbetreibern das Argument eines lebhaften Wettbewerbs mit zahlreichen Wettbewerbern angeführt werde, sei zu beachten, dass es sich dabei im Wesentlichen um ca. 50 Zweit- bzw. Submarken und Reseller der Mobilfunknetzbetreiber selbst handele, die weder selbstständig am Markt agierten noch eigene Produkte gestalten könnten und damit gerade nicht zum Wettbewerb beitragen. Die hohe Zahl dieser von den Mobilfunknetzbetreibern direkt gesteuerten Unternehmen diene nur dazu, das bestehende Oligopol zu verschleiern.
87. Die Beigeladene zu 8 stellt in ihrer Stellungnahme vom 08.08.2023 die Geeignetheit von MVNOs grundsätzlich in Frage. Zumindest seien die Voraussetzungen bei der Antragsgegnerin nicht erfüllt.
88. Das zeige sich nicht zuletzt daran, dass der Vertreter der Antragstellerin im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung selbst ausgeführt habe, die Nachfrage eines MVNOs sei gegenüber der Nachfrage eines reinen Diensteanbieters technisch komplexer.
89. Doch selbst wenn – quod non – keine zusätzlichen Anpassungsmaßnahmen zur Anbindung von Netzbestandteilen erforderlich wären, könne der Grundsatz wie

dargelegt auch dann gelten, wenn „aus vergleichbaren Gründen erhöhte Belastungen des betreffenden Zuteilungsinhabers zu befürchten“ seien. Auch insoweit komme es – dies schon ausgehend von den Annahmen der Präsidentenkammer in der PKE – nicht allein auf die singuläre Nachfrage eines Unternehmens an, sondern auf die Auswirkungen einer Nachfrage „einer potenziellen Vielzahl von MVNO“.

90. Die Beschlusskammer sei aufgrund der Vorgaben daran gehindert, einzelne Bestandteile des Vertragsangebotes isoliert auf ihre Angemessenheit hin zu untersuchen. Vielmehr habe sie zu prüfen, ob die Gesamtheit der angebotenen Preise und Konditionen nicht offensichtlich unangemessen seien und ob die Gesamtheit der Konditionen den Nachfrager in die Lage versetze, Endkundenprodukte entwickeln zu können.
91. Ausgeschlossen sei damit ein Vorgehen der Beschlusskammer, bei welchem einzelne Klauseln isoliert in der Art eines Standardangebotsverfahrens bzw. eines Entgeltgenehmigungsverfahrens anhand einzelner Vergleichsmaßstäbe geprüft würden. Es obliege vielmehr auch nach Abschluss eines Streitbeilegungsverfahrens weiterhin den Vertragsparteien, zu einem Interessenausgleich zu kommen. Hiervon gehe auch das Bundesverwaltungsgericht aus, wenn es hervorhebe, dass dem Zuteilungsinhaber ggf. die Vorlage eines modifizierten Vertragsangebotes aufgegeben werden könne.
92. Es bleibe somit dabei, dass es aufgrund des Regel-Ausnahmeverhältnisses im Hinblick auf MVNOs Aufgabe der Antragstellerin sei, darzulegen, dass ihre Nachfrage ausnahmsweise die Anfrage eines geeigneten Diensteanbieters sei. Dazu sei – jedenfalls soweit in den ihnen offengelegten Passagen der Schriftsätze ersichtlich – nichts vorgetragen.
93. Die Beigeladene zu 6 trägt in ihrer Stellungnahme vom 08.08.2023 vor, dass in Deutschland derzeit eine erhebliche Nachfrage an Mobilfunkvorleistungen bestehe, die ungedeckt bleibe. Der Mobilfunk-Vorleistungsmarkt sei aufgrund der natürlichen Knappheit von Frequenzen und ihrer exklusiven Nutzung durch wenige Unternehmen durch ein starkes Machtgefälle zwischen den Inhabern der Frequenznutzungsrechte und den Nachfragern gekennzeichnet. Das Verhandlungsgebot sei derzeit die einzige regulatorische „Leitplanke“ in Bezug auf den Erwerb von Mobilfunkvorleistungen.
94. Die am vorliegenden Verfahren beteiligten Mobilfunknetzbetreiber hätten in Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung deutlich ausgeführt, wie sie zum Verhandlungsgebot stünden. So sei aus Sicht der Mobilfunknetzbetreiber dem Verhandlungsgebot bereits Genüge getan, wenn über einen gewissen Zeitraum über einen Vertrag gesprochen und zu einzelnen Punkten Entgegenkommen gezeigt werde.

95. Eckpunkte einer gehaltvollen Entscheidung über einen MVNO-Zugang wären aus Sicht der Beigeladenen zu 6 mindestens Anordnungen zu den anwendbaren Vorleistungsentgelten, zum Zugang (und Timing des Zugangs), zu Vorleistungsprodukten auf Basis neuester Mobilfunkgenerationen (5G, 6G etc.), zu maximalen Up- und Downloadgeschwindigkeiten sowie zur Festlegung einer Mindestlaufzeit des abzuschließenden MVNO-Vertrages (vgl. Ziffern 1.1 bis 1.6 des Hauptantrags der Antragstellerin). Ebenso wichtig erscheine der Beigeladenen zu 6 aber auch, das erstrebte Verhandlungsziel durch den Ausschluss von Klauseln abzusichern, die den aus einer sehr starken Position heraus verhandelnden Netzbetreiber übermäßig begünstigen würden.
96. In ihrer Stellungnahme vom 08.08.2024 passt die Antragstellerin im Nachgang zur mündlichen Verhandlung am 04.07.2023 eine Anzahl von Anträgen an. Zu Umfang und Inhalt der Änderungen wird auf die Ausführungen in den Gründen zu den jeweiligen Anträgen verwiesen. Der oben dargestellte Antrag der Antragstellerin entspricht der angepassten Version vom 08.08.2024 bzw. der jeweils aktuellsten Version.
97. In grundsätzlicher Hinsicht weist die Antragstellerin darauf hin, dass die Antragsgegnerin bis zur mündlichen Verhandlung zu keinem Zeitpunkt gegenüber der Antragstellerin geltend gemacht habe, diese sei als Diensteanbieterin „nicht geeignet“ i.S.d. Ziffer III.4.15 PKE III. Die Antragsgegnerin habe insoweit weder eine „unzumutbare Belastung“ noch die Verfolgung „sachfremder Zwecke“ durch die Antragstellerin geltend gemacht, so dass auch aus Sicht der Antragsgegnerin keine sachlichen Gründe für die Annahme einer fehlenden Eignung der Antragstellerin gegeben sind. Insgesamt wiesen diese Äußerungen der Antragsgegnerin daher auf einen fehlenden Willen zum Abschluss eines Zugangsvertrags hin.
98. Mit Schreiben vom 18.08.2023 sowie vom 23.08.2023 antworteten die Antragstellerin sowie die Antragsgegnerin auf verschiedene Nachfragen der Beschlusskammer.
99. Jeweils mit Schreiben vom 24.08.2023 nahmen die Antragsgegnerin sowie die Antragstellerin wechselseitig zu den jeweils letzten Schriftsätzen der Gegenseite noch einmal Stellung.
100. Um prüfen zu können, ob die von der Antragsgegnerin geforderten Entgelte dem Diensteanbieter das Angebot wettbewerbsfähiger Endkundenprodukte unmöglich machen würden, hat die Beschlusskammer 2 bei der Antragsgegnerin, sowie der Beigeladenen zu 8 und der Beigeladenen zu 3 jeweils mit Schreiben vom 28. bzw. 29.08.2023 um Auskünfte zu den Vorleistungskonditionen sowie der durchschnittlichen Datennutzungsrate bei einzelnen Tarifen nachgefragt.

101. Weil nur ein Teil der Fragen beantwortet wurde, forderte die Beschlusskammer mit Schreiben vom 10.11.2023 von den drei Mobilfunknetzbetreibern erneut die noch ausstehenden Informationen zu den Vorleistungskonditionen sowie zu der durchschnittlichen Datenverbrauchsmenge an.
102. Die Antragsgegnerin, die Beigeladene zu 8 sowie die Beigeladene zu 3 erklärten hierzu jeweils mit Schreiben vom 19.10.2023 bzw. dem 20.10.2023, dass sie die noch ausstehenden Auskünfte nicht erteilen wollten.
103. Die Beschlusskammer 2 teilte daraufhin den drei Mobilfunknetzbetreibern sowie den weiteren Verfahrensbeteiligten des Streitschlichtungsverfahrens mit, dass sie beabsichtige, an die drei Mobilfunknetzbetreibern wegen der noch ausstehenden Teilauskünfte jeweils ein förmliches Auskunftsverlangen nach § 203 TKG zu richten. Zugleich wurden die sonstigen Verfahrensbeteiligten des Streitschlichtungsverfahrens um Mitteilung gebeten, ob sie eine Durchführung einer mündlichen Verhandlung zum beabsichtigten Erlass des jeweiligen Auskunftersuchens für erforderlich erachten.
104. Die Beigeladene zu 8 sowie die Beigeladene zu 3 teilten gegenüber der Beschlusskammer mit, dass sie die Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung wegen der angekündigten förmlichen Auskunftersuchen für erforderlich erachten. Hierzu wurde am 15.12.2023 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt.
105. Mit Schriftsatz vom 26.01.2024 übersandte die Antragsgegnerin einen Schriftsatz, in dem sie unter anderem auf eine Studie von WIK-Consult/EY zu den Wettbewerbsverhältnissen im Mobilfunkmarkt sowie einer Pressemitteilung der Bundesnetzagentur zur Publikation dieser Studie verwies. Nach Auffassung der Antragsgegnerin komme das Gutachten zu dem Schluss, dass derzeit sowohl auf dem Endkunden- als auch auf dem Vorleistungsmarkt im Bereich des öffentlichen Mobilfunks wirksamer Wettbewerb herrsche.
106. Zwischen Januar und März 2024 erklärten die Antragstellerin sowie die Beigeladenen zu 8 und 3 ohne Anerkennung einer Rechtspflicht die Bereitschaft zur Auskunftserteilung. Mit Schreiben vom 03.01., 08.01., 06.03., 07.03. 08.03., 13.03., 08.04., 09.04., 12.04. sowie 15.04. wurden die angeforderten Auskünfte und Unterlagen an die Beschlusskammer übermittelt.
107. Mit Schreiben vom 15.04.2024 nahm die Antragstellerin zu der umstrittenen Preis-anpassungsklausel ergänzend Stellung.
108. Mit Schreiben vom 31.05.2024 beantwortete die Beigeladene zu 1 ein Auskunftersuchen der Beschlusskammer vom 17.05.2024.

109. Am 24.04.2024, 26.04.2024, 24.06.2024, 12.07.2024 antwortete die Antragsgegnerin auf weitergehende Auskunftersuchen der Beschlusskammer vom 29.05.2024 sowie vom 27.06.2024.
110. In diesem Zusammenhang teilte die Antragsgegnerin mit, dass Stoßrichtung und Detailierungsgrad des Fragebogens ihr Anlass zu Sorge gebe. So entstehe der Eindruck, die Beschlusskammer wolle die erfolgreichsten Tarife der Antragsgegnerin und weiterer Anbieter auf ihrem Netz einer Nachbildbarkeitsprüfung unterziehen und dies zum Entscheidungsmaßstab über die entgeltbezogenen Anträge der Antragstellerin machen. Dieser Ansatz sei verfehlt. Im Ergebnis komme es darauf an, ob die angebotenen Konditionen unbillig seien. Dies seien sie nur dann, wenn sie dem Nachfrager das Angebot wettbewerbsfähiger Endkundenprodukte unmöglich machten. Mit letzterem könne jedoch nicht gemeint sein, dass Diensteanbieter als MVNO in die Lage versetzt werden müssten, einzelne oder gar alle Tarife des Vorleisters profitabel nachbilden zu können.
111. Am 14.08.2024 übersandte die Beigeladene zu 3 Antworten auf ergänzende Fragen der Beschlusskammer vom 19.07.2024.
112. Am 26.08.2024 verkündete das Verwaltungsgericht Köln ein Urteil im Verfahren über die Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018 über die Vergabe- und Auktionsregeln für die im Jahr 2019 durchgeführte Versteigerung der für den 5G-Mobilfunk besonders geeigneten Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz (s. unten) mündlich.
113. Das Verwaltungsgericht hat die Bundesnetzagentur verpflichtet, unter Aufhebung der Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018 über die Festlegungen und Regelungen im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz den Antrag der Klägerin vom 20. Juli 2018 (Bd. 16 Bl. 10592) und gleichlautend vom 12. Oktober 2018 (Bd. 20 Bl. 12932) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.
114. Gegen diese Entscheidung hat die Bundesnetzagentur am 10.01.2025 Nichtzulassungsbeschwerde erhoben. Über diese ist noch nicht entschieden.
115. Am 29.11.2024 übermittelte die Antragsgegnerin eine Stellungnahme zu einem weiteren Schreiben der Antragstellerin vom 12.11.2024.
116. Am 10.12.2024 nahm die Beigeladene zu 8 zu dem neuen Sachvortrag der Antragstellerin vom 08.08.2024 Stellung.

1.8 Anhörung zum Entscheidungsentwurf vom 26.03.2025

117. Mit Schreiben vom 26.03.2025 übermittelte die Beschlusskammer den Verfahrensbeteiligten den Entscheidungsentwurf und gab diesen Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu den wesentlichen Umständen der Entscheidungsfindung. Damit soll den Anforderungen des VG Köln im Zusammenhang mit Entscheidungen, die auf Marktabfragen beruhen, entsprochen werden,

vgl. VG Köln, Beschluss vom 15.03.2024, Az. 1 L 2288/23, S. 8 f.

1.8.1 Stellungnahme der Antragstellerin

118. Mit Schreiben vom 10.04.2025 gab die Antragstellerin eine Stellungnahme ab.

1.8.1.1 Einschränkung des Grundsatzes des Diskriminierungsfreiheit

119. Die beabsichtigte Entscheidung zu den Datenübertragungsraten beruhe auf einer fehlerhaften Abwägung. Die in dem Entwurf geltend gemachten Annahmen zu einem Recht der Antragsgegnerin zu einem Voranschreiten im Wettbewerb entbehren jeder Grundlage und stünden in direktem Widerspruch zu den von der Beschlusskammer im Entwurf zugrundegelegten Grundsätzen der Diskriminierungsfreiheit und Technologieneutralität. Dieser Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit werde massiv eingeschränkt, wenn bereits im Ansatz eine Verpflichtung der Netzbetreiber zum Angebot technisch möglicher und im Markt bereits angebotener Datenübertragungsgeschwindigkeiten im Rahmen des Verhandlungsgebots verneint werde, wie die Beschlusskammer im Entwurf annehme. Die der Antragsgegnerin technisch möglichen und von ihr im Markt bereits angebotenen Datenübertragungsgeschwindigkeiten von bis zu 1 Gbit/s seien auf Basis der 5G-Funktechnologie möglich, die von der Antragsgegnerin bereits vor fünf Jahren im Markt eingeführt worden sei. Der Entwurfsbegründung sei eine weitere Einschränkung zulasten der Antragstellerin dahingehend zu entnehmen, dass eine Weigerung der Antragsgegnerin über Datenübertragungsgeschwindigkeiten im Download bis maximal (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** zu verhandeln unbillig sei und das Verhandlungsgebot verletze, nicht aber eine Weigerung über Datenübertragungsgeschwindigkeiten von mehr (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Download zu verhandeln. Weiter wäre die Antragstellerin mit einer künstlichen Drosselung von Vorleistungsprodukten auf max. (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** nicht in der Lage, wettbewerbsfähige Konditionen für Leistungen anzubieten, die mit Festnetz austauschbar seien. Die Antragstellerin wäre etwa nicht in der Lage, High User (Unternehmer, Verbraucher insbesondere sogenannte „Techies“), die, wie oben bereits erwähnt, von der Antragsgegnerin im

Massenmarkt mit Tarifen von 300 Mbit/s und 500 Mbit/s adressiert werden (so auch Entwurf, Rn. 739) zu adressieren. Die Ausführungen, wonach eine Uploadgeschwindigkeit von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** für einen „wirtschaftlich tragfähigen Marktauftritt“ genügen sollte, seien nicht nachvollziehbar.

1.8.1.2 **Exklusivitätsvereinbarungen generell unzulässig**

120. Die Unabhängigkeit der Diensteanbieter einschränkende Exklusivitätsbindungen, die sich in einer wertenden Gesamtschau in Hinsicht auf den mit diesen Ausführungen intendierten Zweck der Verhinderung einer unangemessenen Einschränkung des Gegengewichts des Nachfragers noch als verhältnismäßig erwiesen, weil von diesen keine Gefahr für das Gegengewicht des Diensteanbieters ausgehe, sollten nach dem insoweit klaren Wortlaut der Randnummer 520 erkennbar nicht umfasst sein. Etwas Anderes, also das Verbot von verhältnismäßigen Bindungen würde auch zu einer erkennbar unverhältnismäßigen Lizaufgabe führen, die von der Präsidentenammer ausweislich des klaren Wortlautes gerade ausgeschlossen werden sollte.

1.8.1.3 **Antrag zur (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Neuverhandlung**

121. Der Antrag zur (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Neuverhandlung sei als zulässig zu werten, da die Verhandlungen zu einem (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Verhandlungsgebot auf der Grundlage objektiver Kriterien gescheitert seien, schließlich führe in materieller Hinsicht die Hervorhebung objektiver Kriterien als Grundlage für Nachverhandlungen nicht dazu, dass andere Parameter wie das Wachstum der über das Netz transportierten Datenraten oder das Verhältnis von Netzinvestitionen in den Nachverhandlungen nicht berücksichtigt werden könnten.

1.8.1.4 **Weitervertriebsverbot unzulässig**

122. Die vorgesehene Ablehnung des Antrages auf Streichung des Weitervertriebsverbots sei nicht gerechtfertigt.
123. Soweit auf die Entscheidung des BVerwG Bezug genommen werde, das den Begriff des Endkunden verwende, handele es sich um ein (Miss-)Verständnis des Bundesverwaltungsgerichts. Dies liege darin begründet, dass die Klage, über die das Gericht zu entscheiden hatte, von einem Diensteanbieter ohne Mobilfunknetz-Infrastruktur geführt worden sei, der seine Argumentation entsprechend auf den Endkundenmarkt ausrichtete.
124. Schließlich hätten Verhandlungen zum Mindestumsatz stattgefunden.

1.8.2 **Stellungnahme der Antragsgegnerin**

125. Mit Schreiben vom 10.04.2025 nahm die Antragsgegnerin Stellung zu dem Entscheidungsentwurf.

1.8.2.1 **Wettbewerb**

126. In grundsätzlicher Hinsicht weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass zwischenzeitlich wissenschaftliche Studien (u.a. WIK-Gutachten „Wettbewerbsverhältnisse im Mobilfunkmarkt“, 2024) und die Präsidentenkammer bestätigt hätten, dass auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten im Mobilfunk wirksamer Wettbewerb bestehe und vor diesem Hintergrund für eine so weitgehende Regulierung der Konditionen, wie sie der Entscheidungsentwurf erwarten lasse, weder Anlass noch eine Rechtsgrundlage bestehe.

1.8.2.2 **Kurze Vorlagefrist**

127. Angesichts des Umfangs der zu erwartenden Entscheidung sowie der Tiefe der intendierten Eingriffe in das dem bisherigen Angebot der Antragsgegnerin zugrundeliegende Vertragswerk sei eine Vorlagefrist von vier Wochen für ein beschlusskonformes Angebot viel zu kurz bemessen. Die Frist solle daher mindestens drei Monate betragen.

1.8.3 **Stellungnahme der Beigeladenen zu 3.**

128. Mit Schreiben vom 15.04.2025 gab die Beigeladenen zu 3 eine Stellungnahme ab.
129. Die Beigeladene trägt vor, ihr erschließe es sich nicht, wieso in der beabsichtigten Beschlussbegründung zwar zutreffend darauf eingegangen werde, dass Exklusivitätsregelungen nicht stets unzulässig sein könnten, sondern jedenfalls in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein könnten, in Ziffer 2 (1) des Tenors des Beschlussentwurfs aber – soweit ersichtlich – ein generelles Verbot einer exklusiven Bindung festgestellt werde. Für den Fall, dass ein MVNO gleichzeitig Anbindungen zu mehreren nationalen Mobilfunknetzbetreibern unterhalte, sei die Unterdrückung einer dynamischen Netzwahl für die Mobilfunknetzbetreiber technisch nicht überprüfbar und könne somit auch nicht wirksam unterbunden werden. In der Folge bestehe für einen Mobilfunknetzbetreiber immer das Risiko, dass der MVNO unschwellig im Markt damit kokettiere, dass er mehrere Netze zur Verfügung stellen könne.

1.8.4 **Stellungnahme der Beigeladenen zu 6**

130. Mit Schreiben vom 10.04.2025 hat die Beigeladene zu 6 Stellung genommen.

1.8.4.1 Keine schützenswerte Neuerung

131. Nach Auffassung der Beigeladenen zu 6 gehe die Beschlusskammer davon aus, dass höhere Datenübertragungsraten eine schützenswerte „Neuerung“ darstellen. Dies sei unzutreffend. Bereits seit Herbst 2016 vermarkte die Antragsgegnerin Endkundenprodukte mit „LTE max“ und einer Bandbreite von 225 Mbit/s. Datenübertragungsraten von 225 Mbit/s und (deutlich) mehr seien mithin schon seit vielen, vielen Jahren im Massenmarkt „etabliert“. Wenn der Entscheidungsentwurf dies verkenne, geht er ermessensfehlerhaft von einem unzutreffenden Sachverhalt aus. Die Annahme, dass die Antragstellerin nicht grundsätzlich zur Gleichbehandlung mit dem eigenen Vertrieb verpflichtet sei, kehre das dem Verhandlungsgebot immanente Regel-Ausnahme-Verhältnis unzulässigerweise um. Der Regelfall solle gerade die Gleichbehandlung sein. Nur im Ausnahmefall, bei sachlicher Rechtfertigung, könne es nach einer umfassenden Interessenabwägung zulässig sein, den Diensteanbieter anders als den eigenen Vertrieb zu behandeln. Eine solche Rechtfertigung nehme die Präsidentenkammer zwar ausdrücklich für den Fall des vorstoßenden Wettbewerbs (Geheimwettbewerb) an. Gleichwohl gelte auch diese Rechtfertigung nur befristet, wenn die Präsidentenkammer diesen Rechtfertigungsgrund nur soweit zuerkennen möchte. Wenn doch bestimmte Marktsegmente gerade höhere Datenübertragungsraten verlangten, dann stehe die dauerhafte, jedenfalls aber langjährige Verweigerung entsprechender Datenübertragungsraten gerade der Möglichkeit entgegen, wie sich aus den Ausführungen auf Seite 138 der Präsidentenkammerentscheidung BK1-22/001 ergebe, die *„sich potentiell im gesamten Mobilfunkendkundenmarkt zu etablieren.“*

1.8.4.2 Weitervertriebsverbot

132. Nicht nachvollziehbar sei, dass die Beschlusskammer aufgrund dessen, dass die Präsidentenkammer kein ausdrückliches Verbot eines Weitervertriebsverbotes statuiert habe, im Umkehrschluss von dessen Zulässigkeit ausgehen möchte. Dieser Umkehrschluss überzeuge nicht. Das Weitervertriebsverbot sei schlicht kein zentraler Aspekt der damaligen regulatorischen Diskussion und sei deshalb nicht von der Präsidentenkammer ausdrücklich genannt worden. Aus den Ausführungen der Präsidentenkammer BK1-22/001 zum Wholesale-Verbot gegenüber der Beigeladenen zu 7. folge, dass die Präsidentenkammer es grundsätzlich sehr wohl als möglich ansehe, auf der Grundlage des Verhandlungsgebotes gegen Weitervertriebsverbote vorzugehen, wenngleich sie auf ein Vorgehen zum gegenwärtigen Zeitpunkt („derzeit“) verzichte. Sie halte sich ein zukünftiges Vorgehen gegen Weitervertriebsverbote gerade ausdrücklich offen („könnte aus regulatorischer Sicht [...] in Zukunft gegebenenfalls anders beurteilt werden.“).

133. Aufgabe der Beschlusskammer sei es nun zu prüfen, ob ein solches Weitervertriebsverbot im konkreten Einzelfall angemessen sei. Dass die Beschlusskammer eine abschließende Prüfung bisher nicht vorgenommen habe, stelle einen Abwägungsfehler dar, der den Entscheidungsentwurf ermessensfehlerhaft werden lasse.

1.8.5 **Stellungnahme der Beigeladenen zu 8**

134. Mit Schreiben vom 10.04.2025 hat die Beigeladene zu 8. Stellung genommen.

1.8.5.1 **Funktionierender Mobilfunkmarkt**

135. Die Beigeladene zu 8. trägt vor, sie erwarte negative Auswirkungen der Entscheidung auf den bislang gut funktionierenden Wettbewerb im deutschen Mobilfunkmarkt. Die Beschlusskammer sei mit dem Beschlussentwurf im Begriff, einen funktionierenden Markt und etablierte Geschäftsmodelle durch eine kleinteilige, weit überzogene, von der Rechtsgrundlage nicht gedeckte und an Marktrealitäten vorbeigehende Regulierung nachhaltig zu schädigen. Diese Vorgaben im Tenor des Entwurfs seien als Kontrahierungszwang einzuordnen. Mit ihrem Entscheidungsentwurf stelle sich die Beschlusskammer in Widerspruch zur jüngsten Entscheidung der Präsidentenkammer zu den Frequenzverlängerungsbedingungen (PKE 2025). Dies gelte für die tatsächliche Feststellung der Präsidentenkammer, dass der Mobilfunkmarkt einschließlich des Vorleistungsmarktes von hinreichend wirksamem Wettbewerb geprägt sei. Die PKE 2025 stelle in Folge dessen zudem ausdrücklich fest, dass es keiner im Anordnungswege durchsetzbaren Zugangs- und Preisregulierung bedürfe (PKE 2025, S. 130).

1.8.5.2 **Ausschluss von Exklusivität unzulässig**

136. Im konkreten Fall des Ausschlusses von Exklusivität, wie es im Beschlussentwurf angelegt sei, offenbare sich ein Argumentationswiderspruch, der sich ebenfalls marktschädigend auswirken würde. Denn die Kammer möchte die Zulässigkeit von Exklusivitätsvereinbarungen daran knüpfen, dass die „durch die Ausschließlichkeitsbindung erzielten wirtschaftlichen Vorteile spürbar an den Diensteanbieter“ weitergegeben werden.
137. Dazu sei zunächst anzumerken, dass sich eine einvernehmlich vereinbarte exklusive Bindung in der Praxis immer an die gegenseitig damit verbundenen Vorteile knüpfe. Dazu brauche es keine Regulierung. Jedenfalls aber könne dies nicht dazu führen, dass die skizzierte aufzuerlegende Entgeltregulierung de facto

dadurch weiter unbestimmt verschärft werde, indem nur ein Entgelt, das noch unterhalb der Vorstellungen der Beschlusskammer liege, zur Zulässigkeit einer Exklusivitätsvereinbarung führen könnte.

1.9 Anerkenntnis der Antragsgegnerin vom 01.07.2025

138. Mit Schreiben vom 01.07.2025 hat die Antragsgegnerin ein modifiziertes, auf dem letzten Verhandlungsstand vor Einleitung des Streitbelegungsverfahrens basierendes Angebot an die Antragstellerin vorgelegt. Dieses Angebot kommt den nachfolgenden, in den Schreiben der Antragstellerin vom 25.05.2023 und vom 08.08.2023 gestellten Hauptanträgen im Wege eines Anerkenntnisses nach:

Hauptantrag Ziffer	Beschlussentwurf Tenor Ziffer	Antragswortlaut
1.1 a)	1. (1)	<p>1.1 Das modifizierte Angebot beinhaltet durchschnittliche Vorleistungsentgelte, welche</p> <p>a) die in Artikel 10 und Artikel 11 der Verordnung (EU) 2022/612 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. April 2022 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union jeweils festgelegten Schutzobergrenzen für Preise für die folgenden Dienste nicht überschreiten</p> <p>a. ab- und eingehende SMS-Roamingnachrichten und</p> <p>b. Datenroamingdienste, abzüglich des jeweiligen Aufschlags der EU-Kommission für den Transit,</p>
1.1 b)	1. (2)	<p>b) für eingehende Sprachdienste das in Art. 4 Delegierte Verordnung (EU) 2021/654 der Kommission vom 18. Dezember 2020 zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines unionsweit einheitlichen maximalen Mobilfunkzustellungsentgelts und eines unionsweit einheitlichen maximalen Festnetzzustellungsentgelts jeweils festgelegte maximale Mobilfunkzustellungsentgelte nicht überschreiten,</p>
1.1 c)	1. (3)	<p>c) [...], hilfsweise für abgehende Sprachdienste die in Artikel 9 der Verordnung (EU) 2022/612 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. April 2022 über das Roaming in öffentlich Mobilfunknetzen in der Union jeweils festgelegte Schutzobergrenze für Preise für abgehende Roaming-Sprachdienste, abzüglich des jeweiligen Aufschlags der EU-Kommission für Transit und Anrufzustellung, nicht überschreitet. [Anm: Teilanerkentnis in Bezug auf den Hilfsantrag]</p>

Hauptantrag Ziffer	Beschlussentwurf Tenor Ziffer	Antragswortlaut
1.3 (b)	1. (6)	<p>1.3 Das modifizierte Angebot ist technologieneutral auszugestalten und beinhaltet ein Angebot</p> <p>[...]</p> <p>b) das den Zugang zu Vorleistungsprodukten im Netz der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG einschließlich eines 5G-Technologie basierten Zugangs umfasst,</p> <p>[...]</p>
1.5	1. (4)	<p>1.5 Das modifizierte Angebot sieht keine Gebühr für eine aktive SIM-Karte („active SIM“) vor.</p>
1.7.1	1. (8)	<p>1.7 Das modifizierte Angebot beinhaltet keine Klauseln, die</p> <p>1.7.1 die Vertriebstätigkeit der Antragstellerin räumlich auf den deutschen Endkundenmarkt beschränken.“</p>

139. Die Antragsgegnerin teilt zugleich mit, dass sie die vom vorstehenden Anerkenntnis umfassten Anträge der Antragstellerin rechtsverbindlich anerkenne und dass sie ihr Vertragsangebot auch dann nicht mehr ohne Zustimmung der Antragstellerin zu deren Ungunsten ändern werde, wenn sie später andere Teile des Angebots – etwa aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung über weitere Streitpunkte – ändern werde. Die Antragsgegnerin erklärte im Hinblick auf die oben genannten Punkte, nicht gegen den Beschluss der Beschlusskammer zu klagen.

1.10 Hausinterne Abstimmung

140. Der Beschluss wurde hausintern abgestimmt.

1.11 Information BKartA

141. Dem Bundeskartellamt wurde der Entscheidungsentwurf mit Schreiben vom 02.07.2025 zur Information zugeleitet.

1.12 Verfahrensakten

142. Im Weiteren wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

2 Gründe

143. Es war wie tenoriert zu entscheiden.

3 Ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens

144. Das Verfahren wurde ordnungsgemäß geführt.

3.1 Zuständigkeit, Verfahren und Frist

145. Über die auf § 212 TKG gestützten Anträge war nach § 212 Abs. 1 TKG, 212 Abs. 3 i. V. m. § 211 Abs. 1 S. 1 TKG im Beschlusskammerverfahren zu entscheiden.

146. Die viermonatige Verfahrensfrist nach § 212 Abs. 1 S. 2 TKG nach Anrufung durch die Antragstellerin, für deren Beginn der Eingang des Hauptsacheantrags bei der Beschlusskammer maßgeblich ist, konnte aufgrund des Erfordernisses zu umfangreichen Ermittlungstätigkeiten nicht gewahrt werden. Die Zeitverzögerungen ergaben sich unter anderem aus dem Erfordernis zu gerichtlichen Klärungen zu Fragen des ausreichenden Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Hinzu kam die Fülle des streitigen Sachgegenstandes und der gestellten Anträge und erfolgte Antragsänderungen sowie den damit einhergehenden umfassenden Ermittlungstätigkeiten.

147. Die nach § 211 Abs. 5 TKG erforderlichen Abstimmungs-, Auskunfts- und Informationspflichten wurden beachtet. Die übrigen Beschlusskammern und Abteilungen wurden im erforderlichen Umfang über die beabsichtigte Entscheidung informiert und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

148. Dem Bundeskartellamt wurde der Entscheidungsentwurf am 02.07.2025 zur Information zugeleitet.

3.2 Zulässigkeit der Anträge im Allgemeinen

149. Gemäß § 212 Abs. 1 Satz 1 TKG hat die Beschlusskammer, soweit sich im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes Streitigkeiten zwischen Netzbetreibern oder Diensteanbietern ergeben und das Gesetz nichts Anderes regelt, auf Antrag einer Partei nach Anhörung der Beteiligten eine verbindliche Entscheidung zu treffen.

150. Die sich daraus ergebenden Anforderungen an einen zulässigen Streitbeilegungsantrag waren im vorliegenden Fall für die nachfolgenden Merkmale für sämtliche Anträge erfüllt.

3.2.1 Telekommunikationsunternehmen

151. Die besonderen Voraussetzungen an die Parteifähigkeit für das Streitbeilegungsverfahren liegen für Antragstellerin und Antragsgegnerin vor. § 212 TKG beschränkt die Fähigkeit, Streitpartei eines solchen Verfahrens zu sein, auf Unternehmen, die öffentliche Telekommunikationsnetze betreiben oder öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringen bzw. auf Unternehmen, denen Zugangs- oder Zusammenschaltungsverpflichtungen aus diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes zugutekommen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich u.a. um die Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes in Form eines Mobilfunknetzes. Bei der Antragstellerin handelt es sich um ein Unternehmen, das öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringt, indem es als sogenannter virtueller Mobilfunknetzbetreiber Endnutzern auf entgeltlicher Basis Telekommunikationsdienste zur Verfügung stellt.

3.2.2 Schlichtung einer konkret beschriebenen Streitigkeit

152. Die Anträge sind auf die Schlichtung einer konkret beschriebenen Streitigkeit mittels einer bestimmt bezeichneten Maßnahme gerichtet, deren Erlass die Antragstellerin von der Bundesnetzagentur verlangt.
153. Der Antrag zielt auf die Verpflichtung der Antragsgegnerin, unter Beachtung der Vorgaben der PKE III und im Zuteilungsbescheid vom 10.06.2020 ein modifiziertes Angebot für den Abschluss eines Vertrags über einen Full MVNO-Zugang der Antragstellerin zum Mobilfunknetz der Antragsgegnerin mit objektiv angemessenen Konditionen vorzulegen, das der Antragstellerin als unabhängige Diensteanbieterin ein wettbewerbsfähiges Endkundenangebot im Markt ermöglicht.
154. Ob die Antragstellerin diese Forderungen zu Recht erhebt, ist zwischen den Beteiligten streitig, wie sich aus deren gegensätzlichem Vorbringen gegenüber der Bundesnetzagentur ergibt.

3.2.3 Verpflichtung aufgrund dieses Gesetzes

155. Das Streitgegenständliche Verhandlungsgebot aus den Frequenzzuteilungsbescheiden vom 10.06.2020 sowie vom 14.12.2020 nach § 55 TKG a.F. enthalten eine Verpflichtung nach § 212 TKG.
156. Die im Streitbeilegungsverfahren beizulegende Streitigkeit zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin muss nach § 212 Abs. 1 Satz 1 TKG im Zusammenhang stehen mit "Verpflichtungen aus diesem Gesetz oder auf Grund dieses Gesetzes." Verpflichtungen aus dem Telekommunikationsgesetz sind die gesetzesunmittelbaren Verpflichtungen, während es sich bei Verpflichtungen aufgrund des Telekommunikationsgesetzes um solche handelt, die in Ausübung einer in

diesem Gesetz angelegten Ermächtigung, insbesondere durch Verwaltungsakt der Bundesnetzagentur, begründet worden sind,

vgl. Attendorn/Geppert, in: Geppert/Schütz, BeckOK TKG, 4. Auflage 2013, zur Vorgängernorm § 133 TKG Rn. 18 ff.

157. Der Anwendung des § 212 TKG auf die benannte Verpflichtung steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin die Verpflichtung im Rahmen der Frequenzversteigerung und damit im Ergebnis freiwillig übernommen hat. Letztlich sind alle Pflichten aus dem TKG, die Anbieter von Telekommunikationsdiensten zu erfüllen haben, in der Weise freiwillig übernommen bzw. besser gesagt akzeptiert worden, als sich die Anbieter aus freien Stücken dazu entschieden haben, Telekommunikationsdienste zu erbringen. Anknüpfungspunkt für die Pflichtenlage ist damit das Handeln der Antragsgegnerin und hier im Speziellen die Ersteigerung der Nutzungsrechte mit all ihren Rechten aber auch Pflichten. Dies ändert aber nichts daran, dass die Frequenznutzungsbestimmungen als Verpflichtungen aus der Zuteilung ihre rechtliche Grundlage in den Vorschriften des TKG haben und an deren Anforderungen zu messen sind.

158. Entscheidend ist, dass es sich um eine Verpflichtung handelt, die ihre Grundlage in einer Regelung des TKG hat,

vgl. zu der Eigenschaft von Frequenznutzungsbedingungen als Verpflichtung aufgrund dieses Gesetzes im Sinne des § 133 TKG bereits BVerwG, Urteil vom 18. Dezember 2007 – 6 C 47/06 –, juris, Rn. 28 ff.

159. Das ist vorliegend mit der Vorschrift zu der Frequenzzuteilung nach § 55 TKG 2014, die die Grundlage für die in dem Zuteilungsbescheid enthaltenen Frequenznutzungsbedingungen bildet, der Fall.

3.2.4 **Keine Subsidiarität des Streitschlichtungsverfahrens**

160. Die Zulässigkeit des Streitschlichtungsverfahrens gem. § 212 TKG scheidet vorliegend nicht daran, dass es hinter einer anderen gesetzlichen Regelung zurücktritt. Insoweit wird auf die weitergehenden Ausführungen im Beschluss BK2b-21/005, Abschnitt 1.2.5, vom 14.10.201, verwiesen.

3.2.5 **Zulässigkeit der Prüfung einzelner Klauseln**

161. Soweit die Antragsgegnerin wie auch die Beigeladenen zu 3 und zu 8 es für unzulässig erachten, innerhalb eines Streitbeilegungsverfahrens zur Überprüfung des in den Mobilfunkfrequenzen enthaltenen Verhandlungsgebots nicht nur das Gesamtangebot, sondern auch einzelne der angebotenen Klauseln auf ihre Zulässigkeit hin zu bewerten, kann dies nicht überzeugen. Insbesondere müssen es

die Diensteanbieter nicht akzeptieren, wenn der Frequenzinhaber einzelne Klauseln, die für sich betrachtet gegen die Vorgaben der PKE verstoßen, durch das gleichzeitige Angebot tatsächlicher oder vermeintlicher Vorteile bei anderen Mitnutzungsbedingungen unter Einschränkung des Gegengewichts des Nachfragers durchzudrücken sucht.

162. Im Einzelnen gilt das Folgende:
163. Nach dem bei der Regelung der Mitnutzung von Funkfrequenzen geltenden Primat privatautonomer Verhandlungen ist es den Parteien grundsätzlich freigestellt, Regelungen zu treffen, nach denen der Zugangspetent auf Schutzrechte verzichtet, die diesem nach den Regelungen des Zuteilungsbescheides grundsätzlich zustehen. Soweit sich ein Diensteanbieter etwa bereit erklärt, die begehrte Mitnutzung auf bestimmte Funktechniken zu beschränken und damit auf sein im Tenor des Zuteilungsbescheides benanntes Recht zur Verhandlung über eine unbeschränkte Mitnutzung von Funktechnologien zu verzichten, ist ein solcher Verzicht im Falle eines gegenseitigen Einverständnisses in wettbewerbsökonomischer Hinsicht nicht zu beanstanden.
164. Ein solcher freiwilliger Verzicht auf Regelungen, die die PKE aus wettbewerbsökonomischen Erwägungen für grundsätzlich unzumutbar erachtet, kann aus Sicht des Diensteanbieters etwa dann sinnvoll sein, wenn das Geschäftskonzept des Diensteanbieters auf Dienste ausgerichtet ist, die die Inanspruchnahme bestimmter Rechtspositionen, die diesem in dem Zuteilungsbescheid gewährt werden, nicht oder in nur begrenztem Maße erforderlich macht. In einem solchen Fall wird der Nachfrager voraussichtlich bereit sein, Klauseln, die ihm diese Rechte nehmen oder begrenzen, zu akzeptieren. Das gilt umso eher, wenn der Zuteilungsnehmer dem Diensteanbieter bei anderen Leistungen weiter entgegenkommt, als dies nach den Vorgaben der PKE grundsätzlich erforderlich ist.
165. Vor diesem Hintergrund kann sich ein Verhandlungsangebot, das einem Diensteanbieter unterbreitet wird, aus dessen Sicht als insgesamt akzeptabel erweisen, auch wenn einzelne Klauseln für andere Wettbewerber oder die Masse der Nachfrager nicht genügen würde, um mit dem jeweils beabsichtigten Geschäftsmodell auf dem Markt aufzutreten.
166. Diese Möglichkeit auf einzelne Rechtspositionen, auf die sich ein Diensteanbieter nach dem Tenor des Zuteilungsbescheides und den entsprechenden Ausführungen in der PKE berufen kann, für ein aus der Sicht des Diensteanbieters akzeptables Gesamtangebot verzichten zu können, ist insoweit ein Recht, dessen Ausübung grundsätzlich dem Diensteanbieter vorbehalten bleibt und von dem Lizenznehmer nicht durch den Hinweis auf mögliche anderweitige Vorteile des Gesamtangebotes von diesem unterlaufen werden kann.

167. Soweit Regelungen in Rede stehen, die in der PKE ausdrücklich als unzulässig identifiziert werden, wie es etwa bei dem Verbot, die Verhandlungen auf bestimmte Funktechnologien zu beschränken ausdrücklich der Fall ist, würde es den Wertungen der PKE widersprechen, wenn der Frequenznutzungsberechtigte solche in den Nutzungsbedingungen ausdrücklich als unzulässig identifizierten Verhaltensvorgaben durch das gleichzeitige Angebot von anderweitig vorteilhaften Klauseln unter Einschränkung des Gegengewichts des Nachfragers des durch die PKE geschützten Zugangspetenten aushebeln könnte.
168. Will der Diensteanbieter Klauseln, die nach den Erläuterungen in der PKE unzulässig sind, nicht akzeptieren, so ist dies von dem Zuteilungsnehmer zu akzeptieren. Ein Angebot, welches diese Schutzrechte des Nachfragers nicht berücksichtigt, stellt dann kein Verhandlungsangebot dar, mit dem der Mobilfunknetzbetreiber das diesem durch die Frequenzbedingungen obliegende Gebot zur ernsthaften Verhandlungsführung erfüllen könnte.
169. Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht für solche Fälle, in denen die Voraussetzungen der Angemessenheit und damit der Kompatibilität der jeweiligen Klausel mit den Vorgaben der PKE in dieser selber nicht ausdrücklich benannt sind und bei denen die Zulässigkeit einer solchen Regelung daher anhand der in den Gründen benannten generellen Erfordernisses der Billigkeit bzw. objektiven Angemessenheit der Mitnutzungsbedingungen zu bestimmen bleibt.

3.2.6 Granularität der Anträge

170. Soweit die Antragsgegnerin darauf hinweist, dass unter dem Gesichtspunkt der bestehenden Verhandlungsgebote und dem daraus gefolgerten Verbot, offensichtlich unangemessene Bedingungen zu verlangen, die einer Verhandlungsverweigerung gleichkommen, nicht das tragende Prinzip der Privatautonomie ausgehöhlt werden dürfe, die Granularität der Anträge seitens der Antragstellerin in dieses Prinzip allerdings in einer Weise eingreife, die zum einen einem hier unzulässigen Antrag auf Zugangsanordnung mit privatrechtsgestaltender Wirkung entspreche, so kann dies nicht überzeugen.
171. Die Beschlusskammer trifft vorliegend - anders als im Falle von Zugangsanordnungen nach § 26 TKG - gerade keine zwischen den Streitparteien im Privatrechtsverhältnis wirkende Mitnutzungsregelung. Insoweit können diese auch nicht wie Anordnungen im Rahmen von Zugangsverfahren wirken, bei denen qua Verwaltungsakt eine vertragsrechtliche Regelung zwischen den Parteien geschaffen wird. Inwieweit die von der Antragstellerin beantragte "Granularität" der Anträge das Primat der privatautonomen Verhandlungsführung zu unterwandern droht, indem diese etwa den zulässigen Verhandlungsspielraum in unzulässiger Weise einengen, ist im Rahmen der jeweiligen Einzelanträge zu entscheiden. Allein der

Umstand, dass eine Mehrzahl an verweigeren bzw. ggf. zu Unrecht geforderten Mitnutzungsregelungen zur Entscheidung beantragt worden sind, führt nicht zu einer Unzulässigkeit der jeweiligen Anträge. Es ist vielmehr das Ergebnis der Komplexität des Regelungsumfanges von Mitnutzungsvereinbarungen. So können grundsätzlich alle Regelungen über die Mitnutzung, die zwischen den Parteien streitig gestellt sind, im Streitschlichtungsverfahren geklärt werden. Wäre dies nicht möglich bzw. wäre es nur möglich, die jeweiligen Regelungen über die Mitnutzung in parallel nebeneinander oder nachfolgenden Verfahren prüfen zu lassen, so würde dies den Verfahrensaufwand entsprechend vergrößern bzw. im Fall des Erfordernisses von nachfolgenden Streitschlichtungsverfahren zu erkennbar unzumutbaren zeitlichen Verzögerungen führen. Ausnahmen gelten dann, wenn sich Hinweise auf eine missbräuchliche Ausübung des grundsätzlichen Rechts, in einem Streitschlichtungsverfahren sämtliche nicht geklärten Streitfragen zu behandeln, ergeben sollten. Hierzu gibt es vorliegend aber keine Anhaltspunkte.

3.2.7 Vorlage eines modifizierten Angebotes

172. Die Anträge sind darauf gerichtet, dass die Bundesnetzagentur die zur Erfüllung des Verhandlungsgebots betreffende Streitigkeit durch den Erlass bestimmter Maßnahmen schlichtet und damit auf eine zulässige Maßnahme gerichtet.

3.2.7.1 Ausführungen des BVerwG, Urteil v. 20.10.2021, Az. 6 C 8.20

173. Zum Streitbeilegungsverfahren nach § 212 TKG hat das BVerwG klargestellt, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen dieses Verfahrens gegenüber dem verpflichteten Zuteilungsinhaber eine Anordnung erlassen kann, ein modifiziertes Angebot vorzulegen. Die betroffenen Diensteanbieter haben es, so das BVerwG, selbst in der Hand, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls konkrete Handlungspflichten der Zuteilungsinhaber, die sich aus dem Verhandlungsgebot ergeben, zum Gegenstand eines Antrags nach § 212 Abs. 1 S. 1 TKG zu machen,

BVerwG, a.a.O. Rn. 71:

„Das Streitbeilegungsverfahren kann bei einem angenommenen Verstoß eines Zuteilungsinhabers gegen die in Ziffer III.4.15 Satz 1 der Präsidentenkammerentscheidung festgelegte und gegebenenfalls im Rahmen einer Nebenbestimmung zur Frequenzzuteilung gemäß § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG umgesetzte Verhandlungspflicht durch den Antrag eines betroffenen Diensteanbieters eingeleitet werden. Der Antrag wäre darauf zu richten, dass die Bundesnetzagentur die die Erfüllung der Verhandlungspflicht betreffende Streitigkeit durch den Erlass einer bestimmt bezeichneten Maßnahme

*schlichtet (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Dezember 2007 - 6 C 47.06 - Buchholz 442.066 § 42 TKG Nr. 3 Rn. 19). Da ein Kontrahierungszwang durch Ziffer III.4.15 der Präsidentenkammerentscheidung nicht begründet wird, wäre zwar ein Antrag unzulässig, der darauf gerichtet ist, den Abschluss eines Vertrages bestimmten Inhalts aufzugeben. Erst recht könnte ein Diensteanbieter nicht verlangen, dass ein solcher Vertrag - wie bei einer Zusammenschaltungsanordnung nach § 25 TKG (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 17. August 2016 - 6 C 24.15 - BVerwGE 156, 59 Rn. 36; ebenso zur früheren Rechtslage nach § 37 TKG 1996: BVerwG, Urteil vom 31. März 2004 - 6 C 11.03 - BVerwGE 120, 263 <267 f.>) - unmittelbar privatrechtsgestaltend angeordnet wird (vgl. zu den unterschiedlichen Möglichkeiten der Rechtswirkung der Streitbeilegungsentscheidung: Gurlit, in: Säcker <Hrsg.>, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 133 Rn. 19 f.). **In Betracht kommt aber etwa die Anordnung, überhaupt in Verhandlungen mit dem nachfragenden Diensteanbieter einzutreten oder ein modifiziertes Angebot vorzulegen. Letztlich haben es die betroffenen Diensteanbieter selbst in der Hand, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles konkrete Handlungspflichten der Zuteilungsinhaber, die sich aus dem Verhandlungsgebot ergeben, zum Gegenstand eines Antrags nach § 133 Abs. 1 Satz 1 TKG zu machen und damit die "Schiedsrichterfunktion" der Bundesnetzagentur einzufordern.**(Hervorhebungen nur hier)*

174. Zur Durchsetzung des Verhandlungsgebotes hat das BVerwG klargestellt, dass die Bundesnetzagentur an die Verpflichtung anknüpfen kann, Verhandlungen nach Treu und Glauben zu führen und mit Maßnahmen nach § 202 TKG darauf reagieren kann, wenn unangemessene Bedingungen oder Entgelte gefordert werden, die objektiv wie eine Weigerung eines Vertragsabschlusses zu bewerten sind. Kommt ein Vertragsschluss deshalb nicht zustande, weil der Zuteilungsinhaber objektiv unangemessene Bedingungen oder Entgelte fordert, die dem Diensteanbieter das Angebot wettbewerbsfähiger Endkundenprodukte unmöglich machen, kann die Bundesnetzagentur dem Zuteilungsinhaber aufgeben, ein modifiziertes Angebot vorzulegen. Dieses Vorgehen kann ggf. wiederholt werden, falls auch das modifizierte Angebot objektiv unangemessene Bedingungen oder Entgelte enthält. Führt die Dauer dieses Verfahrens dazu, dass einem Diensteanbieter der Zugang zu den benötigten Vorleistungsprodukten vorläufig versperrt bleibt, und legt der Anbieter dar, dass hierdurch die wettbewerbsfähige Fortsetzung seiner Tätigkeit auf dem relevanten Endkundenmarkt erheblich gefährdet wird, kann die Bundesnetzagentur zur Durchsetzung des Verhandlungsgebots, auf § 202 Abs. 5 TKG gestützt, als ultima ratio auch die vorübergehende Zugangsgewährung und die hierfür anzuwendenden Bedingungen und Entgelte anordnen,

vgl. BVerwG 202, a.a.O., Rn. 69:

„(aa) Verstöße gegen das Verhandlungsgebot kann die Bundesnetzagentur, worauf die Begründung der Präsidentenkammerentscheidung zutreffend hinweist (Rn. 505 des Beschlusses vom 26. November 2018), auf der Grundlage des § 126 TKG unter Festsetzung eines Zwangsgelds untersagen. In bestimmten Fällen kann sie auch kurzfristig vorläufige Maßnahmen ergreifen. Zwar ist es ihr verwehrt, ein Verhandlungsergebnis bzw. den Abschluss eines konkreten Diensteanbietervertrages zu erzwingen. Sie kann jedoch an die Verpflichtung anknüpfen, Verhandlungen nach Treu und Glauben zu führen, und mit Maßnahmen nach § 126 TKG darauf reagieren, wenn der Vertragsschluss ohne sachliche Begründung grundsätzlich verweigert wird oder unangemessene Bedingungen oder Entgelte gefordert werden, die objektiv wie eine Weigerung zu bewerten sind. Eine auf § 126 Abs. 2 TKG gestützte aufsichtliche Anordnung, die gemäß § 137 Abs. 1 TKG sofort vollziehbar wäre und ggf. auch mit der Androhung eines Zwangsgelds verbunden werden könnte (§ 126 Abs. 5 TKG i.V.m. § 6 Abs. 1, § 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 und 2 VwVG), könnte etwa in der Anordnung liegen, sich zu dem abgelehnten Zugangsbegehren eines Diensteanbieters inhaltlich zu äußern und gegebenenfalls die Gründe darzulegen, die einem Vertragsschluss entgegenstehen. Wird der Abschluss von Zugangsvereinbarungen ohne Rücksicht auf die Modalitäten generell verweigert, kann die Bundesnetzagentur dem Verpflichteten aufgeben, dem Diensteanbieter die wesentlichen Bedingungen für eine Vereinbarung zu nennen. **Kommt ein Vertragsschluss deshalb nicht zustande, weil der Zuteilungsinhaber objektiv unangemessene Bedingungen oder Entgelte fordert, die dem Diensteanbieter das Angebot wettbewerbsfähiger Endkundenprodukte unmöglich machen würden, kann die Bundesnetzagentur zwar keine konkreten Vertragsmodalitäten oder Entgelte anordnen, dem Zuteilungsinhaber jedoch aufgeben, ein modifiziertes Angebot vorzulegen.** Dieses Vorgehen kann ggf. wiederholt werden, falls auch das modifizierte Angebot objektiv unangemessene Bedingungen oder Entgelte enthält. Führt die Dauer dieses Verfahrens dazu, dass einem Diensteanbieter der Zugang zu den benötigten Vorleistungsprodukten vorläufig versperrt bleibt und legt der Anbieter dar, dass hierdurch die wettbewerbsfähige Fortsetzung seiner Tätigkeit auf dem relevanten Endkundenmarkt erheblich gefährdet wird, kann die Bundesnetzagentur zur Durchsetzung der Verhandlungsgebot, auf § 126 Abs. 4 Satz 1 TKG gestützt, als ultima ratio auch die vorübergehende Zugangsgewährung und die hierfür anzuwendenden Bedingungen und Entgelte anordnen.“

175. Vorliegend ist ein Vertragsschluss bisher nicht zustande gekommen, weil die Antragsgegnerin in dem tenorierten Umfang objektiv unangemessene Bedingungen und Entgelte fordert, die der Antragstellerin das Angebot wettbewerbsfähiger Endkundenprodukte unmöglich machen und ihre Geschäftstätigkeit als unabhängige Diensteanbieterin im Markt weitestgehend einschränken, so dass das bisherige Vertragsangebot der Antragsgegnerin objektiv wie eine Weigerung eines Vertragsabschlusses zu bewerten ist.

3.2.7.2 Vortrag der Antragsgegnerin zur Kontrahierungspflicht

176. Soweit die Antragsgegnerin vorträgt, der Hauptantrag sei unzulässig, da ein Kontrahierungszwang durch das Verhandlungsgebot und die entsprechenden Bedingungen der Frequenzzuteilungen nicht begründet werde, und deshalb im Streitbeilegungsverfahren Anträge unzulässig seien, die darauf gerichtet seien, den Abschluss eines Vertrages bestimmten Inhalts aufzugeben und der Hauptantrag im Ergebnis ein Antrag für eine Zugangsanordnung nach § 35 TKG und damit von der Entscheidungsbefugnis der Beschlusskammer im streitgegenständlichen Verfahren nicht gedeckt sei, ist dem nicht zu folgen.
177. Anders als in einem Verfahren, das auf die Anordnung eines Netzzugangs nach § 35 TKG gerichtet ist, kommt der Entscheidung der Beschlusskammer in dem vorliegenden Verfahren keine privatrechtsgestaltende Funktion zwischen den Parteien zu. Die Entscheidung über eine Missachtung eines bestehenden Verhandlungsgebots kann den für eine Verbindlichkeit zwischen den Parteien erforderlichen Vertragsschluss im Unterschied zu dem von der Antragsgegnerin benannten Verfahren gerade nicht ersetzen. Die Feststellung, dass die Antragsgegnerin mit bestimmten Verhaltensweisen und herbei insbesondere mit der Weigerung, Bedingungen zu verhandeln, die für einen wettbewerblichen Auftritt auf dem Markt unabdingbar sind, gegen das ihr obliegende Verhandlungsgebot verstößt, kann auf der anderen Seite aber auch nicht sanktionslos bleiben. Dementsprechend kann es gerechtfertigt sein, wie dies das Bundesverwaltungsgericht für das gegenständliche lizenzrechtliche Verhandlungsgebot vorsieht, der Antragsgegnerin aufzugeben, ein modifiziertes Angebot vorzulegen, das festgestellte, den Wettbewerber unzulässig behindernde Verhaltensweisen abstellt. Im Falle einer solchen Feststellung verbleibt regelmäßig noch ausreichend Spielraum für unterschiedliche zulässige Regelungsinhalte. So zielt etwa auch die beantragte Beachtung der Schutzobergrenze der Roaming-Verordnung auf die Festlegung eines solchen regulatorischen Rahmens, innerhalb dessen weiterhin unterschiedliche zulässige Verhaltensformen privatautonom zwischen den Parteien zu regeln sind.
178. Allein in einem - zumindest theoretisch denkbaren Fall - in dem ein zuteilungskonformes Verhalten nur zu einer einzigen denkbaren zulässigen Reaktionsmöglichkeit führen sollte, wäre der verbleibende Verhandlungsspielraum entsprechend begrenzt. Sollte dies der Fall sein, ist allerdings auch kein Grund erkennbar, weshalb es dem Zuteilungsinhaber gestattet sein sollte, sich einer solchen einzig zulässigen zuteilungsrechtlich verhaltenskonformen Mitnutzungsbedingung zu verweigern. Aber selbst in einem solchen, eher als theoretisch anzusehenden Sonderfall, kann die Beschlusskammer - anders als in dem von der Antragsgegnerin benannten Verfahren nach § 35 TKG - nicht von sich aus und gegen den Willen

der Antragsgegnerin eine solche privatrechtsgestaltende Regelung durch Verwaltungsentscheidung begründen.

179. Unabhängig davon ist zu beachten, dass die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 24.08.2023 im Zusammenhang zur Zulässigkeit der von der Antragstellerin erhobenen hilfsweisen Feststellungsanträge vorträgt, dass das Feststellungsinteresse insoweit fehle, als der Antragstellerin die Möglichkeit zustehe, ihr Begehren mit einer Leistungsklage auf Vorlage eines modifizierten Angebotes zu verfolgen und damit selbst von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Anträge auf Vorlage eines modifizierten Angebotes auszugehen scheint.

3.2.7.3 Vortrag der Beigeladenen zu 8

Auch soweit die Beigeladene zu 8 in ihrer Stellungnahme vom 10.04.2025 zum Entscheidungsentwurf vorträgt, dass die beabsichtigte Vorgehensweise der Beschlusskammer dem von dem Bundesverwaltungsgericht vorgesehen Entscheidungsprozess nicht folgen würde, weil nach den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts die erste Aufforderung zur Vorlage eines modifizierten Angebotes die wesentlichen Vertragsbestandteile nicht festlegen könne, wie dies die Beschlusskammer beabsichtige, so verkennt die Beigeladene zu 8, dass mit der gegenständlichen Aufforderung zur Vorlage eines modifizierten Angebotes gerade noch keine Festlegung der Vertragskonditionen verbunden ist. Für eine solche bedarf es eines Vertragsschlusses zwischen den beiden Vertragsparteien oder einer entsprechenden Anordnungsentscheidung seitens der Beschlusskammer. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 8 liegt eine solche Anordnung mit der gegenständlichen Entscheidung gerade nicht vor. Eine solche käme allenfalls als ultima ratio in Betracht, sofern sich herausstellen sollte, dass eine ggf. wiederholende Verpflichtung zur Vorlage eines modifizierten Angebotes zu keinem Erfolg führen sollte. Dass im Rahmen der Verpflichtung zur Vorlage eines modifizierten Angebotes Vorgaben zu der Zulässigkeit der Ausgestaltung des Angebotes mit – soweit hinsichtlich der Streitfrage nur eine zulässige Vorgehensweise existiert – konkreten Konditionen bzw. – im Fall mehrerer möglicher zulässiger Handlungsoptionen – einem konkreten Konditionenrahmen getroffen werden, ist erforderlich, damit ein Verhandlungsfortschritt erzielt werden kann. Der eigentliche Vertragsschluss ist dann grundsätzlich von den beiden Parteien umzusetzen.

4 Entgelte für das Datenroaming - Ziffer 1.1.a) b.; 2.1.1. und 3.1.(1)

Die Antragsgegnerin hat sich mit Schreiben vom 01.07.2025 mit den unter Ziffer 1.1.a) b. beantragten Regelungen einverstanden erklärt und die beantragten Regelungen rechtsverbindlich anerkannt. Wegen Erfolgs des Hauptantrages ist eine Entscheidung über die Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.1. und 3.1.(1) nicht veranlasst.

5 Entgelte für SMS Ziffer 1.1 a) a.; 2.1.1 u. 3.1.(1)

180. Die Antragsgegnerin hat sich mit Schreiben vom 01.07.2025 mit den unter Ziffer 1.1.a) a. beantragten Regelungen einverstanden erklärt und die beantragten Regelungen rechtsverbindlich anerkannt. Wegen Erfolgs des Hauptantrages ist eine Entscheidung über die Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.1 u. 3.1.(1) nicht veranlasst.

6 Entgelte für Sprache eingehend – Antrag nach Ziffer 1.1.b), 2.1.1. u. 3.1.(1)

181. Die Antragsgegnerin hat sich mit Schreiben vom 01.07.2025 mit den unter Ziffer 1.1.b) beantragten Regelungen einverstanden erklärt und die beantragten Regelungen rechtsverbindlich anerkannt. Wegen Erfolgs des Hauptantrages ist eine Entscheidung über die Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.1 u. 3.1.(1) nicht veranlasst.

7 Entgelte für Sprache abgehend - Ziffer 1.1.c) Var. 1; 1.1.c) Var. 2; 2.1.1. und 3.1.(1)

182. Der Antrag Ziffer 1.1.c) Var. 1 auf Vorlage eines modifizierten Angebotes bei dem die Entgelte für abgehende Sprachdienste das in Art. 4 Delegierten-Verordnung zur Festlegung eines unionsweit einheitlichen maximalen Mobilfunkzustellungsentgelts und eines unionsweit einheitlichen maximalen Festnetzzustellungsentgelts jeweils festgelegten maximale Mobilfunkzustellungsentgelt nicht überschreiten, erweist sich als unzulässig.
183. Dem Hilfsantrag nach Ziffer 1.1.c) Var. 2 auf Begrenzung der Entgelte auf die Schutzobergrenzen der Roaming-Verordnung ist demgegenüber zu folgen.

7.1 Keine gescheiterten Verhandlungen zum Hauptantrag

184. Die Verhandlungen sind nicht gescheitert, soweit die Antragstellerin entsprechend Ziffer 1.1.c) Var. 1 mit ihrem Hauptantrag fordert, dass die Entgelte für abgehende Sprachdienste das in Art. 4 Delegierten-Verordnung zur Festlegung eines unionsweit einheitlichen maximalen Mobilfunkzustellungsentgelts und eines unionsweit einheitlichen maximalen Festnetzzustellungsentgelts jeweils festgelegten maximalen Mobilfunkzustellungsentgelt nicht überschreiten sollen.
185. Im Einzelnen gilt das Folgende:
186. Dem Vorliegen des Tatbestandsmerkmals des Scheiterns der Verhandlungen steht vorliegend nicht entgegen, dass bis zu der entsprechenden Äußerung seitens der Antragsgegnerin in der öffentlich mündlichen Verhandlung, in der diese mitteilte, dass die Antragsgegnerin sich für den Fall, dass sie aufgefordert werde, für die Terminierung der Sprachanrufe niedrigere Entgelte zu verlangen, in Betracht ziehe, für die Leistung der abgehenden Sprachanrufe höhere, als die bislang in den Verhandlungen geforderten Entgelte zu verlangen, vor der Verfahrenseröffnung noch nicht streitig verhandelt worden war.
187. Denn sofern, wie vorliegend, im Laufe des Verfahrens von der Antragsgegnerin ein einseitiges Aufschnüren eines bisherigen vermeintlichen Konsenses erfolgt, so ist ein Einbezug dieses Streitpunktes in das Verfahren zumindest dann zulässig, wenn die Antragsgegnerin ausreichend Möglichkeiten hat, sich zu diesem neuen Streitpunkt in ausreichendem Maße zu verhalten. Dies ist vorliegend der Fall. Die Antragsgegnerin hat eine Erhöhung der Entgelte für abgehende Sprachverbindungen über den bisher geforderten Wert selber in der öffentlich mündli-

chen Verhandlung aufgebracht und thematisiert. Zugleich hat die Antragsgegnerin auch die Möglichkeit genutzt, auf eine entsprechende Änderung des Antrages durch eine neue Stellungnahme zu reagieren.

188. Andernfalls, das bedeutet, wenn ein Einbezug in ein laufendes Streitschlichtungsverfahren im Falle eines einseitigen Wiederaufschnürens von vermeintlichen Konsenspunkten nicht mehr möglich wäre, würde es die Antragsgegnerin eines Streitschlichtungsverfahrens in der Hand haben, durch strategisches Verhalten eine Streitlösung ad infinitum zu verlängern, indem vermeintliche Konsenspunkte Stück für Stück wieder streitig gestellt werden.
189. Unzulässig ist es allerdings, wenn die Antragstellerin, wie vorliegend, nun ihrerseits mit ihrem Hauptänderungsantrag nach Ziffer 1.1.c) Var. 1 eine Begrenzung der Entgelte für eine im Verfahren wieder aufgeschnürte Position noch über den zuvor vermeintlich getroffenen Konsens hinaus weiter zu reduzieren sucht, wie dies vorliegend im Zusammenhang mit dem Antrag auf Begrenzung der Entgelte auf die Vorgaben der Delegierten-VO von der Antragstellerin beantragt wird. Hier überwiegen die Interessen der Antragsgegnerin, dass die Streitgegenstände zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens und auch vor der Durchführung der öffentlich mündlichen Verhandlung grundsätzlich umfassend benannt sind.

7.2 Anerkenntnis des Hilfsantrages nach Ziffer 1.1c) Var. 2

190. Die Antragsgegnerin hat sich mit Schreiben vom 01.07.2025 mit den unter Ziffer 1.1c) Var. 2 beantragten Regelungen einverstanden erklärt und die beantragten Regelungen rechtsverbindlich anerkannt. Wegen Erfolgs des Hauptantrages ist eine Entscheidung über die Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.1 u. 3.1.(1) nicht veranlasst.

8 (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Neuverhandlung – Antrag nach Ziffer 1.2 u.a.

8.1 Hauptantrag nach Ziffer 1.2

191. Der Antrag auf Vorlage eines modifizierten Angebotes mit einem (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Neuverhandlungsgebot nach Ziffer 1.2 des Hauptantrages erweist sich als unzulässig und unbegründet.

8.1.1 Keine Verhandlungen über ein reines Nachverhandlungsgebot

192. (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**.
193. **BuGG**.

8.1.2 Begründetheit

194. Die Forderung erweist sich zugleich als unbegründet.
195. Festzuhalten ist, dass die einfache Verpflichtung zur Neuverhandlung in den Frequenzbedingungen mit dem Verhandlungsgebot bereits implementiert ist, worauf die Antragsgegnerin zu Recht hinweist.
196. Mit den Anforderungen von diskriminierungsfreien Verhandlungen und dem Erfordernis der Ernsthaftigkeit dieser Verhandlungen mit der Intention eines Vertragsabschlusses mit geeigneten Diensteanbietern hat die Präsidentenkammer einen hinreichenden Rahmen für die Verhandlungsführung gesetzt.
197. Für das hier beantragte qualifizierte Verhandlungsgebot mittels der besonderen Betonung bestimmter objektiver Kriterien, die bei der Verhandlungsführung insbesondere zu beachten sein sollen, findet sich in der PKE dementsprechend auch keine Grundlage. Zu beachten ist hierbei, dass grundsätzlich auch andere Kriterien, wie etwa das Verhältnis von Netzinvestitionen und dem Wachstum der über das Netz transportierten Datenrate, denkbare Anhaltspunkte für die Aktualisierung von kommerziellen Zugangsbedingungen im Rahmen von Neuverhandlungen bieten können. Maßgeblich ist, dass die neu zu verhandelnden Entgelte den Marktauftritt des Diensteanbieters kommerziell ermöglicht und seine Wettbewerbsfähigkeit nicht unbillig einschränkt. Eine weitergehende Vorfestlegung auf bestimmte Bedingungen bei der Verhandlungsführung würde den möglichen und beabsichtigten Spielraum insoweit in unzulässiger Weise einengen und verkürzen.
198. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, warum die von der Antragsgegnerin (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** ohne die von der Antragstellerin gewünschten Vorgaben unangemessen sein soll. Dies gilt insbesondere vor dem

Hintergrund, dass eine offene Klausel die Möglichkeit belässt, sämtliche relevanten Aspekte zu berücksichtigen.

8.1.3 **Stellungnahme der Antragstellerin vom 10.04.2025**

199. Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass im Rahmen der Verhandlungen unter dem Begriff der „Indexklausel“ nicht eine automatische Preisanpassungsklausel zu verstehen sei, sondern als vertragliches Gebot zur Verhandlungsführung mit einer Klausel mit „Bezug zu objektiven Kriterien“, so würde auch dies zu keinem anderen Ergebnis führen, da weder die Antragstellerin vorträgt, noch ansonsten aus den vorgelegten Verhandlungsprotokollen erkennbar ist, dass über die in dem Antrag als Beispiel aufgeführten konkreten „objektiven Kriterien“, wie eben der jährlichen Wachstumsraten für die Datennutzung pro aktiver SIM-Karte in Deutschland bzw. die in den Jahresberichten der Bundesnetzagentur veröffentlichten Daten zu den genannten Marktentwicklungen verhandelt worden wäre, so dass auch in einem solchen Fall die Zulässigkeit nicht gegeben wäre.
200. Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass anders als im Entwurf zugrunde gelegt, die Hervorhebung objektiver Kriterien als Grundlage für Nachverhandlungen nicht dazu führe, dass andere Parameter wie das Wachstum der über das Netz transportierten Datenraten oder das Verhältnis von Netzinvestitionen in den Nachverhandlungen nicht berücksichtigt werden könnten, so trifft dies zu. Allerdings werden die von der Antragstellerin ausdrücklich benannten Kriterien durch die Hervorhebung als mit zu beachtende Kriterien verbindlich vorgegeben und dadurch zugleich im Rahmen einer möglichen Abwägung mit anderen Kriterien, die nicht benannt sind, betont und damit hervorgehoben. Eine solche verbindliche Qualifizierung für bestimmte Kriterien ist durch die Vorgaben der PKE allerdings nicht gedeckt.
201. Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass das Verhandlungsgebot entgegen der Formulierung in dem Entwurf keine „einfache Verpflichtung zur Neuverhandlung“, enthalte, sondern nach Abschluss eines Vorleistungszugangsvertrags nur dann gelte, wenn vertraglich Nachverhandlungen vorgesehen seien, oder wenn diese nach Treu und Glauben nicht mehr abgelehnt werden dürften, was sich aus der folgenden Klarstellung der Präsidentenkammer im Rahmen der in diesem Jahr veröffentlichten Präsidentenkammerentscheidung ergebe, führt dies ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis.
202. Soweit in dem Entscheidungsentwurf die Formulierung von der „einfachen Verpflichtung zur Neuverhandlung“ verwendet worden ist, erfolgte dies in Abgrenzung zu der von der Antragstellerin begehrten Verpflichtung zur qualifizierten Neuverhandlungspflicht, die für die Neuverhandlung bestimmte aufgezählte Kriterien

berücksichtigen sollte. Die von der Antragstellerin benannten Kriterien finden sich in der PKE gerade nicht.

203. Zutreffend ist schließlich, dass in den Gründen zu der neuen PKE-2025 darauf hingewiesen wird, dass eine (einfache) Verpflichtung zur Neuverhandlung vertraglich abgesichert werden kann oder aber wegen veränderter Rahmenbedingungen nach Treu und Glauben schlechterdings nicht mehr verweigert werden könne. Sofern dieses Verständnis, wie von der Antragstellerin vertreten, auch für die gegenständlich in Rede stehende Verhandlungspflicht Geltung beanspruchen sollte, was die Beschlusskammer als zutreffend erachtet, bedeutet dies zugleich, dass im Falle einer fehlenden vertraglichen Regelung nach den Vorgaben der PKE allein im Falle von entsprechend hohen Anforderungen nach Treu und Glauben eine Neuverhandlung gefordert werden kann. Dies bedeutet aber auch zugleich, dass eine Weigerung des Lizenznehmers, eine vertragliche Regelung für Neuverhandlungen mit aufzunehmen, grundsätzlich zulässig ist, da die Schwelle der Unangemessenheit erst dann überschritten ist, wenn sich die Weigerung zu Neuverhandlungen schlechterdings als unvereinbar mit dem Grundsatz von Treu und Glauben erweisen sollte. Dass diese Schwelle bereits grundsätzlich überschritten sein soll, wenn sich der Lizenznehmer auf keine (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Neuverhandlung, sondern etwa nur auf einen (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**Rhythmus zur Neuverhandlung einlässt, ist nicht erkennbar. Letztlich scheitert der gegenständliche Antrag in materieller Hinsicht allerdings bereits, wie ausgeführt, daran, dass in den Gründen der PKE keine Verpflichtung zu einer qualifizierten Neuverhandlungspflicht enthalten ist.

8.2 Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.2 sowie Ziffer 3.1 (3)

204. Über die gestellten Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.2 und 3.1 (3) ist entsprechend zu entscheiden. Auch mit diesen fordert die Antragstellerin in der Sache ein qualifiziertes Verhandlungsgebot. Demgegenüber stellt das Fehlen einer solchen vertraglichen Regelung aus den oben genannten Gründen keinen Verstoß gegen das Verhandlungsgebot dar.

9 Ausschluss von Funktechnologien Ziff. 1.3. a); 2.1.3 a) und 3.1.(6)

205. Entsprechend dem Antrag zu 1.3 a) hat die Antragsgegnerin das modifizierte Angebot technologieneutral auszugestalten und in diesem Sinne ein Angebot vorzulegen, das keine Funktechnologien, wie z.B. 5G und Zukunftstechnologien, ausschließt. Der entsprechende Antrag erweist sich als zulässig und begründet.

9.1 Vorhergehendes erfolgloses Verhandeln

206. (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG.
 207. BuGG.
 208. BuGG,
 209. BuGG.
 210. BuGG.
 211. BuGG.
 212. BuGG.

9.2 Keine Erledigung nach Beginn des Verfahrens

213. Der Antrag zu 1.3 a) hat sich nach Beginn des Streitbeilegungsverfahrens nicht erledigt. Eine Einigung zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin steht in diesem Punkt weiterhin aus.
214. Insbesondere ist eine Erledigung durch die Erklärungen der Antragsgegnerin vom 8.8.2023 und 24.8.2023 noch nicht eingetreten. Mit Schriftsatz vom 8.8.2023, S. 35, hat sich die Antragsgegnerin dazu bereit erklärt, der Antragstellerin den Zugang zu 5G-Vorleistungsprodukten nach Maßgabe weiterer Bedingungen zu gewähren. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 24.8.2023, S. 15, zugestanden, dass der von der Antragstellerin beanstandete Ausschluss von Zukunftstechnologien ersatzlos entfallen könne. Sie erkläre sich bereit, dies zu streichen.
215. Mit diesen Erklärungen hat die Antragsgegnerin ihre ablehnende Haltung gegenüber der Forderung des Antrags zu 1.3 a) in der Sache zwar bereits aufgegeben. Allerdings hat sich dieser Antrag hierdurch noch nicht erledigt. Das mit dem Antrag begehrte modifizierte Angebot hat die Antragsgegnerin mit ihren Erklärungen vom 8.8.2023 und 24.8.2023 nicht vorgelegt; erst recht hat die Antragstellerin ein solches bislang noch nicht angenommen. Stattdessen hat sich die Antragsgegnerin lediglich dazu „bereiterklärt“, ihr Angebot in den beanstandeten Punkten anzupassen. In diesem Sinne handelt es sich bei den Erklärungen der Antragsgegnerin

allenfalls um die Ankündigungen der Modifizierung ihres Angebots, nicht aber schon um die begehrte Modifizierung selbst.

216. (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG.

9.3 Begründetheit

217. Die Forderung der Antragstellerin nach Verhandlungen über einen technologie-neutralen Zugang, der keine Funktechnologien, wie z.B. 5G und Zukunftstechnologien, ausschließt, ist berechtigt. Soweit die Antragsgegnerin in ihrem Vertragsangebot auf den Ausschluss bestimmter Funktechnologien besteht, ist dies ein Verstoß gegen das Verhandlungsgebot.

218. Die Grundlage für den Erlass der tenorierten Verpflichtung sind die Ziffern II.10 des Zuteilungsbescheides vom 10.06.2020 (Frequenzbereich 3.540 MHz - 3.610 MHz) sowie gemäß Ziffer II.9. des Zuteilungsbescheides vom 14.12.2020 (Frequenzbereich 2 GHz) nach § 55 TKG (2004). Demnach haben Zuteilungsinhaber mit geeigneten Diensteanbietern über die Mitnutzung von Funkkapazitäten zu verhandeln. Die Verhandlungen sollen diskriminierungsfrei sein und die bereitzustellenden Kapazitäten nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränkt werden. Das in dem Zuteilungsbescheid aufgeführte Verhandlungsgebot verbietet es, nachgefragte Leistungen an unbillige Konditionen zu knüpfen, vgl. Randnummer 498 der PKE.

9.3.1 Antragsgegnerin Adressat des Verhandlungsgebots

219. Die Antragsgegnerin ist als Zuteilungsinhaberin nach Ziffer II.10 des Zuteilungsbescheides vom 10.06.2020 (Frequenzbereich 3.540 MHz - 3.610 MHz) sowie gemäß Ziffer II.9. des Zuteilungsbescheides vom 14.12.2020 (Frequenzbereich 2 GHz) Verpflichtete des Verhandlungsgebots.

9.3.2 Antragstellerin als MVNO Begünstigte des Verhandlungsgebots

220. Die Antragstellerin ist eine geeignete Diensteanbieterin im Sinne von Ziffer II.10 des Zuteilungsbescheides vom 10.06.2020 (Frequenzbereich 3.540 MHz - 3.610 MHz) sowie gemäß Ziffer II.9. des Zuteilungsbescheides vom 14.12.2020 (Frequenzbereich 2 GHz) bzw. Ziffer III.4.15 der Präsidentenkammerentscheidung und damit Begünstigte des Verhandlungsgebots für Diensteanbieter. Ihrer Stellung als Begünstigte der Frequenzauflage steht insbesondere auch nicht entgegen, dass sie als MVNO auf dem Markt auftreten will.

9.3.3 Begriff des Diensteanbieters in der PKE umfasst auch MVNO

221. Der Begriff des Diensteanbieters im Sinne der Ziffer II.10 des Zuteilungsbescheides vom 10.06.2020 sowie gemäß Ziffer II.9. des Zuteilungsbescheides vom 14.12.2020 bzw. Ziffer III.4.15 des Tenors der PKE III umfasst grundsätzlich auch Anbieter von Telekommunikationsdiensten, die als virtuelle Mobilfunknetzbetreiber tätig sind, wie dies bei der Antragstellerin der Fall ist,

vgl. hierzu auch bereits die Ausführungen in dem Beschluss BK2b-21/005, Beschluss vom 14.10.2021, Rn. 169ff.

222. Gemäß dem Verhandlungsgebot haben

„Zuteilungsinhaber [...] mit „geeigneten“ Diensteanbietern über die Mitbenutzung von Funkkapazitäten zu verhandeln, damit diese funkbasierte Dienste im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erbringen können. Die von den Zuteilungsinhabern bereitzustellenden Kapazitäten für Mobilfunkdienste sollen nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränkt werden. [...] Für die Bereitstellung von Mobilfunkkapazitäten und Diensten gelten die Grundsätze der Technologie- und Diensteneutralität, da auch die Frequenzen technologie- und diensteneutral zugeteilt sind. Den Diensteanbietern soll im Rahmen dessen nicht nur der Wiederverkauf, sondern die Entwicklung eigener innovativer Produkte ermöglicht werden. Im Wesentlichen gilt das Verhandlungsgebot hiernach für Unternehmen, die im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Mobilfunkdienste anbieten und hierbei nicht über eigene Mobilfunknetz-Infrastruktur verfügen. [...] MVNO sind zwar dem Wortlaut des § 3 Nr. 6 TKG nach erfasst, sind jedoch besonders zu behandeln. Die Anbindung eines MVNO an das Netz eines Zuteilungsinhabers ist mit hohen Anforderungen verbunden (z.B. physische Verbindung der Netze). Dies könnte – insbesondere bei einer potenziellen Vielzahl von MVNO – zu hohen Belastungen der Zuteilungsinhaber führen und potenziell Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Zuteilungsinhabers betreffen“, PKE Rn. 493ff.

223. Dies wird nachfolgend weiter konkretisiert.

„Insbesondere betrifft die Diensteanbieterregelung nur geeignete Diensteanbieter. Daher gilt das Verhandlungsgebot nicht dahingehend, jedem Interessenten Kapazitäten zu gewähren. Soweit im Einzelfall eine Zusammenarbeit unzumutbar ist oder der Zuteilungsinhaber befürchtet, dass der Diensteanbieter die Kapazitäten für sachfremde Zwecke verwenden könnte, kann die Zusammenarbeit verweigert, beendet oder vertraglich eingeschränkt werden“, PKE Rn. 534.

9.3.4 Eigenschaft als MVNO steht Geeignetheit nicht entgegen

224. Die Antragstellerin muss also als geeignete Diensteanbieterin klassifiziert werden, um Begünstigte des Verhandlungsgebots zu sein. Entgegen der Auffassung der

Beigeladenen zu 8 steht der grundsätzlichen „Geeignetheit“ der Antragstellerin vorliegend nicht entgegen, dass sie einen Zugang als MVNO begehrt. Dies ergibt sich auch und gerade aus einer Gesamtschau der PKE mit den Erwägungen des BVerwG.

9.3.4.1 Grundsatz der Technologie- und Diensteneutralität

225. Dass das Verhandlungsgebot grundsätzlich auch für MVNO gilt, ergibt sich bereits aus dem in der PKE aufgestellten Grundsatz der Technologie- und Diensteneutralität. Hiernach sollen die von den Zuteilungsinhabern bereitzustellenden Kapazitäten ausdrücklich nicht auf bestimmte Dienste beschränkt werden, damit den Diensteanbietern nicht nur der Wiederverkauf, sondern auch die Entwicklung eigener innovativer Produkte ermöglicht werden kann,

vgl. PKE Rn. 494.

226. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Zugang zum Netz eines Mobilfunknetzbetreibers eher geeignet ist, die Innovationskraft der Zugangsnachfrager zu fördern, wenn dieser auf niedriger Wertschöpfungsebene gewährt wird.
227. Eine Entwicklung „eigener innovativer Produkte“ ist für Diensteanbieter, denen Zugang auf höherer bzw. höchster Wertschöpfungsebene gewährt wird, tatsächlich kaum möglich, sodass die PKE mit dieser Formulierung gerade auch Geschäftsmodelle, wie das eines MVNO, grundsätzlich vom Verhandlungsgebot umfasst sehen will.

9.3.4.2 Aussagen des BVerwG

228. Auch die weiteren Erwägungen der PKE ergeben unter Berücksichtigung der Wertungen des BVerwG, dass MVNO im Grundsatz als Begünstigte des Verhandlungsgebots anzusehen sind.
229. Das Bundesverwaltungsgericht stellt in seiner Auseinandersetzung mit der Reichweite des Verhandlungsgebots der PKE fest:

„Die Verhandlungspflicht der Zuteilungsinhaber besteht zum einen nur gegenüber „geeigneten“ Diensteanbietern. Nach der Begründung der Präsidentenkammerentscheidung müssen nicht jedem Interessenten Kapazitäten gewährt werden.

Soweit im Einzelfall eine Zusammenarbeit unzumutbar sei oder der Zuteilungsinhaber befürchte, dass der Diensteanbieter die Kapazitäten für sachfremde Zwecke verwenden könnte, soll die Zusammenarbeit verweigert, beendet oder vertraglich eingeschränkt werden können [...]. Als ein Grund für die Unzumutbarkeit sollen etwa technische Schwierigkeiten bei der Zusam-

menschaltung anzusehen sein. Dies folgt daraus, dass sich nach der Begründung im Wesentlichen nur Unternehmen auf das Verhandlungsgebot stützen können, die im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Mobilfunkdienste anbieten und hierbei nicht über eigene Mobilfunknetz-Infrastruktur verfügen. Unternehmen mit eigenen Netzbestandteilen („Mobile Virtual Network Operators“, MVNO) seien zwar dem Wortlaut des § 3 Nr. 6 TKG nach erfasst, jedoch besonders zu behandeln. Die Anbindung eines MVNO an das Netz eines Zuteilungsinhabers sei – z.B. mit Blick auf die physische Verbindung der Netze – mit hohen Anforderungen verbunden. Dies könne auch – insbesondere bei einer potentiellen Vielzahl von MVNO – zu hohen Belastungen der Zuteilungsinhaber führen und potentiell Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Zuteilungsinhabers betreffen [...]“,

BVerwG Ur. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BeckRS 2021, 44554 Rn. 59.

230. Hieraus folgert das Gericht schlussendlich:

„[...] dass der Begriff der „geeigneten“ Diensteanbieter i.S.d. Ziffer III. 4.15 grundsätzlich nur Unternehmen erfasst, die im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Mobilfunkdienste anbieten und deren Zugangsbegehren keine zusätzlichen Anpassungsmaßnahmen zur Anbindung von Netzbestandteilen voraussetzen oder aus vergleichbaren Gründen zu erhöhten Belastungen für den betreffenden Zuteilungsinhaber führen.“,

a.a.O.

9.3.4.3 Auslegung der BVerwG-Entscheidung durch MNO

231. Die MNO sind der Auffassung, dass (Full)MVNO jedenfalls im Grundsatz nicht von dem Verhandlungsgebot nach Ziffer III.4.15 der PKE umfasst seien. Deshalb habe die Antragstellerin vorliegend darzustellen, aus welchen spezifischen Gründen sie ausnahmsweise eine geeignete Diensteanbieterin im Sinne des Verhandlungsgebots sei, obwohl sie ausdrücklich einen MVNO-Zugang nachfrage.
232. Die PKE habe eine deutliche Unterscheidung zwischen Diensteanbietern und MVNO getroffen, was sich insbesondere daraus ergebe, dass gemäß der Ziffern 496 und 497 der PKE, das Verhandlungsgebot im Wesentlichen für Unternehmen gelte, die nicht über eigene Mobilfunknetz-Infrastruktur verfügten, wohingegen MVNOs besonders zu behandeln seien, weil die Anbindung eines MVNO mit hohen Anforderungen verbunden sei, was insbesondere bei einer potentiellen Vielzahl von MVNO zu hohen Belastungen der Zuteilungsinhaber führen könne.
233. Nach Ansicht der MNO seien diese Ausführungen inzwischen vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt worden, womit gleichzeitig die Auslegung des Verhandlungsgebots der Beschlusskammer 2 im Verfahren BK2b-21-005 nicht mehr aufrechterhalten werden könne. Hiernach sei es zwar nicht gänzlich ausgeschlossen,

dass sich auch ein (Full)MVNO auf das Verhandlungsgebot berufen könne. Allerdings gelte dies nur dann, wenn der geforderte MVNO-Zugang keine zusätzlichen Anpassungsmaßnahmen erfordere und auch nicht zu anderen erhöhten Belastungen für den Zuteilungsinhaber führe. Im Allgemeinen seien zur Anbindung jedoch aufwändige technische Anpassungsmaßnahmen erforderlich, zudem sei auch die Verhandlung der Konditionen mit einem ungleich höheren personellen Aufwand verbunden als dies bei einem Diensteanbieter der Fall sei. Es sei an der Antragstellerin darzulegen, dass sich dies hier ausnahmsweise anders verhalte. Das vorliegende Verfahren und die Vielzahl der von der Antragstellerin als streitig aufgeworfenen Punkte würden den hohen Aufwand, der mit einem MVNO-Zugang verbunden sei, belegen.

234. Nach dem Gesagten werde der Grundsatz, dass die Nachfrage eines MVNO nicht die Nachfrage eines geeigneten Diensteanbieters darstelle, nach den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts demnach nur dann durchbrochen, wenn keine zusätzlichen Anpassungsmaßnahmen zur Anbindung von Netzbestandteilen vorausgesetzt würden und auch keine vergleichbaren Gründe zu erhöhten Belastungen für den betreffenden Zuteilungsinhaber führten. Ein MVNO sei demnach entgegen der Rechtsauffassung der Beschlusskammer nicht erst dann ungeeignet, wenn im Einzelfall nachgewiesen sei, dass bereits die konkrete und ggf. erste Nachfrage eines MVNO zu hohen Belastungen eines Zuteilungsinhabers führe.
235. Schlussendlich sei es damit Aufgabe der Antragstellerin darzulegen, dass ihre Nachfrage ausnahmsweise die Anfrage eines geeigneten Diensteanbieters sei.

9.3.4.4 Auslegung der PKE

236. Nach Ansicht der Beschlusskammer handelt es sich bei MVNO grundsätzlich um geeignete Diensteanbieter, die sich auf das in der PKE tenorierte Verhandlungsgebot berufen können. Diese Erwägungen werden auch durch die bereits genannte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts gestützt.
237. Es kann nicht überzeugen, wenn die Beigeladene zu 8 vorträgt, dass die Auslegung des Verhandlungsgebots der Beschlusskammer in dem Verfahren BK2b-21-005 nach den Erwägungen des BVerwG nicht mehr aufrechterhalten werden könne.
238. In dem genannten Verfahren ist die Beschlusskammer 2 zu der Auffassung gelangt, dass der in Ziffer III. 4.15 des Tenors der PKE enthaltene Begriff des Diensteanbieters grundsätzlich auch Anbieter von Telekommunikationsdiensten, die als virtuelle Mobilfunknetzbetreiber tätig sind, umfasst. Die dort angeführten Erwägungen behalten auch für das vorliegende Verfahren ihre Gültigkeit.

239. Insbesondere gilt weiterhin, dass hätte sich die Präsidentenkammer in den Gründen für eine Begrenzung auf Diensteanbieter ohne eigene Infrastruktur aussprechen wollen, dann hätte sie hierfür dem objektiven Empfängerhorizont nach gerade nicht die Begriffe „Im Wesentlichen“ und „besonders behandeln“ verwendet, sondern von einer „ausschließlichen“ Geltung des Verhandlungsgebots für Anbieter ohne eigene Infrastruktur und einer „anderen Behandlung“ statt einer „besonderen Behandlung“, sprechen müssen.
240. Entgegen der Ansicht der Beteiligten werden die in dem Verfahren BK2b-21-005 zum Ausdruck gebrachten Erwägungen durch die im Nachgang veröffentlichte Entscheidung des BVerwG nicht widerlegt, sondern untermauert.
241. So gibt das BVerwG in seiner Auseinandersetzung mit dem Begünstigtenkreis des Verhandlungsgebots zunächst einmal ausdrücklich die in der PKE vorgenommene Begründung des Verhandlungsgebots wieder und trifft auch durch die sich anschließenden Ausführungen keinerlei Aussagen, die der von der Beschlusskammer vorgenommenen Auslegung des Begriffs der geeigneten Diensteanbieter entgegenstehen könnten,
- a.a.O.*
242. So statuiert das BVerwG im Anschluss an die wiederholten Erwägungen der PKE in seiner Entscheidung im Ergebnis zwei kumulative Voraussetzungen, für die Feststellung der Geeignetheit von Diensteanbietern:
243. Zum einen sollen grundsätzlich nur Unternehmen geeignete Diensteanbieter sein, die im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Mobilfunkdienste anbieten. Da MVNO sowohl im eigenen Namen als auch auf eigene Rechnung tätig werden, erfüllen sie diese Voraussetzung ohne Weiteres.
244. An dieser Stelle fällt bereits auf, dass das Bundesverwaltungsgericht somit auf das in der PKE enthaltene Erfordernis, dass Unternehmen, die sich auf das Verhandlungsgebot berufen, grundsätzlich nicht über eigene Mobilfunknetz-Infrastruktur verfügen dürfen, verzichtet. Nach Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts ist es mithin für eine Einordnung des antragstellenden Unternehmens als „geeigneter“ Diensteanbieter nicht entscheidend, ob der Diensteanbieter über eine eigene Mobilfunknetz-Infrastruktur verfügt. Demnach sind MVNO im Rahmen der ersten durch das Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Voraussetzung grundsätzlich als geeignete Diensteanbieter zu klassifizieren.
245. Zweitens sind gemäß der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im Sinne von Ziffer III. 4.15 der PKE grundsätzlich nur Diensteanbieter als geeignet einzustufen, deren Zugangsbegehren keine zusätzlichen Anpassungsmaßnahmen zur Anbindung von Netzbestandteilen voraussetzen oder aus vergleichbaren Gründen zu erhöhten Belastungen für den betreffenden Zuteilungsinhaber führen.

Wann genau „zusätzliche Anpassungsmaßnahmen“ vorliegen oder was „vergleichbare Gründe“ sind, die zu „erhöhten Belastungen“ führen können, wird nicht spezifiziert, sodass eine Auslegung stattzufinden hat.

246. Zunächst einmal lässt sich dem Wortlaut der Entscheidung des BVerwG entnehmen, dass das Erfordernis von vorzunehmenden Anpassungsmaßnahmen durch den Zuteilungsinhaber nicht grundsätzlich zu einem Ausschluss der „Geeignetheit“ eines Diensteanbieters führen kann. Vielmehr geht das BVerwG – anknüpfend an die von ihm gewählte Formulierung „zusätzlich“ – von einem Mindestmaß an Anpassungsmaßnahmen aus, die ohnehin bei der Anbindung von Netzbestandteilen anfallen. Mithin können „zusätzliche“ Anpassungsmaßnahmen erst dann angenommen werden, wenn sie über ein gewisses Maß hinausgehen.
247. Fernliegend ist es dann aber davon auszugehen, dass es bei der Anbindung von MVNO grundsätzlich zu zusätzlichen Anpassungsmaßnahmen kommen soll. Schließlich wäre es widersprüchlich, wenn das Bundesverwaltungsgericht im Unterschied zur PKE seine erste Voraussetzung bezüglich der Geeignetheit von Diensteanbietern zugunsten von MVNO erweitert, um sie aber sodann auf zweiter Ebene wiederum grundsätzlich als geeignete Diensteanbieter auszuschließen.
248. Unterstützt wird diese Auslegung durch den Wortlaut des unmittelbar in Rn. 59 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts nachfolgenden Halbsatzes, indem es heißt, dass ein Diensteanbieter auch dann nicht geeignet sein soll, wenn
- „aus vergleichbaren Gründen [...] erhöhte[] Belastungen für den betreffenden Zuteilungsinhaber“*
249. entstehen. Aufgrund der ausgedrückten Gleichwertigkeit der formulierten Alternativen müssen mithin auch zusätzliche Anpassungsmaßnahmen zu einer erhöhten Belastung für den betreffenden Zuteilungsinhaber führen, um die Geeignetheit eines Diensteanbieters verneinen zu können.
250. Dass bei der Anbindung eines MVNO nicht stets von erhöhten Belastungen für den Zuteilungsinhaber ausgegangen werden kann, ergibt sich auch aus den weiteren Erwägungen der PKE, die vom BVerwG ausdrücklich aufgegriffen werden, wonach die Anbindung eines MVNO
- „ – insbesondere bei einer potenziellen Vielzahl von MVNO – zu hohen Belastungen des Zuteilungsinhabers führen [könnte][...]“*
- PKE Rn. 497 sowie BVerwG Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BeckRS 2021, 44554 Rn. 59.*
251. Die Verwendung des Konjunktivs verdeutlicht, dass bei der Anbindung von MVNO zwar die Möglichkeit einer hohen Belastung für Zuteilungsinhaber besteht, diese aber selbst bei der Anbindung vieler MVNO keinesfalls zwingende Konsequenz

ist. Indiziert ist demnach eine Einzelfallprüfung der Ungeeignetheit eines MVNO, sodass MVNO im Grundsatz als geeignete Diensteanbieter anzusehen sind.

9.3.4.5 Weitergehende Ausführungen der BNetzA

252. Auch in dem Konsultationspapier „Bedarfsaktualisierung und Rahmenbedingungen einer Übergangsentscheidung für die Bereitstellung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz für den Ausbau digitaler Infrastrukturen“ der Präsidentenkammer zu dem laufenden Frequenzvergabeverfahren 2025, S. 29f., heißt es, dass die dort dargestellten Erwägungen hinsichtlich der Ausgestaltung des Verhandlungsgebots grundsätzlich auch für MVNO gelten. Weiter heißt es:

*„Eine Anbindung des jeweiligen MVNO an das Netz eines Zuteilungsinhabers **kann** aber mit erhöhten technischen Anforderungen verbunden sein. Mit Blick auf diese Besonderheiten erscheint es angezeigt, bei MVNO jeweils eine Einzelfallbetrachtung nach Maßgabe des Grundsatzes der Diskriminierungsfreiheit vorzunehmen.“ (Hervorhebungen nur hier)*

253. An der Formulierung „kann“ zeigt sich auch hier, dass die Anbindung eines MVNO nicht zwangsläufig mit erhöhten technischen Belastungen einhergeht, sondern dies nur im Bereich des Möglichen liegt. Allein technische Belastungen der Zuteilungsinhaber sollen zudem für die Frage der Geeignetheit eines MVNO nicht ausschlaggebend sein, maßgeblich ist vielmehr, dass diese bei MVNO erhöht sein können, sodass eine Einzelfallprüfung indiziert ist.

254. Des Weiteren ist hervorzuheben, dass es unter Ziffer III. 2 Nr. 10 a) Diensteanbieter des Konsultationsentwurfs einer Entscheidung über die Nichtanordnung eines Vergabeverfahrens und Verlängerung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz sowie einer Entschließung zur späteren Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens mit dem Aktenzeichen BK1-22/001 heißt:

*„Jeder Zuteilungsinhaber hat mit geeigneten Diensteanbietern **und MVNO** über die Mitnutzung von Funkkapazitäten zu verhandeln [...]. (Hervorhebungen nur hier)*

255. In der Begründung zu diesem Punkt heißt es weiter:

*[...]„Angesichts der zunehmenden Bedeutung von MVNO für den Wettbewerb auf der Mobilfunkvorleistungsebene und der bisherigen Erfahrungen aus Schlichtungs- und Streitbeilegungsverfahren im Zusammenhang mit dem Verhandlungsgebot **stellt die Präsidentenkammer klar, dass das Verhandlungsgebot ausdrücklich auch zugunsten geeigneter MVNO gilt.**“[...]*

Zwar kann **im Einzelfall** nicht ausgeschlossen werden, dass die Anbindung eines MVNO an das (Zugangs-)Netz eines Mobilfunknetzbetreibers mit nicht unerheblichen technischen Hürden verbunden ist. Aus den Erfahrungen mit dem Verhandlungsgebot zeigt sich aber, **dass solche technischen Hürden in aller Regel überwunden werden können**. Die Kammer ist davon überzeugt, dass Marktbeteiligte in privatautonomen Verhandlungen sich grundsätzlich auf praktikable Anbindungskonzepte von MVNO-Netzen an Mobilfunkzugangsnetze einigen können. **Es bleibt den Mobilfunknetzbetreibern unbenommen, im Einzelfall darzulegen, dass die Anbindung eines MVNO an das eigene Netz insbesondere derart gewichtige technische Hürden mit sich bringt, die gegen eine Geeignetheit des jeweiligen MVNO als Diensteanbieter sprechen.** (Hervorhebungen nur hier)

BK1-22/001, S. 73.

256. Folglich gilt, dass MVNO ausdrücklich als vom Verhandlungsgebot umfasst benannt werden. Durch die von der Präsidentenkammer gewählte Formulierung der „Klarstellung“ wird gleichzeitig deutlich, dass geeignete MVNO im Grundsatz auch von Ziffer III.4.15 der hier zugrunde liegenden PKE bereits erfasst gewesen sind. Schließlich meint das Verb „klarstellen“ nach allgemeiner Wortbedeutung nichts anderes, als nachdrücklich bzw. jemandes falsche Vorstellung in Bezug auf etwa ein Missverständnis bzw. jemandes falsche Vorstellung in Bezug auf etwas beseitigen.
257. Darüber hinaus wird pointiert, dass die MNO lediglich im Einzelfall darlegen können, dass die Anbindung eines MVNO an das eigene Netz derart gewichtige technische Hürden mit sich bringt, dass die Geeignetheit eines MVNO verneint werden kann. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch, dass im Grundsatz von der Geeignetheit der MVNO auszugehen ist und das Verhandlungsgebot somit grundsätzlich auch für MVNO Geltung beansprucht, wobei eine Einzelfallprüfung aufgrund des möglichen technischen Aufwands angezeigt ist.

Die weitergehenden Aussagen der Bundesnetzagentur zu der aufgeworfenen Fragestellung untermauern demnach die Auslegung des Verhandlungsgebots durch die Beschlusskammer.

9.3.4.6 Einschränkung des Verhandlungsgebots nur im Einzelfall

258. Die vorangegangenen Punkte werden des Weiteren dadurch unterstützt, dass die PKE das Verhandlungsgebot nur dahingehend einschränkt, dass nicht jedem Interessenten Kapazitäten gewährt werden müssen. (Nur) soweit eine Zusammenarbeit im Einzelfall unzumutbar ist, kann die Zusammenarbeit verweigert, beendet oder vertraglich eingeschränkt werden. Diese Passage wird auch durch das Bundesverwaltungsgericht Bezug nehmend zitiert,

vgl. PKE Rn. 534; BVerwG Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BeckRS 2021, 44554 Rn. 59.

259. Dementsprechend soll von dem Grundsatz des Verhandlungsgebots lediglich im Einzelfall abgewichen werden dürfen, wenn eine Unzumutbarkeit der Zusammenarbeit festgestellt werden kann. Ein kategorischer Ausschluss des Verhandlungsgebots für eine bestimmte Gruppe von Diensteanbietern wie beispielsweise MVNO würde diese Einzelfallprüfung der Unzumutbarkeit konterkarieren. Wäre eine solche gewollt gewesen, hätte sie vielmehr explizit statuiert werden können bzw. müssen. Es ist deshalb letztlich nicht überzeugend, dass MVNO grundsätzlich als geeignete Diensteanbieter ausgeschlossen und somit grundsätzlich nicht vom Verhandlungsgebot umfasst werden sollen, denn würde man hiervon ausgehen, würden MVNO im Einzelfall stattdessen einer Zumutbarkeitsprüfung unterzogen werden müssen. Gerade eine solche Umkehr bzw. Einschränkung für MVNO ist in der PKE aber nicht enthalten.
260. Gleichzeitig können die Unterschiede, die sich aus dem typischen Geschäftsmodell eines MVNO gegenüber demjenigen eines klassischen Diensteanbieters ergeben, bei der Prüfung des vorgelegten Angebots über das Einfallstor der „besonderen Behandlung“ von MVNO berücksichtigt werden.

9.3.4.7 Auseinandersetzung mit weiterem Vortrag der MNO

261. Auch die weiteren von den MNO angeführten Punkte ändern nichts daran, dass sich MVNO grundsätzlich auf das Verhandlungsgebot berufen können.
262. Historischer Ausschluss zeige Sonderstellung der MVNO
263. Die Antragsgegnerin führt in ihrer Stellungnahme vom 08.08.2023 aus, dass die PKE zur UMTS-Frequenzvergabe vom 18.02.2000, Az. BK-1b-98/005, einen MVNO-Zugang auf Grundlage der bisherigen Diensteanbietersverpflichtung vollständig abgelehnt hatte. Die (rechtliche) Tatsache, dass ein Zugangsanspruch als MVNO nie unter der früheren Diensteanbietersverpflichtung bestanden habe, verdeutliche, dass die Interessen der Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin auch in besonderem Maße, beispielsweise durch vertragliche Beschränkungen der Zusammenarbeit berücksichtigt werden müssten bzw. dürften, und das bisherige „reine“ Diensteanbietermodell nicht 1 zu 1 auf MVNO übertragen werden könne.
264. Diese Ausführungen vermögen nichts an der grundsätzlichen Geeignetheit von MVNO als Diensteanbieter zu ändern.
265. Insbesondere führt die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme selbst aus, dass die hiesige PKE 2018 nun auch von MVNO spricht und diese in den Begriff des Diensteanbieters einbezieht.

266. Zudem führt die grundsätzliche Charakterisierung von MVNO als geeignete Diensteanbieter nicht dazu, dass den Interessen der MNO bei der Anbindung von MVNO nicht Rechnung getragen werden könnte. So stellt die PKE beispielsweise klar, dass im Einzelfall eine Zusammenarbeit unzumutbar sein könne, sodass der Zuteilungsinhaber die Zusammenarbeit verweigern, beenden oder vertraglich einschränken könne,

vgl. PKE Rn. 534.

267. Weiter heißt es in Rn. 497 der PKE:

„[...] MVNO sind zwar dem Wortlaut des § 3 Nr. 6 TKG nach erfasst, sind jedoch besonders zu behandeln. [...]

268. Diese Möglichkeit der besonderen Behandlung von MVNO führt dazu, dass MVNO anderen Diensteanbietern ohne eine genaue Betrachtung des Einzelfalls nicht ohne Weiteres gleichgestellt werden, sondern deren besondere Behandlung im Einzelfall möglich bleibt. Die grundsätzliche Charakterisierung von MVNO als geeignete Diensteanbieter führt somit nicht dazu, dass deren typische Besonderheiten im Einzelfall nicht berücksichtigt werden können.

9.3.5 Jedenfalls vorliegend als geeignet anerkannt

269. Jedenfalls ist die Frage nach der grundsätzlichen Qualifikation von MVNO als geeignete Diensteanbieter vorliegend nicht entscheidungsrelevant, da die Antragsgegnerin sie ausweislich ihrer Stellungnahme vom 24.08.2023 MVNO nicht generell für ungeeignet im Sinne der PKE hält. Vielmehr bestreitet die Antragsgegnerin die Eignung von MVNO als Diensteanbieter nicht, sondern qualifiziert deren Zugangsanspruch unter das Verhandlungsgebot der PKE.

270. So hat die Antragsgegnerin in der öffentlich mündlichen Verhandlung vom 05.07.2023 darauf hingewiesen, dass die Parteien die Frage der Anbindung und der Anbindungskosten im Verhandlungswege dadurch gelöst hätten, indem es eine Set-up-Fee gebe, die zwischen den Parteien vereinbart worden sei. Zusammenfassend hat sich die Antragsgegnerin hierzu dann wie folgt eingelassen:

„Also ganz platt ausgedrückt kann man sagen, hat die Antragstellerin der Antragsgegnerin dieses Element der Eignung abgekauft.“

271. Soweit die Antragsgegnerin in der öffentlich mündlichen Verhandlung nachfolgend einschränkend ausgeführt hat, dass dieses Abkaufen der Eignung als Paketlösung zu verstehen sei, von der beispielsweise nicht erfasst sei, was die 5G Technologie anbetreffe oder was die Frage, des unter dem Stichwort Wholesale Verbot diskutierten Themas anbetreffe, was wiederum Belastungen aufseiten des Netzes der Antragsgegnerin auslöse, so steht dies der Annahme der grundsätzlichen Eignung der Antragstellerin im Sinne des Verhandlungsgebotes auch für

diese Verhandlungsgegenstände nicht entgegen. Die Eignung im Sinne des Verhandlungsgebotes kann nur dann entfallen, wenn die Mitnutzung aus netztechnischen Gründen unzumutbar ist. Darauf, dass die Antragstellerin, die aus Sicht der Antragsgegnerin für einen verhandelten 4G-Zugang vollumfänglich geeignet ist, für einen Zugang zur 5G-Technologie bereits aus netztechnischen Gründen grundsätzlich nicht geeignet sein könnte, ergeben sich keinerlei Hinweise und ist auch von der Antragsgegnerin nicht vorgetragen worden. Schließlich erfolgt bei einem reinen Wiederverkauf von eigenen virtuellen Mobilfunkleistungen seitens der Antragstellerin keinerlei netztechnische Zusammenschaltung oder sonstiger netztechnisch anderer Zugang, so dass auch diesbezüglich nicht zu erkennen ist, weshalb die Nachfragerin schon nicht dazu geeignet sein soll, über den Wiederverkauf der Mobilfunkleistungen an andere Diensteanbieter zu verhandeln. Dies gilt unabhängig davon, ob bzw. inwieweit der Antragsgegnerin unter materiellen Gründen vorliegend die Möglichkeit eröffnet ist, dem Nachfrager einen solchen Wiederverkauf in den Verhandlungen zu verwehren, vgl. hierzu auch die weitergehenden Ausführungen unter Abschnitt 17.

9.3.6 MVNO-Zugang als Mitnutzung von Funkfrequenzen

272. Das Tatbestandsmerkmal der Mitnutzung von Funkkapazitäten umfasst grundsätzlich auch den Zugang von MVNOs mittels direkter Zusammenschaltung und der Verwendung der Roamingplattform.
273. Der Begriff der Funkkapazitäten bezieht sich dem allgemeinen Wortsinn nach auf die Bereitstellung von sogenannter „Airtime“ auf dem Funkabschnitt, das bedeutet, die Luftschnittstelle zwischen Basisstation und dem Endgerät. Dem Wortlaut folgend kann auch nur die Nutzung von Funkkapazitäten, also die Funkübertragung zwischen Basisstation und Endgerät, Gegenstand einer Mitnutzung von Funkfrequenzen sein.
274. Die „Mitnutzung von Funkkapazitäten“ kann dabei allerdings auch in der Weise erfolgen, dass neben der reinen Funkkapazität auch noch weitere Dienste in Anspruch genommen werden können, die zur Mitnutzung der Funkkapazität erforderlich sind, wie etwa das Core-Netz oder der Betrieb der SIM-Karten. Das ergibt sich schon daraus, dass der Begriff der Mitnutzung von Funkkapazitäten unstreitig auch die Möglichkeit umfasst, dass der Diensteanbieter die Produkte der Mobilfunknetzbetreiber eins zu eins weiterverkauft, was der Reichweite der bisherigen Diensteanbietersverpflichtung nach den vorhergehenden GSM- und UMTS-Lizenzen entspricht.

9.3.7 Verstoß gegen das Verhandlungsgebot

275. Die Forderung der Antragstellerin nach Verhandlungen über einen technologie-neutralen Zugang, der keine Funktechnologien, wie z.B. 5G und Zukunftstechnologien, ausschließt, ist auch berechtigt.
276. Bereits im Tenor zu III.4.15 der PKE wird das Gebot zu Verhandlungen über die Mitnutzung von Funkkapazitäten dahingehend konkretisiert, dass „die bereitzustellenden Kapazitäten nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränkt werden“ sollen. Hiermit sind die Grundsätze der Technologie- und Diensteneutralität umschrieben, die die Unabhängigkeit des Diensteanbieters bzw. MVNO gegenüber dem Netzbetreiber sichern und dessen eigenständigen Produktentwicklungsmöglichkeiten im Interesse eines effektiven Wettbewerbs an jene des Netzbetreibers annähern sollen. Grund hierfür ist, dass auch für den Netzbetreiber eine Einschränkung auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen nicht besteht. In diesem Sinne wird in der Begründung der PKE unter Rn. 498 ausgeführt:
- „Die von den Zuteilungsinhabern bereitzustellenden Kapazitäten für Mobilfunkdienste sollen nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränkt werden. [...] Für die Bereitstellung von Mobilfunkkapazitäten und Diensten gelten die Grundsätze der Technologie- und Diensteneutralität, da auch die Frequenzen technologie- und diensteneutral zugeteilt sind. Den Diensteanbietern soll im Rahmen dessen nicht nur der Wiederverkauf, sondern die Entwicklung eigener innovativer Produkte ermöglicht werden.“*
277. Vor diesem Hintergrund stellt ein Ausschluss von bestimmten Funktechniken, auch wenn es Zukunftstechnologien betrifft, einen Verstoß gegen das in der PKE auferlegte Verhandlungsgebot dar, weil hiermit die der Antragstellerin angebotenen Kapazitäten für Mobilfunkdienste auf die verbleibenden Funktechniken, also vor allem auf ältere Funkstandards, von vornherein beschränkt werden sollen. Anders als der Antragsgegnerin selbst könnten der Antragstellerin neuere Funktechnologien daher nicht zur Verfügung stehen, wodurch die Fähigkeit der Antragstellerin zur Entwicklung eigener innovativer Produkte im Verhältnis zur Antragsgegnerin erheblich eingeschränkt wäre. Auf eine solche Einschränkung muss sich die Antragstellerin nicht einlassen; sie ist offensichtlich unangemessen. Vielmehr hat die Antragsgegnerin ein modifiziertes Angebot vorzulegen, das entsprechend dem Verhandlungsgebot der PKE technologie-neutral ausgestaltet ist und in diesem Sinne keine Funktechnologien, wie z.B. 5G und Zukunftstechnologien, ausschließt.

9.4 Bedeutung für den Zugang zu Zukunftstechnologien

278. Soweit die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 24.8.2023, S. 15, hinsichtlich des Zugangs zu Zukunftstechnologien ausführt, dass klar sein müsse, dass aus der Streichung der von der Antragstellerin beanstandeten Vertragspassagen bis auf Weiteres kein Zugangsanspruch zu aktuell nicht im Netz der Antragsgegnerin eingesetzten Technologien resultiere und dass hierüber erst zu gegebener Zeit zu sprechen sei, weist die Beschlusskammer klarstellend auf Folgendes hin:
279. Die aufgrund des Verhandlungsgebots bestehende Unzulässigkeit eines (negativen) Ausschlusses von Zukunftstechnologien bedeutet nach Auffassung der Beschlusskammer nicht, dass deshalb der Antragstellerin – etwa im Umkehrschluss – bereits jetzt ein (positiver) Anspruch auf Nutzung solcher Funktechniken einzuräumen wäre, die im Netz der Antragsgegnerin aktuell noch gar nicht eingesetzt werden. Ist eine Funktechnik erst in der Zukunft verfügbar, liegt es in der Natur der Sache, dass der Zugang zu dieser Technik auch erst in der Zukunft gewährt werden kann. Allein aus dem Fehlen einer Einschränkung bezüglich Zukunftstechnologien kann daher nicht geschlossen werden, dass Zukunftstechnologien vom Verhandlungsgebot bereits ohne Weiteres erfasst wären. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Ausprägungen dieser Technologien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch gar nicht bekannt sind; in diesem Falle ist eine vertragliche Regelung des Zugangs zu diesen Technologien im aktuellen Vertragswerk nicht zu erwarten. Vielmehr scheint auch die Antragstellerin ausweislich ihres (geänderten) Antrags zu Ziffer 1.3 c) davon auszugehen, dass es bezüglich des Zugangs zu Zukunftstechnologien noch weiterer, gesonderter Verhandlungen bedarf.
280. Es steht der Antragsgegnerin daher frei, den Zugang zu Zukunftstechnologien, die sie selbst noch gar nicht einsetzt und deren Ausprägungen zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht bekannt sind, in ihrem Vertragsangebot unter den Vorbehalt weiterer, zukünftiger Verhandlungen zu stellen. In diesem Vorbehalt läge nach Ansicht der Beschlusskammer kein Ausschluss dieser Technologien und somit kein Verstoß gegen das Verhandlungsgebot bzw. gegen die Technologieneutralität. Wenn zukünftige Funktechniken zum jetzigen Zeitpunkt weder bekannt noch verfügbar sind, ist entsprechend dem Grundsatz der Technologieneutralität vielmehr lediglich zu fordern, dass die zukünftige Bereitstellung dieser Technologien auch nicht abgelehnt bzw. ausgeschlossen wird.

9.5 Vorlage eines modifizierten Angebotes

281. Schließlich ist auch die mit dem Antrag begehrte Verpflichtung zur Vorlage eines modifizierten Angebotes von den Vorgaben des Zuteilungsbescheides und der PKE gedeckt.

282. Zum Streitbeilegungsverfahren nach § 212 TKG hat das BVerwG insoweit klargestellt, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen dieses Verfahrens bei einem Verstoß gegen das Verhandlungsgebot gegenüber dem verpflichteten Zuteilungsinhaber auch eine Anordnung erlassen kann, ein modifiziertes Angebot vorzulegen. Die betroffenen Diensteanbieter haben es, so das BVerwG, selbst in der Hand, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls konkrete Handlungspflichten der Zuteilungsinhaber, die sich aus dem Verhandlungsgebot ergeben, zum Gegenstand eines Antrags nach § 212 Abs. 1 S. 1 TKG zu machen,

BVerwG, a.a.O. Rn. 71:

*„Das Streitbeilegungsverfahren kann bei einem angenommenen Verstoß eines Zuteilungsinhabers gegen die in Ziffer III.4.15 Satz 1 der Präsidentenkammerentscheidung festgelegte und gegebenenfalls im Rahmen einer Nebenbestimmung zur Frequenzzuteilung gemäß § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG umgesetzte Verhandlungsgebot durch den Antrag eines betroffenen Diensteanbieters eingeleitet werden. Der Antrag wäre darauf zu richten, dass die Bundesnetzagentur die die Erfüllung der Verhandlungsgebot betreffende Streitigkeit durch den Erlass einer bestimmt bezeichneten Maßnahme schlichtet (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Dezember 2007 - 6 C 47.06 - Buchholz 442.066 § 42 TKG Nr. 3 Rn. 19). Da ein Kontrahierungszwang durch Ziffer III.4.15 der Präsidentenkammerentscheidung nicht begründet wird, wäre zwar ein Antrag unzulässig, der darauf gerichtet ist, den Abschluss eines Vertrages bestimmten Inhalts aufzugeben. Erst recht könnte ein Diensteanbieter nicht verlangen, dass ein solcher Vertrag - wie bei einer Zusammenschaltungsanordnung nach § 25 TKG (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 17. August 2016 - 6 C 24.15 - BVerwGE 156, 59 Rn. 36; ebenso zur früheren Rechtslage nach § 37 TKG 1996: BVerwG, Urteil vom 31. März 2004 - 6 C 11.03 - BVerwGE 120, 263 <267 f.>) - unmittelbar privatrechtsgestaltend angeordnet wird (vgl. zu den unterschiedlichen Möglichkeiten der Rechtswirkung der Streitbeilegungsentscheidung: Gurlit, in: Säcker <Hrsg.>, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 133 Rn. 19 f.). **In Betracht kommt aber etwa die Anordnung, überhaupt in Verhandlungen mit dem nachfragenden Diensteanbieter einzutreten oder ein modifiziertes Angebot vorzulegen. Letztlich haben es die betroffenen Diensteanbieter selbst in der Hand, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles konkrete Handlungspflichten der Zuteilungsinhaber, die sich aus dem Verhandlungsgebot ergeben, zum Gegenstand eines Antrags nach § 133 Abs. 1 Satz 1 TKG zu machen und damit die "Schiedsrichterfunktion" der Bundesnetzagentur einzufordern.** (Hervorhebungen nur hier)*

283. Zur Durchsetzung des Verhandlungsgebotes hat das BVerwG klargestellt, dass die Bundesnetzagentur an die Verpflichtung anknüpfen kann, Verhandlungen nach Treu und Glauben zu führen und mit Maßnahmen nach § 202 TKG darauf reagieren kann, wenn unangemessene Bedingungen oder Entgelte gefordert werden, die objektiv wie eine Weigerung eines Vertragsabschlusses zu bewerten

sind. Kommt ein Vertragsschluss deshalb nicht zustande, weil der Zuteilungsinhaber objektiv unangemessene Bedingungen oder Entgelte fordert, die dem Diensteanbieter das Angebot wettbewerbsfähiger Endkundenprodukte unmöglich machen, kann die Bundesnetzagentur dem Zuteilungsinhaber aufgeben, ein modifiziertes Angebot vorzulegen. Dieses Vorgehen kann ggf. wiederholt werden, falls auch das modifizierte Angebot objektiv unangemessene Bedingungen oder Entgelte enthält. Führt die Dauer dieses Verfahrens dazu, dass einem Diensteanbieter der Zugang zu den benötigten Vorleistungsprodukten vorläufig versperrt bleibt, und legt der Anbieter dar, dass hierdurch die wettbewerbsfähige Fortsetzung seiner Tätigkeit auf dem relevanten Endkundenmarkt erheblich gefährdet wird, kann die Bundesnetzagentur zur Durchsetzung des Verhandlungsgebots, auf § 202 Abs. 5 TKG gestützt, als ultima ratio auch die vorübergehende Zugangsgewährung und die hierfür anzuwendenden Bedingungen und Entgelte anordnen,

vgl. BVerwG 202, a.a.O., Rn. 69:

„(aa) Verstöße gegen das Verhandlungsgebot kann die Bundesnetzagentur, worauf die Begründung der Präsidentenkammerentscheidung zutreffend hinweist (Rn. 505 des Beschlusses vom 26. November 2018), auf der Grundlage des § 126 TKG unter Festsetzung eines Zwangsgelds untersagen. In bestimmten Fällen kann sie auch kurzfristig vorläufige Maßnahmen ergreifen. Zwar ist es ihr verwehrt, ein Verhandlungsergebnis bzw. den Abschluss eines konkreten Diensteanbietervertrages zu erzwingen. Sie kann jedoch an die Verpflichtung anknüpfen, Verhandlungen nach Treu und Glauben zu führen, und mit Maßnahmen nach § 126 TKG darauf reagieren, wenn der Vertragsschluss ohne sachliche Begründung grundsätzlich verweigert wird oder unangemessene Bedingungen oder Entgelte gefordert werden, die objektiv wie eine Weigerung zu bewerten sind. Eine auf § 126 Abs. 2 TKG gestützte aufsichtliche Anordnung, die gemäß § 137 Abs. 1 TKG sofort vollziehbar wäre und ggf. auch mit der Androhung eines Zwangsgelds verbunden werden könnte (§ 126 Abs. 5 TKG i.V.m. § 6 Abs. 1, § 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 und 2 VwVG), könnte etwa in der Anordnung liegen, sich zu dem abgelehnten Zugangsbegehren eines Diensteanbieters inhaltlich zu äußern und gegebenenfalls die Gründe darzulegen, die einem Vertragsschluss entgegenstehen. Wird der Abschluss von Zugangsvereinbarungen ohne Rücksicht auf die Modalitäten generell verweigert, kann die Bundesnetzagentur dem Verpflichteten aufgeben, dem Diensteanbieter die wesentlichen Bedingungen für eine Vereinbarung zu nennen. Kommt ein Vertragsschluss deshalb nicht zustande, weil der Zuteilungsinhaber objektiv unangemessene Bedingungen oder Entgelte fordert, die dem Diensteanbieter das Angebot wettbewerbsfähiger Endkundenprodukte unmöglich machen würden, kann die Bundesnetzagentur zwar keine konkreten Vertragsmodalitäten oder Entgelte anordnen, dem Zuteilungsinhaber jedoch aufgeben, ein modifiziertes Angebot vorzulegen. Dieses Vorgehen kann ggf. wiederholt werden, falls auch das modifizierte Angebot objektiv unangemessene Bedingungen oder Entgelte enthält.

Führt die Dauer dieses Verfahrens dazu, dass einem Diensteanbieter der Zugang zu den benötigten Vorleistungsprodukten vorläufig versperrt bleibt und legt der Anbieter dar, dass hierdurch die wettbewerbsfähige Fortsetzung seiner Tätigkeit auf dem relevanten Endkundenmarkt erheblich gefährdet wird, kann die Bundesnetzagentur zur Durchsetzung der Verhandlungsgebot, auf § 126 Abs. 4 Satz 1 TKG gestützt, als ultima ratio auch die vorübergehende Zugangsgewährung und die hierfür anzuwendenden Bedingungen und Entgelte anordnen.“

284. Vorliegend ist ein Vertragsschluss bisher nicht zustande gekommen, weil die Antragsgegnerin objektiv unangemessene Bedingungen und Entgelte fordert, die der Antragstellerin das Angebot wettbewerbsfähiger Endkundenprodukte unmöglich machen und ihre Geschäftstätigkeit als unabhängige Diensteanbieterin im Markt weitestgehend einschränken, so dass das bisherige Vertragsangebot der Antragsgegnerin objektiv wie eine Weigerung eines Vertragsabschlusses zu bewerten ist.

9.5.1 **Verhältnismäßigkeit**

285. Die Aufforderung an die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung zur Verhandlungsführung durch die Vorlage eines modifizierten Angebotes nachzukommen, ist auch verhältnismäßig. Ein mildereres, in gleicher Weise geeignetes Mittel zur Herstellung des rechtskonformen Zustandes ist nicht erkennbar. Von der Auferlegung weitergehender Anordnungen im Sinne der Vorschrift des § 202 Abs. 2 TKG nimmt die Beschlusskammer zu dem aktuellen Zeitpunkt Abstand. Dies liegt hierin begründet, dass die Beschlusskammer keinen Anlass hat, daran zu zweifeln, dass sich die Antragsgegnerin an die gegenständlich tenorierte Aufforderung halten wird.

9.5.2 **Frist**

286. Die der Antragsgegnerin eingeräumte Frist zur Aufnahme von Verhandlungen über einen MVNO-Zugang findet ihre Grundlage in § 36 Abs. 1 VwVfG. So dient die Nebenbestimmung dazu, die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes sicherzustellen. Die gewählte Frist von 4 Wochen berücksichtigt, dass der Antragsgegnerin eine angemessene Zeit zur Vorbereitung der Aufnahme von Verhandlungen verbleiben muss. Auf der anderen Seite erschien der Zeitraum von zwei Wochen nach Zugang dieses Beschlusses hierfür als ausreichend, weil die Verpflichtung nach den Frequenznutzungsbedingungen der Zuteilungsbescheide nach § 55 TKG (2004) grundsätzlich keine entsprechende Umsetzungsfrist vorsieht. Da allerdings auch der Antrag der Antragstellerin auf eine solche Umsetzungsfrist gerichtet ist und aus Sicht der Beschlusskammer auch

keine Regulierungsziele oder Regulierungsgrundsätze nach § 2 TKG dagegensprechen, eine solche Frist zumindest dann vorzusehen, wenn dies von der grundsätzlich zu sofortigen Verhandlungen berechtigten Person nachgegeben wird, bestand kein Anlass, für eine von dem Begehren für einer Vorlagefrist von vier Wochen abweichende Regelung.

287. Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass angesichts des Umfangs der zu erwartenden Entscheidung sowie der Tiefe der intendierten Eingriffe in das dem bisherigen Angebot der Antragsgegnerin zugrundeliegende Vertragswerk eine Vorlagefrist von vier Wochen für ein beschlusskonformes Angebot viel zu kurz bemessen und mindestens vier Monate betragen sollte, so kann dem nicht gefolgt werden.
288. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin bereits seit geraumer Zeit mit dem vorliegenden Sachverhalt vertraut ist und die Nachfrage der Antragstellerin bereits hinlänglich kennt und in der Vergangenheit genügend Zeit hatte diese eingehend zu bewerten. Hinzu kommt vorliegend, dass die Antragsgegnerin bereits am 01.07.2025 auf der Grundlage der von ihr materiell anerkannten Forderungen der Antragstellerin ein entsprechendes umfassendes Vertragsangebot ausgearbeitet und vorgelegt hat. Die aufgrund der gegenständlichen Entscheidung erforderlich werdenden Änderungen fallen dem Umfang nach übersichtlich aus und sind in der festgelegten Frist umsetzbar.

9.6 Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.3.a) und 3.1.(6)

289. Über die Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.3.a) und 3.1.(6) muss insoweit nicht entschieden werden, weil bereits der Hauptantrag erfolgreich ist.

10 Zugang zum 5G-Netz – Ziff. 1.3 b); 2.1.3.b) und 3.1.(6)

290. Die Antragsgegnerin hat sich mit Schreiben vom 01.07.2025 mit den unter Ziffer 1.3 b) beantragten Regelungen einverstanden erklärt und die beantragten Regelungen rechtsverbindlich anerkannt. Wegen Erfolgs des Hauptantrages ist eine Entscheidung über die Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.3.b) und 3.1.(6) nicht veranlasst.

11 Verhandlungen über Zukunftstechnologien – Ziff. 1.3 c); 2.1.3 und 3.2 (2)

291. Soweit die Antragstellerin gemäß dem Antrag zu Ziffer 1.3 c) eine vertragliche Verpflichtung der Antragsgegnerin begehrt, wonach Verhandlungen auch über Zukunftstechnologien wie 6G auf Verlangen der Antragstellerin unverzüglich aufzunehmen sind, ist dem hingegen nicht zu folgen.

11.1 Erfolgreiches Verhandeln vor Streitbeilegungsverfahren

292. (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG.
293. BuGG.
294. BuGG.
295. Allerdings sind als Voraussetzung des Sachbescheidungsinteresses für ein erfolgloses Verhandeln keine hohen Anforderungen zu stellen; das bloße Vorliegen einer Meinungsverschiedenheit ist grundsätzlich bereits ausreichend,
vgl. BNetzA, Beschluss vom 16.7.2018 - BK 2d-17/006, S. 8.
296. Insbesondere ist ein erfolgloses Verhandeln dann nicht erforderlich, wenn nach dem erreichten Verhandlungsstand der Versuch einer Einigung über den konkret umstrittenen Punkt offensichtlich aussichtslos gewesen wäre,
BVerwG, Urteil vom 18.12.2007 - 6 C 47.06, MMR 2008, 235, 237.
297. (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG.

11.2 Fehlen der vertraglichen Regelung kein Verstoß

298. Aufgrund des Verhandlungsgebots ist die Antragsgegnerin jedenfalls nicht dazu verpflichtet, eine dem Antrag zu Ziffer 1.3 c) entsprechende Regelung in ihr Vertragsangebot mitaufzunehmen. Insbesondere ist das Fehlen einer vertraglichen Verpflichtung der Antragsgegnerin, auf Verlangen der Antragstellerin unverzüglich Verhandlungen über einen Zugang auf Basis von Zukunftstechnologien wie 6G aufzunehmen, nicht offensichtlich unangemessen.
299. Das Fehlen einer vertraglichen Regelung kann nur dann offensichtlich unangemessen sein, wenn die Rechtslage ohne diese Regelung für den Vertragspartner einen unzumutbaren Nachteil bedeutete. Hierfür ist vorliegend jedoch nichts ersichtlich. Denn abseits der begehrten vertraglichen Regelung unterliegt die Antragsgegnerin dem mit der PKE auferlegten Verhandlungsgebot.
300. Innerhalb des Geltungsbereichs des Verhandlungsgebots ist die Antragsgegnerin zu Verhandlungen auf Verlangen der Antragstellerin ohnehin verpflichtet, soweit die geforderten Funktechniken zum Zeitpunkt der Verhandlungen verfügbar sind.

So hat die Präsidentenkammer hinsichtlich eines Zugangs zum 5G-Netz bereits in ihrem Positionspapier vom September 2022, S. 26, entsprechend dem Grundsatz der Technologieneutralität eindeutig klargestellt:

„Das bestehende Verhandlungsgebot ist – wie die gesamte Frequenzregulierung – technologieneutral ausgestaltet. Zuteilungsinhaber haben bereits jetzt mit Diensteanbietern und MVNO diskriminierungsfrei über Vorleistungen basierend auf sämtlichen verfügbaren Techniken, auch 5G, zu verhandeln.“ (Hervorhebung nur hier)

301. Für Zukunftstechnologien wie 6G kann zu gegebener Zeit nichts anderes gelten. Wird die 6G-Technologie zukünftig verfügbar sein, können Verhandlungen über diese Technologie entsprechend dem Grundsatz der Technologieneutralität von den Netzbetreibern genauso wenig ausgeklammert oder verschoben werden. Auf das Verlangen eines Diensteanbieters oder MVNO werden die Netzbetreiber vielmehr auch über 6G bereits aufgrund des Verhandlungsgebots ohne Aufschub zu verhandeln haben.
302. Innerhalb der Grenzen des Verhandlungsgebots ist es daher schon fraglich, welchen Mehrwert die von der Antragstellerin begehrte vertragliche Regelung überhaupt hätte. Auf die dahingehende Nachfrage der Beschlusskammer hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 6.9.2023, S. 10 f., zwar erwidert, dass der Antrag zu Ziffer 1.3 c) der Durchsetzung der unter dem Verhandlungsgebot bestehenden Verpflichtung der Antragsgegnerin diene. Während allerdings im Falle einer Weigerungshaltung der Antragsgegnerin selbst bei einer vertraglichen Verankerung des Verhandlungsgebots zu deren Durchsetzung der Rechtsweg beschritten werden müsste, steht der Antragstellerin zur Durchsetzung des Verhandlungsgebots auch das Streitbeilegungsverfahren nach § 212 TKG zur Verfügung. Hierbei handelt es sich um das gesetzlich vorgesehene Verfahren. Wenn die Antragstellerin auf dieses Verfahren verwiesen wird, ist dies jedenfalls kein unzumutbarer Nachteil.
303. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die von der Antragstellerin begehrte Regelung über das Verhandlungsgebot der PKE tatsächlich sogar noch hinausgeht. Außerhalb der Grenzen des Verhandlungsgebots kann auf dessen Basis ein vertragliches Verhandlungsgebot erst recht nicht gefordert werden.
304. Die mit dem Antrag zu Ziffer 1.3 c) begehrte Regelung setzte für die unverzügliche Aufnahme von Verhandlungen über Zukunftstechnologien lediglich voraus, dass die Antragstellerin dies verlangt. Auf dieser Grundlage könnte die Antragstellerin unverzügliche Verhandlungen über Zukunftstechnologien auch dann fordern, wenn diese auf absehbare Zeit noch nicht verfügbar sind. Damit würden die Grenzen des Verhandlungsgebots nach Ansicht der Beschlusskammer jedoch überschritten.

305. Bezüglich Zukunftstechnologien, die zum Zeitpunkt des Verhandlungsverlangens noch nicht verfügbar und deren Ausprägungen noch nicht bekannt sind, wurde oben bereits dargelegt, dass das Verhandlungsgebot unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Technologieneutralität lediglich fordert, dass die Bereitstellung dieser Technologien nicht ausgeschlossen wird (siehe Rn. 279 f.). Bezüglich solcher Technologien begründet der Grundsatz der Technologieneutralität also in erster Linie ein Abwehrrecht im Rahmen bereits bestehender Verhandlungen. Demgegenüber kann die unverzügliche Aufnahme von Verhandlungen über solche Technologien nicht gefordert werden.
306. Anders gestaltet sich die Lage nur, wenn eine bereits bekannte neue Technologie vom betroffenen Netzbetreiber zwar noch nicht eingeführt wurde, die dahingehenden Pläne zum Zeitpunkt des Verhandlungsverlangens allerdings schon so weit gediehen sind, dass mit ihrer Einführung in naher Zukunft gerechnet werden kann. Hier kann nach Ansicht der Beschlusskammer auch im Vorfeld der Einführung bereits ein Verhandlungsgebot über die neue Technologie bestehen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Realisierung der Bereitstellung der neuen Technologie einiges an Zeit beanspruchen kann. So hat die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 13.10.2023, S. 8, hinsichtlich der 5G-Technologie selbst ausgeführt, dass 5G als Vorleistungsprodukt „alles andere als trivial“ sei. Für die erstmalige Realisierung einer MVNO-Anbindung inkl. 5G sei hinsichtlich der Antragstellerin von einem Zeitraum von **BuGG** auszugehen, **BuGG**, wobei die Antragsgegnerin schon selbst betont, dass dies einen möglichen zusätzlichen Zeitbedarf aufseiten des MVNO noch nicht berücksichtige.
307. Umso eher die tatsächliche Bereitstellung neuer Funktechnologien aufgrund des Zeitbedarfs der technischen Umsetzung also verzögert werden kann, desto eher kann es daher gerechtfertigt sein, mit den Verhandlungen über die Bereitstellung dieser Technologien bereits frühzeitig zu beginnen.
308. Dies gilt nach Auffassung der Beschlusskammer auch vor dem Hintergrund eines etwaigen Rechts auf vorstoßenden Wettbewerb des Netzbetreibers. Zum einen ist bereits zweifelhaft, ob das Recht auf vorstoßenden Wettbewerb für Funkstandards wie 5G oder – zukünftig – 6G überhaupt anwendbar ist,
- zweifelnd auch die Präsidentenkammer im Positionspapier vom September 2022, S. 27: „[...] – wenn es überhaupt auf die Weitergabe von Funktechnologien anwendbar ist – [...]“.*
309. Insbesondere stellen Funkstandards keine Innovationsleistung eines bestimmten Netzbetreibers im Sinne eines Geheimwettbewerbs dar, sondern eine branchenweite Entwicklung, die auf einer Kooperation einer Vielzahl von Unternehmen und Organisationen in Standardisierungsgremien (3rd Generation Partnership Projekt – 3GPP) beruht.

310. Zum anderen würde selbst unter der Annahme eines Rechts auf vorstoßenden Wettbewerb dieses Recht jedenfalls nur in engen zeitlichen Grenzen bestehen,
- siehe auch die Präsidentenkammer in ihrem Positionspapier vom September 2022, S. 27: „[...] kann ein solches [...] nur in engen zeitlichen und sachlichen Grenzen bestehen. [...]“.*
311. Insbesondere dürften die wettbewerblichen Reaktionsmöglichkeiten der Diensteanbieter und MVNO durch Verzögerungen bei der Bereitstellung neuer Funkstandards nicht so stark eingeschränkt werden, dass der Wettbewerbsvorsprung des Netzbetreibers nicht mehr oder nur noch schwer einholbar wäre,
- vgl. BVerwG, Urteil vom 18.12.2007 - 6 C 47.06, MMR 2008, 235, 240.
312. Dabei braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, ob und in welchem Maße Verzögerungen bei der tatsächlichen Bereitstellung von Zukunftstechnologien noch gerechtfertigt wären. Während diesbezüglich die zum Antrag zu Ziffer 1.4 ausgeführten Erwägungen zu den Datenübertragungsraten (siehe hierzu noch Rn. 323 ff.) entsprechend gelten, besteht zum Zeitpunkt der Beschlussfassung – auch nach dem Vorgesagten – jedenfalls noch kein Verhandlungsgebot über Zukunftstechnologien. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der im Antrag zu Ziffer 1.3 c) konkret in Bezug genommenen 6G-Technologie. Die 6G-Technologie befindet sich aktuell noch in der Entwicklungsphase. Weder hat bereits eine Standardisierung stattgefunden, noch ist mit der Einführung dieser Technologie in naher Zukunft zu rechnen. Vielmehr geht auch die Antragstellerin ausweislich ihrer Antragschrift, S. 42, von einer Nutzung oder Vermarktung der 6G-Technologie erst ab dem Jahr 2030 aus. Auch in dieser Hinsicht ist die mit dem Antrag zu Ziffer 1.3 c) begehrte Verpflichtung, dass die Antragsgegnerin auf Verlangen der Antragstellerin unverzüglich Verhandlungen aufnimmt, vom Verhandlungsgebot der PKE also nicht gedeckt.

11.3 Hilfsanträge zu Ziffer 2.1.3 und zu Ziffer 3.2 (2)

313. Über die gestellten Hilfsanträge ist entsprechend zu entscheiden. Auch mit diesen fordert die Antragstellerin in der Sache eine vertragliche Verpflichtung der Antragsgegnerin, wonach auf Verlangen der Antragstellerin über einen zukunfts-technologie-basierten Zugang unverzüglich zu verhandeln ist. Demgegenüber stellt das Fehlen einer solchen vertraglichen Regelung aus den oben genannten Gründen keinen Verstoß gegen das Verhandlungsgebot dar.

12 Datenübertragungsraten – Ziffern 1.4, 2.14 und 3.1.(2)

314. Der Antrag auf Vorlage eines modifizierten Angebotes, das die maximalen technisch möglichen und von der Antragsgegnerin selber am Markt angebotenen Datenübertragungsraten bereitstellt erweist sich als zulässig aber unbegründet.
315. Ebenfalls als unbegründet erweist sich der Antrag zu Ziffer 2.1.4, wonach von Seiten der Bundesnetzagentur Vorgaben für die in den Verhandlungen anzubietenden Datenübertragungsgeschwindigkeit festzulegen sind, die sich im Sinne der Bundesnetzagentur als zulässig erweisen.
316. Als zulässig und begründet erweist sich demgegenüber der Antrag nach Ziffer 3.1.(2), soweit dieser auf die Feststellung gerichtet ist, dass die Weigerung der Antragsgegnerin zur Vereinbarung von höheren als den von der Antragsgegnerin angebotenen Datenübertragungsgeschwindigkeiten (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Download als unvereinbar mit den Vorgaben des Verhandlungsgebotes erweist.
317. Als unbegründet erweist sich der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag nach Ziffer 3.1.(2) allerdings, soweit dieser zusätzlich auch auf die Feststellung der Unvereinbarkeit der Weigerung im Upload höhere Bandbreiten (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** mit der Verhandlungsgebot gerichtet ist.

12.1 Hauptantrag nach Ziffer 1..4.

12.1.1 Erfolgloses Verhandeln

318. Die Verhandlungen sind gescheitert, da die Antragsgegnerin die Bereitstellung von höheren Übertragungsraten von Datenübertragungsgeschwindigkeiten in Höhe von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Download und (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Upload grundsätzlich verweigert.

12.1.2 Kein Verstoß gegen das Verhandlungsgebot

319. Die Forderung der Antragstellerin zur Vorlage eines modifizierten Angebotes, das die maximalen Datenübertragungsgeschwindigkeiten pro Technologie im Down- und im Upload, die der Antragsgegnerin technisch möglich sind und von dieser im Markt angeboten werden, ist nicht berechtigt. Soweit das von der Antragsgegnerin vorgelegte Vertragsangebot keine solche Vorgabe beinhaltet, stellt dies keinen Verstoß gegen das Verhandlungsgebot dar.

12.1.2.1 Einbeziehung in die Verhandlungen

320. Bei schon verfügbaren Leistungsmerkmalen besteht unter der Vorgabe der in der PKE tenorierten Diensteanbieterregelung, wonach Verhandlungen diskriminierungsfrei sein sollen und die bereitzustellenden Kapazitäten nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränkt werden sollen, kein aner kennenswerter Grund dafür, dass Verhandlungen über den Zugang zu Leistungsmerkmalen, die bereits im Netz der Antragsgegnerin implementiert sind, in die Zukunft verschoben oder gar verweigert werden.
321. In diesem Sinne bedeutet das mit der PKE auferlegte Verhandlungsgebot, dass über sämtliche verfügbaren Anwendungen und Leistungsmerkmale – und damit ebenfalls über Datenübertragungsgeschwindigkeiten – zu verhandeln ist. Denn anders als reine Zukunftstechnologien bzw. zukünftige Anwendungen sind diese Anwendungen bereits jetzt bekannt; der Netzbetreiber kann sie für seine Produktentwicklung schon jetzt nutzen. Gerade wenn und soweit Leistungsmerkmale in ein Mobilfunknetz bereits integriert wurden, bedeuten technologieneutrale Verhandlungen über den Zugang zu eben diesem Mobilfunknetz folglich, dass diese Technologien und Anwendungen, wie eben die Datenübertragungsgeschwindigkeiten auch in die Vertragsverhandlungen miteinzubeziehen sind.
322. Dies gilt grundsätzlich für alle Datenübertragungsgeschwindigkeiten, die die Antragsgegnerin in ihrem Netz implementiert hat und selber vermarktet. Zum aktuellen Zeitpunkt betrifft dies, soweit erkennbar, Übertragungsgeschwindigkeiten von bis zu 300 Mbit/s. Diese bietet die Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung etwa mit ihrem Angebot „o2 Business Unlimited MAX“ am Markt an. Es liegt im Interesse an einem effektiven Wettbewerb sowie der Förderung der Angebotsvielfalt, dass ein Diensteanbieter bzw. MVNO im Grundsatz ebenfalls die Möglichkeit haben muss, auf solche Leistungsmerkmale für seine Produktentwicklung zurückzugreifen. Technologieneutrale Verhandlungen über den Zugang zum Mobilfunknetz der Antragsgegnerin, die auch die maximal angebotenen Datenübertragungsraten umfassen, sind hierfür die Voraussetzung. Eine Ausklammerung oder Verschiebung dieser Verhandlungen in die Zukunft wäre insoweit offensichtlich unangemessen.

12.1.2.2 Keine strikte Gleichstellung mit dem eigenen Vertrieb

323. Die Frage, ob der Zugang zu einer bestimmten Technologie bzw. Anwendung in den Verhandlungen einzubeziehen ist, ist allerdings nicht gleichbedeutend mit der Frage, wann diese Technologie ein bestimmtes qualitativ hohes bzw. wie vorliegend das Leistungsmerkmal der maximalen Datenübertragungsgeschwindigkeit tatsächlich bereitgestellt werden muss. So ist es grundsätzlich denkbar, dass der Zugang zum Mobilfunknetz tatsächlich erst eine bestimmte Zeit nach Abschluss

des Vertrages erfolgen wird, etwa um die MVNO-Anbindung bis dahin technisch zu realisieren. Hierbei ist denkbar, dass sich ein zeitlicher Aufschub und/oder die Verwendung besonderer Mitnutzungsbedingungen bei der Bereitstellung von bestimmten Produkten oder Leistungsmerkmalen rechtfertigt. So können sich insbesondere zeitliche Verzögerungen bei der Bereitstellung an externe Diensteanbieter unter dem Gesichtspunkt der Förderung der Innovationskraft und Investitionsbereitschaft der Netzbetreiber für Produkte oder Leistungsmerkmale rechtfertigen, die von den Netzbetreibern neu oder zunächst nur testweise bzw. in einem begrenzten Umfang eingesetzt und später ggf. auch wieder zurückgezogen werden. So reduzierte die Antragsgegnerin etwa die maximale Datenübertragungsgeschwindigkeit bei ihren Tarifen von zuvor 500 Mbit/s für Neukunden auf „nur“ noch bis zu 300 Mbit/s im 5G-Netz, vgl. Meldung in teltarif vom 03.04.2024, <https://www.teltarif.de/o2-mobilesinternet-300mbit/news/95102.html>.

324. Unter diesen Vorgaben erweist sich der Antrag der Antragstellerin, wonach ein modifiziertes Angebot vorzulegen sei, das die maximalen Datenübertragungsgeschwindigkeiten pro Technologie im Down- und im Upload, die Telefónica Germany GmbH & Co. OHG technisch möglich sind und von dieser im Markt angeboten werden, jedenfalls als zu weitgehend. Ein solcher Anspruch, der auf eine Verpflichtung zur unmittelbaren Weitergabe des Leistungsmerkmals der jeweils maximalen Datenübertragungsgeschwindigkeiten zielt, würde die Innovationskraft und Investitionsbereitschaft der Antragsgegnerin sowie das berechnigte Interesse der Antragsgegnerin, die Verbindungsqualität aller Kunden im Ausbauzustand gerade bei der Gewährung der maximalen Datenübertragungsgeschwindigkeit im Blick zu behalten, in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigen.
325. Dies gilt unabhängig davon, dass im Hinblick auf die Interessen der Nutzer an einem möglichst breiten Angebot an qualitativ und preislich attraktiven Angeboten von unabhängigen Diensteanbietern ein grundsätzliches Interesse der Nutzer daran zu konstatieren ist, dass technologische Entwicklungen und qualitativ hohe Mobilfunkleistungen den Wettbewerbern möglichst frühzeitig und möglichst unbegrenzt zur Verfügung gestellt werden, damit auch deren Kunden davon profitieren können. Die Bedeutung einer möglichst umfassenden Partizipation der unabhängigen Diensteanbieter an dem Mobilfunkendkundenmarkt wird in den Gründen der PKE ausdrücklich betont.
326. So wird in Randziffer 521 der PKE festgehalten, dass
- „die Diensteanbieterregelung ... das Verhandlungspotential bestehender und künftiger Diensteanbieter hinsichtlich der Gewährung und Gestaltung von Konditionen (stärkt). Diese ist demnach geeignet, die Wettbewerbsfähigkeit der unabhängigen Diensteanbieter und die **Entwicklung von Auswahl, Preise und Qualität zugunsten des Verbrauchers zu fördern.**“*

327. Mit Blick auf die bereits erläuterte Förderung der effizienten Frequenznutzung sowie des Wettbewerbs wird in der Rn. 524 der PKE festgehalten, dass

„die Diensteanbieterregelung auch ... zur Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG sowie zur Erbringung des größtmöglichen Nutzen für den Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise, Qualität (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Nr.2 TKG) (geeignet ist).“

328. In Rn. 526 PKE wird schließlich die Erwartung ausgesprochen,

„... dass durch die Diensteanbieterregelung zugunsten des Verbrauchers ein vielfältiges Wettbewerbsumfeld begünstigt wird. So könnten dem Verbraucher innovative und preislich attraktive Mobilfunkdienste zur Verfügung stehen. In der Vergangenheit haben Diensteanbieter insbesondere preissensitive Verbraucher angesprochen. Eine technologie neutrale Diensteanbieterregelung könnte dazu führen, dass neue Mobilfunktechniken wie 5 G auch diesen schneller zur Verfügung gestellt werden. Dies könnte die Marktdurchdringung mit hochleistungsfähigen und effizienten Mobilfunktechniken sowie hierauf basierenden innovativen Anwendungen deutlich erhöhen.“

329. Festgehalten werden kann insoweit, dass eine frühzeitige Möglichkeit zur Partizipation an entsprechenden Neuerungen bzw. qualitativ hochwertigen Diensten insoweit neben den Nutzerinteressen auch die Wettbewerbsaussichten der unabhängigen Diensteanbieter auf dem Mobilfunkkundenmarkt schützt. Beide Regulierungsziele legen daher zunächst einmal eine möglichst frühzeitige und möglichst vorbehaltlose Mitnutzungsmöglichkeit nahe.

330. Dem gegenüber zu stellen ist das Interesse, die Innovationskraft und Investitionsbereitschaft der Antragsgegnerin bei der Bereitstellung neuer Leistungsmerkmale zu fördern.

331. In den Gründen der PKE findet sich in Hinsicht auf die Frage nach der Billigkeit der Forderung zu einer unmittelbaren Weitergabe von Produkten des Netzbetreibers an externe Diensteanbieter dabei ein klares Abwägungsergebnis. So erweist sich nach Auffassung der Präsidentenkammer eine Verpflichtung zur unmittelbaren Weitergabe jedes Produktes an externe Diensteanbieter wegen der damit verbundenen nachteiligen Auswirkungen auf die Innovationskraft der Netzbetreiber als unverhältnismäßig, Randnummer 501 der PKE:

" ... Eine unmittelbare Weitergabe jedes Produktes würde die Innovationskraft der Netzbetreiber in unverhältnismäßiger Weise einschränken, wenn die Neuentwicklung sofort auch durch die Wettbewerber vermarktet werden könnte. Dies könnte zu Anreizen führen, erst gar keine Innovationen zu entwickeln. Im Interesse des Wettbewerbs und zur Sicherstellung der Regulierungsziele gemäß § 2 Abs. 2 TKG ist die Innovationskraft der Netzbetreiber jedoch zu fördern."

332. Das Begehren der Antragstellerin zielt aber gerade darauf, nämlich auf die Vorlage eines modifizierten Angebotes, das auf die unmittelbare Weitergabe der technisch möglichen und von der Antragsgegnerin im eigenen Vertrieb angebotenen Datenübertragungsgeschwindigkeit gerichtet ist und damit auf eine vorbehaltlose zeitliche Gleichstellung der Antragstellerin mit dem Vertrieb der Antragsgegnerin. Zu einer derartigen strikten, das bedeutet vorbehaltlosen Gleichbehandlung mit dem eigenen Vertrieb bietet die Verhandlungspflicht jedoch keine Grundlage.
333. Zu beachten ist im Übrigen, dass die gegenständliche Diensteanbieterregelung bereits dem Grunde nach keine ausdrückliche Verpflichtung zur Gleichbehandlung mit dem eigenen Vertrieb nach § 19 TKG a.F. bzw. nach den vorhergehenden ausdrücklichen Vorgaben in den Lizenzauflagen mehr beinhaltet.
334. So verpflichtet das Diskriminierungsverbot der Diensteanbieterregelung in den gegenständlichen Frequenznutzungsauflagen die Antragsgegnerin nach Ziffer II.10 zur Aufnahme von diskriminierungsfreien Verhandlungen:
- „Zuteilungsinhaber haben mit geeigneten Diensteanbietern über die Mitnutzung von Funkkapazitäten zu verhandeln. Die Verhandlungen sollen diskriminierungsfrei sein und die bereitzustellenden Kapazitäten nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränkt werden.“*
335. Dieses Diskriminierungsverbot betrifft das Verhalten der Antragsgegnerin gegenüber externen Anbietern. Diese dürfen von der Antragsgegnerin bei den Verhandlungen nicht gegenüber anderen externen Nachfragern diskriminiert werden.
336. Eine grundsätzliche Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Diensteanbietern mit dem eigenen Vertrieb ist dieser Regelung nicht mehr zu entnehmen. So heißt es in Rn. 500 der PKE ausdrücklich, dass Zuteilungsnehmer *"nicht zu einer Gleichbehandlung i.S.d. § 19 TKG verpflichtet werden."*
337. Hierbei handelt es sich zugleich um eine Modifikation der vorhergehenden Vorgehensweise. So wurden die Lizenznehmer mit den in den vorhergehenden D1-, D2-, und EI-Lizenzen enthaltenen Diskriminierungsverbote noch ausdrücklich zu einer Gleichbehandlung mit dem eigenen Vertrieb, das bedeutet nicht nur der externen Diensteanbieter untereinander, sondern auch im Verhältnis zum internen Angebot der Lizenznehmer, verpflichtet:
- „Der Lizenznehmer verpflichtet sich, die Auswahl und Zulassung der Diensteanbieter nach sachlichen Kriterien unter Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen, sie weder exklusiv noch unverhältnismäßig lange an sich zu binden, **noch sonst hinsichtlich ihrer eigenen Preis- und Konditionsgestaltung oder hinsichtlich anderer Betätigungsfelder einzuschränken**" (Ziffer 17.2)*

„Der Lizenznehmer darf die Diensteanbieter nicht schlechter stellen als den eigenen Vertrieb und darf nicht zwischen den Diensteanbietern diskriminieren. Dies gilt insbesondere für Konditionen und Verrechnungspreise der Leistungen des Netzbetriebs. Ist zu vermuten, dass der Wettbewerb zwischen dem Lizenznehmer und den Diensteanbietern nachhaltig gestört ist, ist der Lizenznehmer verpflichtet, auf Verlangen des Lizenzgebers Auskünfte zur Feststellung, ob derartige Wettbewerbsstörungen vorliegen, zu erteilen und Anordnungen des Lizenzgebers zur Behebung festgestellter Wettbewerbsstörungen unverzüglich nachzukommen.“ (Ziffer 17.6).

338. Ebenso begründete § 4 Abs. 2 Satz 2 TKV noch ein vergleichbares Diskriminierungsverbot, welches insbesondere für die GSM-Lizenz des E2-Netzes und die UMTS-Lizenzen von Bedeutung ist. Darin hieß es noch:

*„Der Netzbetreiber darf die Diensteanbieter [...] [nicht] in ihrer eigenen Preis- und Konditionengestaltung oder hinsichtlich anderer Betätigungsfelder einschränken. **Er darf Diensteanbietern keine ungünstigeren Bedingungen einräumen als dem eigenen Vertrieb** oder verbundenen Unternehmen, es sei denn, dass dies sachlich gerechtfertigt ist.“ (Abs. 2)*

339. Mit dem Verzicht auf eine ausdrückliche und damit strikte Verpflichtung zur Gleichbehandlung mit dem eigenen Vertrieb soll der Anreiz zur Entwicklung neuer, eigenständiger Produktneuerungen unterstützt werden. Wäre die Antragsgegnerin, wie von der Antragstellerin beantragt, verpflichtet, ein modifiziertes Angebot vorzulegen, das die technisch maximal möglichen Datenübertragungsgeschwindigkeiten beinhaltet, sobald die Antragsgegnerin im eigenen Vertrieb eine solche Datenübertragungsgeschwindigkeit ihren Kunden bereitstellt, so würden sich offenkundig gerade die Nachteile verwirklichen, die nach den Erwägungen in der Randnummer 501 der PKE mit der Abkehr von der Verpflichtung zur Gleichbehandlung mit dem eigenen Vertrieb vermieden werden sollten, nämlich die Innovationskraft des Lizenznehmers nicht dadurch unverhältnismäßig einzuschränken, dass dieser jedes neue Datenübertragungsprodukt unmittelbar, das bedeutet ohne zeitliche Verzögerung, an diese weitergeben müsste.
340. Die damit bestehende grundsätzliche Betonung des Rechtes des Netzbetreibers zum zeitweiligen Alleinvertrieb von neuen Produkten und damit auch neuen Produkteigenschaften gilt dabei allerdings nicht unbeschränkt, sondern findet vor dem Hintergrund der weiterhin mit zu berücksichtigenden Interessen der Verbraucher und Wettbewerber an einer möglichst zeitnahen Partizipation an technischen Neuerungen dort seine Grenzen, wo auch eine nur zeitweilige Alleinvermarktung zu unangemessenen Wettbewerbsnachteilen führen würde, etwa weil diese bereits dem Grunde nach einen erfolgreichen Marktauftritt eines effizienten Diensteanbieters verhindern würden.

341. Anders als die Antragstellerin meint, ist ein wettbewerblich tragfähiger Auftritt auf dem Markt, das bedeutet ein solcher, der es ermöglicht, mit einem effizienten Geschäftsmodell auf dem Markt auftreten und bestehen zu können, aus Sicht der Beschlusskammer zumindest nicht daran gebunden, dass der Diensteanbieter jeweils zeitgleich die gleichen Datenübertragungsgeschwindigkeiten auf dem Markt anbieten kann, wie der Vertriebsarm der Antragsgegnerin.
342. Dies zeigt sich etwa in den prognostizierten Marktanteilen der Beigeladenen zu 1 am Umsatz für Service-Leistungen im Mobifunkmarkt von rund 8 % im Jahr 2025 (vgl. 26. TK-Marktanalyse des vatm 2025; <https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2025/05/VATM-Marktstudie-2025.pdf>, S. 26), das damit auch ohne eine unmittelbare Spiegelung der maximalen Datenübertragungsgeschwindigkeiten der Antragsgegnerin ein wettbewerblicher Auftritt auf dem Markt grundsätzlich möglich ist.
343. Dass das Angebot im Sinne der PKE ausreichender wettbewerblicher Angebote auch ohne einen zwingenden zeitlichen Gleichlauf mit neuen Leistungsmerkmalen möglich ist, das hat die Präsidentenkammer auch in der Randziffer 526 der PKE zum Ausdruck gebracht:
- „ ... Aus Sicht der Kammer besteht auch mit einer Diensteanbieterregelung die Möglichkeit für die Zuteilungsinhaber, dem Verbraucher innovative Dienste anzubieten. Bereits nach derzeitiger Verwaltungspraxis zur Diensteanbieterverpflichtung der GSM- und UMTS-Lizenzen war anerkannt, dass den Zuteilungsinhabern ein vorstoßender Wettbewerb möglich sein muss. Demgemäß mussten innovative Produkte nicht sofort, sondern erst nach einer angemessenen Zeit an die Diensteanbieter weitergegeben werden. Dies wahrt die Innovationskraft der Zuteilungsinhaber, ohne die Diensteanbieter zu diskriminieren. ...“.*
344. Tatsächlich teilt die Antragstellerin in der Begründung ihres Antrages das hier dargestellte Verständnis zu der Reichweite des Verhandlungsgebotes zwischen einer nunmehr fehlenden Verpflichtung zur Gleichbehandlung mit dem eigenen Vertrieb einerseits und der gleichwohl verbleibenden Verpflichtung zur Ermöglichung eines wettbewerbsfähigen Endkundenangebotes andererseits, auch dem Grunde nach. So begründet sie den von ihr vermeintlichen erkannten Verstoß der Antragsgegnerin gegen das Verhandlungsgebot gerade nicht mit einer grundsätzlichen Ungleichbehandlung bei der Bereitstellung der Datenübertragungsraten mit dem Vertrieb der Antragsgegnerin, sondern gerade mit einem Angebot, das nach Auffassung der Antragstellerin „signifikant“ unter den Bedingungen des eigenen Vertriebs der Antragsgegnerin liege und „deutlich unattraktivere“ Leistungsmerkmale enthalte und somit gerade mit einer besonders hohen und damit einer qualifizierten Ungleichbehandlung:

*„ ... Ungeachtet des Umstands, dass die verpflichteten Zuteilungsinhaber nicht dem Gleichbehandlungsgebot im Sinne des § 19 TKG 2004 (§ 24 TKG 2021) unterliegen, ist Telefónica unter dem Verhandlungsgebot aber jedenfalls verpflichtet, Konditionen anzubieten, die im Sinne eines chancengleichen Wettbewerbs ein wettbewerbsfähiges Endkundenangebot der Antragstellerin im Markt ermöglichen. Ein solches wettbewerbsfähiges Angebot ist aber offenkundig nicht möglich, wenn der Antragstellerin **Datenübertragungsgeschwindigkeiten angeboten werden, die signifikant unter den im Markt nicht nur von Telefónica, sondern auch von den anderen Mobilfunknetzbetreibern angebotenen Geschwindigkeiten liegen** und somit einen Wettbewerb der Antragstellerin im Premium-Segment von vorneherein nicht ermöglichen, da die Endkundenangebote der Antragstellerin **im Vergleich dazu deutlich unattraktiver und nicht wettbewerbsfähig machen**. ...“.*

345. Eine solche qualifizierte Ungleichbehandlung, die so deutlich bzw. so signifikant ausfällt, dass ein wettbewerbles Angebot auf dem Endkundenmarkt bereits grundsätzlich nicht mehr möglich sein würde, wäre zwar bei einem Unterschied von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** (Angebot der Antragsgegnerin) zu 500 Mbit/s (im Eigenbvertreib der Antragsgegnerin für Bestandskunden; Neukunden erhalten noch den aktuellen Erkenntnissen der Beschlusskammer noch 300 Mbit/s) voraussichtlich anzunehmen, vgl. hierzu auch die weitergehenden Ausführungen unter Ziffer 12.4. Dass es der Antragstellerin allerdings bereits dem Grunde nach nicht möglich sein soll, auf dem Endkundenmarkt aufzutreten, wenn der Diensteanbieter nicht zugleich auch zeitgleich mit dem Vertriebsarm der Antragsgegnerin die technisch maximal mögliche Datenübertragungsgeschwindigkeit anbieten kann, ist nicht zu erkennen.
346. Weiterhin ist zu beachten, dass nach den Vorgaben der PKE ein Wettbewerbsvorstoß nicht allein für den Fall des Vorliegens einer Innovationsleistung seitens des Mobilfunknetzbetreibers gerechtfertigt sein kann, sondern auch andere Gründe einen solchen zeitlichen Vorsprung zu rechtfertigen vermögen. Vorliegend ist zu beachten, dass auch eine netzbezogene Vorreiterstellung bei dem Leistungsmerkmal der Datenübertragungsgeschwindigkeit einen Anreiz zur Schaffung neuer Produkte auf dem Netz der Antragsgegnerin darstellen kann.
347. Im Hinblick auf das Verhandlungsgebot wird dem Mobilfunklizenznehmer zwar ein größeres Maß an Rücksichtnahme auf die wettbewerblchen Betätigungsinteressen der Diensteanbieter auferlegt, als sich bereits aus der reinen Individualinteressenabwägung nach dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt. Zugleich wird aber auch ihre eigene Freiheit gewährleistet, sich selbst im Wettbewerb „wettbewerbskonform“ betätigen zu können. Dabei stellt der Grund-

satz einer Möglichkeit zur begrenzten Erstvermarktung von qualitativen Neuerungen, ein wettbewerbskonformes Instrument zur Förderung funktionsfähigen Wettbewerbs dar.

348. Wenn der Mobilfunknetzbetreiber nun verpflichtet wäre, die durch entsprechende Investitionen ermöglichten Neuerungen in dem eigenen Netz, wie etwa die Realisierung von höheren Datenübertragungsgeschwindigkeiten unmittelbar auch den Diensteanbietern zur Verfügung zu stellen, so hätte dies negativen Einfluss auf den Anreiz zur Schaffung solcher Produkte mit besonders hohen Datenübertragungsgeschwindigkeiten, da der Investor keine Aussicht hätte, aufgrund eines zeitlich begrenzten Vorsprungs in Form einer netzbezogenen Vorreiterstellung die Früchte seiner zumindest netzinternen Neuerung bis zu einem gewissen Grad selber erwirtschaften und tragen zu können.
349. Entsprechende Erwägungen gelten im Übrigen, soweit auf den Grundsatz der Technologieneutralität verwiesen wird. Auch hier besteht ein Anspruch, Verhandlungen in Bezug auf die bereits vorhandenen Technologien zu verlangen. Kein Anspruch besteht allerdings auf eine zeitlich unmittelbare Weitergabe der maximal möglichen Datenübertragungsgeschwindigkeiten.

12.1.3 Stellungnahmen im Anhörungsverfahren vom März 2025

12.1.3.1 Antrag zielt nicht auf Verhandlungen

350. Sofern die Antragstellerin vorträgt, sie beanstande mit ihrem Antrag nach Ziffer 1.1.4 die Weigerung der Antragsgegnerin, über Datenübertragungsgeschwindigkeiten zu verhandeln, die den technisch maximal möglichen und von der Antragsgegnerin selbst auch im Markt angebotenen Datenübertragungsgeschwindigkeiten entsprechen, weist die Beschlusskammer darauf hin, dass der Antrag der Antragstellerin nicht auf die Aufnahme von Verhandlungen, sondern auf die Vorlage eines modifizierten Angebotes gerichtet ist, das die maximalen Datenübertragungsgeschwindigkeiten pro Technologie im Down- und im Upload, die der Antragsgegnerin technisch möglich sind und von dieser im Markt angeboten werden, beinhaltet.

12.1.3.2 Auch Anbieterinteressen sind berücksichtigungsfähig

351. Soweit von der Antragstellerin moniert wird, dass in dem Entwurf zur Rechtfertigung des Ergebnisses das Interesse des Anbieters qualitativ hochwertige Dienste und Neuerungen im Netz soweit als möglich dem Kunden exklusiv anbieten zu können aufgeführt wird, ohne dass an dieser Stelle eine Grundlage hierfür in der PKE dargelegt werde, so kann dies nicht überzeugen. Dass neben den Interessen der Wettbewerber durch die Gestaltung der Vorgaben der Mitnutzungsansprüche

auch die Anbieterinteressen Berücksichtigung finden sollen, kann nicht nachvollzogen werden.

352. So zeigen die Ausführungen in der Randnummer 499 der PKE, dass nach den Vorgaben der PKE mit der Verpflichtung zur Verhandlung über die Mitnutzung gerade kein uneingeschränkter Zugang für Diensteanbieter bezweckt wird, sondern ein Zugang, der auch die Interessen des Mobilfunknetzbetreibers mit in den Blick zu nehmen hat, wonach es sachliche Gründe geben kann, einen Zugang zu verweigern oder zu verzögern. Die sachlichen Gründe bilden damit ein ausgleichendes Korrelat für die schutzwürdigen Interessen der Mobilfunknetzbetreiber.
353. Die Abwägung mit den schutzwürdigen Interessen der Mobilfunknetzbetreiber ist auch sachlich geboten. Der Anbieter ist als Lizenznehmer derjenige, der die Investitionen tätigt, die erforderlich sind, um das Mobilfunknetz aufzubauen und zu erhalten und damit überhaupt die Grundlage für den Wettbewerb schafft. Würden die Interessen des Lizenznehmers in der Abwägung über die Auferlegung von Regulierungsaufgaben nicht berücksichtigt, so würde dies zugleich den Betrieb des Mobilfunknetzes und damit die Grundlage für die weiteren Interessen, wie eben den Nutzern wie auch der Förderung des Wettbewerb, in Frage stellen.
354. Auch soweit die Antragstellerin weiter vorträgt, das im Entwurf postulierte „Interesse“ der verpflichteten Zuteilungsinhaber, qualitativ hochwertige Dienste und Neuerungen soweit als möglich im Endkundenmarkt „exklusiv anbieten zu können“, dem tatsächlichen Interesse der verpflichteten Netzbetreiber entsprechen, aber als Einschränkung des Grundsatzes der Diskriminierungsfreiheit – wie im Entwurf in der Sache aber unterstellt – keine Grundlage in der PKE finde, übersieht die Antragstellerin, dass nach den Gründen in der PKE dem Netzbetreiber gerade ein grundsätzlich berechtigtes Interesse dazu zugestanden wird, dass dieser nicht jeden neuen Tarif unmittelbar an die Diensteanbieter weitergeben soll, da dies in unverhältnismäßiger Weise seine Innovationskraft beeinträchtigen würde, vgl. weiter oben die Ausführungen zu Randnummer 501 der PKE. Das bedeutet nicht, dass es nicht im Einzelfall so sein kann, dass auch hier die Möglichkeit zum erfolgreichen Auftritt auf dem Markt erfordert, dass der Diensteanbieter diese neuen Geschwindigkeiten zeitgleich wie die Antragsgegnerin auf den Markt bringen können muss. Speziell im Bereich der maximal möglichen Datenübertragungsgeschwindigkeit wird ein solches überwiegendes Interesse der Wettbewerbsförderung bzw. der Nutzer aus den genannten Gründen allerdings nicht als gegeben angesehen.

12.1.4 Kein Widerspruch zur Wertung bei der 5G-Technologie

355. Soweit die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 10.04.2025 vorträgt, die Argumentation der Beschlusskammer stehe konträr zu den Ausführungen im Entwurf vom 03.02.2025, die ein bestehendes Recht der verpflichteten Zuteilungsinhaber zu vorstoßendem Wettbewerb insbesondere bei der 5G-Technologie und hierauf basierenden Vorleistungs- und Endkundenprodukten – mit höheren Download- und Uploadgeschwindigkeiten – ausdrücklich ablehnen, übersieht sie, dass in dem Entwurf ausdrücklich festgestellt wird, dass das Angebot von 5G-Produkten „jedenfalls mittlerweile“ keinen wettbewerblichen Vorstoß mehr darstellt, der eine Ungleichbehandlung zwischen Netzbetreibern und Diensteanbietern bzw. MVNO rechtfertigen könnte. Eine bereits grundsätzliche Unzulässigkeit der Verweigerung eines Zugangs zur 5G-Technologie wird damit gerade nicht attestiert.
356. So heißt es auch in dem in Bezug genommenen Entwurf, in der ein direkter Zusammenhang zwischen dem Zugang zur 5G-Technologie einerseits mit der damit verbundenen Möglichkeit zu höheren Downloadgeschwindigkeiten gezogen wird, dass eine „weitergehende Beschränkung“, das bedeutet ein zeitlich noch längeres Vorenthalten der 5G-Technologie, zwischenzeitlich nicht mehr als zulässig anerkannt werden kann:

*„... Insbesondere würde eine **weitergehende** (Anm.: Hervorhebung nur hier) Beschränkung der Antragsgegnerin auf 4G das Unternehmen gegenüber seinen Wettbewerbern benachteiligen, da die Kunden der Antragstellerin nicht die gleiche Dienstqualität erhalten könnten, wie sie es als Kunden der Wettbewerber tun würden. Der Einsatz der 5G-Technologie führt zu einer erheblichen Steigerung der Upload- und Download-Geschwindigkeiten im Vergleich zur 4G-Technologie, ein Unterschied, der bei großen Dateien für die Teilnehmer noch deutlicher ausfällt. ...“.*

357. Eine Pflicht zur unmittelbaren Bereitstellung der 5G-Technologie, wie dies die Antragstellerin aus den Formulierungen herauszulesen sucht, wird hier dementsprechend gerade nicht anerkannt.

12.1.4.1 Kein dauerhaft exklusives Nutzungsrecht

358. Soweit die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme konstatiert, die PKE verpflichte nicht zur Gleichbehandlung im Sinne des § 19 TKG-alt (jetzt § 24 TKG), lasse aber – was der Entwurf übergehe – daraus folgende etwaige Einschränkungen des Grundsatzes der Diskriminierungsfreiheit gegenüber unabhängigen Diensteanbietern (gerade) nicht vorbehaltlos zu und erkenne demgemäß auch kein grundsätzliches exklusives Nutzungsrecht der verpflichteten Zuteilungsinhaber an, so steht auch dies nicht in Widerspruch zu dem Verständnis der Beschlusskammer. Ein exklusives Nutzungsrecht für den eigenen Vertrieb ist insoweit bereits

grundsätzlich eingeschränkt als ein dauerhafter Ausschluss von neuen Leistungen grundsätzlich nicht zulässig ist, da dies den Interessen an der Förderung des Wettbewerbs durch Diensteanbieter zuwiderlaufen würde.

12.1.4.2 Keine besondere Situation bei MVNO-Geschäftsmodell

359. Auch soweit die Antragstellerin vorträgt, die Beschlusskammer habe im Übrigen auch zu berücksichtigen, dass die von den Netzbetreibern vorgetragene Kritik an der (früheren) Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Diensteanbietern ohne eigene Mobilfunknetz-Infrastruktur (siehe PKE, Rn. 499, S. 2 und 3) auf Full-MVNO schon nicht übertragbar sei, kann dies nicht überzeugen.
360. Aus den Ausführungen der PKE ergibt sich keine Einschränkung, wonach der Grundsatz, wonach keine Verpflichtung zur strikten Gleichbehandlung mit dem eigenen Vertrieb besteht, nur für reine Diensteanbieter und nicht für MVNO gelten soll. Hätte die Präsidentenkammer eine derartige Differenzierung nach dem Geschäftsmodell der Diensteanbieter vornehmen wollen, so wäre zum einen zu erwarten, dass dies von der Präsidentenkammer dann auch zum Ausdruck gebracht worden wäre. Hierzu finden sich allerdings keine entsprechenden Ausführungen. Eine solche Differenzierung, wonach der Lizenznehmer virtuelle Mobilfunknetzbetreiber gegenüber dem eigenen Vertrieb nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandeln darf, reine Reseller aber schon, würde zugleich eine offenkundig ungerechtfertigte Ungleichbehandlung dieser beiden Gruppen von Diensteanbietern bedeuten.
361. Auch soweit die Antragstellerin vorträgt, dass die der Antragsgegnerin technisch möglichen und von ihr im Markt bereits angebotenen Datenübertragungsgeschwindigkeiten von bis zu 1 Gbit/s auf Basis der 5G-Funktechnologie möglich seien, die von der Antragsgegnerin bereits vor fünf Jahren im Markt eingeführt worden seien, führt dies zu keinem anderen Ergebnis.
362. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Antragstellerin offenkundig gegen eine Fortführung dieses Leistungsmerkmals auf ihrem Netz entschieden hat, so dass der Antrag der Antragstellerin, der auf eine Gleichstellung mit dem Vertrieb der Antragsgegnerin bei den Datenübertragungsgeschwindigkeiten gerichtet ist, nicht durchgreifen würde. Sollte die Antragsgegnerin sich dazu entscheiden eine solche Übertragungsgeschwindigkeit wieder anzubieten, so wäre maßgeblich für die Frage des Erfordernisses einer unmittelbaren Weitergabe an die Antragstellerin, ob eine solche zeitliche Gleichstellung mit dem Vertrieb der Antragsgegnerin ausnahmsweise als erforderlich anzusehen wäre, um Endkundenprodukte auf dem Mobilfunkendkundenmarkt anzubieten. Das ist – nach den Ausführungen unter Ziffer 12.1.2 – zumindest derzeit nicht der Fall.

12.2 Hilfsantrag nach Ziffer 2.1.4

363. Der Hilfsantrag nach Ziffer 2.1.4. der Antragstellerin, der darauf abzielt, die Antragsgegnerin aufzufordern, ein modifiziertes Angebot nach Maßgabe von seitens der Beschlusskammer als objektiv angemessen zu erkennenden Konditionen bezüglich der Datenübertragungsgeschwindigkeiten pro Technologie im Down- und Upload abzugeben, ist ebenfalls abzuweisen.
364. So ist es der Beschlusskammer nach den Klarstellungen des BVerwG, Urteil vom 20.10.2021, BVerwG 6 C 8.20, Rn. 69, grundsätzlich verwehrt, ein Verhandlungsergebnis bzw. den Abschluss eines konkreten Diensteanbietervertrages zu erzwingen. Die Vertragskonditionen sollen vielmehr zwischen den Parteien ausverhandelt werden. Das gilt grundsätzlich auch noch dann, wenn sich herausgestellt hat, dass das verpflichtete Unternehmen mit der Forderung bestimmter unbilliger Mitnutzungskonditionen gegen das Verhandlungsgebot verstoßen hat.
365. Allenfalls und erst dann, wenn die Dauer dieses Verfahrens dazu führt, dass einem Diensteanbieter der Zugang zu den benötigten Vorleistungsprodukten vorläufig versperrt bleibt und der Anbieter darlegt, dass hierdurch die wettbewerbsfähige Fortsetzung seiner Tätigkeit auf dem relevanten Endkundenmarkt erheblich gefährdet wird, kann die Bundesnetzagentur zur Durchsetzung des Verhandlungsgebots als ultima ratio auch die vorübergehende Zugangsgewährung und die hierfür anzuwendenden Bedingungen und Entgelte anordnen (vgl. BVerwG, a.a.O.).
366. Die Beschlusskammer hat demgegenüber vorliegend keinen Anlass anzunehmen, dass die Antragsgegnerin die identifizierten Verstöße gegen das Verhandlungsgebot nicht in dem erforderlichen Umfang beheben sollte.

12.3 Stellungnahme der Antragstellerin vom 10.04.2025

367. Soweit die Antragstellerin vorträgt, sie fordere mit ihrem Hilfsantrag die Festlegung objektiv angemessener Konditionen bezüglich der Datenübertragungsgeschwindigkeiten pro Technologie im Down- und Upload, die im Angebot als Rahmen für die weiteren Verhandlungen vorzusehen seien, ist darauf hinzuweisen, dass dies nicht dem Antragstext entspricht.
368. In dem Antragstext finden sich keine Hinweise, wonach diese von der Antragstellerin selber als Festlegung von Konditionen begehrte Entscheidung nach Ziffer 2.1.4 tatsächlich lediglich einen Verhandlungsrahmen darstellen soll. Die Antragstellerin fordert vielmehr die Vorlage eines modifizierten Angebots der Antragsgegnerin mit Konditionen, die von der Bundesnetzagentur vorgegeben werden sollen und keinen Konditionenrahmen. Würde ein reiner Konditionenrahmen gefordert, so würde sich ein solcher Antrag zugleich als zu unbestimmt erweisen.

Grundsätzlich wird der Konditionenrahmen durch die Vorgaben zur Mitnutzung aus der Diensteanbieterregelung bestimmt, das bedeutet insbesondere, dass die Mitnutzungsbedingungen, über die zu verhandeln ist, bei den Verhandlungen nicht diskriminieren dürfen und – wie sich aus den weiteren Erläuterungen in den Gründen der PKE ergibt – angemessen sein müssen. Dieser Rahmen ist derjenige, der auch für die Beschlusskammer verbindlich vorgegeben ist. Sofern seitens der Antragstellerin eine weitergehende Konkretisierung dieses vorgegebenen Rahmens insbesondere im Zusammenhang mit den Datenübertragungsgeschwindigkeiten eingefordert wird, wäre es erforderlich, dass die Antragstellerin weiter ausführt, welche weitergehenden Konkretisierungen dieses Rahmens sie für angezeigt hält. Hierzu enthält der Antrag allerdings keine Hinweise.

369. Soweit die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 10.04.2025 weiter vorträgt, im Begründungsentwurf würde ausgeführt, dass entsprechende Einschränkungen bei dem Marktangebot der unabhängigen Diensteanbieter auf (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Download durch überwiegende schützenswerte Interessen der verpflichteten Zuteilungsinhaber gerechtfertigt und von dem mit dem Verhandlungsgebot verfolgten Ziel gedeckt seien, so trifft dies nicht zu. Im Rahmen der Prüfung des Hilfsantrages wird vielmehr festgestellt, dass die Beschränkung auf (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Download unzulässig ist (vgl. hierzu auch die nachfolgenden weiteren Ausführungen).

12.4 Hilfsantrag zu Ziffer 3.1.(2)

370. Als zulässig und begründet erweist sich demgegenüber der Antrag der Antragstellerin auf Feststellung der Unzulässigkeit der Weigerung der Antragsgegnerin im Bereich des Downloads höhere Übertragungsgeschwindigkeiten (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** zu verhandeln.
371. So gilt das durch den Verzicht auf die Aufnahme einer Gleichbehandlungsverpflichtung mit dem eigenen Vertrieb nach § 19 TKG dem Grunde nach als berechtigt anerkannte Voranschreiten im Wettbewerb seitens des Mobilfunknetzbetreibers ausweislich der insoweit klaren Ausführungen in der PKE insbesondere in zeitlicher Hinsicht nicht unbeschränkt, sondern gerade nur
- "... solange die Diensteanbieter die Chance haben, diesen Wettbewerbsvorsprung wieder einzuholen und somit kein dauerhaftes Alleinstellungsmerkmal des Mobilfunknetzbetreibers entsteht."*
372. Übertragen auf den gegenständlichen Bereich der Datenübertragungsgeschwindigkeiten bedeutet dies, dass es sich als unbillig erweist, wenn die Antragsgegnerin auch aktuell noch Datenübertragungsgeschwindigkeiten verweigert, die im Download Übertragungsgeschwindigkeiten (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** realisieren.

12.5 Feststellungsinteresse

373. Vorliegend ist der Antragstellerin auch ein Feststellungsinteresse zuzusprechen. Die Beschlusskammer verneint in ihrer bisherigen Spruchpraxis zum Verhandlungsgebot (vgl. Beschluss vom 14.10.2021, BK2b-21/005) ein Feststellungsinteresse dann, wenn (1) aufgrund mangelnder regelnder Wirkung und Vollstreckbarkeit einer Verwaltungsentscheidung über die begehrten Feststellungen diese faktisch ins Leere gehen würde und (2) der betreffende Antragsteller – im genannten Beschluss ein im Verfahren Beigeladener – in einer Streitigkeit mit einem anderen Unternehmen über Inhalt und Umfang des Verhandlungsgebots weiterhin auf die Inanspruchnahme der Bundesnetzagentur angewiesen wäre.

Beschluss, a.a.O., Rn. 161 unter Verweis auf BK3g-10/04, S. 5 und Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Aufl. 2021, § 133 TKG, Rn. 25.

374. Ferner verneint die Bundesnetzagentur ein Feststellungsinteresse in Streitbeilegungsverfahren nach § 133 TKG 2004 auch dann, wenn eine bloße Feststellung nicht geeignet ist, eine „Streitigkeit zwischen Unternehmen“ auszuräumen oder ein Unternehmen zur Einhaltung seiner „Verpflichtungen“ anzuhalten.

BK-3a 05/035, S. 16 unter Ziffer 1.4

375. Die beantragten Maßnahmen, welche die Antragsgegnerin unter diesem Gesichtspunkt als unzulässig ansehen will, würden im Falle einer entsprechenden Entscheidung offensichtlich nicht ins Leere gehen, sondern wären von der Antragsgegnerin in Erfüllung des Verhandlungsgebots zu beachten. Offenkundig ist auch, dass die beantragten Maßnahmen vorliegend geeignet sind, die Streitigkeit zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin auszuräumen und die Antragsgegnerin zur Einhaltung ihrer Verpflichtungen aus dem Verhandlungsgebot anzuhalten.

12.6 Separate Anträge für den Down- und Upload

376. Die Beschlusskammer legt das Begehren der Antragstellerin nach Ziffer 3.1 (2) auf Feststellung der Unvereinbarkeit von Begrenzungen der Datenübertragungsgeschwindigkeiten in Höhe von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Download und (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Upload mit dem Verhandlungsgebot so aus, dass die Antragstellerin jeweils für beide Übertragungsrichtungen separate (einerseits Download und andererseits Upload) Feststellungen begehrt.

12.7 Begründetheit Downloadgeschwindigkeit

377. Die Weigerung der Antragsgegnerin, der Antragstellerin Mobilfunkdienste mit Datenübertragungsgeschwindigkeiten (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im

Download anzubieten erweist sich als unvereinbar mit dem Verhandlungsgebot. Durch die Begrenzung auf (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** wird die Antragstellerin in ihrer Wettbewerbsfähigkeit erheblich geschwächt und von einem maßgeblichen Teilsegment des Marktes ausgeschlossen. Die Kunden der Antragstellerin erhalten nicht die gleiche Dienstqualität, wie die Kunden der Antragsgegnerin sowie eines Teiles der anderen Wettbewerber bereits standardmäßig nutzen können. Das grundsätzlich als berechtigt anzuerkennende Interesse der Antragsgegnerin bei dem Angebot von qualitativ hochwertigen Datenübertragungsgeschwindigkeiten im Wettbewerb voranschreiten zu können, rechtfertigt zumindest bei einer Datenübertragungsrate von bis zu (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Download aktuell keinen weiteren dauerhaften Ausschluss mehr.

378. Im Einzelnen gilt das Folgende:

12.7.1 Kein wettbewerbsfähiges Angebot

379. Die Diensteanbieterregelung soll dazu dienen, einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen und nachhaltig wettbewerbsfähige Märkte der Telekommunikation zu fördern, so dass neben den Vertriebswegen der Mobilfunknetzbetreiber weitere Unternehmen die Möglichkeit erhalten, dem Verbraucher Mobilfunkdienste anzubieten, vgl. Rn. 514 f. der PKE.

380. Neben dem Preis, der Menge des nutzbaren Datenvolumens und der Netzqualität bildet dabei die Übertragungsgeschwindigkeit im Download einen zentralen Wettbewerbsparameter im Mobilfunk,

(zur Bedeutung des Zugangs zu innovativen Technologien im Mobilfunk vgl. KOM, Freigabeentscheidung K 42, Rn. 584, Rn. 600).

381. Die wettbewerbliche Bedeutung der Datenübertragungsgeschwindigkeit zeigt sich auch daran, dass dieses Merkmal regelmäßig von den Mobilfunkdiensteanbietern in der Werbung hervorgehoben wird und zugleich als Grundlage für eine preisliche Differenzierung der Tarife auf Endkundenebene dient. Es liegt auf der Hand, dass dieses Wettbewerbspotential deutlich geschwächt wird, wenn den Kunden der MVMO gerade die qualitativ attraktiven Leistungen nicht angeboten werden können. Insoweit wird ein wettbewerbsfähiges Angebot erheblich erschwert, wenn die Antragstellerin dauerhaft nur Datenübertragungsgeschwindigkeiten anbieten kann, die signifikant unter den im Markt von der Antragsgegnerin und anderen Mobilfunknetzbetreibern angebotenen Geschwindigkeiten liegen und somit einen Wettbewerb der Antragstellerin in qualitativ höheren Segmenten auch mittelfristig ausschließen.

382. **BuGG**.

383. Ein weiterer Ausschluss der Antragstellerin von diesem für wettbewerbliche Angebote erforderlichen Leistungsmerkmal von zumindest bis (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** erweist sich insoweit derzeit als offenkundig unbillig.
384. Soweit die Antragsgegnerin dem entgegen hält, dass sich die Billigkeit bzw. die Möglichkeit trotz einer Begrenzung auf (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** auf dem Markt aufzutreten, daran zeige, dass andere Marktparteien die geforderten Begrenzungen ebenfalls akzeptiert hätten und auf dem Markt auftreten würden, so kann dies nicht überzeugen.
385. Dass es möglich ist, auch mit vergleichsweise niedrigen Datenübertragungsraten den Teil der Endkunden als Kunden zu gewinnen, die keinen besonderen Wert auf die Datenübertragungsgeschwindigkeit legen, vermag die Unbilligkeit einer verweigerten Verhandlung von Datenübertragungsraten, die dem Marktstandard entsprechen, nicht zu rechtfertigen. So erweist es sich nicht als billig, die Tätigkeit von Diensteanbietern, durch entsprechende Verhandlungen von Vorleistungskonditionen von vorneherein auf derartige Teilsegmente des Marktes zu begrenzen, die in grundsätzlich zentralen Qualitätsmerkmalen mit dem Marktstandard nicht mehr mithalten können bzw. diesen nicht erreichen. Ein solcher dauerhafter Ausschluss des die Mitnutzung nachfragenden hinreichend effizienten Diensteanbieters aus dem Massenmarktsegment im Mobilfunkbereich würde den mit dem Verhandlungsgebot anvisierten grundsätzlich offenen Markt für Wettbewerb durch Diensteanbieter und die damit erhofften sozi-ökonomischen Vorteile konterkarieren.
386. Wie bereits dargelegt, betont die Präsidentenkammer in Rn. 518 der Gründe der PKE die Nachteile einer Beschränkung der Wettbewerber in der Ausgestaltung der Mobilfunktarife:
- „Die Konditionen für die Diensteanbieter beeinflussen deren Wettbewerbsfähigkeit. **Je stärker ein Diensteanbieter in der Ausgestaltung der Mobilfunktarife beschränkt wird, desto weniger wird er in der Lage sein, mit innovativen oder preislich attraktiven Produkten zum Wettbewerb beizutragen** (Hervorhebung nur hier). Daher haben die Konditionen letztlich einen direkten Einfluss darauf, ob sich die Diensteanbieter im Wettbewerb auf Endkundenebene behaupten können. Der Diensteanbieterregelung kommt hierbei eine zentrale Rolle als Verhandlungsgrundlage zu.“*
387. Der Ausschluss der Mitnutzung von Qualitätsmerkmalen im Standardsegment, erweist sich als eine damit nicht zu vereinbarende beschränkende Vorgabe.
388. Wäre es dem Zuteilungsnehmer nunmehr vorbehalten, seine Verpflichtung zur Verhandlung in der Weise nachzukommen, dass er dem Nachfrager ein Angebot unterbreitet, das diesem etwa nur Datenübertragungsraten von bis zu (BuGG ggü.

den Beigeladenen) BuGG ermöglicht, so bliebe es dem Mobilfunknetzbetreiber überlassen, zu bestimmen, welchen Teil des Marktes seinen Diensteanbietern geöffnet werden sollte und welche Teile des Marktes bereits dem Grunde nach für die Diensteanbieter verschlossen bleiben würden. Soweit erkennbar wird aber auch von der Antragsgegnerin kein derart enges Verständnis vom Verhandlungsgebot vertreten.

389. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin rechtfertigt sich ein solcher, grundsätzlicher und dauerhafter Ausschluss aus einem maßgeblichen Teilbereich des Mobilfunkendkundenmarktes auch nicht mit dem Hinweis, dass nach den Gründen in der PKE die Antragsgegnerin gerade nicht zur Gleichbehandlung externer Anbieter mit dem eigenen Vertrieb verpflichtet ist.
390. Zutreffend ist, dass die Antragsgegnerin nicht zur Gleichbehandlung nach § 19 TKG (2004) verpflichtet ist und dies in Rn. 500 der Gründen zur PKE entsprechend betont wird:

„Zuteilungsinhaber werden nicht zu einer Gleichbehandlung i. S. d. § 19 TKG verpflichtet. ...“

391. Die fehlende Verpflichtung zur Gleichbehandlung externer Diensteanbieter mit dem eigenen Vertrieb bedeutet, dass der Zuteilungsnehmer sich grundsätzlich besserstellen kann als einen die Mobilfunkvorleistungen nachfragenden Diensteanbieter. Diese demnach grundsätzlich zulässige Bevorzugung des eigenen Vertriebs hat allerdings insoweit seine Grenzen als die Besserstellung nicht dazu führen darf, dass es dem Nachfrager bereits dem Grunde nach und dauerhaft verunmöglicht wird, mit einem grundsätzlich zulässigen Geschäftsmodell auf dem Markt aufzutreten. Insbesondere dürfen preislich attraktive und innovative Dienstmodelle von Drittanbietern durch die Schlechterstellung seitens des Zuteilungsnehmers nicht dauerhaft ausgeschlossen werden. Denn gerade diese sollten nach den Ausführungen in Rn. 500 der Gründe der PKE mit der Diensteanbieterregelung gefördert werden:

*„So muss einem Mobilfunknetzbetreiber zum Beispiel das Recht zu vorstoßenden Wettbewerb (Geheimwettbewerb) beim Vertrieb seines Produktes zuerkannt werden, solange die Diensteanbieter die Chance haben, diesen Wettbewerbsvorsprung wieder einzuholen und somit **kein dauerhaftes Alleinstellungsmerkmal des Mobilfunknetzbetreibers** (Anm.: Hervorhebung nur hier) entsteht...“*

392. Ein solcher, bereits grundsätzlicher dauerhafter Ausschluss eines an sich zulässigen Marktauftritts ist aber dann anzunehmen, wenn der Nachfrager für einen nicht absehbaren Zeitraum von zentralen Leistungsmerkmalen von Mobilfunkdiensten, wie dies im Fall von Datenübertragungsgeschwindigkeit über (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG im Download der Fall ist, ferngehalten wird.

393. Um im Wettbewerb bestehen zu können, muss dem Nachfrager insoweit auch bei neuen Leistungsmerkmalen eine Aussicht auf Mitnutzung dieser gewährt werden, sofern dem nicht grundsätzliche Erwägungen entgegenstehen. Bei einem anderen Verständnis der PKE in dem Sinne eines dauerhaften Ausschlusses von Qualitätsmerkmalen würde dies notwendigerweise darauf hinauslaufen, dass der Wettbewerber gegenüber den Zuteilungsnehmern im Zeitverlauf deutlich an Wettbewerbsfähigkeit einbüßen würde und damit auch die gerade von Wettbewerbern erwarteten Impulse für preiswerte und innovative Angebote ausgehebelt würden.
394. Bei neuen Qualitätsmerkmalen wird ein bestimmter zeitlicher Wettbewerbsvorsprung regelmäßig zu akzeptieren sein. Allerdings darf dieser nicht dazu führen, dass der Wettbewerber dauerhaft von diesen neuen Marktsegmenten ausgeschlossen wird.

12.7.2 Zur Dauer des zu gewährenden Wettbewerbsvorsprungs

395. Bei der Bestimmung der Dauer des zu gewährenden Wettbewerbsvorsprungs gilt es darauf abzustellen, ab welchem Zeitraum ein weiteres Abwarten die Wettbewerbsfähigkeit des Nachfragers in einem solch relevanten Umfang in seiner Geschäftstätigkeit behindert, dass sich ein weiteres Verweigern als unbillige Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt.
396. Speziell bei dem gegenständlichen Merkmal der Datenübertragungsgeschwindigkeit kann festgehalten werden, dass sich zumindest zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung ein längeres Zuwarten bei Geschwindigkeiten von zumindest bis zu (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Download über den Zeitraum, ab dem der Zugang zu der 5G-Funktechnologie zu gewähren ist, als unbillig erweist, vgl. hierzu die weitergehenden Ausführungen in Abschnitt 12.6.1. Hinzu tritt vorliegend, dass von der Antragsgegnerin bereits mit der 4G-Funktechnologie Datenübertragungsgeschwindigkeiten von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** am Markt angeboten worden sind. **BuGG**

12.7.3 Vortrag zur möglichen Verdrängung von Endkunden

397. Soweit die Antragsgegnerin darauf hinweist, dass sie ohne Begrenzung der Datenübertragungsgeschwindigkeit keine effektive Kontrolle über den Umfang der Inanspruchnahme ihrer Funk- und Netzkapazitäten durch die Antragstellerin habe, und ohne eine entsprechende Begrenzung die Gefahr bestehe, dass es bei einer Nutzung der Kapazitäten durch die Endkunden der Antragstellerin zu einer Verdrängung der Nutzung seitens der Endkunden und anderer Wholesale-Kunden der Antragsgegnerin komme, was sie nicht hinzunehmen habe, so ist festzuhalten, dass dieses Vorbringen zumindest keine Begrenzung der Datenübertragungsgeschwindigkeit auf (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** rechtfertigt.

398. Zutreffend ist, dass es bei einer übermäßigen Nutzung, das bedeutet einer Nutzung von Funkzellen über die dort vorhandene Kapazität, zu einer Verdrängung der Nutzung seitens aller Endkunden und damit sowohl von Endkunden der Antragsgegnerin als auch von anderen Diensteanbietern kommen kann. Das gilt grundsätzlich sowohl dann, wenn den jeweiligen Endkunden oder Vorleistungskunden ein Zugang von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** als auch wenn diesen ein Zugang von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** angeboten wird. (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Kunden die einen (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**-Anschluss nutzen, können insoweit zu einer höheren Netzauslastung führen, als (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Kunden mit einem (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**. Allein der Umstand, dass bei dem einen Anschluss eine höhere Bandbreite verwendet werden kann, stellt insoweit keine Alleinstellungsanforderung für eine mögliche Netzüberlastung dar. Ob ein zusätzliches Angebot von entsprechend höheren Bandbreiten auch von Seiten der Wettbewerber zu einer höheren Nachfrage nach solchen Anschlüssen bei den Nachfragern führen muss bzw. wird, **BuGG**, ist nicht erkennbar. Auch wenn man der Möglichkeit, auch Anschlüsse mit einer höheren Bandbreite von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** auf dem Markt anzubieten mit einer Steigerung der Möglichkeit von Netzüberlastungen und entsprechenden nachteiligen Folgen für die Endkunden der Antragsgegnerin sowie anderer Wettbewerber unterstellen will, ist nicht erkennbar, **BuGG** und alleine von diesen Kunden eine entsprechende Gefahr von Netzüberlastungen zu Lasten der Wettbewerber der Antragsgegnerin dauerhaft und einseitig zu tolerieren sein sollte. Zu beachten bleibt auch, dass die Antragsgegnerin selber etwa Tarife von 300 Mbit/ anbietet.
399. Zu beachten ist schließlich, dass die Antragsgegnerin zur Vermeidung bzw. der Minimierung der Gefahr des Auftretens von Netzüberlastungen die Möglichkeit hat, solche Gefahren durch angemessene Netzschutzregelungen zu adressieren. So ist es grundsätzlich zulässig, dass die Antragsgegnerin für Fälle, in denen es zu Netzüberlastungen kommen sollte, die die Antragstellerin zu verantworten hat und dies gegen vorher abgesprochene Planungsvorgaben verstößt, berechtigt ist Maßnahmen zu ergreifen, um dies zu unterbinden.
400. **BuGG**
401. Der von der Antragsgegnerin vorgesehene weitere Ausschluss der Antragstellerin von höheren Datenübertragungsraten als (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** erweist sich damit gerade nicht als angemessener Weg zur Limitierung der Gefahren einer Netzüberlastung. Hierbei ist zu beachten, dass sich die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 05.07.2023 ausdrücklich bereit erklärt hat, für den Fall von entsprechenden Netzstörungen, die von ihr verursacht werden, entsprechende temporäre Leistungsverweigerungen zu akzeptieren.

402. Soweit die Antragsgegnerin schließlich darauf hinweist, dass den technischen Möglichkeiten zur Regulierung des Verkehrs durch regulatorische Vorgaben zur Netzneutralität klare Grenzen gesetzt seien, so ist für die Beschlusskammer nicht erkennbar, inwieweit die von der Antragsgegnerin verwendeten Regelungen zu temporären Netzabschaltungen im Falle von Netzüberlastungen gegen den Grundsatz der Netzneutralität oder andere rechtliche Vorgaben verstoßen sollten.
403. Die Möglichkeit der temporären Netzabschaltung gegenüber dem nachfragenden virtuellen Mobilfunknetzbetreiber führt gerade in dem Fall einer (regelmäßig) bestehenden Alternativlosigkeit zu dem Anreiz einer Netzüberlastungen vermeidenden Gestaltung der Tarifgestaltung. Der Vortrag der Antragsgegnerin, wonach die Antragstellerin ohne die Begrenzung der Datenübertragungsgeschwindigkeit über keine solchen Anreize zur netzschonenden Gestaltung der Tarife verfüge, greift damit nicht.
404. Der von der Antragsgegnerin vorgesehene Weg zur Verhinderung von Netzüberlastungen durch eine dauerhafte Begrenzung der Datenübertragungsrate, die sie anderen Wettbewerbern anbietet, auf (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG im Download, erweist sich insoweit als ein unverhältnismäßig einschneidendes Mittel zur Minimierung des Auftretens von möglichen Netzüberlastungen durch die Kunden der Antragstellerin.
405. Auch soweit die Antragsgegnerin darauf hinweist, dass sie selbst Tarife anbiete, die mit einer reduzierten Downloadgeschwindigkeit ausgestattet seien, die in Teilen sogar erheblich unter den Bandbreiten liegen würden, die der Antragstellerin zur Verfügung gestellt werden sollen, führt dies nicht dazu, dass sie ihren Wettbewerbern dauerhaft die Bereitstellung von höheren Datenübertragungsraten, die von ihr selber verwendet werden, vorenthalten darf. Dass die Antragsgegnerin selber auch Tarife anbietet, bei denen dem Kunden eine geringere Datenübertragungsgeschwindigkeit bereitgestellt wird, dürfte nach Auffassung der Beschlusskammer dabei weniger der Verhinderung von Überlasten geschuldet sein, als vielmehr dem Umstand, dass vor dem Hintergrund des offensichtlichen Bestehens unterschiedlicher Zahlungsbereitschaften für unterschiedliche Datenübertragungsgeschwindigkeiten auch Kunden gewonnen werden können, die für entsprechende Preisnachlässe bereit sind, auch Dienste mit einer nur sehr geringen Datenübertragungsrate zu nutzen.

12.7.4 Ergebnis Datenübertragungsgeschwindigkeit im Download

406. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es sich als unbillig erweist, wenn sich die Antragsgegnerin Verhandlungen über höhere Datenübertragungsraten bereits dem Grunde nach verweigert. Für Datenübertragungsgeschwindigkeiten zumindest von bis zu (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG im Download ist aus Sicht der

Beschlusskammer jedenfalls zum Entscheidungszeitpunkt kein Anlass mehr zu erkennen, dass diese Leistungen der Antragstellerin weiter vorenthalten werden. Bei höheren Datenübertragungsleistungen ist die Antragsgegnerin ebenfalls verpflichtet, über deren (spätere) Einführung zu verhandeln, sofern sie diese selber bereits ihren Endkunden anbietet bzw. ein entsprechendes Angebot unmittelbar bevorsteht.

12.7.5 Rechtsfolge

407. Die Weigerung der Antragsgegnerin zur Verhandlung von höheren als den von ihr angebotenen Datenübertragungsgeschwindigkeiten von maximal (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** im Download erweist sich als unvereinbar mit den Vorgaben des Verhandlungsgebots.
408. Die beantragte Feststellung ist geeignet, die Streitigkeit zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin auszuräumen und die Antragsgegnerin zur Einhaltung ihrer Verpflichtungen aus dem Verhandlungsgebot anzuhalten. Andere, weniger eingriffsintensive Maßnahmen, die gleich geeignet wären, sind nicht erkennbar. Auch sind keine Hinweise erkennbar, die die Maßnahme als unverhältnismäßig erkennen lassen.

12.8 Unbegründetheit Uploadgeschwindigkeit

409. Die Weigerung der Antragsgegnerin mit der Antragstellerin den Zugang zu Uploadgeschwindigkeiten von über (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** zu verhandeln, erweist sich demgegenüber mit dem Verhandlungsgebot als vereinbar.
410. Anders als bei den Downloadgeschwindigkeiten, die in den Tarifen der Diensteanbieter am Markt regelmäßig prominent beworben werden, werden die Angaben zu den Uploadgeschwindigkeiten bei der Vermarktung im Normalfall nicht besonders hervorgehoben. Auch liegen die aktuell am Markt angebotenen Uploadgeschwindigkeiten mit Bandbreiten zwischen (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** und (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** auch in dem Bereich, den die Antragsgegnerin der Antragstellerin anbietet. Die Unterschiede fallen demnach gemessen an der Differenz und anders als bei den Downloadgeschwindigkeiten deutlich geringer aus.
411. **BuGG**
412. **BuGG**

BuGG	BuGG	BuGG	BuGG
BuGG	BuGG	BuGG	BuGG

BuGG	BuGG	BuGG	BuGG
BuGG	BuGG	BuGG	BuGG
BuGG	BuGG	BuGG	BuGG
BuGG	BuGG	BuGG	BuGG
BuGG	BuGG	BuGG	BuGG
BuGG	BuGG	BuGG	BuGG
BuGG	BuGG	BuGG	BuGG
BuGG	BuGG	BuGG	BuGG

413. Aus den genannten Gründen ist nicht erkennbar, dass zumindest aktuell ein wettbewerbsfähiges Angebot mit einer Uploadgeschwindigkeit von (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG und damit BuGG für einen wirtschaftlich tragfähigen Marktauftritt nicht genügen sollte. Die absoluten aktuellen Topqualitäten sind damit zwar für den Diensteanbieter derzeit nicht realisierbar. Vor dem Hintergrund der in der PKE dem Zuteilungsnehmer zugestandenen Möglichkeit bei den hohen Qualitätsmerkmalen zumindest temporär voranzuschreiten, erweist sich die Verweigerung von Uploadgeschwindigkeiten von (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG demnach aus Sicht der Beschlusskammer zumindest derzeit nicht als unbillig, so dass der entsprechende Hilfsantrag nicht durchgreift.

12.9 Stellungnahme der Antragstellerin zu den Uploadgeschwindigkeiten

414. Soweit die Antragstellerin sich dagegen wendet, dass in dem Entwurf ausgeführt werde, die Weigerung der Antragsgegnerin mit der Antragstellerin den Zugang zu Uploadgeschwindigkeiten von über (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG zu verhandeln, sei von den Vorgaben der PKE gedeckt, ist dem insoweit zuzustimmen als die gewählte Formulierung in der Tat missverständlich ist.
415. Zutreffend ist vielmehr, dass die von der Antragstellerin geforderte Feststellung, wonach die von der Antragsgegnerin angebotenen Konditionen im Upload unangemessen seien, unbegründet ist, da die angebotenen Uploadgeschwindigkeiten zum Zeitpunkt der Entscheidung für einen wettbewerblichen Auftritt ausreichen. Verhandlungen über höhere Uploadgeschwindigkeiten für die Zukunft sind demgegenüber, soweit dies Dienste betrifft, die die Antragsgegnerin bereits selber einsetzt, zulässig und können nach Auffassung der Beschlusskammer von der Antragstellerin auch verlangt werden. Zur Begründung wird insoweit auf die Ausführungen zur Verhandlungen über Technologien, die die Antragsgegnerin selber bereits verwendet, vgl. Ziffer 12.1.2.1, verwiesen.

416. Der Antrag der Antragstellerin zielt allerdings nicht auf die Feststellung der Unangemessenheit von Verhandlungen über höhere Datenübertragungsgeschwindigkeiten, die von der Antragsgegnerin bereits verwendet werden, sondern auf die Feststellung der Unangemessenheit der Weigerung, solche bereits zum aktuellen Zeitpunkt zur Mitnutzung anzubieten. Gegenstand der obigen Ausführungen zur Begründetheit bildet allein der Antrag der Antragstellerin. Hinsichtlich dieses Antrages ergeben sich aus der Stellungnahme der Antragstellerin keine neuen Erkenntnisse.
417. Sofern von der Antragstellerin im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 10.04.2025 vorgetragen wird, dass die Ausführungen allgemein und ohne Bezug zu konkreten Markt Betrachtungen seien, dass eine Grundlage für die Annahme bzw. die Behauptung, eine Uploadgeschwindigkeit von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** für einen „wirtschaftlich tragfähigen Marktauftritt“ genügen sollte, schlicht nicht nachvollziehbar sei, so kann dies nicht überzeugen.
418. Die Beschlusskammer hat bei ihrer Bewertung die zum Zeitpunkt der Entscheidung vorhandenen Marktangebote zugrunde gelegt und dargelegt, dass die von der Antragstellerin benannten höheren Uploadgeschwindigkeiten nicht marktüblich sind.
419. Soweit von der Antragstellerin vorgetragen wird, dass bei bestimmten genannten Kundengruppen wie bspw. High User, die regelmäßig auch größere Datenmengen im Upload übermitteln müssten und das entsprechende Leistungsmerkmal ein wesentliches Kriterium für den Abschluss eines Tarifs darstelle, mag dies zutreffen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Anspruch auf Verhandlungen über eine Mitnutzung, wie dies die PKE gewährt, nur solche Angebote als angemessen identifiziert, die einem Nachfrager eine unmittelbare und zeitgleiche Teilhabe an den höchsten Leistungen im Premium Segment vermittelt. Nach den Klarstellungen in den Gründen der PKE ist eine zeitlich begrenzte Bevorzugung des Lizenznehmers und Betreibers des Mobilfunknetzes als zulässig zu erachten, solange sichergestellt ist, dass diese Bevorzugung zeitlich begrenzt ist und ein möglicher Wettbewerbsvorsprung wieder eingeholt werden kann. Vor dem Hintergrund der nach Umsätzen betrachtet relativ geringen ökonomischen Bedeutung von Tarifen mit einer Uploadgeschwindigkeit von über (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** erweist sich aus Sicht der Beschlusskammer die Weigerung zu einem entsprechenden aktuellen Angebot im Sinne der PKE als zulässiges Verhalten.

13 Keine SIM-Kartengebühr – Ziffer 1.5; 2.2.9 und 3.1.(4)

420. Die Antragsgegnerin hat sich mit Schreiben vom 01.07.2025 mit den unter Ziffer 1.5 beantragten Regelungen einverstanden erklärt und die beantragten Regelungen rechtsverbindlich anerkannt. Wegen Erfolgs des Hauptantrages ist eine Entscheidung über die Hilfsanträge nach Ziffer 2.2.9 und 3.1.(4) nicht veranlasst.

14 Mindestlaufzeit – Ziff 1.6; 2.1.5 und 3.1 (6)

421. Auf den Antrag zu Ziffer 1.6 hat das modifizierte Angebot der Antragsgegnerin eine Mindestlaufzeit vorzusehen, die der Antragstellerin die Amortisation ihrer Investitionen in die Anbindung an das Netz der Antragsgegnerin und in die Entwicklung ihres Geschäftsbetriebs ermöglicht, wobei die Mindestlaufzeit nicht unter (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG nach Realisierung der MVNO-Anbindung liegen darf. Soweit die Antragstellerin darüber hinaus beantragt, dass eine längere Bindung nicht gegen ihren Willen vorgesehen werden dürfe, ist der Antrag zu Ziffer 1.6 hingegen abzulehnen.

14.1 Erfolgloses Verhandeln nur teilweise

422. Vor dem Streitbeilegungsverfahren war die Mindestlaufzeit des Vertrages nur insoweit Gegenstand erfolgloser Verhandlungen, als die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin eine Verlängerung der angebotenen Mindestvertragslaufzeit forderte. Nicht Gegenstand der Verhandlungen war hingegen, ob und inwieweit die angebotene Mindestvertragslaufzeit über die Forderung der Antragstellerin noch hinausgehen darf.

423. (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG.

424. BuGG.

425. BuGG.

426. BuGG.

427. BuGG.

428. BuGG.

429. BuGG.

430. Vor diesem Hintergrund ist eine Entscheidung über die zulässige Höchstdauer einer Mindestvertragslaufzeit allerdings nicht veranlasst. Soweit die Antragstellerin eine dahingehende Entscheidung begehrt, ist der Antrag zu Ziffer 1.6 mangels Sachentscheidungsinteresse bereits unzulässig.

431. Unabhängig hiervon weist die Beschlusskammer zudem darauf hin, dass der (geänderte) Antrag zu Ziffer 1.6 auch unsubstantiiert ist, soweit die Antragstellerin – in Abweichung von ihrer ursprünglichen Position – nunmehr beantragt, dass eine längere Bindung als (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG (ab Realisierung der MVNO-Anbindung) gegen ihren Willen nicht vorgesehen werden dürfe. Wie dargelegt hat die Antragstellerin in den Vertragsverhandlungen eine Mindestlaufzeit von (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG (ab commercial launch) verlangt und eine entsprechende Forderung auch in ihrem ursprünglichen Antrag zu Ziffer 1.6

aufrechterhalten. Vor diesem Hintergrund kann nicht nachvollzogen werden, dass eine längere Bindung als (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** für die Antragstellerin nunmehr unangemessen wäre, wenn sie zuvor eine längere Mindestvertragslaufzeit noch selbst gefordert hatte.

14.2 Keine Erledigung nach Beginn

432. Eine Erledigung ist hinsichtlich des Antrags zu Ziffer 1.6 nach Beginn des Streitbeilegungsverfahrens nicht eingetreten. Auf die Änderung des Antrags zu Ziffer 1.6 dahingehend, dass die Antragstellerin nunmehr eine (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** Mindestvertragsdauer (ab Realisierung der MVNO-Anbindung) fordert, hat sich die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 24.8.2023, S. 16, (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**. Während allerdings der Antrag zu Ziffer 1.6 auf die Vorlage eines modifizierten Angebots gerichtet ist, handelt es sich bei (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**. Sonstige Erledigungsgründe sind nicht ersichtlich.

14.3 Mindestvertragslaufzeit ohne Anlauf- und Amortisationsschutz

433. Aufgrund des mit der PKE auferlegten Verhandlungsgebots ist es der Antragsgegnerin untersagt, sich in den Verhandlungen zu weigern, der Antragstellerin eine Mindestvertragslaufzeit anzubieten, die der Antragstellerin jedenfalls die Gelegenheit dazu bietet, ihre zur Erfüllung des Vertragszwecks notwendigen Investitionen im Laufe der Mindestvertragslaufzeit amortisieren zu können. Für die Antragstellerin als MVNO und Neueinsteiger in den deutschen Mobilfunkmarkt gehören zu diesen Investitionen die Anbindung an das Netz der Antragsgegnerin und die Entwicklung ihres Geschäftsbetriebs. Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die Refinanzierung dieser Investitionen frühestens nach (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** ab Realisierung der MVNO-Anbindung möglich ist, so dass die von der Antragsgegnerin anzubietende Mindestvertragslaufzeit diese Dauer nicht unterschreiten darf.

14.4 Notwendige Investitionen

434. Die nach dem Verhandlungsgebot der PKE zu führenden Verhandlungen müssen insbesondere dem allgemeinen Maßstab von Treu und Glauben sowie dem Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit entsprechen. Dies umfasst das Verbot, den Vertragsschluss von Bedingungen abhängig zu machen, die für den anderen Verhandlungspartner offensichtlich unangemessen sind,

BVerwG Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BeckRS 2021, 44554 Rn. 62,

435. bzw. umfasst das Ziel, dass für beide Seiten zumutbare Bedingungen vereinbart werden, die nicht einseitig benachteiligend sind,
PKE Rn. 498 sowie BVerwG Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BeckRS 2021, 44554 Rn. 64.
436. Ob Vertragsbedingungen offensichtlich unangemessen oder einseitig benachteiligend sind, ist wiederum anhand einer umfassenden Abwägung der wechselseitigen Interessen sowie unter Berücksichtigung der mit dem Verhandlungsgebot der PKE verfolgten Regulierungsziele des § 2 TKG zu ermitteln.
437. Im vorliegenden Fall haben zwar beide Verfahrensbeteiligten im Ausgangspunkt ein gemeinsames Interesse daran, eine Mindestvertragslaufzeit zu vereinbaren, welche ihnen die Amortisation ihrer Investitionen ermöglicht. Uneinigkeit besteht jedoch hinsichtlich deren Dauer, insbesondere welche Investitionen für die Bemessung der Mindestvertragslaufzeit maßgeblich sind. Während die Antragsgegnerin mit der angebotenen Dauer vor allem ihre Investitionen in die MVNO-Anbindung sowie in den Zugang der Antragstellerin absichern möchte,
siehe den Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 8.8.2023, S. 54,
438. aber einen darüberhinausgehenden Zeitraum ablehnt, fordert die Antragstellerin hingegen eine längere Mindestvertragslaufzeit, die neben der Amortisation ihrer Investitionen in die MVNO-Anbindung auch die Amortisation ihrer Investitionen in die Entwicklung ihres Geschäftsbetriebs ermöglicht,
siehe die Antragsschrift der Antragstellerin vom 6.4.2023, S. 46.
439. Eine Abwägung zwischen den wechselseitigen Interessen der Verfahrensbeteiligten führt unter Berücksichtigung der Regulierungsziele des § 2 TKG im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass die anzubietende Mindestvertragslaufzeit der Antragstellerin jedenfalls die Gelegenheit dazu geben muss, ihre Investitionen in die MVNO-Anbindung sowie in die Entwicklung ihres Geschäftsbetriebs im Laufe der Mindestvertragsdauer wieder erwirtschaften zu können. Insoweit handelt es sich für die Antragstellerin um zur Erfüllung des Vertragszwecks notwendige Investitionen, deren Nichtberücksichtigung im Rahmen der Mindestvertragslaufzeit offensichtlich unangemessen und für die Antragstellerin einseitig benachteiligend wäre.
440. Im Einzelnen:
441. Soweit die Antragsgegnerin schon generell in Abrede stellt, dass das Erfordernis einer Mindestvertragslaufzeit im Verhandlungsgebot der PKE überhaupt enthalten sei, kann dies nicht überzeugen. Sind zur Vertragserfüllung bestimmte Investitionen notwendig, die sich für den investierenden Verhandlungspartner erst mit zeitlichem Abstand rentieren können, folgt aus dem Verhandlungsgebot vielmehr,

dass dem investierenden Verhandlungspartner zur Amortisation dieser Investitionen eine angemessene Mindestlaufzeit des Vertrages grundsätzlich nicht verweigert werden darf.

442. Bereits im allgemeinen Vertrags- und Wettbewerbsrecht entspricht es der Rechtsprechung des BGH, dass ein zum Betriebsaufbau notwendiger Investitionsaufwand ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an einer bestimmten Vertragsdauer begründet. So soll dem investierenden Gewerbetreibenden die Gelegenheit gegeben werden, seine Investitionen während der Vertragsdauer zu amortisieren und insbesondere seine diesbezüglichen Kalkulationen zeitlich auf eine sichere Grundlage zu stellen,

BGH, NJW 1982, 2770, 2771 zur Gewerberaummiete; vgl. auch BGH, NJW-RR 1995, 1260, 1261 zu Kfz-Vertragshändlerverträgen; BGH, NJW 2000, 1110, 1113 zu einem Mineralölliefervertrag; BGH, NJW 2003, 1313, 1315 zu einem Gestattungsvertrag über Breitbandkabelanlagen; vgl. in der Literatur zudem Pour Rafsendjani, BeckOF Vertrag, 66. Edition 2023, Formular 23.3, Rn. 30 zu Franchiseverträgen.

443. Eine solche Möglichkeit muss am Maßstab des hier zu beachtenden Verhandlungsgebots erst recht bestehen. Denn der mit dem Verhandlungsgebot der PKE intendierte Vertragsschluss,

PKE Rn. 502; vgl. auch BVerwG Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BeckRS 2021, 44554 Rn. 62,

444. drohte praktisch unterlaufen zu werden, wenn für den investierenden Verhandlungspartner keine zeitlich belastbare Kalkulationsgrundlage bestünde, die ihm die Amortisation der zur Vertragserfüllung notwendigen Investitionen zumindest ermöglichte.

445. Die Vornahme von Investitionen, die sich erst nach einiger Zeit rentieren können, erfordert ein ausreichendes Mindestmaß an zeitlicher Planbarkeit. Insbesondere werden eine seriöse Geschäftsführung und deren Kapitalgeber in aller Regel fordern, dass den Investitionen ein fundierter Geschäftsplan gegenübersteht, der mit einer ausreichenden Refinanzierung kalkuliert und hierfür auch in zeitlicher Hinsicht belastbar ist. So ist es beispielsweise nicht unüblich, dass Kreditinstitute für die Finanzierung von Investitionen erwarten, dass die Dauer des geschäftlichen Vertrages, auf dessen Grundlage investiert wird, mindestens der Dauer des Kreditvertrages entspricht,

vgl. Pour Rafsendjani, BeckOF Vertrag, 66. Edition 2023, Formular 23.3, Rn. 30 zu Franchiseverträgen.

446. Fehlt es hingegen an einem solchen Mindestmaß an zeitlicher Planbarkeit – insbesondere, weil die Dauer des zugrundeliegenden geschäftlichen Vertrags unsicher ist – würden Investitionen nicht vorgenommen werden. Bei Investitionen, die

zur Vertragserfüllung notwendig sind bzw. ohne die der Vertrag für den Verhandlungspartner keinen praktischen Nutzen hätte, würde das Fehlen eines Mindestmaßes an zeitlicher Planbarkeit damit im Ergebnis bedeuten, dass der Verhandlungspartner vom intendierten Vertragsschluss wieder Abstand nehmen müsste. Das Verhandlungsgebot der PKE und der mit ihm intendierte Vertragsschluss liefen letztlich also ins Leere.

447. Vor diesem Hintergrund ist es mit dem Sinn und Zweck des Verhandlungsgebots der PKE nicht zu vereinbaren, wenn dem investierenden Verhandlungspartner keine ausreichende Mindestvertragslaufzeit eingeräumt wird, die ihm die Amortisation der notwendigen Investitionen zumindest ermöglicht. Wird dem Verhandlungspartner eine zeitlich belastbare Kalkulationsgrundlage in diesem Sinne verweigert, ist dies vielmehr offensichtlich unangemessen.
448. Dies gilt jedenfalls hinsichtlich der hier infragestehenden Investitionen zur Realisierung der MVNO-Anbindung sowie zum Aufbau des Geschäftsbetriebs der Antragstellerin. In der Lage der Antragstellerin handelt es sich insoweit um objektiv notwendige Investitionen. An der Gelegenheit, diese Investitionen im Laufe der Mindestvertragslaufzeit wieder erwirtschaften zu können, hat die Antragstellerin ein deutlich überwiegendes, berechtigtes Interesse. Insbesondere sind keine schützenswerten Interessen der Antragsgegnerin erkennbar, die einer solchen Möglichkeit entgegenstünden.
449. Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist unstreitig, dass das mit dem MVNO-Vertrag bezweckte Geschäftsmodell in der Lage der Antragstellerin nicht nur unwesentliche Investitionen erfordert. Bereits die technische Realisierung der MVNO-Anbindung wird nach übereinstimmendem Vortrag (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**dauern (im Falle eines 5G-Zugangs laut Aussage der Antragsgegnerin gar mindestens (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**, siehe Rn. 306) und folglich mit einem entsprechenden Investitionsaufwand für Personal und Material einhergehen. Während eine Tätigkeit als MVNO ohne diese Aufwände bereits von vornherein ausgeschlossen wäre, ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin als Neueinsteiger im deutschen Mobilfunkmarkt auch in den Aufbau ihres Geschäftsbetriebs zunächst noch investieren muss, um als MVNO am Mobilfunkmarkt auch praktisch tätig zu werden und Kunden akquirieren zu können. Ohne solche Investitionen wäre das mit dem MVNO-Vertrag bezweckte Geschäftsmodell für die Antragstellerin tatsächlich nicht möglich; zur Erfüllung des Vertragszwecks sind solche Investitionen daher notwendig.
450. In einer Abwägung der gegenläufigen Belange kommt dem Interesse der Antragstellerin an einer Gelegenheit zur Amortisation dieser notwendigen Investitionen ein deutlich überwiegendes Gewicht zu. Bietet die Antragsgegnerin keine hierzu

ausreichende Mindestvertragsdauer an, ist dies für die Antragstellerin offensichtlich unangemessen und einseitig nachteilhaft.

451. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Aufwände für die technische Realisierung der MVNO-Anbindung ans Netz der Antragsgegnerin. Denn insoweit handelt es sich um Maßnahmen, deren Amortisation vom Fortbestand der Geschäftsbeziehung zur Antragsgegnerin abhängig ist, weil die Anbindung an das Netz der Antragsgegnerin nach einer Beendigung der Geschäftsbeziehung für die Antragstellerin weitestgehend nutzlos würde. Im Falle eines Wechsels des Geschäftspartners bzw. Netzbetreibers müssten große Teile dieser Maßnahmen für das neue Netz von der Antragstellerin erneut vorgenommen bzw. erneut angepasst werden. Insbesondere könnte die bereits bestehende MVNO-Anbindung an das Netz der Antragsgegnerin nicht einfach auf das neue Netz „umgeschaltet“ und hierdurch weiterverwendet werden. Vielmehr wäre es schon allein zur Migration der bestehenden Kunden auf das neue Netz erforderlich, dass die MVNO-Anbindungen an beide Netze zeitweise parallel betrieben werden, so dass zur Realisierung einer neuen MVNO-Anbindung auf jene an das Netz der Antragsgegnerin nicht zurückgegriffen werden könnte. Vor diesem Hintergrund wäre es für die Antragstellerin jedoch ein nicht tragbares Risiko, wenn für sie keine Möglichkeit bestünde, ihre Investitionen in die MVNO-Anbindung ans Netz der Antragsgegnerin bereits innerhalb der Laufzeit des mit der Antragsgegnerin geschlossenen Vertrages zu amortisieren.
452. Dies gilt erst recht, wenn man zudem berücksichtigt, dass die Antragsgegnerin in ihrem Vertragsentwurf (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** so dass sich die Antragstellerin insoweit in einer deutlich ungünstigeren Position befindet als die Antragsgegnerin. Im Gegenzug muss die Antragsgegnerin der Antragstellerin aber erst recht die Möglichkeit einräumen, ihre Investitionen innerhalb der Vertragslaufzeit amortisieren zu können, um eine einseitige Benachteiligung der Antragstellerin zu vermeiden.
453. Des Weiteren muss eine Möglichkeit zur Amortisation der Investitionen der Antragstellerin ebenfalls bestehen, soweit die Entwicklung ihres Geschäftsbetriebs betroffen ist. Anders als Investitionen in die Anbindung an das Netz der Antragsgegnerin würde der Aufbau und die Entwicklung des Geschäftsbetriebs nach der Beendigung des Vertrages mit der Antragsgegnerin zwar nicht automatisch nutzlos werden, wenn es der Antragstellerin rechtzeitig gelingen sollte einen anderen Netzbetreiber als Vertragspartner zu gewinnen. Während allerdings die Auswahl an Netzbetreibern sehr begrenzt ist, so dass auch insofern eine nicht unerhebliche Abhängigkeit vom Fortbestand der Geschäftsbeziehung zur Antragsgegnerin noch verbleibt, fällt nach Auffassung der Beschlusskammer insbesondere ins Gewicht, dass gerade weil auf der Ebene der Netzbetreiber der Marktzutritt nicht frei

bzw. der Wettbewerb begrenzt ist, gleichsam im Gegenzug auf der Ebene der Diensteanbieter bzw. MVNO der Wettbewerb nicht nur erhalten, sondern mithilfe des Verhandlungsgebots der PKE auch gestärkt werden soll,

PKE Rn. 492 sowie Rn. 510 ff., insb. Rn. 512, 516, 521 und 537.

454. In diesem Sinne soll mithilfe des Verhandlungsgebots der PKE im Interesse eines effizienten und chancengleichen Wettbewerbs gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG auf der Ebene der Diensteanbieter bzw. MVNO gerade auch der Marktzutritt neuer Wettbewerber ermöglicht sowie gefördert werden, um ein Gegengewicht zu der Kontrolle der Netzbetreiber über die Engpassinfrastruktur der Frequenzen zu schaffen und den im Mobilfunkmarkt bestehenden Wettbewerb insofern zu intensivieren. Dieses Ziel drohte jedoch unterlaufen zu werden, wenn die Netzbetreiber Neueinsteigern in den deutschen Mobilfunkmarkt keine ausreichende Vertragslaufzeit anböten, um die notwendigen Investitionen in die Entwicklung eines Geschäftsbetriebs wieder erwirtschaften zu können. Die Marktzutrittschürden würden hierdurch entgegen dem Ziel des Verhandlungsgebots erhöht.
455. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, soweit eine Amortisation zwar nicht innerhalb der Vertragslaufzeit, aber ggf. durch einen erneuten Vertragsschluss oder einen Wechsel des Vertragspartners noch möglich wäre. Denn soweit sich bis zum Ende der Vertragsdauer die Investitionen in den Betriebsaufbau noch nicht amortisieren konnten, stünden die Diensteanbieter und MVNO in den Verhandlungen über einen Folgevertrag schon von vornherein unter erheblichem Zugzwang, weil sie zur Vermeidung von Verlusten auf den Abschluss des Folgevertrages angewiesen wären. Die Verhandlungsposition der Diensteanbieter und MVNO würde hierdurch entgegen dem Sinn und Zweck des Verhandlungsgebots geschwächt bzw. die Verhandlungsmacht der Netzbetreiber sogar noch weiter gestärkt. Demgegenüber setzt ein wirksamer Wettbewerb voraus, dass die Diensteanbieter und MVNO den Netzbetreibern möglichst auf Augenhöhe gegenüberreten können. Hierzu ist es erforderlich, dass die Gelegenheit zur Amortisation der notwendigen Investitionen nicht maßgeblich von späteren Verhandlungsergebnissen mit den Netzbetreibern abhängig gemacht wird. Stattdessen ist zur Förderung eines wirksamen und chancengleichen Wettbewerbs gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG das Interesse an einer Mindestvertragslaufzeit, die die Amortisation der notwendigen Investitionen ermöglicht, im Sinne eines Anlaufschutzes besonders zu gewichten.
456. Dies gilt jedenfalls hinsichtlich des hier infragestehenden Einstiegs der Antragstellerin in den deutschen Mobilfunkmarkt. Auch wenn die Antragstellerin ihr Mobilfunkgeschäft in Deutschland erst noch entwickeln muss, sind Schwesterunternehmen der Antragstellerin in Österreich, Italien und im Vereinigten Königreich als Full MVNO zum Teil bereits seit einiger Zeit aktiv und am Mobilfunkmarkt insoweit

schon etabliert. Insbesondere bestehen für die Beschlusskammer keine Anhaltspunkte, dass die Antragstellerin insgesamt nicht die nötigen Fähigkeiten besitzen sollte, um am deutschen Mobilfunkmarkt grundsätzlich bestehen zu können. Auch von der Antragsgegnerin wurden dahingehende Zweifel nicht geäußert. Vielmehr ist aufgrund der bereits bestehenden Erfahrungen der Schwesterunternehmen die Erwartung berechtigt, dass der Eintritt der Antragstellerin in den deutschen Mobilfunkmarkt den hiesigen Wettbewerb zugunsten der Endkunden (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) weiter intensivieren wird.

457. Demgegenüber ist kein schützenswertes Interesse der Antragsgegnerin erkennbar, das einer die Amortisation notwendiger Investitionen ermöglichenden Mindestvertragslaufzeit im vorliegenden Fall entgegenstünde.
458. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Antragsgegnerin zur Amortisation ihrer eigenen Investitionen eine entsprechende Mindestvertragslaufzeit durchaus in Anspruch nimmt. So führt die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 8.8.2023, S. 54, selbst aus, dass Mindestlaufzeiten üblich seien, wenn wie hier eine oder beide Vertragsparteien in die vertragliche Zusammenarbeit investieren und dabei erwarten, dass die Amortisation dieser Investitionen eine Mindestdauer des vertraglichen Leistungsaustauschs erfordert. So wie die Antragsgegnerin ihre eigene Forderung nach einer Mindestlaufzeit zur Amortisation ihrer Investitionen daher für „sachlich gerechtfertigt“ hält, ist allerdings nicht ersichtlich, weshalb der Antragstellerin eine entsprechende Forderung hingegen verweigert werden könnte.
459. Insbesondere greift es zu kurz, soweit die Antragsgegnerin einwendet, dass die Antragstellerin durch das Verhandlungsgebot der PKE bereits ausreichend geschützt sei, weil im Falle einer frühzeitigen Kündigung durch die Antragsgegnerin sofort erneute Verhandlungen aufgenommen werden müssten. Das Ergebnis dieser Verhandlungen wäre ungewiss. Die Antragstellerin weist zutreffend darauf hin, dass das Verhandlungsgebot keinen Kontrahierungszwang begründet; eine zeitlich belastbare Planungsgrundlage zur Amortisation ihrer notwendigen Investitionen würde auf diesem Wege folglich nicht erreicht. Stattdessen würde in Verhandlungen über Folgeverträge die Position eines Diensteanbieters oder MVNO ohne eine Amortisation seiner Investitionen wie dargelegt deutlich geschwächt werden (siehe Rn. 455). Demgegenüber wäre für den Netzbetreiber die Kündigung des Erstvertrages zum Ablauf der Mindestvertragslaufzeit als ordentliche Kündigung zivilrechtlich ohne weitere Begründung möglich, so dass die Diensteanbieter und MVNO diesem Risiko stets ausgesetzt wären. Soweit die Antragsgegnerin hiergegen vorträgt, dass die Gefahr einer grundlosen Kündigung zum Ende der Mindestvertragslaufzeit aus ihrer Sicht nicht bestehe bzw. diese Gefahr von der Antragstellerin nicht fundiert worden sei, rechtfertigt dies keine andere

Beurteilung. Ginge die Antragsgegnerin tatsächlich davon aus, dass eine frühzeitige ordentliche Kündigung von ihrer Seite nicht erfolgte, wäre erst recht kein schützenswertes Interesse daran erkennbar, dass sie sich einer entsprechend längeren Mindestvertragslaufzeit trotzdem verweigert.

460. Aber auch soweit die Antragsgegnerin einwendet, dass die Diensteanbieter und MVNO nicht gänzlich risikolos gestellt werden dürften, während die Netzbetreiber durch enorme Investitionen in ihr Netz ungleich höhere Risiken eingingen, greift dies nicht durch. Die Vereinbarung einer Mindestvertragsdauer, die der Antragstellerin die Amortisation ihrer notwendigen Investitionen ermöglicht, stellt die Antragstellerin nicht „gänzlich risikolos“, sondern schafft erst die zeitlich belastbare Grundlage, um mit den wirtschaftlichen Risiken des intendierten Vertragsschlusses überhaupt kalkulieren zu können. Insbesondere bedeutet das Bestehen einer Möglichkeit zur Amortisation noch nicht, dass die Amortisation innerhalb der Mindestvertragslaufzeit tatsächlich auch erfolgen wird. Während die Mindestvertragsdauer der Antragstellerin vielmehr lediglich die Gelegenheit zur Amortisation ihrer Investitionen bietet, weist die Antragsgegnerin schon selbst in ihrem Schriftsatz vom 28.6.2023, S. 10, darauf hin, dass die diesbezüglichen Planungen der Antragstellerin „nicht aufgehen“ könnten, wenn sie weniger Umsätze generiert als angenommen. Insbesondere wird die Antragstellerin selbst bei einer längeren Mindestvertragslaufzeit nicht von dem Risiko befreit, dass ihre Produkte im Wettbewerb mit der Konkurrenz tatsächlich weniger Erfolg haben könnten, als es ihren Planungen entspricht. Zwar sind die Netzbetreiber einem solchen Investitionsrisiko ebenfalls ausgesetzt, wenn sie in den Auf- und Ausbau ihrer Netze erhebliche Geldsummen investieren. Jedoch räumt die PKE den Netzbetreibern gerade aufgrund dieser Investitionen auch eine besonders lange Befristung der Frequenzzuteilungen bis zum 31. Dezember 2040 ein,

siehe PKE Rn. 193 ff.: „Die Frequenzzuteilungen werden einheitlich bis zum 31. Dezember 2040 befristet. Gemäß § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG werden Frequenzen in der Regel befristet zugeteilt. Die Befristung muss gemäß § 55 Abs. 9 Satz 2 TKG für den betreffenden Dienst angemessen sein und die Amortisation der dafür notwendigen Investitionen angemessen berücksichtigen.

[...]

Mit Blick auf die Berücksichtigung eines angemessenen Zeitraums zur Amortisation der zu tätigen Investitionen erscheint die Festsetzung der Laufzeit in diesem Verfahren bis zum Jahresende 2040 angemessen und erforderlich. Den Frequenzzuteilungsinhabern – insbesondere auch möglichen neu in den Markt eintretenden Netzbetreibern – ist für die hier zur Vergabe anstehenden Frequenzen ein ausreichender Zeitraum für den Netzauf- und -ausbau, die Realisierung des Geschäftsmodells und die Amortisierung des Investitionsvolumens einzuräumen. Dies gilt umso mehr für bereits im Markt

befindliche Netzbetreiber, die auf bestehende Infrastrukturen aufsetzen können und für die kürzere Amortisationszeiträume gelten könnten.“ (Hervorhebung nur hier)

461. So wie die PKE den Netzbetreibern die Amortisation ihrer notwendigen Investitionen durch einen langen Zuteilungszeitraum von bis zu zwei Jahrzehnten ermöglicht, dürfen die Netzbetreiber wiederum den Diensteanbietern und MVNO einen die Amortisation ermöglichenden Zeitraum nicht verweigern.
462. Schließlich werden die Netzbetreiber hierdurch auch nicht unzumutbar belastet. Zwar erhalten sie durch Diensteanbieter und MVNO im Wettbewerb um Endkunden am Mobilfunkmarkt einen zusätzlichen Konkurrenten. Während die Stärkung des Wettbewerbs jedoch gerade das Ziel des Verhandlungsgebots der PKE darstellt, können die Netzbetreiber auf der Vorleistungsebene wiederum davon profitieren, wenn sie in Form von Diensteanbietern und MVNO neue Wholesalekunden längerfristig akquirieren. Insbesondere kann es über die Nutzungsentgelte und die höhere Netzauslastung mittelbar auch dem Netzbetreiber zugutekommen, wenn auf seinem Netz ein Diensteanbieter oder MVNO erfolgreich tätig ist. Muss der Diensteanbieter oder MVNO hierfür Investitionen vornehmen, ist es somit zumindest insofern auch im Sinne des Netzbetreibers, wenn diese Investitionen durch eine ausreichende Mindestvertragslaufzeit ermöglicht werden.
463. Insgesamt ist damit ein schützenswertes Interesse der Antragsgegnerin an einer kürzeren Mindestvertragslaufzeit nicht erkennbar. Vielmehr folgt aus dem Verhandlungsgebots der PKE, dass der Antragstellerin eine ausreichend lange Mindestvertragslaufzeit, die dieser die Amortisation ihrer notwendigen Investitionen ermöglicht, von der Antragsgegnerin nicht verwehrt werden darf.

14.5 Mindestvertragslaufzeit mindestens (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG nach MVNO-Anbindung

464. Im vorliegenden Fall darf die anzubietende Mindestvertragslaufzeit die Dauer von (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG ab Realisierung der MVNO-Anbindung nicht unterschreiten. (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG. Aufgrund des Vortrags der Verfahrensbeteiligten ist auch davon auszugehen, dass ein solcher Zeitraum zur Ermöglichung der Amortisation der notwendigen Investitionen der Antragstellerin im vorliegenden Fall erforderlich ist.
465. Schon in ihrer Antragschrift vom 6.4.2023, S. 46, hat die Antragstellerin vorgebracht, dass sie nennenswerte Umsätze zur Refinanzierung ihrer Kosten voraussichtlich frühestens nach Ablauf von (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG Jahren erzielen werde können und dies auch in ihrer Antragsänderung vom 8.8.2023, S. 54, zur Begründung der geforderten Mindestvertragslaufzeit nochmals bekräftigt. Insbesondere folgt aus dem Vortrag der Antragsgegnerin nichts Anderes.

Vielmehr hat auch die Antragsgegnerin eine Mindestlaufzeit von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** in ihrem Schriftsatz vom 10.5.2023, S. 15, als angemessen bezeichnet und zur Untermauerung **BuGG** Vor diesem Hintergrund besteht für die Beschlusskammer kein Anlass daran zu zweifeln, dass in der Lage der Antragstellerin eine Vertragslaufzeit von zumindest (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** als Mindestmaß einer zeitlich belastbaren Kalkulationsgrundlage tatsächlich erforderlich ist.

466. Dabei beginnt die Mindestvertragslaufzeit im vorliegenden Fall mit der Realisierung der MVNO-Anbindung. Denn erst ab diesem Zeitpunkt kann die Antragstellerin am Mobilfunkmarkt Umsätze erwirtschaften, um ihre notwendigen Investitionen tatsächlich amortisieren zu können.
467. Aus dem Zweck der Mindestvertragsdauer, die Amortisation der notwendigen Investitionen zu ermöglichen, folgt, dass der Beginn der Mindestvertragsdauer an diese Möglichkeit gekoppelt sein muss. Wäre der Beginn der Mindestvertragsdauer von dieser Gegebenheit hingegen unabhängig bzw. könnte diese erst bestehen, wenn die Mindestvertragsdauer ganz oder zu einem wesentlichen Teil bereits abgelaufen ist, drohte der Zweck der Mindestvertragslaufzeit schon von vornherein verfehlt zu werden. Wie eine zur Amortisation der notwendigen Investitionen zu kurze Mindestvertragsdauer wäre deshalb ihr zu früher Beginn offensichtlich unangemessen.
468. Im vorliegenden Fall ist aufgrund des Geschäftsmodells der Antragstellerin davon auszugehen, dass die Möglichkeit zur Amortisation ihrer notwendigen Investitionen erst mit der Realisierung der MVNO-Anbindung besteht. Denn vor der Realisierung der MVNO-Anbindung kann die Antragstellerin ihren operativen Betrieb als Full-MVNO naturgemäß noch nicht aufnehmen. Es ist deshalb nicht nur unmittelbar plausibel, soweit die Antragstellerin mehrmals darauf hingewiesen hat, dass sie vor diesem Zeitpunkt nennenswerte Umsätze zur Refinanzierung ihrer Kosten noch nicht erzielen kann,

siehe schon die Antragschrift vom 6.4.2023, S. 45 f., den Schriftsatz vom 25.5.2023, S. 28 und zuletzt den Schriftsatz vom 8.8.2023, S. 54.

469. Darüber hinaus hat auch die Antragsgegnerin diesen Zusammenhang weder bestritten noch sonst etwas Entgegenstehendes vorgetragen. **BuGG** Denn nach dem übereinstimmenden Vortrag der Verfahrensbeteiligten erfordert die erstmalige Realisierung einer MVNO-Anbindung einen nicht unerheblichen Aufwand, der zeitlich mindestens **BuGG**, nach dem Vortrag der Antragsgegnerin sogar **BuGG** in Anspruch nehmen kann (siehe schon Rn. 306). Zwischen Vertragsunterzeichnung und tatsächlichem Beginn des operativen Betriebs wird daher bei erstmaligen MVNO-Verträgen im Allgemeinen ein erheblicher Zeitraum liegen, dessen

Länge variieren kann und der zur Amortisation der notwendigen Investitionen tatsächlich nicht zur Verfügung steht. Würde in solchen Konstellationen die Mindestvertragslaufzeit gleichwohl bereits mit der Vertragsunterzeichnung beginnen, drohte damit ihr Zweck einer zeitlich belastbaren Kalkulationsgrundlage praktisch unterlaufen zu werden. Um dies zu verhindern, darf der Antragstellerin deshalb die Kopplung der Mindestvertragslaufzeit mit der tatsächlichen Realisierung der MVNO-Anbindung nicht verweigert werden.

470. Gegen diese Vorgaben der Beschlusskammer spricht schließlich auch nicht, soweit die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 3 einwenden, dass es sich bei der Mindestvertragsdauer um einen Bestandteil eines kommerziellen Gesamtpakets handle und diese deshalb nicht isoliert von anderen Vertragsbedingungen, wie insbesondere den zugesagten Mindestumsätzen betrachtet werden könne. Denn mit der Bestimmung der unteren Grenze der Mindestvertragslaufzeit wird ein konkretes Verhandlungsergebnis bezüglich des kommerziellen Gesamtpakets tatsächlich noch nicht vorgegeben. Vielmehr sind hiermit allein die Rahmenbedingungen betroffen, innerhalb derer die Antragsgegnerin zur Austarierung des kommerziellen Gesamtpakets weiterhin frei ist.
471. Die Beschlusskammer stellt nicht in Abrede, dass im Sinne eines kommerziellen Gesamtpakets insbesondere die Regelung von Mindestumsätzen die Vereinbarung der Mindestvertragsdauer beeinflussen kann, weil zum Beispiel höhere Umsatzzusagen regelmäßig zu einer längeren Vertragsdauer führen oder umgekehrt geringere Umsatzzusagen typischerweise eine kürzere Vertragsdauer zur Folge haben können. Zwar stehen diese Vertragsbedingungen insofern in einem wechselseitigen Verhältnis zueinander. Dies führt allerdings nicht dazu, dass deshalb für die Mindestvertragslaufzeit im vorliegenden Fall keine untere Grenze bestimmt werden könnte. Denn die Verhandlungspartner bleiben im Übrigen frei darin, innerhalb dieser Rahmenbedingungen das Verhältnis zwischen Mindestvertragslaufzeit und Mindestumsatz nach ihren Vorstellungen auszutarieren. Insbesondere besteht bei einer unteren Grenze von (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** ab Realisierung der MVNO-Anbindung für die Vereinbarung der Mindestvertragsdauer noch ein ausreichender Spielraum, der abweichende Verhandlungsergebnisse ermöglicht. **BuGG** (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** (siehe Rn. 430 f.). Lediglich darf der hier festgelegte Zeitraum zur Ermöglichung der Amortisation der notwendigen Investitionen der Antragstellerin nicht unterschritten werden.

14.6 Rechtsfolge

472. Vor dem Hintergrund der Ausführungen unter Ziffer 9.5., auf die hier vollumfänglich verwiesen wird, ist es aus Sicht der Beschlusskammer angezeigt, die Antragsgegnerin aufzufordern, dass sie dem Verhandlungsgebot nachkommt, indem sie ein modifiziertes Angebot vorlegt. Das modifizierte Angebot hat eine Mindestlaufzeit vorzusehen, die der Antragstellerin die Amortisation ihrer Investitionen in die Anbindung an das Netz der Antragsgegnerin und in die Entwicklung ihres Geschäftsbetriebs ermöglicht, wobei die Mindestlaufzeit nicht unter (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** nach Realisierung der MVNO-Anbindung liegen darf.

14.7 Hilfsanträge zu Ziffer 2.1.5 und zu Ziffer 3.1 (6)

473. Über die Hilfsanträge zu Ziffer 2.1.5 und zu Ziffer 3.1 (6) ist eine Entscheidung nicht veranlasst. Über Hilfsanträge muss insoweit nicht entschieden werden, wie bereits der Hauptantrag erfolgreich ist. Das ist hier weitüberwiegend der Fall, da auf den Hauptantrag zu Ziffer 1.6 das modifizierte Angebot der Antragsgegnerin eine Mindestlaufzeit vorzusehen hat, die der Antragstellerin die Amortisation ihrer Investitionen in die Anbindung an das Netz der Antragsgegnerin und in die Entwicklung ihres Geschäftsbetriebs ermöglicht, wobei die Mindestlaufzeit nicht unter (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** nach Realisierung der MVNO-Anbindung liegen darf.
474. Abgelehnt wurde der Hauptantrag zwar hinsichtlich der begehrten Vorgabe zur Höchstdauer der Mindestvertragslaufzeit, da es insoweit an einem Sachentscheidungsinteresse der Antragstellerin fehlt. In den Hilfsanträgen ist ein auf die Höchstdauer bezogenes Begehren jedoch schon nicht mehr enthalten. Im Übrigen könnte insofern nichts Anderes gelten als bezüglich des Hauptantrags.

15 Begrenzung der Vertriebstätigkeit – Ziff. 1.7.1, 2.2.1 und 3.1 (7)

475. Die Antragsgegnerin hat sich mit Schreiben vom 01.07.2025 mit den unter Ziffer 1.7.1 beantragten Regelungen einverstanden erklärt und die beantragten Regelungen rechtsverbindlich anerkannt. Wegen Erfolgs des Hauptantrages ist eine Entscheidung über die Hilfsanträge nach Ziffer 2.2.1 und 3.1.(7) nicht veranlasst.

16 Exklusivitätszeitraum u. Migrationsverbot – Ziffern 1.7.2 und 1.7.3, u.a.

476. Die Forderung der Antragstellerin nach Ziffer 1.7.2 und 1.7.3 zur Vorlage eines modifizierten Angebotes, bei dem keine Klauseln zu einem Exklusivitätszeitraum wie auch einem Migrationsverbot verwendet werden, erweist sich als zulässig aber unbegründet.

16.1 Vorhergehendes erfolgloses Verhandeln

477. Die Parteien haben über die Anträge 1.7.2 und 1.7.3 auch vor dem hiesigen Streit-schlichtungsverfahren bereits erfolglos verhandelt. Weitergehende Verhandlungen waren nicht erforderlich, da nach dem bei Einleitung des Streitbeilegungsverfahrens erreichten Verhandlungsstand der weitere Versuch einer Einigung über die konkret umstrittenen Punkte offensichtlich aussichtslos gewesen wäre (vgl. die näheren Ausführungen unter Rz. 295 f.).

478. (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**.

479. **BuGG**.

480. **BuGG**.

481. **BuGG**.

482. **BuGG**.

483. **BuGG**.

484. **BuGG**.

16.2 Begründetheit

485. Der zulässige Antrag ist unbegründet.

16.2.1 Ausschließlichkeitsbindungen nur im Ausnahmefall

486. In Rn. 520 der PKE heißt es:

„Die Unabhängigkeit von Diensteanbietern setzt jedoch voraus, dass der Zu-teilungsnehmer diese weder ausschließlich noch unverhältnismäßig lange stark an sich bindet. [...] Eine unverhältnismäßige Bindung könnte dazu führen, dass das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager eingeschränkt wird. Dies könnte starken Einfluss auf die vertragliche Gestaltung der Konditionen und somit auch auf die nachhaltige Förderung des Wettbe-

werbs haben. Mit Blick hierauf muss der Diensteanbieter frei darin sein, Neukunden über ein anderes Mobilfunknetz zu versorgen oder Bestandskunden in ein anderes Mobilfunknetz zu migrieren.“

487. Hiernach sind ausschließliche Bindungen, also die Verpflichtung eines Diensteanbieters allein Produkte eines einzigen Zuteilungsnehmers auf dem Markt anzubieten, zugunsten der Unabhängigkeit von Diensteanbietern grundsätzlich ausgeschlossen.
488. Zunächst einmal ist klarzustellen, dass es sich bei dem Passus, der besagt, dass die Unabhängigkeit von Diensteanbietern voraussetze, dass der Zuteilungsnehmer diese
„weder ausschließlich noch unverhältnismäßig lange stark“
489. an sich binde, um zwei eigenständige Alternativen handelt. Dies wird durch die Verwendung der nebenordnenden Konjunktion „weder...noch“ belegt. Beide Alternativen sind jeweils für sich zu betrachten und haben einen eigenständigen Regelungscharakter. Das Adjektiv „stark“ bezieht sich somit nur auf die letztgenannte Alternative „unverhältnismäßig lange“ nicht aber auf das Wort „ausschließlich“. Es ist schließlich schon nicht verständlich, was mit einer ausschließlichen und starken Bindung gemeint sein soll, da das Wort „ausschließlich“ semantisch bereits allumfassend ist. Der Antragsgegnerin kann daher nicht gefolgt werden, wenn sie vorträgt, dass schon aus der Verwendung des Wortes „stark“ folge, dass Ausschließlichkeitsbindungen nach den Grundsätzen des Verhandlungsgebots nicht untersagt sein könnten.
490. Der Wortlaut der PKE ist mithin so zu verstehen, dass die Unabhängigkeit von Diensteanbietern zum einen grundsätzlich voraussetzt, dass keine ausschließliche Bindung eines Diensteanbieters an einen Zuteilungsinhaber erfolgt. Zum anderen soll aus demselben Gesichtspunkt auch eine unverhältnismäßig lange starke Bindung nicht erfolgen. Der zweite Punkt ist damit letztlich als ein Weniger zum vorausgegangenen Punkt zu verstehen.
491. Da die zweite Alternative mithin von „unverhältnismäßig lange[n] starke[n]“ Bindungen spricht, ergibt sich der Rückschluss, dass ausschließliche Bindungen in ihrem Regelungsgehalt sowohl die Stärke der Bindung als auch die Dauer der Bindung umfassen.
492. Gestützt wird dies auch durch die weiteren Ausführungen in Rn. 520 PKE. Diensteanbieter müssen hiernach frei sein, Neukunden über ein anderes Mobilfunknetz zu versorgen oder Bestandskunden in ein anderes Mobilfunknetz zu migrieren. Beides wäre evidentere Weise bereits nicht möglich, wenn auch nur ein zeitweiliger Exklusivitätszeitraum vereinbart würde.

493. Die gemachten Ausführungen gelten auch für die Antragstellerin als MVNO. Wenn klassische Diensteanbieter demnach grundsätzlich frei darin sein müssen, Neukunden über ein anderes Mobilfunknetz zu versorgen, muss dies auch für MVNO gelten. Ziel des grundsätzlichen Ausschlusses von Ausschließlichkeitsbindungen ist es schließlich, dass das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager von Funkkapazitäten auf Großkundenebene nicht eingeschränkt werden soll, damit eine nachhaltige Förderung des Wettbewerbs erzielt werden kann. Dieses Gegengewicht der Nachfrager wird eben auch durch MVNO gestärkt, sodass dieselben Erwägungen Geltung beanspruchen.
494. Sofern die Antragsgegnerin vorträgt, dass die Antragstellerin als Full-MVNO technisch-betrieblich deutlich enger und tiefer in die Netze eingebunden sei als einfache Diensteanbieter, vermag dies an der vorgenommenen Bewertung nichts zu ändern. Der Terminus "Einbindung" erweckt den Eindruck, dass ein Full-MVNO Teil des Netzes der Antragsgegnerin würde. Dem ist jedoch nicht so. Tatsächlich bleiben die Netze von Antragstellerin und Antragsgegnerin getrennt und interagieren lediglich über eine übersichtliche Anzahl klar definierter Schnittstellen miteinander. Richtig ist zwar, dass es zu einem Full-MVNO mehr Schnittstellen gibt als zu einem klassischen Diensteanbieter. Dieser Fakt allein macht per se aber noch keine Abweichung in der Behandlung von MVNO gegenüber Diensteanbietern notwendig. Nur wenn sich hieraus auch nachteilige Folgen für die Antragsgegnerin ergeben würden, wäre - nur an ebendiesen Stellen - auch eine abweichende „besondere“ Behandlung angezeigt. Die Antragsgegnerin trägt vorliegend allerdings nur an einem Punkt nachteilige Folgen vor: Ein Full-MVNO könne über die SIM-Karten auch dynamisch steuern, in welche Netze sich die Endgeräte jeweils einbuchen und damit den Kunden die Netzabdeckung mehrerer Netze anbieten. Für die Verhinderung eines solchen befürchteten „Supernetzbetreibers“ ist die von der Antragsgegnerin geforderte Exklusivitätsverpflichtung jedoch als zu weitgehend anzusehen, da hierzu mildere vertragliche Vereinbarungen denkbar sind, die eben nur eine solche dynamische Netzwahl der Antragstellerin ausschließen. Darüber hinaus wird eine solche dynamische Netzwahl von der Antragstellerin vorliegend nicht gefordert.
495. Gleichwohl handelt es sich bei dem in Randnummer 520 der PKE enthaltenen Passus zu ausschließlichen Bindungen jedoch nicht um ein absolutes Verbot. Vielmehr bleiben Ausschließlichkeitsbindungen in Ausnahmekonstellationen möglich, wenn hierdurch das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager aufgrund einer konkreten Zusammenschau mit gleichzeitig gewährten und mit den Mobilfunkleistungen in einem nachvollziehbaren Sachzusammenhang stehenden korrespondierenden Vorteilen nicht unangemessen eingeschränkt wird. Dass das Gegengewicht von Diensteanbietern durch eine unverhältnismäßige Bindung aber nicht zwangsläufig eingeschränkt wird, ergibt sich so auch bereits

aus Rn. 520 der PKE selbst, wenn es dort heißt: „Eine unverhältnismäßige Bindung könnte dazu führen, dass das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager eingeschränkt wird.“ So macht die Verwendung des Konjunktivs deutlich, dass es sich hierbei nicht um eine zwingende Folge handelt, sondern die Einschränkung des Gegengewichts der Diensteanbieter nur eine mögliche Konsequenz ist. Besteht die Gefahr einer unangemessenen Einschränkung des Gegengewichtes des Nachfragers in dem konkreten besonderen Fall nicht, ist in Ausnahmefällen auch kein hinreichender Grund für die generelle Untersagung von Ausschließlichkeitsbindungen zwischen Diensteanbietern und Zuteilungnehmern erkennbar.

496. Forderungen nach einer temporären Ausschließlichkeitsbindung können sich demnach im Rahmen des Verhandlungsgebots dann als zulässig erweisen, wenn aufgrund gleichzeitig in Aussicht gestellter Kompensationen das Gegengewicht des Diensteanbieters als Nachfrager durch die begehrte Ausschließlichkeitsbindung in der konkreten Fallkonstellation ausnahmsweise nicht unangemessen eingeschränkt wird.
497. Vor diesem Hintergrund ist im Rahmen des Verhandlungsgebots zu berücksichtigen, dass durch die Vereinbarung einer Ausschließlichkeitsbindung nicht unerheblich in die Rechte des Diensteanbieters eingegriffen wird, da diesem somit zumindest für eine gewisse Zeit die Möglichkeit genommen wird, Verträge mit anderen Zuteilungnehmern abzuschließen. Dies kann zu nicht unerheblichen Beeinträchtigungen für das Geschäftsmodell des Diensteanbieters führen. Insbesondere kann er seinen Kunden für ebendiesen Zeitraum nur die Versorgung über ein bestimmtes Netz anbieten.
498. Demgegenüber verschafft sich der Zuteilungnehmer durch die Vereinbarung eines Exklusivitätszeitraums Vorteile. So verschafft er sich vor allem die Sicherheit, dass der gesamte Verkehr des Diensteanbieters für die Dauer des Exklusivitätszeitraums über sein Netz geleitet wird und damit zu dessen Auslastung beiträgt, ohne dass insofern eine Ausweichmöglichkeit für den Diensteanbieter besteht.
499. Damit Ausschließlichkeitsbindungen das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager nicht unangemessen einschränken und damit in Ausnahmefällen zulässig im Rahmen des Verhandlungsgebots vereinbart werden können, sind mithin die von dem Zuteilungnehmer durch eine vereinbarte Ausschließlichkeitsbindung erzielten wirtschaftlichen Vorteile spürbar an den Diensteanbieter weiterzugeben. Hierbei muss ein enger innerer Zusammenhang zwischen den von dem Zuteilungnehmer durch die Ausschließlichkeitsbindung erzielten Vorteilen sowohl zu deren Weitergabe an den Diensteanbieter als auch zu dem jeweiligen vertragsgegenständlichen Markt bestehen.

500. In Ausnahmefällen wird insoweit die Weitergabe der erzielten wirtschaftlichen Vorteile des Zuteilungnehmers durch Vergünstigungen im Rahmen der Entgelte des zugrundeliegenden Vertragsverhältnisses in Betracht kommen. Hierdurch wird jedoch nicht die tenorierte, absolute Grenze von zulässigen Entgelten für die Mobilfunkleistungen Daten, Sprache und SMS außer Kraft gesetzt werden (s.o.). Vielmehr ist folgender Grundsatz bei der Bewertung der Zulässigkeit von Exklusivitätsvereinbarungen als Faustformel heranzuziehen: Je weiter der Zuteilungnehmer im Rahmen des Verhandlungsgebots die Grenze der zulässigen Entgelte unterbietet, desto eher können Exklusivitätszeiträume zulässig vereinbart werden.
501. Wenn die Antragstellerin mit ihrem Antrag zu Ziffer 1.7.2 nun vorliegend begehrt, dass ein etwaiges modifiziertes Angebot keine Klauseln enthalten dürfe, die die Antragstellerin verpflichten, innerhalb eines bestimmten Zeitraums („Exklusivitätszeitraum“) ausschließlich Endkundenprodukte auf Basis der von der Antragsgegnerin bereitgestellten Dienste im Markt anzubieten und der Antragstellerin verbieten, in diesem Zeitraum Endkundenprodukte auf Basis von MVNO-Diensten oder (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG anderer Vorleistungsanbieter im Markt anzubieten, begehrt sie damit, dass jedes modifizierte Angebot der Antragsgegnerin generell keine Exklusivitätsvereinbarungen im Sinne einer ausschließlichen Bindung enthalten dürfe. Dies ist nach den gemachten Ausführungen, nach denen in Ausnahmefällen derartige Exklusivitätsregelungen gleichwohl gerechtfertigt sein können, zu weitgehend.
502. Die Stattgabe des Antrags würde dazu führen, dass ein modifiziertes Angebot der Antragsgegnerin unter keinen Umständen einen Exklusivitätszeitraum der geschilderten Art enthalten dürfte. Das ist nach den gemachten Ausführungen zu weitgehend, da Ausschließlichkeitsbindungen im Rahmen des Verhandlungsgebots in Ausnahmefällen möglich bleiben, wenn hierdurch das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager nicht eingeschränkt wird (s.o.). Der Antragsgegnerin darf folglich nicht die Möglichkeit genommen werden, ein modifiziertes Angebot vorzulegen, welches die Vereinbarung eines Exklusivitätszeitraums nach den zuvor dargelegten Grundsätzen enthält. Der Hauptantrag ist damit unbegründet.
503. Unabhängig hiervon wird zu dem weiteren Vortrag der Parteien nachfolgend auf Folgendes klarstellend hingewiesen:

16.2.2 Grundsatz der wettbewerblichen Unabhängigkeit

504. Der Tatsache, dass sich die Antragstellerin auf die Ausführungen der PKE in Rn. 520 zu Ausschließlichkeitsbindungen berufen kann, steht nicht der Grundsatz der wettbewerblichen Unabhängigkeit entgegen. Der Grundsatz der wettbewerblichen Unabhängigkeit gilt entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht für

Diensteanbieter, auch dann nicht, wenn diese in Gestalt eines Full-MVNO Zugang zum Netz eines Mobilfunknetzbetreibers begehren.

505. Aus der Präsidentenkammerentscheidung BK-1b-98/005-1 folgt, dass ein Lizenznehmer grundsätzlich nicht zugleich Diensteanbieter eines anderen Lizenznehmers auf demselben räumlichen und sachlichen Markt sein kann. Dieser Grundsatz folgt daraus, dass für die jeweiligen Frequenzvergabeverfahren nur wettbewerblich voneinander unabhängige Unternehmen zugelassen werden.
506. Dies wiederum begründet sich auf den nur beschränkt möglichen Marktzugang. Denn wer Netzbetreiber ist und in dieser Eigenschaft seine eigenen Netzdienstleistungen selbst vermarktet, gerät in einen die wettbewerbliche Unabhängigkeit in Frage stellenden Interessenkonflikt, wenn er zugleich Dienstleistungen eines anderen Netzbetreibers, also damit fremde Dienstleistungen, auf demselben Markt im eigenen Namen vertreibt. Ein Netzbetreiber hat ein originäres Interesse an der Auslastung des von ihm selbst betriebenen Netzes, das mit der als Diensteanbieter verbundenen Auslastung eines anderen, fremden Netzes dem Grunde nach nicht vereinbar ist.
507. Folglich gilt, dass die Wettbewerbsintensität gemindert werden kann, soweit ein Mobilfunknetzbetreiber neben den eigenen Produkten auch Produkte auf Grundlage eines konkurrierenden Netzes anbietet,
- vgl. Entscheidung der Präsidentenkammer, BK1b-98/005, S.30f.*
508. Der Antragstellerin ist zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass der Grundsatz der wettbewerblichen Unabhängigkeit lediglich für Mobilfunknetzbetreiber gelte und folglich nicht für die Antragstellerin selbst.
509. Zum einen hat die Antragsgegnerin ebenso wie die anderen Mobilfunknetzbetreiber und im Gegensatz zur Antragstellerin, diese Einschränkung als verbindliche Vergabebedingung im Rahmen des Frequenzerwerbs akzeptiert.
510. Entgegen der Ausführungen der Antragsgegnerin führt der Zugang als Full-MVNO die Antragstellerin auch nicht in das „Lager“ eines Zuteilungsnehmers. Für Diensteanbieter egal welcher Art kann schließlich offenkundig schon kein originäres Interesse an der Auslastung des von ihnen betriebenen Netzes bestehen, da sie selbst kein eigenes Netz betreiben, sondern die Funkkapazitäten von einem Zuteilungsnehmer nutzen.
511. Durch die Nutzung von Funkkapazitäten eines Mobilfunknetzbetreibers tritt ein MVNO auch nicht in die Position eines Mobilfunknetzbetreibers ein.
512. Eine solche Annahme steht vielmehr ausdrücklich im Widerspruch zu den in Rn. 520 der PKE erfolgten Ausführungen zu Ausschließlichkeitsbindungen, die besa-

gen, dass der Zuteilungsinhaber Diensteanbieter grundsätzlich nicht ausschließlich an sich binden dürfe, sofern hierdurch das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager eingeschränkt wird. Sollte es bestimmten Diensteanbietern allerdings aufgrund des Prinzips der wettbewerblichen Unabhängigkeit immer verboten sein, Funkkapazitäten eines anderen Zuteilungsnehmers nachzufragen, so ergäbe sich für diese Diensteanbieter daraus gerade zwangsläufig faktisch eine ausschließliche Bindung an einen Zuteilungsinhaber, sodass die genannte Regelung in der PKE in den entsprechenden Fällen leerliefe.

513. Wie bereits den Ausführungen unter Ziffer 9.3.2 entnommen werden kann, sind die Ausführungen zu Ausschließlichkeitsbindungen unter Rn. 520 der PKE trotz der gebotenen besonderen Behandlung von MVNO auch und insbesondere auf diese anwendbar. Grund ist, dass hierdurch die Unabhängigkeit der entsprechenden Diensteanbieter gewährleistet werden soll, da unabhängige Diensteanbieter in einem besonderen Maße zu einem wirksamen Wettbewerb beitragen. MVNO kategorisch die ihre etwaige Unabhängigkeit schützenden Maßnahmen abzuerkennen, liefe dieser Zielsetzung entgegen, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund erkennbar wäre.
514. Darüber hinaus handelt es sich vorliegend auch nicht um die Ausnahmekonstellation, in der ein Diensteanbieter als Neueinsteiger Frequenzen erwirbt und ein eigenes Netz errichtet sowie zugleich weiterhin als Diensteanbieter bei einem oder mehreren Mobilfunknetzbetreibern tätig ist,
- vgl. PKE, Rn. 20ff.*
515. Aus dieser geregelten Ausnahmekonstellation ergibt sich jedoch gerade, dass Diensteanbieter grundsätzlich nicht von dem Grundsatz der wettbewerblichen Unabhängigkeit erfasst sein können.
516. So heißt es in Rn. 25 der PKE,
- „dass im Fall des beabsichtigten Markteintritts eines Neueinsteigers, der bereits als Diensteanbieter tätig ist, der Grundsatz der wettbewerblichen Unabhängigkeit einer Teilnahme an dem Vergabeverfahren nicht entgegenstehen kann.“*
517. Wenn also für den beschriebenen Fall jedenfalls übergangsweise denkbar ist, dass ein Erwerber von Frequenznutzungsrechten Diensteanbieter bei einem anderen Netzbetreiber ist, um in einer Übergangszeit die Möglichkeit zu haben, das eigene Funknetz aufzubauen und die bisherigen Kunden auf dieses Netz zu migrieren, so kann der Grundsatz der wettbewerblichen Unabhängigkeit erst recht nicht für diejenigen Diensteanbieter gelten, die über keine eigenen Funkfrequenzen verfügen.

518. Zusammengefasst ist es somit grundsätzlich nur Mobilfunknetzbetreibern aufgrund des Grundsatzes der wettbewerblichen Unabhängigkeit untersagt auch Netze eines anderen Mobilfunknetzbetreibers zu vermarkten. Ein anderes Verständnis würde die Ausführungen der PKE zu Ausschließlichkeitsbindungen konkretisieren, auf die sich auch MVNO berufen können. Nichts anderes gilt aufgrund der besonderen Behandlung von MVNO.

16.2.3 Bewertung der weiteren Punkte der Parteien

519. Die weiteren vorgebrachten Punkte der Parteien vermögen nicht die aufgeführten Erwägungen zu überwinden. Zwar sind insbesondere auch Interessen der Antragsgegnerin wie die Planungssicherheit der Netzkapazitäten grundsätzlich zu berücksichtigen. Die vorgebrachten Punkte führen vorliegend aber nicht zu einem anderen Ergebnis bzw. dazu, dass der grundsätzliche Ausschluss von Ausschließlichkeitsbindungen nicht anzuwenden wäre.

Im Einzelnen:

16.2.3.1 Wettbewerbsvorteil kein Innovationshemmnis

520. Sofern die Antragstellerin die Möglichkeit erhielte, einen Full-MVNO Zugang auch mit anderen Mobilfunknetzbetreibern zu vereinbaren und somit während der Inanspruchnahme des Zugangs für ihre Endkunden Migrationen zwischen den Mobilfunknetzbetreibern vornehmen zu können, entstünde der Antragstellerin hierdurch ein Wettbewerbsvorteil gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern, da die Antragstellerin befähigt würde, dem Endkunden ein Angebot zu unterbreiten, einen Netzwechsel ohne Anbieterwechsel zu vollziehen. Ein solcher Wettbewerbsvorteil wirkt entgegen der Ausführungen der Antragsgegnerin jedoch nicht innovationshemmend. Tatsächlich spricht einiges dafür, dass sich dieser sogar innovationsfördernd auswirkt.
521. So ergibt sich bereits aus der PKE, dass soweit ein Diensteanbieter Mobilfunkdienste über verschiedene Netze anbieten kann, die jeweilige Netzqualität und -verfügbarkeit ein entscheidender Faktor für die Auswahl des Netzes sein kann. Zudem könne ein Diensteanbieter vorhandene Kunden auf das Netz eines anderen MNOs migrieren, wenn dieser eine bessere Netzqualität aufweist. Abhängig davon, wie viel die Kunden des Diensteanbieters im jeweiligen Einzelfall zur Netzauslastung des Mobilfunknetzbetreibers beitragen, könnte dies daher auch Anreize schaffen, die Mobilfunknetze im Wettbewerb weiter auszubauen,

vgl. PKE, Rn. 513.

522. So besteht ein Anreiz für den jeweiligen MNO wettbewerbsfähig zu bleiben und daher mindestens ebenso gute Leistungen wie die konkurrierenden Wettbewerber anzubieten, da ansonsten langfristig kein Interesse der Diensteanbieter besteht, die Leistungen des jeweiligen Mobilfunknetzbetreibers nachzufragen. Auch für den Endkunden bestünde im Zweifelsfall kein Bedürfnis zur Nachfrage, wenn der jeweilige MNO weder kostengünstiger noch mit einem besseren Signal oder Leistungsinhalten ausgestattet wäre.

16.2.3.2 Auslastung der Netzkapazitäten

523. Die Antragsgegnerin macht geltend, dass bei Wegfall der Exklusivitätsklausel zwar ein Vertrag zwischen den Parteien zustande kommen könnte, die Antragstellerin die Funk- und Netzkapazitäten der Antragsgegnerin aufgrund von Verträgen mit anderen Zuteilungsinhabern aber überhaupt nicht nutze, sodass das Vorhalten von Funk- und Netzkapazitäten durch die Antragsgegnerin damit ins Leere liefe. Dies führe zu erhöhten Belastungen der Antragsgegnerin, da Vorhaltekosten entstünden und mangels der Möglichkeit effektiver und effizienter Netzplanungen in Bezug auf erwartete Kapazitätsnutzungen keine Planungssicherheit bestehe.
524. Grundsätzlich stellt die Auslastung der Netzkapazitäten und die damit verbundene effiziente Frequenznutzung zwar ein zu beachtendes Ziel der Regulierung dar. Umfassende Planungssicherheit wird für die Antragsgegnerin jedoch nicht dadurch erzielt, dass die Antragstellerin exklusiv an sie gebunden wird. Schließlich kann auch bei einer derartigen Vereinbarung die Antragstellerin mehr oder weniger Verkehr (Frequenznutzung) generieren als vom Netzbetreiber gedacht, z. B. weil er mehr bzw. weniger Kunden akquiriert. Diese Unsicherheit bleibt auch bei Vereinbarung eines Exklusivitätszeitraums bestehen. Im Gegenteil wäre die Möglichkeit, dass unerwarteter zusätzlicher Verkehr im Falle einer Exklusivitätsvereinbarung zwangsläufig über die Antragsgegnerin geleitet werden müsste, für diese sogar eine Verringerung ihrer Planungssicherheit. Durch das potentielle Eintreten dieses Szenarios wäre die Antragsgegnerin demnach gezwungen Funk- und Netzkapazitäten vorzuhalten, die ihre effektive und effiziente Netzplanung tatsächlich beeinträchtigen würden. Somit sorgt die Vereinbarung von Exklusivität dafür, dass die tatsächliche Verkehrsmenge von der Größe des Gesamtumsatzes der Antragstellerin abhängig ist, mithin also gerade unsicher ist.
525. Größere Planungssicherheit für den Zuteilungsnehmer könnte durch andere vertragliche Vereinbarungen, wie Regelungen zu abzunehmenden Verkehrsmengen und Umsätzen erreicht werden. Aber auch in diesem Zusammenhang bleibt zu beachten, dass die PKE in Rn. 520 „unverhältnismäßig lange starke“ Bindungen grundsätzlich ausschließt.

526. Welche vertraglichen Bindungen in diesem Zusammenhang als unverhältnismäßig angesehen werden müssen, bleibt sodann einer Betrachtung im jeweiligen Einzelfall vorbehalten.

16.2.3.3 Markt- und Branchenüblichkeit von Exklusivitätsvereinbarungen

527. Die gemachten Erwägungen zur grundsätzlichen Unzulässigkeit von Exklusivitätsverpflichtungen behalten ihre Gültigkeit auch im Hinblick auf die vorgetragene Branchenüblichkeit von Alleinbezugsverpflichtungen bzw. der Vereinbarung von Exklusivitätszeiträumen.
528. Die von der Antragsgegnerin in der Antragserwiderung zitierten Fundstellen belegen zwar, dass Exklusivitätsbestimmungen in verschiedenen Ausgestaltungen existieren und diskutiert werden. Daraus allein folgt jedoch keine generelle Gültigkeit für Exklusivitätsvereinbarungen im Rahmen des Anwendungsbereichs des Verhandlungsgebots.
529. Zunächst unterscheiden sich die den genannten Fundstellen zugrunde liegenden Sachverhalte von dem vorliegenden und sind damit nicht ohne Weiteres vergleichbar. So geht es dort etwa um Wettbewerbsverbote speziell für Handelsvertreter oder um Beschränkungen des Gebiets oder der Kundengruppe an die ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer Vertragswaren oder Dienstleistungen verkaufen darf, wobei letztere nur in Ausnahmefällen zulässig sein sollen,

vgl. Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Auflage 2016, § 40 Rn. 58.

530. An anderer Stelle steht die Wirksamkeit von Verwendungsbeschränkungen in AGB im Rahmen von Softwarenutzungen im Vordergrund. Vorliegend handelt es sich jedoch zum einen nicht um AGB, da die einzelnen Vertragsbedingungen zwischen den Parteien ausgehandelt werden. Zum anderen sind auch in dieser Konstellation Szenarien denkbar, bei denen aufgrund der erfolgten Betrachtung im Einzelfall, AGB-Klauseln für unwirksam erklärt werden müssen,

vgl. exemplarisch: Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Auflage 2016, § 48 Rn. 49.

531. Auch im Vertriebskartellrecht soll im Rahmen einer Spürbarkeitsprüfung bei Vereinbarungen mit einer Laufzeit von ein bis fünf Jahren eine sorgfältige Gegenüberstellung der wettbewerbsfördernden und -widrigen Auswirkungen durchgeführt werden, um im Einzelfall eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung feststellen zu können,

Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Auflage 2016, § 41 Rn. 12.

532. Bei all den beschriebenen Konstellationen handelt es sich demnach um spezielle Sachverhalte, deren Wertungen nicht automatisch auf die gegenständlichen Vertragsbedingungen angewendet werden können. Immanent ist ihnen aber, dass auch dort die jeweils diskutierten Wettbewerbsverbote bzw. Vereinbarungen einer Einzelfallbetrachtung unterliegen.
533. Von einer allgemeinen Branchenüblichkeit kann daher bereits nicht gesprochen werden. Jedenfalls aber ist nicht ersichtlich, warum vorliegend keine Betrachtung im Einzelfall erfolgen können sollte. Vielmehr führt auch eine vermeintliche Branchenüblichkeit nicht dazu, dass die Umstände des Einzelfalls außer Betracht gelassen werden können.
534. **BuGG**
535. Mithin sind vorliegend stets die Geltung des Verhandlungsgebots und die Erwägungen der PKE in die Betrachtung miteinzubeziehen.

16.2.3.4 Anwendbarkeit der Vertikal-GVO

536. Auch die grundsätzliche Freistellung von unmittelbaren oder mittelbaren Wettbewerbsverboten, die nicht für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als 5 Jahren gelten gemäß Art. 2 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. a) der so genannten Vertikal-GVO (Verordnung (EU) 2022/720) führt nicht zu einer grundsätzlichen Zulässigkeit der Ausschließlichkeitsbindung in der streitgegenständlichen Konstellation.
537. Sofern man die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vertikal-GVO auf die Antragsgegnerin gemäß Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO unterstellt, kann der Auffassung der Antragsgegnerin, dass der von ihr verlangte Exklusivitätszeitraum nicht unbillig sein könne, da eine solche Bindung nach Inhalt und Dauer gemäß dem europäischen Kartellrecht grundsätzlich zulässig sei, nicht ohne Weiteres gefolgt werden.
538. Jedenfalls müssen nämlich bei Anwendung des Art. 101 f. AEUV, auf dessen Absatz 3 die Vertikal GVO fußt, die Wertungen des Regulierungsrechts – und damit die Wertungen des Verhandlungsgebots – berücksichtigt werden, da das Regulierungsrecht insofern spezieller ist und sektorspezifische Besonderheiten stärker berücksichtigt.

16.3 Migrationsverbot Antrag 1.7.3

539. Entsprechend zu den Ausführungen zu Antrag 1.7.2 ist auch der Antrag 1.7.3 der Antragstellerin zu weitgehend und daher unbegründet.
540. Dabei ist der Antrag bereits deshalb abzulehnen, da sich im Rahmen der gebotenen Auslegung ergibt, dass der Antrag 1.7.3 nicht losgelöst von dem Antrag 1.7.2

betrachtet werden kann. Indem der Antrag 1.7.3 die Formulierung „innerhalb eines solchen Exklusivitätszeitraums“ enthält, wird explizit auf den in Antrag 1.7.2 eigens definierten Begriff des Exklusivitätszeitraums verwiesen. Mit dem Antrag begehrt die Antragstellerin folglich, dass Kundenmigrationen innerhalb des Exklusivitätszeitraums, der nach ihrer Auffassung generell nicht zulässig sein soll (s.o.), nicht in der beantragten Form beschränkt werden dürfen.

541. Da wie oben bereits dargelegt, Exklusivitätsvereinbarungen zwar grundsätzlich ausgeschlossen sind, aber unter bestimmten Voraussetzungen in Ausnahmefällen zulässig vereinbart werden können, ist auch dieser Antrag der Antragstellerin zu weitgehend, da bei Vereinbarung eines Exklusivitätszeitraums im Sinne einer ausschließlichen Bindung konsequenterweise auch Migrationen in andere Mobilfunknetze nicht möglich sein können.
542. Exklusivitätsvereinbarungen und die Beschränkung der Möglichkeit von Kundenmigrationen hängen demnach dennotwendig zusammen.
543. Klarstellend ist jedoch auszuführen, dass grundsätzlich nach den Wertungen der PKE auch Migrationsbeschränkungen ausgeschlossen sind. So heißt es in Rn. 520 der PKE:

„[...] Mit Blick hierauf muss der Diensteanbieter frei darin sein, Neukunden über ein anderes Mobilfunknetz zu versorgen oder Bestandskunden in ein anderes Mobilfunknetz zu migrieren.“

544. Da jedoch auch Exklusivitätsvereinbarungen unter bestimmten Bedingungen zulässig sein können (s.o.), muss dasselbe konsequenterweise auch für Migrationsverbote gelten. Wenn durch eine solche Vereinbarung das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager nicht unangemessen eingeschränkt wird, ist in Ausnahmefällen auch kein hinreichender Grund für die generelle Untersagung sowohl von Ausschließlichkeitsbindungen als dann auch von Migrationsbeschränkungen erkennbar.
545. Da im Komplex der Kundenmigrationen verschiedene Konstellationen denkbar sind, ist klarstellend auf nachfolgende Punkte hinzuweisen:

16.3.1 Neukunden über ein anderes Mobilfunknetz versorgen

546. Zunächst ist denkbar, dass Neukunden des Diensteanbieters über ein anderes Mobilfunknetz versorgt werden sollen.
547. Die PKE äußert sich insofern in Rn. 520 klar. Diensteanbietern muss es demnach grundsätzlich freistehen, Neukunden über ein anderes Mobilfunknetz zu versorgen. Tatsachen, die in diesem Punkt eine besondere Behandlung von MVNO gegenüber herkömmlichen Diensteanbietern gebieten, sind nicht erkennbar. Da es sich jeweils um Neukunden handelt und damit um Kunden, die zuvor nicht im

Kundenstamm des Diensteanbieters gelistet waren, vermögen auch etwaige Bedenken der Antragsgegnerin mit Blick auf die Planbarkeit der Ressourcennutzung und die Auslastung der Netzkapazitäten nicht eine andere Behandlung von MVNO gegenüber Diensteanbietern zu rechtfertigen. So liegt es schließlich in der Natur von Neukunden, dass deren Gewinnung noch aussteht oder/und sich nicht wie prognostiziert realisiert und daher bezüglich der Ressourcennutzung bereits von vorneherein keine gesicherten Angaben gemacht werden können.

548. Wenn durch eine solche Vereinbarung das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager jedoch nicht eingeschränkt wird, ist in Ausnahmefällen auch kein hinreichender Grund für die generelle Untersagung von Migrationsbeschränkungen erkennbar (s.o.).

16.3.2 Migration von Bestandskunden

549. Auch bezüglich der Migration von Bestandskunden äußert sich die PKE in Rn. 520 klar:

„Mit Blick hierauf muss der Diensteanbieter frei darin sein, [...] Bestandskunden in ein anderes Mobilfunknetz zu migrieren.“

550. Beschränkungen der Antragstellerin durch die Antragsgegnerin betreffend die Migration von Bestandskunden sind folglich grundsätzlich nicht mit den Wertungen der PKE vereinbar.
551. Offenkundig und auch ausnahmslos außer Frage steht dies für die Fälle, in denen Bestandskunden des Diensteanbieters anlässlich des Vertragsendes des jeweiligen Diensteanbieters mit dem Zuteilungsnehmer in ein anderes Mobilfunknetz migriert werden sollen, worauf auch bereits die Beigeladene zu 3 in ihrem Schriftsatz vom 08.08.2023 hingewiesen hat. Andernfalls würde ein vereinbartes Verbot der Migration anlässlich des Vertragsendes mit dem Zuteilungsnehmer dazu führen, dass der Diensteanbieter seinen gesamten Kundenstamm verlöre. Mit Blick hierauf sind MVNO gegenüber klassischen Diensteanbietern auch nicht anders zu behandeln. Ansonsten würde dies zu einer unverhältnismäßigen Belastung der MVNO und daraus resultierend zu ihrer erheblichen wettbewerblichen Schlechterstellung führen, da sie gezwungen wären ihr Geschäft in regelmäßigen Abständen von Grund auf neu aufzubauen, wenn sie sich nicht dauerhaft an einen Mobilfunknetzbetreiber binden möchten. Gerade solche Ausschließlichkeitsbindungen bzw. unverhältnismäßig lange starke Bindungen sollen nach den Wertungen der PKE jedoch vermieden werden, um die Unabhängigkeit der Diensteanbieter zu schützen. Der grundsätzliche Ausschluss von Ausschließlichkeitsbindungen liefe mithin Gefahr völlig leerzulaufen. In dieser Konstellation ist somit auch keine Möglichkeit denkbar, in der das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager

nicht unangemessen eingeschränkt würde, da der Diensteanbieter entweder Gefahr liefe seinen gesamten Kundenstamm zu verlieren oder sich auf unabsehbare Zeit ausschließlich an den jeweiligen Zuteilungsnehmer binden müsste.

552. Zu beachten ist vor diesem Hintergrund des Weiteren, dass der Zuteilungsnehmer, vorliegend die Antragsgegnerin, auch im Falle eines endenden Vertrags mit dem jeweiligen Diensteanbieter, vorliegend also der Antragstellerin, diejenigen technischen Parameter zu gewährleisten hat, die die erfolgreiche Migration der Bestandskunden des jeweiligen Diensteanbieters gewährleisten.
553. Anders ist dies wiederum, wenn es um Migrationen geht, bei denen Bestandskunden des jeweiligen Diensteanbieters während des laufenden Vertrags mit dem jeweiligen Zuteilungsnehmer migriert werden sollen. Hier gilt das oben Gesagte weiterhin: Grundsätzlich sind Ausschließlichkeitsbindungen nach den Maßgaben des Verhandlungsgebots ausgeschlossen, sodass auch die Migration von Bestandskunden während des laufenden Vertrags mit dem Diensteanbieter grundsätzlich möglich sein muss. Wenn also durch eine solche Vereinbarung das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager nicht eingeschränkt wird, ist in Ausnahmefällen auch kein hinreichender Grund für die generelle Untersagung von Migrationsbeschränkungen erkennbar. Erzielte wirtschaftliche Vorteile durch die Migrationsbeschränkungen müssen hierfür spürbar an den Diensteanbieter weitergegeben werden. Hierbei muss ein enger innerer Zusammenhang zwischen den von dem Zuteilungsnehmer durch die Ausschließlichkeitsbindung erzielten Vorteilen sowohl zu deren Weitergabe an den Diensteanbieter als auch zu dem jeweiligen vertragsgegenständlichen Markt bestehen (vgl. Rn. 499 f.499).
554. Nichts anderes folgt aus den Bedenken der Antragsgegnerin hinsichtlich der Planungssicherheit bei Fehlen von entsprechenden Vereinbarungen. Diese überzeugen nicht. Die Planungssicherheit wird nicht dadurch erzielt, dass der Antragstellerin die Migration von Bestandskunden untersagt wird. Schließlich ist bereits die Zahl der Bestandskunden schwankend, da sie von der Akquise von Neukunden bzw. von der Kündigung der bestehenden Bestandskunden abhängt. Insbesondere können Bestandskunden auch ohne einen Migrationswunsch kündigen. Die Migration von Bestandskunden zu untersagen, bringt daher kein erkennbares „Mehr“ an Planungssicherheit für die Zuteilungsnehmer. Vielmehr kann diese Unsicherheit durch ein solches Verbot nicht beseitigt werden.

16.3.3 Dynamische Netzwahl

555. Über den Themenkomplex der dynamischen Netzwahl war vorliegend nicht zu entscheiden. So hat sich die Antragstellerin im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung dahingehend eingelassen, dass sie nach dem von ihr verfolgten Geschäftszweck Multi-Sim-Karten nicht einsetzen werde und einen solchen

Einsatz auch nicht fordere. Vor diesem Hintergrund bleibt es der Antragsgegnerin mit Blick auf die konkret vorangegangene Verhandlungssituation im Zwei-Parteien-Verhältnis daher unbenommen, gegenüber der Antragstellerin den Ausschluss der Verwendung von Multi-SIM-Karten vertraglich festzuschreiben.

556. Die Beschlusskammer weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Präsidentenkammer in ihrer Entscheidung zu den Frequenznutzungsrechten BK1-22/001 vom 24.03.2025 (nachfolgend PKE-2025), S. 131, nunmehr ausdrücklich klarstellt, *„dass vertragliche Regelungen, wonach die Bündelung von Vorleistungen mehrerer Zuteilungsinhaber in einem Mobilfunkendkundenprodukt zur Ermöglichung eines sog. ‚Super-Roamings‘ untersagt wird, nicht ausgeschlossen werden. Es ist regulatorisch nicht angezeigt, dass ein MVNO durch die Nutzung mehrerer Mobilfunknetze eine bessere Dienstqualität erreicht, als es den Zuteilungsinhabern als Netzbetreibern möglich ist.“*.

16.3.4 Stellungnahme der Antragstellerin vom 10.04.2025

557. Soweit die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 10.04.2025 vorträgt, dass es im Sachverhalt des Entwurfs heiße, dass Multi-SIM-Produkte Gegenstand der Verhandlungen zwischen den Parteien gewesen seien, dies aber nicht zutrefte, hierüber vielmehr nicht verhandelt worden sei, so dass hierzu auch keine Aussagen im vorliegenden Verfahren zu treffen seien, wird darauf hingewiesen, dass in dem Entwurf keine solche Aussage enthalten ist, wonach über diesen Punkt zwischen den Parteien verhandelt worden sei.
558. In dem Sachverhalt wird vielmehr festgehalten, dass die Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, dass sie einen solchen Einsatz nicht beabsichtige und eine solche Verwendung damit auch nicht gefordert worden sei.
559. Die Beschlusskammer hat diesbezüglich einen klarstellenden Hinweis ohne Rechtsverbindlichkeit mit aufgenommen, wonach die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich mitgeteilt hat, kein solches Geschäftsmodell zu verfolgen, sodass aus Sicht der Beschlusskammer auch grundsätzlich keine schützenswerten Interessen der Antragstellerin erkennbar sind, die es der Antragsgegnerin untersagen würden, in einem neu vorzulegenden Angebot eine solche nicht verfolgte Vorgehensweise inhaltlich auszuschließen.

16.4 Rechtsfolge

560. Die Hauptanträge zu Ziffer 1.7.2 und 1.7.3 werden aus den dargelegten Erwägungen abgelehnt.

16.5 Hilfsanträge zu Ziffer 2.2.2 und 2.2.3

561. Demgegenüber sind die Hilfsanträge zu Ziffer 2.2.2 und 2.2.3 zulässig und begründet. Über sie war auch mangels Erfolg des jeweiligen Hauptantrags zu entscheiden.
562. Die Hilfsanträge sind zulässig.
563. Insbesondere ist der Antragstellerin unter Berücksichtigung der bereits unter Rn. 373373373373 f. genannten Grundsätze auch jeweils ein Feststellungsinteresse zuzusprechen.
564. Die beantragten Feststellungen würden im Falle einer entsprechenden Entscheidung offensichtlich nicht ins Leere gehen, sondern wären von der Antragsgegnerin in Erfüllung des Verhandlungsgebots zu beachten. Offenkundig ist auch, dass die beantragten Feststellungen vorliegend geeignet sind, die Streitigkeit zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin auszuräumen und die Antragsgegnerin zur Einhaltung ihrer Verpflichtungen aus dem Verhandlungsgebot anzuhalten.
565. Die Hilfsanträge sind begründet. Die Hilfsanträge zu Ziffer 2.2.2 und 2.2.3 sind vorliegend auch nicht zu weitgehend. Die Antragstellerin beantragt kurzum, festzustellen, dass die von der Antragsgegnerin angebotene Konditionen objektiv unangemessen seien. Der Wortlaut der Antragstellung, insbesondere die Verwendung der Formulierung (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** ist derart zu verstehen, dass hierdurch nur eine Entscheidung über die von der Antragsgegnerin konkret angebotenen Konditionen in Zusammenschau mit dem weiteren streitgegenständlichen Vertragsangebot begehrt wird.
566. Die konkret angebotenen Konditionen der Antragsgegnerin zu der Vereinbarung eines Exklusivitätszeitraums sind mangels gleichzeitiger Gewährung besonderer entgeltrelevanter Vorteile, die die mit der Exklusivitätsvereinbarung zusammenhängenden Nachteile für das Gegengewicht der Antragstellerin ausgleichen, vgl. hierzu die weitergehenden Ausführungen weiter oben, vorliegend nicht geeignet, den durch die PKE aufgestellten Grundsatz, der besagt, dass Ausschließlichkeitsbindungen grundsätzlich im Rahmen des Verhandlungsgebots ausgeschlossen sind, zu durchbrechen.
567. Wie oben bereits ausgeführt, sind ausschließliche Bindungen, also die Verpflichtung eines Diensteanbieters allein Produkte eines einzigen Zuteilungsnehmers auf dem Markt anzubieten, zugunsten der Unabhängigkeit von Diensteanbietern grundsätzlich ausgeschlossen. Allerdings bleiben Ausschließlichkeitsbindungen in Ausnahmefällen möglich, wenn hierdurch das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager nicht unangemessen eingeschränkt wird.

568. Damit das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager nicht unangemessen eingeschränkt wird, sind mithin die von dem Zuteilungsnehmer durch eine vereinbarte Ausschließlichkeitsbindung erzielten wirtschaftlichen Vorteile, spürbar an den Diensteanbieter weiterzugeben. Hierbei muss ein enger innerer Zusammenhang zwischen den von dem Zuteilungsnehmer durch die Ausschließlichkeitsbindung erzielten Vorteilen sowohl zu deren Weitergabe an den Diensteanbieter als auch zu dem jeweiligen vertragsgegenständlichen Markt bestehen (s.o.).
569. Regelmäßig wird diese Weitergabe der erzielten wirtschaftlichen Vorteile des Zuteilungsnehmers durch Vergünstigungen im Rahmen der Entgelte des zugrundeliegenden Vertragsverhältnisses realisiert werden können.
570. Vorliegend ist das Vertragsangebot der Antragsgegnerin mit Stand vom (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG nicht so ausgestaltet, dass die durch die Vereinbarung eines Exklusivitätszeitraums von der Antragsgegnerin erzielten Vorteile spürbar an die Antragstellerin weitergegeben werden. Im Gegenteil: Bereits die angebotenen Entgelte der Antragsgegnerin sind für sich genommen nicht mit den Maßgaben des Verhandlungsgebots vereinbar und überschreiten die tenorierte zulässige Obergrenze, da der Antragstellerin durch die angebotenen Entgelte bei Verfolgung eines effizienten Geschäftsmodells ein wettbewerblicher Marktauftritt nicht ermöglicht wird. Folglich sind der Antragstellerin im Gegenzug für die Vereinbarung eines Exklusivitätszeitraums auch keine Vergünstigungen dergestalt eingeräumt worden, die geeignet wären ihr Gegengewicht als Nachfragerin nicht unangemessen einzuschränken. Derartige Vergünstigungen bei den Entgelten für die Mobilfunkleistungen, die in Ausnahmefällen eine entsprechende Ausschließlichkeitsregelung rechtfertigen könnten, müssten die mit einer solchen Ausschließlichkeitsbindung verbundenen Restriktionen in der Geschäftstätigkeit des Diensteanbieters in einem verhältnismäßigen und damit spürbaren Umfang aufzufangen vermögen. Dies bedeutet, dass die Entgelte für die einzelnen Mobilfunkleistungen in einem entsprechend spürbaren Umfang unterhalb der entsprechend dem Antrag tenorierten Höchstgrenzen liegen müssten, um entsprechende Ausschließlichkeitsbindungen im Ausnahmefall rechtfertigen zu vermögen.
571. Aufgrund des beschriebenen Zusammenhangs von Migrationsbeschränkungen in dem geforderten Maße und Ausschließlichkeitsbindungen gelten die getätigten Ausführungen auch für den Hilfsantrag zu 2.2.3. Denknotwendig ist auch hier keine Weitergabe der Vorteile an die Antragstellerin zu beobachten.
572. Zudem ist, wie oben festgestellt (vgl. Rz. 566 ff.), die Forderung nach Exklusivitätszeiträumen in der konkret von der Antragsgegnerin verhandelten Ausgestaltung unzulässig. Damit ist auch die vorliegende Migrationsbeschränkung hinfällig,

da sie sich ausschließlich auf Migrationsbeschränkungen „innerhalb eines solchen Exklusivitätszeitraums“ bezieht.

573. Aus Gründen der Klarstellung wird darauf hingewiesen, dass die in Ziffer 2.1 und 2.2 des Tenors enthaltenen Feststellungen zur Unbilligkeit der verwendeten Exklusivitätsregelung diese Feststellung allein im Zusammenhang mit dem von der Antragsgegnerin am (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** vorgelegten Vertragsangebot und den damit geforderten Entgelten für die Roamingleistungen trifft. Die Feststellung enthält kein darüberhinausgehendes Verbot, das bedeutet, dass Exklusivitätsregelungen im Ausnahmefall, vgl. hierzu die Ausführungen unter Ziffer 499 ff.) gerechtfertigt sein können.

16.6 Anhörungsverfahren vom 27.03.2025

574. Die Ausführungen der Beschlusskammer haben auch vor dem Hintergrund des Vortrags der Verfahrensbeteiligten im am 27.03.2025 gestarteten Anhörungsverfahren Bestand. Im Einzelnen:

16.6.1 Stellungnahme der Antragstellerin vom 10.04.2025

575. Soweit die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 10.04.2025 vorträgt, die Aussage in Ziffer 520 der PKE, in der festgehalten sei, die Unabhängigkeit von Diensteanbietern setze jedoch voraus, dass der Zuteilungsnehmer diese weder ausschließlich noch unverhältnismäßig lange stark an sich binde könne nicht dahingehend verstanden werden, dass hiernach ausschließliche Bindungen zugunsten der Unabhängigkeit der Diensteanbieter „grundsätzlich“ ausgeschlossen seien, da ein solcher Schluss vom Wortlaut der PKE nicht gedeckt sei, da sich in der PKE das etwaige Ausnahmefälle eröffnende Wort „grundsätzlich“ nicht im Wortlaut der einschlägigen Passage in der PKE finde, so kann dies nicht überzeugen.
576. Die Antragstellerin lässt in ihrem Zitat von Randnummer 520 der PKE die beiden Sätze, in denen die Präsidentenkammer den Umfang und die Grenzen der durch die PKE zu schützenden Unabhängigkeit der Diensteanbieter im Zusammenhang mit Exklusivitätsvereinbarungen nachvollziehbar erklärt, außen vor. Vollständig lauten die Ausführungen in der PKE wie folgt:

„Die Unabhängigkeit von Diensteanbietern setzt jedoch voraus, dass der Zuteilungsnehmer diese weder ausschließlich noch unverhältnismäßig lange stark an sich bindet. Dies sahen bereits die o. g. Lizenzen vor (vgl. hierzu Teil C, Nr. 15, 2. Abs. der UMTS/IMT-2000-Lizenzen). Eine unverhältnismäßige Bindung könnte dazu führen, dass das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager eingeschränkt wird. Dies könnte starken Einfluss auf

die vertragliche Gestaltung der Konditionen und somit auch auf die nachhaltige Förderung des Wettbewerbs haben. Mit Blick hierauf muss der Diensteanbieter frei darin sein, Neukunden über ein anderes Mobilfunknetz zu versorgen oder Bestandskunden in ein anderes Mobilfunknetz zu migrieren.“

577. Diese von der Antragstellerin nicht mitaufgeführten Ausführungen in der PKE zeigen gerade, dass über die PKE kein allumfassender Schutz der Unabhängigkeit des Diensteanbieters intendiert war. Dies ist bei einem gegenseitigen Mitnutzungsvertrag auch schlechterdings unmöglich. Geschützt werden sollte die Unabhängigkeit der Diensteanbieter ausweislich Satz 3 der Randnummer 520 der PKE insoweit, als Exklusivitätsvereinbarungen zu einer „unverhältnismäßigen“ Bindung des Diensteanbieters führen. Die Gefahr einer solchen unverhältnismäßigen Bindung identifiziert die PKE zugleich gerade in der anderweitig erkannten Gefahr einer Einschränkung des Gegengewichtes des Diensteanbieters als Nachfrager.
578. Die die Unabhängigkeit der Diensteanbieter einschränkende Exklusivitätsbindungen, die sich in einer wertenden Gesamtschau in Hinsicht auf den mit diesen Ausführungen intendierten Zweck der Verhinderung einer unangemessenen Einschränkung des Gegengewichtes des Nachfragers noch als verhältnismäßig erweisen, weil von diesen keine Gefahr für das Gegengewicht des Diensteanbieters ausgeht, sollen nach dem insoweit klaren Wortlaut der Randnummer 520 der PKE erkennbar nicht umfasst sein. Etwas Anderes, also das Verbot von verhältnismäßigen Bindungen würde auch zu einer erkennbar unverhältnismäßigen Lizenzauflage führen, die von der Präsidentenkammer ausweislich des klaren Wortlautes gerade ausgeschlossen werden sollte.
579. Dieses Postulat des Verbotes nicht jeder Exklusivitätsbindung, sondern alleine des Verbotes von unverhältnismäßigen Exklusivitätsbindungen, wird dabei auch durch den letzten Satz der Randnummer 520 erkennbar nicht aufgegeben, soweit die Präsidentenkammer eben nicht in jedem Fall, sondern gerade „mit Blick hierauf“ ausführt, dass der Diensteanbieter frei darin sein muss, Neukunden über ein anderes Mobilfunknetz zu versorgen oder Bestandskunden in ein anderes Mobilfunknetz zu migrieren. Erweist sich eine Exklusivitätsbindung in der Gesamtschau ausnahmsweise als verhältnismäßig und eben nicht als unzulässige Einschränkung des Gegengewichtes der Nachfrager, dann soll nach dem insoweit in Randziffer 520 der PKE erkennbaren Willen der Präsidentenkammer eine solche Bindung auch nicht untersagt werden.
580. Dass die Präsidentenkammer zugrunde gelegt haben könnte, dass es diese Ausnahmefälle bereits dem Grunde nach überhaupt nicht geben kann, ist aus Sicht der Beschlusskammer auszuschließen.

581. So weist auch die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme zu dem Entscheidungsentwurf darauf hin, dass auch im Kartellrecht kein absolutes Verbot von Ausschließlichkeitsbindungen existiert, Ausnahmen hierzu vielmehr auch im Kartellrecht, wenn eben auch in engen sachlichen Grenzen, zulässig sind.
582. Bezeichnenderweise weist die Antragstellerin in diesem Zusammenhang selber darauf hin, dass nach ihren eigenen Erfahrungen im Mobilfunkmarkt etwa in Österreich, Italien oder UK Ausschließlichkeitsbindungen vorkommen und dort scheinbar weder von der Antragstellerin noch von den Regulierungsbehörden oder Kartellbehörden als unzulässig identifiziert werden. Dass sich die Situation in Deutschland hiervon derart und in grundsätzlicher Hinsicht unterscheiden sollte, so dass sich entsprechende Vereinbarungen gerade in Deutschland bereits generell und ohne Ausnahme als unzulässig erweisen sollten, ist nicht nachvollziehbar bzw. dafür gibt es vorliegend keine entsprechenden Hinweise. Zumindest reicht hierfür der generelle Vortrag, wonach sich die Wettbewerbsbedingungen in Deutschland als weniger wirksam erweisen würden als in den genannten Ländern, nicht aus. So identifiziert auch die Antragstellerin die entsprechenden Marktsituationen als mit der in Deutschland vergleichbar.
583. Das hier ermittelte Ergebnis, wonach Exklusivitätsregelungen ausnahmsweise auch in Einklang mit den Vorgaben der PKE vereinbart werden können, wenn die damit verbundenen Nachteile für den Zugangspetenten durch die Gewährung entsprechender kommerzieller Vorteile ausgeglichen werden können, entspricht im Übrigen auch den Vorgaben der PKE-2025. In dieser hat sich die Präsidentenkammer ausdrücklich mit der Frage verbleibender Möglichkeiten zu Exklusivitätsregelungen auseinandergesetzt und als sachgerecht bestätigt, vgl. PKE-2025, S. 131:

*„ ...Soweit vorgetragen wurde, die Leitplanken zu Exklusivität und Migrationsregeln sollten keine Indizien für Verstöße gegen das Verhandlungsgebot enthalten, sondern die jeweils beschriebenen Vertragsklauseln selbst verbieten, folgt die Kammer dem aus den eingangs genannten Gründen nicht. Insbesondere widerspräche es dem Sinn und Zweck von Leitplanken, konkrete Verbote auszusprechen. Gleichwohl sieht es die Kammer im Interesse der Klarheit als geboten an, die Leitplanken zusammenzuführen zu einer Leitplanke "Keine unangemessene Bindungswirkung", da eine abstrakte Abgrenzung zwischen diesen ähnlichen Regelungsinhalten nicht geboten ist. **Eine unverhältnismäßige Bindung könnte dazu führen, dass das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager eingeschränkt wird.** Dies könnte starken Einfluss auf die vertragliche Gestaltung der übrigen Konditionen und somit auch auf die nachhaltige Förderung des Wettbewerbs haben. Mit Blick hierauf sollte ein Diensteanbieter oder MVNO möglichst frei darin sein, Neukunden über ein anderes Mobilfunknetz zu versorgen oder Bestandskunden in ein anderes Mobilfunknetz zu migrieren. ...“*

16.6.2 Stellungnahme der Beigeladenen zu 6 vom 10.04.2025

584. Die Beigeladenen zu 6 führt in ihrer Stellungnahme vom 10.04.2025 lediglich aus, dass sie die Auffassung zur Feststellung der Beschlusskammer bzgl. der Exklusivitätsklausel teile.

16.6.3 Stellungnahme der Beigeladenen zu 3 vom 15.04.2025

585. Die von der Beigeladenen zu 3 geäußerte Sorge, dass ihre Stellungnahme vom 15.04.2025 von der Beschlusskammer nicht berücksichtigt werden würde, ist unbegründet. Die Stellungnahme wurde trotz des verspäteten Eingangs wegen einer Fristüberschreitung von 5 Tagen von der Beschlusskammer umfassend berücksichtigt. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wurde durch die Beschlusskammer mithin gewahrt.
586. Sofern die Beigeladene zu 3 vorträgt, dass in Ziffer 2 (1) des Tenors des Beschlussentwurfs, ein generelles Verbot einer exklusiven Bindung festgestellt werde, ist dies unzutreffend.
587. So heißt es in Ziffer 2 des Tenors einleitend:

„Es wird festgestellt, dass folgende von der Antragsgegnerin im Vertragsangebot, Stand (BuGG ggü. den Beigeladenen) B■■■■ („Vertragsangebot“) geforderten Vertragsbedingungen objektiv unangemessen sind und gegen das Verhandlungsgebot verstoßen.“

588. Aus diesem Passus ergibt sich, dass die tenorierten Feststellungen in den nachfolgenden Unterziffern lediglich für das Vertragsangebot der Antragsgegnerin mit Stand vom (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG Geltung beanspruchen und es sich deshalb nicht um ein generelles Verbot einer exklusiven Bindung handelt, wie die Beigeladene zu 3 meint.
589. Dies wird so auch durch die Beschlussbegründung untermauert, wie die Beigeladene zu 3 in ihrer Stellungnahme bereits selbst ausführt. In Rn. 495 heißt es diesbezüglich:

„Gleichwohl handelt es sich bei dem in Rn. 520 der PKE enthaltenen Passus zu ausschließlichen Bindungen jedoch nicht um ein absolutes Verbot. Vielmehr bleiben Ausschließlichkeitsbindungen in Ausnahmekonstellationen möglich, wenn hierdurch das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager aufgrund einer konkreten Zusammenschau mit gleichzeitig gewährten und mit den Mobilfunkleistungen in einem nachvollziehbaren Sachzusammenhang stehenden korrespondierenden Vorteilen nicht unangemessen eingeschränkt wird.“

590. Folglich ist in Ziffer 2 (1) des Tenors des Beschlussentwurfs, kein generelles Verbot einer exklusiven Bindung tenoriert.

16.7 Hilfsanträge zu Ziffer 3.1 (8) und 3.1 (9)

591. Über die Hilfsanträge zu Ziffer 3.1 (8) und 3.1 (9) war nicht mehr zu entscheiden.

17 Verpflichtungen nach Exklusivität – Ziff. 1.7.4, 2.2.4 u. 3.1.(10)

592. Entsprechend den Ausführungen zu den Anträgen 1.7.2 sowie 1.7.3 ist auch der Antrag 1.7.4 der Antragstellerin zulässig, aber zu weitgehend und daher unbegründet.

17.1 Vorhergehendes erfolgloses Verhandeln

593. (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG.
594. BuGG.
595. BuGG.
596. BuGG.
597. BuGG.
598. BuGG.
599. BuGG.

17.2 Keine Erledigung nach Beginn des Verfahrens

600. Der Antrag zu 1.7.4 hat sich nach Beginn des Streitbeilegungsverfahrens nicht erledigt. Insbesondere ist eine Erledigung allein durch die Erklärungen der Antragsgegnerin vom 08.08.2023 noch nicht eingetreten.
601. (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG.
602. Denn während der Antrag zu 1.7.4 auf die Vorlage eines modifizierten Angebots gerichtet ist, handelt es sich bei der erklärten Bereitschaft der Antragsgegnerin bestenfalls um die Ankündigung einer Modifizierung, nicht aber schon um die begehrte Modifizierung selbst (vgl. bereits unter Rn. 215 f.). Sonstige Erledigungsgründe sind nicht ersichtlich.

17.3 Begründetheit - Ziffer 1.7.4

603. Dabei ist der Antrag bereits deshalb abzulehnen, da sich im Rahmen der gebotenen Auslegung ergibt, dass auch der Antrag 1.7.4 nicht losgelöst von dem Antrag 1.7.2 betrachtet werden kann. Indem der Antrag 1.7.4 die Formulierung „nach Ablauf eines solchen Exklusivitätszeitraums“ enthält, wird explizit auf den in Antrag

1.7.2 eigens definierten Begriff des Exklusivitätszeitraums verwiesen. Mit dem Antrag begehrt die Antragstellerin folglich, dass eine Vereinbarung mit der sich die Antragstellerin verpflichtet, einen von der Antragsgegnerin vorgegebenen Teil ihrer Wholesale-Umsätze nach Ablauf eines Exklusivitätszeitraums und für die verbleibende Vertragslaufzeit und ein daran anschließendes Vermarktungsverbot, generell untersagt sein soll.

604. Da wie oben bereits dargelegt, Exklusivitätsvereinbarungen zwar grundsätzlich ausgeschlossen sind, aber unter bestimmten Voraussetzungen zulässig vereinbart werden können, ist auch der Antrag 1.7.4 der Antragstellerin zu weitgehend, da in dem zumindest grundsätzlich denkbaren Fall einer zulässigen Vereinbarung eines Exklusivitätszeitraums im Sinne einer ausschließlichen Bindung nicht generell ausgeschlossen ist, dass auch die zulässige Vereinbarung getroffen werden kann, wonach an einen solchen Zeitraum anschließend der Diensteanbieter einen vorgeschriebenen Mindestanteil seiner Wholesale-Umsätze im Netz des jeweiligen Zuteilungsnehmers abnehmen muss.
605. Grundsätzlich gilt für eine solche Vereinbarung, dass es sich zwar nicht um eine nach Maßgabe des Verhandlungsgebots grundsätzlich zu unterlassende Ausschließlichkeitsbindung handelt, da der Diensteanbieter weiterhin Verträge mit anderen Zuteilungsnehmern abschließen darf. Allerdings sind auch solche Vereinbarungen an den Vorgaben der PKE zu messen. Dort heißt es in Rn. 520 wiederum:
- „Die Unabhängigkeit von Diensteanbietern setzt jedoch voraus, dass der Zuteilungsnehmer diese weder ausschließlich noch unverhältnismäßig lange stark an sich bindet.“*
606. Hieraus ergibt sich, dass auch unverhältnismäßig lange starke Bindungen nicht mit dem Verhandlungsgebot vereinbar sind. Wann es sich um solche unverhältnismäßig langen starken Bindungen handelt, ist eine Frage des Einzelfalls. Allerdings gilt auch hier, dass sich die Unverhältnismäßigkeit danach bemisst, ob das Gegengewicht des Diensteanbieters als Nachfrager unangemessen eingeschränkt wird, sodass mithin die von dem Zuteilungsnehmer durch eine Bindungsvereinbarung erzielten wirtschaftlichen Vorteile spürbar an den Diensteanbieter weiterzugeben sind. Hierbei muss ein enger innerer Zusammenhang zwischen den von dem Zuteilungsnehmer durch die Bindungsvereinbarung erzielten Vorteilen sowohl zu deren Weitergabe an den Diensteanbieter als auch zu dem jeweiligen vertragsgegenständlichen Markt bestehen.
607. Ergänzend ist auf folgende Punkte hinzuweisen:

17.3.1 Vorgegebener Teil der Wholesale-Umsätze

608. Zunächst ist eine Vereinbarung, die der Antragstellerin aufgibt, dass für die verbleibende Vertragslaufzeit ein von der Antragsgegnerin vorgegebener Teil ihrer Wholesale-Umsätze im Netz der Antragsgegnerin zu erwirtschaften ist, von der Vereinbarung eines Mindestumsatzes zu unterscheiden, da im ersten Fall der Antragstellerin aufgegeben würde, einen festen Anteil ihrer gesamten Wholesale-Umsätze im Netz der Antragsgegnerin zu erwirtschaften. (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG**.
609. Durch eine derartig starre Regelung würde der durch die PKE grundsätzlich vorgeschriebene Grundsatz der freien Migration konterkariert (vgl. Rn. 543 f.). So wären Situationen denkbar, in denen die Antragstellerin einem bestehenden Migrationswunsch nicht entsprechen könnte, weil sie andernfalls den vorgegebenen Anteil ihrer Wholesale-Umsätze nicht mehr im Netz der Antragsgegnerin erwirtschaften würde. Gerade derartige Konstellationen sollen mit Blick auf die in der PKE formulierten Ziele der Unabhängigkeit der Diensteanbieter und die Stärkung ihres Gegengewichts als Nachfrager vermieden werden, sodass derartig starre Regelungen unabhängig von der prozentualen Höhe des Anteils der Wholesale-Umsätze, die von der Antragstellerin im Netz der Antragsgegnerin zu erwirtschaften wären, grundsätzlich nicht mit den Vorgaben der PKE zu vereinbaren sind.
610. Hieran vermag zunächst auch nichts zu ändern, wenn etwa die Beigeladene zu 8 anführt, dass unter dem Aspekt der effizienten Frequenznutzung Planungssicherheit für den Netzbetreiber notwendig sei. Umfassende Planungssicherheit wird jedoch nicht dadurch erzielt, dass der MVNO exklusiv (Umsatzanteil 100%) oder mit einem bestimmten anderen Umsatzanteil an den Netzbetreiber gebunden wird (siehe schon Rz. 524 f.). Schließlich kann auch bei der Vereinbarung eines festen Umsatzanteils der MVNO mehr oder weniger Verkehr (Frequenznutzung) generieren als vom Netzbetreiber gedacht, z. B. weil er mehr oder weniger Kunden akquiriert. Diese Unsicherheit ist durch die Vereinbarung eines festen Umsatzanteils nicht zu beseitigen. Beseitigt werden kann diese Unsicherheit hingegen, indem MVNO und Netzbetreiber bestimmte absolute Verkehrsmengen bzw. absolute Umsätze vertraglich vereinbaren. Ein MVNO, der diese Vereinbarung einhält, erzeugt keine zusätzliche Planungsunsicherheit beim Netzbetreiber A, wenn er gleichzeitig anderen, zusätzlichen Verkehr über einen anderen Netzbetreiber B leitet.
611. So kann die Vereinbarung von absoluten Verkehrsmengen bzw. absoluten Umsätzen die Planungssicherheit herstellen. Die Vereinbarung von Exklusivität (100% Umsatzanteil) oder eines bestimmten anderen Umsatzanteils hingegen sorgt dafür, dass die tatsächliche Verkehrsmenge von der Größe des Gesamtumsatzes des MVNO abhängig ist, mithin also gerade unsicher.

612. Schließlich ergibt sich auch keine andere Bewertung aufgrund der Vertikal-GVO. So sind selbst bei der unterstellten grundsätzlichen Anwendbarkeit dieser Verordnung, jedenfalls die sektorspezifischen Besonderheiten des Regulierungsrechts und damit die Vorgaben des Verhandlungsgebots zu berücksichtigen.
613. Allerdings gilt auch hier, wie bereits unter Rn. 606 ausgeführt wurde (s.o.), dass die Frage, ob eine Vereinbarung im genannten Sinne eine unverhältnismäßig lange starke Bindung ist, eine Frage des jeweiligen Einzelfalls ist. Die Unverhältnismäßigkeit bemisst sich danach, ob das Gegengewicht des Diensteanbieters als Nachfrager unangemessen eingeschränkt wird, sodass mithin die von dem Zuteilungsnehmer durch eine Bindungsvereinbarung erzielten wirtschaftlichen Vorteile spürbar an den Diensteanbieter weiterzugeben sind (Näheres unter Rz. 606).

17.3.2 Vermarktungsverbot

614. Ebenso ist es der Antragsgegnerin grundsätzlich verwehrt, der Antragstellerin auch weiterhin zu verbieten, ihre Kunden aktiv darauf anzusprechen und/oder darin zu bestärken, ein anderes Netz als das der Antragsgegnerin zu nutzen.
615. Eine solche Regelung würde dazu führen, nach den Maßgaben des Verhandlungsgebots grundsätzlich unzulässige Bindungsvereinbarungen und/oder Migrationsbeschränkungen zu manifestieren bzw. indirekt insofern zu ermöglichen, als rein faktisch bestehende Möglichkeiten zur Kundenmigration leerlaufen, da durch das ausgesprochene Vermarktungsverbot Kunden der Antragstellerin über die für sie bestehenden Optionen im Dunkeln gelassen würden.
616. Außerdem ist unklar, welche Handlungen der Antragstellerin unter ein „Ansprachen“ bzw. „Bestärken“ ihrer Kunden hinsichtlich eines Netzwechsels zu fassen wären. Durch die vagen Formulierungen ist daher zu befürchten, dass beinahe jede Art der Kundenkommunikation hinsichtlich der Migration in ein anderes Netz als das der Antragsgegnerin durch eine entsprechende Vertragsklausel unterbunden werden könnte.
617. Da zudem die Vereinbarung einen vorgegebenen Teil der Wholesale-Umsätze bei der Antragsgegnerin abzunehmen grundsätzlich gegen das Verhandlungsverbot verstößt (vgl. Rz. 609 ff.), würde auch ein Vermarktungsverbot in diesem Zusammenhang grundsätzlich gegen die PKE verstoßen. So würde bereits die Vereinbarung einen vorgegebenen Teil der Wholesale-Umsätze bei der Antragsgegnerin umzusetzen, für die Antragstellerin eine inhärente Grenze für die aktive Ansprache und Bestärkung der Endkunden, das Netz zu verlassen, bedeuten. Das Vermarktungsverbot muss daher auch in einer Gesamtschau zu den übrigen Bin-

dungsvereinbarungen eines Vertragsangebots betrachtet werden. Vermarktungsverbote sind daher in diesem Zusammenhang auch grundsätzlich ausgeschlossen, können aber dann zulässig sein, wenn die entsprechende Bindungsvereinbarung verhältnismäßig ist und folglich nicht gegen das Verhandlungsgebot verstößt. Maßstab muss auch hier wiederum sein, dass das Gegengewicht des Diensteanbieters als Nachfrager nicht unangemessen eingeschränkt wird.

17.4 Hilfsantrag zu Ziffer 2.2.4

618. Demgegenüber ist der Hilfsantrag zu Ziffer 2.2.4 zulässig und begründet. Über ihn war auch mangels Erfolg des Hauptantrags zu entscheiden.
619. Der Hilfsantrag ist zulässig.
620. Insbesondere ist der Antragstellerin unter Berücksichtigung der bereits unter Rn. 373ff. genannten Grundsätze auch ein Feststellungsinteresse zuzusprechen.
621. Die beantragte Feststellung würde im Falle einer entsprechenden Entscheidung offensichtlich nicht ins Leere gehen, sondern wären von der Antragsgegnerin in Erfüllung des Verhandlungsgebots zu beachten. Offenkundig ist auch, dass die beantragten Feststellungen vorliegend geeignet sind, die Streitigkeit zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin auszuräumen und die Antragsgegnerin zur Einhaltung ihrer Verpflichtungen aus dem Verhandlungsgebot anzuhalten.
622. Der Hilfsantrag zu Ziffer 2.2.4 ist vorliegend auch nicht zu weitgehend. Die Antragstellerin beantragt kurzum, festzustellen, dass von der Antragsgegnerin angebotene Konditionen objektiv unangemessen sind. Der Wortlaut des Feststellungsantrages, ist derart auszulegen, dass hierdurch eine Entscheidung über die Billigkeit des von der Antragsgegnerin konkret verhandelten Vertragsangebotes, das bedeutet in Zusammenschau der in der Exklusivitätsklausel enthaltenen Nachteile mit den diese ggf. in angemessener Weise ausgleichenden kommerziellen Vorteile zu bewerten, begehrt wird (s.o.).
623. Die konkret angebotenen Konditionen der Antragsgegnerin zu der Vereinbarung einen vorgegebenen Anteil der Wholesale-Umsätze im Netz der Antragsgegnerin zu erzielen, erweisen sich vor dem Hintergrund einer fehlenden ausreichenden kommerziellen Kompensation der damit verbundenen Nachteile vorliegend als unangemessen.
624. Die angebotene Exklusivitätsvereinbarung ist vorliegend zu weitgehend und nicht mit den Maßgaben der PKE vereinbar, da die durch die Vereinbarung eines Exklusivitätszeitraums von der Antragsgegnerin erzielten Vorteile durch das Vertragsangebot vom (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** nicht spürbar an die Antragstellerin weitergegeben werden (vgl. insbesondere Rn. 499 f.). Hierzu wäre es

erforderlich, dass die Antragsgegnerin Entgelte anders als bei dem Vertragsangebot vom (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG für die Mobilfunkleistungen verhandelt, die spürbar unter den kommerziellen Bedingungen liegen, die sich ohne entsprechende Exklusivitätsregelungen noch als angemessen erweisen, das bedeutet, spürbar unterhalb der dem Antrag entsprechend tenorierten Entgelthöchstsätze angesiedelt sind.

625. Wenn die Antragsgegnerin nun vorliegend bereits unter Ablehnung der im Tenor benannten Entgelthöchstsätze von der Antragstellerin in ihrem Vertragsangebot fordert, dass nach dem Ende des (bereits nicht zulässigen) Exklusivitätszeitraums und für die verbleibende Vertragslaufzeit ein vorgegebener Teil der Wholesale-Umsätze im Netz der Antragsgegnerin erzielt werden muss, so ist dies nicht mit dem Verhandlungsgebot vereinbar. Denn durch eine solche Vertragsklausel würde der grundsätzlich unzulässige Exklusivitätszeitraum insofern manifestiert als das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager unangemessen eingeschränkt ist. Dies gilt entsprechend für das Vermarktungsverbot.
626. Aus Gründen der Klarstellung wird darauf hingewiesen, dass die in Ziffer 2.3 des Tenors enthaltenen Feststellungen zur Unbilligkeit der verwendeten Exklusivitätsregelung diese Feststellung allein im Zusammenhang mit dem von der Antragsgegnerin am (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG vorgelegten Vertragsangebot und den damit geforderten Entgelten für die Roamingleistungen trifft. Die Feststellung enthält kein darüberhinausgehendes Verbot, das bedeutet, dass Exklusivitätsregelungen im Ausnahmefall, vgl. hierzu die Ausführungen unter Ziffer 499 ff.) gerechtfertigt sein können.

17.5 Hilfsantrag zu Ziffer 3.1 (10)

627. Über den Hilfsantrag nach Ziffer 3.1 (10) war nicht mehr zu entscheiden.

17.6 Anhörungsverfahren vom 27.03.2025

628. Die Ausführungen der Beschlusskammer haben auch vor dem Hintergrund des Vortrags der Verfahrensbeteiligten im am 27.03.2025 gestarteten Anhörungsverfahren Bestand. Im Einzelnen wird auf die Ausführungen unter Rn. 574 ff. verwiesen.

18 Weitervertriebsverbot – Ziff. 1.7.5; 2.1.5 und 3.1 (11)

629. Der Antrag auf Vorlage eines modifizierten Angebotes, das keine Klausel enthält, die der Antragstellerin verbietet, von der Antragsgegnerin bezogene MVNO-Dienste an andere Diensteanbieter mit oder ohne eigene Netzinfrastruktur zu vermarkten, erweist sich als zulässig aber unbegründet.

18.1 Erfolgreiche Verhandlungen

630. Die Parteien haben über das Weiterveräußerungsverbot erfolglos verhandelt.

18.2 Kein materieller Verstoß gegen das Verhandlungsgebot

631. Soweit die Antragsgegnerin in der MVNO-Zugangsvereinbarung der Antragstellerin untersagen will, die bei ihr eingekauften Mobilfunkprodukte auf der Vorleistungsebene weiterzuverkaufen, steht dies mit dem Verhandlungsgebot in Einklang.
632. Der Zugang zu den Funkkapazitäten der Antragsgegnerin, den das Verhandlungsgebot unterstützen soll, dient dazu, dass der Nachfrager auf dem Endkundenmarkt in den Wettbewerb mit dem Zuteilungsinhaber und den anderen Anbietern treten kann. So benennt die Präsidentenkammerunter unter Rn. 519 der PKE unter Bezug auf § 2 Abs. 3 Nr. 3 TKG als Ziel der Diensteanbieterregelung der Bundesnetzagentur, „den Wettbewerb zum Nutzen der Verbraucher zu schützen“. Dass mit dem Verhandlungsgebot auch ein Schutz des Wettbewerbs auf der Vorleistungsebene regulatorisch unterstützt werden sollte, ist dabei weder dem Tenor des Zuteilungsbescheides noch den Ausführungen in den Gründen der PKE zu entnehmen. Zwar unterstützt eine Öffnung des Vorleistungsmarktes die Refinanzierungsmöglichkeiten der unabhängigen Wettbewerber, was mittelbar auch dem Interesse der Verbraucher an einer Auswahl zwischen möglichst vielen wettbewerbsfähigen unabhängigen Diensteanbietern zugute kommen würde. Eine solche Möglichkeit zum Wiederverkauf würde die Markteintrittshürden insbesondere dann senken können, wenn sich der Diensteanbieter etwa durch die Abgabe von Mindestumsatzgarantien an den Investitionsrisiken der Zuteilungsnehmerumfänglich beteiligen sollte. Gleichzeitig ist auch nicht zu erkennen, inwieweit zumindest der reine Wiederverkauf von Mobilfunkleistungen durch einen anderen Anbieter besonderer Vorkehrungen auf Seiten der Antragsgegnerin bedürfen sollte, die ehemals im Rahmen des Mitnutzungsvertrages zwischen der Antragstellerin sowie der Antragsgegnerin keine Berücksichtigung finden könnten.
633. Hätte die Präsidentenkammer gleichwohl ein Weitervertriebsverbot auf der Vorleistungsebene als unvereinbar mit den Vorgaben des Verhandlungsgebotes und den dieses erläuternden Ausführungen in der PKE identifizieren wollen, so wäre

bereits wegen der vorliegenden besonderen Sachverhaltsumstände die ausdrückliche Erklärung eines solches Verbotes zu erwarten gewesen.

634. Dies wäre nicht nur deshalb zu erwarten, weil es sich dabei um eine deutliche Abkehr von den Regelungen in den zuvor geltenden Diensteanbieterregelungen gehandelt hätte, sondern auch deshalb, **BuGG**
635. Würde die Verwendung einer Klausel, die den Weiterverkauf auf der Vorleistungsebene verbietet, nunmehr nach den Vorgaben der PKE als unbillige Mitnutzungs-kondition einzuordnen sein, dann würde dies zugleich in klarem Widerspruch zu den zum Zeitpunkt des Erlasses der PKE **BuGG** stehen. Dafür, dass die Frequenz-nutzungsbedingungen in Widerspruch **BuGG** hätten stehen sollen, ergeben sich allerdings keinerlei Hinweise. Dies ist vielmehr auszuschließen.
636. Die Begrenzung der Diensteanbieterregelung auf die Ermöglichung der Bereitstellung von Endkundenprodukten nicht aber von Vorleistungsprodukten entspricht dabei zugleich dem Verständnis des BVerwG von der gegenständlichen Diensteanbieterregelung, wenn es zur Reichweite des Verhandlungsgebotes ausführt, dass dieses verhindern soll, dass der Zuteilungsnehmer

*„objektiv unangemessene Bedingungen oder Entgelte fordert, die dem Diensteanbieter das Angebot **wettbewerbsfähiger Endkundenprodukte** (Hervorhebung nur hier) unmöglich machen würden.“, vgl. BVerwG, Urteil vom 20.10.2021, 6 C 8.20, Rn. 69.)*

637. Das Angebot von Vorleistungsprodukten stellt aber gerade keine Bereitstellung der von der Diensteanbieterregelung umfassten Endkundenprodukte dar.
638. Unabhängig davon wird darauf hingewiesen, dass eine Weigerung des Zuteilungsinhabers, dem nachfragenden Diensteanbieter den Wiederverkauf der Mobilfunkdienstleistungen zu untersagen, im Rahmen der Bestimmung der Angemessenheit der verhandelten kommerziellen Mitnutzungsbedingungen Berücksichtigung finden kann. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Zuteilungsinhaber von dem Nachfrager Mindestabsatz- oder Mindestumsatzgarantien verlangt, die dieser innerhalb bestimmter Zeitspannen zu erfüllen hat. In einem solchen Fall können sich Wiederverkaufsverbote als ein relevantes Marktzutrittserschwer-nis erweisen, wenn dem Nachfrager anders als dem Zuteilungsnehmer die Absicherung der Erfüllung der Abnahme oder Umsatzgarantien über den Vorleistungsmarkt verwehrt ist.

18.3 Stellungnahmen vom 10.04.2025

639. Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass sich aus dem ausdrücklichen Verweis auf die Legaldefinition nach § 3 Nr. 6 TKG a.F. ergebe, dass sich die Definition des Diensteanbieters auch nach dem Verständnis der Präsidentenkammer nicht allein

auf Endkundenanbieter, sondern eben auch auf Vorleistungsanbieter erstreckt und daher, auch die Präsidentenkammer, auch Unternehmen mit eigenen Netzbestandteilen bereits dem Wortlaut nach als betroffen ansehe, so führt dies zu keinem anderen Ergebnis. So können auch Diensteanbieter ohne eine eigene Netzinfrastruktur ebenfalls auf dem Vorleistungsmarkt tätig werden, sofern diesen der Weiterverkauf der Vorleistungen des Mobilfunknetzbetreibers, der die Mitnutzung der Funkschnittstelle gewährt, auch auf der Vorleistungsebene gestattet ist.

640. Insoweit bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichtes, wonach die Verhandlungspflicht gerade dazu dienen soll, „dem Diensteanbieter das Angebot wettbewerbsfähiger Endkundenprodukte“ zu ermöglichen als „Missverständnis“ einzuordnen, sei, die Klage, über die das Gericht zu entscheiden hatte, von einem Diensteanbieter ohne Mobilfunknetz-Infrastruktur geführt worden sei, wie die Beigeladene zu 6 meint.
641. Da die Teilnahme von effizienten Diensteanbietern und die damit einhergehenden Vorteile für die Verbraucher dementsprechend auch ohne eine weitergehende Regulierung des Vorleistungsmarktes sichergestellt ist, ist auch nicht erkennbar, dass sich ein solches Wholesale-Verbot vor dem Hintergrund der Regulierungsziele als unverhältnismäßig darstellt.
642. Es bleibt festzuhalten, dass ein eigenes Wholesale-Angebot auch von Wholesale-Nachfragern durch die PKE gedeckt ist, sofern sich die Parteien hierüber einigen. Das erscheint zumindest nicht von vorneherein unmöglich. So ist zu beachten, dass die Antragsgegnerin in einem im Jahr 2014 geschlossenen MBA-Vertrag mit einem Diensteanbieter zunächst im Konsens die Möglichkeit eines Wholesale vorgesehen hatte. Eine entsprechende vertragliche Regelung scheiterte demnach noch an den Vertragspartnern und somit auch nicht an der Antragsgegnerin, sondern an der EU-Kommission, vgl. OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 09.08.2023 - Kart 5/23 [V], Randnummer 7. So weist das OLG Düsseldorf darauf hin, dass die Möglichkeit zum Wholesale auch seitens des Diensteanbieters erst später und auf Veranlassung der Europäischen Kommission aus dem Vertrag genommen wurde. Hintergrund war demnach seinerzeit, dass die Kommission wettbewerbliche Bedenken gegen den Zusammenschluss letztlich nicht in Bezug auf den Vorleistungsmarkt, sondern nur hinsichtlich des Endkundenmarktes hatte. Durch das Verbot, die erworbenen Kapazitäten an Vorleistungskunden zu vermarkten, sollte der Vertragspartner der Antragsgegnerin dazu gebracht werden, als aggressiver Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt aufzutreten, vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O..

643. Die EU-Kommission hat insoweit der Möglichkeit zum Wholesale seitens des Diensteanbieters zumindest damals und unter den damaligen weiteren Umständen keine maßgeblichen negativen Impulse für die Wettbewerbsförderung beigemessen. Sie hat vielmehr das Gegenteil angenommen, nämlich, dass eine solche Möglichkeit zum Wholesale die Wettbewerbsintensität insoweit schwächen würde, als dies die Motivation des Diensteanbieters für das eigene Wettbewerbergeschäft senken könnte und eine solche Möglichkeit schließlich ausdrücklich untersagt bzw. abgelehnt.
644. Dass ein solches Verbot zum Wholesale, das die EU-Kommission, wenn auch unter den damaligen besonderen Umständen eines Fusionskontrollverfahren, gerade zum Schutz des Wettbewerbs als berechtigt angesehen hat, sich nunmehr bereits dem Grunde nach unter Berücksichtigung der Vorgaben der PKE als unverhältnismäßig erweisen soll, ist nicht zu erkennen. Nach den Vorgaben der PKE ist es - anders als in dem von der Kommission zu entschiedenen Sachverhalt - grundsätzlich zulässig, wenn sich die Parteien auf die Möglichkeit eines wiederverkaufs durch den Diensteanbieter einigen. Eine Pflicht eine solche Möglichkeit zwingend ermöglichen zu müssen, also das andere Extrem, ist den Vorgaben der PKE nach Auffassung der Beschlusskammer allerdings nicht zu entnehmen.
645. Dies Ergebnis sich trifft im Übrigen auch mit den Ausführungen der Präsidentenkammer, die sie in ihrer aktuellen Entscheidung zu den Frequenznutzungsrechten, BK1-22/001 vom 24.03.2025 (nachfolgend PKE-2025), S. 134, trifft. Vor dem Hintergrund entsprechender Forderungen im Konsultationsverfahren hat sich die Präsidentenkammer zu der Möglichkeit des Verbotes von Wiederverkaufsmöglichkeiten ausführlich auseinandergesetzt und sich weiterhin gegen eine Untersagung einer entsprechenden Verbotsklausel ausgesprochen:

*„Soweit darüber hinaus Maßnahmen zur Konkretisierung des Verhandlungsgebotes gefordert werden, folgt die Kammer diesem Ansinnen nicht. **Insbesondere eine Untersagung von Weiterverkaufsverböten über Vorleistungen (sog. Wholesaleverböte) erscheint derzeit nicht erforderlich.** Zwar können Wholesaleverböte die Gestaltungsmöglichkeiten eines Vorleistungsnehmers begrenzen, indem sie ihn auf eine Geschäftstätigkeit die Gestaltungsmöglichkeiten eines Vorleistungsnehmers begrenzen, indem sie ihn auf eine Geschäftstätigkeit im Endkundenmarkt beschränken. Sie sind aber zugleich ein übliches Instrumentarium in anderen Wirtschaftszweigen und spiegeln das grundsätzlich schützenswerte Interesse des Vorleistungsgebers wider, die Hoheit über die Verbreitung dieser Vorleistungen und die Wahl seiner Geschäftspartner zu erhalten. Das derzeitige Marktgeschehen, bei dem Wechsel des Vorleistungsgebers stattfinden und perspektivisch ein vierter Netzbetreiber als neuer Vorleistungsgeber auftreten wird, vermag nach Ansicht der Kammer einen derartigen Eingriff in Rechte der Zuteilungsinhaber nicht zu rechtfertigen.“*

646. Soweit die Beigeladene zu 6) unter Bezugnahme auf die weiteren Ausführungen in der PKE-2025, („könnte aus regulatorischer Sicht [...] in Zukunft gegebenenfalls anders beurteilt werden.“) darauf hinweist, dass sich die Präsidentenkammer ein zukünftiges Vorgehen gegen Weitervertriebsverbote gerade ausdrücklich offenhalte, so führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Der Ausblick bestätigt vielmehr, dass zumindest auch nach den Vorgaben der PKE-2025 eine solche Untersagung aus Sicht der Präsidentenkammer als zumindest derzeit nicht angezeigt gilt. Angesichts der nunmehr klaren Ausführungen der Präsidentenkammer in der Entscheidung zur PKE-2025 bestünde im Übrigen in einem Streitbeilegungsverfahren auch kein Raum für eine gegenteilige Auslegung der Diensteanbieterregelung 2025, wonach ein Weiterveräußerungsverbot gleichwohl als unvereinbar mit den Vorgaben der PKE 2025 bewertet werden könnte.
647. Zur Begründung verweist die Präsidentenkammer in der PKE 2025 zugleich auf weitere Belastungen für den Roaming-Geber hin, die ein Weiterveräußerungsverbot aus Sicht der Präsidentenkammer rechtfertigen.

„... Mit Blick auf die begehrte Pflicht der Möglichkeit eines solchen Weiterverkaufs ist aber auch zu berücksichtigen, dass dies zu einer zusätzlichen Belastung des Roaming-Gebers führen würde. Insbesondere würde für den Netzbetreiber, der zugunsten der Verbindungsqualität aller Kunden den Ausbaustand im Blick behalten muss, möglicherweise unklar, wie viele Kunden unter welchen Nutzungskonditionen auf sein Netz zugreifen. Denn er dürfte in der Regel keinen Einfluss auf Konditionen haben, die zwischen dem Roaming-Nehmer und Dritten über eine Netznutzung vereinbart werden. Weiterhin könnte sich eine Pflicht zur Möglichkeit des Weiterverkaufs nachteilig auf Verhandlungen zum National Roaming auswirken oder bereits geschlossene Vereinbarungen rückwirkend hinterfragen. ...“.

648. Auch diese Ausführungen, zu den für den Roaming-Geber nachteiligen Ungewissheiten über den Umfang der Netzbelastung, die mit einem Weiterverkauf einhergehen, und die gegen das regulatorische Verbot eines Wiederverkaufs sprechen, gelten dem Grunde nach in gleichem Umfang für die verfahrensgegenständliche Situation, die auf der Grundlage der PKE-2022 zu bewerten ist.

18.4 Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.5 und 3.1 (11)

649. Über die gestellten Hilfsanträge nach Ziffer 2.1.5 und 3.1 (11) ist entsprechend zu entscheiden. Auch diese sind abzulehnen. Mit diesen wendet sich die Antragstellerin in der Sache ebenfalls gegen ein Weiterveräußerungsverbot. Demgegenüber stellt das Fehlen einer solchen vertraglichen Regelung aus den oben genannten Gründen keinen Verstoß gegen das Verhandlungsgebot dar.

19 Vertragsstrafenhöhe – Ziffer 1.7.6; 2.2.7 u. 3.1 (13)

650. Der Hauptantrag nach Ziffer 1.7.6, wonach das modifizierte Angebot zulasten der Antragstellerin keine maximale Vertragsstrafen bei Verletzung der von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG verlangten Exklusivitätsverpflichtungen in einer Höhe vorsehen, die mehr als (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** des erwarteten Jahresumsatzes auf Basis des MVNO-Zugangsvertrags überschreiten, erweist sich als zulässig aber unbegründet.

19.1 Erfolgloses Verhandeln

651. Die Antragstellerin trägt vor, die vorgesehene Vertragsstrafe sei in der Höhe objektiv unangemessen und verletze demnach das Verhandlungsgebot. Die Antragsgegnerin trägt dagegen vor, die Höhe von Vertragsstrafen sei im Vorschlag nicht festgelegt, sondern entsprechend einer eingespielten Praxis im Wettbewerbsrecht in das billige Ermessen der Gläubigerin gestellt (modifizierter Hamburger Brauch), welches einer gerichtlichen Kontrolle unterliege. Die Parteien haben hierzu erfolglos verhandelt.

19.2 Genereller Verstoß nicht zwingend

652. Die Forderung nach Exklusivitätszeiträumen ist nicht generell unzulässig, allerdings zumindest in der konkret von der Antragsgegnerin verhandelten Ausgestaltung aufgrund fehlender Maßnahmen, die das entsprechend eingeschränkte Gegengewicht der Nachfrager, auszugleichen vermögen, unzulässig. Die Erwägungen nach Abschnitt 16.2 gelten insoweit auch für die vorliegende Klausel.
653. Damit erweist sich die generelle Forderung zur Vorlage eines modifizierten Angebotes ohne eine mögliche Vertragsstrafenregelung als zu weitgehend und damit unbegründet.

19.3 Hinweis

654. Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass die Bestimmung der Höhe der Vertragsstrafe im Einzelfall durch die Antragsgegnerin gemäß dem sogenannten neuen Hamburger Brauch dem Grunde nach nicht zu beanstanden ist.
655. Die Tatsache, dass die Höhe der Vertragsstrafe für Verstöße im Einzelfall ins Ermessen der Antragsgegnerin gestellt wird ist nicht zu beanstanden. Der neue Hamburger Brauch ist ein für die Bestimmung einer angemessenen Vertragsstrafe übliches Instrument und nicht objektiv unangemessen. Im Gegenteil ist der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung sogar eher zu entnehmen, dass die Anwendung des neuen Hamburger Brauchs zu einer Wirksamkeit entsprechender

Klauseln beiträgt, da die Höhe der Vertragsstrafe unmittelbar der gerichtlichen Überprüfung zugeführt wird,

vgl. BGH, GRUR 2014, 595 (597).

19.4 Hilfsantrag zu Ziffer 2.2.7

656. Demgegenüber ist der Hilfsantrag zu Ziffer 2.2.7 zulässig und begründet. Über ihn war auch mangels Erfolg des Hauptantrags zu entscheiden.
657. Der Hilfsantrag zu Ziffer 2.2.7 ist vorliegend auch nicht zu weitgehend. Die Antragstellerin beantragt kurzum, festzustellen, dass von der Antragsgegnerin angebotene Konditionen objektiv unangemessen sind. Der Wortlaut des Feststellungsantrages, ist derart auszulegen, dass hierdurch eine Entscheidung über die von der Antragsgegnerin konkret, das bedeutet in Zusammenschau mit einer die mit der Exklusivitätsklausel verbundenen Nachteile ggf. in angemessene Weise ausgleichenden kommerziellen Vorteile im Zusammenhang mit den erbrachten Mobilfunkroamingleistungen in dem im Antrag in Bezug genommenen Vertragsangebot vom (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** begehrt wird (s.o.).
658. Die konkret angebotenen Konditionen der Antragsgegnerin zu der Vereinbarung der geforderten Vertragsstrafenregelung, erweisen sich vor dem Hintergrund einer fehlenden ausreichenden kommerziellen Kompensation der damit verbundenen Nachteile vorliegend als unangemessen.
659. Die angebotene Exklusivitätsvereinbarung erweist sich vorliegend als zu weitgehend und nicht mit den Maßgaben der PKE vereinbar, da die durch die Vereinbarung eines Exklusivitätszeitraums von der Antragsgegnerin erzielten Vorteile nicht spürbar an die Antragstellerin weitergegeben werden (vgl. insbesondere Rn. 570). Hierzu wäre es erforderlich, dass die Antragsgegnerin Entgelte für die Mobilfunkleistungen verhandelt, die spürbar unter den kommerziellen Bedingungen liegen, die sich ohne entsprechende Exklusivitätsregelungen noch als angemessen erweisen, das bedeutet, spürbar unterhalb der Obergrenze der Roaming-Verordnung angesiedelt sind.
660. Wenn die Antragsgegnerin nun vorliegend bereits unter Ablehnung der im Tenor benannten Entgelthöchstsätze von der Antragstellerin in ihrem Vertragsangebot maximale Vertragsstrafen bei Verletzung der von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG verlangten Exklusivitätsverpflichtungen in einer Höhe vorsehen, die mehr als (BuGG ggü. den Beigeladenen) **BuGG** des erwarteten Jahresumsatzes auf Basis des MVNO-Zugangsvertrags überschreiten, so ist dies nicht mit dem Verhandlungsgebot vereinbar. Denn durch eine solche Vertragsklausel würde der grundsätzlich unzulässige Exklusivitätszeitraum insofern manifestiert als das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager erheblich eingeschränkt ist.

19.5 Hilfsantrag zu Ziffer 3.1 (13)

Über den Hilfsantrag nach Ziffer 3.1 (13) war nicht mehr zu entscheiden.

20 Haftung für entgangenen Gewinn – Ziff. 1.7.7; 2.2.8 und 3.1 (14)

661. Der Antrag, wonach das modifizierte Angebot zulasten der Antragstellerin Regelungen zur Haftung für entgangenen Gewinn im Falle einer außerordentlichen Kündigung, die allein zugunsten der Antragsgegnerin gelten, nicht enthalten darf, erweist sich als zulässig und begründet.

20.1 Erfolgreiches Verhandeln

662. (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG.

20.2 Materieller Verstoß gegen das Verhandlungsgebot

663. Grundsätzlich sind Regelungen über den Ausgleich entgangenen Gewinns nicht als benachteiligend einzustufen. Die Verpflichtung zum Ersatz entgangenen Gewinns ergibt sich bereits aus § 249 Abs. 1 BGB und klarstellend aus § 252 BGB. (BuGG ggü. den Beigeladenen) BuGG.

664. So heißt es auch in Rn. 498 der PKE:

„Die Verhandlungen zwischen Zuteilungsnehmern und Diensteanbietern sollen diskriminierungsfrei sein. Mit Blick hierauf sollen sich Zuteilungsinhaber bei Verhandlungen nicht willkürlich verhalten und haben auf Verlangen der Bundesnetzagentur transparent Auskunft über den Verhandlungsverlauf zu geben (§ 127 TKG). Die diskriminierungsfreien Verhandlungen sollen dazu führen, dass für beide Verhandlungsparteien zumutbare Bedingungen vereinbart werden, die nicht einseitig benachteiligend sind. So soll beispielsweise ausgeschlossen werden, dass gegenüber Diensteanbietern Verhandlungen über Mitnutzungen – auch bezogen auf einzelne Produkte und Technologien – schlechterdings verweigert, missbräuchlich geführt oder nachgefragte Leistungen an unbillige Konditionen geknüpft werden.“

20.3 Rechtsfolge

665. Vor dem Hintergrund der Ausführungen unter Ziffer 9.5, auf die hier vollumfänglich verwiesen wird, ist es aus Sicht der Beschlusskammer angezeigt, die Antragsgegnerin aufzufordern, ein modifiziertes Angebot vorzulegen, das zulasten der Antragstellerin keine Regelungen zur Haftung für entgangenen Gewinn im Falle einer außerordentlichen Kündigung enthalten, die allein zugunsten der Antragsgegnerin gelten.

20.4 Hilfsanträge nach Ziffer 2.2.8. und 3.1 (14)

666. Über die gestellten Hilfsanträge ist aufgrund des Erfolges in der Hauptsache nicht mehr zu entscheiden.

21 Haftung für verbundene Unternehmen – Ziff. 1.7.8; 2.2.6 und 3.1 (12)

667. Der Antrag, wonach das modifizierte Angebot keine Haftung der Antragstellerin für etwaige Verstöße verbundener Unternehmen gegen die von der Antragsgegnerin verlangten Exklusivitätsverpflichtungen festlegen darf, erweist sich als zulässig aber unbegründet.

21.1 Erfolgloses Verhandeln

668. Die Antragstellerin trägt vor, für eine eigenständige Haftung der Antragstellerin für Verhalten verbundener Unternehmen bezogen auf Verstöße gegen die Exklusivitätsverpflichtungen gäbe es keine sachliche Grundlage. Der Antragsgegnerin zufolge sei die Regelung erforderlich, um Umgehungsversuchen vorzubeugen. Die Parteien haben hierzu erfolglos verhandelt.

21.2 Begründetheit

669. Dabei ist der Antrag bereits deshalb abzulehnen, da sich im Rahmen der gebotenen Auslegung ergibt, dass auch der Antrag 1.7.8 nicht losgelöst von dem Antrag 1.7.2 betrachtet werden kann. Indem der Antrag 1.7.8 eine Haftung für etwaige Verstöße gegen die „verlangten Exklusivitätszeiträume“ thematisiert, wird explizit auf den in Antrag 1.7.2 eigens definierten Begriff des Exklusivitätszeitraums verwiesen. Mit dem Antrag begehrt die Antragstellerin folglich, dass eine Vereinbarung nach der Verstöße von mit ihr verbundenen Unternehmen gegen die nach ihrer Auffassung immer zu untersagenden Exklusivitätsvereinbarungen generell unzulässig sein soll.
670. Da wie oben bereits dargelegt, Exklusivitätsvereinbarungen zwar grundsätzlich ausgeschlossen sind, aber unter bestimmten Voraussetzungen zulässig vereinbart werden können, ist auch der Antrag 1.7.8 der Antragstellerin zu weitgehend, da bei zulässiger Vereinbarung eines Exklusivitätszeitraums im Sinne einer ausschließlichen Bindung nicht ausgeschlossen ist, dass auch die zulässige Vereinbarung getroffen werden kann, dass eine Haftung der Antragstellerin für etwaige Verstöße verbundener Unternehmen gegen Exklusivitätsvereinbarungen zulässig vereinbart werden kann.

21.3 Hilfsantrag nach Ziffer 2.2.6

671. Demgegenüber ist der Hilfsantrag zu Ziffer 2.2.6 zulässig und begründet. Über ihn war auch mangels Erfolg des Hauptantrags zu entscheiden.

672. Der Hilfsantrag zu Ziffer 2.2.6 ist vorliegend nicht zu weitgehend. Die Antragstellerin beantragt kurzum, festzustellen, dass von der Antragsgegnerin angebotene Konditionen objektiv unangemessen seien. Der Wortlaut der Antragstellung, ist derart auszulegen, dass hierdurch nur eine Entscheidung über die von der Antragsgegnerin konkret angebotenen Konditionen in dem streitgegenständlichen Vertragsangebot begehrt wird (s.o.).
673. Die konkret angebotenen Konditionen der Antragsgegnerin zur Forderung einer Haftung für Verstöße gegen die Exklusivitätsvereinbarungen für verbundene Unternehmen der Antragstellerin sind vorliegend nicht angemessen.
674. Wie oben bereits ausgeführt, ist bereits die angebotene Exklusivitätsvereinbarung, zumindest in der konkret ausgestalteten Form, vorliegend zu weitgehend und nicht mit den Maßgaben der PKE vereinbar, da die durch die Vereinbarung eines Exklusivitätszeitraums von der Antragsgegnerin erzielten Vorteile nicht spürbar an die Antragstellerin weitergegeben werden.
675. Damit ist auch die vorliegende Haftungsregelung hinfällig, da sie sich ausschließlich auf Verstöße gegen eine Exklusivitätsverpflichtung bezieht.
676. Wenn die Antragsgegnerin nun vorliegend von der Antragstellerin in ihrem Vertragsangebot fordert, dass mit der Antragstellerin verbundene Unternehmen auch für Verstöße gegen die geforderte Exklusivitätsvereinbarung(en) haften, so ist dies folglich nicht mit dem Verhandlungsgebot vereinbar. Denn durch eine solche Vertragsklausel würden Sanktionen für den bereits unzulässigen Exklusivitätszeitraum vereinbart und folglich das Gegengewicht der Diensteanbieter als Nachfrager weiterhin erheblich eingeschränkt.

21.4 Hilfsantrag zu Ziffer 3.1 (12)

677. Über den Hilfsantrag nach Ziffer 3.1 (12) war nicht mehr zu entscheiden.

22 Mindestumsatz – Ziff. 1.7.9.; 2.2.10 u. 3.1 (15)

678. Die mit Schreiben vom 08.08.2023 geänderten Anträge mit denen sich die Antragstellerin gegen die Festlegung eines Mindestumsatzes wendet, über dessen Höhe und Kriterien nicht im Sinne der Vorgaben der PKE sowie der Rechtsprechung des BVerwG verhandelt worden ist, erweisen sich als unzulässig, weil die Antragstellerin über die Aufnahme eines solchen qualifizierten Verhandlungsgebotes zu keinem Zeitpunkt mit der Antragsgegnerin verhandelt hat.
679. Wie die Antragstellerin selber vorträgt, handelt es sich bei der Antragsumstellung vom 08.08.2023 um eine Reaktion auf den Hinweis der Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung, dass bereits nicht erkennbar sei, dass über den ersten Hauptantrag, wonach die Antragstellerin bereits dem Grunde nach keine Regelungen zum Mindestumsatz fordern dürfe, mit der Antragsgegnerin verhandelt worden sei. Tatsächlich hatte die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 25.05.2023 selber eingeräumt, dass sie gegenüber der Antragsgegnerin in den Verhandlungen vielmehr im Gegenzug für Reduzierungen der Entgelte für das Datenroaming selber jeweils Regelungen zum Mindestumsatz nachgefragt hatte.
680. Dass die Antragsgegnerin auf die von der Antragstellerin vorgeschlagene Verknüpfung der Höhe des Mindestumsatzes mit der Höhe der Entgelte für das Datenroaming ausweislich der vorgelegten Verhandlungsprotokolle nicht reagiert hat, könnte als ein erfolgloses Verhandeln über eine solche Verknüpfung gewertet werden. Zu beachten ist allerdings, dass der Antrag nicht auf eine solche Verknüpfung zielt, sondern allein auf Feststellung, dass über einen Mindestumsatz unter Beachtung der rechtlichen Rahmenvorgaben (PKE und Rechtsprechung) zu verhandeln ist. Wie die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 08.08.2023 ausführt, erachtet die Antragstellerin vor dem Hintergrund der Ausführungen der Antragsgegnerin in ihrer Duplik, S.3, in der diese ihre Verhandlungsbereitschaft im Hinblick auf niedrigere Stückpreise bei einem "glaubhaft" höheren Mindestumsatz signalisiert habe, aktuell selber als mögliche Basis für Verhandlungen über einen Mindestumsatz. Dass nunmehr – unabhängig von den dazu fehlenden vorhergehenden entsprechenden Verhandlungen zwischen den Parteien – ein weitergehendes berechtigtes Sachbescheidungsinteresse dahingehend bestehen sollte, festzuschreiben, dass diese Verhandlungen über einen Mindestumsatz entsprechend den Vorgaben der PKE sowie der Rechtsprechung zu erfolgen habe, ist nicht erkennbar. Dies bereits deshalb, weil es sich hinsichtlich des Erfordernisses zur Beachtung der Vorgaben der PKE um eine Feststellung handeln würde, die bereits per se und ohne, dass dies erkennbar von einer der Parteien in Zweifel gezogen worden wäre, Geltung beansprucht. Soweit die Beachtung der Rechtsprechung des BVerwG gefordert wird, ist zu beachten, dass sich auch die Antragsgegnerin – soweit erkennbar – zumindest nicht ausdrücklich gegen die

Rechtsprechung des BVerwG wendet. Unabhängig davon ist die Rechtsprechung des BVerwG zur Auslegung der Regelungen zum Verhandlungsgebot durch die BNetzA für diese nicht per se unmittelbar bindend.

681. Soweit die Antragstellerin schließlich in ihrer Stellungnahme vom 10.04.2025 zum Entwurf vorträgt, sie wende sich mit ihrem Antrag dagegen, dass die Antragsgegnerin Verhandlungen über einen Mindestumsatz verweigert habe und somit die Verhandlungen nicht im Einklang mit den Vorgaben der PKE mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses geführt habe, so führt auch dies nicht zur Zulässigkeit des Antrages. Die Antragsgegnerin hat sich nach dem auch von der Antragstellerin bestätigten Sachverhalt nicht geweigert, Verhandlungen über die Verwendung eines Mindestumsatzes zu führen, sondern vielmehr selber ein entsprechendes Angebot aufrechterhalten: „In der Folge hielten beide Parteien ihre Mindestumsatzangebote aufrecht.“ Dieses Angebot entsprach aber mangels Verknüpfung mit einem gleichzeitigen Angebot von niedrigeren Entgelten nicht den Vorstellungen der Antragstellerin.
682. Auch soweit die Antragstellerin weiter vorträgt, dass die Ausführungen in dem Entwurf, hinsichtlich des Erfordernisses zur Beachtung der Vorgaben der PKE, wonach es sich hierbei um eine Feststellung die bereits per se Geltung beanspruche handele, dies neben der Sache liege, weil die Geltung der Vorgaben der PKE für das Verhandlungsgebot als solche Grundlage des vorliegenden Streitbeilegungsverfahrens sei; im Streit sei aber gerade die Durchsetzung des Verhandlungsgebots, hier mit Blick auf Verhandlungen über einen – von der Antragsgegnerin – im Ausgangspunkt geforderten Mindestumsatz und dem nicht – so aber der Entwurf – entgegengehalten werden könne, das Verhandlungsgebot gelte bereits per se, da ansonsten jedes Streitbeilegungsverfahren zur Durchsetzung des Verhandlungsgebots leerlaufen würde, so kann auch dies nicht überzeugen.
683. Dass bei der Verhandlungspflicht die Vorgaben der PKE zu beachten sind, steht auch zwischen den Streitparteien nicht in Streit. Dementsprechend ist diesbezüglich auch kein Dissens vorhanden, über den im Rahmen der Streitentscheidung zu entscheiden wäre. Streitig ist allein, ob bestimmte Mitnutzungsbedingungen, die von der Antragsgegnerin gefordert werden, einen Verstoß gegen diese Verpflichtung darstellen. Die Anforderung, dass die geforderten Mitnutzungsbedingungen den rechtlichen Vorgaben genügen müssen, steht demgegenüber gerade nicht in Streit.
684. Unabhängig von den fehlenden Zulässigkeitsvoraussetzungen weist die Beschlusskammer darauf hin, dass im Fall der Vereinbarung von Mindestumsätzen die damit verbundene Bereitschaft der Diensteanbieter zur Beteiligung an den Investitionsrisiken grundsätzlich Auswirkungen auf die Bewertung der Billigkeit der in den Verhandlungen angebotenen kommerziellen Bedingungen nach sich zieht.

Entgelte, die dem höchstmöglichen Niveau der Roaming-Verordnung entsprechen, erweisen sich im Fall der Beteiligung des Diensteanbieters an den Investitionsrisiken der Antragsgegnerin, wie dies etwa durch Mindestumsätze der Fall ist, grundsätzlich als unbillig.

685. Über die gestellten Hilfsanträge nach Ziffer 2.2.10 u. 3.1 (15) ist bereits aus den gleichen Gründen, das bedeutet bereits den fehlenden entsprechenden Verhandlungen entsprechend zu entscheiden.

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Schmitt-Kanthak

Dr. Schmidt

Woesler

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Hinweis zu Gebühren:

Für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen der Beschlusskammer werden Gebühren nach der Besonderen Gebührenverordnung des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr für telekommunikationsrechtliche Tätigkeiten (BMDVTKGebV) erhoben. Weitere Informationen finden sich unter „Aktuelles“ auf den Internetseiten der Beschlusskammern 2, 3, 5 und 11 unter www.bundesnetzagentur.de.