

1&1 Versatel Deutschland GmbH, Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf

Bundesnetzagentur  
Beschlusskammer 3  
Postfach 8001  
53105 Bonn

Boris Schmidt

T + 49 211 52283- 213  
F + 49 211 52283- 213  
M + 49 174 9680733

boris.schmidt@1und1.net  
www.1und1.net

vorab per Mail: BK3-Postfach@BNetzA.de

Düsseldorf, 19. August 2021

**BK3i-19/020 – Überprüfung von Regulierungsverfügungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen der Telekom Deutschland GmbH (Markt Nr. 3a der Märkte-Empfehlung 2014) – hier: Zugang zu Netzen der Telekom Deutschland GmbH und der mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG)**

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Dreger,  
sehr geehrte Damen und Herren,

in dem vorbezeichneten Verfahren nehmen wir Bezug auf die Stellungnahme der Glasfaser NordWest GmbH & Co. KG vom 07. Juni 2021. Diese Stellungnahme erfolgte auf ein Schreiben der Beschlusskammer vom 07. Mai 2021, welches uns nicht vorliegt. Mit diesem Schreiben wurde der Glasfaser NordWest GmbH & Co. KG („Glasfaser NW“) vorab Gelegenheit zu Stellungnahme in dem vorbenannten Verfahren gegeben.

Der Stellungnahme der Glasfaser NW entnehmen wir, dass die Beschlusskammer beabsichtigt, der Glasfaser NW Regulierungsverpflichtungen nach den §§ 24, 25, 26 TKMoG aufzuerlegen. Basis dafür ist die in der Marktanalyse festgestellten, beträchtliche Marktmacht der Glasfaser NW als ein mit Telekom verbundenes Unternehmen.

Auch wenn sich die Glasfaser NW – erwartungsgemäß – hiergegen ausspricht, unterstützen wir die Beschlusskammer in ihrer Rechtsauffassung und geplanten Handhabung.

Die Auferlegung von Abhilfemaßnahmen bei festgestellter beträchtlichen Marktmacht ist richtig, erforderlich und notwendig.

## **I. Verbundenes oder zusammengeschlossenes Unternehmen**

Unstreitig ist, dass die Glasfaser NW sowohl nach der bisherigen Regelung in § 3 Nr. 29 TKG als auch nach der neuen Regelung des § 3 Nr. 69 TKMoG unter den Unternehmensbegriff fällt und damit als verbundenes oder zusammengeschlossenes Unternehmen wie die Telekom zu regulieren ist.

Dieses wurde durch die Beschlusskammer 1 in der Marktanalyse des Marktes 3a herausgestellt:

*Aus Klarstellungsgründen wird darauf hingewiesen, dass das Gemeinschaftsunternehmen „Glasfaser Nordwest“, welches die TDG und die EWE TEL zu gründen beabsichtigen, nach Gründung ein mit der TDG verbundenes Unternehmen ist, siehe oben Kapitel 11.1.4.2, und somit ab diesem Zeitpunkt von dieser Festlegung umfasst ist.*

und von der Kommission - inkl. einer Rüge der Praxis der Regulierungsfreistellung von verbunden Unternehmen, welche nach der Marktanalyse gegründet werden - bestätigt (C(2019) 7237 final):

*Die Kommission nimmt zur Kenntnis, dass die BNetzA in ihrer Antwort auf das Auskunftsersuchen bestätigt hat, dass im Falle einer Fusionskontrollgenehmigung des Joint Ventures zwischen DT und EWE TEL die Einstufung von DT als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auch für dieses Joint Venture (als verbundenes Unternehmen) gelten würde. Überdies weist die BNetzA darauf hin, dass die Ausweitung der Einstufung als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf gemeinsam mit der DT geführte verbundene Unternehmen im Wesentlichen davon abhängen wird, ob das andere (potenzielle) Mutterunternehmen seine Verfahrensrechte im Rahmen des Marktüberprüfungsverfahrens ausüben konnte.*

*Nach Ansicht der Kommission ist die Beurteilung beträchtlicher Marktmacht dynamisch zu sehen und erstreckt sich auch auf Einrichtungen, die allein oder gemeinsam mit anderen von dem ausdrücklich als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht eingestuften Unternehmen geführt werden und die dieselben Dienste wie das letztere Unternehmen erbringen, unabhängig davon, ob das geführte Unternehmen zum Zeitpunkt der Feststellung der beträchtlichen Marktmacht bereits bestanden hat und ob es in dem betreffenden Regulierungsbeschluss ausdrücklich genannt wurde. Zudem sollte der Begriff der Führung oder Kontrolle entsprechend den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts verstanden werden. Eine andere Auslegung der Rechtslage könnte leicht zum Spielen mit der Regulierung führen, denn sie würde es dem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht ermöglichen, die Einstufung als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht einfach dadurch zu umgehen, dass er eine neue juristische Person gründet, die nicht förmlich als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht benannt wurde. Die eigentliche Gefahr besteht daher darin, dass das von der BNetzA vorgeschlagene Vorgehen in Bezug auf mögliche künftige Einrichtungen, die von der DT geschaffen und geführt werden, für längere Zeiträume zu einem ungerechtfertigten Regulierungsvakuum führen könnte.*

Das VG Köln kommt in dem Beschluss 21 K 4721/19 zu den gleichen Ergebnissen wie die Kommission. Ein mit dem marktmächtigen Unternehmen verbundenes Gemeinschaftsunternehmen (entgegen der in diesem Verfahren beklagten Beschlusskammeransicht) unterliegt den Pflichten der Regulierungsverfügung. Dieses gilt unabhängig davon ob, es vor oder nach der einschlägigen Marktanalyse gegründet wird.

*Die Feststellung, dass ein gemäß dem in Bezug genommen Term Sheet gegründetes und betriebenes Gemeinschaftsunternehmen den Pflichten der Regulierungsverfügung BK3g-15/004 und BK3h-14/114 nicht unterliege, stellt sich nach summarischer Prüfung als rechtswidrig dar, §113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.*

*Sie steht im Widerspruch zu § 3 Nr. 29 TKG, nach dem unter den Begriff „Unternehmens“ im Sinne des TKG nicht nur die konkrete juristische Person selbst fällt – hier die in den maßgeblichen Marktanalysen sowie in den vorgenannten Regulierungsverfügungen genannte Beigeladene zu 1.) [Anm. Telekom] – sondern auch mit ihr im Sinne der §§ 36 Abs. 2 und 37 Abs. 1 und Abs. 1 GWB verbundene Unternehmen.*

Es ist demnach festzuhalten, dass der Rechtsrahmen Verpflichtungen gemäß TKG gegenüber dem Unternehmen Glasfaser NW vorsieht.

Die Glasfaser NW argumentiert hiergegen in ihrer Stellungnahme, dass die Zurechnung der Marktmacht nicht vorgenommen werden solle, da sie im Bundeskartellamtsverfahren eine Verpflichtungszusage abgegeben habe. Weshalb dies eine Anwendung der Regelungen des § 3 Nr. 29 TKG und des § 3 Nr. 69 TKMoG ausschließen soll, ist nicht ersichtlich. Einen solchen Anwendungsvorbehalt eröffnen die gesetzlichen Regelungen jedenfalls nicht. Auch gesetzessystematisch oder aus sonst einem Regelungszweck lässt sich eine solche Einschränkung nicht herleiten.

Ein Ausschluss der Zurechnung der festgestellten Marktmacht der Telekom zur Glasfaser NW wäre daher nicht nur gesetz- und systemwidrig, sondern ist auch zum Schutz der Wettbewerber und des Wettbewerbs strikt abzulehnen. Die Anwendbarkeit der gesetzlichen Zurechnungsnormen kann und darf nicht dispositiv sein und auch nicht davon abhängen, ob die beteiligten verbundenen oder zusammengeschlossenen Unternehmen Verpflichtungszusagen abgeben, zurücknehmen oder unterlassen.

Dies muss besonders auch deshalb gelten, da Verpflichtungszusagen nicht per se einen „Freifahrschein“ bedeuten können, sondern, wie auch vorliegend, zunächst geprüft werden müssen, ob sie überhaupt geeignet sind, die festgestellte Marktmacht in ausreichendem Maße zu beschränken. Gerade dies ist auch im weiterhin anhängigen Bundeskartellamtsverfahren streitig.

Die Anwendung der Zurechnungsnormen der §§ 3 Nr. 29 TKG und 3 Nr. 69 TKMoG kann jedoch keinesfalls davon abhängen, wie letztlich die Prüfung der Verpflichtungszusagen, ob nun kartellrechtlich oder durch die Bundesnetzagentur, ausfällt bzw. ausfallen wird.

Die Zurechnung der festgestellten Marktmacht ist daher zwingend nach den §§ 3 Nr. 29 TKG und 3 Nr. 69 TKMoG anzuwenden.

## **II. Aufzuerlegende Verpflichtungen**

Die der Telekom Deutschland GmbH aufzuerlegenden Verpflichtungen nach den §§ 24, 25, 26 TKMoG gelten aus den vorgenannten Gründen auch vollumfänglich für die Glasfaser NW.

### **III. Keine Beschränkung der Verpflichtungen nach §§ 24, 25, 26 TKMoG**

Die Glasfaser NW führt in ihrer Stellungnahme aus, dass für den Fall, dass ihr doch Verpflichtungen nach den §§ 24, 25, 26 TKMoG auferlegt werden, diese jedenfalls nicht über die im Kartellamtsverfahren freiwillig gemachten Verpflichtungszusagen hinausgehen dürften.

Gründe, weshalb die Regelungskompetenz der Beschlusskammer und der Bundesnetzagentur durch im Bundeskartellamtsverfahren freiwillig gemachte Verpflichtungszusagen beschränkt werden sollten, führt die Glasfaser NW nicht an. Es sind auch keine Gründe ersichtlich. Weiter ist eine solche Beschränkung auch weder vom Gesetzgeber gewollt, noch wäre sie im Sinne des Wettbewerbs oder der Wettbewerber geboten.

Vielmehr ist es so, dass derzeit nicht einmal abschließend geklärt ist, ob die Verpflichtungszusagen überhaupt geeignet sind, die sich durch den Zusammenschluss ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen auszugleichen. Selbst wenn dies abschließend und aus kartellrechtlicher Sicht der Fall wäre, bliebe der Beschlusskammer und der Bundesnetzagentur immer noch ein Beurteilungsspielraum im Rahmen ihrer Zuständigkeit und mit Blick auf die Regulierungsziele der §§ 2 TKG und TKMoG.

Erst recht können die von der Glasfaser NW gegebenen Verpflichtungszusagen nicht die Regulierungshoheit der Beschlusskammer und der Bundesnetzagentur aushebeln, wenn noch nicht einmal klar ist, ob diese überhaupt im Kartellverfahren Bestand haben werden. Es ist jederzeit möglich, dass im Kartellverfahren die freiwilligen Verpflichtungszusagen als nicht ausreichend bewertet werden.

Angesichts dieser Sach-, Rechts- und Verfahrenslage sind, unabhängig von den im Kartellamtsverfahren als unzureichend kritisierten Verpflichtungszusagen, im Beschlusskammerv Verfahren den marktbeherrschenden Unternehmen Telekom Deutschland GmbH und Glasfaser NW Verpflichtungen nach den §§ 24, 25, 26 TKMoG aufzuerlegen.

### **IV. Entgeltregulierung geboten**

Wie zuvor dargestellt, liegt uns das Schreiben der Beschlusskammer vom 07.05.2021 an die Glasfaser NW nicht vor.

#### **a. Entgeltregulierung nach § 38 Abs. 1 TKMoG**

Der Stellungnahme der Glasfaser NW vom 07.06.2021 können wir jedoch entnehmen, dass offenbar dieser gegenüber angekündigt wurde, dass von einer Entgeltregulierung der Vorleistungsentgelte im Sinne des § 38 Abs. 1 TKMoG abgesehen werden soll. Welche Gründe für ein Absehen von einer Entgeltregulierung angeführt werden, ist nicht erkennbar, wird nicht ausgeführt und ist uns nicht bekannt.

Demgegenüber sprechen wir uns weiter für eine strikte Entgeltregulierung aus. Wie wir bereits in unserer Stellungnahme vom 29.08.2019 ausgeführt haben, kann auch das Konzept der Gleichwertigkeit des Inputs (Eol), für welches wir uns aussprechen, nicht die Entgeltregulierung ersetzen. Denn auch bei Eol

ist entscheidend, dass die Bundesnetzagentur die Möglichkeit behält, die Preisgestaltung effektiv zu überprüfen und zu kontrollieren.

Die Entgelte sind daher nach § 38 Abs. 1 TKMoG zu regulieren.

#### **b. Keine Ausnahme nach § 38 Abs. 2 TKMoG**

Die Glasfaser NW spricht sich für ein Absehen von einer Entgeltregulierung aus und verweist auf § 38 Abs. 2 TKMoG. Nach Auffassung der Glasfaser NW sollen bereits durch die Verpflichtungszusagen die Voraussetzungen für ein Absehen von einer Entgeltregulierung vorliegen.

Dem widersprechen wir nachdrücklich. Hier gilt das Gleiche wie zuvor oben ausgeführt. Eine Bewertung der Verpflichtungszusagen und deren Wirkung mit Blick auf einen fairen Wettbewerb, ist im Kartellamtsverfahren noch nicht abschließend erfolgt. Und selbst wenn, würde und dürfte dies nicht die Beurteilungs- und Bewertungsfähigkeit der Beschlusskammer ausschließen. Die Bundesnetzagentur müsste vielmehr, nach der ab Dezember geltenden Regelung des § 18 TKMoG die Verpflichtungszusagen in einem eigenen Verfahren – unter angemessener Beteiligung der betroffenen Wettbewerber – überprüfen.

Auch an dieser Stelle ist für den Fall vorzubauen, dass die gegebenen Verpflichtungszusagen im Kartellamtsverfahren als nicht ausreichend angesehen würden und dann letztlich auf die Regulierung durch die Bundesnetzagentur zurückgegriffen werden müsste. Zumal der Beschluss des BKartA im Zusammenhang mit den Verpflichtungszusagen noch nicht rechtskräftig ist – nach dem Verlauf der letzten ömV besteht ein Risiko einer Aufhebung bereits wegen unzureichender Begründung der Entscheidung.

Mit Blick auf ein solches Szenario darf sich die Bundesnetzagentur nicht quasi bereits im Vorfeld sämtlicher Regulierungsinstrumente entledigen, sondern muss selbst und eigenständig eine umfassende Bewertung vornehmen, um ihrem gesetzlichen Auftrag zu genügen.

## **V. Fazit**

Wir sprechen uns daher für eine konsequente und stringente Regulierung, mit Auferlegung von Verpflichtungen nach den §§ 24, 25, 26 TKMoG sowie einer Entgeltregulierung basierend auf den Kosten der effizienten Leistungserbringung aus.

- Die Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse -

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



ppa. Dr. Marc Schütze  
Vice President Regulation Group United Internet



i.A. Boris Schmidt  
Manager Regulatory Affairs

Anlage

Stellungnahme der 1&1 Versatel vom 29.08.2019

Beschluss Verwaltungsgericht Köln vom 29.06.2020, Az. 21 K 4721/19

1&1 Versatel Deutschland GmbH, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf

Bundesnetzagentur  
Beschlusskammer 3  
Postfach 8001  
53105 Bonn

Boris Schmidt

T + 49 211 52283- 213

F + 49 211 52283- 213

M + 49 174 9680733

boris.schmidt@1und1.net

www.1und1.net

vorab per Mail: BK3-Postfach@BNetzA.de

Düsseldorf, 29. August 2019

**BK3j-19/020 – Überprüfung von Regulierungsverfügungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen der Telekom Deutschland GmbH (Markt Nr. 3a der Märkte-Empfehlung 2014) – Eckpunkte**

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,  
sehr geehrte Damen und Herren,

zu den am 5. Juli 2019 veröffentlichten Eck- und Diskussionspunkten für eine zukünftige Regulierung des Zugangs zum Kupfer- und Glasfaseranschlussnetz wurde am 12. Juli 2019 eine öffentliche Anhörung durchgeführt, an der wir teilgenommen haben. Für Stellungnahmen im Nachgang zur Anhörung wurde eine Frist bis zum 30. August eingeräumt. Die Möglichkeit zur Stellungnahme nehmen wir, in Ergänzung unserer Positionierung in der öffentlichen Anhörung, gerne wahr.

**I. Vorbemerkung**

Zunächst einmal begrüßen wir das Vorgehen der Beschlusskammer, Eck- und Diskussionspunkte vor Erlass der Regulierungsverfügung zu veröffentlichen und zur Diskussion zu stellen. Weiter begrüßen wir die ergebnisoffene Diskussion und Herangehensweise, bei der die Telekom und die Wettbewerber im Vorfeld einbezogen werden.

Sowohl in der Presseerklärung vom 5. Juli 2019 als auch in den veröffentlichten Eck- und Diskussionspunkten und Erörterungen dazu in der öffentlichen Anhörung wird deutlich gemacht, dass sich die Regulierung der „neuen Glasfaserwelt“ von der Regulierung der „alten Kupferwelt“ unterscheiden soll. Auch wenn dem aus Investitionsschutzgründen zuzustimmen sein mag, muss doch vorab geklärt und eindeutig abgrenzbar sein, wo die „unterschiedlichen Welten“ enden und beginnen. Hierauf ist sicherlich noch besondere Sorgfalt in der Definition und Abgrenzung zu verwenden. Es gibt zwar ein vorherrschendes Verständnis, an einer klaren und eindeutigen Festlegung, etwa in einer Regulierungsverfügung, fehlt es derzeit jedoch noch. Ggf. ist es dazu erforderlich, die aktuell laufende Diskussion und Klärungsversuche seitens der BEREK zum Thema VHC-Netze noch abzuwarten. Eine klare Abgrenzung der angestrebten unterschiedlichen Regulierungsregime, vor Festlegung der einzelnen Regulierungsaufgaben, ist vor allem deswegen erforderlich, damit nicht etwaige Unklarheiten später zu langanhaltenden Streitigkeiten führen. Zu berücksichtigen ist dabei neben den einfach gelagerten Fällen



von „Nur-Glasfaser“ oder „Nur-Kupfer“ - Infrastruktur insbesondere, dass der Glasfaser-Ausbau der Telekom schrittweise vom Backbone über die Hauptverteiler und Kabelverzweiger bis hin zum Endkunden erfolgt und daher die Netze und Verbindungen überwiegend und auch auf lange Sicht noch „hybriden“, sprich teils Glasfaser- teils Kupfer-Charakter haben. Ungeklärt ist weiter, wie bei der Abgrenzung der neuen und alten Welt verfahren werden soll, mit Blick auf passive Infrastrukturen. Unter welches Regime soll bspw. ein Leerrohr fallen, welches für Kupfer verlegt wurde und in welches nunmehr Glasfaser eingezogen werden soll? Hier kann insofern nur angedeutet werden, dass eine umso klarere Abgrenzung und sorgfältige Definition eine umso größere Rechts- und Planungssicherheit für alle Beteiligten bringen wird.

## **II. Kupferbasierte Vorleistungsprodukte**

Wir begrüßen es, dass die Beschlusskammer beabsichtigt, die Regulierung des bestehenden Kupfernetzes beizubehalten. Die bisherige Regulierung des Kupfernetzes bezeichnet die Beschlusskammer in ihren Eckpunkten als erfolgreich. Dem stimmen wir grundsätzlich zu, auch wenn sicher an der ein oder anderen Stelle in der Vergangenheit Nachschärfungen angemahnt wurden aber auch für die Zukunft gefordert werden.

### **1. Zugangsverpflichtungen und Entgeltgenehmigungspflicht**

#### **a. Lokaler virtuell entbündelter Zugang am MSAN und BNG**

Nach der zuvor erfolgten Marktanalyse und Definition wird das bisherige Layer-2-Produkt aus Markt 3b nunmehr in Markt 3a verortet. Wird das nunmehr als BNG-VULA bezeichnete Layer-2-Produkt nunmehr als Ersatz für das TAL-Produkt gesehen, bedarf es aber sowohl bei der konkreten Ausgestaltung und Qualität einer deutlichen Verbesserung, als auch einer deutlich strengeren Entgeltregulierung.

Die bisherige Ausgestaltung des BNG-VULA als Layer-2-Produkt ist in der Qualität, insbesondere bei den technischen Parametern wie u.a. Rahmenlänge nicht ausreichend. Hier bedarf es einer erheblichen Nachbesserung. Anforderungen und Ausgestaltung sind dabei bereits in der Regulierungsverfügung anzulegen und im Standardangebotsverfahren detailliert zu regeln. Erfolgt keine erhebliche Nachbesserung und bleibt es bei der bisherigen Ausgestaltung und Qualität, wird aus dem bisherigen Layer-2-Produkt keine BNG-VULA. Es muss in jedem Falle vermieden werden, dass den Wettbewerbern nur dem Namen nach die BNG-VULA als Ersatz für die TAL zur Verfügung steht, nicht aber der tatsächlichen Ausgestaltung und technischen Qualität nach.

Beim Kostenmaßstab hat die Beschlusskammer zu Recht darauf hingewiesen, dass die bisherige Anwendung einer ex ante Entgeltregulierung unter gleichzeitiger Verwendung des Missbrauchsmaßstabs nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht mehr fortgeführt werden kann. Dies darf aber nicht dazu führen, auf eine ex post Entgeltregulierung umzustellen, wofür sich die Telekom ausspricht. Vielmehr bedarf es weiterhin einer ex ante Entgeltregulierung nach KEL-Maßstab und ohne Zuschläge, wie z.B. die 15% Erheblichkeitszuschlag. Der von der Telekom angeführte Preisdruck der Kabelprodukte ist weder hoch genug, noch angesichts der nicht bundesweiten durchgehenden Verfügbarkeit ausreichend, um



nur ex post zu regulieren. Dementsprechend ist mit erheblichen missbräuchlichen Preissetzungsspielräumen zu rechnen, welche durch eine ex post Kontrolle nicht ausreichend aufgefangen werden und die Wettbewerber über PKS und KKS erheblich behindern können.

Zu der von der Beschlusskammer aufgeworfenen Frage der Entgeltregulierung von Kontingentmodellen sei nochmals wiederholt, dass KEL die Funktion als Preisanker übernehmen kann, wohingegen bspw. aufgrund von Mengenrabatten oder Investitionsbeteiligungen frei vereinbarte Abweichungen nach unten möglich sein müssen.

#### **b. Kollokation**

Auch weiterhin bedarf es der Auferlegung der Kollokationsverpflichtung. Um die Kollokation möglichst kostengünstig durchführen zu können, muss idealerweise alles in der Weise gebündelt werden, dass es für Kollokationen für TAL, Layer 2 und VULA nicht mehrerer verschiedener Kollokationsräume bedarf, sondern alle Vorleistungen an einem Ort, mithin in einem Kollokationsraum bezogen werden können.

#### **c. Kooperationsmöglichkeiten**

Vor dem Hintergrund der durch den Europäischen Kodex für Elektronische Kommunikation geforderten Ausweitung der Kooperationsmöglichkeiten, müssen die Kooperationsmöglichkeiten auch in der Regulierungsverfügung wieder der Telekom als Verpflichtung auferlegt und sogar erweitert werden. Gerade die Ausweitung der Kooperationsmöglichkeiten soll das Erreichen der Gigabitziele ermöglichen und idealerweise beschleunigen. Insofern darf es künftig auch nicht mehr willkürliche Einschränkungen von Kooperationen geben. Insbesondere muss es möglich sein, dass angemietete Infrastruktur und Kollokationen auch im Bedarfsfall einem Dritten zur Nutzung überlassen werden können. Genauso muss es auch möglich sein, Kollokationen auch für die Erschließung eigener Endkunden zu ermöglichen.

#### **d. Zugang zu Leerrohren und – bei fehlenden Kapazitäten – zur unbeschalteten Glasfaser**

Wir begrüßen es, dass die Beschlusskammer die wiederholten Forderungen der EU Kommission, sowie die aus der Umsetzung des Europäischen Kodex für elektronische Kommunikation (EKEK) zu erwartenden Änderungen zum Anlass nimmt, die Erweiterung der Zugangsmöglichkeiten zu Leerrohren und unbeschalteter Glasfaser zu erörtern und damit auch einer Forderung nachkommt, welche wir wiederholt eingebracht haben.

#### **(1) Eigenständige Zugangsverpflichtung**

So haben wir uns zuletzt in unserer Stellungnahme vom 1.7.2019 zur Marktanalyse und -definition für Markt 3a dafür ausgesprochen, dass der Zugang zu Kabelkanälen, Leerrohren und zur unbeschalteten Glasfaser in die Marktdefinition und –analyse einbezogen wird. Denn nach der weitest gehenden Erschließung der KVz mit Glasfaser und der zunehmende Fokussierung Telekom auf die Erschließung der Haushalte mit Glasfaser (FTTB/H), wird auch der Zugang zu Kabelkanälen, Leerrohren und zur unbeschalteten Glasfaser immer mehr an Bedeutung gewinnen. Um den Marktgegebenheiten gerecht zu werden und mit den tatsächlichen Veränderungen im Markt Schritt

halten zu können, hatten wir uns daher für den Einbezug des uneingeschränkten Zugangs zu Kabelkanälen, Leerrohren und zur unbeschalteten Glasfaser in die Marktdefinition und –analyse ausgesprochen.

## **(2) Hilfsweise Auferlegung als Annexverpflichtung**

Lediglich hilfsweise haben wir beantragt, den Zugang zu Kabelkanälen, Leerrohren und zur unbeschalteten Glasfaser als Annexverpflichtung aufzuerlegen.

### **DigiNetzG-Ansprüche nicht ausreichend**

Insbesondere hatten wir dazu ausgeführt, dass die bisher zur Verfügung stehenden Zugangsmöglichkeiten nach dem DigiNetzG nicht ausreichend sind.

Dass die mit dem DigiNetzG eingeführten Regelungen nur für wenige Fallgestaltungen Bedeutung haben können, wie etwa bei einer Mitverlegung beim Ausbau unter Einsatz öffentlicher Mittel, wird insbesondere an den prohibitiv langen Fristen zwischen Antrag, Beantwortung (2 Monate) und Bescheidung im Streitbeilegungsverfahren (4 Monate zzgl. ggf. weiterer 2 Monate) deutlich. Diese langen Fristen bedeuten, selbst im denkbar schnellsten Fall, sprich ohne Vorabkorrespondenz und ohne Fristenverlängerung, dass ein anstehender Auftrag nicht sofort beplant und kalkuliert werden kann. Vielmehr ist erst nach frühesten sechs Monaten, mithin erst nach Antragstellung, Beantwortung und Durchführung des Streitbeilegungsverfahrens, eine Klärung möglich, ob Infrastruktur mitgenutzt und damit eine Anbindung überhaupt realisiert werden kann. In der Praxis bedeutet dies, dass eine Anbindung des Kunden, die dermaßen unsicher und weit in die Zukunft verschoben ist, in der Regel nicht erfolgen wird, womit das Ziel des effizienten und schnellen Netzausbaus verfehlt wird.

Die fehlende Verpflichtung der Telekom Zugang zu passiver Infrastruktur zu gewähren, macht sich besonders auch mit Blick auf den geförderten Breitband-Ausbau bemerkbar. Hier kann die Telekom aufgrund der engen zeitlichen Vorgaben in den Vergabeverfahren einen entscheidenden Zeitvorteil ausspielen. Demgegenüber kommen die Wettbewerber aufgrund der zuvor dargestellten langen Fristen bei der Beantragung von Mitnutzung, regelmäßig nicht mehr zu einer fristgemäßen Angebotserstellung im Vergabeverfahren.

Weiter kommt gerade bei Erschließungen in der Fläche hinzu, dass die Telekom mit ihrem größtenteils aus Monopolzeiten stammenden Netz in den Vergabeverfahren deutlich günstigere Angebote mit geringerer Deckungslücke abgeben kann, da sie mit ihrer Infrastruktur regelmäßig näher an den zu erschließenden weißen Flecken ist, als die Wettbewerber. Dies gilt meist sogar selbst im Verhältnis zu regionalen Netzbetreibern mit einem starken regionalen Netz.

### **EU-Kommission fordert nachdrücklich Öffnung**

Wie die Beschlusskammer in der ömV referiert hat, hat sich gerade auch die EU-Kommission wiederholt für die Öffnung des Zugangs zur passiven Infrastruktur ausgesprochen.

## Marktversagen begegnen

Die Wettbewerber stellen untereinander regelmäßig passive Infrastruktur zur Mitnutzung bereit. Auch die 1&1 Versatel stellt passive Infrastruktur Wettbewerbern zur Verfügung und greift in relevantem Umfang auf passive Infrastruktur von Wettbewerbern zu. Nur diese unter allen Wettbewerbern, außer Telekom, seit langem übliche und umfassende Praxis, ermöglicht den Aufbau bundesweiter Netze und das Angebot bundesweit beziehbarer TK-Leistungen.

Dieser unter den Wettbewerbern üblichen Praxis steht die Verweigerung der Telekom entgegen, ihre passive Infrastruktur zur Mitnutzung zur Verfügung zu stellen. Dieses Marktverhalten erschwert die Erschließung weiterer Kunden, Standorte und Gewerbegebiete, sowohl im eigenwirtschaftlichen Ausbau, als auch bei der Kalkulation und Abgabe möglichst wettbewerbsfähiger Angebote in Vergabeverfahren für den geförderten Breitbandausbau.

Darüber hinaus stellt sich dieses Marktverhalten, bei dem die Telekom den Zugang den Wettbewerbern den Zugang zu ihrer passiven Infrastruktur verweigert, aber auch als eine Art Marktversagen dar.

- Es ist nicht einsichtig, weshalb ausgerechnet die Telekom, als das Unternehmen mit der umfassendsten Infrastruktur, nicht ebenso wie die Wettbewerber seine Infrastruktur zur Verfügung stellt. Damit könnte der Ausbau des Breitbandnetzes massiv vorangetrieben und der gewünschte Wettbewerb um die besten Produkte, Preise und Services in Gang gebracht werden.
- Problematisch ist jedoch, dass der verweigerter Zugang zur passiven Infrastruktur der Telekom die Wettbewerber zwingt, auf die Vorleistungen der Telekom (z.B. Mietleitungen, Bitstrom, TAL) zuzugreifen und damit gerade nicht mit eigenen und in der Wertschöpfung höheren Produkten auf der Investitionsleiter aufzusteigen. Umgekehrt dargestellt, würde die Öffnung des Zugangs zur passiven Infrastruktur der Telekom es den Wettbewerbern ermöglichen, jeweils selbst Infrastruktur zu verlegen und darauf höherwertige eigene Produkte zu erstellen und anzubieten. Die strikte Verweigerung des Zugangs zur passiven Infrastruktur der Telekom drängt damit die Wettbewerber zu volks- als auch betriebswirtschaftlich unsinnigen parallelen Tiefbauarbeiten bis zum Endkunden.
- In der Praxis stellt sich damit der fehlende Zugang zur passiven Infrastruktur der Telekom für die Wettbewerber als Marktversagen dar. Dieses ist begründet in der marktbeherrschenden Stellung der Telekom, die damit ihre nicht durch Wettbewerb beschränkte Verhaltensfreiäume ausnutzt. Dies hindert die Wettbewerber massiv auf der Investitionsleiter Schritt für Schritt nach oben zu steigen und im Sinne der Regulierungsziele einen wettbewerbsfähigen und vielfältigen TK-Markt zu schaffen. Stattdessen bleibt den Wettbewerbern, beschränkt durch den fehlenden Zugang zur passiven Infrastruktur der Telekom, nur der Bezug von Vorleistungsprodukten der Telekom, bei denen eine eigene höherwertige Wertschöpfung und Leistung nicht möglich ist. Damit wird die beherrschende Marktposition der Telekom weiter zementiert.

- Welche Auswirkungen diese real existierenden Marktverhältnisse auf den wirtschaftlich, gesellschaftlich und politisch gewollten Gigabit-Ausbau haben, zeigt sich exemplarisch daran, in welchem marginalem Umfang bisher erst aus den umfangreichen milliardenschweren Förderpaketen ein paar Millionen abgerufen wurden. Allein der Schutz des marktbeherrschenden Unternehmens und dessen Interessen wird nicht dazu führen, dass die gewünschten Ziele in der gewünschten Zeit erreicht werden.

Ergänzend verweisen wir dazu auf unsere Stellungnahme vom 1.6.2019 zur Marktanalyse und –definition für Markt 3a (Stellungnahme angehängt).

Hervorheben wollen wir gleichwohl noch einmal, dass die bisherige Ausgestaltung des Zugangs zu Leerrohren als Annexeistung in Abhängigkeit vom Bezug der kupferbasierten Vorleistungen der Telekom dazu geführt hat, dass diese nur ausnahmsweise in Anspruch genommen wurde. Sowohl die fehlenden eigenständigen Verwendungsmöglichkeiten des Zugangs, als auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, war der Zugang in seiner bisherigen Ausgestaltung schlichtweg nicht nur nicht attraktiv, sondern weitestgehend nicht marktgängig und zudem unwirtschaftlich. Umso wichtiger ist es, die Ausgestaltung für die Inanspruchnahme neu auszugestalten, nunmehr als eigenständige Abhilfemaßnahme ohne die Verpflichtung zur Abnahme von Vorleistungen der Telekom und mit der Möglichkeit zur tatsächlich eigenständigen Nutzung, auch für eigenrealisierte Glasfaseranschlüsse. Nur so können die vorgenannten Schwierigkeiten beim Ausbau des Gigabitnetzes überwunden werden. In den Zugang zu Leerrohren muss auch der Zugang zu Schächten eingeschlossen werden. Weiter bedarf es klarer Regelungen zu Fristen für Beantragung und Gewährung der Nutzung, um eine tatsächliche Inanspruchnahme dieser Maßnahme in der Praxis zu erreichen.

Unter den vorgenannten Bedingungen kann dann der unbeschränkte und unkonditionierte Zugang zu Leerrohren auch dazu beitragen, die Regulierungsziele, wie insbesondere den NGA-Ausbau tatsächlich voranzubringen.

## **2. Nichtdiskriminierungsverpflichtungen**

Die Nichtdiskriminierungsverpflichtungen sind wie bisher fortzuführen.

## **3. Transparenzverpflichtungen**

Wie bereits in der Anhörung, sprechen wir uns für die Beibehaltung und auch Erweiterung der Transparenzverpflichtungen aus. Dies sowohl mit Blick auf die anstehende Umsetzung der Vorgaben aus Art. 81 EKEK aus, als auch mit Blick auf die Herausforderungen, welche sich sowohl bei der Netz- als auch bei der Produktplanung durch den Rückbau der Kupfernetze und Migration auf das Glasfasernetz ergeben.

Wichtig ist dabei, dass bei Themen wie Migration und HVt-Rückbau sowohl maximale Transparenz, als auch ausreichende Fristen und entsprechender Vorlauf z.B. für Vertragsverhandlungen vorgesehen werden. Es geht dabei nicht darum, die Verfügungs- und Planungshoheit der Telekom zu beeinträchtigen, sondern im Sinne der Endkunde möglichst reibungs- und unterbrechungslose Übergänge initiieren und

durchführen zu können. Dies ist in der Vergangenheit leider nicht immer durchweg gelungen. Die Erweiterung der Transparenzverpflichtungen bleibt damit weiterhin ein wichtiger Baustein der Regulierung.

#### **4. Veröffentlichung von Standardangeboten**

Die Verpflichtung zur Vorlage und Veröffentlichung von Standardangeboten ist zweifelsohne im alten Regime der Kupfernetz-Regulierung beizubehalten. Trotz der Langwierigkeit gibt dieser Prozess sowohl der Telekom als auch den Wettbewerben die Möglichkeit, sich über die Dimensionierung, Qualität und Konditionen in einem geregelten Verfahren auszutauschen. Im Rahmen von individuellen Verhandlungen würde eine solche Abstimmung weiterhin nicht auf Augenhöhe stattfinden. Es bedarf daher weiterhin des Regulierers, um wenigstens weitestgehend eine angemessene Regelung zu finden.

### **III. Glasfaserbasierte Vorleistungsprodukte**

Die Beschlusskammer führt in den vorgelegten Eck- und Diskussionspunkten aus, die Regulierung des Kupfernetzes nicht auf neu aufzubauende Glasfasernetze übertragen zu wollen. Diese Überlegung ist, aufgrund unterschiedlicher Voraussetzungen, Wirtschaftlichkeitsberechnungen und Investitionsmodelle von Kupfer- und Glasfasernetzen, grundsätzlich nachvollziehbar.

Bevor man jedoch zu einer Entscheidung über noch fortzuführen oder entbehrliche Verfügungen und Anordnungen kommt, ist zunächst einmal eine sorgfältige Abgrenzung vorzunehmen, was in die „alte Kupferwelt“ und was zu den „neu aufzubauenden Glasfasernetzen“ gehören soll. Angesichts des hybriden Ausbaus durch die Telekom, bei der Teilstrecken des alten Kupfernetzes durch Glasfaser ersetzt werden, ist wohl ein bestimmter Zeitpunkt für eine Abgrenzung der „alten“ von der „neuen Welt“ nicht geeignet. Ein fester Zeitpunkt wäre allenfalls bei einem vollständig neuen Aufbau eines Glasfasernetzes, etwa in einem neu zu erschließenden Wohn- oder Gewerbegebiet ein geeignetes Abgrenzungskriterium. Hier könnte jeweils auf den Erschließungszeitpunkt abgestellt werden.

Bei der Ertüchtigung des bestehenden Kupfernetzes durch den teil- und streckenweisen Ausbau mit Glasfaser ist eine zeitliche Abgrenzung jedoch ungeeignet. Hier je Streckenabschnitt auf die jeweils verwendete Technik abzustellen, erscheint aber ebenso nicht wirklich ein gut geeignetes Abgrenzungskriterium zu sein.

Es zeichnet sich daher ab, dass eine Abgrenzung der „verschiedenen Welten“ schwierig wird. Insofern könnte es sein, dass umso geringer die Unterschiede in der beabsichtigten entsprechend nachfolgenden Regulierung sein werden, auch die Abgrenzung in der Praxis an Bedeutung verlieren wird. In der Anhörung zu den Eck- und Diskussionspunkten schien dies bei dem ein oder anderen Diskussionspunkt bereits auf.

## **1. Nichtdiskriminierungsverpflichtungen**

Im Rahmen der Auferlegung einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung wurde erörtert, ob dies in Form des Konzepts der Gleichwertigkeit des Outputs (Equivalence of Output – EoO) oder in Form des Konzepts der Gleichwertigkeit des Inputs (Equivalence of Input – EoI) auferlegt werden soll.

Wir sprechen uns dabei, für das Konzept der Gleichwertigkeit des Inputs aus. Dies ermöglicht, aufgrund der Verwendung der gleichen Ressourcen durch Telekom und Wettbewerber, bereits auf der ersten Ebene, dass Diskriminierung weitestgehend ausgeschlossen werden kann.

## **2. Zugangsverpflichtungen**

Die Anwendung des Konzepts der Gleichwertigkeit des Inputs ermöglicht es allerdings nicht, dass damit gleichzeitig von jeglicher Regulierung abgesehen werden kann. Vielmehr bedarf es weiterhin einer harten Zugangsregulierung.

So reizvoll auch die Überlegungen sein mögen, unter bestimmten Auflagen oder Bedingungen von einer Zugangsverpflichtung abzusehen, ist jedoch zu erwarten, dass die Bestimmung der Auflagen und Bedingungen derart umfassend und komplex sein müssen, um die Zugangsverpflichtung zu ersetzen, dass es sinnvoller sein dürfte, die Zugangsverpflichtung direkt anzuordnen.

Gleiches gilt auch für die Überlegungen zum Angebot und Abschluss von freiwilligen Vereinbarungen. Auch wenn wir es begrüßen, dass diese grundsätzlich Vorrang haben sollen und auch jederzeit abgeschlossen werden können, bedarf es doch als Grundlage und für den Fall der ausbleibenden Einigung der entsprechenden Verpflichtung.

Wie ja auch in der Anhörung ersichtlich wurde, wird es zwar begrüßt, wenn die Bundesnetzagentur ihre Rolle als Schiedsrichter wahrnimmt. Kommt jedoch keine Vereinbarung zustande, in welcher die Bundesnetzagentur als Schiedsstelle vereinbart wurde, kann diese auch nicht angerufen werden, da die entsprechende Schiedsabrede ja gerade nicht vorliegt.

## **3. Standardangebotsverpflichtung**

Insofern ist allenfalls denkbar, dass mit der Durchführung eines Standardangebotsverfahrens zunächst der freiwillige Abschluss der Verträge zwischen Telekom und den Wettbewerbern abgewartet wird. Für den Fall, dass solche Verträge jedoch nicht zustande kommen, ist gleichwohl wieder die Bundesnetzagentur gefordert, die auferlegte Verpflichtung auch durchzusetzen.

## **4. Transparenzverpflichtung**

Hier gilt das gleiche wie bei der „alten“ Kupferwelt, in Bezug auf den Netzausbau, zur Vermeidung von Fehlplanungen und -investitionen ist eine hohe Transparenz erforderlich, um die Regulierungsziele zu erreichen.

Hier muss im Grunde das gleiche Maß an Transparenz erreicht werden, wie es derzeit bei dem geförderten Gigabit-Ausbau angestrebt wird. Nur dann ist ein effektives Zusammenwirken des marktbeherrschenden Unternehmens und der Wettbewerber im Sinne der Regulierungsziele zu erreichen.

## 5. Entgeltregulierung

Auch wenn in der Regulierungsverfügung keine Festlegung über den Entgeltmaßstab erfolgen kann, so begrüßen wir es doch, dass in der Vorbereitung der Regulierungsverfügung den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird.

Hinsichtlich des Entgeltmaßstabes bildet sich heraus, dass in gewisser Weise Investitions- und Amortisationsrisiken eines neu gebauten Glasfasernetzes nicht vollständig unberücksichtigt werden sollten. Insofern mag ein Abweichen von dem strengen Entgeltmaßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung denkbar sein, auch wenn dieser Maßstab sicherlich der Ausgangspunkt der Kostenberechnung bleiben sollte. Ob eine ausreichende Berücksichtigung der vorgenannten Risiken über den Nachbildbarkeitsansatz oder über Preis-Kosten-Scheren-Prüfungen erfolgen kann, kann derzeit aufgrund der nicht hinreichenden Bestimmtheit nicht abschließend bewertet werden. Denkbar ist, dass ggf. anfänglich zunächst eine „weichere“ nachträgliche Entgeltregulierung ausreichen mag.

Auch wenn wir uns (s.o.) für das Konzept der Gleichwertigkeit des Inputs (EoI) aussprechen, kann dies nicht die Entgeltregulierung ersetzen, denn auch hier ist entscheidend, dass die Bundesnetzagentur die Möglichkeit behält, die Preisgestaltung effektiv zu überprüfen und zu kontrollieren.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



i.V. Marco Goymann  
Director Regulatory Affairs



i.A. Boris Schmidt  
Manager Regulatory Affairs



1&1 Versatel GmbH, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf

Bundesnetzagentur  
Beschlusskammer 1  
Dienststelle 116d  
Postfach 8001  
53105 Bonn

Boris Schmidt

T + 49 211 52283- 213

F + 49 211 52283- 213

M + 49 174 9680733

[boris.schmidt@1und1.net](mailto:boris.schmidt@1und1.net)

[www.1und1.net](http://www.1und1.net)

vorab per Mail: [116-postfach@bnetza.de](mailto:116-postfach@bnetza.de)

Düsseldorf, 01. Juni 2019

**BK 1-19/001 – Konsultationsentwurf nach § 12 Abs. 1 TKG zur Marktdefinition und -analyse über den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang (Markt Nr. 3a der Märkte-Empfehlung 2014)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Bundesnetzagentur hat im Amtsblatt Nr. 10/2019 (Mitteilung Nr. 280/2019) den Konsultationsentwurf zur Marktdefinition und –analyse über den auf Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang (Markt Nr. 3a der Märkte-Empfehlung 2014) veröffentlicht.

1&1 Versatel möchte die Gelegenheit nutzen, um zu diesem Konsultationsentwurf Stellung zu nehmen.

**I. Räumliche Marktdefinition und Ergebnis**

Soweit die Beschlusskammer zu dem Ergebnis kommt, dass auf dem regulierungsbedürftigen bundesweiten Markt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang die Telekom Deutschland GmbH und die mit ihr verbundenen Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, stimmen wir zu.

**II. Sachliche Marktdefinition**

**1. Zugang zur Glasfaser-TAL**

**a. Glasfaser-TAL auf Basis von PtP-Infrastrukturen**

Wir begrüßen es, dass der sachliche Vorleistungsmarkt neben dem Zugang zu den herkömmlichen kupferbasierten TAL auch den physisch entbündelten Zugang zur Glasfaser-TAL auf Basis von PtP-Infrastrukturen umfasst.

## **b. Glasfaser-TAL auf Basis von PtMP-Strukturen**

In ihrer vorherigen Festlegung des Marktes für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang (Markt Nr. 3a) vom 27.08.2015, BK 1-12/003, bezieht die Beschlusskammer den Zugang zu vorhandenen Infrastrukturen des FTTH-Netzes, egal ob entbündelt oder gebündelt, in den sachlich relevanten Markt ein. Dabei setzte sie sich auch im Besonderen mit den unterschiedlich zum Einsatz kommenden Technologien, so auch mit GPON auseinander. Wegen der perspektivisch weiterhin wachsenden Bedeutung, wurden die massenmarkttauglichen FTTH-Infrastrukturen, im Rahmen einer vorausschauenden Marktanalyse, in den sachlich relevanten Markt einbezogen.

Kritisch sehen wir daher, dass die Beschlusskammer nunmehr in der jetzigen Marktdefinition den physisch entbündelten Zugang zu FTTH/B-Netzen in PtMP-Bauweise nicht mehr als Teil des zu untersuchenden Marktes sieht. Dies begründet die Beschlusskammer nunmehr damit, dass nicht davon auszugehen sei, dass der physisch entbündelte Zugang zu FTTH/B-Netzen in PtMP-Bauweise im Untersuchungszeitraum der vorliegenden Marktanalyse angeboten werde.

Die Beschlusskammer weist gleichwohl jedoch zu Recht darauf hin, dass der Zugang sowohl realisierbar wäre, als auch sich bereits in der Entwicklungsphase befinde. Gleichwohl geht die Beschlusskammer jedoch davon aus, dass nicht mit einem Einsatz der WDM-Technologie oder einer anderen Technologie im Gültigkeitszeitraum der Marktanalyse zu rechnen sei. Unklar bleibt dabei jedoch, mit welchem Zeitraum die Beschlusskammer rechnet. Zu vermuten ist, dass sie sich bei dem Zeitraum an dem regelmäßigen Rahmen für die Durchführung einer Marktdefinition und –analyse von mindestens drei Jahren orientiert. In der Regulierungspraxis wird dies jedoch nicht erreicht. So liegt der Beginn der vorhergehenden Marktdefinition und –analyse immerhin im Jahre 2012, mithin vor sieben Jahren! Selbst wenn man berücksichtigt, dass die finale Festlegung im August 2015 erfolgte, mithin drei Jahre nach Beginn, werden bis zur neuen Festsetzung, nach Konsultation und Konsolidierung voraussichtlich mindestens fünf Jahre vergangen sein.

Innerhalb von fünf Jahren dürfte mit erheblichen technischen Fortschritten und Entwicklungen zu rechnen sein. Insofern besteht auch die Möglichkeit, dass entsprechende technische Lösungen zum Einsatz kommen können und auch der Zugang zu FTTH/B-Netzen in PtMP-Bauweise möglich sein wird. Diese Entwicklung kann nicht nur nicht ausgeschlossen werden, sondern ist sogar überaus wahrscheinlich.

Der aktuell im Konsultationsentwurf erfolgende Ausschluss des physisch entbündelten Zugangs zu FTTH/B-Netzen in PtMP-Bauweise aus dem umfassenden Markt ist daher nicht sachgerecht. Es besteht die Gefahr, dass innerhalb des tatsächlich aufgrund bisherige Regulierungszeiträume zu erwartenden Zeitraums, bis zum Inkrafttreten einer neuen Marktdefinition und –analyse, doch schon entsprechende Techniken zum Einsatz kommen können und es damit eine Regulierungs-Lücke geben könnte.

- ➔ Wir fordern daher, dass der physisch entbündelte Zugang zu FTTH/B-Netzen in PtMP-Bauweise ebenfalls in die sachliche Marktdefinition der Vorleistung für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang einbezogen wird.

## 2. Zugang zu Kabelkanälen, Leerrohren und zur unbeschalteten Glasfaser

Die Beschlusskammer führt aus, dass der Zugang zur passiven Infrastruktur wie Kabelkanälen, Leerrohren, Kollokationsräumen sowie zur unbeschalteten Glasfaser nicht Bestandteil des Marktes des auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugangs sei.

Dies begründet die Beschlusskammer damit, dass im Regelfall bei der Umstellung eines Vorleistungsnachfragers von der Abnahme des „auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugangs“ auf den Zugang zu passiver Infrastruktur oder zur unbeschalteten Glasfaser von erheblichen Zusatzinvestitionen auszugehen sei.

Die Begründung der Beschlusskammer überzeugt nicht. Vielmehr ist es so, dass grundsätzlich die Umstellung von der Abnahme des lokal bereitgestellten Zugangs auf den Zugang zu passiver Infrastruktur oder unbeschalteter Glasfaser wirtschaftlich sein wird. Dies ist auch der Grund, weshalb der FttH/B-Ausbau der Wettbewerber bereits heute erfolgreich ist und somit weiterhin vorangetrieben wird. Nur der eigene Netzanschluss, möglichst nah am Kunden, ermöglicht hochqualitative Produkte und Services, individuell am Kunden und seinen jeweiligen Unternehmensbedarf und -ansprüchen ausgerichtet. Es ist keineswegs davon auszugehen, dass Investitionen pauschal einer Substituierbarkeit entgegenstehen. Denn auch eine Anmietung und der Zukauf einer Vorleistung bedeutet über die Laufzeit eine erhebliche Investition, die sich wirtschaftlich rechnen muss. Insofern sind auch in diesem Fall erhebliche Investitionen erforderlich. Der Unterschied, ob dies in einer Einmal-Investition oder auf Basis einer monatlichen Rate erfolgt, ist für die Substituierbarkeit unerheblich oder zumindest nachrangig. Insofern können auch nicht einfach die Höhe einer Einmal-Investition mit der Höhe eines monatlichen Entgelts verglichen werden. Vielmehr müssten dann korrekterweise die monatlichen Beträge über die gesamte Laufzeit aufaddiert werden.

Einen weiteren Aspekt hat die Beschlusskammer nicht angerissen: Der Zugang zur passiven Infrastruktur sowie zur unbeschalteten Glasfaser wird immer dann sogar wirtschaftlich geboten sein, wenn nicht nur ein einzelner Kunde angeschlossen werden soll, sondern mehrere Kunden. Dann würden nämlich der einmaligen Erschließung mehrfach monatliche Kosten gegenüberstehen, welche selbst hohe Erschließungsinvestitionen in kurzer Zeit übertreffen würden.

Solche Berechnungen lässt die Beschlusskammer jedoch vermissen. Aufgrund dieses Ausfalls der Abwägung und definitorischen Abgrenzung, kommt die Beschlusskammer zu einem nicht vertretbaren Ergebnis.

Aus unserer Sicht wird dabei nicht gewürdigt, dass sowohl der Gigabitausbau in Deutschland insgesamt im Vergleich zu einer Vielzahl relevante Industrieländer zurückliegt, als auch die Breitbandziele der Bundesregierung wiederholt nicht erreicht werden. Der Zugang zur passiven Infrastruktur sowie zur unbeschalteten Glasfaser würde jedoch insgesamt den weiteren Ausbau beschleunigen, den Wettbewerb beleben und die Gigabit-Gesellschaft voranbringen.

Der Zugang zur passiven Infrastruktur sowie zur unbeschalteten Glasfaser wird auch bei einem anderen Zukunftsthema noch an Brisanz gewinnen: aktuell wurden erfolgreich die 5G-Lizenzen versteigert. Aufgrund der physikalischen Eigenschaften müssen nunmehr in relativ dichten Abständen eine große

Anzahl weiterer neuer Mobilfunkbasisstationen errichtet und entsprechend der erforderlichen Datentransferraten an das Gigabit-Netz angeschlossen werden. Auch hier ist es geradezu fahrlässig, auf etwaige Änderungen im TKG aufgrund des EU-Kodex oder auch auf eine neue Märkteempfehlung zu warten. Bereits das aktuell verfügbare Mobilfunknetz muss mit der Vielzahl der Funklöcher erheblich ausgebaut werden. Wahrscheinlich weltweit einmalig ist die dazu von den Bundesministerien ins Leben gerufene Funkloch-App. Diese kann selbstredend weder die bestehenden Defizite in der Mobilfunknetzabdeckung lindern oder gar beheben, noch ist damit der Eintritt in die Zukunftsversprechen der 5G-Welt zu bereiten. Notwendig ist hier vielmehr auch an dieser Stelle wieder eine wirkliche zukunftsfähige Gestaltung der Rahmenbedingungen durch die BNetzA.

#### **a. Einbezug in relevanten Markt**

Mit dem zunehmenden Ausbau von FTTB/H durch den Marktbeherrscher wird der Zugang zu Kabelkanälen, Leerrohren und zur unbeschalteten Glasfaser immer mehr an Bedeutung gewinnen. Nach der weitest gehenden Erschließung der KVz mit Glasfaser fokussiert sich auch die Telekom zunehmend auf die Erschließung der Haushalte mit Glasfaser (FTTB/H).

Um den Marktgegebenheiten gerecht zu werden und mit den tatsächlichen Veränderungen im Markt Schritt halten zu können, ist der Einbezug des Zugangs zu Kabelkanälen, Leerrohren und zur unbeschalteten Glasfaser in die Marktdefinition und –analyse unabdingbar. Auch an dieser Stelle ist zu berücksichtigen, dass es bis zum Inkrafttreten der nächsten Marktdefinition und –analyse noch etliche Jahre dauern wird. Insofern halten wir es für erforderlich, dass in der vorliegenden Marktabgrenzung auch anstehende technische und marktspezifische Entwicklungen in der Weise berücksichtigt werden, so dass auch in den bevorstehenden Jahren bis zur nächsten Marktdefinition/ -analyse noch ein adäquater und wirkungsvoller Regulierungsrahmen zur Verfügung steht.

- ➔ Wir beantragen daher, den Zugang zu Kabelkanälen, Leerrohren und zur unbeschalteten Glasfaser in den relevanten Markt, auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang (Markt Nr. 3a der Märkte-Empfehlung 2014) aufzunehmen.

#### **b. Hilfsweise Auferlegung als Annexverpflichtung**

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass nach Ansicht der EU-Kommission der Zugang zu Kabelkanalanlagen stets verbindlich gemacht werden sollte und als Annexmaßnahme auf Markt Nr. 3a dargestellt werden könne.

Dementsprechend legte die Bundesnetzagentur der Telekom mit Beschluss vom 01.09.2016, BK3g-15/004, Regulierungsverfügung zur Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerrufs von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 3a, dort Ziffern 1.1.6. und 1.1.7., die Verpflichtung auf, Zugang zu Kabelkanälen zwischen KVz und HVt, sowie zur unbeschalteten Glasfaser, zu gewähren.

Wie wir bereits wiederholt dargestellt haben, zuletzt in unserer Stellungnahme vom 13.08.2018 zum 2. Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung zu Markt 4, BK2a-16/002, halten wir einen ex-ante regulierten und unbeschränkten Zugang zu passiven Infrastrukturen der Telekom für unabdingbar.

Im Vorgriff auf die anstehende Bekanntgabe der Eckpunkte zur zukünftigen Regulierung der Vorleistungsprodukte möchten wir auch an dieser Stelle nochmals darauf hinweisen, dass die DigiNetzG-Ansprüche nicht ausreichen (dazu aa.), die EU-Kommission nachdrücklich eine Öffnung fordert (dazu bb.) und einem Marktversagen zu begegnen ist (dazu cc.).

#### **aa.) DigiNetzG-Ansprüche nicht ausreichend**

Dass die mit dem DigiNetzG eingeführten Regelungen nur für wenige Fallgestaltungen Bedeutung haben können, wie etwa bei einer Mitverlegung beim Ausbau unter Einsatz öffentlicher Mittel, wird insbesondere an den prohibitiv langen Fristen zwischen Antrag, Beantwortung (2 Monate) und Bescheidung im Streitbeilegungsverfahren (4 Monate zzgl. ggf. weiterer 2 Monate) deutlich. Diese langen Fristen bedeuten, selbst im denkbar schnellsten Fall, sprich ohne Vorabkorrespondenz und ohne Fristenverlängerung, dass ein anstehender Auftrag nicht sofort beplant und kalkuliert werden kann. Vielmehr ist erst nach frühesten sechs Monaten, mithin erst nach Antragstellung, Beantwortung und Durchführung des Streitbeilegungsverfahrens, eine Klärung möglich, ob Infrastruktur mitgenutzt und damit eine Anbindung überhaupt realisiert werden kann. In der Praxis bedeutet dies, dass eine Anbindung des Kunden, die dermaßen unsicher und weit in die Zukunft verschoben ist, in der Regel nicht erfolgen wird, womit das Ziel des effizienten und schnellen Netzausbaus verfehlt wird.

Die fehlende Verpflichtung der Telekom Zugang zu passiver Infrastruktur zu gewähren, macht sich besonders auch mit Blick auf den geförderten Breitband-Ausbau bemerkbar. Hier kann die Telekom aufgrund der engen zeitlichen Vorgaben in den Vergabeverfahren einen entscheidenden Zeitvorteil ausspielen. Demgegenüber kommen die Wettbewerber aufgrund der zuvor dargestellten langen Fristen bei der Beantragung von Mitnutzung, regelmäßig nicht mehr zu einer fristgemäßen Angebotserstellung im Vergabeverfahren.

Weiter kommt gerade bei Erschließungen in der Fläche hinzu, dass die Telekom mit ihrem größtenteils aus Monopolzeiten stammenden Netz in den Vergabeverfahren deutlich günstigere Angebote mit geringerer Deckungslücke abgeben kann, da sie mit ihrer Infrastruktur regelmäßig näher an den zu erschließenden weißen Flecken ist, als die Wettbewerber. Dies gilt meist sogar selbst im Verhältnis zu regionalen Netzbetreibern mit einem starken regionalen Netz.

#### **bb.) EU-Kommission fordert nachdrücklich Öffnung**

Gerade vor dem Hintergrund der massiven politischen Bemühungen auf Bundes-, Landes- und Kommunal-Ebene den Gigabitausbau in Deutschland voranzutreiben, soll hier nochmals auf die an Deutlichkeit nicht zu überbietende Aufforderung der EU-Kommission hingewiesen werden. Der nachdrücklichen Aufforderung der EU-Kommission an die Bundesnetzagentur, ihre Haltung zur Öffnung passiver Infrastrukturen zur Mitnutzung zu überdenken und der Telekom eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu ihren Kabelkanälen aufzulegen, schließen wir uns vollumfänglich an:

„Außerdem hält die Kommission die Auferlegung einer Verpflichtung für die DT, den Zugang zu Kabelkanälen auch für Zwecke des Glasfaserausbaus bis zum Endkunden (FttB/FttH) zu gewähren, für eine Abhilfemaßnahme, mit der der Marktdominanz der DT auf dem Vorleistungsmarkt für den zentral

bereitgestellten Zugang an festen Standorten begegnet werden könnte. Diese Verpflichtung sollte nicht, wie gegenwärtig vorgeschlagen, nur allein auf den Zweck der Inanspruchnahme von Vorleistungsprodukten der DT begrenzt werden.

Deshalb fordert die Kommission die BNetzA nachdrücklich auf, ihr Vorgehen zu überdenken und der DT eine Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu ihren Kabelkanälen aufzuerlegen, die weder auf die Strecke zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweiger noch auf den alleinigen Zweck der Inanspruchnahme von Vorleistungsprodukten der DT beschränkt ist.“<sup>1</sup>

(Zitat aus Beschluss der EU-Kommission)

#### **cc.) Marktversagen begegnen**

Die Wettbewerber stellen untereinander regelmäßig passive Infrastruktur zur Mitnutzung bereit. Auch die 1&1 Versatel stellt passive Infrastruktur Wettbewerbern zur Verfügung und greift in relevantem Umfang auf passive Infrastruktur von Wettbewerbern zu. Nur diese unter allen Wettbewerbern, außer Telekom, seit langem übliche und umfassende Praxis, ermöglicht den Aufbau bundesweiter Netze und das Angebot bundesweit beziehbarer TK-Leistungen.

Dieser unter den Wettbewerbern üblichen Praxis steht die Verweigerung der Telekom entgegen, ihre passive Infrastruktur zur Mitnutzung zur Verfügung zu stellen. Dieses Marktverhalten erschwert die Erschließung weiterer Kunden, Standorte und Gewerbegebiete, sowohl im eigenwirtschaftlichen Ausbau, als auch bei der Kalkulation und Abgabe möglichst wettbewerbsfähiger Angebote in Vergabeverfahren für den geförderten Breitbandausbau.

Darüber hinaus stellt sich dieses Marktverhalten, bei dem die Telekom den Zugang den Wettbewerbern den Zugang zu ihrer passiven Infrastruktur verweigert, aber auch als eine Art Marktversagen dar.

- Es ist nicht einsichtig, weshalb ausgerechnet die Telekom, als das Unternehmen mit der umfassendsten Infrastruktur, nicht ebenso wie die Wettbewerber seine Infrastruktur zur Verfügung stellt. Damit könnte der Ausbau des Breitbandnetzes massiv vorangetrieben und der gewünschte Wettbewerb um die besten Produkte, Preise und Services in Gang gebracht werden.
- Problematisch ist jedoch, dass der verweigerter Zugang zur passiven Infrastruktur der Telekom die Wettbewerber zwingt, auf die Vorleistungen der Telekom (z.B. Mietleitungen, Bitstrom, TAL) zuzugreifen und damit gerade nicht mit eigenen und in der Wertschöpfung höheren Produkten auf der Investitionsleiter aufzusteigen. Umgekehrt dargestellt, würde die Öffnung des Zugangs zur passiven Infrastruktur der Telekom es den Wettbewerbern ermöglichen, jeweils selbst Infrastruktur zu verlegen und darauf höherwertige eigene Produkte zu erstellen und anzubieten.

<sup>1</sup> Aus Beschluss der EU Kommission vom 19.07.2016 in der Sache DE/2016/1876: Auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellter Zugang in Deutschland; Stellungnahme gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Richtlinie 2002/21/EG - C(2016) 4834.

Die strikte Verweigerung des Zugangs zur passiven Infrastruktur der Telekom drängt damit die Wettbewerber zu volks- als auch betriebswirtschaftlich unsinnigen parallelen Tiefbauarbeiten bis zum Endkunden.

- In der Praxis stellt sich damit der fehlende Zugang zur passiven Infrastruktur der Telekom für die Wettbewerber als Marktversagen dar. Dieses ist begründet in der marktbeherrschenden Stellung der Telekom, die damit ihre nicht durch Wettbewerb beschränkte Verhaltensfreiräume ausnutzt. Dies hindert die Wettbewerber massiv auf der Investitionsleiter Schritt für Schritt nach oben zu steigen und im Sinne der Regulierungsziele einen wettbewerbsfähigen und vielfältigen TK-Markt zu schaffen. Stattdessen bleibt den Wettbewerbern, beschränkt durch den fehlenden Zugang zur passiven Infrastruktur der Telekom, nur der Bezug von Vorleistungsprodukten der Telekom, bei denen eine eigene höherwertige Wertschöpfung und Leistung nicht möglich ist. Damit wird die beherrschende Marktposition der Telekom weiter zementiert.
- Welche Auswirkungen diese real existierenden Marktverhältnisse auf den wirtschaftlich, gesellschaftlich und politisch gewollten Gigabit-Ausbau haben, zeigt sich exemplarisch daran, in welchem marginalem Umfang bisher erst aus den umfangreichen milliardenschweren Förderpaketen ein paar Millionen abgerufen wurden. Alleine der Schutz des marktbeherrschenden Unternehmens und dessen Interessen wird nicht dazu führen, dass die gewünschten Ziele in der gewünschten Zeit erreicht werden.

Die Anordnung des Zugangs zur passiven Infrastruktur der Telekom ist in Markt 3a als Annexverpflichtung zum Bezug von Vorleistung am KVz bereits erfolgt. Die Anordnung des Zugangs zur passiven Infrastruktur darf sich jedoch nicht auf den Bezug der Vorleistungen beschränken, sondern muss erst recht auch den Zugang ohne Bezug von Vorleistungen enthalten – so auch der Beschluss der EU Kommission.

Nur diese Anordnung würde damit das offensichtlich bestehende Marktversagen, welches geprägt ist durch den nicht durch den Wettbewerb beschränkten Verhaltensspielraum der Telekom, beseitigen.

- ➔ Wir beantragen daher hilfsweise, den Zugang zu Kabelkanälen, Leerrohren und zur unbeschalteten Glasfaser als Annexverpflichtung zu dem relevanten Markt, auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang (Markt Nr. 3a der Märkte-Empfehlung 2014), aufzunehmen.

### **c. Auferlegung als eigenständige Abhilfemaßnahme**

Die Beschlusskammer führt aus, dass nach dem EU-Kodex, der bis Ende 2020 umzusetzen ist, zukünftig der Zugang zu baulichen Anlagen und somit u.a. der Zugang zu Kabelkanälen, Leerrohren, Kollokationsräumen und unbeschalteter Glasfaser als eigenständige Abhilfemaßnahme zur Verbesserung der Wettbewerbs- und Ausbaudynamik auf allen nachgelagerten Märkten auferlegt werden könne.



Daraus folgert die Beschlusskammer, dass die EU-Kommission von ihrer bisher dargelegten Auffassung, dass Abhilfemaßnahmen hinsichtlich des Zugangs zu baulichen Anlagen jeweils einen Annex zu anderen Maßnahmen darstellen sollten, abweiche und nunmehr – falls im Hinblick auf die Erreichung der Ziele des EU-Kodes notwendig und verhältnismäßig – die Auferlegung eigenständiger Abhilfemaßnahmen als geeigneter erachte.

Diese lediglich in einer Fußnote (FN 460) ausgeführten Überlegungen der Beschlusskammer überzeugen schon vor dem Hintergrund nicht, dass die EU-Kommission keineswegs alleinige Gestalterin des EU-Kodex ist. Des Weiteren auch deswegen nicht, da eine entsprechend die Überlegungen der Beschlusskammer stützende Äußerung der EU-Kommission, mit welcher diese von ihrer bisherigen Auffassung abrücken wolle, nicht vorliegt.

Angesichts des bisherigen nachdrücklich und wiederholt geäußerten Einsatzes der EU-Kommission für eine Annexmaßnahme, halten wir es weiterhin für geboten, den Zugang zu passiven Infrastrukturen und unbeschalteter Glasfaser auch an dieser Stelle als Annexmaßnahme aufzuerlegen.

Dafür spricht besonders, dass anderenfalls eine solche Maßnahme als eigenständige Abhilfemaßnahme nicht früher als im Jahr 2021 auferlegt werden würde. Das liegt daran, dass die Umsetzungsfrist für die Regelungen des EU-Kodex bis Ende 2020 läuft. Es ist erfahrungsgemäß nicht damit zu rechnen, dass, angesichts der erheblichen Anzahl und Komplexität der umzusetzenden Regelungen, eine Umsetzung vor Ablauf des Jahres 2020 erfolgen wird. Selbst bei einer – hoffentlich - fristgemäßen Umsetzung wird mit entsprechender Konsultation und Konsolidierung für eine eigenständige Abhilfemaßnahme erst spät im Jahr 2021 gerechnet werden können.

Der nunmehr im vorliegenden Konsultationsentwurf geplante Verzicht, sowohl eines Einbezugs des Zugangs zur passiven Infrastruktur in die Marktdefinition, als auch der angekündigte Verzicht auf eine Festlegung im Rahmen einer Annexmaßnahme, führt dazu, dass für voraussichtlich mehr als zwei weitere Jahre kein entsprechender Zugang angeordnet wird.

Diese weitere mindestens zwei Jahre andauernde Regulierungslücke ist weder vor dem Hintergrund der bisher in der Explanatory Note der EU-Kommission geäußerten Auffassung, noch vor dem Hintergrund der Regelungen und Erwägungsgründe des EU-Kodex, zu rechtfertigen.

- Wir beantragen daher überaus hilfsweise, den Zugang zu Kabelkanälen, Leerrohren und zur unbeschalteten Glasfaser zunächst als Annexverpflichtung zu dem relevanten Markt, auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang (Markt Nr. 3a der Märkte-Empfehlung 2014), und nach Umsetzung der Regelungen des Art. 72 des EU-Kodex, als eigenständige Abhilfemaßnahme aufzunehmen.

### **3. Layer2-VULA in Markt 3a**

#### **a. BNG-VULA ist Ankerprodukt**

Wir begrüßen es, dass der virtuell entbündelte Zugang am BNG in den in der Märkte-Empfehlung unter Markt Nr. 3a aufgeführten Vorleistungsmarkt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang einbezogen wird, sehen allerdings noch Anpassungsbedarf.

Der Entwurf der Bundesnetzagentur ordnet das sogenannte virtuelle entbündelte Vorleistungsprodukt dem Markt 3a sachgerecht zu. So kann auch ohne physikalische Entbündelung ein in einigen Teilen eigengestaltbares Produkt angeboten werden. Auch die Übergabestruktur (s.g. BNG-Standorte) kann in Hinblick auf die ökonomischen Gegebenheiten als akzeptable erachtet werden. Wie die Marktgegebenheiten zeigen, ist eine Abnahme unterhalb der BNG-Standorte (also näher in Richtung Endkunde) eher die Ausnahme. Die nicht vorhandene Nachfrage nach dem KVz-AP spiegelt dies wider.

Festzustellen ist somit, dass das Layer2 VULA Produkt, welches am BNG bereitgestellt wird, innerhalb der hier relevanten Periode weiter an Bedeutung als wichtigste Vorleistung gewinnen wird. Über die physikalische Entbündelung sind am Massenmarkt regelmäßig keine wettbewerbsfähigen Angebote mehr möglich.

Aus Sicht 1&1 Versatel ist es daher geboten, dass innerhalb der vorliegenden Marktanalyse diese Bedeutung, auch in Abgrenzung zu der TAL klargestellt wird. Die gesamte Vor- und Endkundenpreisbestimmung und auch die Produktqualität werden künftig durch das regulierte Vorleistungsprodukt Layer2-VULA bestimmt werden.

#### **b. Layer2-BSA ist keine VULA – stellt aber die sachgerechte Grundlage dar**

Wie dargelegt, ist das Layer-2 VULA Produkt das neue Ankerprodukt. Daher ist es wichtig, dass dieses marktgerecht definiert wird. Auch wenn 1&1 Versatel die Auffassung der Bundesnetzagentur teilt, dass das Layer-2 BSA (Markt 3b) Produkt grundsätzlich geeignet ist, diese Rolle mittelbar einzunehmen, teilt 1&1 Versatel allerdings nicht die Position der Beschlusskammer, dass das Produkt bereits vollständig die Anforderungen an ein Markt 3a VULA Produkt erfüllt. Sowohl in dem technischen Freiheitsgrad als auch in der Service Qualität ist das aktuelle Layer2-BSA Produkt der TAL Vorleistung signifikant unterlegen.

Beide Aspekte sind allerdings nicht verhindernd. Vielmehr muss die auf der Marktanalyse aufbauende Regulierungsverfügung anfordern, dass das bestehende Layer-2-BSA Produkt in Richtung der dem Markt 3a zuordenbaren Layer-2-VULA weiterentwickelt wird. Denn dem Grundgedanken der Bundesnetzagentur folgt auch die 1&1 Versatel. Es macht keinen Sinn, ein Layer-2-VULA und ein Layer-2-BSA Produkt vorzusehen. 1&1 Versatel folgt der Bundesnetzagentur grundsätzlich dahingehenden, dass das bestehende Layer2-BSA Produkt die richtige Grundlage für ein Layer-2-VULA ist, sieht jedoch nicht, dass das bestehende Layer2 BSA Produkt bereits ein vollständiges Layer 2 VULA Produkt ist.

### c. Kostenmaßstab Markt 3a ist KeL

Wesentlich für das kommende Ankerprodukt, die Layer-2-VULA ist es, dass dieses dem Markt zu einem wettbewerbsanalogen Preis bereitgestellt wird. Ein solcher wird regelmäßig bei der TAL über die so genannten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ermittelt. Als Nachfolgeprodukt für die TAL muss das vorgesehene Layer-2-VULA Produkt in der auf der Marktanalyse aufbauende Regulierungsverfügung auch zwingend eine zur TAL analoge Vorleistungspreisermittlung – ohne gesonderte (Erheblichkeits-)Zuschläge vorsehen.

Der aktuell für die Layer2-BSA Vorleistung, welche wie dargelegt die Grundlage für eine Layer-2-VULA bilden sollte, vorgesehene Entgeltmaßstab ist hierzu ungeeignet und würde den Anforderungen an einen Markt 3a-Zugang und insbesondere auch den Anforderungen an ein Ankerprodukt nicht gerecht werden.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

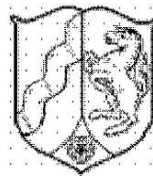
Mit freundlichen Grüßen



i.V. Marco Goymann  
Director Regulatory Affairs



i.A. Boris Schmidt  
Manager Regulatory Affairs

**ANLAGE 2****Verwaltungsgericht Köln****Beschluss****21 K 4721/19**

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

der 1&1 Versatel Deutschland GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Freshfields, Bruckhaus und andere, Feldmühleplatz 1,  
40545 Düsseldorf,  
Gz.: 162147-0019,

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, vertreten durch den Präsidenten, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,  
Gz.: JPK B 1913,

Beklagte,

Beigeladene:

1. Telekom Deutschland GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,
2. EWE TEL GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Cloppenburg-  
ger Straße 310, 26133 Oldenburg,

Prozessbevollmächtigte zu 1.:

Rechtsanwälte Dolde, Mayen und andere, Rheinauen Carré, Mildred-Scheel-  
Straße 1, 53175 Bonn,  
Gz.: 19/00379 St/sn,

- 2 -

Prozessbevollmächtigte zu 2.:

Rechtsanwälte CMS Hasche, Sigle und andere, Nymphenburger Straße 12,  
80335 München,

wegen Telekommunikationsrechts

hat die 21. Kammer des Verwaltungsgerichts Köln

am 29. Juni 2020

durch

den Richter am Verwaltungsgericht

Herzig

als Berichterstatter

beschlossen:

1. Das in der Hauptsache erledigte Verfahren wird eingestellt.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Beklagte und die Beigeladenen je zu einem Drittel; ihre eigenen außergerichtlichen Kosten tragen die Beklagte und die Beigeladenen jeweils selbst.

2. Der Streitwert wird auf 50.000,00 Euro festgesetzt.

### **G r ü n d e**

Das übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärte Verfahren ist in entsprechender Anwendung des § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen.

Unter den gegebenen Umständen entspricht es billigem Ermessen i. S. v. § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO, die Kosten des Verfahrens der Beklagten sowie den Beigeladenen aufzuerlegen.

Billigem Ermessen i. S. v. § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO entspricht es in der Regel, demjenigen Verfahrensbeteiligten die Verfahrenskosten aufzuerlegen, der das erledigende Ereignis aus eigenem Willensentschluss herbeigeführt hat oder der ohne die Erledigung bei summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage voraussichtlich unterlegen wäre.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 19. Dezember 2016 –  
1 C 15.16 –, juris, Rn. 2, m. w. N.

Dabei ist die Kostenentscheidung nach § 161 Abs. 2 VwGO nicht dazu bestimmt, trotz eingetretener Erledigung Fragen von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung zu beantworten.

- 3 -

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 4. April 2017 – 4 CN  
1.17 –, juris, Rn. 1, m. w. N. und vom 30. Juni 2006 –  
9 VR 2.06 –, juris, Rn. 2.

Der in § 161 Abs. 2 VwGO zum Ausdruck kommende Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit befreit vielmehr nach Erledigung des Verfahrens in der Hauptsache das Gericht von dem Gebot, anhand eingehender Erwägungen abschließend über den Streitstoff zu entscheiden.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 24. Juni 2008 – 3 C  
5.07 –, juris, Rn. 2.

Ausgehend von diesen Maßstäben sind die Kosten des Verfahrens wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich zu verteilen. Die im vorliegenden Verfahren allein gebotene summarische Prüfung ergibt, dass die Klage ohne das erledigende Ereignis voraussichtlich erfolgreich gewesen wäre.

Die Klage dürfte zulässig gewesen sein. Sie ist als Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO statthaft gewesen, denn bei dem Beschluss vom 13. Juli 2018 (BK 3-17/071) handelt es sich um einen Verwaltungsakt. Da die Klägerin ihr Rechtsschutzziel, die Beseitigung der für sie nachteiligen Feststellung, durch die Anfechtungsklage erreichen konnte, musste sie sich insbesondere nicht auf die Erhebung einer Verpflichtungsklage verweisen lassen. Besonderheiten des Telekommunikationsrechts stehen dem nicht entgegen.

Vgl. VG Köln, Urteil vom 17. März 2017 – 9 K  
8589/16 –, juris Rn. 80 ff.

Dass die Klägerin durch eine Verpflichtungsklage möglicherweise „mehr“, nämlich eine für sie vorteilhafte Feststellung, hätte erlangen können, ist unerheblich. Denn einen Zwang, einen solchen Antrag im Verwaltungsverfahren zu stellen, gibt es nicht.

Die Klägerin dürfte insoweit auch klagebefugt gewesen sein. Die Klagebefugnis folgte wohl aus Art. 4 Abs. 1 und Art. 9b der Richtlinie 2002/21 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste in der durch die Richtlinie 2009/140 geänderten Fassung (Rahmenrichtlinie). Aus diesen Vorschriften ergibt sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Falle der Klage eines Dritten gegen die Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde dann eine Klagebefugnis, wenn - wie hier wohl vorliegend - die nationale Regulierungsbehörde in einem Verfahren entscheidet, das dem Schutz des Wettbewerbs dient, die Klägerin eine Wettbewerberin ist und wenn diese Entscheidung geeignet ist, sich auf die Marktstellung der Klägerin auszuwirken.

Vgl. EuGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – C-282/13 –  
, juris Rn. 39.

Die Klage dürfte auch begründet gewesen sein.

Die Feststellung, dass ein gemäß dem in Bezug genommenen Term Sheet gegründetes und betriebenes Gemeinschaftsunternehmen den Pflichten der Regulierungsverfügungen BK 3g-15/004 und BK 3h-14/114 nicht unterliege, stellt sich nach summarischer Prüfung als rechtswidrig dar, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Sie steht in Widerspruch zu § 3 Nr. 29 TKG, nach dem unter den Begriff des „Unternehmens“ im Sinne des TKG nicht nur die konkrete juristische Person selbst fällt – hier die in den maßgeblichen Marktanalysen sowie den vorgenannten Regulierungsverfügungen genannte Beigeladene zu 1.) – sondern auch mit ihr im Sinne der §§ 36 Abs. 2 und 37 Abs. 1 und Abs. 1 GWB verbundene Unternehmen.

Ein solches wäre auch das im Tenor des angegriffenen Beschlusses genannte Gemeinschaftsunternehmen gewesen. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen in der Entscheidung der Präsidentenkammer zu den dortigen Ziffern 1. und 2. verwiesen werden. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Vorschrift § 3 Nr. 29 TKG bestehen wohl nicht, weshalb die Vorschrift auch nicht aufgrund solcher Bedenken einschränkend ausgelegt werden muss.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Dezember 2013 – 6 C  
24/12 –, juris Rn. 23.

Entgegen der Ansicht der Beklagten wäre das Gemeinschaftsunternehmen wohl jedoch nicht deshalb ausnahmsweise von den Marktanalysen und Regulierungsverfügungen ausgenommen gewesen, weil es erst nach der Marktanalyse gegründet geworden wäre.

Eine solche Ausnahme dürfte entgegen der Ansicht der Beklagten nicht aufgrund der in dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG enthaltenen Grundsätze der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns geboten gewesen sein. Denn es ist in § 3 Nr. 29 TKG eindeutig gesetzlich geregelt, unter welchen Voraussetzungen verschiedene juristische Personen als „ein“ Unternehmen gelten. Im Gegenteil wäre es aus Gründen der Rechtssicherheit problematisch, die Anwendbarkeit der Legaldefinition des § 3 Nr. 29 TKG davon abhängig zu machen, ob dies im Einzelfall zu vermeintlich sachgerechten Ergebnissen führt.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Dezember 2013 – 6 C  
24/12 –, juris Rn. 23.

Eine Ausnahme dürfte auch nicht im Hinblick auf Verfahrensrechte geboten gewesen sein, namentlich im Hinblick auf das Anhörungserfordernis gem. § 28 Abs. 1 VwVfG sowie das Recht auf Stellungnahme gem. §§ 10 Abs. 3, 11 Abs. 4 i.V. m. 12 TKG. Dass das Gemeinschaftsunternehmen der Regulierung unterworfen würde, ohne die Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt zu haben, liegt in der Natur der Norm des § 3 Nr. 29 TKG. Es macht insofern auch keinen Unterschied, ob ein verbundenes Unter-



nehmen vor oder nach der Marktanalyse gegründet wurde, denn § 3 Nr.29 TKG enthält gerade nicht das Tatbestandsmerkmal, dass das verbundene Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt haben müsste. Der Vorschrift ist immanent, dass verbundene Unternehmen nicht zwangsläufig am Verfahren beteiligt waren, wenn sie zuvor nicht auf dem regulierten Markt tätig waren. Wären von Marktanalysen nur konkret verfahrensbeteiligte Unternehmen umfasst, wäre § 3 Nr. 29 TKG überflüssig, weil diese Unternehmen dann stets explizit genannt und als Adressat der Entscheidung aufgenommen werden müssten. Im Übrigen beziehen sich Anhörungsrechte von Betroffenen regelmäßig nur auf Entscheidungen im Verwaltungsverfahren. § 3 Nr. 29 TKG ist aber eine Rechtsnorm

Auch die Verfahrensrechte der Beigeladenen zu 2.) wären wohl nicht verletzt worden. Sie wäre als Gesellschafterin des Gemeinschaftsunternehmens nicht unmittelbar rechtlich, sondern allenfalls mittelbar wirtschaftlich betroffen gewesen; zudem hätte sie sich durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens „sehenden Auges“ in die Regulierung begeben. Im Übrigen gilt auch hier: § 3 Nr. 29 TKG ist eine Rechtsnorm; dass es gegen solche Rechtsnormen eigenständige Verfahrensrechte gäbe, ist nicht ersichtlich.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Gemeinschaftsrecht. So regeln die insoweit in Betracht kommenden Art. 14 Abs. 2, 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie, was ein „Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht“ ist sowie dass die nationalen Regulierungsbehörden diesen bestimmte regulatorische Verpflichtungen auferlegen; sie enthalten jedoch gerade keine dem § 3 Nr. 29 TKG vergleichbare Regelung zu verbundenen Unternehmen.

Schließlich dürfte auch die Entscheidung der Kommission vom 4. August 2014 zu einer Notifizierung der portugiesischen Regulierungsbehörde (C (2014) 5698 final) einer Erstreckung der Marktanalyse auf das Gemeinschaftsunternehmen nicht entgegengestanden haben. Abgesehen davon, dass die Entscheidung ohnehin nur inter partes gilt, lag ihr ein anderer – und mit der vorliegenden Konstellation wohl nicht vergleichbarer – Sachverhalt zugrunde. Die Kommission bemängelte in der Entscheidung, dass die portugiesische Regulierungsbehörde bei der Feststellung beträchtlicher Marktmacht eine Unternehmensgruppe genannt hatte, ohne hinsichtlich der einzelnen darin versammelten Unternehmen zu differenzieren; die Frage, ob nachträglich gegründete Unternehmen nach § 3 Nr. 29 TKG Gegenstand einer Marktanalyse sein können, war weder Gegenstand der Entscheidung, noch ist ersichtlich, dass die Kommission diesbezüglich eine Aussage treffen wollte. Dies gilt zumal vor dem Hintergrund, dass § 3 Nr. 29 TKG auf eine Stärkung der regulatorischen Verpflichtungen – und damit auch solcher aus der Rahmenrichtlinie – zielt. Denn mit der Vorschrift soll verhindert werden, dass Unternehmen, die über eine beträchtliche Marktmacht verfügen, Dienstleistungen auf verbundene, rechtlich selbstständige Unternehmen auslagern, die nicht über eine beträchtliche Marktmacht verfügen und sich damit der Regulierung entziehen.

- 6 -

Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Dezember 2013 – 6 C 24/12 –, juris Rn. 23.

Sonstige Aspekte, die zu einer abweichenden Kostenverteilung Anlass geben könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere besteht entgegen der Auffassung der Beklagten kein Grund, die Erledigungserklärung der Klägerin als verdeckte Rücknahme der Klage zu werten und ihr deshalb in Anwendung des Rechtsgedankens des § 155 Abs. 2 VwGO die gesamten Verfahrenskosten aufzuerlegen.

Vgl. hierzu BVerwG, Beschluss vom 24. Juni 2008 – 3 C 5/07 –, juris Rn. 3.

Der Rechtsstreit hat sich in der Hauptsache nämlich tatsächlich erledigt. Der Beschluss vom 13. Juli 2018 (BK 3-17/071) ist gegenstandslos geworden, denn die Beigeladenen haben das im Tenor des Beschlusses ausdrücklich in Bezug genommene Term Sheet aufgehoben; die Beigeladene zu 1.) hat nicht mit der Beigeladenen zu 2.) ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet, sondern mit deren Muttergesellschaft – die jedoch nicht Adressatin des vorgenannten Beschlusses ist. Die Gründung eines erneuten Gemeinschaftsunternehmens im Sinne der angegriffenen Entscheidung ist damit nicht mehr möglich.

Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Sache für die Klägerin ist es angemessen, den Streitwert auf den festgesetzten Betrag zu bestimmen (§ 52 Abs. 1 GKG).

### **Rechtsmittelbelehrung**

Ziffer 1 dieses Beschlusses ist unanfechtbar (entsprechend § 92 Abs. 3 Satz 2, § 158 Abs. 2 VwGO).

Gegen Ziffer 2 dieses Beschlusses kann schriftlich oder zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, Beschwerde eingelegt werden.

Statt in Schriftform kann die Einlegung der Beschwerde auch als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) erfolgen.

Anträge und Erklärungen können ohne Mitwirkung eines Bevollmächtigten schriftlich oder als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a VwGO und der ERVV eingereicht oder zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegeben werden; § 129a der Zivilprozessordnung gilt entsprechend.

Die Beschwerde ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem das Verfahren sich erledigt hat, einzulegen. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist

- 7 -

festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt.

Die Beschwerdeschrift sollte zweifach eingereicht werden. Im Fall der Einreichung eines elektronischen Dokuments bedarf es keiner Abschriften.

Herzig



Beglaubigt  
Schallenberg, VG-Beschäftigte  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle