



## Beschlusskammer 3

BK3b-22/015

- Öffentliche Fassung -

### B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Auferlegung, Beibehaltung und der Änderung von Verpflichtungen auf den Märkten für Massenprodukte auf der Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellter Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3b der Empfehlung 2014/710/EU)

betreffend:

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

Betroffene zu 1)

und

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

Betroffene zu 2)

– Verfahrensbevollmächtigte

der Betroffenen zu 1):

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

der Betroffenen zu 2.:

Deutsche Telekom AG  
Friedrich-Ebert-Allee 140  
53113 Bonn,  
vertreten durch den Vorstand,

von dieser bevollmächtigt:

Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Charlottenstraße 57  
10117 Berlin,

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

durch

die Vorsitzende Ute Dreger  
die Beisitzerin Sonja Wenzel-Woesler und  
den Beisitzer Matthias Wieners

nach der von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur beschlossenen Festlegung BK1-20/004:

*„Auf dem Markt für Massenmarktprodukte auf der Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellter Zugang auf Übergabeebene Layer 3 verfügen im regulierungsbedürftigen räumlichen Markt B die*

**Telekom Deutschland GmbH**

*und die mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG) im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht. Keine beträchtliche Marktmacht besteht im nicht regulierungsbedürftigen räumlichen Markt A bestehend aus den in der Anlage genannten 145 Städten.“*

Anlage: Liste der 145 Städte mit mehr als 60.000 Einwohnern (Stand 31.12.2015)

Aachen, Aalen, Arnsberg, Aschaffenburg, Augsburg, Bamberg, Bayreuth, Bergheim, Bergisch Gladbach, Berlin, Bielefeld, Bocholt, Bochum, Bonn, Bottrop, Brandenburg an der Havel, Braunschweig, Bremen, Bremerhaven, Castrop-Rauxel, Celle, Chemnitz, Cottbus, Darmstadt, Delmenhorst, Dessau-Roßlau, Detmold, Dinslaken, Dormagen, Dorsten, Dortmund, Dresden, Duisburg, Düren, Düsseldorf, Erfurt, Erlangen, Essen, Esslingen am Neckar, Flensburg, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Fulda, Fürth, Garbsen, Gelsenkirchen, Gera, Gießen, Gladbeck, Grevenbroich, Göttingen, Gütersloh, Hagen, Halle (Saale), Hamburg, Hamm, Hanau, Hannover, Heidelberg, Heilbronn, Herford, Herne, Herten, Hildesheim, Ingolstadt, Iserlohn, Jena, Kaiserslautern, Karlsruhe, Kassel, Kempten, Kerpen, Kiel, Koblenz, Konstanz, Krefeld, Köln, Landshut, Leipzig, Leverkusen, Lippstadt, Ludwigsburg, Ludwigshafen, Lübeck, Lüdenscheid, Lüneburg, Lünen, Magdeburg, Mainz, Mannheim, Marburg, Marl, Minden, Moers, Mönchengladbach, Mülheim an der Ruhr, München, Münster, Neubrandenburg, Neumünster, Neuss, Neuwed, Norderstedt, Nürnberg, Oberhausen, Offenbach, Oldenburg, Osnabrück, Paderborn, Pforzheim, Plauen, Potsdam, Ratingen, Recklinghausen, Regensburg, Remscheid, Reutlingen, Rheine, Rosenheim, Rostock, Rüsselsheim, Saarbrücken, Salzgitter, Schwerin, Siegen, Sindelfingen, Solingen, Stuttgart, Trier, Troisdorf, Tübingen, Ulm, Velbert, Viersen, Villingen-Schwenningen, Weimar, Wesel, Wiesbaden, Wilhelmshaven, Witten, Wolfsburg, Worms, Wuppertal, Würzburg, Zwickau

auf die mündliche Verhandlung vom 19.03.2024

folgende

## **Regulierungsverfügung**

beschlossen:

Öffentliche Fassung

## I. Verpflichtungen der Betroffenen zu 1)

Gegenüber der **Betroffenen zu 1)** werden unter Beibehaltung, Änderung sowie teilweisem Widerruf der mit Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015 auferlegten Pflichten folgende Verpflichtungen auferlegt,

### Gleichbehandlungsverpflichtungen:

1. den Zugang dadurch in **diskriminierungsfreier** Weise zu gewähren, dass **Vereinbarungen** über Zugänge zu Endkundenanschlüssen in Form eines Layer-3-Zugangsproduktes an den Übergabe-Standorten der Kernnetze bei massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen **auf objektiven Maßstäben** beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren, der in Bezug auf Funktionsumfang und Preis mindestens jenem vergleichbar ist, den die Betroffene zu 1) der Betroffenen zu 2) gegenüber bereitstellt und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen;
2. zur Gewährleistung eines **gleichwertigen** Zugangs nach Ziffer 0. allen Zugangsnachfragern darüber hinaus Dienstleistungen und Informationen zu denselben Bedingungen, einschließlich Entgelten und Dienstumfang, innerhalb derselben Fristen, unter Verwendung derselben Systeme und Prozesse und mit gleicher Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (**Prinzip der Gleichwertigkeit des Inputs, Equivalence of Input, Eol**) bereitzustellen,

### Monitoringverpflichtungen:

3. den betroffenen Zugangsnachfragern auf Anforderung und der Bundesnetzagentur ohne gesonderte Aufforderung **monatliche Auswertungen** nebst Berechnungsmethoden über die grundlegenden Leistungsindikatoren für die nachfolgenden **Elemente der Leistungsbereitstellung** für Dritte in einer Form zu überlassen, die Rückschlüsse auf die Einhaltung der Verpflichtungen nach Ziffer 0. und 2. ermöglichen:
  - Bestellprozess,
  - Bereitstellung und
  - Dienstqualität, einschließlich der Mängel und des Entstörprozesses
4. der Bundesnetzagentur zwecks fortlaufender Nachprüfbarkeit einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung nach Ziffer 3 des Tenors im Hinblick auf die gleiche Nutzbarkeit der verwendeten Systeme und Prozesse monatlich geeignete Leistungsdaten zu übermitteln hinsichtlich
  - der **Gesamtdurchlaufzeiten** für die verschiedenen Geschäftsprozesse, jeweils differenziert danach, ob es sich um eigene oder Aufträge Dritter handelt, sowie
  - der **Bearbeitungszeit der Aufträge** durch das IT-System „Digital-OSS“, jeweils aufgeschlüsselt nach eigenen Aufträgen und Aufträgen Dritter sowie nach Geschäftsfall,
5. die diskriminierungsfreie Zugangsgewährung nach Ziffer 2. auch hinsichtlich der preislichen Komponente sicherstellt und nachprüfbar macht, indem sie zur Ermöglichung des wirtschaftlichen Nachbildbarkeitstests (**Economic Replicability Test, ERT**) folgende **Informationen** für den jeweiligen Kalendermonat erfasst und auf Anforderung der Bundesnetzagentur vorlegt:
  - die abgesetzten Mengen an breitbandigen Produkten,
  - die Verteilung der breitbandigen Produkte auf die angebotenen Bandbreiten,
  - die Verteilung der Übergabeanschlüsse (1G, 10G, 100G) sowie

- der durchschnittlich am Übergabeanschluss übermittelte Transport

#### **Transparenzverpflichtungen:**

6. Transparenz dadurch herzustellen, dass gültige **Verträge** über Zugänge gemäß Ziffer 1. der Bundesnetzagentur ohne gesonderte Aufforderung und in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen, es sei denn, der jeweilige Vertrag liegt der Bundesnetzagentur bereits vor. Die Pflicht umfasst auch Verträge mit Unternehmen, die mit einer der Eigentümerinnen der Betroffenen zu 1) gemäß § 3 Nr. 69 TKG verbunden oder zusammengeschlossen sind,

#### **Standardangebotsverpflichtung:**

7. ein **Standardangebot** für ein Layer-3-Zugangsprodukt an den Übergabe-Standorten der Kernnetze bei massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen zu veröffentlichen, wobei die Angaben zu den Standorten des Zugangs bzw. der Kollokation nicht veröffentlicht, sondern interessierten Unternehmen nur auf Nachfrage zugänglich gemacht werden müssen.

### **II. Monitoringverpflichtungen der Betroffenen zu 2)**

Die **Betroffene zu 2)** wird verpflichtet,

8. die ihr mit Tenorziffer 2.6.1 bis 2.6.6 und 2.6.8 des Beschluss BK3b-20/027 vom 23.12.2022 auferlegte Verpflichtung auch zur Ermöglichung des ERT über alle mit ihr verbundenen und zusammengeschlossenen Unternehmen zu erfüllen.

### **III. Widerrufe**

Alle nicht durch diese oder die Regulierungsverfügung BK3b-20/027 beibehaltenen oder neu geregelten Verpflichtungen aus der Regulierungsverfügung BK3h-14/114 werden widerrufen.

## A. Sachverhalt

### 1. Betroffene des Verfahrens

Gegenstand dieses Verfahrens sind im Wesentlichen die Regulierungsverpflichtungen der Betroffenen zu 1) auf den Märkten für Massenprodukte auf der Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellter Zugang zu Teilnehmeranschlüssen im Zusammenhang mit ihrem Glasfasernetz.

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

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

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

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

### 2. Bisheriger Regulierungsrahmen, Verfahrenseinleitung und Ermittlungen

Nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur verfügt die Betroffene zu 2) auf dem hier relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht. Sie (bzw. ihre Rechtsvorgängerin) unterliegt seit 2006 Regulierungsverpflichtungen in dem definierten Markt. Diese Regulierungsverpflichtungen wurden mit Beschluss BK3h-14/114 vom 28.10.2015 auf der Basis der Festlegung der

Präsidentenkammer BK1-14/001, die der Märkteempfehlung 2014/710/EU vom 09.10.2014 folgte, neu überprüft. Dabei wurde – bei Aufrechterhaltung der Zugangsverpflichtung an allen geeigneten Übergabepunkten der Netzhierarchie – die Diskriminierungsverpflichtung entsprechend dem EoO-Standard konkretisiert und durch ein Monitoring zentraler Leistungsindikatoren (Key Performance Indikatoren, KPI) ergänzt. Weiterhin wurde der Betroffenen zu 2) die Standardangebotsverpflichtung, die Anzeigeverpflichtung für die Entgelte sowie eine Pflicht zur getrennten Rechnungstellung beibehalten.

Diese Regulierungsverpflichtungen wurden für die HVt-Regionen von 20 Städten widerrufen unter der aufschiebenden Bedingung, dass ein Layer-2-Bitstromzugangsprodukt gemäß den Bedingungen des regulierten Standardangebots in den jeweiligen HVt-Regionen verfügbar ist. Mit Mitteilung Nr. 479 im Amtsblatt 15/2019 vom 07.08.2019 und Mitteilung Nr. 72 im Amtsblatt 05/2020 vom 18.03.2020 hat die Beschlusskammer über die Erfüllung dieser Bedingung informiert und deklaratorisch festgestellt, dass die betroffenen HVt-Regionen nicht mehr der sektoralen Regulierung unterfallen.

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

Soweit diese Verpflichtungen mit den Regulierungsverfügungen BK3i-19/020 vom 21.07.2022 und BK3b-20/027 vom 23.12.2022 überprüft und neu gefasst worden sind, betrifft dies nicht die Betroffene zu 1), da die Beschlusskammer die diesbezügliche Ermessensentscheidung separaten Verfahren vorbehalten hatte.

Nach der Entscheidung der Präsidentenkammer vom 16.12.2020 im Verfahren BK1-20/004 zur Markdefinition und Marktanalyse zu Markt Nr. 3b der Empfehlung 2014/710/EU (Markt betreffend eines für Massenprodukte an festen Standorten zentral bereitgestellten Zugangs) (nachfolgend „Festlegung“) ist der subnationale Markt für Massenprodukte auf der Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellter Zugang auch zukünftig regulierungsbedürftig i. S. d. § 11 Abs. 2 TKG, sofern Zugänge in Gemeinden mit einer geringeren Einwohneranzahl als 60.000 betroffen sind.

In Folge dessen ist durch die Beschlusskammer über die Auferlegung, Änderung, Beibehaltung oder den Widerruf der in § 13 Abs. 1 S. 1 TKG aufgeführten Verpflichtungen zu entscheiden.

Mit Blick auf diese Vorgaben hat die Beschlusskammer mit Schreiben vom 11.10.2022 der Betroffenen zu 1) mitgeteilt, dass nach dem Stand der Marktdefinition und Marktanalyse die Betroffene zu 2) und die mit ihr zusammengeschlossenen Unternehmen über beträchtliche Marktmacht auf dem subnationalen Markt für den Layer-3-Bitstromzugang mit Übergabepunkten auf verschiedenen Ebenen der Kernnetzhierarchie einschließlich HFC-Breitbandzugang verfügen. Die Beschlusskammer beabsichtige daher, der Betroffenen zu 1) auf dem analysierten Markt Regulierungsverpflichtungen bezüglich des Zugangs, der Gleichbehandlung unter Berücksichtigung der Empfehlung der EU-Kommission zur Nichtdiskriminierung, der Vertragsvorlage, eines Standardangebots, der Entgeltregulierung und ggf. einer getrennten Rechnungsführung aufzuerlegen. Ferner sei beabsichtigt, die Regulierungsverpflichtungen hinsichtlich des Layer 3-Bitstromzugangs für die in der Festlegung der Präsidentenkammer genannten Gemeinden zu widerrufen.

In ihren dazu abgegebenen Stellungnahmen – zuletzt vom 09.02.2024 – äußert sich die Betroffene zu 1) wie folgt:

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

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

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

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

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

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

Die Commitment-Preise der Betroffenen zu 1) seien auch nicht deshalb effektiv höher als bei der Betroffenen zu 2), weil die Betroffene zu 1) im Vergleich mit der Betroffenen zu 2) mehr

kleiner als große Ortsnetze anbinde. Beide Unternehmen würden die gleichen Entgelte fordern, die die höheren Ausbaukosten in kleinen Ortsnetzen berücksichtigen würden.

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

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

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

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

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

Die Beschlusskammer steht seit Eröffnung des Verfahrens mit dem Bundeskartellamt im Austausch zum Umsetzungsstand der von der Betroffenen zu 1) im Zusammenschlussverfahren abgegebenen Verpflichtungszusage.

### **3. Konsultationsverfahren**

Der Entwurf der Regulierungsverfügung wurde am 06.03.2024 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Hierauf hat die Beschlusskammer im Amtsblatt Nr. 05/2024 vom 06.03.2023 als Mitteilung Nr. 107/2024 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur hingewiesen. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Im Rahmen des Konsultationsverfahrens haben die Betroffenen zu 1) und 2) sowie die Plusnet GmbH (Plusnet), die Telefónica Germany GmbH & Co. OHG (Telefónica), und der VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. (VATM) schriftlich zu dem Verfahren Stellung genommen.

#### **Zum Vorliegen beträchtlicher Marktmacht**

Aus Sicht der Betroffenen zu 1) dürften die beabsichtigten Regulierungsverpflichtungen nicht auferlegt werden, weil die Marktfestlegung auf veralteten Marktdaten beruhen und überholt sei. Auf dem Layer-3-Bitstrommarkt bestünde ausreichender Wettbewerb und sie würde gegenüber anderen Wettbewerbern durch die auferlegten Verpflichtungen benachteiligt.

Die Marktfestlegung aus dem Jahr 2020 beruhe im Wesentlichen auf einer Datengrundlage aus dem Jahr 2016, sodass die Marktfestlegung die tatsächlichen Marktgegebenheiten im Jahr 2024 nicht hinreichend wiedergeben könne. Unter Bezugnahme auf ihre Argumentation im Parallelverfahren BK3h-21/010 würden aktuelle Zahlen der BNetzA und des Breitbandatlases die Überholtheit der Daten verstärken. Aktuelle Daten seien aber erforderlich, damit die Beschlusskammer tatsächlich prognostizieren könne, welche Regulierungsinstrumente heranzuziehen seien, um die Regulierungsziele des § 2 TKG zu erreichen. Ferner sei in der Marktanalyse aus dem Jahr 2020 nicht berücksichtigt worden, dass die EU-Kommission den Markt 3b inzwischen nicht mehr als regulierungsbedürftig ansehe. Diese Sichtweise werde auch von der Monopol- und der EU-Kommission geteilt. Letztere habe bereits im Rahmen der Konsolidierung der Regulierungsverfügung betreffend die Betroffene zu 2) im Jahr 2022 die mangelnde Aktualität der Marktanalyse moniert, da Abhilfemaßnahmen nur dann gerechtfertigt seien, wenn diese auf den jeweils neusten Daten beruhen würden. Die Zugrundelegung veralteter Daten stelle aus Sicht der Betroffenen zu 1) einen Verstoß gegen § 15 Abs. 1 TKG dar, wenn die Beschlusskammer die Ergebnisse der Marktfestlegung aus dem Jahr 2020 nicht überprüfen würde. Der Erlass der Regulierungsverfügung 39 Monate nach dem Erlass der Marktanalyse stelle zudem einen Verstoß gegen § 14 Abs. 1 TKG dar, der eine Regelfrist zwischen Erlass der Marktfestlegung und der Regulierungsverfügung von 6 Monaten vorsehe. Sachliche Gründe, die ein Abweichen von der Regelfrist von mehr als 2,5 Jahre rechtfertigen könnten, seien von Seiten der Beschlusskammer nicht vorgetragen worden. Aufgrund der mangelnden Vorhersehbarkeit der Regulierungsentscheidung liege zudem ein Verstoß gegen den EKEK und die Gigabit-Empfehlung vor.

Aus Sicht der Plusnet, der Telefónica und des VATM sollten die verbundenen Unternehmen in Zukunft in identischer Art und Weise und zeitgleich mit der Betroffenen zu 2) reguliert werden. Dies sei zur Verfahrensbeschleunigung erforderlich. Sofern Ausnahmen in Frage kämen, seien diese erst in einem zweiten Schritt zu erwägen und anschließend in einem Teil-Widerruf der Regulierungsverfügung umzusetzen. Nur so könne die lange Verfahrensdauer umgangen werden, die dem Wettbewerb aufgrund fehlender Rechts- und Planungssicherheit schade.

Die von der Betroffenen zu 1) gemachten Verpflichtungszusagen aus dem Kartellverfahren zur Erlangung der Freigabe im Fusionskontrollverfahren würden die Erforderlichkeit der Regulierung durch die Bundesnetzagentur nicht entfallen lassen. Aus Sicht von VATM und Plusnet

sei auch kein anderes Ergebnis denkbar gewesen, da die verbundenen Unternehmen von der beträchtlichen Marktmacht der Betroffenen zu 2) auf dem entsprechenden Markt profitieren würden.

### **Zur Bewertung des Dienstleistungsverhältnisses zwischen der Betroffenen zu 1) und der Betroffenen zu 2)**

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

Letzteres wird insbesondere vom VATM sowie der Vodafone und 1&1 Versatel (letztere im parallelen Verfahren BK3h-22/005) darauf hingehend begründet, dass es sich bei der Betroffenen zu 1) faktisch, zumindest aber wertungsgemäß um ein Betreibermodell handle und weniger um ein eigenständiges Gemeinschaftsunternehmen. Vodafone trägt vor, dass der vollständige operative Betrieb einschließlich der notwendigen IT-Systeme und Prozesse, die zu nutzenden Übergabepunkte sowie die von Nachfragern zu nutzenden Schnittstellen vollständig und ohne Unterschied zum eigenen Angebot der Betroffenen zu 2) von dieser für Zugangsnachfrager abgewickelt werde. Ein eigenes Angebot der Betroffenen zu 1) gebe es dagegen nicht. Die rechtliche Gestaltung durch die Beteiligung eines externen Investors könne im Ergebnis nicht zu einer anderen regulatorischen Behandlung und Bewertung als bei anderen Betreibermodellkonstruktionen führen. Dafür spreche auch, dass die Errichtung der Infrastruktur für die Betroffene zu 1) durch die Betroffene zu 2) erfolge, so dass es sich tatsächlich um Angebote der Betroffenen zu 2) handle, die lediglich auf einer von der Betroffenen zu 1) mitfinanzierten Infrastruktur und in deren Namen erfolgten. Die Regulierungsverfügung BK3i-19/020 sei daher auf die Betroffene zu 1) zu erstrecken.

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

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

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

Auch die operative Umsetzung spreche gegen eine Einordnung der Betroffenen zu 1) als eigenständiger Netzbetreiber. Der Netzaufbau- und -betrieb der Betroffenen zu 1) erfolge vollumfänglich durch die Betroffene zu 2). Die Darstellung der Betroffenen, dass es sich hierbei

um eine befristete vertragliche Regelung handele, sei dabei vermutlich der Möglichkeit der Vollkonsolidierung durch die Betroffenen zu 2) nach zehn Jahren geschuldet; die ernsthafte Intention eines Betreiberwechsels bezweifelt die 1&1. Der Außenauftritt der Betroffenen zu 1) erfolge weitestgehend über die Marke der Betroffenen zu 2). So würden die Bereiche „Ausbau und Endkundenvertrieb“ der Betroffenen zu 1) im Bürgerdialog von Mitarbeitern der Betroffenen zu 2) analog ihres eigenen Ausbaus vorgestellt. Hierfür fügt sie beispielhafte Abbildungen bei. Auch im Ausbau der Betroffenen zu 1) würde Technik der Betroffenen zu 2) inklusive ONTs installiert, die Logo trügen.

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

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

### **[BUGG]**

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

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

Der Antrag der 1&1 Versatel sei zurückzuweisen.

Die Betroffene zu 1) sei ein paritätisches Joint Venture bei dem die beiden Joint Venture Partner in allen wesentlichen Entscheidungen gleichberechtigt seien. Dies gelte auch für das operative Geschäft. Zugunsten der Betroffenen zu 2) bestünden keine Sonderrechte. Insbesondere liege kein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag zwischen der Betroffenen zu 2) und der Betroffenen zu 1) vor. Die Betroffene zu 1) sei zudem weder organisatorisch in die Betroffene zu 2) eingegliedert noch erfolge eine Konsolidierung. Daraus folge die Unabhängigkeit der Betroffenen zu 1) von der Betroffenen zu 2). Die grundrechtlich geschützten Interessen der GFH2 und damit letztlich der IFM aus Art. 14 Abs. 1 GG würden verletzt, wenn die Betroffene zu 1) der Betroffenen zu 2) zugerechnet werde.

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

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

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

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

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

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

### **Gleichbehandlungspflichten**

Der VATM ist der Ansicht, dass sich die „Regulierung light“ der Betroffenen zu 2) im Glasfaserbereich insbesondere im Hinblick auf die Einhaltung der ERT- und PKS-Prüfungen sowie der Einhaltung der Eol-Verpflichtungen nicht bewährt habe.

### **ERT beim FB-IP-Bitstrom**

#### **Allgemeines**

Sowohl die Betroffene zu 1) als auch die Betroffene zu 2) erachten es als zutreffend, dass die Beschlusskammer die wirtschaftliche Nachbildbarkeit bejaht. Die Betroffene zu 2) begrüßt ausdrücklich, dass die Beschlusskammer von einer Zugangs- und Entgeltregulierung des FB-IP-Bitstroms der Betroffenen zu 1) absieht, weil einem effizienten Nutzer des FB-IP-Bitstroms der Betroffenen zu 1) eine ausreichende Spanne zwischen den Preisen der relevanten Endkundenprodukte der Betroffenen zu 2) und den eigenen Kosten verbleibe. Indes sind beide Betroffenen der Ansicht, dass die ERT-Prüfung methodische, letztendlich aber nicht ergebnisrelevante Mängel aufweist. Dennoch seien sie zu beheben, weil sie das Ergebnis des ERT erheblich zu Lasten der Betroffenen verzerren.

Auch aus Sicht der Telefónica sei die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung nach den Eol-Grundsätzen gemäß § 24 TKG ausreichend, um den Interessen des Wettbewerbs zu genügen, sofern die vorhandenen Mängel bei der Ausgestaltung und Anwendung der ERT-Prüfung beseitigt werden würden und eine effiziente jederzeitige Kontrolle der Nachbildbarkeit der Endkumentarife durch die Bundesnetzagentur sichergestellt werde. Insbesondere dürfe durch die Umsetzung des gewählten Regulierungskonzeptes keine Aufweichung des Missbrauchsmaßstabs nach §§ 37 und 46 TKG erfolgen. Denn die Zielsetzung einer PKS-Prüfung nach § 37 Abs. 2 TKG unterscheide sich insoweit nicht wesentlich von einer ERT-Prüfung. Es sei zudem essentiell für die Prüfung des ERT, dass die erforderlichen Daten monatlich in aktualisierter Form von der BNetzA abgefragt werden würden.

### **Bestimmung des Flaggschiffprodukts**

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

Aus Sicht der Telefónica stehe die enge Definition des Flaggschiff-Produktes im Widerspruch zum Sinn und Zweck der ERT-Prüfung und den Ziffern 27 und 32 der Gigabit-Empfehlung, da ein zu großer Raum für missbräuchliche Preissetzung bestehe und die Betroffenen zu 1) und 2) ihre Flexibilität bei der Preisgestaltung ausnutzen würden, um Wettbewerber aus dem Markt zu drängen. So könnten die Betroffenen zu 1) und 2) einen preislichen Verdrängungswettbewerb um die Flaggschiffprodukte herumführen, indem sie andere von den Wettbewerbern nicht nachbildbare Tarife, die von der Beschlusskammer noch nicht als Flaggschiffe eingestuft wor-

den seien, zu günstigeren Konditionen anbieten würden. Dies zeige sich bereits in der Mischbetrachtung im Rahmen der ERT-Prüfung. Trotz Deltas von 0,90 € und 1,21 € bei den besonders relevanten Flaggschiffprodukten liege das Gesamtdelta produktübergreifend nur bei 0,12 €. Bei nur solch minimalen Gewinnmargen könnten Wettbewerber keinen ausreichenden Gewinn erzielen. Das Erfordernis, dass Wettbewerber rentabel wirtschaften können müssten, ergebe sich aus Ziffer 33 der Gigabit-Empfehlung. Der erzielbare Gewinn müsse aus Sicht der Telefónica jedenfalls über der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals des marktmächtigen Unternehmens in Höhe des nominalen WACCs liegen.

Nach Ansicht des VATM sei der ERT zumindest auf alle Anschlussklassen zu beziehen, die im Rahmen des Standardangebotes für den virtuell entbündelten Zugang in Form eines Layer 3-Zugangsproduktes am PoP bei massenmarktfähigen FTTH/B-Infrastrukturen sind bzw. sein werden.

### **Reduziertes Bereitstellungsentgelt**

Die Betroffenen zu 1) und zu 2) teilen mit, dass das von der Beschlusskammer angesetzte Bereitstellungsentgelt i.H.v. 49,50 € zum 01.05.2024 auf 5,19 € abgesenkt worden sei.

### **Beschränkung auf die Commitment-Preise**

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

### **Bestimmung des gewichteten monatlichen Überlassungsentgeltes**

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

Im Hinblick auf die Folgen des anteiligen Ausbaus in großen und kleinen Ortsnetzen auf den zugrunde zu legenden monatlichen Überlassungspreis fordert die Betroffene zu 1) ohne nähere Begründung, dass die Beschlusskammer dem ERT der Betroffenen zu 1) eine Ausbauteilung von 80 % für große Ortsnetze und von 20 % für kleine Ortsnetze zugrunde legt.

Die Betroffene zu 2) hält den von der Beschlusskammer aufgeschlagenen Sicherheitsaufschlag für ländliche Gebiete, der den gewichteten Vorleistungspreis zu Lasten des regulierten Unternehmens höher erscheinen lasse, als er tatsächlich sei, für unnötig. Es liege in der Natur eine Prognose, dass die ermittelten Werte mit einer gewissen Unsicherheit verbunden seien und der prognostizierte Ausbau nicht exakt dem Ausbaustand in ca. 1,5 Jahren entsprechen werden. Ein Sicherheitsaufschlag, der den Anteil kleiner Ortsnetze bewusst höher ansetze als es die Ausbauplanung ausweist, sei aber nur dann gerechtfertigt, wenn es objektiv wahrscheinlicher wäre, dass die getroffene Prognose zugunsten der großen Ortsnetze verzerrt sei. Dies sei weder der Fall noch werde es von der Beschlusskammer in den Konsultationsentwürfen geltend gemacht. Es sei vielmehr wahrscheinlicher, dass die zugrundeliegende Ausbauplanung 2023–2025 den Anteil der ländlichen Gebiete bereits überbewerte und sich der Ausbau zugunsten der Ballungsräume verlagern werde. Dafür spreche zum einen, dass der Ausbau in

den Ballungsräumen generell kostengünstiger und rentabler sei. Zu diesem strukturellen Grund komme hinzu, dass die Zukunft der Gigabit-Förderung des Bundes, die ein maßgeblicher Treiber des Ausbaus in weniger dicht besiedelten Gebieten sei, akut gefährdet erscheine: Der Betroffenen zu 2) sei bekannt, dass die Haushaltsmittel für das aktuell laufende und ursprünglich bis Ende 2025 geplante Gigabit-Förderprogramm in absehbarer Zeit aufgebraucht sein werden. Von einer Fortsetzung der Förderung des FTTH-Ausbaus in Deutschland in den Jahren 2024 und 2025 sei daher mangels Haushaltsmittel und eines von der Europäischen Kommission genehmigtes Beihilfeprogramm nicht auszugehen. Zudem verschlechterten sich die Bedingungen des geförderten Ausbaus für die Netzbetreiber in den Beihilfeentscheidungen der Europäischen Kommission zunehmend; zugleich Sorge die aktuelle Spruchpraxis der Beschlusskammer 11 dafür, dass die Investitionsrisiken der ausbauenden Unternehmen erheblich stiegen. Vor diesem Hintergrund müsse im ERT allenfalls ein Sicherheitsabschlag für die kleineren Ortsnetze einberechnet werden, da es sehr viel wahrscheinlicher sei, dass deren Ausbau geringer ausfalle als zunächst angenommen, als dass er gegenüber der Prognose steige. Ein „Sicherheitszuschlag“, der einseitig die Prognoserisiken zu Lasten der in VHC-Netze investierenden Unternehmen und zugunsten zugangsbasierter Wettbewerber verzerre, stünde hingegen im direkten Widerspruch zum Ziel des EKEK und auch der Gigabit-Empfehlung, den Ausbau von und die Marktdurchdringung mit Netzen mit sehr hoher Kapazität zu fördern.

### **Kalkulatorischer Upfront im Rahmen des Überlassungspreises**

Die Betroffene zu 1) rügt die von der Beschlusskammer für sie angenommene Auslastung von 50 %. Die Kammer habe nicht berücksichtigt, dass ein effizienter Nachfrager sein Commitment mit dem von ihr angebotenen **[BuGG]** Infolge des höheren Auslastungsgrades von über 100 % sei auch der kalkulatorische Upfront im Rahmen des Überlassungspreises zu korrigieren.

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

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

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

### **Kosten für das Infrastrukturentgelt**

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

das Infrastrukturentgelt für die Betroffene zu 1) eine Auslastung von 50 %, was entsprechend zu korrigieren sei.

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

### **Kundenverweildauer**

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

### **Erlöse**

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

### **Erlösminderungen – Cash-Back-Vorteil**

Die Telefónica fordert eine höhere Berücksichtigung des von der Betroffenen zu 2) gewährten Cash-Back-Vorteils im Rahmen der Erlösminderung.

Sie vermute, dass ein Cash-Back-Vorteil in Höhe von mindestens 100 € bei jedem Vertragsabschluss über ein Magenta Zuhause L (100Mbit/s) ausgezahlt werde, zusätzlich zu dem Cash-Back-Vorteil, den die Beschlusskammer bereits bei Vertragsabschlüssen über Online-Vergleichsportale berücksichtige. Daher sei im ERT die Erlösminderung mit 1,70 € zu bewerten und im Rahmen der Warenkorbbetrachtung anteilig für die Bandbreiten 50 Mbit/s und 100 Mbit/s, mithin in Höhe von 1,20 €.

### **Erlösminderungen - Breitbandmobildfunkbündel**

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

Die Telefónica fordert, den Preisvorteil aus dem Breitbandmobildfunkbündel höher zu bewerten. Nach ihrer Auffassung müsse der Bündelvorteil anhand des Wertes der zusätzlich eingeräumten Leistung aus Sicht des Endkunden bewertet werden. Hierbei komme es nicht darauf an, ob die volle Nutzung des Zusatzvolumens auch tatsächlich erfolgen würde. Denn die Kaufentscheidung des Endkunden hänge allein davon ab, ob das größere Datenvolumen für ihn einen signifikanten Nutzen habe.

Dieser Wert entspreche dem Preisabstand bemessen, den der Kunde für den Tarif mit dem doppelt so großem Datenvolumen zusätzlich zu zahlen hätte, mithin 5 € brutto zwischen den Tarifen XS und S sowie 10 € brutto zwischen den jeweils höheren Tarifen. Hieraus leitet sie

einen Vorteilswert in Höhe von 7,14 € ab, den sie entsprechend der Praxis der Beschlusskammer zu 50% als Erlösminderung wertet. Unter Schätzung des Anteils an MagentaEINS-Kunden aus dem Geschäftsbericht der Betroffenen zu 2) in Höhe von 38% gelangt sie zu einer effektiven monatlichen Erlösminderung in Höhe von 1,36 €

### **Überprüfungsintervall des ERT und Aktionstarife**

Nach Auffassung des VATM solle der ERT mindestens jährlich überprüft werden.

### **Zur Standardangebotsverpflichtung**

Die Betroffene zu 1) ist der Ansicht, dass die Beschlusskammer zu Recht auf eine Verpflichtung zum Zugang zum FB-IP-Bitstrom verzichtet habe. Genauso müsse von einer Standardangebots-Verpflichtung abgesehen werden. Die Betroffene zu 1) habe eine umfassende Nichtdiskriminierungszusage gegenüber dem Bundeskartellamt abgegeben. Zudem habe sie sich dazu verpflichtet, Verhandlungen mit Dritten Telekommunikationsunternehmen nach Treu und Glauben mit der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns gemäß § 347 HGB zu führen. Die Auferlegung einer Standardangebotsverpflichtung bereite ihr weiteren Verwaltungsaufwand, die diese vom Erreichen der Regulierungsziele abhalten. Zudem sei die Standardangebotsverpflichtung grundsätzlich akzessorisch zu einer Zugangsverpflichtung. Die nach der TKG-Novelle bestehende Möglichkeit, auch bei einem Absehen von einer Zugangsverpflichtung eine Standardangebotsverpflichtung aufzuerlegen, müsse aufgrund des erhöhten Aufwands eine Ausnahme bleiben.

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

Es könne auch kein Marktversagen auf dem relevanten Markt festgestellt werden. Die Betroffene zu 1) habe aufgrund ihres Wholesale-Only-Geschäftsmodells bereits ein großes Interesse am zügigen Abschluss von Verträgen über Vorleistungsprodukte, welche die Anforderungen des EoI erfüllen. Ein langwieriger Prozess zur Überprüfung eines Standardangebots sei daher überflüssig. Die Betroffene zu 1) würde bereits über standardisierte und marktverhandelte FB-Verträge für Layer3-BSA-Produkte und professionalisierte Geschäftsprozesse verfügen, die nicht durch ein Standardangebot weiter optimiert werden könnten. Aufgrund all dieser Gründe unterliege die Beschlusskammer einer unzulässigen Ermessensfehlgewichtung.

Aus Sicht der Telefónica sei es essentiell für die Prüfung der Einhaltung der Gebote aus § 24 TKG, dass die Betroffene ein Standardangebot vorlege. Aufgrund der einseitigen Verhandlungsmacht der Betroffenen zu 1) und der fehlenden Zugangsverpflichtung könnten die Nachfrager gegenüber der Betroffenen zu 1) keine gleichwertigen Zugangsbedingungen erwirken. Denn diese habe vorrangig ein Interesse daran, dass ihr Netz von der Betroffenen zu 2) sowie der EWE TEL genutzt würde.

### **Stellungnahmen zur Entgeltgenehmigungspflicht für den FB-IP-Bitstrom**

Die Plusnet kritisiert das Absehen von einer ex-ante Entgeltregulierung im Hinblick auf den FB-IP-Bitstromzugang. Sie ist der Ansicht, dass die Voraussetzungen von § 38 Abs. 2 TKG nicht vorliegen. Insbesondere fehle es an einem nachweisbaren Preisdruck, weil die kupferbasierten Layer 2- oder Layer 3-Bitstromzugangsprüfung nicht der Entgeltregulierung unterliegen würden. Eine reine Missbrauchsprüfung reiche hierfür nicht aus, weil hier allein ein Bezug zu den Endkundenpreisen hergestellt werde, nicht aber zu den effizienten Kosten des Produkts. Im Übrigen sei eine Missbrauchskontrolle langwierig und ermögliche nur eine Entscheidung ex nunc. Es sei zudem nicht nachvollziehbar, warum die Betroffene zu 1) einer Vorlagepflicht hinsichtlich der Verträge, nicht aber auch der Entgelte unterworfen werden solle.

Von einer Preisänderung infolge einer Vertragsanpassung erlange die Beschlusskammer dann nur durch die Vorlage des neuen Vertrages Kenntnis.

### **Zugangsverpflichtung für den FB-IP-Bitstrom**

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

### **Anträge**

Die Betroffenen zu 1) beantragt,

- dem ERT der Betroffenen zu 1) bei der Ausbauverteilung zwischen großen und kleinen Ortsnetzen die aktualisierte Ausbauprognose der Betroffenen zu 1) zugrunde zu legen.
- bei der ERT-Berechnung für den Upfront des FB-Commitments der Betroffenen zu 1) eine Auslastung von 100% anzusetzen und
- bei der ERT-Berechnung für den Upfront des Infrastrukturentgelts der Betroffenen zu 1) eine Auslastung von 100% anzusetzen.

### **4. Stellungnahme des Bundeskartellamts**

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

Die Beschlussabteilung stimmt der Einschätzung der Beschlusskammer zu, dass es sich im Fall der Betroffenen zu 1) und 2) nicht um ein klassisches Betreibermodell, sondern um ein gleich in mehrfacher Hinsicht atypisches Modell handle. Aus diesem Grund falle das Vorleistungsangebot der Betroffenen zu 1) wohl auch nicht schon automatisch unter die Regulierungsverfügung vom 21.07.2022 (BK3i-19/020, siehe zur Erfassung von Betreibermodellen dort auf Seite 105 f.). Letztlich könne im konkreten Fall auch dahinstehen, welche(r) Rechtsträger innerhalb des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht jeweils als Betreiber des passiven bzw. des aktiven Netzes anzusehen sei. Mit Blick auf die spätere Durchsetzbarkeit dürfte es vorliegend auch ausreichen, die Regulierungsverpflichtungen in personaler Hinsicht auf den Rechtsträger der Betroffenen zu 1) zu beschränken. Soweit diese den Umständen nach möglicherweise nicht umfassend selbst über die Ausgestaltung ihres aktiven Vorleistungsangebotes bestimmen könne, könne man zur Absicherung der späteren Durchsetzbarkeit prinzipiell erwägen, die betreffenden Regulierungsverpflichtungen neben der Glasfaser Plus flankierend auch der Betroffenen zu 2) aufzuerlegen. Doch ist insoweit wohl nicht mit praktischen Problemen zu rechnen, da diese ihrerseits ein Interesse daran haben sollte, ihr bundesweit einheitliches Endkundenangebot auch auf Basis des Vorleistungsangebots der Betroffenen zu 1) in jeder Hinsicht nachbilden zu können.

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

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

Mit Schreiben vom 13.06.2024 wurde der Beschlussentwurf der Europäischen Kommission gemäß Art. 32 Abs. 3 der Richtlinie (EU) 2018/1972 notifiziert. Mit Schreiben vom 11.07.2024 in der Sache DE/2024/2517 hat die Kommission mitgeteilt:

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

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

## B. Gründe

### 1. Rechtliche Grundlagen

Rechtliche Grundlage für die Beibehaltung, Änderung bzw. die Auferlegung der im Tenor aufgeführten Maßnahmen sind

- §§ 13 Abs. 1, 24 TKG, soweit
  - die Betroffene zu 1) nach Tenorziffer 0. dazu verpflichtet ist, dass **Vereinbarungen** über Zugänge auf zu Endkundenanschlüssen in Form eines Layer 3-Zugangsproduktes an den Übergabe-Standorten der Kernnetze bei massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen in **diskriminierungsfreier Weise** getroffen werden. Entsprechende Vereinbarungen müssen auf **objektiven Maßstäben** beruhen, nachvollziehbar sein, einen **gleichwertigen Zugang** gewähren, der in Bezug auf Funktionsumfang und Preis mindestens jenem vergleichbar ist, den die Betroffene zu 1) der Betroffenen zu 2) gegenüber bereitstellt und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen,
  - die Betroffene zu 1) nach Tenorziffer I.2. dazu verpflichtet ist, zur **Gewährleistung eines gleichwertigen, virtuell entbündelten Zugangs in Form eines Layer 3-Zugangsproduktes an geeigneten Übergabepunkten im Kernnetz bei massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen** internen wie externen Zugangsnachfragern Dienstleistungen und Informationen zu denselben Bedingungen, einschließlich Preis und Dienstqualität, innerhalb derselben Fristen, unter Verwendung derselben Systeme und Prozesse mit gleicher Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (**EoI**) bereitzustellen,
  - die Betroffene zu 1) nach Tenorziffer I.3. verpflichtet ist, regelmäßig **aktuelle Leistungsindikatoren** zu veröffentlichen bzw. vorzulegen,
  - nach Ziffer 4. des Tenors verpflichtet ist, monatlich zwecks fortlaufender Nachprüfbarkeit einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung nach Ziffer 2 im Hinblick auf die **gleiche Nutzbarkeit der verwendeten Systeme und Prozesse** geeignete Leistungsdaten zu übermitteln,
  - die Betroffene zu 1) nach Tenorziffer 5. verpflichtet ist, monatlich Informationen für die Durchführung eines **ERT** vorzuhalten und auf Anforderung der Bundesnetzagentur vorzulegen,
- §§ 13 Abs. 1, 25 TKG, soweit die Betroffene zu 1) in Tenorziffer 6. zur **Vertragsvorlage** verpflichtet worden ist,
- §§ 13 Abs. 1, 29 TKG, soweit sie in Tenorziffer 7. zur Vorlage eines **Standardangebots** verpflichtet wird,
- § 38 Abs. 2 TKG, soweit von einer Verpflichtung abgesehen wird, die Entgelte für die Gewährung des FB-IP-Bitstrom zur Genehmigung im Verfahren nach § 40 TKG vorzulegen oder im Verfahren nach § 45 TKG zur Anzeige zu bringen.

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

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

Die Beschlusskammer hat bei der Anwendung der nationalen rechtlichen Grundlagen die relevanten **Empfehlungen der EU-Kommission** berücksichtigt. Hierbei handelt es sich insbesondere um:

- die Empfehlung der Kommission vom 06.02.2024 zur regulatorischen Förderung der Gigabit-Konnektivität, (C(2024)523 final), Gigabit-Empfehlung sowie
- den Gemeinsamen Standpunkt des GEREK zu bewährten Regulierungspraktiken auf dem Markt für Breitbandzugang für Großkunden (inklusive Bitstrom), BoR (12)128.

## **2. Zuständigkeit und Verfahren für die Auferlegung von Maßnahmen nach dem 2. Teil des Telekommunikationsgesetzes**

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die tenorierten Verpflichtungen gemäß §§ 13 Abs. 1, 24, 25, 26, 29, 30 und 38 TKG ergibt sich aus § 191 TKG i.V.m. § 211 Abs. 1 S. 1 TKG.

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

Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Regulierungsverfügung sind eingehalten:

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

Die Entscheidung wurde zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis gemäß § 211 Abs. 5 TKG behördenintern abgestimmt. Das Bundeskartellamt hatte Gelegenheit, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern (§ 197 Abs. 2 Nr. 2 TKG).

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

## **3. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen**

Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10 ff. TKG<sup>2004</sup> durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse ist der subnationale Markt B für Layer-3-Bitstromzugang mit Übergabe an verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie potentiell regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG.

Dieser Markt umfasst bezogen auf die tatsächliche Situation in der Bundesrepublik Deutschland nach den Feststellungen der Festlegung die folgenden Varianten des zentral bereitgestellten Zugangs:

- Bitstromzugang auf Ebene Layer 3, regional und national, auf Basis der CuDA-TAL am HVt oder einem anderen näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt, unabhängig davon, ob SDSL, ADSL oder VDSL/VDSL-Vectoring-Leistungen implementiert werden,
- Bitstromzugang auf Ebene Layer 3, regional und national, welcher die TAL am ODF auf Basis von massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen in PtP-Bauweise einbezieht,

- Bitstromzugang auf Ebene Layer 3, regional oder national, mit auf Basis von massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen in PtMP/PON-Bauweise.
- Zudem ist aufgrund des indirekten Wettbewerbsdrucks und der vorhersehbar künftig am Markt verfügbaren Layer-3-BSA Zugangsprodukte der Markt Nr. 3b um die Kabelnetze erweitert. Layer-3-BSA Zugangsprodukte zum Kabelnetz sind daher ebenfalls Teil des Marktes, unabhängig davon, ob die Verkehrsübergabe eher regional oder national erfolgt.

Auf diesem sachlichen Markt verfügen die Betroffene zu 2) sowie die mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 69 TKG) im Sinne des § 11 TKG – mithin also auch die Betroffene zu 1) – über beträchtliche Marktmacht auf dem von der Festlegung identifizierten räumlichen Markt B.

Dieser räumliche Markt umfasst Städte und Gemeinden mit weniger als 60.000 Einwohner

Die Marktmacht der Betroffenen zu 2) auf dem relevanten Markt wurde mit der Festlegung festgestellt. Die Betroffene zu 1) ist ein mit der marktmächtigen Betroffenen zu 2) zusammengefasstes Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 69 TKG i.V.m. § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) GWB, denn die Betroffene zu 2) hält eine Beteiligung in Höhe von 50 % des Kapitals der Betroffenen zu 1). Aufgrund des Verweises auf § 37 Abs. 1 GWB liegt ein einheitliches Unternehmen im Sinne der Norm bereits dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen 25 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte eines anderen Unternehmens hält.

Die 2020 getroffene Feststellung der Marktmacht ist entgegen der Auffassung der Betroffenen zu 1) wirksam bis zu ihrer Ersetzung im Rahmen eines neuen Marktanalyse- und -festlegungsverfahrens nach §§ 10 ff. TKG. Die Frist für die Vorlage eines neuen Entwurfs der Marktanalyse richtet sich nach der Veröffentlichung der Festlegung. Die Veröffentlichung erfolgte zusammen mit dem Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung BK3b-20/027 am 26.09.2022. Der Entwurf einer turnusgemäßen, neuen Marktfestlegung kann ab 14.10.2024 erfolgen. Denn nach § 15 Abs. 3 S. 1 TKG legt die Bundesnetzagentur nicht vor Ablauf von drei Jahren nach Veröffentlichung der Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse einen neuen Entwurf vor.

Der Bundesnetzagentur liegen auch keine neuen Erkenntnisse im Sinne von § 15 Abs. 1 TKG vor, die Zweifel am Ergebnis der Festlegung begründen und die eine frühere Überprüfung erforderlich machen. Die Präsidentenkammer hat bereits im Verfahren BK3i-19/020 auf Basis des Tatsachenvortrags der Betroffenen zu 2) eine vorzeitige Überprüfung der Ergebnisse der Festlegung vom 11.10.2019 mit Schreiben vom 28.06.2022 abgelehnt. Es bestand weder formal noch materiell Anlass zu einer entsprechenden Überprüfung. Diese Entscheidung hat das VG Köln mit Beschluss 21 L 2013/22 vom 01.03.2024 bestätigt. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die Feststellung eines sachlichen Marktes, der sowohl Kupfer- als auch Glasfaserinfrastrukturen umfasse,

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

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

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

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

Diese Veröffentlichung gilt auch für die Betroffene zu 1), die vom Tenor des Konsultationsentwurfs BK3b-20/027 als Betroffene zu 2) umfasst ist. Die Regulierungsverfügung BK3b-20/027 wird durch das vorliegende Verfahren lediglich ergänzt, soweit gegenüber der Betroffenen zu 1) im Verfahren BK3b-20/027 mangels Spruchreife noch keine Regulierungsverpflichtungen auferlegt werden konnten. Ein solches Vorgehen ist insofern zulässig, als § 14 Abs. 1 TKG den Entwurf einer Regulierungsverfügung fordert und keine Vorgaben dahingehend macht, dass dieser Entwurf im Hinblick auf die Ergebnisse der Marktanalyse umfassend sein muss.

In den von der Festlegung ausdrücklich genannten Städten des Marktes A haben die Betroffene sowie die mit ihr verbundenen Unternehmen keine beträchtliche Marktmacht. Hierbei handelt es sich um die Städte

Aachen, Aalen, Arnsberg, Aschaffenburg, Augsburg, Bamberg, Bayreuth, Bergheim, Bergisch Gladbach, Berlin, Bielefeld, Bocholt, Bochum, Bonn, Bottrop, Brandenburg an der Havel, Braunschweig, Bremen, Bremerhaven, Castrop-Rauxel, Celle, Chemnitz, Cottbus, Darmstadt, Delmenhorst, Dessau-Roßlau, Detmold, Dinslaken, Dormagen, Dorsten, Dortmund, Dresden, Duisburg, Düren, Düsseldorf, Erfurt, Erlangen, Essen, Esslingen am Neckar, Flensburg, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Fulda, Fürth, Garbsen, Gelsenkirchen, Gera, Gießen, Gladbeck, Grevenbroich, Göttingen, Gütersloh, Hagen, Halle (Saale), Hamburg, Hamm, Hanau, Hannover, Heidelberg, Heilbronn, Herford, Herne, Herten, Hildesheim, Ingolstadt, Iserlohn, Jena, Kaiserslautern, Karlsruhe, Kassel, Kempten, Kerpen, Kiel, Koblenz, Konstanz, Krefeld, Köln, Landshut, Leipzig, Leverkusen, Lippstadt, Ludwigsburg, Ludwigshafen, Lübeck, Lüdenscheid, Lüneburg, Lünen, Magdeburg, Mainz, Mannheim, Marburg, Marl, Minden, Moers, Mönchengladbach, Mülheim an der Ruhr, München, Münster, Neubrandenburg, Neumünster, Neuss, Neuwed, Norderstedt, Nürnberg, Oberhausen, Offenbach, Oldenburg, Osnabrück, Paderborn, Pforzheim, Plauen, Potsdam, Ratingen, Recklinghausen, Regensburg, Remscheid, Reutlingen, Rheine, Rosenheim, Rostock, Rüsselsheim, Saarbrücken, Salzgitter, Schwerin, Siegen, Sindelfingen, Solingen, Stuttgart, Trier, Troisdorf, Tübingen, Ulm, Velbert, Viersen, Villingen-Schwenningen, Weimar, Wesel, Wiesbaden, Wilhelmshaven, Witten, Wolfsburg, Worms, Wuppertal, Würzburg und Zwickau.

In diesen Städten unterliegen die Betroffenen zu 1) und zu 2) keinen Regulierungsverpflichtungen mehr, weil sie diesbezüglich über keine beträchtliche Marktmacht verfügen, die zu einer Regulierungsbedürftigkeit dieser Gebiete führt.

#### **4. Keine Beschränkung auf bestimmte Regulierungsverpflichtungen**

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

##### **4.1. Keine Beschränkung aufgrund von § 33 TKG**

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

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

weil es sich bei der Betroffenen zu 1) nicht um ein „Wholesale-only“-Unternehmen im Sinne der Vorschrift handelt.

Gemäß § 3 Nr. 69 TKG sind im Rahmen der Anwendung des TKG als ein Unternehmen anzusehen, s. o. 3. Die Regelung ist auch im Rahmen des § 33 Abs. 1 TKG anzuwenden,

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

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

#### **4.2. Keine Beschränkung infolge eines Betreibermodells**

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

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

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

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

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

Die Behauptung der Betroffenen zu 1), die Kommission habe bereits verbindlich festgestellt, dass jene ein wirtschaftlich unabhängiges Unternehmen sei, trägt in diesem Zusammenhang

zwar nicht, weil eine entsprechende Feststellung von der Kommission weder im Positiven noch im Negativen getroffen wurde. Eine solche Feststellung ist aber auch nicht erforderlich. Denn die konkrete Ausgestaltung des Netzbetriebs rechtfertigt – wie gezeigt – auf tatsächlicher Ebene keine alleinige regulatorische Verpflichtung der Betroffenen zu 2).

Dies entspricht der Bewertung, die die Beschlusskammer 2007 hinsichtlich der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG getroffenen hatte. Die E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG hatte ihren Netzbetrieb auf einen Dienstleister übertragen. Die Beschlusskammer war zu dem Schluss gekommen, die Regulierungsverfügungen gegenüber der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG beizubehalten, der Dienstleister wurde hingegen nicht zur Zugangsgewährung verpflichtet.

## 5. Gleichbehandlungspflicht, § 24 TKG

Die Betroffene zu 1) unterfällt derzeit hinsichtlich des FB-IP-Bitstroms einer Gleichbehandlungspflicht gemäß § 24 Abs. 1 TKG – nach dem Ansatz des **Equivalence of Output, EoO** gemäß Ziffer 1.3 des Tenors der Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015. Diese Verpflichtung wird beibehalten, Tenorziffer 0.

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

### 5.1. Rechtliche Grundlagen der Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 24 TKG

Rechtliche Grundlage für die in Tenorziffern 0. und 2. enthaltene Auferlegung eines Diskriminierungsverbots, respektive einer Gleichbehandlungspflicht sind §§ 13, 24 Abs. 1 und Abs. 2 TKG.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Damit setzt der EKEK (und folglich auch das TKG) eine inhaltliche Linie fort, die schon in der Nichtdiskriminierungsempfehlung der EU von 2013 detailliert ausgestaltet wurde und auch in der Gigabit-Empfehlung aufgegriffen wird. Nach Auffassung der Kommission handelt es sich beim EoI-Prinzip um den sichersten Weg, um eine wirksame Nichtdiskriminierung zu erreichen und den Wettbewerb zu fördern. Denn hierdurch werden gleiche Ausgangsbedingungen zwischen den nachgelagerten Unternehmen des marktmächtigen Unternehmens, z.B. seiner Endkundensparte, und dritten Zugangsnachfragern gewährleistet,

vgl. Nr. 13 Gigabit-Empfehlung.

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

## 5.2. Ermessensausübung

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

Zusätzlich wird der Betroffenen zu 1) gemäß § 24 Abs. 2 TKG die Gleichbehandlung nach Maßgabe des EoI-Ansatzes auferlegt.

Denn die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung entlang des EoO- und des EoI-Ansatzes erweist sich insgesamt als geeignet, erforderlich und angemessen, um Wettbewerbern einen diskriminierungsfreien Zugang zu ermöglichen. Dem steht insbesondere kein unverhältnismäßig großer Befolgungsaufwand auf Seiten der Betroffenen zu 1) entgegen.

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

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

### **5.2.1. Legitimer Zweck**

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

### **5.2.2. Eignung**

Die Gleichbehandlungsverpflichtungen gemäß § 24 Ab. 1 und Abs. 2 TKG sind grundsätzlich geeignet, die einschlägigen Regulierungsziele zu erreichen. angesichts des in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG sowie in Nr. 14 lit. c) der Gigabit-Empfehlung normierten Wettbewerbsziels geeignet, den chancengleichen Wettbewerb zu fördern und zu verhindern, dass die Betroffene zu 1) den Wettbewerb verzerrt. Denn es besteht für ein marktmächtiges Unternehmen grundsätzlich der systemische und ökonomische Anreiz, andere Unternehmen gegenüber den internen Unternehmenseinheiten bzw. Wettbewerber zu übervorteilen. Diese Überlegung gilt wegen § 3 Nr. 69 TKG regulatorisch für die Betroffene zu 2) wie für die Betroffene zu 1).

Zwar werden durch eine Zugangsverpflichtung (ggfs. in Verbindung mit einer Kontrolle der Zugangsentgelte) grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen. Jedoch stehen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf der Vorleistungsebene auch eine ganze Reihe anderer Instrumente (neben dem Preis) zur Verfügung,

um den Wettbewerb zu verzerren. Selbst wenn (zugleich) eine Entgeltenehmigungspflicht der Preise für die Zugangsleistungen festgelegt wäre und der Preis daher dem marktmächtigen Unternehmen als wettbewerbsbeeinflussender Parameter nicht zur Verfügung steht, könnte es beispielsweise das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung. Darüber hinaus könnte das marktmächtige Unternehmen den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken. Das Unternehmen hat einen (ökonomischen) Anreiz zu den oben angeführten Praktiken.

Der Umstand, dass die Betroffene zu 2) bei der Betroffenen zu 1) derzeit keinen IP-Bitstrom-Zugang nachfragt und nach eigener Angabe auch nicht beabsichtigt, dies mittelfristig zu tun, ändert hieran (ebenfalls) nichts. Denn maßgeblich für das Diskriminierungspotential ist, dass sowohl die Betroffene zu 2) als auch deren Konkurrenten Vorleistungsprodukte der Betroffenen zu 1) nutzen, um Produkte auf dem Endkundenmarkt anzubieten. Die Betroffene zu 1) unterliegt dabei immer, – und zwar ungeachtet der konkret genutzten Vorleistungen – dem ökonomischen Anreiz, die Vorleistungen, die sie der Betroffenen zu 2) als zusammengeschlossenes Unternehmen anbietet, besser auszugestalten als die Vorleistungsprodukte, die sie deren Konkurrenten anbietet, um so zu erreichen, dass diese die Endkundenprodukte der Betroffenen zu 2) nicht in gleicher Qualität technisch und wirtschaftlich nachbilden können. Solche Diskriminierungen sind gerade bei der Inanspruchnahme unterschiedlicher Vorleistungsprodukte besser zu kaschieren, so dass auch in diesen Fallkonstellationen die regulatorische Kontrolle angezeigt ist, damit die Zugangsnachfrager in der Lage sind, die Endkundenprodukte der Betroffenen zu 2) wie beschrieben in gleicher Qualität nachzubilden.

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

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

Diese Verpflichtung ist insbesondere auch im Hinblick auf den FB-IP-Bitstromzugang geboten, weil (auch) hier für die Betroffene zu 1) der ökonomische Anreiz besteht, externen Nachfragern diesen Zugang gegebenenfalls auf verschiedene Weise zu erschweren. Denn ein FB-IP-Bitstromzugang der Betroffenen zu 1) bietet den Konkurrenten der Betroffenen zu 2) die Möglichkeit, zügig und mit vergleichsweise geringen Anfangsinvestitionen schnell einer großen Anzahl von Endkunden glasfaserbasierte Endkundenprodukte produzieren zu können und somit schließlich auf Endkundenebene und Vorleistungsebene mit der Betroffenen zu 2) zu konkurrieren.

Durch eine umfassende Gleichbehandlungsverpflichtung wird zudem bewirkt, dass Wettbewerber sowohl im Ergebnis als auch mit den gleichen Fristen und zu gleichen Bedingungen, auch im Hinblick auf Entgelte und Dienstumfang und unter Nutzung möglichst derselben Systeme und Prozesse diskriminierungsfrei auf die glasfaserbasierten Vorleistungsprodukte der Betroffenen zu 1) zugreifen können. Auf diese Weise wird ein chancengleicher Wettbewerb

sowohl auf der Vorleistungsebene, als auch auf den nachgelagerten Märkten unterstützt. Diese Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs dient unmittelbar auch der Förderung des Konnektivitätsziels sowie den Nutzer- und Verbraucherinteressen, da Wettbewerber durch einen diskriminierungsfreien Zugang zu FTTH-basierten Vorleistungsprodukten in die Lage versetzt werden, das ihrerseits offerierte Portfolio an Endnutzerprodukten um besonders leistungsfähige Produkte zu erweitern. Hierdurch erhöhen sich entsprechend die den Endnutzern zur Verfügung stehenden Auswahlmöglichkeiten zwischen unterschiedlich performanten und bepreisten Produkten.

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

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

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

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

### 5.2.3. Erforderlichkeit

Eine Gleichbehandlungspflicht gemäß § 24 Abs. 1 und 2 TKG nach Maßgabe des EoO- sowie des EoI-Ansatzes ist auch erforderlich, um den chancengleichen Wettbewerb zu fördern und zugleich zu verhindern, dass die Betroffene zu 1) den Wettbewerb verzerrt. Es steht kein milderes aber gleich effektives Mittel zur Verfügung.

Zwar wird die Betroffene zu 1) zu gleichen Teilen von der Betroffenen zu 2) sowie der GFH2 beherrscht. In diesem Zusammenhang hat die Beschlusskammer berücksichtigt, dass das Interesse der GFH2 als Miteigentümerin jedenfalls auch darauf ausgerichtet ist, Erlöse über Dritumsätze zu generieren. Allerdings führt die funktionelle Separierung und Verselbständigung nicht dazu, dass hinreichend abgesichert ist, dass die Betroffene zu 1) Zugangsnachfragen der Betroffenen zu 2) und dritter Zugangsnachfrager im Sinne des EoI-Maßstabs gleichbehandelt. Denn als gleichberechtigte Miteigentümerin kann die Betroffene zu 2) zu ihren Gunsten und zu Lasten von Wettbewerbern Einfluss auf das Geschäft der Betroffenen zu 1) nehmen. Außerdem hat sie als Miteigentümerin Zugang zu allen Geschäftsplanung der Betroffenen zu 1), was einen Vorteil der Betroffenen zu 2) begründet. Schließlich wird angesichts der geringeren Besiedlungsdichte im Ausbauggebiet der Betroffenen zu 1) wahrscheinlich weniger Infrastrukturwettbewerb stattfinden, als im übrigen Bundesgebiet. Dies steigert die Attraktivität des Vorleistungsangebots der Betroffenen zu 1).

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

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

vgl. hierzu bereits oben unter 5.1.

Dies gilt insbesondere für aktive Zugangsprodukte, deren Qualitätsparameter das marktmächtige Unternehmen aktiven Zugangsprodukten beliebig anpassen kann.

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

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

#### **5.2.4. Angemessenheit**

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

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

Hinsichtlich des FB-IP-Bitstroms erweist sich nach Überzeugung der Beschlusskammer die Auferlegung einer Gleichbehandlungspflicht auf Grundlage des Eol-Ansatzes als angemessen. Denn soweit der Betroffenen zu 1) infolge der Eol-Verpflichtung zusätzliche Belastungen entstehen, stehen diese in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der Maßnahme verfolgten Zweck, namentlich der Gewährleistung eines höchstmöglichen Maßes an Diskriminierungsfreiheit bei der Zugangsgewährung.

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

vgl. die Ausführungen unter Ziffer 4.

Denn aus diesem Umstand folgt nicht, dass die Betroffene zu 1) allen Wholesale-Kunden gleiche Bedingungen anbietet. So hat die Betroffene zu 2) im Gegensatz zu den anderen Wholesalekunden einen gesonderten Zugriff zu den zu Beginn der Geschäftstätigkeit der Betroffenen zu 1) aufgebauten Glasfaseranschlüssen.

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

##### **5.2.4.1. Anbieterinteresse / Zusätzlicher Befolgungsaufwand**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Insgesamt folgt hieraus, dass die Auferlegung einer Gleichbehandlungspflicht nach Maßgabe des Eol-Ansatzes für den FB-IP-Bitstromzugang keinen *zusätzlichen* Befolgungsaufwand verursachen würde. Hieraus und aus dem Umstand, dass keine grundlegenden Umstrukturierungen des von der Betroffenen vorgelegten System- und Prozesskonzepts für eine Eol-Konformität notwendig sind, ergibt sich mithin auch eine nur geringe Beeinträchtigung ihres Anbieterinteresses durch die Auferlegung einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung nach dem Eol-Maßstab.

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

#### 5.2.4.2. Keine Zusatzbelastung durch Maßgabe gleicher Entgeltbedingungen

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

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

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

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

Eine durch die gemäß § 38 Abs. 2 S. 2 TKG möglichen *zukünftigen* Prüfungen entstehende Belastung spricht nicht gegen die Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung nach dem Eol-Prinzip. Denn der ERT ist gerade Grundlage des Absehens von einer ex-ante-Entgeltregulierung, die zu einer stärkeren Begrenzung des Preissetzungsspielraums führen würde. Die Überprüfung des ERT stellt damit keine Belastung dar, sondern ist vielmehr Voraussetzung für ein Absehen von einer eingriffsintensiveren Entgeltregulierung.

#### 5.2.4.2.1. Methodik und Maßstäbe der Nachbildbarkeitsprüfung (ERT nach TKG)

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

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

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

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

Auf die dort gemachten methodischen Ausführungen unter V.3.4.2.1.1 wird verwiesen. An der genannten Stelle erfolgt auch eine vertiefte Auseinandersetzung mit der vom Bundeskartellamt in dieses Verfahren eingebrachten Position, wonach gemäß §§ 46, 38 Abs. 1 S. 2 TKG der Maßstab des § 37 TKG nicht in das Regulierungsermessen der Bundesnetzagentur falle und deshalb der PKS-Test und die Nachbildbarkeitsprüfung identisch seien.

Die Beschlusskammer hält an der dort vorgenommenen Auseinandersetzung fest. Es sind keine neuen Argumente oder Erkenntnisse ersichtlich, die eine andere Bewertung der Methodik des ERT erforderlich machen würden. Insofern stellt die aktuelle Überprüfung die dritte Untersuchung binnen einer kurzen Frist dar.

#### 5.2.4.2.2. Flaggschiffprüfung nach der Gigabit-Empfehlung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **5.2.4.2.2.1. Bestimmung des Flaggschiffprodukts**

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

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

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

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

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

+

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

Abbildung 1: Darstellung der Betroffenen zu 2)

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

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

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

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

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

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

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

Im Einzelnen:

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

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

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

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

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

Mit der Umstellung müssen die Tarife der Betroffenen zu 1) neu der künftigen Tarifstruktur der Betroffenen zu 2) zugeordnet werden. Dies führt dazu, dass die Verteilung des Absatzes der Geschwindigkeitsklasse bis 150 Mbit/s dem neuen 150 Mbit/s, die Geschwindigkeitsklasse 250 Mbit/s dem neuen 300 Mbit/s, der 500 Mbit/s dem neuen 600 Mbit/s sowie der 1.000 Mbit/s dem neuen 1.000 Mbit/s zugewiesen wird. Damit entfallen fast 3/4 der bereitgestellten Anschlüsse auf den neuen 150 Mbit/s, auf die neue Geschwindigkeitsklasse 300 Mbit/s etwa **[BuGG]** und auf die 600 Mbit/s etwa **[BuGG]**. Damit verbleibt alleine 150 Mbit/s als überragend relevantes Produkt.

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

Soweit die 1&1 Versatel im Parallelverfahren BK3h-22/005 bei der Flaggschiffbestimmung auf die Bedeutung des zukünftigen Wettbewerbs hinweist und daher bereits heute eine Überprüfung aller Bandbreitenklassen ab 100 Mbit/s fordert, verkennt sie, dass sich eine entsprechende Marktdynamik, die innerhalb des Geltungszeitraums dieses ERT eine signifikante Verlagerung in zukünftig relevante Endkundenprodukte erwarten ließe, nicht erkennbar ist. Dies gilt auch im Hinblick auf die neue Tarifstruktur der Betroffenen zu 2), die wie ausgeführt wahrscheinlich die Bedeutung des 150 Mbit/s nochmal deutlich steigern wird und deshalb erstmal keine weiteren „relevantesten“ Produkte erwarten lässt. Aus einer Beschränkung der ERT-Prüfung auf „die relevantesten Endkundenprodukte“ folgt nicht, dass die sonstigen Produkte der Betroffenen zu 1) bei der Frage der Nachbildbarkeit überhaupt nicht berücksichtigt werden. Das Gesamtangebot der Betroffenen zu 2) wird einer Nachbildbarkeitsüberprüfung nach allgemeinem Wettbewerbsrecht unterzogen, vgl. BK3i-19/020 unter V.3.4.1.2. Damit werden also auch über das geprüfte Flaggschiff hinaus alle Anschlussklassen in einer Gesamtbetrachtung überprüft. Diesbezüglich erfolgt nur keine *produktspezifische* Betrachtung, sondern eine Betrachtung in der Gesamtheit, vgl. unter 5.2.4.2.3.

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

#### **5.2.4.2.2.2. Kosten des Nachfragers eines FB-IP-Bitstromzugangs**

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

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

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

##### **5.2.4.2.2.2.1. Relevante regulierte Vorleistungen und relevante Bezugspreise**

###### **Bereitstellungs- und Kündigungsentgelte, Produktgruppenwechsel**

Die kalkulatorischen monatlichen Kosten für die Bereitstellung, Kündigung und einen Produktgruppenwechsel betragen 0,97 EUR. Die Tarife für die Bereitstellung und Kündigung sind als Anlage Teil der Rahmenverträge zu den FB-Commitments der Betroffenen zu 2) sowie der mit

ihr zusammengeschlossenen Unternehmen – namentlich die Betroffene zu 1) sowie der Glasfaser NordWest – und unabhängig vom gewählten FTTH-Anschluss. Um die Kosten mit den Erlösen (Preis) vergleichen zu können, werden diese in Monatsbeträge umgerechnet. Dazu wird das Bereitstellungsentgelt unter Berücksichtigung des kalkulatorischen Zinssatzes von 2,96 %, welcher aktuell mit Entscheidung vom 31.10.2023 im Entgeltverfahren BK3a-23/005 bestimmt wurde, auf eine **durchschnittliche Vertragsdauer** von 58,71 Monaten in Monatsbeträge umgerechnet.

Dieser Zinssatz entspricht dem zum Zeitpunkt der Notifizierung geltenden jährlichen Kostenstellenrelease. Für eine von der Deutschen Glasfaser im Verfahren BKh-22/005 geforderten Abweichung von einer verfahrensübergreifend konsistenten Zinsfestsetzung sind keine Gründe erkennbar oder vorgetragen. Allein der Umstand, dass dieser Zins als zu niedrig empfunden wird, reicht nicht aus. Denn der Zins entspricht den Vorgaben und Empfehlungen der EU Kommission in diesem Zusammenhang und wurde von ihr ausdrücklich – auch mit Blick auf die Höhe – im Verfahren BK3a-23/005 anerkannt.

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

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

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

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

Die Forderung der 1&1 Versatel im Verfahren BK3h-22/005, die gesetzlich maximal zulässige Mindestvertragslaufzeit anzusetzen, hat keinen Bezug zu den tatsächlichen Wechselprozessen. Die Beschlusskammer kann nicht erkennen, inwiefern die Inbezugnahme der Marktdatenabfrage nicht sachgerecht ist. Insbesondere sind keine Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Wechselbereitschaft von VHC-Kunden im Vergleich zu Kupferkunden erkennbar. Ebenfalls nicht erkennbar ist, dass sich die Tarifverweildauer signifikant von der Kundenverweildauer unterscheidet. Eine Reduktion der Kundenverweildauer auf die tatsächlich wechselbereiten Kunden verkennt, dass auch Zugangsnachfrager von hoher Kundentreue profitieren.

### Monatlicher Überlassungspreis

Die Beschlusskammer legt dem ERT für einen Anschluss der Geschwindigkeitsklasse 150 Mbit/s einen gewichteten monatlichen Überlassungspreis in Höhe von 15,88 € zugrunde:

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

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

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

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

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

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

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

Soweit die Plusnet dies in Frage stellt, weil nur die 1&1 mit der Betroffenen zu 1) ein Commitment abgeschlossen habe, verkennt dies, dass neben der 1&1 weitere Unternehmen mit der Betroffenen zu 1) Commitmentvereinbarungen eingegangen sind. Demgegenüber lässt sich aus dem Umstand, dass Vodafone und Telefónica (noch) kein eigenes Commitment bei der Betroffenen zu 1) abgegeben haben, nicht schließen, dass die Inanspruchnahme eines Commitments für bundesweite Nachfrager nicht in Betracht käme. Zum einen sind die Unternehmen bereits mit eigener Infrastruktur im Ausbaubereich der Betroffenen zu 1) präsent, zum anderen vermarkten sie reine Glasfaseranschlüsse (noch) in geringerem Umfang.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Soweit die Betroffene zu 2) fordert, den Sicherheitszuschlag nicht zu berücksichtigen, vermögen die von ihr vorgebrachten Argumente nicht zu überzeugen. Aufgabe des ERT ist es nicht,

den Preissetzungsspielraum der Betroffenen zu 1) und 2) sowie der Glasfaser NordWest zu bestimmen, sondern die Nachbildbarkeit des Angebotes der Betroffenen zu 2) zu prüfen.

### Kalkulatorischer Upfront im Rahmen des Überlassungspreises

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

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

Dem Wert von 4,84 EUR berücksichtigt zunächst, dass der Upfront im vierten und fünften Jahr jeweils ansteigt und dann unverändert bleibt.

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

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

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

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

In den Auslastungsgrad geht zunächst eine Auslastung in Höhe von 90 % des Commitments bei der Betroffenen zu 2) ein, die in den Verfahren BK3i-19/020 und BK3b-20/027 zugrunde gelegt wurde und der Beschlusskammer weiterhin belastbar erscheint. Für die von der 1&1 Versatel im Verfahren BK3h-22/005 geforderte Reduzierung des Auslastungsgrades vermag die Beschlusskammer angesichts der tatsächlichen Auslastung bei der Betroffenen zu 2) keine Rechtfertigung zu erkennen. Soweit die Betroffene zu 2) weiterhin auf das von ihr zum 01.04.2024 neu eingeführte FB-Plus-Modell mit einer vergleichbaren Hochlauflogik verweist, bezieht sich der vorgelegte Vertragstext lediglich auf den Infrastrukturupfront. In Bezug auf die beiden zusammengeschlossenen Unternehmen geht die Beschlusskammer von einer geringeren Auslastung aus. Denn es ist unwahrscheinlich, dass die Commitments der zusammengeschlossenen Unternehmen in gleichem Umfang ausgelastet werden. Im Interesse einer

möglichst großen Absicherung der wirtschaftlichen Replizierbarkeit hat die Beschlusskammer eine Auslastung in Höhe von 50 % angesetzt. Ein solcher Vermarktungserfolg sollte jedenfalls erreichbar sein.

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

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

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

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

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

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

### Kosten für das Infrastrukturentgelt

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

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

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

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

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

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

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

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

### Kosten für Übergabeanschluss und Kollokation

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

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

Die Beschlusskammer hat weiterhin berücksichtigt, dass im Ausbaubereich der zusammengeschlossenen Unternehmen die Kosten für den Übergabeanschluss jeweils doppelt anfallen. Denn der Bezug der Vorleistungsprodukte der zusammengeschlossenen Unternehmen kann nicht über die Übergabeanschlüsse der Betroffenen zu 2) geführt werden, sondern muss über separate Übergabeanschlüsse erfolgen. Zeitgleich entfällt aber für den Nachfrager nicht die Notwendigkeit, bei der Betroffenen zu 2) in den Ausbaubereichen der zusammengeschlossenen Unternehmen Übergabeanschlüsse nachzufragen. Denn diese hat in diesen Gebieten weiterhin Kupferanschlüsse, über die sie dem effizienten Nachfrager ebenfalls BNG-Vorleistungen anbietet. Die Beschlusskammer hat daher anteilig doppelte Kosten für die Übergabeanschlüsse berücksichtigt. Bezüglich der Kollokationskosten wurde der vertraglich vereinbarte Preis für 6 Steckplätze und 12 Faser sowie der Überlassungspreis für einen Kundenbereich berücksichtigt. Dies führt insgesamt zu Kosten für den Übergabeanschluss inklusiver Kollokationskosten für das Flaggschiffprodukt in Höhe von 0,09 € pro Monat. Die Absenkung gegenüber dem Konsultationsentwurf resultiert aus der Anpassung in Bezug auf die Anteile der drei zusammengeschlossenen Unternehmen an ihrem gesamten Glasfaserausbau.

#### **5.2.4.2.2.2. Relevante nachgelagerte Kosten**

##### Kosten für den Transport

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

Die Netzdimensionierung richtet sich nach der Gesamtheit der Verkehrs- und Kapazitätsnachfragen in der Hauptverkehrsstunde (busy hour). Die verschiedenen, im Netz geführten Dienste tragen dabei in unterschiedlichem Maße zur busy hour bei. Für eine verursachungsgerechte Allokation sind die Kosten gemäß ihres Verkehrsanteils in der busy hour den jeweiligen Diensten zuzurechnen.

Im Hinblick auf die anstehende Tarifmaßnahme geht die Beschlusskammer davon aus, dass sich das Nutzungsverhalten – und damit das verbrauchte Datenvolumen – allenfalls langsam steigern wird. Kurz- bis mittelfristig ist hingegen nicht davon auszugehen, dass ein Großteil der Kunden tatsächlich mehr Datenvolumen nutzt als bisher. Um die Transportkosten für die Geschwindigkeitsklasse 150 Mbit/s zu schätzen, hat die Beschlusskammer vollständig die Transportkosten eines Produkts der ehemaligen Geschwindigkeitsklasse 100 Mbit/s zugrunde

gelegt. Dieses Vorgehen führt tendenziell zu einer Überschätzung der Transportkosten, weil die geringeren Kosten der Bestandskunden in den Geschwindigkeitsklassen < 50 Mbit/s nicht kostensenkend berücksichtigt werden, während eine Verlagerung hin zu einem höheren Datenvolumen jedenfalls nicht für diesen Betrachtungszeitraum zu erwarten ist.

Mit dem FB-IP-Bitstromzugang ist ein Großteil des Transportes einschließlich des Kernnetzes bereits abgegolten. Es verbleibt nur noch eine geringfügige Wertschöpfung jenseits des IP-PoP. Auf Basis der Modellrechnungen wurde für diese Leistung noch ein Kostenwert von 0,0088 € pro Mbit/s in Ansatz gebracht, hier als Konnektivität ausgeführt. Aufgrund der hier relevanten Verkehrsmenge ergeben sich Kosten von 0,03 € für die Geschwindigkeitsklasse 150 Mbit/s.

#### Zusatzkosten und Gemeinkosten

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

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

Die Gemeinkosten werden entsprechend den Vorgaben der Gigabit-Empfehlung lediglich auf die eigenen Kosten des effizienten Nachfragers aufgeschlagen und nicht auf die Kosten der in Anspruch genommenen regulierten Vorleistungen. Hieraus ergibt sich ein Aufschlag in Höhe von 0,83 €.

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

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

Soweit die 1&1 Versatel im Verfahren BK3h-22/005 erneut fordert, den Gemeinkostenzuschlag auch auf den „wholesale input“ anzuwenden, bleibt dies unbegründet. Mit der Gigabit-Empfehlung hat die Europäische Kommission deutlich gemacht, dass auch die Bestimmung der Gemeinkosten anhand des EEO-Maßstabes vorzunehmen ist:

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

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

#### **5.2.4.2.2.3. Erlöse und Erlösminderungen**

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

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

### Relevante Endkundenprodukte

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

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

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

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

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

Aus den Ermittlungen folgen mehrere „Gruppen“ von Neukunden:

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

Zur Erlösberechnung im Einzelnen:

### Kundenbindungsdauer

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

### Zusätzliche Erlösminderungen

Wenn – wie vorliegend – die komplette Kundenbindungsdauer zu berücksichtigen ist, ist es erforderlich, die Durchschnittserlöse während dieses Zeitraumes abzuschätzen und dabei durchschnittliche Erlösminderungen hinreichend zu erfassen, damit die Möglichkeiten einer Amortisation der Kosten nicht überschätzt werden. Die Beschlusskammer hat Ermittlungen zu

den diversen Erlösminderungen durchgeführt, die während der Kundenbindung von der Betroffenen zu 2) gewährt werden, und darauf aufbauend eine komplexe Herleitung der durchschnittlichen Rabattierungen vorgenommen. Soweit bei einem Tarifwechsel Vergünstigungen gewährt werden, ist diesem Umstand durch die Berücksichtigung von Retentionsmaßnahmen Rechnung zu tragen.

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

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

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

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

So wurden beispielsweise im Hinblick auf Breitband-Mobilfunkbündel Erlösminderungen durch den Rabatt von 5 € (4,20 € netto) auf den monatlichen Mobilfunkpreis und durch eine „Flatrate Festnetz-Mobilfunk“ in die Betrachtungen einbezogen. In Bezug auf das eingeräumte doppelte Datenvolumen, das eine weitere Vergünstigung im Rahmen eines Festnetz-/Mobilfunkbündels darstellen kann, hat die Marktabfrage 2022 ergeben, dass – im Vergleich zu den als Referenz herangezogenen ungebündelten Mobilfunktarifen – eine Mehrnutzung nicht beobachtet werden konnte. Für die Datenbereitstellung im Bündeltarif fallen in der Gesamtbetrachtung folglich

keine zusätzlichen Kosten an. Dieses Ergebnis wurde durch aktuelle Ermittlungen der Beschlusskammer Ende 2023 bestätigt. Lediglich die gewährte M1-Preisreduzierung für den MagentaMobil XL (25 € brutto bzw. 21,01 € netto) wurde für **[BuGG]** Kunden **[BuGG]** erlösmindernd mit 0,09 € berücksichtigt.

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

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

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

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

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

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

Retentionsmaßnahmen, die überwiegend für Kunden anfallen, die bereits ihren Vertrag gekündigt haben und zum Bleiben bewegt werden sollen, führen anhand der vorliegenden Berechnungen zu Erlösminderungen von 0,35 EUR pro Monat und Kunde für einen Anschluss

der Geschwindigkeitsklasse 150 Mbit/s. Sie ergeben sich insbesondere durch einmalige Zahlungen, das erneute Einräumen von reduzierten Grundpreisen für sechs Monate oder durch das Angebot, eine höhere Geschwindigkeitsklasse ohne Mehrkosten zu erhalten.

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

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

Zur Herstellung der Vergleichbarkeit einmaliger und laufender Beträge waren alle Angaben auf der Erlös- und der Kostenseite in einen monatlichen Wert je Anschluss umzurechnen. Für die in diesem Zusammenhang nötige Annualisierung von Einmalbeträgen wurde durchweg der Zinssatz von 2,96 % verwendet. Bei den Berechnungen wurde berücksichtigt, ob die Zahlungen zu Beginn der Laufzeit (z. B. Bereitstellungsentgelte) oder nachschüssig (Kündigungsentgelte) erfolgen und dementsprechend eine Auf- bzw. Abzinsung vorgenommen.

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

## Zusammenfassung

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

| Monatliche Kosten FTTH 150 IP Nachfrager |                | Monatlicher Endkundenpreis Breitbandbündelprodukt GF 150 |                |
|------------------------------------------|----------------|----------------------------------------------------------|----------------|
| Bereitstellung/Kündigung                 | 0,97 €         | Bereitstellungspreis                                     | 0,75 €         |
| Infrastrukturentgelt                     | 2,27 €         | Erlöse (gewichtet)                                       | 34,04 €        |
| Überlassung FTTH 150                     | 15,88 €        |                                                          |                |
| Up-Front                                 | 4,12 €         | <u>Zusätzliche Erlösminderungen für</u>                  |                |
| Übergabeanschluss inkl. Kollokation      | 0,09 €         | TV/Mobilfunk                                             | -0,70 €        |
| Konnektivität                            | 0,03 €         | Retention                                                | - 0,35 €       |
| Zusatzkosten                             | 6,26 €         |                                                          |                |
| Gemeinkosten                             | 0,83 €         |                                                          |                |
| <b>Summe Kosten</b>                      | <b>30,44 €</b> | <b>Summe Erlöse</b>                                      | <b>33,74 €</b> |
| <b>Delta</b>                             | <b>3,30 €</b>  |                                                          |                |

#### 5.2.4.2.3. Nachbildbarkeit nach den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts

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

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

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

Im Übrigen wurde analog zur Vorgehensweise bei der vorstehenden Flaggschiffprüfung verfahren. So wurden zur Vereinfachung der Prüfung nicht eigens die Kosten eines EEO berechnet, sondern entsprechend den Ausführungen oben (Ziffer 6.3.3.2.2.3 ) auch bei dieser Prüfung auf einen REO abgestellt. Dieses Vorgehen war deshalb gerechtfertigt, weil die Kosten des REO vorliegend tendenziell höher wären als die Kosten des EEO. Insbesondere wegen der längeren Kundenbindungsdauer von **[BuGG]** Monaten im Median im Netz der Betroffenen zu 2) führt die Heranziehung des REO anstelle des EEO zu einer Unterschätzung der Spanne zwischen den Preisen und den Kosten. Mit anderen Worten, das Delta wäre bei einem Abstellen auf den EEO größer als der errechnete Betrag von 3,30 EUR.

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

Insgesamt ergibt sich folgendes Ergebnis:

| Monatliche Kosten des FTTH IP Nachfragers |                | Monatlicher Endkundenpreis<br>Breitbandbündelprodukte Magenta |                |
|-------------------------------------------|----------------|---------------------------------------------------------------|----------------|
| Bereitstellung/Kündigung                  | 0,97 €         | Bereitstellungspreis                                          | 0,75 €         |
| Infrastrukturentgelt                      | 2,27 €         | Erlöse (gewichtet)                                            | 37,99 €        |
| Überlassung FTTH gewichtet                | 19,93 €        |                                                               |                |
| Up-Front                                  | 4,12 €         | <i>Zusätzliche Erlösminderungen für</i>                       |                |
| Übergabeanschluss inkl. Kollokation       | 0,20 €         | TV/Mobilfunk                                                  | - 0,70 €       |
| Konnektivität                             | 0,03 €         | Retention                                                     | - 0,26 €       |
| Zusatzkosten                              | 6,26 €         |                                                               |                |
| Gemeinkosten                              | 0,83 €         |                                                               |                |
| <b>Summe Kosten</b>                       | <b>34,48 €</b> | <b>Summe Erlöse</b>                                           | <b>37,78 €</b> |
| <b>Delta</b>                              | <b>3,17 €</b>  |                                                               |                |

Die ermittelte Spanne von 3,17 EUR zwischen dem Preis und den Kosten, die bei den in die Berechnung eingeflossenen Bereitstellungs- und Infrastrukturentgelten sowie den Transportkosten eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals beinhaltet, ist wie erwähnt wegen des REO-Ansatzes sowie der sicherheitshalber zugrunde gelegten Verteilung der FTTH-Anschlüsse zwischen den kleineren und größeren Ortsnetzen deutlich unterschätzt.

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

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

#### 5.2.4.2.4. Fazit ERT

Der ERT hat ergeben, dass ein effizienter Nutzer des FB-IP-Bitstromzugangs über eine Spanne von mindestens 3,30 EUR pro Monat zwischen dem Preis für das Flaggschiffprodukt Glasfaser 150 und seinen Kosten verfügt. In Bezug auf das gesamte aktuelle Produktportfolio der Betroffenen zu 2) beträgt die dem effizienten Nutzer verbleibende Spanne ebenfalls mindestens 3,17 EUR pro Monat. Innerhalb dieser Spanne wurde eine angemessene Verzinsung berücksichtigt. Bezogen auf die Umrechnung addiert sich die in die Berechnung der Bereitstellungs- und Infrastrukturentgelte sowie die Transportkosten eingeflossene angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Damit ist das Endkunden-Angebot der Betroffenen zu 2) mit dem FB-IP-Bitstromzugang der Betroffenen zu 1) ökonomisch nachbildbar.

Aus dieser Feststellung folgt zugleich, dass der Betroffenen zu 1) aus der auferlegten Eol-Verpflichtung und der nach § 24 Abs. 2 TKG damit verbundenen Maßgabe gleicher Entgelte für externe wie interne Zugangsnachfrager keine unmittelbare zusätzliche Belastung erwächst, das insoweit betrachtete Anbieterinteresse also nicht in signifikanter Weise beeinträchtigt wird.

### 5.2.4.3. Keine Zusatzbelastung durch Maßgabe gleicher Bedingungen und des gleichen Dienstumfangs

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

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

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

#### Nachbildbarkeit der Leistungsparameter

##### Endkundenangebot der Betroffenen zu 2)

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

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

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

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

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

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

#### FB-Vertrag der Betroffenen zu 1)

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

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

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

| Variante     | Downstream (Mbit/s) |                    |                      | Upstream (Mbit/s) |                    |                      |
|--------------|---------------------|--------------------|----------------------|-------------------|--------------------|----------------------|
|              | Untere Datenrate    | Mittlere Datenrate | Obergrenze Datenrate | Untere Datenrate  | Mittlere Datenrate | Obergrenze Datenrate |
| FTTH 50000   | 45                  | 50                 | 50                   | 8                 | 10                 | 10                   |
| FTTH 100000  | 80                  | 100                | 100                  | 45                | 50                 | 50                   |
| FTTH 250000  | 200                 | 250                | 250                  | 45                | 50                 | 50                   |
| FTTH 500000  | 400                 | 500                | 500                  | 80                | 100                | 100                  |
| FTTH 1000000 | 700                 | 850                | 1.000                | 200               | 200                | 200                  |

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

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

| Variante | Downstream (Mbit/s) | Upstream (Mbit/s) |
|----------|---------------------|-------------------|
|----------|---------------------|-------------------|

|                            |       |     |
|----------------------------|-------|-----|
| FB-Access FTTH 150000 Pro  | 150   | 75  |
| FB-Access FTTH 300000 Pro  | 300   | 150 |
| FB-Access FTTH 600000 Pro  | 600   | 300 |
| FB-Access FTTH 1000000 Pro | 1.000 | 500 |

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

Der Datenstrom der jeweiligen Anschlüsse muss an einem Übergabeanschluss an einem der BB-PoP-Standorte übernommen werden, zu dem der Verkehr der jeweiligen Glasfaser-TAL via LNS zugeführt wird.

Die Betroffene sieht hierfür die folgenden Varianten der Übergabeanschlüsse vor (vgl. Ziffer 3.1, Anhang A-LB Gate):

| Übertragungs-Geschwindigkeit | Schnittstelle entsprechend IEEE-Standards                                               |                                                 |
|------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|
|                              | ÜP elektrisch / optisch                                                                 | System                                          |
| 1 Gbit/s                     | Optische 1GE-Schnittstelle SC/APC 90° tuned oder DIN LSA                                | Ethernet-Standard IEEE 802.3z                   |
| 10 Gbit/s                    | SC/APC 90° tuned nach CECC 86265-803<br>Alternativ:<br>LSH-HRL nach IEC 1754-15 (E2000) | 10GBaseSR/LR<br>Ethernet-Standard IEEE 802.3ae  |
| 1000 Gbit/s                  | MP / MPO nach IEC 61754-7                                                               | 100GbaseSR/LR<br>Ethernet-Standard IEEE 802.3bm |

Die Absicherung der Funktionsfähigkeit und der Übertragungsqualität der laufenden IP-Übergabeanschlüsse obliegt dem Zugangsnachfrager durch die Bestellung von IP-Classic-Übergabeanschlüssen in der erforderlichen Anzahl und Übertragungskapazität in eigener Verantwortung (Ziffer 3 Anhang A, LB FB-IPNCS).

Hinsichtlich des Transports kann der KUNDE je nach Übergabeanschluss zwischen vier Verkehrsklassen wählen, Best Effort sowie drei Qualitätsklassen, für die jeweils unterschiedliche Transportgarantien hinterlegt sind (Ziffer 2 Anhang A, LB FB-IPNCS):

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

|             |      |      |      |
|-------------|------|------|------|
| Best Effort | ---- | ---- | ---- |
|-------------|------|------|------|

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

### **Dienstumfangsvereinbarungen**

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

Nr. 18 ff. Gigabit-Empfehlung.

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

## **Schnittstellen**

Die Bereitstellung und Verfügbarkeit der erforderlichen elektronischen Schnittstellen ist im Anhang G – Regelungen im Zusammenhang mit der Nutzung von elektronischen Auftrags- und Entstörschnittstellen geregelt. Die Orderschnittstelle steht grundsätzlich ununterbrochen zur Verfügung und die Verfügbarkeit wird an Werktagen (Montag bis Samstag) in der Zeit zwischen 6 und 22 Uhr mit mindestens 99 % im Jahresmittel garantiert (Ziffer 3.4.1). Die Entstörschnittstelle wird ununterbrochen zur Verfügung gestellt, es wird ebenfalls eine Verfügbarkeit von mindestens 99 % im Jahresmittel garantiert (Ziffer 3.4.2). Ausgenommen von der Garantie sind vorab angekündigte Wartungsarbeiten (Ziffer 3.5).

## **Bestellbearbeitung Übergabeanschluss**

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

## **Bereitstellung Übergabeanschluss**

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

## **Entstörung Übergabeanschluss**

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

## **Entstörung Transport**

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

## **Verfügbarkeitsinformation FB-Access**

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

zugreift, kann der Zugangsnachfrager zeitgleich mit dem Retail die Vermarktung in zukünftigen Ausbaugebieten beginnen.

### **Bestellung FB-Access**

Der Bestellprozess differenziert nach den Bereitstellungsprozessen Connected und Not Connected. Für den Fall Connected ist eine Bestellbearbeitung innerhalb von 24 Stunden geregelt (Ziffer 6.4.2, Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Access FTTH). Für den Fall Not Connected ist für die jeweils im Anhang H – Ausbaustatus FB-Access definierten Fälle Ausbaugbiet, Hausstich und Inhausverkabelung eine Bearbeitungsfrist von vier Wochen geregelt und für den Fall Gebietsausbau in Planung, Bestellung möglich, von drei Monaten, Ziffer 6.3.1, Anhang A, Leistungsbeschreibung FB-Access FTTH.

### **Bereitstellung FB-Access**

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

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

### **Entstörung FB-Access**

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

### **Fazit**

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

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

#### **5.2.4.4. Verzicht auf eine ex ante-Entgeltregulierung**

Als weiteres im Rahmen der Angemessenheit einer Eol-Verpflichtung zu betrachtendes Abwägungskriterium benennt Nr. 14 lit. b) der Gigabit-Empfehlung den etwaigen Verzicht auf die Festlegung regulierter Zugangsentgelte unter Maßgabe der Nr. 46 und 47 der Gigabit-Emp-

fehlung. Korrespondierend statuiert Nr. 38 Gigabit-Empfehlung, dass hinsichtlich der fraglichen Zugangsprodukte von einer strengen Entgeltkontrolle abgesehen werden soll, wenn bereits eine Eol-Verpflichtung auferlegt wird und den Wettbewerbern eine technische und ökonomische Replizierbarkeit der fraglichen Endkundenprodukte möglich ist.

Letztlich kommt hierin der Gedanke zum Ausdruck, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen und dem mit ihm nach § 3 Nr. 69 TKG verbundenen oder zusammengeschlossenen Unternehmen im Hinblick auf die erforderlichen Investitionen in neue (Glasfaser-)Netze größere Flexibilitäten bei der Entgeltgestaltung gewährt werden können. Damit hiervon aber keine Gefährdung des chancengleichen Wettbewerbs ausgeht, ist parallel ein wirksames Sicherheitsnetz aus Nichtdiskriminierungsverpflichtungen aufzuspannen. Dieses besteht aus den Tests zur wirtschaftlichen und technischen Replizierbarkeit,

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

und eben der Nichtdiskriminierungsverpflichtung nach Maßgabe des Eol-Prinzips.

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

### **5.2.5. Gesamtergebnis**

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

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

So verhält es sich hier. Die Betroffene zu 1) hat ein IT- und Prozesssystem errichtet, das als Eol-konform bewertet werden kann. Insofern fallen auch keine zusätzlichen finanziellen Umstellungs-Aufwendungen für die Betroffene zu 1) an.

Zu einem gegenteiligen Ergebnis führt auch nicht die Betrachtung ihres Anbieterinteresses im Übrigen. Zwar folgt aus der Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 TKG auch die Maßgabe der Gleichheit der Entgelte sowie der sonstigen Bedingungen, insbesondere des Dienstumfangs, wodurch das Anbieterinteresse bzw. die rechtliche und wirtschaftliche Dispositionsfreiheit der Betroffenen zu 1) grundsätzlich gemindert wird. Dem kann hier indes kein durchschlagendes Gewicht beigemessen werden. Denn zum einen hat die Betroffene zu 1) ihre entsprechenden Entgelte bzw. die technischen Parameter der zur Verfügung gestellten Produkte ausweislich des der Beschlusskammer vorliegenden Vertragsangebots schon von sich aus so ausgestaltet, dass diesbezüglich jedenfalls derzeit keine Anpassungen im Hinblick auf § 24 Abs. 2 TKG erforderlich sind. Und zum anderen folgt unmittelbar hieraus auch, dass die diesbezügliche

Belastung der Betroffenen zu 1) allenfalls marginal ausfallen kann, jedenfalls aber nicht in einem solchen Ausmaß, dass es die beschriebenen Vorteile einer EoI-Verpflichtung für die Wettbewerbssicherung und die Nutzer- bzw. Verbraucherinteressen zu überlagern vermöchte. Zumal die Pflicht zur Gewährung gleicher Preise der Betroffenen zu 1) durch ein Absehen von einer Entgeltregulierung kompensiert wird.

## 6. Monitoring

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

Die Beschlusskammer kommt nachfolgend zu dem Ergebnis, dass die Monitoringverpflichtungen hinsichtlich des FB-IP-Bitstromzugangs beibehalten werden.

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

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

### 6.1. Monitoring bezüglich zentraler Leistungsindikatoren

#### 6.1.1. Monitoringverpflichtung der Betroffenen zu 1)

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

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

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

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

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

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

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

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

Das Monitoring ist einschließlich der angestellten Berechnungsmethoden monatlich der Bundesnetzagentur sowie auf Nachfrage dem jeweils betroffenen Zugangsnachfrager detailliert offen zu legen. Von der Auferlegung einer verpflichtenden *allgemeinen* Veröffentlichung des KPI-Monitorings wurde abgesehen, da die Gleichbehandlungspflicht im bilateralen Verhältnis zwischen der Betroffenen und dem jeweiligen Zugangsnachfrager geschuldet ist.

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

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

### **Monitoring bezüglich der Identität der Systeme und Prozesse**

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

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

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

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

### 6.1.2. Monitoringverpflichtung der Betroffenen zu 2)

Eine Monitoringverpflichtung der Betroffenen zu 2) wird hinsichtlich des IP-Bitstroms nicht auferlegt. Sie fragt den BNG-Glasfaser-VULA nach und ist insofern gemäß Tenorziffer 14 der Regulierungsverfügung BK 3h-22/005 verpflichtet. Die Beschlusskammer wird bei einer Prüfung auf diese Daten zurückgreifen.

## 6.2. Monitoring bezüglich Entgeltgleichheit bzw. wirtschaftlicher Replizierbarkeit

Soweit die EoI-Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 TKG auch eine Gleichheit der Entgelte umfasst, also eine wirtschaftliche Nachbildbarkeit der (Endkunden-)Entgelte der Betroffenen zu 1) einschließt, muss auch zukünftig eine effektive Überprüfung möglich sein.

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

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

Zu den Einzelparametern:

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

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

### Verpflichtungen der Betroffenen zu 1)

- Die Betroffene zu 1) wird mit Tenorziffer 4 verpflichtet, gegenüber der Beschlusskammer die abgesetzten **Mengen an breitbandigen Vorleistungsprodukten**, deren **Verteilung auf die angebotenen Bandbreiten**, die Verteilung der Übergabeanschlüsse (1G, 10G, 100G) sowie den durchschnittlich am Übergabeanschluss übermittelten Transport zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung soll sicherstellen, dass der Beschlusskammer alle für die Durchführung des ERT notwendigen Informationen zur Verfügung stehen. Der ERT überprüft, ob ein Nutzer von FB-IP-Bitstrom der Lage ist, ein über einen Glasfaserbreitbandanschluss realisiertes Endkundenprodukt der Betroffenen zu 2) wirtschaftlich nachzubilden.

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

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

### **Verpflichtungen der Betroffenen zu 2)**

- Bei der Prüfung sind auch die aktuellen Endkundenkonditionen der Betroffenen zu 2) zu bewerten, um eine sachgerechte Vergleichsanalyse durchführen zu können. Seitens der Beschlusskammer ist derzeit nicht ersichtlich, wie die durch Ziffer 8 des Tenors geforderten Marktdaten ohne die vorgesehene Vorlageverpflichtung anderweitig kurzfristig generiert werden könnten.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die verlangten Angaben nicht auf nominale, sondern auf effektive Werte zielen. Im Rahmen der Preisangaben nach Ziffer 2.6.1 der Regulierungsverfügung BK3b-20/027 sind deshalb auch unmittelbar und mittelbar gewährte **Nachlässe auf die nominalen Preise** mitzuteilen. So sind Bündelvorteile, die bei einer Kombination von Festnetz- mit Mobilfunkverträgen gewährt werden, der Umfang von werthaltigen Zugaben zur Kundengewinnung (z.B. TV Streaming Angebote) und Retentionsmaßnahmen (Vergünstigungen die zum Zwecke der Kundenbindung gewährt werden) zu erfassen. Hierbei soll sowohl für ungekündigte wie gekündigte Vertragsverhältnisse eine Auflistung der verschiedenen Angebote sowie die Benennung deren Werthaltigkeit und ihr jeweiliger Anteil am Gesamtkundenstamm erfolgen. Es handelt sich hier um Zugaben, denen ein nicht unwesentlicher finanzieller Wert für den Endkunden zugerechnet werden kann und daher dessen Anbieterauswahl beeinflusst. Sie sind daher erlösmindernd zu berücksichtigen. Sofern hinreichende Belege dafür geliefert werden, dass sich diese Zusatzprodukte, die im unregulierten Markt erbracht werden, auch selber tragen können, kann auf diese Angaben verzichtet werden.

Informationen über Höhe der **Zusatzkosten** wie Marketing, Kundenservice und Entstörung dienen dazu, diese auch bei Wettbewerbsunternehmen vergleichbar anfallenden Kosten im Hinblick auf ein zu erstellendes Endkundenprodukt abzuschätzen. Da im Rahmen des ERT mehr die Kostensituation der Betroffenen im Blickpunkt steht, sind diese hier von ihrer Seite vorzulegen und zu berücksichtigen.

Den vorgenannten Zwecken dient auch die Verpflichtung der Betroffenen zur Offenlegung repräsentativer Messdaten für die von den relevanten breitbandigen Endkundenprodukten durchschnittlich genutzten Bandbreiten im Kernnetz der Betroffenen zu 2) gemäß Ziffer 2.6.8 des Tenors der Regulierungsverfügung BK3b-020/027, um eine sachgerechte Netzdimensionierung zur Bestimmung der Transportkosten ab dem BNG vornehmen zu können.

Die Vorhaltung dieser Unterlagen ermöglicht es der Beschlusskammer, erforderlichenfalls in kurzer Zeit den ERT zu überprüfen. Dabei ist es nicht erforderlich, diese Angaben monatlich zu übermitteln, denn auch bei einer Übermittlung auf Anforderung ist der Beschlusskammer durch die monatsscharfe Aufbereitung eine kurzfristige und effiziente Überprüfung der Unterlagen möglich.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen zu 2) ist eine Verpflichtung ihrerseits nicht deshalb entbehrlich, weil sie bereits durch Ziffer 2.6 des Tenors der Regulierungsverfügung BK3b-20/027 dazu verpflichtet ist, eine wirtschaftliche Nachbildbarkeit der Entgelte sicherzustellen und insofern entsprechende Daten bereit zu halten sowie auf Anforderung zu übermitteln. Denn diese Verpflichtung würde sich nicht ohne weiteres auch auf eine Sicherstellung der

wirtschaftlichen Nachbildbarkeit ihrer Endkundenprodukte im Hinblick auf die Vorleistungsentgelte der Betroffenen zu 1) erstrecken.

Hierdurch werden die Betroffenen auch nicht in unverhältnismäßiger Weise belastet. Im Gegenteil sind die Mitwirkungspflichten der Betroffenen weitaus geringer, als sie es bei der andernfalls ins Auge zu fassenden Auferlegung einer Entgeltregulierung der Fall wären. Denn ohne die erforderlichen Angaben als Voraussetzung für die Prüfung und das Bestehen des ERT wäre ein (weiteres) Absehen von Entgeltregulierung für den FB-IP-Bitstromzugang nicht möglich.

### 6.3. Überprüfung des ERT

Die zukünftige Überprüfung des ERT erfolgt gemäß § 38 Abs. 2 Satz 2 TKG im Verfahren nach § 46 TKG. Die Beschlusskammer sieht davon ab, eine Anzeigepflicht zur Überprüfung der Nachbildbarkeit nach §§ 38 Abs. 2 Satz 2, 45 TKG oder einer Genehmigungspflicht nach §§ 38 Abs. 2 S. 2, 40 TKG aufzuerlegen.

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gekommen, dass die zukünftige Überprüfung der Entgelte auf deren wirtschaftliche Nachbildbarkeit im Verfahren nach § 46 TKG zur Erreichung der Regulierungsziele geeignet und erforderlich ist, die Betroffene zu 1) dadurch auch nicht unverhältnismäßig belastet wird.

Zur Wahl des Verfahrens führt die Gesetzesbegründung wie folgt aus:

*„Die Prüfung der Bundesnetzagentur nach Absatz 1 soll dabei insbesondere auch das Anbieterinteresse an einer Vorlage der betreffenden Entgelte im Verfahren der Entgeltgenehmigung nach § 40 oder der Entgeltanzeige nach § 45 berücksichtigen. So kann gegen eine Beschränkung auf das Verfahren nach § 46 gemäß § 38 Absatz 1 Satz 2 insbesondere auch eine abweichende Präferenz des marktmächtigen Unternehmens selbst sprechen, sofern sich diese – etwa durch Aspekte der Rechtssicherheit – als sachlich gerechtfertigt erweist.“*

vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 275.

Ein Vorgehen nach § 40 TKG oder § 45 TKG ist vorliegend nicht angezeigt, denn diese eingriffsintensiveren Verfahren würden die Betroffene zu 1) erheblich mehr belasten als ein Vorgehen im Verfahren nach § 46 TKG. Eine entsprechende Präferenz für eine Genehmigungspflicht oder ein Anzeigeverfahren aus Gründen der Rechtssicherheit hat die Betroffene zu 1) auch bislang nicht geäußert.

Die Nachbildbarkeitsprüfung bezieht sich auf das Verhältnis zwischen den Vorleistungsentgelten und dem Endkundenangebot der Betroffenen. Ansatzpunkt einer Überprüfung nach §§ 38 Abs. 2 Satz 2, 40, 45 TKG könnten also sowohl Änderung der Vorleistungs- als auch der Endkundenentgelte sein. In Nr. 46 lit c) der Gigabit-Empfehlung ist ausdrücklich vorgegeben, dass eine Maßnahme zur Sicherung der Nachbildbarkeit auch die Verpflichtung sein kann, *„die Bereitstellung des betreffenden Endkundenangebots einzustellen oder aufzuschieben“*. Daraus folgt aber nicht, dass Ansatzpunkt einer Anzeige- oder Genehmigungspflicht auch Endkundenentgelte sein können. Dagegen könnte sprechen, dass grundsätzlich die Zugangsregulierung vorrangig gegenüber einer Endkundenpreisregulierung ist, § 49 Abs. 1 TKG. Im Ergebnis kann dies aber offenbleiben, denn eine Ex-ante-Nachbildbarkeitsprüfung für neue Endkundenpreise würde das Ziel, der Betroffenen zu 1) eine erhöhte Preissetzungsflexibilität zu gewähren, gefährden. Soweit jeder neue Endkundentarif zehn Wochen vor in Krafttreten angezeigt oder gar zur Genehmigung beantragt werden müsste, würde die Flexibilität gerade für punktuelle Angebote stark beschnitten. Darüber hinaus ist der Endkundenmarkt – als Massenmarkt – relativ transparent. Die Endkunden werden überwiegend durch öffentliche Werbung oder Angebote (Webseite der Betroffenen zu 2) oder Vergleichsportale) erreicht. Deshalb werden auch Angebote, die eine neue Flaggschiffbewertung begründen oder die wettbewerbsrechtliche PKS-Prüfung wesentlich beeinflussen der Beschlusskammer früh zur Kenntnis gelangen.

Eine Anzeige- oder Genehmigungspflicht für neue Vorleistungsprodukte oder -preise ist nicht geboten, weil die Nachbildbarkeit vornehmlich über die Flaggschiffprüfung erfolgt und es eher unwahrscheinlich ist, dass neue Produkte oder Tarifmaßnahmen kurzfristig Einfluss auf die Bewertung des Flaggschiffs haben. Wegen der Verpflichtung zur Vorlage der Vorleistungsverträge werden im Übrigen auch entsprechende Änderungen der Beschlusskammer zeitnah zur Kenntnis gelangen.

Der anlassbezogene ERT kann erforderlich sein, wenn die Betroffene zu 2) ihre Endkundenpreise senkt oder sonstige erhebliche preissenkende Maßnahmen ergreift. Wenn die Betroffene zu 2) ihr Endkundenangebot (neues Produkt mit höherem Up- oder Downstream) erweitert, könnte zu prüfen sein, ob dies Auswirkungen auf das Flaggschiffprodukt hat. Darüber hinaus kann eine Überprüfung wegen einer Veränderung der Endkundennachfrage geboten sein.

Dies gebietet aber keine turnusgemäße Überprüfung. Denn es ist zu bedenken, dass die Betroffenen zu 1) und zu 2) und die Glasfaser NordWest noch am Anfang des Ausbaus von Glasfaseranschlüssen stehen und für die Bewertung der/des Flaggschiffprodukte/s der Wettbewerb über die VHC-Netze der Wettbewerber nur eine indirekte Rolle spielt. Deshalb erwartet die Beschlusskammer in der näheren Zukunft keine besondere Dynamik bei der Vermarktung der Glasfaseranschlüsse der Betroffenen und der Glasfaser NordWest, so dass eine turnusgemäße Überprüfung im Rahmen der anstehenden Überprüfung der Regulierungsverfügungen für die Betroffene zu 2) und der mit ihr zusammengeschlossenen Unternehmen hinreichend ist.

Für die von der 1&1 Versatel geforderte Ausdifferenzierung der Überprüfungsanlässe erkennt die Beschlusskammer keine Notwendigkeit. Sie gehen nicht über die hier skizzierte Interessenlage hinaus.

Für die von Telefónica, sowie von 1&1 Versatel, Vodafone und ANGA im Verfahren BK3h-22/005 geforderte Regelung einer turnusgemäßen Überprüfung des ERT enthält das TKG keine Rechtsgrundlage. In § 38 Abs. 2 S. 2 TKG ist die Ermächtigung zur Auferlegung einer ex-ante-ERT-Überprüfung im Wege der Genehmigungspflicht oder Vorlagepflicht sowie die Kompetenz zur nachträglichen ERT-Prüfung spiegelbildlich zu § 38 Abs. 1 TKG und § 37 TKG für die Entgeltregulierung geregelt. Keines der Überprüfungsverfahren sieht einen fixen Überprüfungsturnus vor. Soweit ein Genehmigungsverfahren aufgelegt würde, wäre mit der Genehmigung gemäß §§ 38 Abs. 2 S. 2, 40 Abs. 4 S. 1 TKG eine Befristung festzulegen. Die Anzeigepflicht greift, wenn es eine Tarifänderung gibt und das Verfahren nach § 46 TKG erfolgt anlassbezogen. Eine Regelung im Rahmen der Regulierungsverfügung, wann bzw. unter welchen Voraussetzungen die Prüfung der Einleitung eines solchen Verfahrens zu erfolgen hat, ist in § 38 Abs. 2 TKG bzw. in § 46 TKG nicht vorgesehen.

Nach Überzeugung der Beschlusskammer ist es deshalb hinreichend, nur dann in eine frühere Überprüfung des ERT einzutreten, wenn es relevante Änderungen im Vorleistungs- oder Endkundenangebot der Betroffenen gibt oder die beobachtete Marktentwicklung auf das Erfordernis einer Überprüfung hinweist.

Sollte der Glasfaserausbau schneller voranschreiten oder der Vermarktungserfolg der Betroffenen zu 1) größer sein als erwartet, schließt auch dies eine frühere Prüfung gerade nicht aus.

## **7. Transparenzverpflichtung**

Die in Ziffer 3 des Tenors beibehaltene Vertragsvorlageverpflichtung stützt sich auf § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. § 13 Abs. 1 und § 20 Abs. 3 TKG.

### **7.1. Rechtliche Grundlagen**

Rechtliche Grundlage für die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung sind die §§ 13 Abs. 1, 25 TKG.

§ 25 TKG eröffnet der Bundesnetzagentur ein Entschließungsermessen, ob sie eine Transparenzverpflichtung auferlegen will. Darüber hinaus steht ihr grundsätzlich auch ein Auswahlermessen hinsichtlich der Art und des Umfangs der aufzuerlegenden Veröffentlichungsverpflichtungen zu. Für dessen Ausübung ist zunächst darüber zu entscheiden, ob eine Information generell für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangsleistung benötigt wird. Davon geht die Beschlusskammer insbesondere aus, soweit es sich um gültige Verträge über Zugangsleistungen nach § 25 Abs. 3 TKG handelt.

## **7.2. Transparenzverpflichtung bezüglich Vertragsvorlage, § 25 Abs. 3 TKG**

Die Betroffene zu 1) wird gemäß § 13 Abs. 1 TKG und § 25 Abs. 3 TKG zur Vorlage von abgeschlossenen Zugangsverträge bezüglich der auferlegten Zugangsverpflichtungen sowie des FB-IP-Bitstromzugangs verpflichtet.

Gemäß § 25 Abs. 3 TKG kann die Bundesnetzagentur ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und damit auch die mit ihm nach § 3 Nr. 69 TKG zusammengeschlossenen Unternehmen verpflichten, ihr Zugangsvereinbarungen ohne gesonderte Aufforderung in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen. § 25 TKG setzen Art. 69 Abs. 1 EKEK um. EG (182) des EKEK stellt klar, dass Transparenz in Bezug auf die Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen einschließlich der Preise den Verhandlungsprozess beschleunigt, Streitigkeiten verhindert und den Marktteilnehmern die Gewissheit bietet, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht wird.

Mit der hier auferlegten Vorlageverpflichtung nach § 25 Abs. 3 TKG möchte die Beschlusskammer Verhandlungsprozesse beschleunigen, Streitigkeiten verhindern und Zugangsnachfragern eine Möglichkeit geben zu überprüfen, ob die angebotenen Dienste ohne Diskriminierung erbracht werden. Die Vorlagepflicht an die Bundesnetzagentur und die daran anschließenden Einsichtnahmemöglichkeiten für Zugangsnachfrager sind auch geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um diese Zwecke zu erreichen.

Die Verpflichtung, alle gültigen Verträge vorzulegen, ist geeignet, die Zugangsnachfrager im beschriebenen Sinne zu informieren. Die zum Zugang berechtigten Unternehmen können durch die Einsichtnahme in die abgeschlossenen Verträge einen Abgleich zwischen den ihnen angebotenen bzw. mit ihnen vereinbarten Klauseln einerseits und den weiteren abgeschlossenen Bestimmungen andererseits vornehmen. Zu diesem Zweck ist es entscheidend, dass der Drittvertrag aktuell in Kraft ist und Ausdruck diskriminierenden Handelns sein kann.

Die Vorlagepflicht ist auch erforderlich, um den Zugangsnachfragern die erwünschte Übersicht über die abgeschlossenen Verträge in vollständiger Form und ohne Zeitverzug gewähren zu können, es ist kein milderes Mittel ersichtlich. Zwar ist die Betroffene zu 1) gemäß § 28 Abs. 2 TKG verpflichtet, Verträge über Zugangsleistungen, zu deren Gewährung sie gemäß §§ 13, 26, 3 Nr. 69 TKG verpflichtet ist, der Bundesnetzagentur vorzulegen. Allerdings erstreckt sich die Verpflichtung nicht auf Zugangsvereinbarungen über einen FB-IP-Bitstromzugang, weil diesbezüglich keine Zugangsverpflichtung auferlegt worden ist.

Die Verpflichtung ist auch angemessen. Die Betroffene zu 1) muss im Rahmen ihres internen Vertragsmanagements die Verträge ohnehin erfassen und verwalten. Deshalb ist der Aufwand einer elektronischen Übermittlung dieser Verträge an die Bundesnetzagentur und die Mitteilung einer Kündigung relativ gering. Auch die ggfs. gemäß § 20 Abs. 2 TKG gebotenen Schwärzungen der Verträge ist nicht sehr aufwendig, weil die Verträge in der Regel weitgehend standardisierte Rahmenverträge sind.

Die Verträge sind ohne gesonderte Aufforderung unverzüglich nach Vertragsschluss vorzulegen. Die Verträge sind zudem in einer öffentlichen Fassung vorzulegen. Die Beschlusskammer versteht hierunter eine Vertragsfassung, in der alle Bestimmungen zu regulierten Leistungen und Entgelten offengelegt sind. Nur unter dieser Voraussetzung kann ein Zugangsnachfrager den o.g. Abgleich in vollständiger Weise vornehmen. Zur Wahrung der Betriebs- und Ge-

schäftsgeheimnisse im Sinne von § 30 VwVfG und Art. 120 Abs. 5 S. 2 EKEK kann die Betroffene zu 1) allerdings Klauseln zu nicht regulierten Leistungen und individuellen Entgelten sowie Angaben zur Identität des jeweiligen Vertragspartners (einschließlich der Vereinbarungen etwa zu Ansprechpartnern oder zu konkreten Zugangsorten) schwärzen.

Um Unklarheiten zu vermeiden, wird die Pflicht dahingehend ergänzt, dass Verträge mit Unternehmen, die mit einer der Eigentümerinnen der Betroffenen zu 1) gemäß § 3 Nr. 69 TKG verbunden oder zusammengeschlossen sind, ebenfalls von der Vorlagepflicht umfasst sind. Grundlage der Verpflichtung ist § 25 Abs. 2 TKG. Die Norm eröffnet die Auferlegung aller verhältnismäßigen Transparenzverpflichtungen. Weil die mit der Betroffenen zu 1) zusammengeschlossene Betroffene zu 2) sowie die EWE TEL wahrscheinlich auf absehbare Zeit die bedeutendsten Nachfragerinnen der Betroffenen zu 1) sein werden, ist die Transparenz über die Wholesale-Verträge mit diesen Unternehmen von herausgehobenen Bedeutung. Die Verpflichtung ist aus den vorgenannten Gründen zur Auferlegung nach § 25 Abs. 3 TKG verhältnismäßig. Um Streitigkeiten über die Vorlage zu vermeiden, stützt die Beschlusskammer die Verpflichtung nicht alleine auf § 25 Abs. 3 TKG. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass die Betroffene zu 1) der Ansicht ist, dass Verträge mit verbundenen oder zusammengeschlossenen Unternehmen keine Zugangsverträge im Sinne des § 25 Abs. 3 TKG sind.

## **8. Standardangebot zum FB-IP-Bitstromzugang, § 29 TKG**

Die Betroffene zu 1) wird mit Ziffer I.7. des Tenors verpflichtet, ein Standardangebot zum FB-IP-Bitstromzugang zu veröffentlichen.

### **8.1. Rechtliche Grundlagen**

Rechtliche Grundlage für die in Tenorziffer I.7. beibehaltene Verpflichtung der Betroffenen zu 1) zur Veröffentlichung eines Standardangebotes für ihre Zugangsleistungen sind die §§ 13 Abs. 1, 29 Abs. 1 TKG.

Gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TKG kann die Bundesnetzagentur ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, ein Standardangebot für Zugangsleistungen zu veröffentlichen. Dies gilt auch für die mit dem marktmächtigen Unternehmen nach § 3 Nr. 69 TKG zusammengeschlossenen Unternehmen. Nach Art. 69 Abs. 4 UAbs. 2 EKEK haben die Regulierungsbehörden sicherzustellen, dass Unternehmen, denen eine Zugangsverpflichtung gemäß Art 72 oder 73 EKEK auferlegt wurde, ein Standardangebot veröffentlicht.

Die Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ist nach § 29 Abs. 2 TKG mit der Pflicht zur Vorlage eines Standardangebotes bei der Bundesnetzagentur gekoppelt. Nach § 29 Abs. 3 und 4 TKG fällt der Bundesnetzagentur die Kompetenz zur Prüfung und gegebenenfalls Änderung des Standardangebotes zu. Das geprüfte und gegebenenfalls geänderte Standardangebot ist nach § 29 Abs. 10 TKG in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufzunehmen.

### **8.2. Ermessensausübung**

Die Verpflichtung der Betroffenen zu 1), ein Standardangebot für den FB-IP-Bitstromzugang zu veröffentlichen, ist zur Erreichung der Regulierungsziele geeignet, erforderlich und angemessen.

Zwar korrespondiert die Auferlegung einer Standardangebotsverpflichtung vorliegend nicht mit einer Zugangsverpflichtung, sondern lediglich mit einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung. Eine Akzessorietät der Standardangebotsverpflichtung von einer im gleichen Kontext verfügbaren Zugangsverpflichtung folgt aber weder aus § 29 TKG, noch aus höherrangigen europäischen Vorgaben. Wie sich aus Art. 69 Abs. 2 EKEK ergibt, sieht der europäische Gesetzgeber den Anwendungsbereich einer Standardangebotsverpflichtung auch gerade im Zusammen-

hang mit einer bestehenden Nichtdiskriminierungsverpflichtung als möglich an. Dementsprechend ist entgegen der Ansicht der Betroffenen zu 1) das Auswahlermessen der Beschlusskammer auch nicht stark eingeschränkt.

Es besteht auch eine „allgemeine Nachfrage“ im Sinne des § 29 Abs. 1 Nr. 2 TKG. Ein Großteil der Marktteilnehmer auf den Märkten für Breitbandanschlüsse sind zumindest auch Nachfrager des VULA oder des Layer 3-Bitstrom. Die Betroffene zu 1) hat selber ein Interesse an vielen Nachfragern, das Angebot basiert auf einem marktgängigen Geschäftskonzept, über eine marktgängige Bestellschnittstelle und bietet den Zugang zu einer relevanten Anzahl an potenziellen Endkunden. Schließlich ist der Ausbau überwiegend nicht parallel zu einem konkurrierenden Wholesale-VHCN erfolgt und wird auch nicht so erfolgen. Nach dem Selbstverständnis der Betroffenen zu 1) ist sie gerade nicht die verlängerte Werkbank der Betroffenen zu 1).

Die Veröffentlichung eines Standardangebotes fördert die Regulierungsziele. Hinsichtlich des FB-IP-Bitstromzugangs wird zwar keine Zugangsverpflichtung auferlegt, weil dies nicht erforderlich ist. Die Zugangsgewährung wäre aber wie nachfolgend unter 9.3 erörtert durchaus geeignet, das Konnektivitätsziel, die Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Interessen der Nutzer und Verbraucher zu fördern und zu wahren. Entsprechend ist deshalb auch die Verpflichtung zur Veröffentlichung des Standardangebots geeignet, diese Regulierungsziele zu fördern und zu wahren. Durch ein veröffentlichtes Standardangebot, welches zuvor auf Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit überprüft wurde, wird den Wettbewerbern der Zugang zu Vorleistungen der Betroffenen zu 1) erleichtert, weil die Transparenz über die Zugangsbedingungen erhöht und der Aufwand für Vertragsverhandlungen erheblich reduziert wird.

Die Ansicht der Betroffenen zu 1), die Standardangebotsverpflichtung sei ungeeignet, die Regulierungsziele zu erreichen, weil der Markt bereits aus sich heraus funktioniere, entbehrt der Grundlage. Wenn dies zuträfe, hätte die Betroffene zu 1) mehr Verträge als tatsächlich geschehen über den Zugang zu FB-IP-Bitstrom abgeschlossen. **[BuGG]**

Ihre Einschätzung, dass der Abschluss individueller Nutzungsverträge schneller und effizienter als der langwierige Prozess eines Standardangebotsverfahrens nach § 29 TKG sei, trifft nicht zu. Wie ausgeführt, ermöglicht ein Standardangebot sehr effiziente Verhandlungen und einen schnellen Vertragsschluss. Wenn ein Rahmenvertrag festgelegt wird, müssen über die Einzelleistungen keine weiteren Verhandlungen mehr durchgeführt werden. Wenn jedoch für jede Strecke einer baulichen Anlage ein individueller Vertrag geschlossen werden soll, ist jeder dieser Einzelverträge zu verhandeln. Das Standardangebotsverfahren ist – je nach Ausgestaltung des vorgelegten Entwurfs – nicht prinzipiell langwierig. Gemäß § 29 Abs. 2 S. 3 TKG ist das vorgelegte Standardangebot zur Kommentierung zu veröffentlichen und unter Berücksichtigung der Stellungnahmen anhand der Kriterien des § 29 Abs. 3 TKG zu prüfen. Die regulierten Leistungen – der Zugang zu baulichen Anlagen – sind als Vertragsgegenstand und dem Grunde nach nicht besonders komplex. Der Umfang des Standardangebots muss mithin nicht sehr umfangreich sein. Das von der Betroffenen zu 2) vorgelegte Standardangebot umfasst beispielsweise weniger als 50 Seiten.

Die Betroffene zu 1) wird gegenüber den Betroffenen zu 2) den Vorteil haben, dass viele potentielle Streitpunkte im Rahmen der ersten Teilentscheidung im Verfahren BK3b-23/006 geklärt sein werden. Wenn sie ein den Anforderungen des § 29 Abs. 3 TKG genügendes Angebot vorlegt, also keine Änderungen des Standardangebots vorgegeben werden müssen, erfolgt nach der Prüfung noch die Konsultation und Konsolidierung. Standardangebotsverfahren müssen auch nicht zwangsläufig lange (und insofern ineffizient) sein. Die Länge des Verfahrens hängt wesentlich auch von den Beteiligten und konstruktiven Vorarbeiten insbesondere auch des regulierten Unternehmens ab. Das Überprüfungsverfahren BK3k-23/010 z. B. – in dem keine Änderungen aufgegeben werden mussten – hat vier Monate und vier Tage gedauert. Das sehr kontrovers geführte Verfahren zur Änderung der Standardangebote zur

Einführung des Vectorings im HVt-Nahbereich (BK3d-16/117) hat mit zwei Verfahrensstufen 10 Monate gedauert.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen zu 1) hat die Beschlusskammer den Aufwand, der mit der Erstellung und Verhandlung eines Standardangebots für die Betroffene zu 1) einhergeht, nicht außer Acht gelassen. Der Hinweis auf das Verfahren BK3b-23/006 ist nicht dahin zu verstehen, dass sie auf die Ressourcen der Betroffenen zu 2) zurückgreifen kann. Die Betroffene zu 1) kann aber von den Erkenntnissen aus dem Verfahren profitieren. Sie ist im Verfahren Beteiligte. Aber auch ohne eine Verfahrensbeteiligung könnte sie weitgehende Erkenntnisse für ihr eigenes Standardangebot aus dem veröffentlichten Entwurf der Betroffenen zu 2) sowie der in absehbarer Zeit erfolgenden ersten Teilentscheidung erlangen.

Die Verpflichtung ist auch erforderlich. Denn nach Überzeugung der Beschlusskammer reicht die auferlegte Gleichbehandlungsverpflichtung alleine nicht aus, um die Regulierungsziele zu fördern. Zwar ermöglicht der vorgelegte FB-Vertragsentwurf die technische und ökonomische Nachbildbarkeit der Endkundenangebote der Betroffenen zu 2). Der vorgelegte Standardvertrag der Betroffenen zu 1) enthält jedoch keine Regelungen zum Monitoring, obwohl dies geboten ist.

Die Pflicht der Betroffenen zu 1) mit dritten Telekommunikationsunternehmen nach Treu und Glauben mit der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns gemäß § 347 HGB zu verhandeln, ist entgegen ihrer Ansicht auch nicht im gleichen Maß wie die Standardangebotspflicht geeignet, den Wettbewerb zu fördern. Die auferlegte Verpflichtung steigert gegenüber der isolierten Verhandlung wie ausgeführt die Transparenz und vereinfacht die Verhandlungen. Das Erfordernis der Verpflichtung zeigt sich auch schon daran, dass die Betroffene zu 1) ihr Standardangebot bisher nicht veröffentlicht hat.

Entgegen der Ansicht der Betroffene zu 1) ist der Aufwand für die Vorlage und Veröffentlichung eines Standardangebots auch nicht unangemessen. Der „Verwaltungsaufwand“ durch die Standardangebotspflicht hinsichtlich des FB-IP-Bitstromzugang ist nicht übermäßig belastend. Die Betroffene zu 1) wird durch die Standardangebotspflicht hinsichtlich des FB-IP-Bitstromzugangs nur gering belastet. Denn sie verfügt mit dem FB-Vertrag schon über einen weitgehend vollständigen Vertragsentwurf, den sie innerhalb der Frist von drei Monaten nach Erlass dieser Regulierungsverfügung nach § 29 Abs. 2 TKG zur Prüfung vorlegen kann und muss. Im Übrigen bleibt es ihr unbenommen, neben dem Standardangebot mit einzelnen Wettbewerbern individuelle Lösungen, z.B. in Form von Ergänzungsvereinbarungen oder einvernehmlichen Abänderungen des Standardangebots, zu vereinbaren, soweit diese mit ihrer Gleichbehandlungsspflicht gemäß Ziffer 2 des Tenors sowie ihren Verpflichtungszusagen im Rahmen des Kartellverfahrens gem. § 32b GWB vereinbar sind.

Zudem hat die Beschlusskammer berücksichtigt, dass – anders als die Wettbewerber der Betroffenen zu 1) – diese aufgrund des vereinbarten Wettbewerbsverbots mit den Gründungsgesellschaften auch keine Überbauszenarien durch die Betroffene zu 2) fürchten muss. Auch die Betroffene zu 1) hat nur ein vermindertes Risiko hinsichtlich der von ihr neu aufgebauten FTTH-Infrastruktur, weil sie insoweit auf den Kundenstamm der Betroffenen zu 2) zurückgreifen kann. Der Vortrag der Betroffenen zu 1), sie trage wie jeder andere Wettbewerber auch das Amortisationsrisiko der getätigten Investitionen, da nicht klar sei, ob und in welchem Umfang die Betroffene zu 2) Vorleistungen in Anspruch nehmen werden, verfährt nicht. Der Netzausbau der Betroffenen zu 1) dient auch dem Ziel, der Betroffenen zu 2) langfristig eine Migration ihres bestehenden Kupfer-Kundenstammes zu ermöglichen. **[BUGG]** Die Betroffene zu 1) betreibt ihren Ausbau mithin auch im Ergebnis im Interesse der Netzentwicklung der Betroffenen zu 2), die **[BuGG]** im Gebiet der Betroffenen zu 1) keinen Eigenausbau mehr vornehmen wird. Hieraus ist selbstredend zu schlussfolgern, dass das Amortisationsrisiko wesentlich geringer ist als bei einem Marktzutritt eines Unternehmens ohne vergleichbare Absicherung.

Die Standardangebotsverpflichtung senkt auch insofern die Belastung der Betroffenen zu 1), als die Beschlusskammer mit Hinblick auf diese Verpflichtung von der weiteren Auferlegung

einer Zugangsverpflichtung zum FB-IP-Bitstromzugang abgesehen hat, vgl. zu den Gründen im Einzelnen die Ausführungen unter 9.3.

Die Mindestkriterien für das Standardangebot ergeben sich aus § 29 Abs. 3 Satz 1 TKG sowie gemäß § 29 Abs. 3 Satz 2 TKG aus den GEREK-Leitlinien nach Art. 69 Abs. 4 EKEK.

## 9. Widerruf des bisherigen Regulierungsrahmens

Die Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015 wird mit **Tenorziffer III.** gegenüber der Betroffenen zu 1) gemäß § 13 Abs. 2 TKG widerrufen.

Sie wird mit dieser Regulierungsverfügung, der gegenüber der Betroffenen zu 2) erlassenen Regulierungsverfügung BK3b-20/027 gegenüber der Betroffene zu 2) vom 23.12.2022 sowie der Glasfaser NordWest erlassenen Regulierungsverfügung BK3b-22/015 basierend auf § 13 Abs. 2 TKG vollständig ersetzt.

Die Beschlusskammer hat bei ihrer Entscheidung über den Widerruf gemäß § 13 Abs. 3 TKG die Art des auf dem relevanten Markt festgestellten Problems (§ 13 Abs. 3 Nr. 1 TKG) sowie die Angemessenheit der Verpflichtung unter Berücksichtigung der Kosten und Nutzen (§ 13 Abs. 3 Nr. 2 TKG) sowie der Regulierungsziele (§ 13 Abs. 3 Nr. 3 TKG) im Blick zu halten.

Im Einzelnen:

### 9.1. Widerruf der Regulierungsverpflichtungen für die 145 Städte des Marktes A

Zunächst ist ein technologieunabhängiger Widerruf der Regulierungsverpflichtungen bezüglich des Layer-3-Bitstromzugangs für die Städte des Marktes A geboten.

Nach § 13 Abs. 3 Nr. 1 TKG wird die Entscheidung über die Aufhebung von Regulierungsverpflichtungen mit Blick auf die Art des auf dem relevanten Markt festgestellten Problems gerechtfertigt. Ein solches Problem besteht bereits nicht, wenn der Markt – wie hier – nach dem Ergebnis der Marktdefinition und -analyse nicht als regulierungsbedürftig eingestuft worden ist. In einem solchen Fall liegen bereits die Tatbestandsvoraussetzungen für die Auferlegung von Verpflichtungen nach § 13 Abs. 1 TKG vor, denn auch danach sind Regulierungsverpflichtungen auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht beschränkt.

In gleicher Weise adressiert Art. 67 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK, dessen Umsetzung § 13 Abs. 2 TKG dient, dass die Regulierungsbehörde auferlegte Verpflichtungen dann nicht beibehält, wenn sie zu dem Schluss gelangt, dass die Merkmale eines relevanten Marktes die Auferlegung von Verpflichtungen nicht rechtfertigen.

Die Voraussetzungen für einen Widerruf liegen vor, denn nach den Feststellungen der Präsidentenkammer kann von einer nachhaltigen Wettbewerbsfähigkeit dieser Städte ausgegangen werden,

*vgl. BK1-20/004, S 126 ff.*

Die Beibehaltung von Verpflichtungen für den Markt A würde somit weder im Rahmen der tatbestandlichen Voraussetzungen für Verpflichtungen nach § 13 Abs. 1 TKG noch der §§ 24 bis 30, 38 oder 49 TKG liegen, noch mit Blick auf die Regulierungsziele als angemessen bewertet werden können. Denn eine Absicherung des Wettbewerbs und der weiteren Regulierungsziele ist in einem nicht-regulierungsbedürftigen Markt jedenfalls als nicht erforderlich zu bewerten.

### 9.2. Widerruf der Verpflichtungen im Zusammenhang mit kupferbasiertem Layer 3-Bitstromzugang

Die in der Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015 enthaltenen Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem kupferbasierten Layer 3-Bitstromzugang. Hierbei handelt es sich ins-

besondere um Zugangsverpflichtungen, Transparenzverpflichtungen, Gleichbehandlungsverpflichtungen, Verpflichtungen zur Vorlage eines Standardangebots, Entgeltanzeigepflichten sowie der getrennten Rechnungslegung.

Zwar sind kupferbasierte Anschlüsse weiterhin Gegenstand des sachlichen Marktes, auf dem die Betroffene zu 2) und die mit ihr nach § 3 Nr. 69 TKG verbundenen und zusammengeschlossenen Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen. Allerdings verfügt die Betroffene zu 1) über keine kupferbasierte Anschlussinfrastruktur.

Angesichts des bundesweit ausgebauten, zugangsregulierten Kupfer-Anschlussnetzes der Betroffenen zu 2), das mithin auch in den Ausbaubereichen der Betroffenen zu 1) verfügbar ist, ist auch nicht zu erwarten, dass die Betroffene zu 1) entgegen ihrer Geschäftsausrichtung in den Ausbau einer kupferbasierten Anschlussinfrastruktur investieren wird, so dass hierauf bezogene Zugangsverpflichtungen im Hinblick auf das auf dem relevanten Markt festgestellte Wettbewerbsproblem ins Leere laufen.

### **9.3. Widerruf der Verpflichtungen im Zusammenhang mit ATM-Layer 3-Bitstromzugang**

Aus den gleichen Gründen ist auch ein Widerruf des ATM-Layer 3-Bitstromzugangs angezeigt. Soweit die Festlegung der Präsidentenkammer noch von der vereinzelten Bereitstellung von ATM-Bitstromzugängen auf Layer 3 ausgegangen ist (vgl. dort unter 8.1.2.2.1), betreibt die Betroffene zu 1) keine ATM-Plattform. Zugangsnachfragen zu dieser Transporttechnologie sind der Beschlusskammer nicht bekannt. Damit erscheint ein Zugang auf der Basis dieser Transporttechnologie als nicht mehr marktgerecht und insgesamt nicht geeignet die Regulierungsziele der Konnektivität, der Wettbewerbsförderung oder der Nutzerinteressen abzusichern. Umgekehrt würde eine weitere Zugangsverpflichtung die Betroffene rechtlich belasten, ohne einen signifikanten Mehrwert für die Regulierungsziele zu begründen.

### **9.4. Widerruf der Verpflichtung, FB-IP-Bitstromzugang zu gewähren**

Die Betroffene zu 1) ist aufgrund der Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015 verpflichtet, Nachfragern einen FB-IP-Bitstromzugang zu gewähren. Diese Zugangsverpflichtung sowie die damit verbundene Kollokationsverpflichtung werden nach § 13 TKG mit Erlass dieser Regulierungsverfügung widerrufen, weil die Voraussetzungen für eine Auferlegung einer solchen Zugangsverpflichtung nicht mehr vorliegen.

Eine solche Verpflichtung erwiese sich nach Überzeugung der Beschlusskammer als nicht mehr verhältnismäßig, weil mit der Auferlegung einer strengen Gleichbehandlungsverpflichtung (in Ziffern I.1 und I.2 **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** des Tenors) sowie einer Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots (Ziffer I.7 des Tenors) mildere Mittel zur Verfügung stehen, die in gleicher Weise geeignet sind, die Regulierungsziele zu erreichen.

Eine Zugangsverpflichtung auch für den FB-IP-Bitstromzugang wäre zwar geeignet, die in § 26 Abs. 2 i.V.m. § 2 TKG normierten Regulierungsziele zu fördern. Denn die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung würde – als insoweit schärfstes Regulierungsmittel – in besonderem Maße sicherstellen, dass alternative Netzbetreiber auch diese speziellen Vorleistungsprodukte der Betroffenen zu 1) nachfragen können bzw. einen entsprechenden Zugang erhalten. Dies wäre mit Blick auf das Konnektivitätsziel, die Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen von Vorteil. Denn durch einen derart „abgesicherten“ Zugang wäre es den nachfragenden Wettbewerbern sicher möglich, auch auf Basis derartiger Vorleistungsprodukte mit der Betroffenen zu 1) zu konkurrieren, was wiederum auf dem Endnutzermarkt für eine entsprechende Verbreiterung des den Endkunden von unterschiedlichen Wettbewerbern offerierten Produktportfolios führen würde.

Im Ergebnis erweist sich die Auferlegung einer solchen Zugangsverpflichtung angesichts der der Betroffenen zu 1) im Übrigen auferlegten Verpflichtungen aber als nicht erforderlich. Denn

erforderlich ist eine belastende Maßnahme nur dann, wenn kein milderes Mittel ersichtlich ist, das den angestrebten Zweck – hier namentlich die Sicherung eines chancengleichen Wettbewerbs sowie eines wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes – in gleich effektiver Weise fördert.

Gemäß § 26 Abs. 2 S. 1 TKG ist eine Zugangsverpflichtung dann nicht (mehr) gerechtfertigt, wenn die Regulierungsziele aus § 2 TKG auch mittels anderer, bereits auferlegter Verpflichtungen sichergestellt werden können. Dies ist hier vor allem mit Blick auf die der Betroffenen zu 1) auferlegte EoO- und EoI-Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 TKG hinsichtlich des FB-IP-Bitstromzugangs der Fall. Hierdurch wird die Zugangsmöglichkeit der Nachfrager soweit abgesichert, dass eine *zusätzliche* Zugangsverpflichtung für den FB-IP-Bitstromzugang der Betroffenen zu 1) gegenüber als unangemessen zu bewerten ist.

Denn eine Zugangsverpflichtung wäre unter den gegebenen Umständen nicht in der Lage, ein signifikant höheres Schutzniveau im Hinblick auf die Regulierungsziele zu erzeugen. Zwar ließe sich anführen, dass im Falle der Auferlegung eines allgemeinen Diskriminierungsverbots (ohne gleichzeitige Zugangsverpflichtung) für das marktmächtige Unternehmen möglicherweise noch ein marginaler Spielraum verbliebe, um im Falle einer Zugangsnachfrage (unter Ausnutzung der beträchtlichen Marktmacht) ggf. negativ über das „Ob“ der Zugangsgewährung zu entscheiden. Hier ist jedoch zu beachten, dass der Betroffenen zu 1) für den fraglichen FB-IP-Bitstromzugang eine Gleichbehandlungspflicht nach Maßgabe des EoO- und des EoI-Prinzips auferlegt wird, siehe Ziffer **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden..**. Dies bedeutet im Kern, dass die Betroffene zu 1) sicherstellen muss, dass der FB-IP-Bitstromzugang sowohl allen vorleistungsnachfragenden Wettbewerbern *über dieselben Systeme und Prozesse* bereitgestellt wird. Hiernach darf es also bei der Bearbeitung einer entsprechenden Zugangsanfrage keinen Unterschied mehr machen, welches Unternehmen diese Anfrage einlastet. Auf diese Weise wird der vorgenannte potentielle Spielraum der Betroffenen zu 1) quasi auf Null reduziert. Denn wenn ein Wettbewerber einen FB-IP-Bitstromzugang begehrt, so muss die Betroffene zu 1) eine solche Anfrage schon aufgrund der EoI-Verpflichtung diskriminierungsfrei über die identischen Systeme und Prozesse abwickeln wie eigene interne Produktanfragen. Daneben ist zu beachten, dass die Betroffene zu 1) aufgrund ihrer im Zuge des Fusionskontrollverfahrens für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen ebenfalls einem strengen Nichtdiskriminierungsverbot unterliegt, was zusätzlich dafür spricht, dass sie Zugangsnachfrager nicht schlechter stellen wird als die Betroffene zu 2).

Infolge dieser strengeren Ausprägung des Diskriminierungsverbots hat die Betroffene zu 1) also ohnehin jede Zugangsanfrage über dieselben Systeme und Prozesse diskriminierungsfrei zu bearbeiten. § 24 Abs. 2 TKG sichert zudem auch eine diskriminierungsfreie Behandlung hinsichtlich der preislichen und technischen Zugangskonditionen. Damit ist sichergestellt, dass die Wettbewerber auch hinsichtlich dieser FTTH-basierten Produkte sowohl auf dem Vorleistungsmarkt als auch auf dem korrespondierenden Endkundenmarkt mit der Betroffenen zu 1) und anderen Netzbetreibern in entsprechende Konkurrenz treten können. So wird zugleich auch das Interesse der Endkunden an einer möglichst breiten Produktauswahl anhand verschiedener Preise und Qualitäten gewahrt.

Wenn aber für vorleistungsnachfragende Wettbewerber eine diskriminierungsfreie Zugangsgewährung bereits auf diese Weise sichergestellt ist, dann ergäbe sich aus einer zusätzlich auferlegten Zugangsverpflichtung nach § 26 Abs. 1 TKG aus Nachfragersicht kein signifikanter Mehrwert. Zugleich würde der Betroffenen zu 1) aber eine weitere rechtliche Belastung auferlegt. Die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes in Tenorziffer I.7 unterstützt dieses Ergebnis, denn hierdurch wird die chancengleiche Zugangsgewährung ebenfalls mit abgesichert. Ein darüberhinausgehendes, individuelles Initiativrecht der Zugangsnachfrager dergestalt, dass sie im Wege eines Zugangsanordnungsverfahrens nach § 35 TKG auch Zugang in einer Form einfordern können, wie ihn sich die Betroffene zu 1) nicht selbst gewährt, ist nicht geboten, weil die Betroffene zu 1) das Standardangebot innerhalb von drei Monaten nach Auferlegung vorlegen muss und damit eine Überprüfung des Standardangebots beginnt.

Auch der Vortrag der Plusnet, eine Zugangsverpflichtung sei erforderlich, um vom Standardangebot (noch) nicht umfasste Zugangsformen zu erfassen, ändert an dieser Bewertung nichts. Denn die Betroffene zu 1) wäre auch im Falle neuer, vom Standardangebot nicht umfasster Zugangsformen zum Angebot verpflichtet, wenn sie eine entsprechende Zugangsform der Betroffenen zu 2) gegenüber oder einem anderen Unternehmen anbietet.

Im Übrigen erachtet die Beschlusskammer das Risiko, dass die Betroffene zu 1) Verhandlungen über Individuallösungen gar nicht erst eingehen wird, als gering. Denn als Unternehmen, das seinen Fokus auf den Vorleistungsmarkt legt, wird sie ein Interesse daran haben, neue Produktvarianten anzubieten, sofern die Produktentwicklung wirtschaftlich ist. Für eine Verpflichtung zu Individuallösungen, die diesem Maßstab nicht gerecht werden, besteht nach Auffassung der Beschlusskammer unter Berücksichtigung der Regulierungsziele keine Rechtfertigung. Weder spricht das Anbieterinteresse hierfür, noch sind positive Auswirkungen auf den Gesamtmarkt bzw. die Verbraucher oder die Konnektivität in diesem Zusammenhang zu erwarten.

### **9.5. Widerruf der Verpflichtung, Entgelte für Leistungen im Zusammenhang mit dem FB-IP-Bitstromzugang zur Anzeige zu bringen**

Die Betroffene zu 1) ist aufgrund der Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015 verpflichtet, Entgelte für Kollokationsleistungen sowie dem FB-IP-Bitstromzugang zur Anzeige zu bringen.

Diese Verpflichtung wird nach § 13 TKG mit Erlass dieser Regulierungsverfügung widerrufen, weil von einer weiteren Verpflichtung nach § 38 Abs. 2 TKG abgesehen werden kann.

#### **9.5.1. Rechtliche Grundlagen**

Gemäß § 38 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, Entgelte für Zugangsleistungen zur Genehmigung im Verfahren nach § 40 TKG vorzulegen oder im Verfahren nach § 45 TKG zur Anzeige zu bringen, wenn andernfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endnutzermarkts durch missbräuchliche entgeltbezogene Maßnahmen des Unternehmens behindert und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden. Dies gilt auch für die mit dem marktmächtigen Unternehmen nach § 3 Nr. 69 TKG verbundenen Unternehmen.

Die nachträgliche Missbrauchsprüfung der Entgelte nach § 46 TKG bleibt unberührt, § 38 Abs. 1 S. 2 TKG.

Es ist somit im Rahmen der Ermessensausübung zunächst abzuwägen, ob überhaupt **Verpflichtungen der ex ante-Entgeltregulierung** aufzuerlegen sind oder ob von der Möglichkeit des Absehens von Entgeltverpflichtungen bei einer verbleibenden **nachträglichen Missbrauchsprüfung** der Entgelte nach § 46 TKG Gebrauch gemacht werden soll,

vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Dr. 29/21, S. 319 und BT-Dr. 19/26108, S. 273.

Das Gesetz sieht als **Regelverfahren** die **Genehmigung oder Anzeige der Entgelte** vor,

vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Dr. 29/21, S. 319 und BT-Dr. 19/26108, S. 273.

Eine lediglich **nachträgliche Missbrauchsprüfung** kann aber ausnahmsweise insbesondere dann als ausreichend erachtet werden, wenn es sich entweder um **Zugangsleistungen handelt, die nicht aufgrund von Verpflichtungen nach §§ 26 und 27 TKG bereitgestellt werden**, oder wenn für **bereits langfristig im Markt etablierte Zugangsleistungen von relativ geringer wirtschaftlicher Bedeutung** ein anderes Verfahren unverhältnismäßig mit Blick auf den erzielten Nutzen wäre,

vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Dr. 29/21, S. 319 und BT-Dr. 19/26108, S. 273.

Zudem kann die Bundesnetzagentur im Speziellen nach § 38 Abs. 2 TKG bei **Netzen mit sehr hoher Kapazität** von einer Verpflichtung, die Entgelte zur Genehmigung im Verfahren nach § 40 TKG vorzulegen oder im Verfahren nach § 45 TKG zur Anzeige zu bringen unter den dort genannten Voraussetzungen **absehen**.

Wird eine nachträgliche Missbrauchsprüfung der Entgelte nach § 46 TKG nicht als ausreichend i.S.d. § 38 Abs. 1 S. 1 TKG erachtet und kommt auch ein Absehen von einer Genehmigungs- oder Anzeigepflicht nach § 38 Abs. 2 TKG nicht in Betracht, ist in einem weiteren Schritt zu beurteilen, welches **Verfahren (Anzeige- oder Genehmigungspflicht)** sich zur Erreichung der Regulierungsziele besser eignet. Das Anzeigeverfahren steht von Gesetzes wegen als im Grundsatz gleichwertige Option der ex ante-Entgeltregulierung neben der Entgeltgenehmigung,

vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Dr. 29/21, S. 318,319, und BT-Dr. 19/26108, S. 273.

Die Bundesnetzagentur berücksichtigt gemäß § 38 Abs. 5 Nr. 1 TKG bei der Prüfung, ob und welche Entgeltverpflichtungen gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 stehen, insbesondere die Notwendigkeit der **Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes** und die **langfristigen Endnutzerinteressen am Ausbau von neuen und verbesserten Netzen**, insbesondere von Netzen mit sehr hoher Kapazität. Überwölbt werden diese Zielsetzungen, wie es sich auch aus dem Verweis in § 38 Abs. 5 Nr. 1 TKG ergibt, von den **Regulierungszielen und -grundsätzen des § 2 TKG**.

Die Regulierung hat danach die folgenden vier Grundziele zu beachten:

- die **Konnektivität** sowie den Zugang zu und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), ergänzt durch den Grundsatz der Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG).
- einen **chancengleichen Wettbewerb** sicherzustellen und nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze – einschließlich eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs – sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche, zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG); wobei es Grundsatz der Regulierung ist, dass Betreiber von Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Telekommunikationsdiensten unter vergleichbaren Umständen nicht diskriminiert werden (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 TKG),
- die **Nutzer-, insbesondere die Verbraucherinteressen** auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren, indem sie u.a. die Konnektivität, die breite Verfügbarkeit, sowie den beschleunigten Ausbau und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität wie auch von Telekommunikationsdiensten fördert (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) TKG), auf größtmögliche Vorteile der Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität auf der Grundlage eines wirksamen Wettbewerbs hinwirkt (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. b) TKG), sicherstellt, dass im Bereich der Telekommunikation keine Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen gelten (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. e) TKG), Aspekte der öffentlichen Sicherheit sowie der Sicherheit der Telekommunikationsnetze in den Blick nimmt (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. c)) und auf die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse achtet (lit. d)),
- die **Entwicklung des Binnenmarktes** der Europäischen Union zu fördern, indem sie die Schaffung konvergierender Bedingungen, gemeinsamer Regelungen und vorhersehbarer Regulierungskonzepte fördert (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG).

Bei der Verfolgung der vorgenannten Ziele wendet die Bundesnetzagentur objektive, transparente, nichtdiskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze an und gewährleistet neben den zuvor genannten Gesichtspunkten auch, dass regulatorische Verpflichtungen nur dann auferlegt werden, wenn es keinen wirksamen und nach-

haltigen Wettbewerb im Interesse der Endnutzer gibt und dass diese Verpflichtungen gelockert oder aufgehoben werden, sobald es einen solchen Wettbewerb gibt (§ 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG).

Bei der Entscheidung über das Verfahren hat die Bundesnetzagentur auch die **gesetzlichen Folgen der Auswahlentscheidung zwischen Genehmigungs- und Vorabanzeigespflicht in Bezug auf den jeweils anzuwendenden materiellen Entgeltmaßstab** in die der Regulierungsverfügung zugrundeliegende Abwägung einzubeziehen,

vgl. BVerwG, Urteil vom 30.05.2018 – 6 C 14/17, Rn. 32 – zu § 30 TKG<sup>2004</sup>.

Denn die **unterschiedlichen Maßstäbe**, die das Gesetz für die Entgeltregulierung bereithält, sind nicht erst Folge einer schon getroffenen Regulierungsentscheidung, sondern **beeinflussen im Rahmen des Regulierungsermessens die Wahl des richtigen Mittels**.

vgl. VG Köln, Urteil vom 12.08.2020 – 21 K 6862/15, III. 2. b) aa).

Nach § 39 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Entgelte nach § 38 Abs. 1 S. 1 oder Abs. 3 S. 2 TKG entweder anhand der **Missbrauchsmaßstäbe des § 37 TKG**, auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden **Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 42 TKG** oder auf der Grundlage einer **anderen, besonders zu begründenden Vorgehensweise** genehmigen.

Im **Anzeigeverfahren** findet stets der **Missbrauchsmaßstab** des § 37 TKG Anwendung (§ 45 Abs. 2 TKG).

Für den Fall der **Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht** ist zwar – anders als vom Bundesverwaltungsgericht im o.g. Urteil vom 30.05.2018 zum TKG<sup>2004</sup> entschieden – im Rahmen der Regulierungsverfügung nunmehr gemäß § 39 Abs. 2 S. 2 TKG auch eine **Bestimmung des Entgeltgenehmigungsmaßstabs** zulässig.

Die Beschlusskammer macht aber von dieser Möglichkeit, den Entgeltgenehmigungsmaßstab konstitutiv bereits in der Regulierungsverfügung festzulegen, keinen Gebrauch.

Sofern das VG Köln generell eine **Ermittlung zumindest der ungefähren Entgelthöhe**, die sich bei Anwendung der unterschiedlichen Maßstäbe oder Vorgehensweisen voraussichtlich ergibt, im Rahmen der Abwägung **in der Regulierungsverfügung** fordert,

vgl. VG Köln, Urteil vom 12.08.2020 – 21 K 6862/15, S. 45 – zu § 30 TKG<sup>2004</sup>,

kann sich dies nur auf die aus den jeweiligen materiellen Entgeltmaßstäben folgende **Preissetzungsflexibilität** beziehen. Eine darüber hinausgehende Abwägung ist zum Zeitpunkt der Regulierungsverfügung nicht möglich, weil die Höhe eines genehmigungsfähigen Entgelts i.d.R. von dem gestellten Antrag abhängig ist und das Ergebnis einer Prüfung im Anzeigeverfahren gemäß § 45 TKG vom angezeigten Entgelt abhängt. Soweit das beantragte bzw. angezeigte Entgelt beiden Prüfmaßstäben gerecht wird, kann wiederum das Verfahren keinen Einfluss auf die Entgelthöhe haben.

### 9.5.2. Absehen von Entgeltregulierung: Tatbestandliche Voraussetzungen

Die Beschlusskammer sieht nach § 38 Abs. 2 TKG davon ab, der Betroffenen zu 1) Regulierungsverpflichtungen nach § 38 Abs. 1 TKG aufzuerlegen.

Entsprechend kann sie nach § 38 Abs. 2 TKG entscheiden, wenn die Leistungen auf Netzen mit sehr hoher Kapazität (VHCN) erbracht werden, ein feststellbarer Preisdruck auf die in diesen VHCN erbrachten Endkundenprodukten besteht und ein effektiver, diskriminierungsfreier Zugang einschließlich einer technischen und wirtschaftlichen Nachbildbarkeit der Endkundenprodukte gewährleistet ist.

Diese tatbestandlichen Voraussetzungen liegen vor. Weiterhin hat die Beschlusskammer ihre Entscheidung am Zweck der Norm ausgerichtet und die Grenzen ihres Ermessens eingehalten.

Im Einzelnen:

#### 9.5.2.1. Netz mit sehr hoher Kapazität

Ein komplettes Absehen von Entgeltregulierungsverpflichtungen kommt nach § 38 Abs. 2 TKG für Netze mit sehr hoher Kapazität in Betracht.

Bei dem FTTH-Netz der Betroffenen zu 1) handelt es sich um ein Netz mit sehr hoher Kapazität, denn es besteht vollständig aus Glasfaserkomponenten.

Gemäß § 3 Nr. 33 TKG ist ein Netz mit sehr hoher Kapazität ein Telekommunikationsnetz, das entweder komplett aus Glasfaserkomponenten zumindest am Verteilerpunkt am Ort der Nutzung besteht oder das zu üblichen Spitzenlastzeiten eine vergleichbare Netzleistung in Bezug auf die verfügbare Downlink- und Uplink-Bandbreite, Ausfallsicherheit, fehlerbezogene Parameter, Latenz und Latenzschwankung bieten kann; die Netzleistung kann unabhängig davon als vergleichbar gelten, ob der Endnutzer Schwankungen feststellt, die auf die verschiedenen inhärenten Merkmale des Mediums zurückzuführen sind, über das das Telekommunikationsnetz letztlich mit dem Netzabschlusspunkt verbunden ist.

#### 9.5.2.2. Nachweisbarer Preisdruck auf die Endkundenpreise

Die Beschlusskammer hat einen nachweisbaren Druck auf die Endkundenpreise für FTTH-Anschlüsse festgestellt.

Ausweislich der Gesetzesmaterialien kann ein nachweisbarer Druck insbesondere vom **Infrastrukturwettbewerb**, einem **Preisanker aufgrund anderer regulierter Zugangsprodukte** oder einer hohen Preiselastizität der Nachfrage ausgehen,

vgl. BR-Drs. 29/21, S. 320 und BT-Drs. 19/26108, S. 274 jeweils unter Bezugnahme auf EG (193) EKEK.

Der Gesetzgeber führt diesbezüglich weiter aus:

*„Der Preis eines Endkundenproduktes, das auf Vorleistungsprodukten eines Netzes mit sehr hoher Kapazität basiert, hängt von der zusätzlichen Zahlungsbereitschaft der Endkunden gegenüber einem Endkundenprodukt ab, welches auf einem Vorleistungsprodukt basiert, dessen Preis der Entgeltregulierung unterliegt (Preisanker somit beispielsweise auch in Form regulierter Vorleistungsprodukte, die überwiegend auf Kupfer basieren, inklusive FttC-Infrastrukturen). Endkundenpreise von Produkten, die über alternative Infrastrukturen angeboten werden, können in ähnlicher Weise beschränkend wirken. In beiden Fällen gilt dabei, dass, je enger sich das Substitutions-verhältnis der jeweiligen Endkundenprodukte darstellt, die preis-restringierende Wirkung, die von den über regulierte bzw. alternative Infrastrukturen bereitgestellten Endkundenprodukten ausgeht, umso stärker einzuschätzen sein dürfte. Daneben kann eine nachweisliche Dämpfung der Endkundenpreise auch von einer hohen Preiselastizität der Nachfrage bezüglich der Endkundenprodukte, die über Netze mit sehr hoher Kapazität vermarktet werden, ausgehen: Eine hohe Preiselastizität der Nachfrage, d. h. eine starke Ausweichreaktion der Endkunden auf eine Preiserhöhung (bis hin zur Nichtnachfrage), kann es für das Unternehmen unrentabel werden lassen, Endkundenpreise über einem bestimmten Niveau zu setzen; die Preissetzungsspielräume sind insoweit ebenfalls beschränkt.“*

vgl. BR-Drs. 29/21, S. 320 und BT-Drs. 19/26108, S. 274.

Vorliegend folgt der nachweisbare Druck auf die Vorleistungspreise der Betroffenen zu 1) insbesondere aus einer Kombination aus den Gesichtspunkten des Infrastrukturwettbewerbs und der Preiselastizität im Hinblick auf die Nachfrage für sehr hochbitratige Endkundenprodukte. Im Einzelnen:

## Infrastrukturwettbewerb

Die Festlegung der Präsidentenkammer geht aufgrund der ähnlichen, maximal anbietbaren Bandbreiten davon aus, dass das Preisniveau von FTTB/H-Produkten von den Preisen für kabelbasierte Anschlüsse beschränkt wird, auch wenn wegen der nicht flächendeckenden Verfügbarkeit des Kabelnetzes der beschriebene Preisdruck allein im sogenannten Kabel-Footprint unmittelbar und im Rest des Landes lediglich mittelbar wirkt,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer vom 11.10.2019, 11.5.

Auch das Vorhandensein anderer FTTB/H-Anschlüsse ist grundsätzlich in der Lage, die Preissetzungsspielräume der Betroffenen zu 1) zu beschränken. Die Marktfestlegung ging davon aus, dass der Glasfasernetzausbau erst sehr langsam vorangeht, sodass FTTB/H-Anschlüsse nur regional und in sehr geringer Zahl verfügbar seien,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer vom 11.10.2019, 11.5.

Die Entwicklung hat sich in der Zeit seit der Festlegung der Präsidentenkammer erheblich beschleunigt. Bereits die Festlegung der Präsidentenkammer ging insofern aber von einer dynamischen Marktsituation aus.

Während 2019 noch insgesamt 1,5 Mio. aktive Breitbandanschlüsse über FTTB/H-Netze realisiert worden sind, hat sich diese Zahl zum Ende des ersten Halbjahrs 2023 mit insgesamt 3,8 Mio. aktiven FTTB/H-Anschlüssen mehr als verdoppelt,

vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2022/2023, S. 29.

Auch die Verfügbarkeit von FTTB/H-Anschlüssen ist sehr dynamisch. Zwischen dem Erhebungsstand der Marktanalyse und Ende 2023 hat sich die Gesamtzahl von Homes Passed von rund 5,3 Mio. auf 15 Mio. Anschlüssen knapp verdreifacht,

vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2020/2021, S. 32; Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2022/2023, S. 30

Es ist demnach davon auszugehen, dass im Verlauf der Regulierungsperiode Preisdruck zusätzlich vom zunehmenden Vorhandensein alternativer FTTB/H-Angebote ausgehen wird.

### Preiselastizität

Wie oben ausgeführt, kann auch die Zahlungsbereitschaft der Kunden als preisbegrenzender Faktor wirken. Die Festlegung der Präsidentenkammer beobachtet in Bezug auf sehr hohe Bandbreiten, die insbesondere durch FTTB/H-Netze bereitgestellt werden können, eine zunächst eher geringe Endkundennachfrage und somit auch Zahlungsbereitschaft. Das Preisniveau für solche Produkte sei somit auch insofern restringiert, als die Endkunden möglicherweise komplett auf den Anschluss verzichten, wenn der Produktpreis die Zahlungsbereitschaft übersteigt,

vgl. Festlegung der Präsidentenkammer vom 11.10.2019, 11.5.

Bei sehr hohen Bandbreiten begrenzt somit auch die Preiselastizität der Nachfrage die Preissetzungsspielräume der Betroffenen zu 1).

### 9.5.2.3. Effektiver und nichtdiskriminierender Zugang

Der FB-IP-Bitstromzugang, wie er von der Betroffenen zu 1) angeboten wird, ist effektiv und nichtdiskriminierend im Sinne des § 38 Abs. 2 TKG. Der Betrachtung liegt der FB-Vertrag zugrunde, der grundsätzliche Regeln über die Entgelte enthält.

#### 9.5.2.3.1. Nichtdiskriminierungsverpflichtung nach dem Eol-Ansatz

Voraussetzung für ein Absehen von Entgeltregulierung ist grundsätzlich die Auferlegung einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung nach dem Eol-Ansatz.

Zwar nennt § 38 Abs. 2 TKG als Voraussetzung für ein Absehen von Entgeltregulierung lediglich einen nichtdiskriminierenden Zugang, ohne dies näher zu spezifizieren. Indes empfiehlt Nr. 38 Gigabit-Empfehlung ein Absehen von einer Regulierung der Vorleistungszugangsentgelte nur dann, wenn ein Bündel von Bedingungen erfüllt ist. Erste Bedingung ist, dass dem marktmächtigen Unternehmen eine EoI-Verpflichtung auferlegt worden ist (vgl. Nr. 38 lit. a) Gigabit-Empfehlung). Nur, wenn die Auferlegung einer EoI-Verpflichtung unangemessen und eine EoO-Verpflichtung ausreichen würde, kann auf die EoO-Verpflichtung zurückgegriffen werden. In diesem Fall sind jedoch weitere Verpflichtungen hinsichtlich der technischen Replizierbarkeit und geeignete Überwachungsmechanismen zu implementieren (vgl. Nr. 38 lit. b) Gigabit-Empfehlung).

Die Betroffene zu 1) hat den EoI-Ansatz im Rahmen des ihrerseits vorgelegten System- und Prozesskonzeptes zur Prozessierung der hier fraglichen Zugangsprodukte auf FTTH-Basis verwirklicht, vgl. 5.2.4.1.

#### **9.5.2.3.2. Wirtschaftliche Nachbildbarkeit (ERT)**

Die von der Betroffenen zu 1) für den FB-IP-Bitstromzugang vorgelegten Entgelte erfüllen die Anforderungen an die wirtschaftliche Nachbildbarkeit, s. Ziffer 5.2.4.2.4.

#### **9.5.2.3.3. Technische Nachbildbarkeit (TRT)**

Der FB-Vertrag der Betroffenen ermöglicht effizienten Zugangsnachfragern auch eine technische Nachbildbarkeit ihrer Endkundenangebote, s. Ziffer 0

#### **9.5.2.4. Zwischenfazit**

Die Voraussetzungen für ein Absehen von Entgeltregulierung bei glasfaserbasiertem Layer-3-Bitstromzugang sind damit gegeben. Über das Absehen von Entgeltregulierung hat die Beschlusskammer unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zu entscheiden.

Die Beschlusskammer kommt bei Ausübung ihres pflichtgemäßen Ermessens zu dem Ergebnis, dass ein Absehen von Entgeltregulierung geeignet ist, die Regulierungsziele des § 2 TKG zu fördern.

### **9.5.3. Geeignetheit des Absehens von Entgeltregulierung**

Das Absehen von Entgeltregulierung für den FB-IP-Bitstromzugang gemäß § 38 Abs. 2 TKG ist geeignet, die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG zu fördern.

#### **Förderung der Konnektivität, § 38 Abs. 5 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG**

Angesichts der Unsicherheiten, in welchem Maße sich die Nachfrage nach Breitbanddiensten der nächsten Generation tatsächlich entwickeln wird, ist es für die Förderung effizienter Investitionen und Innovationen wichtig, den Betreibern, die in den Aufbau oder die Modernisierung von Netzen investieren, ein gewisses Maß an Flexibilität bei der Preisgestaltung zu gewähren, s. EG (193) EKEK und EG (49) der Nichtdiskriminierungsempfehlung.

Das Absehen von Entgeltregulierung und die damit ermöglichte zusätzliche Preissetzungsflexibilität ist somit ein Instrument zur Förderung des Ausbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität. Es ist damit in besonderer Weise geeignet, den VHC-Ausbau zu fördern.

Die Bundesnetzagentur hat insofern bereits in der Vergangenheit betont, dass eine unsachgemäße Beschränkung des Preisniveaus und mithin der Möglichkeiten zur Amortisation der Netzausbaukosten durch eine zu starre Regulierung mit negativen Effekten auf die Attraktivität sowohl volkswirtschaftlich als auch betriebswirtschaftlich prinzipiell lohnender zukunftssicherer Infrastrukturinvestitionen verbunden wäre,

vgl. Konsultationsdokument der Bundesnetzagentur, Fragen der Entgeltregulierung bei FTTB/H-basierten Vorleistungsprodukten mit Blick auf den Ausbau hochleistungsfähiger Glasfaserinfrastrukturen, Bonn, 14. März 2017, S. 4.

Insbesondere eine KeL-Regulierung wäre nicht geeignet, das Regulierungsziel der Konnektivität zu fördern.

Würde man der bisherigen Praxis bei der KeL-Ermittlung folgend von einer konstanten Amortisation über die Nutzungsdauer (Annuität) ausgehen, wäre die Summe aus Abschreibungen und Zinsen auf das eingesetzte Kapital (Periodenkosten) gleichmäßig über den Nutzungszeitraum zu verteilen. Dies würde jedoch unterstellen, dass – wie bei den bestehenden Kupfernetzen – auch bei den FTTB/H-Investitionen von weitgehend konstanter Kundenzahl und Zahlungsbereitschaft ausgegangen werden könnte. Bei dieser Herangehensweise bestünde die Gefahr, dass wegen der geringen Nachfrage insbesondere in den ersten Jahren zu hohe Periodenkosten je tatsächlich genutztem Anschluss verrechnet würden, die zu Preisen führen würden, die wahrscheinlich nicht durch die Zahlungsbereitschaft der Endkunden erlöst werden könnten. Eine solche statische Kalkulation der Amortisation im Rahmen des KeL-Konzepts würde daher der erforderlichen Preisflexibilität der Unternehmen im Hinblick auf den Infrastrukturausbau nicht angemessen Rechnung tragen,

vgl. Konsultationsdokument der Bundesnetzagentur, S. 18.

Das Absehen von Entgeltregulierung gewährt hingegen ausreichend Flexibilität und setzt damit Anreize für den Infrastrukturausbau, während gleichzeitig der Wettbewerb durch die getroffenen Nichtdiskriminierungsverpflichtungen angemessen geschützt ist.

**Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes,  
§ 38 Abs. 5 TKG i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG**

Ein Absehen von Entgeltregulierung für den FB-IP-Bitstromzugang gemäß § 38 Abs. 2 TKG ist geeignet, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze – einschließlich des infrastrukturbasierten Wettbewerbs – sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche, zu fördern. Die Preissetzungsspielräume der Betroffenen zu 1) sind auch ohne Regulierung der Vorleistungsentgelte beschränkt. Die weiteren flankierenden Maßnahmen (EoI, ERT, TRT) schützen zudem den Wettbewerb, s. EG (193) EKEK,

*„Um insbesondere überhöhte Preise auf Märkten zu vermeiden, auf denen es Unternehmen gibt, die als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, sollte diese Preisflexibilität mit zusätzlichen Vorkehrungen flankiert werden, um den Wettbewerb und die Endnutzerinteressen zu schützen“.*

Ein Absehen von Entgeltregulierung ist somit dem Regulierungsziel der Wettbewerbsförderung jedenfalls nicht abträglich.

### **Langfristige Verbraucherinteressen insbesondere am VHC-Ausbau, § 38 Abs. 5 TKG i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG**

Das Regulierungsziel der Förderung der langfristigen Verbraucherinteressen insbesondere am VHC-Ausbau, läuft gleich mit dem Regulierungsziel der Konnektivität gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG, soweit § 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) TKG die Förderung breiter Verfügbarkeit und des beschleunigten Ausbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität und deren Nutzung als Förderung der Interessen der Nutzer definiert („... Behörden fördern die Interessen der Nutzer, indem sie a) (...) fördern“).

### **Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes, § 38 Abs. 5 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG**

Ein Absehen von Entgeltregulierung gemäß § 38 Abs. 2 TKG ist zudem geeignet, die Entwicklung des Binnenmarktes zu fördern. Das Instrument wurde vom europäischen Gesetzgeber eingeführt, um bei gleichzeitiger Wahrung der Nutzerinteressen sowie des Wettbewerbs den Ausbau von VHC-Netzen voranzutreiben, Art. 74 Abs. 1 Uabs. 3 EKEK. Es ist daher als binnenmarktskonform anzusehen.

#### **9.5.4. Erforderlichkeit des Absehens von Entgeltregulierung**

Ein milderer Mittel als das Absehen von Entgeltregulierung gemäß § 38 Abs. 2 TKG, um die Regulierungsziele zu fördern, ist nicht ersichtlich. Bei der Anzeige- oder Genehmigungspflicht handelt es sich überdies nicht um besser geeignete Mittel zur Förderung der Regulierungsziele. Denn beide könnten die angestrebte und insbesondere für die Konnektivität und damit auch für die Verbraucherinteressen förderliche Flexibilität der Preissetzung nicht gleichermaßen gewährleisten. Das Wettbewerbsziel wird durch die Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 TKG auch bei einem Absehen von Entgeltregulierung ausreichend gewahrt.

#### **9.5.5. Angemessenheit des Absehens von Entgeltregulierung**

Unter Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte ist ein Absehen von Entgeltregulierung nach § 38 Abs. 2 TKG für den FB-IP-Bitstromzugang insgesamt angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne.

Das Absehen von Entgeltregulierung stellt gegenüber einer Genehmigungspflicht oder Anzeigeverpflichtung keinen Eingriff in die Rechte der Betroffenen zu 1) dar und dient damit dem stets zu berücksichtigenden Anbieterinteresse. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Betroffene zu 1) eine Anzeige- oder Genehmigungspflicht präferiert, wenngleich dies aus Gründen der Rechtssicherheit denkbar wäre.

Andere Rechtsgüter, welche darüber hinaus von dem hier vorgesehenen Absehen von einer Entgeltregulierung bei gleichzeitiger wettbewerbssichernder Flankierung tangiert sein könnten, sind nicht erkennbar.

#### **9.6. Ankündigungsfrist**

Nach § 13 Abs. 2 S. 2 TKG ist der Widerruf einer Zugangsverpflichtung den betroffenen Unternehmen innerhalb einer angemessenen Frist vorher anzukündigen. Vorliegend wurde dieser der Betroffenen zu 1) rechtzeitig mit der Konsultation angekündigt. Diese Frist ist angemessen. Die betroffenen Zugangsleistungen werden bereits offensichtlich nicht von der Betroffenen zu 1) angeboten werden oder wurden mit diesem Beschluss durch sachgerechte und angemessene Regulierungsverpflichtungen ersetzt.

**Rechtsbehelfsbelehrung**

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

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzerin

Dreger

Wieners

Wenzel-Woesler

Bonn, den 16.07.2024

Hinweis:

Für individuell zurechenbare Leistungen der Beschlusskammer werden Gebühren nach der Besondere Gebührenverordnung des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr für telekommunikationsrechtliche Tätigkeiten (BMDVTKBGebV) erhoben.

Weitere Informationen finden Sie unter „Aktuelles“ auf den Internetseiten der Beschlusskammern 2, 3, 5 und 11 unter [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de)

### Abkürzungsverzeichnis

|             |                                                                                                   |
|-------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ADSL        | Asymmetric Digital Subscriber Line                                                                |
| APL         | Abschlusspunkt der Linientechnik                                                                  |
| Az          | Aktenzeichen                                                                                      |
| BNG         | Broadband Network Gateway                                                                         |
| BR-Drs      | Bundesratsdrucksache                                                                              |
| BT-Drs      | Bundestagsdrucksache                                                                              |
| BuGG        | Betriebs- und Geschäftsgeheimnis                                                                  |
| BVerwG      | Bundesverwaltungsgericht                                                                          |
| CRM-System  | Customer-Relationship-Management-System                                                           |
| CuDA        | Kupferdoppelader                                                                                  |
| DigiNetzG   | Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze                          |
| Digital-OSS | Digital Operations Support System<br>zentrales IT-System der Telekom für FTTH-basierte Anschlüsse |
| DSL         | Digital Subscriber Line                                                                           |
| DSLAM       | Digital Subscriber Line Access Multiplexer                                                        |
| EKEK        | Europäischer Kodex für die elektronische Kommunikation                                            |
| Eol         | Equivalence of Input<br>Gleichwertigkeit des Inputs                                               |
| EoO         | Equivalence of Output<br>Gleichwertigkeit des Outputs                                             |
| ERT         | economic replicability test<br>ökonomischer Nachbildbarkeitstest                                  |
| EU          | Europäische Union                                                                                 |
| EUR         | Euro                                                                                              |
| EuGH        | Europäischer Gerichtshof                                                                          |
| FB-Vertrag  | Fiber-Broadband-Vertrag                                                                           |
| FTTC        | Fiber to the curb<br>Glasfaser bis zum KVz                                                        |
| FTTH        | Fiber to the Home<br>Glasfaser bis zu den Räumlichkeiten des Endkunden                            |
| FTTx        | Fiber to the x<br>Oberbegriff für verschiedene Glasfaser-Ausbauvarianten                          |
| gem.        | gemäß                                                                                             |

|             |                                                                                  |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------|
| GEREK       | Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation         |
| GF          | Glasfaser                                                                        |
| HFC-Netze   | Hybrid Fiber Coax-Netz<br>Breitbandnetz mit Endkundenanbindung über Koaxialkabel |
| HHUStO      | Haushalte bzw. Unternehmensstandorte                                             |
| Hrsg.       | Herausgeber                                                                      |
| HVt         | Hauptverteiler                                                                   |
| IP-BSA      | Internet Protocol-Bitstream Access<br>Layer 3-Bitstrom                           |
| ISA         | Infrastrukturatlas                                                               |
| KeL         | Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung                                   |
| KKa         | Kabelkanalanlagen                                                                |
| KPI         | Key-Performance-Indicator (wesentliche Leistungsindikatoren)                     |
| KVz         | Kabelverzweiger                                                                  |
| L2-BSA      | Layer 2-Bitstrom für Kupfer-Anschlüsse; hier: Produktname der Betroffenen zu 2)  |
| NGA         | Next Generation Access                                                           |
| ODF         | Optical Distribution Frame<br>Glasfaser-Hauptverteiler                           |
| OLG         | Oberlandesgericht                                                                |
| OLT         | Optical Line Terminal                                                            |
| PKS-Prüfung | Preis-Kosten-Scheren-Prüfung                                                     |
| PtMP        | Point-to-Multipoint (Punkt-zu-Mehrpunkt)                                         |
| PON         | Passive Optical Network (passives Glasfasernetz)                                 |
| PtP         | Point-to-Point (Punkt-zu-Punkt)                                                  |
| RegTP       | Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post                               |
| Rz.         | Randziffer                                                                       |
| S/PRI       | Supplier/Partner Requisition Interface                                           |
| SDSL        | Symmetric Digital Subscriber Line                                                |
| SLA         | Service Level Agreement                                                          |
| SLG         | Service Level Garantie                                                           |
| SNR         | SpeedNet-Rohr                                                                    |
| TAL         | Teilnehmeranschlussleitung                                                       |
| VDSL        | Very High Speed Digital Subscriber Line                                          |
| VG          | Verwaltungsgericht                                                               |
| VULA        | Virtual unbundled local access                                                   |

|      |                                                             |
|------|-------------------------------------------------------------|
|      | virtuell entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung |
| xDSL | Sammelbezeichnung für sämtliche DSL-Varianten               |

Im Übrigen wird verwiesen auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache.