

EWE TEL GmbH | Postfach 25 09 | 26015 Oldenburg

Per E-Mail: BK3-Postfach@BNetzA.de

Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 3

Tulpenfeld 4

53113 Bonn

Sie erreichen uns:

✉ EWE TEL GmbH
Cloppenburger Straße 310 | 26133 Oldenburg

• Tel. [REDACTED] | Fax [REDACTED]

@ [REDACTED] | www.ewe.de

Ihr Ansprechpartner: [REDACTED]

Ihre Zeichen/Nachricht: BK3d-22/018

BK3d-22/018

10. März 2023

Standardangebot der Telekom Deutschland GmbH für Fiber Broadband

Hier: Stellungnahme der EWE TEL GmbH nach öffentlich-mündlicher Verhandlung

- Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse -

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

EWE TEL bedankt sich zunächst für die gewährte Stellungnahmefrist im Nachgang zur öffentlich-mündlichen Verhandlung („ömv“) vom 19. Januar 2023.

Gleichzeitig gibt die Art und Weise der Durchführung der ömv deutlichen Anlass zur Kritik:

Entgegen der bisher üblichen langjährigen und bewährten Praxis bei ömv'en zu Standardangeboten der Betroffenen wurde dieser Termin durch die Beschlusskammer 3 („BK 3“) nicht dazu genutzt, in einen inhaltlich breiten Diskurs mit der Nachfragerseite zu treten. Vielmehr erschöpfte sich der Termin weit überwiegend in einem Dialog zwischen der Betroffenen und der BK 3, gleichsam der Durchführung eines bilateralen Erörterungstermins.

Dies belegt auch die kurz vor der ömv an die Beigeladenen versendete Agenda vom 13. Januar 2023, wobei jedenfalls bei EWE TEL immerhin noch die Erwartungshaltung bestand, dass zumindest unter Ziffer III der Agenda Raum für vertiefte inhaltliche Diskussionen hätte bestehen müssen. Im Gegensatz dazu hat die BK 3 jedoch nahezu jedwede Meldung der Beigeladenen zu den von der Betroffenen oder der BK 3 selbst vorgebrachten Äußerungen unterdrückt und die Beigeladenen immer wieder auf den im Vorfeld nicht kommunizierten und ans Ende des Termins gelegten Punkt „Sonstiges“ verwiesen.

Selbst dieser Punkt wurde dann jedoch weitgehend von der BK3 selbst eingenommen, und eine Auswahl der aus Sicht der BK 3 weiteren relevanten Punkte vorgetragen. Dabei ließ der Vortrag der BK 3 insbesondere hinsichtlich eines von EWE TEL im Vorfeld schriftlich vorgetragenen Sachthemas auch deutlich an Objektivität vermissen.

Geschäftsführer: Norbert Westfal (Sprecher), Maximilian Oertle
Aufsichtsratsvorsitzender: Bernd Lütjen
Gerichtsstand: Oldenburg HRB 3723, Steuernr: 23/64/200/00622, USt-ID Nr.: DE 184286895
Sitz der Gesellschaft: EWE TEL GmbH, Cloppenburger Str. 310, 26133 Oldenburg

Oldenburgische Landesbank AG
IBAN: DE86 2802 0050 1429 9044 00, BIC: OLBO DE 33 XXX
Landessparkasse zu Oldenburg
IBAN: DE28 2805 0100 0000 4364 36, BIC: SLZO DE 33 XXX

EWE TEL beantragt, die Übermittlung der Niederschrift der öffentlich-mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 2023.

Das Vorgehen der BK 3 verwundert auch deshalb, weil mit diesem Standardangebotsverfahren erstmalig ein Standardangebot für FTTH- und FTTB-Vorleistungen der Betroffenen reguliert wird und das Verfahren - wie bereits aufgezeigt und der BK 3 nach eigenem Bekunden in der ömV voll bewusst - insoweit auch eine langjährige und marktprägende Wirkung entfalten dürfte.

EWE TEL fordert die BK 3 daher nachdrücklich dazu auf, bei künftigen ömV'en auch die Nachfragerseite wieder verstärkt in den Blick zu nehmen und inhaltliche Diskussionen an den Stellen, wo sie nach Einschätzung einer Seite sinnvoll erscheinen, auch zuzulassen.

Inhaltlich fokussiert sich EWE TEL mit dieser Stellungnahme auf die bisher in der ömV inhaltlich kaum thematisierten entgeltrelevanten Regelungen im Commitment-Modell sowie der sog. „Umbrella-Zusatzvereinbarung“, sowie die Einführung einer neuen Schnittstelle und die weiterhin mangelhafte Umsetzung zwingender verbraucherrechtlicher Vorschriften im zweiten Entwurf des FB-Vertrags der Betroffenen.

Dies bedeutet nicht, dass EWE TEL mit den weitergehenden oder unterlassenen Änderungen im zweiten Entwurf des FB-Vertrags einverstanden ist. Vielmehr bleibt es insoweit bei den mit unserer Stellungnahme vom 09. Dezember 2022.

A. Vorlage und Überprüfung von *entgeltrelevanten* Regelungen

Nach § 29 Abs. (2) S. 1 TKG sind von der Betroffenen neben der Produktbeschreibung auch die Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen einschließlich der Entgelte im Rahmen des Standardangebotsverfahrens vorzulegen. Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen umschreiben die genaueren Umstände der Leistungserbringung. Hierzu gehören ausweislich der gesetzlichen Klarstellung auch die Entgelte, die von den Nachfragern für die Inanspruchnahme der Leistung zu entrichten sind (vgl. Neumann, in: Säcker/Körber, TKG, § 29, Rn. 55).

Folgerichtig hat die BK 3 im Lauf der ömV darauf hingewiesen, dass gem. § 29 Abs. (8) TKG im Rahmen des Standardangebotsverfahrens keine Überprüfung der *Entgelthöhen* stattfindet, *entgeltrelevante* Regelungen hingegen aber von der Bundesnetzagentur geprüft würden. In der Folge hat die BK 3 die Regelungen zur Ausgestaltung der jährlichen Commitment-Entgelte im Commitment-Modell (Anhang C) gegenüber der Betroffenen moniert.

Entgeltrelevant sind jedoch nicht nur Regelungen, welche die Modalitäten der Entgeltberechnung oder der Entgeltbezahlung betreffen (wie Fälligkeiten und Abrechnungszeiträume oder Tarife oder Taktzeiten), sondern gerade auch solche Klauseln, die nach der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei der Ermittlung und Festlegung des Entgelts für eine Leistung vernünftigerweise zu berücksichtigen sind bzw. anders gewendet solche Bestimmungen, die sich nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben bei der Entgeltbildung auswirken. Dabei sind als entgeltrelevant oder preisbildend jedenfalls solche Regelungen anzusehen, die wesentlich oder unmittelbar auf die Kalkulation des Entgelts oder Preises Einfluss haben (vgl. VG Köln, Urteil vom 02.05.2002 – 1 K 8007/98).

Die Überprüfung im Rahmen des Standardangebotsverfahrens darf sich demnach hinsichtlich der Entgelte nicht auf die Überprüfung von Zahlungsmodalitäten beschränken, sondern hat auch

sämtliche Regelungen, die einen wesentlichen Einfluss auf die Entgeltkalkulation entfalten, mithin kostenrelevant sind, zu berücksichtigen.

Zweifelsohne umfasst dieses Standardangebotsverfahren damit auch die Überprüfung aller entgeltrelevanten Regelungen des Commitments (Anhang C) sowie des von der Betroffenen bisher nicht vorgelegten „Umbrellas“.

I. „Umbrella“

EWE TEL beantragt,

die Betroffene zu verpflichten, die im Verfahren BK3c-20/106 als „Umbrella-Zusatzvereinbarung“ bezeichneten Regelungen zur Anrechenbarkeit von Anschlüssen aus dem VDSL- und dem FB-Commitment (Anhang C) im Rahmen dieses Standardangebotsverfahrens zur Überprüfung vorzulegen.

Bei dem „Umbrella“ handelt es sich um eine überaus wesentliche entgeltrelevante Regelung. Mit der Verklammerung und gegenseitigen Anrechnung von VDSL- und FB-Commitment schafft die Betroffene einen exklusiven Mechanismus zur Vermeidung von „Doppelzahlungen“ an denselben Haushalts- und Unternehmensstandorten („HHUStO“) für ihr eigenes FTTH-Netz.

Den Erklärungen der Betroffenen aus der ömV zum Verfahren BK3c-20/106 zufolge stellt sich der „Umbrella“ als Zusatzvereinbarung zum FTTH-Commitment dar, welche die gegenseitige Anrechenbarkeit des VDSL- und des FTTH-Commitments regelt.

Die Betroffene lies dazu in der ömV zum Verfahren BK3c-20/106 durch ihre Vertreter sowie ihren Verfahrensbevollmächtigten eine Powerpoint-Präsentation durchführen und erklärte dazu wörtlich:

*„...Die Telekom hat heute bereits eine hohe VDSL Coverage im Angebot. ... Und Carrier, die in beiden Welten partizipieren wollen, können **Commitments mit einer Anrechnungslogik** abschließen. Das ermöglicht letztendlich, dass für VDSL-Anschlüsse, die auch mal mit FTTH überbaut werden können, ein Carrier **nicht zweimal Commitment-Entgelte zahlt, sondern nur einmal**. ... Und wir bieten anrechenbare Commitments für VDSL und FTTH. **Wie gesagt, keine Doppelzählung.** ...*

*... Das Besondere ist, wir haben die **Commitments so justiert, dass sie tatsächlich anrechenbar** sind. Also **sowohl wirtschaftlich als auch prozessual**. Und so ist das Modell justiert, sodass über einen sukzessiven Ausbau auch bei einem Überbau und nicht eine ausschließliche Erweiterung von Coverage, **keine Doppelzahlungen** anfallen. Deshalb bieten wir in einer **Ergänzungsvereinbarung**, neben einem isolierten VDSL-Commitment, einem isolierten FTTH-Commitment auch eine Anrechenbarkeit dieser beiden Commitments an, die mechanisch und wirtschaftlich dafür sorgt, dass wir in einem Commitment-Modell gemeinsam erfolgreich vermarkten können. ...*

*Gegenstand des Entgeltgenehmigungsverfahrens ist derzeit nur das VDSL-Commitment. Sie kennen aber natürlich das Angebot, das am Markt ist. Und das auf einer bestimmten Wertschöpfungsstufe auch von einem Carrier schon angenommen wurde, bei dem man auch diese Vereinbarung natürlich schon sieht. Und Sie können sicher sein, dass das allen Marktbeteiligten auch so vorgestellt wurde. **Also jeder weiß,***

dass, wenn er auch FTTH anschließen kann, dass er dann auch diese Umbrella-Zusatzvereinbarung angeboten bekommt, die die Anrechenbarkeit der Kontingente gegenseitig regelt.“

(Auszug aus der Niederschrift der BNetzA zur öffentlich-mündlichen Verhandlung vom 11.11.2020 zum Aktenzeichen BK3c-20/106, Hervorhebung nur hier)

Auch wenn die Betroffene die o.g. „Umbrella-Zusatzvereinbarung“ gegenwärtig noch nicht vorgelegt hat, stellt EWE TEL bereits jetzt den nachfolgenden Antrag:

EWE TEL beantragt,

die Betroffene zu verpflichten, die in diesem Standardangebotsverfahren von der Betroffenen vorzulegende „Umbrella-Zusatzvereinbarung“ um Regelungen zur diskriminierungsfreien Anrechenbarkeit von FTTH-Anschlüssen aus Drittnetzen zu erweitern.

Hilfsweise wird beantragt, die Betroffene zu verpflichten, die in der „Umbrella-Zusatzvereinbarung“ enthaltenen Regelungen vollständig zu streichen.

Der „Umbrella“ genügt in seiner gegenwärtigen Form den Anforderungen nach § 29 Abs. (3) TKG sowohl aus Nachfragersicht als auch aus Sicht konkurrierender FTTH-Wholesaleangebote nicht. Dabei geht EWE TEL davon aus, dass die Betroffene den „Umbrella“ im Vergleich zu der im Verfahren BK3c-20/106 beschriebenen Form unverändert anbietet.

Das in § 29 Abs. (3) TKG statuierte Gebot der Chancengleichheit muss nach dem Zweck des Gesetzes ausgelegt werden, durch Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten, §§ 1 und 2 Abs. (2) Nr. 2 TKG. Hieraus lässt sich folgern, dass für Wettbewerber gleiche Ausgangsbedingungen geschaffen werden sollen (vgl. BNetzA, Beschl. v. 13.12.2021, BK3h-21/005, S. 8). Die Vertragsbedingungen sind so auszugestalten, dass ein Nachfrager in einen chancengleichen Wettbewerb sowohl mit der Betroffenen als auch mit anderen Wettbewerbern treten kann (vgl. Neumann, a.a.O., Rn. 65).

Dieses Kriterium ist in der gegenwärtigen Ausgestaltung des „Umbrellas“ sowohl hinsichtlich des Wettbewerbs mit der Betroffenen als auch mit anderen Wettbewerbern gegenwärtig nicht erfüllt. Zwar kann eine Anrechenbarkeit von durch unterschiedliche Technologien mehrfach erschlossenen HHUStO durchaus sinnvoll sein, um die Nachfrage nach Anschlüssen auf dem neuen Netz zu fördern. Die exklusive gegenseitige Anrechenbarkeit von VDSL- und FTTH-Anschlüssen allein auf dem Netz eines marktmächtigen Unternehmens – hier der Betroffenen – führt jedoch zu völlig unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen und ist strikt abzulehnen.

Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der „Umbrella“ aufgrund der festgestellten Marktmacht der Betroffenen allein von ihr sinnvoll angeboten werden kann. Die Betroffene verfügt im Bereich des zu gewährenden lokal virtuell entbündelten Zugangs am BNG (BNG-VULA in den Varianten ADSL, VDSL und SDSL) über das bundesweit einzige

flächendeckende und für keinen Wettbewerber realistischer Weise duplizierbare Netz (vgl. BNetzA, Beschl. v. 21.07.2022, BK3i-19/020, S. 172).

Im Bereich des VDSL-Wholesale-Angebots dürfte die Betroffene nach wie vor nicht nur marktmächtig sein, sondern über ein nahezu bundesweites Monopol verfügen. So lag der Anteil glasfaserbasierter Breitbandanschlüsse im Wholesalebereich der Betroffenen zum Ende des Geschäftsjahres 2021 bei rund 6,8 Mio. Anschlüssen, wobei dies im Vergleich zum Jahresende 2020 sogar eine Steigerung um 4,2 Prozentpunkte bedeutet und nach eigener Aussage der Betroffenen auf die Nachfrage aus Kontingent- und Commitmentverträgen zurückzuführen ist (vgl. Geschäftsbericht der Betroffenen, abrufbar unter: <https://bericht.telekom.com/geschaeftsbericht-2021/lagebericht/geschaeftsentwicklung-der-operativen-segmente/deutschland.html>).

Im Gegensatz dazu ist der Ausbau von FTTH-Netzen in Deutschland nicht allein in der Hand der Betroffenen, sondern erfolgt durch eine Vielzahl von Marktakteuren inkl. solcher, welche mit der Betroffenen i.S.d. § 15 AktG verbunden sind.

Zusammenfassend lässt sich mithin feststellen, dass der Bereich von VDSL-Vorleistungen nahezu vollständig in der Hand der Betroffenen liegt, während im Bereich des in großen Teilen noch herzustellenden FTTH-Vorleistungsnetzes eine Vielzahl von Wettbewerbern agiert und entsprechende Wholesaleangebote am Markt platziert, um ihre Netze zwecks Investitionsamortisation auslasten zu können. Dies trifft insbesondere auf sog. „Wholesale-Only-Unternehmen“ also solche, welche kein eigenes Endkundengeschäft betreiben, zu.

Im Hinblick auf den von der Betroffenen angebotenen „Umbrella“ führt die numerische Asymmetrie der Netzbetreiber auf unterschiedlichen Netzen dazu, dass das Zusammenwirken von VDSL- und FTTH-Commitment in Form der exklusiven gegenseitigen Anrechenbarkeit ohne Berücksichtigung von Drittnetzen dazu führt, dass selbst ein effizienter Nachfrager nicht ohne Weiteres in der Lage ist, ein VDSL-Commitment mit der Betroffenen zu vereinbaren, wenn bereits die Vereinbarung eines FTTH-Commitments bei einem Dritten geplant oder gar abgeschlossen ist.

Umgekehrt wird die Nachfrage von FTTH-Anschlüssen in Drittnetzen durch die exklusive Anrechnungslogik der Betroffenen erheblich negativ beeinträchtigt:

Möchte ein Nachfrager ein konkurrierendes FTTH-Commitment-Angebot bei einem Wettbewerber der Betroffenen abschließen, ist er mangels Anrechenbarkeit aller Voraussicht nach nicht mehr ohne Weiteres dazu in der Lage, zeitgleich auch noch ein VDSL-Commitment mit der Telekom und den damit einhergehenden festen Mindestabnahmemengen für seine Migration auf Netze mit sehr hoher Kapazität zu vereinbaren, da damit die vertrieblich abzusetzende Menge und damit auch das Leerstandsrisiko in den jeweiligen Commitments zunimmt, was zu insgesamt steigenden Kosten und weiteren Wettbewerbsnachteilen führt. Dies gilt besonders für regional tätige Unternehmen wie EWE TEL, da regionale Wettbewerber von vornherein einen höheren Prozentsatz bei der Betroffenen abnehmen müssen als bundesweit tätige Wettbewerber und darüber hinaus keine Panaschierungsmöglichkeit zwischen den Commitments auf Ortsnetzebene besteht (vgl. Ziff. 4 Abs. 4 Anhang C).

Konkret muss ein bundesweiter Nachfrager des VDSL- und FTTH-Commitments bei der Betroffenen insgesamt nur 3% der jeweiligen Commitment-Basis abnehmen, da mit dem „Umbrella“ eine gegenseitige Anrechnung der jeweiligen Absatzmengen aus den unterschiedlichen Commitments erfolgen kann. Schließt ein bundesweit agierender Nachfrager gleichwohl noch ein regionales FTTH-Commitment bzw. eine vergleichbare Vereinbarung bei einem Dritten ab, kann er ein damit einhergehendes Risiko Leerstandsrisiko im VDSL- bzw. FTTH-Commitment der Betroffenen dadurch ausgleichen, dass er die abzusetzende Menge in anderen Gebieten erhöht.

Ein regionaler Wettbewerber muss hingegen bereits 6% in dem jeweiligen Commitment der Betroffenen abnehmen. Hat der regionale Wettbewerber bereits ein FTTH-Commitment mit einem Dritten abgeschlossen, wäre die Abnahmemenge bei gleichzeitiger Vereinbarung eines VDSL-Commitments mit der Betroffenen in Summe jedoch erheblich höher als 6%, da eine Anrechnung auf das abgebende VDSL-Netz der Betroffenen nicht erfolgt und ein Panaschieren unterschiedlicher Absätze auf Ortsnetz-Ebene im regionalen Commitment-Modell nicht möglich ist.

Der „Umbrella“ der Betroffenen schafft in seiner gegenwärtigen Form damit auch eine zusätzliche Markteintrittsschranke für konkurrierende FTTH-Wholesale-Angebote sowie eine Sog- und Bindewirkung zugunsten des VDSL- und FTTH-Netzes der Betroffenen.

Durch die fortschreitende sukzessive Migration von VDSL zu FTTH entsteht mit dem von der Betroffenen angebotenen Umbrella im Ergebnis eine Marktsituation, in der Nachfrager einerseits mangels Anrechenbarkeit von Anschlüssen aus Drittnetzen einen starken Anreiz haben, vor allem auf das FTTH-Netz der Betroffenen zu migrieren während durch denselben Mechanismus andererseits insbesondere für regional agierende Unternehmen eine Nachfrage des VDSL-Commitments faktisch ausgeschlossen und der Markteintritt in den FTTH-Vorleistungsmarkt für konkurrierende FTTH-Vorleistungsanbieter erheblich erschwert wird.

Der „Umbrella“ ist daher unbedingt so auszugestalten, dass auch die Abnahme von FTTH-Anschlüssen aus Drittnetzen bei der Betroffenen diskriminierungsfrei Berücksichtigung findet.

II. FB-Commitment (Anhang C)

EWE TEL beantragt,

die Betroffene zu verpflichten, Anhang C „Commitment“ um eine Regelung zur Reduzierung eines Commitments durch den Kunden bis zur jeweiligen Mindestcommitmentgröße zu erweitern.

Zunächst handelt es sich bei der im Vergleich zum Kontingentmodell entfallenen Reduzierungsmöglichkeit um eine entgeltrelevante Regelung.

Die mit einem Nachkauf gem. Ziff. 10 des Anhang C verbundene erhöhte Abnahmepflicht und ein damit korrespondierendes Reduzierungsrecht haben wesentlichen Einfluss auf die Kalkulation des Nachfragers. Dies gilt insbesondere bei der Vereinbarung von regionalen Commitments, in welchen ein Nachfrager mangels Panaschierungsmöglichkeiten

auf Ortsnetzebene (vgl. Ziff. 4 Abs. 4 Anhang C) vertriebliche Absätze, welche in einem Ortsnetz unterhalb der Commitment-Basis liegen, mit Absätzen in anderen Ortsnetzen welche die Commitment-Basis übererfüllen, ausgleichen müsste um im Durchschnitt mit dem Commitment-Modell kostendeckend vermarkten zu können.

Inhaltlich genügt Anhang C den Anforderungen an die Chancengleichheit und Billigkeit im Hinblick auf den Nachkauf insoweit nicht, als dass zwar eine Erhöhung eines Commitments, nicht aber eine Reduzierung (bis zum Mindestcommitment) möglich ist.

Das Gebot der Billigkeit erfordert, dass die Leistungen des Standardangebotes zu Bedingungen angeboten werden, die den Zwecken angemessen sind, die von den Zugangsnachfragern beim Bezug dieser Leistungen verfolgt werden, sodass die Entstehung funktionsfähigen Wettbewerbes ermöglicht wird. Es geht also um einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen des verpflichteten Unternehmens einerseits und der Zugangsnachfrager andererseits (vgl. Neumann, a.a.O., Rn. 66).

Insoweit ist dem Interesse der Betroffenen im Anhang C bereits dadurch genügend Rechnung getragen, dass der Nachfrager immer das Mindestcommitment abnehmen bzw. die entsprechenden jährlichen Commitment-Preise zu zahlen hat, die dem Mindestcommitment zugrundeliegende Commitment-Basis gem. Ziff. 3 und 7 des Anhang C mit fortschreitendem FTTH-Ausbau der Betroffenen kontinuierlich anwächst und der Betroffenen damit eine mitwachsende Auslastung bzw. finanzielle Beteiligung des Nachfragers an ihrem Netz gesichert wird.

Zudem ist dem Nachfrager zu keinem Zeitpunkt transparent, inwieweit die Betroffene eine bestimmte Commitment-Region durch andere bereits vereinbarte Commitments (bundesweit oder regional) signifikant ausgelastet hat. Insoweit kann ein regionaler Nachfrager nicht einmal ausschließen, dass die von ihm gewählte Region gemessen an den von der Betroffenen tatsächlich verfügbaren Anschlüssen kommerziell überzeichnet ist. Da diese Transparenz aber vermutlich aus kartellrechtlichen Gründen nicht gewährt werden kann, bleibt nur die Möglichkeit, ein bestehendes Commitment auch reduzieren zu können.

Sofern der Nachfrager eine höhere Anzahl an FB-Anschlüssen der Betroffenen nachfragt, als sich aus der jeweils jährlich festgelegten Commitment-Basis i.V.m. der jeweiligen Abnahmequote ergibt, kann der Nachfrager innerhalb eines Commitment-Jahres unter den Voraussetzungen der Ziff. 10 des Anhang C Prozentpunkte nachkaufen und sein Commitment damit an seinen Absatzerfolg „nach oben“ anpassen. Dies ist aus den oben genannten Gründen insbesondere für regionale Nachfrager wie EWE TEL ein notwendiges Mittel, zumal ansonsten gem. Ziff. 9 des Anhang C eine monatliche Malus-Zahlung i.H.v. 10,00 EUR je Anschluss an die Betroffene zu leisten sein soll.

Während das Commitment-Modell der Betroffenen damit also eine Regelung für den Fall vorsieht, dass der Nachfrager mehr absetzt und damit „erfolgreicher“ ist als vertraglich geschuldet, fehlt es an einer Regelung für den Fall, dass der Nachfrager von der vertraglichen Übererfüllung zu einem späteren Zeitpunkt wieder auf die ursprüngliche Verpflichtung der Abnahme in Höhe der jeweils festgelegten Commitment-Basis zurückkehren kann („Reduzierung des Commitments“).

Eine solche Möglichkeit wurde den Nachfragern im Vorgängermodell („Kontingentmodell“) hingegen noch eingeräumt. Dort findet sich unter Ziffer 2.5 folgende Klausel:

2.5 Reduzierung von L2-BSA-VDSL Stand Alone im Kontingent

Der Kunde ist berechtigt, jährlich spätestens am letzten Tag des Monats Februar mit Wirkung zum 1. April des jeweiligen Jahres die Anzahl der Kontingentanschlüsse um mindestens 20.000 bis auf die Höhe zu verringern, die erforderlich ist, um die Kriterien von Ziffer 2.2 zu erfüllen. Die Reduzierung der Anzahl von Kontingentanschlüssen ist nur möglich, wenn für das Vorauszahlungsentgelt Ratenzahlung vereinbart wurde.

Indem die Betroffene den Nachfragern eine solche Reduzierungsmöglichkeit mit dem Commitment-Modell nunmehr verwehrt, verschiebt sie die mit einem Nachkauf verbundenen Rechtswirkungen einseitig und in unbilliger Weise zu ihren Gunsten („Point of no return“).

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass ein Teil der Nachfrager im Markt diese Klausel so bereits akzeptiert habe. Ungeachtet der jeweiligen Motivation zur Vertragszeichnung verstößt die Nichteinräumung einer Reduzierungsmöglichkeit aus den oben genannten Gründen auch gegen das Gebot der Chancengleichheit. Diese wurde jedenfalls – ausgehend vom Kontingentmodell – zulasten einiger Nachfrager durch die Nichteinräumung eines Reduzierungsrechts eingeschränkt. Da insbesondere regionale Nachfrager auf ein entsprechendes Nachkaufsrecht angewiesen sind, um über mehrere Ortsnetze hinweg kostendeckend mit dem Commitment-Modell einkaufen und das in Ziffer 9 genannte Zusatzentgelt vermeiden zu können, besteht durch die mangelnde Reduzierungsmöglichkeit keine Chancengleichheit zwischen bundesweiten und regionalen Nachfragern sowie zur Betroffenen selbst.

Es sollte daher zumindest eine turnusmäßige Reduzierungsmöglichkeit bis zum Mindestcommitment, bspw. nach 5 Jahren, eingeräumt werden.

EWE TEL beantragt,

die Betroffene zu verpflichten, die Regelungen zum Späteinstieg in den Ziffern 5 und 11 des Anhang C „Commitment“ zu streichen.

Zunächst handelt es sich auch bei den Ziffern zum Späteinstieg um wesentliche entgelt-relevante Regelungen. Sie erhöhen die Einkaufspreise für einen regionalen Nachfrager zusätzlich zu den ohnehin sukzessiv ansteigenden jährlichen Commitment-Entgelten durch die Einführung einer sog. „Malus-Zahlung“ signifikant, falls dieser unter bestimmten Umständen nicht innerhalb einer bestimmten Frist ein Commitment bei der Betroffenen abschließt.

Diese Regelung verstößt ebenfalls gegen die Grundsätze der Chancengleichheit und Billigkeit nach § 29 Abs. (3) TKG.

Im Hinblick auf die Chancengleichheit unterscheidet das Commitment-Modell bereits in unzulässiger Weise auf Ebene der Angebotsabgabe zwischen bundesweiten, regionalen und sog. „IRC FB-Commitments“:

Ein bundesweiter Nachfrager kann das Commitment nur bis zu dem in Ziffer 5.3 des Anhang C benannten Stichtag (31.12.2023) ein bundesweites FTTH-Commitment bei der Betroffenen abschließen.

Hingegen ist für ein regionales Commitment eine solche fixe Angebotsabgabefrist zwar nicht vorgesehen, sie erfolgt jedoch ausweislich der Ziffern 5 und 11 des Anhang C dynamisch mit der erstmaligen Nachfrage eines regional tätigen Unternehmens und löst dann eine Art „Windhundrennen“ mit einer deutlich kürzeren Entscheidungsfrist aus. Diese beträgt gem. Ziffer 5.1 Abs. (3) S. 4 Anhang C im Zweifel lediglich 12 Wochen. Dies spätestes Angebotsabgabefrist fällt hier auf den 31.12.2030 (vgl. Ziffer 5.1 Abs. (4) Anhang C).

Bei einem „IRC FB-Commitment“ scheint mangels Verweis auf Ziffer 5.1 Abs. (4) hingegen überhaupt kein Zeitpunkt für die späteste Angebotsabgabe festgelegt worden zu sein.

Nach Ablauf des jeweiligen Datums erhöhen sich die jährlichen Commitment-Entgelte eines Commitment-Nachfragers zusätzlich zu ihrem ohnehin angelegten sukzessiven Anstieg (vgl. Ziffer 8.1 Anhang C) nach Ziffer 11.4 Anhang C je Anschluss um weitere 11,40 EUR jährlich.

Im Ergebnis gelten damit hinsichtlich des Späteinstiegs für unterschiedliche Commitment-Nachfrager bereits unterschiedliche Bedingungen. Dies ist mit dem Gebot des chancengleichen Wettbewerbs unvereinbar.

Die Regelungen zum Späteinstieg sind auch unbillig.

Es ist bereits nicht erkennbar, welches überwiegende legitime Interesse die Betroffene an einer massiven Erhöhung der jährlichen Commitment-Entgelte um 11,40 EUR jährlich je Anschluss nach einem bestimmten Datum seit Abschluss eines ersten Commitments in einer bestimmten Commitment-Region haben könnte. Dies gilt vor allem deshalb, da die jährlichen Commitment-Entgelte ausweislich der Ziffer 8.1 Anhang C ohnehin sukzessive ansteigen und ein Abschluss des Commitments nach dem ersten Commitment-Jahr das durchschnittliche jährliche Commitment-Entgelt ohnehin bereits erhöht sowie jedenfalls im regionalen Commitment auch kein fixes Datum für eine Angebotsabgabe, sondern lediglich ein Enddatum für die Angebotsabgabe vorgesehen ist.

Die Betroffene kann demgemäß insbesondere im Fall der regionalen Commitments von vornherein nicht für sich reklamieren, eine berechtigte oder gar gesicherte kommerzielle Position hinsichtlich der regionalen Commitments inne zu haben. Vielmehr steht bis zum 31.12.2030 überhaupt nicht fest, ob, wann und ggf. wie viele Nachfrager ein Commitment über eine bestimmte Commitment-Region abgeben.

Im Ergebnis suggeriert Ziffer 11 Anhang C damit zwar, dass der Abschluss eines regionalen Commitments auch nach Auslaufen der mind. 12-wöchigen Angebotsfrist noch möglich sei. Diese Möglichkeit ist aus Sicht von EWE TEL jedoch wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll darstellbar, so dass es sich insoweit lediglich um ein Scheinangebot handelt, welches in der Folge unbillig ist.

EWE TEL beantragt,

der Betroffenen aufzugeben, Ziffer 14 Anhang C zu streichen.

Mit den Regelungen in Ziffer 14 möchte sich die Betroffene schließlich bereits mit Abschluss ihres Wholesale-Commitments nicht nur in kommerzieller Sicht reziproke Einkaufsbedingungen bei ihrem Nachfrager sichern, so dass es sich auch insoweit um eine entgeltrelevante Regelung handelt.

Dies dürfte bereits aus Gründen des allgemeinen Wettbewerbsrechts verboten sein.

Jedenfalls ist diese Regelung aber auch unbillig i.S.d. § 29 Abs. (3) TKG. Der Nachfrager muss – sofern er selbst FTTH ausbaut, in seine Bezugskalkulation nicht nur bereits seinen eigenen Angebotspreise einbeziehen, sondern darüber hinaus ausweislich Ziffer 14 Abs. (1) Anhang C auch hinsichtlich der Leistung *„ein vergleichbares Bitstrom-Vorleistungsprodukt zu vergleichbaren Konditionen wie in diesem FB-Vertrag“* für die Betroffene anbieten.

Dabei verkennt die Regelung vollkommen, dass der Nachfrager seinen eigenen FTTH-Ausbau ggf. zu anderen Kosten und Renditeerwartungen kalkuliert hat, bzw. ein solch umfassendes FTTH-Angebot i.S.d. in Ziffer 3 des Hauptteils sowie Ziffer 8.2.3.1 ff. Anhang C der Betroffenen nicht spiegeln kann bzw. nur zu deutlich höheren, im Zweifel unrentablen Kosten.

B. Elektronische Auftrags- und Entstörschnittstelle (Anhang G)

EWE TEL beantragt,

die Betroffene zu verpflichten, eine geeignete Regelung in Anhang G aufzunehmen, welche eine Verpflichtung der Betroffenen zur Vorlage einer Änderungsvereinbarung des FB-Standardangebots vorsieht, sobald der Arbeitskreis Schnittstellen & Prozesse eine Spezifikation der neuen Marktschnittstelle verabschiedet hat.

EWE TEL beantragt weiter,

die Betroffene zu verpflichten, in diese Änderungsvereinbarung geeignete Regelungen zur Einführung und Nutzung der neuen Marktschnittstelle sowie einen Zeitplan aufzunehmen.

Die Betroffene hatte im Rahmen der ömV mit der BK 3 diskutiert, dass die neue Marktschnittstelle aus dem multilateralen AK Schnittstellen & Prozesse nicht in den Vertrag aufzunehmen sei, weil der Inhalt und die Finalisierung der Spezifikation noch nicht absehbar seien. Die BK 3 vermittelte mangels kritischer Rückfragen den Eindruck, dass dieser Vortrag der Betroffenen überzeugt hat und regte zudem eine „Aufnahme einiger Sätze in die Präambel des Hauptvertrages“ an. Dieser Anregung ist die Betroffene mit Vorlage der geänderten Verträge vom 22.02.2023 zwar nachgekommen.

Wie EWE TEL dazu bereits am Ende der ömV angemerkt hat, ist die nunmehr erfolgte Aufnahme einer unverbindlichen und im Ungefähren bleibenden Erwähnung der „modernen Schnittstellen-Architektur“ nicht ausreichend, um die Anforderung des § 29 Abs. (3) TKG zu erfüllen. Es bedarf

hierzu einer konkreten vertraglichen Pflicht der Betroffenen, die Schnittstelle nach deren Spezifikation einzuführen, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden. Die Tatsache, dass die Spezifikation zum Zeitpunkt der ersten bzw. zweiten Teilentscheidung dieses Standardangebotsverfahren noch nicht finalisiert sein könnte, steht dem in keiner Weise entgegen. Im Gegenteil, durch die verpflichtende Einführung, würden sowohl die Betroffene als auch die Nachfrager nicht nur motiviert weitere Ressourcen in die Entwicklung der Spezifikation zu investieren, sondern erhielten zudem die unbedingt erforderliche Rechts- und Planungssicherheit, dass die neue Spezifikation später auch von der Betroffenen angeboten werden wird. Entsprechende IT- und Entwicklungsressourcen können somit frühzeitig allokiert werden.

Dabei liegt es auf der Hand, dass das Fehlen einer Verpflichtung der Betroffenen außerdem einen erheblichen Spielraum für Wettbewerbsbehinderungsstrategien ermöglichen würde. Denn es ist offensichtlich, dass alle bisher öffentlich gemachten Commitment-Vertragspartner ihren Fokus auf die von der Betroffenen angebotene Schnittstelle legen werden und müssen. Entsprechend würde ein Wechsel der Betroffenen auf einen Marktstandard, den auch andere Netzbetreiber im Wholesale anbieten, den parallelen Einkauf bei diesen Netzbetreibern erleichtern. Dabei ist es sehr wahrscheinlich, dass diese Netzbetreiber beispielsweise Bitstromvorleistungen in Gebieten anbieten, die auch die Betroffene mit FTTC-Erschlossen hat. Die Betroffene hat jedoch ein erhebliches ökonomisches Interesse daran, die Wechsel der Commitment-Vertragspartner zu anderen Netzbetreibern zu erschweren (vgl. A.II. Commitment). Es ist anzunehmen, dass dieses ökonomische Interesse noch viele Jahre die ihr entstehenden zusätzlichen Kosten einer vom Marktstandard abweichenden Schnittstelle überwiegen dürften. Die Nicht-Auferlegung einer Pflicht zur Einführung der neuen Marktschnittstelle liefere damit nicht nur den Kriterien des § 29 Abs. (3) TKG zuwider, sondern würde gleich mehreren Zielen der Regulierung des § 2 Abs. (2) TKG entgegenstehen.

Der Unsicherheit über den Zeitpunkt der Finalisierung sowie den Inhalt der finalen der Spezifikation einer Marktschnittstelle kann angemessen dadurch Rechnung getragen werden, dass die Betroffene nach der Finalisierung, innerhalb einer üblichen Frist zur Vorlage von Standardangeboten, eine Änderungsvereinbarung zur Genehmigung vorlegen muss, die sowohl die inhaltlichen Änderungen am FB-Standardangebot als auch den Zeitplan festlegt. Durch die Vorlage zur Genehmigung wird zudem die Beteiligung des gesamten Marktes sichergestellt und eine wettbewerbsbehindernde Vorgehensweise der Betroffenen verhindert.

C. Anhang A Leistungsbeschreibung FB-Access FTTH

EWE TEL beantragt,

die Betroffene zu verpflichten, Ziffer 12 5. Spiegelstrich wie folgt anzupassen:

wenn die Telekom über einen Zeitraum von sechs Monaten verpflichtet ist, an den Kunden Schadensersatz gemäß Ziffer 13.2.10 zu zahlen; **abweichend von Satz 1 wird die Kündigung in diesem Fall** ~~die Kündigung kann in dem Fall~~ zum Ende der Mindestvertragslaufzeit des Vertrages zwischen dem Kunden und seinem Endkunden **oder nach 24 Monaten wirksam, je nachdem, welcher Zeitpunkt früher eintritt.** ~~ausgesprochen werden, längstens jedoch mit einer Kündigungsfrist von 24 Monaten.~~

Die Regelung enthält keine klare Regelung über die Kündigungsfrist. Die Betroffene kann die Kündigung zum Ende der Mindestvertragslaufzeit aussprechen, muss es aber nicht.

EWE TEL beantragt,

die Betroffene zu verpflichten, in Ziffer 13.2.2 wie folgt zu ändern:

13.2.2 Entstörungsfrist

~~a) Bei Störungsmeldungen, die werktags (montags 0:00 Uhr bis freitags 20:00 Uhr) eingehen, sowie bei Störungsmeldungen, die freitags nach 20:00 Uhr eingehen und bei denen es sich um einen vollständigen Ausfall des Dienstes im Sinne des § 58 Absatz 3 TKG (nachfolgend „vollständiger Ausfall“ genannt) handelt,~~ beseitigt die Telekom die Störung

– unverzüglich, spätestens aber innerhalb von 24 Stunden nach Erhalt der Störungsmeldung des Kunden oder,

– soweit der Besuch eines Servicetechnikers erforderlich ist, mit Ablauf des mit dem Kunden gemäß Ziffer 13.2.4 dafür vereinbarten Endkundenzeitfensters.

~~b) Bei Störungsmeldungen, die freitags nach 20:00 Uhr eingehen und bei denen es sich nicht um einen vollständigen Ausfall handelt sowie bei Störungsmeldungen, die samstags, sonntags oder an gesetzlichen Feiertagen eingehen, beseitigt die Telekom die Störung~~

~~– innerhalb von 24 Stunden oder,~~

~~– soweit der Besuch eines Servicetechnikers erforderlich ist, mit Ablauf des mit dem Kunden gemäß Ziffer 13.2.4 dafür vereinbarten Endkundenzeitfensters.~~

~~Die Entstörungsfrist beginnt die Entstörungsfrist am folgenden Werktag um 0:00 Uhr.~~

~~c) Fällt das Ende der Entstörungsfrist auf einen gesetzlichen Feiertag, so wird die Entstörungsfrist von 24 Stunden ausgesetzt und~~

~~– am folgenden Werktag fortgesetzt oder,~~

~~– soweit der Besuch eines Servicetechnikers erforderlich ist, im mit dem Kunden für den folgenden Werktag dafür vereinbarten Endkundenzeitfenster.~~

d) Die Entstörungsfrist ist eingehalten, wenn innerhalb der Entstörungsfrist die vollständige Wiederherstellung des vereinbarten Leistungsumfanges erfolgt. Die Telekom informiert den Kunden im Anschluss über den Zeitpunkt der Beseitigung der Störung.

Die Anpassung ist erforderlich, weil der Kunde anderenfalls nicht in der Lage ist, seine Verpflichtungen aus § 58 TKG gegenüber seinen Endkunden zu erfüllen. Nach § 58 Abs. (1) Satz 1 TKG muss der Anbieter jede gemeldete Störung unverzüglich beseitigen. Die Pflicht zur Entstörung aus § 58 Abs. (1) Satz 1 gilt unabhängig von dem Ausmaß und/oder der Auswirkung der Störung. Ob der Dienst vollständig ausgefallen ist, darf deshalb kein Kriterium für die Störungsfrist sein. Ebenso wenig unterscheidet § 58 TKG danach, zu welchem Zeitpunkt der Endkunde die Störung meldet. Deshalb sind auch Differenzierungen nach Störungen, die vor oder nach Freitag um 20:00 Uhr gemeldet werden, nicht angemessen. Anders als in Ziffer 13.2.2 lit. b am Ende vorgesehen, lässt es § 58 Abs. (1) Satz 1 TKG auch nicht zu, mit der Beseitigung einer Störung erst am folgenden Werktag zu beginnen. Abgesehen davon, dass sich dieses schon nicht mit dem Vorgabe der unverzüglichen Entstörung vereinbaren lässt, unterscheidet § 58 TKG nicht zwischen Werktagen und sonstigen Tagen, sondern stellt allein auf Kalendertage ab.

EWE TEL beantragt,

die Betroffene zu verpflichten, Ziffer 13.2.6 so anzupassen, dass sie den Maßgaben des § 58 Abs. 3 TKG entsprechen:

13.2.6 Nichteinhaltung der Entstörungsfrist

Wenn die Telekom die Entstörungsfrist nicht einhält ~~und die Verspätung zu vertreten hat~~, schreibt sie dem Kunden auf dessen Forderung hin folgenden pauschalierten Schadensersatz gut:

- 12,78 EUR bei einer Verspätung von bis zu 48 Stunden,
- 25,57 EUR bei einer Verspätung von mehr als 48 Stunden.

~~Dies gilt nicht, wenn der Endkunde die Störung oder ihr Fortdauern zu vertreten hat. Bei der Ermittlung der Verspätung werden Sonntage und gesetzliche Feiertage nicht berücksichtigt.~~ Die Telekom kann die Gutschrift mit ihrer Forderung aus diesem Vertragsverhältnis verrechnen. Der Betrag ist höher oder niedriger anzusetzen, wenn der Kunde einen höheren oder die Telekom einen niedrigeren Schaden nachweist. Ein höherer Schaden kann z. B. dann vorliegen, wenn der Kunde an seinen Endkunden auf Grund einer von der Telekom ~~verursachten zu vertretenden~~ Verspätung eine berechnete Entschädigung nach § 58 Abs. (3) TKG gezahlt hat, die höher ist als der vereinbarte pauschalierte Schadensersatz.

Hilfsweise wird beantragt, Ziffer 13.2.6 um den folgenden Abschnitt zu ergänzen:

~~Führt eine von Telekom verursachte Störung dazu, dass der Kunde eine Entschädigung gemäß § 58 Abs. 3 TKG an den Endkunden zu zahlen hat, schreibt die Telekom dem Kunden auf dessen Forderung hin Schadensersatz in Höhe der nach § 58 Abs. 3 TKG an den Endkunden zu zahlenden Entschädigung gut.~~

Ziffer 13.2.6 berücksichtigt die Entschädigungsverpflichtungen des Kunden gegenüber den Endkunden in § 58 Abs. (3) TKG nicht hinreichend. § 58 Abs. (3) TKG stellt ausschließlich auf Kalendertage ab. Zudem entfällt der Entschädigungsanspruch nur, wenn der Anbieter nachweist, dass der Verbraucher die Störung oder ihr Fortdauern zu vertreten hat oder dass die vollständige

Unterbrechung des Dienstes auf gesetzlich festgelegten Maßnahmen nach dem TKG, der Verordnung (EU) 2015/2120, sicherheitsbehördlichen Anordnungen oder höherer Gewalt beruht. Dass der Anbieter oder dessen Vorleistungspartner die Störung zu vertreten hat, ist hingegen gerade nicht Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch des Endkunden.

EWE TEL beantragt,

die Betroffene zu verpflichten, in Ziffer 13.2.10 den folgenden Satz zu streichen:

(...)

~~Die Pflicht zur Zahlung des Schadensersatzes entfällt, wenn die Abweichung nicht durch die Telekom zu vertreten ist.~~

(...)

Der Minderungsanspruch des Endkunden aus § 57 Abs. (4) TKG ist unabhängig von einem Verschulden des Anbieters. Ausschlaggebend ist allein die Abweichung bei der Geschwindigkeit oder bei anderen Dienstqualitätsparametern. Auf ein Vertretenmüssen kann es deshalb auch bei dem Regress des Kunden gegenüber der Betroffenen nicht ankommen. Wäre es anders, würde mithin diese Klausel nicht gestrichen, wären die Kosten der Minderung ausschließlich von dem Anbieter / Kunden zu tragen, obwohl die Ursache für die Minderung in der Sphäre der Betroffenen läge. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Vereinbarung unangemessen ist.

EWE TEL beantragt,

die Betroffene zu verpflichten, in Ziffer 13.2.11 den folgenden Satz zu streichen:

13.2.11 Schadensersatz wegen Zahlung einer Entschädigung an den Endkunden des Kunden gemäß § 58 Abs. (4) TKG

Sofern und soweit der Kunde an seinen Endkunden eine berechtigte Entschädigung gemäß § 58 Abs. (4) TKG gezahlt hat, weil die Telekom einen im Rahmen der Entstörung vereinbarten Endkundentermin versäumt hat und die Säumnis nicht auf einem Verschulden des Kunden oder seines Endkunden beruht, hat der Kunde das Recht, den nach § 58 Abs. (4) TKG berechtigt gezahlten Betrag als Schadensersatz gegenüber der Telekom geltend zu machen. ~~Die Pflicht zur Zahlung des Schadensersatzes entfällt, wenn die Säumnis nicht durch die Telekom zu vertreten ist.~~

(...)

Der Entschädigungsanspruch des Endkunden wegen eines versäumten Endkundentermins entfällt gemäß § 58 Abs. (4) Satz 1 TKG nur, wenn der Anbieter nachweisen kann, dass der Verbraucher das Versäumnis des Termins zu vertreten hat. Der Entschädigungsanspruch ist demgegenüber unabhängig von einem Vertretenmüssen des Anbieters. Der Anbieter kann deshalb einen Entschädigungsanspruch des Endkunden nicht mit der Begründung verweigern, er – der Anbieter – habe die Säumnis nicht zu vertreten. Nichts anderes kann in dem Verhältnis zwischen der

Betroffenen und dem Anbieter / Kunden gelten, so dass die hierauf gerichtete Passage in Ziffer 13.2.11 zu streichen ist.

Weiteren Vortrag und Anträge behalten wir uns vor.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüße

EWE TEL GmbH

