

BREKO | Invalidenstraße 91 | 10115 Berlin

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

Bundesnetzagentur Für Elektrizität, Gas, Telekom-  
munikation, Post & Eisenbahnen  
Beschlusskammer 3  
Frau Vorsitzende Ute Dreger  
Im Tulpenfeld 4

BREKO Bundesverband  
Breitbandkommunikation e.V.  
Invalidenstraße 91  
10115 Berlin

Tel.: +49 30 58580 418  
kind@brekoverband.de

**14. August 2023**

**BK3-23-006: Standardangebot der Deutschen Telekom zum Zugang zu baulichen Anlagen**

Sehr geehrte Frau Dreger,

sehr geehrte Damen und Herren,

die Deutsche Telekom hat mit Datum vom 13. Juli 2023 bei der BNetzA den Entwurf für ein Standardangebot für den Zugang zu baulichen Anlagen zur Prüfung eingereicht. Die Verpflichtung zur Abgabe eines Standardangebots ergibt sich aus Ziffer 1.1 iVm Ziffer 4 der Regulierungsverfügung BK-3-19/020 vom 21. Juli 2022.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Abgabe einer ersten Stellungnahme und tragen zu dem vorgelegten Standardangebotsentwurf wie folgt vor:

Das Standardangebot der Betroffenen entspricht in größeren Teilen nicht den Maßstäben der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit nach § 29 Abs. 3 TKG.

## **1. Anforderung der Reziprozität (Ziffer 2 und 4.2 des Hauptvertrages)**

Nach den Ziffern 2 und 4.2 des Hauptvertrages knüpft die Betroffene ihre Leistungsbereitstellung an die Bereitschaft des Zugangsnachfragers, der Betroffenen seinerseits Zugang zu seinen baulichen Anlagen (sinngemäß) zu den gleichen Bedingungen und kommerziellen Grundsätzen einzuräumen. Diese Konditionierung des Zugangs findet keine Anknüpfung in der Regulierungsverfügung und stellt einen klaren Verstoß gegen das Billigkeitskriterium dar. Dieses ist dann verletzt, wenn Belastungen und Einschränkungen der Zugangsnachfrager bei Bestellung und Bezug der gegenständlichen Leistungen nicht durch schützenswerte Interessen der Betroffenen gerechtfertigt sind (*Scherer in Fetzer/Scherer: TKG, 3. A. 2020, 25 zu § 23 TKG-2016*). Der Versuch der Betroffenen, im Wege einer Reziprozitätsklausel unter Missachtung des regulatorischen Rahmens eine symmetrische Verpflichtung herzustellen, ist nicht als schützenswertes Interesse der Betroffenen anzuerkennen. Die Verpflichtung der Betroffenen, Zugang zu ihren baulichen Anlagen zu gewähren, ist direkte Folge ihrer marktbeherrschenden Stellung im Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen an festen Standorten (Markt Nr. 3a der EU-Märkteempfehlung 2014). Die Zugangsnachfrager verfügen in diesem Markt über keine entsprechende Marktposition. Die Herstellung einer symmetrischen Verpflichtung durch die Aufnahme einer Reziprozitätsklausel ist daher nicht gerechtfertigt und unbillig.

## **2. Bereitstellung eines Layer-2-BSA-Zugangs**

Unter dem Billigkeitskriterium anders zu bewerten ist möglicherweise die in Ziffer 5.4 vorgesehene Verpflichtung des Vorleistungsnachfragers, der Betroffenen im Fall einer Anmietung baulicher Anlagen auf einer Hauptkabeltrasse der Betroffenen einen virtuellen Zugang in Form eines Layer-2-BSA-Zugangs bereitzustellen. Hier kann ggf. von einem schützenswerten Interesse der Betroffenen an einer entsprechenden Regelung ausgegangen werden. Anders als im Fall einer Reziprozität des Zugangs zu baulichen Anlagen, möchte die Betroffenen hier von der auf *ihrer* Infrastruktur durch den Zugangsnachfrager vorgenommenen Wertschöpfung partizipieren, um Teilnehmer zu erreichen. Dieses Motiv der Betroffenen erscheint dem BREKO auch vor dem Hintergrund der von dem Verband seit mindestens 12 Jahren vertretenen Open-Access-Konzeption im Grundsatz akzeptabel.

Allerdings ist darauf zu achten, dass sich der angebotene Layer-2-Zugang sich in seiner Ausgestaltung nicht an dem entsprechenden Vorprodukt der Betroffenen orientieren muss. Hierzu kann auf die Regelungen zum offenen Netzzugang in § 141 Abs. 2 Nr. 7 TKG und die seitens der Beschlusskammer 11 hierzu entwickelten Spruchpraxis zurückgegriffen werden. Danach ist der angebotene offene Netzzugang zu diskriminierungsfreien und angemessenen Bedingungen bereitzustellen (BNetzA Beschl. v. 28.6.2021 – BK11-20/006, Rn. 206). Mit Blick auf die Angemessenheit der Entgelte hat die Beschlusskammer 11 in ihrer insoweit heranzuziehenden Spruchpraxis zum Angebot einer tragfähigen Alternative (§ 141 Abs. 2 Nr. 6 TKG) klargestellt, dass diesbezüglich für nicht marktbeherrschende Unternehmen nicht auf regulierte Entgelte des Marktbeherrschers zurückgegriffen werden kann, da gerade die lokal und regional agierenden Wettbewerber keine vergleichbaren Skalierungseffekte erzielen können (BNetzA Beschl. v. 26.1.2018 – BK11-17/012, Rn. 84). Insofern wird die Angemessenheit der Entgelte für den anzubieten Layer-2-Zugang aufgrund der zweistufigen Vergleichsmarktbetrachtung der Beschlusskammer 11 oder einer PKS-Prüfung zu beurteilen sein.

### **3. Beseitigung von Einschränkungen**

Das seitens der Betroffenen vorgelegte Standardangebot enthält weitere Einschränkungen, die nicht durch schutzwürdige Interessen der Betroffenen gerechtfertigt sind und daher dem Billigkeitskriterium nicht genügen. Zu nennen ist hier zunächst die Regelung in Anhang A Ziffer 2.2.1, wonach nur Leerrohre bis zu einer Länge von maximal 5 km angefragt werden können. Diese Beschränkung ist auch unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit kritikwürdig, da die Betroffene selbst längere Strecken nutzt und insofern keine gleichen Ausgangsbedingungen geschaffen würden, die es den Vorleistungsnachfragern ermöglicht, in einen chancengleichen Wettbewerb mit der Betroffenen zu treten. Auch in diesem Zusammenhang ist an das Gebot der Diskriminierungsfreiheit im Sinne des EoI-Prinzips zu erinnern.

Ein weiterer Verstoß gegen das Billigkeitsgebot ist in Ziffer 7.2 des Hauptvertrages zu sehen, wonach die Betroffene nicht verpflichtet sein soll, Änderungen an den baulichen Anlagen vorzunehmen. Diese einschränkende Regelung ist in ihrer Pauschalität nicht durch schutzwürdige Interessen der Betroffenen gedeckt. Vielmehr ist auf die Art der jeweiligen Erweiterungsmaßnahme abzustellen. So

sollte z. B. der Einzug eines Rohrteilers eher im wohlverstandenen Interesse der Betroffenen liegen, da das entsprechende Leerrohr dadurch effizient genutzt werden kann. Daher ist der Einsatz von Rohrteilern auch in den Fällen, in denen die Betroffene bereits vorher zur Gewährung eines Leerrohrzugangs verpflichtet war (Strecke zwischen HVt und KVz und zwischen KVz) der Regelfall. Der Einzug eines Rohrteilers ist daher zu ermöglichen.

#### **4. Informationszugriff auf MEGAPLAN**

Um die geografische Lage der zur Mitnutzung in Frage kommenden baulichen Anlagen (insb. Leerrohre) hinreichend präzise und effizient ermitteln zu können, benötigen die Zugangsnachfrager einen Zugriff auf MEGAPLAN. Hierbei handelt es sich um ein System an Bestandsdatenbanken, das die Betroffene selbst zur Identifizierung der geografischen Lage ihrer baulichen Anlagen nutzt. Wir gehen davon aus, dass auch der Retail-Bereich der Betroffenen auf MEGAPLAN zugreifen kann. Insofern wäre den Vorleistungsnachfragern bereits unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierungsfreiheit nach dem EoI-Prinzip ein entsprechender Zugriff auf MEGAPLAN zu gewähren.

Aber selbst wenn der Retail-Bereich der Betroffenen unwahrscheinlicher Weise nicht direkten Zugang zu MEGAPLAN hätte, wäre den Vorleistungsnachfragern der Zugang als Annexleistung zum eigentlichen Zugangsanspruch zu gewähren, da sie den Zugangsanspruch ohne hinreichende Informationen zur geografischen Lage der Infrastruktur nicht ausüben könnten.

Die Vorleistungsnachfrager können insoweit auch nicht auf den Infrastrukturatlas verwiesen werden. Dieser wird im Vergleich zu MEGAPLAN mit einem zeitlichen Versatz aktualisiert. Zudem ist der Zugriff auf den ISA aus guten Gründen konditioniert, z. B. nur projektabhängig möglich. Diese Restriktionen bei der Einsichtnahme in den ISA dienen dem Schutz der Infrastrukturen, die im ISA hinterlegt sind. Aufgrund der allgemein kritischen Sicherheitslage sowie der zunehmenden Zahl der Cyberangriffe und insbesondere auch der physischen Angriffe auf die Telekommunikationsinfrastruktur, sollte eine Ausweitung des ISA-Zugriffs auf keinen Fall erfolgen. Würde bei den Zugriffs Voraussetzungen des ISA der Projektbezug entfallen, würden die Zugriffsmöglichkeiten dort nicht nur für registrierte Netzbetreiber, sondern auch für Planungsbüros, Berater und eine Vielzahl an Mitarbeitenden der Gebietskörperschaften erweitert und der Zugriff auf den ISA wäre praktisch nicht mehr kontrollierbar.

Mit dem MEGAPLAN-Zugriff stünde eine gut umsetzbare Lösung zur Beschaffung der notwendigen Informationen zur Verfügung. Eine entsprechende Verpflichtung wäre auch nicht unverhältnismäßig, da es sich bei einem wesentlichen Teil der dort hinterlegten baulichen Anlagen der Betroffenen noch um im Staatsmonopol öffentlich finanzierte Infrastruktur handeln dürfte.

## **5. Streichung und Konkretisierung von Ablehnungsgründen, insb. Eigenbedarfsregelung**

Ziffer 6.1. des Hauptvertrages enthält einen sehr umfassend und weitreichend formulierten Katalog an Gründen für eine Ablehnung des Zugangs, der in der Praxis zu einer erheblichen Einschränkung bis hin zu einem kompletten Leerlaufen des Zugangsanspruchs führen würde. Dies gilt insbesondere für die Eigenbedarfsregelung in Ziffer 6.1. und 6.2. des Hauptvertrages.

Zu den in Ziffer 6.1 genannten Ablehnungsgründen muss für jeden Ablehnungsgrund eine Angemessenheitsprüfung erfolgen. Dies schließt insbesondere die Prüfung ein, ob der Ablehnungsgrund bestimmt genug, eng, und unmissverständlich formuliert ist oder der Betroffenen Missbrauchsspielräume lässt. Auch soweit die Ablehnungsgründe den Ablehnungsgründen in § 141 Abs. 2 TKG nachgebildet sind, ist deren Angemessenheit gesondert zu prüfen und nicht pauschal zu unterstellen. Anders als in § 141 TKG geht es hier um den Zugang zur Infrastruktur eines marktbeherrschenden Unternehmens, was nicht ohne Rückwirkung auf die Beurteilung der Angemessenheit des Ablehnungsgrundes sein kann. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass die Beschlusskammer 11 traditionell eine eher enge Auslegung der in § 141 TKG aufgeführten Ablehnungsgründe vornimmt. Schon aus Gründen der Konsistenz der Spruchpraxis der Beschlusskammern kann das gerade in Zusammenhang mit einem Zugangsanspruch zur Infrastruktur eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht anders bewertet werden.

Besonders problematisch sind die Regelungen zur Geltendmachung von Eigenbedarf. In Ziffer 6.2 Absatz 1 nimmt die Betroffene zunächst eine Reihe von Strecken pauschal aus der Zugangsverpflichtung heraus, wobei sie in keinem Fall begründet, weshalb und ggf. in welchem Umfang dies erforderlich sein soll. Jedenfalls ist bis zur Vorlage einer nachvollziehbaren Begründung daher davon auszugehen, dass die pauschale Herausnahme bestimmter Streckenarten nicht dem schützenswerten Interesse der Betroffenen dient und damit unbillig ist.

Das gilt aber in jedem Fall für die pauschale Regelung zur Geltendmachung von Eigenbedarf in Ziffer 6.2. Absatz 2. Danach soll die Betroffene Eigenbedarf geltend machen können, wenn sie eine konkrete Planung für eine Nutzung der Infrastruktur innerhalb der nächsten 7 Jahre ab dem Zeitpunkt der Anfrage eines Nutzers nachweisen kann. Es liegt auf der Hand, dass insoweit kein ausreichendes schützenswertes Interesse an einer solchen Regelung nachweisen kann. Kein Unternehmen – auch die Betroffene nicht – plant für einen auch nur annähernd so langen Zeitraum. Der maximale Planungshorizont dürfte bei 2-3 Jahren liegen. Die Betroffene wird sich auch kaum an einer Planung über einen derart langen Zeitraum festhalten lassen wollen. Daher ist es naheliegend, dass das Vorliegen einer entsprechenden Planung durch die Betroffene lediglich behauptet würde bzw. eine ggf. vorgelegte Planung sehr unbestimmt und komplett unverbindlich wäre. Damit enthält die Regelung ein erhebliches Missbrauchspotenzial, das dazu führen könnte, dass der Zugangsanspruch letztlich komplett leerläuft. Jede Anfrage eines Vorleistungsnachfragers kann somit in die Zukunft verschoben werden, da die Antragstellerin faktisch einen Ausbau in Aussicht stellen könnte. Zudem erhält sie durch den langen Zeitraum und etwaigen Anfragen einen Vorteil in der Allokation ihrer Baukapazitäten. Die Frage, mit welchem Vorlauf die Betroffene einen Eigenbedarf anmelden darf, ist von der Frage zu trennen, dass eine angemessene Umstellungsfrist für die Vorleistungsnachfrager gewährleistet sein muss. Zudem sind an den Nachweis und die Verbindlichkeit des Eigenbedarfs hohe Anforderungen zu stellen. Hierzu kann auf die strenge Spruchpraxis der Beschlusskammer 11 zur Behauptung zukünftigen Eigenbedarfs des Ablehnungsgrundes nach § 141 Abs. 2 Nr. 2 TKG (ggf. zukünftig fehlende Kapazität) zurückgegriffen werden. Die Beschlusskammer 11 stellt hier hohe Anforderungen auf, wie z. B. konkrete Faserplanung, Gesellschafterbeschluss, konkrete Finanzierungsplanung (vgl. u.a. BNetzA Beschl. v. 25.3.2021 – BK11-20/003, Rn. 135).

Schließlich ist jede Regelung zur Anmeldung von Eigenbedarf mit einer verursachungsgerechten Kostentragungsregelung, einschließlich aller Migrationskosten, sowie mit einem angemessenen Schadensersatzanspruch für den Fall zu versehen, dass nach einer Eigenbedarfsanmeldung keine entsprechende eigene Nutzung durch die Betroffene erfolgt. Die tatsächliche Umsetzung der geltend gemachten Eigennutzung ist von der Betroffenen nachzuweisen.

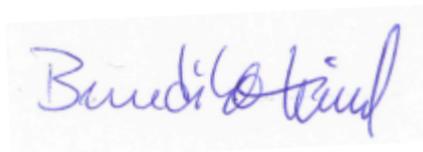
## 6. Fristen und SLA

Das vorgelegte Standardangebot enthält praktisch keine SLAs zur Bereitstellung und Entstörung. Ebenso wie bei anderen Standardangeboten der Betroffenen sind zur Qualitätssicherung SLAs zum gesamten Bestell- und Bereitstellungsprozess sowie zur Entstörung bzw. Reparatur der baulichen Anlagen aufzunehmen. Daher sind Fristen für die Prozessschritte Auftragseingangsbestätigung, Auftragsbestätigung, verbindlicher Liefertermin sowie Entstörfristen in den Leistungsbeschreibungen festzulegen. Die Fristen sind dann wiederum über Vertragsstrafen oder Schadensersatzregelungen abzusichern.

Zu den angesprochenen sowie ggf. weiteren Punkten, die in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 07.09. diskutiert werden, behalten wir uns weiteren Vortrag vor.

Für Rückfragen oder weitere Erläuterungen der hier angesprochen Punkte stehe wir der Beschlusskammer gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Benedikt Kind  
Leiter Recht & Grundsatzfragen Regulierung



Henrik Harings  
Leiter Regulierungsverfahren & Justizariat