

VATM e. V. • Frankenwerft 35 • 50667 Köln  
Bundesnetzagentur  
Beschlusskammer 3  
Postfach 80 01  
53105 Bonn

Ansprechpartner

E-Mail

Fax

Telefon

Datum

0221 376 [REDACTED]

0221 376 [REDACTED]

30.08.2019

**BK 3j-19/020**

**Überprüfung von Regulierungsverfügungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen der TDG Deutschland GmbH (Eckpunkte)**

**hier: Stellungnahme des VATM (ohne Betriebs-/Geschäftsgeheimnisse)**

Sehr geehrter Herr Homann,  
sehr geehrte Damen und Herren,

die Beschlusskammer 3 hat daher unter dem Aktenzeichen BK3j-19/020 ein Verfahren wegen der Beibehaltung, der Änderung, der Auferlegung und des Widerrufs von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt 3a der Märkte-Empfehlung vom 09.10.2014) eröffnet.

Vor der Veröffentlichung eines Konsultationsentwurfs einer neuen Regulierungsverfügung für den Markt 3a hat die Beschlusskammer Eckpunkte formuliert und in einer öffentlichen Anhörung am 12.07.2019 mit den Unternehmen diskutiert. Im Nachgang zu dieser Anhörung möchte der Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V. (VATM) für seine Mitgliedsunternehmen wie folgt Stellung beziehen:

## I. Allgemein

Wir begrüßen ausdrücklich, dass die Beschlusskammer über die Veröffentlichung von Eckpunkten und die Ausrichtung einer öffentlichen mündlichen Anhörung in den Dialog mit der Branche tritt, um schon vor Veröffentlichung des eigentlichen Konsultationsentwurfs zentrale Fragestellungen im Zusammenhang mit der kommenden Ausgestaltung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) zu diskutieren. Die Ausgestaltung der Regulierungsverfügung ist in ihrer Signalwirkung für die Telekommunikationsbranche von erheblicher Bedeutung. Die TAL ist nach wie vor die „Mutter aller Vorleistungen“ und damit zentrales Element im Konsistenzgefüge der Vorleistungsprodukte, unabhängig davon, ob die TAL auf einer Kupferdoppelader oder einem Glasfaseranschluss erbracht wird und der Preisanker zukünftig von einem Bitstrom Layer 2 Produkt statt einem klassischen kupferbasierten Anschluss gesetzt wird.

Der Zugang zur TAL ist nach wie vor das herausragende Regulierungsinstrument, um die Basis für Wettbewerb mit all seinen positiven Effekten auf Innovationen und Investitionen, Verbraucherwohlfahrt und Gesamtwirtschaft zu schaffen. Er ist Kernelement des bestehenden Regulierungskonzepts der Bundesnetzagentur und wird für die kommenden Jahre Dreh- und Angelpunkt einer erfolgreichen Breitbandstrategie sein. Trotz einer Vielzahl flankierender Maßnahmen im Telekommunikationsgesetz (TKG) sowie Beihilfe- und Fördermaßnahmen schafft zuerst allein der Umfang der auferlegten Verpflichtungen im Rahmen der TAL-Regulierungsverfügung die Voraussetzung für Wohl und Wehe des wettbewerblichen Breitbandausbaus.

Mit der TAL-Regulierungsverfügung werden die Voraussetzungen für eine Zugangsregulierung geschaffen, die die Basis für das wettbewerbliche Umfeld in Deutschland darstellen. Dieser Zugang wird es den Nachfragern auch weiterhin erlauben, mit dem marktmächtigen Unternehmen in einen effektiven Wettbewerb zu treten, von dem am Ende die Endkunden sowohl im Privatkundensegment wie auch im Bereich der Geschäftskunden profitieren. Vor dem Hintergrund der weiterhin stattfindenden Transformation von einem kupferbasierten hin zu einem Glasfaser-Anschlussnetz durch die Telekom Deutschland GmbH (TDG) ist der Regulierung des Zugangs zur TAL ein besonders hohes Maß an Aufmerksamkeit zu schenken.

Die nun im Vergleich zu den vergangenen Regulierungsrunden erstmals zu betrachtenden Aspekte wie u. a. die Berücksichtigung kommerzieller Vereinbarungen, die Ausgestaltung und regulatorische Einbettung von Open Access-Angeboten und die Übernahme einer „Schiedsrichter“-Rolle durch die Bundesnetzagentur erfordern bei allen Beteiligten – Behörde und Unternehmen – die Bereitschaft zum Beschreiten neuer Wege in der Regulierung, ohne dass damit eine Gefährdung des erst durch Regulierung erreichten Wettbewerbsniveaus riskiert werden darf. Eine differenzierte Herangehensweise bei kupfer- und glasfaserbasierten Vorleistungen ist demnach durchaus sinnvoll und zu begrüßen. Klar ist aber auch, dass die Regulierung durch die Bundesnetzagentur auch weiterhin ein wichtiger Hebel zur Umsetzung der Breitbandstrategie der Bundesregierung ist.

## II. Kommentierung der Bundesnetzagentur-Eckpunkte

Die Beschlusskammer hat in den Eckpunkten Folgendes formuliert:

### A. Kupferbasierte Vorleistungsprodukte

*Die Beschlusskammer beabsichtigt, die erfolgreiche Regulierung des bestehenden Kupfernetzes beizubehalten. Dies bedeutet die Aufrechterhaltung folgender Verpflichtungen:*

#### **Kommentar VATM:**

Der VATM erachtet die grundsätzliche Beibehaltung der Regulierung des Kupfernetzes für sinnvoll und erforderlich. Diese hat den Mitgliedsunternehmen bislang den Marktzugang gebietet und insbesondere in Gestalt des Zugangs zur entbündelten TAL intensiven Wettbewerb auf einer besonders hoher Wertschöpfungsstufe ermöglicht. Da in den nächsten Jahren und voraussichtlich auch über den Geltungszeitraum der kommenden TAL-Regulierungsverfügung die Bedeutung des Zugangs zum Kupfernetz der TDG weiterhin elementar für die Nachfrager bleiben wird, spricht nichts für eine geringere Regulierungintensität im Bereich der Kupfer-TAL. Die primär aufgrund regulatorischer Vorgaben (Vectoring-Entscheidung) steigende Nachfrage nach Bitstrom-Anschlüssen ändert nichts an der Bedeutung des entbündelten TAL-Zugangs.

## **1. Zugangsverpflichtungen**

- *Entbündelter Zugang zur TAL in Form der Kupferdoppelader am HVT oder einem anderen näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt (insbesondere Kabel- bzw. Endverzweiger-APL). Der Zugang zur entbündelten TAL am HVT/KVz bleibt beim Einsatz von Vectoring innerhalb und außerhalb des Nahbereichs eingeschränkt.*
- *Lokaler virtuell entbündelter Zugang am MSAN (MSAN-VULA) und am BNG (BNG-VULA in den Varianten ADSL, VDSL und SDSL, also Beibehaltung der bisherigen Layer 2-Bitstrom-Zugangsverpflichtung)*
- *Kollokation*
- *Zulassung von Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zugangsberechtigten Unternehmen*
- *Zugang zu Leerrohren und – bei fehlenden Kapazitäten – zur unbeschalteten Glasfaser*

**2. Nichtdiskriminierungsverpflichtungen** inkl. Monitoringverpflichtungen, d. h. monatliche Auswertungen über grundlegende Leistungsindikatoren (Bestellprozess, Dienstleistungserbringung, Dienstqualität, Fehlerbehebungszeiten, Umstellungen zwischen verschiedenen Vorleistungen)

**3. Transparenzverpflichtungen**, d. h. Verpflichtung zur Vorlage abgeschlossener Zugangsvereinbarungen bei der Bundesnetzagentur

**4. Veröffentlichung der Standardangebote** für die Zugangsprodukte; daraus folgt die Möglichkeit der Überprüfung und Änderung der Standardangebote

**5. Genehmigungspflicht für die Entgelte** für den Zugang zur Kupfer-TAL

*Hinsichtlich der nachfolgenden Punkte besteht aus Sicht der Beschlusskammer Erörterungsbedarf:*

**1. Die Entgeltregulierung für BNG-VULA (bisher Layer 2-Bitstrom) kann nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in der bisherigen Ausgestaltung – Genehmigungspflicht und Überprüfung anhand des Missbrauchsmaßstabs – nicht fortgeführt werden.**

*Hintergrund: Die Bundesnetzagentur ist nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.05.2018, Az. 6 C 4/17, nicht befugt, in einer auf § 13 TKG gestützten Regulierungsverfügung, mit der sie die Entgelte für Zugangsleistungen eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäß § 30 TKG der Genehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG unterwirft, zugleich Methoden und Maßstäbe der Entgeltberechnung mit bindender Wirkung für nachfolgende Entgeltgenehmigungsverfahren festzulegen. Zudem sieht das Gesetz die Kombination zwischen dem weniger strengen Missbrauchsmaßstab und dem eingriffsintensiveren Verfahren der Genehmigungspflicht nicht vor.*

*Es stellt sich damit die Frage, ob der BNG-VULA – wie bisher der Layer 2-Bitstrom – einer Genehmigungspflicht unterworfen werden soll oder eine nachträgliche Entgeltregulierung mit bzw. ohne Anzeigepflicht ausreicht? Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach dem Entwurf der Marktfestlegung das Kupfer-VULA-Produkt einen Preisanker für Glasfaserprodukte bildet.*

#### **Kommentar VATM:**

Immer wenn ein Produkt in der Wertschöpfungskette und im Vorleistungsgefüge eine herausragende Rolle einnimmt, also als Ankerprodukt zu klassifizieren ist, sollte dieses in berechtigten Fällen einer strengen Genehmigungspflicht (ex-ante-Entgeltgenehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG mit Anwendung des KeL-Maßstabs) unterworfen werden, um ein Höchstmaß an Kontrolle zu gewährleisten und das Risiko von Verwerfungen im Falle von Missbrauch einzudämmen. Die Überprüfung der Entgelte auf ihre Vereinbarkeit mit dem KeL-Maßstab vor der Markteinführung durch die TDG schützt die Nachfrager daher hinreichend vor unangemessenen und missbräuchlichen Preisen.

Der Umstand, dass die bisherige Anwendung einer ex-ante-Entgeltgenehmigung unter gleichzeitiger Verwendung des Missbrauchsmaßstabs aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht mehr fortgeführt werden kann, darf daher nicht dazu führen, dass von Seiten der Bundesnetzagentur im Bereich kupferbasierter Vorleistungen auf eine weniger strenge ex-post-Entgeltregulierung gewechselt würde.

Gerade wenn davon auszugehen ist, dass ein reguliertes Entgelt für ein Bitstrom Layer 2 Produkt eine starke Indikation für den künftigen Preis glasfaserbasierter Anschlussprodukte haben wird, kommt einer strengen Entgeltregulierung in dieser Marktphase eine wichtige Rolle zu, welche sowohl die Investitionsanreize für glasfaserbasierte Anschlussinfrastrukturen wie auch die Aufrechterhaltung eines nachhaltigen Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten berücksichtigt. .

Die stetig steigende Nachfrage nach Vorleistungen auf Basis Bitstrom Layer 2 ist zu einem wesentlichen Teil aufgrund der Vectoring-Entscheidung der Bundesnetzagentur regulierungsinduziert.

Der Vollständigkeit halber möchten wir auch an dieser Stelle – wie bereits in der Stellungnahme des VATM vom 01.07.2019 im Rahmen der Konsultation zur Bundesnetzagentur-Marktanalyse 3a (Az. BK1-19/001) – betonen, dass sowohl der als KVz-Alternativprodukt (KVz-AP) bezeichnete Layer 2 Bitstrom-Zugang am KVz als auch das allgemeine Bitstrom Layer 2-Produkt aufgrund ihrer technischen Ausgestaltung und auch in Anbetracht der im Laufe des Überprüfungsverfahrens zum entsprechenden Standardangebot vorgenommenen Anpassungen kein vollwertiger VULA und damit auch kein Substitut zum physikalisch entbündelten TAL-Zugang sind.

*2. Sollte das Vectoringregime mit Blick auf den Glasfaserausbau dahingehend geändert werden, dass ein Kündigungsrecht der TDG Deutschland GmbH zum Zwecke eines Vectoring-Überbaus künftig nicht mehr gegeben ist?*

**Kommentar VATM:**

Kurz vor Abschluss des von der TDG getriebenen Vectoring-Ausbaus in den HVt-Nahbereichen erscheint eine Änderung des entsprechenden Regulierungsregimes in Anbetracht der damit einhergehenden Aufwände nicht mehr zwingend notwendig. Die in den komplexen und langwierigen Regulierungsverfahren ausgearbeiteten, heute gültigen Regeln sollten nicht nochmal aufgemacht werden.

*3. Ist der bisherige Zugang zu Kabellerohren zu erweitern?*

**Kommentar VATM:**

Hinsichtlich einer Erweiterung des Zugangs zu den Kabellerohren der TDG ist darauf zu verweisen, dass der VATM bereits wiederholt in der Vergangenheit im Zusammenhang mit der Regulierung der TAL auf die Bedeutung dieses überfälligen Schrittes hingewiesen hat. Wir haben zuletzt im Rahmen der Stellungnahme des VATM vom 01.07.2019 zur Konsultation der Bundesnetzagentur-Marktanalyse 3a (Az. BK1-19/001) kritisiert, dass die Präsidentenkammer auch in der laufenden Überprüfungsrunde nicht beabsichtigt, den Zugang zur passiven Infrastruktur der TDG zu eröffnen.

Tatsächlich handelt es sich dabei um eine wichtige Stellschraube für den wettbewerblichen Glasfaserausbau. Der wettbewerbliche Glasfaserausbau ist auch deshalb erfolgreich, weil die Anbieter gegenseitig auf Basis kommerzieller Vereinbarungen den Zugang zu eigener passiver Infrastruktur zur Verfügung stellen. Allein die TDG verweigert als mit Abstand größter Inhaber von Kabellerohrinfrastruktur jeglichen (entgeltlichen) Zugriff hierauf.

Dieser muss deutlich erleichtert werden, indem bei der TDG Leerrohrkapazitäten soweit wie möglich – wie auch in anderen europäischen Ländern – für den Glasfaserausbau genutzt werden können. Die Auferlegung lediglich als Annex-Leistung zur Erschließung der KVz und Abnahme einer KVz-TAL der TDG ist zur Schaffung weiterer Ausbau-Impulse für die Gigabit-Erschließung ungeeignet. Die Anordnung des Zugangs zur passiven Infrastruktur der TDG darf sich daher nicht auf den damit verknüpften Bezug von unattraktiven Vorleistungen der TDG beschränken, sondern muss auf den Zugang ohne verpflichtenden Bezug von kupferbasierten Vorleistungen ausgebaut werden.

In vielen Nachbarländern konnte ein maximaler Investitionsanreiz für neue Investoren geschaffen werden, der auch den Ex-Monopolisten selbst massiv zum schnelleren Glasfaserausbau motiviert hat. In Frankreich, Spanien und Portugal hat die Zugangsregulierung auf Leerrohr-Ebene einen wichtigen Beitrag zur Verbreitung von FTTB/H-Netzen geleistet, wenngleich die genaue Topologie der Leerrohrinfrastruktur in Deutschland erst noch zu ermitteln ist. In den oben genannten Ländern war zu beobachten, dass dies nicht nur zu einer Reduktion der Ausbaurkosten für alternative Wettbewerber geführt, sondern auch den Druck auf das marktmächtige Unternehmen erhöht hat, selbst in eigene FTTB/H-Infrastruktur zu investieren oder attraktive Vorleistungsangebote zu unterbreiten. Eine faire Preissetzung muss dabei sicherstellen, dass ein marktgetriebener Ausbau auch durch Nicht-SMP-Unternehmen möglich bleibt.

Die EU-Kommission sieht die Bedeutung des Zugangs zu den passiven Infrastrukturen des marktmächtigen Unternehmens ebenfalls als sehr bedeutsam an und hat in der Vergangenheit die Bundesnetzagentur mehrfach zu dessen Adaption in das Regulierungsregime aufgefordert – auch um den mit dem umfassenden Vectoring-Einsatz einhergehenden Verlust der physikalischen Entbündelung in seiner negativen wettbewerblichen Wirkung zumindest abzumildern. Der neue europäische Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK) setzt konsequenterweise in den Art. 68, 72 bei einem als marktmächtig eingestuften Unternehmen ebenfalls auf die Nutzbarmachung von Leerrohrinfrastrukturen.

Zudem ist daran zu erinnern, dass die Bundesnetzagentur in ihrem Beschluss zur aktuell gültigen TAL-Regulierungsverfügung (Az. BK3-15/004) eine Auferlegung eines umfassenden Leerrohrzugangs mit Verweis auf das zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht in Kraft getretene DigiNetzG abgelehnt hat. Die Auffassung, dass das Begehren der Zugangsnachfrager über diesen Weg in gleichem Maße erfüllt werden wird und deswegen eine regulatorische Verpflichtung aus der TAL-Regulierungsverfügung heraus unangemessen wäre, muss vor dem Hintergrund der nunmehr vorliegenden Erfahrungswerte mit dem DigiNetzG revidiert werden. Sowohl der tatsächlich eingeschränkte Anwendungsbereich als auch die vom Gesetz vorgesehenen Fristen haben dafür gesorgt, dass sich die hohen Erwartungen der Politik und der Unternehmen in das DigiNetzG bis heute nicht erfüllt haben. Die Defizite des DigiNetzG müssen im Wege der TKG-Regulierung mittels dort festgelegter, klarer und marktauglicher Fristenregelungen kompensiert werden, damit zum Beispiel bei den zahlreichen staatlichen Fördermaßnahmen eine effektive Teilnahme der Wettbewerbsunternehmen in den zeitlich eng getakteten Ausschreibungsverfahren gewährleistet ist. Es zeigt sich auch, dass in anderen Ländern die Anwendung nationaler Gesetze, die wie in Deutschland das DigiNetzG die EU-Kostensenkungsrichtlinie (RL 2014/61/EU) umsetzen, eine deutlich untergeordnete Rolle spielt, wenn stattdessen ein umfassender Zugang zur passiven Infrastruktur des marktmächtigen Unternehmens den wettbewerblichen Infrastrukturausbau ausreichend stimuliert.

Der VATM spricht sich daher für eine Erweiterung des Zugangsanspruchs innerhalb des Marktes 3a als eigenständige Abhilfemaßnahme ohne die Verknüpfung mit einer zwangsweisen Inanspruchnahme der KVz-TAL der TDG und mit der Möglichkeit zur Eigenrealisierung von Glasfaseranschlüssen aus. Der Umfang einer solchen Verpflichtung kann dabei im Hinblick auf von der TDG neu errichtete Glasfaserinfrastrukturen insofern eingeschränkt werden, als dass bei Vorliegen angemessener freiwilliger Angebote der Telekom Zugangs auf die Auferlegung eines regulierten Zugangs zu Leerrohren in diesem Bereich verzichtet werden kann. Keinesfalls darf aber eine Erweiterung des Zugangs zu Leerrohren zu einer Einschränkung des TAL-Zugangs führen.

*4. Ist die Transparenzverpflichtung im Hinblick auf einen möglichen Rückbau der Kupfernetze und die Migration auf Glasfasernetze näher auszugestalten?*

**Kommentar VATM:**

Bezüglich eines möglichen Rückbaus der Kupfernetze der TDG ist zunächst darauf hinzuweisen, dass dieser Schritt von so erheblicher Bedeutung für die Unternehmen ist, dass unabhängig von der konkreten Ausgestaltung einer Transparenzverpflichtung im Rahmen einer Regulierungsverfügung die Bundesnetzagentur einen mindestens moderierten Prozess vorschalten sollte, der alle Betroffenen zusammenbringt und über die mögliche Vorgehensweise beraten lässt. Mit der Abschaltung des Kupfernetzes sind so viele, vorab unbedingt zu klärende Fragen verbunden, dass ein fristengebundenes Beschlusskammerverfahren mit großer Wahrscheinlichkeit nicht ausreicht, um die zu findenden Antworten zu ermitteln. Von großer Bedeutung wäre hier die Unterstützung durch die Regulierungsbehörde, die diesen für Wettbewerb und den Gesamtmarkt so wichtigen Migrationsprozess hin zu einem Glasfaseranschlussnetz nicht allein der TDG überlassen sollte. Vielmehr würde sich einmal mehr die Möglichkeit bieten, dass die Bundesnetzagentur auch außerhalb formaler Verfahren eine wichtige marktsteuernde, lenkende oder moderierende Rolle im Sinne der Verbraucher und Unternehmen einnehmen kann. Bislang haben wir keine Erkenntnisse darüber, dass die TDG oder die BNetzA entsprechende Schritte in Richtung des Marktes plant. Wir möchten dies aber ausdrücklich einfordern.

Die millionenfache Migration von Anschlüssen in Richtung einer neuen Technologie birgt erhebliche Risiken für das Wettbewerbsniveau. Diesen negativen Effekt beobachten wir zur Zeit im Rahmen der Abschaltung der PSTN/ISDN-Anschlüsse der TDG und deren Migration auf die NGN-Plattform, aber auch bei der besonders im Geschäftskundenbereich relevanten Migration weg von der SDH-Technologie hin zu modernen Ethernet-basierten Anschlüssen. Es kommt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bei diesen häufig Jahre in Anspruch nehmenden Massenprozessen zu Verwerfungen und erheblichen Schwierigkeiten – sowohl bei der TDG als auch bei den Nachfragern.

Die Implikationen auf Geschäftsmodelle und getätigte Investitionen sind dann besonders einschneidend, wenn neue Anschlussprodukte an abweichenden Übergabepunkten angeboten werden (sollen), wie z. B. im Rahmen der HVT/BNG-Migration der TDG. Die Erfahrung zeigt jedoch auch, dass der Schaden überproportional zulasten der die Netzinfrastruktur der TDG nutzenden Nachfrager auftritt. Entsprechende Vorfälle sind der Bundesnetzagentur bestens bekannt. Um dies zu vermeiden, kommt einer Ausweitung und effektiven Durchsetzung einer Transparenzverpflichtung im Hinblick auf die Migration von Kupfer zu Glasfaser besondere Bedeutung zu. Die umfangreichen Transparenzvorgaben aus Art. 81 EKEK sind dabei von der Beschlusskammer zu berücksichtigen.

Wie immer bei einem so grundlegenden Schritt des Netzbetreibers, ist es unabdingbar für die Nachfrager, möglichst frühzeitig über die Abschaltung bestehender Kupferleitungen als auch über die Schaltung neuer Glasfaserleitungen informiert zu werden. Ein Vorlauf von 12 Monaten bis zu einer endgültigen Abschaltung ist dabei das absolute Minimum, wobei eine Transparenzverpflichtung auch umfassen muss, dass allen Nachfragern diskriminierungsfrei die benötigten Informationen zur Verfügung gestellt werden, um den Migrationsprozess effizient und reibungslos gestalten zu können. Grundsätzlich darf die Abschaltung einer Kupfer-TAL nur dann erfolgen, wenn eine Glasfaser-TAL bzw. eine Glasfaser-VULA zur Verfügung steht und auch tatsächlich geschaltet werden kann.

Eine umfassendere Transparenz als bisher ist aber nicht allein im Kontext der Abschaltung der Kupfer-TAL zu verlangen. Informationen über das Vorhandensein von buchbaren Glasfaseranschlüssen müssen auch unabhängig davon verfügbar sein, damit der Nachfrager die Möglichkeit hat, nach eigenem Ermessen und vor der Abschaltung der Kupfer-TAL auf Glasfaser zu migrieren. Damit würden der von allen Seiten gewünschte Glasfaserausbau und die verstärkte Nutzung der neuen Technologie wirkungsvoll beschleunigt.

Zu guter Letzt und eigentlich selbstverständlich ist darauf hinzuweisen, dass bei der Abschaltung der Bestandsinfrastruktur und dem Wechsel auf eine neue Anschluss-technologie die neuen Produkte einen qualitativ gleichwertigen Ersatz zu dem bisherigen Status Quo bieten, damit die Nachfrager ihre Endkunden wie bisher weiterversorgen können und ihre Geschäftstätigkeit nicht eingeschränkt wird.

## B. Glasfaserbasierte Vorleistungsprodukte

Die Bundesnetzagentur erläutert in den von ihr verfassten Eck- und Diskussionspunkten, dass die Regulierung im Bereich des althergebrachten Kupfernetzes nicht auf neu aufzubauende Glasfasernetze zu übertragen ist. Diese Überlegung und die daraus folgende differenzierte Betrachtung sind in Anbetracht der Historie bei der Entstehung des Kupfernetzes und unterschiedlicher Voraussetzungen für Investitionen in die nun neu entstehenden Glasfasernetze nachvollziehbar.

Die Beschlusskammer hat in den Eckpunkten Folgendes formuliert:

*Die Beschlusskammer beabsichtigt, die Regulierung des Kupfernetzes nicht auf neu aufzubauende Glasfasernetze zu übertragen, sondern nach den Ergebnissen der Marktfestlegung davon differenziert zu gestalten und auf das erforderliche Mindestmaß zu beschränken. Dabei geht die Beschlusskammer davon aus, dass sich die Nachfrage in der Regel auf den Glasfaser-VULA konzentrieren wird.*

### 1. Nichtdiskriminierungsverpflichtungen

*Jedenfalls aufzuerlegen ist eine Nichtdiskriminierungsverpflichtung, wobei zu entscheiden ist, ob diese weiter in Form des Konzepts der Gleichwertigkeit des Output (Equivalence of Output - EoO) oder in Form des Konzepts der Gleichwertigkeit des Inputs (Equivalence of Input - EoI) auferlegt werden soll.*

### Kommentar VATM:

Die Bundesnetzagentur hat in der Vergangenheit die Verpflichtung der Telekom zu einem „Equivalence-of-Input“-Konzept aus Gründen der Unverhältnismäßigkeit abgelehnt. Der VATM hält grundsätzlich die Vorgabe eines Equivalence-of-Input (EoI)-Maßstabs für das wirksamere Mittel zur Sicherstellung eines nichtdiskriminierenden Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens. Dies entspricht auch der Wertung der EU-Empfehlung über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenmethoden (2013/466/EU).

So geht die EU-Kommission davon aus, dass durch die Implementierung eines EoI-Konzepts der sicherste und wirksamste Schutz gegen diskriminierendes Verhalten geschaffen wird, da der Zugangsnachfrager auf Basis der gleichen Vorleistungsprodukte, Preise und Geschäftsprozesse wie das regulierte Unternehmen in den Wettbewerb treten kann (vgl. Explanatory Note Nr. 13, Empfehlung Nr. 7). In Anbetracht der seit vielen Jahren andauernden Probleme insbesondere im Bereich der Servicequalität – Bestellung, Bereitstellung und Entstörung von Leitungen – sind die bisherigen Entscheidungen der Bundesnetzagentur zugunsten eines EoO bedauerlich, umso mehr ist es zu begrüßen, dass die Diskussion im Rahmen der kommenden Regulierungsverfügung wieder ergebnisoffen geführt werden soll.

EoI würde auch bei dem für die Nachfrager so wichtigen Zugang zu gleichartigen Produkten deutlich helfen, gerade wenn zukünftig ein Bitstrom-basiertes Produkt auch in der Glasfaserwelt eine maßgebliche Rolle spielen soll. Denn im Vergleich zu passiven Vorleistungen wie der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung (TAL) bestehen bekanntermaßen bei einer Bitstrom-basierten Vorleistung in deutlich geringerem Maße Möglichkeiten für den Nachfrager, eigene technische Produktfeatures umzusetzen und zu realisieren. Bei der Fortführung des EoO-Konzepts in den kommenden Regulierungsperioden erhöht sich also in einer mehr durch Bitstrom-basierte Vorleistungen geprägten Wholesale-Umgebung das Risiko, dass Vorleistungen nicht oder nur mit schlechterer Leistungsfähigkeit oder mit verzögerter Einführung am Markt genutzt werden können. Gerade der zuletzt angeführte Aspekt – der Zeitpunkt der Markteinführung eines neuen Produkts – hat sich in der Vergangenheit immer wieder als wettbewerbsrelevanter Nachteil zu Lasten der Nachfrager entpuppt. Denn solange für diese nicht die Möglichkeit besteht, neue Produkte über implementierte Bestellprozesse tatsächlich zur Anschaltung zu bringen, während allerdings der eigene Endkundenbereich der Telekom die Bereitstellung ohne zeitliche Verzögerung erwirken kann, besteht Potenzial zur Erlangung eines Marktvorsprungs. Als Beispiel sei die Vermarktung und das Angebot der Super-Vectoring-Anschlüsse der TDG genannt sowie die Einführung von DeutschlandLAN Connect IP im Geschäftskundenbereich (VPN 2.0).

Diesen potenziellen Wettbewerbsnachteilen könnte durch einen Wechsel von EoO auf EoI effektiv begegnet werden.

Gerade in Bezug auf den nun in den Vordergrund der Diskussion rückenden Zugang zum Glasfasernetz sollten die in der Vergangenheit bemühten Argumente gegen die Anwendung des Eol-Konzepts nicht mehr ohne neuerliche Überprüfung bemüht werden. Denn unverhältnismäßig hohe Implementierungskosten für den Umbau des Prozessregimes der TDG sind dort nicht zu erwarten, wo glasfaserbasierte Vorleistungsprodukte bislang gar nicht erst von der TDG angeboten werden und deren Systeme sich erst im Aufbau befinden. Am besten sollte dies durch die Verpflichtung zum Einsatz einer universellen Schnittstelle gelingen, die den Zugang zu NGA-Produkten nicht nur auf den relevanten Märkten 3a, 3b und 4 gewährleistet. Gerade im Hinblick auf die durch eine gemeinsame Marktanstrengung unter Einbindung der TDG bereits etablierte S/PRI-Schnittstelle sollte ein wichtiger Teil der zu bewerkstellenden Aufwände zu leisten sein. Die S/PRI-Schnittstelle wurde gemeinsam im NGA-Forum der Bundesnetzagentur insbesondere für Layer2-Produkte entwickelt und ist darauf ausgelegt, technologieübergreifend Bestellprozesse abzubilden. Das NGA-Forum empfiehlt in seinen bereits im Jahr 2010 veröffentlichten Eckpunkten, dass für die Abwicklung von Order und Management von Endkundenanschlüssen eine einheitliche Schnittstelle im Markt etabliert werden soll und benennt hierfür die Nutzung der S/PRI-Schnittstelle, die zu diesem Zeitpunkt vom Arbeitskreis S/PRI bereits entwickelt wurde. Die Verwendung einer universellen Schnittstelle wie S/PRI würde eine erhebliche Erleichterung für alle Marktteilnehmer bedeuten. Nachfrager der TDG sind zunehmend mit dem Aufbau eigener Infrastruktur und der Nachfrage alternativer Vorleistungen bei neuen Anbietern neben der TDG beschäftigt, was notwendige und bei Einsatz einer Eol-kompatiblen Universalschnittstelle vermeidbare Investitionskosten für parallele Systeme nach sich zieht.

Ein vollständiger und die TDG unverhältnismäßig belastender Neuaufbau einer Prozesslandschaft für Glasfaservorleistungen ist also keinesfalls erforderlich.

## 2. Zugangsverpflichtungen

- *Derzeit auferlegt sind Verpflichtungen zur entbündelten und zur gebündelten Zugangsgewährung sowie zur Gewährung von Kollokation und zur Zulassung von Kooperationsmöglichkeiten*
  
- *Unter welchen Voraussetzungen ist ein vollständiges Absehen von Zugangsverpflichtungen zu glasfaserbasierten Anschlussnetzen möglich?*
  - o *Ist ein mit Auflagen/Bedingungen versehenes Absehen von einer Zugangsverpflichtung möglich? Welche Auflagen/Bedingungen wären ggf. sachgerecht?*
  - o *Ist ein Absehen von Verpflichtungen zum entbündelten Zugang bei Vorliegen paralleler Infrastrukturen (FTTH-Netze und/oder Kabelnetze) verschiedener Netzbetreiber in Verbindung mit wettbewerbsorientierten, auf Entbündelung beruhenden Zugangsangeboten möglich?*

### **Kommentar VATM:**

Der VATM hat im Rahmen der Konsultation der BNetzA zur Überprüfung der Analyse von Markt 3a (Az. BK1-19/001) ausdrücklich die fortgeführte Einbeziehung der entbündelten Glasfaser-TAL in den sachlichen Vorleistungsmarkt unterstützt. In Anbetracht der zukünftig erheblich ansteigenden FTTB/H-Verfügbarkeit und -Nachfrage ist dieser Schritt für den vorleistungsbedingten Wettbewerb von höchster Bedeutung.

Die aktuell verfügbaren Bitstrom-Produkte sind heute schon für viele Anwendungen nur unzureichend. Insbesondere mangelhafte Quality-of-service (QoS)-Modelle und Restriktionen bei den Diensten, die übertragen werden dürfen (z. B. IPTV, Multicast) stellen unnötige Einschränkungen dar, die die verschiedenen Anbieter darin beschränken, sich im Markt zu differenzieren. Über ein (technisch unnötig) eingeschränktes Vorleistungsprodukt, welches nur wenige (oft nur auf den Massenmarkt fokussierte) Dienste vorsieht, werden neue Geschäftsmodelle unterbunden.

Somit ist grundsätzlich auch die Verpflichtung zum Angebot einer entbündelten Glasfaser-TAL erforderlich, da hierfür eine konkrete Nachfrage besteht und die mit der Entbündelung verbundene, technische Autonomie über die relevanten Leitungen erforderlich ist. Über die entbündelte Glasfaser-TAL kann jeder Dienst in jeder Bandbreite und ohne jede Volumenbeschränkung übertragen werden, während ein Bitstrom (zumindest in den bisherigen Standards) eine feste Bandbreite, zwingend ein Ethernet- oder IP-Protokoll vorsieht und nicht als Flatrate angeboten wird. Auch kann bei Übernahme der entbündelten Glasfaser-TAL jeder Anbieter selber entscheiden, wie hochwertig und verfügbar er die dahinter notwendigen, aktiven Komponenten auslegt, während bei einem Bitstrom-Produkt wenigstens die erste Ebene aktiver Komponenten durch den Zugangsnetzbetreiber gestellt wird. Da besonders an hochbitratige Glasfaser-Verbindungen perspektivisch auch hohe Anforderungen an die Verfügbarkeit gestellt werden, sollten Anbieter die Möglichkeit bekommen, diese auch eigenverantwortlich produzieren zu können.

- *Ist ein Absehen von Zugangsverpflichtungen, wenn Eol, z. B. bei einem Joint Venture, freiwillig angeboten wird, möglich?*
- *Ist ein Absehen von Zugangsverpflichtungen möglich, solange alternativen Betreibern ein effektiver Zugang zum Glasfaseranschluss auf Grundlage einer freiwilligen Vereinbarung gewährt wird und diese einen neutralen Schiedsrichter für Konfliktfälle vorsieht?*

#### **Kommentar VATM:**

Die Bundesnetzagentur beschreibt in ihren Eck- und Diskussionspunkten die Möglichkeit eines weitgehenden Absehens von Zugangsverpflichtungen im Falle freiwilliger Zugangsgewährung durch die TDG.

Für die Bereitstellung notwendiger Investitionsmittel in den Glasfaserausbau wird bereits seit geraumer Zeit über Anreizinstrumente auch auf Ebene der Regulierung diskutiert. Der Koalitionsvertrag der Bundesregierung aus 2018 macht dazu Aussagen zu einem künftigen Regulierungsrahmen, der den Gigabit-Ausbau vorantreiben soll. Um den Glasfaserausbau zu erleichtern, will die Bundesregierung statt wie beim bisherigen Kupfernetz auf eine detaillierte Vorab-Regulierung für marktbeherrschende Unternehmen, verstärkt auf ein Modell freiwilliger und diskriminierungsfreier Zugangsangebote zu Glasfasernetzen setzen.

Der überwiegende Teil des Marktes unterstützt die Bedeutung kommerzieller Vereinbarungen, ohne dass bisher klar ist, was die dabei erforderliche Diskriminierungsfreiheit in der Praxis bedeutet und ohne, dass sich bisher ein entsprechender Konsens über die Ausgestaltung eines solchen freiwilligen Angebots für den Netzzugang herausgebildet hätte.

Statt eines pauschalen und unreflektierten Regulierungsverzichts für Glasfasernetze auch bei marktbeherrschenden Unternehmen oder der sukzessiven Einführung einer mit erheblichen Auswirkungen auf den Markt verbundenen symmetrischen Regulierung gibt es bei stärker werdendem Wettbewerb alternative Konzepte, um die mit dem Gigabit-Ausbau verbundenen Herausforderungen bestmöglich zu bewältigen. Besonderes Gewicht hat dabei der kommerziell verhandelte Zugang zu FTTB/H-Netzinfrastrukturen, solange dieser anerkannte Regeln berücksichtigt und nicht nur Ausdruck einseitiger Verhandlungsmacht ist.

Der neue bis zum Ende des Jahres 2020 in das nationale Recht umzusetzende europäische TK-Kodex (EKEK) eröffnet in Art. 73 Abs. 2 S. 2 explizit eine Berücksichtigung kommerzieller Zugangsangebote des marktmächtigen Unternehmens bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen, so dass der Gesetzgeber und die Regulierungsbehörde kraft Gesetzes angehalten sein werden, eine markt- und wettbewerbskonforme Interpretation eines offenen Netzzugangs zu entwickeln. Mit einer klar wettbewerbsorientierten Definition eines freiwilligen Angebots von einem als marktmächtig eingestuftem Unternehmen kann dabei nach Überzeugung des VATM der glasfaser-basierte Infrastrukturausbau befördert und gewährleistet werden, dass sich auf den neuen Glasfasernetzen weiterhin ein chancengleicher Wettbewerb entwickelt.

Die Frage nach der Eignung freiwilliger Angebote des marktmächtigen Unternehmens für etwaige Änderungen der Regulierungspraxis sollte daher dahingehend erweitert werden, wie dieses verbindlich ausgestaltet werden muss, um daran Konsequenzen im regulatorischen Umgang mit dem anbietenden Unternehmen zu knüpfen.

Grundlegende Änderungen am Regulierungsrahmen für die Errichtung der neuen Glasfasernetze für den auch politisch gewollten Gigabit-Ausbau dürfen und müssen dabei jedoch nicht erfolgen. Selbst kleinere Anpassungen der gesetzlichen Vorgaben und der Regulierungspraxis müssen mit größtem Augenmaß erfolgen. Sollte es zu fehlerhaften Weichenstellungen bei der Ausgestaltung der TAL-Regulierungsverordnung und den nun über die Novellierung des TKG zu setzenden Rahmenbedingungen kommen, können die negativen Konsequenzen die Erfolge der Marktliberalisierung und das erreichte Wettbewerbsniveau um etliche Jahre zurückwerfen und privatwirtschaftliche Investitionen nachhaltig behindern.

**Einen Verzicht auf Zugangsregulierung lehnt der VATM jedoch entschieden ab.** Selbst bei der Anwendung des oben präferierten EoI-Prinzips bleibt eine Zugangsverpflichtung essentiell für Nachfrager, um überhaupt erst die Möglichkeit zu erhalten, Vorleistungen der TDG tatsächlich in Anspruch zu nehmen.

Der Wechsel von der bundesweit verfügbaren und regulatorisch geöffneten Kupfer-Infrastruktur der TDG hin zu einem aktuell besonders stark von Wettbewerberseite getriebenen Glasfaserausbau bis zum Endkunden (FTTB/H) geht zwar einher mit neuen Fragestellungen zum Infrastrukturzugang. Diese veränderte Ausgangssituation bietet auch Möglichkeiten für ein modifiziertes und investitionsorientiertes Zugangsmodell, ohne dass damit ein Ausstieg aus der Regulierung eines marktmächtigen Unternehmens verbunden sein darf.

Tatsächlich ist bereits mittelfristig davon auszugehen, dass die TDG über ihr Glasfaserausbauprogramm sehr schnell in einer marktdominanten Anbieterrolle auftreten wird und Wettbewerbsunternehmen sowie Wirtschaft und Verbraucher in ähnlicher Weise wie heute von fairen marktüblichen sowie weiterhin unter der Aufsicht der Regulierungsbehörde stehenden Angeboten der TDG abhängig sein werden. Ein dauerhaft ausreichender, effizienter Schutzmechanismus ist daher für alle Marktteilnehmer und Investoren essenziell. Dies kann nur ein effektiv ausgestalteter Infrastrukturzugang gewährleisten.

Mögliche Änderungen der Regulierungspraxis können daher erst auf einer dem angeordneten Netzzugang nachgelagerten Ebene diskutiert werden.

Klarstellend ist erneut darauf hinzuweisen, dass es in Anbetracht der immer noch signifikant hohen Marktanteile der TDG von über 75 Prozent (inkl. Wholesale) **keine Änderung bei der Regulierung des Kupferanschlusnetzes und keine Erleichterungen bei der Regulierung der teilweise kupferbasierten Bitstrom-Anschlüsse** geben darf. Die Beibehaltung des bestehenden Regulierungsrahmens für die (teilweise) kupferbasierten Vorleistungen ist essenziell und bleibt auch unverändert bei Zuführungs- und Backbone-Netzen. In vielen Ländern hat die (teilweise) Entlassung des dominanten Anbieters aus der Regulierung zu einer symmetrischen und damit im Ergebnis sogar deutlich komplexeren Regulierung und damit erhöhten Aufwänden und Rechtsunsicherheit bei allen Marktbeteiligten geführt. Diese Fehlentwicklung muss in Deutschland vermieden werden.

Ebenfalls zu betonen ist, dass sich bei der Ausgestaltung eines freiwilligen Angebots des marktmächtigen Unternehmens nicht am offenen Netzzugang bei mit Fördermitteln errichteter Infrastruktur orientiert werden muss: Bisher wird der offene Netzzugang allein im Kontext der Breitbandförderung durch die Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (2013/C 25/01) konkretisiert. In den EU-Leitlinien ist neben Bitstromzugang und entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und Kabelverzweiger auch das Recht auf die Nutzung von Leerrohren und Masten, unbeschalteten Glasfaserleitungen und Straßenverteilerkästen vorgesehen. Der tatsächliche Zugang auf Vorleistungsebene ist im Förderkontext für mindestens sieben Jahre zu gewähren, während für das Recht auf Zugang zu Leerrohren und Masten keine zeitliche Begrenzung vorgesehen ist (Rdn. 80 der Beihilfe-Leitlinien). Die besonderen, primär in der Verwendung von Beihilfe-Mitteln liegenden Gründe für eine so umfassende Zugangsverpflichtung lassen sich auf und die Anforderungen an ein freiwilliges Angebot des marktmächtigen Unternehmens im reguliertem Kontext nicht übertragen.

**Keinesfalls kann ein wie auch immer geartetes freiwilliges Angebot des marktmächtigen Unternehmens ein Absehen von Zugangsregulierung rechtfertigen.**

So ist nicht sichergestellt, dass ein freiwilliges Angebot für die gesamte Regulierungsperiode zu den ursprünglichen Konditionen aufrechterhalten wird. Wie wenig geeignet der Rückgriff auf ein freiwilliges Angebot der TDG ist, zeigt auch das in diesem Jahr seitens der TDG dem Markt gegenüber vorgestellte FTTH-Vorleistungsmodell, das aus etlichen Gründen als Grundlage einer Diskussion um mögliche Regulierungserleichterungen für das marktmächtige Unternehmen ausscheidet.

Der EKEK sieht im Prüfungskatalog des Art. 73 Abs. 2 S. 2 a)-h) sowie in Art. 79 Abs. 2 einen umfangreichen Kriterienkatalog vor, anhand dessen sich die Eignung eines kommerziellen Angebots bzw. einer Verpflichtungszusage eines marktmächtigen Unternehmens als teilweiser oder vollständiger Ersatz für die anderen Regulierungsverpflichtungen überprüfen lässt.

Art. 79 EKEK sieht zum Beispiel vor, dass die Regulierungsbehörde von Regulierungsverpflichtungen wie einer ex-ante-Entgeltgenehmigung und Vorlage eines Standardangebots absehen kann, wenn das marktmächtige Unternehmen eine Verpflichtungszusage abgibt, die im Hinblick auf ihren Inhalt bestimmte Kriterien erfüllt. Die diesbezügliche angeführte wettbewerbliche Angemessenheit der Vorleistungsprodukte, welche sich sowohl in der Ausgestaltung als auch der Qualität widerspiegeln muss, und der Preis, der den Nachfragern ein konkurrenzfähiges Auftreten am Markt ermöglichen muss, erfordert aber eine umfassende Abstimmung mit den Marktteilnehmern. Durch eine entsprechende Verbindlichkeitserklärung kann die Verpflichtung von der Regulierungsbehörde sodann auf ihre Einhaltung überprüft werden. Auf diese Weise lässt sich die Regulierungspraxis lockern, ohne dass das alleine mit Regulierung zu erreichende und abzusichernde Wettbewerbsniveau zur Disposition gestellt würde.

Dabei geht der VATM analog zum EECC davon aus, dass die Regulierungsbehörde **stets auf Basis einer Marktanalyse** zu entscheiden hat, die zur Feststellung einer (bzw. keiner) marktbeherrschenden Position eines Unternehmens führt. Auf der nachfolgenden Ebene der Regulierungsverfügung ist sodann der Netzzugang verpflichtend anzuordnen und erst auf der Ebene der Verpflichtung zur Vorlage und Überprüfung eines Standardangebotes sind Anpassungen der Regulierungspraxis in Erwägung zu ziehen. Und auch da muss es bei dem Grundsatz bleiben, dass ein Angebot der TDG nicht nur durch die Bundesnetzagentur auf seine Geeignetheit und Vollständigkeit überprüft, sondern entsprechend auch gegenüber der Behörde für verbindlich erklärt wird.

Lockerungen beim Entgeltmaßstab (dazu weiter unten) und der Verpflichtung zur Vorlage eines überprüfbaren Standardangebots müssten dann aber mit einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung in Form von EoI flankiert werden. Erst dadurch könnten die oben genannten und im EKEK ausgeführten Voraussetzungen ohne den Aufwand des bislang im TKG (§ 23) vorgesehenen Verfahrens sichergestellt werden.

Die Bundesnetzagentur ist auch in zukünftigen Regulierungsszenarien unverzichtbar und darf sich keinesfalls durch eine ungerechtfertigte Deregulierung selbst aus dem Spiel nehmen. Im Konsultationsentwurf (Az. BK1-19/001) zu ihrer Analyse des Marktes 3a geht die Regulierungsbehörde selbst davon aus, dass „freiwillige“ kommerzielle und für den Wettbewerb akzeptable Angebote von der TDG nur mit der Drohkulisse eines möglichen Regulierungseingriffs unterbreitet werden. Dieser Einschätzung ist ohne Einschränkung zuzustimmen.

- *Sind für Kooperationsmodelle Besonderheiten vorzusehen?*

### **Kommentar VATM:**

Theoretisch sollten auch für Kooperationen das Verhandlungsprimat und der Vorrang freiwilliger Marktlösungen gelten, solange hierdurch ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Interessen des investierenden Netzbetreibers und des nachfragenden Wettbewerbers erzielt werden kann. Praktisch wird es jedoch in Anbetracht der Marktverhältnisse immer eines Eingreifens bzw. einer Korrektur durch die Bundesnetzagentur bedürfen, um Asymmetrien auszugleichen.

Kooperationen unter Beteiligung der TDG sollten dabei nicht pauschal als Rechtfertigung für eine Lockerung der Regulierung herangezogen werden. Es sollten vielmehr Kooperationen unter Beteiligung der TDG dadurch erleichtert werden, dass über transparent, verlässlich und diskriminierungsfrei formulierte Anforderungen an ein freiwilliges Zugangsangebot der TDG ein Zugangsregime zur kooperativ erbauten Infrastruktur geschaffen wird, dass die Aufrechterhaltung des Wettbewerbsniveaus zugunsten der Privatkunden und insbesondere der deutschen Wirtschaft (Geschäftskunden) sicherstellt.

Beim Ausbau von Glasfaseranschlussnetzen besteht zwar Einigkeit, dass Anreize für Investitionen und die gleichzeitige Absicherung des Wettbewerbs neue innovative Regeln erforderlich machen. Die Vorgaben des EKEK aus Brüssel für Ko-Investitionen – mit extrem komplexen Ko-Investitionsszenarien (Art. 76 EKEK) – können dies allerdings nach erster Einschätzung jedenfalls in Deutschland weder für die TDG noch für die übrigen Marktteilnehmer alleine leisten. Statt regulatorische Besonderheiten für Kooperationsmodelle in Erwägung zu ziehen, sollten vielmehr Mindestvorgaben für ein freiwilliges Angebot des marktmächtigen Unternehmens maßgeblich durch die Bundesnetzagentur unter Einbindung des gesamten Marktes entwickelt werden, um Investitionen und Ausbaugeschwindigkeit zu beschleunigen und gleichzeitig das höchstmögliche Maß an Rechts- und Planungssicherheit zu gewährleisten.

Dieses im Branchenkonsens und idealerweise durch eine Moderation der Bundesnetzagentur zu entwickelnde Konzept sollte einfachen und transparenten Regeln folgen und im Idealfall weitergehende Regulierungseingriffe auf einer den originären Zugangsverpflichtungen nachgelagerten Ebene (Standardangebote und Entgeltgenehmigung) vereinfachen, ganz unabhängig von EKEK-konformen Ko-Invest- oder Kooperationsmodellen.

Neue Regelungen sind auch für die von der BNetzA vorzunehmende Überprüfung von Regelungen/Preissystemen, die im Markt etabliert sind, zu schaffen. Der europäische Richtliniengeber hat dabei bereits die Möglichkeit antizipiert, dass gegen freiwillige kommerzielle Vereinbarungen unerwartet verstoßen wird, diese weitreichende Implikationen haben oder beendet werden (vgl. Erwägungsgrund 181 EKEK). Bei der Überprüfung von Verpflichtungszusagen des marktmächtigen Unternehmens nach den Art. 68, 76 und 78 EKEK wird die Regulierungsbehörde in die Lage versetzt, mittels den in Art. 29 EKEK vorgesehenen Sanktionen gegen das verstoßende Unternehmen vorzugehen.

### **3. Transparenzverpflichtung**

- *Die Beschlusskammer sieht die Beibehaltung der bislang auferlegten Transparenzverpflichtung bzgl. der Vorlage abgeschlossener Zugangsvereinbarungen als sinnvoll an.*
- *Darüber hinausgehend stellt sich die Frage, ob eine Erweiterung der Transparenzverpflichtung in Bezug auf den Netzausbau erforderlich ist.*

#### **Kommentar VATM:**

Hierzu verweisen wir auf unsere oben in Komplex A. unter Frage 4 gemachten Ausführungen.

#### **4. Standardangebotsverpflichtung**

*Die Beibehaltung einer Verpflichtung zur Vorlage und Veröffentlichung eines Standardangebots ist sinnvoll, sofern eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung auferlegt wird (s. o.).*

#### **Kommentar VATM:**

Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung halten wir aus den oben dargelegten Gründen für weiterhin notwendig. Auf der nachgelagerten Ebene der Verpflichtung zur Vorlage eines überprüfbaren Standardangebotes lassen sich unter engen Bedingungen Erleichterungen diskutieren, die in erster Linie eine Beschleunigung der extrem langen Verfahrenszeiten und Kürzung der Verfahrensumfänge bewirken sollten.

#### **5. Entgeltregulierung**

*Sofern eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung auferlegt wird (s. o.), ist in der Regulierungsverfügung — wie oben ausgeführt — eine Entscheidung alleine über das Verfahren (Genehmigung ex ante, Kontrolle ex post oder gänzliches Absehen von einer Entgeltregulierung) zu treffen und nicht mehr über den Maßstab.*

- *Dennoch müssten im Falle der Auferlegung einer Entgeltregulierung mögliche Maßstäbe mit durchdacht werden:*
  - *Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL)*
  - *Retail-minus. Kann dieser Maßstab im Rahmen der Entgeltgenehmigung nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 TKG angewendet werden oder nur gemäß § 31 Abs. 2 Nr. 1 TKG bei Resale-Vorleistungen? Wie unterscheidet sich die Retail-minus-Prüfung von einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG?*
  - *Missbrauchskontrolle (ggf. im Sinne eines Nachbildbarkeitsansatzes?)*
  - *Kommen weitere Maßstäbe für eine Entgeltregulierung in Betracht?*
- *Kommt ein komplettes Absehen von der Entgeltregulierung in Betracht – zumindest dann wenn ein EoI-Ansatz Anwendung findet?*

### Kommentar VATM:

Der Frage der Entgeltregulierung kommt im Hinblick auf die künftigen glasfaserbasierten Vorleistungsprodukte eine große Bedeutung zu. Wenngleich nur noch die Frage der Art der Entgeltregulierung, aber nicht mehr des Kostenmaßstabes aufgrund der Rechtsprechung des BVerwG mehr im Rahmen der TAL-Regulierungsverfügung zu entscheiden ist, begrüßen wir den Ansatz der Beschlusskammer diesen Aspekt umfassend bereits in dieser Phase des Verfahrens zu diskutieren.

Grundsätzlich befürworten wir bei der erst am Beginn stehenden Regulierung eines Vorleistungsproduktes mit perspektivisch hoher Bedeutung – analog zu unserer Argumentation bei Bitstrom Layer 2 – die Anwendung der ex-ante-Entgeltkontrolle unter Berücksichtigung der KeL. Allerdings hat die Bundesnetzagentur bereits im Rahmen der letzten TAL-Regulierungsverfügung mit nachvollziehbaren Argumenten entschieden, dass die Glasfaser-TAL lediglich ex-post entgeltreguliert sein soll. Die durchaus erforderliche Preissetzungsflexibilität bei der Errichtung neuer Glasfasernetze muss dabei stets durch wirkungsvolle Kontrollinstrumente eingehegt werden, um ein missbräuchliches Verhalten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht so weit wie möglich von vorneherein auszuschließen.

Insofern sind also lediglich Alternativen zur ex-post Kontrolle in Betracht zu ziehen, die ebenfalls eine geringere Eingriffstiefe im Vergleich zur ex-ante Entgeltkontrolle unter Berücksichtigung des KeL-Maßstabes mit sich bringen. Von einem völligen Absehen von jeglicher Entgeltregulierung ist abzuraten, weil dem Missbrauch damit nicht mehr effektiv entgegenzutreten ist. Selbst bei der oben angesprochenen Adaption des EoI-Ansatzes bleibt eine Kontrollmöglichkeit auf Ebene der Entgelte unentbehrlich.

In Betracht kommt damit weiterhin eine Missbrauchskontrolle nach § 28 TKG, jedoch verbunden mit einer Anzeigepflicht nach § 38 TKG, um eine frühzeitige Preis-Kosten-Scherenprüfung zu ermöglichen. Allerdings zeigt sich aktuell im Bereich der von der TDG gegenüber der Beschlusskammer 2 angezeigten VPN-Entgelte, dass das sich anschließende Verfahren komplex ist und zudem ein Eingreifen der Behörde erst für die Zukunft wirkt und sich ein missbräuchliches Vorgehen der TDG bis zu einer Entscheidung der Bundesnetzagentur im Markt zum Nachteil der Wettbewerber manifestieren kann.



Diese offensichtlichen Schwächen einer Missbrauchskontrolle nach § 28 TKG müssten also durch zusätzliche begleitende Maßnahmen der Behörde ausgeglichen werden.

Als weitere Option wäre der Wechsel auf einen Nachbildbarkeitsansatz in Betracht zu ziehen. Dieser ist trotz des Verzichts auf einzureichende Kostenunterlagen komplex und nur bei einer abstrakt-theoretischen Betrachtung eine Erleichterung bei der Ausgestaltung der Regulierung. Die Verfügbarkeit von sehr detaillierten Informationen zur Struktur und Entwicklung des Marktes ist notwendig, insbesondere über relevante Preise auf der Endkunden- und auf der Vorleistungsebene. Dies ist eine Herausforderung für die Bundesnetzagentur, die über die tatsächliche Nachbildbarkeit der vom regulierten Unternehmen angebotenen Produkte regional und nach Vorleistungsprodukten differenziert entscheiden muss.

Ein großes Problem stellt dabei die Bestimmung des bzw. der geeigneten Endkundenproduktes dar, auf deren Preis der Nachbildbarkeitsansatz-Ansatz Anwendung finden soll. Aufgrund der Vielzahl unterschiedlicher Produkte müsste ein Referenzprodukt sowie ein davon abzuziehender Abschlag ermittelt werden, der dann für das nachfragende Unternehmen die Marge bildet, mit der das eigene Geschäftsmodell entwickelt wird. Dies würde jedoch wiederum die Flexibilität des investierenden Unternehmens einerseits, aber auch die Möglichkeiten der nachfragenden Unternehmen auf Marktstrategien des marktbeherrschenden Unternehmens schnell zu reagieren, signifikant negativ beeinflussen. Insbesondere ein „durchschnittliches“ Referenzprodukt birgt die seit der TAL-Entgeltregulierung 1998 bekannte Gefahr, dass die nachfragenden Unternehmen Kundengruppen im unteren Preissegment (Massenmarkt) nicht bedienen können. Nimmt eine Aufsichtsbehörde als Gegenmaßnahme dann jedoch ein solches Produkt im unteren Segment als Referenz, so stellen sich negative Effekte auf beiden Seiten ein. Einerseits ist die Refinanzierungsmöglichkeit des investierenden Unternehmens dann negativ beeinflusst, so dass die Investitionsbereitschaft abnimmt – oder in Antizipation der Entscheidung gar nicht erst entsteht. Nachfragende Unternehmen wiederum können mit einem solchen Produkt das höherpreisige Segment hinsichtlich der dann gegebenen Produkteigenschaften nicht mehr bedienen.

Auch die Frage der Ermittlung des richtigen Abschlags je nach Wertschöpfungsstufe hat Implikationen auf die Wettbewerbslandschaft. Würde für die Ermittlung des Abschlages ein größeres Unternehmen (z. B. das marktbeherrschende Unternehmen selbst) herangezogen, so wären kleinere Unternehmen aufgrund der daraus resultierenden „zu hohen“ Vorleistungspreise am Endkundenmarkt nicht wettbewerbsfähig. Siehe hierzu auch die Weigerung der Bundesnetzagentur bei MagentaEins tätig zu werden (keine PKS bei Kontingentpreisen, wohl aber bei Standardpreisen).

Damit ist klar, dass das Retail-minus-Konzept – wenn überhaupt – nur für aktive und damit preislich wie leistungsmäßig differenzierbare Vorleistungen anwendbar ist.

Die Bundesnetzagentur ist also angehalten, die mit einem Wechsel des Entgeltmaßstabs einhergehenden Nachteile über ergänzende Vorgaben abzufangen, damit die damit beabsichtigten Erleichterungen für die TDG in erster Linie hinsichtlich der Preissetzungsflexibilität nicht zulasten der allgemeinen Wettbewerbsbedingungen erfolgen.

Wir bitten um Berücksichtigung der aufgezeigten Erwägungen im laufenden Verfahren und bei der Überarbeitung des Konsultationsentwurfs.

Mit freundlichen Grüßen

  
Rechtsanwalt / Leiter Recht und Regulierung