

BUGLAS | Bahnhofstraße 11 | 51143 Köln

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 3

Postfach 8001
53105 Bonn

per Fax bk3-regulierungsverfuegung@bnetza.de

Bundesverband Glasfaseranschluss e. V.
(BUGLAS)
Bahnhofstraße 11 | 51143 Köln
Tel: +49 2203 20210-0
Fax: +49 2203 20210-88
www.buglas.de
info@buglas.de

21.01.2013

BK3-12-131

Antrag der Deutschen Telekom AG vom 8.1.2013 auf Änderung der Regulierungsverfügung BK 3g-09/085 vom 21.03.2011

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Wilmsmann,
Sehr geehrte Damen und Herren,

unter dem Datum 8.1.2013 hat die Deutsche Telekom AG als „Betroffene“ einen Antrag auf Änderung der Regulierungsverfügung BK 3g-09/085 vom 21.3.2011 gestellt. Dieser Antrag wurde in einer geschwärzten Fassung auf den Internetseiten der BNetzA zur Stellungnahme veröffentlicht¹ - dort mit dem Hinweis auf das am 19.12.2012 eingegangene Schreiben der Telekom Deutschland GmbH. Der Antrag wurde nach heute telefonisch erfolgter Auskunft von Herrn Wilmsmann am 08.01.2013 textgleich, jedoch mit entschwärzter Anlage 5 erneut eingereicht und auf der BNetzA-Homepage veröffentlicht. Gem. Aussage von Herrn Wilmsmann unterscheiden sich beide Antragsschreiben nicht. Wir beziehen uns in vorliegender Stellungnahme auf den teilgeschwärzten Antragstext, der über die Internetseiten der BNetzA verfügbar gemacht wurde.

Wir stellen zunächst unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerwG (vgl. BVerwG 6 C 42.06) den formellen

¹ http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1911/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2012/2012_100bis199/BK3-12-131/BK3-12-131_BKV.html?nn=53876

Antrag.

den von der Deutschen Telekom AG gestellten Antrag auf Änderung der Regulierungsverfügung BK 3g-09/085 vom 21.3.2011 abzulehnen.

Der vorliegende Antrag wird auch deshalb gestellt, um Mitgliedsunternehmen des BUGLAS in eigenen Stellungnahmen einen vollinhaltlichen Bezug auf diesen Antrag des BUGLAS und dessen Begründung zu ermöglichen und somit die formalrechtlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die jeweiligen Mitgliedsunternehmen im Falle einer Stattgabe oder einer Teilstattgabe des Antrags der Deutschen Telekom AG um gerichtlichen Rechtsschutz nachsuchen können.

Wir begründen unseren Antrag auf Ablehnung des Antrags der Deutschen Telekom AG wie folgt:

A. Formalrechtliche Voraussetzungen der beantragten Änderung der Regulierungsverfügung sind nicht erfüllt

1. Antragstellerin ist nicht Betroffene der Regulierungsverfügung

Adressat und Betroffene der Regulierungsverfügung BK 3g-09/085 ist ausweislich des Beschlusstextes die Telekom Deutschland GmbH. Dennoch wird der vorliegende Antrag nicht durch die Telekom Deutschland GmbH, sondern durch die Deutsche Telekom AG als „Betroffene“ gestellt. Ein Erklärungsirrtum oder Sorgfaltsfehler in der wesentlichen Frage, durch welche juristische Person der Antrag gestellt wird, dürfte ausscheiden. Auch der Fall einer „falsa demonstratio“ besteht nicht, da hierunter die Situation einer von zwei Parteien übereinstimmend verwendeten Falschbezeichnung verstanden wird. Es wird auch an keiner Stelle deutlich gemacht, ob die Deutsche Telekom AG in der Funktion einer Verfahrensbevollmächtigten der Telekom Deutschland GmbH auftreten wollte. Hier besteht zunächst Klärungsbedarf und gegebenenfalls die Notwendigkeit einer Korrektur.

2. Rechtsgrundlage; kein formales Antragsrecht

Rechtsgrundlage für den vorliegenden Antrag ist nicht - wie von der Antragstellerin ausgeführt (S. 21 des Schriftsatzes) - § 13 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 TKG, sondern ausschließlich § 14 Abs. 1 TKG.

§ 14 TKG trägt die gesetzliche Überschrift

„Überprüfung von Marktdefinition, Marktanalyse und Regulierungsverfügung“
(Hervorheb. nur hier)

Die Erweiterung der Gesetzesüberschrift des § 14 TKG auf den Bereich der Regulierungsverfügung sowie die Erweiterung der in § 14 Abs. 1 genannten Normenverweise auch auf den § 13 TKG erfolgte mit der TKG Novelle 2012 und ist damit zum Zeitpunkt der Antragstellung geltendes Recht.

Nur wenn ein Verfahren zur Überprüfung der Regulierungsverfügung überhaupt eröffnet ist, können Anträge - der Zugangsnachfrager - dahingehend gestellt werden, welche Zugangsverpflichtungen gem. § 21 TKG auferlegt werden sollen. Ohnehin kann ein Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht das Antragsrecht des § 21 Abs. 1 TKG nicht für sich selbst in Anspruch nehmen. Diese Möglichkeit des § 21 TKG ist auf die Zugangsnachfrager beschränkt, wie sich aus der Formulierung des § 21 Abs. 1 ergibt und wie dies auch durch das Bundesverwaltungsgericht festgestellt wurde (BVerwG 6 B 48.10 vom 8.4.2011). Das BVerwG verneint hierbei ein Klage-recht des marktmächtigen Unternehmens bezüglich der Auferlegung – dementsprechend auch der beantragten modifizierten Auferlegung – von Verpflichtungen nach § 21 TKG. Gleiches gilt somit auch für das regulierungsbehördliche Verfahren.

Unabhängig davon kann sich der Antrag nach § 21 Abs. 1 TKG grundsätzlich nicht darauf richten, eine anlassbezogene Überprüfung einer wirksamen Regulierungsverfügung zu initiieren. Hierfür steht ausschließlich die Rechtsgrundlage des § 14 Abs. 1 TKG zur Verfügung. Diesen Zusammenhang macht auch die Begründung des Gesetzentwurfs zum TKG 2012 (BT-Dr. 17/5707, S. 55) deutlich, wenn dort ausgeführt wird:

*„Auch die Regulierungsverfügung i. S. v. § 13 **ist in die Vorgaben für die Regulierungszyklen einzubeziehen**. Dies ergibt sich aus dem Verweis in Artikel 16 Absatz 6 Satz 1 auf Artikel 16 Absatz 3 und 4 RRL, die sich ebenfalls mit der Auferlegung von Abhilfemaßnahmen befassen. Zur Klarstellung wird deshalb auch in der Überschrift des § 14 auf die Regulierungsverfügung Bezug genommen“*
(Hervorheb. nur hier)

Neben der Regelüberprüfung (§ 14 Abs. 2 TKG) innerhalb der Regulierungsperioden von 3 Jahren normiert § 14 Abs. 1 TKG den Ausnahmefall einer unterperiodigen, anlassbedingten Überprüfung. Damit kann ein Verfahren zur Änderung einer bestehenden Regulierungsverfügung keinesfalls „beantragt“ werden und jedenfalls nicht über die von der Antragstellerin aufgezeigte Normenkette.

Dies hat erheblichen Einfluss auf das Entscheidungs- und Abwägungsprogramm der BNetzA, sollte ein „Antrag“ auf unterperiodige, anlassbedingte Änderung der Regulierungsverfügung gestellt werden. Letztlich handelt es sich bei diesem „Antrag“ lediglich um eine Anregung bzw. um eine Mitteilung an die BNetzA bezüglich Informationen zu neueren Entwicklungen, die zum Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverfügung noch nicht bekannt waren und zu der ein Bedarf bestehen könnte, vor Abschluss der nächsten Regelüberprüfung Korrekturen vorzunehmen. Bekanntlich wurden bereits im Gesetzgebungsverfahren zum TKG 2004 Forderungen von verschiedener Seite zurückgewiesen, § 14 Abs. 1 TKG mit einem formalen Antragsrecht zu versehen.

Im Rahmen der Prüfung einer anlassbezogenen Überprüfung und ggf. Änderung der Regulierungsverfügung nach § 14 Abs. 1 TKG müssen der BNetzA „Tatsachen bekannt werden, dass die Ergebnisse auf Grund der §§ 10 bis 12 nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen“. Dann – aber auch nur dann – darf ggf. eine anlassbedingte Änderung der Regulierungsverfügung erfolgen. Andernfalls muss es für den Prognosezeitraum einer Regulierungsverfügung (3 Jahre nach § 14 Abs. 2 TKG) bei der wirksamen Regulierungsverfügung bleiben. Ohne diese nur ausnahmsweise durchbrechbare Festlegungswirkung einer Regulierungsverfügung könnte niemals der Regulierungsgrundsatz nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG erreicht werden, die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch zu fördern, dass die BNetzA über angemessene Überprüfungszeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beibehält.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 Abs. 1 TKG für eine ausnahmsweise anlassbezogene Änderung der Regulierungsverfügung aufgrund einer Änderung der tatsächlichen Marktgegebenheiten beziehen sich ausschließlich auf die Ergebnisse aufgrund des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens der §§ 10 bis 12 TKG.

Dies bedeutet, dass neue Tatsachen die Annahme rechtfertigen müssen, dass entweder die sachliche und räumliche Marktabgrenzung (Marktdefinition) und/oder die beträchtliche Marktmacht des regulierten Unternehmens (Marktanalyse) sich anders entwickelt haben als zum Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverfügung vorhergesehen. Die Begründung des Gesetzentwurfs verweist hier auf das Beispiel, dass neu auftretende räumliche Besonderheiten zu einer Änderung der Marktdefinition etwa zu einer regionalen Marktabgrenzung führen könnten.

Keinesfalls gehört es aber zu den Aufgriffstatsachen im Rahmen des § 14 Abs. 1 TKG, wenn neue Geschäftsplanungen vom regulierten Unternehmen aufgezeigt

werden und es sich dafür von Zugangsverpflichtungen befreien oder teilweise befreien lassen möchte.

Bereits aus diesem Grund ist der „Antrag“ der Deutschen Telekom AG mit der Rechtsgrundlage des § 14 Abs. 1 TKG nicht vereinbar. Eine anlassbezogene Überprüfung der Regulierungsverfügung aus den von ihr dargestellten Gründen, die weder mit der Marktabgrenzung noch mit der Feststellung beträchtlicher Marktmacht etwas zu tun haben, kommt somit aus Rechtsgründen nicht in Betracht. Die Antragstellerin ist darauf verwiesen, ihr Begehren nach Neugestaltung der Zugangsverpflichtungen im Rahmen der nächsten Regelüberprüfung vorzutragen.

Hinzu kommt, dass die unterperiodige, anlassbezogene Überprüfung der Regulierungsverfügung nach dem Gesetzeszweck nur dann in Betracht kommen kann, wenn die Regelüberprüfung noch in deutlichem zeitlichen Abstand in der Zukunft aussteht. Im vorliegenden Fall wird aber die 3-Jahresfrist bereits 2014 enden und damit noch vor dem Zeitpunkt, zu der die Betroffene die Vectoring-Technologie überhaupt einsetzen möchte. Derzeit finden bereits Marktdatenerhebungen der BNetzA zum Markt 4 statt, um in 2014 eine neue Regulierungsverfügung in Kraft setzen zu können. Unabhängig zu allen anderen Argumenten rechtfertigt dieser geringe zeitliche Abstand keine anlassbezogene, unterperiodige Überprüfung. Insbesondere kann nur im Regelverfahren mit einer sorgfältigen Aufbereitung der Datengrundlagen sichergestellt werden, dass auch die Ziele des Marktregulierungsverfahrens nach dem 2. Teil des TKG umfassend erfüllt werden.

Neben den vorgenannten Rechtsgründen muss zudem in tatsächlicher Hinsicht die Aussage der Antragstellerin (S. 52 Schriftsatz) korrigiert werden, dass „neue Umstände“ vorliegen aufgrund einer „neuen, bei der letzten Regulierungsverfügung noch nicht absehbaren technischen Entwicklung“. An dieser Stelle muss darauf hingewiesen werden, dass die ITU-T Recommendation G.993.5 bereits im Jahr 2010 und damit zeitlich vor der Regulierungsverfügung veröffentlicht wurde. Diese Recommendation basiert auf Arbeiten in den Vorjahren bis 2010:

vgl. http://www.itu.int/ITU-T/workprog/wp_item.aspx?isn=6623

Es ist völlig ausgeschlossen, dass der Betroffenen als eine in die Erarbeitung von ITU-Spezifikationen eingebundene Organisation diese Technik quasi erst durch das Pilotprojekt im Ort Korneuburg in Österreich Anfang 2012 bekannt geworden sei. Auch wurde spätestens in 2010 bereits in Publikumszeitschriften über VDSL2-Vectoring berichtet:

vgl. Bluschke/Rietzsch/Vettermann in der Zeitschrift NET 2010, Heft 12, S. 30 ff. mit dem Titel: „In Glasfaserregionen, VDSL2-Vectoring – Was aus der Cu-Doppelader rauszuholen ist“ mit Berichten über die Ergebnisse von Anbietern, Bsp.: Ericsson im März 2009 u.a.m. sowie Testergebnisse von Netzbetreibern wie Swisscom, Belgacom, P&T Luxembourg und Türk Telekom.

B. Hilfsweise: auch materiell-rechtliche Voraussetzungen einer Änderung der Regulierungsverfügung sind nicht erfüllt

Hilfsweise zu der von uns vertretenen Auffassung, dass der „Antrag“ der Deutschen Telekom AG bereits aus den vorgenannten Rechtsgründen nicht bescheidungsfähig ist, tragen wir zu den materiell-rechtlichen Aspekten vor. Auch unter dem Abwägungsprogramm des § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG und unter der Berücksichtigung der Regulierungsziele und der Regulierungsgrundsätze des § 2 ist weder der Haupt- noch der Hilfsantrag der Deutschen Telekom AG gerechtfertigt und geboten.

1. Keine Regulierungsferien für Investitionen (§ 2 Abs. 3 Nr. 3, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG)

Mit dem vorliegenden Antrag unternimmt die Deutsche Telekom AG einen erneuten Versuch, vor einer Investitionsentscheidung zunächst „Regulierungsferien“ und damit Wettbewerberschutz durch die Politik bzw. durch die BNetzA zu erhalten. Vergleichbare Bemühungen führten vor der VDSL-Investitionsentscheidung zum § 9a TKG, der wegen Unionsrechtswidrigkeit später wieder aus dem TKG entfernt werden musste. Das Argument „milliardenschwerer Investitionen“ diente der Deutschen Telekom AG auch in diesem Falle dazu, die Forderung nach einer Schutzregelung durchzusetzen.

Der schließlich erforderlich gewordene Verzicht auf „Regulierungsferien“ hat nicht dazu geführt, dass die Betroffene in ihren VDSL-Investitionen in irgendeiner Weise beeinträchtigt wurde. Ein Schutz vor Wettbewerbern bei neuen Technologien ist kein Rechtssatz – auch nicht unter Berücksichtigung des Abwägungskriteriums des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG, Investitionsrisiken zu berücksichtigen. In gleicher Weise genießen die Mitgliedsunternehmen des BUGLAS für ihren FTTB/FTTH-Ausbau keinen Schutz vor Wettbewerb und haben diesen Schutz nicht eingefordert. Sie haben für ihren Netzausbau in Relation größere Investitionsrisiken übernommen, weil sie nicht auf bestehende Infrastrukturen für diesen Netzausbau aufsetzen konnten, trotz bestehenden Ausbaus von VDSL in vielen Metropolen. Die Mitgliedsunternehmen des BUGLAS schaffen zudem durch intensive Mitwirkung bei der Spezifizierung ei-

nes Layer-2-BSA-Zugangs im NGA-Forum die Voraussetzungen dafür, dass ein offener Vorleistungszugang für Nachfrager geschaffen wird.

Für die VDSL-Infrastrukturen der Betroffenen hat der von ihr grundsätzlich zu öffnende Zugang jedenfalls nicht dazu geführt, dass dieses Geschäftsmodell für sie wegen der „Investitionsrisiken“ nicht möglich gewesen wäre. Der Beschlusskammer ist durch die Verfahrensakten zur Öffnung der VDSL-Infrastrukturen noch bekannt, dass durchaus vergleichbar mit der heutigen Diskussion seitens der Betroffenen zunächst vorgetragen wurde, dass ein Zugang in den Multifunktionsgehäusen durch Wettbewerber aus technischen und betrieblichen Gründen nicht möglich oder ihr nicht zumutbar sei. Dennoch konnte die Beschlusskammer Wege aufzeigen, einen grundsätzlichen Ausgleich der Interessen der Betroffenen und ihrer Wettbewerbsunternehmen zu schaffen und bestehende Zugangsansprüche auch für VDSL-Infrastrukturen zu verankern und so den Zugang in den Multifunktionsgehäusen zu ermöglichen.

Aus den vergangenen Diskussionen für den VDSL-Zugang kann für die heutige Diskussion des Vectoring-Ausbaus zudem gelernt werden, dass vor einem Eingriff in den grundsätzlichen Regulierungsrahmen weitere Bemühungen wie etwa die Durchführung von Pilotprojekten erfolgen sollten. Neben den technischen und betrieblichen Lerneffekten können daraus Erkenntnisse gewonnen werden, wie unter möglicher Vermeidung oder Verringerung von Regulierungseingriffen eine Zusammenarbeit zwischen der Betroffenen und ihren TAL-Vertragspartnern gestaltet werden kann. Gerade im Falle neuer Technologien sollte eine Veränderung des grundsätzlichen Regulierungsrahmens nur mit äußerstem Bedacht erfolgen und nur dann, wenn zunächst andere Bemühungen sich nicht als ausreichend tragfähig erwiesen haben. Die weitreichend vorgeschlagenen Eingriffe in den Anspruch auf Zugang zur KVz-TAL unterhöheln den bewährten und grundsätzlich geltenden Anspruch auf nachfragegerechte Entbündelung.

Die von der Antragstellerin angeführte Darstellung, dass bei der Abwägung ihre Eigentümerinteressen grundsätzlich im Vorrang gegenüber dem Zugangsrecht ihrer Wettbewerber stehen (Schriftsatz S. 36 ff.), trifft so nicht zu. Die Betroffene ist in ihrer eigentumsrechtlichen Verfügungsfreiheit begrenzt. In der Rechtsprechung des BVerwG wurde zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Grundgesetz festgehalten, dass die Netzinfrastruktur der Betroffenen unter dem Schutz eines staatlichen Monopols und unter Verwendung von öffentlichen Mitteln entstanden ist und daher einen intensiven sozialen Bezug aufweist.

BVerwG, Urt. vom 25.01.2001, 6 C 7.00, S. 42 f.

Das Eigentum der Betroffenen ist von vornherein mit den der Herkunft ihres Eigentums entsprechenden Pflichten belastet. Die mit öffentlichen Mitteln aufgebauten Netzressourcen sollen nach der Rechtsprechung des BVerwG im Interesse eines offenen Telekommunikationsmarkts den Interessen aller Nutzer zugutekommen. Die rechtliche Verpflichtung zur Gewährung eines Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung wurde daher vom BVerwG als grundgesetzkonform beurteilt. Für den vorliegenden Antrag gelten diese Aussagen uneingeschränkt, weil die vorhandene und unter dem Schutz des staatlichen Monopols entstandene Kupferkabelinfrastruktur durch die Vectoring-Technologie in der Nutzungsdauer verlängert werden soll.

2. Unionsrecht betont Entbündelungsverpflichtung auch für KVz-TAL (§ 2 Abs. 2 Nr. 3)

Die Antragstellerin bemüht sich, durch die mehrfache Zitierung des „Beispiels“ Belgien (S. 13, S. 17, S. 34, S. 69) eine angebliche Unionsrechtskonformität ihres Antrages abzuleiten. Das Gegenteil ist der Fall. Die Situation in Belgien und die konkrete Entscheidung der EU-Kommission sind kein „Beispiel“, die mit dem Antrag „aufgegriffen“ werden könnten.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Zugang zur KVz-TAL gerade erst durch die mit der Richtlinienreform 2009 geänderte Zugangsrichtlinie insoweit deutlich aufgewertet worden ist, als durch Anhang II der Zugangsrichtlinie die KVz-TAL zu den Mindestbestandteilen eines vom gemeldeten Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht zu veröffentlichenden Standardangebots für den Zugang zu Netzinfrastruktur auf Vorleistungsebene erklärt wurde. Die Zugangsrichtlinie nennt diesen Zugang „Zugang zum Teilabschnitt“ der Teilnehmeranschlussleitung. Der verpflichtete Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht muss im Rahmen des Standardangebots entsprechende Informationen zu den Straßenverteilerkästen und den Teilabschnitten erteilen.

Auch die NGA-Empfehlung der EU-Kommission (2010/572/EU) empfiehlt den nationalen Regulierungsbehörden ausdrücklich, eine **Verpflichtung für den entbündelten Zugang zum Kupferkabelverzweiger** aufzuerlegen. Diese Empfehlungen lauten wie folgt:

„Zugangsverpflichtungen in FTTN-Netzen

29. Die NRB sollten eine Verpflichtung für den entbündelten Zugang zum Kupferkabelverzweiger auferlegen. Eine Verpflichtung zur Entbündelung des Kupferkabelverzweigers sollte durch Rückführungsmaßnahmen (Backhaul) wie Glasfaser- und Ethernet-Rückführung sowie durch Nebenverpflichtungen ergänzt werden, die deren Wirksamkeit und Durchführbarkeit sicherstellen, z. B. den nichtdiskriminierenden Zugang zu Kollokationseinrichtungen oder in Ermangelung solcher die gleichwertige Kollokation. Das Standardangebot sollte so bald wie möglich vorliegen, spätestens aber sechs Monate, nachdem die NRB die Verpflichtung zur Zugangsgewährung auferlegt hat.

30. Wenn die NRB die Entbündelung des Kupferkabelverzweigers vorschreibt, sollte der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auch verpflichtet werden, alle dafür erforderlichen Elemente in das bestehende Standardangebot für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss aufzunehmen. Der Preis für den Zugang zu allen Elementen sollte entsprechend Anhang I kostenorientiert sein.“

Bezüglich der geplanten Einführung von Vectoring als angeblich neuer Netztechnik sind auch die Empfehlungen zu Migrationsregelungen in den Nrn. 39 und 40 relevant. In Nr. 39 wird ausgeführt, dass im Falle **eines fehlenden vereinbarten Migrationspfades** die nationalen Regulierungsbehörden die bereits auferlegten Verpflichtungen in Bezug auf die Märkte 4 und 5 fortbestehen und diese **nicht durch Änderung der vorhandenen Netzarchitektur oder Netztechnik entfallen** lassen sollten:

Migration

39. Aufgrund beträchtlicher Marktmacht auferlegte Verpflichtungen in Bezug auf die Märkte 4 und 5 sollten fortbestehen und nicht durch Änderungen der vorhandenen Netzarchitektur oder Netztechnik entfallen, wenn nicht zwischen dem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht und Betreibern, die Zugang zu dessen Netz haben, ein geeigneter Migrationspfad vereinbart worden ist.

Die NGA-Empfehlung hat an dieser Stelle ein sehr konkretes, wettbewerbsbedrohliches Szenario vor Augen: ein Wegfall des Zugangsanspruchs etwa für die HVt-TAL durch den Abbau von HVts oder durch die Nicht-Nutzbarkeit für den von der Antragstellerin dargestellten Fall der Auflösung des VDSL-„Nahbereichs“ am HVt zugunsten der Vectoring-Technik bringt den bestehenden infrastrukturbasierten Wett-

bewerb in eine existenzielle Gefahrenlage, wenn gleichzeitig ein Zugangsanspruch zur KVz-TAL nur von Ausbauplanungen der Betroffenen abhängt.

Da dieser Migrationspfad in Deutschland derzeit nicht besteht, darf ein bestehender Zugangsanspruch keinesfalls durch die Einführung von Vectoring entfallen. Eine andere Entscheidung wäre nicht unionsrechtskonform.

Völlig anders und mit der deutschen Situation in keiner Weise vergleichbar ist das von der Antragstellerin genannte „Beispiel“ Belgien. In Belgien war Sub Loop Unbundling zunächst als Teil des Marktes 4 durch die Regulierungsbehörde IBPT angeordnet. Es war Teil des Standardangebots seit dem Jahr 2000. Im Mai 2011 notifizierte die CRC einen Widerruf der Verpflichtung der Belgacom zu SLU (Case BE/2011/1228). Der Widerruf gestaltete sich mangels Nachfrage nach SLU in Belgien in der Abwägungsentscheidung besonders leicht:

„Moreover, according to a study by Analysis Mason, the economic viability of SLU is extremely limited and CRC is not aware of any concrete plans, by alternative operators, to subscribe to SLU services. In the reply to the RFI, CRC states that although the SLU remedy has been in place since 2001, no access seeker has so far invested or is planning to invest in SLU. The withdrawal of the SLU obligation does therefore not lead to stranded investments.“

Als „Ersatz“ wurde ein Zugang zu TALs über „Mini-HVts“ vorgesehen:

„CRC will eventually re-introduce SLU should technological evolutions solve the incompatibility between vectoring and VDSL2 SLU. CRC also proposes to withdraw the obligation to ensure that, in case of partial closing down of a given exchange, a minimum of 20% of lines of each street cabinet, which depended on the dismantled MDF, remain accessible from a mini-MDF.“

Die Kommission äußerte sich zu dieser Notifizierung dahingehend, dass die NGA-Empfehlung auch eine Verpflichtung zu SLU vorsehe. Aufgrund der besonderen belgischen Situation wurde jedoch die Sicht der belgischen Regulierungsbehörde akzeptiert, allerdings mit Nebenbedingungen und Auflagen:

The Commission acknowledges, however, that in casu there appears to be sufficient evidence to sustain that it is neither justified nor proportional to impose such remedy, since there is currently a lack of demand for SLU products and the imposition of such remedy could hamper the NGA investment strategy of Belgacom and thus run counter to the need to promote and ensure sustainable investment in the development of high-speed

networks. The Commission also acknowledges CRC's assertion that LLU is not likely to become unavailable during the period of the current market review and that access seekers will, in any case, when provided with Bitstream services, also benefit from the increased performances delivered by vectoring. Furthermore, according to CRC, Belgacom must offer a fully fledged Bitstream product which allows alternative operators to effectively differentiate their products at retail level. Finally, the Commission also recognises that CRC is committed to monitor technological and market evolution in order to continuously assess the appropriateness of the withdrawal of the SLU remedy.

The Commission nevertheless invites CRC to monitor the market, namely the evolution on the dismantling of LEXs by Belgacom and the implementation of VDSL2, and also the array of remedies imposed, in order to ensure that in the current transition to NGA competition is safeguarded and new bottlenecks are avoided in the broadband markets.

Diese Aussagen der Kommission sind folglich nicht allgemeingültig auf die Situation in anderen Staaten, insbesondere nicht auf Deutschland mit einer steigenden Nachfrage nach dieser Zugangsleistung, übertragbar.

3. Vectoring ist kein regulatorisch zu fördernder NGA-Ausbau; ein langfristig stärkerer Wettbewerb wird nicht gesichert (§ 2 Abs. 2 Nr. 5, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4)

Der Einsatz von Vectoring-Technik mag in verschiedenen konkreten Fällen eine sinnvolle Brückentechnologie sein. Allerdings wird durch Vectoring selbst weder ein hochleistungsfähiges „Telekommunikationsnetz der nächsten Generation“ geschaffen, noch wird durch Vectoring eine Beschleunigung des Ausbaus anderer NGA-Netze gefördert:

- a) Netze der nächsten Generation (NGA) sind nach der Definition der NGA-Empfehlung (Nr. 11) leitungsgebundene Zugangsnetze, deren Kupfer- oder Koaxialkabelbasis durch den Ausbau mit optischen Bauelementen leistungsfähiger und damit zukunftssicherer gemacht werden. Ein Ausbau mit Glasfaser-Elementen gegenüber dem schon bestehenden VDSL-Ausbau erfolgt durch den Einsatz der Vectoring-Technologie nicht. Vielmehr ist es Ziel der Vectoring-Technologie, aus wirtschaftlichen Gründen den Bestand von Kupferkabelnetzen über einen weiteren Zeitraum nutzbar zu halten. Seitens der Antragstellerin wurde vor kurzem kommuniziert, dass mit der Vectoring-

Technologie eine weitere Nutzungszeit der Kupferkabelnetze von zehn Jahren möglich erscheint.

- b) Eine Beschleunigung des Ausbaus anderer NGA-Netze wie etwa FTTB- oder FTTH-Netze wird durch den Einsatz von Vectoring-Technologie ebenfalls nicht erreicht. Das Gegenteil ist zu befürchten. Ganz signifikant wird jedenfalls die Investitionsbereitschaft der Betroffenen als überaus wichtiger Marktakteur für FTTH-Netze sinken, da hierfür nicht genügend finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, sondern durch die Investitionen in Vectoring-Technologie gebunden werden. Die ohnehin nur in kleinerem Maße bisher umgesetzten Ankündigungen der Betroffenen für Investitionen in massenmarktfähige FTTH-Netze werden durch die Vectoring-Technologie nicht gefördert.

Allerdings wird auch der Ausbau anderer NGA-Netze durch Wettbewerbsunternehmen nicht beschleunigt, da Fremd- oder Eigenkapitalgeber sich zurückhalten werden. Aufgrund der erheblich höheren Investitionen beim Rollout von FTTB- oder FTTH-Anschlüssen gegenüber der Aufrüstung mit Vectoring-Technologie werden sich Investoren kritisch fragen, ob wettbewerbsfähige Angebote gegenüber Endkunden gemacht werden können. Allgemein wird diese „Brückentechnologie“ dazu führen, dass die Investitionen in die „Zukunftstechnologie“ zurückgehalten und verschoben werden.

4. Konfliktlösungskonzept der Antragstellerin ist ungeeignet und einseitig

Ausgangspunkt einer durch die Betroffene initiierbaren Sperrung eines KVz für Zugangsnachfrager soll eine „Planungsanzeige“ mit „geeigneten Unterlagen“ sein (1.1 a), die an anderer Stelle des Antrages auch als „Planungsabsicht“ bzw. „Ausbauabsicht“ (S. 4, S. 6, S. 23, S. 36, S. 65 des Schriftsatzes) bezeichnet wird. Konkreter wird die Antragstellerin nicht. Nach den bisherigen Erfahrungen mit Planungsabsichten der Betroffenen (siehe beispielhaft nur die öffentliche Ankündigung der Deutschen Telekom in 2010, bis Ende 2012 zehn Prozent aller Haushalte mit Glasfaseranschlüssen ausstatten zu wollen), dürfte zwischen Absicht und Realisierung ein deutlicher Unterschied liegen. Das im vorliegenden Fall besonders Problematische liegt jedoch darin, dass die von Planungsabsichten betroffene KVz für eine ganz reale Erschließung durch Wettbewerbsunternehmen gesperrt werden sollen.

Ähnlich unkonkret in den Voraussetzungen zugunsten der Betroffenen wird das Abkündigungsrecht eines bestehenden (!) KVz-Zugangs beschrieben. Hier soll bereits ein Angebot eines Bitstromproduktes mit Übergabe an „geeigneten“ Übergabepunkten ausreichen, um die Zugangsnachfrage im Falle eines Vectoring-Ausbaus in

„angemessener Frist“ kündigen zu können. In der Begründung (S. 66 des Schriftsatzes) wird die Antragstellerin dann zumindest dahin deutlich, dass sie keinen BSA-Layer-2-Zugang zur Verfügung stellen, sondern „zunächst“ lediglich ein BSA-Layer-3-Produkt anbieten möchte. Die Verfügbarmachung eines BSA-Layer-2-Produktes ist völlig ungewiss, da die Betroffene lediglich gedenkt, die Diskussionen um die Ausgestaltung voranzutreiben und Ergebnisse zu „berücksichtigen“.

Die vom Zugang gekündigten Wettbewerber sollen somit noch weitere (Transport-)Leistungen bei der Betroffenen einkaufen müssen, wenn sie selbst nicht ihre Endkunden verlieren wollen bzw. Vertragsverletzungen gegenüber Endkunden begehen wollen. Dass das Endkundenangebot auf Basis eines BSA-Layer-3-Vorleistungszugangs niemals wettbewerbsfähig gegenüber Angeboten der Betroffenen sein kann, versteht sich von selbst. Die Wettbewerbsunternehmen werden mit hoher Wahrscheinlichkeit in diesem Falle in eine Situation der Preis-Kosten-Schere getrieben.

Aus Sicht des BUGLAS ist das gesamte Konfliktlösungskonzept der Antragstellerin völlig ungeeignet und einseitig auf die Interessen der Betroffenen ausgerichtet. Zunächst wird von BUGLAS bestritten, dass es eines entsprechenden Schutzes für den Einsatz von Vectoring und eines generellen Konfliktlösungskonzepts überhaupt bedarf. Die Betroffene wird bereits heute nicht daran gehindert, Vectoring-Technologie einzusetzen. Soweit die Betroffene einen bestimmten KVz mit Vectoring-Technologie ausstattet und Endkundenprodukte anbietet, wird bereits aus wirtschaftlichen Gründen kein weiterer Zugangsnachfrager ausgerechnet diesen KVz ebenfalls erschließen wollen und ein VDSL2-Produkt am Markt anbieten, das in den technischen Voraussetzungen hinter dem bereits realisierten Endkundenangebot der Betroffenen zurückbleiben wird. Ohne vernünftigen Praxisbezug beschreibt der Antrag (S. 36 des Schriftsatzes), dass „eine einzige KVz-TAL“ eines Zugangsnachfragers die Inanspruchnahme von Vectoring blockieren würde. Die Antragstellerin beschreibt ein unrealistisches Szenario, dass ein Zugangsnachfrager ausgerechnet deshalb Investitionen tätigen würde, um die Inanspruchnahme von Vectoring durch die Betroffene zu blockieren. Die Erschließung eines KVz für eine einzige KVz-TAL ist für jeden Telekommunikationsnetzbetreiber sinnlos.

Der von der Betroffenen geltend gemachte Zusammenhang einer angeblich erforderlichen „Investitionssicherheit“ für den „milliardenschweren Ausbau“ mit dem Argument, dass eine einmal eingebaute Vectoring-Technik in der Gefahr stünde, durch eine Zugangsnachfrage zur KVz-TAL entwertet zu werden, ist bereits aus wirtschaftlichen Gründen ein völlig unrealistisches Szenario und eine rein strategisch-politische Behauptung:

- a.) Der Antrag will glauben machen, Zugangsnachfrager würden ausgerechnet mit Vectoring-Technik ausgestattete KVz erschließen, um den Einsatz der Vectoring-Technik zu blockieren. Kein Zugangsnachfrager wird jedoch selbst in einem Einzelfall dieses wirtschaftlich sinnlose Investitionsverhalten an den Tag legen.
- b.) Der Antrag will zudem glauben machen, dass dieses Verhalten flächendeckend auftreten könnte und somit „milliardenschwere“ Investitionen auf dem Spiel stünden. Diese Darstellung und der Hinweis auf die „Gefährdung“ von Milliarden-Investitionen suggeriert, dass Zugangsnachfrager fast gleichermaßen erhebliche finanzielle Mittel sowie die Bereitschaft hätten, ausgerechnet ihre Mittel in die Blockade einer von der Betroffenen geschaffenen Vectoring-Technologie zu investieren.

Dieses Szenario ist nicht glaubhaft. Nur unter der hypothetischen Annahme, dass es derartige Zugangsnachfrager gäbe, die finanzielle Mittel ausgerechnet in Blockierungen von vorhandener Technik investieren würden, wäre diese Zugangsnachfrage aus unserer Sicht bereits unter zivilrechtlichen Aspekten sittenwidrig und nicht anordnungsfähig. Im Falle einer Auseinandersetzung zwischen der Betroffenen und dem hypothetischen Zugangsnachfrager könnte die BNetzA im Rahmen einer Anordnungsentscheidung nach § 25 TKG entsprechend korrigierend eingreifen.

Aber auch für den seltenen Einzelfall einer KVz-TAL-Zugangsnachfrage bei bestehendem Vectoring-Ausbau – und damit ohne Gefahr für die „milliardenschweren“ Investitionen - könnte eine „Feinabstimmung“ im Einzelfall, erforderlichenfalls unter schlichtender oder streitentscheidender Beteiligung der BNetzA, erfolgen. Für diese Einzelfälle ist weder eine generelle Einschränkung des Zugangsanspruches noch ein ungeeignetes und einseitiges Konfliktlösungskonzept der Betroffenen erforderlich.

5. Funktionelle Trennung (§ 40 TKG)

Sollten die von der Betroffenen beschriebenen Szenarien von massiven Wettbewerbsproblemen, Gefahren für Milliarden-Investitionen, Entweder-oder-Entscheidungen zwischen Eigentümer- und Zugangsinteressen tatsächlich durch den Einsatz der Vectoring-Technik existieren bzw. entstehen, sollte die Bundesnetzagentur in eine Prüfung der Voraussetzungen des § 40 TKG eintreten und im Falle eines die Voraussetzungen bestätigenden Ergebnisses die Verpflichtung zur funktionellen Trennung des Anschlussnetzes der Betroffenen nach § 40 TKG anordnen.

Die Betroffene könnte dann wie jeder andere Zugangsnachfrager auch unter gleichen Bedingungen und mit den gleichen Fristen, Preisen und Dienstumfang auf den funktionell getrennten und unabhängig arbeitenden Netzeigentümer zugreifen. In diesem Falle könnte der Netzeigentümer in diskriminierungsfreier Weise einen Zugangsanspruch an denjenigen vergeben, der jeweils zuerst einen KVz mit Vectoring-Technologie ausrüstet. Ein strategisches Planungs- bzw. auch Blockadeverhalten könnte dieser Netzeigentümer durchbrechen, indem eine Zugangsnachfrage unabhängig von der Person des Zugangspetenten nach den identischen Regelungen gewährt wird. Gerade bei einer Vermischung von Eigentümer- und Produkt- bzw. Marktanteilsinteressen könnte eine funktionelle Trennung des Anschlussnetzes der Betroffenen dazu führen, dass auf effiziente Weise in der Zuteilung eines Zugangsanspruchs der tatsächlich je KVz in Vectoring-Technik investierende Telekommunikationsnetzbetreiber dafür den Zugang erhält.

Mit freundlichen Grüßen

Bundesverband Glasfaseranschluss e. V.

Wolfgang Heer

Geschäftsführer

Simon Schmidt

Recht & Regulierung, Politikbeziehungen