

BUGLAS | Bahnhofstraße 11 | 51143 Köln

Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 3
Herrn Vorsitzenden
Ernst-Ferdinand Wilmsmann
Per E-Mail: BK3-Konsultation@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

Stellungnahme des BUGLAS e.V. zum Verfahren BK3g-15/004

08.04.2015

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,
sehr geehrte Damen und Herren,

der BUGLAS nimmt die Gelegenheit wahr, zum Antrag der Telekom vom 23.02.2015 zum Zwecke der **Einführung von Vectoring im Nahbereich** im Rahmen der **Überprüfung der Regulierungsverfügung Zugang zur TAL (Az. BK3g-15-004)**, im Anschluss an die Anhörung vom 13.03.2015 Stellung zu beziehen.

Die vorliegende Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und kann daher im Rahmen der verfahrensüblichen Veröffentlichung zugänglich gemacht werden.

Ergänzend und vertiefend zu den in der Anhörung bereits mündlich getätigten Ausführungen möchten wir noch einmal unsere schwerwiegenden Bedenken äußern, die die Beschlusskammer zu einer Ablehnung des o.g. Antrages der Telekom Deutschland veranlassen sollten.

1. Weiterer Verfahrensablauf: Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu den weiteren Inhalten der zu erlassenden Regulierungsverfügung VOR Veröffentlichung des Konsultationsentwurfs

Wir erkennen das Bemühen der Beschlusskammer, die anstehende Regelüberprüfung der Regulierungsverfügung für den Markt 3a zutreffender Weise nicht nur auf die aktuelle Antragstellung der Telekom Deutschland zu fokussieren, sondern weitere und aus unserer Sicht überaus bedeutsame Inhalte für die Fortentwicklung und konkrete Ausgestaltung der TAL-Regulierungsverfügung und somit des TAL-

Vorleistungsmarktes (Stichworte: EoI bzw. EoO, Migrationsfragen etc.) aufzugreifen und mit der Betroffenen und den interessierten Parteien zu erörtern.

Aufgrund der Bedeutung der weiteren Themen würden wir es allerdings sehr begrüßen und stellen hiermit den Antrag, eine weitere öffentliche mündliche Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG) bezogen auf alle anderen Inhalte der zu erlassenden Regulierungsverfügung VOR der Veröffentlichung eines vollständigen Konsultationsentwurfs durchzuführen. Damit würden diese Themen im Hinblick auf das Verwaltungsverfahren gleich behandelt werden wie der Antrag der Telekom Deutschland bezüglich des Widerrufs von Verpflichtungen für den Einsatz von Vectoring im Nahbereich.

Wir erheben NICHT den Vorwurf, dass die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung nach Veröffentlichung des vollständigen Konsultationsentwurfs den Verfahrensregelungen des TKG widersprechen würde. Allerdings sollte aus Gleichbehandlungsgründen der Antrag der Telekom Deutschland auf Widerruf von Regulierungsverpflichtungen nicht gegenüber den anderen – auch noch im Einzelnen zu stellenden - Anträgen der Zugangsnachfrager durch die mündliche Verhandlung vor Veröffentlichung des Konsultationsentwurfs privilegiert behandelt werden.

Die öffentliche mündliche Verhandlung vom 13.03.2015 konzentrierte sich ausschließlich auf den Antrag der Telekom Deutschland und war nur hierfür terminiert worden (siehe Internetveröffentlichung der BNetzA: „...zunächst eine öffentliche-mündliche Anhörung zum Antrag der Telekom vom 23.02.2015 durchzuführen“). Damit würde es der Gleichbehandlung und somit guter Verwaltungspraxis der BNetzA entsprechen, die interessierten Parteien VOR der Veröffentlichung des Konsultationsentwurfs auch zu den weiteren Themen der Regulierungsverfügung mündlich anzuhören. Eine Verzögerung des Verfahrens wäre durch diese mündliche Verhandlung nicht zu befürchten, da entsprechend das weitere Verfahren nach Veröffentlichung des Konsultationsentwurfes voraussichtlich durch Bezugnahmen von Stellungnahmen auf die erste mündliche Verhandlung beschleunigt werden könnte.

2. Antragstellung

Wir beantragen, den Antrag der Telekom Deutschland GmbH vom 23.02.2015 auf teilweise Änderung der Regulierungsverfügung BK 3g-09/085 und BK 3d-12/131 im Hinblick auf die von ihr beabsichtigte Einführung von Vectoring auch im sog. Nahbereich um die Hauptverteiler abzulehnen.

3. Keine verfassungsrechtliche und ordnungspolitische Rechtfertigung für die von Telekom Deutschland beantragte Exklusivität

Wie wir bereits in der mündlichen Verhandlung am 13.03.2015 ausgeführt haben, stellt sich die Forderung der Telekom Deutschland für ein exklusives Ausbaurecht als Vorbedingung für Investitionen diametral gegen das Wettbewerbsmodell des TKG, basierend auf Art. 87f Abs. 2 GG.

Die im BUGLAS e.V. organisierten Telekommunikationsnetzbetreiber und alle anderen privatwirtschaftlich tätigen Telekommunikationsunternehmen haben seit Beginn der vollständigen Liberalisierung ihre Investitionen ohne jede Exklusivitätszusage geleistet. Die durch Regulierungsmaßnahmen geförderte wettbewerbliche Orientierung der Telekommunikationsmärkte wurde seit Beginn der vollständigen Liberalisierung 1998 als Erfolgsmodell einer volkswirtschaftlich positiven, den Verbrauchernutzen mehrenden Entwicklung verstanden. Es besteht vor diesem Hintergrund keinerlei Veranlassung, einen ordnungspolitischen (und auch verfassungsrechtlich kritischen) Paradigmenwechsel zu vollziehen und durch eine Akzeptanz der Forderung der Telekom Deutschland für eine Exklusivnutzung dieses erfolgreiche Wettbewerbsmodell zu verlassen.

Anders als von der Telekom Deutschland dargestellt, wird mit dem Antrag KEIN Beitrag zur Erreichung der Ziele der Digitalen Agenda 2014-2017 der Bundesregierung vom 20.08.2014 geleistet. Dies folgt bereits grundsätzlich daraus, dass die Digitale Agenda der Bundesregierung einen marktgetriebenen und KEINEN exklusivitätsgetriebenen Ausbau verfolgt:

„Einen Schwerpunkt werden wir darauf legen, einen unverfälschten Wettbewerb zwischen Unternehmen zu gewährleisten, Marktzutrittsschranken weiter zu reduzieren und vor allem einer missbräuchlichen Ausnutzung von marktbeherrschenden Stellungen entgegenzutreten.“

(s. <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/digitale-agenda-2014-2017,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>; S. 4.)

Als Gegenmodell zum Exklusivitätsanspruch der Telekom Deutschland setzt die Digitale Agenda auf mehr Koordination und Kooperation statt Konfrontation beim Aufbau von Netzen der nächsten Generation:

„Der Ausbau leitungsgebundener und drahtloser Hochgeschwindigkeitsnetze für die elektronische Kommunikation erfordert beträchtliche Investitionen, von denen ein be-

deutender Anteil auf Hoch- und Tiefbauarbeiten entfällt. Um die Ausbaurkosten zu reduzieren, setzen wir uns für mehr Koordination und Kooperation beim Ausbau ein:...

Hierzu werden wir eine investitions- und innovationsfördernde Regulierung unterstützen, die Rechts- und Planungssicherheit für alle Beteiligten schafft und dem Netzausbau auch in ländlichen Räumen Rechnung trägt. In den Verhandlungen zur Weiterentwicklung des europäischen Rechtsrahmens werden wir darauf achten, dass der Regulierungsrahmen den Wettbewerb zwischen den Unternehmen wahrt und die notwendige Planungssicherheit für Investitionen geschaffen wird.“

(s. <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/digitale-agenda-2014-2017,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, S. 4 und S. 9, Hervorheb. nur hier)

Leider findet sich dieser in den Zielen der Digitalen Agenda 2014-2017 der Bundesregierung hervorgehobene Aspekt der Koordination und Kooperation im Antrag der Telekom Deutschland nicht wieder. Rechts- und Planungssicherheit soll es auch nicht für alle Beteiligte geben, sondern nur für das exklusiv berechnigte Unternehmen Telekom Deutschland. Der Antrag unterstützt damit entgegen den Ausführungen der Telekom Deutschland NICHT die Breitbandstrategie und Breitbandziele der Bundesregierung. Der Antrag verlässt hierbei die Ziele der Netzallianz Digitales Deutschland, da das Postulat der Rechts- und Planungssicherheit für alle Beteiligten verlassen wird. Der Antrag postuliert das Erfordernis eines monopolistischen Ausbaus, als angebliche Voraussetzung für einen „flächendeckenden“ Breitbandausbau. Ohne Exklusivität sei die Telekom Deutschland nicht bereit, eine „verbindliche Investitionszusage“ für einen „flächendeckenden Ausbau“ abzugeben. Mit diesem Ansatz kann sich der Antrag nicht auf die Netzallianz Digitales Deutschland berufen (entgegen den Ausführungen S. 10 des Antrages).

4. Durchschaubares Lockangebot: „Verbindliche“ Investitionszusage

Die Betroffene markiert ihren Weg des Breitbandausbaus mit enttäuschten Investitionszusagen. Noch vor wenigen Jahren (2010) gab sie die Investitionsankündigung, bis Ende 2012 10% aller Haushalte in Deutschland mit FTTB/FTTH zu erschließen. Die Rücknahme dieser Investitionsankündigung in 2011 wurde unzutreffend mit dem nicht ausreichenden regulatorischen Umfeld begründet. Gerade die Bundesnetzagentur hat ausweislich ihrer Entgeltentscheidung zu den TAL-Entgelten 2011 berücksichtigt, dass auf Tagesneuwertbasis ermittelte TAL-Entgelte der Betroffenen eine bessere Grundlage für künftige NGA-Investitionen bieten (BK3c-11/003, S. 40). Sie hat damit Forderungen von Zugangsnachfragern nach einer Absenkung der TAL-Entgelte eine Absage erteilt.

Es war somit ein Ablenkungsmanöver der Betroffenen, für die Rücknahme ihrer Investitionsankündigung für FTTB/FTTH in 2011 auf das regulatorische Umfeld zu verweisen. Denkbar wäre allenfalls eine Interpretation dieser Erklärung dahingehend, dass sich das regulatorische Umfeld für die Betroffene derzeit noch so verlockend darstellt, um die Kupfer-Anschlussleitungen mittels Vectoring längerdauernd einzusetzen. Eine exklusive Nutzung von Kupfer-Anschlussleitungen mit Vectoring-Technik entsprechend des Antrags der Telekom Deutschland würde diesen Vorteil noch potenzieren: weder muss die Betroffene die Investitionspläne für einen flächen-deckenderen FTTB/FTTH-Ausbau erfüllen, noch muss sie im Falle einer Exklusivitätszusage befürchten, wettbewerbslich bei der Nutzung der Kupfer-Anschlussleitungen im Nahbereich eingeschränkt zu werden. Die Folge wäre eine Verdrängung des Wettbewerbs mit der einhergehenden Schwächung des Breitbandausbaus.

Während die Betroffene in ihrem Antrag noch offen gelassen hat, in welcher Weise sie die „Verbindlichkeit“ der Investitionszusage sicherstellen will und welche Rechtsfolgen sich daran anknüpfen würden, wenn die „Verbindlichkeit“ nicht erfüllt wird, spekulierte die Betroffene in der öffentlichen mündlichen Verhandlung über den Abschluss eines „öffentlich-rechtlichen Vertrages“ mit der Bundesnetzagentur bezüglich der Investitionszusage. Details hierzu blieb sie aber ebenso schuldig wie die Frage nach den Rechtsfolgen einschließlich der wirtschaftlichen Konsequenzen, wenn dieser „öffentlich-rechtliche Vertrag“ durch die Betroffene nicht erfüllt werden sollte. Die tatsächliche Folge einer Exklusivität aufgrund einer vermeintlich verbindlichen Investitionszusage wäre jedenfalls, dass über mehrere Jahre Zugangsansprüche von TAL-Nachfrager ausgeschaltet worden wären. Diese nachteiligen Folgen für Zugangsnachfrager und den Wettbewerb insgesamt könnten auch durch Rechtsfolgen einer Zusagenverletzung nicht beseitigt werden.

Darum ist es im Grundsatz auch müßig, wie von der Telekom Deutschland in der öffentlichen-mündlichen Verhandlung vorgetragen, über eine Unterwerfung der Betroffenen unter die sofortige Vollstreckung (§ 61 VwVfG) zu spekulieren, da die „sofortige“ Vollstreckung (mit welchen Mitteln?) jedenfalls nicht „sofortig“ wäre, sondern zunächst zulassen würde, dass eine negative, nicht rückholbare Entwicklung bereits eingetreten ist.

In rechtlicher Sicht kommt der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages bereits deshalb nicht in Betracht, weil diese Handlungsform aufgrund des § 13 Abs. 5 TKG nicht zur Verfügung steht (Vertragsformverbot nach § 51 S. 1 VwVfG). Das Vertragsformverbot wird bereits allgemein für Beschlusskammerentscheidungen aus § 132 Abs. 1 Satz 2 TKG abgeleitet und der Verwaltungsakt als alleinige Handlungsform benannt:

„Allerdings hat der Gesetzgeber in § 132 Abs. 1 S. 2 ausdrücklich den Verwaltungsakt als alleinige Handlungsform benannt. Das Verwaltungsaktsformgebot und also

ein Vertragsformverbot rechtfertigt sich sachlich aus der justizähnlichen Ausgestaltung des Beschlusskammerverfahrens, das auf einseitig-verbindliche Entscheidungen ausgerichtet ist.“

Gurlit in BerlKomm TKG, 3. A., § 132 Rn. 29.

Die Regulierungsverfügung nach § 13 TKG muss als „Grundlagenverwaltungsakt“, der nicht nur die Rechte und Pflichten der Betroffenen, sondern insgesamt auch das Zugangsregime gegenüber den Nachfragern regelt, nach den Vorgaben des TKG einheitlich als Verwaltungsakt ergehen. Die Gesamtheit der in einer Regulierungsverfügung vereinigten Rechte und Verpflichtungen dürfen nach dem Modell des TKG nicht aufgespalten werden. Die Regulierungsverfügung adressiert auch die Zugangsnachfrager, wie dies etwa in § 13 Abs. 1 Satz 3 TKG durch die Formulierung bezüglich „den betroffenen Unternehmen“ zum Ausdruck kommt. Die Verwendung des Plurals im Gesetzestext ist kein „redaktionelles Versehen“ des Gesetzgebers, sondern die bewusste Festlegung, dass die Regulierungsverfügung mehrere Unternehmen „betrifft“:

„Betroffene Unternehmen sind neben dem Verpflichteten auch die Anspruchsberechtigten.“

Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 15/2316, S. 63.

Durch eine Aufspaltung der Regulierungsverfügung in einen Verwaltungsakt einerseits und einen öffentlich-rechtlichen Vertrag andererseits, an dem die zugangsberechtigten Unternehmen nicht beteiligt wären, würde auch deren Rechtsschutz unzulässig verkürzt. Der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen Telekom Deutschland und BNetzA im Hinblick auf die „Investitionszusage“ scheitert somit bereits an zwingenden gesetzlichen Vorgaben.

Fazit: Nur ein einheitlicher und langfristig vorhersehbarer Regulierungsansatz schafft Vertrauen für Investitionen

Der Telekom Deutschland gelingt es – dies haben andere interessierte Parteien bereits in ihren schriftlichen Stellungnahmen sowie in ihren Äußerungen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung hervorgehoben -, bereits durch ihre Antragstellungen zur Vectoring-Nutzung und vorliegend insbesondere durch die Forderung nach exklusiven Nutzungsmöglichkeiten, die Investoren von Wettbewerbsunternehmen zu verunsichern. Vordringliche Aufgabe der Regulierung ist es in dieser Situation, den Aspekt der Rechtssicherheit zu betonen und Garant dafür zu sein, dass sich Regulierungsgrundsätze nicht durch Lockangebote hinsichtlich Investitionszusagen und angeblicher Flächendeckung unterminieren lassen. Der Regulierungsgrundsatz der Vorhersehbarkeit der Regulierung (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG) würde massiv verletzt,

wenn es der Telekom Deutschland durch nicht durchsetzbare und nicht ausreichend sanktionierbare, aber angeblich verbindliche Investitionszusagen gelänge, sich vom Wettbewerbskonzept des TKG freizukaufen und TAL-Zugangsnachfrager in das – ohnehin derzeit völlig unzureichende Standardangebot eines L2-BSA – zu verdrängen.

Die „Begrüßung des Antrages“ und die Zusage einer ausführlichen Diskussion mit einer zügigen Entscheidung durch die Bundesnetzagentur (Erklärung Präsident Homann in der Pressemitteilung vom 24.02.2015) könnten Investoren zusätzlich versichern, die auf einen einheitlichen und langfristig vorhersehbaren Regulierungsansatz zählen. Das Bekenntnis von Präsident Homann in „faire und verlässliche Rahmenbedingungen“ für Investitionen (ebenfalls zitiert aus der Pressemitteilung vom 24.02.2015) kann daher nicht deutlich genug formuliert und wiederholt werden. Aus unserer Sicht stehen diese Rahmenbedingungen eindeutig gegen den Exklusivitätsanspruch in Form des Antrages der Telekom Deutschland.

In den TAL-Entgeltentscheidungen verweist die BNetzA - zu Recht - auf den in der NGA-Empfehlung betonten Aspekt der Rechtssicherheit als Grundlage für Investitionsentscheidungen und führt hierzu aus:

„Ferner ist in diesem Zusammenhang auch der im Erwägungsgrund 6 der NGA-Empfehlung betonte Aspekt der Rechtssicherheit zu beachten. Danach ist, wenn es darum geht, dass alle Betreiber effiziente Investitionen tätigen, Rechtssicherheit unabdingbar. Die dauerhafte Verfolgung eines einheitlichen Regulierungsansatzes ist wichtig, um den Investoren Vertrauen für die Gestaltung ihrer geschäftlichen Pläne zu geben. Dementsprechend hat die vorliegende Beibehaltung des seit Beginn der TAL-Regulierung, also seit mehr als zwölf Jahren, verfolgten Bruttowiederbeschaffungsansatzes auch eine auf den Vertrauensschutz zielende Dimension. Dritte Netzbetreiber sollen sich bei der Entscheidung für ihre langfristigen Investitionen darauf verlassen können, dass sich die Ertragsseite ihrer Investitionsrechnung jedenfalls nicht aufgrund regulatorischer Entscheidungen deutlich verschlechtert.“

(s. BK 3c-13/002, S. 41.)

Die im BUGLAS e.V. organisierten Telekommunikationsnetzbetreiber haben sich in der Vergangenheit bekanntlich stark für diesen Vertrauensschutzaspekt regulatorischer Entscheidungen eingesetzt, auch wenn dies – wie bei den TAL-Entgelten – zunächst dazu führt, dass Entgelte an die Telekom Deutschland zu zahlen sind, welche die tatsächlichen Kosten der Telekom Deutschland weit übersteigen. Die Bundesnetzagentur hatte bei ihren Entgeltentscheidungen stets ermittelt, dass die tatsächlichen Kosten der Telekom Deutschland weit unterhalb der regulatorisch anerkannten Kosten liegen, auf denen dann die zu zahlenden Entgelte der Zugangsnachfrager beruhen. Es wäre nun besonders frustrierend, wenn die von der BNetzA betonte dauerhafte Verfolgung eines einheitlichen Regulierungsansatzes gerade dann

in einer Situation aufgegeben würde, in der Lockangebote der Telekom Deutschland in Form vermeintlich verbindlicher Investitionszusagen oder Zusagen für flächendeckende Bandbreitenerhöhungen gemacht werden unter Inkaufnahme eines Wegfalls einheitlicher und langfristiger Regulierungsgrundsätze.

Die Folgen einer derartigen Regulierungsänderung wären aus unserer Sicht enorm. Sie reichen weit über die TAL-Zugangsnachfrage hinaus und betreffen insgesamt den wettbewerblichen Ausbau von Netzen der nächsten Generation.

Mit freundlichen Grüßen

Bundesverband Glasfaseranschluss e.V.

Wolfgang Heer
Geschäftsführer

Astrid Braken
Justitiarin