



Stellungnahme

Zum Konsultationsentwurf der Grundsätze zu Art, Umfang und Bedingungen des offenen Netzzugangs gemäß § 155 Abs. 4 TKG

Berlin, Februar 2023

Die Bundesnetzagentur soll nach § 155 Abs. 4 TKG i. V. m. § 155 Abs. 1 TKG Grundsätze über Art, Umfang und Bedingungen des Open Access im geförderten Breitbandausbau festlegen. Dabei hat sie Einvernehmen sowohl mit dem Bundesministerium für Digitales und Verkehr als auch mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz herzustellen.

BUGLAS bedankt sich für Gelegenheit zu kommentieren und nimmt diese gerne wahr. Soweit hier auf Randnummern (Rn.) und Fußnoten (Fn.) Bezug genommen wird, handelt es sich um solche der Breitbandleitlinien der EU-Kommission (im Folgenden Leitlinien). Andere Referenzierungen werden ausdrücklich genannt.

Die Stellungnahme enthält **keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse**.

Unsere Forderungen in Kürze

- Angemessene Berücksichtigung der Interessen des geförderten Unternehmens
- Verhältnismäßige Anforderungen durch vorgesehene Ausnahmeregelungen bei Vorleistungsprodukten
- Angemessene Fristen zum Bereithalten von Vertragsunterlagen und Angeboten von Open Access

I. Allgemeines

Nach Einschätzung des BUGLAS sind die vorgeschlagenen Grundsätze sehr Nachfragerorientiert. Der BUGLAS hält es für dringend erforderlich, dass die Bundesnetzagentur den von der EU-Kommission eingeräumten Raum für Differenzierungen nutzt. In Rn. 147 nennt die EU-Kommission ausdrücklich Differenzierungskriterien wie geringe Bevölkerungsdichte der betreffenden Gebiete, die Größe des Zielgebiets oder die Größe des Beihilfeempfängers. Gerade diese Kriterien sollen eine verhältnismäßige und im Einzelfall sachgerechte Anwendung ermöglichen.

Teilweise finden die Anforderungen der BNetzA an geförderte ausbauende Unternehmen keine hinreichende Stütze in den Leitlinien und schießen über das angemessene Maß hinaus, etwa bei den unangemessenen kurzen Zeit zum Vorlegen von Angeboten bzw. Vertragsunterlagen.

II. Entgelte für einen offenen diskriminierungsfreien Zugang

Die aktuelle Formulierung „sehen **drei Methoden zur Festlegung und Beurteilung solcher Preise** vor, die in folgender **Rangfolge** anzuwenden sind:“ lässt die Interpretation zu, dass alle drei Methoden kumulativ angewendet werden müssen.

Diese von der Bundesnetzagentur vorgesehene Rangfolge der Methoden zur Festlegung und Beurteilung solcher Preise und die zwingende kumulative Anwendung der Methoden ergibt sich weder aus den Leitlinien (vgl. Rn. 151) noch wird diese Rangfolge und deren parallele Anwendung seitens der Behörde begründet. Vielmehr verlangt die EU-Kommission in Rn. 151 der Leitlinien nur, „dass der Preis für jedes Vorleistungszugangs-Produkt **auf einer der folgenden** Benchmarks und Preisgestaltungsgrundsätze beruht“.

Hinsichtlich der zwingend vorgegebenen Reihenfolge liegt seitens der Bundesnetzagentur ein Begründungsausfall vor.

Nach Auffassung des BUGLAS wird die unberechtigte und unbegründete Rangfolge mit einer **undifferenzierten** Vergleichsmarktbetrachtung als zuvörderst heranzuziehende Methode in vielen Fällen zu einer Kostenunterdeckung zu Lasten des geförderten Unternehmens führen. Denn die sich aus einer Vergleichsmarktbetrachtung ergebenden Preise haben in einem Fördergebiet eben nicht zu einem im Wettbewerb getragenen Ausbau geführt, weil deren preislicher Anreiz dafür zu gering war, also keine Kostendeckung ermöglicht.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass eine zwingend zu beachtende Rangfolge der Methoden zu verzerrenden Ergebnissen führen kann. Denn soweit die Methode 2 (Regulierte Preise) oder Methode 3 (sektorspezifische Kostenorientierung) signifikant höhere zulässige Vorleistungspreise ergäbe als die Vergleichsmarktbetrachtung, würde das geförderte Unternehmen gezwungen, weniger oder sogar nicht auskömmliche Vorleistungspreise zu verlangen. Je niedriger der Vorleistungspreis, desto eher droht eine Kostenunterdeckung des geförderten, effizientem Unternehmens.

Die seitens der Bundesnetzagentur **zwingend vorgegebene, kumulative Anwendung** der Methoden führt zu einem ungerechtfertigten und nicht darstellbaren Aufwand für geförderte Unternehmen. Dies trifft vor allem auf kleinere und mittlere Unternehmen zu.

Andererseits müssen Vorleistungsentgelte diskriminierungsfrei, fair und angemessen sein und es dem Vorleistungsnachfrager ermöglichen, auf der Endkundenebene mit dem geförderten Netzbetreiber in den Wettbewerb zu treten.

Um diesem Maßstab gerecht zu werden, müssen auch die konkreten Endkundenpreise des geförderten Netzbetreibers in dem Fördergebiet Berücksichtigung finden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Marge zwischen den Endkundenpreisen und den Vorleistungspreisen des geförderten Netzbetreibers – unabhängig von dessen Kosten – so niedrig ist, dass kein Wettbewerb auf Endkundenebene möglich ist. Insofern muss die Bundesnetzagentur darauf einwirken, dass Zugangsnachfrager auf Basis der angebotenen Vorleistungsentgelte und der eigenen (effizienten) Kosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, die Endkundenpreise nachbilden („Nachbildbarkeit“) können. Anderenfalls könnte es zu einem strategisch motivierten Bieterverhalten bei Förderverfahren kommen: Finanzstarke, bundesweit agierende Unternehmen könnten geneigt sein, sehr hohe Pachtpreise zu bieten, um zunächst das Förderverfahren für sich zu entscheiden, und anschließend (im Verhältnis zu ihren

Endkundenpreisen) so hohe Vorleistungsentgelte aufzurufen, dass keinerlei Wettbewerb in dem geförderten Gebiet zu befürchten ist.

Weiter heißt es in dem Konsultationsentwurf zutreffend: „Mit der Schaffung vergleichbarer Entgelte wie in wettbewerbsintensiveren Gebieten soll erreicht werden, dass die staatliche Beihilfe Vorleistungsnachfragern und Endkunden gleichermaßen zugutekommen.“ Der Ansatz ist richtig, um die digitale Kluft zwischen Stadt und Land zu schließen.

Der BUGLAS fordert, dass die Bundesnetzagentur den Methoden zur Festlegung und Beurteilung solcher Preise den gleichen Rang einräumt, grundsätzlich im Hinblick auf Nachfrager und geförderte Unternehmen die Kosteneffizienz berücksichtigt sowie den Zwang zur parallelen Anwendung der Methoden aufgibt. Weder soll eine Kostenunterdeckung eines effizienten, geförderten Unternehmens eintreten noch sollen die Vorleistungsentgelte Wettbewerber abhalten.

BUGLAS geht davon aus, dass die Bundesnetzagentur bei der Festlegung der Vorleistungsentgelte die Nachbildbarkeit der Endkundenpreise des geförderten Netzbetreibers in dem jeweiligen Fördergebiet im Blick hat.

III. Ausnahmen von Vorleistungsprodukten

Die BNetzA unterlässt es, von der Kommission als zulässig erachtete Ausnahmen bei den Vorleistungsprodukten vorzusehen. Im Hinblick auf den unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erscheinen diese Ausnahmen aus Sicht des BUGLAS geboten, vgl. auch Fußnote 100 der Leitlinien. Nach Rn. 147 der Leitlinien „können die Mitgliedstaaten die Bereitstellung bestimmter Vorleistungszugangsprodukte davon abhängig machen, ob eine angemessene Nachfrage seitens eines Zugangsinteressenten besteht, sofern die Bereitstellung solcher Produkte die Investitionskosten unverhältnismäßig erhöhen würde, ohne dass sich daraus nennenswerte Vorteile in Form eines erhöhten Wettbewerbs ergeben. Sinnvolle Kriterien aus Sicht der Kommission sind unter anderem geringe Bevölkerungsdichte der betreffenden Gebiete, die Größe des Zielgebiets oder die Größe des Beihilfeempfängers, vgl. Rn. 148. Zudem stellt die EU-Kommission klar, dass „in Anbetracht der Merkmale des jeweiligen Falls und der allgemeinen Abwägungsprüfung andere Voraussetzungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung“ akzeptabel sind, s. Fn. 100.

Nach Auffassung des BUGLAS sind hier mehrere Optionen und deren Kombination sinnvoll:

Je geringer die Bevölkerungsdichte und/oder je kleiner das Zielgebiet und/oder je kleiner der Beihilfeempfänger, desto eher sollte eine Mindestabnahme an Vorleistungsprodukten durch den Zugangsnachfrager vorgesehen werden können. Diese Mindestabnahmequote sollte umso höher sein, wenn mehr als eines der Kriterien (Bevölkerungsdichte/Größe Zielgebiet/Größe Beihilfeempfänger) im unteren Bereich liegt. Liegen alle drei vorgenannten Kriterien im unteren Bereich, sollte die Mindestabnahmequote noch höher sein.

IV. Zugangsverhandlungen - Fristen zum Bereithalten von Vertragsunterlagen

Bei vielen Fördergebieten kommt es häufig vor, dass kein einziges Unternehmen einen offenen Netzzugang zur geförderten Infrastruktur begehrt. Vor diesem Hintergrund sind die von der Bundesnetzagentur genannten Fristen ungerechtfertigt. Zudem finden diese unangemessen kurzen Fristen keine Stütze in den Leitlinien noch sind sie begründet.

Die Bundesnetzagentur überträgt die Wertung des § 28 TKG hinsichtlich der zeitlichen Vorgaben eins zu eins auf gefördert ausbauende Unternehmen. Indes bezieht sich § 28 auf ein marktmächtiges Unternehmen, dessen Marktmacht in einem festgelegten Verfahren aufwendig (sachliche räumliche Marktabgrenzung und Marktdefinition) festgestellt wurde. Eine solche Wertungsübertragung von marktmächtigen auf gefördert ausbauende Unternehmen halten wir in dieser Pauschalität für unzulässig, da zu undifferenziert. Außerdem begründet die Bundesnetzagentur ihre analoge Anwendung des § 28 TKG nicht.

Vielmehr sollte die Bundesnetzagentur anhand geeigneter sachlicher Kriterien einen Grundsatz aufstellen, der einen interessengerechten Ausgleich zwischen Nachfrager und gefördertem Unternehmen ermöglicht.

Weiter ist nicht nachvollziehbar, weshalb die BNetzA für das Bereithalten-Müssen eines Angebots auf den Zeitpunkt *-3 Monate nach Vertragsschluss beim geförderten Unternehmen und Fördermittel-Empfänger-* abstellt. Die tatsächliche Inbetriebnahme des geförderten Netzes wird regelmäßig zu **einem deutlich späteren** Zeitpunkt erfolgen. Aus Sicht des BUGLAS ist auf einen Zeitpunkt vor der Inbetriebnahme des Netzes zu rekurrieren, der ein zeitgleiches In-Wettbewerb-Treten des Zugangsnachfragers mit dem geförderten Unternehmen ermöglicht. In Rn. 130 der Leitlinien verlangt die EU-Kommission lediglich, dass der geförderte Netzbetreiber „mindestens sechs Monate vor der Einführung seiner Endkundendienste“ dem Nachfrager Zugang gewährt.

Wolfgang Heer

Geschäftsführer

Nicolas Goß

Leiter Recht & Regulierung

Über den BUGLAS

Der BUGLAS vertritt mehr als 160 Unternehmen, die in Deutschland den Ausbau von Glasfasernetzen (Fiber to the Building/Home, FttB/H) vorantreiben. Dazu zählen ausbauende Unternehmen, Netzbetreiber und Ausrüster. Unsere Mitgliedsunternehmen versorgen über 70 Prozent aller Glasfaserkunden in Deutschland mit nachhaltiger digitaler Infrastruktur. Der BUGLAS setzt sich für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfasernetzen ein und spricht sich für investitionsfreundliche Rahmenbedingungen aus, in denen FttB/H-Geschäftsmodelle erfolgreich realisiert werden können.