

Stellungnahme des Bundesverbands Breitbandkommunikation e.V. (BREKO) zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landtages von Nordrhein-Westfalen am 24.02.2016

Antrag der Fraktion der PIRATEN

Vectoring-Monopol der Deutschen Telekom verhindern!

Der Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. (BREKO) repräsentiert den Großteil der deutschen Festnetz Wettbewerber. Seine Mitglieder vermarkten ihre Produkte vielfach auf Basis eigener Infrastruktur in Kombination mit dem entbündelten Teilnehmeranschluss (TAL) der Deutschen Telekom; immer stärker bieten sie aber auch eigene hochleistungsfähige Glasfaseranschlüsse bis direkt zum Kunden (FTTB / FTTH) an.

Seit seiner Gründung im Jahre 1999 tritt der BREKO erfolgreich für den Infrastrukturwettbewerb im deutschen Telekommunikationsmarkt ein. Die gut 230 BREKO-Unternehmen, darunter mehr als 130 City- und Regionalcarrier sowie Stadtwerke, versorgen sowohl Ballungsräume als auch ländliche Gebiete, die „weißen Flecken“, mit hochleistungsfähigen Glasfaseranschlüssen. Dazu haben sie im Jahr 2014 gut 1,7 Mrd. Euro investiert und dabei einen Umsatz in Höhe von fast 8 Mrd. Euro erwirtschaftet. Damit leisten die BREKO-Unternehmen einen maßgeblichen Beitrag zum flächendeckenden Glasfaserausbau sowie zur Erreichung der Breitbandziele der Bundesregierung.

Auch weiterhin sind die BREKO-Unternehmen zu Investitionen bereit. Vor diesem Hintergrund tritt der BREKO für verlässliche gesetzliche und regulatorische Rahmenbedingungen ein, dazu gehören beispielsweise eine angemessene Regulierung von Vorleistungen und eine einheitliche Regulierung im gesamten Bundesgebiet. Der BREKO ist zudem maßgeblich an der Entwicklung von Open Access-Geschäftsmodellen beteiligt, bei denen die unternehmerische Freiheit bei der Ausgestaltung einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung an Dritte im Vordergrund steht.

Am 23.11.2015 hat die Bundesnetzagentur ihren Konsultationsentwurf im Verfahren zum Einsatz von Vectoring im HVt-Nahbereich (BK 3-15/004) veröffentlicht. Wir nehmen im Folgenden, bezugnehmend auf den Antrag der PIRATEN vom 24.11.2015 (Drucksache 16/10299), eine Bewertung des Entscheidungsentwurfs vor.

Das Konzept der Bundesnetzagentur sieht vor, dass grundsätzlich die Telekom das exklusive Recht zum Einsatz von Vectoring im HVt-Nahbereich (Radius von 550m um die 7904 Hauptverteiler-Standorte) erhält. Damit werden die Wettbewerber im Grundsatz nicht nur vom Vectoring Einsatz an den Kabelverzweigern (KVz) im HVt-Nahbereich ausgeschlossen, sondern dürfen – anders als bisher – auch von den HVt ihre Kunden nicht mehr mit VDSL-Technik versorgen.

Der Beschlussentwurf sieht nur in eng begrenzten Ausnahmefällen die Möglichkeit vor, dass ein Wettbewerber den HVt-Nahbereich selbst mit Vectoring erschließen kann, jedoch setzt die

Bundesnetzagentur für die Wettbewerber – anders als für die Telekom – hier sehr hohe Hürden an, so dass diese Ausnahmeregelungen in der Praxis kaum zur Geltung kommen werden.

1. Das Konzept des Konsultationsentwurfs führt zur Remonopolisierung der Infrastruktur

Im Ergebnis und in der praktischen Anwendung würde das Konzept der Bundesnetzagentur daher zu einer Remonopolisierung der Infrastruktur führen und den Infrastrukturwettbewerb in erheblichem Maße einschränken. Dabei würde der Infrastrukturwettbewerb nicht nur dadurch erheblich beeinträchtigt, dass die Nutzung von VDSL und Vectoring als zentraler Zwischenschritt zu einem weiteren FTTB/FTTH-Ausbau entfiel und die Wettbewerber zum Teil sogar ihre bisherige Infrastruktur zurückbauen müssten.

2. Vectoring im Nahbereich erschwert bzw. verhindert FTTB/FTTH-Engagements

Auch die Geschäftsmodelle von Unternehmen, die direkt FTTB/FTTH-Netze bis in die Gebäude bzw. Wohnungen ausbauen, würden im Zuge einer solchen Entscheidung negativ beeinflusst. Gerade die überwiegend innerstädtisch gelegenen HVT-Nahbereiche sind wegen der Verdichtung von Wohn- und Gewerbeeinheiten prädestiniert für einen FTTB/H-Ausbau, übrigens auch durch die Telekom selbst. Wegen der günstigen Relation der FTTB/FTTH-Investitionen zu den damit erreichbaren Kunden können FTTB/FTTH ausbauende Unternehmen hier plausible Business-Cases entwickeln und in einem überschaubaren Zeitraum den Cashflow generieren, der dann weitergehende Ausbauengagements erlaubt. Viele FTTB/FTTH ausbauende Unternehmen arbeiten daher mit Mischkalkulationen, bei denen die relativ günstige Erschließung der Nahbereiche auch den Glasfaserausbau in schwieriger zu erschließenden Randbereichen erlaubt. Durften diese Unternehmen nach der ersten Vectoringentscheidung davon ausgehen, dass die Nahbereiche nicht parallel mit Vectoring erschlossen und überbaut werden dürfen, ändern sich die Rahmenbedingungen durch den nunmehr vorgestellten Entscheidungsentwurf der BNetzA fundamental. Die FTTB/FTTH ausbauenden Unternehmen müssen nun nicht nur damit rechnen, dass ihre bereits getätigten oder für die Zukunft geplanten Investitionen in den Nahbereichen von der Telekom mit Vectoring überbaut werden. Vielmehr wird die Telekom durch eine entscheidungserhebliche Berücksichtigung ihrer Investitionszusage sogar dazu verpflichtet, bestehende FTTB/FTTH-Infrastrukturen zu überbauen, auch wenn dies im Ergebnis für alle Beteiligten unwirtschaftlich wäre.

Damit entfernt sich die Regulierungsentscheidung ganz eindeutig vom Regulierungsgrundsatz der Förderung effizienter Investitionen und Innovationen in neue Infrastrukturen. Das im Konsultationsentwurf vorgesehene Konzept verhindert daher nicht nur Vectoringinvestitionen der Wettbewerber, sondern verändert auch die Bedingungen für FTTB/FTTH-Engagements – in die die Telekom praktisch nicht investiert – nachteilig. Dies würde an den FTTB/FTTH-Investitionsvolumina sehr bald sichtbar werden.

3. Vectoring im Nahbereich leistet keinen nennenswerten Beitrag zu den Breitbandzielen der Bundesregierung

Die Bundesnetzagentur führt im Konsultationsentwurf selbst aus, dass nach ihren Ermittlungen lediglich 1,4 Mio. Anschlüsse, also knapp 22 % der Anschlüsse im Nahbereich und weniger als 4 % der Anschlüsse auf das gesamte Bundesgebiet gerechnet, durch den Nahbereichsausbaue erstmalig mit 50 Mbit/s versorgt werden können, während 72 % der Anschlüsse im Nahbereich über Kabel, FTTB/H und VDSL vom HVT bereits mit min. 50 Mbit/s versorgt sind (S.132/133 des Konsultationsentwurfs). Da sich die Hauptverteiler überwiegend in städtischen und halbstädtischen Gebieten befinden, ermittelt die Beschlusskammer für den ländlichen Raum sogar nur für rund 420.000 Anschlüsse eine über Vectoring im Nahbereich zu erreichende NGA-Versorgung. Der Regulierer wertet diesen eher überschaubaren Effekt eines Nahbereichsausbaus allerdings überraschenderweise als erhebliche Verbesserung der NGA-Versorgung, und damit zugunsten des Telekom-Antrags. Der Entwurf setzt sich aber bislang nicht damit auseinander, welcher Ausbaueffekt im gleichen Zeitraum durch eine Entscheidung zu erzielen wäre, die die Nahbereiche für FTTB/H-Investitionen vorbehält und im Übrigen VDSL/Vectoring-Investition in Regionen außerhalb der Nahbereiche lenkt. Das wäre dann allerdings tatsächlich der „Nettoeffekt“, den die Beschlusskammer hier ausschließlich - und damit verkürzt - unter dem Gesichtspunkt des angekündigten Ausbaus der Telekom prüft.

Zudem ist die „Investitionszusage“ der Telekom auch nicht umfassend. So sind Nahbereich-KVz, an die weniger als 50 Teilnehmeranschlüsse angebunden sind, praktisch von der „Ausbauzusage“ ausgeschlossen. Auch mit Blick auf Nahbereichs-KVz mit mehr als 50 Teilnehmeranschlüssen gibt es Einschränkungen hinsichtlich der Zielbandbreite, wenn diese über ein sog. „SOL-Konzept“¹ (also mit Kupfer) an das Multifunktionsgehäuse angebunden werden.

Hinzukommt, dass die Bundesnetzagentur selbst ausführt, dass für nur 90% der im jeweiligen Nahbereich mit Vectoring-Technik ausgebauten Anschlüsse Bandbreiten von min. 50Mbit/s verfügbar sein müssen. Dies spricht dafür, dass bisher unterversorgte Gebiete auch nach einem Vectoring-Komplettausbaue unterversorgt bleiben.

Bezüglich des tatsächlichen Versorgungseffekts der „Ausbauzusage“ der Telekom sind die Recherchen der zuständigen Beschlusskammer zwar richtig, die daraus gezogenen Schlussfolgerungen aber nicht plausibel und die Abwägung unzureichend.

4. Kompromissvorschlag der Wettbewerber wird nicht berücksichtigt

Der Entwurf setzt sich darüber hinaus bislang an keiner Stelle mit dem Vorschlag des BREKO auseinander, die Nahbereiche anhand von Dämpfungswerten so zu verkleinern, dass die bereits mit mindestens 50 Mbit/s versorgten Bereiche (immerhin 72 % der Haushalte im Nahbereich) für einen Vectoringseinsatz außer Betracht bleiben, Vectoring also auf die unterversorgten Gebiete beschränkt

¹ SOL steht für „Strategic Outdoor Location“, d.h. die Verkehre mehrerer KVz werden über Kupferleitungen an ein zentral gelegenes Multifunktionsgehäuse (MFG) zusammengeführt und von da aus mit Glas weiter zum HVT bzw. ins Backbonenetze geleitet.

bleibt. Die entfernungsabhängige (550m)-Regelung ist einseitig von der Telekom gesetzt und technisch weder begründet noch von der BNetzA überprüft. Es handelt sich um eine reine „worst-case-Betrachtung“.

Der von uns vorgelegte Kompromissvorschlag berücksichtigt die Spruchpraxis der Beschlusskammer in anderen Verfahren (z.B. zum Schaltverteiler oder zur erweiterten Nutzung der KVz, BK-3-14/018), wonach eine besondere regulatorische Maßnahmen rechtfertigende Unterversorgung nicht nach Längenabstände, sondern nach Dämpfungswerten definiert wird.

Durch einen solchen Ansatz wäre die Eingriffsintensität in die Rechte und unternehmerische Freiheit der Wettbewerbsunternehmen deutlich geringer gewesen, so dass durch eine fehlende Auseinandersetzung mit dem Kompromissvorschlag der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als verletzt anzusehen und von einem weiteren Abwägungsfehler auszugehen wäre.

5. Berücksichtigung von Investitionszusagen gefährdet Neutralität des Regulierers

Trotz des oben beschriebenen sehr beschränkten Effekts der „Investitionszusage“ der Telekom auf eine Verbesserung der NGA-Versorgung und die „Breitbandziele 2018“ sowie dem Umstand, dass die Telekom bisher lediglich einen nicht unterzeichneten Entwurf ihrer „Zusage“ vorgelegt hat, berücksichtigt die Bundesnetzagentur diese „Zusage“ des regulierten Unternehmens in entscheidungserheblicher Weise (S.137/139 des Konsultationsentwurfs). Wenn dem regulierten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet wird, Regulierungsaufgaben durch eine „Investitionszusage“ abzuwenden oder abzumildern, so würde das im Ergebnis zur „Handelbarkeit von Regulierung“ führen. Eine solche „Handelbarkeit von Regulierung“ ist aber weder im TKG noch in den europarechtlichen Rechtsgrundlagen vorgesehen und im bestehenden Konzept der Marktregulierung auch systemwidrig.

Insgesamt verlässt die Bundesnetzagentur durch die Berücksichtigung von Investitionszusagen der Marktteilnehmer – und insbesondere eines regulierten Unternehmens - im Rahmen einer Regulierungsentscheidung die ihr gesetzlich zugedachte Schiedsrichterrolle und verletzt die gebotene Neutralität. Faktisch wird damit die angekündigte Investition des regulierten Unternehmens in einen Deregulierungskontext gestellt und den tatsächlichen Investitionen der Wettbewerber vorgezogen.

Es sei darauf hingewiesen, dass inzwischen auch eine Reihe von Mitgliedsunternehmen des BREKO eigene Ausbauzusagen gegenüber der Bundesnetzagentur abgegeben haben.

Allerdings irritiert die asymmetrische Betrachtung des Regulierers auch an dieser Stelle. Während die Telekom ihre eigenen „Ausbauzusagen“ für Vectoring im Einzelfall auch durch einen höherwertigen FTTB/FTTH-Ausbau erfüllen kann, ist bislang im Entwurf nicht erkennbar, dass dann folgerichtig auch Zusagen der Wettbewerber für einen FTTB/FTTH-Ausbau zu deren Gunsten berücksichtigt werden müssen.

Weiter behält sich die Telekom vor, ihre Ausbaupflichtung auch durch die Anmietung bereits verlegter Glasfasern Dritter erfüllen zu können. (vgl. § 3 Abs.4 der „Ausbauzusagen“ der Telekom).

Dies würde zu dem inakzeptablen Ergebnis führen, dass die höherwertige Infrastruktur der Wettbewerber im Rahmen der vom Regulierer vorzunehmenden Abwägung zwar keine Berücksichtigung zu deren Gunsten fände, aber dann andererseits dazu beitragen würde, die entscheidungserhebliche „Ausbauzusage“ der Telekom zu erfüllen.

Die von der Telekom (inzwischen überarbeitete) Vertragsstrafenregelung für den Fall des nicht fristgemäßen Ausbau von KVz, ist aufgrund der geringen Höhe (3500 EUR je KVz) nicht geeignet, die Telekom tatsächlich zur Einhaltung der Investitionszusage anzuhalten. Im Übrigen ist über die Vertragsstrafe hinaus keine weitere Sanktionsregelung vorgesehen, die die Telekom auch bei mehrmaligem verstreichen der Ausbaufrist zu einem Ausbau verpflichten würde bzw. dazu führt, dass das Ausbaurecht verwirkt wurde.

Schließlich ist anzumerken, dass die Investitionszusagen der Wettbewerber bis spätestens 31.05.2016 vorliegen müssen, während es für die „Ausbauzusage“ der Telekom keine Frist vorgesehen ist. Bislang ist im Entwurf trotz der Ausführungen auf S.137 ff. des Konsultationsentwurfs auch nicht, plausibel erläutert, in welcher Weise eine einseitige Ausbauerklärung der Telekom – selbst wenn sie eines Tages von dieser unterzeichnet werden sollte – rechtlich verbindlich werden soll.

Der Regulierer führt zur Begründung im Wesentlichen aus, die Telekom müsse jederzeit mit einer entsprechenden Annahmeerklärung rechnen, durch die eine Verbindlichkeit hergestellt werden und der Sanktionsmechanismus ausgelöst werden könne (S.137 f.). Solange aber eine Annahmeerklärung – durch die die BNetzA endgültig vom Schiedsrichter zum Mitspieler werden würde – nicht erfolgt, kann die Telekom jederzeit und ohne weitere rechtliche Nachteile von ihrer „Zusage“ zurücktreten. Eine einseitige „Verpflichtungserklärung“ ist eben kein Vertrag. Dass die Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang den möglichen „Reputationsschaden in der Öffentlichkeit“ zur Begründung einer hinreichenden Verbindlichkeit anführt (S.137) ist rechtlich in keiner Weise belastbar.

6. Diskriminierende und asymmetrische Ausgestaltung der Regelungen zur Kündigungsabwendung

Wie bereits einleitend erwähnt, geht der Konsultationsentwurf grundsätzlich von einem Exklusivrecht der Telekom zur Vectoringnutzung im Nahbereich aus. Die Bedingungen, unter denen der TAL-Nachfrager im Einzelfall eine Kündigung am HVT abwenden und selbst Vectoring im Nahbereich ausbauen kann, sind demgegenüber asymmetrisch und diskriminierend ausgestaltet. Dies ist auch die Einschätzung der Monopolkommission anlässlich der Veröffentlichung ihres aktuellen Sondergutachtens.

Auch werden die Prinzipien der Vectoring-1-Entscheidung an mehreren Stellen revidiert, was die notwendige Rechts- und Planungssicherheit (rückwirkend) untergräbt.

➤ Zugangsnachfrager müssen per 23.11. im HVT-Anschlussbereich (ASB) die absolute Mehrheit der KVZ außerhalb des Nahbereichs mit „DSL-Technik“ erschlossen haben, um die Kündigung von VDSL am HVT abzuwenden. Bei einem „Unentschieden“ und selbst bei einer relativen Mehrheit der erschlossenen KVZ zugunsten der Wettbewerber, geht das

Ausbaurecht für den betreffenden Nahbereich an die Telekom. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung ist der Begründung des Beschlussentwurfs nicht zu entnehmen.

➤ Bei der Betrachtung des Bestandsausbaus zur Abwendung einer Kündigung wird nur der DSL-Ausbau im HVT-Anschlussbereich einbezogen, nicht aber eine bereits vorgenommene Erschließung mit FTTB/FTTH (siehe schon oben unter 5.).

➤ Der Stichtag 23.11. berücksichtigt nicht die bereits in die Vectoringliste für einen Ausbau vorgesehenen KVZ mit einem Fertigstellungstermin nach dem 23.11. Damit werden Unternehmen benachteiligt, deren Ausbaustrategie nach den Spielregeln der „Vectoring-1-Entscheidung“ (zulässigerweise) längerfristig ausgerichtet war, z.B. großflächigere Erschließung in einem längerem Zeitraum. Insgesamt ist es unter Rechtsstaatsgesichtspunkten höchst problematisch mitten im Spiel die Regeln zu ändern. Durch das – erstmals im Rahmen des Eilverfahrens genannte - Erfordernis einer absoluten Mehrheit der durch Wettbewerber erschlossenen KVz zur Kündigungsabwendung wird der Effekt der Stichtagsregelung noch verschärft, da bei einer absoluten Betrachtung in der Regel mehr KVz zum Stichtag von den Wettbewerbern erschlossen sein mussten, als bei der ursprünglichen relativen Betrachtung.

➤ Während die Telekom die Nahbereichs-KVz bis zum 31.12.2018 ausbauen muss (und sich in ihrer „Ausbauzusage“ hierzu noch „Weichmacher“ vorbehält), müssen die Zugangsnachfrager den Nahbereichsausbaubereits bis Ende 2017 abgeschlossen haben, um die Kündigung abzuwenden.

➤ Die 641 HVT, denen kein Nahbereichs-KVz zugeordnet ist, darf die Telekom - quasi „kampflos“- exklusiv mit Vectoring ausbauen, ohne dass ein Zugangsnachfrager die Zugangsverweigerung / Kündigung abwenden könnte. Hierin liegt ein weiteres diskriminierendes Element des Konsultationsentwurfs.

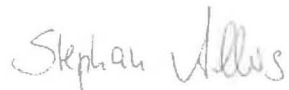
➤ Die aus der eigenen Infrastruktur gedrängten Wettbewerber sollen auf ein VULA-Vorleistungsprodukt (virtuelles Vorleistungsprodukt) migriert werden, von dem heute noch niemand abschätzen kann, wie ein solches Produkt technisch und preislich ausgestaltet ist und wann ein solches Produkt verfügbar sein wird. Im Übrigen ist das Angebot eines VULA-Produkts -wie der jetzige

Entwurf es vorsieht - unzulänglich, da es nur für EINEN Nachfrager zur Verfügung gestellt werden muss und die Telekom diese Vorleistung – abweichend vom Grundsatz, dass das Substitutionsprodukt dort verfügbar sein muss, wo die Verdrängung aus der Entbündelung erfolgt – nicht am HVT anbieten muss. Richtigerweise wäre ein VULA-Zugang der Telekom als Substitut zur physischen Entbündelung am KVz und am HVT anzubieten, weil bei einer Gesamtbetrachtung der Vectoringregulierung („Vectoring 1 und 2“) die Verdrängung der Entbündelung an beiden Zugangspunkten erfolgt. Es ist aber unter dem Gesichtspunkt einer Enteignung höchst kritisch und dem verdrängten Entbündelungsnachfrager auch nicht zuzumuten, seine Infrastruktur entweder zwangsweise zum KVz hin auszubauen oder zum Layer-2-Bitstromzugangspunkt zurückzubauen, um in den Genuss des Ersatzproduktes zu kommen.

Abschließend plädieren wir für eine ausgewogene, investitionsfreundliche und verhältnismäßige Entscheidung der Bundesnetzagentur, die nicht zu einer Bevorteilung eines einzelnen Unternehmens

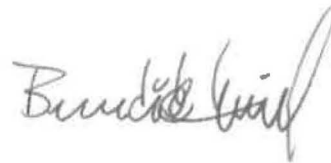
führt sondern die Interessen aller am Markt tätigen TK-Unternehmen berücksichtigt. Nur eine im Sinne des Wettbewerbs ausgestaltete Entscheidung schafft die richtigen Rahmenbedingungen für eine Verbesserung der Breitbandversorgung in Deutschland.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Stephan Albers

Geschäftsführer



Benedikt Kind

Leiter Recht & Regulierung