



NetCologne GmbH | Am Coloneum 9 | 50829 Köln

Bundesnetzagentur  
Dienststelle 114b  
Postfach 80 01  
53105 Bonn

Per E-Mail: [114-postfach@bnetza.de](mailto:114-postfach@bnetza.de)

RA Patrick Helmes  
Bereichsleiter  
Kommunikation & Recht  
Tel 0221 22 22 - 128  
Fax 0221 22 22 - 5255  
[phelmes@netcologne.de](mailto:phelmes@netcologne.de)

RAin Romy Förster  
Abteilungsleiterin  
Recht & Regulierung  
Tel 0221 22 22 - 819  
Fax 0221 22 22 - 5255  
[rfoerster@netcologne.de](mailto:rfoerster@netcologne.de)

12. Dezember 2014

BK1-14/001

Konsultationsentwurf nach § 12 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz (TKG) im Bereich des für Massenmarktprodukte auf der Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellten Zugangs (Bitstromzugang/Markt Nr. 3b der neuen Märkteempfehlung (2014))

*Diese Stellungnahme enthält KEINE Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse*

Sehr geehrter Herr Präsident Homann,  
sehr geehrter Herr Vizepräsident Dr. Eschweiler,  
sehr geehrter Herr Vizepräsident Franke,

NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH nimmt zum o.g. Konsultationsentwurf wie folgt Stellung. Unsere Stellungnahme entspricht in überwiegenden Teilen derjenigen des BUGLAS e.V., dem wir als Mitgliedsunternehmen angehören. Ergänzend hierzu haben wir unter Gliederungspunkt 6. aus Sicht des geographischen Tätigkeitsgebietes der NetCologne GmbH diese Stellungnahme erweitert.

#### Vorbemerkung

Der auf der neuen Märkteempfehlung 2014 basierende Konsultationsentwurf einer Marktdefinition und Marktanalyse des Vorleistungsmarktes Nr. 3b (Bitstromzugang) wird durch den geplanten Einstieg in eine subnationale Marktabgrenzung für Vorleistungsprodukte der Telekom Deutschland GmbH geprägt. Dies ist in der Vorleistungsregulierung der BNetzA unter dem System der Marktregulierung der §§ 9 ff. TKG ein Novum und bedarf der besonderen Würdigung. Unsere Stellungnahme versucht - ohne Vorab-Ablehnung dieses Ansatzes - eine Analyse und sachliche Auseinandersetzung.

Zunächst gilt: Die Prüfung einer subnationalen Marktabgrenzung ist grundsätzlich berechtigt. Sie ist auch rechtlich erforderlich, weil Märkte nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht des GWB und nach dem sektorspezifischen Wettbewerbsrecht des TKG entsprechend dem Bedarfsmarktconcept immer sachlich und räumlich abzugrenzen sind. Nach dem Regulierungsgrundsatz gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 5 TKG sind die vielfältigen Bedingungen in Zusammenhang mit Wettbewerb und Verbrauchern, die in den verschiedenen geographischen Gebieten innerhalb



der Bundesrepublik Deutschland herrschen, gebührend zu berücksichtigen. Regulatorische Vorabverpflichtungen sollen nur dann auferlegt werden, wenn es keinen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb gibt; sie sind zu lockern oder aufzuheben, sobald es einen solchen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb gibt (§ 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG).

Bezüglich des Layer-3-Bitstromzugangsmarkts nimmt der Konsultationsentwurf einen subnationalen Markt dadurch an, dass er das Bundesgebiet mit Ausnahme von 15 genannten Großstädten als räumlich relevanten Markt abgrenzt. Die genannten, nicht mehr dem räumlich relevanten Markt angehörigen Großstädte, verteilen sich über 11 Bundesländer mit einem Schwerpunkt in Nordrhein-Westfalen. Die Großstädte (nach der Definition sind dies Städte über 100.000 Einwohner) haben erheblich unterschiedliche Einwohnerzahlen. Von den 4 Millionenstädten in der Bundesrepublik Deutschland gehört lediglich Köln zu den im Konsultationsentwurf genannten 15 Großstädten, die künftig nicht mehr dem räumlich relevanten Markt angehören sollen. Dagegen gehören Reutlingen und Bremerhaven mit je ca. 112.000 Einwohnern, Bottrop und Recklinghausen mit je ca. 117.000 Einwohnern, Pforzheim mit ca. 120.000 Einwohnern und Leverkusen mit ca. 162.000 Einwohnern nach dem Konsultationsentwurf zur Liste der 15 Großstädte und somit nicht mehr zum definierten subnationalen Markt.

Hinsichtlich der in unserer Stellungnahme genannten Punkte halten wir den Konsultationsentwurf nicht für überzeugend und schlagen einen anderen Angang vor. Wir betonen, dass aus unserer Sicht die nachfolgend genannten Punkte nicht als Fundamentalopposition gegen eine Marktabgrenzung von subnationalen Märkten zu verstehen sind. Auch in der Stellungnahme des BUGLAS zum Konsultationsentwurf nach §§ 12 Abs. 1 TKG i.V.m. § 15a Abs. 3 TKG für eine Verwaltungsvorschrift der BNetzA zu den Grundlagen der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung gemäß § 15a Abs. 1 TKG vom 20.03.2014 (dokumentiert im Amtsblatt BNetzA vom 21.05.2014, S. 1127 ff.) wurde eine Prüfung regionaler Besonderheiten begrüßt. Allerdings wies BUGLAS darauf hin, dass die Marktgegebenheiten dahingehend zu beobachten sind, ob die Entwicklung wettbewerblicher Strukturen sich als nachhaltig erweist, damit künftig von funktionierendem Wettbewerb ausgegangen werden kann. Gewarnt wurde vor den möglichen Folgen einer übereilten Festlegung regionaler Märkte, die einen wettbewerblichen Ausbau des Infrastrukturwettbewerbs über den Zwischenschritt von Vorleistungsprodukten zum Erliegen bringen könnte.

### **Stellungnahme im Einzelnen**

#### **1 Mangelnde Integration des Konsultationsentwurfs zu Markt 3b in ein einheitliches Regulierungskonzept (§ 15a Abs. 1 TKG)**

Im Amtsblatt der BNetzA vom 15. Januar 2014 wurde ein Konsultationsentwurf einer Verwaltungsvorschrift gemäß § 15a Abs. 1 TKG veröffentlicht, der die Grundlagen der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung, der Berücksichtigung der Ziele und Grundsätze der Regulierung, des Drei-Kriterien-Tests sowie der Prüfung von beträchtlicher Marktmacht der Festlegungen der Präsidentenkammer gemäß § 132 Abs. 4 i.V.m. §§ 10, 11 TKG als Regulierungskonzept festlegen sollte. Die Verwaltungsvorschrift gem. § 15a Abs. 1 TKG sollte nach der Einleitung dieses Entwurfs das künftige Behördenhandeln strukturieren. Die Verwaltungsvorschrift sollte eine gewisse Selbstbindung der Bundesnetzagentur in ihrer Regulierungspraxis bewirken.

Zum Entwurf der Verwaltungsvorschrift konnten interessierte Parteien innerhalb eines Monats Stellung nehmen. Hierzu sind insgesamt sechs Stellungnahmen eingegangen, die im Amtsblatt der BNetzA vom 21.5.2014 dokumentiert sind. Die Branchenverbände BUGLAS und BREKO haben zum Konsultationsentwurf namens ihrer Mitgliedsunternehmen Stellung genommen. Auch die Deutsche Telekom AG hat sich mit dem Konsultationsentwurf kritisch auseinandergesetzt.

Bisher wurde - ausweislich einer fehlenden weiteren Amtsblattveröffentlichung - das Verfahren zum Erlass einer Verwaltungsvorschrift nach § 15a Abs. 1 TKG bezüglich einheitlicher Regulierungskonzepte zur grundsätzlichen Herangehensweisen und Methoden für die Marktdefinition, die Marktanalyse und die Regulierungsverfügungen von



der BNetzA nicht zu Ende geführt. Die Intention des Gesetzgebers, durch Regulierungskonzepte gem. § 15a Abs. 1 TKG den Regulierungsgrundsatz gem. § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG die „Vorhersehbarkeit der Regulierung“ zu fördern wurde somit bezüglich der Herangehensweisen und Methoden für die Marktabgrenzung bisher nicht erfüllt.

Ein Vergleich der Texte - Entwurf einer Verwaltungsvorschrift nach § 15a Abs. 1 TKG einerseits mit dem Konsultationsentwurf Markt 3b andererseits - zeigen deutliche Unterschiede in der Herangehensweise der Marktabgrenzung:

- Der Entwurf einer Verwaltungsvorschrift nach § 15a Abs. 1 TKG bezüglich der Marktabgrenzung betont, dass es auf die Verhältnisse des konkret zu betrachtenden Marktes ankommt. Bei einem Vorleistungsmarkt sind somit die Wettbewerbskräfte auf diesem Vorleistungs(produkt)markt zu ermitteln:

*„Mit der Abgrenzung eines Markts in sachlich-räumlicher Hinsicht soll ermittelt werden, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen. In den Marktanalyseleitlinien wird dies dahingehend präzisiert, dass die Abgrenzung sachlich und räumlich relevanter Märkte abhängig von den Wettbewerbskräften ist, die das Preisverhalten der jeweiligen Hersteller oder Dienstleistungserbringer eines bestimmten Produkts beeinflussen können. Bei der Beurteilung des Marktverhaltens sind zum einen die Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite und zum anderen die Angebotsumstellungsflexibilität als die beiden wesentlichen Wettbewerbskräfte zu berücksichtigen. Dies deckt sich auch mit den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts; danach gehören zu dem relevanten Markt diejenigen Produkte, die wegen ihrer objektiven Merkmale, der Wettbewerbsbedingungen und der Struktur von Angebot und Nachfrage hinreichend austauschbar bzw. substituierbar sind.“*

Entwurf einer Verwaltungsvorschrift S. 6 Hervorheb. nur hier

*„Im Anschluss an die Definition des sachlich relevanten Markts geht es darum, den räumlich relevanten Markt abzugrenzen. Erst wenn die räumliche Dimension des Produktmarkts bekannt ist, können die Bedingungen für einen echten Wettbewerb auf dem betreffenden Markt ordnungsgemäß gewürdigt werden. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der räumlich relevanten Markt ein Gebiet, in dem die Unternehmen bei den relevanten Produkten an Angebot und Nachfrage beteiligt sind und die Wettbewerbsbedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind und von Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen.“*

Entwurf einer Verwaltungsvorschrift S. 10. Hervorheb. nur hier



- Dagegen stellt der Konsultationsentwurf zu Markt 3b offen dar, dass er zunächst bei der Prüfung der Marktabgrenzung nicht die Perspektive eines Vorleistungsnachfragers auf dem betreffenden Vorleistungsproduktmarkt einnimmt, sondern im ersten Schritt die Endkundennachfrage auf dem Endkundenmarkt prüft („korrespondierender Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse“). Der Konsultationsentwurf bezieht sich hierbei auf die Erwägungsgründe der neuen EU-Märkteempfehlung und die Explanatory Note 2014 der EU-Kommission:

*„Die Nachfrage nach Vorleistungsdiensten ist eine abgeleitete Nachfrage, d.h. der Umfang der Nachfrage nach dem Vorleistungsprodukte ist unmittelbar abhängig von der Endkundennachfrage. Daher ist der Ausgangspunkt für die Festlegung von Märkten die vorausschauende Definition der Endkundenmärkte über einen bestimmten Zeithorizont, unter Berücksichtigung der Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit. Im Anschluss an die Definition der Endkundenmärkte sollen dann die entsprechenden Vorleistungsmärkte abgegrenzt werden, und zwar unter Berücksichtigung der Nachfrage- und Angebots-substituierbarkeit aus der Perspektive eines Dritten, der Endnutzerleistungen in Wettbewerb anbieten will. Die Explanatory Note 2014 sieht vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden (NRB) ausgehend von der Analyse auf der Endkundenebene bewerten sollen, ob der Wettbewerbsdruck durch Inter-Plattform basierten oder Intra-Plattform basierten Wettbewerb ohne Regulierung der betroffenen Vorleistungsmarktes ausreichend ist, um den Bitstrommarkt aus der Regulierung zu entlassen. Wenn die Wettbewerbsbedingungen dies nahe legen, sollte die Bewertung auf subnationaler Ebene ausgeführt werden.“*

Konsultationsentwurf zu Markt 3b, S. 33.

Dieser Ansatz wird als klare Abweichung zur bisherigen Herangehensweise bei der Marktabgrenzung deutlich gemacht:

*„Während bei der nationalen Markt Betrachtung bisher immer die weitgehend nationalen flächendeckende Infrastruktur der Telekom zu Grunde gelegt wurde, erscheint es im Hinblick auf NGA-Migration und insbesondere mit Blick auf die Zunahme regional differenzierter Angebote geboten, mit Blick auf die Vorleistungsmarktdefinition den Endkundenbereich einer subnationalen Betrachtung zu unterziehen. Dabei sind die unter Berücksichtigung von ökonomischen und technischen Kriterien sowie von Praktikabilitätsüberlegungen kleinstmögliche, klar abgrenzbare Gebiete zu bestimmen, die verwertbare Aussagen über die jeweiligen Wettbewerbsbedingungen zulassen.“*

Konsultationsentwurf zu Markt 3b, S. 61, Hervorheb. nur hier.



*„Für die Analyse der Wettbewerbsbedingungen ist der Frage nachzugehen, ob die objektiven Wettbewerbsbedingungen so hinreichend heterogen sind, dass sie die Abgrenzung subnationaler Märkte rechtfertigen. Dabei wird hier anders als in der vorangegangenen Marktuntersuchung der derzeit gültigen Festlegung des Layer-3-Bitstromzugangsmarktes untersucht, ob sich auf einem - wie oben beschrieben - modifizierten Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse (modified greenfield approach) unter Einbeziehung aller Endkundenanschlüsse Gebiete räumlich abgrenzen lassen, die sich von Nachbargebieten durch erheblich andere Wettbewerbsbedingungen unterscheiden.“*

Konsultationsentwurf zu Markt 3b, S. 62 f. Hervorheb. nur hier.

*„Aufgrund der deutlich stärkeren Betonung in der neuen Märkteempfehlung (2014), bei der geographischen Marktabgrenzung auf der Vorleistungsebene mit dem korrespondierenden Endkundenmarkt zu starten, wird die nachfolgende Untersuchung - anders als bei der Festlegung 2010 - bei der geographischen Marktabgrenzung dieser beiden Vorleistungsmärkte zunächst auf den Ergebnissen der geographischen Endkundenmarktuntersuchung aufsetzen.“*

Konsultationsentwurf zu Markt 3b, S. 100 Hervorheb. nur hier.

Für diesen gravierenden Wechsel der Herangehensweise in der Marktabgrenzung stützt sich der Konsultationsentwurf in problematischer Weise auf die Erwägungsgründe der neuen EU-Märkteempfehlung und die hierzu veröffentlichte Explanatory Note 2014 der EU-Kommission. Allerdings können diese Dokumente nicht von der wettbewerbsrechtlich alleine zulässigen und geforderten Herangehensweise dispensieren. Auch nach Artikel 15 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie definieren die nationalen Regulierungsbehörden relevante Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts, worauf auch Erwägungsgrund 5 der neuen EU-Märkteempfehlung hinweist. Nach den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts ist maßgebend für die Abgrenzung von räumlich relevanten Märkten die funktionelle Austauschbarkeit von Produkten aus Sicht der Nachfrager auf dem betreffenden Produktmarkt. Nach den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse vom 11.7.2002 ist der räumlich relevante Markt definiert als das „Gebiet, in dem die Unternehmen bei den relevanten Produkten oder Diensten an Angebot und Nachfrage beteiligt sind und die Wettbewerbsbedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind und von Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen“. Damit ist der betreffende Vorleistungsmarkt der prioritäre Bezugspunkt für die Marktabgrenzung.

Selbst diese wettbewerbsrechtliche Problematik dahingestellt, bleibt unverständlich, warum die im Konsultationsentwurf adressierte Änderung der Herangehens- und Betrachtungsweise nicht vorrangig durch ein Regulierungskonzept nach § 15a Abs. 1 TKG festgelegt wird. Es entstehen schwerlich hinnehmbare Inkonsistenzen (hierzu sogleich), wenn in einem Markt die im Konsultationsentwurf gewählte Herangehensweise verwendet wird und in einem anderem regulierten oder dem allgemeinen Wettbewerbsrecht unterstehenden Markt die Marktabgrenzung entsprechend der bisherigen und aus unserer Sicht auch alleine rechtlich zulässigen Herangehensweise erfolgt. Zudem hat die Bundesnetzagentur in anderen Verfahren - abweichend zu der nun gewählten Vorgehensweise des Konsultationsentwurfs - betont, dass sich die Vorgabe der Märkteempfehlung, derzufolge eine Beschreibung der Endnutzermärkte Ausgangspunkt für die Festlegung und Definition von Märkten



sei, jedenfalls im Anwendungsbereich der Empfehlungsmärkte (nur) an die EU-Kommission, nicht hingegen an die nationalen Regulierungsbehörden richtet (siehe VG Köln, Beschluss vom 24.06.2008, 21 L 1554/07, II. 2. der Beschlussbegründung).

## **2 Mangelnde Sicherstellung der Konsistenz zur Vorleistungsregulierung Markt 3a und anderen Vorleistungsmärkten**

Unter Berücksichtigung der im Konsultationsentwurf gewählten Herangehensweise zur Marktabgrenzung stellt sich massiv die Frage der Konsistenz einer Vorleistungsregulierung insbesondere zu dem „vorgelagerten“ Vorleistungsmarkt 3a („TAL-Zugangsmarkt“). Es dürfte nicht begründbar sein, die Marktdefinitionen eines vorgelagerten und eines nachgelagerten Vorleistungsmarktes durch eine unterschiedliche Herangehensweise zu rechtfertigen.

Unter der Perspektive eines Endkundenmarktes für Breitbandanschlüsse unter Einbeziehung aller Endkundenanschlüsse wäre bei einem konsistenten Vorgehen analog des Konsultationsentwurfs Markt 3b voraussichtlich künftig auch der Vorleistungsmarkt 3a mit dem identischen Ergebnis räumlich abzugrenzen. Auch für den regulierten Teilmarkt eines Layer-2-Bitstromzugangs (wenn er künftig über die bisherigen Ansätze hinaus existieren sollte) wird sich gleichfalls die Frage stellen, ob die Perspektive des Endkundenmarktes bei der Marktdefinition des Vorleistungsmarktes überwiegt und diesen prägen wird.

Bezüglich des Endkundenmarktes für Breitbandanschlüsse wird es keine Rolle spielen, ob die Nachfrage durch vollständig eigene Infrastrukturen eines Anbieters, durch die Nutzung eines TAL-Zugangs mit Kopplung zu eigenen Infrastrukturen oder lediglich mittels eines BSA-Zugangs durch den Anbieter realisiert wird. Somit wäre zu gewärtigen – spätere Konsistenz zur geänderten Herangehensweise des Konsultationsentwurfs unterstellt -, dass auch der TAL-Zugangsmarkt entsprechend räumlich abgegrenzt wird und die im Konsultationsentwurf genannten 15 Großstädte künftig nicht mehr zum regional abgegrenzten subnationalen TAL-Zugangsmarkt zählen werden.

Die daraus resultierenden möglichen negativen Folgen für Infrastrukturwettbewerb wären gravierend. Nicht hinnehmbar - da investitions- und wettbewerbsschädlich - ist eine sukzessiv ablaufende Regulierungspolitik dahingehend, die regionalisierte Regulierung des Marktes 3b als Test für die regionalisierte Regulierung des Marktes 3a begreifen zu wollen. Konkrete Befürchtungen werden insbesondere dadurch gespeist, dass die Marktdefinition und Marktanalyse des Bitstromzugangsmarktes Nr. 3b nicht zusammen mit dem vorgelagerten TAL-Zugangsmarkt Nr. 3a vorgelegt wird, dessen Marktdefinition und Marktanalyse vom 25.10.2010 datiert (Festlegungsentscheidung der Präsidentenkammer) und dessen Regelüberprüfungszeitraum somit überschritten ist. Auch Erwägungsgrund 10 der EU-Märkteempfehlung weist darauf hin, dass im Falle vertikal verbundener – vor- und nachgelagerter Märkte – alle Vorleistungsmärkte einer Lieferkette gemeinsam analysiert werden sollen.

Widersprüchlich erscheint die nunmehr gewählte Herangehensweise des Konsultationsentwurfs bei der Marktdefinition auch im Hinblick auf die Regulierung des bisherigen Marktes 3 bzw. Marktes 1 gem. EU-Märkteempfehlung 2014 (Festnetzterminierung). Falls die Perspektive vom korrespondierenden Endkundenmarkt auszugehen hat, kann aus unserer Sicht die These „1-Netz-1-Markt“ nicht aufrechterhalten werden. Bereits Kleinst-Festnetze mit wenigen 100 Endkunden werden der Ex-ante-Regulierung als schärfster Form der Vorabregulierung unterworfen. Aus der Sicht von korrespondierenden Endkundenmärkten müssten diese Netze dann jedoch konsequent aufgrund der Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit von einer Regulierung ausgenommen werden.

## **3 Prognosespielräume der BNetzA erlauben keine „experimentelle Regulierung“**

Nach § 14 Abs. 2 TKG (i.d. Gesetzesfassung vom 3.5.2012) besteht für die vorliegend zu treffende Regulierungsverfügung nunmehr ein Regelüberprüfungszeitraum für Marktdefinition, Marktanalyse und



Regulierungsverfügung von 3 Jahren nach Erlass der vorherigen Regulierungsverfügung. Dieser Zeitraum kann ausnahmsweise um bis zu drei weitere Jahre verlängert werden (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TKG).

Dieser gegenüber der früheren Gesetzeslage verlängerte Regelüberprüfungszeitraum bedingt, dass Prognosen auf hinreichend abgesicherten Anknüpfungstatsachen über diesen Zeitraum abgestützt werden müssen, damit der Zweck der Herstellung von Planungs- und Rechtssicherheit für den Gültigkeitszeitraum einer Regulierungsverfügung nicht verloren geht. Damit müssen diese Prognosen gegenüber bloßen Spekulationen bzw. experimentellen Annahmen abgegrenzt werden. Sollten Entwicklungen dennoch völlig anders gegenüber den durch Anknüpfungstatsachen abgesicherten Prognosen ablaufen, so stünde der BNetzA das Instrument der anlassbedingten Überprüfung nach § 14 Abs. 1 TKG zur Verfügung.

Gemessen an der gesetzlichen Zielsetzung der Herstellung von Planungs- und Rechtssicherheit über einen definierten Geltungszeitraum der Regulierungsverfügung hinweg ist Kritik an Annahmen des Konsultationsentwurfs zu äußern:

- a) Obwohl der Konsultationsentwurf die unklaren Auswirkungen der Übernahme von Kabel Deutschland durch Vodafone auf die Vorleistungsnachfrage von Vodafone offen benennt und ein Rückbau der Vodafone TAL-Plattform und den Wechsel zur Bitstromnachfrage bei der Telekom (in den nicht von Kabel Deutschland versorgten Gebieten) als potenzielle Entwicklung anspricht, wird letztlich daraus der Schluss gezogen, dass Vodafone NICHT auf Bitstromzugang migrieren wird.

Die Begründung des Konsultationsentwurfs spricht an dieser Stelle von einem „sichere-Seite-Ansatzes“ (S. 68), die Nachfragemengen von Vodafone - anders als die Mengen von Telefónica - nicht im Sinne eines modifizierten Greenfield-Ansatzes vollständig der Telekom zuzuschlagen. Die Folge davon lässt sich simpel wie folgt darstellen: in den von Telefónica bisher stark vermarkteten Gebieten wird die geforderte Anzahl von Wettbewerbern auf dem Endkundenmarkt überwiegend nicht erreicht. Dagegen prognostiziert der Konsultationsentwurf über den Gültigkeitszeitraum hinweg den Wettbewerb durch Vodafone mit der Folge, dass in diesen Gebieten die erforderliche Zahl von Wettbewerbern erreicht und diese Gebiete aus der räumlichen Marktabgrenzung ausgegrenzt werden können.

Damit ist dieser Ansatz des Konsultationsentwurfs nur ein „sichere-Seite-Ansatz“ zugunsten des regulierten Unternehmens und jedenfalls nicht zugunsten von Zugangsnachfragern und des Wettbewerbs. Die „sichere Seite“ hätte hier darin bestanden, entsprechend der Ankündigung von Vodafone auch quantitativ die Nachfrage von Layer-3 und künftig von Layer-2-Bitstrom-Zugangsprodukten anzunehmen. Mit anderen Worten: die „wettbewerblichen HVt“ (Seite 71 des Konsultationsentwurfs) hätten neben Telefónica auch unter Berücksichtigung einer Vodafone-Migration berechnet werden müssen. Der Konsultationsentwurf leistet an dieser Stelle nicht einmal eine Alternativberechnung, welches Ergebnis sich zeigen würde, wenn auch eine Vodafone-Migration berücksichtigt wird.

- b) Die Prämisse der Festlegung des subnationalen Layer-3-Bitstromzugangsmarktes, dass ein reguliertes (nationales) Layer-2-Bitstromzugangsprüfung ist, enthält keine hinreichende Definition der „Marktverfügbarkeit“ und überlässt diese so im Ergebnis dem regulierten Unternehmen. Nach Angaben der Telekom Deutschland GmbH solle dieses spätestens Anfang 2016 im Markt verfügbar sein (Seite 123 des Konsultationsentwurfs). Nach bisher gemachten Erfahrungen und Streitfällen über die Frage von Verfügbarkeit insbesondere auch die Verfügbarkeit mit bestimmten Qualitätsparametern, Schnittstellenparametern (S/PRI oder nur WITA), Multicastfähigkeit usw. nimmt sich hier der Konsultationsentwurf zu sehr zurück und macht nicht deutlich, mit welchen inhaltlichen Vorgaben und durch wen die Frage der Marktverfügbarkeit festgestellt und somit auch rechtlich verbindlich fixiert wird. Wenn der Tenor der Festlegung auf S. 175 lediglich feststellt,



*„dass ein reguliertes Layer-2-Bitstromzugangsprodukt im Markt verfügbar ist“*

bleibt für Nachfrager letztlich unklar, welche Anforderungen das Bitstromzugangsprodukt erfüllen muss, um als „verfügbar“ zu gelten. Die Regulierung des Layer-2-Zugangsproduktes muss aufgrund dieser Bezugnahme in der Festlegung daher strikt darauf achten, dass ein marktfähiges Produkt vorgelegt wird, das den Anforderungen der Nachfrager gerecht wird und nicht gegen die Nachfrage entwickelt wurde. Die Verfügbarkeit im Markt darf aus unserer Sicht daher nur dann festgestellt werden, wenn auch ein entsprechendes Standardangebotsverfahren vollständig durchlaufen wurde. Mit anderen Worten: ein reguliertes Layer-2-Bitstromzugangsprodukt besteht nicht bereits dann, wenn eine Regulierungsverfügung den Zugangsanspruch festlegt und Telekom Deutschland (irgend-)ein Layer-2-Bitstromzugangsprodukt anbietet. Das verfügbare regulierte Bitstromzugangsprodukt muss auch von der Bundesnetzagentur inhaltlich überprüft worden sein, um die Wirkungen der Festlegung auslösen zu können.

#### **4 Gültigkeit bisheriger Entgeltregulierung und der Verträge über BSA-Kontingentmodelle?**

Bei der Umsetzung einer subnationalen Marktabgrenzung für Layer-3-Bitstromangebote der Telekom Deutschland stellt sich die Frage, ob die auf der bisherigen (ex post) Entgeltregulierung basierenden langfristigen Verträge über BSA-Kontingentmodelle noch Bestand haben werden bzw. sich deren Geschäftsgrundlagen wesentlich verändern. Nach diesen Verträgen sind Kontingente auch für Gebiete vereinbart, die entsprechend des Konsultationsentwurfs aus der Marktabgrenzung künftig herausgenommen werden sollen. Die vertraglich vereinbarten und regulatorisch im Hinblick auf Kosten-Kosten-Scheren überprüften Kontingentpreise sind auf der Basis eines BSA-Preises kalkuliert und auch ausdrücklich darauf referenziert, der bundesweit einheitlich von der Telekom Deutschland angeboten und von der Bundesnetzagentur als mit den Entgeltregulierungsvorschriften vereinbar angesehen wurde.

Bei einer Aufhebung der Regulierung für die im Konsultationsentwurf genannten 15 Großstädte aufgrund einer subnationalen Marktabgrenzung würde der referenzierte bundesweite BSA-Layer3-Vorleistungspreis entfallen. Je nach Preissetzung der Telekom Deutschland für die nicht mehr der Regulierung unterfallenden Gebiete könnten diesen Kontingentverträgen nachträglich die Geschäftsgrundlage entzogen werden. Zudem bestehen Anpassungs- und Kündigungsrechte aufgrund des IP BSA 2010-Vertrages, dessen Regeln gemäß den Kontingentverträgen ausdrücklich unberührt bleiben sollen. So besteht nach Ziff. 17.6 IP BSA 2010-Vertrages ein Kündigungsrecht der Telekom Deutschland bei einem Wegfall der Standardangebotsverpflichtung, die bei einer Aufhebung der Regulierung für die genannten 15 Großstädte entfallen würde. Diese weiteren Auswirkungen einer subnationalen Marktabgrenzung betrachtet und berücksichtigt der Konsultationsentwurf – aus unserer Sicht abwägungsfehlerhaft – bisher nicht. Im Falle einer Kündigung der IP BSA 2010-Verträge und/oder der Kontingentverträge oder im Falle einer Verschlechterung der Bezugskonditionen für Vorleistungsnachfrager käme es zu einer negativen Veränderung der Wettbewerbsbedingungen zumindest in den betroffenen Gebieten aber möglicherweise darüber hinaus, weil die Kalkulationsbasis sich auch für den subnationalen Markt verändern würde und zudem die BSA-Verträge mit der Telekom Deutschland als auf unsicherer Grundlage stehende Vertragsbeziehungen begriffen würden.

#### **5 Problematische Annahmen des Konsultationsentwurfs**

Bei der Bestimmung der „wettbewerblichen HVt“ werden vom Konsultationsentwurf nicht nur die Anbieter ermittelt, die auf Basis eigener Infrastrukturen wie FTTB/H, HFC-Netze produzieren („Inter-Plattform basierter Wettbewerb“) sondern auch Anbieter, die insbesondere auf Grundlage der TAL-Vorleistung („Intra-Plattform basierter Wettbewerb“) Endnutzerleistungen anbieten. Wir halten diese Annahme für nicht sachgerecht, weil Intra-Plattform



basierter Wettbewerb in dem System der Investitionsleiter dem Inter-Plattform basierten Wettbewerb nachgelagert ist und vom Angebot der marktbeherrschenden Telekom Deutschland abhängig bleibt. Trotz bisheriger Regulierung des TAL-Zugangs bestehen Möglichkeiten einer Zugangsverweigerung etwa im Hinblick auf die Vectoring-Regulierung oder der unveränderten Bedrohung durch den sog. „HvT-Abbau“. Im Grundsatz erkennt dies der Konsultationsentwurf zwar, wenn er bezüglich des Layer-2-Bitstromzugangs ausführt, dass die TAL-basierten Anbieter als Wettbewerber in den Städten ausfallen könnten und darum ein Layer-2-Bitstromzugang eine wichtige Vorleistungsalternative darstellen könnte.

Anders als der Konsultationsentwurf ausführt (S. 100 ff.), können wir im Sinne einer vorausschauenden Betrachtung aber nicht erkennen, dass bei einem Layer-2-Bitstromzugang eine überwiegend nationale Nachfrage bestehe, während eine Layer-3-Übergabe auf eine regionale Nachfrage treffe. Aus unserer Marktsicht ist die Wettbewerbsfähigkeit weder im Hinblick auf eine Layer-2-Bitstromübergabe noch einen Layer-3-Bitstrom derartig tragfähig, dass die 15 genannten Städte aus der Marktabgrenzung ausgeschlossen werden könnten. Bezüglich der Annahme, dass sich auf dem Layer-3-Bitstromzugangsmarkt die Wettbewerbsbedingungen in den 15 genannten Städten so eindeutig von den Wettbewerbsbedingungen aller anderen Gebiete unterscheiden, dass eine Heterogenität angenommen werden kann, sehen wir keine überzeugende Nachweisführung durch den Konsultationsentwurf. Die in der Festlegung 2010 genannten Parameter gegen die Definition regionaler BSA-Vorleistungsmärkte gelten aus unserer Sicht unverändert. Unverändert bestehen insbesondere die Unwägbarkeiten, stabile subnationale Märkte abzugrenzen, die mit der zukünftig zu erwartenden Netzmigration in Richtung NGA-Ausbau für das TAL-Geschäftsmodell verbunden sind. Ebenso bestehen unverändert erhebliche Unsicherheiten bei der Abschätzung der zukünftigen Marktentwicklung in den wettbewerbslicheren Regionen.

Das wettbewerbliche Agieren der TAL-Zugangsnachfrager bleibt immer eingeschränkt durch den TAL-Preis mit der Gefahr des Entstehens von Preis-Kosten-Scheren durch Unter-Kostenangebote der Telekom Deutschland gegenüber den Endkunden. Dass dies kein hypothetisches Szenario ist, zeigen die Aussagen des Vorstandsvorsitzenden der Deutschen Telekom AG, Höttges, im Interview in der Rheinischen Post vom 18.11.2014, der höhere Vorleistungspreise und Endkundenpreise in ländlichen Räumen und Absenkungen in den Städten aufgrund der Entlassung aus der Regulierung für möglich hält. Bei der geforderten „vorausschauenden Betrachtung“ für die Marktanalyse wird dieser Aspekt in dem Konsultationsentwurf unzureichend (nur im Sachbericht der Unternehmenskommentare S. 24 und in der Zusammenfassung S. 113) angesprochen und nicht inhaltlich gewürdigt.

## **6 Geographischer Zuschnitt der abgegrenzten Gebiete und Einbeziehung von Unity Media als „potenzieller Wettbewerber“**

Nicht überzeugend ist der geographische Zuschnitt der von dem subnationalen Markt abgegrenzten Großstädte dadurch, dass auch HvT-Anschlussbereiche einbezogen wurden, die nicht den Inputparametern entsprechen wie etwa bezüglich des Vermarktungsanteils der Telekom Deutschland. Die Anbieterzahl kann nicht vom HvT-Anschlussbereich auf das betreffende Stadtgebiet übertragen werden, weil die Zahl der potenziellen Bitstrom-Zugangsanbieter je nach HvT-Anschlussbereich unterschiedlich sein wird und daher KEINE Betrachtung über die Gemarkungsgrenzen einer Großstadt wie etwa Köln möglich ist. Hierdurch wird die regionale Marktabgrenzung zu Lasten der Zugangsnachfrager letztlich willkürlich festgelegt.

Unity Media wird als Kabelnetzbetreiber im Bereich der Großstadt Köln vom Konsultationsentwurf als „potenzieller Wettbewerber“ in die Analyse einbezogen, obwohl aus unserer Sicht ohne regulatorische oder kartellrechtliche Eingriffe keine Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass Unity Media Bitstromzugang als Vorleistungsprodukt anbieten wird. Unity Media hat nicht einmal – im Gegensatz zu Kabel Deutschland – bei der Spezifizierung eines Layer-2-Bitstromprodukts im NGA-Forum mitgewirkt. Es sind keinerlei Anstrengungen oder Bestrebungen erkennbar, dass Unity Media Bitstromzugang anbieten wird. Hierfür fehlen Unity Media auch offensichtlich die wirtschaftlichen



Anreize. Daher kann Unity Media nicht im Rahmen der Marktanalyse als potenzieller Wettbewerber betrachtet werden. Die von Unity Media angebotenen Endkundenanschlüsse sind mangels eines potenziell korrespondierenden Vorleistungsangebots NICHT als wettbewerblich zu qualifizieren. Der Konsultationsentwurf ist bezüglich dieser Thematik abwägungsfehlerhaft.

\*\*\*

Zusammenfassend müssen wir daher konstatieren, dass der Konsultationsentwurf mit deutschem und europäischem Recht sowie mit der bisherigen Regulierungspraxis in Deutschland nicht in Einklang steht. Wir lehnen eine regionalisierte Betrachtung nicht grundsätzlich ab, aber der Entwurf in der jetzigen Form ist unter Berücksichtigung der aufgezeigten Argumente neu zu bewerten und zu überarbeiten.

Mit freundlichen Grüßen  
NetCologne GmbH

ppa. Patrick Helmes  
Bereichsleiter  
Kommunikation & Recht

i. A. Romy Förster  
Abteilungsleiterin  
Recht & Regulierung