



BNetzA
04. Mai 2012
IE

1&1 Internet AG – Elgendorferstr. 57, 56410 Montabaur

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Tele-  
kommunikation, Post und Eisenbahnen  
- Beschlusskammer 3 -  
Herrn Vorsitzenden Wilmsmann  
Postfach 80 01

Regulatory Affairs  
Fon +49 2602 96 1608  
Fax +49 2602 96 2156  
robert.schoenau@1und1.de

53105 Bonn

Montabaur, den 2. Mai 2012

vorab per Fax: 0228 – 146463

*eingeg. u. verteilt*

Nachträgliche Entgeltkontrolle eines von der Telekom Deutschland GmbH angezeigten VDSL-IP-  
Bitstrom-Kontingentsmodells; Konsultationsverfahren

Az.: BK3b – 12/001

-enthält keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse-

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,  
sehr geehrte Damen und Herren,

gern nehmen wir die Gelegenheit zur Stellungnahme im Konsultationsverfahren zur Dauerhaftmachung  
der Entscheidung vom 02.04.2011 wahr.

#### I. Vorbemerkung

Sowohl die vorläufige Entscheidung vom 02.04.2012 als auch die Eilentscheidung für eine Dauerhaft-  
machung dieser Entscheidung kommen zu dem Ergebnis, dass das Kontingentsmodell in seiner jetzigen  
Form als sachlich nicht gerechtfertigte Wettbewerbsbehinderung auf dem Bitstrom-Markt sowie auf  
weiteren Drittmärkten zu bewerten ist. Unabhängig von der Frage, ob die Entscheidung rechtlich zu-  
treffend ist, hat die Entscheidung über das Unternehmen 1&1 hinaus starke Verunsicherung an den  
Märkten ausgelöst.

Die Entscheidungsgründe sind in sich schlüssig und nachvollziehbar; im Ergebnis aber keineswegs  
zwingend. Vor allem unter diesem Aspekt ist die Entscheidung zu kritisieren, weil der Spielraum für  
Kooperationen zwischen Unternehmen zugunsten des Breitbandausbaus in einer Gesamtabwägung  
unverhältnismäßig eingeschränkt wird.

Vorstand: Henning Ahlert, Ralph Dommernuth, Matthias Ehrlich, Robert Hoffmann, Markus Huhn, Hans-Henning Kettler, Dr.  
Oliver Mauss, Jan Oeljen

Aufsichtsratsvorsitzender: Michael Scheeren, HRR Montabaur 6484

Westdeutsche Landesbank Düsseldorf, BLZ 300 500 00, Konto 4865564 - Nassauische Sparkasse Wiesbaden, BLZ 51050015, Konto 803 072 000



Im Einzelnen:

## II. Kein Risk-Sharing durch nachträgliche Investitionsbeteiligung

Die Beschlusskammer hält eine sachliche Rechtfertigung des Kontingentmodells bereits deshalb nicht für möglich, da ein Risk-Sharing bei bereits bestehenden Infrastrukturen regulatorisch ausgeschlossen sei. Zwar bekennt sich die Beschlusskammer grds. zu Risk-Sharing-Modellen-, schließt aber mit der Entscheidung im gleichen Atemzug den wichtigsten Anwendungsfall für praktische Risikoteilungsmodelle aus: Die nachträgliche Verteilung der Lasten auf mehrere Schultern, nachdem die Investitionsentscheidung von einem Unternehmen getroffen wurde und der Ausbau begonnen hat.

Eine derartig strikte Einschränkung des Risikoteilungsgedankens findet sich weder im aktuellen TKG, noch in der NGA-Empfehlung oder gar im nationalen Kartellrecht. Ganz im Gegenteil: 1&1 ging bisher davon aus, dass das TKG 2012 nachträgliche (gemeint: nach der Ausbauentscheidung) Risikobeteiligungen ebenso wie die gemeinsame gleichzeitige Ausbauentscheidung privilegieren möchte. Dass ggf. gemeinsame zukünftige Ausbaupläne von mehreren Unternehmen gesetzlich noch stärker begünstigt sein sollen, steht dem nicht entgegen.

Denn Risk-Sharing Modelle sind unabhängig von der bereits getätigten oder der noch zu tätigen Investition zunächst lediglich Vereinbarungen, welche die Kosten und Risiken der Investition zwischen mehreren Parteien aufteilen und den Beteiligten im Gegenzug zu Konditionen, die der jeweiligen Übernahme von Kosten und Risiken Rechnung tragen, einen Zugang einräumen. Die Privilegierung im TKG 2012 bezieht sich ausschließlich auf spezielle Investitionsrisiken und besondere Vereinbarungen zur Aufteilung solcher Risiken von Projekten zur Errichtung von Netzen der nächsten Generation. Den Begriff der „Netze der nächsten Generation“ hat der Gesetzgeber bewusst nicht legal definiert (BT-Drs. 17/5707, S. 99), sondern er sieht als dessen Grundlage den Verweis auf die sog. NGA-Empfehlung der EU-Kommission (Ziffer 11 Empfehlung 2010/572/EU der Kommission vom 20.9.2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) (ABl. EU Nr. L 251 v. 25.9.2010, S. 35)). Dort werden „Zugangsnetze der nächsten Generation“ („NGA-Netze“) als „leitungsgebundene Zugangsnetze, die vollständig oder teilweise aus optischen Bauelementen bestehen und daher Breitbandzugangsdienste mit erweiterten Leistungsmerkmalen (z. B. mit einem höheren Durchsatz) ermöglichen, die über das hinaus gehen, was mit schon bestehenden Kupferkabelnetzen angeboten werden kann“, beschrieben. Es wird zudem klargestellt, dass NGA-Netze in den meisten Fällen keine Neuerstellung, sondern das Ergebnis der Aufrüstung bereits bestehender Kupfer- oder Koaxialkabel-Zugangsnetze sein werden. Unter diesem Gesichtspunkt fallen auch VDSL-Netze unter den NGA-Begriff. Ein Ausschluss – und sei er nur faktisch – von den Erleichterungstatbeständen des TKG oder der NGA-Empfehlung kann demnach nicht gewollt sein.

Diese Sichtweise ergibt sich auch aus dem neuen TKG-2012. So heißt es in der amtlichen Begründung zu § 15a TKG-2012:

*„Generell können solche Vereinbarungen [Anmerkung: gemeint Risikobeteiligungsmodelle] auch Konditionen für den späteren Eintritt und Zugang weiterer Parteien vorsehen.*

...

*Diese Anforderungen können z. B. Aussagen zur (Mindest-)Anzahl der Teilnehmer, zu (späteren) Eintrittsmöglichkeiten Dritter und, wie § 15a Absatz 2 Satz 2 ausführt, zu den grundsätzlichen Regeln zur Verteilung des Risikos und der Gewährung des Zugangs (z. B. langfristige Verträge, Begebung von Zugangsoptionen, etc.) einschließlich der rechnerischen Regeln zur Umsetzung unterschiedlicher Risikoübernahmen in unterschiedliche Zugangsbedingungen enthalten.“*



Oder etwa in der amtlichen Begründung zu § 30 TKG-2012:

*„Grundsätzlich ist es auch denkbar, dass bereits eine neue oder verbesserte Infrastruktur in einem Teilgebiet des Bundesgebietes existiert, für die eine Zugangsverpflichtung besteht, und Unternehmen für den weiteren Ausbau dieser Infrastruktur ein Risikobeteiligungsmodell vereinbaren können, sofern dies den regulatorischen Anforderungen genügt.“*

Sollte diese Verständnisweise falsch sein, so bitten wir frühzeitig um Klarstellung durch die Beschlusskammer. Dies hat unmittelbare Auswirkungen auf Investitionsentscheidungen aller Unternehmen sowohl bei Ausbauentscheidungen als auch beim Einstieg in Markt-, Integratoren- oder eben Kontingentmodellen mit SMP-Unternehmen oder Anbietern ohne Marktmacht.

### **III. Gemeinsames Branchenziel – Belegung des Breitbandmarktes**

Die Beschlusskammer stellt im Beschluss vom 02.04.2012 fest, dass das von der Betroffenen vorgesehene Rabattsystem die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem bundesweiten Layer-3- Bitstrommarkt sowie auf dem Resale- und dem Endnutzermarkt für die Überlassung von (breitbandigen) Festnetzanschlüssen mit Internetnutzung in erheblicher Weise beeinträchtigt, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen worden wäre.

Daraus lässt sich schließen, dass das vorgetragene Argument der Betroffenen und der potentiellen Nachfrager – Belegung des Endkundenmarktes für hochbitratige Breitbandanschlüsse - als Rechtfertigung nicht oder als nicht ausreichend anerkannt wird.

Tatsächlich ist der Markt für hochbreitbandige Anschlüsse jenseits der über ADSL realisierbaren 16 MBit/s in Deutschland unterentwickelt. Trotz hoher Verfügbarkeit solcher Produkte über unterschiedliche Technologien sind die Absatzraten insgesamt gering. Das aktuelle Pricing für das VDSL-Vorleistungsprodukt – als dem derzeit und in den nächsten 3 Jahren mit Sicherheit einzig national verfügbarem NGA-Vorleistungsprodukt – hat dazu geführt, dass eine Nachfrage von VDSL-Produkten auf Vorleistungsebene wirtschaftlich nicht dargestellt werden kann und entsprechend kupferbasierte Angebote im NGA-Markt insgesamt nur eine untergeordnete Rolle spielen. Ein effektiver Wettbewerb mit Breitbandangeboten der nicht regulierten Kabelnetzbetreiber ist dadurch insbesondere für alternative Diensteanbieter nahezu unmöglich; selbst die Retail-Preise der Glasfaseranbieter mit einer nennenswerten Kundenzahl liegen weit unterhalb der Vorleistungskosten für ein VDSL - Produkt. Das Kontingentmodell würde die notwendige Absenkung der Vorleistungspreise erreichen und trüge damit im Ergebnis massiv dazu bei, dass sich intermodaler NGA-Wettbewerb entwickeln kann. Dies ist als ein gemeinwohlbezogener Abwägungsgesichtspunkt zu berücksichtigen.

1&1 ging bisher davon aus, dass die BNetzA entsprechend der Breitbandstrategie der Bundesregierung eine Belegung der Nachfrage der Endkunden vor dem Hintergrund der eigenen aktuellen Marktbeobachtungen auch durch ein für den Endkunden attraktives Preisgefüge unterstützen würde, zumal die Absatzraten bei einer erfreulichen Verfügbarkeit dieser hochbandbreitigen Anschlüsse doch eher gering sind.



Anbieter	Homes passed	Homes connected	Absatz-rate
Kabelnetz-anbieter	24,4* Mio. (rückkanalfähig ausgebaut)	3,6* Mio. (Internet- Breitbandnutzer)	14,5 %
Telekom VDSL	12* Mio.	0,6* Mio.	5 %
FTTB/FTTH Anbieter	1,3* Mio.	0,3* Mio.	23 %

\* aus öffentlich verfügbaren Quellen und z.T. nach eigenen Schätzungen

vgl. nachstehende, Tätigkeitsbericht BNetzA 2010/2011 Telekommunikation, S. 36 f.:

*Obwohl darüber hinaus zunehmend Geschwindigkeiten von mindestens 50 Mbit/s oder gar über 100 Mbit/s von den Telekommunikationsunternehmen vermarktet werden, fragten bisher nur wenige Breitbandnutzer solche hochbitratigen Anschlüsse nach..."*

*„Somit ist nach wie vor eine große Diskrepanz zwischen dem Angebot an hohen Bitraten und der tatsächlich nachgefragten Bandbreite festzustellen. Nur etwa ein Drittel der Breitbandanschlüsse verfügt über eine vermarktete Bandbreite von über 10 Mbit/s.“*

Sollte dies nicht mehr der Fall sein, so bitten wir um entsprechenden Hinweis.

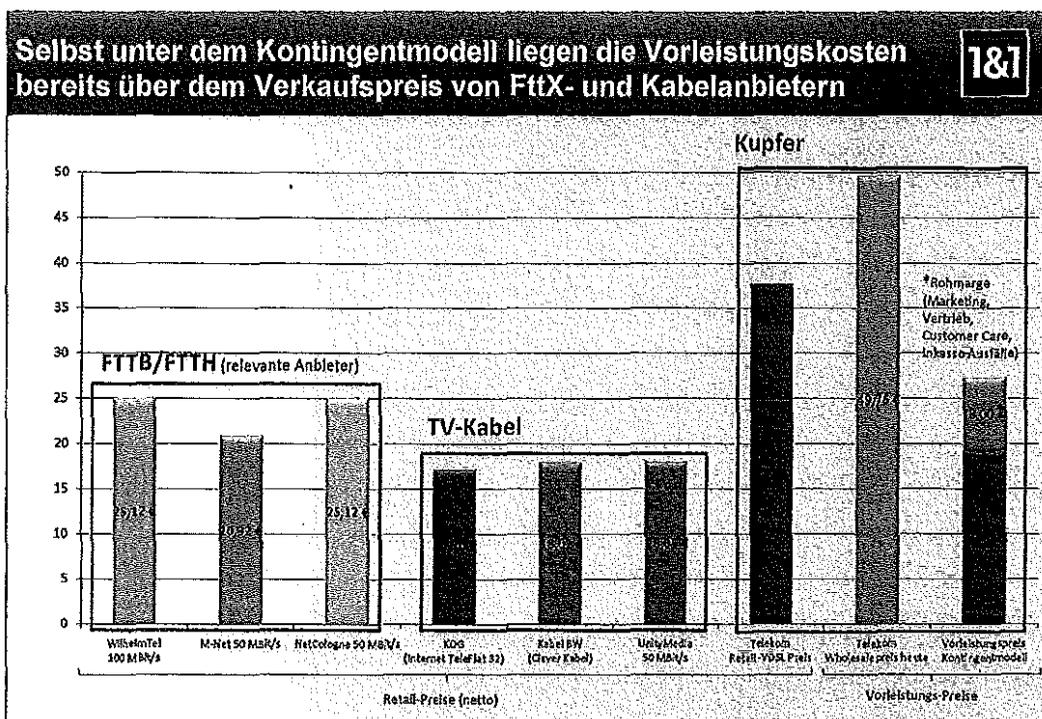
#### IV. Nachbildbarkeit – intermodaler Vergleichspreis

Nach der Entscheidungsstruktur der Beschlusskammer war die Frage einer aktuellen Kosten-Kosten-Schere (§ 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG) nicht abschließend zu entscheiden. Zur Frage der Nachbildbarkeit der Vorleistungspreise finden sich aber klare Ausführungen. Diese mögen unter der Voraussetzung schlüssig sein, dass allein auf die mögliche Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem kupferbasierten Bitstrom-Markt geschaut wird und sich die fehlende Nachbildbarkeit der Preise im VDSL-Kontingentsmodell auf eine mögliche Kosten-Kosten-Schere zwischen den Vorleistungspreisen im VDSL-Kontingentsmodell und den Herstellungskosten für alternative VDSL-Bitstrom-Angebote (Zugang am MFG, Zugang zum Schaltverteiler) gestützt wird. Allerdings sind diese Betrachtung in dieser Form aus Sicht der 1&1 nicht zwingend. Denn die Beschlusskammer weist zu Recht darauf hin, dass eine Untersagung eines Rabattmodells zum Schutze des potentiellen Wettbewerbs rechtlich möglich ist; sie ist gleichwohl nicht zwingend. Zwingend ist sie dann nicht, wenn die Gefährdung eines nur theoretisch möglichen Wettbewerbs durch die Beförderung eines konkreten Wettbewerbs sachlich gerechtfertigt ist.

Dieser konkrete Wettbewerb ist hier der Infrastrukturwettbewerb zwischen unterschiedlichen Infrastrukturen/Technologien (VDSL/Glasfaser/TV-Kabel). Die Gefahr, dass zusätzlicher Druck auf das Preisniveau dieser Infrastrukturen entsteht ist gering, da es letztlich lediglich um das „Nachziehen“ der VDSL-Infrastruktur auf ein wettbewerbsfähiges Niveau geht. Ein zusätzliches Weiterdrehen der Preisspirale – wie offensichtlich von der Beschlusskammer befürchtet - ist auf Grundlage des Kontingentsmodells in



keinem Fall möglich; das belegen die Zahlen der Beschlusskammer eindeutig. Letztlich wird durch die Maßnahme der Telekom lediglich die VDSL-Kupfer-Infrastruktur wettbewerbsfähig gemacht.



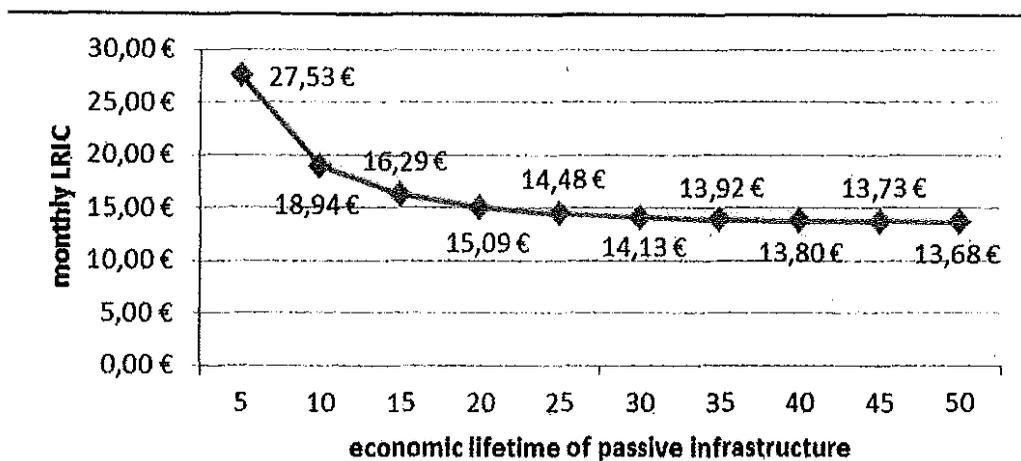
Ohne weitere Dienste und Features, die für den Endkunden einen Mehrwert darstellen, wird VDSL (gleichgültig ob von der Telekom oder von Wettbewerbsunternehmen vertrieben) ggü. den konkurrierenden Infrastrukturen weder durch Preis noch durch Leistung wettbewerbslich erfolgreich sein. Nur die Befuerung durch neue Dienstmerkmale vermag dies zu erzielen. Und genau darin liegt der rechtfertigende gemeinwohlorientierte Aspekt des Kontingentmodells in seiner jetzigen Form.

Unter diesem Aspekt ist eine Berücksichtigung des Endkundenpreisniveaus anderer Infrastrukturen (als Indikator für die tatsächlichen Vorleistungskosten) aus Sicht der 1&1 rechtlich geboten. Die mangelnde Nachbildbarkeit ist bei den Berechnungen der Beschlusskammer derart knapp, dass eine Nachbildbarkeit der Preise bereits dann ergeben wäre, wenn – und sei es anteilig – auch das Preisniveau der genannten Technologien (Glasfaser/Kabel) mitberücksichtigt würde. Nach Auffassung der 1&1 hätte die Beschlusskammer diesen Aspekt intermodaler Vergleichsbetrachtungen zumindest i.S.d. § 2 TKG berücksichtigen müssen. 1&1 regt vor diesem Hintergrund an, den für die Nachbildbarkeit entscheidenden Referenzpreis als technologie neutrale Mischung aller für hochbitratige Anschlüsse verwendeten Technologien zu bilden. Bereits eine grobe Abschätzung würde zum Ergebnis kommen, dass dann eine Nachbildbarkeit mit großzügigen Risikoaufschlägen gegeben ist.

Dies legen auch die Ergebnisse einer vom WIK angefertigten Studie zu Wholesale-Leistungen im NGA-Umfeld nahe, vgl. Hoering, Jay, Neumann, Plückerbaum, Vogelsang, WIK, Wholesale pricing, NGA take up and competition, Bad Honnef 2011, S. 82, siehe nachstehende Grafik:



Figure 5-4: Impact of asset lifetime on fibre P2P LRIC (Euroland Cluster 1-4 average)



wik  
CONSULT

Im Übrigen muss die Beschlusskammer auch berücksichtigen, dass das Kontingentmodell nicht auf eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Betroffenen sondern auf einen Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit der vorhandenen VDSL-Infrastruktur zielt. Die Beschlusskammer hat rechtlich die Möglichkeit, ein Erstarken des Monopols durch Maßnahmen im Rahmen der Regulierungsverfügung Markt 5 aufzufangen, sollte dies notwendig sein.

Wir bitten die Beschlusskammer, den greifbaren intermodalen Wettbewerb und die darin liegenden Chancen für den Markt mit hochbreitbandigen Anschlüssen nicht für einen bloß theoretisch noch denkbaren bundesweiten intramodalen Wettbewerb auf der kostenintensiven Infrastruktur Kupfer zu opfern.

#### V. VDSL als Brückentechnologie für den Breitbandmarkt

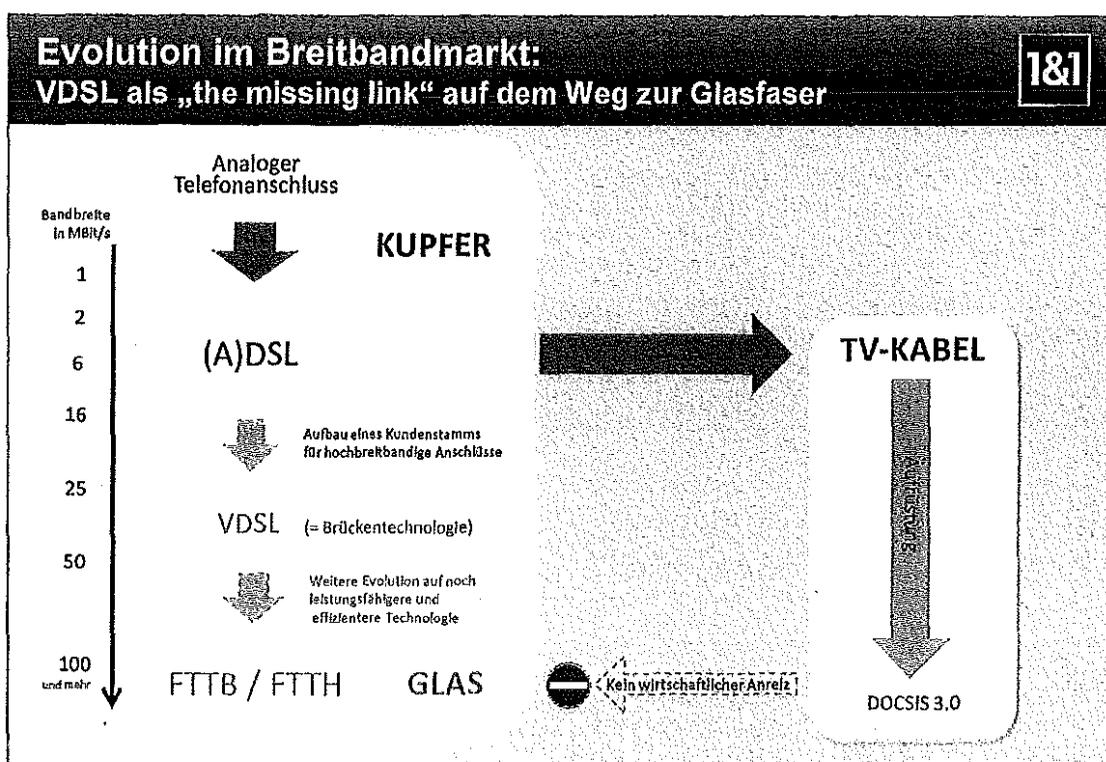
Das Kontingentmodell stellt nicht, wie es die Beschlusskammer bewertet hat, eine Beeinträchtigung anderer – z.B. FttX- bzw. Open-Access-Anbieter dar. Im Gegenteil: Durch die Stimulierung des Marktes für deutlich höherbitratige Anschlüsse werden solche Ausbaupläne gerade unterstützt. So ermöglicht das Kontingentmodell sowohl potentiellen Infrastrukturausbauern als auch die Nachfrage antreibenden Dienstewettbewerbern den Aufbau eines eigenen Kundenstamms mit hohen Bandbreiten. Mit diesem Kundenstamm kann das Risiko des Aufbaus eines eigenen Netzes oder ein entsprechendes Co-Invest für den gemeinsamen Glasfaser-Ausbau eines Netzbetreibers und Nachfragers deutlich reduziert werden.

Dabei ist das Kontingentmodell vor allem deshalb der richtige Ansatz, weil der weitere Netzausbau graduell zu einer stetig steigenden Verfügbarkeit immer höherer Bandbreiten führen wird, nicht aber sprunghaft durch einen Technologiewechsel. Eine höhere Bandbreitenpenetration ist Voraussetzung, um eine wirtschaftliche Auslastung der Netze der Zukunft (FttX) vorzubereiten. Der VDSL-Kunde von heute, der Dienste mit Bandbreiten zwischen 25 und 50 MBit/s nutzen kann, wird insoweit der FttX-Kunden von Übermorgen sein.



Dabei hilft ein gewonnener VDSL-Kundenstamm auch, die wettbewerbliche Netzausbauplanung zu erleichtern, da Lücken im eigenen Glasfasernetz mit VDSL versorgt werden können und zusätzlicher Glasfasernetzausbau in Regionen angeregt wird, die eben nicht mit VDSL erschlossen sind. Damit wird die Grundlage für eine schnellere Auslastung und Profitabilität neuer FttX-Infrastrukturen sichergestellt. Das gilt insbesondere für Stadtnetze, regionale Netze und damit verbundene Open-Access-Modelle.

Für die 1&1 als Nachfrager ergäbe sich mit dem Kontingentmodell die Möglichkeit, bundesweit VDSL-Kunden zu gewinnen, welche als Kunden für neu entstehenden NGA-Netzwerke zur Verfügung stehen. Dem gegenüber ist ein bundesweites FttX-Netz, auch nicht im Zusammenspiel vieler kleinerer Netze, derzeit und in absehbarer Zukunft nicht verfügbar. Insoweit ist VDSL die fehlende Sprosse in der Infrastrukturleiter für den Endkunden hin zu Glasfaser.



Die Untersagung von Kontingentmodellen wird die Erfolgchancen von FttX-Infrastrukturen jedoch nicht stärken, sondern schwächen, denn die Herausforderung liegt in erster Linie auf der Nachfrageseite, um die notwendige Netzauslastung für eine Amortisation der Investitionen zu erlangen. Die Investitionsrisiken bei FttX-Projekten wären deutlich geringer, wenn sie frühzeitig mit einer planbaren und mit Mengenzusagen versehenen Vorleistungs-Nachfrage von Diensteanbietern rechnen könnten. Eine solche Nachfrage ist insbesondere dann zu erwarten, wenn die Endkundenpartner bereits über einen an hochbreitbandigen Produkten interessierten Kundenstamm verfügen. Dies ist heute bei den Diensteanbietern wegen der mangelnden Wettbewerbsfähigkeit von VDSL-Produkten nicht der Fall.

Auch die vermeintlich lange Bindungswirkung, sei sie rechtlich oder faktisch, widerspricht dem nicht. Denn das Kontingentmodell bindet eine bestimmte Leitung nicht an die Vorleistungslieferanten Telekom. Im Gegenteil, die Nachfrager können jederzeit (1), sogar während der Vertragslaufzeit den einzel-



nen Kunden auf andere Vorleistungslieferanten schwenken. Auf diese Weise wird die Überführung von Kunden auf in Zukunft entstehende noch leistungsfähigere und effizientere Infrastrukturen durch das Kontingentmodell nicht behindert und stellt damit keine Marktverschließung dar. Es bleibt lediglich die Verpflichtung, entsprechend der Mengenzusagen andere Kunden für die hohen Bandbreiten zu begeistern und damit den Gesamtmarkt zu befeuern. Insoweit liegen keinerlei Verkaufsbeschränkungen in Bezug auf den Endkunden vor.

#### VI. Endkundenvorteil und Breitbandstrategie der Bundesregierung

Auch aus Sicht der Endkunden stellt die verstärkte Vermarktung von bandbreitenstärkeren Anschlüssen einen deutlichen Mehrwert dar. Neben dem Geschwindigkeitsvorteil erwartet 1&1 das Entstehen neuer Dienste und Nutzungsmöglichkeiten. Mehrwert für die Endkunden wird in der Folge zusätzliche Nachfrage und erneute Dienstangebote entstehen lassen. Mit dem Kontingentmodell werden die Endkunden, wenn sie den Mehrwert für sich erkennen, an ein höheres Bandbreitenniveau herangeführt. Wettbewerbliche Angebote sichern dabei auch und gerade bei höheren Bandbreiten attraktive Dienste und attraktive Preise für den Endkunden, die wiederum Schlüssel für die notwendige Nachfrage sind.

Das zeigen nicht zuletzt die Erfahrungen von 1&1 mit der spezifischen Kundengruppe kleiner und mittelständischer Gewerbetreibender, die gerade im Bereich der von 1&1 offerierten E-Business-Lösungen zu unserer speziellen Zielgruppe gehören. Die Möglichkeiten für diese Kundengruppen bei deutlich höherer VDSL-Verbreitung bedeuten auch Zugang zu deutlich gesteigerten Effizienz- und Wertschöpfungspotenzialen mit einem entsprechenden gesamtwirtschaftlichen Mehrwert.

#### VII. Zusammenfassung

Zusammenfassend eröffnet das Kontingentmodell verschiedene wettbewerbsrelevante Vorteile: Belegung des Breitbandmarktes oberhalb von 16 MBit, Nachfrageentwicklung durch Dienstwettbewerb, VDSL-Brückentechnologie als Grundlage für den Glasfaserwettbewerb, Ermöglichung eines intermodalen Wettbewerbs und eine bessere Wettbewerbs-Struktur gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen Telekom, sowie schließlich für alle Investitionsträger der Erhalt der Möglichkeit zur nachträglichen Risikoverteilung nach erfolgtem Netzausbau.

Diesen Vorteilen steht ein abstraktes Risiko für einen auf Bundesebene bisher nicht oder kaum stattgefundenen wettbewerblichen VDSL-Ausbau gegenüber. Sollte dieses Risiko zur konkreten Gefahr erstarken, so hat die Beschlusskammer ein Instrumentarium, um mit Sofortmaßnahmen den Missbrauch kurzfristig im Eilverfahren und langfristig durch Modifikation der Regulierungsverfügung Markt 5 abzustellen. Sollte die Beschlusskammer die Wettbewerber – das umfasst auch die derzeit aktiven FttX-Anbieter – vor langfristig selbstschädigendem Verhalten schützen wollen, so gilt auch in diesem Falle das bereits Gesagte. Folglich liegt das Kooperationsmodell bei einer Gesamtabwägung im öffentlichen Interesse und darf deshalb nicht untersagt werden.

Falls Sie Rückfragen haben, kommen Sie bitte gerne auf uns zu.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Wolf Osthau  
Head of Corporate & Regulatory Affairs

Dr. Robert Schönau  
Expert Regulatory Affairs



BREKO | Reuterstraße 169 | 53113 Bonn

Per Fax: 0228 - 14 6463

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Tele-  
kommunikation, Post & Eisenbahnen  
Beschlusskammer  
Im Tulpenfeld 4  
53113 Bonn

tel.: +49 228 24999-70  
Fax: +49 228 24999-72  
breko@brekoverband.de

02. Mai 2012

BK3b-12-001

**Nachträgliche Entgeltkontrolle eines von der Telekom Deutschland GmbH angezeigten VDSL-IP-Bitstrom-Kontingentsmodells**

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,  
sehr geehrte Damen und Herren,

Im Verfahren zur Dauerhaftmachung der durch die Beschlusskammer getroffenen einstweiligen Entscheidung betreffend das VDSL-Bitstrom-Kontingentsmodell der Telekom verweisen wir zunächst auf unsere Stellungnahme zum Eilverfahren vom 12.03.2012.

Wir möchten betonen, dass sich der BREKO damit nicht grundsätzlich gegen Kontingentsmodelle der Betroffenen wendet. Vielmehr können solche Modelle sinnvoll sein, um Vorleistungsnachfrager an einem Investitionsrisiko angemessen zu beteiligen. Zudem kann ein Kontingentsmodell auch dazu beitragen, die Wettbewerbsfähigkeit der Vorleistungsnachfrager gegenüber den (nicht regulierten) Kabelnetzbetreibern wiederherzustellen. Dies würde aber voraussetzen, dass ein entsprechendes Modell konsistent alle Vorleistungsbereiche einschließt und sich nicht auf ein einzelnes Vorleistungsprodukt beschränkt.

Unabhängig davon müssen Kontingentsmodelle eines marktbeherrschenden Unternehmens den folgenden Anforderungen genügen:

- **Diskriminierungsfreiheit:** die Größe der Kontingente und die darauf bezogenen Rabatte dürfen nicht so zugeschnitten sein, dass davon nur einige wenige Vorleistungsnachfrager profitieren können. Vielmehr muss jeder Vorleistungsnachfrager, der bereit ist, sich durch die Vereinbarung einer festen Abnahmemenge am Investitionsrisiko zu beteiligen, auch diskriminierungsfrei in den Genuss einer Rabattierung kommen können. Einzig die Existenz eines funktionierenden Sekundärmarktes könnte hier die Rechtfertigung für eine

Ralf Kleint, Präsident  
Johannes Pruchnow, Vizepräsident  
Dr. Stephan Albers, Geschäftsführer

Commerzbank AG Bonn  
BLZ 380 400 07  
Konto 100 448 000

USt. Id.Nr.: DE217741915  
Bonn-Außenstadt 206/5893/1012  
www.brekoverband.de

Aufweichung des Grundsatzes der Diskriminierungsfreiheit der Angebote der TDG sein. Hierzu müsste ein Kontingentmodell zum einen wholesalefähig sein, zum anderen müssten alternative Anbieter das Modell nachfragen, die ein Geschäftsmodell darin sehen, kleinere Anbieter an den Mengenrabatten zu beteiligen.

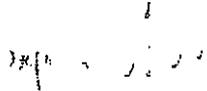
- Keine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Vorleistungsanbieter: das Kontingentmodell eines marktbeherrschenden Anbieters darf nicht so ausgestaltet sein, dass durch eine davon ausgehende Sog- und Bindungswirkung andere Vorleistungsanbieter vom Markt verdrängt werden bzw. gar nicht erst in den Markt eintreten können. Hierzu geben die im allgemeinen Kartellrecht entwickelten Grundsätze zu den rechtlichen Grenzen einer Sog- und Bindungswirkung von Rabatt- und Kontingentmodellen eine gute Leitlinie. Weiter sind die Besonderheiten des Telekommunikationsmarktes, in dem zur Zeit viele Unternehmen in den Aufbau von leistungsfähigen Infrastrukturen investieren und ihrerseits auf eine gute Netzauslastung im Rahmen von Open-Access-Konzepten angewiesen sind, bei der Bewertung zu berücksichtigen. Ein wesentlicher Aspekt dieser Marktschließung sind die hohen Kosten, die bei Kündigung von Anschlüssen und Migration auf andere Infrastrukturen entstehen. Zudem ist im vorliegenden Modell nicht vorgesehen, regional begrenzt aus dem Kontingentvertrag austreten zu können. Dies verbaut alternativen Anbietern den Weg, die Nachfrage von verschiedenen Unternehmen, die bislang auf der DTAG-VDSL-Infrastruktur aufgesetzt haben, auf einen alternativen Infrastrukturbetreiber in einer Stadt zu wechseln.
- Keine Kosten-Kosten-Scheren: schließlich dürfen durch Kontingentmodelle eines marktbeherrschenden Unternehmens keine Kosten-Kosten-Scheren zu Lasten solcher Unternehmen entstehen, die für ihr Geschäftsmodell andere Vorprodukte des Marktbeherrschers in Anspruch nehmen. Insofern wäre bei Einführung eines VDSL-Bitstream-Kontingentmodells ggf. auch eine unverzügliche Anpassung des TAL-Preises erforderlich.

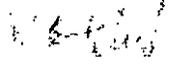
**BREKO**

Seite 3

Unter den genannten Voraussetzungen kann ein VDSL-Bitstrom-Kontingentmodell durch die Betroffene grundsätzlich eingeführt werden. Allerdings genügt das vorliegende Modell nach Auffassung des BREKO diesen rechtlichen Ansprüchen nicht. Für die diesbezüglichen Einzelheiten verweisen wir auf unsere Stellungnahme im Eilverfahren vom 12.03.2012.

Mit freundlichen Grüßen

  
Dr. Stephan Albers  
Geschäftsführer

  
Benedikt Kind.  
Regulierungsverfahren & Kommunikation

**EWE**

EWE TEL GmbH | Postfach 25 09 | 26015 Oldenburg

Bundesnetzagentur  
Beschlusskammer  
Postfach 8001  
53105 Bonn

Sie erreichen uns:

✉ EWE TEL GmbH  
Cloppenburger Straße 310 | 26133 Oldenburg  
☎ Tel. 0441 8000-3820 | Fax 0441 8000-3899  
✉ andrea.weissenfels@ewe.de | www.ewe.de  
Ihr Ansprechpartner: Andrea Weißenfels  
Ihre Zeichen/Nachricht: BK 3b-12/001

02.05.2012

BK 3b-12/001

**Nachträgliche Entgeltkontrolle eines von der Telekom Deutschland GmbH angezeigten VDSL-IP-Bitstrom-Kontingentsmodells**Sehr geehrter Herr Wilmsmann,  
sehr geehrte Damen und Herren,

wie bereits in unserer Stellungnahme vom 12.03.12 und in der mündlichen Verhandlung am 25.04.12 ausgeführt, begrüßt die EWE TEL GmbH (im Folgenden: EWE TEL) die Einführung eines nicht-missbräuchlichen VDSL-Bitstrom-Kontingentsmodells.

Ein aus Sicht von EWE TEL akzeptables Kontingentsmodell müsste daher folgende Voraussetzungen erfüllen:

**1. Entgelte**

Die Entgelte entsprechen dem Maßstab des § 28 TKG.

Die Beschlusskammer hat in Ihrem Beschluss vom 02.04.12 die Nachbildbarkeit der Preise für Wettbewerber ausführlich geprüft. EWE TEL würde es begrüßen, wenn die Beschlusskammer gemäß § 38 Abs. 4 TKG entsprechend ihren Erkenntnissen Entgelte festlegen würde, die dem Maßstab des § 28 TKG entsprechen.

**2. Kontingent/Mindestabnahme**

Die Kontingente werden auf kleinere Abnahmegebiete bezogen.

Um nicht die regionalen Telekommunikationsanbieter wie EWE TEL zu diskriminieren, müsste das Kontingentsmodell eine auf Ortsnetze bezogene Abnahme ermöglichen. Alternativ wäre es für EWE TEL auch eine Ausgestaltung vorstellbar, die in gewissem Umfang (z.B. 10 %) Buchungen außerhalb des gebuchten Kontingents zulässt.

Anschlüsse, die über HVt realisiert werden, sollten bei Bedarf aus dem Kontingent herausgenommen werden dürfen.

Darüber hinaus möchten wir noch einmal betonen, dass die Einführung eines Kontingentmodells für EWE TEL von hoher Wichtigkeit ist. Als Unternehmen, das nicht nur Nachfrager, sondern auch Anbieter von VDSL-Bitstromzugangsleistungen ist, ist EWE TEL an einem Zugangs- und Preismodell interessiert, das möglichst einem Marktstandard entspricht, reziprok ausgestaltet werden kann und diskriminierungsfrei ist. Diese Kriterien könnten mit einem Kontingentmodell erfüllt werden.

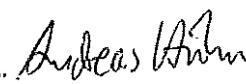
Auch den Regulierungszielen des TKG 2012 würde ein um die vorgenannten Punkte angepasstes Kontingentmodell entsprechen. Insbesondere den in § 2 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 5 und Abs. 3 Nr. 4 TKG 2012 genannten Zielen würde mit einem Kontingentmodell Rechnung getragen. Da aus Sicht von EWE TEL mit einem infrastruktur-basierten VDSL-Ausbau von Wettbewerbern jedenfalls in den verfahrensrelevanten Regionen nicht zu rechnen ist, steht dies auch nicht im Widerspruch zu § 2 Bas. 3 Nr. 3 TKG 2012.

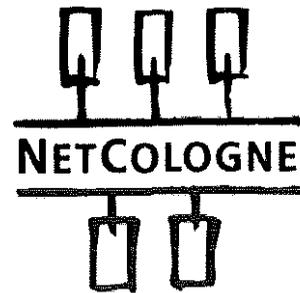
Die Ansicht der Beschlusskammer, dass ein Kontingentmodell den BSA-Markt (Layer 3) für Wettbewerber verschließen würde, teilen wir nicht. Sofern es wirtschaftlich sinnvoll oder attraktiv wäre, in den von der Telekom Deutschland GmbH mit VDSL erschlossenen Gebieten eigene VDSL-Infrastruktur zu errichten, hätten sich im Laufe der letzten Jahre diesbezüglich Wettbewerbsaktivitäten abzeichnen müssen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Für den Aufbau einer parallelen VDSL-Infrastruktur sind Marktanteile erforderlich, die in wettbewerbsintensiven Ballungsgebieten nicht erreicht werden können. Gerade aus diesem Grund ist es sinnvoll, mit neuen Preismodellen einen Anreiz dafür zu schaffen, dass vorhandene Infrastruktur besser ausgelastet wird. Hierzu würde sich ein Kontingentmodell unseres Erachtens gut eignen.

Schließlich möchten wir unsere Stellungnahme vom 12.03.12 bezüglich des Investitionsrisikos klarstellen. Es hätte dort unter c) heißen müssen: „Bei bereits mit Glasfaser angebundenen KVz besteht im Gegensatz zur erstmaligen Erschließung ein solches Risiko nicht automatisch, so dass sich auch die Wettbewerbskonformität eines einseitigen Kontingentmodells nicht automatisch aus dem grundsätzlichen Interesse von EWE TEL und anderen Unternehmen an einer entsprechenden Preislogik ergibt.“ Aus unserer Sicht ist es sehr wohl möglich, dass aufgrund der Abschreibungsdauer und geringer Auslastung auch bei bereits angebundenen KVz noch ein Investitionsrisiko besteht. Ob und in welcher Höhe dies der Fall ist, obliegt der Prüfung der Beschlusskammer.

Freundliche Grüße

ppa   
Matthias Büning

i.A.   
Andreas Hühn



NETCOLOGNE GmbH – Am Coloneum 9 - 50829 Köln

Bundesnetzagentur  
Beschlusskammer 3  
Postfach 80 01

53105 Bonn

RA Patrick Helmes  
Bereichsleiter  
Unternehmenskommunikation |  
Recht & Regulierung  
☎ 0221 / 22 22 – 128  
Fax 0221 / 22 22 – 5255  
[p.helmes@netcologne.de](mailto:p.helmes@netcologne.de)

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

*Diese Stellungnahme enthält KEINE Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.*

2. Mai 2012

BK3c-12/001

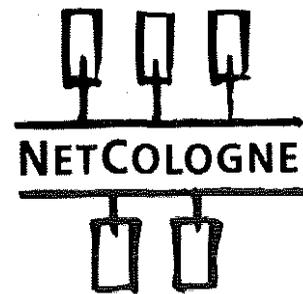
Konsultationsentwurf wegen der nachträglichen Regulierung von Entgelten gemäß § 38 betreffend das am 17.01.2012 angezeigte VDSL-IP-Bitstrom Entgeltmodell, hier: „Dauerhaftmachung“ der mit Beschluss vom 2.4.2012 vorläufigen Maßnahmen

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

im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 25.04.2012 nehmen wir gern die Möglichkeit wahr, den Standpunkt der NetCologne auch schriftlich für die Verfahrensakten festzuhalten. Wir haben bereits im Nachgang zur mündlichen Verhandlung vom 27.02.2012 folgende Positionen schriftlich vorgetragen und begründet:

1. Zu erwartende positive Wirkungen von Kontingentverträgen zur Förderung des NGA-Ausbaus
2. Größe der Kontingente – für NetCologne zutreffend
3. Keine generellen Preissenkungen für BSA-Regelprodukte

Auch in Kenntnis der Begründung des Untersagungsbeschlusses vom 02.04.2012 ergeben sich für NetCologne keine Argumente dafür, von den oben genannten Positionen abzuweichen. Um Wiederholungen zu vermeiden, nehmen wir auf den bisherigen Vortrag nochmals Bezug. Da sich jedoch aus dem Beschluss eine Konsequenz



für die von NetCologne angestrebte Kooperation mit der Deutschen Telekom ableiten könnte, die aus unserer Sicht nicht mit dem Ziel der Förderung des Ausbaus von NGA-Netzen in Einklang stehen würde, bitten wir um eine diesbezügliche Klarstellung.

Wir regen daher an, in dem endgültigen Beschluss die Feststellung zu treffen, dass individuell vereinbarte, reziprok ausgestaltete Kontingentmodelle im Rahmen von Kooperationen zwischen der Betroffenen und NGA-Infrastrukturbetreibern von der Untersagungsverfügung nicht betroffen sind.

Hilfsweise regen wir an, die Untersagungsverfügung nicht dauerhaft zu machen.

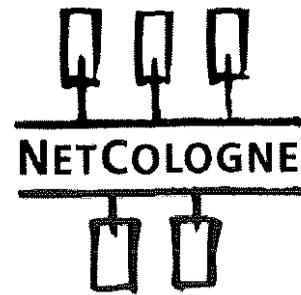
Im Einzelnen:

1. Sind Kontingentmodelle der Betroffenen über VDSL-IP-BSA grundsätzlich unzulässig?

Weite Passagen der Beschlussbegründung lassen den Schluss zu, dass Kontingentmodelle der Betroffenen über VDSL-IP-BSA als grundsätzlich unzulässig abzulehnen sind. Unabhängig davon, dass die konkrete vertragliche Ausgestaltung eines Kontingentmodells auf rechtlich-regulatorische Bedenken stoßen kann und Anpassungen erforderlich machen könnten, so muss es der Betroffenen grundsätzlich erlaubt sein, im Rahmen von Kooperationen ein neben dem regulären Preismodell abweichendes Preismodell zu etablieren oder jedenfalls zu erproben. Etwaige Kooperationen waren nicht Gegenstand des Verfahrens, wie die Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung vom 27.02.2012 hinwies. Der Beschluss entbehrt jedoch einer Klarstellung, dass Kontingentmodelle im Rahmen von Kooperationen nicht betroffen sind und ggf. gesondert zu bewerten sind.

2. Erneute Prüfung der sachlichen Rechtfertigung §§ 28 Abs. 1 S.2 letzter HS, 38 Abs. 1 S.1 TKG

Hilfsweise müssen wir feststellen, dass der Beschluss nicht ausreichend auf die sachliche Rechtfertigung im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit des Kontingentmodells mit § 28 TKG eingeht. Der Beschluss lässt die Betrachtung des Kontingentmodells im Rahmen von Kooperationen völlig außer Betracht. Er setzt sich nicht mit den möglichen Vorteilen auseinander, die das Kontingentmodell im Rahmen von Kooperationen in Bezug auf die Erreichung der Breitbandziele der Bundesregierung haben könnte. Immerhin sollen bis 2014 für mindestens 75 % der Haushalte Bandbreiten bis 50 MBit/s zur Verfügung



stehen. Das erfordert schnellstes und konsequentes Handeln aller Beteiligten und Nutzung aller Möglichkeiten für eine Marktdurchdringung mit Breitbandanschlussprodukten. Die Vereinbarung von Kontingenten im Rahmen von Kooperationen im Hinblick auf Ausbau und Vermarktung von NGA-Infrastrukturen wären ein wichtiger Beitrag, die Anstrengungen für eine Zielerreichung zu intensivieren.

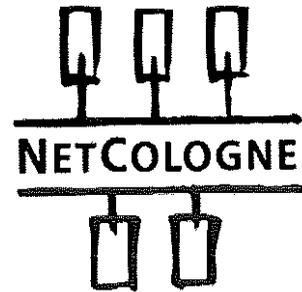
Im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung ist neben dem Regulierungsziel des chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr.2 TKG) auch das Ziel Infrastrukturinvestitionen zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr.3 TKG) genauer zu betrachten.

Dies auch bereits mit Blick auf die im neuen TKG geplanten erweiterten Regulierungsziele, wonach der Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen ist (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG-NEU). Bei der Verfolgung der Regulierungsziele soll die Bundesnetzagentur effiziente Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen auch dadurch fördern, dass sie dafür sorgt, dass bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird, und dass sie verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Aufteilung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsbegehrenden zulässt (§ 2 Abs. 3 Nr.4 TK-NEU).

Nach unserer Auffassung stehen die Wertungen, die die Europäische Kommission in ihrer NGA-Empfehlung trifft, einer sachlichen Rechtfertigung nicht entgegen. Der NGA-Empfehlung ist nicht zu entnehmen, dass die in Anhang 1 gebildeten Grundsätze zwingend auch im Rahmen von Kooperationen gelten. Auch ist dieser nicht zu entnehmen, dass nur bei „Neuinvestitionen“ (d.h. bei noch nicht bestehenden Anschlüssen) untersucht werden müsste, ob mit einer solchen Investition beachtliche Risiken verbunden wären.

Investitionsrisiken bestehen nicht nur zum Zeitpunkt vor der Errichtung eines NGA-Netzes. Die Investitionsrisiken dauern bis zur Amortisation an, wobei sich Risiken ggf. über die Zeit verringern können. In der Begründung des Regierungsentwurfs zum TKG 2012 wird zu den neuen Regelungen der § 30 Abs. 3 Sätze 3-5 TKG 2012 (Entgeltdifferenzierung bei ex-ante-Entgeltregulierung im Falle von NGA-Netzen) klargestellt, dass die Bundesnetzagentur keineswegs nur Risikobeteiligungsmodelle bei noch nicht errichteten Infrastrukturen unterstützen soll. Vielmehr besteht die Möglichkeit, bei späteren Investitionen eine Entgeltdifferenzierung je nach Einstiegszeitpunkt vorzunehmen:

*„Eine Entgeltdifferenzierung im Sinne des § 30 Absatz 3 Satz 4 kann sich auf verschiedene Arten herausbilden. Zum einen gibt § 30 Absatz 3 Satz 4 der BNetzA die Möglichkeit, im Rahmen der*



*Entgeltregulierung selbst mehrere  
Vertragsoptionen (z. B. unterschiedliche  
Laufzeiten) mit unterschiedlicher Übernahme des  
zum Verfahrenszeitpunkt noch verbliebenen  
Restrisikos und entsprechend unterschiedlichen  
Entgelten festzulegen.“*  
BT Drs. 17/5707, S. 61

Daher kann aus unserer Sicht das Argument der Untersagungsverfügung (S. 35) nicht aufrechterhalten werden, dass nur bei „Neuinvestitionen“ (d.h. bei noch nicht bestehenden Anschlüssen) untersucht werden müsste, ob mit einer solchen Investition beachtliche Risiken verbunden wären.

Mit freundlichen Grüßen

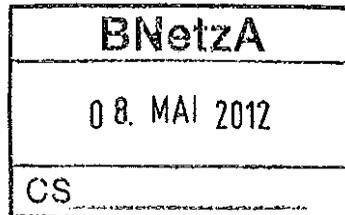
ppa. Patrick Helmes  
Bereichsleiter Unternehmenskommunikation |  
Recht & Regulierung

i. A. Romy Förster  
Abteilungsleiterin  
Recht & Regulierung

B · B · O · R · S | KREUZNACHT Postfach 101402 D-40005 Düsseldorf

Bundesnetzagentur für  
Elektrizität, Gas, Telekommunikation,  
Post und Eisenbahnen  
Beschlusskammer 3  
Herrn Vorsitzenden  
Ernst-Ferdinand Wilmsmann  
Tulpenfeld 4

53113 Bonn



*vorab per Telefax*

Sekretariat  
Frau Hilgers Tel: -243 / Fax: -200  
raedler@bbors-kreuznacht.de

Unser Zeichen  
3601/12  
D199168

Düsseldorf  
07. Mai 2012

**VDSL-IP-Bitstrom Kontingentmodell der Telekom Deutschland GmbH;  
Verfahren zur Dauerhaftmachung der vorläufigen Maßnahmen,  
BK3b-12/001;**

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,  
sehr geehrte Damen und Herren,

für die beigeladene Telefónica Germany nehmen wir im o.g. Konsultationsverfahren nach der mündlichen Verhandlung nochmals die Gelegenheit zur Stellungnahme wahr.

Telefónica Germany hält auch nach der mündlichen Verhandlung daran fest, dass die vorläufigen Maßnahmen vom 02.04.2012 zur Untersagung des VDSL-Kontingentmodells der Telekom nicht mit dem TKG vereinbar sind und darüber hinaus auch nicht dem Ziel der Förderung eines nachhaltigen Wettbewerbs in dem Segment hochbreitbandiger Bitstrom-Anschlüsse dienen. Insoweit wird auf die bereits eingereichte Stellungnahme vom 23.04.2012 Bezug genommen.

DÜSSELDORF  
Roland Bornhofen  
Dr. Jens Buchta  
Thomas A. Oerter  
Dr. Peter Rädler, LL.M.  
Dipl.-Ing. Manfred Pohl  
Dr. Kai-Peter Ott  
Dr. Jutta C. Möller  
Thomas Lübking  
Sibylle Anschütz, LL.M.  
Michael Neumann  
Dr. Carolin Küll, LL.M.  
Michael Kappelhoff

MÜNSTER  
Dr. Frank Kreuznacht  
Dr. Hans-Peter Schmies  
Thore Voß  
Günter Kossmehl  
Arnis Drille  
Christiane Rochau  
Sandra Garbitz

Immermannstraße 40  
D-40210 Düsseldorf  
Telefon +49 (0)211 88297-297  
Telefax +49 (0)211 88297-200  
duesseldorf@bbors-kreuznacht.de

Wie in den Stellungnahme vom 12.03.2012 und 23.04.2012 zum Ausdruck gebracht, würde Telefónica Germany es daher begrüßen, wenn die Beschlusskammer den Gestaltungsspielraum für ein mit § 28 TKG konformes Entgeltmodell verdeutlichen und Telekom diese Hinweise nutzen würde, um eine entsprechende Umgestaltung des bisher angezeigten VDSL-Kontingentmodells vorzunehmen. Sollte die Beschlusskammer allerdings im Ergebnis an ihren vorläufigen Maßnahmen zur Untersagung des VDSL-Kontingentmodells festhalten wollen, wäre jedenfalls die Begründung für eine solche Untersagung in verschiedenen zentralen Punkten zu ändern. Formal sieht die Beschlusskammer zwar vor, ihre vorläufigen Maßnahmen i.S.v. § 12 Abs. 2 Nr. 4 Satz 1 TKG gem. Satz 3 dieser Bestimmung „dauerhaft zu machen“. Dies verlangt allerdings nicht, dass hierfür in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auch dieselbe Begründung maßgeblich sein müsste.

Aus Sicht von Telefónica Germany geht die Begründung der vorläufigen Maßnahmen vom 02.04.2012 deutlich über eine rechtliche Beurteilung hinaus, die zur Untersagung des fraglichen VDSL-Kontingentmodells Stand 01.04.2012 gem. der Entgeltanzeige der Telekom vom 16.01.2012 erforderlich wäre. Soweit die Beurteilung der Beschlusskammer in Ihren vorläufigen Maßnahmen vom 02.04.2012 nicht auf das konkrete Entgeltmodell beschränkt ist, besteht die Gefahr, dass die Entscheidung – möglicherweise entgegen der Intention der Beschlusskammer – eine langfristige faktische Sperrwirkung gegen anreizorientierte Entgeltmodelle im allgemeinen und gegen Mengenrabatte für VDSL-Bitstrom-Anschlüsse im besondern bewirkt. Vor dem Hintergrund dieser Besonderheiten hält Telefónica Germany es für angebracht, der Beschlusskammer die insoweit relevanten Passagen der Begründung der vorläufigen Maßnahmen vom 02.04.2012 aufzuzeigen und Änderungsvorschläge zu unterbreiten. Hierbei ist zu betonen, dass die alternativen Begründungsansätze rein vorsorglich für den Fall erfolgen, dass die Beschlusskammer im Ergebnis an ihren vorläufigen Maßnahmen vom 02.04.2012 festhalten wollte.

Mit dieser Maßgabe regt Telefónica Germany an, die Begründung der vorläufigen Maßnahmen vom 02.04.2012 im Beschluss zur Dauerhaftmachung dieser Maßnahmen in folgenden Punkten zu ändern:

#### **1. Vereinbarkeit mit § 28 TKG**

Telefónica Germany regt an, in den einleitenden Passagen zur fehlenden Vereinbarkeit des VDSL-Kontingentmodells mit § 28 TKG deutlicher hervorzuheben, dass die Entscheidung auf das angezeigte Rabattmodell beschränkt ist

und daher keine Präjudizwirkung für anders gestaltete Rabattmodelle für VDSL-Bitstrom-Anschlüsse beinhaltet.

### **3.1.2 Entgelte genügen nicht dem Maßstab des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG**

Die angezeigten Entgelte genügen nicht dem Maßstab des § 28 TKG. Gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 2 TKG darf ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, diese Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich ausnutzen. Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise beeinträchtigen, es sei denn, dass für diese Verhaltensweise eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird.

Im vorliegenden Fall beeinträchtigt das von der Betroffenen vorgesehene Rabattsystem **in der angezeigten Fassung** die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem bundesweiten Layer-3-Bitstrommarkt sowie auf dem Resale- und dem Endnutzermarkt für die Überlassung von (breitbandigen) Festnetzanschlüssen mit Internetnutzung in erheblicher Weise, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen worden wäre.

Angesichts des derart festgestellten Missbrauchs kann dahin stehen, ob darüber hinaus weitere eigenständige Missbrauchstatbestände etwa in Gestalt einer aktuellen Kosten-Kosten-Schere (§ 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG) oder in Form von Diskriminierungen zwischen kleinen und großen, zwischen regionalen und bundesweiten oder zwischen internen und externen Nachfragern (§ 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG) gegeben sind. Teilaspekte der Kosten-Kosten-Schere-Prüfung finden allerdings Eingang in die nachfolgende Untersuchung des Rabattsystems. Entgegen den Befürchtungen der Beigeladenen zu 6. liegen der Beschlusskammer keine Erkenntnisse für eine absehbare Gefahr von Preis-Kosten-Scheren (PKS) vor. Eine PKS wäre zu vermuten, wenn die Spanne zwischen dem Entgelt, welches die Betroffene den Wettbewerbern in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endnutzerpreis nicht ausreichend wäre, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen (§ 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Ein solcher Effekt kann perspektivisch schon deshalb nicht erwartet werden, als durch die im Kontingentsmodell vorgesehenen Preisreduzierungen die Vorleistungskosten im Vergleich zu den im IP-BSA-Standardangebot vorgesehenen Preisen sinken und damit der Abstand zwischen Endkunden- und Vorleistungspreisen wächst. Eine konkurrenzfähige Nachbildbarkeit von VDSL-Endkundenangeboten der Betroffenen hatte die Beschlusskammer im Übrigen - allerdings beschränkt auf das Geschäftsmodell von MFG-Vorleistungsnutzern - bereits im Rahmen eines diesbezüglichen Anordnungs- und Genehmigungsverfahrens ausführlich dargestellt,

siehe hierzu Beschluss BK 3a-111009 vom 02.11.2011, S. 53ff.

**Die getroffene Entscheidung bezieht sich entsprechend ihrem Verfah-**

rensgegenstand allein auf das im Schreiben der Betroffenen vom 16.01.2012 angezeigte VDSL-Bitstrom-Kontingentsmodell und die hierauf bezogene Klarstellung im Email vom 23.02.2012. Die vorliegende Entscheidung präjudiziert nicht die Frage, ob ein anders gestaltetes Rabattsystem mit einer Mengenverpflichtung bei der Abnahme von VDSL-Bitstrom-Anschlüssen mit den Maßstäben in § 28 TKG vereinbar ist.

## **2. Wettbewerbslage auf dem Layer-3-Bitstrommarkt**

In den Ausführungen zur Wettbewerbslage sollten die gesetzgeberische Zielsetzung der Breitbandförderung in der TKG-Novelle 2012 und die Breitbandstrategie der Bundesregierung als politische Zielsetzung stärker voneinander getrennt werden. Auch VDSL-Anschlüsse mit 50 Mbit/s dienen erklärtermaßen den Zielen der Breitbandstrategie der Bundesregierung.

### **3.1.2.1.1 Wettbewerbslage beim Angebot hochbreitbandiger Bitstromanschlüsse**

...

Mit ihren bisherigen Zugangs- und Entgeltentscheidungen zur Bereitstellung und Überlassung etwa von HVt-TAL, KVz-TAL, Multifunktionsgehäusen, Schaltverteilern, Kabelkanälen und Glasfaseranbindungen hat die Bundesnetzagentur – unabhängig von der bislang fehlenden Durchsetzung am Markt - die für einen FTTX-Ausbau notwendigen regulatorischen Voraussetzungen geschaffen. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in der kurz bevorstehenden TKG-Novelle eine Reihe von Vorschriften und Instrumenten -- beispielsweise in den §§ 15a, 21, 28, 30, 32 und 77a bis 77e TKG-E -- vorgesehen, die den Aufbau von NGA-Netzen weiter erleichtern sollen. Hinter diesen Maßnahmen steht die Erwartung, dass in Zukunft breitflächig glasfaserbasierte Infrastrukturen per FTTX-Ausbau entstehen,

vgl. die Gesetzesbegründung zur TKG-Novelle, BR-Drucksache 129111, S. 1f.,

**Inhalt der Breitbandstrategie der Bundesregierung ist es, dass bis 2014 75 Prozent der Haushalte Anschlüsse mit Übertragungsraten von mindestens 50 Mbit/s zur Verfügung stehen mit dem Ziel, solche hochleistungsfähigen Breitbandanschlüsse möglichst bald flächendeckend verfügbar zu haben.**

sowie vgl. die Breitbandstrategie der Bundesregierung vom Februar 2009, S. 8, die Digitale Agenda der Kommission (KOM(2010)245endg.) vom August 2010 und die IKT-Strategie der Bundesregierung „Deutschland Digital 2015“ vom November 2010, zuletzt auch Demografiestrategie der Bundesregierung von April 2012, S. 47

VDSL-Anschlüsse der Betroffenen erreichen mit der derzeitigen Tech-

**nologie Übertragungsraten bis 50 Mbit/s. Höhere Übertragungsraten erfordern FTTB oder FTTH-Infrastrukturen. Sollte sich diese Erwartung erfüllen, wäre dies mit der weiteren Aussicht verbunden. Damit sich die politische Zielsetzung der Breitbandstrategie erfüllt, wäre es wirtschaftlich erforderlich, dass die - eventuell im Wege von Kooperationsmodellen zusammenarbeitenden - FTTX-Investoren dritten Nachfragern Bitstromanschlüsse anbieten würden. Denn ein FTTX-Ausbau verursacht hohe Fixkosten. Diese Fixkosten können letztlich nur amortisiert werden, wenn es den jeweiligen Unternehmen gelingt, im jeweils erschlossenen Anschlussbereich eine gewisse Mindestzahl von Anschlüssen abzusetzen. Letzteres wiederum würde - wie auch die Beigeladene zu 10. betont - wesentlich erleichtert, wenn die jeweils ausbauenden Unternehmen nicht nur eigene Anschlusskunden, sondern eben - per Bitstromzugang - auch Anschlusskunden dritter Unternehmen über das neu errichtete Netz versorgen könnten.**

In den nachfolgenden Passagen geht die Beschlusskammer aus Sicht von Telefónica Germany zu Unrecht davon aus, die Betroffene sei selbst verpflichtet, Anreize zur Erfüllung der politischen Zielsetzung der Breitbandstrategie der Bundesregierung zu setzen. Eine solche Verpflichtung ist dem TKG hingegen auch für ein SMP-Unternehmen nicht zu entnehmen. Die Hinweise auf die Zielsetzung der TKG zur „Offenhaltung von Märkten“ bildet – wie in der Praxis des Bundeskartellamt – ein wesentliches Kriterium bei der Interessenabwägung einer festgestellten Wettbewerbsbeeinträchtigung, kann aber nicht selbst eine Wettbewerbsbeeinträchtigung begründen.

Voraussetzung für das vorstehend entworfene Szenario ist freilich, dass sich zukünftig überhaupt Unternehmen finden lassen, die Breitbandanschlüsse von FTTX-Investoren abnehmen bzw. diese selbst erstellen würden. In dieser Hinsicht erscheint das von der Betroffenen angezeigte Kontingentmodell indes als Absatz- und Investitionshindernis für Dritte. ~~Denn es setzt gerade nicht, wie vom TKG-Gesetzgeber intendiert, Anreize für Investitionen in moderne Netze der nächsten Generation. Vielmehr~~ **Das angezeigte Rabattmodell erscheint der Beschlusskammer dazu geeignet, dass** wären in den Städten und Regionen, die wegen ihrer Dichtevorteile grundsätzlich als besonders lohnend für einen FTTX-Ausbau erscheinen, Bitstrom-Nachfrager bereits per Kontingentmodell an die Betroffene gebunden wären. **Zwar hat sich in diesen Städten ein FTTC-Ausbau von Wettbewerbern bisher nicht etabliert. Potenzielle FTTX-Investoren für FTTB/C-Infrastrukturen können auch aber nicht zuversichtlich sein, dass es ihnen innerhalb der elfjährigen Laufzeit des Kontingentmodells (achtjährige Hauptphase plus dreijährige Nachlaufphase) und trotz des bestehenden Sonderkündigungsrechts von Kunden im Kontingentmodell** gelingen kann, Bitstrom-Nachfrager von einer weiteren Inanspruchnahme der vereinbarten Kontingente abzuhalten und deren Nachfrage in spürbarem Maße auf die von ihnen gedoppelte bzw. - im FTTB- oder FTTH-Fall - sogar weiter ausgebaute hochbreitbandige Infrastruktur zu schwenken. Ebenso wenig bestehen **bei den kommerziellen Parametern des angezeigten Kontingentmodells** Anreize für Bitstrom-Nachfrager, selbst NGA-Infrastrukturen zu erstellen. Das Kontingentmodell kauft diesen Nachfragern in der angezeigten Aus-

**gestaltung** den Infrastrukturwettbewerb und damit einen wesentlichen Baustein für die Etablierung eines nachhaltigen und selbsttragenden Wettbewerbs ab.

An dieser wettbewerblichen Beurteilung ändert sich auch nichts dadurch, dass die tatsächliche künftige Angebotsentwicklung auf dem Layer-3-Bitstrommarkt nicht sicher zu prognostizieren ist. Die Unsicherheit resultiert daraus, dass neben der Bindung von Bitstrom-Nachfragern etwa auch die Zahlungsbereitschaft der Endkunden, die Liquidität des Kapitalmarkts und die von den Anteilseignern erwarteten Amortisationsdauern Auswirkungen auf die künftigen Investitionstätigkeiten haben werden. Die letztgenannten Parameter können von der Bundesnetzagentur indes kaum beeinflusst werden. ~~Dies ist aber auch nicht ihre Aufgabe. Aufgabe der Agentur im vorliegenden Zusammenhang ist es, wie sich namentlich aus den Regulierungszielen einer Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs und einer Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen ergibt und wie auch das Bundeskartellamt betont, für eine Öffnung und Offenhaltung von Märkten zu sorgen. Die Beschlusskammer hat im Rahmen des Merkmals der Wettbewerbsbeeinträchtigung insbesondere zu beurteilen, ob das in Rede stehende Verhalten objektiv geeignet ist, die Marktverhältnisse nachteilig zu beeinflussen, also einen Zustand herbeizuführen, der erfahrungsgemäß zu Risiken für den Wettbewerb führt. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen ist eine solche Eignung gegeben, wenn -- wie hier - erkennbar ist, dass das fragliche Verhalten marktverschließende Wirkungen hat.~~

...

### **3. Faktische Bindungswirkung durch Kontingentmodell**

In den Ausführungen zur faktischen Bindungswirkung des Kontingentmodells analysiert die Beschlusskammer die Wirkungen der Kontingentgröße und der Einmalzahlung als Bestandteil des angezeigten Kontingentmodells. Hierbei wäre jedenfalls die Bewertung des Sonderkündigungsrechts gemäß Ziffer 4.3.4 der Zusatzvereinbarung einzuschränken. Künftige Preisänderungen können nicht Gegenstand der vorliegenden Bewertung durch die Beschlusskammer sein. Zu verdeutlichen wäre, dass die Beschlusskammer davon ausgeht, das Sonderkündigungsrecht sei jeweils für das gesamte vereinbarte Kontingent auszuüben.

### 3.1.2.1.1.3 Faktische Bindungswirkungen des Kontingentmodells

An dieser Einschätzung ändert sich auch nichts aufgrund der in Ziffer 4.3.2 der Zusatzvereinbarung vorgesehenen Verhandlungsmöglichkeiten und Sonderkündigungsrechte. Zwar vermag eine Sonderkündigung aufgrund der in Ziffer 4.3.4 enthaltenen Regelungen zu einer Begrenzung des Verfalls von Einmalzahlungen führen und damit die Höhe der versunkenen Kosten beschränken. Voraussetzung ist dafür allerdings gemäß Ziffer 4.3.2, dass sich die Parteien zuvor nicht auf eine Vertragspassung haben einigen können. In solchen Verhandlungen – welche die Betroffene mit allen Nutzern des Kontingentmodells zeitlich parallel führen würde – könnte indes der Hinweis von Nachfragern auf alternative Bezugsmöglichkeiten die Betroffene veranlassen, den Nachfragern in entgelt- oder leistungseitiger Hinsicht – durchaus diskriminierungsfrei – entgegenzukommen und sie derart von einem Wechsel ab-zuhalten. Darüber hinaus ~~Dabei~~ erscheint es indes auch unrealistisch, dass sich ein Bitstrom-Nachfrager nur deshalb zu einer Kündigung der Zusatzvereinbarung zum Kontingentmodell entschließen sollte, weil er in bestimmten Anschlussbereichen Alternativ-Angebote erhält bzw. eine Eigenrealisierung in Erwägung zieht. Denn in den restlichen Regionen, in denen die Betroffene weiterhin und jedenfalls vorerst alleinige Anbieterin von VDSL-Bitstromleistungen bliebe, würde ein Nachfrager die Geschäftsbeziehung nicht beenden wollen. Für die Fortführung der Geschäftsbeziehung erweist sich das Kontingentmodell allerdings - wie unter Ziffer 3.1.2.1.1.2 gezeigt - als weitaus attraktiver als das reguläre Preismodell. Damit jedoch bestehen starke Anreize für den Nachfrager, in der Zusatzvereinbarung zum Kontingentmodell zu verbleiben. Die Beschlusskammer sieht daher in der nach Ziffer 4.3.2 enthaltenen Klausel ~~das~~ kein Instrument, welches in der Sorge potenzieller FTTX-Investoren um die Wechselbereitschaft von Bitstrom-Nachfragern ausräumen könnte, ~~wenn das Sonderkündigungsrecht nicht auch für einzelne von mehreren vereinbarten Regionen oder für einzelne Regionen eines zunächst bundesweit vereinbarten Kontingents ausgeübt werden kann.~~

## 4. Nachbildbarkeit der Preise vor Vertragsschluss

Die Beschlusskammer gelangt bei der Prüfung der Nachbildbarkeit der Preise des Kontingentmodells vor Vertragsschluss zu dem Ergebnis, dass eine Kosten-Kosten-Schere bestehe. Die Beschlusskammer sieht daher nicht die Möglichkeit anzunehmen, dass das Kontingentmodell keine wettbewerbswidrige Marktverschließung bewirke. Selbst bei der Beurteilung der Beschlusskammer ist allerdings zu verdeutlichen, unter welchen Voraussetzungen das Mischverhältnis von Kontingentfällen und zusätzlichen Anteilen des Standardpreismodells vorzunehmen wäre. Zudem ist jedenfalls im Rahmen der Erwägungen zur allgemeinen sachlichen Rechtfertigung außerhalb der NGA-Empfehlung eine sachliche Rechtfertigung der fehlenden Nachbildbarkeit zu prüfen. Sowohl nach den Erläuterungen der EU-Kommission zu den Prioritäten bei der Anwendung von Art. 82 (Rdnr. 43) als auch nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG

führt die fehlende Nachbildbarkeit nur bei fehlender sachlicher Rechtfertigung zu einer missbräuchlichen Marktverschließung.

#### 3.1.2.1.1.4.1.3 Ergebnis der Kostenbetrachtung

Die vorgenannten Kostenwerte für die unterschiedlichen technischen Erschließungsvarianten waren in einem abschließenden Schritt zu gewichten und den für den Kontingentbezug ermittelten Vorleistungskosten gegenüber zu stellen. Der daraus resultierende durchschnittliche Gesamtkostensatz entspricht der technologieneutralen Eigenrealisierung von VDSL-Anschlüssen durch alternative Anbieter.

Das letztlich seitens der Beschlusskammer herangezogene Mischungsverhältnis von 60% Anschlüssen über MFG-Erschließung sowie 35% bzw. 5% Anschlüssen über HVT-Kollokation im Nahbereich (respektive über Schaltverteilererschließungen) basiert zum einen auf Angaben der Antragstellerin und wird zum anderen von der prognostischen Einschätzung der potentiell technologisch zu realisierenden Anschlusszahlen getragen.

Bei Ansatz des vorgenannten Mischungsverhältnisses errechnet sich ein durchschnittlicher Gesamtkostensatz in Höhe von 19,66 € pro bereitzustellendem VDSL-Anschluss. Dieser Wert liegt damit um 0,12 € bis 0,42 € über dem aus dem Kontingentmodell resultierenden Stückpreis.

Entgegen der Betrachtungsweise der Betroffenen im Rahmen ihrer Tarifanzeige ist im Übrigen bei Durchführung des KKS-Tests kein weiteres Mischungsverhältnis von Kontingentfällen und zusätzlichen Anteilen des Standardpreismodells bei Vergleich mit den durchschnittlichen Kosten der Eigenrealisierung von VDSL-Anschlüssen durch alternative Anbieter angezeigt. Zwar würde dies - je nach den jeweiligen unterstellten Anteilen - ggf. zu einer Auflösung der KKS führen.

Demgegenüber ist bei sachlich korrekter Betrachtungsweise **aufgrund der anzunehmenden Nutzung des angezeigten Kontingentmodells** allerdings nur der direkte Kostenvergleich zu den aus dem Kontingentmodell resultierenden Bezugskonditionen gerechtfertigt. Denn alternative Anbieter können hinsichtlich ihrer Vorleistungskosten **jedenfalls dann eben nicht** auf einen teilweisen Vergleich mit einem höher bepreisten Wholesale-Produkt verwiesen werden, **wenn nicht anzunehmen ist, dass sie ihre Angebote in einzelnen Regionen oder gegenüber einzelner Nachfragern zum Preisniveau des Standardpreismodells der Betroffenen vertreiben können**. Sie müssen in diesem Fall vielmehr in der Lage sein, VDSL-Anschlüsse auf Basis der durchschnittlichen Kosten aus dem Kontingentmodell realisieren zu können. Da die bezogenen Mindestkontingente nach vertraglicher Vorsehung darüber hinaus ohnehin eine Verschiebung von Anschlüssen zwischen den regionalen Einzelkontingenten zulassen, ist der Beschlusskammer im Übrigen auch gar nicht offensichtlich, weshalb Vertragspartner des Kontingentmodells überhaupt noch weitere Bestellungen über das Standardpreismodell bei der Betroffenen tätigen sollten. **Eine Mischbetrachtung der Erlöse aus dem Kontingentmodell und dem Standardpreismodell wäre folglich dann angebracht, wenn sich abzeichnen**

würde, dass Kontingentnachfrager – insbesondere aufgrund eines unterschiedlichen Eigenausbaus von FTTX-Netzen oder regional unterschiedlichen Vermarktungsstrategien - in einzelnen Regionen am Standardpreismodell festhalten. In diesem Fall wäre ein bundesweites Mischverhältnis der Erlöse der Betroffenen aus dem Absatz von VDSL-Bitstrom-Anschlüssen im Kontingentmodell einerseits und im Standardpreismodell andererseits zu ermitteln.

## **5. Nachbildbarkeit der Preise nach Vertragsschluss**

Die Überlegungen der Beschlusskammer zur fehlenden Nachbildbarkeit der Kontingentpreise nach Vertragsschluss werden implizit von dem o.g. einschränkenden Verständnis des Sonderkündigungsrechts gemäß Ziffer 4.3.4 der Zusatzvereinbarung bestimmt. Dies wäre entsprechend zu verdeutlichen.

### **3.1.2.1.1.4.2 Nachbildbarkeit der Preise nach Vertragsabschluss**

Sobald ein Nachfrager die Zusatzvereinbarung zum Kontingentmodell unterzeichnet und die fällige Upfront-Zahlung geleistet hat, verschieben sich für ihn im Vergleich zur Lage vor Vertragsunterzeichnung einige Entscheidungsparameter. Denn nun sind auch die Opportunitätskosten im Blick zu behalten, die durch den Verfall von Einmalzahlungen und den Entgang günstiger Überlassungsentgelte entstehen. Im Ergebnis wird es für den Bitstrom-Nachfrager noch unattraktiver, auf Bitstrom-Angebote dritter Unternehmen zu wechseln oder auf eine Eigenrealisierung umzuschwenken. **Dem liegt zugrunde, dass – wie unter Ziffer 3.1.2.1.1.3 dargestellt – keine regional beschränkte Kündbarkeit einer zunächst bundesweit oder für mehrere Regionen vereinbarten Kontingentgröße besteht. Trotz Eigenrealisierung ist demnach die ursprünglich vereinbarte Kontingentgröße zu erfüllen und bestimmt weiterhin die Stückkosten pro Anschluss.**

## **6. Resale- und Endnutzermärkte**

In den Ausführungen zur Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten auf den Resale- und Endnutzermärkten sollte ergänzt werden, dass die Beschlusskammer eine Behinderung alternativer FTTX-Anbieter auf Drittmärkten aufgrund ihrer – aus Sicht der Beschlusskammer – eingeschränkten Wettbewerbschancen auf dem Bitstrom-Markt annimmt. Die angenommene Beschränkung der zur Zeit Bitstrom-basiert arbeitenden Unternehmen auf Resale- und Endnutzermärkten sollte entfallen. Auf den Resale- und Endnutzermärkten erlangen Bitstrom-Nachfrager durch den im Kontingentmodell enthaltenen Rabatt nicht Wettbewerbsnachteile, sondern Wettbewerbsvorteile insbesondere im Verhältnis zu den Angeboten der Kabelnetzbetreiber. Auf dem Resale-Markt für Breitbandanschlüsse ist das

VDSL-Kontingentmodell ist zumindest wahrscheinlich, dass Kontingent-Nachfrager versuchen würden, die Kontingentgröße auch Reseller aufzufüllen. Diese Belegung des Resale-Marktes käme aus Sicht von Telefónica Germany letztlich auch lokalen FTTX-Anbietern zugute.

### 3.1.2.1.2 Resale- und Endnutzermärkte

Die festgestellte faktische Bindung der Nachfrager an das Kontingentmodell der Betroffenen würde es dritten Anbietern verwehren, FTTX-Infrastrukturen auszubauen und entsprechende FTTX-Resale- und Endnutzerangebote zu unterbreiten. Dabei legt die Beschlusskammer zugrunde, dass eine wirtschaftlich erfolgreiche Tätigkeit dritter Anbieter auf Basis von FTTX-Infrastrukturen nur bei gleichzeitiger Vermarktung der Kapazitäten auf dem Bitstrom-Markt möglich ist. Die Bindung wird bislang bitstrombasiert arbeitender Unternehmen aber auch davon abhalten, in von ihnen ausgewählten Anschlussbereichen auf eine Eigenrealisierung von FTTX-Anschlüssen umzuschwenken, da durch einen weiteren Teil der Wertschöpfungskette in eigener Verantwortung zu erbringen und so durch eine größere Kostenkontrolle wettbewerbsfähigere Angebote auf dem Resale oder Endnutzermarkt zu platzieren. Der Aufstieg auf der Investitionsebene und die Konkurrenzfähigkeit der jeweiligen Anbieter würden zugunsten der ebenfalls auf diesen Märkten tätigen Betroffenen gehemmt. Letztlich übertrüge die Betroffene mit dem angezeigten Kontingentmodell ihre Marktmacht vom Vorleistungsmarkt auf die nachgelagerten Resale- und Endnutzermärkte.

## 7. Sachliche Rechtfertigung unter NGA-Empfehlung

In der Begründung der vorläufigen Maßnahmen lehnt die Beschlusskammer eine sachliche Rechtfertigung der von ihr festgestellten Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf dem Bitstrom- und den Resale- und Endnutzermärkten nach den Vorgaben der NGA-Empfehlung ab. Wir regen an, diese Ausführungen im Beschluss zur Dauerhaftmachung der vorläufigen Maßnahmen teilweise zu modifizieren.

### 3.1.2.2.1 Vorgaben der NGA-Empfehlung

Im Prüfungsansatz handelt es sich beim VDSL-Kontingentmodell um Rabatte für FTTN (Fibre to the Node, entspricht FTTC=Fibre to the Curb)-basierte VDSL-Anschlüsse, für welche Mengenrabatte nach Anhang 1 Nr. 6 Abs. 4 S. 5 der NGA-Empfehlung von den nationalen Regulierungsbehörden grundsätzlich nicht zugelassen werden sollten. Die Beschlusskammer schließt nicht aus, dass die von der Betroffenen in ihrer Entgeltanzeige vom 16.01.2012 dargestellten Schwierigkeiten beim Absatz ihrer VDSL-Anschlüsse besondere nationale Umstände

**begründen, die es rechtfertigen könnten, ein vergleichsweise höheres Risiko der Betroffenen bei der VDSL-Vermarktung anzunehmen.**

~~Von den Jedenfalls sind aber die vorgenannten Bedingungen ist im hiesigen Fall keine einzige nicht vollständig erfüllt.~~

~~Die Beschlusskammer kann vorliegend auch offenlassen, ob es sich beim Kontingentmodell um einen standardisierten einstufigen Rabatt im Sinne von Anhang I Nr. 8 Abs. 2 lit. a der NGA-Empfehlung handelt. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass das Kontingentmodell unabhängig von der Mindestkontingentgröße oder einer individuell vereinbarten Kontingentgröße einen einheitlichen Abschlag gegenüber dem Standardpreis gewährt. Zum einen handelt es sich bei dem im Kontingentmodell enthaltenen Rabatt nicht um einen standardisierten einstufigen Rabatt, sondern vielmehr um einen individuellen gleitenden Rabatt. Der effektive Preis pro Anschluss hängt nämlich nicht nur von der insgesamt abgenommenen Anschlussmenge, sondern auch von der individuellen Kontingentgröße und von der individuellen Schnelligkeit bei der Ausschöpfung des vereinbarten Kontingents ab.~~

~~Ebenso wenig ist vorliegend entscheidungserheblich, ob dem Kontingentmodell bereits prinzipiell entgegensteht, dass hierdurch keine Investitionsrisiken abgegolten würden. Erforderlich wäre in diesem Fall allerdings, dass von der Betroffenen ausreichend dargelegt wurde, dass der im Kontingentmodell gewährte Rabatt der jeweiligen Risikominderung gemäß Anhang I Nr. 8 Abs. 2 lit. b entspricht (dazu Ziffer 3.1.2.2.2.2). Zum anderen werden vorliegend keine Investitionsrisiken abgegolten. Die Investitionen in das FTTCNDSL-Netz der Betroffenen sind bereits seit 2006 beginnend getätigt und mittlerweile weitgehend abgeschlossen worden. Zwar sind nach Ziffer 3. der Zusatzvereinbarung Ergänzungen des Vertrags um neue NGA-Anschlüsse der Betroffenen möglich. Das Kontingentmodell ist aber nicht um dieser Ergänzungen willen aufgelegt worden. Der eindeutige Schwerpunkt des Kontingentmodells liegt auf der Vermarktung bereits verlegter FTTC-Infrastrukturen. Ferner **Auf diese Frage kommt es vorliegend im Ergebnis nicht an. Denn jedenfalls ist - wie unter Ziffer 3.1.2.1.1.4 gezeigt - nicht sichergestellt, dass über einen angemessenen Zeitraum eine hinreichend Gewinnspanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen besteht, die einem effizienten Wettbewerber den Markteintritt ermöglicht.**~~

~~Schließlich handelt es sich hier auch um Rabatte für FTTN (Fibre to the Node, entspricht FTTC=Fibre to the Curb)-basierte VDSL-Anschlüsse, für welche Mengenrabatte nach Anhang 1 Nr. 6 Abs. 4 S. 5 der NGA-Empfehlung grundsätzlich nicht zugelassen werden sollten.~~

~~Das Kontingentmodell entspricht damit nicht den Vorgaben der NGA-Empfehlung. Es ist da-nach unzulässig **nach diesen Vorgaben nicht zulässig.**~~

## 8. Sonstige sachliche Rechtfertigung

In den Ausführungen zur allgemeinen sachlichen Rechtfertigung regen wir an, das mögliche Abweichen von der NGA-Empfehlung nicht auf sonstige in der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze zu beschränken. Darüber hinaus sollten, auch wenn die Beschlusskammer im Ergebnis an einer fehlenden Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt von Risikobeteiligungsmodellen festhält, Risikobeteiligungsmodelle nicht auf noch zu errichtende Infrastrukturen beschränkt werden.

### 3.1.2.2.2 Kein Abweichen von der NGA-Empfehlung

Es besteht vorliegend auch kein Grund, von den vorgenannten Wertungen der NGA-Empfehlung abzuweichen. ~~Eine solche Abweichung ließe sich~~ **Vorliegend bedarf es keiner abschließenden Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen die Bundesnetzagentur von dem Inhalt von auf Art. 19 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG gestützten Empfehlungen der EU-Kommission abweichen kann. Nationale Besonderheiten bei der Beurteilung des VDSL-Kontingentsmodells sind der Beschlusskammer derzeit nicht ersichtlich. Darüber hinaus ließe sich eine Abweichung von der NGA-Empfehlung allenfalls begründen, sofern sie sich auf sonstige, namentlich in der europäischen Rechtsprechung zu Rabattsystemen ausgebildete Grundsätze -- in denen sich die Regulierungsziele nach § 2 TKG wiederfinden lassen - stützen könnte. Auch nach diesen Grundsätzen ist allerdings eine Rechtfertigung nicht ersichtlich.**

#### 3.1.2.2.2.1 Rabatte in der europäischen Rechtsprechung

Die europäische Rechtsprechung zur wettbewerblichen Beurteilung von Rabattsystemen hat sich namentlich in der Auseinandersetzung mit nach Art. 102 AEUV bzw. deren Vorgängernormen geführten Missbrauchsverfahren entwickelt.

Nach diesen Maßgaben ist vorliegend keine sachliche Rechtfertigung für die festgestellten erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu entdecken. Ohne eine abschließende Zuordnung des Kontingentsmodells zu den oben genannten Rabatttypen vornehmen zu wollen - möglicherweise lässt sich das **angezeigte** Modell am Ehesten als individueller Mengenrabatt mit Treue- und Zielrabattelementen charakterisieren -, ist jedenfalls mit den Ausführungen unter Ziffer 3.1.2.1 nachgewiesen worden, dass die Rabatte des Kontingentsmodells zumindest darauf abzielen, dem Abnehmer durch die Gewährung eines Vorteils die Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Bezugsquellen zu nehmen oder einzuschränken und den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren. **Dieser Bewertung liegen als maßgeblich die durch die Kontingentsgröße und die Upfrontzahlung bewirkte Sogwirkung sowie die faktische Bindung im Kontingentsmodell aufgrund der fehlenden teilweisen Kündbarkeit während seiner Laufzeit von acht Jahren zuzüglich 36 Monaten zugrunde.** Dabei ist unter einem „Abzielen“ im Sinne der europäischen Rechtsprechung die Eignung zur Auslösung der genannten Folgen zu verstehen,

siehe EuGH, Urteil 322/81 vom 09.11.1983, Rz. 85 - Michelin I, EuGH, Urteil C-95/04P vom 15.03.2007, Rz. 68 - British Airways, und EuG, Urteil T-57/101 vom 17.12.2009, Rz. 338 - Solvay.

...

### 3.1.2.2.2 Keine Abgeltung einer bestimmten wirtschaftlichen Leistung

Die vom Kontingentmodell bewirkte Vorteilsgewährung und Nachfragerbindung gelten keine bestimmte wirtschaftliche Leistung der Betroffenen ab. Es werden weder bloße Skalenvorteile und Effizienzgewinne weitergegeben noch Investitionsrisiken oder berechnete Risiken einer Markteinführung **angemessen** geteilt.

Die Vorteilsgewährung kann ferner nicht damit begründet werden, dass so die mit einer Neuerrichtung-Errichtung von NGA-Infrastrukturen verbundenen Risiken zwischen den Vertragsparteien geteilt würden. Die Beschlusskammer steht derartigen Risikoteilungsmodellen - das soll hier ausdrücklich betont werden - aufgeschlossen gegenüber. ~~Vorliegend geht es aber gerade nicht um eine Vermarktung neu zu errichtender NGA-Infrastrukturen. Vielmehr handelt es sich - wie unter Ziffer 3.1.2.2.1 dargelegt~~ **Vorliegend kann offen bleiben, ob eine sachliche Rechtfertigung des Kontingentmodells unter dem Gesichtspunkt der Risikoteilung nicht bereits daran scheitert, dass es sich bei dem VDSL-Bitstrom-Angebot der Betroffenen um den Vertrieb von bereits seit Jahren bestehenden Anschlüssen handelt. Denn die Betroffene hat jedenfalls nicht ausreichend dargestellt, in welchem Umfang dem im Kontingentmodell gewährten Abschlag gegenüber dem Standardpreismodell eine entsprechende Risikominderung für die Investitionen der Betroffenen entspricht.** ~~-Da es sich nicht um Neuinvestitionen handelt, muss im Übrigen nicht weiter untersucht werden, ob und inwieweit mit einer solchen Investition überhaupt beachtliche Risiken verbunden wären. Sowohl die NGA-Empfehlung der Kommission als auch ein für die Bundesnetzagentur erstelltes Gutachten zur Zinsfestlegung gehen jedenfalls davon aus, dass es bei der Neuerrichtung-Errichtung von FTTC/VDSL-Netzen keine über dem sonstigen Marktdurchschnitt liegenden Risiken gebe,~~

vgl. Anhang 1 Nr. 6 Abs. 4 S. 5 NGA-Empfehlung und Prof. Richard Stehle, Wissenschaftliches Gutachten zur Ermittlung des kalkulatorischen Zinssatzes, der den spezifischen Risiken des Breitbandausbaus Rechnung trägt, vom 24.11.2010, S. 14f.

**Die Betroffene hätte daher darlegen müssen, inwieweit für ihr bestehendes FTTC/VDSL-Netz ein erhöhtes Risiko besteht und inwieweit das Kontingentmodell zu einer Risikominderung bei der Betroffenen führt.**

Des Weiteren greift auch nicht der von der Betroffenen hervorgehobene Markteinführungsgedanke durch. Zwar können nach der von ihr zum Beleg herangezogenen Rz. 61 der Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen (Vertikalleitlinien) vom 19.05.2010, veröffentlicht im ABl. EU 2010, Nr. C 13011, bei Einführung eines neuen Produkts selbst

Kernbeschränkungen (etwa Alleinvertriebsvereinbarungen) zulässig sein. Die Wertungen der Vertikalleitlinien, die an sich für Auslegungsfragen im Rahmen des europäischen Kartellverbots nach Art. 101 AEUV gedacht sind, können im Wege der Analogie auch durchaus auf die Beurteilung von Verhaltensweisen nach Art. 102 AEUV (und entsprechender mitgliedstaatlicher Missbrauchsverbote) übertragen werden,

vgl. Beschluss BK 3c-081004 vom 13.05.2008, S. 13, unter Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss VI-2 Kart 1/06 (V) und 2 Kart 1/06 (V) vom 20.06.2006, Rz. 101 (juris).

Die genannte Rz. 61 Vertikalleitlinien hat allerdings die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen zum Gegenstand, welche innerhalb von zwei Jahren nach erstmaliger Einführung des fraglichen Produktes getroffen werden und dem Schutz der Händler vor gestrandeten Marketinginvestitionen dienen. **Es kann offen bleiben, ob eine Rechtfertigung unter diesem Gesichtspunkt bereits daran scheitert, dass Vvorliegend kann indes keine Rede von einer solchen Markteinführungsphase keine Rede sein kann.** Im Netz der Betroffenen geschaltete VDSL-Anschlüsse werden bereits seit 2006 von ihr selbst und seit 2009 zusätzlich von Dritten vertrieben. **Zudem Denn jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass Bitstrom-Nachfrager zum Auftritt auf den Endkundenmärkten nur unter der Bedingung bereit sind, dass sie von der Betroffenen per Kontingentmodell vor Trittbrettfahrern geschützt werden zum Schutz eigener Investitionen darauf angewiesen wären, dass ihnen für eine bestimmte Zeitdauer ein Alleinvertriebsrecht für aktive und passive Verkäufe von VDSL-Anschlüssen eingeräumt wird.**

...

Vor diesem Hintergrund ist ferner nicht ersichtlich, weshalb zum Anschub des VDSL-Vertriebs nicht auch ein milderer Mittel in Form gesenkter Entgelte -- die insbesondere den Anforderungen einer Kosten-Kosten-Scherenprüfung genügen - und ohne die hier beanstandeten Rabattmerkmale geeignet sein sollte. **Die Betroffene hat nicht zur Überzeugung der Beschlusskammer dargetan, dass eine Mengenbindung wie im Kontingentmodell erforderlich sei, um Anreize für eine verstärkte Vermarktung von VDSL-Anschlüssen zu setzen.** Denn immerhin haben die Bitstrom-Nachfrager wegen der Kabelkonkurrenz ein erhöhtes Interesse daran, den Endnutzern VDSL-Anschlüsse zu verkaufen. Darüber hinaus und vor allen Dingen ist die Beschlusskammer nicht von der These überzeugt, ein FTTX-Ausbau werde um so eher erfolgen, je eher - unter Nutzung des Kontingentmodells - eine kritische Masse von VDSL-Anschlüssen auf Seiten der Bitstrom-Nachfrager erreicht werde. **Denn Die Beschlusskammer schließt zwar nicht aus, dass die Nutzung der VDSL-Technik die Nutzung entsprechender hochbreitbandiger Anwendungen fördert und damit langfristig die Nutzung von Bandbreiten außerhalb der VDSL-Technik vorbereiten kann. Aber selbst nach Erreichen einer - wie auch immer definierten -- kritischen Masse ist, wie unter Ziffer 3.1.2.1 gezeigt, für die nächsten Jahre eher von einer Wechselunwilligkeit der Bitstrom-Nachfrager auszugehen. Alsbald tätig werdende FTTX-Investoren können aufgrund der kommerziellen Parameter des Kontingentmodells und seiner fehlenden regionalen Kündbarkeit nicht erwarten, von Bitstrom-**

Nachfragern die Zusage zu erhalten, dass letztere nach Erstellung der gedoppelten bzw. erweiterten NGA-Infrastrukturen den Bitstrom-Anbieter wechseln werden. Ebenso wenig bestehen für Bitstrom-Nachfrager Anreize zur Eigenrealisierung.

Der Umstand schließlich, dass einige Bitstrom-Nachfrager die Bereitschaft der Betroffenen, ihrerseits bei dritten Unternehmen IP-BSA-Anschlüsse abzunehmen, als erheblichen Fortschritt ansehen,

siehe etwa die Pressemitteilung der Beigeladenen zu 11. vom 18.01.2012 („Meilenstein für Breitbandausbau in Deutschland“),

diesen Fortschritt aber möglicherweise mit einer Untersagung des Kontingentmodells für gefährdet halten, kann nicht die Wettbewerbsbeeinträchtigung zu Lasten sonstiger Unternehmen rechtfertigen.

...

Diese Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Telefónica Germany.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Rädler  
Rechtsanwalt

BNetzA
10. Mai 2012
JD

**VORAB PER TELEFAX:**

An die  
Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,  
Telekommunikation, Post & Eisenbahnen  
Beschlusskammer 3  
Herrn Vorsitzenden Wilmsmann,  
Tulpenfeld 4

53113 Bonn

Büro Bonn  
Rheinauen Carré  
Mildred-Scheel-Straße 1  
D-53175 Bonn  
Fon (0228) 323 002-0  
Fax (0228) 323 002-99

Prof. Dr. Thomas Mayen\*  
Dr. Frank Hölscher\*  
Dr. Markus Deutsch\*  
Dr. Barbara Stamm\*  
Dr. Christian Stelzer\*

Büro Stuttgart  
GENO Haus  
Heilbronner Straße 41  
D-70191 Stuttgart  
Fon (0711) 601 701-0  
Fax (0711) 601 701-99

Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde\*  
Dr. Rainard Menke\*  
Dr. Andrea Vetter\*  
Dr. Winfried Porsch\*  
Dr. Tina Bergmann\*  
Dr. Bernd Schieferdecker\*  
Alexander Wirth

Kontakt Daten:  
(0228) 323 002-20  
hoelscher@doldemayen.de

Unser Zeichen:  
11/00366 Hö/tk

Datum:  
8. Mai 2012

**Dauerhaftmachung der vorläufigen Maßnahmen zum VDSL-IP-  
Bitstrom-Kontingenmodell (BK 3b-12/001)**

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,  
sehr geehrte Damen und Herren,

die Telekom Deutschland GmbH würde es sehr begrüßen, wenn eine Dauerhaftmachung der vorläufigen Untersagung des sog. VDSL-IP-Bitstrom-Kontingents vom 02.04.2012 durch eine Modifikation dieses Preismodells vermieden werden könnte. Wir haben Grundzüge eines solchen Risikobeteiligungsmodells entwickelt. Einen Foliensatz, der die Elemente im Einzelnen darstellt, fügen wir als Anlage diesem Schreiben bei. Wir erläutern die einzelnen Elemente kurz wie folgt:

Mögliche Elemente eines "Risikoteilungsmodells NGA":

- **Umfasste Technologien:** Als Weiterentwicklung des im Januar angezeigten Modells würden wir nicht nur VDSL, sondern alle NGA-Technologien gem. Ziffer 11 der NGA-Empfehlung in das Modell einbeziehen. Hierdurch wäre sichergestellt, dass das Modell umfassend auch FttH und ggf weitere NGA-Technologien integrieren kann. Entsprechend würden auch die Optionen zur Erweiterung des inkludierten Traffics im Risikoteilungsmodell NGA nicht nur für VDSL, sondern für alle NGA-Technologien gelten.
- **Entgelthöhen:** Dem Vorwurf im Beschlussentwurf Rechnung tragend, das Modell sei bezüglich seiner Entgelthöhe zu attraktiv, würden wir eine Anhebung des VDSL-Entgelts um ca. 50 Cent gegenüber der Anzeige vom Januar, wie sie auch von der Beschlußkammer bereits vorgeschlagen wurde, für vertretbar halten. Für FttH-Anschlüsse würden wir je nach Geschwindigkeit höhere Entgelte pro Monat vorsehen. Indikationen für denkbare Entgelt-niveaus finden Sie in der Anlage.
- **Mindest-Kontingentgröße (z.Zt. 4%):** Hier erscheint eine Senkung der prozentualen Mindest-Kontingentgrößen bei Hereinnahme anderer NGA-Technologien denkbar. Von der Beschlusskammer wurde bereits hier eine Mindest-Kontingentgröße von 3% vorgeschlagen, die wir für vertretbar halten.
- **Ausstiegsoptionen:** Im Verlauf der Diskussion der letzten Wochen hat sich gezeigt, dass bezüglich der Möglichkeiten zum Ausstieg von Wholesalekunden aus dem Kontingentmodell im Falle alternativer Geschäftsoptionen offenbar Klarstellungsbedarfe bestehen. Ausdrücklich weisen wir deshalb auf die folgenden Optionen zur vorzeitigen Kündigung hin:
  - Kündigungsrecht für den Kunden besteht bereits nach 2 Jahren
  - Auch die Kündigung einzelner regionaler Kontingente ist möglich
  - Weiteren Nachverhandlungen sind keine Vorbedingung für Ausübung Kündigungsrecht

- Ausdrücklich: Weiterverkauf an weitere Wholesalekunden (Sekundärmarkt) ist möglich.
- Dagegen: Für Telekom ist die Kündigung frühestens nach 8 Jahren möglich
- **Upgrade:** Das neue NGA-Risikoteilungsmodell soll die Breitbandziele der Bundesregierung unterstützen, in dem der Upgrade auf höherwertige NGA-Techniken (z.B. VDSL -> FTTH) dort ausdrücklich gefördert wird, wo diese Option besteht. Hier sind deshalb besonders attraktive Wechselentgelte für den Upgrade auf höherwertige NGA-Technologie denkbar.

Lassen sie uns darüber hinaus auf den Vorschlag der Beschlusskammer zu einem Sonderkündigungsrecht bei Nutzung alternativer NGA-Infrastrukturen eingehen. Dieser ist in der von der Beschlusskammer vorgeschlagenen Form aus unserer Sicht ordnungspolitisch und ökonomisch nicht sachgerecht. Zum einen würde das Risiko des Ausbaus des NGA-VDSL-Netzes somit einseitig bei Telekom belassen; zum anderen würde die Vermarktung von Kabelnetzinfrastur gegenüber Glasfaserinfrastruktur ohne sachliche Rechtfertigung bevorzugt.

Grundsätzlich steht ein anschlussbezogenes Sonderkündigungsrecht aus unserer Sicht im Widerspruch zum Charakter eines Risikoteilungsmodells. Denkbar erschiene eine solche Sonderregelung, wenn deren Anwendung auf neu – d.h. nach Vertragsschluss errichtete - NGA-Infrastrukturen beschränkt bliebe.

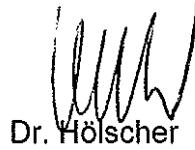
Dabei liegen die Nachteile eines solchen Kündigungsrechts naturgemäß auf der Hand. Die Administration und Abwicklung eines solchen auf einzelne Anschlüsse bezogenen Sonderkündigungsrechts wäre auf jeden Fall sowohl für die Carrier als auch für die Telekom ein hochgradig manueller und aufwendiger Prozess, der zudem sehr schwer auditierbar ist. Vorzusehen wären hier deshalb auf jeden Fall Entgelte, die einerseits diesem hohen Aufwand Rechnung tragen und andererseits - gegebenenfalls gestaffelt nach dem Zeitpunkt der vorzeitigen Kündigung – auch einen Ausgleich für den entstehenden Vertrauensschaden gewähren.

Wir regen an, auf der Basis der dargestellten Überlegungen eine tragfähige Lösung für alle Beteiligten zu finden. Für weitere Gespräche in der Sache stehen wir Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Mayen



Dr. Hölscher

Anlage

# Mögliche Elemente eines Risikoteilungsmodells NGA

Bonn, 04.05.2012

Erleben, was verbindet.



	Angezeigtes Modell	mögliche neue Elemente zur Adressierung der Kritikpunkte aus dem Beschlussentwurf	Erläuterungen
<b>Bezeichnung</b>	<b>VDSL Kontingentmodell</b>	<b>Risikoteilungsmodell NGA</b>	
<b>umfasste Technologien</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- VDSL</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>alle NGA-Technologien (gem. Ziffer 11 der NGA-Empfehlung)</li> </ul>	<p>Vorwurf BK3: VDSL-Ausbau ist abgeschlossen</p> <p>Option: Einbezug aller NGA-Infrastrukturen</p>
<b>Entgelthöhe</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>VDSL: 17,68 (4,80 € Upfront/12,88 € monatl. Entgelt)</li> </ul>	<p>VDSL: <math>\geq 18</math> € [redacted]</p> <p>[redacted]</p> <p>[redacted]</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Upfront für alle NGA-Technologien gleich</li> </ul>	<p>Vorwurf BK3: Modell ist zu attraktiv</p> <p>Option: Anpassung der Entgelthöhe</p>
<b>Ausstiegsoptionen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Preisnachverhandlungen und Exit-Möglichkeit für Carrier jeweils alle 2 Jahre</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Kündigungsrecht für den Kunden bereits nach 2 Jahren</li> <li>auch Kündigung einzelner regionaler Kontingente möglich</li> <li>keine weiteren Nachverhandlungen als Bedingung für Kündigungsrecht</li> <li>Klarstellung: Weiterverkauf an weitere Wholesalekunden (Sekundärmarkt) ist möglich.</li> <li>Kündigung für Telekom frühestens nach 8 Jahren möglich</li> </ul>	<p>Vorwurf BK3: Marktverschließung durch lange Laufzeit</p> <p>Option: Klarstellung, dass Carrier in jedem Fall nach zwei Jahren aussteigen kann. Dies ermöglicht auch regionalen Anbieterwechsel.</p>



	Angezeigtes Modell	mögliche neue Elemente zur Adressierung der Kritikpunkte aus dem Beschlussentwurf	Erläuterungen
Kontingentgrößen	<b>VDSL Kontingentmodell</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 4% der homes passed aller VDSL-Anschlüsse</li> </ul>	<b>Risikoteilungsmodell NGA</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Ggf. Senkung der prozentualen Mindestkontingentgrößen bei Hereinnahme anderer NGA-Technologien</li> </ul>	Vorwurf BK3: Kontingente zu groß für kleinere Anbieter  Option: Verkleinerung der prozentualen Mindestkontingentgröße, so dass auch kleinere Unternehmen Kontingente beziehen können
Traffic	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Traffic-Optionen zur Erweiterung des inkludierten Traffics für VDSL</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Traffic-Optionen zur Erweiterung des inkludierten Traffics für alle NGA-Technologien</li> </ul>	Bisher bestehende Logik für Erweiterung des inkludierten Traffics wird entsprechend den jeweiligen Bandbreiten auf alle NGA-Technologien übertragen. Dies ermöglicht flexible Gestaltung des Transportpreises für unterschiedliches Nutzungsverhalten der jeweiligen Endkunden der Carrier.
Upgrade auf höherwertige NGA-Technologie	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ bisher nicht vorgesehen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Attraktive Wechselentgelte bei Upgrade auf höherwertige NGA-Technologie</li> </ul>	Es sollen keine Hürden für ein Upgrade geschaffen werden.



VATM e. V. • Frankenwerft 35 • 50667 Köln

Herrn  
Ernst-Ferdinand Wilmsmann  
Vorsitzender BK 3 und 4  
Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,  
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen  
Tulpenfeld 4  
53113 Bonn

Durchwahl  
02 21 / 3 76 77-25

Datum  
03.05.2012

**Entwurf der Dauerhaftmachung eines Beschlusses wegen der nachträglichen Regulierung von Entgelten gemäß § 38 TKG betreffend das von der Telekom Deutschland GmbH angezeigte VDSL-IP-BSA-Kontingentsmodell**

**hier: Stellungnahme des VATM (ohne Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse)**

**Az. BK3b-12/001**

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,  
sehr geehrte Damen und Herren,

im Nachgang zur mündlichen Anhörung vom 25.04.2012 zur Veröffentlichung eines Entwurfs der Dauerhaftmachung in dem Verwaltungsverfahren betreffend das am 17.01.2012 angezeigte VDSL-IP-BSA-Kontingentsmodell möchte sich der Verband wie folgt äußern:

Das von der Telekom Deutschland GmbH angezeigte VDSL-Kontingentsmodell wird vom VATM als Möglichkeit angesehen, den stagnierenden VDSL-Markt und die zurückhaltende Endkundennachfrage nach hochbreitbandigen Anschlüssen zu stimulieren. Voraussetzung hierfür ist jedoch eine wettbewerbskonforme Ausgestaltung des neuen Preismodells.

**Die Marktsituation im Bereich VDSL**

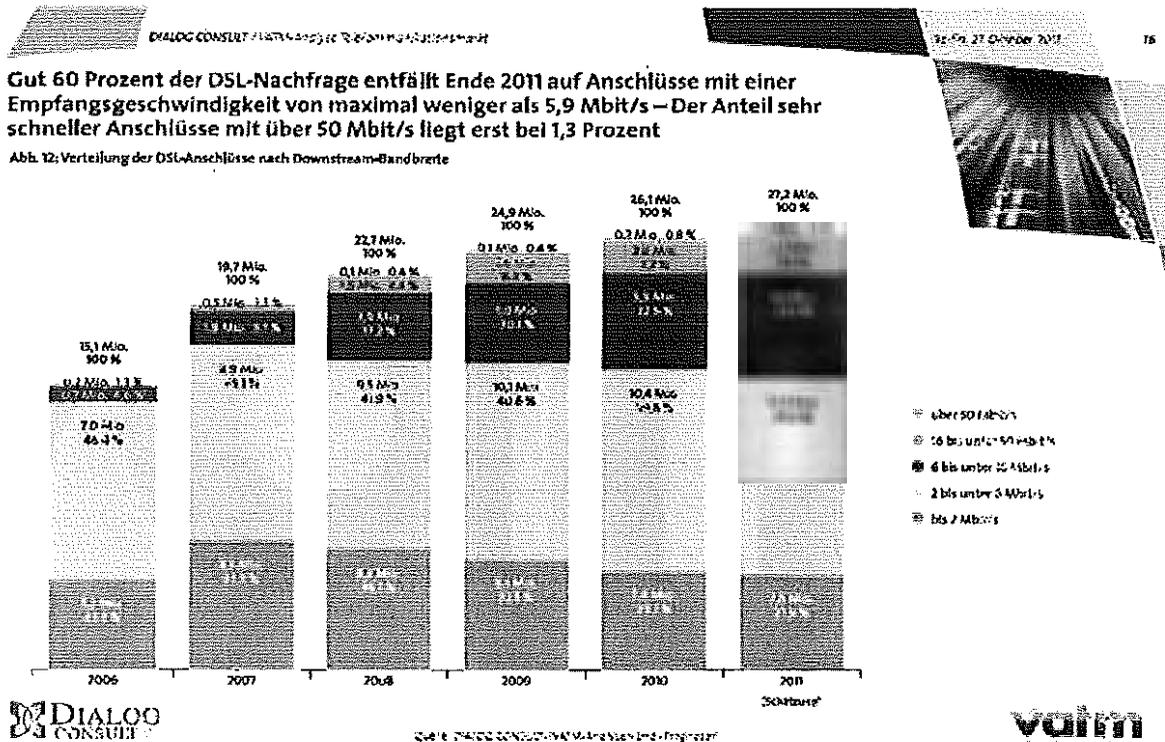
Der Markt für hochbreitbandige Anschlüsse jenseits der über ADSL realisierbaren Download-Bandbreite von 16 MBit/s ist in Deutschland unterentwickelt. Trotz hoher Verfügbarkeit solcher Produkte über unterschiedliche Technologien sind die Absatzraten insgesamt gering.

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.  
Frankenwerft 35 • 50667 Köln • Tel.: 0221 / 37 677 25 • Fax: 0221 / 37 677 26 • E-Mail: vatm@vatm.de

1

Präsidium: Gerd Eickers (Präsident), Thomas Ellerbeck (Vizepräsident), Nicolas Biagosch, Vasilios Choulidis, Markus Haas, Robert Hoffmann, Peer Knauer, Dr. Christian Kühl, Norbert Westfal • Geschäftsführer: Jürgen Grützner

Ausweislich der aktuellen Marktstudie des VATM (Folie 16) beträgt der Anteil der Anschlüsse  $\geq 16$  MBit/s lediglich 9,6 %:



Der derzeitige Preispunkt für das VDSL-Vorleistungsprodukt – als einzigem national verfügbarem NGA-Vorleistungsprodukt hat dazu geführt, dass die Wholesale-Nachfrage nach VDSL-Produkten nahezu nicht existent ist und entsprechend kupferbasierte Angebote im NGA-Markt nur eine untergeordnete Rolle spielen. Ein effektiver Wettbewerb mit den besonders erfolgreichen Breitbandangeboten der nicht regulierten Breitbandkabelnetzbetreiber ist dadurch speziell für alternative Diensteanbieter erschwert; selbst die Retail-Preise der relevanten Glasfaseranbieter liegen teilweise unterhalb der Vorleistungskosten für ein VDSL-Produkt.

Der VATM erachtet daher das von der Telekom Deutschland GmbH angezeigte VDSL-Preismodell als einen Weg zur notwendigen Absenkung der Vorleistungspreise. Seine Einführung könnte grundsätzlich dazu beitragen, dass sich effektiver NGA-Wettbewerb entwickelt.

## **Rolle der Kontingente für den Breitbandwettbewerb**

Ein weitreichender intermodaler Infrastrukturwettbewerb für VDSL-Produkte im Kupfernetz ist nicht zu erwarten, aber durch ein wettbewerblich unbedenklich ausgestaltetes VDSL-Kontingentsmodell auch nicht prinzipiell gefährdet – die flächendeckende VDSL-Entbündelung scheitert häufig an den dafür benötigten hohen Marktanteilen (> 30 %).

Aufgrund einer fehlenden Zugangsverpflichtung gegenüber Breitbandkabelnetzbetreibern und angesichts deren regionaler Marktaufteilung ergibt sich in diesem Bereich kein flächendeckender Wettbewerb auf der Vorleistungsebene Bitstrom.

Die Investitionsrisiken derjenigen Unternehmen, die neue Netze auf Glasfaser-Basis errichten, wären einerseits deutlich geringer, wenn sie mit frühzeitiger Wholesale-Nachfrage von Diensteanbietern rechnen könnten. Eine solche Nachfrage ist insbesondere dann zu erwarten, wenn die nachfragenden Unternehmen bereits über einen an hochbreitbandigen Produkten interessierten Kundenstamm verfügen. Dies ist heute bei den Diensteanbietern wegen der mangelnden Wettbewerbsfähigkeit von VDSL-Produkten jedoch nicht der Fall.

VDSL kann daher bei einer für den Wettbewerb attraktiven Preisgestaltung eine Brückentechnologie darstellen, mit der zunächst interessierte Kunden bei relativ großer Verfügbarkeit für schnelle Breitbanddienste auf Basis von NGA-Technologien gewonnen werden können. Erst durch die wachsende Nachfrage nach schnelleren, aber dennoch kommerziell attraktiven Breitbandangeboten wird langfristig die Akzeptanz für Glasfaserzugang erzeugt. Das erlaubt eine spätere Auslastung von Glasfasernetzen und damit eine größere Investitionssicherheit für ausbauende Unternehmen. Dem steht ein Kontingentsmodell auch nicht grundsätzlich entgegen, da es keine leitungsbezogenen Bindungen enthält und insofern nachfragenden Unternehmen schon nach kurzer Zeit erlauben würde, Kunden auf noch leistungsfähigere Infrastrukturen weiterzuentwickeln. Dazu müssen diese Endkunden auch die Möglichkeit haben, auf eine andere Infrastruktur wechseln zu können.

Gleichzeitig müssen auch sonst Anreize für weitere (riskante) Glasfaserinvestitionen geschaffen werden. Die der aktuellen Entscheidung zugrundeliegende Erwägung, dass eine Teilung des Auslastungsrisikos bei bereits getätigten NGA-Investitionen nicht als Kooperationsgrundlage anerkannt werden soll, mindert aber gerade diese nötigen Investitionsanreize.

Aufgrund der angenommenen Bedeutung dieses neuen Preismodells für die zukünftige Entwicklung des VDSL- und gesamten NGA-Marktes möchten wir gegenüber der Beschlusskammer anregen, dass diese die aus Ihrer Sicht geeigneten Parameter für ein wettbewerbskonformes Kontingentmodell in Ihrer Würdigung aufgreift und damit den Rahmen aufzeigt, innerhalb dessen ein marktmächtiges Unternehmen diesbezüglich agieren kann.

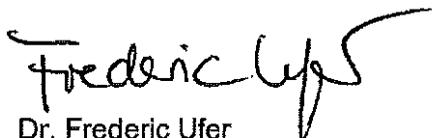
### **Ansatzpunkte für die Ausgestaltung wettbewerbskonformer Kontingentmodelle marktbeherrschender Unternehmen**

Ein Kontingentmodell könnte beispielsweise unter Beachtung der folgenden Ansatzpunkte einer wettbewerbskonformen Ausgestaltung zugeführt werden:

- Sicherstellung einer ausreichenden Anzahl von Nachfragern durch Vermeidung hoher Zugangsschwellen, hier z. B. Absenkung der Mindestkontingentgröße der erreichbaren Anschlüsse.
- Einführung eines Kontingent-Poolings. Eine größere Anzahl von Nachfragern begünstigt die Entstehung eines funktionsfähigen Sekundärmarktes für VDSL-basierten Bitstrom aus ungenutzten Kontingentbestandteilen. Dies wiederum ermöglicht auch kleineren Nachfragern eine Partizipation an den niedrigeren Entgelten und verhindert deren Verdrängung aus dem Markt, wenn sie nur auf die regulären Vorleistungspreise angewiesen sind. Für den Marktbeherrscher bleiben Effizienzgewinne und Planungssicherheit erhalten.
- Stärkere Flexibilisierung der Kontingentgrößen über die Zeit, um keinen ökonomischen Lock-In bei einem möglichen Wechsel auf eine alternative NGA-Infrastruktur zu schaffen.
- Anspruch auf Öffnung der Kontingente für Wholesale-Produkte auf der gleichen technischen Basis, hier z. B. VDSL-Bitstrom auf Layer 2 (Ethernet) als Zukunftstechnologie.

Wir möchten Sie bitten, unsere Erwägungen in Ihre Entscheidung über die Dauerhaftmachung des Eilbeschlusses mit einzubeziehen.

Mit freundlichen Grüßen

  
Dr. Frederic Ufer

Im VATM sind mehr als 100 der im deutschen Markt operativ tätigen Telekommunikations- und Dienstleistungsunternehmen aktiv. Alle stehen im direkten Wettbewerb zum Ex-Monopolisten Deutsche Telekom AG und engagieren sich für mehr Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt – zu Gunsten von Innovationen, Investitionen und Beschäftigung. Seit der Marktöffnung im Jahr 1998 haben die Wettbewerber im Festnetz- und Mobilfunkbereich Investitionen in Höhe von rund 48,5 Mrd. € vorgenommen. Unmittelbar sichern die neuen Festnetz- und Mobilfunkunternehmen über 55.500 Arbeitsplätze in Deutschland sowie zusätzlich etwa 50 % der Beschäftigung in den Zulieferbetrieben.

## ZUR WEITERGABE AN DRITTE



Vodafone D2 GmbH, 40543 Düsseldorf

Ihr Zeichen BK3b-12/001

Ihre Nachricht vom 11.04.2012

Unser Zeichen UB

Tel.: +49 (0) 211/533-5180

Mobil: +49 (0) 173/6735870

E-Mail [uwe.beyer@vodafone.com](mailto:uwe.beyer@vodafone.com)

Datum 30.04.2012

**Vorab per Telefax: 0228/14-6463**

Bundesnetzagentur  
Beschlusskammer 3  
Postfach 80 01

53105 Bonn

**Entwurf der Dauerhaftmachung in dem Verwaltungsverfahren von Amts wegen gegen die Telekom Deutschland GmbH wegen der nachträglichen Regulierung von Entgelten gemäß § 38 TKG betreffend das am 17.01.2012 angezeigte VDSL-IP-BSA-Kontingentmodell**

**BK3b-12/001**

Sehr geehrte Damen und Herren,

bereits in ihrer ersten Stellungnahme vom 15.02.2012 hat die Vodafone D2 GmbH (Vodafone) die Einführung eines Kontingentmodells für notwendig gehalten und begrüßt. Im Nachgang zur öffentlich mündlichen Verhandlung vom 25.04.2012 zum Entwurf der Dauerhaftmachung hebt die Vodafone nochmals die Notwendigkeit des Kontingentmodells für einen funktionierenden Wettbewerb hervor und führt aus, warum die geäußerten Bedenken der BNetzA für eine Untersagung nicht ausreichend sind. Insofern spricht sich Vodafone dafür aus, das vorliegende Kontingentmodell nicht zu untersagen. Hilfsweise spricht sich Vodafone dafür aus, dass ein Kontingentmodell mit geänderten Parametern (beispielsweise kleinere Kontingentmengen, Ausweitung des Kündigungsrecht des Nachfragers etc.) nicht untersagt wird. Die Anordnung eines lediglich gesenkten VDSL - BSA - Preises ohne Kontingenteinkauf nach § 38 (4) TKG, wie es die BNetzA in der mündlichen Verhandlung als Möglichkeit dargestellt hat, wird von Vodafone jedenfalls nicht begünstigt, da dies alleine zur Stimulation eines nachhaltigen NGA - Wettbewerbs nicht geeignet ist:

### **Vodafone D2 GmbH**

Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf, Postfach: 40543 Düsseldorf  
Tel.: +49 (0) 211/533-0, Fax: +49 (0) 211/533-2200, [www.vodafone.de](http://www.vodafone.de)  
Geschäftsführung: Friedrich Joussen (Vorsitzender), Jens Schulte-Bockum, Dirk Barnard,  
Sebastian Ebel, Jan Geldmacher, Hartmut Kremling, Frank Rosenberger, Achim Weusthoff  
Vorsitzender des Aufsichtsrats: Michel Combes, Sitz der Gesellschaft: Düsseldorf, Amtsgericht Düsseldorf, HRB 24644

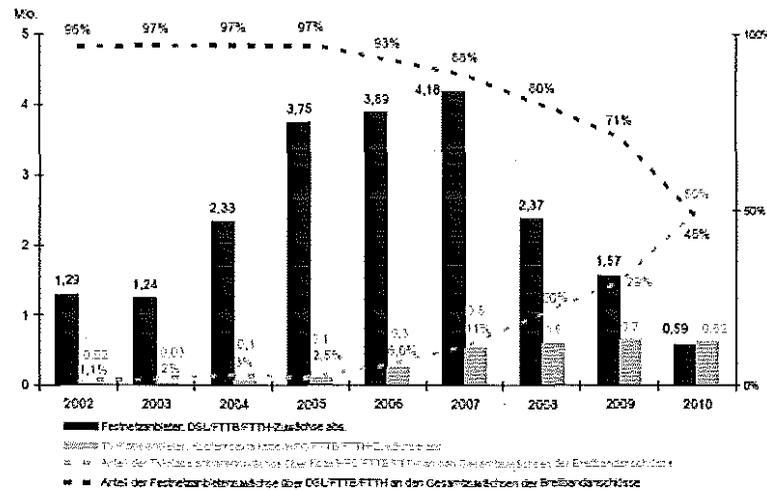
Bankverbindung:  
Deutsche Bank AG, Düsseldorf  
(BLZ 300 700 10) 250 8000  
UST-Nr.: 103/5700/1789  
UST-IdNr.: DE 811140971  
WEEE-Reg.-Nr.: DE 91435957



## ZUR WEITERGABE AN DRITTE

Hierbei fällt ein Großteil der dürtigen Nachfrage auf die nicht zugangsregulierten Breitbandkabelnetzbetreiber, während der Absatz der DSL-Anbieter stagniert (vergleiche Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur (BNetzA), Dezember 2011, S. 40):

Abbildung 19: Zuwächse der Breitbandanschlüsse – DSL/Glasf. und Kabel/Glasf<sup>7</sup>



Ein flächendeckender Wettbewerb mit den Kabelnetzbetreibern ist auf Basis der entbündelten KVz - TAL ökonomisch nicht möglich. Ebenso wenig ermöglichen die partiellen, lokalen FTTH/FTTB Ausbauten einen flächendeckenden Wettbewerb. Dies liegt daran, dass die hohen Systemkosten der Zusammenschaltung in keinem Verhältnis zur Anzahl der angebotenen Haushalte stehen. Um einen Infrastrukturwettbewerb im NGA - Breitbandmarkt > 16 Mbit/s zukünftig dennoch ermöglichen zu können, ist es notwendig, dass die Preise von VDSL - Breitbandprodukten auf der Infrastruktur der Telekom Deutschland GmbH (TD), die in Konkurrenz zur Infrastruktur der Breitbandkabelnetzbetreiber stehen, gesenkt werden können. Zur Anregung der Nachfrage nach VDSL - Produkten ist eine Absenkung der VDSL - Retail - Preise erforderlich. Da die Breitbandkabelnetzbetreiber keine breitbandigen Vorleistungsprodukte anbieten, kann dies nur durch eine Absenkung der VDSL Vorleistungspreise erzielt werden, damit ein bundesweites Duopol verhindert werden kann. Um eine Preis-Kosten-Scheren - Freiheit zu den VDSL - Retail - Produkten der TD hierbei zu gewährleisten, ist eine Preisabsenkung gegenüber dem IP - BSA - Standardpreismodell der TD eine notwendige aber nicht hinreichende Voraussetzung.: Alleine eine reine absolute Preisabsenkung ohne Kontingente ist zur Stimulation nachhaltigen Infrastrukturwettbewerbs nicht ausreichend. Nur das im Markt ausverhandelte und dort auf breite Zustimmung stoßende Kontingentmodell, wie die öffentlich mündliche Verhandlung am 25.04.2012 gezeigt hat, ist eine hinreichende Maßnahme:

### 1.1 Kontingentmodelle intensivieren Vertriebsanreize zusätzlich

Die Erfolgsstory von ADSL-Produkten auf Basis der entbündelten HVT- Kupfer TAL hat gezeigt, dass die Realisierbarkeit von Skaleneffekten, die aus der Vorinvestition in Kollokationsräume und Konzentratormetzanbindungen resultieren, zu hohen Vertriebsanreizen und einer starken ADSL-Marktpenetration geführt haben. Im Falle des bisherigen VDSL-IP-BSA-Tarifmodells jedoch fehlen solche erheblichen Vertriebsanreize. Die Übergabe an 73 Punkten reduziert den Anteil der Vorinvestitionen an den Gesamtkosten erheblich. Weiterhin sieht das bisherige VDSL-IP-BSA-Tarifmodell lediglich einen konstanten laufenden Stückpreis ohne mengeninduzierte Stückkostenreduktionen vor. Die im Kontingentmodell der TD vorgesehenen

## ZUR WEITERGABE AN DRITTE

Upfront - Zahlungen haben jedoch den Effekt, dass Nachfrager ihre Bezugsstückkosten mit wachsendem Vertriebs Erfolg senken können. Dadurch erzeugt ein Kontingentsmodell eine ähnliche ökonomische Dynamik, wie dies bei der Entbündelung der TAL bereits der Fall ist. Vodafone geht davon aus, dass mit linearen, kontingentsunabhängigen, wenn auch abgesenkten Bitstream Preisen die Erzielung einer vergleichbaren Wettbewerbsintensität im NGA Breitbandmarkt nicht erreichbar wäre. Das vorliegende Kontingentsmodell würde darüber hinaus im Wettbewerb mit den Kabelnetzbetreibern erhebliche zusätzliche Vertriebsanreize aktivieren und somit die Nachfrage nach BB > 16 Mbit/s signifikant steigern.

### 1.2 Kontingentsmodelle intensivieren Anreiz in zukünftige FTTH/FTTB-Infrastrukturinvestitionen

#### 1.2.1 Frühzeitige Erweiterung des Kundenstammes senkt zukünftiges Investitionsrisiko

Eine Steigerung des Absatzes von Bandbreiten >16 Mbit/s ausgelöst durch das vorliegende Kontingentsmodell hätte den Effekt, dass potentielle FTTH/FTTB-Investoren bereits heute einen größeren Kundenstamm aufbauen könnten. Dies hätte zur Folge, dass das Auslastungsrisiko in einen zukünftigen FTTH/FTTB - Ausbau sinkt. Im Ergebnis hieße das, dass das vorliegende Kontingentsmodell der Brückentechnologie VDSL Anreize für alternative Netzbetreiber in einen zukünftigen FTTH/FTTB setzen würde. Hingegen würde die Fortführung oder gar die Beschleunigung der schon bisher signifikanten Migration zu Kabelbreitbandnetzen dazu führen, dass dieser Kundenanteil auch auf weiteres vom FTTH Wettbewerb ausgeschlossen bleibt.

#### 1.2.2 Möglichkeit der Ex-post Risikobeteiligung setzt zukünftige FTTH/FTTB-Investitionsanreize

Im Rahmen einer Investitionstätigkeit existieren nicht nur „ex-ante“-Risiken. Auch nach dem Tätigen einer Investition verbleibt weiterhin ein Auslastungsrisiko. Investoren hätten über Kontingentsmodelle die Möglichkeit, auch nach einer getätigten Investition das Investitionsrisiko noch zu verkleinern. Eine Untersagung von Kontingentsmodellen für bereits getätigte Investitionen hätte hingegen eine negative Signalwirkung für zukünftige FTTH/FTTB - Investitionen. Potentielle Investoren in FTTH/FTTB würden alleine dadurch abgeschreckt werden, da sie bei einer Untersagung von Kontingentsmodellen damit rechnen müssten, dass „ex-post“ - Risikobeteiligungen untersagt werden. Eine Untersagung von Kontingentsmodellen würde also dazu führen, dass potentielle FTTH/FTTB Investoren erst dann eine solche Investition tätigen würden, wenn diese „ex-ante“ genügend Risikobeteiligungen gefunden hätten. Dies führt dazu, dass zukünftige FTTH/FTTB - Investitionen erheblich verzögert oder gar unterlassen würden.

## 2. Kontingentsmodell führt zu einer NGA-Marktöffnung und nicht zu einer Marktabschottung

### 2.1 Risiken sind derzeit abstrakt, prognostisch und nicht hinreichend für eine Untersagung des Kontingentsmodells

Sowohl das Bundeskartellamt als auch die BNetzA führen im vorliegenden vorläufigen Beschluss aus, infolge der Vielzahl der zu prognostizierenden Einflussgrößen und der Schwierigkeit ihrer Abschätzung könnten die Auswirkungen des Kontingentsmodells auf zukünftige Infrastrukturinvestitionen nur schwer abgeschätzt werden (u.a. S.14, 15, 19, 21, 31). Allerdings kann die Auswirkung auf zukünftige Infrastrukturinvestitionen nicht das alleinige Entscheidungskriterium darstellen. Mindestens ebenso wichtig und zeitlich naheliegender ist die Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbes im Bereich der VDSL - Bandbreiten. Die stärkere Inanspruchnahme dieser Brückentechnologie würde gerade dafür sorgen, dass der Grundstein für weitere FTTH/FTTB - Investitionen gelegt wird. Der Chance einer konkreten Wettbewerbsverbesserung im Bereich der

## ZUR WEITERGABE AN DRITTE

VDSL - Bandbreiten steht somit derzeit eine **abstrakte, prognoseunsichere Investitionshemmung** hinsichtlich FTTH/FTTB gegenüber. Insofern ist aus Sicht der Vodafone in einer Abwägungsentscheidung die Chance auf eine konkrete Wettbewerbsverbesserung durch das vorliegende Kontingentmodell höher zu gewichten und demgemäß nicht zu unterschätzen. Weiterhin ist an dieser Stelle auszuführen, dass, sofern eine spätere genauere Datenlage sowie eine Analyse des tatsächlichen Marktgeschehens zu einer anderen Beurteilung führt, das hier verfahrensgegenständliche Kontingentmodell in weiteren Regulierungsverfahren dergestalt abgeändert werden könnte, um dann einer ggf. feststellbaren Wettbewerbssituation Rechnung zu tragen. Eine solche Möglichkeit widerspricht auch nicht Ausführungen der Wettbewerber in der Vergangenheit bezüglich ADSL - Produkten, denn anders als bei ADSL ist keine größere Flächendeckung über die entbundelte Kupfer - KVZ - TAL ökonomisch möglich und zudem ist die Wettbewerbssituation bei VDSL eine andere. Während bei ADSL seinerzeit die Kabelnetzbetreiber noch nicht im Telekommunikationsmarkt bedeutend aktiv waren, ist dies im VDSL - Markt anders zu beurteilen.

### 2.2 Preisliche Attraktivität des Kontingentmodells

Im Beschluss (S.21, 22) argumentiert die BNetzA u.a., die preisliche Attraktivität des Kontingentmodells würde gegenüber dem bisherigen Standardtarifmodell ohne Kontingentierung einen Marktverschließungseffekt bewirken. Eine höhere preisliche Attraktivität alleine führt jedoch nicht zu einem Marktverschließungseffekt. Für einen Marktverschließungseffekt müsste hinzutreten, dass die preislichen Konditionen im Vergleich zu anderen möglichen (Vor)Leistungsalternativen so attraktiv sind, so dass diese missbräuchlich und wettbewerbsreduzierend verdrängt werden. Dies ist absehbar nicht der Fall, wie Vodafone nachfolgend darlegen wird.

### 2.3 Kündigungsmöglichkeit des Kontingentmodell begünstigt FTTH/FTTB-Investitionen

Das vorliegende Kontingentmodell sieht die Möglichkeit vor, das Kontingentmodell in 2-Jahres-Schritten zu kündigen. Die BNetzA führt hierzu aus, die in diesem Zusammenhang zu führenden Verhandlungen zwischen TD und Nachfragern könnten dazu führen, dass die Parteien sich diskriminierungsfrei einigen und somit das Sonderkündigungsrecht seitens des Einkäufers nicht mit der Konsequenz ausgeübt werden könne, so dass dieser auf die Infrastruktur eines potentiellen FTTH/B-Wettbewerbers wechselt und somit der Anreiz für FTTH/FTTB - Investitionen genommen wird (vorläufiger Beschluss, S.23). Davon abgesehen, dass VF die Auffassung vertritt, dass diskriminierungsfreie Angebote zum Wesen eines funktionierenden Wettbewerbs gehören und somit zulässig sind, ist die seitens der BNetzA angeführte Argumentation aus mehreren Sachverhalten heraus nicht stichhaltig:

#### 2.3.1 Zusätzlicher Anreiz zum FTTH/FTTB - Ausbau durch TD

Das Kontingentmodell beinhaltet die Möglichkeit, auf FTTH/FTTB - Produkte der TD zu schwenken. Ein Kontingenteinkauf bei TD ist somit geeignet, einen Anreiz für einen FTTH/FTTB-Ausbau der TD zu setzen.

#### 2.3.2 Anreiz zum FTTH/FTTB-Ausbau weiterhin vorhanden

## ZUR WEITERGABE AN DRITTE

Es ist aus der Sicht der VF nicht nachvollziehbar, dass das vorliegende Kontingentmodell FTTH/FTTB - Investitionen verhindern würde:

1. Eine Investition in FTTH/FTTB seitens alternativer Anbieter wird nicht dadurch verhindert, dass der Nachfrager nach Bitstream - Wholesale -Leistungen infolge von Opportunitätskosten im Rahmen einer etwaigen Ausübung des Sonderkündigungsrechtes des Kontingentmodells von einem Wechsel der Infrastruktur abgehalten werden würde (Beschluss S. 23, S. 30, 31):

Die BNetzA argumentiert, dass der Verfall von Upfront - Zahlungen bei Auslösen des Sonderkündigungsrechtes zu Opportunitätskosten beim Nachfrager im Entscheidungsmodell „Kontingentverbleib“ versus „Schwenk auf andere Infrastruktur“ führen würde. Dies ist nicht gegeben. Die bis zur jeweiligen 2-jährigen-Ausstiegsmöglichkeit aufgelaufenen Upfront - Zahlungen sind Sunk Costs und spielen bei zukünftigen Einkaufsentscheidungen und somit bei der zugrundeliegenden Kostenvergleichsrechnung keine Rolle mehr. Sie sind somit nicht als Opportunitätskosten bei einem Schwenk auf alternative Infrastruktur anzusetzen. Ebenso wenig können auch die noch nicht aufgelaufenen Upfront - Zahlungen in einer Kostenvergleichsrechnung kostensenkend bei einem Verbleib beim Kontingentmodell angesetzt werden, denn im Falle einer Sonderkündigung würde diesbezüglich eine Rückzahlung an den Einkäufer entstehen. Das Kontingentmodell räumt somit dem Einkäufer im 2-Jahres Rhythmus die Möglichkeit ein, seine Risikobeteiligung in eine andere Infrastruktur zu verschieben, sei es als Investor in andere mobile wie netzgebundene NGA Technologien, sei es als Wholesale Einkäufer derartiger Produkte.

2. Die Deutsche Telekom steht bei Investitionen in FTTH/FTTB in einem Investitionswettbewerb mit anderen, insbesondere regionalen Anbietern. Insofern muss hier auch aus der Sicht der Telekom die Möglichkeit eines chancengleichen FTTH/FTTB - Investitionswettbewerbs gegeben sein. Infolge dessen bezieht TD in das vorliegende Kontingentmodell eigene zukünftige FTTH/FTTB - Leistungen mit ein. Insofern besteht für die Nachfrager durch Inanspruchnahme des Kontingentmodells die Möglichkeit, die Auslastung in zukünftigen FTTH/FTTB-Netzen der TD zu steigern. Das Kontingentmodell setzt dadurch zusätzliche Anreize in einen FTTH/FTTB-Ausbau durch Telekom, so dass Telekom in einem Investitionswettbewerb mit alternativen zukünftigen FTTH/FTTB - Anbietern gleichgestellt wird, da diese ebenfalls Kontingentmodell für einen FTTH/FTTB - Ausbau anbieten können.

### **2.4 Regionaler Zuschnitt der Kontingente begünstigt regionale FTTH/FTTB-Investitionen**

Das Kontingentmodell sieht vor, dass Kontingente lediglich regional abgenommen werden müssen, d.h. die Regionen, für die ein Einkäufer ein Kontingent abnehmen möchte, sind für diesen frei wählbar. Zudem hat TD in der mündlichen Verhandlung nochmals ausgeführt, dass die 2-jährige Kündigungsregel auch eine regionale Kündigung von Kontingenten inklusive anteiliger regionaler Rückzahlung der Upfront-Zahlung zulasse. Durch den regionalen Zuschnitt der Kontingente, können Kontingente ausgenommen werden, wenn regional andere Bitstrom-Anbieter existieren. Hieraus resultiert, dass für einen Einkäufer auch ein regionaler Wechsel auf eine alternative Infrastruktur bestehen bleibt. Insofern kann der vorläufige Beschluss seitens Vodafone nicht nachvollzogen werden, denn in den Regionen, in denen der Einkäufer im Kontingentmodell verbleibt verschlechtern sich gerade die Konditionen, sprich Stückkosten nicht, sondern bleiben dort unverändert, so dass der Einkäufer gerade keine Anreiz hat, in sämtlichen Regionen im Kontingentmodell zu verbleiben (S.23).

### **2.5 NGA - Empfehlung steht der Einführung des Kontingentmodells nicht entgegen**

## ZUR WEITERGABE AN DRITTE

Die EU-Kommission erkennt auch bei FTTH /VDSL Investitionen grundsätzlich Investitionsrisiken an, denen gebührend Rechnung getragen werden sollte. In Nr. 8 des Anhangs I setzt sich die EU - Kommission damit auseinander, wie Mengenrabatte in FTTH - Netzen ausgestaltet sein sollten. Nr. 8 des Anhangs I setzt sich aber nicht damit auseinander, wie Preisbildungssystem in FTTH / VDSL - Netzen aussehen könnten, die den spezifischen FTTH / VDSL - Risiken Rechnung tragen. An dieser Stelle teilen wir ebenso wenig die von BNetzA auf S. 35 des Beschlussentwurfes vorgetragene Interpretation des Gutachtens von Prof. Stehle, wonach VDSL - Investitionen keine über dem sonstigen Marktdurchschnitt liegende Marktrisiken bürden würden. VF verweist diesbezüglich auf ihre Stellungnahmen im Rahmen der Genehmigung der TAL - Zugang - Überlassungsentgelte: Prof. Stehle verneint gerade nicht ein diesbezügliches höheres Investitionsrisiko. Seine Einschätzung zur WACC - Bildung beruht alleine darauf, dass ihm kein gesichertes Datenmaterial zur Modellierung der individuellen Risiken vorläge.

Das vorliegende Kontingentmodell der TD stellt allerdings kein Mengenrabattsystem dar, wie unter Nr. 8 des Anhang I beschrieben wird. Insofern schließt Nr. 6 des Anhang I das vorliegende Kontingentmodell nicht aus, wie dies von BNetzA dargestellt wird:

In Nr.8 des Anhang I wird ein Mengenrabattmodell beschrieben, dass ab einer bestimmten Abnahmemenge einen reduzierten Preis pro Zugangsleitung vorsieht. Das vorliegende Kontingentmodell unterscheidet sich hiervon in den folgenden Punkten:

1. Es gewährt bereits ab der ersten abgenommenen Leitung einen reduzierten Preis. Der Stückpreis sinkt mit jeder weiter abgenommenen Einheit. Das Modell unter Nr. 8 sieht einen reduzierten Stückpreis erst nach Überschreiten einer Grenzmenge vor. D.h., dass auch kleinere Einkäufer im Kontingentmodell sofort sinkende Stückkosten erzielen können.
2. Für ein bestimmtes Kontingent wird eine Vorabzahlung entrichtet, so dass durch Vorabübernahme eines Auslastungsrisiko ein geringerer zusätzlicher Leitungspreis bewirkt wird. Vor dem Erreichen einer bestimmten Auslastungsmenge ist der Preis pro Leitung gar höher als bei unrabattierten Preisen des Modelles der Nr 8. Im Rahmen des Kontingentmodells übernimmt der Einkäufer also tatsächlich „ex-ante“, also vor dem Absatz eigener Produkte Risiken vom Verkäufer, während im unter Nr. 8 beschriebene Modell der Einkäufer „ex-ante“ solche Risiken nicht übernimmt, sondern ex-post, also nach dem Absatz eigener Produkte und nach Überschreiten des Schwellenwertes einen Rabatt erhält, der dann das real gesunkene Auslastungsrisiko widerspiegelt.

### 2.6 Europäische Rechtsprechung steht der Einführung des Kontingentmodells nicht entgegen

Ebenso wenig steht die zitierte europäische Rechtsprechung der Einführung des Kontingentmodells entgegen (S. 34 des vorläufigen Beschlusses). Die BNetzA führt hierzu aus, ein Rabattsystem sei im Rahmen des Bezugs bei marktbeherrschenden Unternehmen unzulässig, wenn es dazu geeignet sei, dem Abnehmer durch die Gewährung eines Vorteils die Wahlmöglichkeit hinsichtlich seiner Bezugsquellen zu nehmen oder einzuschränken, um Konkurrenten den Marktzugang zu verwehren. Das kann für das vorliegende Kontingentmodell absehbar so nicht festgestellt werden, denn es liegen keine konkreten, Bedenken von Marktteilnehmern vor, die nachweislich behindert werden. Die bisherigen Vorträge der Kabelnetzbetreiber im vorliegenden Verfahren überzeugen diesbezüglich nicht. Die Preisabsenkung im Rahmen eines Kontingentmodells führt nicht zwangsläufig zu einer diskriminierenden Unterbietung der Kosten der Kabelnetzbetreiber: Zum einen steht es Kabelnetzbetreibern jederzeit ebenso offen, ein Bitstrom-

## ZUR WEITERGABE AN DRITTE

Vorleistungsprodukt inklusive Kontingentmodell anzubieten. Zum anderen wären selbst Kostenunterbietungen per se nicht diskriminierend, da auf unterschiedlichen Infrastrukturen produziert wird. Dies ist ein wichtiger Parameter von Infrastrukturwettbewerb.

Wünschenswert wäre es, wenn die Kabelnetzbetreiber den Infrastrukturwettbewerb akzeptieren und mit entsprechenden konkurrierenden Vorleistungsangeboten aufwarten würden. Da es aber absehbar keine alternative Bezugsquellen für ein konkurrierendes Vorleistungsprodukt mit vergleichbaren Bandbreiten gibt, das ausgewählt werden könnte, treffen die Erwägungen der BNetzA auf das vorliegende VDSL Kontingentmodell nicht zu.

Bei Rückfragen der Beschlusskammer stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Vodafone D2 GmbH

(i.V. Markus Reinisch)

(i.V. Uwe Beyer)