



Bundesverband
Breitbandkommunikation e.V.

BREKO | Menuhinstraße 6 | 53113 Bonn

Per Mail: bk3-postfach@bnetza.de

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommu-
nikation, Post & Eisenbahnen

Beschlusskammer 3

Herrn Vorsitzenden Ernst-Ferdinand Wilmsmann

Im Tulpenfeld 4

BREKO Bundesverband
Breitbandkommunikation e.V.
Menuhinstraße 6
53113 Bonn

Tel.: +49 228 24999-70
Fax: +49 228 24999-72
steinhauer@brekoverband.de

25. Mai 2020

**BK3e-15/011: Stellungnahme zum Konsultationsentwurf der zweiten Teilentscheidung in dem
Verwaltungsverfahren betreffend die Überprüfung des Standardangebots für den Zugang zur
Teilnehmeranschlussleitung, den räumlichen Zugang (Kollokation) und Raumluftechnik, die
Zusatzvereinbarung Schaltverteiler, die Änderungsvereinbarung Vectoring, den APL/EL-
Vertrag sowie die Zusatzvereinbarung PreOrder Schnittstelle der Telekom Deutschland
GmbH**

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,

sehr geehrte Damen und Herren,

bezugnehmend auf den Konsultationsentwurf der zweiten Teilentscheidung im TAL-
Standardangebotsverfahren (TAL-StA) möchten wir im Folgenden die Position des BREKO zu aus-
gewählten Punkten darstellen. Im Rahmen dieser Stellungnahme werden wir ergänzend zu unseren
bisherigen Vorträgen in diesem Verfahren Stellung nehmen.

1. Regelungen bzgl. Vertragsstrafen

Grundsätzlich begrüßen wir die Tatsache, dass Regelungen zu Vertragsstrafen vorgesehen sind
und aufgenommen wurden. Allerdings bezweifeln wir, dass die Höhe der Vertragsstrafen einen
ausreichenden wirtschaftlichen Anreiz für die Betroffene darstellt, um die Erbringung der jeweili-
gen Leistung nachhaltig sicherzustellen. Dies ist insbesondere in Bezug auf Geschäftskunden-
anschlüsse der Fall, bei denen der jeweilige Zugangsnachfrager mit hohen wirtschaftlichen Ver-
lusten zu rechnen hat, wenn die Betroffene ihre Leistungen nicht fristgerecht erbringen kann.

Hauptstadtbüro Berlin | Invalidenstraße 91 | 10115 Berlin | Tel.: +49 30 58580-415 | Fax: +49 30 58580-412

Büro Brüssel | Rue de Trèves 49 | 1040 Brüssel, Belgien | Tel.: +32 2 290-0108

Norbert Westfal, Präsident | Karsten Kluge, Vizepräsident | Alfred Rauscher, Vizepräsident | Bernhard Palm, Schatzmeister
Dr. Stephan Albers, Geschäftsführer

2. Berücksichtigung der Vorwirkung des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EECC)

Die Beschlusskammer hat sich umfangreich mit der Frage einer Rücknahme der 1. Teilentscheidung nach § 48 VwVfG hinsichtlich der Nutzung des APL bzw. des Gebäudenetzes auseinandergesetzt. Dabei hat sie auch die Frage einer Vorwirkung des bis Dezember 2020 in nationales Recht umzusetzenden europäischen TK-Kodex (EECC) behandelt und mit Blick auf das VHC-Ziel im Grundsatz zutreffend bejaht. Allerdings wird in der Folge die Subsumtion des VHC-Ziels u. E. zu einseitig im Sinne der Betroffenen vorgenommen. Diese Fixierung auf die Perspektive der Betroffenen durchzieht die Begründung zur Regelung in Ziffer 6 des Endleitungs-/APL-Vertrages auch an anderen Stellen, womit sich die Frage der Verhältnismäßigkeit des Beschlusses stellt.

a) VHC-Ziel des EECC

Die Beschlusskammer zieht in Zweifel, ob das VHC-Ziel überhaupt als Infrastrukturziel im Sinne eines FTTB-Ausbaus verstanden werden muss (S.168 Beschluss). Aus der Legaldefinition in Art. 2 Ziffer 2 EECC ergibt sich, dass „*Netze mit sehr hoher Kapazität*“ entweder elektronische Kommunikationsnetze sind, die „*komplett aus Glasfaserkomponenten zumindest bis zum Verteilpunkt am Ort der Nutzung bestehen*“ oder „*zu üblichen Spitzenlastzeiten eine ähnliche Netzleistung in Bezug auf die verfügbare Downlink- und Uplink-Bandbreite, Ausfallsicherheit, fehlerbezogene Parameter, Latenz und Latenzgeschwindigkeit*“ bieten können. Erwägungsgrund 13 stellt klar, dass diese Anforderungen bei Festnetzanschlüssen einer Netzleistung entsprechen, „*die eine Verlegung von Glasfaser bis zu einem Mehrfamilienhaus als Ort der Nutzung bieten kann*“.

Dieses Verständnis entspricht auch dem aktuellen Stand der VHC-Leitlinien des BEREC.

Damit ist unzweifelhaft geklärt, dass es sich bei einem **FTTB-Netz in jedem Fall** um ein **VHC-Netz** im Sinne Art. 2 EECC handelt, während ein **VDSL-Vectoring-Netz die Anforderungen in keinem Fall** (auch nicht durch den Einsatz von „Super-Vectoring“) erfüllen kann. Dass „Super-Vectoring“ keine mit der Leistungsfähigkeit von FTTB vergleichbaren Ergebnisse liefern kann, führt die Beschlusskammer auf S. 169 des Beschlusses selbst aus.

Das im Rahmen der Vorwirkung zu berücksichtigende VHC-Ziel des EECC wird also durch „FTTB/G.fast“ umgesetzt, durch „Super-Vectoring“ aber nicht. Damit folgt aus Art. 2 EECC eine klare Präferenz für eine uneingeschränkte Nutzung von FTTB/G.fast am APL. Dieses klare Ergebnis wird im Beschluss durch die Beschlusskammer aber weder benannt noch wirklich berücksichtigt.

Auch bleiben politische Zielsetzungen wie das Gigabitziel der Bundesregierung bzw. die Digitalziele der EU-Kommission („Europe Fit for the Digital Age“), die in die Abwägung einzubeziehende „öffentliche Belange“ beschreiben, in der Entscheidung unbeachtet und werden von deren Ergebnis konterkariert.

b) Berücksichtigung weiterer Regulierungsziele

Die Beschlusskammer weist zurecht darauf hin, dass neben dem im Rahmen des § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG („Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen NGN-Netzen“) zu berücksichtigenden VHC-Ziels des EECC auch die weiteren Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG betrachtet werden müssen. Die Beschlusskammer betont dabei, dass die Regulierungsziele des Art. 2 Abs. 2 TKG keiner Hierarchie unterliegen und dem Ausbauziel des Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG keine Vorrangstellung zukommt (was die Beschlusskammer hier deutlich klarer als in der Vectoring-II-Entscheidung betont). Gleichwohl kann verlangt werden, dass angesichts der klaren Präferenz des im Lichte des EECC auszulegenden Ausbauziels für eine uneingeschränkte Nutzung von „FTTB/G.fast“, die Analyse der übrigen Regulierungsziele ebenso klar in die andere Richtung weisen müsste, um die in Ziffer 6 des Endleitungsvertrages fixierten, erheblichen Einschränkungen zu rechtfertigen. Dies ist aber nicht der Fall.

So würde der von einigen Beigeladenen als Substitution für die Vectoringnutzung angebotene FTTB-Bitstrom sowohl die Betroffene als auch deren Vorleistungsnachfrager in den Stand setzen, ihren Kunden deutlich höherwertige und leistungsfähigere Produkte anzubieten. Die Nutzung eines FTTB-Bitstroms würde zudem die Wettbewerbsfähigkeit sowohl der Betroffenen als auch anderer Vorleistungsnachfrager gegenüber den Kabelnetzbetreibern verbessern. Diese Aspekte hätten sowohl bei der Betrachtung des Regulierungsziels der „Wahrung der Nutzerinteressen“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) als auch im Rahmen des Regulierungsziels der „Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) in die Abwägung einbezogen werden müssen, findet sich aber im Konsultationsentwurf an keiner Stelle. Dies irritiert umso mehr, als dass die Beschlusskammer offenbar selbst davon ausgeht, dass ein nennenswerter FTTB-Ausbau der Betroffenen in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist (S. 171/172 Beschluss).

Stattdessen hält die Beschlusskammer den FTTB-BSA-Angeboten der Beigeladenen entgegen, dass diese selbst nicht marktbeherrschend seien, womit deren FTTB-BSA-Angebote keiner Standardangebotsüberprüfung unterzogen werden könnten. Da die Betroffene keinen FTTB-Ausbau plane (!), sei auf absehbare Zeit auch nicht mit regulierten FTTB-Bitstromentgelten zu rechnen.

Die Beschlusskammer bleibt allerdings die Erklärung schuldig, weshalb eine Standardangebotsüberprüfung bzw. die Bezugnahme auf ein FTTB-BSA-Angebot der Betroffenen überhaupt erforderlich sein soll. Es wäre völlig ausreichend, wenn die Beschlusskammer eine Klausel in Ziffer 6 des Endleitungsvertrages aufnehmen würde, nach der die Betroffenen keine Beschränkungen von FTTB/G.fast vornehmen darf bzw. verlangen kann, wenn der FTTB-Betreiber ein definierten Kriterien genügendes Bitstromangebot unterbreitet. Die Kriterien könnten dabei wesentlich aus den Vorgaben den KVz-Bitstrom („KVz-AP“) bzw. für die „Förder-VULA“ nach den Vorgaben der EU-Kommission abgeleitet bzw. angepasst werden. Die Frage, ob das FTTB-BSA-Angebot des FTTB-Betreibers diesen Kriterien im Einzelfall genügt, könnte dann inzidenter in einem Anordnungsverfahren geprüft werden, das der FTTB-Betreiber einleiten müsste, falls die Betroffenen den unbeschränkten Zugang am APL gleichwohl verweigert.

Die Beschlusskammer hat sich in ihrer Abwägung allerdings nicht mit möglichen Alternativen zu

einer – rechtlich unmöglichen, aber auch nicht erforderlichen – Standardvertragsprüfung befasst.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Betrachtung der weiteren Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG – insbesondere der Ziele aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TKG - zumindest nicht in Widerspruch zur klaren Präferenz des Ausbauziels für VHC-Netze, also FTTB-Netze, stehen, sondern diese Präferenz eher noch unterstützen. Der Ausbau von FTTB-Netzen wird aber durch deren Entwertung infolge der Beschränkungen in Ziffer 6 des Endleitungsvertrages behindert.

Die Beschlusskammer hätte bei einer sachgerechten Ermessensausübung und einer angemessenen Abwägung der Regulierungsziele die entsprechende Passage streichen bzw. anpassen müssen. Die 1. Teilentscheidung war schon daher rechtswidrig und nach § 48 VwVfG durch die Beschlusskammer zurückzunehmen.

c) Widerspruch zur Vectoring-Regulierung

Anders als der BREKO sieht die Beschlusskammer in der 1. Teilentscheidung auch keinen Widerspruch zu den Grundsätzen ihrer Vectoring-Regulierung.

aa) Als Argument führt die Beschlusskammer u. a. an, anders als bei Vectoring ginge es bei den Regelungen zur Endleitung nicht um ein „*Alles-oder-Nichts-Prinzip*“, sondern lediglich um eine „*Schmälerung des Nutzungspotenzials für den nachkommenden Netzbetreiber*.“ Der hier aufgemachte Gegensatz zwischen „*Alles-oder-Nichts-Prinzip*“ einerseits und „*Schmälerung des Nutzungspotenzials*“ andererseits besteht aber nicht wirklich. Tatsächlich wird der Frequenzbereich unterhalb 40 MHz nach dem „*Alles-oder-Nichts-Prinzip*“ verteilt, wobei die Betroffene wiederum „*Alles*“ und die FTTB-Betreiber – zumindest insoweit – „*Nichts*“ bekommen. Die Beschlusskammer folgt bei der Konfliktlösung nahezu vollständig den Vorstellungen der Betroffenen. Es handelt sich auch nicht um einen Kompromiss, weil der Betroffenen der von ihr beanspruchten Frequenzbereich bis 40 MHz bis auf einige kleinere Korrekturen komplett überlassen wird.

Die FTTB-Anbieter darauf zu verweisen, dass diese durch die Nutzung von „G.fast212“ immer noch in der Lage seien, einen Gigabit-Downstream – und damit im Vergleich zur Betroffenen klar leistungsfähigere Produkte – anzubieten, greift hier zu kurz.

Zum einen ist es nicht so, dass Frequenzen, die im unteren Bereich bis 40 MHz wegfallen, einfach im oberen Frequenzbereich bis 212 MHz kompensiert werden können. Gerade hinsichtlich der Reichweiten unterscheiden sich die Eigenschaften der jeweiligen Frequenzbereiche erheblich, was sich zumindest bei umfangreicheren Gebäudeverkabelungen nachteilig auswirken kann.

Zum anderen ist auch nicht akzeptabel, dass die Beschlusskammer den technischen und investitorischen Unterschied zwischen den FTTB/G.fast-Angeboten und Vectoring nivelliert bzw. die Qualitäts-Schere zwischen beiden Angeboten ein Stück weit mit dem Argument schließt, für die FTTB-Betreiber sei ja noch genug übrig. Diese Argumentation verkennt, dass die FTTB-Betreiber erhebliche Investitionen vorgenommen haben, um die Gebäude mit Glasfaser zu erschließen. Sie haben daher mindestens den gleichen Anspruch darauf wie die Betroffene, ihre

Angebote mit der vollen Leistungsfähigkeit den Kunden präsentieren und den Unterschied zu den Angeboten der Betroffenen in vollem Umfang sichtbar machen zu können.

Soweit es technisch nicht möglich ist, dass sowohl die Betroffene als auch die FTTB-Betreiber die volle technische Leistungsfähigkeit ihrer Netze den Kunden störungsfrei anbieten können, hätte unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten also mindestens ein Kompromiss gefunden werden müssen, bei denen beide Seiten mit gewissen Einschränkungen leben müssen, um die wettbewerbliche Relation zwischen „FTTB/G.fast“ und „Super-Vectoring“ zu wahren. Die Möglichkeit eines solchen Kompromisses wird aber im Konsultationsentwurf gar nicht erst erörtert, was erstaunt, weil ein solcher Kompromiss sehr naheliegend ist. So wäre denkbar, dass sich die FTTB-Betreiber für einen Übergangszeitraum dazu verpflichten, zum Schutz von einfachem Vectoring einen unteren Frequenzbereich bis zu 18 oder 20 MHz auszublenden, während die Betroffene ihrerseits auf den Schutz von „Super-Vectoring“ (bis 40 MHz) verzichtet hätte. Für beide Seiten würde sich dann jeweils ein Bandbreitenverlust von ca. 150 - 200 Mbit/s ergeben, was auch dem Regulierungsziel des „chancengleichen Wettbewerbs“ aus Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG eher gerecht würde. Stattdessen sollen nun die FTTB-Betreiber einseitig auf 400-600 Mbit/s ihres Leistungspotenzials verzichten. Vor diesem Hintergrund ist auch das Argument der Beschlusskammer fragwürdig, wonach keine größere Kundenakzeptanz für Hochleistungsanschlüsse festzustellen sei. Zum einen gibt es hier eine Entwicklung, die auch der kürzlich veröffentlichte Jahresbericht der BNetzA zeigt (dort S. 51). Zum anderen wird die Vermarktung von hochleistungsfähigen Anschlüssen nicht erleichtert, wenn diese infolge von Regulierungsentscheidungen in ihrer Leistungsfähigkeit erheblich beschnitten werden, so dass dieses Argument den Charakter einer „self fulfilling prophecy“ haben könnte.

Auch unter Bestandsschutzerwägungen hätte sich eine differenzierte Schutzregelung zwischen „Vectoring“ und „Super-Vectoring“ angeboten. Der einfache Vectoringausbau beruht zu einem erheblichen Teil auf regulatorisch induzierten Ausbauzusagen der Betroffenen bzw. Dritter und kann insoweit ein gewisses Maß an Bestandsschutz beanspruchen. Wesentliche Investitionen waren bereits veranlasst, bevor die Betroffene das Konfliktpotenzial zwischen Vectoring und FTTB/G.fast über eine entsprechende Standardvertragsregelung sowie eine Präsentation im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung im Mai 2017 in das Verfahren hineingetragen hat. Dagegen erfolgte der Ausbau von „Super-Vectoring“ erst danach. Der Betroffenen war das technische Problem bei der Nutzung der Gebäudeverkabelung beim Ausbau von „Super-Vectoring“ also bereits bekannt. Wenn sie diesen Ausbau also „sehenden Auges“ trotzdem durchgeführt hat, hat sie offenbar (berechtigterweise?) darauf vertraut, dass ihr die Beschlusskammer hinsichtlich der für „Super-Vectoring“ zusätzlich benötigten Frequenzen bis zu 40 MHz schon weiterhelfen werde.

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass der Investitionsschritt von „Vectoring“ zu „Super-Vectoring“ überschaubar ist, da die Glasfaseranbindung des MFG bereits vorhanden ist. Es erscheint daher für die Betroffene zumutbar, im Sinne eines Kompromisses auf den Schutz von „Super-Vectoring“ zu verzichten.

Eine solche Kompromisslösung hätte dem Geist zumindest der „Vectoring-I-Entscheidung“ viel

eher entsprochen als ein umfassender Schutz der weniger leistungsfähigen Technologie.

bb) In den Ausführungen der Beschlusskammer zur Konsistenz mit der Vectoring-Regulierung irritiert zudem die Aussage der Beschlusskammer, die Beigeladenen hätten ja ihrerseits Ausbauszusagen für die vollständige Erschließung von KVZ-Einzugsbereichen abgeben können, was sie aber nicht getan hätten. Zum einen hätte die Beschlusskammer bei einer Verfahrensdauer von über 5 Jahren leicht einen Hinweis geben können, dass Ausbauszusagen verfahrensrelevant sein könnten. Ferner waren die bisherigen Erfahrungen der Wettbewerber mit Ausbauszusagen in Regulierungsverfahren wenig ermutigend. Die Wahrheit ist doch, dass Ausbauszusagen von FTTB-Betreibern in dem Verfahren keine Berücksichtigung gefunden hätten.

Zum anderen erschließt sich nicht, warum sich solche Ausbauszusagen auf den gesamten KVZ-Einzugsbereich hätten erstrecken sollen. Letztlich muss die Ausbauszusage nicht weiter reichen, als die Beeinträchtigung für die Wettbewerber des Ausbauberechtigten. Insofern würde eine APL-bezogene Ausbauszusage ausreichen. Die Betroffene würde in der Nutzung von VDSL-Vectoring nur mit Blick auf einzelne APL/Gebäude beeinträchtigt und könnte andere Gebäude weiterhin selbst direkt versorgen.

Fazit:

Auch wenn die Ausführungen der Beschlusskammer zur Rücknahme der 1. Teilentscheidung bzgl. Ziffer 6 des Endleitungs-/APL-Vertrages umfangreich sind, werden wesentliche Belange der FTTB-Betreiber, aber auch „öffentliche Belange“ im Rahmen der Regulierungsziele in der Abwägung der Beschlusskammer entweder gar nicht oder verkürzt betrachtet. Die Gesamtschau der Menge und Erheblichkeit dieser unzureichend berücksichtigten Punkte führt zur Ermessensfehlerhaftigkeit der 1. Teilentscheidung und der Entscheidung gegen deren Rücknahme.

Eine entsprechende Korrektur ist im Konsultationsverfahren aber immer noch möglich und wird seitens des BREKO und seiner Mitglieder dringend angeregt.

Für Rückfragen oder eine vertiefte Erörterung der angesprochenen Punkte stehen wir der Beschlusskammer gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Benedikt Kind

Leiter Grundsatzfragen Regulierung



Jan-Niklas Steinhauer

Justiziar, Regulierungsverfahren & Europarecht