



Bundesverband
Breitbandkommunikation e.V.

BREKO | Invalidenstraße 91 | 10115 Berlin

Per Mail: BK3-Postfach@BNetzA.de

Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 3

Frau Vorsitzende Ute Dreger

Im Tulpenfeld 4

53113 Bonn

BREKO Bundesverband
Breitbandkommunikation e.V.
Invalidenstraße 91
10115 Berlin

Tel.: +49 30 58580 418
kind@brekoverband.de

21. September 2023

BK3-23-006: Standardangebot der Deutschen Telekom zum Zugang zu baulichen Anlagen

Sehr geehrte Frau Dreger,

sehr geehrte Damen und Herren,

zunächst möchten wir auf unsere erste Stellungnahme vom 14.08.2023 verweisen. Sämtliche dort adressierten Punkte halten wir aufrecht. Wir bedanken uns für die Möglichkeit, im Nachgang zur öffentlich mündlichen Verhandlung vom 07.09.2023 nochmals Stellung nehmen zu können und äußern uns zu den Einlassungen der Betroffenen wie folgt:

I. Vermeidung regulatorischer Inkonsistenzen

Wie bereits im Verfahren BK3-19-020 vorgetragen, betrachtet der BREKO die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung bezüglich baulicher Anlagen dem Grunde nach kritisch, da sie die Geschäftsmodelle derjenigen Unternehmen, die seit Jahren Investitionen in den Glasfaserausbau tätigen entwerten und Investitionsanreize schmälern könnte. Ein (entgelt-)regulierter Zugang zu baulichen Anlagen und insbesondere zu Leerrohren der Betroffenen hat nicht nur Auswirkungen auf die Betroffene selbst. Vielmehr wirken sich ein regulierter Zugang und regulierte Entgelte mindestens mittelbar auf die Geschäftsmodelle all jener Unternehmen aus, die seit Jahren in Glasfasernetze

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

Büro Brüssel | Avenue de Cortenbergh 172 | 1000 Brüssel, Belgien | Tel.: +32 472 53 14 19

Norbert Westfal, Präsident | Dr. Stephan Albers, Geschäftsführer

investieren und ihrerseits Vorleistungen anbieten. Es besteht die Gefahr, dass sich auch bei Zugangsangeboten nicht regulierter Betreiber sowohl das für die Betroffene regulierte Preisniveau als auch die regulierten vertragliche Regelungen etablieren. Auf diese Weise würden nicht marktbeherrschende Unternehmen faktisch „mitreguliert“.

Dieses Gefahrenpotential muss im nachgelagerten Standardangebotsverfahren berücksichtigt werden. Daher müssen insbesondere regulatorische Inkonsistenzen im Hinblick auf die symmetrischen Zugangsverpflichtungen nach §§ 136 ff. TKG vermieden werden.

1. Anforderungen an den regulierten asymmetrischen Zugang dürfen nicht mit Regelungen zum symmetrischen Zugang vermischt werden

Wiederholt hat die Betroffene in der ömV versucht, die Anforderungen aus der an ihre marktbeherrschende Stellung anknüpfenden Regulierungsverfügung und die Regelungen zu den symmetrischen Zugangsverpflichtungen nach §§ 138 ff. TKG zu vermischen und letztere als eine Art „Obergrenze“ für den von ihr aus dem Rechtsgrund der Marktregulierung anzubietenden Zugang zu definieren.

Dabei verkennt die Betroffene (wahrscheinlich bewusst) die unterschiedlichen Funktionen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der asymmetrischen Marktregulierung einerseits und des symmetrischen Zugangs zu passiven Infrastrukturen andererseits. Während durch die mit dem DigiNetzG 2016 in das TKG eingeführten symmetrischen Zugangsansprüche Ausbausynergien erzielt werden sollten (ein Ziel, das mit Blick auf die Mitnutzung auch wettbewerblicher TK-Infrastrukturen durchaus fragwürdig ist), und die Marktverhältnisse nicht betrachtet werden, sind ebendiese Ausgangspunkt der asymmetrischen Marktregulierung. Die dort auferlegten Zugangsverpflichtungen haben den Zweck, den negativen wettbewerblichen Auswirkungen marktbeherrschender Stellungen entgegenzuwirken und ein möglichst hohes Maß an Chancengleichheit zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und seinen Wettbewerbern herzustellen.

Beide Sachverhalte haben demnach nichts miteinander zu tun. Die symmetrischen Zugangsverpflichtungen der §§ 138 ff. können daher weder als „Obergrenze“ noch als „Untergrenze“ der der Betroffenen im Rahmen der Marktregulierung aufzuerlegenden Zugangsverpflichtungen verstanden werden. Würde die Beschlusskammer die nach den Vorgaben der Regulierungsverfügung auszugestaltenden Zugangsverpflichtungen auf das Niveau des Zugangs aus der symmetrischen Regulierung beschränken, so würde das mit der asymmetrischen Marktregulierung verfolgte Ziel, die aus

der marktbeherrschenden Stellung der Betroffenen resultierenden Wettbewerbsverzerrungen so weit wie möglich auszugleichen, nicht erreicht. Angesichts des nach wie vor überragenden Marktanteils der Betroffenen im Anschlussmarkt und dem daraus resultierenden hohen (und durch das „Laufenlassen“ der Commitmentmodelle bislang leider auch noch regulatorisch erheblich begünstigten) Marktmachtübertragungspotenzial der Betroffenen aus dem Kupfer- in den Glasfasermarkt ist eine effektive und von den Regelungen der §§138ff. TKG losgelöste Ausgestaltung des Zugangs zu baulichen Anlagen der Betroffenen erforderlich.

Das von der Betroffenen vorgelegte Standardvertragsangebot reicht hierzu nicht aus. Es würde die seitens der Betroffenen bereits heute fälschlicherweise behauptete „Augenhöhe“ zwischen ihr und ihren Wettbewerben bei Weitem nicht herstellen können. Teilweise – so z.B. bei den von ihr beanspruchten weitreichenden Ablehnungsgründen - stellt die Betroffene sich sogar besser, als ein nach den §§ 138ff. TKG verpflichtetes Unternehmen stünde.

Die Beschlusskammer hat dies auch erkannt und in der ömV deutlich darauf hingewiesen, dass das seitens der Betroffenen vorgelegte Standardangebot den Maßstäben der Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit an verschiedenen Stellen nicht genügt.

2. Keine Rechtsgrundlage für Reziprozitätserfordernis

In diesem Zusammenhang ist auch zu begrüßen, dass die Beschlusskammer betont hat, dass sie für die seitens der Betroffenen aufgestellten Bedingung einer reziproken Zugangsgewährung keinerlei Rechtsgrundlage sieht. Dies entspricht auch der Rechtsauffassung des BREKO, die wir in unserer ersten Stellungnahme bereits ausführlich vorgetragen haben. Wir gehen daher davon aus, dass das Reziprozitätserfordernis in Ziffer 2 des Vertragsentwurfs der Betroffenen von der Beschlusskammer gestrichen wird.

3. Angebot eines Bitstromzugangs

Der BREKO hat bereits in der ersten Stellungnahme dargelegt, dass wir uns im Sinne des „Open Access“-Gedankens dem Angebot eines Bitstromzugangs im Falle der Anmietung von Leerrohrkapazitäten auf einer Hauptkabeltrasse nicht grundsätzlich verschließen würden und diese Forderung im Grundsatz auch nicht für unvereinbar mit den Maßstäben der Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit nach § 29 TKG halten Allerdings kommt es hier entscheidend auf die Ausgestaltung

an. So darf die Verletzung einer Verpflichtung zum Angebot eines Bitstromzugangs keine Grundlage für eine Vertragskündigung oder ein Leistungsverweigerungsrecht sein. Ferner muss dem Bitstromanbieter die Ausgestaltung seines Angebots obliegen. In keinem Fall ist eine Reziprozität zum Bitstromangebot der Betroffenen akzeptabel. Auch der EoI-Maßstab kann auf ein solches - nicht zu regulierendes - Angebot keine Anwendung finden, zumal die Betroffene das verfahrensgegenständliche Standardangebot ihrerseits bislang nicht nach dem EoI-Prinzip gestaltet hat (z.B. kein Zugriff auf Megaplan, s.u.). Gestaltungsmaßstab für den anzubietenden Bitstromzugang wäre vielmehr die Marktüblichkeit freiwilliger Angebote. Schließlich ist die Verpflichtung auf den BNG-Einzugsbereich zu beschränken, in dem die Anmietung des betreffenden Leerrohrs erfolgt.

II. Zugriff auf Megaplan

Auch wenn die Beschlusskammer in der ömV (wie bereits vorher in der Regulierungsverfügung) deutlich gemacht hat, dass sie keine Notwendigkeit eines Zugriffs der Vorleistungsnachfrager auf Megaplan sieht, regen wir an, diese Auffassung noch einmal kritisch zu hinterfragen. Es ist anzuerkennen, dass die Beschlusskammer bereits darauf hingewirkt hat, dass die Betroffene die Informationen zur Leerrohrbelegung im Infrastrukturatlas quartalsweise aktualisiert. Gleichwohl stellt der Infrastrukturatlas kein Äquivalent zur Megaplannutzung dar. So werden vermeintlich komplett belegte Leerrohre seitens der Betroffenen in den Infrastrukturatlas nicht eingemeldet. Somit kann der Vertragspartner diese Leerrohre nicht erkennen und auch die behauptete vollständige Belegung nicht überprüfen (lassen). Damit fehlt es aber auch an jeglicher Darlegungs- und Beweislast der Betroffenen bzgl. der behaupteten Auslastung der Leerrohre, während der Auslastungseinwand im Zuge der symmetrischen Regulierung nach § 141 TKG vom Infrastrukturinhaber substantiiert dargelegt werden muss und auch einer Vor-Ort-Überprüfung durch die BNetzA zugänglich ist.

Zudem müsste die inhaltlich korrekte und fristgerechte Einlieferung in den Infrastrukturatlas vertraglich abgesichert werden. Für eine unvollständige Datenlieferung oder die Einlieferung falscher Daten haftet die Betroffene ausschließlich der BNetzA gegenüber. Die Vertragspartner können kaum Schadensersatzforderungen daraus ableiten. Sollte es – entgegen der hier angeregten Lösung – bei einem Verweis auf den ISA bleiben, wäre in jedem Fall eine vertragliche Grundlage für eine eigene Rechtsposition der Vertragspartner zu schaffen, die diesen die Geltendmachung von Schadensersatzforderungen gegenüber der Betroffenen ermöglicht.

Es bestehen aber seitens des BREKO auch weiterhin grundsätzliche Sicherheitsbedenken bzgl. einer zentralen Sammlung immer detaillierter, genauerer und aktuellerer sensibler Daten bei einem gleichzeitig großen Kreis der Abrufberechtigten. Es ist kein Geheimnis, dass sich die Zahl der Cyberattacken seit dem Februar 2022 vervielfacht hat. Gerade ein zentrales Verzeichnis aktueller, detaillierter und sensibler Infrastrukturdaten ist für Hacker ein attraktives Ziel. Es ist daher zumindest fragwürdig, ob der Infrastrukturatlas angesichts der aktuellen Situation weiter ausgebaut und einer erweiterten Nutzung zugeführt werden sollte.

Für Rückfragen oder weitere Erläuterungen der hier angesprochen Punkte stehen wir der Beschlusskammer gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Benedikt Kind
Leiter Recht & Grundsatzfragen Regulierung



Henrik Harings
Leiter Regulierungsverfahren & Justiziar