

**Eckpunkte- und Diskussionspapier für eine zukünftige
Regulierung des Marktes für dedizierte Kapazitäten (Markt Nr.
2 der Märkteempfehlung)**

(BK2-25/004)

Stellungnahme der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG

Die Bundesnetzagentur hat ein Eckpunkte- und Diskussionspapier für eine zukünftige Regulierung des Marktes für dedizierte Kapazitäten veröffentlicht und dem deutschen Telekommunikationsmarkt zur Konsultation gestellt. Das Papier zeigt in Form von Eckpunkten die derzeitigen Überlegungen der Beschlusskammer 2 bezüglich der Auferlegung von Abhilfemaßnahmen gegen die als marktbeherrschend eingestufte Telekom Deutschland GmbH auf. Zu diesen Eckpunkten möchte die Telefónica Germany GmbH & Co. OHG im Folgenden Stellung beziehen.

Zusammenfassung unserer Bewertung des Eckpunkte- und Diskussionspapiers

Das vorliegende Eckpunkte- und Diskussionspapier der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG bezieht Stellung zur zukünftigen Regulierung des Marktes für dedizierte Kapazitäten (Markt Nr. 2). Die Kernaussagen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Telefónica befürwortet grundsätzlich die Aufhebung der Bandbreitenbegrenzung bei 155 Mbit/s, da die Marktbedingungen sich grundlegend verändert haben und diese Grenze nicht mehr gerechtfertigt ist. Eine richtige und wichtige Änderung stellt ebenfalls die Auferlegung der strengen Entgeltgenehmigung für das Produkt VPN 2.0 dar. Eine Beibehaltung der nachträglichen Entgeltkontrolle für das Produkt VPN 2.0, das von der Beschlusskammer richtigerweise als zentrales Marktprodukt eingestuft wird, wäre nicht ausreichend um fairen Wettbewerb nachhaltig zu gewährleisten. Auch die Bestärkung der Nichtdiskriminierungsverpflichtungen, insbesondere der Anwendung des Equivalence-of-Input-Ansatzes (Eol) ist für die Sicherung des Wettbewerbs von großer Wichtigkeit.

Es bestehen jedoch rechtliche Bedenken im Hinblick auf die geplante Ausweitung der Zugangsverpflichtungen auf unbeschaltete Glasfaser und bauliche Anlagen. Die Gründe hierfür sind zum einen, dass diese Zugangsebenen nicht in die sachliche Marktabgrenzung der Präsidentenkammer einbezogen wurden und die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Telekom sich nicht auf diese Bereiche erstreckt. Des Weiteren gilt es zu bedenken, dass die

Marktanalyse ergeben hat, dass ein Zugang zu unbeschalteter Glasfaser die Wettbewerbsintensität auf dem Endkundenmarkt tendenziell nicht verbessern würde.

Übereinstimmend mit der Beschlusskammer spricht sich Telefónica dafür aus, den Zugang zu unbeschalteten Glasfaserleitungen für die Anbindung von Mobilfunkstandorten von einer möglichen Zugangspflicht auszunehmen, da in diesem Segment funktionierender Wettbewerb herrscht.

Im Einzelnen:

1. Überlegungen zur Auferlegung von Zugangspflichten

1.1. Keine Bandbreitenbegrenzung

Die Beschlusskammer plant eine Erweiterung der Zugangsverpflichtung für Ethernet-Vorleistungen auf sämtliche Übertragungsgeschwindigkeiten. Die gemäß der aktuellen Regulierungsverfügung geltende Begrenzung der Zugangsverpflichtung auf Übertragungsraten bis zu 155 Mbit/s würde hierdurch aufgehoben. Die Aufhebung dieser Begrenzung ist folgerichtig. Grund für die Ziehung einer Grenze bei 155 Mbit/s war, dass die ehemalige Marktanalyse der Präsidentenkammer (BK1-14/003) bei der sachlichen Marktabgrenzung aufgrund der damals vorherrschenden Marktgegebenheiten unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen in den Segmenten für Leitungen mit einer Geschwindigkeit bis 155 Mbit/s und für Geschwindigkeiten darüber hinaus identifiziert hatte und daraufhin eine entsprechende Unterteilung des Marktes vorgenommen wurde. In der aktuellen Marktanalyse hat die Präsidentenkammer diese Unterteilung revidiert. Die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für dedizierte Kapazitäten haben sich nach Einschätzung der Präsidentenkammer grundlegend verändert, so dass die Grenze von 155 Mbit/s, die zu Zeiten definiert wurde, als im großen Umfang SDH-Verbindungen angeboten und nachgefragt wurden, unter den heute vorliegenden Marktbedingungen nicht mehr gerechtfertigt ist. Aufgrund dieser Vorgabe aus der Marktanalyse und Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit der Präsidentenkammer ist die Aufhebung der vormaligen Bandbreitenbegrenzung bei 155 Mbit/s folgerichtig.

1.2. Netzausbau

In den Zugangspflichten soll ausdrücklich und klarstellend eine Verpflichtung der Telekom zum Netzausbau aufgenommen werden. Diese Verpflichtung ist erforderlich und zweckmäßig, um den auf dem betreffenden Markt festgestellten Wettbewerbsdefiziten Abhilfe zu leisten. Die Versorgung von Endkunden über die hier gegenständlichen Zugangsleistungen für dedizierte Kapazitäten ist oft erst möglich, wenn an dem Standort des Endkunden eine Baumaßnahme zur Anbindung des Standortes an das im lokalen Ortsbereich verlegte Glasfasernetz der Telekom durchgeführt wird. Bestünde keine Verpflichtung zur Vornahme solcher Baumaßnahmen, wären Zugangsnachfrager im Wettbewerb zum eigenen Geschäftskundenbereich der Telekom benachteiligt. Die Telekom könnte Kunden quasi exklusiv versorgen, denn sie kann in ihrem eigenen Geschäftsbetrieb die Baumaßnahmen für die Anbindung nach eigener Entscheidung durchführen und die Versorgung des betreffenden Standortes herstellen. Ein Zugangsnachfrager,

der ggf. mit dem Geschäftskundenbereich der Telekom um ein Versorgungsverhältnis konkurriert, könnte ohne entsprechende Ausbaupflichtung der Telekom nicht die erforderliche Baumaßnahme bewirken, sondern wäre komplett von der Bereitschaft und den kommerziellen Forderungen der Telekom abhängig. Hierdurch besteht eine asymmetrische Wettbewerbsfähigkeit zu Gunsten des Geschäftskundenbereiches der Telekom und zum Nachteil des Zugangsnachfragers. Die Entscheidung der Beschlusskammer, dieser Asymmetrie in Form einer Ausbaupflichtung in einem angemessenen Rahmen entgegenzuwirken, ist daher gerechtfertigt.

1.3. Zugang zu unbeschalteter Glasfaser

1.3.1. Allgemeine Schwierigkeiten einer Zugangsverpflichtung zu unbeschalteter Glasfaser

Die Beschlusskammer erwägt, die Zugangsverpflichtungen um einen Zugang zu unbeschalteter Glasfaser zu erweitern. Ein solcher Zugang könne nach Einschätzung der Kammer den Wettbewerbsproblemen auf dem gegenständlichen Markt begegnen. Nach Einschätzung der Beschlusskammer hätten die Wettbewerber zur Realisierung von alternativen hochqualitativen Zugangsprodukten faktisch keine bzw. nur sehr begrenzte Möglichkeiten, eigene Zugangsprodukte zu entwickeln. Sie seien vielmehr regelmäßig darauf angewiesen, die aktiven Produkte der Telekom ganz oder in Teilen eins zu eins weiterzuverkaufen. Auf Basis einer unbeschalteten Glasfaser wäre es den Wettbewerbern jedoch möglich, eigene Zugangsprodukte mit eigenen Produkteigenschaften zu entwickeln, mit denen sie auch in qualitativer Hinsicht mehr als bislang mit der Telekom in Wettbewerb treten könnten.

Das Erfordernis einer Verpflichtung zu einem Zugang zur unbeschalteten Glasfaser müsste von der Beschlusskammer mit tragbaren Gründen untermauert werden. Die Hürden hierfür liegen sehr hoch, da die Präsidentenkammer eine anderslautende Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes vorgenommen hat. Kurz gesagt hat die Kammer im Wege einer Prüfung der Substituierbarkeit verschiedener Zugangsarten eine Abgrenzung darüber vorgenommen, welche Zugangsarten in welcher Ausgestaltung in den gegenständlichen Markt für dedizierte Kapazitäten einzubeziehen sind und welche nicht. Der auf diese Weise abgegrenzte sachlich relevante Markt wurde anschließend auf bestehende Wettbewerbshindernisse und Regulierungsbedürftigkeit geprüft. Das Ergebnis dieser Prüfung war, dass die Telekom auf dem sachlich relevanten Markt für dedizierte Kapazitäten eine beherrschende Stellung hat. In den sachlich relevanten Markt sind Zugangsleistungen auf der Ebene von unbeschalteten Glasfaserleitungen aber nicht einbezogen worden. Deshalb umfasst die Feststellung der Wettbewerbssituation und der marktbeherrschenden Stellung der Telekom nicht den Zugang zu unbeschalteter Glasfaser. Soweit die Präsidentenkammer Wettbewerbshindernisse identifiziert und eine beherrschende Marktmacht durch die Telekom festgestellt hat, ist dies ohne Einbeziehung der Angebots- und Nachfragesituation bei Zugangsleistungen auf der Ebene von unbeschalteten Glasfasern erfolgt. Von daher ist äußerst fraglich, ob die kommende Regulierungsverfügung

für den Markt für dedizierte Kapazitäten Zugangsverpflichtungen der Telekom über unbeschaltete Glasfasern enthalten kann.

Nach § 13 Abs. 1 TKG kann die BNetzA Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, Verpflichtungen nach den §§ 24 bis 30, 38 oder 49 auferlegen, ändern oder beibehalten, wenn sie der Ansicht ist, dass das Marktergebnis für die Endnutzer ohne diese Verpflichtungen keinen wirksamen Wettbewerb darstellen würde.

Nach den Leitlinien der EU Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (2018/C 159/01) soll der Ausgangspunkt für die Festlegung der Vorleistungsmärkte, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, die Analyse der entsprechenden Endkundenmärkte bilden. Die nationalen Regulierungsbehörden haben hierbei festzustellen, *ob die zugrunde liegenden Endkundenmärkte ohne eine Regulierung auf der Vorleistungsebene, die auf der Feststellung alleiniger oder gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht beruht, potenziell wettbewerbsorientiert sind*¹. Die Analyse soll *auf einer funktionalen Betrachtung der Verbindungen zwischen den relevanten Vorleistungsmärkten und den zugrunde liegenden Endkundenmärkten* sowie anderen relevanten Märkten beruhen.²

Diese Vorgabe besagt, dass *a)* etwaig bestehende Wettbewerbsdefizite auf dem Endkundenmarkt zu prüfen sind und *b)* diese Bewertung auf Basis einer hypothetisch angenommenen Wettbewerbssituation erfolgt, die vorherrschen würde, wenn der sachlich abgegrenzte Vorleistungsmarkt, für den eine beträchtliche Marktmacht festgestellt wurde, nicht reguliert wäre. Bei dieser Prüfung ist der erste von zwei Ausgangspunkten der nachgelagerte Endkundenmarkt und der zweite Ausgangspunkt der sachlich abgegrenzte Vorleistungsmarkt, für den beträchtliche Marktmacht besteht. Wenn Wettbewerbshindernisse im hypothetischen Fall einer nicht bestehenden Regulierung des definierten Vorleistungsmarktes vorzufinden wären, rechtfertigt dies die Auferlegung von regulatorischen Zugangspflichten. Bei dieser Logik bleibend wären die Zugangspflichten nur auf der Vorleistungsebene vorzunehmen, die unter den sachlich abgegrenzten Markt fällt. Die Beschlusskammer erwägt hingegen, eine Zugangsverpflichtung aufzuerlegen, die nicht unter den abgegrenzten, relevanten Vorleistungsmarkt fällt. Hierdurch würde das in der Marktanalyse begutachtete Verhältnis zwischen dem sachlich abgegrenzten Vorleistungsmarkt und dem nachgelagerten Endkundenmarkt auseinandergerissen werden. Dies kann aus unserer Sicht nur gerechtfertigt werden, wenn tragfähige Gründe für ein diesbezügliches Erfordernis dargelegt werden.

Auch muss die BNetzA bei der Auferlegung, Änderung oder Beibehaltung von Verpflichtungen gemäß der Vorgabe in § 13 Abs. 3 Nr. 1 TKG sicherstellen, dass diese Verpflichtungen der Art des auf dem relevanten Markt festgestellten Problems entsprechen. Bezüglich dieser Vorgabe sehen wir das potenzielle Problem, dass die Präsidentenkammer in der Marktanalyse die Auffassung vertreten hat, dass der Zugang zu unbeschalteter

¹ Leitlinien der EU Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (2018/C 159/01), Rn. 15-16

² Ebenda, Rn. 21

Glasfaser nicht geeignet ist, für mehr Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für hochqualitative Geschäftskundenprodukte zu sorgen.

Bei der Prüfung der Nachfragesubstituierbarkeit zwischen dedizierten Kapazitäten und unbeschalteter Glasfaser ist die Präsidentenkammer zu dem Schluss gekommen, dass die unbeschaltete Glasfaser per se nicht die Anforderungen einer dedizierten Kapazität erfüllen würde. Durch den Zugang zu einer unbeschalteten Glasfaser könne einem Geschäftskunden nicht unmittelbar ein Telekommunikationsanschluss angeboten werden. Um einem Kunden einen Anschluss mit einer dedizierten Kapazität zur Verfügung stellen zu können, seien weitere Dienstleistungen notwendig, für die zusätzliche Kenntnisse sowie Investitionen erforderlich sind. Für eine Beschaltung von Fasern selbst müsse ein Nachfrager auch über entsprechendes Equipment verfügen, wobei nicht davon auszugehen sei, dass Geschäftskunden hierzu selbst in der Lage sind.³ Auch alternative Netzbetreiber, die vertragliche Vereinbarungen über die regionale oder landesweite Nutzung unbeschalteter Glasfasern schließen könnten, müssten Beschaltungstechnik in optischen Hauptverteiltern in der entsprechenden Region selbst aufbauen. Dazu bedürfe es erheblicher Investitionen für den Netzausbau, so dass es selbst bei einem größeren Netzbetreiber unwahrscheinlich sei, dass er von Vorleistungsprodukten des Marktes für dedizierte Kapazitäten auf unbeschaltete Glasfaser ausweichen würde.⁴

Auch eine Angebotssubstituierbarkeit hat die Präsidentenkammer verneint. Viele Anbieter hätten gar nicht die Möglichkeit eine unbeschaltete Glasfaser zu „veredeln“ um sich damit von anderen Anbietern abheben bzw. spezialisieren zu können.⁵

Im Hinblick auf die Regulierungsziele und -grundsätze hat die Präsidentenkammer festgestellt, dass sich ein vielfältiges wettbewerbliches Angebot an unbeschalteter Glasfaser entwickelt habe, ohne dass die Telekom zum Angebot einer regulierten unbeschalteten Glasfaser verpflichtet war und auch kein solches Vorleistungsprodukt freiwillig angeboten hat. Der Einbezug der unbeschalteten Glasfaser in den Markt - und damit verbunden ein zwingendes reguliertes Angebot durch die Telekom - könne das Geschäftsmodell von alternativen Anbietern empfindlich stören.⁶

Angesichts dieser Feststellungen in der Marktanalyse dürfte es schwierig sein, eine tragfähige Rechtfertigung für das Erfordernis einer Zugangsverpflichtung zur unbeschalteten Glasfaser zu begründen. Im Grunde wurde in den zitierten Stellen festgestellt, dass ein regulierter Zugang zu unbeschalteter Glasfaser gerade keine Verbesserung der Wettbewerbsintensität auf dem Endkundenmarkt für dedizierte Datenkapazitäten bewirken würde. Stattdessen könnten sich sogar nachteilige Effekte auf die Wettbewerbsmöglichkeiten alternativer Glasfasernetzbetreiber ergeben. Die Beschlusskammer sollte sich dieses Widerspruchs bewusst sein und sauber abwägen, ob eine Verpflichtung unter diesen Gegebenheiten rechtssicher auferlegt werden kann. Denn hiermit verbundene Rechtsunsicherheiten aufgrund von Klagen gegen die auferlegte Verpflichtung würden zu Verunsicherungen und mangelnder Planungsgewissheit im Markt führen.

³ BK2-23-002, Rn. 194

⁴ Ebenda, Rn. 196

⁵ Ebenda, Rn. 202

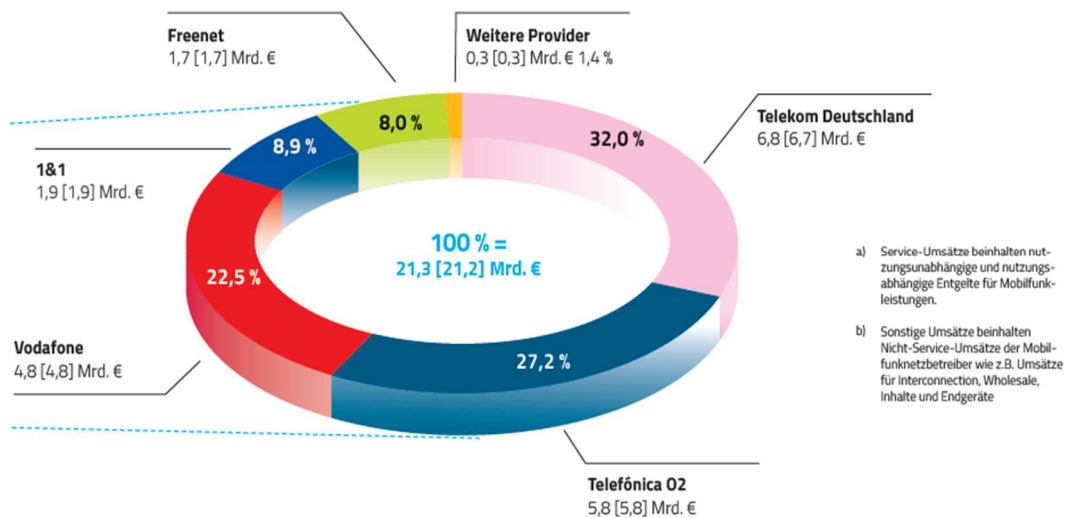
⁶ BK1-23/002, Rn. 210-211

1.3.2. Teilmarkt für die Anbindung von Mobilfunkstationen

Vollkommen richtig ist hingegen die Auffassung der Beschlusskammer, dass der Zugang zu unbeschalteten Glasfaserleitungen für die Anbindung von Mobilfunkstandorten nicht von einer möglichen Zugangspflicht erfasst sein soll. Die Einschätzung, dass es sich bei diesem Segment um einen Sonderbereich mit einer begrenzten Anzahl an potenziellen Nachfragern und einem funktionierenden Wettbewerb handelt, ist korrekt. Die Wettbewerbssituation in Deutschland zeigt, dass ein spezifisches Marktsegment für die Anbindung von Mobilfunkstandorten besteht und in diesem Segment wettbewerbliche Bedingungen vorzufinden sind. Die Situation hinsichtlich der Verwendung für Mobilfunkanbindungen unterscheidet sich spürbar von der Nutzung für die Anbindung und Vernetzung von Endkundenstandorten (i.d.R. Geschäftskunden). In dem Segment für Mobilfunkanbindungen besteht eine sehr viel höhere Vielfalt von Anbietern als im Marktsegment für die Anbindung von Geschäftskunden. Fast alle potenziellen Anbieter von Anbindungen für Mobilfunkstandorte sind selbst keine Mobilfunknetzbetreiber und konkurrieren daher nicht auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt für Mobilfunkprodukte. Das Interesse an Vertragsabschlüssen mit Mobilfunknetzbetreibern ist daher groß, weil dies wertvolle Einnahmen generiert ohne dem eigenen Endkundengeschäft zu schaden. Aus diesen Gründen ist die Wettbewerbsintensität deutlich höher, was sich bemerkbar macht durch erstens eine größere Zahl an Anbietern, zweitens durch größere Verhandlungsspielräume bei den kommerziellen Bedingungen und drittens durch sehr individuell konzipierte Lösungen.

Außerdem gibt es keinerlei Hinweise auf Wettbewerbshindernisse auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkprodukte, was jedoch eine Grundvoraussetzung für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen zum Zweck der Anbindung von Mobilfunkstandorten wäre. Die Marktanteile sind gleichmäßiger verteilt als etwa im Markt für Festnetzanschlüsse, wo die Telekom im Vergleich zu allen anderen Wettbewerbern einen herausragend hohen Marktanteil aufweist. Auf dem Mobilfunkmarkt ist dies nicht der Fall. Die Marktanteile der drei etablierten Netzbetreiber liegen eng beieinander. Zusätzlich existieren zwei weitere große Anbieter, 1&1 und Freenet, die erfolgreich Produkte auf dem Endkundenmarkt verkaufen und jeweils einen signifikanten Marktanteil behaupten können.

Service-Umsätze von Mobilfunkanbietern in Deutschland

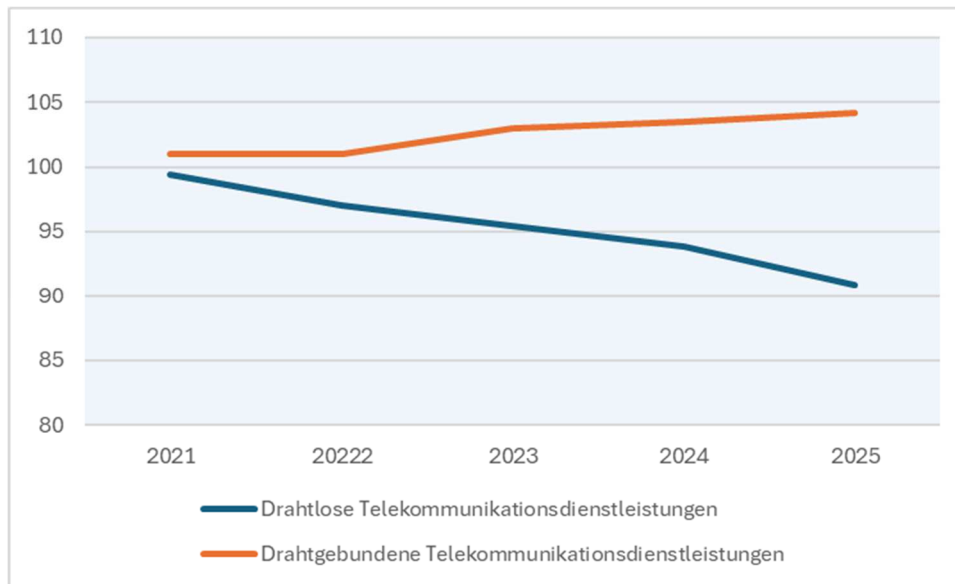


Quelle: Dialog-Consult/VATM, 26. TK-Marktanalyse Deutschland 2025, Seite 26

Dass auf dem Mobilfunkmarkt funktionierender Wettbewerb herrscht, zeigt sich nicht nur an der im Vergleich zum Festnetzmarkt breiteren Verteilung der Marktanteile, sondern auch an den Endnutzerpreisen. Der Preisindex für Mobilfunkprodukte des Statistischen Bundesamtes hat sich in den letzten Jahren deutlich nach unten entwickelt hat, während sich der Index für Telekommunikationsdienstleistungen über Festnetz im gleichen Zeitraum verteuerte.⁷ Die aus Konsumentensicht positivere Preisentwicklung bei Mobilfunkprodukten ist ein Beleg dafür, dass die Wettbewerbsintensität hoch ist.

⁷ Der Index „CC13-08301 Drahtgebundene Telekommunikationsdienstleistungen“ bildet die Verbraucherpreisentwicklung für Festnetz-Telefondienste und Festnetz-basierte Internetzugänge ab. Der Index „CC13-08302 – Drahtlose Telekommunikationsdienstleistungen“ bildet die Verbraucherpreisentwicklung für Telefonie, Internetzugang, Datendienste und Kurznachrichten über Mobilfunk ab.

Entwicklung der Verbraucherpreise für Mobilfunk- und Festnetzleistungen



Quelle: Destatis

Wettbewerbsprobleme auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen bestehen folglich nicht. Wie unter dem vorstehenden Punkt 1.3.1 bereits erläutert, müssen die nationalen Regulierungsbehörden bei der Prüfung von Zugangsverpflichtungen feststellen, ob die zugrunde liegenden Endkundenmärkte ohne eine Regulierung auf der Vorleistungsebene, die auf der Feststellung alleiniger oder gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht beruht, potenziell wettbewerbsorientiert sind.⁸ Von daher kommt schon grundsätzlich eine Verpflichtung für den Zugang zu unbeschalteter Glasfaser nicht in Betracht, denn der korrespondierende Endkundenmarkt in Bezug auf eine theoretisch angedachte Zugangsverpflichtung zu unbeschalteten Glasfasern für die Anbindung von Mobilfunkstationen ist de facto nicht durch Wettbewerbsbeschränkungen beeinträchtigt.

1.4. Zugang zu baulichen Anlagen

Die Beschlusskammer erwägt ebenfalls, einen Zugang zu baulichen Anlagen für die Realisierung hochqualitativer Dienste aufzuerlegen. Der Zugang zu Leerrohren würde den Wettbewerbern nach vorläufiger Einschätzung der Kammer eine einfachere Verlegung von eigenen Glasfasern für die Entwicklung von eigenen hochqualitativen Zugangsprodukten ermöglichen und hierdurch eine Beschleunigung und Vereinfachung des Glasfaserausbaus bewirken.

Die Erwägung einer Zugangsverpflichtung für bauliche Anlagen überrascht. In der Analyse und Feststellung zu Wettbewerbsbeschränkungen im Markt 2 für dedizierte Kapazitäten (BK1-23-002) hat die Präsidentenkammer wie bekannt eine Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes vorgenommen und hierbei eine Prüfung der Substituierbarkeit verschiedener Zugangsarten

⁸ Leitlinien der EU Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2018/C 159/01), Rn. 15-16

vorgenommen. Darauf basierend hat sie abgegrenzt, welche Zugangsarten in den gegenständlichen Markt für dedizierte Kapazitäten einzubeziehen sind. Der auf diese Weise abgegrenzte sachlich relevante Markt wurde anschließend auf bestehende Wettbewerbshindernisse und Regulierungsbedürftigkeit geprüft, mit dem Ergebnis, dass die Telekom auf dem sachlich relevanten Markt für dedizierte Kapazitäten eine beherrschende Stellung hat. In den sachlich relevanten Markt für dedizierte Kapazitäten sind Zugangsleistungen auf der Ebene von passiven baulichen Anlagen aber nicht einbezogen worden. Deshalb umfasst die Feststellung der Wettbewerbssituation und der marktbeherrschenden Stellung der Telekom durch die Präsidentenkammer nicht den Zugang zu baulichen Anlagen. Soweit die Präsidentenkammer Wettbewerbshindernisse identifiziert und eine beherrschende Marktmacht durch die Telekom festgestellt hat, ist dies ohne Einbeziehung der Angebots- und Nachfragesituation bei Zugangsleistungen auf der Ebene von baulichen Anlagen erfolgt. Von daher ist äußerst fraglich, ob die kommende Regulierungsverfügung für den Markt für dedizierte Kapazitäten Zugangsverpflichtungen der Telekom auf der Ebene baulicher Anlagen enthalten kann.

Verpflichtungen zur Zugangsgewährung können nach § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG den Zugang zu baulichen Anlagen umfassen, auch dann, wenn diese nicht Teil des sachlich relevanten Marktes sind. Jedoch gilt hierbei die Voraussetzung, dass die Zugangsverpflichtung im Hinblick auf das in der Marktanalyse festgestellte Problem erforderlich und angemessen ist. Ob diese Voraussetzungen in Bezug auf die erwogene Zugangsverpflichtung auf der Ebene von baulichen Anlagen in der kommenden Regulierungsverfügung zu Markt 2 vorliegen, halten wir für fragwürdig. Insbesondere haben wir Zweifel, dass ein regulierter Zugang geeignet ist die auf dem relevanten Markt festgestellten Wettbewerbsprobleme abzumildern.

Die Präsidentenkammer hat in Bezug auf einen Zugang zur unbeschalteten Glasfaser, also der nächsthöhergelegenen Zugangsebene festgestellt, dass ein solcher keine Verbesserung der Wettbewerbsintensität auf dem Endkundenmarkt für dedizierte Datenkapazitäten bewirken würde. Stattdessen könnten sich sogar nachteilige Effekte auf die Wettbewerbsmöglichkeiten alternativer Glasfasernetzbetreiber ergeben. Die diesbezüglich von der Präsidentenkammer vorgebrachten Gründe treffen auch im Hinblick auf einen Zugang zu baulichen Anlagen zu.

Aus Sicht der Nachfragesubstituierbarkeit wurde festgestellt, dass ein Nachfrager von Geschäftskundenanschlüssen nach Art des Marktes für dedizierte Kapazitäten mit einer unbeschalteten Glasfaser nicht unmittelbar einen Telekommunikationsanschluss realisieren kann. Hierfür seien weitere Dienstleistungen notwendig, für die zusätzliche Kenntnisse sowie Investitionen erforderlich sind. Für eine Beschaltung von Fasern müsse ein Nachfrager etwa über entsprechendes Equipment verfügen, wobei nicht davon auszugehen ist, dass Geschäftskunden hierzu selbst in der Lage sind. Auch alternativer Netzbetreiber, die vertragliche Vereinbarungen über die regionale oder landesweite Nutzung unbeschalteter Glasfasern schließen könnten, müssten für die Versorgung eines Geschäftskunden Beschaltungstechnik in optischen Hauptverteilern in der entsprechenden Region selbst aufbauen. Dazu bedürfe es erheblicher Investitionen für den Netzausbau, so dass es selbst bei einem größeren Netzbetreiber unwahrscheinlich ist, dass er auf unbeschaltete Glasfaser als Substitut für eine Vorleistung mit der Eigenschaft einer dedizierten Kapazität ausweichen könnte.

Auch aus Anbietersicht hätten nach Einschätzung der Präsidentenkammer viele Anbieter nicht die Möglichkeit eine unbeschaltete Glasfaser zu „veredeln“. Eine differenzierte Ausgestaltung von Produkten sei bei einem passiven Produkt kaum möglich.⁹

Diese von der Präsidentenkammer vorgebrachte, nachvollziehbare Einschätzung hinsichtlich der mangelnden Geeignetheit eines Zugangs über unbeschaltete Glasfaser für eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf den Geschäftskundenmarkt lässt sich komplett auf den Zugang zu baulichen Anlagen übertragen. Der Aufwand für die Ertüchtigung eines Kabelrohres durch einen Anbieter, der hierüber Datenanbindungen für Geschäftskunden realisieren will, ist noch höher als bei Nutzung von unbeschalteter Glasfaser. Dies erfordert noch weitergehende Ressourcen und Know-How auf Seiten des Anbieters, weil er eigene Glasfaserleitungen in die Kabelrohre einblasen und mit der eigenen Netzinfrastruktur verbinden muss. Dies erfordert stets eine Einzelprojektierung, die vom Aufwand her heterogen ist und von den baulichen Gegebenheiten vor Ort abhängt. Die Wirtschaftlichkeit der Nutzung eines Kabelrohres muss von Fall zu Fall bewertet werden und erfordert einen signifikanten Planungsaufwand. Die Zahl der Anbieter, für die eine Nutzung baulicher Anlagen grundsätzlich realisierbar ist, ist stark begrenzt. Die Anzahl der Standorte, bei denen zusätzlich die Wirtschaftlichkeit der Nutzung gegeben ist und Vorteile gegenüber der Nutzung aktiver Vorleistungen bestehen, dürften zudem begrenzt sein, so dass angesichts dieser Umstände fraglich ist, dass der Zugang zu baulichen Anlagen in einem erheblichen Umfang genutzt werden würde und signifikant positive Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem Geschäftskundenmarkt hätte. Es bestehen daher Zweifel, dass die Voraussetzung des § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG, nach der die Zugangsverpflichtung im Hinblick auf das in der Marktanalyse festgestellte Problem erforderlich und angemessen sein muss, erfüllt ist. Aus den beschriebenen Umständen dürfte es schwierig sein, eine tragfähige Rechtfertigung für das Erfordernis und die Angemessenheit einer Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen zu begründen. Die Beschlusskammer sollte daher sorgsam abwägen, ob das begrenzte Nutzungspotenzial bei baulichen Anlagen eine Zugangsverpflichtung rechtfertigt.

2. Kollokation

Die Absicht der Beschlusskammer weiterhin die Verpflichtung zur Kollokation zum Zwecke der Zugangsnutzung beizubehalten, ist nachvollziehbar. Es bestehen aus unserer Sicht keine Gründe, die eine Rücknahme der Verpflichtung oder Teilen hiervon rechtfertigen würden.

3. Nichtdiskriminierung

Die Beschlusskammer erwägt, die Telekom zu verpflichten, hinsichtlich eines diskriminierungsfreien Zugangs die zuletzt mit der Regulierungsverfügung BK2b-21/004 auferlegten Verpflichtungen beizubehalten. Darüber hinaus erwägt die Beschlusskammer, der Telekom hinsichtlich des Zugangs zu aktiven Produkten neben der beibehaltenen Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 24 Abs. 1 TKG zusätzlich die Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 24 Abs. 2 TKG nach Maßgabe des EoI-Ansatzes aufzuerlegen. Beide Maßnahmen sind erforderlich, zweckmäßig und angemessen, um die Wirksamkeit der Zugangsverpflichtungen und deren erwünschte Wirkung auf den Wettbewerb zu

⁹ Siehe Ziffer 1.3.1

gewährleisten. Diskriminierendes Verhalten der Telekom bei der Bereitstellung und Überlassung der Zugangsleistungen hat zweifellos ein erhebliches Potenzial, die Wettbewerbsbedingungen zwischen den Zugangsnachfragern und dem Retail-Bereich der Telekom zugunsten der Telekom zu beeinflussen. Um dieser Gefahr zu begegnen bedarf es strenger, in der Regulierungsverfügung verankerter Regeln, die eine unsachgerechte Ungleichbehandlung von vornherein zu verhindern vermögen.

Ein gleichwertiger Zugang soll durch die Auferlegung der Grundsätze des Equivalence of Input (Eol) sichergestellt werden. Die Einhaltung des Eol soll durch verschiedene Transparenzverpflichtungen kontrolliert werden. Beides ist zu begrüßen. Das Prinzip des Eol wird von der EU Kommission zu Recht als wirksamstes Mittel zur Bekämpfung und Vermeidung von außerpreislichen diskriminierenden Handlungen angesehen. Erforderlich und angemessen ist zudem die Auferlegung von Monitoring-Verpflichtungen zwecks Kontrolle der Einhaltung einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung. Eine fortlaufende Kontrollmöglichkeit der effektiven Einhaltung des Eol ist ein wichtiges und wirkungsvolles Instrument, um die nachhaltige Befolgung dieser Vorgaben zu gewährleisten.

4. Transparenzverpflichtung

Die Auferlegung von Verpflichtungen zur Vorlage von Daten und Informationen zu preislichen Komponenten zwecks Kontrolle eines möglichen Preismissbrauchs ist sachgerecht. Ein effektives Monitoring zur Erkennung eines möglicherweise preismissbräuchlichen Verhaltens ist auch im Falle einer ex-ante Entgeltgenehmigungspflicht erforderlich. Beide Maßnahmen zur Preiskontrolle finden nebeneinander statt. Hierfür erforderlich ist das Vorhandensein von stets aktuellen Daten, die für die Bestimmung von Preis- und Kostenparametern relevant sind. Eine Schwäche bei der Prüfung von Preis-Kosten-Scheren ist, dass die Parameter in der Regel auf Vergangenheitswerten beruhen, und die Gefahr besteht, dass diese zum Zeitpunkt der Prüfung oder kurze Zeit danach nicht mehr aktuell sind. Es ist daher essentiell dass die BNetzA immer einen Überblick über die aktuellen Parameter hat, um Veränderungen bei der Preis- bzw. Kostenstruktur sofort zu erkennen und ggf. Maßnahmen einzuleiten.

5. Standardangebote

Die Entscheidung der Beschlusskammer der Telekom die Verpflichtung auferlegen zu wollen, ein Standardangebot für die Vorleistungen Wholesale Ethernet VPN 2.0 und CFV 2.0 sowie für OTN zu veröffentlichen, ist sachgerecht. Diese Verpflichtung ist geeignet und erforderlich, die Einhaltung der Gebote des § 24 TKG sicherzustellen. Durch die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ist es der BNetzA möglich gem. § 29 TKG zu prüfen, ob die angebotenen Zugangsbedingungen den Kriterien der Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit entsprechen und sie so umfassend sind, dass das Angebot von den einzelnen Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden kann. Die Kriterien der Chancengleichheit und Billigkeit korrespondieren direkt mit den gleichlautenden Geboten des § 24 TKG. Die Überprüfung dieser Kriterien im Rahmen eines Standardangebotsverfahrens ist daher ein sachgerechter und geeigneter Weg, der Verpflichtung eines gleichwertigen Zugangs gemäß den Geboten des § 24 TKG Geltung zu verschaffen. Dies ist auch erforderlich, da kein Nachfrager der

verfahrensgegenständlichen Vorleistungen eine ausreichende Verhandlungsmacht hat, um gegenüber der Telekom Zugangsbedingungen zu erwirken, die einen gleichwertigen Zugang ohne Inkaufnahme von unangemessenen Nachteilen gewähren. Die Telekom hat, wie von der Präsidentenkammer festgestellt, hinsichtlich des Angebotes von dedizierten Kapazitäten eine marktbeherrschende Stellung, so dass Verhandlungen mit Wettbewerbern auf Augenhöhe nicht erwartet werden können. Die Sicherstellung fairer und gleichwertiger Bedingungen muss daher im Zweifel durch entsprechende Vorgaben durch die BNetzA erfolgen.

Eine Zugangsvereinbarung regelt die grundlegenden Bedingungen, unter denen die Zugangsleistung von einem Nachfrager in Anspruch genommen werden kann. Sie enthält zahlreiche Voraussetzungen und Verpflichtungen technischer und rechtlicher Natur, die maßgeblich für die Wirtschaftlichkeit des Geschäftsbetriebs eines Leistungsnachfragers sind. Je nach Ausgestaltung kann die Telekom die Wettbewerbsfähigkeit und das Absatzpotenzial ihrer Konkurrenten durch die Zugangsbedingungen beeinflussen. Dies betrifft neben den kommerziellen Bedingungen vor allem Regelungen zur rechtlichen und interoperativen Ausgestaltung. Die einseitige Verhandlungsmacht der Telekom gegenüber den Zugangsinteressenten birgt grundsätzlich die Gefahr, dass die Telekom unbillige und benachteiligende Bedingungen zu Lasten der Nachfrager vorgibt. Hierdurch kann die Einhaltung des EoI unter Umständen unterlaufen werden. Die Überprüfung der Zugangsvereinbarung durch die BNetzA im Wege eines Standardangebotsverfahrens nach § 29 TKG ist daher erforderlich, um Benachteiligungen zu vermeiden.

Die Zusammenführung der beiden Standardangebote für CFV 2.0 und VPN 2.0 auf ein einheitliches Standardangebot ist aus unserer Sicht positiv. Wir stimmen der Einschätzung der Beschlusskammer zu, dass diese Maßnahme im Sinne der Verfahrensökonomie sinnvoll ist. Außerdem wird hierdurch richtigerweise vermieden, dass abweichende Vertragsregelungen trotz technischer Vergleichbarkeit der betroffenen Vorleistungsprodukte entstehen.

6. Entgeltregulierung

Abweichend von der bisherigen Regulierungsverfügung (BK2a-16/002) erwägt die Beschlusskammer, die Entgelte für die Leistung VPN 2.0 der strengen Entgeltgenehmigung zu unterwerfen. Dieses Vorhaben ist erforderlich, zweckmäßig und angemessen. Der Einschätzung der Kammer ist zuzustimmen, dass das Produkt VPN 2.0 gegenüber CFV 2.0 größere Flexibilität gewährt und damit ein zentrales Marktprodukt ist. Dies zeigt sich auch klar in der Nachfrage. Nach unserer Kenntnis nutzen die Nachfrager von Wholesale Ethernet Verbindungen die Produktvariante VPN 2.0 deutlich mehr als die Variante CFV 2.0. Die nachgefragten Stückmengen für VPN 2.0 liegen um ein Vielfaches höher. Die Einflüsse auf den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt werden daher vor allem durch die kommerziellen Bedingungen für das Produkt VPN 2.0 bestimmt. Um einen fairen Wettbewerb auf dem Geschäftskundenmarkt nachhaltig zu gewährleisten, muss richtigerweise eine Entgeltgenehmigungspflicht für VPN 2.0 auferlegt werden, da diese im Vergleich zur nachträglichen Entgeltkontrolle einen effektiveren Schutz vor wettbewerbsfeindlichen Preissetzungsstrategien bewirkt.

Eine nachträgliche Entgeltkontrolle in Form einer reinen Anzeigepflicht nach § 45 TKG liefert nicht den erforderlichen Schutz vor wettbewerbswidrigen Verhalten in dem hier gegenständlichen Markt und stellt insoweit kein geeignetes Mittel zur Förderung der Regulierungsziele und zur Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs dar. Dies hat die Praxis klar gezeigt. Von Seiten der Wettbewerber wurden in der Vergangenheit wiederholt Beschwerden über missbräuchliches Preissetzungsverhalten der Telekom an die Beschlusskammer herangetragen. Diese hat die Vorwürfe richtigerweise aufgegriffen und tiefgehende Untersuchungen durchgeführt. Hierbei hat sich gezeigt, dass die Möglichkeiten im Rahmen der §§ 45 und 46 i.V.m. § 37 TKG nicht ausreichen, um missbräuchliche Praktiken rechtzeitig und nachhaltig zu unterbinden. Die hohe Komplexität der Preismodelle für dedizierte Kapazitäten und der Preisgestaltungsrahmen bei den nachgelagerten Endkundenprodukten erfordern ressourcen- und zeitintensive Untersuchungen. Wie sich gezeigt hat, nehmen diese viele Monate in Anspruch, so dass ein effektiver Schutz des Wettbewerbs – trotz anzuerkennender Bemühungen der Beschlusskammer – praktisch nicht sichergestellt werden kann.

Ein wesentlicher Prüfmaßstab bei der nachträglichen Entgeltkontrolle ist die Prüfung auf etwaig bestehende Preis-Kosten-Scheren. Dieser Maßstab ist nicht ausreichend, einen fairen Wettbewerbspreis (Als-Ob-Wettbewerbspreis) sicherzustellen. Ein wettbewerblischer Preis stellt sich nicht dadurch ein, dass zwischen den Vorleistungspreisen des marktbeherrschenden Unternehmens und dessen Preisen für entsprechende Produkte auf dem Endkundenmarkt eine Spanne besteht, die ausreicht, um einem effizienten Wettbewerber die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu ermöglichen. Unter wettbewerblischen Bedingungen würde der Anbieter von Leistungen auf Basis seiner Produktionskosten einen Vorleistungspreis ermitteln, der im Vergleich zu konkurrierenden Anbietern gleich gut oder besser ist und zudem zumindest langfristig eine Gewinnmarge ermöglicht. Entscheidend für die Bildung eines wettbewerblischen Preises sind also zum einen die eigenen Kosten, die langfristig gedeckt werden müssen, sowie ein Preisdruck durch Angebote anderer Anbieter, mit denen ein Nachfrager ebenfalls seinen Bedarf decken könnte.

In einem Markt der von Wettbewerbsdefiziten geprägt ist, sind konkurrierende Angebote nicht oder nur eingeschränkt verfügbar. Ein Wettbewerbsverhältnis zwischen verschiedenen Anbietern, die einem Nachfrager eine echte Angebotsauswahl bietet, und durch den ein gegenseitiger Preisdruck erzeugt wird, ist in einem solchen Markt nicht existent. Dies bringt für den marktbeherrschenden Anbieter den Vorteil, seine Preise losgelöst von einem Preisdruck durch Konkurrenzangebote gestalten zu können. Er kann die Gewinnmarge auf seine Produktionskosten somit zu einem sehr viel höherem Grad ausdehnen, als es ihm in einem wettbewerblischen Umfeld möglich wäre. Der Als-Ob-Wettbewerbspreis lässt sich also nur auf Basis der effizienten Kosten ermitteln, die dem marktbeherrschenden Unternehmen entstehen, zuzüglich einer angemessenen, in einem wettbewerblischen Marktumfeld erzielbaren Gewinnmarge. Die Summe aus effizienten Kosten und angemessener Gewinnmarge stellt die Obergrenze für den Als-Ob-Wettbewerbspreis dar. Letztendlich kann nur die Findung des Als-Ob-Wettbewerbspreises den Regulierungszielen zur Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes, der langfristigen Verbraucherinteressen, der Konnektivität sowie der Entwicklung des Binnenmarktes dienen.
