

Hinweise zur Gestaltung der Zugangsverpflichtungen nach NGA-RR

Am 15.06.2015 wurde die Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung (NGA-RR) von der Europäischen Kommission genehmigt. Die NGA-RR ist am Tag nach der Genehmigung durch die Europäische Kommission in Kraft getreten und ersetzt die Bundesrahmenregelung Leerrohre (BRLR) vom 13.05.2014. Die NGA-RR ist bis zum 31.12.2021 befristet.

Nach § 7 Abs. 5 NGA-RR ist der Bundesnetzagentur der endgültige Entwurf der Vereinbarung zwischen dem Betreiber und der öffentlichen Hand vor Abschluss schriftlich und vollständig zur Kenntnis zu geben. Die Stellungnahme der Bundesnetzagentur erfolgt somit vor Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung bzw. vor der endgültigen Festlegung von Zugangsbedingungen durch einen Zuwendungsbescheid.

Prüfkriterien und Beurteilungsmaßstab für die Vertragsgestaltung beruhen insbesondere auf § 7 NGA-RR. Daneben finden die Anforderungen der EU-Beihilfeleitlinien¹, insbesondere Rn. 42, 78 lit. g und lit. h, 80 sowie Anhang 2, Anwendung.

Anträge auf Stellungnahme der Bundesnetzagentur nach § 7 Abs. 5 NGA-RR sind schriftlich zu stellen bei der

Bundesnetzagentur
– Referat 114 –
Postfach 8001
53105 Bonn.

Zusätzlich können Fragen und Antragsunterlagen vorab gerichtet werden an das Postfach breitbandbeihilfen@bundesnetzagentur.de.

Die Stellungnahme ergeht lediglich zu den Zugangsbedingungen einschließlich Preisen und erfolgt unter der Prämisse, dass die Förderfähigkeit gemäß NGA-RR gegeben ist. Dies ist vom Zuwendungsgeber selbst sicherzustellen und wird von der Bundesnetzagentur weder geprüft noch bestätigt.

Die Stellungnahme erfolgt gemäß § 7 Abs. 5 NGA-RR innerhalb von acht Wochen ab Zugang des vollständigen Antrags.

Die nachfolgenden Hinweise dienen dazu, den Prüfrahen der Bundesnetzagentur zu erläutern. Sie sollen den Vertragsparteien Hilfestellungen bei der Ausgestaltung der Vereinbarungen geben.

¹ Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (EU-Beihilfenleitlinien), Mitt. der Komm. 2013/C 25/01 v. 26.01.2013

1) Gestaltung der Zugangsverpflichtungen

Die Förderung nach der NGA-RR ist gemäß Präambel zwingend mit der Gewährleistung eines offenen und diskriminierungsfreien Zugangs auf Vorleistungsebene verknüpft. Eine Konkretisierung der Vorgaben erfolgt in § 7 NGA-RR.

a) Zugangsvarianten

Aufgrund § 7 Abs. 2 NGA-RR müssen – abhängig von der jeweils geförderten Infrastruktur – mindestens die folgenden Zugangsvarianten angeboten werden:

	aktiv	passiv
FTTH/FTTB-Netze	<ul style="list-style-type: none">• Bitstromzugang	<ul style="list-style-type: none">• entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss*• Zugang zu unbeschalteten Glasfaserleitungen• Zugang zu Leerrohren
FTTC-Netze	<ul style="list-style-type: none">• Bitstromzugang	<ul style="list-style-type: none">• Zugang zu Straßenverteilerkästen, insbesondere zum KVz• Zugang zu unbeschalteten Glasfaserleitungen• Zugang zu Leerrohren
Kabelnetze	<ul style="list-style-type: none">• Bitstromzugang	<ul style="list-style-type: none">• Zugang zu unbeschalteten Glasfaserleitungen• Zugang zu Leerrohren

* soweit technisch möglich

Die konkrete Ausgestaltung des Zugangs ist dem Verhältnis zwischen Betreiber und Wettbewerber vorbehalten. In diesem Rahmen können ggf. die Spezifikationen und Leistungsbeschreibungen des NGA-Forums ergänzend herangezogen werden.² Nach Auffassung der Bundesnetzagentur umfasst ein nachfragegerechter Bitstromzugang einen Zugang sowohl auf Layer-2- als auch auf Layer-3-Ebene.

Im Falle des Betreibermodells (§ 3 Abs. 1 lit. b NGA-RR) wird die Verpflichtung zur Gewährung von passivem Zugang bei Verpachtung regelmäßig auf den Betreiber übertragen, der dann sowohl den aktiven (Bitstromzugang) als auch den passiven Zugang anbieten muss. Bei ausschließlicher Förderung passiver Infrastrukturen (einschließlich Kabeln, wie unbeschalteten Glasfasern) verweist Fußnote 18 der NGA-RR darauf, dass Bitstromzugang nicht gewährt werden muss. Ein Eigentümer, der das Netz nicht betreibt, kann ausschließlich passiven Zugang gewähren. Der Fall der ausschließlich passiven Zugangsgewährung durch den Eigentümer wird hier nicht gesondert aufgeführt.

² www.bundesnetzagentur.de/ngaforum

b) Ausgestaltung der geförderten Netze

Gemäß § 5 Abs. 2 NGA-RR (mit Verweis auf Fußnote 107 der EU-Beihilfeleitlinien) müssen die nach diesem Verfahren ausgebauten Leerrohre für mehrere Kabelnetze und darüber hinaus sowohl für Point-to-Point- als auch für Point-to-Multipoint-Lösungen ausgelegt sein.

§ 7 Abs. 7 NGA-RR (mit Verweis auf die Richtlinie zur Kostenreduzierung beim Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen³) sieht zudem vor, dass die geförderte Infrastruktur zukunftssicher sein muss; physische Charakteristika müssen so gestaltet werden, dass sie mehreren Wettbewerbern die Möglichkeit bieten, ihre aktiven und passiven Netzelemente an die bestehende Infrastruktur anzuschließen.

Mit diesen Vorschriften soll insbesondere verhindert werden, dass die passive Infrastruktur nur so ausgebaut wird, dass Zugangsnachfragen zu dieser aus Kapazitätsgründen abgelehnt werden müssten. Sofern nicht die öffentliche Hand, sondern der Netzbetreiber die Infrastruktur aufbaut, muss daher ein entsprechender Passus in den Vertrag aufgenommen werden. Ansonsten liegt die Verpflichtung bei der öffentlichen Hand.

Darüber hinaus sieht die NGA-RR in § 7 Abs. 4 vor, dass im Falle einer Förderung im gesamten geförderten Netz dieselben Zugangsbedingungen gelten müssen, auch in den Teilen des Netzes, in denen bestehende Infrastruktur genutzt wurde. Das bedeutet, dass der Zugang nicht nur zu geförderten Teilen der Infrastruktur gewährt werden muss, sondern im geförderten Netz auch zu solchen Teilen, die bereits zur Infrastruktur des geförderten Netzbetreibers gehören oder die er für den Aufbau der Infrastruktur anmietet. Nur so kann im geförderten Netz ein effektiver Zugang zu einer durchgehenden Verbindung gewährleistet werden.

c) Zeitlicher Umfang der Zugangsverpflichtung

Der effektive Zugang auf Vorleistungsebene soll gemäß § 7 Abs. 3 NGA-RR so früh wie möglich vor Inbetriebnahme des Netzes für mindestens sieben Jahre und für passive Infrastruktur (einschließlich Kabel, wie unbeschaltete Glasfaser) für unlimitierte Dauer gewährt werden.

Die NGA-RR legt eine Mindestvertragslaufzeit von sieben Jahren zugrunde. Daher sieht die Rahmenregelung die Verpflichtung vor, den offenen Netzzugang für aktive Elemente für mindestens sieben Jahre zu gewähren. Dessen ungeachtet muss der aktive Zugang bei hiervon abweichenden Regelungen für die gesamte Vertragslaufzeit gewährt werden.

Liegt ein bestimmtes Vorleistungsprodukt bei entsprechender Nachfrage eines Wettbewerbers noch nicht vor, so ist dieses innerhalb einer angemessenen Frist zu entwickeln. Bei einer konkreten Zugangsnachfrage zur passiven Infrastruktur liegt die Angebotsfrist danach bei zwei Monaten (entsprechend § 77d Abs. 2 TKG). Bei der erstmaligen Nachfrage nach einem Zugang zur aktiven Infrastruktur (Bitstrom) ist eine Angebotsfrist von drei Monaten angemessen (entsprechend § 22 Abs. 1 TKG). Die tatsächliche erstmalige Bereitstellung wird dann in der Regel noch eine gewisse Zeit für die konkrete technische Verabredung, Interoperabilitätstest und physikalische Bereitstellung erfordern. Jedoch kann sich das verpflichtete Unternehmen nicht auf rein innerbetriebliche Gründe, wie Produktzyklen, berufen. Dabei ist in jedem Fall die

³ RICHTLINIE 2014/61/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 15. Mai 2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation.

Vorgabe des § 7 Abs. 3 S. 2 einzuhalten. Sofern der geförderte Netzbetreiber auch Endkundendienste anbietet, muss bei einer Nachfrage bis zu sechs Monaten vor Markteinführung dem Zugangsnachfrager ein zeitgleiches Angebot von Endkundendiensten ermöglicht werden.

d) Möglichkeit des Ausschlusses einzelner Zugangsvarianten

Auch wenn die Beihilfenleitlinien grundsätzlich von einem umfassenden, alle denkbaren Zugangsformen umfassenden Zugangsanspruch ausgehen, gibt die NGA-RR Raum, in bestimmten Fallkonstellationen einzelne Zugangsvarianten von der Zugangsverpflichtung nach § 7 NGA-RR auszuschließen, wenn und solange die Bereitstellung der geforderten Zugangsformen technisch und ökonomisch nicht realisierbar ist.

Ein solcher Ausschluss ist in § 7 Abs. 2 NGA-RR insbesondere für den Einsatz von VDSL2-Vectoring in Breitbandfördergebieten im Hinblick auf den physisch entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) vorgesehen. Voraussetzung für einen solchen Ausschluss ist jedoch, dass der geförderte Netzbetreiber ein gleichwertiges virtuelles Zugangsprodukt (virtual unbundled local access – VULA) als Ersatz für den bei Vectoring derzeit eingeschränkten physischen TAL-Zugang bereitstellt. Das VULA-Produkt muss die Kriterien, die im Erläuternden Memorandum der Empfehlung für relevante Märkte aufgeführt und erörtert sind⁴, erfüllen. Dies wird durch eine separate Anmeldung des virtuellen Zugangsprodukts bei der Europäischen Kommission geprüft.

Im September 2016 hatte Deutschland bei der Europäischen Kommission drei VULA-Produkte angemeldet, die von der DNS:NET Internet Service GmbH, der NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH und der Telekom Deutschland GmbH vorgeschlagen wurden. Am 11.08.2017 hat die Europäische Kommission die drei VULA-Produkte der genannten Unternehmen für den Einsatz von Vectoring in Fördergebieten nach der NGA-RR genehmigt (VULA-Entscheidung⁵). Die Produktverträge sind auf den Internetseiten der drei genannten Unternehmen abrufbar.

Ergänzend hierzu hat die Europäische Kommission klargestellt, dass auch andere Beihilfenempfänger Vectoring im Rahmen der NGA-RR unter den Bedingungen der Genehmigung der NGA-RR (SA.38348, Entscheidung vom 15.06.2015; NGA-Deutschland-Entscheidung) und der VULA-Entscheidung vom 11.08.2017 einsetzen können, sofern sie Zugangsnachfragern ein VULA-Produkt anbieten, dessen Eigenschaften einen effektiven virtuellen Ersatz für die physische Entbündelung in identischer Weise wie eines der drei genehmigten VULA-Produkte erlauben. Zu diesem Zweck ist keine gesonderte Anmeldung bei der Europäischen Kommission notwendig.

Vor dem Einsatz eines VULA-Produktes ist in jedem Fall jedoch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur zu informieren.

Jedes weitere neue VULA-Produkt, dessen Eigenschaften jedenfalls nicht in identischer Weise wie eines der drei genehmigten VULA-Produkte einen effektiven virtuellen Ersatz für die physische Entbündelung erlauben, ist durch Deutschland bei der Europäischen Kommission anzumelden und muss die Kriterien, die in der VULA-

⁴ Erläuterungen der Kommission (SWD(2014) 298) zur Empfehlung vom 9. Oktober 2014 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (2014/710/EU) unter Punkt 4.2.2.1

⁵ State Aid SA.46805 - C(2017) 5572 final

Entscheidung spezifiziert wurden, erfüllen. Die Bundesnetzagentur sollte über das Ergebnis der Prüfung informiert werden.

Im Übrigen kommt ein Ausschluss einer der Zugangsvarianten nur im Einzelfall in Frage, wenn die Zugangsgewährung (nach dem jeweiligen Stand der Technik) technisch unmöglich ist. Der Betreiber muss dies gegenüber der öffentlichen Hand glaubhaft nachweisen.

Unabhängig von der Begründung des Ausschlusses darf dies nicht dazu führen, dass bereits nachgefragte Zugangsvarianten im Fördergebiet durch die Förderung unmöglich gemacht werden (vgl. § 7 Abs. 4 Satz 2 NGA-RR).

e) Effektive Nutzbarkeit des Netzzugangsanspruchs

Damit ein Wettbewerber den für seine Nachfrage passenden Netzzugang wählen und auch effektiv nutzen kann, dürften zudem weitere Zugangsrechte im Rahmen eines offenen Netzzugangs erforderlich sein. Dies umfasst insbesondere die folgenden Aspekte:

- Kollokation an den Übergabestandorten sowie ergänzend ein Zutrittsrecht zu den Kollokationsräumen und den Einrichtungen, zu denen Zugang gewährt worden ist;
- Bereitstellung aller Informationen die für die entsprechende Zugangsleistung erforderlich sind, insbesondere Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie über die zu zahlenden Entgelte;
- zeitnahe Bearbeitung von Zugangsnachfragen.

f) Diskriminierungsverbot

§ 7 Abs. 2 NGA-RR sieht vor, dass der ausgewählte Bieter verpflichtet werden muss, im geförderten Netz einen offenen und diskriminierungsfreien Zugang zu den errichteten Infrastrukturen auf Vorleistungsebene zu gewährleisten. Dadurch soll verhindert werden, dass das geförderte Unternehmen externe Nachfrager untereinander oder zu sich selbst ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt. Dies gilt für das gesamte geförderte Netz, also auch für bereits vorhandene Infrastrukturen (siehe Punkt b)).

Vor diesem Hintergrund sollten Zugangsvereinbarungen auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit genügen.

g) Formerfordernis

Da die Zugangsvereinbarungen nicht nur zwischen Betreiber und Wettbewerber relevant sind, sondern zugleich die Erfüllung einer vertraglichen Leistung gegenüber der öffentlichen Hand darstellen, dürfte es zweckmäßig sein, hierfür ein Schriftformerfordernis vorzusehen.

h) Übertragung auf den Rechtsnachfolger

Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung muss nach § 7 Abs. 4 NGA-RR unabhängig von Veränderungen bei den Eigentumsverhältnissen, der Verwaltung oder dem Betrieb der geförderten Infrastruktur durchsetzbar sein.⁶ Der Beihilfeempfänger ist zu verpflichten, diese Verpflichtung auf Rechtsnachfolger zu übertragen.

2) Vorleistungspreise

Die Vorleistungspreise für den Zugang zum geförderten Netz sollten sich an den Vorleistungspreisen orientieren, die in wettbewerbsintensiveren Regionen für gleiche oder vergleichbare Zugangsleistungen verlangt werden, bzw. an den Vorleistungspreisen, die von der Bundesnetzagentur für gleiche oder vergleichbare Zugangsleistungen festgelegt oder genehmigt worden sind (§ 7 Abs. 5 NGA-RR).

Für den Fall, dass Zugangsprodukte nachgefragt werden, für die keine Preisfestsetzung gemäß (§ 7 Abs. 5 NGA-RR) gegeben ist, sind die Vorleistungspreise zwischen dem Betreiber und dem Zugangsnachfrager zu vereinbaren. Im Falle der Nichteinigung ist die öffentliche Hand angewiesen, die Festsetzung der Vorleistungspreise vorzunehmen.

Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 7 Abs. 6 NGA-RR hierzu zu konsultieren. Sie nimmt innerhalb von vier Wochen Stellung.

Gemäß § 7 Abs. 5 NGA-RR und Rn. 78 lit. h EU-Breitbandleitlinien sollte auch bei Fördermaßnahmen der NGA-RR sichergestellt sein, dass die Vorleistungsentgelte im Einklang mit den Grundsätzen der Kostenorientierung stehen und daher die Kosten abbilden, die bei effizienter Leistungsbereitstellung unter Berücksichtigung der Gegebenheiten vor Ort entstehen. Die gewährten Beihilfen sind dabei ebenfalls zu berücksichtigen.

Für Unternehmen, die aufgrund einer Festlegung der Bundesnetzagentur über beträchtliche Marktmacht verfügen, gilt im Übrigen, dass sie für Zugangsleistungen auf Vorleistungsebene, die aus Teil 2 TKG einer Entgeltgenehmigungspflicht unterworfen sind, keine anderen als die von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte verlangen dürfen.

Kann keine Einigung zwischen dem Netzbetreiber und dem Zugangsnachfrager über die Vorleistungsentgelte erzielt werden, kann es sich anbieten, dass im Streitfall ein von der beihilfengewährenden Stelle zu bestimmender Gutachter ein Kostengutachten erstellt. Für diesen Fall sollte ein entsprechender Vorbehalt im Fördervertrag integriert werden. Die Anbieter sollten zuvor eine angemessene Frist zur Einigung erhalten haben und bezüglich der Bestimmung des Gutachters angehört werden.

3) Dokumentationspflicht gegenüber der Bundesnetzagentur

Gemäß § 8 NGA-RR stellt die Bewilligungsbehörde z. B. durch entsprechende Nebenbestimmungen im Zuwendungsbescheid oder vertragliche Verpflichtung des geförderten Unternehmens sicher, dass die Daten über die neu geschaffenen Infrastrukturen der Bundesnetzagentur zwecks Aktualisierung und Pflege des Infrastrukturatlases der Bundesregierung innerhalb von acht Wochen nach Fertigstellung der Arbeiten zur Verfügung gestellt werden. Dies sollte zweckmäßigerweise in einem vektorisierten und georeferenzierten Format erfolgen. Die Bereitstellung der Daten für den Infrastrukturatlas erfolgt kostenlos.

⁶ Vgl. auch Rn.78 lit. g und Fußnote 110 der EU-Beihilfeleitlinien.