

VATM • Oberländer Ufer 180-182 • 50968 Köln

Bundesnetzagentur  
Beschlusskammer 3  
Tulpenfeld 4  
53113 Bonn

<b>Ansprechpartner</b>	<b>Fax</b>	<b>Telefon</b>	<b>Datum</b>
Dr. Frederic Ufer	02 21 / 3 76 77 22	02 21 / 3 76 77 25	24.11.2009

**Konsultationsentwürfe zu Markt 5 (BK 3b-09/069)  
hier: Stellungnahme des VATM**

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,  
sehr geehrte Damen und Herren,

im Amtsblatt Nr. 20 vom 21.10.2009 stellt die Bundesnetzagentur unter Mitteilung 530/2009 ihren Entwurf der Regulierungsverfügung zu Markt 5, Markt für Breitbandzugang für Großkunden, zur Kommentierung. Am 17.11.2009 fand dazu die öffentliche mündliche Anhörung zu diesem Konsultationsentwurf statt.

Bei der Förderung des Wettbewerbs im Breitbandmarkt kommt dem Bitstromzugang sowohl nach Einschätzung der Bundesnetzagentur als auch der EU-Kommission eine große Rolle zu. Bitstromzugang stellt eine zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) und zum Line-Sharing komplementäre Zugangsvariante dar. Ein Wettbewerber hat mit dem Bitstromzugang die direkte Kontrolle über die Endkundenbeziehung und kann den Kunden eigene maßgeschneiderte Dienste anbieten.

Der VATM begrüßt das Ergebnis der Bundesnetzagentur in der Hinsicht, dass es zwei bundesweite Märkte für Bitstrom (ATM und IP) gibt und dass die DTAG auf diesen beiden Märkten über beträchtliche Marktmacht (SMP) verfügt. Ein beabsichtigter Wechsel hin zu einem Ex-post Missbrauchsmaßstab muss jedoch dahingehend ausgestaltet werden, dass sich keinerlei Beeinträchtigungen für den Wettbewerb ergeben.

Nachfolgend möchten wir auf einige Punkte des Entwurfs der Regulierungsverfügung vertiefend eingehen:

## **1. Zukünftige Ex-post Kontrolle statt Ex-ante Verpflichtung**

Die Bundesnetzagentur sieht im vorliegenden Entwurf den Wechsel von der Ex-ante Entgeltgenehmigungspflicht gemäß §§ 30 Abs. 1 S. 1, 31 TKG zu einer weniger strengen Ex-post Entgeltmissbrauchskontrolle mit Anzeigeverpflichtung gemäß § 38 TKG vor.

Mit diesem Vorgehen probt die Beschlusskammer ein Umdenken in der regulatorischen Praxis, das bislang aus der Perspektive des Wettbewerbs höchst kritisch bewertet wurde und in Anbetracht eines erst seit einem Jahr verfügbaren Vorproduktes besonders hinterfragt werden muss. Die Möglichkeiten im Rahmen der Ex-ante Entgeltregulierung bieten der Behörde bedeutend weitreichendere Eingriffs- und Verhinderungsmöglichkeiten bei Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens. So sind die Kosten anhand des KeL-Maßstabs festzulegen, während die Entgelthöhe bei der Ex-post-Kontrolle nur anhand des weicheren Maßstabs aus § 28 TKG zu bemessen ist. Detaillierte Kostennachweise werden so ausweislich §§ 33, 35 TKG nur für die Vorab-Entgeltkontrolle vorgeschrieben. Im Rahmen der Ex-post Kontrolle ist primär auf die Vergleichsmarktbetrachtung abzustellen, nur ausnahmsweise erlaubt § 33 TKG den Rückgriff auf Kostennachweise.

Das VG Köln hat mit seiner Rechtsprechung jedoch verdeutlicht, dass der von der Bundesnetzagentur festgestellte Vergleichspreis nicht die heranzuziehende Missbrauchsgrenze darstellt. Vielmehr bedarf es eines erheblichen Abstandes zwischen den zu vergleichenden Entgelten. Im Vergleich zur Ex-ante-Regulierung stellt die Ex-post-Regulierung somit ein deutlich weniger scharfes Regulierungsinstrument dar.

Zwar ist in diesem Zusammenhang zuzugestehen, dass neben der DTAG weitere Anbieter eine entsprechende Vorleistung anbieten. Dieser Umstand allein indiziert jedoch nicht funktionierenden, selbsttragenden Wettbewerb, der eine Abkehr von den bewährten Regulierungsinstrumenten im Rahmen der Ex-ante-Kontrolle rechtfertigt.

Für den Fall, dass die Beschlusskammer an der beabsichtigten Ex-post-Entgeltregulierung festhält, spricht sich daher der VATM dafür aus, diese mit umfangreichen Ergänzungen hinsichtlich Transparenz, Bewertbarkeit, Eingriffseffektivität und Einhaltung der notwendigen

Voraussetzungen für ein wettbewerbsgeeignetes Vorprodukt zu versehen. Anderenfalls wird sich die nachträgliche Entgeltregulierung als zu schwaches Instrument erweisen, das der Verband in diesem Stadium eines sich entwickelnden Bitstrom-Marktes ablehnt. Dem Wechsel kann daher nur zugestimmt werden, wenn entsprechend umfangreiche und erforderliche Sicherungsmechanismen in der Regulierungsverfügung ergänzt werden:

Ohne eine entsprechende Anzeigepflicht wäre es der Beschlusskammer beispielsweise nur möglich, missbräuchliche Entgelte der DTAG nach deren Markteinführung zu überprüfen und zu untersagen. Hierbei besteht die Gefahr, dass Wettbewerber der DTAG durch ein missbräuchliches Entgeltniveau bis zu einer Untersagung durch die Bundesnetzagentur in ihren wettbewerblichen Möglichkeiten erheblich beeinträchtigt werden. Ebenso dürfte es in der Praxis schwierig sein, bereits geschlossene Verträge rückabzuwickeln. Eine solche Anzeigepflicht ist darüber hinaus von einer Genehmigungspflicht qualitativ zu unterscheiden, so dass hier nicht ohne weiteres auf die gleiche Argumentation zurückgegriffen werden kann, die zur Ablehnung der Genehmigungspflicht führt. In diesem Zusammenhang ist ferner darauf hinzuweisen, dass eine Anzeigepflicht auch eine präventive Wirkung entfaltet und ein mögliches strategisches Verhalten der DTAG, das darauf ausgerichtet ist, wettbewerbliche Vorteile zu erlangen, erschwert. Der VATM hält die Auferlegung einer Anzeigeverpflichtung im Rahmen der Ex-post-Entgeltregulierung als milderes Mittel zur Ex-ante-Genehmigungspflicht für zwingend erforderlich. Daher ist es zu begrüßen, dass die DTAG verpflichtet wird, geplante Entgelte mit einem Vorlauf von zwei Monaten der Bundesnetzagentur vorzulegen, woraufhin diese Gelegenheit zur Prüfung insbesondere auf das Vorliegen von Preis-Kosten-Scheren (PKS) bzw. Kosten-Kosten-Scheren (KKS) hat. Der Prüfung der Bundesnetzagentur, ob die jeweils beantragten Entgelte im Korridor der noch zulässigen, d. h. nicht im Sinne von § 28 TKG missbräuchlichen Entgelte liegen und insbesondere nicht zu Kosten-Kosten-Scheren führen, kommt vor dem Hintergrund der gebotenen Einhaltung des Konsistenzgebotes eine besondere Bedeutung zu. Dass dies kein unrealistisches Szenario ist, belegt der letzte Entgeltantrag der DTAG für IP-Bitstrom.

Die Annahme der Bundesnetzagentur, dass sie mit der Auferlegung einer Ex-post-Missbrauchskontrolle die gleiche Marktstabilität erzielen kann, wie unter Anwendung der Ex-ante-Verpflichtung kann nur mit zusätzlichen Anordnungen herbeigeführt werden, die explizit tenoriert werden sollten. Bereits im Konsistenzpapier der Behörde wird zum Ausdruck gebracht, dass sich besondere Anforderungen beim Aufeinandertreffen von Ex-ante und Ex-post regulierten Vorleistungsprodukten ergeben. Die Entgeltgenehmigungen bzw. -kontrolle

muss dann innerhalb der Konsistenz entlang der Wertschöpfungskette zeitlich und inhaltlich besonders sorgfältig aufeinander abgestimmt werden. Wenn ein Wechsel bei der Zugrundelegung des Entgeltmaßstabs eingeleitet werden soll, dann müssen konkrete „Leitplanken“ von der Bundesnetzagentur bereitgestellt werden, die die Missbrauchsschwelle konkretisieren und eine kalkulierbare und schnelle Reaktion bei missbräuchlichen Verhaltensweisen ermöglichen.

## **2. Regionale Betrachtung nicht umsetzbar und zielführend**

Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen der Anhörung klargestellt, dass sie nicht beabsichtige, regional differenzierte Entgelte zu ermöglichen. Der VATM begrüßt diese Feststellung ausdrücklich und den damit einhergehenden Verzicht auf eine regionalisierte Betrachtungsweise. Die Auswertung zu der Konsultation der Bundesnetzagentur im vergangenen Jahr hat bereits gezeigt, welche tiefgreifenden Bedenken zu Recht gegen eine regionalisierte Betrachtungsweise erhoben werden und das im jetzigen Stadium der Regulierung ein Rückgriff auf dieses Instrument aufgrund der nicht abzuschätzenden Konsequenzen für das Wettbewerbsgefüge verfrüht erscheint.

## **3. Sicherstellung von Qualität**

Der VATM begrüßt neben der Einbeziehung der Kabelnetzbetreiber die strikte und längst überfällige Einbeziehung von FTTC/B und folgerichtig der Ermöglichung eines IPTV-Angebotes, das mit denjenigen der bereits im Markt verfügbaren Angeboten der DTAG und der Kabelnetzbetreiber im Wettbewerb bestehen kann. Essentiell ist, dass den Nachfragern eines solchen Vorleistungsprodukts die notwendigen technischen Parameter eingeräumt werden, die die gleichen Qualitätsstandards ermöglichen. Anderenfalls würden alternative Anbieter weiterhin nicht nur gegenüber dem festgestelltemarktmächtigen Unternehmen DTAG, sondern auch gegenüber den Kabelnetzbetreibern benachteiligt sein.

Eine entsprechende Klarstellung innerhalb der Regulierungsverfügung wäre aus diesem Grund zu begrüßen.

Von den Unternehmen wurde im Laufe der mündlichen Anhörung zu den gegenständlichen Entwürfen ein Qualitätsmonitoring angeregt. Auch der Verband sieht die Erweiterung der Verfügung um die Auferlegung einer solchen Maßnahme als zielführend an. Damit soll der

Beschlusskammer das schnelle Erkennen systematischer Diskriminierungen bei der tatsächlichen Leistungsbereitstellung ermöglicht werden, beispielsweise hinsichtlich der Bereitstellungszeiten, der Prozessabwicklung, der Einhaltung von Service-Level-Agreements oder bei der Entstörung.

## **5. Einbeziehung von möglichen Kooperationen**

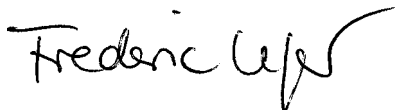
Der VATM gibt zu bedenken, dass die Beschränkung der Zugangsverpflichtung auf „selbst betriebene Infrastrukturen“ die Möglichkeit von Kooperationen ausblendet. Damit eröffnet sich die Möglichkeit einer Umgehung der Zugangsverpflichtung bei Swap-Geschäften. Im Rahmen von Kooperationen erschlossene Swap-Kapazitäten sollten daher den selbst betriebenen Netzen hinsichtlich der Konsequenzen aus der Regulierungsverfügung gleich gestellt werden.

## **6. Notwendigkeit eines Standardangebot-Überprüfungsverfahrens**

Der Verband begrüßt, dass die Bundesnetzagentur beabsichtigt, die DTAG zur Vorlage eines Standardangebots zu verpflichten. Dies ist der geeignete Weg, um einheitliche und qualitativ hochwertige Standards im Markt zu etablieren. Die Bereitstellung von VDSL-Bitstrom ist bislang in vielen Punkten zu nicht marktgerechten Vertragsbedingungen erfolgt. Die Einleitung eines solchen Verfahrens kann auch zeitnah erfolgen, weil es mit dem IP-Bitstrom Standardangebotsvertrag bereits eine heranzuziehende Grundlage gibt, die eine weitergehende Erstellung deutlich erleichtert.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Frederic Ufer

Justiziar