

Neuerungen der Marktregulierung im Überblick



20. Juli 2021

■ Themen:

- ✓ **Verpflichtungszusagen**
- ✓ Symmetrische Zugangsverpflichtung
- ✓ Die Migration von Kupfer zu Glasfaser

■ Verpflichtungszusagen

- Wo geregelt?
- Teil 2 Marktregulierung Abschnitt 1 Verfahren der Marktregulierung
- § 18 TKG beschreibt die materiellen Regelungen der Verpflichtungszusagen.
- § 19 TKG beschreibt das Verfahren zur Verbindlichmachung dieser Zusagen.

■ Verpflichtungszusagen

→ § 18 TKG n.F. Mechanismus der Regulierung

- Ziel → Herstellung eines **wirksamen Wettbewerbs**
- Bei neuen **Kooperations-Investitionsmodelle mit marktstarken Unternehmen** kann die **BNetzA** diesen nach Feststellung von potentiellen Wettbewerbsvorteilen diesen **Verpflichtungen in Bezug auf die Netzinfrastruktur** auferlegen
- Wenn ein Unternehmen gegenüber der BNetzA eine **Verpflichtungszusage** abgibt für ein Kooperations-Investitionsangebot zur Errichtung von Glasfasernetzen und wird dieses dann durch mindestens einen Ko-Investor angenommen → dann sollen die **Regulierungsaufgaben** des Unternehmens künftig **entfallen**.
- Das soll allerdings nur für die von der jeweiligen Partnerschaft erfassten Netzbestandteile gelten.

■ Umsetzung der Ziele: Verpflichtungszusage

- BMWi und BMVI → **Kooperations-Investitionsmodelle** als *investitionsfreundlicher regulatorischer Anreiz*.
- **Kooperations-Investitionsmodelle** → Vereinbarungen zwischen mehreren Unternehmen, um gemeinsam in Glasfasernetze zu investieren und sich das finanzielle Risiko zu teilen. Solche Vereinbarungen können aber auch zwischen Netzinvestoren und zukünftigen Netznutzern geschlossen werden
- **Verpflichtungen in Bezug auf Netzinfrastruktur** → durch **BNetzA** auf Basis einer Marktanalyse, sofern ein Unternehmen eine **wirtschaftlich starke Stellung** einnimmt, „*die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Endnutzern zu verhalten*“.

■ Umsetzung der Ziele: Verpflichtungszusage

- Die Verpflichtungszusage als grundsätzliche Aufweichung der Wettbewerbsregeln wird im EU-Kodex damit begründet, dass Ko-Investitionen auch kleineren Unternehmen ermöglichen, *„zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen zu investieren“*.
- Damit werde der Wettbewerb auch in Gebieten gefördert, *„in denen ein infrastrukturbasierter Wettbewerb möglicherweise nicht effizient“* ist.

■ Themen:

- ✓ **Symmetrische Zugangsverpflichtung**
- ✓ Die Migration von Kupfer zu Glasfaser

■ Symmetrische Zugangsverpflichtung

→ Grundlagen

→ Hauptziel: Förderung des Ausbaus

- Wo geregelt ? → § 22 TKG n.F. - Zugangsverpflichtung bei Hindernissen der Replizierbarkeit
 - Abschnitt 2 Zugangsregulierung
 - Unterabschnitt 1 - Allgemeine Zugangsvorschriften
 - D. h. Adressaten der Norm bzw. betroffen können grundsätzlich alle Unternehmen sein unabhängig von ihrer Marktmacht
- Wer wird ermächtigt? → Bundesnetzagentur (BNetzA)
- Regelungsgehalt? → marktmachtunabhängige („symmetrische“) Regulierung von TK-Netzbetreibern
- Verpflichtung von Unternehmen zur Gewährung eines offenen Zugangs

■ Symmetrische Zugangsverpflichtung

→ Voraussetzungen: § 22 Abs. 1 S.1 TKG:

■ Die Bundesnetzagentur kann Unternehmen verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu ihrem Netz an einem Punkt jenseits des ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkts, welcher **möglichst endnutzernah** liegt, zu gewähren, wenn

1. die Verpflichtung erforderlich ist, um beträchtliche und anhaltende wirtschaftliche oder physische Hindernisse für eine Replizierbarkeit von Netzelementen, die einer bestehenden oder sich abzeichnenden Marktsituation mit erheblichen Einschränkungen der Wettbewerbsergebnisse für die Endnutzer zugrunde liegen, zu beseitigen und

→ *(Anmerkung: Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen „und“)*

2. Verpflichtungen nach § 148 Absatz 6 betreffend den Zugang in Gebäuden oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt sowie Verpflichtungen nach § 13 Absatz 1 nicht ausreichen.

■ Symmetrische Zugangsverpflichtung

→ Folgen: § 22 Abs. 1 S.1 TKG:

- „Die Bundesnetzagentur kann Unternehmen verpflichten [...]“
- Handeln nach eigenem Ermessen → Ermessensentscheidung der BNetzA
- Keine Handlungspflicht
- Kein Antragserfordernis
- Grundsätzlich muss **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** aufgrund seiner gesetzlich Verankerung gewahrt sein → **Berücksichtigung der BNetzA bei Ermessensentscheidung**
 - „die Verpflichtung erforderlich ist [...] und“
 - **Erforderlichkeit** als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes
- „Verpflichtungen nach § 148 Absatz 6 betreffend den Zugang in Gebäuden oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt sowie Verpflichtungen nach § 13 Absatz 1 nicht ausreichen.“
 - Kein milderes Mittel → Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
 - Nur wenn kein milderes Mittel zur Verfügung steht das denselben Erfolg mit gleicher Sicherheit erzielt, ist die Maßnahme erforderlich

■ Konkretisierung der Art und Weise der Zugangsverpflichtungen

→ § 22 Abs. 1 S. 2 TKG

Die Bundesnetzagentur kann Unternehmen verpflichten, **Zugang zu insbesondere aktiven oder virtuell entbündelten Produkten zu gewähren**. Die Bundesnetzagentur legt den Punkt für den Zugang mit der Maßgabe fest, dass dadurch einem effizienten Zugangsnachfrager die Abnahme einer wirtschaftlich tragfähigen Anzahl von Endnutzeranschlüssen ermöglicht wird.

→ **Abwägungsverpflichtung** der Rechte des infrastrukturenbauenden Unternehmens gegen die des zugangsnachfragenden Unternehmens

- Auferlegung von Zugangsmaßnahmen, die kurzfristig wettbewerbsfördernd sind, dürfen keine negativen Auswirkungen auf die Anreize zum Ausbau nehmen, der langfristig Wettbewerb und das Interesse der Endnutzer an leistungsfähigen Netzen begünstigt
- Prüfungsverpflichtung, ob eine Auferlegung aktiven Zugangs oder virtuell entbündelten Zugangs (der dem zugangsgewährenden Unternehmen in der Regel eine größere Kontrolle über die verbleibende Wertschöpfung sichert) mit Blick auf das Marktproblem ausreichend ist. (*Geringer Eingriff*)

■ Konkretisierung der Art und Weise der Zugangsverpflichtungen

→ § 22 Abs. 1 S. 2 TKG

- Was bedeutet das? → Vorrang von BSA Produkten
- **Virtuell entbundelter Zugang** → basiert auf dem aktiven Netzbetrieb auf Basis des Layer 2-Bitstroms (VULA-produkt)
- Aktiv entbundelter Zugang
- **Zugang zu passiver Netzinfrastruktur** ist regelmäßig das **eingriffsintensivere Mittel**, nicht in dem nicht abschließenden Maßnahmenkatalog genannt und daher nachrangig
- Da es sich um eine nicht abschließende Aufzählung („insbesondere“) handelt, kann die BNetzA jedoch auch diesen anordnen
- Absolut letztes Mittel
- **Ausblick: in der Praxis vermutlich nicht oder nur sehr selten relevant.**

■ Symmetrische Zugangsverpflichtungen

→ § 22 Abs.2 TKG – Ausnahmen

- (2) Die Bundesnetzagentur erlegt einem Unternehmen in den folgenden Fällen keine Zugangsverpflichtungen nach Absatz 1 auf:
 - *Anmerkung: Kein Ermessen, sondern bindende Vorschrift!*
 - 1. für ein Netz mit sehr hoher Kapazität, wenn das Unternehmen
 - a) ein ausschließlich auf der Vorleistungsebene tätiges Unternehmen im Sinne von § 33 ist und
 - b) tragfähige Zugangsalternativen zu fairen, nichtdiskriminierenden und angemessenen Bedingungen anbietet;
 - 2. die wirtschaftliche oder finanzielle Tragfähigkeit des Aufbaus neuer Telekommunikationsnetze insbesondere im Rahmen kleiner lokaler Projekte würde durch die Zugangsverpflichtung gefährdet.

■ Symmetrische Zugangsverpflichtungen

→ § 22 Abs.2 S. 2 TKG – Rückausnahme: geförderte Netze

(Abweichend von Satz 1 Nummer 1 kann die Bundesnetzagentur Verpflichtungen nach Absatz 1 auferlegen, wenn das Unternehmen den Aufbau des Telekommunikationsnetzes mit sehr hoher Kapazität mit öffentlichen Mitteln finanziert.

■ → Sinn und Zweck:

Der europäische Gesetzgeber stellt somit insbesondere klar, dass im Falle eines durch Beihilfen geförderten Ausbaus aufgrund der verwendeten öffentlichen Mittel regelmäßig weitergehende Zugangsanforderungen gelten.

■ → Damit wird der Open-Access Verpflichtung Nachdruck verliehen!

■ BNetzA werden im Vergleich zur NGA-RR weitergehende Befugnisse gegeben!

- Auch hier wieder Ermessensvorschrift -> Keine Handlungsverpflichtung,

- kein Antragsrecht anderer Unternehmen !

■ **Aber:** im Rahmen der Open Access Verpflichtung stehen alle Zugangsmöglichkeiten gleichrangig nebeneinander

■ *Die symmetrische Regulierung sieht in erster Linie eine BSA Zugang vor!*

■ Symmetrische Zugangsverpflichtungen

→ Verhältnis zu asymmetrischen Regulierungen

- Wo geregelt → Abschnitt 2 Zugangsregulierung
- Unterabschnitt 2 → Zugangsvorschriften für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht
 - §§ 24 ff. insb. relevant § 26 (bisher § 21) TKG
- Asymmetrische Regulierung = Regulierung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (z.B. Telekom)
- Symmetrische Regulierung ist eher nachrangig gegenüber der asymmetrischen Regulierung zu sehen
- Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht werden durch Regulierung im Zweifel stärker belastet, daher eher nachrangig
- § 26 Abs. 3 TKG enthält fakultativen Katalog an Zugangsmöglichkeiten
- Auch ausdrücklich Zugang zur passiven Infrastruktur möglich!

■ Symmetrische Zugangsverpflichtungen

→ Fazit

- Die Auferlegung der symmetrischen Regulierung kommt nur in begrenzten Ausnahmefällen in Betracht
- Eher Nachrangigkeit gegenüber der asymmetrischen Regulierung
- Die Anwendung steht im Ermessen der BNetzA
- Strenge Anforderung an die Wahrung der Verhältnismäßigkeit
- Keine Ausnahme für geförderte Netze zur Stärkung des Open Access

■ Themen:

- ✓ Die Migration von Kupfer zu Glasfaser

- Die Migration von Kupfer zu Glasfaser
- Wo geregelt?
 - Unterabschnitt 3 Sonstige Zugangsvorschriften für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht
 - § 34 TKG Migration von herkömmlichen Infrastrukturen
 - regelt den Ablauf der Migration herkömmlicher Infrastrukturen, also regelmäßig von Kupferkabelnetzen, zu neuer Netzinfrastrukturen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.
 - Ziel: Begünstigung und Ordnung des Migrationsprozesses unter Kontrolle der BNetzA
 - Der Migrationsprozess muss auch für Wettbewerber, die das Kupfernetz nutzen, planbar sein
 - Daher langfristige Planung und Kommunikation des Prozesses im Voraus erforderlich

- Die Migration von Kupfer zu Glasfaser
- Umsetzung:
- **§ 34 Abs. 1 TKG: Anzeigepflicht mindestens ein Jahr im Voraus**, wenn ein reguliertes Unternehmen beabsichtigt, Teile seines Telekommunikationsnetzes außer Betrieb zu nehmen oder durch neue Infrastrukturen zu ersetzen und infolgedessen das Angebot eines nach § 26 auferlegten Zugangsproduktes unmöglich wird

- **§ 34 Abs. 2 TKG regelt die Inhalte der Anzeige**
 - 1. einen Zeitplan zum Prozess der Außerbetriebnahme oder der Ersetzung,
 - 2. die Bedingungen der Migration, einschließlich einer Beschreibung der während und nach Abschluss der Migration angebotenen alternativen Zugangsprodukte, und
 - 3. den Antrag auf Änderung des Standardangebots, soweit das Unternehmen ein Standardangebot gemäß § 29 für das auferlegte Zugangsprodukt veröffentlicht hat.

- Die Migration von Kupfer zu Glasfaser
- Umsetzung:
- § 34 Abs. 3 TKG: Veröffentlichung der Angaben durch die BNetzA und Recht auf Stellungnahme interessierter Parteien (Marktkonsultation)
- § 34 Abs. 4 TKG: Gibt Prüfungsprozess der Unterlagen nach Absatz 2 für die Bundesnetzagentur vor und gibt dieser zudem eine Festlegungskompetenz zum Ablauf des Migrationsprozesses.
 - Festlegungskompetenz umfasst u.a.:
 - Zeitplan
 - Angemessene Kündigungsfrist für bestehende Zugangsvereinbarung
 - Verfügbarkeit alternativer Zugangsprodukte zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen, soweit dies für die Wahrung des Wettbewerbs und der Rechte der Endnutzer erforderlich ist. **Die Bedingungen** der alternativen Zugangsprodukte, einschließlich Qualität, Geschwindigkeit und Endnutzerreichweite, **müssen jedenfalls vergleichbar zu den Bedingungen der zuvor verfügbaren Zugangsprodukte sein.**

- Die Migration von Kupfer zu Glasfaser
- Umsetzung:
- § 34 Abs. 5 TKG: regelt den Widerruf der dem Unternehmen in den Regulierungsverfügungen auferlegten Verpflichtungen hinsichtlich der Netze bzw. der Teile der Netze, die außer Betrieb genommen oder ersetzt werden.
 - Voraussetzung: Von der BNetzA festgelegte Bedingungen bzgl. Zeitplanung und Bereitstellung alternativer Zugangsprodukte werden eingehalten
- § 34 Abs. 6 TKG: Regulatorische Maßnahmen im Hinblick auf die aufgerüstete oder neue Infrastruktur.
- § 34 Abs. 7 TKG: Klarstellung, dass Regelungen auch dann Anwendung finden, wenn ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht beabsichtigt, ein Netz oder Teile eines Netzes zu verkaufen.

www.wr-recht.de

info@wr-recht.de

Standort Hamburg

Bleichenbrücke 11

20354 Hamburg

Tel.: 040 / 37669-210

Hinweise

© Der gesamte Inhalt dieser Präsentation ist ausschließliches Eigentum der WIRTSCHAFTSRAT Recht – Bremer Woitag Rechtsanwaltsgesellschaft mbH . Ohne Einwilligung der Rechtsinhaberin ist jegliche Übernahme zur Vervielfältigung und zur Nutzung für werbliche Zwecke oder die Änderung des Inhalts bei Beibehaltung der wesentlichen strategischen Aussagen – auch einzelner – Vorschläge unzulässig, wenn nicht dafür die schriftliche Genehmigung der Rechtsinhaberin eingeholt wurde.