

Loschelder Rechtsanwälte | Konrad-Adenauer-Ufer 11 | 50668 Köln

Vorab per Mail: Gerlinde.Schmitt-Kanthak@BNetzA.de

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 2
Frau Vorsitzende Gerlinde Schmitt-Kanthak
Herren Beisitzer Jörg Lindhorst, Wolfgang Woesler
und Claudius Möller
Tulpenfeld 4
53113 Bonn



Az.: 001110-19 Scü/ko

25. Oktober 2019

**Markt Nr. 4 // Verzögerungen in TDG-Bereitstellungsprozessen
Fassung ohne Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse**

Sehr geehrte Frau Schmitt-Kanthak, sehr geehrte Herren,

wir melden uns, ordnungsgemäße Bevollmächtigung anwaltlich versichernd, für den Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. (VATM) und seine Mitgliedsunternehmen BT (Germany) GmbH & Co. oHG, Colt Technology Services GmbH, ecotel communication ag, envia TEL GmbH, EWE TEL GmbH, HL komm Telekommunikations GmbH, Plusnet GmbH und Vodafone GmbH.

Namens und im Auftrag unserer Mandanten erheben wir

Beschwerde

gegen die Telekom Deutschland GmbH (TDG). Wir rügen die erheblichen Verzögerungen in der Bereitstellung der in der Regulierungsverfügung für Markt Nr. 4 (Az. BK 2a-16/002 R) zugangsregulierten Produkte als missbräuchlich i.S.d. § 42 TKG.

Prof. Dr. Michael Loschelder⁵
Dr. Wilfried Ruffer⁶
Dr. Jürgen Lauer³
Dr. Ulrich von Schönfeld
Dr. Henning W. Wahlers⁴
Dr. F. Thilo Klingbeil⁷
Dr. Detlef Grimm¹
Dr. Thomas Schulte-Beckhausen⁵
Dr. Andreas Fink³
Dr. Walter Klein³
Dr. Raimund Schütz²
Dr. Frank Heerstraßen⁴
Dr. Volker Schoene
Dr. Martin Brock¹
Dr. Nikolai Wolff
Dr. Sandra Orlikowski-Wolf
Dr. Stefan Maaßen, LL.M.⁵
Dr. Stefan Stock, MScRE
Dr. Cedric C. Meyer²
Dr. Mirko Ehrich³
Dr. Martin Empt, LL.M.
Dr. Sebastian Pelzer¹
Dr. Sebastian Kalb, MBA
Dr. Kristina Schreiber²
Dr. Felix Ebbinghaus, LL.M.⁸
Dr. Maike Friedrich, LL.M.
Dr. Hans-Georg Schreier, LL.M.
Arne Gehrke, LL.M.
Dr. Simon Kohm
Dr. Oliver Kerpen³
Dr. Stefan Freh¹
Dr. Robert Kessler³
Dr. Patrick Pommerening
Dr. Jonas Singraven
Dr. Marcel Kleemann
Dr. Antonia Reitter
Kathrin Heite, LL.M.
Dr. Söre Jötten

1 Fachanwalt für Arbeitsrecht
2 Fachanwalt für Verwaltungsrecht
3 Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht
4 Fachanwalt für Handels- u. Gesellschaftsrecht
5 Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
6 Fachanwalt für Versicherungsrecht
7 Fachanwalt für Vergaberecht
8 Attorney at Law (New York)

Sitz der Gesellschaft: Köln
AG Essen PR 1466

LOSCHELDER

Fassung ohne Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Wir beantragen,

1. TDG zu verpflichten, die beauftragten Produkte innerhalb folgender Fristen bereitzustellen:

Voraussetzung	Verbindlicher Liefertermin (VLT)
erforderliche Netzressourcen stehen ohne technische oder bauliche Maßnahmen unter Wahrung der Netzsicherheit und Netzintegrität bereits zur Verfügung	4 Wochen
erforderliche Netzressourcen können mit geringem Aufwand unter Wahrung der Netzsicherheit und Netzintegrität bereits zur Verfügung.	6 Wochen
erforderliche Netzressourcen können nur mit größerem Aufwand unter Wahrung der Netzsicherheit und Netzintegrität bereits zur Verfügung.	2 Monate

Die Fristen müssen mit dem Datum der Auftragseingangsbestätigung von TDG beginnen.

Für die Auftragsbestätigung ist TDG eine Frist von 10 Werktagen vorzugeben. In die Auftragsbestätigung sind die verbindlichen Liefertermine aufzunehmen.

2. TDG zu verpflichten, für den Fall der Nichteinhaltung eines VLT pauschalierten Schadensersatz und eine Vertragsstrafe nach den folgenden Sätzen zu zahlen:

Verzögerung in Werktagen	(1) Pauschalierter Schadensersatz (2) plus Vertragsstrafe, beides in Prozent des Bereitstellungspreises des jeweiligen Anschlusses
1 bis 30	(1) 40 % (2) 100 %
31 bis 45	(1) 100 % (2) 200 %
mehr als 45	(1) 150 % (2) 300 %

Der Nachweis eines höheren Schadens muss dem Wholesale-Kunden vorbehalten bleiben.

Begründung

Die aktuellen Verzögerungen bei der Bereitstellung von Wholesale-Produkten durch TDG sind derart gravierend, dass die Beschwerdeführer sich gezwungen sehen, diese Problematik im Rahmen eines eigenen Beschwerdeverfahrens zu adressieren. Die Verzögerungen betreffen sämtliche Produkte, die Gegenstand der Zugangsregulierung in der Regulierungsverfügung für Markt Nr. 4 (Az. BK 2a-16/002 R) sind. Die Verzögerungen sind Ausdruck eines eklatanten Marktmachtmissbrauchs durch die TDG. Die BNetzA ist daher verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um den Missbrauch nachhaltig zu beenden (§ 42 Abs. 4 TKG).

Nachfolgend illustrieren wir zunächst den Verzögerungssachverhalt (Ziffer I.); es folgt die rechtliche Würdigung (Ziffer II.). In Ziffer III. weisen wir abschließend auf die Auswirkungen auf die parallelen Standardangebotsverfahren hin.

I.

Sachverhalt

1. Die erheblichen Verzögerungen lassen sich anhand von 6 Unternehmensbeispielen illustrieren; bei den nachfolgenden Beispielen und den beigelegten Anlagen handelt es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der jeweiligen Unternehmen:

- Die Anlage BT [...]
- Die Anlage ecotel [...]
- Die Anlage EWE TEL [...]
- Die Anlage HL Komm [...]
- Die Anlage Plusnet [...]
- Die Anlage Vodafone [...]

Festzuhalten ist:

- Die Verzögerungsproblematik betrifft alle relevanten Produkte im Wholesale-Segment (CFV 1.0, CFV 2.0, VPN 1.0, VPN 2.0).

- Betroffen sind neben den hier überwiegend dargestellten Lieferzeiten bis zur tatsächlichen Bereitstellung sämtliche Schritte im Bestellprozess, von der Auftragseingangsbestätigung über die VLT-Benennung bis hin zur tatsächlichen Bereitstellung.
 - Die Lieferzeiten betragen häufig 10 bis 20 Wochen, teilweise auch mehr.
 - Verschlechterungen der bis dahin ohnehin schon langen Lieferzeiten gibt es nochmals seit dem Jahreswechsel 2018 / 2019.
2. Die Unternehmen haben die Verzögerungen vielfach bei TDG gerügt. Die von TDG vorgebrachten Gründe reichen von der Komplexität der Prozessänderungen über interne Ressourcenverschiebungen, Mitarbeitermangel bis hin zum notwendigen Einsatz eines Kampfmittelräumdienstes und der erforderlichen Einholung von Genehmigungen bei Aufträgen, die Bauvorhaben einschließen.

Sachlich rechtfertigen können diese Punkte die erheblichen Verzögerungen im Bereitstellungsprozess allenfalls teilweise, nicht aber in dem Umfang, der leider festzustellen ist. Bauvorhaben mit Genehmigungserfordernis sind nicht immer erforderlich, ebenso wenig wie der Einsatz eines Kampfmittelräumdienstes, der nur Einzelfälle betreffen wird. Die anderen Punkte betreffen die betriebsinterne Organisation von TDG, ihren eigenen Verantwortungsbereich. Sie selbst muss alle notwendigen Vorkehrungen dafür treffen, dass sie ihre Verträge mit den Wholesale-Kunden einhalten kann. Dies ist offenkundig unterblieben.

II.

Rechtliche Würdigung

Die BNetzA ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um das missbräuchliche Verhalten von TDG zu beenden. Die dargelegten Verzögerungen erfüllen den Tatbestand des Verzögerungsmisbrauchs sowie – allgemein – des Behinderungsmisbrauchs (nachfolgend Ziffer 1). Die BNetzA ist von Amts wegen, erst recht auf unseren Antrag hin, verpflichtet, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die notwendig sind, um die missbräuchliche Ausnutzung der marktmächtigen Stellung durch TDG zu beenden (dazu nachfolgend Ziffer 2).

1. Missbrauchstatbestände

Die telekommunikationsrechtlichen Missbrauchsverbote des § 42 Abs. 1 bis 3 TKG gelten für einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht auf einem sektorspezifisch regulierten Markt. Diese Voraussetzungen liegen in der Person der Telekom Deutschland GmbH vor. Auf die Regulierungsverfügung vom

19.12.2018 (Az. 2a-16/002 R) und die ihr zugrunde liegende Festlegung der Präsidentenkammer sei verwiesen.

Damit ist es TDG verboten, ihre marktmächtige Stellung missbräuchlich auszunutzen. Nach unseren Feststellungen liegt ein Missbrauch mehrfach vor:

- 1.1 Ein Missbrauch wird nach § 42 Abs. 3 TKG insbesondere dann vermutet, wenn ein regulierter Netzbetreiber seiner auferlegten Zugangsverpflichtung nach § 22 TKG nicht nachkommt, indem er die Bearbeitung von Zugangsanträgen ohne sachlichen Grund verzögert. Nach § 22 TKG hat die Angebotsabgabe unverzüglich zu erfolgen. Vergleichsmaßstab ist nach der Entwurfsbegründung insbesondere der übliche Zeitrahmen für die Bearbeitung von Zugangsanträgen von Tochterunternehmen oder der eigenen Unternehmenssparte (BT-Drs. 15/2316, S. 71).

Dieser Tatbestand ist hier erfüllt. Von einer unverzüglichen Bearbeitung kann keine Rede sein, wenn Verbindliche Liefertermine erst viele Wochen nach Auftragseingang angesetzt oder wiederholt verschoben werden. Erst recht werden Zugangsanträge nicht unverzüglich bearbeitet, wenn es häufig 10 bis 20 Wochen dauert, bis der nachgefragte Zugang bereitgestellt wird. Es ist zudem in keiner Weise ersichtlich, dass auch der TDG-eigene Endkunden-Vertrieb derart verzögert beliefert würde. Vielmehr werden die Beschwerdeführerinnen von ihren (potentiellen) Kunden im Markt immer wieder darauf hingewiesen, dass die Produktbereitstellung durch die TDG schneller erfolgte. Gerade in diesem Punkt wird das Ausmaß der Behinderung der Beschwerdeführer deutlich.

Danach greift hier die in § 42 Abs. 3 TKG normierte Missbrauchsvermutung. Es liegt an TDG, gegenüber der BNetzA diese Vermutung zu entkräften, also Gründe nachzuweisen, die eine Verzögerung rechtfertigen. Gegenüber den Beschwerdeführerinnen ist dies bislang allenfalls in Ausnahmefällen gelungen.

- 1.2 Ein Missbrauch wird zudem dann vermutet, wenn das regulierte Unternehmen sich Zugang zu seinen intern genutzten oder zu seinen am Markt angebotenen Leistungen zu günstigeren Bedingungen ermöglicht als es sie anderen Unternehmen bei der Nutzung dieser Leistung für deren Telekommunikationsdienste einräumt (§ 42 Abs. 2 TKG). Das Missbrauchsverbot setzt das Gebot des gleichwertigen Netzzugangs um („interne Behandlung = externe Behandlung“). Wettbewerber, die für ihre Endkundenprodukte auf Vorleistungen des regulierten Unternehmens zurückgreifen müssen, sollen die gleichen Marktchancen haben wie der Vertrieb des regulierten Unternehmens selbst, der diese Vorleistungen ebenfalls nutzt.

Diese Missbrauchsvermutung greift hierzu nahezu exemplarisch. Gerade kürzere Bereitstellungsfristen für Vorleistungen können dem internen Vertrieb bessere Marktchancen auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt geben als den diese Vorleistungen nachfragenden Wettbewerbern. Es liegt auf der Hand, dass die Wholesale-Kunden der TDG in ihrem Auftritt auf dem Endkundenmarkt erheblich benachteiligt sind, wenn sie die Produkte nicht ebenso zügig bereitstellen können wie der TDG-Vertrieb selbst.

Bislang hat die TDG diese Vermutung nicht im Ansatz widerlegt. Es obliegt ihr, Tatsachen nachzuweisen, die es rechtfertigen, den Wettbewerbern Vorleistungen nur in längeren Bereitstellungsprozessen zu überlassen, als sie für den eigenen Vertrieb praktiziert werden. Solche Nachweise hat TDG nicht vorgelegt.

- 1.3 Nach all dem erübrigt sich nahezu die Feststellung, dass auch der allgemeine Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs (§ 42 Abs. 1 Satz 2 TKG) erfüllt ist. Verboten ist danach dem regulierten Unternehmen jede unmittelbare oder mittelbare unbillige Behinderung anderer Unternehmen ohne sachlichen Grund. Dem steht die erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten solcher Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund gleich.

Indem die TDG den Beschwerdeführerinnen die dringend benötigten Vorleistungen derart verzögert bereitstellt, beeinträchtigt sie die Wettbewerbschancen dieser Unternehmen auf dem Endkundenmarkt erheblich. Dies gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass die erheblichen zeitlichen Verzögerungen teilweise einer Liefersperre gleichkommen und der Marktauftritt der Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt so blockiert wird. Sachliche Gründe oder auch nur Interessen von TDG, die eine derart drastische Beschränkung des Wettbewerbs rechtfertigen und damit zur Verneinung des Unbilligkeitsurteils führen können, sind, von Ausnahmefällen abgesehen, nicht erkennbar.

2. Abhilfeentscheidung

Steht nach alledem der Missbrauchstatbestand fest, so ist die BNetzA verpflichtet, eine Entscheidung zu treffen, um die missbräuchliche Ausnutzung der marktmächtigen Stellung durch TDG zu beenden (§ 42 Abs. 4 Satz 1 TKG). Ein Entschließungsermessen steht der BNetzA insoweit nicht zu.

Was den Inhalt der Abhilfeentscheidung anbelangt, so hat die BNetzA ein Auswahlermessen. Sie kann dem regulierten Unternehmen ein Verhalten auferlegen oder untersagen oder Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären (§ 42 Abs. 4 Satz 2 TKG). Diejenige Entscheidung ist zu treffen, die das Ziel, die Beendigung des Missbrauchs, möglichst effektiv erreicht.

Um eine zügige Bereitstellung der nachgefragten Zugangsleistungen zu gewährleisten, sind 2 Maßnahmen zwingend erforderlich; das Auswahlermessen der BNetzA ist insoweit reduziert: Zum einen ist es geboten, der TDG feste Bereitstellungsfristen vorzugeben, die dem Unverzögerungsgebot und dem Gebot „interne Behandlung = externe Behandlung“ genügen. Solche Fristen fehlen bislang bei allen VPN-Produkten. Soweit bei CFV-Produkten Fristen vertraglich vereinbart sind, können diese Fristen ganz offenkundig eine gesetzeskonforme Bereitstellung nicht sichern. Die Praxis zeigt, dass die Sanktionen für Fristüberschreitungen deutlich verschärft werden müssen. Bereitstellungsfristen wirken nur, wenn ihre Überschreitung wirksam und nachhaltig sanktioniert ist. Dies kann nur durch eine Verpflichtung zur Zahlung eines pauschalierten Schadensersatzes und einer Vertragsstrafe erreicht werden.

Vor diesem Hintergrund ist unser Beschwerdeantrag zu verstehen. Er übernimmt unsere einschlägigen Anträge aus den Standardangebotsverfahren VPN 2.0 u.a. (Az. BK2-19/008-011) (siehe unsere Stellungnahme vom 03.07.2019, Rn. 113, 319).

Der Mehrwert der begehrten Missbrauchsentscheidung gegenüber einer Entscheidung über das Standardangebot liegt für die Beschwerdeführerinnen zum einen darin, dass die Missbrauchsentscheidung ihr jeweiliges Zugangsverhältnis zu TDG betrifft, anders als das die allgemeine Marktnachfrage regelnde Standardangebot. Hinzu kommt, dass die Missbrauchsentscheidung bereits eine Rechtsverletzung durch TDG dokumentiert. Schließlich bietet das Missbrauchsverfahren mit der nun laufenden viermonatigen Entscheidungsfrist den Vorteil einer baldigen abschließenden Entscheidung.

III.

Auswirkungen auf Standardangebotsverfahren

Die erheblichen Verzögerungen bei der Produktbereitstellung unterstreichen die Notwendigkeit, die Bereitstellungsprozesse für die Produkte VPN 2.0 u.a., die Gegenstand der allgemeinen Standardangebotsverfahren sind, mit festen Fristen für die einzelnen Bereitstellungsschritte zu versehen und Fristüberschreitungen wirksam zu sanktionieren. Ohne solche Fristen können die Wholesale-Kunden ihr Endkundengeschäft nicht planen; sie können ihrerseits Endkunden keine verbindlichen Bereitstellungszusagen geben. Fristen sind unabdingbare Voraussetzung für Chancengleichheit, Billigkeit und – natürlich – Rechtzeitigkeit (§ 23 Abs. 3 TKG).

LOSCHELDER

Fassung ohne Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

IV. Ergebnis

Die erheblichen, umfassenden Verzögerungspraktiken der TDG verstoßen gleich mehrfach gegen die telekommunikationsrechtlichen Missbrauchsverbote. Die beantragten Abhilfemaßnahmen sind zur effektiven Abstellung des Missbrauchs geboten. Die Beschwerde ist begründet. Ihr ist stattzugeben.

~~Diese Fassung enthält Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse unserer Mandanten; sie darf ohne unsere Zustimmung Dritten außerhalb der BNetzA nicht zugänglich gemacht werden.~~

Für Rückfragen stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Beste Grüße

