Bundesnetzagentur

Ergänzende Stellungnahmen

zu dem Anhörungsverfahrens des Entwurfs einer Regulierungsverfügung gegenüber der Deutschen Telekom AG auf dem Markt Nr. 1 „Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“

Inhaltsverzeichnis

1. 01051 Telekcom GmbH
2. Callax Telecom Holding GmbH (“Callax”)
3. COLT Telecom GmbH
4. Communication Services TELE2 GmbH
5. Deutsche Telekom AG
6. MEGA Satellitenfernsehen GmbH
7. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V.

JUCONOMY
RECHTSANWÄLTE

Graf-Recke-Straße 82
D-40239 Düsseldorf
Tel +49 (211) ▸ 90 99 16 - 0
Fax +49 (211) ▸ 90 99 16 - 99
www.juconomy.de

Düsseldorf
Rechtsanwälte
Dr. Martin Geppert
Dr. Peter Schmitz
Dr. Marc Schütze
Dr. Jens Schulze zur Wiesche [1]
Jens Eckhardt
Dr. Marc Salevic
1 Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

Wien
Rechtsanwälte
MMag. Ewald Lichtenberger [2]
Dr. Marc Schütze [3]
2 zugelassen auch in Tschechien
3 niedergelassener europäischer Rechtsanwalt, zugelassen in Düsseldorf

Ihr Ansprechpartner:
Dr. Marc Schütze
schuetze@juconomy.de

Unser Zeichen:
051-2009-001/10

Datum: 05.05.2009

JUCONOMY Rechtsanwälte, Graf-Recke-Straße 82, D-40239 Düsseldorf

Per Telefax: 0228 – 14 64 62 sowie
per email: bk2-postfach@bnetza.de
Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 2
Postfach 80 01

53105 Bonn

Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Stellungnahme der 01051 Telecom GmbH

BK2c-09/002

Entwurf zur Regulierungsverfügung Markt 1

Sehr geehrter Herr Kuhrmeyer,
sehr geehrte Damen und Herren,

namens und im Auftrag unserer Mandantin, der 01051 Telecom GmbH, („*01051*"), nehmen wir im Nachgang zur mündlichen Anhörung vom 24.04.2009 und zur schriftlichen Stellungnahme vom 15.04.2009 ergänzend **zu Ziff. 1 und Ziff. 2 des Entwurfs für eine Regulierungsverfügung für den Markt 1** („*Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten*") wie folgt Stellung.

Darüber hinaus spricht sich die 01051 gegen die Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschlussresale gegenüber DTAG aus, vgl. Ziff. 3 des Tenors (Entwurf).

I. All-IP-Verpflichtung für Carrier Selection neben Schweiz nun auch in Lichtenstein

Nach der Schweiz führt nun auch Lichtenstein eine Verpflichtung für Carrier Selection bei den All-IP-Anschlüssen des dortigen Marktbeherrschers ein.

> Vgl. öffentliche Konsultation gemäß Art. 24 (1) iVm. 46 (1) KomG
>
> Abrufbar im Internet unter: http://www.llv.li/amtsstellen/llv-ak-marktanalysen/llv-ak-marktanalysen-konsultationen/llv-ak-marktanalysen-konsultationen-marktempfehlung_neu/llv-ak-marktanalysen-konsultationen-m1-neu.htm

Die Überlegungen der dortigen Regulierungsbehörde sind die Gleichen, wie sie auch von der Kammer im vorliegenden Verfahren im Entwurf dargelegt wurden.

Lichtenstein ist über EFTA-Abkommen an die gleichen Vorgaben des EU-Rechtsrahmens gebunden wie Deutschland, weshalb auch dort die Verpflichtungen für den Markt 1 aufgegeben werden.

Es gibt daher entgegen des Vorbringens der DTAG keinen rechtlich relevanten Grund, weshalb dies nun nicht auch in Deutschland unverzüglich umgesetzt werden könnte und sollte.

II. Gebot der Technologieneutralität für Betreiberauswahl und Vorgaben des § 40 Abs. 1 S. 2 TKG fordern netzseitige Implementierung

Wir haben bereits im Rahmen der Stellungnahme vom 15.04.2009 ausführlich dargelegt, weshalb die Betreiberauswahl nur durch eine netzseitige Implementierung angeordnet werden darf und daher die Forderung der DTAG nach einer routermäßigen Umstellung abzulehnen ist.

Die Verpflichtung aus § 40 Abs. 1 TKG ist technologieneutral,

> ebenso: *Neitzel*, in: „*Recht der elektronischen Medien*" (Kommentar), § 40, Rz.: 7

Neben den bereits von uns vorgebrachten Gründen lässt sich die Forderung nach einer netzseitigen Implementierung auch unmittelbar aus dem Gesetz ableiten. Nach § 40 Abs. 1 S. 2 TKG ist die Betreiberauswahl technisch so zu ermöglichen, dass der Kunde sie durch „Wählen einer Betreiberkennzahl" nutzen kann. Eine routermäßige Lösung würde diese Vorgaben verletzen. Zudem ergeben sich weitere Vorgaben für die netzseitige Implementierung und Nutzung aus dem Nummernplan der BNetzA für die Betreiberkennzahlen. Daraus lässt sich im Umkehrschluss herleiten, dass – entgegen der Planungen der DTAG - andere Nummern als die Betreiberkennzahlen der BNetzA nicht zur Umsetzung der Verpflichtung aus § 40 Abs. 1 TKG genutzt werden dürfen. Nur in diesem Fall lässt sich von der Betreiberauswahl nach § 40 Abs. 1 TKG sprechen.

Die Kammer ist an diese Vorgaben gebunden, da es sich bei § 40 Abs. 1 TKG um eine gebundene Entscheidung („*verpflichtet*") handelt. Der Kammer steht damit weder ein Entscheidungs- noch ein Auswahlermessen zu, vgl. auch Art. 19 Abs. 1 Universaldienste-RL. Diese Bindung der Behörde ist auch mit der jüngsten Rechtsprechung zum Regulierungsermessen vereinbar, weil die Bindung bereits im EU-Rahmen selbst vorgesehen ist (Art. 19 Abs. 1 Universaldienste-RL: „*verpflichtet*") und daher von den Vorgaben zur Ermessensausübung zu § 21 ff. TKG zu unterscheiden ist.

> So ausdrücklich BVerwG, Urteil v. 29.10.2008, Az.: 6 C 38.07, Rz.: 49ff.

Darüber hinaus ist die Auslegung der DTAG, die All-IP-Anschlüsse unter § 40 Abs. 2 TKG zu subsumieren, abwegig. Nicht einmal die Kommentierung einer ihrer Prozessbevollmächtigten ging bisweilen so weit, das Gesetz derart zu „verbiegen",

> vgl. *Stamm*, in: Scheuerle/Mayen, TKG, 2. Aufl., § 40, Rz.: 62ff.,

die dort richtiger Weise alle festen Anschlüsse in den Anwendungsbereich von § 40 Abs. 1 TKG zieht, die, wie vorliegend auch die All-IP-Anschlüsse, keinen gesonderten, eigenen Markt bilden.

III. Teilbarkeit der Verpflichtungen nach Ziff. 1, 2 und 3 des Tenors (Entwurf)

Wie bereits im Rahmen der mündlichen Anhörung dargelegt, bitten wir die Kammer deutlich herauszustellen, dass die im Entwurf vorgesehenen Verpflichtungen gegenüber DTAG unabhängig voneinander gelten und somit eine Teilbarkeit des Verwaltungsakts besteht.

Bei den nach unserer Einschätzung zu erwarteten Rechtsschutzgesuchen einiger Partien insb. in Hinblick auf Ziff. III wäre andernfalls auch die Nutzung der Betreiberauswahl gefährdet, sofern das VG Köln in den Eilverfahren die Aussetzung wider Erwarten anordnen würde.

IV. Ablehnung von Anschlussresale, Ziff. 3 des Tenors (Entwurf)

Die Verpflichtung gem. Ziff. III des Tenors des Entwurfs (Anschlussresale) ist der DTAG nicht aufzuerlegen.

Wie bereits die Arcor in der mündlichen Anhörung ausgeführt hat, ist ein infrastrukturbasierter Wettbewerb im Bereich Anschluss dem reinen Resale vorzuziehen.

Auch im Bereich der Betreiberauswahl bietet unsere Mandantin kein Resale an, sondern leistet einen großen Beitrag zu einem infrastrukturbasierten Wettbewerb im Bereich der Verbindungen. Dieser infrastrukturbasierte Wettbewerb ist durch die BNetzA zu unterstützen.

Für Rückfragen oder Ergänzungen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Dr. Marc Schütze)
Rechtsanwalt

JUCONOMY
RECHTSANWÄLTE

Graf-Recke-Straße 82
D-40239 Düsseldorf
Tel +49 (211) ▸ 90 99 16 - 0
Fax +49 (211) ▸ 90 99 16 - 99
www.juconomy.de

Düsseldorf
Rechtsanwälte
Dr. Martin Geppert
Dr. Peter Schmitz
Dr. Marc Schütze
Dr. Jens Schulze zur Wiesche [1]
Jens Eckhardt
Dr. Marc Salevic
1 Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

Wien
Rechtsanwälte
MMag. Ewald Lichtenberger [2]
Dr. Marc Schütze [3]
2 zugelassen auch in Tschechien
3 niedergelassener europäischer Rechtsanwalt, zugelassen in Düsseldorf

Ihr Ansprechpartner:
Dr. Marc Schütze
schuetze@juconomy.de

Unser Zeichen:
CLX-2009-001/10

Datum: 05.05.2009

JUCONOMY Rechtsanwälte, Graf-Recke-Straße 82, D-40239 Düsseldorf

Per Telefax: 0228 – 14 64 62 sowie
per email: bk2-postfach@bnetza.de
Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 2
Postfach 80 01

53105 Bonn

Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Stellungnahme der Callax Telecom Holding GmbH

BK2c-09/002

Entwurf zur Regulierungsverfügung Markt 1

Sehr geehrter Herr Kuhrmeyer,
sehr geehrte Damen und Herren,

namens und im Auftrag unserer Mandantin, der der Callax Telecom Holding GmbH („Callax"), nehmen wir im Nachgang zur mündlichen Anhörung vom 24.04.2009 und zur schriftlichen Stellungnahme vom 15.04.2009 ergänzend **zu Ziff. 1 und Ziff. 2 des Entwurfs für eine Regulierungsverfügung für den Markt 1** („*Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten*") wie folgt Stellung.

Darüber hinaus spricht sich die Callax gegen die Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschlussresale gegenüber DTAG aus, vgl. Ziff. 3 des Tenors (Entwurf).

I. All-IP-Verpflichtung für Carrier Selection neben Schweiz nun auch in Lichtenstein

Nach der Schweiz führt nun auch Lichtenstein eine Verpflichtung für Carrier Selection bei den All-IP-Anschlüssen des dortigen Marktbeherrschers ein.

> Vgl. öffentliche Konsultation gemäß Art. 24 (1) iVm. 46 (1) KomG
>
> Abrufbar im Internet unter: http://www.llv.li/amtsstellen/llv-ak-marktanalysen/llv-ak-marktanalysen-konsultationen/llv-ak-marktanalysen-konsultationen-marktempfehlung_neu/llv-ak-marktanalysen-konsultationen-m1-neu.htm

Die Überlegungen der dortigen Regulierungsbehörde sind die Gleichen, wie sie auch von der Kammer im vorliegenden Verfahren im Entwurf dargelegt wurden.

Lichtenstein ist über EFTA-Abkommen an die gleichen Vorgaben des EU-Rechtsrahmens gebunden wie Deutschland, weshalb auch dort die Verpflichtungen für den Markt 1 aufgegeben werden.

Es gibt daher entgegen des Vorbringens der DTAG keinen rechtlich relevanten Grund, weshalb dies nun nicht auch in Deutschland unverzüglich umgesetzt werden könnte und sollte.

II. Gebot der Technologieneutralität für Betreiberauswahl und Vorgaben des § 40 Abs. 1 S. 2 TKG fordern netzseitige Implementierung

Wir haben bereits im Rahmen der Stellungnahme vom 15.04.2009 ausführlich dargelegt, weshalb die Betreiberauswahl nur durch eine netzseitige Implementierung angeordnet werden darf und daher die Forderung der DTAG nach einer routermäßigen Umstellung abzulehnen ist.

Die Verpflichtung aus § 40 Abs. 1 TKG ist technologieneutral,

> ebenso: *Neitzel*, in: *„Recht der elektronischen Medien"* (Kommentar), § 40, Rz.: 7

Neben den bereits von uns vorgebrachten Gründen lässt sich die Forderung nach einer netzseitigen Implementierung auch unmittelbar aus dem Gesetz ableiten. Nach § 40 Abs. 1 S. 2 TKG ist die Betreiberauswahl technisch so zu ermöglichen, dass der Kunde sie durch „Wählen einer Betreiberkennzahl" nutzen kann. Eine routermäßige Lösung würde diese Vorgaben verletzen. Zudem ergeben sich weitere Vorgaben für die netzseitige Implementierung und Nutzung aus dem Nummernplan der BNetzA für die Betreiberkennzahlen. Daraus lässt sich im Umkehrschluss herleiten, dass – entgegen der Planungen der DTAG - andere Nummern als die Betreiberkennzahlen der BNetzA nicht zur Umsetzung der Verpflichtung aus § 40 Abs. 1 TKG genutzt werden dürfen. Nur in diesem Fall lässt sich von der Betreiberauswahl nach § 40 Abs. 1 TKG sprechen.

Die Kammer ist an diese Vorgaben gebunden, da es sich bei § 40 Abs. 1 TKG um eine gebundene Entscheidung („*verpflichtet*") handelt. Der Kammer steht damit weder ein Entscheidungs- noch ein Auswahlermessen zu, vgl. auch Art. 19 Abs. 1 Universaldienste-RL. Diese Bindung der Behörde ist auch mit der jüngsten Rechtsprechung zum Regulierungsermessen vereinbar, weil die Bindung bereits im EU-Rahmen selbst vorgesehen ist (Art. 19 Abs. 1 Universaldienste-RL: „*verpflichten*") und daher von den Vorgaben zur Ermessensausübung zu § 21 ff. TKG zu unterscheiden ist.

> So ausdrücklich BVerwG, Urteil v. 29.10.2008, Az.: 6 C 38.07, Rz.: 49ff.

Darüber hinaus ist die Auslegung der DTAG, die All-IP-Anschlüsse unter § 40 Abs. 2 TKG zu subsumieren, abwegig. Nicht einmal die Kommentierung einer ihrer Prozessbevollmächtigten ging bisweilen so weit, das Gesetz derart zu „verbiegen",

> vgl. *Stamm*, in: Scheuerle/Mayen, TKG, 2. Aufl., § 40, Rz.: 62ff.,

die dort richtiger Weise alle festen Anschlüsse in den Anwendungsbereich von § 40 Abs. 1 TKG zieht, die, wie vorliegend auch die All-IP-Anschlüsse, keinen gesonderten, eigenen Markt bilden.

III. Teilbarkeit der Verpflichtungen nach Ziff. 1, 2 und 3 des Tenors (Entwurf)

Wie bereits im Rahmen der mündlichen Anhörung dargelegt, bitten wir die Kammer deutlich herauszustellen, dass die im Entwurf vorgesehenen Verpflichtungen gegenüber DTAG unabhängig voneinander gelten und somit eine Teilbarkeit des Verwaltungsakts besteht.

Bei den nach unserer Einschätzung zu erwarteten Rechtsschutzgesuchen einiger Partien insb. in Hinblick auf Ziff. III wäre andernfalls auch die Nutzung der Betreiberauswahl gefährdet, sofern das VG Köln in den Eilverfahren die Aussetzung wider Erwarten anordnen würde.

IV. Ablehnung von Anschlussresale, Ziff. 3 des Tenors (Entwurf)

Die Verpflichtung gem. Ziff. III des Tenors des Entwurfs (Anschlussresale) ist der DTAG nicht aufzuerlegen.

Wie bereits die Arcor in der mündlichen Anhörung ausgeführt hat, ist ein infrastrukturbasierter Wettbewerb im Bereich Anschluss dem reinen Resale vorzuziehen.

Auch im Bereich der Betreiberauswahl bietet unsere Mandantin kein Resale an, sondern leistet einen großen Beitrag zu einem infrastrukturbasierten Wettbewerb im Bereich der Verbindungen. Dieser infrastrukturbasierte Wettbewerb ist durch die BNetzA zu unterstützen.

Für Rückfragen oder Ergänzungen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

(Dr. Marc Schütze)
Rechtsanwalt

Schuster Berger Rechtsanwälte

SBR Schuster Berger Rechtsanwälte, Nordstr. 116, D-40477 Düsseldorf

Vorab per Telefax: 0228 / 148872
Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 2
Postfach 80 01

53105 Bonn

Prof. Dr. Fabian Schuster[1]
Dr. Ernst Georg Berger
Roger Gabor[1]
Dr. Thomas Sassenberg
Babette Harnisch LL.M.
[1] Fachanwalt für IT-Recht

Nordstraße 116
D-40477 Düsseldorf
Tel. +49 (0) 211 687888-0
Fax +49 (0) 211 687888-68
www.sbr-net.com

Rechtsanwalt
Dr. Ernst Georg Berger
eMail: berger@sbr-net.com
Tel: +49 (0) 211 687888-18

Unser Zeichen:
COLR-2008-004/22
GB/hj

Datum: 05.05.2009

Stellungnahme zum Entwurf der Regulierungsverfügung
Markt 1 und Antrag auf Auferlegungen von Verpflichtungen
Az.: BK 2c-09-002-R

Version enthält keine BuGG!

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Kuhrmeyer,
sehr geehrter Herr Möller,
sehr geehrte Damen und Herren,

in dem oben genannten Verfahren nehmen wir ergänzend zu unserem Vortrag vom 15.04.2009 und zu unserem Vortrag in der Anhörung vom 24.04.2009 Stellung:

Wir werden in diesem Schriftsatz aufzeigen, dass sich aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht das Erfordernis des entbündelten Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen ergibt, so dass auch im Regulierungsrecht nichts anderes gelten kann

Wir hatten vorgetragen, dass sich die Verpflichtung zum Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen bereits aus § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG ergibt, da der Bundesnetzagentur nur ein Ermessen hinsichtlich der Frage zusteht, ob die Voraussetzungen für ein Anschluss-Resale vorliegen. Ist dies – wie von der Beschlusskammer festgestellt – der Fall, hat dies auch zu Großhandelsbedingungen zu erfolgen, deren konkrete Ausgestaltung dann wieder im Ermessen der Behörde liegt. Dies wird durch Art. 12

Abs. 1 d der Zugangsrichtlinie (2002/19/EG) bestätigt, der eine Verpflichtung zu Großhandelsbedingungen vorsieht. Entsprechende „Rabatte" für die Wettbewerber sind auch erforderlich, da die Betroffene ansonsten von der Verpflichtung profitieren und letztendlich sogar ihre Marktstellung stärken könnte. Hierzu verweisen wir auf unseren bisherigen Vortrag.

Das Erfordernis zur Verpflichtung zum Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen ergibt sich zudem (auch) aus dem nationalen und europäischen Wettbewerbsrecht (I.) Selbst wenn man mit der Bundesnetzagentur die Auffassung verträte, dass sich eine entsprechende Verpflichtung aus dem nationalen Regulierungsrecht nicht herleiten ließe, so ist die kartellrechtliche Verpflichtung unter dem Gesichtpunkt der Einheit der Rechtsordnung zu berücksichtigen (II.). Insofern muss die Beschlusskammer eine entsprechende Verpflichtung zu Großhandelsbedingungen auferlegen.

I. Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen aus allgemeinem Wettbewerbsrecht

Die Verpflichtung zum entbündelten Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen ergibt sich sowohl aus §§ 19, 20 GWB als auch aus Art. 81, 82 EG. So verbietet § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB den Missbrauch des marktbeherrschenden Unternehmens durch Zugangsverweigerung. Die Entstehungsgeschichte des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ist wesentlich auf die Rechtsprechung und Kommissionspraxis zu „Essential Facilities" zurückzuführen, so dass ein vergleichbarer, wenn nicht sogar identischer, Wertungsmaßstab zugrunde liegt. Insofern ist nachfolgend eine einheitliche wettbewerbsrechtliche Betrachtung möglich.

Nachfolgend wird aufgezeigt, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht neben den sektorspezifischen Regelungen anwendbar ist (1.), die Betroffene über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (2.) und der entbündelte Anschluss-Resale ohne Großhandelsbedingungen als Missbrauch einzustufen ist (3.).

1. Anwendbarkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts

a. Anwendbarkeit §§ 19, 20 GWB

Nach § 2 Abs. 3 S. 1 TKG bleiben die Vorschriften des GWB anwendbar, soweit durch das TKG nicht ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden. Da solche ausdrückliche Regelungen nicht existieren, fehlt es an einer Sperrwirkung des TKG. Damit können die Normen des Kartellrechts und folglich auch die §§ 19, 20

GWB parallel angewendet werden (*Koenig/Loetz/Neumann*, S. 155; Müller/Berger, MMR 2005, 553 (555), Berger in *Paschke/Berlit/Meyer*, § 42 TKG, Rn. 17 ff.)

So führte der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zum Stromnutzungsentgelt (Az. KZR 36/04) hinsichtlich des Verhältnisses von Regulierungsrecht und §§ 19, 20 GWB aus:

„Soweit in der Prüfung am Maßstab des § 6 Abs. 1 EnWG a.F. nicht bereits alle kartellrechtlich relevanten Gesichtspunkte einfließen sollten, wird schließlich der Einwand der Klägerin zu erörtern sein, die Beklagte missbrauche die marktbeherrschende Stellung, die sie als Netzbetreiber innehat. Denn nach § 6 Abs. 1 Satz 6 EnWG a.F. bleiben § 19 Abs. 4 und § 20 Abs. 1 und 2 GWB unberührt; die kartellrechtliche Prüfung ist daher von der energiewirtschaftlichen grundsätzlich unabhängig (BGHZ 156, 379, 387 – Strom und Telefon I, BGH, Beschluss v. 28.6.2005 – KVR 17/04, WUW/E DE-R 1513, 1514 – Stadtwerke Mainz).“

Gleiches muss auch für das Telekommunikationsrecht gelten, welches ausdrücklich abschließende Regelungen fordert. Letztendlich kann das Verhältnis zwischen Regulierungs- und nationalem Wettbewerbsrecht jedoch offen bleiben, da der Anwendungsbereich der Art. 81, 82 EG nach einhelliger Auffassung eröffnet ist.

b. Anwendbarkeit Art. 81, 82 EG

Die Anforderungen der Art. 81, 82 EG sind neben der nationalen sektorspezifischen Regulierung zu berücksichtigen. Die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags bleiben nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sowie der Auffassung der Kommission und der nationalen Literatur (vgl. *Roth* in *Scheuerle/Mayen*, 2. Auflage 2008, § 42 TKG, Rn. 163 m.w.N.) weiterhin anwendbar. So wird aus der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich (ABl. 98/C 265/02) deutlich, dass durch das Regulierungsrecht keine Einschränkung des europäischen Wettbewerbsrechts gewollt ist und dass diese insoweit parallel zur Anwendung kommen

In einem Verfahren nach Artikel 82 EG gegen die DTAG (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579) hat die Kommission diesbezüglich unter Rz. 54 wie folgt ausgeführt:

„Entgegen der Auffassung von DT ist jedoch die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften jedenfalls nicht ausgeschlossen, wenn und soweit die einschlägigen sektorspezifischen

Vorschriften die Unternehmen, welche ihnen unterworfen sind, nicht an einem autonomen Verhalten hindern, durch welches der Wettbewerb verhindert, eingeschränkt oder beeinträchtigt werden kann."

Daraus folgt, dass ein Wettbewerbsverstoß stets verfolgt werden kann, sofern die sektorspezifischen Vorschriften einen solchen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung nicht bereits verhindern. Demnach ist die Frage des Verstoßes gegen Wettbewerbsrecht unabhängig davon zu prüfen, ob ein Verstoß gegen Regulierungsrecht besteht. Die Auffassung der Kommission wurde auch vom Gericht der ersten Instanz der Europäischen Gemeinschaften (C-280/08) bestätigt. So führt das Gericht zur Anwendbarkeit der Art. 81 und 82 EG unter den Rz. 88f. aus:

„Dagegen sind Art. 81 EG und 82 EG anwendbar, wenn sich herausstellt, dass die nationalen Rechtsvorschriften die Möglichkeit eines Wettbewerbs bestehen lassen, der durch selbstständige Verhaltensweisen der Unternehmen verhindert, eingeschränkt oder verfälscht werden kann (Urteile des Gerichtshofs van Landewyck u.a./Kommission, oben in Randnr. 86 angeführt, Randnrn. 12 bis 37, vom 17. Juli 1997, Ferriere Nord/Kommission, C-219/95 P, Slg. 1997, I-4411, Randnrn. 23 bis 25, und Kommission und Frankreich/Ladbroke Racing, oben Randnr. 85 angeführt, Randnr. 34.)

Beschränkt sich also ein nationales Gesetz darauf, selbstständige wettbewerbwidrige Verhaltensweisen der Unternehmen zu veranlassen oder zu erleichtern, so bleiben diese den Art. 81 EG und 82 EG unterworfen (Urteil des Gerichtshofs vom 16. Dezember 1975, Suiker Unie u.a./Kommission, 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, Slg. 1975, 1663, Randnrn. 36 bis 73, und CIF, oben in Randnrn. 86 ausgeführt, Randnr. 56, vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 18. September 1996, Asia Motor France u.a./Kommission, T-387/94, Slg. 1996, II-961, Randnr. 60)."

Soweit die Kommission darauf hinweist, dass bei ordnungsgemäßer Einhaltung des spezifischen Regulierungsrechts sich in der Regel die Anwendung des Wettbewerbsrechts erübrigt, bestätigt dies lediglich die Notwendigkeit des Einklangs von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht und führt nicht zu einer Nichtanwendbarkeit der Normen, sondern betont vielmehr das Erfordernis der gegenseitigen Berücksichtigung (vgl. Abl. 98/C 265/02, Tz. 58)

2. Marktbeherrschende Stellung

Die Bundesnetzagentur hat zutreffend die beträchtliche Marktmacht der Betroffenen im Rahmen der durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten und die daraus folgende Regulierungsbedürftigkeit bejaht.

Das Marktdefinitionsverfahren hat nach Artikel 15 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie (2002/21/EG) im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht zu erfolgen. Auch die Marktanalyse erfolgt nach den kartellrechtlichen Grundsätzen, wobei auf das Marktbeherrschungskonzept nach Art. 82 EG zurückgegriffen wird (*Kirchner/Käseberg* in *Scheuerle/Mayen*, 2. Auflage 2008, § 11 TKG, Rn. 8). Die Feststellung im Sinne von §§ 10, 11 TKG hat die Bundesnetzagentur weiter gem. § 123 Abs. 1 S. 1 TKG im Einklang mit dem Bundeskartellamt vorzunehmen. So heißt es auf Seite 20 des Notifizierungsentwurfs:

„Die 7. Beschlusskammer des Bundeskartellamts hat mit Schreiben vom 11.03.2009 das Einverständnis zu der für den Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten (Markt Nr. 1) vorgenommenen Marktabgrenzung und zu den getroffenen Feststellungen der Regulierungsbedürftigkeit und der beträchtlichen Marktmacht erteilt. Es wird darauf hingewiesen, dass dieses Einvernehmen der Beschlussabteilung nicht bei der Prüfung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bindet (§ 1 GWB/ Art. 81 EG, § 19 GWB/ Art. 82 EG).“

Insofern kann die Bejahung der marktbeherrschenden Stellung auch ins Wettbewerbsrecht übertragen werden. Weiter wird aus der erteilten Zustimmung das Verhältnis von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht ersichtlich. Das Bundeskartellamt sieht seine Prüfungsbefugnis weiter als gegeben an.

Der von der Bundesnetzagentur definierte sachlich relevante Markt, welcher dem Markt 1 der Empfehlung der Kommission entspricht, umfasst daher den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten mit Ausnahme derjenigen Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Million Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden (vgl. S. 54 des Notifizierungsentwurfs). In räumlicher Hinsicht umfasst dieser Markt das gesamte Bundesgebiet (S. 58 des Notifizierungsentwurfs).

Die von der Bundesnetzagentur ermittelten Marktanteile stellen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse dar und sind insofern nicht zugänglich. Eine bedeutende Stellung reicht für die Marktbeherrschung jedoch regelmäßig aus, da die Handelspartner einen größeren Bedarf weder kurzfristig bei Konkurrenten befriedigen noch im Interesse der Versorgungssicherheit auf eine Geschäftsbeziehung mit dem Marktführer verzichten können (EuGH 13. 2. 1979, Slg. 1979, 461, 521 Tz. 41 „Hoffmann-La Roche"). Die Bundesnetzagentur weist in diesem Zusammenhang zutreffend auf die Auffassung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften hin, wonach besonders hohe Marktanteile (über 50%) ohne weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, als Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung erachtet werden können (S. 76 des Notifizierungsentwurfs, m.w.N. in Fn. 151). Dies zeigt einerseits, dass auch die Bundesnetzagentur auf die allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätze und die in diesem Zusammenhang entwickelte Rechtsprechung abstellt, und dass andererseits die Betroffene als ehemalige Monopolistin (der ermittelte Marktanteil dürfte zwischen 95% und 97% liegen) mit nur sehr eingeschränktem Wettbewerb über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Insofern sind weitere diesbezügliche Ausführungen entbehrlich. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Betroffenen wurde auch vom OLG Düsseldorf (MMR 2003, 108 (109)) und OLG Frankfurt (3-11 O 112/05 vom 01.04.2008) in der Vergangenheit bejaht.

3. Anschluss-Resale ohne Großhandelsbedingungen ist Missbrauch

Sowohl aus dem nationalen als auch aus dem europäischen Wettbewerbsrecht ergibt sich, dass der Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung darstellt. Der Missbrauch resultiert – beim Erlass der Regulierungsverfügung in der Entwurfsfassung – aus der Verpflichtung des Zugangs zu Endkundenbedingungen. Die Verpflichtung zu Endkundenbedingungen ist gerade nicht angemessen im Sinne des Wettbewerbsrechts. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf die Zugangsgewährung zu Endkundenbedingungen und lassen aufgrund des Entwurfs der Regulierungsverfügung außer Betracht, dass sich auch die Zugangsverpflichtung an sich aus dem Wettbewerbsrecht ergibt. So hat der zuständige Kartellsenat des OLG Frankfurt (Az. 11 U 14/07) eine entsprechende Pflicht der Betroffenen bestätigt, wonach diese aufgrund von §§ 19,20 GWB verpflichtet ist, die Nachfrage nach sog. AGB-Produkten zu bedienen, ohne dass sie diese von weiteren Bedingungen abhängig macht.

Ein Verstoß gegen die sog. Essential Facilities Doctrine liegt dann vor, wenn ein Unternehmen, welches den Zugang zu Informationen, Produkten, Dienstleistungen oder Infrastrukturen kontrolliert, anderen Unternehmen solchen Zugang verweigert, um seine Stellung auf einem nachgelagerten Markt zu schützen (vgl. *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage 2007, Art. 82 EGV, Rn. 239). Nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB liegt der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dann vor, wenn das

marktbeherrschende Unternehmen sich weigert einem anderen Unternehmen Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu angemessenen Bedingungen zu gewähren, so dass es einem anderen Unternehmen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden. Die Kriterien des europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts zur Beurteilung eines Missbrauchs sind insofern vergleichbar. Durch die Nichtgewährung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen (den Anschlüssen des Markt 1) zu angemessenen Bedingungen, werden die Wettbewerbsmöglichkeiten am Markt erheblich beeinträchtigt, womit ein Missbrauch durch die Betroffene anzunehmen ist.

Dazu im Einzelnen:

a. Netze oder andere Infrastruktureinrichtungen

Die entbündelten Anschlüsse im Sinne des Markt 1 sind als Zugang zu dem Netz der Betroffenen zu qualifizieren. Dies sind Anlagen, Einrichtungen und Gegebenheiten, die den Wirtschaftseinheiten als Grundlage ihrer Aktivitäten vorgegeben sind (*Wiedemann* in *Wiedemann*, HdB des Kartellrechts, § 23, Rn. 68). So führt *Bechtold* als Beispiele für den Begriff auch aus, dass Strom-, Telefon-, Straßen- und Schienennetze darunter zu verstehen sind (Bechtold, 5. Auflage 2008, § 19 GWB, Rn. 88). Das OLG Frankfurt (Az. 11 U 14/07) hat bestätigt, dass auch ein Dienst, nämlich der Dienst: Überlassung eines ISDN-Anschlusses, eine solche Infrastruktureinrichtung sein kann.

b. Angewiesensein

Aus tatsächlichen Gründen ist es den Wettbewerbern nicht möglich, ohne Zugang zum Netz der Betroffenen tätig zu sein. Die alternativen Netzbetreiber sind auf den Zugang angewiesen. Ein Zugangsgrund ist mithin aufgrund der Marktsstruktur, die noch wesentlich durch die ehemalige Monopolsituation geprägt ist, zu bejahen. Dies hat auch die Marktabfrage der Bundesnetzagentur (vgl. Seite 12 des Entwurfs der gegenständlichen Regulierungsverfügung) ergeben, wonach die Notwendigkeit und der Bedarf nach entbündeltem Anschluss-Resale bestehen. Das Erfordernis des Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen wurde auch noch einmal in der Stellungnahme der Beteiligten vom 15.04.2009 (S. 5ff) dargelegt.

Objektiv ist es der Betroffenen auch nicht möglich, eigene Einrichtungen, wie die der Betroffenen, zu schaffen, über die diese aufgrund ihrer ehemaligen Monopolstellung verfügt. An der Voraussetzung fehlt es bereits dann, wenn auch nur besonders leistungsfähige Wettbewerber zu solchen Investitionen in der Lage sind (*Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage 2007, Art. 82 EG, Rn. 240). Keiner der alternativen

Teilnehmernetzbetreiber, auch wenn er leistungsfähiger als die Beteiligte ist, ist in der Lage, die entsprechenden Investitionen zu tätigen, die zum Aufbau eines Netzes führen, welches dem der ehemaligen Monopolistin entspricht. Auch der TAL-Ausbau ist in Bereichen, in denen nur einzelne oder zunächst nur wenige Kunden angeschlossen werden sollen, nicht wirtschaftlich möglich.

Die Beteiligte ist, wie bereits in der Stellungnahme vom 22.04.2008 und im Antrag auf Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 1 TKG vom 26.09.2008 dargelegt, auf den entbündelten Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen für das von ihr verfolgte Geschäftsmodell wesentlich angewiesen.

c. Angemessenes Entgelt

Selbst wenn die Betroffene entsprechende Produkte von sich aus anbieten würde, so wäre es ausreichend für einen allgemein-kartellrechtlichen Verstoß, wenn der Marktbeherrscher den Zugang *„nur unter Bedingungen gewährt, die ungünstiger sind, als für seine eigenen Dienste (Entscheidung der Kommission vom 21. 12. 1993, ABl. 1994, Nr. L 15, S. 8 Tz. 66 - „Sealink II)."*

Ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung liegt nur dann nicht vor, wenn der Zugang zu einem angemessenen Entgelt ermöglicht wird. Ist eine Vergleichmarktbetrachtung nicht möglich, so ist anhand einer Kostenkontrolle zu ermitteln, ob der Preis angemessen ist (*Wiedemann* in *Wiedemann*, HdB des Kartellrechts, § 23, Rn. 71; *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage 2007, § 19 GWB, Rn. 205). Dabei orientiert sich eine Kostenkontrolle weniger an den tatsächlichen Kosten, als an den Kosten der effizienten Leistungserbringung (*Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage 2007, § 19 GWB, Rn. 205). Folgende Überlegungen zeigen die Unangemessenheit des Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen.

Zunächst ist zu unterstellen, dass der von der Betroffenen angesetzte Endkundenpreis an sich wettbewerbskonform ist und keine Quersubventionen ermöglichen darf. Die Entgeltregulierung für Anschluss-Resale nach § 30 Abs. 5 TKG sieht einen Wiederverkaufspreis vor, der unterhalb des Endnutzerpreises liegt und oberhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (vgl. *Schuster/Ruhle* in Beck'scher TKG Kommentar, 3. Auflage 2006, § 30 TKG, Rn. 53). Es gilt insofern das sog. „Retail Minus"-Prinzip, wonach das angemessene Entgelt ausgehend vom Endkundenpreis zu bestimmen ist. So ist der Endkundenpreis beispielsweise um anfallende Marketing-, Vertriebs-, Abrechnungs-, Inkasso- und Bonitätsprüfungskosten zu reduzieren. Auch wurde für AGB-Produkte in der Vergangenheit eine elektronische Schnittstelle verwandt, was zu einer weiteren Kostenreduktion führt, wenn dieses im Rahmen der

Verpflichtung auferlegt würde, was – wie im Rahmen der Stellungnahme dargelegt – erforderlich ist.

Insofern lässt sich festhalten: Die Betroffene profitiert von der vorgesehenen Resale-Verpflichtung in einem wesentlichen Umfang. Die alternativen Teilnehmernetzbetreiber sind auf die Produktnachfrage zur Aufrechterhaltung ihres Angebots angewiesen. Auch seitens der Beschlusskammer wird im Entwurf zur Regulierungsverfügung ausgeführt, dass Anschluss-Resale zur Abdeckung von Lücken erforderlich ist. Bedingt dadurch, dass die Nachfrage der alternativen Teilnehmernetzbetreiber mit wesentlichen Einsparungen für die Betroffene verbunden ist, profitiert die Betroffene erheblich von der vorgesehenen Anordnung.

Dies führt gerade im Hinblick auf den Dienstewettbewerb, aber letztendlich auch beim Infrastrukturwettbewerb, zu erheblichen Vorteilen für die Betroffene als ehemalige Monopolistin. Die Betroffene erwirtschaftet im Rahmen des Bezugs einerseits die gleiche Marge wie bei jedem beliebigen Endkunden und die alternativen Teilnehmernetzbetreiber sind andererseits gezwungen, die insoweit höheren Kosten im Rahmen des jeweiligen Angebots aufzufangen, womit sie letztendlich die Betroffene subventionieren und sie beim Ausbau ihrer Marktstellung unterstützen. Eine solche Quersubventionierung kann jedoch gerade nicht gewollt, geschweige denn wettbewerbskonform, sein und zeigt, dass der Endkundenpreis gerade nicht mehr angemessen ist. Der Preisgestaltung kommt aber eine entscheidende Bedeutung für die Schaffung von wettbewerblichen Strukturen auf dem abgeleiteten Markt zu (*Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage 2007, § 19 GWB, Rn. 205). Diese Anforderung ist aber nur dann gewahrt, wenn echte Vorleistungsbedingungen eingeräumt werden. Es ist kein funktionierender Markt denkbar, auf dem Wettbewerber, die auf Vorleistungsprodukte angewiesen sind, keine besonderen Bezugsbedingungen eingeräumt werden. Vorliegend gilt dies um so mehr, als dass die eigentlichen Infrastrukturinvestitionen zu Monopolzeiten erfolgt sind und insofern nicht berücksichtigt werden dürfen.

Weitere Vorteile entstehen für die Betroffene, da diese durch den günstigeren Einkauf zwangsläufig Bündelvorteile ausnutzen kann, was zu weiteren Möglichkeiten am Markt und damit entsprechenden Wettbewerbsvorteilen führt. Dabei darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Call-by-Call und Preselection-Markt als Möglichkeit des kostengünstigen Markteintritts rückläufig ist und somit für neue Mitwerber die Markteintrittsbarrieren erheblich erhöht werden, da immer weitreichender eigene Infrastruktur erforderlich ist.

II. Einheit der Rechtsordnung

Wie aufgezeigt wurde, ist (auch) nach nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht ein Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen erforderlich. Dieses sich aus §§ 19,20 GWB und Art. 82 EG ergebende Erfordernis ist auch im Rahmen des Regulierungsrechts zu berücksichtigen, was sich bereits aus dem Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung" ergibt.

So heißt es in der Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich (98/C 265/02) unter Rz. 19.

„Die nationalen Regulierungsbehörden haben sicherzustellen, dass die von ihnen getroffenen Maßnahmen mit dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft in Einklang stehen, was bedeutet, dass sie Maßnahmen zu unterlassen haben, die dem wirksamen Schutz von Rechten aufgrund gemeinschaftlicher Vorschriften nach den Wettbewerbsregeln zuwider laufen. Sie dürfen daher keine Vereinbarungen zulassen, die gegen Wettbewerbsregeln verstoßen."

Nichts anderes kann auch im vorliegenden Fall gelten. Die im Entwurf der Regulierungsverfügung vorgesehene Verpflichtung des Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen lässt sich nicht nur nicht mit Art. 12 Abs. 1 d der Zugangsrichtlinie (2002/19/EG) vereinbaren, sondern verstößt auch gegen die Essential Facilities Doktrin des Art. 82 EG und die nationale Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens nach §§ 19, 20 GWB.

Wenn sich aus Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben, so ist die Praxis gehalten, dem Postulat einer Einheit der Rechtsordnung Rechnung zu tragen (vgl. *Schmidt* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage 2007, VO 1/2003, Rn. 5). Der Bundesnetzagentur steht hinsichtlich des „Wie" der Verpflichtung auch aufgrund des Gemeinschaftsrechts kein Ermessen zu, ob Anschluss-Resale zu Endkundenbedingen erfolgen kann. Selbst wenn die nationalen regulatorischen Vorgaben der Bundesnetzagentur noch ein entsprechendes Ermessen einräumten, so folgte aus dem europäischen Regulierungsrecht sowie dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zwingend die Vorgabe, Anschluss-Resale nur zu Großhandelsbedingung anzuordnen, die zu berücksichtigen ist.

Dies wird auch noch einmal durch die Regelung des § 123 TKG unterstrichen. So führt *Geppert* im 3. Auflage 2006, Beck'schen TKG-Kommentar, § 123 TKG, Rn. 3 dazu aus:

„Durch die parallele Anwendbarkeit des TKG und GWB sowie die dadurch folgende Doppelzuständigkeit von Regulierungsbehörde und Bundeskartellamt besteht allerdings die prinzipielle Gefahr, dass eine einheitliche Auslegung der wettbewerbsrechtlich relevanten Bestimmungen scheitert. Zur Abwendung dieser Problematik kommt der Zusammenarbeit der mit dem Vollzug des TKG beauftragten Regulierungsbehörde einerseits und dem mit der Umsetzung des GWB befassten Bundeskartellamt andererseits eine erhebliche Bedeutung zu. Der Gesetzgeber hat deshalb beide Behörden durch § 123 Abs. 1 zu einer Zusammenarbeit verpflichtet, die weit über den Rahmen sonstiger behördlicher Zusammenarbeit hinausgeht (vgl. die Vorschriften bezüglich Amtshilfe in §§ 4 bis 8 VwVfG).“

III. Ergebnis

Abschließend ist festzuhalten, dass sich die Verpflichtung des Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen aus dem nationalen und europäischen Wettbewerbsrecht ergibt und ein Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen gerade nicht angemessen ist. Das Erfordernis des entbündelten Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen ist auch im Rahmen der telekommunikationsrechtlichen Regulierung zu berücksichtigen. Es liefe auch den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG entgegen, wonach der chancengleiche Wettbewerb sichergestellt und der europäische Binnenmarkt gefördert werden soll, wenn die wettbewerbsrechtlichen Aspekte unberücksichtigt blieben und insofern erst ein Einschreiten der Wettbewerbsbehörden erforderlich wäre.

Mit freundlichen Grüßen

(Dr. Ernst Georg Berger)
Rechtsanwalt

B·B·O·R·S | KREUZNACHT
RECHTSANWÄLTE

B B·O·R·S | KREUZNACHT Postfach 101402 D-40005 Düsseldorf

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 2
Herrn Vorsitzenden Bernhard Kuhrmeyer
Herrn Claudius Möller
Tulpenfeld 4

53113 Bonn

vorab per Telefax

DÜSSELDORF
Roland Bornhofen
Dr. Jens Buchta
Thomas A. Oerter
Dr. Peter Rädler, LL.M.
Dr. Grace Nacimiento, LL.M.
Dipl.-Ing. Manfred Pohl
Dr. Kai-Peter Ott
Dr. Jutta C. Möller
Sibylle Anschütz, LL.M.
Michael Neumann
Marcell Glang, LL.M.
Gavin Worok
Dr. Carolin Küll, LL.M.

MÜNSTER
Dr. Frank Kreuznacht
Dr. Hans-Peter Schmies
Thore Voß
Dr. Alexander Berger, LL.M.
Stephan Birke
Günter Kossmehl
Tina Ablas, LL.M.

Sekretariat
Frau Hilgers Tel: -103 / Fax: -203
raedler@bbors-kreuznacht.de

Unser Zeichen
3502/09
hi/D180900

Düsseldorf
5. Mai 2009

Entwurf einer Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 1
BK2c-09/002-R

Sehr geehrter Herr Kuhrmeyer,
sehr geehrter Herr Möller
sehr geehrte Damen und Herren,

für unsere Mandantin Communication Services TELE2 GmbH (TELE2) nehmen wir in dem o.g. Verfahren zum Entwurf einer Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 1 im Anschluss an die mündliche Verhandlung ergänzend Stellung.

Berliner Allee 10
D-40212 Düsseldorf
Telefon +49 (0)211 88297-297
Telefax +49 (0)211 88297-200
duesseldorf@bbors-kreuznacht.de

I. Auferlegung von Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl

Die von Deutsche Telekom in ihrer Stellungnahme vom 17.04.2009 und in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Argumente gegen die Auferlegung von Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl (Carrier Selection) treffen nicht zu.

1. Keine Beschränkung von § 40 TKG auf PSTN-Technik

§ 40 Abs. 1 Satz 1 TKG ist - anders als Deutsche Telekom vorträgt- nicht auf PSTN-Anschlüsse zugeschnitten. Wie das BVerwG in seinem Urteil vom 29.10.2009 (Az. 6 C 38/079) entschieden hat, liegt der Auferlegung der Carrier Selection vielmehr ein Gleichlauf der Regulierungsmaßnahme mit der Marktdefinition für den Anschlussmarkt zugrunde. In dem Umfang, in dem über IP-Technik realisierte Anschlüsse in diesen Anschlussmarkt einbezogen sind, greift daher auch die gesetzlich vorgesehene und in der Regulierungsverfügung umzusetzende Verpflichtung zur Carrier Selection.

2. Netzseitige Umsetzung der Carrier Selection

Eine routerseitige (geräteseitige) Implementierung der Carrier Selection bei IP-basierten Anschlüssen würde § 40 Abs. 1 TKG nicht entsprechen. Wie beantragt, sollte die Regulierungsverfügung daher in der Weise ergänzt werden, dass Deutsche Telekom eine netzseitige Implementierung vorzunehmen hat.

Eine lediglich geräteseitige Umsetzung der Carrier Selection bei den Komplettangeboten der Deutschen Telekom wäre mit § 40 Abs. 1 TKG nicht vereinbar. Nach § 40 Abs. 1 Satz 2 TKG muss die Betreiberauswahl "im Einzelwahl-verfahren durch Wählen einer Kennzahl" realisiert werden können. Demnach muss es möglich sein, allein durch das Wählen der Betreiberkennzahl Telefonverbindungen über andere Anbieter (VNB) als den Anbieter des Telefonanschlusses zu führen. Daher wäre die Betreiberauswahl nicht ausreichend realisiert, wenn der Endkunde andere Anbieter von Telefonverbindungen nur über eine geräteseitige Umkonfiguration erreichen könnte; Deutsche Telekom räumt selbst ein, dass bei einer geräteseitigen Implementierung anstelle von Betreiberkennzahlen ISP-spezifische

Kennzahlen einprogrammiert werden müssten (Stellungnahme vom 17.04.2009, Seite 5). Dieses Verfahren entspricht § 40 Abs. 1 TKG nicht.

3. Verpflichtung zur Carrier Selection unabhängig von EU-Reform 2009

Auch die derzeitigen Reformüberlegungen zur Änderung der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG hindern die Auferlegung der Carrier Selection, wie im Entwurf vorgesehen, nicht.

Auf EU-Ebene ist derzeit die Streichung von Art. 19 der Universaldienstrichtlinie und die Einfügung der Carrier Selection als Regulierungsinstrument in die Liste möglicher Zugangsverpflichtungen nach Art. 12 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG vorgesehen (Vorschlag EU-Kommission vom 13.11.2007 KOM(2007)698 zur Änderung der Universaldienstrichtlinie; ITRE-Beschluss des EP vom 21.04.2009 zu 2007/0247 (COD) zur Änderung der Zugangsrichtlinie). Bei einer solchen gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe müsste die Bundesnetzagentur bei der Auferlegung der Carrier Selection ein Regulierungsermessen ausüben, was nach derzeitigem Stand des EG-Rechts und von § 40 Abs. 1 TKG nicht erforderlich ist. Allerdings sieht die Richtlinie zur Änderung der Universaldienstrichtlinie eine Umsetzungsfrist vor. Erst nach Ablauf dieser Umsetzungsfrist müsste demnach ggf. eine Anpassung der Auferlegung zur Carrier Selection erfolgen. Dieses Ermessen könnte dabei auch im Sinne eines Festhaltens an der Carrier Selection ausgeübt werden. Bei einer späteren Veränderung des EU-Rechtsrahmens wäre die Bundesnetzagentur zudem nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen zur Anpassung ihrer Regulierungsverfügung befugt.

II. Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung

Die Beschlusskammer sieht in ihrem Entwurf zutreffend vor, jedenfalls an der Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG festzuhalten.

Aus Sicht von TELE2 ist es darüber hinaus sachgerecht, auch an der bisherigen Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG

festzuhalten. Auf Basis der ersten Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 1 hat die Beschlusskammer nach eigenen Angaben Entgelte im Rahmen ihrer Prüfung nach § 39 Abs. 3 Satz 3 TKG in keinem Fall untersagt. Dabei soll, nach Erläuterung der Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung, die Prüfung der von Deutsche Telekom angezeigten Entgelte darauf beschränkt gewesen sein, ob Wettbewerber vergleichbare Tarife anbieten.

Die Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG sollte bestehen bleiben, um Tarifmaßnahmen der Deutschen Telekom zu verhindern, die offensichtlich gegen § 28 Abs. 1 TKG verstoßen. Die bisherige Praxis der Beschlusskammer im Rahmen der Offensichtlichkeitsprüfung spricht nicht gegen die Fortführung der Anzeigepflicht, da diese Prüfungsform hinter den gesetzlichen Vorgaben zurückblieb: Die Bundesnetzagentur wertet in anderem Zusammenhang die Entgelte von Wettbewerbern nicht als geeignete Bezugsreferenzen für eine Vergleichsmarktbetrachtung (Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren, Amtsblatt 2007, 4532, S. 32, sowie Beschlusskammer 2, BK2c-05/003 vom 12.12.2005). Dies ist insofern zutreffend, als die Wettbewerber aufgrund der Marktmacht der Deutschen Telekom zu einem Preisabstand im Verhältnis zu den Preisen der Deutschen Telekom gezwungen sind. Es stellt daher keinen geeigneten Anhaltspunkt für unzulässige Dumpingpreise i.S. von § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG oder eine Preis-Kosten-Schere i.S. von § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG dar, ob den angezeigten Preisen der Deutschen Telekom vergleichbare Wettbewerberangebote entsprechen. Auch die Offensichtlichkeitsprüfung nach § 39 Abs. 3 Satz 3 TKG ist vielmehr nach Kriterien vorzunehmen, die zumindest im Prüfungsansatz den Voraussetzungen für missbräuchliches Verhalten nach § 28 Abs. 1 TKG entsprechen. Eine in diesem Sinne verstärke Prüfung im Rahmen der Anzeigepflicht ist aufgrund der aggressiven Preissetzungsmaßnahmen der Deutschen Telekom insbesondere für ihre Komplettprodukte „Call & Surf" geboten.

III. Auferlegung eines Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen

Die im Entwurf vorgesehene Auferlegung eines Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen widerspricht aus Sicht von TELE2 sowohl zwingenden gesetzlichen Vorgaben als auch der

Verpflichtung zu einer ermessensfehlerfreien Ausübung des Regulierungsermessens.

1. Beträchtliche Marktmacht auf Anschlussmarkt

Anders als von Deutsche Telekom vorgetragen, ist die Feststellung der Bundesnetzagentur zur beträchtlichen Marktmacht der Deutschen Telekom auf dem Anschlussmarkt für die Auferlegung des Anschluss-Resale gemäß § 21 Abs. 1 TKG ausreichend.

§ 21 Abs. 1 TKG liegt nicht zugrunde, dass die Regulierungsmaßnahme auf demselben Markt eingreifen muss, auf dem die beträchtliche Marktmacht festgestellt wird. Die ansonsten eintretende Behinderung auf einem „nachgelagerten Endkundenmarkt" ist im Wortlaut von § 21 Abs. 1 TKG lediglich ein Regelbeispiel. Dies zeigt, dass § 21 Abs. 1 TKG nach seiner Struktur keine SMP-Feststellung auf einem Zungangsmarkt voraussetzt. Gesetzessystematisch ist auch § 40 Abs. 1 Satz 4 TKG zu entnehmen, dass eine Zusammenschaltung als Zugangsregulierung auch als Reaktion auf eine SMP-Feststellung auf einem Endkundenmarkt (dort Anschlussmarkt) erfolgen kann. Zudem sollte ein Gleichlauf von § 21 TKG mit dem Zugangsanspruch nach allgemeinem Kartellrecht erhalten bleiben: Für § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB wird überwiegend eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Endkundenmarkt gefordert (vgl. Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 19 Rdnr. 193, ähnlich Bechtold, GWB, 5. Aufl. 2008, § 19 Rdnr. 90; der BGH hat diese Frage bisher offen gelassen, WuW/DE 1520 [1523]). Das BVerwG hat in seiner Entscheidung vom 28.01.2009 (Az. 6 C 39/07) die SMP-Feststellung auf einem ggf. fiktiven Zugangsmarkt als ausreichend für die Zugangsmaßnahme auf demselben Markt angesehen, dabei aber die SMP-Feststellung auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt als Anknüpfung für eine Zugangsverpflichtung nicht ausgeschlossen (Rdnr. 16 f.).

Jedenfalls eine richtlinienkonforme Auslegung von § 21 Abs. 1 TKG schließt es aus, die Formulierung "die über beträchtliche Marktmacht verfügen" in § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG in dem Sinne zu verstehen, dass die Marktmacht auf demselben Markt bestehen muss, auf dem eine Zugangsverpflichtung auferlegt wird. Art. 8 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG sieht vor, dass die nationale Regulierungsbehörde die in Art. 9 bis Art. 13 der

Richtlinie genannten Verpflichtungen auferlegt, wenn ein Unternehmen "als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt eingestuft" wird. Art. 8 der Zugangsrichtlinie enthält insoweit keine Einschränkung in der Weise, dass die Festlegungen der beträchtlichen Markt auf Zugangs- bzw. Großhandelsmärkten bestehen müssen. Dementsprechend würde das System der Zugangsrichtlinie unzulässig verengt, wenn § 21 Abs. 1 TKG i.S. einer Konkurrenz von Marktfeststellung und Regulierungsverpflichtung verstanden würde. Dies ergibt sich auch daraus, dass die EU-Kommission in ihre Märkte-Empfehlungen nach Art. 15 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG sowohl Großhandels- als auch Endkundenmärkte aufgenommen hat. Aus der Einbeziehung auch von Endkundenmärkten in die Empfehlung der EU-Kommission folgt demnach in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie, dass auch die Feststellung beträchtlicher Marktmacht auf einem Endkundenmarkt die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach Art. 12 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie – und damit auch die Auferlegung eines Anschluss-Resale als Regulierungsverpflichtung i.S. von Art. 12 Abs. 1 Satz 2d) – rechtfertigt.

Dieses Verständnis der Zugangsrichtlinie bestätigen auch die Praxis anderer nationaler Regulierungsbehörden und die Stellungnahmen der EU-Kommission nach Art. 7 der Rahmenrichtlinie. Die EU-Kommission hat in zahlreichen Fällen die Auferlegung des Anschluss-Resale als Regulierungsmaßnahme auf Basis einer Feststellung beträchtlicher Marktmacht auf den Endkundenmärkten für Telefonanschlüsse akzeptiert, begrüßt oder ausdrücklich gefordert (vgl. u.a. Stellungnahme der EU-Kommission vom 15.02.2004 im Fall SE/2004/0112-0113, Stellungnahme der EU-Kommission vom 25.04.2005 im Fall IC/2005/0160-0163; Stellungnahme der EU-Kommission vom 09.06.2006 im Fall BE/2006/0401; Stellungnahme der EU-Kommission vom 01.03.207 im Fall AT/2007/0579-0580, Stellungnahme der EU-Kommission vom 03.08.2007 im Fall HU/2007/0662 sowie vom 10.01.2008 im Fall SK/2008/0740).

2. Erforderlichkeit des Anschluss-Resale

Die Bundesnetzagentur geht im Grundsatz zu Recht davon aus, dass die Auferlegung des Anschluss-Resale erforderlich ist. Die

Regulierungsmaßnahme ist auch nicht unvereinbar mit dem Ziel der Förderung von Infrastrukturinvestitionen.

Es zeichnet sich heute ab, dass ein erhebliches Kundensegment reiner Schmalbandnutzer bestehen bleiben wird. Zum 31.12.2008 veröffentlichte Deutsche Telekom 28,561 Mio. (Schmalband-) Telefonanschlüsse in ihrem Netz in Deutschland; dem stehen 13,543 Mio. Breitbandanschlüsse (eigene Anschlüsse und Anschlüsse von Wettbewerbern auf Basis von Resale und IP-BSA) gegenüber (Back-Up Informationen zur Analysten-Präsentation vom 27.02.2009, Seite 64-65). Hieraus ergibt sich zum 31.12.2008 eine Differenzmenge von 15,018 Mio. reiner Schmalbandkunden. Auch wenn noch ein Wachstum des Breitbandmarktes um weitere Neukunden zu erwarten ist, wird mittelfristig ein Segment von mindetens 7,0 Mio. Endkunden bestehen bleiben, die an einem Breitbandanschluss nicht interessiert sind, sondern aus unterschiedlichen Gründen ihren Schmalbandanschluss fortführen.

Diese Menge wird nicht durch die TAL-Anbieter und die Anbieter auf Basis von IP-BSA erreicht. Daher ist für dieses Kundensegment die Auferlegung von Anschluss-Resale die einzige rentable Regulierungsmaßnahme zur Förderung von Wettbewerb. Das Angebot von Telefonanschlüssen auf Basis von TAL ist ökonomisch durch den HVt-Ausbau begrenzt. Ein flächendeckender Ausbau an sämtlichen bundesweiten HVt der Deutschen Telekom ist nach den eigenen Feststellungen der Bundesnetzagentur wirtschaftlich nicht sinnvoll (vgl. unsere Stellungnahme vom 15.04.2009, Seite 15 f.).

Der heute fehlende Wettbewerb im Segment der Schmalbandkunden wird nicht durch die Verfügbarkeit von IP-BSA in der Variante Stand-Alone gefördert werden. Das Produkt IP-BSA-SA kann nicht rentabel als Vorleistungsprodukt für reine Schmalbandangebote genutzt werden; dem Anbieter gehen in diesem Fall die zur Kostendeckung erforderlichen Erlöse aus einem Breitbandanschluss verloren. Die gegenteiligen Behauptung der Deutschen Telekom (u.a. Schriftsatz vom 17.04.2009, S. 13) stehen in Widerspruch zu den Feststellungen der Bundesnetz-agentur. Nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur entstehen für IP-BSA-SA Gesamtkosten Höhe von EUR 32,39 (Beschluss BK3c-08/004 vom 13.5.2009; noch auf Basis des Überlassungsentgelts von EUR 19,05 statt des später korrigierten

Entgelts in Höhe von EUR 19,15); für ein Schmalbandprodukt wären hiervon die angesetzten Kosten für den IP-Backbone-Transport in Höhe von EUR 2,31 abzuziehen, so dass EUR 30,08 verbleiben. Wenn man die Zusatz- und Gemeinkosten, die u.a. für die Verbreitung eines Komplettangebots anfallen, für ein Schmalbandprodukt nur zu 20% ansetzt (20% von EUR 6,99, also EUR 1,40), liegen die Kosten für IP-BSA-SA in Höhe von EUR 24,49 gleichwohl noch erheblich über den monatlichen Erlösen in Höhe von EUR 21,31, welche durchschnittlich aus einem Schmalband-produkt erzielt werden können (dazu zuletzt Beschluss BK3c-09/005 vom 31.03.2009, Umdruck, S. 70). Allerdings muss man davon ausgehen, dass der Reseller für den Anschlusswechsel kein Bereitstellungsentgelt durchsetzen können wird. Daher reduzieren sich die monatlichen Erlöse auf EUR 19,75 (dazu BK3c-09/005, Umdruck, S. 69) und vergrößern damit die Preis-Kosten-Schere zu IP-BSA-SA noch deutlicher.

Daher ist es unerheblich, ob IP-BSA für 96% aller Haushalte verfügbar ist. IP-BSA dient der Erbringung von Breitbandangeboten. Auch die Stand-alone-Variante kann kostendeckend nur für Bündelangebote auf IP-Telefon- und Internetanschlüssen vermarktet werden. Für das hier fragliche Segment reiner Schmalbandkunden führt IP-BSA zu keiner Veränderung der Wettbewerbsbedingungen.

3. Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen wäre rechtswidrig

Die im Entwurf vorgesehene Auferlegung des Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen ist offenkundig nicht mit den gestuften Regulierungssystem des TKG 2004 vereinbar. Über die Höhe der Entgelte für das Anschluss-Resale ist nachgelagert zur Regulierungsverfügung in einem gesonderten Verfahren der Entgeltregulierung zu entscheiden. Im europäischen Vergleich zeichnet sich ab, dass die regulatorische Festlegung eines Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen dazu führen müsste, dass das Anschluss-Resale praktisch nicht nachgefragt wird und damit eine Wettbewerbsbelebung auf dem Anschlussmarkt unterbleibt. Dies gilt jedenfalls für das Privatkundensegment.

a) Resale zu Endkundenbedingungen unvereinbar mit TKG-Regulierungssystem

Wie in unserer Stellungnahme vom 17.04.2009 dargestellt, verstößt die Auferlegung des Anschluss-Resale in einer Regulierungsverfügung zu kommerziellen Endkundenbedingungen sowohl gegen § 21 Abs. 1 TKG als auch gegen §§ 38, 28 TKG (Stellungnahme vom 17.04.2009, S. 7 f.).

Ergänzend hierzu gilt folgendes: Es würde sowohl gegen § 28 Abs. 1 TKG als auch gegen Art. 82 Abs. 1 EG verstoßen, wenn Deutsche Telekom für das Resale von Telefonanschlüsse Endkundenpreise fordern würde. Daher wäre es erst recht rechtswidrig, wenn die Bundesnetzagentur Deutsche Telekom erlauben oder sie dazu verpflichten würde, für das Anschluss-Resale in eben dieser Weise vorzugehen. Gemeinschaftsrechtlich läge hierin ein Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Treueverpflichtung aus Art. 10 EG, sämtliche Maßnahmen zu unterlassen, die ein missbräuchliches Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens fördern oder sonstwie unterstützen könnten (vgl. allgemein Dirksen, in: Langen/Bunte, Europ. Kartellrecht Bd. 2, 10. Aufl. 2006, Art. 82 Rdnr. 6 sowie ausdrücklich zu den Verpflichtungen nationaler Regulierungsbehörden im TK-Sektor EuGH, Rs. C-462/99 „Connect Austria Gesellschaft", Urteil vom 22.05.2003, Beck-RS 2004/77373, Rdnr. 80).

Die Festlegung des Anschluss-Resale zu kommerziellen Endkundenbedingungen wäre daher auch ermessensfehlerhaft. Durch die Überlassung von Telefonanschlüssen zu Endkundenbedingungen an Großhandels-Nachfrager (Reseller) würde Deutsche Telekom ersichtlich Vertriebskosten einsparen. Umgekehrt müssten die Reseller die nunmehr auf ihrer Seite entstehenden Vertriebskosten aus den Umsätzen durch Telefonverbindungen quersubventionieren. Mit anderen Worten würde die Auferlegung des Anschluss-Resale zu Endkundenpreisen zu einer Verlagerung von Gewinnen aus Verbindungsleistungen der Wettbewerber auf das Anschlussgeschäft von Deutsche Telekom führen. Eine derartige Entgeltregulierung wäre rechtswidrig.

b) Nachgelagerte Entgeltregulierung

Aus den dargestellten Gründen hat die Prüfung angemessener Preise für das Anschlussresale nachgelagert zur Auferlegung des Anschluss-Resale zu erfolgen.

Aus Sicht von TELE2 ist es insoweit sachgerecht, dem in § 31 Abs. 5 TKG angelegten Prüfungsansatz zu folgen und die Preise für die Resale-Leistung auf Basis der Endkundenleistung unter Abzug der hierbei vermeidbaren Vertriebskosten ("Retail Minus") festzulegen. Bei diesem Ansatz sind auch keine inkonsistenzen zu den Entgelten für anderer Vorleistungen wie TAL und IP-BSA zu befürchten. Bei der Festlegung der Entgelte für TAL und IP-BSA prüft die Beschlusskammer 3 regelmäßig, ob eine Preis-Kosten-Schere im Verhältnis des vorgesehenen Zugangsentgelts zu den Endkundenpreisen der Deutschen Telekom besteht (zu IP-BSA Beschluss BK3a-08/003 vom 13.05.2008, zu TAL Beschluss BK3a-09/005 vom 31.03.2009). Dabei werden auch jeweils Kostenwerte für die Vertriebskosten angesetzt. Dementsprechend bleibt eine konsistente Entgeltregulierung erhalten, wenn bei der Entgeltregulierung für das Anschluss-Resale die entsprechenden Kostenansätze für Vertriebsleistungen abgezogen werden (bzw. unberücksichtigt bleiben).

Die gegenwärtig im Entwurf begründete Unvereinbarkeit mit dem Regulierungssystem des TKG könnte auch behoben werden, wenn die Beschlusskammer auf Festlegungen zu den Entgelten für das Anschlussresale verzichtet (wie derzeit in der Begründung zur Regulierungsverfügung) und statt dessen die Prüfung der Entgelte dem gesonderten Verfahren der Entgeltkontrolle überlässt.

c) Leerlauf eines Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen

Würde die Bundesnetzagentur an der vorgesehenen Auferlegung eines Anschlussresale zu Endkundenbedingungen festhalten, müsste dies dazu führen, dass das Anschluss-Resale im wesentlichen nicht nachgefragt wird und damit ohne praktische Bedeutung bleibt. Dies ergibt sich aus den Erfahrungen, die in anderen europäischen Ländern mit der Auferlegung des Anschluss-Resale (Wholesale Line Rental) gewonnen wurden. Ein Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen wäre danach ein in sich widersprüchlicher, politischer Kompromiss, mit dem scheinbar die

Auferlegung einer Zugangsleistung erfolgte, praktisch allerdings eine Wettbewerbsförderung im Segment der Schmalbandkunden nicht erreicht würde.

Vergleicht man die EU-Mitgliedstaaten, in denen ein Anschluss-Resale auferlegt wurde, zeigt sich, dass ein signifikanter Gesamtbestand an Resale-Kunden nur in solchen Ländern entstehen konnte, in denen ein ausreichender Abstand zwischen den Endkundenpreisen und den Resale-Preisen besteht. Wir überreichen hierzu als

Anlage T2-1

eine Aufstellung derjenigen EU-Mitgliedstaaten, in denen Anschluss-Resale auferlegt wurde. Die Daten zu den Preisen für das Anschluss-Resale beruhen auf der "Cross country analysis" der Cullen International, Stand März 2009. Die Auswertung zur Marktdurchdringung des Anschluss-Resale beruht auf den Angaben in den jeweiligen Jahresberichten der nationalen Regulierungsbehörde.

Die Aufstellung zeigt, dass ein wahrnehmbarer Bestand an Resale-Kunden in Frankreich und den Niederlanden sowie in Schweden besteht. Dabei ist die Höhe des Bestands jeweils in Relation zu setzen mit dem Zeitpunkt der Einführung des Anschluss-Resale. In allen drei Ländern beträgt der Abstand zu den Endkundenpreisen zwischen 12% und 17%. Umgekehrt belegt das Beispiel Österreich, dass sich ein Resale-Angebot am Markt nicht durchsetzen kann, wenn der Abstand zu den Endkundenpreisen niedrig ist (dort 4,8% zum günstigen Angebot von Telecom Austria) und hohe Einmal-Einrichtungskosten pro Anbieter (dort EUR 750.000,00) erhoben werden.

Aufgrund dieser Erfahrungen in europäischen Vergleichsländern muss auch für Deutschland erwartet werden, dass ein Anschluss-Resale, welches - wie im Entwurf vorgesehen - zu Endkundenpreisen angeboten wird, am Markt nicht angenommen würde und damit die Zielsetzung der Bundesnetzagentur für eine Wettbewerbsbelebung auf dem Anschlussmarkt nicht erreicht werden könnte.

Aus alledem folgt, dass die vorgesehene Auferlegung des Anschluss-Resale keinen Bestand haben kann. Die Beschlusskammer sollte die

Festlegung des Anschluss-Resale auf die Endkundenpreisen der Deutschen Telekom aufheben und die Bestimmung der Entgelte für das Anschluss-Resale einem nachgelagerten Verfahren der Entgeltkontrolle überlassen.

Diese Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der TELE2.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Rädler
Rechtsanwalt

Übersicht Anschlussresale in europäischen Ländern

	Land,	Bestandteil	Preis analoger Anschluss (lt. Cullen)	Preisregel (lt. Cullen)	Anmerkung bei Cullen	Anmerkungen zur Marktentwicklung (Information der Regulierungsbehörden)
AT	Österreich	Überlassung, monatlich	12,70 €	Retail Minus	auferlegt 2003, Angebot von Telekom Austria aus Dez. 2003, akzeptiert von TKK, aber von keinem Wettbewerber akzeptiert	Anm. Tele2: 4,8% zu günstigstem TA Angebot
		Umschaltung bestehender Anschluss	24,92 €			keine Anschlüsse
		Einrichtungskosten	750.000 €	pro Anbieter		
BE	Belgien	Überlassung, monatlich		Retail Minus	Belgacom Entwurf Okt. 2006, Entscheidungsentwurf der BIPT Dez. 2006 , keine finale Entscheidung. Verzögerungen durch rechtliche Probleme	
		Umschaltung bestehender Anschluss	21,37€ 10,68€ (weitere)	Analog: 11,1 %		
		Einrichtungskosten	20.000 €	pro Anbieter		
DK	Dänemark	Überlassung, monatlich, ohne DSL am Anschluss	Minus 257 DKK, Retail = 134 DKK mtl. inkl. 25% VAT (ca. -21%)	Retail Minus, früher: 20%; Jan. 2009 NITA Beschluss mit fixen Abschlägen	Seit 2000 verfügbar	
		Umschaltung bestehender Anschluss		-23%		Tele2: nicht recherchiert
		Einrichtungskosten	6711 € (50.000 DKK)	pro Anbieter		
FR	Frankreich	Überlassung, monatlich		Retail Minus 12,5%	verfügbar seit 2006	ARCEP Jahresbericht 2007, S. 21ff http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rap2007-deutsch.pdf
		Umschaltung bestehender Anschluss	4,00 €			alternative Anbieter unternahmen ab 2007 ernsthafte Schritte, 700.000 WLR Anschlüsse Ende 2007, 2,5% aller PSTN Anschlüsse
		Einrichtungskosten	Nein			

Anlage T2-1

Übersicht Anschlussresale in europäischen Ländern

	Land,	Bestandteil	Preis analoger Anschluss (lt. Cullen)	Preisregel (lt. Cullen)	Anmerkung bei Cullen	Anmerkungen zur Marktentwicklung (Information der Regulierungsbehörden)
GR	Griechenland	Überlassung, monatlich		Retail Minus 13,3%		
		Umschaltung bestehender Anschluss	8,30 €	Retail Minus 71,7%	Reference Offer Dezember 2008	
IE	Irland	Überlassung, monatlich		Retail minus 14%	auferlegt 2003	COMREG Quarterly Key Data Report Q4 2008, S. 18f http://www.odtr.ie/_fileupload/publications/Com Reg0917.pdf
		Umschaltung bestehender Anschluss	17,75 €	23.2.09 bis 22.5.09 Umschaltung frei zur Förderung des Produktes		Q4/06 bis Q4/08 Zahl der indirekten Zugänge (nur CPS oder WLR inkl. CPS) nahezu konstant, entsprechen fast 23% der Schmalbandanschlüsse Q4/06: 161k nur CPS, 312,5k WLR Q4/08: 89k nur CPS, 381,5k WLR
		Einrichtungskosten	Nein			
IT	Italien	Überlassung, monatlich		Retail minus 12 %		
	auferlegt 2003	Umschaltung bestehender Anschluss	5,39 €		Juni 2008: 344k WLR Anschlüsse (von 22m TI Anschlüssen, 1,6%)	
		Einrichtungskosten	9,50€ pro WLR Line			
LU	Luxemburg	Überlassung, monatlich		Retail minus 20%		
		Umschaltung bestehender Anschluss	13,50 €			Tele2: nicht recherchiert
		Einrichtungskosten	2.000 €	je Anbieter		
			857 € je angefangener Block von 500 WLR Leitungen			

Übersicht Anschlussresale in europäischen Ländern

	Land,	Bestandteil	Preis analoger Anschluss (lt. Cullen)	Preisregel (lt. Cullen)	Anmerkung bei Cullen	Anmerkungen zur Marktentwicklung (Information der Regulierungsbehörden)
NL	Niederlande	Überlassung, monatlich		Retail minus 15,6%	auferlegt Dez 2005	OPTA: Structural monitoring fixed telephony - figures Q2 2008, S. 7 http://www2.opta.nl/asp/en/publications/document.asp?id=2760: Juni 2008 377k WLR Anschlüsse
		Umschaltung bestehender Anschluss	3,20 €			OPTA Annual Report and Market Monitor 2007, S. 61f http://www2.opta.nl/asp/en/publications/document.asp?id=2589: Anteil WLR erreicht ca. 4% Ende 2007
		Einrichtungskosten	25.000 €	je Anbieter		
PT	Portugal	Überlassung, monatlich		Retail Minus (Wert nicht angegeben)	2005: ANACOM bestätigt "minimum elements", die in WLR zu realisieren sind	
		Umschaltung bestehender Anschluss	2,66 €			Tele2: nicht recherchiert
		Einrichtungskosten	Nein			
ES	Spanien	Überlassung, monatlich	11,28 €	Cost plus		CMT Annual Report 2007, S. 61 http://www.cmt.es/en/publicaciones/anexos/InformeAnual07_Chapter1.pdf
		Umschaltung bestehender Anschluss	2,23 €		auferlegt 2007, Ref. Offer Nov. 2007 akzeptiert	... Wird schrittweise in 2008 eingeführt. Noch keine Zahlenangaben recherchiert
		Einrichtungskosten	--			

Übersicht Anschlussresale in europäischen Ländern

	Land,	Bestandteil	Preis analoger Anschluss (lt. Cullen)	Preisregel (lt. Cullen)	Anmerkung bei Cullen	Anmerkungen zur Marktentwicklung (Information der Regulierungsbehörden)
SE	Schweden	Überlassung, monatlich		Retail minus 16,3%	Feb. 2005 von PTS als Remedy definiert, Dez. 2005 Preisentscheidung	PTS: The Swedish Telecommunications Market first half year 2008, S. 21 http://svensktelemarknad.se/PTS1h2008E/Swedish%20telecommunications%20market%20first%20half-year%202008.pdf
		Umschaltung bestehender Anschluss	9,19 € (SEK 94)	(Durchschnitt)		Juni 2008 1,03 Mio. WLR Anschlüsse
		Einrichtungskosten	24.430 € (SEK 250.000)	pro Anbieter		
			4.886 € (SEK 50.000)	jährlich pro Anbieter		
UK	Großbritannien	Überlassung, monatlich	10,00 € (8,39 £)	Cost Plus		OFCOM: Telecommunications market data tables, Q3 2008, S. 16 (Table 17) http://www.ofcom.org.uk/research/cm/tables/q3_2008/q32008.pdf
		Umschaltung bestehender Anschluss	2,40 € (2,00 £)			Q3/08 ca. 5,077 Mio. WLR Anschlüsse
		Einrichtungskosten	--			

REDEKER SELLNER DAHS & WIDMAIER RECHTSANWÄLTE

Mozartstraße 4-10 D-53115 Bonn - Postfach 13 64 D-53003 Bonn

VORAB PER E-MAIL
Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 2
Herrn Vorsitzenden Kuhrmeyer / Herrn Berichterstatter Möller
Tulpenfeld 4

53113 Bonn

Bonn, den 5. Mai 2009

Reg.-Nr. 19 09 0387 STM//bnetza_0387c_sf_geschwärzt

Sekretariat Fr. Dr. Stamm:
Telefon +49 228 72625- 119
Telefax +49 228 72625-99

e-mail: stamm@redeker.de

Regulierungsverfügung betreffend Markt 1 der Empfehlung vom 17.12.2007
BK 2c 09/002
Hier: Stellungnahme im Nachgang zur öffentlich-mündlichen Verhandlung vom 24.04.2009

Bonn
PROF. DR. KONRAD REDEKER
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
DR. KURT SCHÖN (1928–1986)
PROF. DR. HANS DAHS
DR. KLAUS D. BECKER*
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
ULRICH KELLER
Fachanwalt für Arbeitsrecht
ULRIKE BÖRGER*
Fachanwältin für Familienrecht
DR. FRIEDWALD LÜBBERT*
DR. KAY ARTUR PAPE*
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
DR. CHRISTIAN D. BRACHER*
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
DR. ANDREAS FRIESER*
Fachanwalt für Erbrecht
DR. BURKHARD MESSERSCHMIDT*
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
MARTIN REUTER*
DR. JÜRGEN LÜDERS*
Fachanwalt für Steuerrecht
GERNOT LEHR*
PROF. THOMAS THIERAU*
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
DIETER MERKENS*
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
PROF. DR. THOMAS MAYEN*
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
DR. KLAUS WALPERT*
DR. HEIKE GLAHS*
AXEL GROEGER*
Fachanwalt für Arbeitsrecht
DR. RONALD REICHERT*
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
ANDREAS OKONEK*
DR. SIMONE LÜNENBÜRGER
STEFAN TYSPER
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
PROF. DR. HEIKO LESCH*
WOLFGANG KREYSING
DR. JAKOB WULFF*
PROF. DR. WOLFGANG ROTH, LL.M.*
DR. FRANK HÖLSCHER*
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
DR. MICHAEL WINKELMÜLLER
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
DR. BARBARA STAMM
Fachanwältin für Verwaltungsrecht
PRIV.-DOZ. DR. BERND MÜSSIG
BARTHOLOMÄUS AENGENVOORT
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
ROCHUS WALLAU
DR. SARAH WALZ
DR. JENS WAHLHÄUSER
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
DR. THOMAS ROTH
Fachanwalt für Medizinrecht
DR. MATTHIAS GANSKE
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
MARCO RIETDORF
DR. ANNE BUSSENIUS
HANS WOLFRAM KESSLER
CHRISTIAN MENSCHING, LL.M.
DR. MARKUS DIERKSMEIER, LL.M.
DR. CHRISTINE OSTERLOH-KONRAD
SASKIA MISERA
PHILIPP HUMMEL
DR. LARS KLEIN
DR. BIANCA HOFMANN
ALEXANDER LEIDIG

DR. KLAUS KÖPP, M.C.L

Berlin
DR. DIETER SELLNER*
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
DR. PETER-ANDREAS BRAND*
DR. OLAF REIDT*
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
ULRICH BIRNKRAUT*
HARTMUT SCHEIDMANN*
DR. STEPHAN GERSTNER*
DR. ULRICH KARPENSTEIN*
DR. TOBIAS MASING
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
DR. FRANK FELLENBERG, LL.M.
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
DR. GERNOT SCHILLER
DR. HORST VON HOLLEBEN
GERALD HENNENHÖFER
DR. ANDREAS ROSENFELD*
SABINE WILDFEUER
DR. MATTHIAS DIEHR
DR. FRIEDERIKE BREDT
DR. GERO ZIEGENHORN

Brüssel
DR. STEPHAN GERSTNER*
DR. ULRICH KARPENSTEIN*
DR. HORST VON HOLLEBEN
DR. ANDREAS ROSENFELD*
DR. FRIEDERIKE BREDT

Karlsruhe
PROF. DR. GUNTER WIDMAIER*
TILL GÜNTHER
DR. ALI B. NOROUZI

Leipzig
DR. THOMAS STICKLER*
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
IRINA KIRSTIN FESKE

London
DR. PETER-ANDREAS BRAND*

* Mitglied der Partnerschaftsgesellschaft

Geschwärzte Fassung

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Kuhrmeyer,
sehr geehrter Herr Möller,
sehr geehrte Damen und Herren,

in o.g. Verfahren nehmen wir zu den Schriftsätzen der Wettbewerbsunternehmen der Betroffenen zum Konsultationsentwurf sowie zu den Ausführungen der Wettbewerber in der öffentlich-mündlichen Verhandlung wie folgt Stellung:

I. Keine Auferlegung der Verpflichtung zu netzseitigem Call-by-Call und Preselection am All-IP-Anschluss

Die Auferlegung einer Verpflichtung zum netzseitigen Call-by-Call und Preselection am All-IP-Anschluss ist rechtswidrig. In Betracht kommt ausschließlich eine routerseitige Verpflichtung.

1. Die Argumentation der Beschlusskammer leidet an einem offensichtlichen logischen Denkfehler. Sie geht davon aus, dass das "Ob" der Auferlegung der Verpflichtung nach § 40 TKG zwingend sei, weil § 40 TKG technologieneutral für sämtliche Anschlüsse, die in der Marktdefinition der Präsidentenkammer dem Anschlussmarkt zugeordnet worden sind, gelte. Diese Technologieneutralität negiert sie hingegen bei der Frage des "Wie", also der technischen Umsetzung von Call-by-Call und Preselection, indem sie sich von vornherein auf nur eine technische Realisierungsmöglichkeit festgelegt sieht. Diese Vorgehensweise ist widersprüchlich und wird der von der Beschlusskammer postulierten Technologieneutralität nicht gerecht. Denn diese besagt ja gerade, dass der technologische Fortschritt nicht dadurch behindert werden darf, dass an überkommenen technischen Varianten festgehalten wird. Vielmehr muss die Beschlusskammer auch bei der Frage des "Wie" der Realisierung von Call-by-Call und Preselection sämtliche technologischen Umsetzungsmöglichkeiten prüfen. Für die Realisierung von Call-by-Call und Preselection am All-IP-Anschluss kommt aus den bereits mehrfach dargelegten Gründen nur eine routerseitige Verpflichtung in Betracht.

2. Aus Sicht der Betroffenen ist jedoch bereits die Annahme der Beschlusskammer, § 40 TKG sei technologieneutral, nicht zutreffend. Anders als im PSTN-Netz, wo der Anschluss fest mit der Sprachtelefonie verkoppelt ist, sind Voice-Dienste kein Merkmal des All-IP-Anschlusses. Bei diesem handelt es sich um einen reinen Datenanschluss, der dem Endkunden einen Zugang zum Internet über die Plattform des alternativen Anbieters oder im Falle eines Anschlusses der Betroffenen über deren Internetplattform ermöglicht, je nach dem von welchem Anbieter der Endkunden seinen Anschluss bezieht.

In der gesamten Anschlusstechnik findet die Telefonie dabei keine Berücksichtigung. Dies ist auch nicht verwunderlich, da die Sprachtelefonie eine reine Applikation im Internet ist. Sie wird sowohl von der Betroffenen als auch von den alternativen Anbietern auch als solche produziert und mit dem Anschluss angeboten. Von bestimmten Anbietern, wie z.B. Skype, wird der Telefondienst sogar dediziert, also ohne Anschluss angeboten.

Die Sprachtelefonie im Internet basiert in der Regel auf dem SIP-Standard. Zum Aufbau einer Sprachverbindung ist zunächst die Kommunikation mit einem sog. SIP-Server erforderlich. Diese Kommunikation wird von der IAD (Integrated Access Device) des Endkunden gesteuert, die für gewöhnlich im Gerät mit dem DSL-Modem bzw. DSL-Router integriert sind und in der die relevanten Daten zur Adressierung und Authentifizierung am SIP-Server hinterlegt sind. Diese Daten können vom Endkunden jederzeit geändert werden, so dass er nicht dazu gezwungen ist, den Sprachtelefondienst seines ISP zu nutzen. Die Möglichkeit von Call-by-call und Preselection kann daher nicht am All-IP-Anschluss festgemacht werden, da sie nur eine Funktionalität des Voicedienstes sein kann.

3. Jedenfalls muss die Beschlusskammer im Rahmen der Tenorierung berücksichtigen, dass sich das Richtlinienrecht oder das TKG in Bezug auf die Verpflichtung zu Call-by-Call und Preselection ändert. Dies ist geboten, weil der EU-Review des derzeitigen Richtlinienrechts voraussichtlich noch diesen Sommer beendet und das Gemeinschaftsrecht im Hinblick auf Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl geändert werden wird. Vorgesehen ist, dass Art. 19 URL gestrichen und stattdessen eine im Ermessen der BNetzA stehende Verpflichtung nach Art. 12 ZRL auferlegt wird. Da die derzeitige Auslegung von § 40 TKG seitens der Beschlusskammer als bindende Verpflichtung maßgeblich mit Rückgriff auf die Regelung in Art. 19 URL begründet wird, kann diese Auslegung keinen Bestand mehr haben, wenn Art. 19 URL außer Kraft tritt.

II. <u>Keine Auferlegung der Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG</u>

Entgegen der von Wettbewerbern in der öffentlich-mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht kommt die Auferlegung der Anzeigepflicht nicht in Betracht. Sie wäre unter Berücksichtigung der aktuellen Marktgegebenheiten und konkret zu berücksichtigen Ermessenserwägungen weder erforderlich noch angemessen. Die mehrfach geäußerte

Behauptung der Wettbewerber, es lägen keine Anhaltspunkte vor, die eine andere Beurteilung als in der Regulierungsverfügung vom 23.06.2006 rechtfertigen würde, ist unzutreffend.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist mit dem Gemeinschaftsrecht nur eine Auslegung zu vereinbaren, nach der schon die nachträgliche Entgeltregulierung nach § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG und nicht erst die darauf aufbauende Anzeigepflicht im Rahmen des Regulierungsermessens der Auferlegung durch die Beschlusskammer bedarf. Allein diese Auslegung wird den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in Art. 17 URL gerecht.

BVerwG, Urteil vom 29.10.2008 - 6 C. 39.07, Rdnr. 58 f.

Die Beschlusskammer darf daher nur dann die ex-post-Regulierung auferlegen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 TKG nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden. Dies bedeutet, dass sie Tatsachen ermitteln und Ermessenserwägungen berücksichtigen muss, die im Rahmen der Auferlegung der Entgeltregulierung anzustellen sind. Die Erwägungen, die die BNetzA zur Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der in Rede stehenden Abhilfemaßnahme anstellt, zählen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Ausübung des Regulierungsermessens.

BVerwG, Urteil vom 29.10.2008 - 6 C. 39.07, Rdnr. 62.

Die Beschlusskammer muss hierbei eine Betrachtung des *Gesamtmarktes*, für den die beträchtliche Marktmacht festgestellt wurde, vornehmen.

BVerwG, Urteil vom 29.10.2008 - 6 C. 39.07, Rdnr. 72.

Bei einer solchen Gesamtbetrachtung ist die Auferlegung weder der Anzeigepflicht und erst recht nicht der Genehmigungspflicht erforderlich oder gar angemessen.

1. Die Auferlegung der Anzeigepflicht würde gegen das in § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG und Art. 17 Abs. 2 URL verankerte Prinzip verstoßen, wonach die Auferlegung der Anzeigepflicht als Maßgabe der Endnutzerentgeltregulierung die (seltene) Ausnahme ist.

Das Instrument der Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG ist in zweifacher Weise subsidiär ausgestaltet. Die Regulierung von Endnutzerdiensten ist nicht nur per se subsidiär gegenüber der Regulierung von Vorleistungsprodukten; auch zwischen den drei möglichen Regulierungsinstrumenten besteht eine Stufenfolge. Die Anzeigepflicht bedarf daher der besonderen Rechtfertigung.

Dies entspricht auch zwingenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Der Grundsatz der mehrfachen Subsidiarität der Regulierung von Endnutzerdiensten findet sich in Art. 17 Abs. 1 lit. a) und b) URL.

> Schütz/Attendorn, MMR Beilage 4/2002, 1 (18); Husch/ Kemmler/Ohlenburg, MMR 2003, 139 (144); Koenig/ Winkler, TKMR 2003, 171 (174); Holznagel/Hombergs, K&R 2003, 322 (325 f.),

Auch Erwägungsgrund 26 URL betont dies, wonach die nationale Regulierungsbehörde nur die Befugnis haben soll, einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Endnutzer als „letztes Mittel" aufzuerlegen. Somit ist schon die Regulierung von Endnutzerdiensten ultima ratio und bedarf besonderer Begründung.

2. Hinzu kommt, dass das Anzeigeverfahren eine besondere Belastung des betroffenen Unternehmens darstellt. Denn sie bewirkt, dass die Entgeltmaßnahme regelmäßig nicht vor Ablauf von zwei Monaten in Kraft gesetzt werden darf. Dies gilt auch dann, wenn keine vorläufige Untersagung ausgesprochen wird.

> BVerwG, Urteil vom 29.10.2008 - 6 C. 39.07, Rdnr. 65.

Umgekehrt fingiert der Ablauf der 2-Monatsfrist hingegen nicht die Vereinbarkeit der angezeigten Entgelte mit § 28 TKG. Die BNetzA kann vielmehr jederzeit - auch nach Ablauf der 2-Monatsfrist - ein ex-post-Verfahren einleiten.

Dieses starre System, das der Betroffenen zudem keine Rechtssicherheit gewährt, belastet die Betroffene auch deshalb in erheblichem Maße, als es ihr hierdurch verwehrt ist, auf die dynamischen Entwicklungen auf dem Endkundenmarkt kurzfristig zu reagieren. Dies stellt einen weiteren Wettbewerbsnachteil des Anzeigeverfahrens für die Betroffene dar.

3. Darüber hinaus sind keine Tatsachen ersichtlich, die die Auferlegung einer Anzeigepflicht auf dem Anschlussmarkt rechtfertigen würde.

   Seit dem Erlass der Regulierungsverfügung vom 23.06.2006 hat sich der Endkundenanschlussmarkt weiter dynamisch entwickelt. Der Absatz von TAL hat sich zwischen 2006 und 2008 nahezu verdoppelt. Hinzu kommt, dass die alternativen Teilnehmernetzbetreiber verstärkt auf der Basis eigener Infrastruktur Endkundenanschlüsse anbieten, so dass die Dynamik des Wettbewerbs weiter zunimmt.

   Darüber hinaus hat die Beschlusskammer im AGB-Endkundenanschlussbereich seit dem Erlass der Regulierungsverfügung vom 23.06.2006 trotz einer Vielzahl neuer Entgeltmaßnahmen keinen Verstoß gegen § 28 TKG festgestellt. Im Anschluss an die jeweils durchgeführten Anzeigeverfahren wurde in keinem Fall Bedarf für die Einleitung eines Verfahrens der nachträglichen Entgeltregulierung gesehen. Dies belegt auch, dass die Betroffene die Kalkulation ihrer Endkundenprodukte genauen Prüfungen anhand der Maßstäbe der BNetzA unterzieht, um aufgrund der erheblichen Konsequenzen im Hinblick auf die Vertragsbeziehungen zu den Endkunden gerade zu verhindern, dass ein einmal am Markt eingeführter Tarif von der BNetzA untersagt und für unwirksam erklärt wird. Es gibt daher keinen konkreten Anhaltspunkte für eine Dumping-, Cost-Price-Squeeze- oder Bündelungsstrategie.

   Die Auferlegung der Anzeigepflicht ist auch nicht zur Erreichung der Regulierungsziele, insbesondere zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und zur Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Anschlussmarktes gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG erforderlich. Bereits die ex-post-Kontrolle eröffnet die Möglichkeit, Tarifmaßnahmen einer nachträglichen Überprüfung nach den Maßstäben des § 28 TKG zuzuführen. Es hat sich gezeigt, dass die Wettbewerber die Produkte der Betroffenen aufmerksam beobachten und - sofern sie einen Verstoß gegen § 28 TKG zu erkennen glauben - nicht zögern, entsprechende Beschwerden an die BNetzA zu richten.

4. Schließlich erfordert auch die gebotene Deregulierung im Endkundenbereich ein Absehen von der Anzeigepflicht. Die Kommission hat in ihrer Märkte-Empfehlung vom 17.12.2007 die Notwendigkeit zur Deregulierung der Endkundenmärkte dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die Verbindungsmärkte dort

nicht mehr länger als regulierungsbedürftig angesehen werden. Dementsprechend ist auch die BNetzA zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Regulierung der Endkundenverbindungsmärkte nicht mehr erforderlich ist.

Diese Deregulierung würde jedoch ins Leere laufen, wenn die Anzeigepflicht für Endkundenanschlüsse auferlegt würde. Aufgrund des Umstandes, dass von Endkunden im Wesentlichen nur noch Komplettangebote nachgefragt werden, so dass die Spruchpraxis der BNetzA zu den Bündelprodukten maßgeblich ist, die nach dem Konsultationsentwurf weiterhin Bestand haben soll, würde die Auferlegung der Anzeigepflicht für Endkundenanschlüsse zugleich zur Fortführung der Anzeigepflicht für Verbindungsleistungen führen. Die Entlassung der Verbindungsmärkte aus der Regulierung würde daher faktisch leer- und dem Gedanken der Deregulierung zuwiderlaufen.

III. Keine Auferlegung der Verpflichtung zum Anschluss-Resale

Die Auferlegung der Verpflichtung zum Anschluss-Resale ist rechtswidrig. Es fehlt bereits an der Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht. Darüber hinaus muss eine sachgemäße Abwägung der in § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG genannten Belange und der Ziele des § 2 Abs. 2 TKG zur Ablehnung der Verpflichtung zum Anschluss-Resale führen.

1. Keine Feststellung der beträchtlichen Marktmacht auf dem Markt für Anschluss-Resale

Die Auferlegung der Verpflichtung zum Anschluss-Resale ist schon deshalb ausgeschlossen, weil die BNetzA weder einen Markt für Anschluss-Resale abgegrenzt noch die beträchtliche Marktmacht der Betroffenen auf einem solchen Markt festgestellt hat.

Der Konsultationsentwurf setzt sich an keiner Stelle damit auseinander, warum der Markt für Endkundenanschlüsse für die Auferlegung eines Vorleistungsproduktes nach § 21 TKG maßgeblich sein soll. Dies verwundert auch nicht, weil die Auferlegung einer Resale-Verpflichtung die Untersuchung des Resale-Marktes voraussetzt. Dementsprechend hat z.B. auch Oftel Märkte für Resale-Produkte abgegrenzt.

Heinen, in: Berliner Kommentar zum TKG, § 9 Rdnr. 149.

Geschwärzte Fassung

Für eine solche Marktabgrenzung spricht insbesondere auch der Umstand, dass nach dem eigenen Vortrag der Wettbewerber im Rahmen der Anhörung im Jahr 2008 ein solcher Markt bereits besteht, weil Konkurrenten der Betroffenen Vorleistungen anbieten, die Resale-Produkte ermöglichen. Diese Umstände sind von der BNetzA bislang nicht untersucht worden; die Marktdefinition und -analyse des Marktes 1 kann eine solche Untersuchung nicht ersetzen.

Selbst wenn aber eine Untersuchung ergäbe, dass ein derartiges Resale-Angebot bislang nicht besteht, heißt dies nicht, dass auf den Endkundenmarkt abgestellt werden dürfte. Vielmehr müsste die BNetzA dann entsprechend der methodischen Vorgehensweise bei IP-BBSA einen fiktiven Markt für Resale-Anschlüsse untersuchen.

2. Jedenfalls: Abwägungsfehlerhaftigkeit der Auferlegung

Darüber hinaus führt aber auch die sachgemäße Durchführung der Abwägung nach § 21 Abs. 1 TKG zu dem Ergebnis, dass ein Anschluss-Resale nicht auferlegt werden darf. Im Einzelnen:

a) Die Entscheidung über die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen ist das Ergebnis einer umfassenden und komplexen Abwägung, bei der gegenläufige öffentliche und private Belange einzustellen, zu gewichten und auszugleichen sind.

> BVerwG, Urteil vom 31.03.2004 - 6 C. 11.03, E 120, 263 (271).

Die Bundesnetzagentur hat zwar kein Entschließungsermessen in Bezug auf ihr regulatorisches Tätigwerden auf einem gemäß §§ 10, 11 TKG als regulierungsbedürftig festgestellten Markt, denn in § 9 Abs. 2 TKG ist im Einklang mit Art. 16 Abs. 4 RRL das Gebot angelegt, einem marktmächtigen Unternehmen Maßnahmen nach Teil 2 des Gesetzes aufzuerlegen. Ihr steht aber bei der Frage, welche der in § 13 Abs. 1 und 3 TKG vorgesehen Maßnahmen sie ergreift und gegebenenfalls kombiniert, ein umfassender Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum zu, bei dessen Ausübung sie sich an den in § 2 Abs. 2 TKG vorgesehen Regulierungszielen auszurichten hat.

Daher gehen die Ausführungen der Wettbewerber, allein die Nachfrage nach Anschluss-Resale verpflichte zur Auferlegung einer Verpflichtung nach § 21 TKG, an der Rechtslage vorbei. Legt man den Markt für Endkundenanschlüsse zugrunde, muss die Beschlusskammer vielmehr rechtfertigen, warum sie über die Verpflichtungen nach § 40 TKG und § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG hinaus eine Verpflichtung nach § 21 TKG in Bezug auf diesen Markt auferlegen will, also mehrere Maßnahmen nach § 13 Abs. 1 TKG für ein und denselben Markt aussprechen will.

b) Die Kriterien für die von der Bundesnetzagentur vorzunehmende Abwägung sind im Bereich der Zugangsverpflichtungen noch weiter ausdifferenziert. Denn nach § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG hat sie bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG steht, einen sieben Punkte umfassenden Katalog mit weiteren Abwägungsgesichtspunkte zu berücksichtigen.

BVerwG, Urteil vom 28.11.2007 - 6 C 46.06, Rdnr. 28.

Die Auferlegung der Verpflichtung zum Anschluss-Resale ist vorliegend abwägungsfehlerhaft. Denn sie beruht auf einer Fehlgewichtung der Belange des § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG.

aa) Nach § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG muss die Beschlusskammer im Rahmen ihrer Abwägung die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung konkurrierender Einrichtungen berücksichtigen. Aufgrund des Vortrages der Wettbewerber, dass Anschluss-Resale auch unter Kooperation mit anderen Wettbewerbern, die entweder über eigene Infrastruktur oder eine TAL-basierte Infrastruktur verfügen, erbracht werden kann, muss die Beschlusskammer jedenfalls durch eine Marktabfrage untersuchen, ob und inwieweit solche Angebote am Markt bestehen und von Wettbewerbern genutzt werden können. Die Wettbewerber [redacted]

bb) Die Beschlusskammer geht im Hinblick auf § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG von einer Abwägungsfehleinschätzung aus, soweit sie annimmt, dass die Angebote der Betroffenen in Form von TAL, IP-BSA, WIA, AGB-Endkundenanschlüssen für Wettbewerber und Übernahme von AGB-Endkundenanschlüssen nicht zur Sicherstellung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreichen.

Die Betroffene erschließt mit DSL 96% von 39,5 Mio. Haushalten. Somit ermöglichen IP-BSA standalone und WIA den Wettbewerbern eine nahezu flächendeckende Erschließung mit Komplettangeboten ohne nennenswerte eigene Investitionen. Allein auf diese Komplettangebote kommt es den Wettbewerbern nach ihrem eigenen Vortrag auch an, weil dies der allgemeinen Marktentwicklung entspricht.

Unzutreffend sind insoweit die Behauptungen der ecotel, der auf Basis von IP-BSA standalone realisierte All-IP-Anschluss sei kein Substitut zum PSTN-Anschluss. Hiergegen spricht, dass die BNetzA PSTN- und All-IP-Anschlüsse einem Markt zugeordnet hat, gerade weil sie im Rahmen ihrer Ermittlungen zu dem Ergebnis gelangt ist, dass diese Anschlüsse aus Endkundensicht als gleichwertig und damit gegeneinander substituierbar angesehen werden.

cc) Schließlich spricht auch der Belang des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG gegen die Auferlegung der Resale-Verpflichtung. Demnach ist die Notwendigkeit der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs bei öffentlichen Telekommunikationsnetzen und Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit, insbesondere durch Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerber sichern, zu berücksichtigen.

Dieser Belang trägt dem in Erwägungsgrund 19 Satz 5 ZRL formulierten Gedanken Rechnung, eine den Wettbewerb kurzfristig belebende Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs dürfe nicht dazu führen, dass die Anreize für Wettbewerber zu Investitionen in Alternativeinrichtungen entfallen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern, und hat ausweislich der Gesetzesbegründung eine besondere

Bedeutung in Bezug auf die Auferlegung einer Resale-Verpflichtung.

BT-Drucksache 15/2316, S. 65.

Für die Telekommunikationsmärkte bedeutet dies, dass infrastrukturbasierter Wettbewerb für die Schaffung von strukturell gesichertem Wettbewerb am zuträglichsten ist.

Thomaschki, Berliner Kommentar zum TKG, § 21 Rdnr. 59; Koenig/Loetz, TKMR 2004, 132 (136).

Die für § 33 TKG 1996 vom Bundesverwaltungsgericht noch anerkannte Gleichwertigkeit von infrastrukturbasiertem Wettbewerb und reinem Dienstewettbewerb hat daher nach § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG keine Geltung mehr und wird durch einen tendenziellen Vorrang des infrastrukturbasierten Wettbewerbs ersetzt.

Jochum, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, § 21 Rdnr. 4, 41; ähnlich Piepenbrock/Attendorn, Beck'scher TKG-Kommentar, § 21 Rdnr. 98

Entgegen der Annahme der Beschlusskammer werden die Wettbewerber der Betroffenen Resale nicht dazu nutzen, um nach Erreichen einer ausreichenden Menge an Endkundenanschlüsse HVt-Standorte infrastrukturbasiert zu erschließen. Im Gegenteil ist den Stellungnahmen der Wettbewerber vielmehr zu entnehmen, dass dies gerade nicht beabsichtigt ist, sondern dauerhaft ein ausschließlich dienstebasiertes Angebot erfolgen soll.

c) Sollte die Beschlusskammer hingegen zu Unrecht an der Auferlegung von Anschluss-Resale zu unrabattierten Endkundenpreisen festhalten, darf die Verpflichtung nicht über das jetzt vorgesehene Maß hinaus gehen. Insbesondere wäre die Auferlegung der Entgeltregulierung nach § 30 Abs. 5 TKG nicht sachgerecht.

aa) Die Auferlegung einer Verpflichtung zu Anschluss-Resale zu ausschließlich technischen Großhandelsbedingungen verstößt nicht gegen § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

§ 21 TKG regelt ausschließlich die Leistungs- nicht aber die Entgeltseite von Zugangsleistungen. Denn über das Ob und Wie der Entgeltregulierung entscheidet die BNetzA ausschließlich nach § 30 TKG.

> BVerwG, Urteil vom 02.04.2008 - 6 C 14.07, Rdnr. 56.

Diese Abwägungsentscheidung darf gerade nicht durch einen an die Verpflichtung nach § 21 TKG anknüpfenden Entgeltautomatismus ersetzt werden.

Eine Zugangsleistung liegt daher dann vor, wenn diese Leistung zu technischen und prozessualen Bedingungen angeboten wird, die zum Zwecke der Ermöglichung eines Massengeschäfts von den im Endkundenbereich implementierten Prozessen abweichen.

bb) Die von den Wettbewerbern vorgetragene Ansicht, die Beschlusskammer müsse zwingend die Verpflichtung nach § 30 Abs. 5 TKG auferlegen, ist falsch. Sie steht in offensichtlichem Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 30 TKG. Demnach ist die Beschlusskammer dazu verpflichtet, im Wege der Abwägung Entgeltregulierungsverfahren und Entgeltmaßstab festzulegen.

> BVerwG, Urteil vom 02.04.2008 - 6 C 14.07, Rdnr. 55 f.

Die Beschlusskammer ist unter Ausübung des ihr zustehenden Regulierungsermessens zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Entgeltregulierung nach § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG i.V.m. § 38 TKG angemessen ist. Die hiergegen von Wettbewerberseite vorgebrachten Einwände überzeugen nicht.

Die Ermessensentscheidung der Beschlusskammer ist nicht deshalb fehlerhaft, weil sie sich an dem für geboten erachteten Prüfungsmaßstab - den Missbrauchsmaßstab nach § 28 TKG - ausgerichtet hat. Denn die Unterschiede der materiellen Kontrollmaßstäbe der Regulierungsarten nach § 30 TKG haben im Rahmen eine sachgerecht ausgeübten Regulierungsermessens die Entscheidung darüber mit zu

bestimmen, welches der beiden Instrumente angemessen ist.

> BVerwG, Urteil vom 02.04.2008 - 6 C 14.07, Rdnr. 60.

Die Behauptung der Tele2, das Angebot von Anschluss-Resale zu Endkundenentgelten erlaube den Wettbewerbern nicht das Angebot eines kostendeckenden Angebotes, ist unzutreffend. Diese Betrachtung ist schon deshalb unzulässig, weil die Zugangsverpflichtung die Funktion eines Komplementärangebotes zur Erbringung von Gesamtlösungen hat. Im Rahmen solcher Gesamtlösungen ist nach der Spruchpraxis der Beschlusskammer darauf abzustellen, ob es effizienten Wettbewerbern möglich ist, das Portfolio zu vergleichbaren Konditionen anzubieten. Die Erwägungen der Tele2 sind aber auch dann unzutreffend, wenn man zu Unrecht davon ausginge, dass auf ein Komplettangebot bestehend aus Anschluss und Verbindungsleistungen abzustellen ist. Die Tele2 behauptet, dass die Betroffene keine Bereitstellungsentgelte für Single-Play-Produkte erhebe. Dies ist falsch. Die Betroffene verzichtet lediglich im Rahmen von Double-Play-Produkten in Sonderaktionen auf das Bereitstellungsentgelt für den DSL-Anschluss; sie erhebt hingegen das Bereitstellungsentgelt für ihre Single-Play-Produkte. Die Berechnung der Tele2 ist aber auch deshalb falsch, weil sie weder Auslands- noch Draht-Funk-Verbindungen berücksichtigt.

Soweit die Wettbewerber behaupten, eine Regulierung nach § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG i.V.m. §§ 38, 28 TKG sei deshalb rechtswidrig, weil sie bei einer solchen Vorgehensweise die Endkundenvertriebskosten der Betroffenen tragen müssten, verkennen sie, dass auch das Anschluss-Resale auf Wholesale-Ebene Kosten in beträchtlichem Umfang verursacht.

d) Die BNetzA ist im Rahmen der Regulierungsverfügung - entgegen den Forderungen der Wettbewerber - nicht dazu berechtigt, die Konditionen eines zukünftigen Resale-Angebots zu regeln. Dies ist dem Standardangebotsverfahren nach § 23 TKG vorbehalten. Dies ergibt sich aus dem einzelfallüber-

greifenden Charakter der Auferlegung sowie aus der Systematik des Gesetzes, nach der es, wie sich aus §§ 22 und 25 TKG ergibt, auch nach der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung sowohl für die Zugangsverpflichteten als auch für die Zugangsberechtigten einen Spielraum geben muss, über die einzelnen konkreten Bedingungen der Zugangsleistungen zu verhandeln, und im Falle des Scheiterns der Verhandlungen die BNetzA auf Anordnung des Zugangs anrufen zu können. Da die BNetzA im Rahmen eines solchen Verfahrens alle Bedingungen einer Zugangsvereinbarung festlegen kann (§ 25 Abs. 5 TKG), ergibt sich hieraus im Umkehrschluss, dass die einzelnen Bedingungen einschließlich der von den Wettbewerbern geforderten Schnittstelle, Prozesse und technischen Parameter Gegenstand einer zwischen den Parteien ausgehandelten Zugangsvereinbarung sein sollen und folglich nicht von der Regulierungsbehörde in einer detaillierten Regulierungsverfügung vorzugeben sind. Hierüber ist im Streitfall in Verfahren nach § 25 TKG oder im Rahmen der Überprüfung des Standardangebotes nach § 23 TKG zu entscheiden.

> BNetzA, Beschluss vom 13.09.2006 - BK 4a-06-039/R, S. 19 f.

Die Ausgestaltung eines Anschluss-Resale-Angebotes in technischer, betrieblicher und vertraglicher Hinsicht muss daher dem Standardangebotsverfahren vorbehalten bleiben. Die diesbezüglichen Forderungen der Wettbewerber, insbesondere der ecotel dürfen daher im Rahmen der Regulierungsverfügung keine Berücksichtigung finden.

Mit freundlichen Grüßen

(Dr. Hölscher)
Rechtsanwalt

(Dr. Stamm)
Rechtsanwältin

i.V. Rechtsanwältin

Geschwärzte Fassung

JUCONOMY
RECHTSANWÄLTE

Graf-Recke-Straße 82
D-40239 Düsseldorf
Tel +49 (211) ▸ 90 99 16 - 0
Fax +49 (211) ▸ 90 99 16 - 99
www.juconomy.de

Düsseldorf
Rechtsanwälte
Dr. Martin Geppert
Dr. Peter Schmitz
Dr. Marc Schütze
Dr. Jens Schulze zur Wiesche [1]
Jens Eckhardt
Dr. Marc Salevic
1 Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

Wien
Rechtsanwälte
MMag. Ewald Lichtenberger [2]
Dr. Marc Schütze [3]
2 zugelassen auch in Tschechien
3 niedergelassener europäischer Rechtsanwalt, zugelassen in Düsseldorf

Ihr Ansprechpartner:
Dr. Marc Schütze
schuetze@juconomy.de

Unser Zeichen:
MEG-2009-001/10

Datum: 05.05.2009

JUCONOMY Rechtsanwälte, Graf-Recke-Straße 82, D-40239 Düsseldorf

Per Telefax: 0228 – 14 64 62 sowie
per email: bk2-postfach@bnetza.de
Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 2
Postfach 80 01

53105 Bonn

Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Stellungnahme der MEGA Satellitenfernsehen GmbH

BK2c-09/002

Entwurf zur Regulierungsverfügung Markt 1

Sehr geehrter Herr Kuhrmeyer,
sehr geehrte Damen und Herren,

namens und im Auftrag unserer Mandantin, der MEGA Satellitenfernsehen GmbH, („*MEGA Sat*"), nehmen wir im Nachgang zur mündlichen Anhörung vom 24.04.2009 und zur schriftlichen Stellungnahme vom 15.04.2009 ergänzend **zu Ziff. 1 und Ziff. 2 des Entwurfs für eine Regulierungsverfügung für den Markt 1** („*Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten*") wie folgt Stellung.

Darüber hinaus spricht sich die MEGA Sat gegen die Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschlussresale gegenüber DTAG aus, vgl. Ziff. 3 des Tenors (Entwurf).

I. All-IP-Verpflichtung für Carrier Selection neben Schweiz nun auch in Lichtenstein

Nach der Schweiz führt nun auch Lichtenstein eine Verpflichtung für Carrier Selection bei den All-IP-Anschlüssen des dortigen Marktbeherrschers ein.

> Vgl. öffentliche Konsultation gemäß Art. 24 (1) iVm. 46 (1) KomG
>
> Abrufbar im Internet unter: http://www.llv.li/amtsstellen/llv-ak-marktanalysen/llv-ak-marktanalysen-konsultationen/llv-ak-marktanalysen-konsultationen-marktempfehlung_neu/llv-ak-marktanalysen-konsultationen-m1-neu.htm

Die Überlegungen der dortigen Regulierungsbehörde sind die Gleichen, wie sie auch von der Kammer im vorliegenden Verfahren im Entwurf dargelegt wurden.

Lichtenstein ist über EFTA-Abkommen an die gleichen Vorgaben des EU-Rechtsrahmens gebunden wie Deutschland, weshalb auch dort die Verpflichtungen für den Markt 1 aufgegeben werden.

Es gibt daher entgegen des Vorbringens der DTAG keinen rechtlich relevanten Grund, weshalb dies nun nicht auch in Deutschland unverzüglich umgesetzt werden könnte und sollte.

II. Gebot der Technologieneutralität für Betreiberauswahl und Vorgaben des § 40 Abs. 1 S. 2 TKG fordern netzseitige Implementierung

Wir haben bereits im Rahmen der Stellungnahme vom 15.04.2009 ausführlich dargelegt, weshalb die Betreiberauswahl nur durch eine netzseitige Implementierung angeordnet werden darf und daher die Forderung der DTAG nach einer routermäßigen Umstellung abzulehnen ist.

Die Verpflichtung aus § 40 Abs. 1 TKG ist technologieneutral,

> ebenso: *Neitzel*, in: „*Recht der elektronischen Medien*" (Kommentar), § 40, Rz.: 7

Neben den bereits von uns vorgebrachten Gründen lässt sich die Forderung nach einer netzseitigen Implementierung auch unmittelbar aus dem Gesetz ableiten. Nach § 40 Abs. 1 S. 2 TKG ist die Betreiberauswahl technisch so zu ermöglichen, dass der Kunde sie durch „Wählen einer Betreiberkennzahl" nutzen kann. Eine routermäßige Lösung würde diese Vorgaben verletzen. Zudem ergeben sich weitere Vorgaben für die netzseitige Implementierung und Nutzung aus dem Nummernplan der BNetzA für die Betreiberkennzahlen. Daraus lässt sich im Umkehrschluss herleiten, dass – entgegen der Planungen der DTAG - andere Nummern als die Betreiberkennzahlen der BNetzA nicht zur Umsetzung der Verpflichtung aus § 40 Abs. 1 TKG genutzt werden dürfen. Nur in diesem Fall lässt sich von der Betreiberauswahl nach § 40 Abs. 1 TKG sprechen.

Die Kammer ist an diese Vorgaben gebunden, da es sich bei § 40 Abs. 1 TKG um eine gebundene Entscheidung („*verpflichtet*") handelt. Der Kammer steht damit weder ein Entscheidungs- noch ein Auswahlermessen zu, vgl. auch Art. 19 Abs. 1 Universaldienste-RL. Diese Bindung der Behörde ist auch mit der jüngsten Rechtsprechung zum Regulierungsermessen vereinbar, weil die Bindung bereits im EU-Rahmen selbst vorgesehen ist (Art. 19 Abs. 1 Universaldienste-RL: „*verpflichtet*") und daher von den Vorgaben zur Ermessensausübung zu § 21 ff. TKG zu unterscheiden ist.

> So ausdrücklich BVerwG, Urteil v. 29.10.2008, Az.: 6 C 38.07, Rz.: 49ff.

Darüber hinaus ist die Auslegung der DTAG, die All-IP-Anschlüsse unter § 40 Abs. 2 TKG zu subsumieren, abwegig. Nicht einmal die Kommentierung einer ihrer Prozessbevollmächtigten ging bisweilen so weit, das Gesetz derart zu „verbiegen",

> vgl. *Stamm*, in: Scheuerle/Mayen, TKG, 2. Aufl., § 40, Rz.: 62ff.,

die dort richtiger Weise alle festen Anschlüsse in den Anwendungsbereich von § 40 Abs. 1 TKG zieht, die, wie vorliegend auch die All-IP-Anschlüsse, keinen gesonderten, eigenen Markt bilden.

III. Teilbarkeit der Verpflichtungen nach Ziff. 1, 2 und 3 des Tenors (Entwurf)

Wie bereits im Rahmen der mündlichen Anhörung dargelegt, bitten wir die Kammer deutlich herauszustellen, dass die im Entwurf vorgesehenen Verpflichtungen gegenüber DTAG unabhängig voneinander gelten und somit eine Teilbarkeit des Verwaltungsakts besteht.

Bei den nach unserer Einschätzung zu erwarteten Rechtsschutzgesuchen einiger Partien insb. in Hinblick auf Ziff. III wäre andernfalls auch die Nutzung der Betreiberauswahl gefährdet, sofern das VG Köln in den Eilverfahren die Aussetzung wider Erwarten anordnen würde.

IV. Ablehnung von Anschlussresale, Ziff. 3 des Tenors (Entwurf)

Die Verpflichtung gem. Ziff. III des Tenors des Entwurfs (Anschlussresale) ist der DTAG nicht aufzuerlegen.

Wie bereits die Arcor in der mündlichen Anhörung ausgeführt hat, ist ein infrastrukturbasierter Wettbewerb im Bereich Anschluss dem reinen Resale vorzuziehen.

Auch im Bereich der Betreiberauswahl bietet unsere Mandantin kein Resale an, sondern leistet einen großen Beitrag zu einem infrastrukturbasierten Wettbewerb im Bereich der Verbindungen. Dieser infrastrukturbasierte Wettbewerb ist durch die BNetzA zu unterstützen.

Für Rückfragen oder Ergänzungen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

(Dr. Marc Schütze)
Rechtsanwalt

Vorab per E-Mail: 116-postfach@bnetza.de

VATM • Oberländer Ufer 180-182 • 50968 Köln

Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 2
Postfach 80 01
53105 Bonn

Ansprechpartner	Fax	Telefon	Datum
Dr. Frederic Ufer	02 21 / 3 76 77 26	02 21 / 3 76 77 25	21.04.2009

Veröffentlichung eines Entwurfs einer Regulierungsverfügung gegenüber der DTAG auf dem Markt Nr. 1 „Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ (BK2c 09/002-R)

hier: Stellungnahme des VATM (ohne Betriebs- / Geschäftsgeheimnisse)

Sehr geehrter Herr Kuhrmeyer,
sehr geehrte Damen und Herren,

die Bundesnetzagentur hat in ihrem Amtsblatt vom 18.03.2009 (Nr. 5/2009) den Entwurf einer Regulierungsverfügung im Bereich des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz, Markt Nr. 1 der Empfehlung 2007/879/EG) als Mitteilung Nr. 174/2009 veröffentlicht.

Der VATM begrüßt die Möglichkeit, im Rahmen des nationalen Konsultationsverfahrens zu dem Verfügungsentwurf der Kammer Stellung nehmen zu können. Wir begrüßen diesen Verfügungsentwurf grundsätzlich, da er die Prinzipien der Technologieneutralität und die Interessen des Wettbewerbs auch in der Fläche maßgeblich berücksichtigt.

Allerdings gibt der vorliegende Entwurf Anlass zu ergänzenden Anmerkungen, diesbezüglich wir im Laufe des weiteren Verfahrens um Berücksichtigung bei der Überarbeitung bitten.

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Oberländer Ufer 180-182 • 50968 Köln • Tel 0221/3 76 77-25 • Fax 0221/3 76 77-26 • E-Mail: vatm@vatm.de • www.vatm.de

Präsidium: Gerd Eickers (Präsident), Harald Stöber (Vizepräsident), Vlasios Choulidis, Peer Knauer, Dr. Horst Lennertz, Joachim Piroth, Johannes Pruchnow, Renatus Zilles • Geschäftsführer: Jürgen Grützner

Im Einzelnen:

1. Auswirkungen auf den Wettbewerb - Call-by-Call und Preselection

Der VATM begrüßt ausdrücklich, dass in dem Entwurf der Regulierungsverfügung, die Verpflichtung der DTAG zur Bereitstellung von Call-by-Call und Preselection Berücksichtigung gefunden hat. Die Betreiberauswahl trägt nach wie vor in signifikantem Umfang den deutschen und den europäischen Telekommunikationswettbewerb und muss als Preiskorrekturmittel technologieneutral, vgl. § 1 TKG, an allen Telefonanschlüssen entsprechend den derzeitigen Regelungen erhalten bleiben.

Weder aus wirtschaftlicher noch aus technischer Sicht gibt es einen Grund bei einem Telefonanschluss, der per IP-Technologie realisiert wird, die vom TKG ausdrücklich hierzu vorgesehene Möglichkeit einzuschränken. Folgerichtig ist von der Bundesnetzagentur klargestellt worden, dass aufgrund der zutreffend festgestellten Substituierbarkeit die Verpflichtung zu Call-by-Call und Preselection auch für die Komplettanschlüsse des marktmächtigen Unternehmens gilt. Allerdings lässt sich dem nun zur Konsultation gestellten Tenor der Regulierungsverfügung in Ziffer I. 1. nicht entnehmen, dass sich die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl auch auf DSL-basierte Komplettanschlüsse bezieht. An dieser Stelle erscheint eine Klarstellung in diesem Punkt sinnvoll. Zudem ergibt sich aus Seite 8 der Entwurfsfassung der Regulierungsverfügung, dass die DTAG lediglich eine routerseitige Implementierung der Betreiber(vor)auswahl erwägt und eine solche Implementierung zur Folge hätte, dass das offene Call-by-Call nicht angeboten werden könnte. Der erwidernden Argumentation der Beschlusskammer auf den Vortrag der DTAG wird von Seiten des VATM umfassend zugestimmt. Eine routerseitige Implementierung bedürfte der Mitwirkung des Kunden und würde viele absehbar überfordern.

In diesem Zusammenhang schlagen wir eine Ergänzung dergestalt vor, dass die technische Realisierung der Betreiber(vor)auswahl durch eine netzseitige Implementierung sichergestellt wird. Der Beschlusskammer ist zuzustimmen, dass eine Endgerätbasierte Betreiberauswahl nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Diese Möglichkeit würde tatsächlich nur technisch versierten Personen offenstehen und damit

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Oberländer Ufer 180-182 • 50968 Köln • Tel 0221/3 76 77-25 • Fax 0221/3 76 77-26 • E-Mail: vatm@vatm.de • www.vatm.de

Präsidium: Gerd Eickers (Präsident), Harald Stöber (Vizepräsident), Vlasios Choulidis, Peer Knauer, Dr. Horst Lennertz, Joachim Piroth, Johannes Pruchnow, Renatus Zilles • Geschäftsführer: Jürgen Grützner

den Sinn und Zweck der Betreibervorauswahl konterkarieren.

Die DTAG als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht umfasst dabei neben T-Systems Internatonal GmbH als verbundenes Unternehmen, auch die congstar GmbH als Anbieter von Endkunden-Komplettanschlüssen. Deshalb ist die entsprechende Klarstellung im vorliegenden Entwurf vor dem Hintergrund des telekommunikationsrechtlichen Unternehmensbegriffs (vgl. § 3 Nr. 29 TKG) begrüßenswert und auch für zukünftige Verfahren zu berücksichtigen, um zu verhindern, dass sich die DTAG durch die Ausgliederung von Produkten in eine Tochtergesellschaft der Regulierung entzieht.

2. Entgelt Kontrolle des Marktes 1

Der VATM begrüßt die Auferlegung der nachträglichen Entgeltkontrolle nach § 38 Abs. 2 bis Abs. 4 TKG gegenüber der DTAG in Anbetracht des nach wie vor bestehenden Missbrauchspotenzials durch das marktmächtige Unternehmen.

So sind beispielsweise die „Call & Surf"-Produkte seit der Einführung im Jahr 2006 in erheblichem Umfang im Preis gesenkt worden, so dass aus Sicht des VATM erhebliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die den Wettbewerbern der DTAG angebotenen Preise eine Nachbildbarkeit der bestehenden Komplettangebote i.S.v. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG nicht ermöglichen. Ebenso hat die Beschlusskammer zuletzt mehrere Verstöße gegen § 28 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 TKG durch das Preisverhalten der DTAG bei Geschäftskundenanschlüssen festgestellt (BK 2b-09/004; BK 2b-07/008; BK 2b-08/004).

3. Anschluss-Resale

Der VATM begrüßt die von der Beschlusskammer für notwendig erachtete Verpflichtung zur Bereitstellung eines entbündelten Anschluss-Resale. Die Beschlusskammer hat durch Ihre Marktdatenabfrage (Mitteilung Nr. 309/2008 der Bundesnetzagentur) im vergangenen Jahr bereits zur Kenntnis genommen, dass eine deutliche Nachfrage nach enbündeltem Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen durch die überwie-

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Oberländer Ufer 180-182 • 50968 Köln • Tel 0221/3 76 77-25 • Fax 0221/3 76 77-26 • E-Mail: vatm@vatm.de • www.vatm.de

Präsidium: Gerd Eickers (Präsident), Harald Stöber (Vizepräsident), Vlasios Choulidis, Peer Knauer, Dr. Horst Lennertz, Joachim Piroth, Johannes Pruchnow, Renatus Zilles • Geschäftsführer: Jürgen Grützner

gende Anzahl der betroffenen Unternehmen besteht.

Unter der Berücksichtigung des Aspekts der flächendeckenden Breitbandversorgung ist die Gewährung eines solchen Zugangsproduktes weiterhin notwendig und sinnvoll. Insofern gelten die gleichen Ausführungen wie bei der vom Verband begrüßten Verpflichtung zur Betreiberauswahl: Durch eine zu gewährende Zugangsleistung Anschluss-Resale können auch solche Bevölkerungsgruppen von einem intensivierten Wettbewerb profitieren, denen momentan allein die Betreiberauswahl zur Verfügung steht. Im vorliegenden Entwurf ist die Beschlusskammer jedoch zu dem Ergebnis gelangt, dass das Angebot von entbündeltem Anschluss-Resale zu Endkundenkonditionen im Gegensatz zu einem entbündelten Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen vorzugswürdig sei und damit dem überwiegenden Teil der Nachfrager das begehrte Wholesale-Produkt versagt bleibt.

Hierbei ist zu bedenken, dass durch ein entbündeltes Anschluss-Resale zu Endkundenkonditionen die Nachbildbarkeit eines adäquaten Produktes durch die Wettberber der DTAG nur unter Inkaufnahme erheblicher Verluste möglich ist. Eine lediglich auf hochleistungsfähige Breitbandanschlüsse fokussierte Regulierung berücksichtigt jedoch solche Endkunden nicht, die lediglich einen Schmalbandanschluss nutzen wollen. Nach wie vor nutzen in Deutschland ca. 16 Mio. Kunden reine Schmalbandverbindungen. Zahlreiche Unternehmen verzeichnen aktuell eine nennenswerte Nachfrage - sowohl von Geschäfts- aber auch Privatkunden - nach einem schmalbandigen Produkt. Insbesondere ist der PSTN-Telefonanschluss derzeit noch nicht durch einen All-IP-BSA-Anschluss (NGN) substituierbar. So gibt es keine 100%ige Abdeckung der ISDN-Merkmale und keinen einheitlichen SIP-Standard mit Quality of Service (QoS), der einheitlich von allen Netzbetreibern unterstützt wird.

Zudem liegen die technischen Voraussetzungen für die Bereitstellung von Endkundenanschlüssen zu Großhandelsbedingungen heute schon vor. So haben Wettbewerber bereits in der Vergangenheit in großer Anzahl Endkundenanschlüsse von der DTAG zwecks Vervollständigung ihres eigenen Produktangebotes, wenn auch nur zu Endkundenbedingungen, bezogen und die diesbezüglichen Bereitstellungsprozesse mit der DTAG angewendet. Wenn in Zukunft auf die bereits derzeit von der DTAG bezogenen Endkundenanschlüsse Großhandelsbedingungen gewährt werden, kann dies an

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Oberländer Ufer 180-182 • 50968 Köln • Tel 0221/3 76 77-25 • Fax 0221/3 76 77-26 • E-Mail: vatm@vatm.de • www.vatm.de

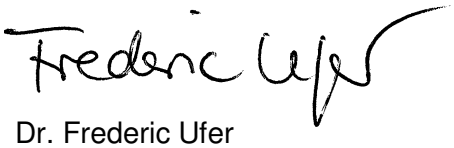
Präsidium: Gerd Eickers (Präsident), Harald Stöber (Vizepräsident), Vlasios Choulidis, Peer Knauer, Dr. Horst Lennertz, Joachim Piroth, Johannes Pruchnow, Renatus Zilles • Geschäftsführer: Jürgen Grützner

den bisher bereits gelebten Bereitstellungsprozessen ersichtlich nichts ändern.

Die doppelte Zielsetzung der Wettbewerbsförderung auf dem Anschlussmarkt einerseits und der Erhaltung von Anreizen für Infrastrukturinvestitionen andererseits kann dabei durch die konsequente Anwendung der Entgeltkontrolle nach § 30 Abs. 5 TKG sichergestellt werden. Eine Vorschrift, die bislang von der Beschlusskammer noch nicht herangezogen wurde und keine Berücksichtigung in dem Entwurf findet. Die Höhe des Abschlags im Rahmen der Gewährung von Großhandelskonditionen muss sich dabei in das Konsistenzgefüge der anderen Vorleistungsprodukte einfügen und so gewählt werden, dass Anreize zum Infrastrukturausbau den Wettbewerbern der DTAG keinesfalls genommen werden. Ein Abschlag, der kein eigenes Geschäftsmodell ausschließlich auf Resale-Basis ermöglicht, würde aber zumindest zu einer Verringerung des Defizits bei den Unternehmen führen. Daher muss eine Konsistenz der Entgelte für das (rabattierte) Anschluss-Resale zu den Entgelten für TAL und IP-BSA bestehen, damit Anbieter auf Basis eines Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen in die Lage versetzt werden, Endkunden zu gewinnen und in denjenigen Ortsnetzen einen Infrastrukturausbau vorzunehmen, in denen die kritische Masse für den HVt-Ausbau erreicht ist. Folgerichtig darf ein rabattiertes Anschluss-Resale nicht der Etablierung neuer Geschäftsmodelle dienen, die sich vollkommen ohne Investitionen in Netzinfrastrukturen tragen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Frederic Ufer
Justiziar

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
Oberländer Ufer 180-182 • 50968 Köln • Tel 0221/3 76 77-25 • Fax 0221/3 76 77-26 • E-Mail: vatm@vatm.de • www.vatm.de

Präsidium: Gerd Eickers (Präsident), Harald Stöber (Vizepräsident), Vlasios Choulidis, Peer Knauer, Dr. Horst Lennertz, Joachim Piroth, Johannes Pruchnow, Renatus Zilles • Geschäftsführer: Jürgen Grützner