



INITIATIVE  
EUROPÄISCHER  
NETZBETREIBER

IEN · Dorotheenstrasse 54 · 10117 Berlin

## Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 2

Herrn Ernst-Ferdinand Wilmsmann

Komm. Vorsitzender der Beschlusskammer

Tulpenfeld 4

53113 Bonn

Per Email an: [BK2-Postfach@BNetzA.de](mailto:BK2-Postfach@BNetzA.de)

Berlin, 16.04.2014

### Entwurf einer Regulierungsverfügung im Markt 1 „Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“

**BK2c-13-005**

**hier: Stellungnahme der IEN – Initiative Europäischer Netzbetreiber**

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,  
sehr geehrte Damen und Herren,

am 18.03.2014 hat die Bundesnetzagentur den Entwurf einer Regulierungsverfügung im Markt 1 (nachfolgend: RegV-E) im Amtsblatt veröffentlicht und einen Tag später auf ihrer Webseite zugänglich gemacht.

Eine Frist zur Stellungnahme wurde bis zum 16.04.2014 eingeräumt. Die IEN bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme, die sie nachfolgend gerne wahrnimmt.

#### I. Allgemeine Anmerkungen

Die IEN begrüßt zunächst ausdrücklich die folgerichtige Entscheidung der Beschlusskammer, entsprechend der Feststellungen im Marktanalyseverfahrens für den gegenständlichen Markt Nr. 1 der Betroffenen auch weiterhin die Verpflichtung zum Angebot der Betreiber(vor)auswahl aufzuerlegen.

Gleichwohl vertritt die IEN die Auffassung, dass in der Ausgestaltung einzelner wesentlicher Verpflichtungen des hier gegenständlichen Entwurfs

#### MITGLIEDER

Airdata  
Colt  
Orange Business  
Verizon  
Vodafone

#### SITZ UND BÜRO

Dorotheenstrasse 54  
10117 Berlin

#### GESCHÄFTSFÜHRUNG

RAin Malini Nanda

#### VORSTAND

Sabine Hennig  
Dr. Jutta Merkt  
Dr. Andreas Peya

#### KONTAKTE

Telefon +49 30 3253 8066  
Telefax +49 30 3253 8067  
info@ien-berlin.com  
www.ien-berlin.com

der Regulierungsverfügung noch ein diesbezüglicher Anpassungs- und Änderungsbedarf besteht.

Schließlich fehlt es an der Aufnahme einer Verpflichtung zum Angebot eines Anschluss-Resales zu echten Vorleistungsbedingungen. Nur dann wird den IEN- Mitgliedsunternehmen auch zukünftig ermöglicht, ein nachhaltiges und wettbewerbsorientiertes Angebot sicherstellen zu können.

## **II. Im Einzelnen**

### **1. Zu Ziff. 1 des Entwurfs: Kostenmaßstab**

Die Beschlusskammer erwägt im Rahmen ihrer Ermessensausübung, die Entgelte nach § 39 Abs. 3 TKG zukünftig lediglich der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 38 Abs. 2 bis 4 TKG zu unterwerfen.

Der IEN ist bekannt, dass kein genereller Vorrang der ex-ante-Entgeltregulierung gemäß § 31 Abs. 1 TKG besteht, dennoch ist diese bei Abwägung aller Umstände vorliegend am geeignetsten, die Regulierungsziele des TKG zu erreichen.

Die Zielsetzung der Entgeltregulierung besteht darin, missbräuchliche Behinderungen und Diskriminierungen zu verhindern, denn nur so kann chancengleicher Wettbewerb gewährleistet werden.

Durch den RegV-E wird die Betreiber(vor)auswahl in ihrer Ausgestaltung grundlegend neu geregelt. Während bisher der Teilnehmer seinen Anspruch auf Einrichtung der Betreiber(vor)auswahl mittelbar über einen Verbindungsnetzbetreiber seiner Wahl realisieren lassen konnte, wird dem nachfragenden Wettbewerber nunmehr ein eigener, einklagbarer Anspruch eingeräumt. Zudem muss die Betroffene erst die technischen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Zugangs zur Betreiber(vor)auswahl schaffen.

Die Beschlusskammer begegnet dieser systematischen Änderung - wie bereits festgestellt - mit der Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung, deren potentiell nachteilige Folgen sie mit der Aufnahme einer Vorlageverpflichtung gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG abzumildern beabsichtigt.

Die IEN vertritt hingegen die Auffassung, dass sich der grundlegende Wechsel in der Ausgestaltung der Betreiber(vor)auswahl auch in der Wahl des geeigneten Kostenmaßstabes, nämlich der ex-ante-Entgeltregulierung gemäß § 31 Abs. 1 TKG, niederschlagen muss. Hierfür spricht auch das Argument der Geschlossenheit des Entgeltregulierungsmaßstabes, der bei Vorleistungen aufgrund des erhöhten Missbrauchspotentials aus gutem Grund regelmäßig eine ex-ante Entgeltregulierung vorsieht. Was im Zugangsmarkt geschieht, wenn eine effektive Vorleistungsregulierung nicht

gegeben ist, zeigt das Beispiel Anschluss-Resale (s. dazu unten Ziff. 3) in negativer Form deutlich.

Die Betroffene hingegen fordert sogar die vollständige Abkehr von einer Entgeltregulierung nach dem TKG und vertritt die Auffassung, dass bereits eine kartellbehördliche Preismissbrauchsaufsicht genüge. Sie führt als Beleg das Sondergutachten 66 der Monopolkommission vom Dezember 2013 an (SG MoKo, Ziff. 4.1.1, Rz. 52 ff., S. 37 ff.)<sup>1</sup>.

Dieser Beleg geht aus Sicht der IEN jedoch fehl, denn auch die Monopolkommission hält in der Zusammenfassung der Einschätzungen und Empfehlungen unter der Überschrift „*Breitbandausbau im Wettbewerb*“ fest:

*„Die Monopolkommission lehnt Forderungen nach einem Aussetzen der Regulierung, wie sie derzeit von der Deutschen Telekom erhoben werden, nachdrücklich ab. Die Regulierung von Vorleistungen ist weiterhin zwingend, um den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten der Telekommunikation zu sichern. Die Vorstellung, Investitionen in Breitbandinfrastrukturen nähmen zu, wenn sich die Ertragslage etablierte Anbieter aufgrund nachlassenden Wettbewerbsdrucks verbessere, verkennt, dass der intensive Wettbewerb auf den Breitbandmärkten der entscheidende Treiber für Investitionen in hochleistungsfähige Breitbandnetze ist.“*  
(SG MoKo 66, Ziff. 8, S. 97).

Auch die Beschlusskammer stellt im Rahmen ihrer Verhältnismäßigkeitsprüfung fest, dass ein enger funktionaler Zusammenhang zwischen Vorleistungs- und Endnutzermarkt sowie die Gefahr einer Übertragung der Marktmacht von einem auf den anderen besteht (RegV-E, Ziff. 3.2.1.1.1, S. 18). Auch diese Tatsachen lassen die Auferlegung einer ex-ante-Entgeltregulierung geeigneter erscheinen.

Schließlich weist die IEN an dieser Stelle auf einen systematischen Widerspruch der Regelungen dem RegV-E hinsichtlich der Zugangsverpflichtung und des Kostenmaßstabes hin. Die Anwendung des Kostenmaßstabes der nachträglichen Entgeltregulierung beruht der Begründung im RegV-E zufolge auf dem Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 39 TKG, da es sich bei den verfahrensgegenständlichen Leistungen um Endkundenleistungen handle. Diese Feststellung mag für sich genommen zutreffend sein - jedoch führt die Umstellung des vormals subjektiven Rechts des Endkunden zur Einrichtung der Betreiber(vor)auswahl gem. § 40 TKG a. F. andererseits auf eine Zugangsleistung zugunsten des nachfragenden Wettbewerbers

---

<sup>1</sup> Sondergutachten 66 der Monopolkommission „*Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten*“ vom Dezember 2013, veröffentlicht unter [http://www.monopolkommission.de/sg\\_66/s66\\_volltext.pdf](http://www.monopolkommission.de/sg_66/s66_volltext.pdf)

gem. § 21 Abs. 3 Nr. 6 TKG dazu, dass aus der Betreiber(vor)auswahl systematisch eine Vorleistung wird – die somit auch dementsprechend als Vorleistung zu regulieren ist.

## 2. Zu Ziff. 2 des Entwurfs: Ausgestaltung der Betreiber(vor)auswahl

Wie bereits zuvor unter II.1. dargestellt, werden die Kriterien, die die Wahl des geeigneten Kostenmaßstabes bestimmen, von den Festlegungen im Rahmen der Ausgestaltung der Betreiber(vor)auswahl wesentlich beeinflusst.

Zutreffend stellt die Beschlusskammer bei der Abwägung der unterschiedlichen Regulierungsziele insbesondere auf die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte sowie der Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen ab, und zieht hierbei insbesondere die zurückgehenden, gleichwohl immer noch signifikanten Verkehrsmengen heran, die über die Betreiber(vor)auswahl umgesetzt werden.

Dabei ist auch aus Sicht der IEN unbestritten, dass die Gesamtverkehrsmengen, die über schmalbandige Verbindungen erzeugt werden, weiterhin zurückgehen werden. Hierauf kommt es jedoch entgegen dem Vortrag der Betroffenen nicht an. Der Betreiber(vor)auswahl kommt immer noch eine wesentliche Wettbewerbsöffnungsfunktion in sog. „Bottleneck-Gebieten“ zu, d. h. in den Regionen, in denen Wettbewerber mangels Wirtschaftlichkeit bzw. mangels Skalenerträgen weder in Infrastruktur investieren noch Zugang zu den Hauptverteilern der Betroffenen nachfragen werden, da sie auf den Größenvorteil des Marktbeherrschers verzichten müssen.

Entgegen dem Vortrag der Betroffenen besteht zudem gerade nicht die Möglichkeit für Endkunden in den betreffenden Regionen, alternativ zur Betreiber(vor)auswahl Komplettangebote zu beziehen oder – mangels Verfügbarkeit entsprechender Mindestbandbreite – IP-Telefonie zu betreiben oder DSL-Anschlüsse zu erhalten. Somit stellt die Betreiber(vor)auswahl als Schmalband-Analogon zu DSL für Wettbewerber auch weiterhin ein unverzichtbares Element im Zugangsangebot der Betroffenen dar.

Abschließend möchte die IEN in Abgrenzung zum Vortrag der QSC AG in der öffentlichen mündlichen Verhandlung klarstellen, dass die IEN-Mitgliedsunternehmen eine Umstellung der Betreiber(vor)auswahl auf eine vollständig vom Wettbewerber abzubildende Vorleistung für sich ablehnen. Vielmehr sollte an der bisherigen Verfahrensweise festgehalten werden. Die Betroffene wies darauf hin, dass im Fall einer solchen Umstellung der nachfragende Wettbewerber dann auch zur selbständigen Durchführung der Endkundenabrechnung außerhalb des Fakturierungs- und Inkassovertrages verpflichtet sei. Sollte die Beschlusskammer die Auffassung vertreten, dass dieses Regime neben der bisherigen

Verfahrensweise bestehen kann, bittet die IEN um Sicherstellung, dass die beiden Regime sowohl seitens der technisch-betrieblichen Abwicklung als auch kostenseitig klar voneinander abgegrenzt werden, so dass sich der Wunsch eines einzelnen Wettbewerbers nicht nachteilig auf die übrigen Wettbewerber auswirkt.

### **3. Ergänzung des Angebots eines Anschluss-Resales zu echten Vorleistungsbedingungen**

Die IEN bedauert ausdrücklich, dass die Beschlusskammer zwar in konsequenter Fortschreibung ihrer Beschlusspraxis, aber nicht im Einklang mit der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung, der Betroffenen nach wie vor keine Verpflichtung zum Angebot eines Anschluss-Resales zu echten Vorleistungsbedingungen auferlegt hat.

#### **a) Bedeutung für Anbieter von Geschäftskundenprodukten**

Die Bedeutung der Verfügbarkeit eines entsprechenden Angebotes liegt insbesondere für die IEN-Mitgliedsunternehmen als Geschäftskundenanbieter darin, das Angebot von Kundengesamtlösungen in Form von Firmenverbundnetzen („*Corporate Networks*“) und Bündelprodukten, d. h. der Vertrieb von Diensten der Betreiber(vor)auswahl über Dritte auf eigene Rechnung zu ermöglichen. Hierbei ist zu beachten, dass sich das Begehren der Nachfrager nicht auf ein Massen-, sondern vielmehr auf ein – gleichwohl relevantes – Nischenprodukt richtet, das gezielt in Einzelfällen dazu dienen kann, Lücken im Vorleistungsangebot der Betroffenen zu wirtschaftlichen Bedingungen schließen zu können.

Auch die Beschlusskammer stellt in diesem Zusammenhang fest, sowohl das Angebot des Zugangs zur TAL als auch des Zugangs zu IP-Bitstrom sei „[...] *bisher nicht hinreichend, um Wettbewerb auf dem verfahrensgegenständlichen Markt zu erreichen.*“ (Ziff. 3.3.2.2, S. 37).

Bei der Realisierung von Großkundenprojekten, insbesondere im Rahmen sogenannter *Corporate Networks*, ist häufig eine weit gefächerte Filialstruktur des jeweiligen Kunden abzudecken. IEN-Mitgliedsunternehmen verfügen zwar über bundesweite Glasfasernetze, jedoch über keine eigene Infrastruktur in nicht vom Wettbewerb erschlossenen, vorwiegend ländlichen Regionen. Bei nahezu jedem Großkundenprojekt ist aber ein gewisser Anteil der Leistungen auch in diesen Regionen zu erbringen. Hier verfügt allein die Betroffene aufgrund ihrer ehemaligen Monopolstellung über ein flächendeckendes Netz.

Zudem ermöglichen einige IEN-Mitgliedsunternehmen ihren Wiederverkäufern (sog. Resellern) die Realisierung von Preselection- und Call-by-Call-Angeboten über ihr eigenes Netz. Durch die allgemeine Marktentwicklung im Anschlussbereich hin zu Komplett- und Flatrate-Angeboten („*Bündelprodukte*“) nimmt der schmalbandige Carrier Selection-

Verkehr konstant ab. Dem begegnen die Reseller, indem sie ihrerseits die ihnen möglichen Bündelprodukte erstellen und im Endkundensegment anbieten. Hierzu benötigen sie von der Betroffenen ein entsprechendes Vorleistungsangebot, um die Nachfrage decken zu können.

## **b) Widerspruch zur Entscheidung des BVerwG**

Die IEN möchte in diesem Zusammenhang auch noch einmal auf das Urteil des BVerwG aus dem Jahr 2013 verweisen (Urteil BVerwG 6 C 10.12 vom 12.06.2013)<sup>2</sup>, in welchem festgestellt wurde, dass Resale als Gegenstand einer Zugangsverpflichtung grundsätzlich zu Großhandelsbedingungen zu gewähren sei.

Die Beschlusskammer hat mit ihren erneuten Ausführungen zum Anschluss-Resale im gegenständlichen RegV-E dem Urteil des BVerwG zwar Rechnung getragen, jedoch gelangt sie erneut zu einem anderen Ergebnis, welches nach Auffassung der IEN nicht zu überzeugen vermag und der zitierten Entscheidung entgegensteht.

Soweit die Beschlusskammer darauf verweist, dass in den Regionen, in denen Wettbewerber keine TAL anbieten, den Endkunden Betreiber(vor)auswahl zur Verfügung stehe (Ziff. 3.3.2.1, S. 36), ist darauf hinzuweisen, dass Betreiber(vor)auswahl und Anschluss-Resale gerade nicht funktional austauschbar sind, wie bereits vorstehend dargelegt wurde.

Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung gelangt die Beschlusskammer selbst zu dem Schluss, dass bei Regulierungszielen nicht nur § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG (Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen) zu betrachten sei, sondern auch das Ziel des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG (Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation). Sie geht in ständiger Beschlusspraxis davon aus, dass Anschluss-Resale hierbei den Wettbewerb und die Endkundeninteressen fördern könnte (Ziff. 3.3.2.2, S. 37). Zudem hat die Beschlusskammer festgestellt, dass das TAL-/IP-Bitstrom-Angebot der Betroffenen nicht geeignet ist, für Wettbewerb auf Markt 1 zu sorgen (Ziff. 3.3.2.2, S. 37). Dennoch sieht sie von der Auferlegung des Anschluss-Resale ab.

Zu bemängeln ist zudem aus Sicht der IEN, dass die Beschlusskammer auf den vollständigen Wegfall der Erforderlichkeit des Anschluss-Resales nach abgeschlossener NGN-Migration der Betroffenen abstellt und für diesen Zeitpunkt, den sie auf spätestens Ende 2018 festsetzt, Prognosewerte und Selbstankündigungen der Betroffenen heranzieht (Ziff. 3.3.2.2, S. 37 f.). Die Vergangenheit hat deutlich gemacht, dass die Betroffene den

---

<sup>2</sup> Urteil BVerwG 6 C 10.12 vom 12.06.2013, abrufbar unter <http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=120613U6C10.12.0>.

selbstgesetzten Termin der NGN-Migration bereits mehrfach nach hinten verschoben hat. Somit handelt es sich hier nicht um einen zuverlässigen, unveränderlichen Zeitpunkt, der daher auch nicht zur Grundlage einer bindenden Festlegung gemacht werden darf. Angesichts der relativen Unverbindlichkeit des Migrationstermins stellt die Nichtberücksichtigung im Rahmen der Abwägung keine unverhältnismäßige Beschwer für die Betroffene dar, zumal ja auch im Fall tatsächlich geänderter Umstände die Teilaufhebung einer Regulierungsverfügung in Betracht käme.

Schließlich weist die Beschlusskammer darauf hin, dass das Potential des Anschluss-Resales für eine Wettbewerbsbelebung bezogen auf den Gesamtmarkt gering sei (Ziff. 3.3.2.2, S. 38). Nach Auffassung der IEN hat die Beschlusskammer jedoch nicht überzeugend dargelegt, dass die Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale zu echten Vorleistungsbedingungen der Betroffenen besondere zusätzliche Nachteile entstehen lässt. Die Beschlusskammer verkennt aus Sicht der IEN dabei, dass gerade dies erforderlich gewesen wäre und dass ihr Ermessen in der Auferlegung einer entsprechenden Verpflichtung insoweit eingeschränkt war, wie sich bereits aus Art. 12 der Zugangsrichtlinie (Richtlinie 2009/140/EG vom 25. November 2009), deren Umsetzung § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG darstellt, ergibt (s. auch BVerwG, aaO., Rz. 48).

### **c) Fehlende Berücksichtigung der Marktentwicklung**


Schließlich versäumt es die Beschlusskammer mit der Versagung des Anschluss-Resales, der Weiterentwicklung des Marktes in Richtung auf Unified Communications in vorausschauender Weise Rechnung zu tragen. Mit der Auferlegung einer Verpflichtung zum Anschluss-Resale könnte sie einen wichtigen Beitrag zur Erreichung des von der EU-Kommission angestrebten „Digital Single Market“ leisten, indem sie eine Fragmentierung des Zugangsmarktes verhindert.

Daher wäre die Auferlegung einer entsprechenden Verpflichtung nach Auffassung der IEN seitens der EU-Kommission im Rahmen des nachfolgenden Konsolidierungsverfahrens in höchstem Maße zustimmungsfähig.

\*\*\*\*

Für Rückfragen stehen die Vertreter der Mitgliedsunternehmen der IEN sowie ich selbst jederzeit gern zur Verfügung. Die Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

Mit freundlichen Grüßen



Malini Nanda, Rechtsanwältin  
Geschäftsführerin der IEN