



INITIATIVE  
EUROPÄISCHER  
NETZBETREIBER

IEN · Dorotheenstrasse 54 · 10117 Berlin

Vorab per Email: [bk4-regulierungsverfuegung@bnetza.de](mailto:bk4-regulierungsverfuegung@bnetza.de)

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,  
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen  
**Beschlusskammer 4**  
Tulpenfeld 4

**53113 Bonn**

**Stellungnahme der Initiative Europäischer Netzbetreiber zum Verfahren BK 4a 06-006/R (Entwurf einer Regulierungsverfügung wegen der Auferlegung von Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG auf dem Markt Nr. 12 „Breitbandzugang für Großkunden“ der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission – Bitstrom-Zugang)**

Berlin, den

24.04.2006

Sehr geehrte Damen und Herren,

in ihrer Mitteilung Nr. 90/2006 veröffentlichte die Bundesnetzagentur den Entwurf einer Regulierungsverfügung wegen der Auferlegung von Verpflichtungen nach dem zweiten Teil des TKG auf dem Markt Nr. 12 „Breitbandzugang für Großkunden“ der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission (Bitstrom-Zugang), genauer: dem von der Präsidentenkammer identifizierten Teilmarkt betreffend den Bitstrom-Zugang mit Übergabe auf der ATM-Ebene (*layer 2*) an verschiedenen Übergabepunkten in der Netzhierarchie.

Die Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN) erlaubt sich, in offener Frist zu dem Entwurf Stellung zu nehmen.

### I. Überblick

Die IEN ist der Auffassung, dass der Entwurf erhebliche Fehler schon bei der Sachverhaltsermittlung aufweist, und bittet darum, diese zu korrigieren. Nachweisbar falsch ist insbesondere, dass das angeblich freiwillige Angebot der Betroffenen der Regulierungsbehörde erst nach Abschluss der

#### MITGLIEDER

Airdata  
BT  
Cable & Wireless  
Colt Telecom  
Tiscali  
Versatel  
Verizon Business

#### SITZ UND BÜRO

Dorotheenstrasse 54  
10117 Berlin

#### GESCHÄFTSFÜHRER

RA Jan Mönikes

#### VORSTAND

Salomon Grünberg  
Sabine Hennig  
Andreas Schweizer  
Dr. Jutta Merkt  
Felix Müller

#### KONTAKTE

Telefon +49 30 3253 8066  
Telefax +49 30 3253 8067  
[info@ien-berlin.com](mailto:info@ien-berlin.com)  
[www.ien-berlin.com](http://www.ien-berlin.com)

Marktanalyse bekannt wurde. Überdies verkennt der Entwurf die Funktion von Bitstromzugang als Zugangsprodukt zum Kunden (dazu unten II).

Seite 2 | 11  
24.04.2006

Soweit der Entwurf von der Auferlegung einer Zugangspflicht absieht, hegt die IEN ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit des Entwurfs mit nationalem und supranationalem Recht. Die IEN hält es insbesondere für verfehlt, bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung aufzuerlegen ist, die Kriterien des § 21 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 1 bis 6 TKG nicht zu prüfen. Schon aus diesem Grunde ist der Entwurf ermessensfehlerhaft (dazu unten III).

Darüber hinaus ist nach Auffassung der IEN das Kriterium des § 21 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 7 TKG nicht erfüllt, weswegen die hierauf gestützte Entscheidung, von einer Zugangsverpflichtung abzusehen, unrichtig ist (dazu unten IV).

Was die auferlegten Entgeltmaßnahmen anbelangt, so ist die IEN der Meinung, dass ein Kostenmaßstab für die Entgelte als Folge der (gebotenen) Auferlegung einer Zugangsverpflichtung schon nach nationalem Recht eingeführt werden muss. Aber selbst ohne eine Zugangsverpflichtung verstößt die gewählte Anwendung des § 30 Abs. 3 TKG gegen nationales Recht, weil sich die Regulierungsbehörde ihres Ermessens nicht bewusst ist. Darüber hinaus hält die IEN es ordnungspolitisch für völlig verfehlt, bei einem erstmals am Markt angebotenen Vorleistungsprodukt auf einen offensichtlichen Preishöhenmissbrauch in der entworfenen Weise zu reagieren (dazu unten V).

## **II. Notwendige Korrekturen des Sachverhalts**

Die IEN ist der Auffassung, dass der Entwurf erhebliche Fehler bei der Sachverhaltsermittlung aufweist, und bittet darum, diese zu korrigieren.

### 1. Kenntniserlangung der Regulierungsbehörde

Die IEN hat mit Verwunderung zur Kenntnis genommen, dass die Regulierungsbehörde erst nach Abschluss der Marktanalyse, aber noch rechtzeitig vor dem Entwurf der Regulierungsverfügung von dem „freiwilligen Angebot“ der Betroffenen erfahren haben will. Dies kann nicht unwidersprochen bleiben.

Die IEN hatte, vertreten durch Vorstand und Geschäftsführer, am 4. Juli 2005 ein Gespräch zum Thema Bitstromzugang geführt, bei dem neben der Frau Vizepräsidentin Dr. Henseler-Unger auch die in der vormals mit der Materie befassten Beschlusskammer 3 zuständige Frau Dr. Thomaschki sowie die Herren Dommermuth und Nübel zugegen waren. In diesem Rahmen berichteten die Vertreter der IEN zunächst mündlich von dem hier zu diskutierenden Angebot „P-BSA“. Die bei den Akten befindlichen Ge-

sprächsnotizen der IEN-Teilnehmer aus der Unterredung enthalten die folgende Passage:

Seite 3 | 11  
24.04.2006

*„Was das Ergebnis der Marktanalyse anbelange, so habe die EU-Kommission jedenfalls im Rahmen der Prenotification Meetings den von der RegTP beschrittenen Weg als durchaus gangbar bezeichnet; die Kommission sei sich der Tatsache bewusst, dass gerade im Breitbandbereich erhebliche Unterschiede zwischen den Mitgliedsstaaten im Hinblick auf Netztopologien, Breitbandausbau und Alternativtechnologien (Kabel, Line Sharing etc) bestünden, weshalb seitens RegTP der Eindruck bestehe, dass die Kommission auf den new wave Märkten flexibler sei als in den klassischen TK-Märkten. RegTP sei sehr interessiert daran, das P-BSA-Angebot zu erhalten – es liege ihr bislang nicht vor, allerdings erwarte die RegTP, dass die DTAG dieses Angebot als „freiwillig“ verkaufen werde. AKTION IEN: P-BSA schicken und Kommentierung hierzu [...]“ (Quelle: Gesprächsbericht vom 04.07.2005, 17.28 Uhr, Hervorhebung nur hier).*

Der Bitte der RegTP wurde seitens der IEN umgehend entsprochen. Die IEN richtete am 14.07.2005 durch ihren Vorstand ein ausführliches Schreiben an die Frau Vizepräsidentin sowie an Frau Dr. Thomaschki, in dem unter Bezugnahme auf das Gespräch ausführlich dargelegt wurde, was Gegenstand des Angebots P-BSA sei und warum dieses Angebot weder ein Zugangsprodukt sei noch einen Bitstromzugang im Sinne der Definition des Marktes 12 darstelle. Das Schreiben der IEN vom 14.07.2005 ist zur Unterrichtung der Beschlusskammer erneut beigefügt als

### **Anlage.**

Die Bundesnetzagentur muss sich die in dem vorgenannten Schreiben dargelegten Kenntnisse vollumfänglich zurechnen lassen. Die IEN bittet deshalb darum, den Sachverhalt insoweit zu korrigieren.

#### 2. Funktion von ATM-Bitstromzugang verkannt

Im Entwurf angelegt, aber erst in der mündlichen Anhörung zum Ausdruck gekommen ist zudem ein fundamentales Missverständnis betreffend die Funktion von ATM-Bitstromzugang. Die Beschlusskammer scheint davon auszugehen, dass ATM-Bitstromzugang dazu diene, Wettbewerbern auf dem von der Beschlusskammer so bezeichneten „Nischenmarkt für ATM-Systemlösungen“ eine Vorleistung zur Verfügung zu stellen. Das ist grob unrichtig.

Bitstromzugang dient nach der Definition der ERG dazu, dass der Wettbewerber seinen Kunden eigene, maßgeschneiderte Dienste anbieten kann (siehe hierzu ausführlich das Dokument ERG (03)33rev1 („Gemeinsamer Standpunkt betreffend Bitstromzugang“). Es ist deshalb schon mit der Definition von Bitstromzugang nicht vereinbar, die in den Blick genommene

Vorleistung darauf zu beschränken, dass der Wettbewerber auf einem „Nischenmarkt für ATM-Systemlösungen“ tätig werden kann. Eine Beschränkung der Vorleistung auf einen „Nischenmarkt“ ist jedoch genau die Vorbestimmung des Anwendungszwecks, die dem Bitstromzugang gerade fremd ist.

Richtig ist: Bitstromzugang ist ein Zugang zum Kunden. ATM-Bitstromzugang ist als eine universelle Zugangstechnologie zum Kunden zu verstehen, die in ihrer Flexibilität und ihrem Einsatzbereich noch eher vergleichbar ist mit Vorleistungs-Mietleitungen (Märkte 13 und 14). ATM-Bitstromzugang ist eine wesentliche Vorleistung für zahlreiche nachgelagerte Endnutzermärkte, beispielsweise (aber nicht begrenzt auf)

– den Endnutzermarkt für gemanagte IP-Telefonie, der in zahlreichen europäischen Ländern bereits existiert, mangels Vorleistung jedoch in Deutschland noch kaum entwickelt ist,

– den Endnutzermarkt für Virtuelle Private Unternehmensnetze (sogenannte VPN-Lösungen) auf IP- oder MPLS-Basis, die den Endnutzern durch Verzicht auf starre und teure WAN-Komponenten flexible und innovative Anwendungen zu vertretbarem Preis ermöglichen,

– alle Endnutzermärkte, auf denen die Kunden bislang niederbitratige Mietleitungen (bis 8 Mbit/s) nutzen – zu diesen Endnutzermärkten (insbesondere den Anwendungen, die Unternehmenskunden hierfür haben) sowie der Substitution von Mietleitungen durch Bitstromzugang, siehe ausführlich die Stellungnahme der IEN vom 24.02.2005 in dem Verfahren BK1-05/005 sowie die Stellungnahme der IEN zur Konsultation Bitstrom, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/509.pdf>, dort Ziffer I.

Unter den Mitgliedern der IEN sind zahlreiche Unternehmen, die seit Jahren schon die Vorleistung ATM-Bitstrom von der Betroffenen vergeblich nachfragen. Die IEN ersucht die Beschlusskammer, bei der Fortschreibung des Entwurfs zur Kenntnis zu nehmen, dass die Nachfrager gerade nicht ATM-Systemlösungen anbieten wollen, sondern auf der Basis von Bitstrom einen Zugang zum Kunden gewinnen wollen. Dieser Umstand sollte in den entscheidungserheblichen Sachverhalt einbezogen werden.

### **III. Rechtliche Bewertung des vorgeschlagenen Verzichts auf eine Zugangsverpflichtung**

Soweit der Entwurf von der Auferlegung einer Zugangspflicht absieht, bestehen seitens der IEN erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit des Entwurfs mit dem geltenden nationalen und supranationalen Rechtsrahmen.

Die IEN hält es insbesondere für verfehlt, bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung aufzuerlegen ist, die Kriterien des § 21 Abs. 1 Satz 1

Ziffer 1 bis 6 TKG nicht zu prüfen. Schon aus diesem Grunde ist der Entwurf ermessensfehlerhaft.

Seite 5 | 11  
24.04.2006

#### 1. Kriterium des § 21 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 TKG

Schon die Prüfung des Abwägungskriteriums der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen (**§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG**) fällt zu Lasten der Betroffenen aus. Deren Wettbewerber sind nicht in der Lage, aus eigenen Mitteln die von der Rechtsvorgängerin der Deutschen Telekom AG über Jahre hinweg aufgebaute flächendeckende Anschlussinfrastruktur nachzubauen bzw. zu ersetzen, um sich auf diese Weise eigene Zugänge zu Endkunden zu verschaffen. Zudem würde durch eine vollständige Duplikation der Infrastrukturen die Förderung eines nachhaltigen Wettbewerbs auf der Endnutzerseite in zeitlicher Hinsicht behindert. Denn ein Endnutzer würde mit großer Wahrscheinlichkeit nicht zu einem Wettbewerber wechseln, wenn damit längere Wartezeit auf die Einrichtung eines breitbandigen Anschlusses verbunden wäre, weil dieser zuvor vom Wettbewerber erst noch gebaut werden müsste. Alternative Anschlussmöglichkeiten stehen nicht im ausreichenden Umfang zur Verfügung.

#### 2. Kriterium des § 21 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 2 TKG

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist ferner abzuwägen, ob die verfügbare Kapazität (**§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG**) für die Zugangsgewährung ausreicht. Der Gesetzgeber hat in der Begründung zu diesem Abwägungskriterium ausgeführt, dass ein Kapazitätsausbau grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein soll. Denn andernfalls besteht die Gefahr, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung ins Leere läuft. Das Abwägungskriterium der verfügbaren Kapazität spricht hier ebenfalls für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung. In keinem der von der Zugangspflicht erfassten Netzelemente sind Kapazitätsengpässe zu befürchten; solche werden auch von der Betroffenen nicht vorgetragen: Im Bereich des Teilnehmeranschlusses folgt die Kapazität der Anzahl der zur Verfügung stehenden Kupferdoppeladern; im Bereich des Konzentratornetzes werden weiterhin Übertragungskapazitäten reserviert, die sich soweit erkennbar problemlos mit den existierenden Netzwerkkomponenten und im Wege der Planungsab-sprache abbilden lassen.

#### 3. Kriterium des § 21 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 3 TKG

Gemäß **§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG** sind weiterhin die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken zu berücksichtigen. Die Bundesnetzagentur muss bei ihrer Beurteilung prüfen, ob und in welchem Zeitraum sich die zu tätigen Investitionen amortisieren werden. Diese Abwägung fällt zu Lasten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht aus. Die Zugangspflichten gefährden

nicht die Anfangsinvestition der Betroffenen. Im Hinblick auf den ATM-Bitstrom-Zugang hat die Deutsche Telekom AG keinerlei Anfangsinvestitionen getätigt und ist somit keinen Investitionsrisiken ausgesetzt. Zudem müsste sie den ATM-Bitstrom-Zugang auch nicht unentgeltlich gewähren, sondern würde hierfür von den Zugangsberechtigten Entgelte erhalten, die in ihrer noch zu bestimmenden Höhe Investitionsrisiken mit berücksichtigen. Zum anderen handelt es sich bei den betreffenden Zugangsleistungen nicht um Dienste, die mit einem besonders erhöhten Investitionsrisiko verbunden wären. Die auferlegten Pflichten betreffen Vorleistungsprodukte für den Kundenzugang, mithin Leistungen, die wie etwa Mietleitungen zum elementaren Basisinstrumentarium des Tätigwerdens auf den Telekommunikationsmärkten zählen und für die in keinem Falle – wenn man diesen anerkennen wollte – irgendein besonders gesteigerter Investitionsschutz geltend gemacht werden kann.

#### 4. Kriterium des § 21 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 4 TKG

Im Rahmen der nach § 21 Abs. 1 TKG erforderlichen Abwägung ist ferner die Notwendigkeit der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs (**§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG**) zu beachten, und zwar unter besonderer Berücksichtigung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs. Die Zugangsverpflichtung dient der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs. Sie ermöglicht Wettbewerbern, einen Zugang zum Endnutzer herzustellen, bei dem sie – anders als bisher – nur zu einem Teil auf Infrastrukturen der Betroffenen angewiesen sind. Die Zugangsverpflichtung würde vielmehr bewirken, dass die Nachfrager ihre eigenen konkurrierenden Infrastrukturen – ATM-Netze – zu einem größeren Teil als bisher benutzen können, um den Kundenzugang herzustellen. Insoweit fällt auch die Prüfung des Abwägungskriteriums der Ziffer 4 zu Lasten der Betroffenen aus. Überdies erhalten mittels ATM-Bitstrom-Zugang die Wettbewerber der Betroffenen einen direkten Kundenzugang; hierdurch kann eine nachhaltige Kundenbindung erreicht werden. Denn der ATM-Bitstrom-Zugang ermöglicht den Nachfragern der Betroffenen neben der Kontrolle der Endkundenbeziehung auch das Angebot von Anschluss und breitbandigen Diensten aus einer Hand; der Wettbewerber wird damit in die Lage versetzt, Endnutzern maßgeschneiderte Dienste anzubieten. Die damit verbundene Intensivierung der Kundenbeziehung zwischen Wettbewerber und Endnutzer dient ebenfalls der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs. Schlussendlich ist zu beachten, dass § 21 TKG eine besondere Beachtung der Regulierungsziele in Ziffer § 2 Abs. 2 Ziffer 3 TKG verlangt. Das Absehen von einer Zugangsverpflichtung zerstört jedoch die Investitionsleiter, da dem Wettbewerber die Möglichkeit genommen wird, sich entsprechend seines Wachstums vom Resale bis zur Teilnehmeranschlussleitung hinaufzuhangeln, und läuft damit der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen zuwider.

#### 5. Kriterium des § 21 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 5 TKG

Das Kriterium des **§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TKG** (Berücksichtigung gewerblicher Schutzrechte) ist soweit ersichtlich in dem vorliegenden Fall nicht tangiert und somit für die Entscheidung ohne Belang.

Seite 7 | 11  
24.04.2006

#### 6. Kriterium des § 21 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 6 TKG

Die Verpflichtung, Zugang durch ATM-Bitstrom zu gewähren, würde auch die Bereitstellung europaweiter Dienste ermöglichen. Schon aus diesem Grunde – Förderung der Regulierungsziele durch *Ermöglichung* europaweiter Dienste – wirkt sich das Kriterium des **§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TKG** zugunsten einer Zugangsverpflichtung aus. Unter den Mitgliedern der IEN sind zahlreiche Unternehmen, die seit Jahren schon die Vorleistung ATM-Bitstrom von der Betroffenen vergeblich nachfragen, um die von ihnen in anderen Ländern auf Bitstrom-Basis produzierten innovativen Dienste auch ihren deutschen Kunden anzubieten. Ohne einen europäischen Standard genügenden Bitstromzugang werden die Regulierungsziele nicht gefördert, weil europaweite Dienste nicht ermöglicht werden. Die IEN erlaubt sich in diesem Zusammenhang auch den Hinweis, dass es in ganz Europa keine Regulierungsbehörde gibt, die auf Markt 12 bei festgestellter Marktbeherrschung auf eine Zugangsverpflichtung verzichtet hat, und regt an, die von der ERG erstellte Studie „*Report on Experiences with Market Definition, Market Analysis and Applied Remedies*“, die als Dokument ERG (05) 51 von der Website [www.erg.eu.int/doc/publications/erg\\_05\\_51\\_report\\_mkt\\_experiences.pdf](http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg_05_51_report_mkt_experiences.pdf) abrufbar ist, zum Gegenstand der Sachverhaltsaufklärung zu machen (insbesondere Seite 43 ff).

### **IV. Betroffene verfehlt § 21 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 7 TKG**

Darüber hinaus ist nach Auffassung der IEN das Kriterium des § 21 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 7 TKG nicht erfüllt, weswegen die hierauf gestützte Entscheidung, von einer Zugangsverpflichtung abzusehen, in jedem Falle unrichtig ist. Denn es reichen keineswegs bereits auferlegte Verpflichtungen oder freiwillige Angebote, die von einem großen Teil des Marktes angenommen würden, zur Sicherstellung der Regulierungsziele aus.

#### 1. Kein Vorleistungsangebot, das von einem Großteil des Marktes angenommen worden wäre

Zum einen sind die Tatbestandsmerkmale der Ziffer 7 nicht erfüllt. Das Angebot der Betroffenen ist keine Vorleistung, sondern weitgehend inhaltsgleich mit einem Endnutzerangebot.

Außerdem erschöpft es nicht den Tenor der Marktanalyseentscheidung, denn eine Zusammenschaltung an mehreren Ebenen einer Netzhierarchie ist hierin nicht vorgesehen.

Die IEN erlaubt sich, zur Vermeidung von Wiederholungen in diesem Zusammenhang auf das bereits als Anlage vorgelegte Schreiben zu verweisen.

Darüber hinaus ist das Angebot nicht von einem Grossteil des Marktes angenommen. Von den IEN-Mitgliedsunternehmen, die die stärksten Befürworter von ATM-Bitstrom in ihren Reihen zählen, nutzt kein einziges das Angebot im Sinne eines Bitstromzugangs.

Ein freiwilliges Angebot, das nur von einzelnen Nachfragern in Anspruch genommen wird, kann in keinem Fall einen Verzicht auf eine Zugangsverpflichtung rechtfertigen. Erst die Annahme eines großen Teils des Marktes bietet ein Indiz dafür, dass das Angebot sowohl hinsichtlich der Produktgestaltung als auch hinsichtlich des Preises einer Vorabregulierung möglicherweise nicht bedarf. Damit ist auch klargestellt, dass die Vorlage eines freiwilligen Angebots erst im Rahmen des Regulierungsverfahrens zur Vermeidung einer Zugangsverpflichtung nicht ausreichend ist (siehe zum Ganzen wörtlich *Thomaschki*, in: *Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz*, § 21 TKG Rdnr. 72).

## 2. Weitere Ermessensfehler bei der Prüfung der Ziffer 7

Zum anderen ist das von der Betroffenen nachgeschobene Angebot ohnehin aus Rechtsgründen im Rahmen der Ziffer 7 nicht berücksichtigungsfähig.

Denn der Entwurf müsste die Reflexwirkung der Ziffer 7 berücksichtigen, nämlich dass bei Annahme eines freiwilligen Angebots eine ganze Reihe von Befugnissen der BNetzA (insbesondere im Bereich des § 30 TKG) wegfallen. Darüber hinaus verstößt der Entwurf gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, weil dieselbe Beschlusskammer in vergleichbaren Verfahren unisono den folgenden Textbaustein verwendet, ohne dass ein sachlicher Differenzierungsgrund zu der hier vorliegenden Konstellation besteht:

*„Die Betroffene bietet die Leistung ... am Markt an. Selbst wenn insoweit ein ‚freiwilliges Angebot‘ im Sinne des § 21 Abs. 2 S. 2 Nr. 7 vorliegen würde, würde dies jedoch nicht dazu führen, dass eine abstrakte Zugangsverpflichtung durch die Behörde nicht mehr auferlegt werden könnte. Dem Abwägungskriterium des freiwilligen Angebots kann in Konstellationen wie der vorliegenden kein entscheidendes Gewicht zukommen. Die Marktteilnehmer sind auf die Nutzung eines nicht zu duplizierenden Vorleistungsprodukts angewiesen, um überhaupt auf dem Markt auftreten zu können.“*  
Ein Absehen von einer Zugangsverpflichtung im Sinne einer Implementierung unter nachträglicher Kontrolle *„würde im Widerspruch zur festgestellten Regulierungsbedürftigkeit des Marktes stehen.“* An anderer Stelle führt die Regulierungsbehörde aus: *„ein freiwilliges Angebot [genügt] nicht, wenn*

*auch nur die abstrakte Gefahr besteht, dass das freiwillige Angebot zurückgenommen bzw. mit überhöhten Konditionen verknüpft wird.“*

Seite 9 | 11  
24.04.2006

Der Entwurf sollte dahingehend abgeändert werden, dass gleiche Sachverhalte nicht willkürlich ungleich behandelt werden. Aus Sicht der IEN ist der Betroffenen daher eine Zugangsverpflichtung aufzuerlegen; jede andere Entscheidung zu Ziffer 7 wäre unverhältnismäßig im Sinne fehlender Angemessenheit wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

### 3. Rechtsfehler durch Berücksichtigung neuen marktanalyserlevanten Sachverhalts

Die IEN ist darüber hinaus der Auffassung, dass als freiwilliges Angebot im Rahmen der Ziffer 7 nur berücksichtigt werden kann, was bereits im Zeitpunkt der Marktanalyseentscheidung der Präsidentenkammer als freiwilliges Angebot im Markt vorhanden und überprüft worden war. Jede andere Sichtweise verstößt gegen die in Art. 7 der Rahmenrichtlinie antithetische Stellung von Marktanalyse und Abhilfeentscheidung. Die vom Entwurf vorgesehene Lösung, wonach nachträglich bekannt gewordene marktrelevante Tatsachen in der Abhilfeentscheidung berücksichtigt werden können, auch wenn sie nicht Gegenstand der Marktanalyse waren, verkennt, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der zur Marktanalyse relevanten Sachlage der Zeitpunkt der Entscheidung der Präsidentenkammer über die Marktanalyse ist, nicht der Zeitpunkt der Entscheidung der Beschlusskammer. Die gegenteilige Ansicht ist unhaltbar. Denn ansonsten würden die Kompetenzzuweisung an die Präsidentenkammer sowie die Beteiligungsrechte der EU-Kommission und der interessierten Parteien im nationalen Konsultationsverfahren unzulässig verkürzt. Überdies wäre es durch nichts gewährleistet, dass nicht in der Regulierungsverfügung eine Marktsituation zugrunde gelegt würde, die nicht zuvor als Marktanalyseergebnis konsultiert und notifiziert worden wäre.

## **V. Zu den übrigen vorgeschlagenen Verpflichtungen**

### 1. Absehen von Entgeltkontrolle

Was die auferlegten Entgeltmaßnahmen anbelangt, so ist die IEN der Meinung, dass ein Kostenmaßstab für die Entgelte als Folge der (gebotenen) Auferlegung einer Zugangsverpflichtung schon nach nationalem Recht eingeführt werden muss.

Aber selbst ohne eine Zugangsverpflichtung verstößt die gewählte Anwendung des § 30 Abs. 3 TKG gegen nationales Recht, weil sich die Regulierungsbehörde ihres Ermessens nicht bewusst ist. Insoweit ist das Absehen von Ex-ante-Entgeltregulierung ein Folgefehler, der aus einer mechanistischen Anwendung des TKG unter Außerachtlassung des gemeinschaftsrechtlichen Rahmens folgt. Hierin liegt zugleich ein Ermessensausfall, weil

sich die Behörde ihres europarechtlich eingeräumten Ermessens nicht bewusst ist. Dies entspricht im Übrigen auch der Rechtsauffassung der Kommission. Diese hatte im Vertragsverletzungsverfahren unter dem Aktenzeichen 2004-2221, am 20.04.2005 eine mit Gründen versehene Stellungnahme abgegeben, welche unter anderem die Missachtung des den Regulierungsbehörden durch die Richtlinien eingeräumten Ermessens bei der Auswahl der Maßnahmen nach Art 13 ZRL zum Gegenstand hatte. Die dort abgehandelte Konstellation ist mit der hier gegenständlichen Problematik – Einschränkung des Ermessens in § 30 Abs. 3 TKG – identisch. Der Entwurf sollte sich im Hinblick auf das bereits laufende Vertragsverletzungsverfahren mit der Frage des gemeinschaftsrechtlichen Einflusses auf die Auslegung des § 30 Abs. 3 TKG befassen.

Darüber hinaus ist das Absehen von Entgeltmaßnahmen ebenfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz. Denn die Regulierungsbehörde hatte in vergleichbaren Konstellationen – Zugang zum Netz eines Teilnehmer-netzbetreibers – regelmäßig die Auffassung vertreten, dass zur Gewährleistung der netzübergreifenden Erreichbarkeit und damit dem Schutz der Interessen der Endnutzer sowie zur Sicherung bzw. Förderung des Wettbewerbs die nachträgliche Entgeltkontrolle nach § 30 Abs. 3 TKG allein nicht ausreicht, und deshalb Zugangsverpflichtungen und konsequent auch Entgeltverpflichtungen ausgesprochen. So liegt es auch hier. Ein sachlicher Differenzierungsgrund im Verhältnis zu der hier zu entscheidenden Konstellation ist nicht erkennbar. Der vorliegende Entwurf verstößt mithin gegen den Gleichheitsgrundsatz.

## 2. Zur Transparenz- und Nichtdiskriminierungsverpflichtung

Was die auferlegten Abhilfemaßnahmen (Transparenz und Nichtdiskriminierung) anbelangt, so ist die IEN der Auffassung, dass diese – in der vorgeschlagenen isolierten Form angewandt – gegen Art. 8 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie verstoßen, weil sie nicht der Art des festgestellten Marktversagens entsprechen (siehe oben).

Im Hinblick auf das Ergebnis der Marktanalyse verfehlt ist im Übrigen die Annahme, das Marktproblem sei mit einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung zu beheben, welche die Wettbewerber in die Lage versetze, auf dem Endnutzermarkt ATM-Systemlösungen anzubieten, auch deshalb, weil der nachgelagerte Endnutzermarkt gerade nicht der Markt für ATM-Systemlösungen ist (siehe oben).

\*\*\*

Nach alledem regt die IEN an, den Entwurf grundlegend zu überarbeiten.

Die IEN ist der Auffassung, dass die Regulierungsbehörde bei korrekter Rechtsanwendung zwingend zu dem Ergebnis kommen muss, dass der

Betroffenen eine Zugangsverpflichtung aufzuerlegen ist. Denn Abwägungsmaterial, welches gegen eine Zugangsverpflichtung spricht, ist nicht ersichtlich; insbesondere wirkt sich die von der Beschlusskammer hierzu geschaffene Verwaltungspraxis dahin aus, dass ein Absehen von Zugangspflicht unweigerlich gleichheitswidrig wäre. Dagegen sprechen zahlreiche Faktoren für eine Zugangspflicht (siehe oben).

Bei Auferlegung einer Zugangspflicht würde die Regulierungsbehörde weiterhin auch die aus Sicht der IEN gegenwärtig kaum vertretbaren Vorschläge betreffend Entgeltregulierung und sonstige Verpflichtungen in einen gesetzmäßigen Rahmen, der nationalem und supranationalem Recht entspricht, zu revidieren haben, was die IEN ausdrücklich anregen möchte.

\*\*\*

Für Rückfragen stehen die Unterzeichnerin sowie die Vertreter der Mitgliedsunternehmen der IEN jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichem Gruß

  
Malini Nanda  
Leiterin Recht & Politik

Anlage: Schreiben der IEN in gleicher Sache vom 14.07.2005