



INITIATIVE  
EUROPÄISCHER  
NETZBETREIBER

IEN · Dorotheenstrasse 54 · 10117 Berlin

Europäische Kommission  
Art 7 Task Force  
Herrn Axel Bierer

**Per E-mail an [Info-comp-article7@ec.europa.eu](mailto:Info-comp-article7@ec.europa.eu)**

**Konsolidierungsentwurf der Regulierungsverfügung auf Markt Nr. 12 Breitbandzugang für Großkunden: Markt für ATM-Bitstrom-Zugang mit Übergabe auf der ATM-Ebene (layer 2) an verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie**

**Stellungnahme der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN)**

Sehr geehrter Herr Bierer,  
sehr geehrte Damen und Herren,

die Bundesnetzagentur hat am 12.01.2007 den Entwurf einer Regulierungsverfügung wegen 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 der Europäischen Kommission vorgelegt.

Die Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN) bedankt sich für die Möglichkeit, zu dem Entwurf Stellung nehmen zu dürfen.

**I. Zusammenfassung:**

Die IEN begrüßt ausdrücklich den Ansatz der Bundesnetzagentur (BNetzA), der Deutschen Telekom AG (DTAG) eine Zugangsverpflichtung inklusive Kollokation nach Art. 12 Abs. 1 lit. a) ZRL aufzuerlegen. Dies bedeutet gegenüber der nationalen Konsultation eine erhebliche Verbesserung im Hinblick auf eine zeitnahe Implementierung des AMT-Bitstromzugangs. Die DTAG hat sich bislang geweigert, den Wettbewerbern diesen Zugang auf freiwilliger Basis zu gewähren, so dass die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung das geeignete Mittel zur Beseitigung des Marktversagens darstellt. Allerdings sieht die IEN in der Begründung der BNetzA noch Ergänzungsbedarf (dazu unter II.1)

Berlin, den

19.01.2007

**MITGLIEDER**

Airdata  
BT  
Cable & Wireless  
Colt Telecom  
Verizon Business

**SITZ UND BÜRO**

Dorotheenstrasse 54  
10117 Berlin

**GESCHÄFTSFÜHRER**

RA Jan Mönikes

**VORSTAND**

Salomon Grünberg  
Sabine Hennig  
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)

Die IEN bedauert die die Entscheidung der BNetzA, von einer sektorspezifischen Entgeltkontrolle, insbesondere keiner Kostenorientierung, abzusehen. Die IEN erachtet die nachträgliche Entgeltkontrolle als keineswegs ausreichend, um eine konsistente Entgeltstruktur zu erreichen und strategische Preisgestaltungen zu vermeiden (dazu unter II.2).

Die IEN begrüßt weiterhin die Auferlegung der Gleichbehandlungspflicht sowie der auch Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung als angemessene Mittel, verweist allerdings auf die Notwendigkeit der Einführung eines leistungsfähigen und transparenten Kostentrennungssystems um ein Leerlaufen dieser Auflage zu verhindern (dazu unter II 3).

Die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes wird von der IEN ebenfalls positiv bewertet. Bedenken bestehen jedoch hinsichtlich des geringen Detaillierungsgrades der Regulierungsverfügung, da dieser unnötig Raum für weitere, die Implementierung des ATM-Bitstromzugangs weiter verzögernde Diskussionen über das Ob einzelner Produktkomponenten eröffnet (dazu unter II 3).

Im Rahmen dieser vorangestellten Anmerkungen erlaubt sich die IEN nachfolgend, der Kommission einige Vorschläge zu zur Kommentierung des Entwurfs zu unterbreiten, welchen im Falle des Aufgreifens durch die Kommission gemäß Art. 7 Abs. 3 und 5 der Rahmenrichtlinie von der BNetzA weitestgehend Rechnung zu tragen wäre.

## **II. Im Einzelnen**

### **1. Auferlegung einer Zugangsverpflichtung.**

Die IEN begrüßt die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung, genauer: die Verpflichtung, auf Nachfrage ATM-Bitstromzugang dadurch zu gewähren, dass die DTAG im Rahmen eines einheitlichen Produkts dem Nachfrager xDSL-Anschlüsse überlässt und den darüber geführten Paketstrom über ihr Konzentratornetz zu den Vermittlungsstellen ihres ATM-Kernnetzes transportiert, wo sie ihn dem nachfragenden Unternehmen übergibt. Zudem wird die Zugangsverpflichtung zu den Kollokationsräumen auferlegt. Diese Entscheidung steht im Gegensatz zu dem zur nationalen Konsultation vorgelegten Entwurf im Einklang mit den nationalen und supranationalen gesetzlichen Vorgaben. Insbesondere erkennt die IEN an, dass nunmehr auch die Kriterien des Art. 12 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie berücksichtigt wurden und die BNetzA das Kriterium des jetzigen § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG anders als in der nationalen Konsultation bewertet hat.

Die IEN stimmt mit der BNetzA überein, dass die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung das geeignete Mittel ist, um das bestehende Marktversagen zu beseitigen. Die DTAG hat sich bislang geweigert, ihren Wettbe-

werben Bitstromzugang auf freiwilliger Basis zu gewähren. In diesem Zusammenhang hat die BNetzA bereits in ihrer Marktuntersuchung zu Markt 12 der Märkteempfehlung der EU-Kommission die Unterteilung des Marktes in den Markt für IP-Bitstrom und den Markt für ATM Bitstrom unterteilt und die beträchtliche Marktmacht der DTAG sowie das Marktversagen auf beiden Märkten festgestellt. In der zum IP-Bitstrom im Februar 2006 ergangenen Regulierungsverfügung hat die BNetzA ebenfalls eine Zugangsverpflichtung auferlegt. Es ist daher nur konsequent, nunmehr auch auf dem Markt für ATM-Bitstrom eine Zugangsverpflichtung aufzuerlegen. Die noch in der nationalen Konsultation intendierte Nichtauferlegung dieser Maßnahme hätte einen Verstoß gegen Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie bedeutet und wäre auch im Hinblick auf die Ziele des Artikels 8 der Rahmenrichtlinie weder angemessen noch gerechtfertigt gewesen. Diese Einschätzung ergibt sich zudem auch aus dem gemeinsamen Standpunkt der ERG über die Auferlegung von Abhilfemaßnahmen (*ERG, Common Position on the Approach to appropriate remedies in the new regulatory framework, ERG (03)30rev1, Seite 80 ff, Ziffer 5.2.2.*).

Die IEN vermisst jedoch in der Begründung des Entwurfs der BNetzA einige klarstellende und vertiefende Ausführungen.

#### **a) Keine Entbehrlichkeit der Zugangsverpflichtung durch P-BSA**

Hervorheben möchte die die IEN zunächst, dass die BNetzA nunmehr zutreffend erkannt hat, dass das bisherige von der DTAG vorgelegte Angebot „Premium Bitstream Access“ (P-BSA) nicht geeignet ist, das bestehende Marktversagen zu beseitigen. Allerdings lassen die diesbezüglichen Ausführungen einige Aspekte vermissen welche nachfolgend zur Vermeidung von Wiederholungen nur kurz angedeutet werden sollen (im Übrigen verweist die IEN auf die Präsentation für die Art 7 Task Force vom 30.03.2006 welche als Anlage beigefügt ist):

- Bei dem Angebot „P-BSA“ handelt es sich um ein reines „ge-reselltes“ Endnutzerangebot und kein Vorleistungsprodukt. Dies wird insbesondere dadurch deutlich, dass sich sämtliche Parameter wie etwa die Preisgestaltung und sonstige Rahmenbedingungen auf Retailniveau befinden.
- Zudem ist der Vertrag ist keine Sprosse auf der Investitionsleiter, sondern adressiert nur einen Nischenmarkt. Das Angebot verfehlt die Bindegliedfunktion da es nicht zwischen unterschiedlichen Netzebenen unterscheidet und somit faktisch keinerlei Investitionsanreize schafft.
- Die Existenz von P-BSA war zudem nicht Gegenstand der Marktanalyse und kann somit gemäß Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie auch nicht zur Beseitigung des Marktversagens herangezogen werden.

- Es fehlen ferner essentielle Parameter für ein Vorleistungsangebot fehlen (elektronisches Verfügbarkeitstool, elektronische Order-Management-Schnittstellen für die Bestellung und die Steuerung der laufenden Betriebsparameter von DSL-Anschlüssen, elektronische Schnittstellen für die Aufgabe von Störungsmeldungen und die Kontrolle der Störungsbeseitigung, definierte Lieferzeiten und Verzugsregelungen).

Zudem weist die IEN daraufhin, dass eine Zugangsverpflichtung nicht deshalb überflüssig ist, weil einige Marktteilnehmer das Angebot P-BSA unterzeichneten. Dies hatte aus unserer Sicht seine Gründe einmal in dem Bedürfnis der Supplementierung im Sinne eines „last available resort“ oder schlicht reiner Strategie (um eigene Produkte zu schützen), da das Angebot die einzige Möglichkeit darstellte, SDSL-Endnutzeranschlüsse von der DTAG zu erhalten. Dass Wettbewerber gezwungen sind, in Ermangelung anderer Alternativen – wenn wie vorliegend ein Vorleistungsangebot rechtswidrig verweigert wird – bestehende Endnutzerangebote zu nutzen, ist der BNetzA bekannt. Die IEN weist in diesem Zusammenhang auf das Verfahren BK 2a 04/028 hin. Die BNetzA hat selbst in der Anhörung zum Bitstromzugang vom 19.11.2003 unter Ziffer 22 die Frage stellt, ob die interessierte Partei Endkundenprodukte als Vorleistungsprodukte nutze. Die Möglichkeit, Endnutzerangebote als Vorleistung zu nutzen, war darüber hinaus auch Gegenstand des Verfahrens DE/2005/0262 vom 11.10.2005 (siehe etwa Seite 13 des Notifizierungsentwurfs).

Darüber hinaus hält die IEN den Hinweis für wünschenswert, dass der Vortrag der DTAG, ein kommerzielles Angebot reiche aus, sowohl ausweislich des Ergebnisses der Marktanalyse als auch ausweislich der Marktergebnisse unzutreffend ist. Für Marktakzeptanz reicht es nicht aus, dass nur Papier unterzeichnet wird, sondern die angebotenen Leistungen auch in nennenswertem Umfang genutzt werden. Tatsächlich werden nach öffentlich zugänglichen Daten aber < 2000 Schaltungen verzeichnet. Ausserdem hatte die BNetzA in ihrer Notifizierung vom 11.10.2005 in Sachen DE/2005/0262, dort Seite 90 Anm. 145, ermittelt, dass 35 von 106 befragten Unternehmen Interesse an ATM-Bitstream haben. Die Behauptung, ein Großteil des Marktes habe P-BSA akzeptiert, ist daher haltlos.

## **b. Verfahrensdauer**

Die IEN möchte noch einmal ausdrücklich hervorheben, dass die bisherige Verfahrensdauer für die Wettbewerber der DTAG nicht nur hart, sondern schlechthin unerträglich ist. Die Marktdatenerhebung hat bereits im Jahr 2004 stattgefunden, dennoch hat die BNetzA erst im Herbst 2005 das Ergebnis der Marktanalyse notifiziert. Die Regulierungsverfügung wird nunmehr erst im Jahr 2007 ergehen. Die IEN bittet daher die Kommission, die die BNetzA auffordern, die einschlägigen Abhilfemaßnahmen unverzüglich anzuwenden und im Hinblick auf Art. 7 Abs. 3 Alternative 2 der Zugangs-

richtlinie regelmäßig zu prüfen, ob die vorgeschlagenen Verpflichtungen die gewünschten Ergebnisse bringen.

### **c. Geringer Detaillierungsgrad**

Die IEN vermisst des Weiteren in dem Entwurf der Regulierungsverfügung einen höheren Detaillierungsgrad. Die dadurch entstehenden Rechtsunsicherheiten haben sich in der Vergangenheit bereits in einer Vielzahl von Auseinandersetzungen mit der DTAG widerspiegelt und der vorliegende Entwurf erschöpft nicht einmal das Ergebnis der Marktanalyse. Dies wird deutlich an der Aussage „Markt für ATM-Bitstromzugang mit Übergabe auf der ATM-Ebene an verschiedenen Übergabepunkten in der Netzhierarchie“. Hier regt die IEN die Aufforderung an die BNetzA an, die vorgeschlagene Maßnahme weiter durch Vorgaben zu konkretisieren, insbesondere im Hinblick auf die minimale und maximale Anzahl der Zusammenschaltungspunkte und die elementaren auf ATM-Ebene notwendig verfügbaren Parameter.

### **d. Stand-Alone-Bitstream**

Die IEN möchte des Weiteren darauf hinweisen, dass, ebenso wie in der Regulierungsverfügung zu IP-Bitstrom (DE/2006/457), eine klare Stellungnahme zum Thema des „Stand-Alone-Bitstream“ fehlt. Hier wie dort formuliert die BNetzA, „die Einführung von Naked DSL werde im Gleichschritt mit der europäisch harmonisierten Entwicklung verfolgt werden“.

Diese Formulierung hat die DTAG veranlasst, im Mitte Dezember 2006 vorgelegten Entwurf eines Standardangebots zum IP Bitstream kein „Naked DSL“ vorzusehen, mit dem Argument, dass dieses von der BNetzA nicht verlangt worden sei. Nach Auffassung der IEN ist die Formulierung der BNetzA insbesondere im Hinblick darauf, dass in Deutschland bei Teilnehmeranschlüssen keinerlei Wettbewerb besteht, weil ein Wiederverkauf des Teilnehmeranschlusses („Resale“, Wholesale Line Rental) nicht existiert, nicht ausreichend. Die DTAG steht zudem auf dem Rechtsstandpunkt, Wettbewerbern sogar die Überlassung „normaler“ ISDN Anschlüsse verweigern zu können (wird derzeit gerichtlich überprüft). Die BNetzA Formulierung würde im Ergebnis dazu führen, dass Nachfrager nach Vorleistungsprodukten gezwungen werden, bei der DTAG Retail-Konditionen Endnutzer-Telefonanschlüsse zu bestellen, nur um sodann diese mit Bitstream-Anschlüssen zu beschalten.

Die IEN möchte daher die Kommission bitten, im Einklang mit ihrer Stellungnahme im Verfahren DE/2006/457 darauf hinzuwirken, den Stand-Alone-Bitstream unverzüglich aufzuerlegen, um es Wettbewerbern zu ermöglichen, Endkunden Breitbandverbindungen anzubieten, ohne dass die Verpflichtung besteht, einen Telefonanschluss von der DTAG anmieten zu müssen. Dies würde besonders den Wettbewerb insbesondere in ländlichen, weniger für die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung geeigneten

Gebieten stimulieren, wo der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt in Deutschland besonders schwach ist.

#### e. Einbeziehung von VDSL

Die IEN begrüßt, dass die von der BNetzA auferlegte Zugangsverpflichtung den Bitstrom aller Infrastrukturen umfasst, einschließlich ADSL2, ADSL2+, SDSL und VDSL, es sei denn dass sie keine Substitute zu den anderen Bitstromzugangsprodukten darstellen. Dieses entspricht der Praxis aller nationalen Regulierungsbehörden, die die Marktanalyse des Breitbandzuges für Großkunden bisher notifiziert haben.

Aus Presseberichten geht hervor, dass die DTAG die Strategie für die Vermarktung ihres Internet-TV-Produkts „T-Home“ zu ändern scheint ([http://www.ftd.de/technik/it\\_telekommunikation/149728.html](http://www.ftd.de/technik/it_telekommunikation/149728.html)): der Konzern wolle sein Internetfernsehangebot demnächst bundesweit über das klassische DSL-Netz anbieten.

*„Derzeit verkauft die Telekom das Hoffungsprodukt ausschließlich in Kombination mit einem Anschluss für ihr superschnelles Glasfasernetz (VDSL). Deshalb steht T-Home zurzeit nur etwa 5,5 Millionen deutschen Haushalten zur Verfügung. Damit zeichnet sich ab, dass der neue Telekom-Chef René Obermann die Strategie des Unternehmens bei schnellen Breitbandanschlüssen neu ausrichtet. Ursprünglich wollte der ehemalige Monopolist sein TV-Produkt mit exklusiven Bundesliga-Inhalten sowie über 80 Sendern dazu verwenden, schnell Kunden auf das neue VDSL-Netz zu ziehen, in das der Konzern bereits mehr als 500 Mio. Euro investiert hat. Inzwischen hat sich diese Strategie jedoch als Flop erwiesen: FTD-Informationen zufolge hat T-Home bisher lediglich rund 25.000 Abonnenten. Ein Telekom-Sprecher wollte die Kundenzahl nicht kommentieren. Zu den Plänen, T-Home über die bestehende Infrastruktur anzubieten, sagte er: ‚Wir prüfen das.‘ Nach FTD-Informationen könnte die Telekom ihre Pläne bereits auf der Computermesse Cebit Mitte März bekannt geben. Insider berichten, T-Home solle künftig zusammen mit einem 16-Megabit-Anschluss verkauft werden. Zu dem Bündelprodukt („Triple Play“) gehört neben TV und Internet auch ein Telefonanschluss. Unklar ist, ob der Konzern den Aufbau des VDSL-Netzes wie geplant weiterverfolgt.“*

Sollte diese Änderung (was zu erwarten wäre) eintreten, lässt sich daraus schließen, dass auch die DTAG selbst von einer Substituierbarkeit zwischen VDSL- und anderen bestehenden x-DSL-Produkten auf der Großkunden- und Endkundenebene ausgeht. Die IEN möchte daher anregen, dass die Kommission dies, wie zuvor auch im Ernsthafte-Zweifel-Schreiben im Fall DE/2005/0262 und sodann im Fall DE/2006/457) nochmals klarstellt und insbesondere darauf hinweist, dass eine bloße Aufrüstung eines bestehenden Services (wie etwa das Anbieten einer höheren Bandbreite) als

solche nicht einen neuen Markt begründet. Die BNetzA sollte diesbezüglich eine klare Aussage dahingehend treffen, dass die Frage nach Substituierbarkeit zwischen Bitstromzugang zu VDSL-Verbindungen und anderen Formen des Bitstromzuges von vornherein positiv zu beantworten ist.

Seite 7 | 13  
19.01.2007

#### **f. Verhältnis zwischen Zugangs- und Nichtdiskriminierungsverpflichtung.**

Aus Sicht der IEN scheint die BNetzA teilweise von der Auffassung geleitet zu sein, die DTAG müsse den Zugang nur insoweit einräumen, als sie ihn sich selber gestatte [vgl. Entwurf Seite 16 unten]. In diesem Fall verwechselt die BNetzA jedoch die Nichtdiskriminierungsverpflichtung mit der Zugangsverpflichtung, die ihre innere Rechtfertigung in der Herrschaft über eine wesentliche Einrichtung hat und nicht in dem der Diskriminierung innewohnenden Unwertvorwurf. Hier erachtet die IEN eine Klarstellung für wünschenswert, dass eine Zugangsverpflichtung nicht nur der Beseitigung einer bestehenden Diskriminierung dient, sondern der erstmaligen Schaffung von Wettbewerb.

#### **g. Verhältnis zwischen Zugangs- und Endnutzermarkt**

Die IEN möchte weiterhin darauf hinweisen, dass - ausgehend von der auf Seite 3 wiedergegebenen Netzstruktur - die BNetzA den Denkfehler begeht, ATM-Bitstromzugang sei nur als Vorprodukt für Endnutzeringebote auf dem Markt für ATM-Systemlösungen zu verstehen [vgl. Entwurf Seite 12 unten]. Eine solche Definition würde jedoch keine eigenen maßgeschneiderten Dienste im Sinne der Definition von Bitstrom darstellen, sondern genau die Vorbestimmung des Anwendungszwecks durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ermöglichen, die dem echten Bitstromzugang gerade fremd ist.

Aus diesem Grunde möchte die IEN anregen, dass die BNetzA klarzustellen sollte, dass der angeordnete Zugang verwendungszweckneutral ist und der Nachfrager nicht darauf beschränkt ist, Angebote auf einem bestimmten Endnutzermarkt zu unterbreiten. In diesem Zusammenhang sollte die Kommission daran erinnern, dass ATM-Bitstromzugang kein Zugang zum ATM-Netz, sondern ein ATM-Zugang zum Kunden ist.

## **2. Verzicht auf ex-ante Entgeltkontrolle**

Die IEN hat zur Kenntnis genommen, dass die BNetzA im Entwurf davon abgesehen hat, eine Vorab-Entgeltkontrolle zu implementieren.

Die BNetzA zieht insoweit für ihre Entscheidung § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG neue Fassung heran. Dieser lautet: „Entgelte eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für die die Bundesnetzagentur eine Genehmigungspflicht nach Absatz 1 Satz 1 unbeschadet der Regelung des Absatzes 1 Satz 2 ausnahmswei-

se zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 für nicht angemessen hält, unterliegen der nachträglichen Regulierung nach § 38.“

Seite 8 | 13  
19.01.2007

Die Entscheidung wird im Wesentlichen damit begründet, dass auf dem Vorleistungsmarkt die Qualität wichtig sei, weswegen der Preis nicht die entscheidende Rolle spiele. Dies folge daraus, dass ATM Bitstream einem kleinen Endnutzermarkt (für ATM-Systemlösungen) diene.

Ogleich die IEN anerkennt, dass der BNetzA vorliegend hinsichtlich der Auswahl der geeigneten Abhilfemaßnahme ein Ermessen zusteht und der neue § 30 Abs.3 Satz 2 TKG insoweit nicht zu beanstanden ist, vertritt die IEN die Auffassung, dass in diesem Fall vorliegend eine ex ante Preiskontrolle gemäß Art 13 der Zugangsrichtlinie auferlegt werden muss.

Die BNetzA übersieht vorliegend, dass gemäß Art 8 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie bei der Ermessensausübung die Abhilfemaßnahme Kehrseite des Marktversagens sein muss. Insoweit bestehen aus Sicht der IEN erhebliche Zweifel, ob die vorgeschlagene Missbrauchskontrolle durch Heranziehung der excessive-pricing-Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechts (§§ 30 Abs. 3, 38, 28 TKG) eine angemessene Abhilfemaßnahme darstellt. Zur Begründung sind die nachfolgenden Erwägungen anzuführen:

**a. Konsistenz mit IP Bitstrom**

Der Vergleich mit der Regulierungsverfügung zu IP Bitstream deutet darauf hin, dass ein Verzicht auf ex-ante-Maßnahmen der Preiskontrolle eher fernliegend ist. Im vorliegenden Verfahren besteht eine identische Situation (Refusal to supply), die aber mit einer anderen Abhilfemaßnahme der BNetzA (excessive pricing rule anstatt Kostenorientierung) beseitigt werden soll. Die IEN weist darauf hin, dass auch die Kommission im Verfahren DE/2006/0457 (Seite 5ff) diese Auffassung unter dem Stichwort „Wirkungsvolle Preisregulierung“ vertreten hat und die BNetzA aufgefordert hat, eine effektive ex-ante Preiskontrolle einzuführen.

**b. EU-Vergleich**

Die Angemessenheit einer ex-ante Preiskontrolle zeigt auch ein Vergleich der Regulierungsmaßnahmen auf Markt 12 in anderen EU Ländern. Die BNetzA versäumt in dem Entwurf zu begründen, weshalb dieses in weiten Teilen Europas eingeführte System von Entgeltkontrollmaßnahmen nicht für den deutschen Markt für ATM-Bitstrom gelten soll. Sektorspezifische Ex-ante-Preiskontrollmaßnahmen nach Art. 13 der Zugangsrichtlinie (zum Beispiel durch Kostenorientierung oder Retail-Minus-Regel) wurden hiernach den jeweiligen SMP-Operatoren auferlegt in AT, CY, DK, EST, FR, DE für das IP-Bitstream, GR, HU, EI, IT, LV, LT, LU, PL, PT, SL, SV, ES, UK.

**c. Investitionsleiter**

Entgelte müssen konsistent sein, um strategische Preisgestaltungen zu vermeiden und um ein „Klettern“ auf der Investitionsleiter zu ermöglichen. Insoweit ist zu konstatieren, dass die Entgelte einzupassen sein werden zwischen der entbündelten TAL (Markt 11) und dem IP-Bitstrom (Markt 12), der Vorleistungs-Mietleitung (Märkte 13, 14) und dem freiwilligen Angebot „Resale DSL“, welches von der DTAG mit dem Preissystem „Retail minus 20 %“ bepreist wird. Die geforderte konsistente Preisgestaltung dürfte kaum zu bewerkstelligen sein, wenn, wie vorliegend, teils eine Kostenorientierung, teils ein „Retail Minus“-Ansatz und teils gar keine sektorspezifische Entgeltkontrolle angewendet wird.

**d. Historie**

Die Historie des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht ist wenig Vertrauens erweckend im Hinblick auf die zu erwartende Preisgestaltung. Die IEN verweist in diesem Zusammenhang auf das Verfahren 2003/707/EG der Kommission gegen die DTAG wegen einer Preis-Kosten-Schere im Bereich der Teilnehmeranschlussleitung. Auch das von der DTAG anstatt einer Vorleistung vorgeschobene „freiwillige“ Angebot lag preislich um den Faktor vier über dem europäischen Durchschnitt. Im Übrigen ist zu konstatieren, dass die Betroffene in der Vergangenheit häufig versucht hat, Margen so weit wie möglich im Vorleistungsbereich zu generieren, während im Endnutzerbereich Kampfpreise angesetzt wurden, wie etwa bei der TAL gegenüber den Kosten für einen Endkunden-Telefonanschluss. In dieser Situation liegt es aus Sicht der IEN nahe anzunehmen, dass die Betroffene auch im Bereich der Breitbandvorleistungsmärkte zu den Methoden des *Margin Squeeze* greifen würde. Es ist insoweit wenig überzeugend, einem Unternehmen, welches bekanntermaßen bereits des Öfteren Preismissbrauch betrieben hat, die Wohltat einer ex-post-Kontrolle zukommen zu lassen. Die IEN weist darauf hin, dass die Nachfrager selbstverständlich willens und in der Lage sind, für niedrige wie auch hohe Qualitäten jeweils den angemessenen Preis zu bezahlen – aber eben keinen beliebig überhöhten Preis. Der Verzicht auf die Preiskontrollmaßnahmen des Rechtsrahmens trägt dieses Risiko jedoch in sich und wird zu weiteren Verzögerungen bei der Implementierung von ATM Bitstream Access führen.

**e. Formaler Ermessensfehlgebrauch**

Die BNetzA zitiert auf Seite 23 des Entwurfs einseitig die Stellungen von TAL-basierten Unternehmen wie Arcor und QSC, die sich – im Interesse der Margen ihres eigenen Geschäftsmodells – für nachträgliche Entgeltregulierung aussprechen. Dass die Mitgliedsunternehmen der IEN, namentlich BT, Colt und Verizon Business, in ih-

ren Stellungnahmen wichtige Gründe für eine Kostenkontrolle angeführt haben, bleibt hingegen unberücksichtigt, so dass hier nach Auffassung der IEN ein Ermessens Fehlgebrauch gegeben ist.

**f. Erstmalige Regulierung**

Es ist aus Sicht der IEN ferner zu berücksichtigen, dass die vorgeschlagene Maßnahme zur erstmaligen Verfügbarkeit eines neuen Vorleistungsprodukts führen soll. Insbesondere im Hinblick darauf, dass die BNetzA selbst auf Seite 23 ihrer Notifizierung die Gefahr beschreibt, dass die DTAG ihr „grundsätzliches Preiserhöhungspotential“ zum Nachteil des Wettbewerbs ausnutzt, scheint eine Preiskontrolle erforderlich. Es wird darauf hingewiesen, dass auch nach Auffassung der IEN ggf. im späteren Verlauf und nach der Bewertung erster Erfahrungen eine mildere Form der Preiskontrolle ausreichend sein kann.

**g. Konsistenz mit der Mietleitung**

ATM Bitstrom wurde von dem (Vorleistungs-)Markt für Mietleitungen abgegrenzt. Die Unterschiede bestehen neben der technischen Realisierung auch in einem Preis-Leistungs-Unterschied (jedenfalls unter Heranziehung von ADSL Zugangsleitungen). Insofern ist es nach Auffassung der IEN notwendig, dass eine solche Abgrenzung auch tatsächlich erfolgt. Da die DTAG selber aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung kein Interesse daran hat, ATM Bitstrom am Markt zu platzieren, ist insbesondere eine deutliche Preisabgrenzung zu Mietleitungen, sowohl in einer „Ende zu Ende“-Ausgestaltung als auch unter Berücksichtigung des PPC-Systems notwendig. Dies kann nur durch die Wahl der ex-ante Entgeltkontrolle sichergestellt werden. Insoweit liegt es nahe, das für Mietleitungen geltende Preiskontrollregime auch für die parallel verlaufenden ATM-Bitstream-Verbindungen anzuwenden.

**h. Begründung nicht tragfähig**

Wie zuvor bereits dargestellt, begründete die BNetzA ihre Entscheidung im Wesentlichen damit, dass auf dem Vorleistungsmarkt die Qualität wichtig sei, weswegen der Preis nicht die entscheidende Rolle spiele. Dies folge daraus, dass ATM Bitstream einem kleinen Endnutzermarkt (für ATM-Systemlösungen) diene. Diesem Ansatz tritt die IEN entschieden entgegen. Der Notifizierungsentwurf verwechselt an dieser Stelle Vorleistungs- und Endnutzermarkt. Dass Vorleistungsnachfrager eine bestimmte Qualität nachfragen, bedeutet indes noch nicht, dass auf dem Endnutzermarkt kein Preiswettbewerb herrscht („Preis ist immer ein Argument“). Selbst bei hochqualitativen Produkten ist selbstverständlich immer auch der Preis ein wichtiges Entscheidungskriterium. Im Übrigen wäre der Preis auf

Endkundenseite unbezahlbar hoch, wenn der Vorleistungsanbieter neben überhöhten Vorleistungspreisen auch noch seine Entgelte für zusätzliche (Qualitäts-)Services hinzufügen würde. Selbst wenn das Produkt durch eine hohe Qualität hervortreten würde, wäre es durch seine Bepreisung trotz der Qualität nicht wettbewerbsfähig.

Die IEN regt an, dass die Kommission die BNetzA auffordert klarzustellen, dass der angeordnete Zugang verwendungszweckneutral ist und der Nachfrager nicht darauf beschränkt ist, Angebote auf einem bestimmten Endnutzermarkt zu unterbreiten. Aus diesem Grunde verfängt auch das Argument der BNetzA nicht, ATM-Bitstrom diene nur einem bestimmten Endnutzermarkt, auf dem kaum Preiswettbewerb herrsche.

Zudem erlegt der Notifizierungsentwurf der DTAG ein neu zu schaffendes Zugangsangebot auf, in Ansehung dessen keinerlei Erfahrungen mit Kosten und Preisen bestehen. Damit ist durch nichts ausgeschlossen, dass eine Kostenorientierung der Entgelte für dieses Zugangsangebot angemessen wäre. Insoweit ist die Einschätzung des Notifizierungsentwurfs, wonach eine Verpflichtung zur Kostenorientierung unangemessen wäre, reine Spekulation.

Diese Erwägungen vorangestellt, bittet die IEN die Kommission dringend darum, der BNetzA im Hinblick auf die ansonsten gegebene Fähigkeit des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht Preisdiskrepanzen zu bewirken und durch überhöhte Vorleistungspreise auch den Endnutzerpreis unangemessen hoch zu halten, aufzufordern, eine wirksame Vorab-Preiskontrolle aufzuerlegen. Eine nachträgliche Preiskontrolle stellt keine angemessene Abhilfemaßnahme für das aufgezeigte Wettbewerbsproblem auf dem betreffenden Großkundenmarkt dar.

Die IEN erachtet auch den Hinweis der Kommission als unerlässlich, dass die Feststellung des Nichtvorhandenseins von beträchtlicher Marktmacht auf dem Endkundenmarkt für Breitbandzugang für sich genommen nicht ausreichend ist, um eine Vorab-Preiskontrollverpflichtung auf dem Großkundenmarkt aufzuheben.

Hinsichtlich der Umsetzung der Vorab-entgeltkontrolle regt die IEN an, die BNetzA auffordern, in ihrer abschließenden Maßnahme darzulegen, auf welcher Methode die Preiskontrolle aufbauen wird, damit Transparenz und Rechtssicherheit im Markt gesichert werden. Diesbezüglich weist die IEN darauf hin, dass das deutsche Recht vorsieht, dass die Preiskontrolle sowohl in Form von Kostenorientierung als auch in Form eines Benchmarks umgesetzt werden kann.

In diesem Zusammenhang möchte die IEN die Besorgnis äußern, dass Benchmarking es nicht erlauben könnte, die spezifischen nationalen Gegebenheiten, die eine Auswirkung auf die Kosten haben können, zu berücksichtigen.

sichtigen. Dies gilt insbesondere für die Netztopologie und die Unterschiede bei den Zusammenschaltungspunkten. Zudem würde ein Benchmarking möglicherweise auch nicht die angemessene Marge mit den im deutschen Markt maßgeblichen Endkundenpreisen einerseits und mit den regulierten Preisen für den entbündelten Teilnehmeranschluss andererseits sichern. Diese Margen sind unumgänglich, um alternativen Anbietern einen Anreiz zu geben, die Investitionsleiter zu erklimmen und eine Preis-Kosten-Schere auf den verschiedenen Sprossen dieser Leiter zu vermeiden. Daher bittet die IEN die Kommission auch hier um einen entsprechenden Hinweis an die BNetzA. Sie ist aufzufordern, entweder eine Retail-Minus-orientierte oder eine kostenorientierte ex-ante-Preiskontrolle aufzuerlegen. Sollte die BNetzA Kostenorientierung wählen, so sollte sie den Marktteilnehmern ein Kostenmodell darlegen, auf dem die Kostenorientierung basiert, um die Transparenz zu erhöhen.

### **3. Sonstige Anmerkungen**

#### **a. Gleichbehandlungspflicht nach § 19 TKG**

Die IEN erachtet die Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes als angemessen und begrüßt die Entscheidung der BNetzA. Allerdings scheint der Entwurf nach Auffassung der IEN teilweise von dem Denkfehler geleitet zu sein, DTAG müsse den Zugang nur insoweit einräumen, als sie ihn sich selber gestatte [vgl. Seite 16 unten des BNetzA-Papiers]. In diesem Zusammenhang verweist die IEN auf die Ausführungen unter II.1.f und bittet die Kommission um einen entsprechenden klarstellenden Hinweis.

#### **b. Getrennte Rechnungsführung nach § 24 TKG**

Die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung stellt eine Standardmaßnahme der Entgeltkontrolle dar, deren Implementierung aus Sicht der IEN zu begrüßen ist. Die IEN möchte jedoch darauf hinweisen, dass die Verpflichtung ohne ein entsprechend der Kommissionsempfehlung (2205/698/EG) und auch von der ERG in den gemeinsamen Standpunkten (04) 34 und (04) 15 beschriebenes leistungsfähiges und transparentes Accounting-Separation-System weitgehend leer läuft. Erfahrungen aus der Vergangenheit belegen, dass die BNetzA die Heranziehung von Benchmarks einer effektiven Kostenanalyse vorzieht.

Auch in diesem Zusammenhang regt die die IEN an, die BNetzA aufzufordern, die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung alsbald dadurch zu implementieren, dass sie unter maßgeblicher Beachtung der Gemeinsamen Standpunkte der ERG ein funktionsfähiges und transparentes Kontentrennungs- und Kostenrechnungssystem implementiert, das für Markteteiligte nachvollziehbar ist.

**c. Standardangebot nach § 23 Abs.1 TKG.**

Seite 13 | 13  
19.01.2007

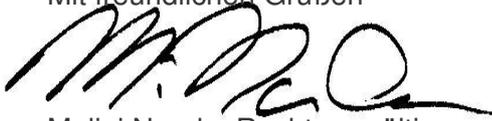
Schließlich begrüßt die IEN auch die Auferlegung einer Standardangebotsverpflichtung, zumal bislang keinerlei wie auch immer geartetes Angebot der Betroffenen vorliegt. Es begegnet diesbezüglich keinen Bedenken, eine Transparenzverpflichtung dahinter zurücktreten zu lassen. Hinsichtlich der Tatsache, dass die DTAG im Hinblick auf die Regulierungsverfügung IP Bitstream nunmehr bezweifelt, zu bestimmten Angebotskomponenten verpflichtet zu sein (so bestreitet die Betroffene etwa, dass die BNetzA Stand-alone-Bitstream auferlegt habe), ist ein höherer Detaillierungsgrad der Regulierungsverfügung nötig, damit weniger Diskussion über das Ob einzelner Produktkomponenten im Rahmen des Standardangebots diskutiert werden müssen (dazu auch unter II.1.d.). Durch eine solche Maßnahme könnte der DTAG auch deutlich gemacht werden, dass eine Klage gegen eine Regulierungsverfügung ausschließlich zu Verzögerungszwecken sinnlos ist.

Die Kommission sollte hier gemäß den bereits gemachten Ausführungen erwägen, die BNetzA aufzufordern, die vorgeschlagenen Maßnahmen weiter zu konkretisieren.

\*\*\*\*

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

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Nanda', written in a cursive style.

Malini Nanda, Rechtsanwältin  
Leitung Recht und Politik