

IEN · Dorotheenstrasse 54 · 10117 Berlin

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,  
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen  
Beschlusskammer 2  
Herrn Vorsitzenden Kurmeyer  
Tulpenfeld 4  
**53113 Bonn**

**Per Email an: bk2-postfach@bnetza.de**

**Verfahren BK2c-09/002-R - Entwurf einer Regulierungsverfügung gegenüber der Deutschen Telekom AG auf Markt 1 „Zugang zu Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ der Empfehlung der Kommission vom 17.12.2007**

Berlin, den

27.05.2009

**Hier: Ergänzende Stellungnahme der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN)**

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

im oben genannten Verfahren möchten wir im Nachgang zu der öffentlichen mündlichen Verhandlung insbesondere aufgrund der aktuellen Verhaltensweise der Deutsche Telekom AG (Betroffene) im Markt noch einmal ergänzend zu der Stellungnahme vom 15.04.2009 Stellung nehmen.

Die Betroffene kündigt derzeit einer Vielzahl ihrer Kunden, die einen ISDN-Anschluss nutzen mit der Behauptung, dass diese Produkte zukünftig nicht mehr angeboten würden. Sie bietet dabei den dadurch verunsicherten Kunden ihre eigenen Bündelprodukte, insbesondere Call & Surf, an. Sollte die Betroffene mit diesem Verhalten erfolgreich sein, stellt dies eine massive Existenzbedrohung der Reseller der IEN-Mitgliedsunternehmen sowie deren Geschäftsmodelle als auch der eigenen Geschäftsmodelle der IEN-Mitgliedsunternehmen dar.

## **I. Call-by-Call und Preselection**

Wie bereits vorgetragen, begrüßt die IEN die geplanten Verpflichtungen zur Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl sowie die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung für Endnutzerleistungen. Ergänzend möchte die IEN auf die nachfolgenden Aspekte hinweisen.

### **MITGLIEDER**

Airdata  
BT  
Cable & Wireless  
Colt Telecom  
Orange Business  
Verizon Business

### **SITZ UND BÜRO**

Dorotheenstrasse 54  
10117 Berlin

### **GESCHÄFTSFÜHRUNG**

RAin Malini Nanda

### **VORSTAND**

Sabine Hennig  
Dr. Jutta Merkt  
Dr. Andreas Peya  
Andreas Schweizer

### **KONTAKTE**

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

## 1. Auferlegung der Verpflichtungen netzseitig

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung vertrat die Betroffene die Auffassung, eine Auferlegung zur Betreiberauswahl/Betreibervorauswahl komme am All-IP-Anschluss nur am Router in Frage und dürfe nicht netzseitig verlangt werden. Dies sei mit § 40 Abs. 1 TKG nicht in Einklang zu bringen. Dabei verkennt die Betroffene jedoch den Wortlaut des § 40 Abs. 1 Satz 2 TKG, der wie folgt lautet:

*„Das geschieht sowohl durch Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren durch wählen einer Kennzahl als auch durch Betreibervorauswahl, wobei jedoch bei jedem Anruf die Möglichkeit besteht, die festgelegte Vorauswahl durch wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen.“*

Diese Formulierung verdeutlicht, dass der Gesetzgeber die Betreiberauswahl als eine geräteseitige Maßnahme versteht, während die Betreibervorauswahl netzseitig zu geschehen hat. Schon zum Zeitpunkt des Erlasses des TKG 2004 gab es eine Vielzahl von Telefonen (z.B. den Marktführer Siemens Gigaset), die eine geräteseitige Einstellung einer Vorwahl einer Betreiberkennziffer ermöglichten. Dies ist offensichtlich nach dem Verständnis des Gesetzes ein im Gerät auf Dauer eingerichtetes Call-by-Call. Wäre das Verständnis der Betroffenen richtig, gäbe es allerdings keinen Unterschied zum Preselection-Verfahren, denn dieses könnte nach Auffassung der Betroffenen ebenfalls auch (ausschließlich) geräteseitig möglich sein. Dann wäre der Unterschied zwischen Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl verwischt. Damit widerspricht das Gesetzesverständnis der Betroffenen offensichtlich dem Sinn und Zweck der Vorschrift und kann daher keine Berücksichtigung finden.

## 2. Bestehendes Gemeinschaftsrecht ist zu berücksichtigen

Die Betroffene wünscht die Berücksichtigung von noch nicht gültigem Gemeinschaftsrecht. Dieser Ansatz muss scheitern. Denn der relevante Zeitpunkt, ab dem nationale Behörden und Gerichte verpflichtet sind, den Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung anzuwenden, ist das Ende der Umsetzungsfrist (EuGH C 212/04, NJW 2006, 2465, 2468, Tz. 113 ff.). Vorliegend ist noch nicht einmal die Richtlinie in Kraft. Das Ende der Umsetzungsfrist ist ebenfalls noch nicht erreicht.

Im Übrigen führte die Berücksichtigung des geplanten Gemeinschaftsrechts zu keinem anderen Ergebnis, als demjenigen, das die Beschlusskammer derzeit im Entwurf vorsieht. Es ist vorgesehen, dass Art. 19 der Universalienrichtlinie gestrichen wird und den nationalen Regulierungsbehörden ein Ermessen hinsichtlich der Auferlegung von Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl eingeräumt wird. Die Ausführungen in dem Entwurf der Beschlusskammer lassen ohne weiteres den Schluss zu, dass sie bei Bestehen einer Ermessensregelung ebenfalls zu der Auffassung käme, dass eine Betreiberauswahl und eine Betreibervorauswahl aufzuerlegen seien.

Daher ist die aktuelle Situation, in der vorgesehene Verpflichtungen lediglich auf andere Rechtsgrundlagen zu stützen sein werden, als dies bisher der Fall ist, nicht zu vergleichen mit Situationen, in denen zukünftig eine gänzlich andere Rechtslage anzutreffen ist. Die IEN weist dabei darauf hin, dass bei einer späteren Änderung der Rechtslage die BNetzA selbstverständlich nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ihre Regulierungsverfügung anpassen kann und wird.

### **3. Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG weiter erforderlich**

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde deutlich, dass die BNetzA von ihrer bisher angeordneten Anzeigepflichtung deshalb in dem aktuellen Entwurf zur Regulierungsverfügung absehen will, weil sie der Auffassung ist, dass sich ohnehin aus den angezeigten Entgelten kein Missbrauchsverfahren ergeben hätte. Die Beschlusskammer vertrat die Auffassung, dass die Zeit, in der diese Unterlagen zu sichten seien, viel zu kurz sei, um tatsächlich missbräuchliches Verhalten feststellen zu können.

Die IEN möchte der Beschlusskammer zu berücksichtigen geben, dass die Anzeigepflichtung nicht nur die Möglichkeit eröffnet, vor Beginn der geplanten Entgelte einzuschreiten, sondern der Behörde zudem einen „gewissen Zeitvorteil“ (vgl. Schuster/Ruhle, § 39, Rn. 38) verschafft. Ein solcher tritt natürlich ein, wenn die Behörde nicht rechtzeitig vor Beginn der geplanten Entgelte diese verhindert. Die „gewonnenen“ 2 Monate zusätzliche Prüfungszeit kann der Behörde jedoch niemand mehr nehmen. Damit kommt der Verpflichtung zur Vorlage von Entgelten zusätzlich eine abschreckende Wirkung zu. Mithin ist die Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG weiterhin aufzuerlegen.

## **II. Anschluss-Resale**

Wesentlich kritischer sieht die IEN den Entwurf der Beschlusskammer hinsichtlich des geplanten 1:1-Resale von Anschlüssen. Zunächst wird auch insoweit auf die Stellungnahme vom 15.04.2009 verwiesen. Auch vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen möchte die IEN die nachfolgenden ergänzenden Erwägungen anführen.

### **1. Aktuelles Verhalten der Betroffenen belegt Notwendigkeit von Anschluss-Resale**

Die Betroffene legt derzeit ein Verhalten an den Tag, das belegt, dass die Einführung eines echten Resale-Produkts im Anschlussbereich zwingend erforderlich ist. Die Betroffene kündigt derzeit einer Vielzahl ihrer Kunden, die einen ISDN-Anschluss nutzen, u.a. mit den in Kopie als **Anlage 1** beigefügten Schreiben.

Darin behauptet sie, dass diese Produkte zukünftig nicht mehr angeboten würden und bietet den dadurch verunsicherten Kunden ihre eigenen Bün-

delprodukte, insbesondere Call & Surf, an. Zu weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf den Artikel aus Spiegel Online vom 24. Mai 2009, beigelegt als **Anlage 2** verwiesen.

Seite 4 | 5  
27.05.2009

Das – wettbewerbswidrige – Verhalten der Betroffenen führt dazu, dass sie ihre Anschlusskunden, die auf ihren Anschlüssen Preselection eingerichtet haben, nicht nur verunsichert, sondern kalt abwirbt. Denn nach Neueinrichtung des Anschlusses müsste der Kunde die Preselection erneut einrichten. Da die Kunden darüber jedoch keine Kenntnis haben, führt dies zum schlichten Entfallen der Preselection.

Dieses Verhalten der Betroffenen ist nur möglich, weil sie über den Anschluss selbst noch faktischer Vertragspartner der Endkunden ist. Dies wäre ihr bei echtem Anschluss-Resale schon mangels Vertragsbeziehung mit den Endkunden und zudem mangels Kenntnis der Anschlussinhaber verwehrt. Die IEN weist darauf hin, dass die Behörde verpflichtet ist, Missbrauch auch präventiv zu bekämpfen. Die Einführung von echtem Anschluss-Resale dient dazu und ist angesichts der aktuellen Verhaltensweisen der Betroffenen im Markt mehr denn je erforderlich.

## **2. 1:1-Resale ignoriert Einsparungen bei Betroffener**

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde zudem sehr deutlich, dass Anschluss-Resale Kostenersparnisse bei der Betroffenen erbringt. Von mehreren Unternehmen wurde zu Recht betont, dass die Betroffene Vertriebskosten und Betreuungskosten der Kunden, die sie auf die Preise umlegen müsste, einspart. Darüber hinaus fallen Ersparnisse beim Billing an, da die Betroffene nicht gegenüber vielen verschiedenen, sondern nur einem einzigen Kunden, dem Reseller, abrechnen müsste. Würde die Betroffene ein Entgelt für 1:1-Resale erheben, das nicht berücksichtigt, dass sie Einsparungen bei dem Großhandelsvertrieb im Vergleich zu dem Endkundenvertrieb hat, läge darin ein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 TKG.

Soweit die Beschlusskammer davon ausgeht, dass kein Fall des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG vorliegt, weist die IEN darauf hin, dass das Resale-Entgelt dennoch mindestens an den Maßstäben der nachträglichen Entgeltkontrolle nach § 38 Abs. 2 TKG i.V.m. § 28 TKG zu messen ist. Danach dürfen Entgelte die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen nicht beeinträchtigen (§ 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG). Die Verweigerung von Großhandelspreisen auf Vorleistungsprodukte ist jedoch ein klassischer Fall einer Preis-Kostenschere, § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

Soweit auf die aus Sicht der IEN richtige Ermächtigungsgrundlage des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG abgestellt wird, ist die zugehörige Entgeltvorschrift des § 30 Abs. 5 TKG einschlägig, die auf einen Abschlag auf die Endnutzerpreise (sog. Retail-Minus-Preise) abhebt. An dieser Stelle – und nur hier – müsste die Beschlusskammer prüfen, in welcher Höhe aufgrund der verschiedenen Regulierungsziele sie einen Preisabschlag für erforderlich hält. Zwar gibt es

...

keinen Vorrang der Infrastrukturinvestitionen, sollte die Beschlusskammer aber solche Überlegungen anstellen, müssten diese an dieser Stelle, also bei der Höhe des Preisabschlages, Berücksichtigung finden. Ausgeschlossen sind jedoch Überlegungen der Beschlusskammer dahingehend, ob es einen Preisabschlag geben sollte.

### 3. Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht

1:1-Resale verstößt schließlich gegen Art. 82 Abs. 1 EG-Vertrag. Die Beschlusskammer ist verpflichtet, missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens zu verhindern. Dies hat die Kommission in ihrer TAL-Entscheidung – gestützt durch das Gericht erster Instanz – unterstrichen. Eine Anordnung von Anschluss-Resale zu bloßen Endkundenbedingungen verstieße allerdings gegen Art. 82 EG-Vertrag. Nach Art. 82 EG-Vertrag ist eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschten Stellung auf dem gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben, verboten, und zwar insbesondere (lit. a) durch die Erzwingung von unangemessenen Verkaufspreisen. Zu prüfen ist also, ob der Verkauf eines Vorleistungsproduktes, mit den damit einhergehenden Preisersparnissen, welches die Betroffene auch dem eigenen Vertrieb selbstverständlich nur zu Vorleistungspreisen überlässt, zu Endkundenpreisen angemessen ist. Die Antwort hierauf fällt leicht. Denn die Angemessenheit des Entgeltes wird unter Heranziehung der Grundsätze des Preishöhenmissbrauchs ermittelt. Daraus folgt, dass ein angemessenes Entgelt für eine Vorleistung (also ein Weniger im Vergleich mit einer Endkundenleistung) nie identisch mit dem Endkundenentgelt selbst sein kann. Zur Feststellung des angemessenen Entgeltes ist das wettbewerbsanaloge Vorleistungsentgelt zu ermitteln, das zwingend stets unterhalb des Endkundenpreises liegt, wenn es sich im Wettbewerb bildet. Mithin besteht ein kartellrechtlicher Anspruch auf einen wettbewerbsanalogen Vorleistungspreis. Diesen Umstand hat die Beschlusskammer bei der Festlegung des 1:1-Resale nicht berücksichtigt.

\*\*\*\*

Für Rückfragen stehen die Vertreter der Mitgliedsunternehmen der IEN sowie die Unterzeichnerin gern zur Verfügung. Die Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und einer Veröffentlichung durch die BNetzA wird zugestimmt.

Mit freundlichen Grüßen

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

Malini Nanda, Rechtsanwältin  
Geschäftsführerin der IEN