



INITIATIVE
EUROPÄISCHER
NETZBETREIBER

IEN · Dorotheenstrasse 54 · 10117 Berlin

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 3
Herrn Vorsitzenden Wilmsmann
Postfach 80 01
53105 Bonn

Per Email an: BK3-Konsultation@bnetza.de

Veröffentlichung des Entwurfs einer Regulierungsverfügung im Bereich „Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“ betreffend alternative Teilnehmernetzbetreiber

AZ: BK3g-12/11-67, hier: BK3g 12/016 + BK3g-12/017 + BK3g-12/053

Stellungnahme der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN)

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,
sehr geehrte Damen und Herren,

die BNetzA hat als Mitteilung Nr. 264, Amtsblatt 8/2012 vom 2. Mai 2012 den Entwurf im Bereich „Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“ betreffend alternative Teilnehmernetzbetreiber (schon bislang mit Regulierungsverfügung) unter den Aktenzeichen BK3-12-011_bis_067_(mRV) veröffentlicht. Interessierten Parteien wurde die Möglichkeit eingeräumt, bis zum 04.06.2012 zum Maßnahmenentwurf Stellung zu nehmen.

Die IEN bedankt sich für diese Möglichkeit und nimmt im Nachgang an die mündliche Verhandlung vom 15.05.2012 gerne Stellung.

I. Allgemeine Anmerkungen

Von dem für alle Betroffenen gleichlautenden Entwurf der o.g. Regulierungsverfügung sind auch Mitglieder der IEN betroffen.

Die IEN möchte zunächst ihre Bedenken dahingehend äußern, dass mit dem vorliegenden Entwurf gegenüber allen alternativen Netzbetreibern gleichlautende Regulierungsverfügungen erlassen werden sollen. Die IEN sieht darin einen Widerspruch zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, welcher gegenüber jedem einzelnen betroffenen Unterneh-

Berlin, den

04.06.2012

MITGLIEDER

Airdata
BT
Cable & Wireless
Colt
Orange Business
Verizon

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

men mittels einer individuellen Prüfung und insbesondere unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Marktmacht anzuwenden ist. Es ist zu bezweifeln, dass die einheitliche Auferlegung von Verpflichtungsmaßnahmen gegenüber allen Betroffenen, die etwa die Anzahl der direkt angeschlossenen Endkunden unberücksichtigt lässt, angemessen und letztendlich verhältnismäßig sein kann.

Sowohl auf europäischer Ebene, als auch durch nationale gesetzliche Vorgaben des TKG bestehen Vorgaben und Erwägungen, welche eine individuelle Prüfung der Auferlegung von regulatorischen Maßnahmen gegenüber den betroffenen Unternehmen geboten erscheinen lassen.

Zunächst ist in Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG vorgegeben, dass die von nationalen Regulierungsbehörden auferlegten Abhilfemaßnahmen verhältnismäßig im gemeinschaftsrechtlichen Sinn sein müssen. Unter Berücksichtigung der aufgestellten Prinzipien aus der gemeinsamen Position der Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden (ERG (06) 33 „Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework“), erachtet es die IEN als unerlässlich, dass entsprechend der Auffassung der ERG Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden insbesondere eine Auseinandersetzung mit der Angemessenheit der Abhilfemaßnahme enthalten müssen. Wesentlich dürfte dabei vor allem der Ansatz sein, dass Erwägungen darüber getroffen werden, welche alternativen Abhilfemaßnahmen in Betracht kommen, um die Auswahl der am wenigsten belastenden aber zugleich effektivsten Abhilfemaßnahme zu sichern. Dieser Grundgedanke findet sich auch im TKG, z.B. in § 21 Abs. 1 TKG, wieder. Nach den Ansätzen der ERG sind zudem auch mögliche Wechselwirkungen, die durch verschiedene Abhilfemaßnahmen verursacht werden können, zu berücksichtigen, um zu vermeiden, dass es zu unbeabsichtigten Konsequenzen kommt, welche wiederum zu unangemessenen Belastungen bei den Marktteilnehmern führen. Gerade diese Erwägungen sprechen jedoch klar für die Notwendigkeit einer jeweiligen Einzelfallentscheidung.

Dabei sollte zunächst die tatsächliche Marktposition der vergleichbaren Unternehmen betrachtet werden, namentlich, wie groß der betreffende Markt für die Terminierungsleistungen ist. Dies hat zur Folge, dass je nach individueller Position des betroffenen Unternehmens auch unterschiedliche Verpflichtungen in Betracht kommen müssen. Bei mehreren in Erwägung gezogenen Maßnahmen sollte deren Gesamt- und Wechselwirkung in Bezug auf das konkret und individuell betroffene Unternehmen individuell geprüft werden.

Die IEN weist weiter darauf hin, dass gerade die IEN-Mitgliedsunternehmen, welche teilweise weniger als 10.000 Endnutzeranschlüsse am eigenen Netz versorgen, nicht mit denselben Abhilfemaßnahmen belegt werden können, wie große alternative Netzbetreiber, welche Endkundenzahlen in Millionenhöhe im eigenen Netz geschaltet haben, ohne dass ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeits-

prinzip festzustellen wäre. Bei der Kommentierung der auferlegten Verpflichtungen des gegenständlichen Entwurfs der Regulierungsverfügung wird die Unverhältnismäßigkeit jeweils deutlich, da die konkreten tatsächlichen technischen Gegebenheiten und Marktgegebenheiten bei den einzelnen betroffenen Unternehmen vorliegend außer Betracht bleiben.

II. Im Einzelnen

1. Zusammenschaltungsverpflichtung

Soweit die BNetzA die Auferlegung einer Zusammenschaltungspflicht beabsichtigt, weist die IEN darauf hin, dass eine solche aus ihrer Sicht nicht erforderlich, damit auch nicht verhältnismäßig und die Entscheidung zur Auferlegung in der Konsequenz ermessensfehlerhaft ist.

Der IEN ist grundsätzlich bewusst, dass der BNetzA ein weites Ermessen bei der Auferlegung von Verpflichtungen zusteht. Erforderlich ist eine umfassende Abwägung zwischen gegenläufigen, öffentlichen und privaten Belangen. Dabei sind jedoch die – jeweils individuellen - Interessen der Beteiligten zu ermitteln, alle erforderlichen tatsächlichen Erkenntnisse zu gewinnen und sämtliche für die Abwägung wesentlichen Gesichtspunkte ohne Einbeziehung sachfremder Erwägungen zu berücksichtigen.

Eine solche Abwägung kann jedoch hinsichtlich der IEN-Mitgliedsunternehmen unter besonderer Betrachtung ihrer Netze und Kundenstrukturen nicht zur Auferlegung einer Zugangsverpflichtung führen. Dies begründet sich insbesondere durch die Berücksichtigung der gegenwärtigen Teilnehmerzahlen der IEN-Mitgliedsunternehmen. Eine direkte Zusammenschaltung dürfte in den meisten Fällen ökonomisch nicht sinnvoll, sein, da die Kosten einen unverhältnismäßigen Aufwand zu den Teilnehmerzahlen bilden. Die IEN weist in diesem Zusammenhang auf das im TKG verankerte Regulierungsziel der Förderung des Wettbewerbs hin, welches vorliegend gerade einer Zusammenschaltungsverpflichtung entgegen steht, da bei den betroffenen IEN-Unternehmen eine Zusammenschaltung unter rein ökonomischen Aspekten ohne Verpflichtung vielfach nicht erfolgen würde. Ein milderer, angemessenes und effektives Mittel wäre vorliegend die Auferlegung einer Verpflichtung zur Vorlage eines Angebots auf Zusammenschaltung.

2. Kollokationsverpflichtung

Die IEN bewertet auch die Auferlegung der Verpflichtung zur Kollokation als unverhältnismäßig.

Die IEN-Mitgliedsunternehmen sind, gemessen an der Teilnehmerzahl an ihren Netzen, als kleinere Betreiber anzusehen. Hier ist zu berücksichtigen, dass viele der alternativen Teilnehmernetzbetreiber in Räumlichkeiten, die von allen Mietern mit Infrastruktur erschlossen sind („Telehäuser“), präsent

sind. Dies bedeutet, dass dort die Existenz eines einzigen Kabels zwischen dem Equipment des Nachfragers und des Anbieters vollkommen ausreichend ist. Diese Tatsachen müssen bei der Auferlegung einer entsprechenden Verpflichtung unbedingt berücksichtigt werden.

Wie bereits zu der Zusammenschaltungsverpflichtung in Ziffer II.1. ausgeführt, ist die Netzgröße und die Teilnehmerzahl der betroffenen Teilnehmernetzbetreiber zu berücksichtigen. Der Aufwand der Kollokation steht für die IEN-Mitgliedsunternehmen außer Verhältnis und führt zu einer erheblichen Belastung der betroffenen Unternehmen.

Gerade auch im Zusammenhang mit der auferlegten Zugangsverpflichtung bedeutet die weitergehende Kollokationsverpflichtung einen deutlichen wettbewerblichen Nachteil für die Betroffenen, da durch die Zutrittsgewährung für Nachfrager erhebliche logistische und finanzielle Mehrkosten verursacht werden, die in keinem Verhältnis zu dem Nutzen für den Wettbewerb stehen. Insbesondere wären die betroffenen Unternehmen teilweise erst gezwungen, entsprechende Kollokationsflächen überhaupt einzurichten und bereitzuhalten.

Soweit die BNetzA an der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung festhalten möchte, stellt sich vor diesem Hintergrund auch die Frage, aus welchen Gründen sie dann diese Maßnahme allein als nicht ausreichend erachtet.

3. Transparenzverpflichtung

Auch hinsichtlich der Auferlegung einer Verpflichtung zur Transparenz gelten die nunmehr mehrfach dargelegten Ausführungen zum Umfang des Teilnehmernetzes unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit der Verpflichtung. Insbesondere kann hier ein Vergleich der Teilnehmerzahlen in den Netzen der IEN-Mitgliedsunternehmen mit denen der Telekom oder den großen Mobilfunkbetreibern nur dazu führen, dass die Auferlegung einer Veröffentlichungspflicht deutlich zu weit reicht. Vorliegend wäre es vielmehr angemessen, wenn kleinere Betreiber verpflichtet würden, entsprechende Informationen allenfalls auf Nachfrage mitteilen zu müssen. Für Letzteres wäre eine Verpflichtung gemäß § 16 TKG ausreichend.

Wesentliches Argument dafür, dass eine Verpflichtung zur Beauskunftung auf Nachfrage ausreichend ist, ist der gesetzlich vorgegebene Inhalt der Informationen nach § 20 TKG. Zu den zu veröffentlichenden Informationen gehören Informationen zur Buchführung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie über die zu zahlenden Entgelte. Diese geforderten Inhalte spiegeln die den eigentlich im ausgeglichenen wirtschaftlichen Verhältnis stehenden Interessen beider Vertragsparteien wieder und sollten daher nur bei einem erheblichen Ungleichgewicht verpflichtend - oder eben auf Nachfrage - zwangsweise veröffentlicht werden müssen. Bei kleinen Teilnehmernetzbetreibern mit entsprechend geringer Teilnehmerzahl, die insbesondere die Parameter

der Verträge häufig individuell aushandeln, stellt eine Transparenzverpflichtung nicht nur einen bürokratischen Mehraufwand dar, sondern beschränkt auch die Verhandlungsführung der Vertragsparteien.

4. Entgeltgenehmigungspflicht

Es ist schließlich aus Sicht der IEN nicht nachzuvollziehen, weshalb die BNetzA ab dem 01.12.2012 zu einer ex-ante Genehmigungspflicht der Entgelte übergehen möchte.

Eine Genehmigungspflicht am Maßstab des § 31 TKG für Entgelte, die nach dem 30. November 2012 anfallen, steht im Widerspruch zu den Erfahrungen und der Historie, da in der Vergangenheit bei keinem der alternativen Netzbetreiber missbräuchliche Entgelte durch die BNetzA untersagt oder zumindest untersucht wurden. Es sind keine Anzeichen erkennbar, noch können solche dem von der BNetzA ihrer Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt entnommen werden, die einen Rückschluss auf Änderungen der Wettbewerbsverhältnisse oder Anreize für zusätzliches Missbrauchspotential zwischen dem 30. November 2012 und dem 1. Dezember 2012 zulassen. Zudem lässt die BNetzA auch in ihrer Begründung keine Besonderheiten erkennen, welche eine Änderung des Maßstabs der Entgeltregulierung erforderlich machen könnten. Insbesondere weist die IEN darauf hin, dass sich seit Erlass der letzten Regulierungsverfügung bei den betroffenen alternativen Teilnehmernetzbetreibern netzseitig keine Änderungen ergeben haben. Vielmehr haben sich auch die alternativen Netzbetreiber zu einer grundsätzlichen Reziprozität ihrer Entgelte verpflichtet.

Bereits vor diesem Hintergrund erachtet die IEN die Entscheidung der BNetzA, die Entgelte einer Vorabregulierung zu unterwerfen, als ermesensfehlerhaft.

Hinzu kommt noch das Vorhaben der BNetzA, neben der grundsätzlichen Genehmigung der Entgelte auf Basis der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, zur Effizienzbestimmung symmetrische Anforderungen (Benchmarkbetrachtung) zugrunde zu legen. Ein solcher Ansatz, die Prüfungsmaßstäbe der nachträglichen Entgeltregulierung, nämlich insbesondere die Vergleichsmarktbetrachtung, mit den Prüfungsmaßstäben der Vorabentgeltgenehmigungsverfahren, nämlich die Kostenprüfung, zu vereinen, ist jedoch mit der Gesetzesstruktur des TKG nicht vereinbar.

In der mündlichen Verhandlung am 15.05.2012 hat die Beschlusskammer noch einmal ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie ein solches Vorgehen auf Basis des § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TKG plant, und zwar durch das Abstellen auf eine „andere Vorgehensweise“ im Sinne dieser Vorschrift. Die IEN weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TKG ausweislich der amtlichen Begründung ein Auffangtatbestand ist (vgl. BTDRs 17/5707, S. 62). Insoweit wird vorliegend

einerseits der speziellere Tatbestand des § 31 Abs. 1 Nr. 1 TKG angewandt und gleichzeitig auf den Auffangtatbestand zurückgegriffen. Dies stellt nach Auffassung der IEN einen Widerspruch zur Gesetzessystematik dar, da eine vorgegebene, einschlägige Vorschrift grundsätzlich auch entsprechend anzuwenden ist.

Aus Sicht der IEN würde die BNetzA vorliegend die ihr zustehende Ermessensbefugnis überschreiten, wenn sie jedes Abweichen von § 31 Abs. 1 Nr. 1 (und Nr. 2) TKG als eine zulässige „andere Vorgehensweise“ im Sinne des § 31 Abs. 2 Nr. 2 TKG bewerten würde. Andernfalls könnten die gesetzlich geregelten Entgeltmaßnahmen in das vollständige Belieben der Behörde gestellt werden. Da jedoch die Regulierung nach der kosteneffizienten Leistungsbereitstellung an bestimmte Vorgaben geknüpft ist, sind diese Kriterien von der BNetzA auch zu berücksichtigen.

Aus diesen Gründen ist vorliegend nur die nachträgliche Entgeltkontrolle im Rahmen der Missbrauchsaufsicht das richtige Mittel der Entgeltregulierung. Dies wurde und wird derzeit von der BNetzA entsprechend gehandhabt. Wie bereits dargelegt, sprechen auch die praktischen Erfahrungen für eine solche Entgeltregulierung, da die nachträgliche Kontrolle bisher nicht zu missbräuchlichen Verhaltensweisen am Markt geführt hat. Mit diesen Mitteln ließ und lässt sich auch heute schon etwa die Reziprozität der Entgelte durchsetzen.

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

Mit freundlichen Grüßen



Malini Nanda, Rechtsanwältin
Geschäftsführerin der IEN