

Per Email:
bk2-postfach@bnetza.de

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post & Eisenbahnen
Beschlusskammer 2
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

Büro Bonn
Rheinauen Carré
Mildred-Scheel-Straße 1
D-53175 Bonn
Fon (0228) 323 002-0
Fax (0228) 323 002-99

Prof. Dr. Thomas Mayen*
Dr. Frank Hölscher*
Dr. Markus Deutsch*
Dr. Barbara Stamm*
Dr. Christian Stelter*

Büro Stuttgart
GENO Haus
Heilbronner Straße 41
D-70191 Stuttgart
Fon (0711) 601 701-0
Fax (0711) 601 701-99

Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde*
Dr. Rainard Menke*
Dr. Andrea Vetter*
Dr. Winfried Porsch*
Dr. Tina Bergmann*
Dr. Bernd Schieferdecker*
Alexander Wirth*
Annette Braun

Kontaktdaten:
(0228) 323 002-30
stamm@doldemayen.de

Unser Zeichen:
11/00 382 St/--

Datum:
22. Mai 2012

Konsultationsverfahren betreffend die Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 6 - BK 2a-12/001-R

Geschwärzte Fassung

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

hiermit zeigen wir an, dass wir die Deutsche Telekom AG in die-
sem Verfahren vertreten. Ordnungsgemäße Bevollmächtigung wird
anwaltlich versichert.

Die BNetzA hat im Amtsblatt Nr. 7 vom 18.04.2012 (S. 912 ff.) den Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 6 „Abschlusssegmente von Mietleitungen für Großkunden, unabhängig von der für die Miet- oder Standleitungskapazitäten genutzten Technik“ der Empfehlung der Kommission vom 17.12.2007 veröffentlicht. Hierzu nehmen wir namens und im Auftrag der Deutschen Telekom AG wie folgt Stellung:

Wir halten die vorgenommene Grenze zwischen dem Markt für Abschluss- und Fernübertragungssegmente nach wie vor für unzutreffend und halten an unserer Rechtsauffassung fest. Von einer nochmaligen Stellungnahme hierzu sehen wir jedoch mit Blick auf die Bindung der Beschlusskammer an Marktdefinition und Marktanalyse der Präsidentenkammer ab.

Wir beschränken unsere vorliegende Stellungnahme auf die Frage der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung für ethernetbasierte Mietleitungen (hierzu A.), die Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht (hierzu B.) und die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebots (hierzu C.).

A. Auferlegung einer Zugangsverpflichtung für ethernetbasierte Mietleitungen abwägungsfehlerhaft

Der Entwurf der Regulierungsverfügung sieht in Ziffer I.1.1. und I.2 in Verbindung mit I.1.1 die Verpflichtung vor, anderen Unternehmen Zugang zu den Abschlusssegmenten von Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s bis 10 Mbit/s und von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s zu gewähren – und zwar undifferenziert für klassische und ethernetbasierte Mietleitungen. Diese Vorgehensweise ist abwägungsfehlerhaft, weil in Bezug auf ethernetbasierte Mietleitungen ein freiwilliges Angebot existiert, das von einem großen Teil des Marktes angenommen worden ist, so dass die Voraussetzungen von § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG gegeben sind.

Der in § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG formulierte Belang ist Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Vgl. BT-Drucks. 15/2316, S. 65.

Wenn bereits auferlegte Verpflichtungen oder freiwillige Angebote am Markt zur Sicherstellung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreichen, ist eine zusätzliche Zugangsverpflichtung nicht erforderlich und damit unzulässig.

Jochum, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG-Kommentar, § 21 Rdnr. 47.

So verhält es sich hier.

I. Freiwilliges Angebot

Die Betroffene hat dem Markt ein freiwilliges Angebot in Bezug auf ethernetbasierte Mietleitungen angeboten.

Ein freiwilliges Angebot liegt immer dann vor, wenn das betroffene Unternehmen zur Erbringung der Leistung nicht aufgrund einer Regulierungsverfügung verpflichtet ist. Dies folgt aus Wortlaut und Systematik des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG. Danach muss die BNetzA prüfen, ob „bereits auferlegte Verpflichtung nach diesem Teil“ oder „freiwillige Angebote am Markt“ ausreichen. „Auferlegte Verpflichtungen“ sind nach § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG in einer Regulierungsverfügung auferlegte Verpflichtungen nach den §§ 19, 20, 21, 24, 30, 29, 40, 31 Abs. 1 oder § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG. Aus der Gegenüberstellung dieser Fallgruppe mit den „freiwilligen Angeboten“ folgt, dass ein „freiwilliges Angebot“ zu bejahen ist, wenn dessen Gegenstand eine Leistung ist, zu deren Erbringung das betroffene Unternehmen nicht nach § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG verpflichtet ist.

Die Betroffene bietet ethernetbasierte Mietleitungen schon seit dem 3. Quartal 2006 an. Zu diesem Zeitpunkt existierte keine entsprechende Verpflichtung nach § 13 Abs. 1 TKG. Dass ihr einige Monate später diese Verpflichtung in der Regulierungsverfügung vom 31.10.2007 auferlegt wurde, ändert nichts an der Freiwilligkeit des Angebots. Denn zum einen wurde die Regulierungsverfügung

vom 31.10.2007 ex tunc aufgehoben, so dass die Verpflichtung von Anfang an nicht bestand. Trotzdem hat die Betroffene an ihrem Angebot festgehalten. Zum anderen steht jedes freiwillige Angebot nach § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG unter dem „Damoklesschwert“ der Auferlegung der entsprechenden Zugangsverpflichtung. Der Regulierer gelangt überhaupt erst dann zur Prüfung von § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG, wenn zuvor im Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren eine beträchtliche Marktmacht festgestellt worden ist. Dennoch hat der Gesetzgeber in dieser Konstellation offensichtlich keinen Zweifel an der Freiwilligkeit eines existierenden Angebotes. Andernfalls liefe die Vorschrift stets ins Leere.

II. Marktakzeptanz

Der von der Betroffenen angebotene Vertrag über ethernetbasierte Mietleitungen wird auch von einem großen Teil des Marktes angenommen.

Dieses Kriterium soll nach der Literatur nur dann nicht erfüllt sein, wenn sich das Angebot nur an die Bedürfnisse eines einzelnen Wettbewerbers oder einer kleinen Gruppe von Wettbewerbern richtet.

Scherer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG-Kommentar, § 21 Rdnr. 22; Thomaschki/Neumann, in: Berliner Kommentar zum TKG, 2. Auflage, § 21 Rdnr. 110.

Das Angebot muss also von mehr als einer kleinen Gruppe von Wettbewerbern akzeptiert werden. Ausreichend sein dürfte es demnach, wenn zwischen einem Viertel und einem Drittel der potentiellen Nachfrager das Angebot akzeptiert. Ausgeschlossen ist es hingegen, die Akzeptanz von mindestens der Hälfte der potentiellen Nachfrager zu fordern, weil der Gesetzgeber in diesem Fall auf den „überwiegenden Teil“ des Marktes abgestellt hätte.

Danach hat ein großer Teil des Marktes das Angebot der Betroffenen akzeptiert. Denn es haben bereits ■■■ Marktteilnehmer (Stand: 15.05.2012) entweder zusätzlich zu ihrem CFV-Altvertrag den CFV-Vertrag über ethernetbasierte Mietleitungen oder den neuen CFV-Gesamtvertrag aus dem Jahr 2012, auf

dessen Grundlage sowohl klassische als auch ethernetbasierte Mietleitungen bestellt werden können, unterzeichnet. Setzt man diese Zahl ins Verhältnis zu den [REDACTED] CFV-Verträgen (SDH-Schnittstelle, Ethernet-Schnittstelle sowie Gesamtverträge – Stand: 15.05.2012), haben also [REDACTED] der Marktteilnehmer das Angebot der Betroffenen angenommen.

B. Übergreifende Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht abwägungsfehlerhaft

Nach Ziffer I.1.4 und I.2. in Verbindung mit I.1.4 des Entwurfs der Regulierungsverfügung sollen die Entgelte für die Zugangsgewährung nach Ziffer I.1.1 der Genehmigungspflicht unterliegen. Die Auferlegung der übergreifenden Genehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG wäre unverhältnismäßig.

Dies folgt für ethernetbasierte Mietleitungen schon aus § 30 Abs. 2 Nr. 2 TKG, weil die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung für ethernetbasierte Mietleitungen im Hinblick auf § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG unverhältnismäßig ist. Selbst wenn die Beschlusskammer aber an einer Auferlegung nach § 21 TKG festhielte, ist die Auferlegung der ex-post-Kontrolle nach § 30 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG in Bezug auf Ethernet-Schnittstellen ausreichend (hierzu I.), jedenfalls aber die Anwendung von § 30 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 38 TKG bezogen auf die Abschlusssegmente über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s und CSN-Systemlösungen (hierzu II.) geboten.

Nach § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG unterliegen Entgelte für nach § 21 TKG auferlegte Zugangsleistungen von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, einer Genehmigung nach § 31 TKG. Abweichend von § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG kann die BNetzA solche Entgelte nach § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG einer nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG oder nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

§ 30 Abs. 1 TKG eröffnet der BNetzA einen weiten Ermessensspielraum, der es ihr ermöglicht, die Auferlegung der Entgeltregulierung zielgenau auf die

Wettbewerbsverhältnisse des jeweiligen Marktes abzustimmen. Eine Vorstrukturierung dieses Ermessensspielraums durch den nationalen Gesetzgeber in dem Sinn, dass die Genehmigungspflicht das Regelverfahren und Anzeige bzw. ex-post-Verfahren die Ausnahme sind (so aber BT-Drucks. 17/5707, S. 60), ist aufgrund von Art. 13 ZRL ausgeschlossen. Dies hat die europäische Kommission bereits 2005 klargestellt.

Kommission, 2004/2221 C (2005) 1196, S. 3 ff.; vgl. auch BNetzA, Beschluss vom 17.09.2010 – BK 3b-09/069, S. 37.

Hieran hat sich auch durch das neue Richtlinienpaket nichts geändert. Art. 13 ZRL ist unverändert geblieben, so dass für die gegenläufige Annahme in der Gesetzesbegründung kein Raum besteht. Im Gegenteil wurden den nationalen Regulierungsbehörden sogar weitere Belange vorgegeben, die bei der Abwägungsentscheidung zu berücksichtigen sind (vgl. § 2 Abs. 3 TKG). Insbesondere aufgrund von § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG muss die BNetzA beim Vorliegen beträchtlicher Marktmacht die Intensität der auferlegten Regulierungsmaßnahmen an die konkrete Marktsituation anpassen. Die Auswahl der angemessenen Regulierungsmaßnahme steht daher weiterhin im Ermessen der BNetzA (vgl. BT-Drucks. 17/5707, S. 48).

I. Ex-post-Kontrolle der Entgelte für ethernetbasierte Abschluss-Segmente nach § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG

Die Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht für ethernetbasierte Abschluss-Segmente ist abwägungsfehlerhaft. Vielmehr ist die Anwendung von § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG geboten.

Der Anwendung von § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG steht nicht entgegen, dass die Präsidentenkammer einen einheitlichen Markt für klassische und ethernetbasierte Mietleitungen abgegrenzt hat. Denn im Rahmen der Auferlegung der Verpflichtungen nach § 13 Abs. 1 TKG besteht die Möglichkeit, unterschiedliche Marktverhältnisse bei unterschiedlichen Produkten zu berücksichtigen.

Vgl. BNetzA, Beschluss vom 31.10.2007 – BK 3b-07/007, S. 18 und 23 (Differenzierung des Entgeltregimes für Mietleitungen mit einer Bandbreite ab 2 Mbit/s und kleiner 2 Mbit/s bei einheitlichem Markt).

Nach § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG kann die BNetzA Entgelte für Zugangsleistungen nach § 21 TKG einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen. Bei der Verfolgung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG sind nicht nur die Regulierungsgrundsätze des § 2 Abs. 3 TKG, sondern auch die allgemeinen Anforderungen an die Entgeltregulierung nach § 30 Abs. 3 TKG zu beachten.

1. Maßstäbe der Entgeltkontrolle

§ 30 Abs. 1 Satz 1 TKG regelt mit den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die schärfste Form der Entgeltkontrolle. Wird die Entgeltgenehmigungspflicht auferlegt, ist eine Genehmigung gem. § 35 Abs. 3 Satz 1 TKG ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 Abs. 1 Satz 2 entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 TKG vorliegen. Dies bedeutet, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seine Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelte nicht nach § 28 TKG missbräuchlich ausnutzen darf und die Entgelte nicht die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und der Aufwendungen nach § 32 Abs. 2 TKG überschreiten dürfen.

Unterliegen Entgelte der ex-post-Kontrolle, gilt der Maßstab des § 28 TKG, nicht aber des § 31 TKG. Dabei wird als Maßstab für die Erfassung eines Preishöhenmissbrauchs in Anlehnung an § 19 Abs. 4 Satz 2 GWB ein Als-Ob-Wettbewerbspreis zugrunde gelegt, d.h. ein hypothetischer Preis, der sich bei wirksamem Wettbewerb auf dem Markt ergäbe, zuzüglich eines Sicherheits- und Erheblichkeitszuschlags.

Die materiell-rechtlichen Maßstäbe unterscheiden sich demnach ausschließlich in der Bestimmung der Preisobergrenze. Im Übrigen sind die Prüfungsmaßstäbe identisch.

2. Ex-post-Kontrolle zur Wahrung eines chancengleichen Wettbewerbs ausreichend

Die Auferlegung der ex-post-Kontrolle ist ausreichend, weil im Hinblick auf ethernetbasierte Mietleitungen die Preishöhenkontrolle aufgrund der Marktgegebenheiten nicht relevant ist. Die Prognose der Beschlusskammer, dass die Regulierungsziele allein durch den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungserbringung nach § 31 TKG in ausreichendem Maße erreicht würden, ist nicht gerechtfertigt.

- a) Bei den ethernetbasierten Mietleitungen ist die ex-ante-Regulierung der Entgelte nicht das passende Instrument und unverhältnismäßig, weil die Betroffene hier nicht Marktführerin ist, sondern einer Entwicklung folgt.

Bei ethernetbasierten Mietleitungen handelt es sich um neuartige Produkte, die erst seit einigen Jahren angeboten werden. Die Betroffene selbst bietet erst seit 2006 Mietleitungen, die Ethernet-kompatibel sind, auf Basis herkömmlicher Schnittstellen-Technologie an, die mit zusätzlichen, höherwertigen Ethernet-Adaptoren bestückt werden. Demgegenüber bieten Wettbewerber der Betroffenen diese Leistungen schon sehr viel länger am Markt an und verfügen daher über einen wettbewerblichen Vorsprung. Dementsprechend unterscheiden sich die Wettbewerbsverhältnisse deutlich von denen bei klassischen Mietleitungen, welche die Betroffene schon sehr viel länger anbietet.

- b) Unter dem Blickpunkt des Marktfolgers, der sich noch etablieren muss, ist die Prognose der Beschlusskammer, dass ohne eine Entgeltgenehmigungspflicht und den Maßstab der Kosten der effizienten

Leistungsbereitstellung ein Preishöhenmissbrauch zu befürchten sei, nicht gerechtfertigt. Im Gegenteil: die Betroffene muss sich, um für ein noch nicht etabliertes Produkt, das von Wettbewerbern schon länger angeboten wird, wettbewerbsfähig zu sein, an den etablierten Wettbewerbspreisen orientieren und entsprechende Angebote unterbreiten.

Es ist auch nicht zutreffend, dass der Maßstab des § 28 TKG einen Kostensenkungspfad nicht zulassen würde und ein solcher nur durch den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung umgesetzt werden könnte (so aber S. 16 des Konsultationsentwurfs). Dies steht im Widerspruch zur Entscheidungspraxis der BNetzA bei der Festlegung der nicht-reziproken Terminierungsentgelte alternativer Teilnehmernetzbetreiber. Auch dort hat die BNetzA unter Anwendung von § 28 TKG einen Entgeltsenkungspfad festgelegt, weil die Entgelte auch im europäischen bzw. nationalen Umfeld kontinuierlich gesunken sind, sich also der Als-Ob-Wettbewerbspreis verändert hat.

- c) Dass das bisherige Preissetzungsverhalten der Betroffenen nicht die Prognose zukünftiger Verstöße gegen die Preisobergrenze gestattet, zeigt sich auch daran, dass die Beschlusskammer nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 26.03.2009 – 1 K 5114/07 keine Maßnahmen ergriffen hat, um im Fall der Bestätigung des Urteils durch das Bundesverwaltungsgericht kurzfristig hierauf reagieren zu können. Dies wäre aber zu erwarten gewesen, wenn das Preishöhenmissbrauchspotential der Betroffenen tatsächlich in der nun im Konsultationsentwurf von der Beschlusskammer angenommenen Weise für ethernetbasierte Mietleitungen ausgeprägt gewesen wäre. Stattdessen ist die BNetzA erst im Nachgang zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 01.09.2010 – 6 C 13.09 – tätig geworden. Hätte die Beschlusskammer ernsthafte Anhaltspunkte dafür gehabt, dass die von der Betroffenen bereits am Markt erhobenen Entgelte für ethernetbasierte Mietleitungen gegen die Entgeltmaßstäbe

des TKG verstoßen würden, wäre zu erwarten gewesen, dass sie deutlich schneller tätig geworden wäre.

- d) Nicht nachvollziehbar ist, warum die Genehmigungspflicht erforderlich ist, um Preis-Kosten-Scheren oder sachlich ungerechtfertigte Bündelungen (etwa im Rahmen von Systemlösungen) oder Diskriminierungen verhindern zu können. Einmal davon abgesehen, dass diese Missbrauchstatbestände in der bisherigen Genehmigungspraxis im Zusammenhang mit Mietleitungen keine Rolle gespielt haben, also gar nicht ersichtlich ist, auf welche Tatsachen die Beschlusskammer ihre Prognose stützt, könnten derartige missbräuchlichen Verhaltensweisen gerade nicht durch den Maßstab des § 31 TKG, sondern nur durch § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und Nr. 3 TKG ausgeschlossen werden. § 28 TKG ist aber gerade auch im ex-post-Verfahren anwendbar.
- e) Auch die verfahrensrechtlichen Bedenken gegen eine ex-post-Kontrolle greifen nicht durch.

Zwar ist es richtig, dass die Betroffene im Fall der ex-post-Kontrolle über eine größere Flexibilität der Entgeltsetzung verfügt. Diese ist sogar im konkreten Fall geboten, damit die Betroffene ihre Entgelte an den etablierten Wettbewerbspreisen orientieren und entsprechende Angebote machen kann. Diese Flexibilität wird aber sicherlich nicht zu monatlichen oder gar wöchentlichen Preisänderungen führen, weil jede Preisänderung dazu führte, dass die Jahresrechnung, die jährlich im Voraus auf Basis der zum 01.01. des Jahres gültigen Entgelte erstellt wird, geändert werden müsste. Hiermit ist ein erheblicher administrativer Aufwand verbunden. Hierauf hat die Betroffene auch schon mehrfach in Entgeltgenehmigungsverfahren hingewiesen und eine Befristung in vollen Kalenderjahren begehrt. Der Beschlusskammer ist dies bekannt.

Die Annahme, dass die ex-post-Kontrolle zur Erreichung der Ziele nach § 2 TKG weniger geeignet sei als das Genehmigungsverfahren

ren, weil ein Einschreiten nach § 38 Abs. 2 Satz 1 TKG einen Anfangsverdacht voraussetzt, überzeugt nicht. Denn an den Anfangsverdacht werden von der Rechtsprechung nur geringe Anforderungen gestellt. Demnach soll es ausreichend sein, wenn der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von einem Wettbewerber konkret behauptet wird und nach Einschätzung der Regulierungsbehörde nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint.

Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 02.04.1998 – 13 B 213/98, Rdnr. 8 – juris.

Sofern die Beschlusskammer hingegen zum Ausdruck bringen will, dass es ihr nicht zumutbar sei, das Marktgeschehen kontinuierlich zu beobachten, ist dies eine sachfremde Erwägung, weil sie keinen Zusammenhang mit wettbewerblichen Belangen hat und daher nicht abwägungsrelevant ist.

II. Regulierung der Entgelte für Abschlussegmente über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s nach § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG

Jedenfalls ist es geboten, das Entgeltregime für Abschlussegmente über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s – ggf. auch differenziert nach klassischen oder ethernet-basierten Mietleitungen oder CSN-Systemlösungen – der Anzeigepflicht zu unterwerfen.

1. Abwägungsfehleinschätzung in Bezug auf § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG

Die Beschlusskammer hat nicht berücksichtigt, dass die Betroffene auf dem Markt für Abschlussegmente über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s nur noch einen Marktanteil von [REDACTED] hat. Die regulatorischen Verpflichtungen müssen daher gelockert werden.

- a) Nach § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG darf die BNetzA nur dann regulatorische Vorabverpflichtungen auferlegen, wenn es keinen wirksamen und

nachhaltigen Wettbewerb gibt. Sie muss diese hingegen lockern bzw. aufheben, sobald es einen solchen Wettbewerb gibt.

Die Vorschrift ist sprachlich misslungen. Unter „regulatorischen Vorabverpflichtungen“ sind alle nach § 13 Abs. 1 TKG denkbaren Verpflichtungen zu verstehen. Hierauf deutet auch die Gesetzesbegründung hin, in der im Zusammenhang mit § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG die sektorspezifischen Regulierungsmaßnahmen wie Zugangs-, Entgelt-, Transparenz- und Gleichbehandlungsverpflichtungen erwähnt werden. Außerdem kommt eine Lockerung der Vorabverpflichtungen bei bestehendem Wettbewerb offensichtlich nicht in Betracht. Einzige Konsequenz kann dann nur die Aufhebung sein.

Die Kernaussage der Regelung besteht daher darin, dass die BNetzA beim Vorliegen beträchtlicher Marktmacht die Intensität der auferlegten Regulierungsmaßnahmen an die konkreten Marktverhältnisse anpassen muss. Die BNetzA muss also in jedem Einzelfall untersuchen, ob aufgrund der in der Marktanalyse festgestellten Marktverhältnisse eine graduelle Abstufung („Lockerung“) der bereits auferlegten Verpflichtungen geboten ist. Allein das Vorliegen der beträchtlichen Marktmacht genügt nicht zur Rechtfertigung der Genehmigungspflicht. Es müssen besondere Marktverhältnisse gegeben sein, damit ein solches scharfes Instrument sachlich gerechtfertigt ist.

- b) Der bloße Verweis, in der Marktanalyse werde festgestellt, dass auf keinem der beiden Märkte die beträchtliche Marktmacht der Betroffenen durch das Vorhandensein potenzieller Wettbewerber eingeschränkt werde (S. 15 des Konsultationsentwurfs), genügt dieser Anforderung nicht. Dieser Umstand ist einem Markt, auf dem ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, vielmehr immanent. Dennoch gehen der Richtliniengeber und der deutsche Gesetzgeber davon aus, dass eine Abstufung des Entgeltregimes möglich und nach § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG eine Lockerung unter Betrachtung der konkreten Marktumstände geboten ist.

Die Beschlusskammer hat hierbei außer Acht gelassen, dass in der Marktanalyse betreffend den Markt für Abschlussegmente mit Bandbreiten von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s ein Marktanteil von [REDACTED] festgestellt wurde und eine grundsätzliche Abwärtsbewegung der Marktanteile ([REDACTED]) stattfindet. [REDACTED]

[REDACTED]. Auch der Umstand, dass ein mächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, wird von der Kommission als Indiz auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt gewertet.

Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03), ABl. vom 11.07.2002, S. 6 ff. – Rdnr. 75.

Weiterhin zu berücksichtigen ist, dass die Betroffene bei den Bandbreiten über 10 Mbit/s für gewöhnlich nicht auf ihre (Kupfer-)Anschlussinfrastruktur zurückgreifen kann, weil die diesem Markt zugeordneten Bandbreiten ausschließlich auf Glasfaserbasis erbracht werden, welche die Betroffene ebenso wie die Wettbewerber weitgehend neu errichten. Trotzdem haben die Wettbewerber ihre Infrastruktur in Bezug auf Mietleitungen über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s bereits erheblich ausgebaut. Dies zeigt sich daran, dass ihr Marktanteil in diesem Markt [REDACTED] höher ist als im Markt für Abschlussegmente bis 2 Mbit/s. Da die Anbieterstruktur auf beiden Märkten im Wesentlichen gleich sein dürfte, spricht auch dies für einen deutlichen Wettbewerbsdruck. Diese Umstände müssen daher Niederschlag in einer ausdifferenzierten Entgeltregulierung finden.

- c) Die Verpflichtung der Beschlusskammer zur Betrachtung der Wettbewerbsgegebenheiten gilt auch für die CSN-Systemlösungen, bei denen es sich um individuell vereinbarte Leistungen handelt, die nicht ohne Weiteres auf eine Vielzahl anderer Nachfrager übertrag-

bar sind. Im Rahmen dieser Systemlösungen wird eine Vielzahl von Produkten zusammengestellt. Die Betroffene steht hier in beträchtlichem Wettbewerb zu anderen Telekommunikationsunternehmen, die ebenfalls in der Lage sind, solche Systemlösungen anzubieten. Eine ex-ante-Genehmigungspflicht würde in diesem Zusammenhang einen erheblichen Wettbewerbsnachteil für die Betroffene bedeuten, da sie die notwendige Flexibilität in Vertragsverhandlungen mit Kunden, die ihre Wettbewerber haben, weiterhin nicht hätte.

- d) Die Behauptung der Beschlusskammer, die Genehmigungspflicht sei schon wegen der Erfahrungen im Verfahren BK 2a-11/004 im Zusammenhang mit den Bereitstellungsentgelten gerechtfertigt, verfängt nicht. Zwar ist es richtig, dass die Betroffene Bereitstellungsentgelte beantragte, die deutlich über den Bereitstellungsentgelten des Vorverfahrens lagen. Dies beruhte jedoch allein auf dem Umstand, dass sie von der Beschlusskammer dazu aufgefordert worden war, vormals in den Überlassungsentgelten allokierte Kosten den Bereitstellungsentgelten zuzuweisen. Dass diese dann steigen, liegt auf der Hand. Dies wurde schon dadurch kompensiert, dass im Gegenzug die beantragten Überlassungsentgelte deutlich absanken.

2. Verkenning des Charakters des Anzeigeverfahrens

Die Erwägung der Beschlusskammer, die Betroffene könne im Fall des Anzeigeverfahrens jederzeit Entgelte ändern, wodurch die Planungssicherheit eingeschränkt werde, verkennt den Charakter des Anzeigeverfahrens.

Die BNetzA versteht die 2-Monatsfrist nach § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG als Karenzzeit, in der Verträge nicht wirksam abgeschlossen werden können.

RegTP, ABI. 2005, S. 76; BNetzA, ABI. 2006, S. 1798; VG Köln, Beschluss vom 12.01.2007 – 21 L 1228/06, S. 7.

Selbst wenn also keine Untersagung nach § 38 Abs. 1 Satz 2 TKG ausgesprochen wird, soll es dem betroffenen Unternehmen demnach verboten sein, die den angezeigten Entgelten zugrunde liegenden Leistungen vor Ablauf der 2-Monatsfrist zu vereinbaren, als auch bestehende Verträge vor Ablauf der Frist an das angezeigte Entgeltniveau anzupassen. Dieses Verständnis der Vorschrift, das die Betroffene nicht teilt, aber in Anbetracht der Spruchpraxis der BNetzA hier zugrunde gelegt werden muss, soll eine Untersagung von Entgeltmaßnahmen ermöglichen, bevor diese – wie beim reinen ex-post-Verfahren – im Markt etabliert sind. Hierdurch werden die Handlungsmöglichkeiten der Betroffenen stark eingeschränkt.

Die 2-Monatsfrist ist auch ein ausreichender Zeitraum, damit sich die BNetzA darüber klar werden kann, ob ein Anfangsverdacht besteht oder nicht. Leitet sie ein Verfahren ein, wird die Betroffene für gewöhnlich von der Einführung der neuen Entgelte absehen und den Ausgang des Verfahrens abwarten, um Schwebezustände aufgrund von Maßnahmen nach § 38 Abs. 4 Satz 1 TKG zu vermeiden. Das Anzeigeverfahren lässt der Betroffenen damit deutlich weniger Verfahrensspielräume als von der Beschlusskammer angenommen.

Im Übrigen verweisen wir auf unsere Ausführungen oben zum ex-post-Verfahren.

C. Auferlegung der Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes abwägungsfehlerhaft

Die Beibehaltung bzw. Auferlegung der Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes nach § 23 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG wäre rechtswidrig. Die Auferlegung ist schon deshalb abwägungsfehlerhaft, weil die Beschlusskammer lediglich Versatzstücke der Regulierungsverfügung vom 31.10.2007 wiederholt und nicht untersucht hat, ob die Auferlegung der Verpflichtung überhaupt aufgrund der konkreten Umstände geboten ist. Würde sie sich mit diesen auseinandersetzen, müsste sie eine Auferlegung verneinen.

1. Das von der Betroffenen veröffentlichte Standardangebot aus dem Jahr 2008 blieb nach seiner Veröffentlichung – im Gegensatz zu sämtlichen anderen Standardangeboten – durch den Markt und die Bundesnetzagentur unbeanstandet. Es wurde kein Standardangebotsverfahren nach § 23 Abs. 2 bis 4 TKG durchgeführt und keine Mindestvertragslaufzeit festgesetzt. Es ist nicht ersichtlich, aufgrund welcher neuen oder besonderen Umstände dennoch die erneute Vorlage eines Standardangebotes erforderlich sein soll.
2. Es ist auch nicht mit einer Vielzahl an einem Standardangebot interessierter Marktteilnehmer zu rechnen. Denn die Betroffene bietet schon heute einen Vertrag an, der einen schnellen Zugang zu den von der Betroffenen angebotenen Vorleistungen ermöglicht.

Das Standardangebot wurde seit 2008 nur von [REDACTED] Kunden unterzeichnet. Alle anderen CFV-Kunden, also der ganz überwiegende Teil (Stand CFV-Kunden zum 15.05.2012 insgesamt [REDACTED]) hielten an ihren – teilweise mehr als zehn Jahre alten – Altverträgen fest. Dieses Verhalten der CFV-Kunden bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass die CFV-Kunden im Fall der Vorlage eines weiteren Standardangebotes ihre Altverträge kündigen werden. Auch im Bereich der TAL und von Interconnection hat sich gezeigt, dass die Carrier es im Ergebnis vorgezogen haben, an den Altverträgen festzuhalten.

Schließlich hat die Deutsche Telekom kürzlich einen neuen CFV-Vertrag neben dem Standardangebot aus dem Jahr 2008 im Markt platziert. Dieser Vertrag wird allen Nachfragern angeboten und ist schon heute von [REDACTED] Unternehmen unterzeichnet worden bzw. wird derzeit verhandelt. Offenbar wird also der von der Betroffenen freiwillig vorgelegte Vertrag vom Markt akzeptiert.

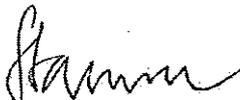
3. Es ist auch nicht ersichtlich, dass ein hohes Streitpotential unternehmensübergreifender Aspekte bestehen würde oder hiernit zu rechnen ist.

Kein einziger Carrier hat ernsthafte Verhandlungen mit der Betroffenen aufgenommen oder – obwohl dies seit dem TKG 2004 möglich gewesen wäre – gar einen Antrag nach § 25 TKG gestellt. Wenig plausibel ist insoweit die Annahme, dass eher „unternehmensübergreifende“ Probleme zu lösen seien. Denn auch an solchen „unternehmensübergreifenden“ Problemen muss ein unternehmensindividuelles Interesse bestehen, d.h. eine nicht unerhebliche Zahl von Carriern muss in einer bestimmten Regelung ein Problem sehen. Warum trotz solcher vorgeblichen Probleme kein Carrier – ggf. unterstützt von Breko oder VATM im Sinn eines Musterverfahrens – den Weg des § 25 TKG gewählt hat, der zudem sehr viel schneller ans Ziel führt als das Standardangebotsverfahren, ist nicht erklärlich.

4. Der Verweis darauf, die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes beinhalte nur eine geringe Belastung, weil die Betroffene in der Praxis ohnehin im Wesentlichen einheitliche Verträge verwende und deshalb keine Mehrbelastung entstehe, belegt nicht die Verhältnismäßigkeit der auferlegten Verpflichtung, sondern demonstriert vielmehr die fehlende Erforderlichkeit.

Darüber hinaus haben die Erfahrungen aus vergangenen Standardangebotsverfahren gezeigt, dass die Durchführung des Verfahrens nach § 23 Abs. 2 bis 4 TKG eine erhebliche zeitliche und personelle Belastung darstellt, die für keine Marktseite ersichtlichen Ertrag bringt. Gerade die Erfahrungen bei den Zugangsleistungen, die schon unter dem TKG 1996 angeboten wurden, haben gezeigt, dass der überwiegende Teil der Marktteilnehmer im Ergebnis an ihren Altverträgen oder Zusammenschaltungsanordnungen nach § 37 TKG 1996 festgehalten haben. Die Sinnhaftigkeit der Durchführung solcher Verfahren ist daher überaus fraglich.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Barbara Stamm