

Vorab per E-Mail:

Gerlinde.Schmitt-Kanthak@BNetzA.DE
BK.2-Postfach@BNetzA.DE

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Tele-
kommunikation,
Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 2
Frau Gerlinde Schmitt-Kanthak
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

Dr. Grace Nacimiento, LL.M. (Emory)
Rechtsanwältin

Assistenz: Christine Hilgers
T +49 211 56615-192
F +49 211 56615-123
g.nacimiento@gvw.com

Königsallee 61 (Köblich)
40215 Düsseldorf

14. Juni 2021

Nicht vertrauliche Fassung zur Veröffentlichung

**Transatel SAS/Antrag auf Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens
gemäß § 133 TKG**

Sehr geehrte Frau Schmitt-Kanthak,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir melden uns für unsere Mandantin, Transatel SAS („Transatel“). Ordnungsgemäße
Bevollmächtigung wird anwaltlich versichert.

Namens und im Auftrag unserer Mandantin beantragen wir,

1. ein Streitbeilegungsverfahren gemäß § 133 TKG wegen Verstoßes gegen das Verhandlungsgebot gemäß Ziffer III.4.15 der Präsidentenkammerentscheidung vom 26.11.2020, Az. BK1-17/001, durch Telefónica Germany GmbH einzuleiten,
2. Telefónica Germany GmbH unter kurzer Fristsetzung aufzufordern, Verhandlungen mit Transatel gemäß Ziffer III.4.15 der in Ziffer 1 genannten Präsidentenkammerentscheidung über den Abschluss eines MVNO-Zugangsvertrags aufzunehmen,
3. für den Fall, dass Telefónica Germany GmbH nach Aufforderung gemäß Antrag Ziffer 2. die Aufnahme von Verhandlungen mit Transatel weiterhin ablehnt, den fortgesetzten Verstoß gegen das Verhandlungsgebot in Ziffer III.4.15 der genannten Präsidentenkammerentscheidung festzustellen und gemäß § 133 i.V.m. § 126 Abs. 1, 2 und 5 TKG unter Festsetzung eines Zwangsgeldes zu untersagen.

gen. Dies wurde in einer virtuellen Besprechung am 31.05.2021 mit Vertretern der Bundesnetzagentur bereits erörtert und angekündigt.

A. Sachverhalt

Transatel ist der Beschlusskammer bereits aus dem Verfahren Az. BK 2b-17/005 bekannt. Den vorliegenden Anträgen liegt folgender Sachverhalt zugrunde.

1. Das Unternehmen Transatel

Das Unternehmen Transatel und dessen Geschäftsmodell sind der Beschlusskammer aus dem oben genannten Verfahren bekannt. Zusammenfassend und mit Blick auf die hier gegenständliche Nachfrage eines Full MVNO-Zugangs ist die nachfolgend dargelegte Geschäftstätigkeit der Transatel („Antragstellerin“) relevant:

Die Antragstellerin ist ein europäisches Unternehmen mit Hauptsitz in Frankreich, das in mehreren Ländern auf den Märkten für (1) MVNO (Mobile Virtual Network Operators) und (2) IoT (Internet der Dinge) tätig ist.

1.1 Die Antragstellerin hat in Deutschland seit 2015 insbesondere drei IoT-Marktsegmente erschlossen:

- Vernetzte Fahrzeuge:

- IoT-Industrien:

- Endgeräte (Laptop-Tablets): Die Antragstellerin bietet eSIM und sichere Daten-Konnektivitätsdienste auf Laptops, Tablets und Smartphones für Verbraucher und Unternehmen in Deutschland auf Basis von 3G-Datenverbindungen an.

2. Verfahren vor der Beschlusskammer, Az. BK2b-17/005

Im Jahr 2018 war die Antragstellerin bereits gezwungen, ein Streitbeilegungsverfahren vor der Beschlusskammer gegen Telefónica einzuleiten. Hintergrund war die Weigerung von Telefónica, auf Basis einer Roaming-Vereinbarung die Nutzung der Transatel-eigenen Länder- und Netzwerkcodes (901-37) in Einklang mit der EU Roaming-Verordnung 531/2012, geändert durch VO 2015/2120 und 2017/920, zuzulassen.

Mit Entscheidung der Beschlusskammer vom 06. Juni 2018, Az. BK2b-17/005, ordnete diese gegenüber Telefónica die Vorlage des Entwurfs einer Roaming-Vereinbarung an. Diese Vereinbarung umfasst den Zugang zu regulierten Roaming-Diensten auf Großkundenebene für in Deutschland reisende europäische (und nicht-deutsche) Transatel-Kunden mit dem MNC 901-37.

3. Gescheiterte Bemühungen der Antragstellerin zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen mit Telefónica

Sämtliche bisherigen Bemühungen der Antragstellerin, mit Telefónica auf Basis des Verhandlungsgebots gemäß Ziffer III.4.15 der Entscheidung III nunmehr in Verhandlungen über einen Full MVNO-Zugang zu treten, sind gescheitert.

Die bisherigen Bemühungen der Antragstellerin sind wie folgt verlaufen:

4. Anrufung der Präsidentenkammer zur Ausübung der Schiedsrichterfunktion gemäß Entscheidung III

- 4.1 Mit Schreiben vom 26. November 2020 wandte sich die Antragstellerin an die Präsidentenkammer der Bundesetzagentur in deren Schiedsrichterfunktion gemäß Entscheidung III. Die Antragstellerin legte in diesem Schreiben

im Einzelnen die zwischen Mai 2020 und November 2020 festgestellte Verweigerungshaltung der Telefónica dar und beantragte Maßnahmen zur Durchsetzung des Verhandlungsgebots. Das Schreiben vom 26. November 2020 überreichen wir (ohne Anlagen) beigelegt in **Anlage 7**.

- 4.2 Mit ergänzendem Schreiben vom 22. Dezember 2020 stellte die Antragstellerin gegenüber der Präsidentenkammer klar, dass und aus welchen Gründen der von der Antragstellerin nachgefragte MVNO-Zugang nicht ein internationaler Roaming-Zugang im Sinne der EU-Roaming-Verordnung ist. Das Schreiben überreichen wir in **Anlage 8**.

Die Antragstellerin führte hierzu aus:

„Der von Transatel gegenüber Telefónica nachgefragte Zugang ist kein internationaler Roamingzugang i.S. der EU-Roamingverordnung.“

In technischer Hinsicht hat Transatel eine technische Implementierung in zwei Varianten angeboten. Der MVNO-Zugang kann entweder auf Basis einer Roaming-Architektur oder im Wege einer direkten Zusammenschaltung erfolgen. Transatel hat, wie in der Antragsschrift bereits dargelegt, mit Schreiben vom 20.05.2020 Telefónica beide Varianten der technischen Realisierung angeboten und erläutert. Dieses Schreiben ist auch der Bundesnetzagentur seit dem 09.07.2020 bekannt und der Antragsschrift vom 26.11.2020 erneut beigelegt. Aus Sicht von Transatel ist, wie bereits in der Antragsschrift dargelegt, eine Realisierung des Zugangs auf Basis einer technischen Roaming-Architektur jedenfalls ohne besonderen technischen und personellen Aufwand möglich. Diese Form der möglichen technischen Realisierung eines Zugangs zum Netz der Telefónica ändert aber nichts an der Tatsache, dass Transatel vorliegend einen MVNO-Zugang zum Netz

der Telefónica nachfragt, um ihre Mobilfunkdienste im deutschen Markt zu vertreiben.

Sollten zu der technischen Realisierung des nachgefragten MVNO-Zugangs aus Ihrer Sicht Fragen bestehen, bitten wir kurzfristig um einen entsprechenden Hinweis.“

Die Präsidentenkammer hatte hierzu keine Nachfragen.

Ferner legte die Antragstellerin in diesem Schreiben dar, dass aus ihrer Sicht eine Entscheidung der Präsidentenkammer zur Feststellung eines Verstoßes gegen das Verhandlungsgebot gemäß Art. 26 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2018/1972 innerhalb von höchstens 4 Monaten zu treffen ist.

Ferner bat die Antragstellerin mit Schreiben vom 09. März 2021 um Entscheidung über die am 26. November 2020 gestellten Anträge zum Einschreiten der Präsidentenkammer gemäß den in der Entscheidung III festgelegten Verfahrensschritten innerhalb der Frist von 4 Monaten.

- 4.5 Mit Schreiben vom 30. März 2021 teilte die Bundesnetzagentur hierzu mit, das in der Entscheidung III vorgesehene Schiedsverfahren sei kein eigenständiges Beschlusskammerverfahren, so dass die in Art. 26 Abs. 1 EECC genannte Entscheidungsfrist von höchstens 4 Monaten hierauf keine Anwendung finde. Das Schiedsverfahren trete neben die gesetzlich geregelte Möglichkeit eines formalen Streitbeilegungsverfahrens und erweitere daher die Rechte der Zugangsbegehrenden. Das Schreiben der Bundesnetzagentur vom 30. März 2021 fügen wir in der **Anlage 11** bei.

In diesem Schreiben teilte die Bundesnetzagentur mit, das Schreiben der Antragstellerin vom 09. März 2021 sei am 30. März 2021 an Telefónica zur Stellungnahme übersandt, und Telefónica zu weiteren Verhandlungen über einen nationalen MVNO-Zugang aufgefordert worden. Ferner regte die Bundesnetzagentur in diesem Schreiben an, die Antragstellerin möge erneut auf die Telefónica zugehen.

Vor diesem Hintergrund hat sich die Antragstellerin nunmehr entschieden, die Einleitung eines förmlichen Streitbeilegungsverfahrens gemäß § 133 TKG und eine Entscheidung der Beschlusskammer zur Durchsetzung

des Verhandlungsgebots nach Ziffer III.4.15 der Entscheidung III zu beantragen.

Die Präsidentenkammer ist über dieses Verfahren informiert. Das entsprechende Schreiben der Antragstellerin vom heutigen Tag an die Präsidentenkammer fügen wir in der **Anlage 15** bei.

Da nach den Ausführungen der Bundesnetzagentur im Schreiben vom 30.03.2021 das Schiedsverfahren gemäß der Entscheidung III neben die gesetzlich geregelte Möglichkeit eines formalen Streitbeilegungsverfahrens gemäß § 133 TKG tritt und der Erweiterung der Rechte der Zugangsbegehrenden dient, nimmt die Antragstellerin dem folgend sowohl das Schiedsverfahren vor der Präsidentenkammer als auch das formale Streitbeilegungsverfahren gemäß § 133 TKG in Anspruch. Insbesondere sehen wir die Klarstellung des Anwendungsbereichs des Verhandlungsgebots gemäß Ziffer III.4.15 der Entscheidung III jedenfalls auch im Zuständigkeits- und Verantwortungsbe- reich der Präsidentenkammer. Gemäß der Entscheidungsbegründung er- streckt sich das Verhandlungsgebot in Ziffer III.4.15 unmissverständlich auch auf Zugangsnachfragen von MVNOs wie Transatel. Dies bestreitet Te- lefónica nach derzeitigem Stand.

B.

Rechtliche Würdigung

Die formellen Voraussetzungen für die Durchführung des beantragten Streitbeile- gungsverfahrens sind erfüllt (1.). Die Anträge sind begründet (2.).

1. Formelle Voraussetzungen

1.1 Zuständigkeit

Die Beschlusskammer ist für die Durchführung des vorliegend beantragten Streitbeilegungsverfahrens gemäß § 133 TKG zuständig.

Vorliegend handelt es sich um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit Ver- pflichtungen aus dem TKG bzw. aufgrund des TKG. Das hier gegenständliche Verhandlungsgebot ist in Ziffer III.4.15 der Entscheidung III gemäß § 61 Abs. 4 TKG festgelegt worden. Das Verhandlungsgebot verpflichtet die Inhaber der u.a. auf der Grundlage der Entscheidung III versteigerten Fre- quenznutzungsrechte,

„mit geeigneten Diensteanbietern über die Mitnutzung von Funkkapazität zu verhandeln. Die Verhandlungen sollen diskriminierungsfrei sein und die bereitzustellenden Kapazitäten nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränkt werden.“

In der Begründung der Entscheidung III ist insoweit ausdrücklich klargestellt, dass die Definition des „Diensteanbieters“ gemäß § 3 Nr. 6 TKG auch MVNO als Diensteanbieter mit eigenen Infrastrukturelementen erfasst.

Entscheidung III, Rn. 497.

1.2 Parteifähigkeit

Die Voraussetzungen für die Parteifähigkeit im Streitbeilegungsverfahren liegen für die Antragstellerin und Telefónica gemäß § 133 Abs. 1 TKG vor. Die Antragstellerin bietet Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit an. Telefónica ist Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes.

1.3 Zulässigkeit der Anträge

Die Anforderungen an einen zulässigen Streitbeilegungsantrag gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1 TKG sind erfüllt.

Wie dargelegt handelt es sich bei den hier beteiligten Parteien um Telekommunikationsunternehmen im Sinne des § 133 Abs. 1 Satz 1 TKG.

Der Antrag der Antragstellerin ist auf die Schlichtung einer konkret beschriebenen Streitigkeit mittels bestimmt bezeichneter Maßnahmen gerichtet, deren Erlass die Antragstellerin von der Bundesnetzagentur fordert. Der Antrag ist darauf gerichtet, die oben dargelegte Streitigkeit zwischen der Antragstellerin und Telefónica über die Verpflichtung der Telefónica zur Aufnahme von Verhandlungen zum Abschluss eines Full MVNO-Zugangsvertrags gemäß § 61 Abs. 4 TKG i.V.m. Ziffer III.4.15 der Entscheidung III zu schlichten. Die Schlichtung soll – wie in der Entscheidung III (Rn. 505) vorgesehen – mittels der gemäß Ziffer 1. bis 3. beantragten Verfahrensschritte und Maßnahmen gemäß § 126 Abs. 1, 2, und 5 TKG erfolgen.

1.4 Scheitern der Bemühungen zur Aufnahme von Verhandlungen über eine MVNO-Zugangsvereinbarung

Die Bemühungen der Antragstellerin, Vertragsverhandlungen mit Telefónica zum Abschluss eines MVNO-Zugangsvertrags aufzunehmen, sind gescheitert.

- 1.4.1 Dies zeigt der im Einzelnen dargelegte Verlauf der Korrespondenz und Gespräche seit dem 20.05.2020. Telefónica hat bis heute kein Angebot für den Abschluss des konkret nachgefragten MVNO-Zugangsvertrags vorgelegt, so dass bis heute auch keine Verhandlungen dazu aufgenommen werden konnten.
- 1.4.3 Die Antragstellerin hat in einem Zeitraum von nunmehr einem Jahr alle Möglichkeiten außerhalb eines förmlichen Streitbeilegungsverfahrens ausgeschöpft, um Verhandlungen mit Telefónica über den Abschluss eines MVNO-Zugangsvertrags aufnehmen zu können. Die Antragstellerin hat, wie oben im Einzelnen dargelegt und nachgewiesen, hierzu zunächst den Versuch unternommen, mit Unterstützung der Beschlusskammer informell die Aufnahme von Vertragsverhandlungen aufzunehmen. Dieser Versuch blieb ohne Erfolg. Sodann hat die Antragstellerin die – neben dem förmlichen Streitbeilegungsverfahren in Entscheidung III vorgesehene – Schiedsfunktion der Präsidentenkammer in Anspruch genommen. Dieses Verfahren hat in einem Zeitraum von nunmehr rund 6 Monaten nicht dazu geführt, dass Telefónica ihrer Verhandlungspflicht gegenüber der Antragstellerin gemäß Ziffer III.4.15 der Entscheidung III nachkommt. Bis heute liegt kein Vertragsangebot der Telefónica zum Abschluss des nachgefragten Full MVNO-Zugangs vor. Eine Entscheidung im Schiedsverfahren vor der Präsidentenkammer ist inhaltlich und zeitlich nicht absehbar.

2. Begründetheit der Anträge

Vorliegend ist ein Verstoß der Telefónica gegen das Verhandlungsgebot gemäß § 61 Abs. 4 TKG i. V. m. Ziffer III.4.15 der Entscheidung III festzustellen. Daher sind die in Ziffern 1. bis 3. beantragten Maßnahmen begründet.

Im Einzelnen:

2.1 Verstoß gegen das Verhandlungsgebot

2.1.1 Verweigerung der Aufnahme von Verhandlungen mit der Antragstellerin

Das im Sachverhalt im Einzelnen dargelegte Verhalten von Telefónica gegenüber der Antragstellerin stellt einen Verstoß gegen das Verhandlungsgebot gemäß Ziffer III.4.15 der Entscheidung III dar. Im Ergebnis verweigert Telefónica die Aufnahme von Verhandlungen über den von der Antragstellerin nachgefragten Full MVNO-Zugang.

2.1.2 Keine sachliche Rechtfertigung für die Verweigerung von Verhandlungen

Sachliche Rechtfertigungsgründe für die Verweigerung der nachgefragten Verhandlungen seitens Telefónica bestehen weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht.

2.1.2.1 Keine Abschwächung der Verhandlungspflicht gegenüber Nachfragern eines MVNO-Zugangs

Die von Telefónica angeführte Begründung der Entscheidung III konkretisiert in Rn. 497 insoweit lediglich bestimmte Aspekte, die im Rahmen des Verhandlungsgebots zu berücksichtigen sind, wenn ein MVNO-Zugang nachgefragt wird. Eine rechtliche „Abschwächung“ der Verhandlungspflicht ergibt sich hieraus nicht.

Dementsprechend wird in der von Telefónica zitierten Begründung der Entscheidung III unter Rn. 497 zwar darauf verwiesen, dass Zugangsanfragen von MVNO „besonders zu behandeln“ sind. Wie sich aus den nachfolgenden

Begründungserwägungen ergibt, bedeutet dies, dass die Anbindung eines MVNO aus Sicht der Präsidentenkammer mit hohen Anforderungen verbunden sein könnte, und dies insbesondere bei einer potenziellen Vielzahl von MVNO – zu berücksichtigen sein soll. Dies gilt auch mit Blick auf potenzielle Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Zuteilungsinhabers, die im Rahmen der Anbindung eines MVNO betroffen sein könnten.

Die genannten Aspekte sind danach bei der Umsetzung der Verhandlungspflicht gemäß Ziffer III.4.15 der Entscheidung III zwar zu berücksichtigen, führen aber nicht dazu, dass ein Zuteilungsinhaber die Aufnahme von Verhandlungen über einen Full MVNO-Zugang pauschal ablehnen darf. Andernfalls käme die festgelegte Verhandlungspflicht zugunsten von Nachfragern eines Full MVNO-Zugangs nie zum Tragen, denn ein Zuteilungsinhaber könnte sich stets auf die in der Begründung der Entscheidung III genannten besonderen Aspekte berufen, um Verhandlungen von vorneherein abzulehnen. Damit würde aber die Verhandlungspflicht in Ziffer III.4.15 der Entscheidung III für Nachfrager eines Full MVNO-Zugangs faktisch leerlaufen.

widerspricht daher den Festlegungen der Präsidentenkammer. Das Verhandlungsgebot ist gerade nicht auf Verhandlungen mit Diensteanbietern ohne eigene Infrastruktur beschränkt, sondern umfasst, im Gegenteil auch die Pflicht zu Verhandlungen mit Full MVNO-Nachfragern.

2.1.2.2 Tatsächlich keine hohen Anforderungen bei dem von der Antragstellerin nachgefragten MVNO-Zugang

Vorliegend ist der von der Antragstellerin nachgefragte MVNO-Zugang tatsächlich nicht mit hohen Anforderungen verbunden, so dass die Verhandlungspflicht auch unter Berücksichtigung der in Entscheidung III (Rn. 497) genannten Besonderheiten zu erfüllen ist.

- 2.1.2.2.1 Die Umsetzung des von der Antragstellerin nachgefragten Full MVNO-Zugangs kann in rein technischer Hinsicht durch Verwendung einer Roaming-Architektur erleichtert werden. Die Verwendung einer Roaming-Architektur zur Bereitstellung der nachgefragten Konnektivität ist sehr einfach und erfordert nur wenige Mann-Tage Arbeit. Diese technische Lösung reduziert

ganz erheblich die von Telefónica geltend gemachte technische Komplexität. Die Antragstellerin hat diese technische Lösung des Einsatzes einer Roaming-Infrastruktur zur Implementierung eines nationalen Full MVNO-Zugangs bereits in mehreren anderen Ländern, darunter auch in wichtigen europäischen Ländern, erfolgreich umgesetzt.

Die Antragstellerin hat zwei technische Optionen zur Realisierung des nachgefragten Full MVNO-Zugangs zur Diskussion gestellt. Eine Realisierung des nachgefragten Zugangs über eine bereits vorhandene technische Roaming-Infrastruktur ist, wie dargelegt, mit überschaubaren technischen und personellen Ressourcen möglich. Die Form der technischen Realisierung des Zugangs ändert nichts an dem Gegenstand des nachgefragten Full MVNO-Zugangs, der das Angebot eigener IoT-Dienste der Antragstellerin auf Basis der Transatel-eigenen SIM-Karten und Kernnetz-Infrastruktur auch für deutsche Kunden in Deutschland ermöglichen soll.

- 2.1.2.2.2 Schließlich hat die Antragstellerin, wie eingangs dargelegt, weltweit Vereinbarungen in 178 Ländern und Destinationen für einen lokalen 4G-Konnektivitäts-Zugang geschlossen, einschließlich aller EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Deutschland.

Der Zugang kann technisch einfach und mit überschaubaren Ressourcen mit einer Vereinbarung auf Basis einer Roaming-Architektur implementiert werden.

2.2 Erforderliches Einschreiten der Bundesnetzagentur

Auf der Grundlage des dargelegten Sachverhalts ist vorliegend ein behördliches Einschreiten vorliegend im Sinne der Begründung der Entscheidung III (Rn. 503-504) erforderlich. Nach Angaben der Präsidentenkammer ist ein förmliches Einschreiten in der gemäß Entscheidung III beschriebenen Schiedsrichterfunktion jedenfalls in dem mit Schreiben der Antragstellerin vom 26.11.2020 eingeleiteten Verfahren nicht vorgesehen, da es sich, so die Bundesnetzagentur, nicht um ein förmliches Verfahren handeln soll.

Wie im Sachverhalt dargelegt, sind alle Bemühungen der Antragstellerin gescheitert, die Aufnahme von Vertragsverhandlungen zu dem nachgefragten Full MVNO-Zugang zu erreichen. Die vorliegende Streitigkeit ist daher im vorliegenden förmlichen Streitbeilegungsverfahren gemäß den in Entscheidung III vorgesehenen Verfahrensschritten und Maßnahmen zu entscheiden.

2.3 Durchsetzung des Verhandlungsgebotes

Entsprechend der Begründung der Entscheidung III (Rn. 505) ist Telefónica vorliegend zunächst zur Abhilfe, d.h. zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen mit der Antragstellerin, aufzufordern. Angesichts des Zeitablaufs von nunmehr einem Jahr seit Beginn der Bemühungen der Antragstellerin, Vertragsverhandlungen mit Telefónica aufzunehmen, bitten wir um kurze Fristsetzung gegenüber Telefónica, in Verhandlungen über ein konkretes Angebot für eine Full MVNO-Zugangsvereinbarung einzutreten.

Für den Fall, dass Telefónica innerhalb der gesetzten Frist keine Abhilfe schafft und weiterhin die Aufnahme von Vertragsverhandlungen mit der Antragstellerin verweigert, ist der vorliegende Verstoß gegen das Verhandlungsgebot, wie in der Entscheidung III vorgesehen, festzustellen und gemäß § 126 Abs. 1, 2 und 5 TKG unter Festsetzung eines Zwangsgelds zu untersagen (Entscheidung III, Rn. 505).

Für Fragen stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Nacimiento
Rechtsanwältin