

Rechtsanwälte Piepenbrock • Schuster, Achenbachstr. 73, 40237 Düsseldorf

**Per E-Mail**

erg-secretariat@cec.eu.int

European Regulators Group (ERG)

**Öffentliche Konsultation über den Entwurf von ERG und EU-Kommission zu angemessenen Vorabverpflichtungen  
Unser Zeichen (bitte stets angeben): 051-2003-026/11**

Sehr geehrte Damen und Herren,

namens und im Auftrag unserer Mandantin, der 01051 Telecom GmbH nehmen wir im Rahmen der öffentlichen Konsultation zu dem Entwurf des gemeinsamen Ansatzes der European Regulators Group und den Diensten der EU-Kommission für Vorabverpflichtungsmaßnahmen nach dem neuen Regulierungsrahmen, der am 05.12.2003 veröffentlicht wurde, Stellung.

Wir begrüßen den Ansatz, dass zwischen Regulierungsbehörden und EU-Kommission gemeinsam nach den sinnvollen, angemessenen Maßnahmen gesucht wird, um Situationen auftretender beträchtlicher Marktmacht nach dem neuen Rechtsrahmen adäquat zu lösen. Dies ist ein wichtiger Schritt, um insbesondere die Konsultationsverfahren nach Art. 7 der Rahmenrichtlinie zu vereinfachen/verkürzen und zu einem gemeinsamen Verständnis zu kommen, welche Maßnahmen in welcher Situation mit beträchtlicher Marktmacht am geeignetsten erscheinen, das Wettbewerbsproblem zu lösen. Dies sollte auch verhindern, dass durch die Dauer der Art. 7-Verfahren zu viel Zeit verloren geht, um konkret auftretenden Wettbewerbsprobleme mit entsprechenden Maßnahmen zu begegnen. Zu einigen Aspekten des Ansatzes möchten wir dennoch Stellung nehmen, da uns nicht alle Probleme ausreichend beleuchtet scheinen bzw. wir auf einige Situationen auf dem deutschen Markt hinweisen möchten, die aus unserer Sicht ein Wettbewerbsproblem darstellen.

Rechtsanwälte  
Hermann-J. Piepenbrock\*  
Dr. Fabian Schuster\*  
Dr. Martin Geppert  
Dr. Peter Schmitz  
Benedikt Kind\*  
Mirjam Mann LL.M.  
Birgit Kemper  
Dr. Ralf Oliver Schlegel LL.M.  
Dr. Marc Schütze  
Dr. Jens Schulze zur Wiesche  
♦ zugelassen beim OLG Düsseldorf

Diplom-Ökonom  
Dr. rer. pol. Ernst-Olav Ruhle\*  
♦ nicht als Anwalt zugelassen

Achenbachstraße 73  
40237 Düsseldorf  
Telefon 0211 ▶ 687888-0  
Telefax 0211 ▶ 687888-68

Ihr Ansprechpartner:  
Dr. Ernst-Olav Ruhle  
EOR@ra-ps.de

EOR/sj  
Datum: 06.01.2004

## 1. Bündelprodukte

In der von Ihnen gewählten Klassifizierung der Wettbewerbsprobleme (vertikale Markt-machtübertragung, horizontale Markt-machtübertragung etc.) taucht zwar das Problem des sogenannten Bundling/Tying, d.h. der Kombination/Verknüpfung von Produkten, auf, eine Ausprägungsform dieser Strategie erscheint uns jedoch nicht ausreichend betrachtet. Hierbei handelt es sich um die sogenannten Bündelprodukte und Optionstarife, die wir in Deutschland unter den Namen „Aktiv-Plus“ und „XXL“ kennen. Das etablierte Unternehmen bietet seinen Kunden dabei für ein zusätzliches fixes Entgelt pro Monat neben dem Anschluss auch Verbindungsleistungen, und zwar entweder in der Form von Freiminuten (z.B. 120 Minuten pro Monat oder das ganze Wochenende und gesetzliche Feiertage) und/oder in der Form von reduzierten Minutenentgelten an. Derartige Produkte veranlassen die Kunden, nicht nur den Anschluss des etablierten Unternehmens weiter zu nutzen, sondern auch dessen Verbindungsleistungen. Dabei entsteht eine sogenannte „Sogwirkung“ auf das Netz des etablierten Unternehmens, weil die Kunden glauben, ihr „Kontingent“ an günstigen Minuten unbedingt ausnutzen zu müssen. Dies führt zu einer deutlich reduzierten Nutzung von alternativen Anbietern von Call-by-Call oder Carrier-Preselection.

Letztendlich profitiert das etablierte Unternehmen stark davon, dass der überwiegende Teil der Kunden seinen Bedarf falsch einschätzt. Diese falsche Einschätzung mündet oft darin, dass die eigene Nutzung deutlich überschätzt wird (d.h. die tatsächliche Nutzung liegt unter der erwarteten und dadurch ist das Zusatzentgelt, wenn man es auf die tatsächlich vertelefontierten Minuten verteilt, viel zu hoch ist). Das Wettbewerbsproblem besteht darin, dass die unbestritten (bei einem Marktanteil von über 95 %) bestehende beträchtliche Markt-macht auf dem Anschlussmarkt auch auf den (wettbewerblicher ausgeprägten) Verbindungsmarkt übertragen wird. Mit derartigen Maßnahmen werden Kunden des etablierten Unternehmens gehalten bzw. Kunden, die schon alternative Anbieter genutzt haben, zurückgewonnen und zwar durch eine Produktverknüpfung, die wettbewerbsrechtlich bedenklich ist.

Wir haben in dem Konsultationsdokument nur wenige Ansätze gefunden, wie man dieser Thematik regulatorisch begegnen kann. Ein Aspekt, der uns insbesondere fehlt ist eine regulatorische Anordnung, auch kapazitätsbasiertes Interconnection zu ermöglichen. Kapazitätsbasiertes Interconnection meint, dass Zusammenschaltungsleistungen nicht nur verbindungs-dauer- bzw. nutzungsabhängig tarifiert werden, sondern dass es (neben dieser Form) auch eine volumensunabhängige Tarifierungsform geben sollte. Würde z.B. zusätzlich zur Möglichkeit von verbindungs-dauerabhängiger Tarifierung von Zusammenschaltungsleistungen auch angeboten, dass die sogenannten Interconnectionanschlüsse (ICA) „flat“ tarifiert würden, wäre es dem alternativen Unternehmen leichter möglich, entsprechende Bündelprodukte und Optionstarife nachzubilden. Hintergrund ist, dass er der-

artige Produkte (wie z.B. einen Aufschlag von € 5,- pro Monat bei einer unbegrenzten Möglichkeit des tariffreien Telefonierens im nationalen Festnetz am Wochenende) in der heutigen Situation nicht anbieten kann, da sogenannte „heavy user“ diese Produkte nachfragen würden und den alternativen Betreiber dazu zwingen würden, die verbindungsdauerabhängig tarifierten Interconnectionentgelte in „unvorhersehbarer Höhe“ zu zahlen. Eine derartige Situation hat es in Deutschland bereits gegeben, als alternative Unternehmen sogenannte „flat rates“ für schmalbandigen Internet-Zugang im Dial-up-Verfahren anboten und durch die überwältigende Nutzung seitens der Endkunden in die Situation kamen, dass ihre Zusammenschaltungskosten deutlich höher waren als die Einnahmen aus Endkundenentgelten. Diesem Problem kann dadurch abgeholfen werden, dass auch Vorleistungen für Sprach-Zusammenschaltungen „flat“ tarifiert und angeboten werden.

Hierbei handelt es sich um eine Regulierungsmaßnahme im Vorleistungsbereich, die mit den Art. 9 – 13 Zugangsrichtlinie sicherlich kompatibel ist, und die auch sinnvoll ist, um Anbietern von Call-by-Call und Carrier-Preselection ein gleichwertiges Angebot am Endkundenmarkt zu ermöglichen. Wir würden es begrüßen, wenn diese Thematik im Konsultationsdokument noch stärker reflektiert werden könnte.

## 2. Mobilfunkzusammenschaltung

Ein zweiter Kommentar bezieht sich auf Ihre Darstellung zur Mobilfunkterminierung in Kapitel 4 des Konsultationsdokuments. Wir stimmen dem Ansatz zu, dass eine ganz zentrale Maßnahme bei festgestellter beträchtlicher Marktmacht auf dem Terminierungsmarkt darin bestehen könnte, den Mobilfunknetzbetreibern Auflagen im Hinblick auf kostenorientierte Entgelte für die Vorleistungen zu machen. Wir möchten aber zu bedenken geben, dass die Wettbewerbsprobleme z.T. deutlich über die Beschreibung im Konsultationsdokument hinaus gehen. Die sowohl im Vergleich zum Festnetzzusammenschaltungsentgelt als auch im Vergleich zu den Mobilfunkendkundenpreisen als hoch zu bezeichnenden Terminierungsentgelte führen dazu, dass den Mobilfunknetzbetreibern auf dem Endkundenmarkt Verhaltensweisen ermöglicht werden, die äußerst kritisch zu beurteilen sind. So zeigt sich z.B., dass viele Mobilfunknetzbetreiber dazu übergehen, sehr günstige sogenannte „On-Net-Tarife“ einzuführen. Diese Entgelte liegen oft im Bereich von nur wenigen Cent pro Minute (inkl. Ust), während die Mobilfunkterminierung im europaweiten Vergleich im Durchschnitt bei ca. 15 – 18 Cent pro Minute liegt (siehe 9. Implementierungsbericht der EU-Kommission). Auch bei einem On-Net-Gespräch muss der Mobilfunknetzbetreiber aber eine Originierung und eine Terminierung im eigenen Netz durchführen. Dies kann ggf. ein klein wenig effizienter und kostengünstiger erfolgen als im Rahmen einer Zusammenschaltung mit anderen Netzbetreibern, jedoch stellt sich die Frage, wie konsistent erklärt werden kann, dass Festnetzbetreiber für die Leistungen der Terminierung die oben genannten 15 – 18 Cent pro Minute im Durchschnitt zahlen sollen, während Endkunden eines Mobilfunknetzbetreibers für einen On-Net-Call, der wie gesagt sowohl Originierung als auch Terminierung erfordert, nur wenige Cent pro Minute zahlen.

Hier scheint eine nicht unerhebliche Quersubventionierung stattzufinden, die überhöhte Terminierungsentgelte dazu nutzt, günstige Endkundenangebote querzusubventionieren. Dabei muss zwar berücksichtigt werden, dass die Mobilfunknetzbetreiber auch Einnahmen aus monatlichen Gebühren von Vertragskunden haben, ob diese allerdings ausreichen, um diese Quersubventionen aufzufangen, ist ausgesprochen fraglich, da diese nach wie vor für die Endgerätesubventionierung verwendet werden. Als weitere Problemstellung zeigt sich am Markt, dass Mobilfunknetzbetreiber auch in verstärktem Ausmaß besonders günstig Verbindungen ins Festnetz anbieten. Auch hier stellt sich die Frage, wie die entsprechenden Endkundenentgelte finanziert werden können, wenn man bedenkt, dass daraus sowohl im eigenen Netz die Originierung als auch Terminierung (und ggf. Transit) ins/zum Festnetz bezahlt werden müssen. Es entsteht also der Verdacht, dass auch hier Quersubventionierungen aus überhöhten Terminierungsentgelten genutzt werden, um günstige Endkundenangebote für Verbindungen im Festnetz querzusubventionieren. Konkret bietet ein deutscher Mobilfunknetzbetreiber Gespräche ins Festnetz für 3 cent/min (inkl. USt.) an und behauptet, dies sei ein kostendeckender Preis. Wenn dies der Fall ist und somit die Originierung in Mobilfunknetzen demzufolge deutlich unter 2 cent/min kostet, impliziert dies, dass die Festnetzbetreiber, die überhöhten Mobilfunkzusammenschaltungsentgelte zahlen, dazu gezwungen werden, ihren eigenen Wettbewerb, der sich durch zunehmenden Mobil-zu-Mobil- bzw. Mobil-zu-Fest-Verkehr statt Fest-zu-Fest-Verkehr (s. hierzu Tätigkeitsbericht der RegTP 2002/2003) zeigt, zu finanzieren. Dies kann nicht richtig sein und bedarf daher einer regulatorischen Maßnahme, um hier Ungleichgewichte zu verhindern.

Wir möchten darauf hinweisen, dass auch die deutsche Monopolkommission in ihrem 39. Sondergutachten auf dieses Problem aufmerksam geworden ist und hier dringenden regulatorischen Handlungsbedarf sieht. Sie weicht insofern von der von der RegTP vertretenen Haltung ab, dass auf dem Mobilfunkmarkt keine Eingriffe erforderlich seien, weil der Wettbewerb funktionsfähig sein. Eine solche Bewertung übersieht, dass Festnetzbetreiber angesichts der bestehenden Mobilfunkzusammenschaltungsentgelte im Wettbewerb krass benachteiligt sind. Wir schließen uns daher der Forderung der Monopolkommission nach einer strengeren Regulierung der Mobilfunkzusammenschaltungsentgelte, insb. für Terminierungsleistungen an, und regen an, dass diesbezüglich klarere Empfehlungen und konkrete Schritte im Konsultationsdokument definiert und anschließend umgesetzt werden.

Darüber hinaus haben wir folgende Kommentare zum Konsultationsdokument:

### 3. Transparenzverpflichtung

Sie erwähnen im Punkt 2.2.1, dass die Transparenzverpflichtung eine der möglichen Vorauflagen sein kann, die aber aus Ihrer Sicht oft erst im Zusammenhang mit anderen

Verpflichtungen ihre Wirkung entfaltet. Wir stimmen der Analyse zu, dass die Transparenzverpflichtung nicht in jedem Fall alleine ausreicht, um die Zielsetzungen zu erreichen. Eine Möglichkeit zum Einsatz der entsprechenden Transparenzverpflichtung sehen wir vor allem dort, wo es darum geht, die Behandlung alternativer Netzbetreiber bei dem Bezug von Vorleistungen des etablierten Unternehmens mit dem Vertriebsarm des etablierten Unternehmens zu vergleichen. In einigen Ländern (Dänemark, Vereinigtes Königreich, Niederlande) ist daran gedacht worden (bzw. ist bereits umgesetzt worden), dass zwischen dem Netzbereich des etablierten Unternehmens und seinem eigenen Vertriebsbereich sowie zwischen dem Netzbereich des Incumbent und allen alternativen Anbietern eine transparente Schnittstelle zum Bezug der Zusammenschaltungsvorleistungen existieren muss. Mit der Offenlegung dieser Schnittstelle und somit der ökonomischen Konditionen, zu denen beim Netzbereich „eingekauft“ werden kann wäre ein wichtiges Ziel erreicht, das man mit der Auflage „Transparenz“ erreichen kann. Dadurch wird auch das Verhalten des etablierten Unternehmens diszipliniert.

#### 4. „Retrospektive“ Entgeltregulierung

In Punkt 3.2.5.1 diskutieren Sie die Verzögerungen im Bezug auf die Einführung kostenorientierter Preise und die Möglichkeit durch Regulierungsmaßnahmen „retrospektiv“ niedrigere Entgelte zu setzen, so dass für das etablierte Unternehmen eine Kompensations-/Rückzahlungspflicht gegenüber Vertragspartnern entsteht, wenn zum erforderlichen Zeitpunkt nicht kostenorientierte Entgelte erreicht werden, sondern höhere Vorleistungsentgelte verlangt wurden. Diesem Ansatz möchten wir beipflichten. Gerade in einem Regulierungsrahmen, der stärker auf Ex-Post-Maßnahmen als auf Ex-Ante-Regulierung setzt, sind solche Maßnahmen wichtig, um nicht auch nur für begrenzte Zeiträume ein missbräuchliches Verhalten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zuzulassen, das für dieses risikolos wäre, wenn die entsprechenden Maßnahmen nicht ab dem Zeitpunkt des Missbrauchs sondern erst ab der entsprechenden Regulierungsentscheidung zur Anwendung kommen würden und ihm die „Früchte des Missbrauchs“ ließen.

#### 5. Dynamische Zugangsentgelte

Kritisch sehen wir Ihren in Kapitel 4.2.2.3 vorgeschlagenen Ansatz hinsichtlich der Anreizung von Infrastrukturinvestitionen. Dort heisst es:

*„NRAs may decide, for example, to adopt a dynamic access pricing regime, with an access price which is initially low, but rises over time. This allows the alternative operator to develop a customer base without having to make risky investments at the outset, while it also provides incentives to climb up the “ladder of investment” in order to be able to provide the access service in-house as soon as the (external) access price increases” (S.86).*

Diese Vorgehensweise ist in einigen Ländern bereits eingeführt worden und mag für den Bereich des Zugangs zu entbündelten Teilnehmeranschlussleitung auch sinnvoll sein, um zusätzliche Investitionen anzureizen. Dennoch ist hier auf den „bottleneck-Charakter“ der Leistung hinzuweisen, der bei allen Entgeltentscheidungen eine Rolle spielt. Insofern ist die Option der dynamischen Preissetzung immer im Zusammenhang mit einer konsistenten Entgeltregulierung auch in anderen Bereichen zu sehen. Im Fall der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung müsste daher stets darauf geachtet werden, dass die jeweiligen Entgelte für den Endkundenanschluss nicht eine Preis-Kosten-Schere heraufbeschwören, wenn sich das Vorleistungsentgelt dynamisch anpasst.

In anderen Bereichen, insbesondere bei Zusammenschaltungsleistungen ist dieser Ansatz jedoch verfehlt. Zumindest die lokale Zusammenschaltungsleistung, die von alternativen Anbietern praktisch nicht ersetzt werden kann, kann keinem derartigen dynamischen Preissetzungsregime unterliegen und über die Zeit eine steigende Tendenz aufweisen. Dies hätte für den Wettbewerb auf der Verbindungsebene ausgesprochen negative Auswirkungen. Insoweit halten wir fest, dass Ihr Ansatz ggf. im Bereich der Entbündelung funktionieren könnte, im Verbindungsbereich für Vorleistungen ist ein solcher Ansatz aber verfehlt.

Wir bitten um Berücksichtigung der von uns vorgebrachten Argumente im Rahmen Ihrer Überarbeitung des Konsultationsdokuments und stehen auch für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Hermann-Josef Piepenbrock)

Rechtsanwalt