

Kurz-Stellungnahme des BREKO zu den von der Bundesnetzagentur vorgeschlagenen Leitplanken eines Verhandlungsgebotes

Die Bundesnetzagentur hat am 9. Januar ihre konkretisierten Pläne zur Verlängerung der Mobilfunkfrequenzen vorgestellt. Der BREKO bewertet die vorgesehenen Maßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs in Form von Leitplanken für das Verhandlungsgebot sehr kritisch und fordert grundlegende Anpassungen.

I. Allgemeine Kritik an den Leitplanken

Seit Jahren blockieren Telekom und Co. das Angebot von leistungsstarken 5G-Tarifen für Wettbewerber ohne eigenes Mobilfunknetz und das, obwohl die 5G-Netze nach eigenen Angaben der Mobilfunknetzbetreiber weitgehend ungenutzt bleiben – ein klarer Nachteil für Verbraucher, Mittelstand, Industrie und den öffentlichen Sektor. Auch Glasfaser ausbauende Unternehmen hätten weiterhin keine Chance, wettbewerbsfähige Bündelprodukte für Verbraucher und im Geschäftskundenmarkt konvergente Produkte aus Glasfaser-Internet und Mobilfunk anzubieten.

Anstatt echten Wettbewerb zu fördern, hält die Bundesnetzagentur weiterhin daran fest, die Mobilfunknetzbetreiber Telekom, Vodafone und Telefónica vor unliebsamer Konkurrenz zu schützen. Dass die Behörde jetzt versucht, das wirkungslose Verhandlungsgebot mit Hilfe von „Leitplanken“ zu retten, zeigt, dass sie das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln offenbar nicht ernst nimmt. Die Behörde kann aber das Gerichtsurteil nicht ignorieren, da die darin aufgestellten Forderungen zur Stärkung des Wettbewerbs (s. 91-92) und die gerügten Fehler (z.B. S. 49, 56, 59, 62, 70-72, 77, 80, 90 – eine Übersicht mit wesentlichen Zitaten aus den Urteilsgründen ist diesem Papier beigelegt), sich nicht nur wie ein roter Faden durch das vorherige Frequenzverfahren sondern ebenso durch das aktuelle Frequenzverfahren ziehen. Demzufolge riskiert die Bundesnetzagentur durch ihr Vorgehen die Rechtswidrigkeit auch der nun laufenden Frequenzvergabe.

Die Auferlegung einer Diensteanbieterspflicht wäre vor diesem Hintergrund die erforderliche und angemessene Regulierungsmaßnahme. Jedenfalls aber reichen die von der Bundesnetzagentur nun beabsichtigten Leitplanken nicht aus, den Wettbewerb im Mobilfunkmarkt zu fördern. Läge der Bundesnetzagentur tatsächlich eine Förderung des Wettbewerbs am Herzen, wozu sie nach § 105 TKG verpflichtet ist, so würde sie den Wettbewerb zumindest durch die Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes unterstützen.

II. Kritik im Einzelnen:

Echte Leitplanken setzen Grenzen. Die veröffentlichten Vorschläge der Bundesnetzagentur eröffnen dagegen explizit einen Graubereich und Spielräume für eine Diskriminierung von Diensteanbietern durch die Mobilfunknetzbetreiber im Rahmen des Verhandlungsgebots.

Alle der fünf genannten Leitplanken unterstellen, dass es einen legitimen Bereich von sachgrundloser Ungleichbehandlung gibt (nicht abschließende Bsp: *„je mehr der Eigenvertrieb(...) gegenüber den externen Diensteanbietern grundlos bevorzugt wird, desto eher wird von einem Verstoß gegen das Verhandlungsgebot auszugehen sein“; „je schwieriger der Endkundenbestand (...) sachgrundlos zu einem neuen Vorleistungsgeber migriert werden kann, desto eher wird von einem Verstoß gegen das*

Verhandlungsgebot auszugehen sein“; „Ein Indiz für eine Verletzung der Diensteanbieterregelung könnte vorliegen, wenn die exklusive Beschaffung von Vorleistungen bei nur einem Zuteilungsinhaber sachgrundlos vorgegeben wird.“ und legitimieren dadurch Diskriminierungen. Im Übrigen bleibt offen, woran ein Diensteanbieter konkret festmachen soll, wie sehr der Eigenvertrieb eines Zuteilungsinhabers bevorzugt wird. Im Umkehrschluss bedeutet diese Logik, dass Mobilfunknetzbetreiber, die Diensteanbieter nicht diskriminieren, einen Wettbewerbsnachteil gegenüber den anderen hätten.

Mit den Vorschlägen stellt die Bundesnetzagentur Diensteanbieter schlechter als das allgemeine Wettbewerbsrecht. Das GWB gewährt insbesondere unterlegenen Wettbewerbern unter bestimmten Umständen ein Diskriminierungsverbot. Ein solches droht jedoch durch die Legitimation der Diskriminierungen durch die BNetzA unterlaufen zu werden, da die sektorspezifische Wettbewerbsbehörde Bundesnetzagentur im Rahmen der Leitplanken grundlose Benachteiligungen als möglicherweise zulässig betrachtet.

Die Leitplanken werden auch deshalb nicht dafür sorgen, dass die bisher aufgetretenen eklatanten Mängel des Verhandlungsgebots beseitigt werden, da die inhaltliche Unklarheit lediglich eine Tür für mehr Streitbeilegungsverfahren öffnet, wobei das Verhandlungsgebot ohnehin schon deswegen untauglich ist, da es offenkundig nicht effektiv durchsetzbar ist. Dies zeigt die Betrachtung der bisherigen Schlichtungsverfahren:

- Die nicht-förmlichen Schiedsverfahren, ob MVNO geeignete Diensteanbieter sind, dauerten im einen Fall 8 ½ Monate (Multiconnect, BK1-17/001-c) und im anderen Fall (Transatel, BK1-17/001-d (?)) mündeten sie nach mehreren Monaten in ein förmliches Streitbeilegungsverfahren (BK2-21/005), das zwar nach 4 Monaten abgeschlossen war, aber gleichwohl brauchte es 11 Monate bis Transatel sich durchsetzen konnte. Das ist nicht effektiv.
- Das Streitbeilegungsverfahren der Multiconnect BK2/23-002 ist das erste Verfahren zum Verhandlungsgebot, in welchem angebotene Vertragskonditionen angegriffen werden. Das Verfahren begann am 18. April 2023 und hätte (aufgrund der letzten Antragsänderung am 8. August 2023) spätestens am 8. Dezember 2023 beendet sein müssen – da Streitbeilegungsverfahren aufgrund gesetzlicher Vorgabe spätestens 4 Monate nach Antragseingang entschieden sein müssen (§ 212 Abs. 1 S. 3 TKG). Das Verfahren ist bereits 13 Monate (!) über der Zeit und es läuft immer noch, ohne dass ein Ende absehbar ist. Aus diesem Grund hat Multiconnect Untätigkeitsklage vor dem VG Köln erhoben. Die Antragstellerin kann seit Verfahrensbeginn nicht weiterverhandeln.

III. Vorschläge des BREKO: Allgemeines Diskriminierungsverbot, Verbot ordentlicher Kündigungen Untersagung von Weiterverkaufsverboten:

Statt Leitplanken, die Diskriminierungen ausdrücklich ermöglichen und absegnen, sollte die Bundesnetzagentur den Mobilfunknetzbetreibern ein echtes Diskriminierungsverbot auferlegen und damit sicherstellen, dass Diensteanbieter nicht schlechter gestellt werden als der Eigenvertrieb der Zuteilungsinhaber und der Vertrieb konzernverbundener Unternehmen. Darüber hinaus sollte durch ein Verbot ordentlicher Kündigungen dafür Sorge getragen werden, dass Diensteanbieter und MVNO sich in Streitbeilegungsverfahren an die Bundesnetzagentur wenden können, ohne

„Vergeltungskündigungen“ durch die Mobilfunknetzbetreiber befürchten zu müssen. Dazu sind folgende Maßnahmen zwingend erforderlich, die auch im Tenor entsprechend aufgegriffen werden müssen, um Rechtsverbindlichkeit zu schaffen. Zudem sollten Weiterverkaufsverbote generell untersagt werden.

1. Verbot der ordentlichen Kündigung: Es ist eine Regelung aufzunehmen, die eine ordentliche Kündigung gegenüber dem Diensteanbieter und MVNO jedenfalls während der Frequenzlaufzeit ausschließt.
2. Allgemeines Diskriminierungsverbot: Diensteanbieter müssen sowohl während Verhandlungen als auch außerhalb des Verhandlungsgebots vor wettbewerblichen Behinderungen geschützt werden. Dieses Diskriminierungsverbot muss insbesondere umfassen:
 - Vertragskonditionen: Externe Diensteanbieter und MVNO dürfen nicht schlechter gestellt werden als der Eigenvertrieb der Zuteilungsinhaber und der Vertrieb konzernverbundener Unternehmen. Dies muss sowohl für vertragliche, kommerzielle als auch technische Konditionen gelten.
 - Angemessene Vertragslaufzeiten: übermäßig kurze oder lange Vertragslaufzeiten zwischen Zuteilungsinhabern, Diensteanbietern und MVNO ohne jegliche Anpassungsmöglichkeiten zu Gunsten des Diensteanbieters oder MVNO sind verboten. Die Bundesnetzagentur hat in der Verlängerungsentscheidung eine Konkretisierung vorzunehmen, wann übermäßig kurz oder lange Vertragslaufzeiten vorliegen.
 - Migrationsregeln: der Endkundenbestand eines Diensteanbieters oder MVNO muss bei Beendigung eines Vorleistungsvertrages ohne Einschränkungen zu einem neuen Vorleistungsgeber migriert werden können.
 - Exklusivitätsregeln: es ist verboten, Diensteanbieter und MVNO durch vertragliche oder kommerzielle Bedingungen ausschließlich an sich zu binden.
3. Untersagung von Weiterverkaufsverboten: Weiterverkaufsverbote sollten verboten werden. Sie beschränken den Wettbewerb künstlich und verhindern, dass der vierte Netzbetreiber oder auch im Markt tätige Diensteanbieter Teile ihrer Vorleistungskontingente weiterverkaufen dürfen. Konkret würde durch eine Untersagung von Weiterverkaufsverboten bspw. 1&1 erlaubt, ihr eigenes Netz auch mit National Roaming an Diensteanbieter zu verkaufen. Dies würde zu dem von der Bundesnetzagentur gewollten Wettbewerbsimpuls im Sinne der Belebung des Vorleistungsmarktes führen. Für den National Roaming gewährenden Mobilfunknetzbetreiber macht es zudem keinen Unterschied, ob das Mobilfunkprodukt sodann durch 1&1 direkt oder durch einen Diensteanbieter oder MVNO an Endkunden vertrieben werden würde. Auch würde die Aufhebung des der 1&1 vertraglich auferlegten Weiterverkaufsverbotes nicht den weiteren Mobilfunkausbau der 1&1 hemmen, unterliegt 1&1 doch unabhängig davon weiter strengen Ausbauverpflichtungen.