

Berlin, 23. Januar 2025

BDEW Bundesverband
der Energie- und
Wasserwirtschaft e.V.
Reinhardtstraße 32
10117 Berlin
www.bdeu.de

Stellungnahme

zu den erwogenen Leitplanken eines Verhandlungsgebotes zugunsten von Diensteanbietern und MVNO

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW) in Berlin und seine Landesorganisationen vertreten mehr als 2.000 Unternehmen. Das Spektrum der Mitglieder reicht von lokalen und kommunalen über regionale bis hin zu überregionalen Unternehmen. Sie repräsentieren rund 90 Prozent des Strom- und gut 60 Prozent des Nah- und Fernwärmeabsatzes, über 90 Prozent des Erdgasabsatzes, über 95 Prozent der Energienetze sowie 80 Prozent der Trinkwasserförderung und rund ein Drittel der Abwasserentsorgung in Deutschland.

Der BDEW ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung sowie im europäischen Transparenzregister für die Interessenvertretung gegenüber den EU-Institutionen eingetragen. Bei der Interessenvertretung legt er neben dem anerkannten Verhaltenskodex nach § 5 Absatz 3 Satz 1 LobbyRG, dem Verhaltenskodex nach dem Register der Interessenvertreter (europa.eu) auch zusätzlich die BDEW-interne Compliance Richtlinie im Sinne einer professionellen und transparenten Tätigkeit zugrunde. Registereintrag national: R000888. Registereintrag europäisch: 20457441380-38

Vorbemerkung

Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung der Bundesnetzagentur (BNetzA) am 09. Januar 2025 im Verfahren BK1 – 22/01 wurde die Verlängerung der Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz diskutiert¹. Die wesentliche Neuerung im Verfahren – die während des Termins von die Präsidentenkammer verkündet wurde – war der Entwurf konkretisierter Leitplanken für eine Diensteanbieterregelung. Die Leitplanken für Verhandlungen sollen zur Konkretisierung in der Begründung zur Frequenzentscheidung (800MHz, 1.800MHz, 2.600MHz) aufgenommen werden. Sie wurden im Anschluss an die öffentliche mündliche Verhandlung veröffentlicht und zur Kommentierung bereitgestellt.

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (BDEW) bedankt sich für die Möglichkeit, zu den vorliegenden Leitplanken eine Stellungnahme einreichen zu können. Die Mitgliedsunternehmen des BDEW haben den Glasfaserausbau seit Jahren dort stark vorangetrieben, wo es für die großen Telekommunikationsunternehmen lange Zeit nicht ausreichend attraktiv war. Diese Unternehmen stehen angesichts aktueller Marktentwicklungen vor enormen Herausforderungen, da das Angebot von Bündelprodukten (Glasfaser-Internet und Mobilfunk) durch das Fehlen einer Diensteanbieterverpflichtung erheblich erschwert wird.

Leitplanken sollten sachgrundlose Ungleichbehandlungen ausschließen, anstatt diesen den Weg zu bereiten

Der BDEW nimmt zunächst das Bemühen der BNetzA zur Kenntnis, die Effektivität des Verhandlungsgebots durch die präsentierten Leitplanken zu verbessern. Allerdings sehen wir das Instrument weiterhin als unzureichend an, um einen effektiven Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt nachhaltig zu fördern. Leitplanken sollten klare Grenzen aufzeigen. Stattdessen schaffen die am 09. Januar 2025 vorgestellten Leitplanken in ihrer derzeitigen Form Grauzonen Möglichkeiten für diskriminierendes Verhalten. Insbesondere die in den Leitplanken getroffenen Formulierungen "je mehr (...) grundlos bevorzugt wird, desto eher" und „ein Indiz für eine Verletzung der Diensteanbieterregelung (...) könnte vorliegen, wenn (...) grundlos schlechter gestellt würden (...)“ unterstellt, dass es einen legitimen Bereich diskriminierenden Verhaltens gäbe. Angesichts der Abwesenheit von rechtlichen Konsequenzen bei einer Verletzung der erwogenen Leitplanken ist deren Effektivität zudem in Frage zu stellen.

¹ Grundlage war unter anderem der am 13. Mai 2024 veröffentlichte Konsultationsentwurf zum dazugehörigen Verfahren. Der BDEW hatte hierzu eine Stellungnahme eingereicht.

Dabei stellt die BNetzA Diensteanbieter mit den von ihr erwogenen Leitplanken schlechter als das allgemeine Wettbewerbsrecht. Das GWB sieht unter bestimmten Voraussetzungen ein Verbot der Diskriminierung zugunsten unterlegener Wettbewerber vor. Durch die Legitimation der Ungleichbehandlung, die sich in den Leitplanken finden lässt, könnte dieses Diskriminierungsgebot unterlaufen werden.

Leitplanken berücksichtigen nur Neueinsteiger

Darüber hinaus ist anzumerken, dass die Leitplanken Diensteanbieter und Mobile Virtual Network Operator (MVNO) mit bestehenden Vertragsverhältnissen außer Acht lassen. Vielmehr schützen sie lediglich Neueinsteiger. Denn Unternehmen, die bereits Vertragsverhältnisse mit den Mobilfunknetzbetreibern geschlossen haben, sind nicht vor Verschlechterungen geschützt, wenn sie sich wegen einer Verletzung der Leitplanken an die BNetzA wenden.

Die inhaltlichen Unklarheiten eröffnen aus diesem Grund auch lediglich Raum für Rechtsunsicherheit. Klärende Streitbeilegungsverfahren sind allenfalls von Neueinsteigern zu erwarten, da diese keine Verschlechterung der bestehenden Vertragsverhältnisse zu befürchten haben.

Umsetzung des VG Köln-Urteils nicht gegeben

Mit dem bloßen Verhandlungsgebot, ergänzt um die „Leitplanken“ berücksichtigt die BNetzA aus Sicht des BDEW die Anforderungen des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln zur Frequenzvergabe 2019 (1 K 1281/22) nicht hinreichend. Wie das Gericht hervorgehoben hat, ist es Aufgabe der BNetzA, bei der Zuteilung von Frequenzen einen wirksamen Wettbewerb zu fördern (§105 TKG). Mit dem von der BNetzA erwogenen Regulierungsinstrument (Verhandlungsgebot ergänzt um die in diesem Schreiben adressierten Leitplanken) kommt die BNetzA aus Sicht des BDEW dieser Aufgabe nicht nach.

Durch das Eröffnen eines legitimen Bereiches sachgrundloser Ungleichbehandlung und der Etablierung von erheblicher Rechtsunsicherheit, deren Behebung durch Streitbeilegungsverfahren kaum zu erwarten ist, verschlechtern die Leitplanken sogar die Situation von Diensteanbietern und MVNO.

Kommentierung der Leitplanken im Einzelnen

1. Angemessene Vertragslaufzeit

Der BDEW sieht die Formulierung der BNetzA zu den Vertragslaufzeiten bisher wenig definiert und wenig greifbar. Die bestehenden Ungenauigkeiten führen derzeit nicht zu mehr, sondern zu weniger Rechtssicherheit. Daher sollten Regelungsbeispiele erwogen werden, die Richtwerte für Verträge (wie Mindestlaufzeiten) festlegen.

2. Angemessene Kündigungsfrist

Die Ausführungen zu den angemessenen Kündigungsfristen beziehen sich nur bedingt auf Diensteanbieter und MVNO mit bestehenden Verträgen. Diese werden durch das Verhandlungsgebot und Leitplanken nicht in die Lage versetzt, eine Verbesserung der Vorleistungssituation durch die massiv ungleichen Kündigungsregelungen zu verhandeln. Denn Mobilfunknetzbetreiber besitzen keine Anreize die Vorleistungssituation zu verbessern, während Diensteanbieter und MVNO wiederum kaum Verhandlungsmasse haben. Schließlich besteht für Diensteanbieter und MVNO die Gefahr, aus dem Vertrag gekündigt zu werden, falls diese ein Streitbeilegungsverfahren bei der BNetzA beginnen.

3. Angemessene Vertragskonditionen

Der BDEW hat wenig Verständnis für eine „sachgrundlose“ Bevorzugung des eigenen Vertriebs der Mobilfunknetzbetreiber, wenn die BNetzA doch auf ein wettbewerbliches Vergabeverfahren verzichtet und zugleich das Ziel verfolgt, einen diskriminierungsfreien, und fairen Wettbewerb zu schaffen. Hierdurch wird eine „sachgrundlose“ Schlechterstellung durch die BNetzA gerechtfertigt und unnötige Rechtsunsicherheiten geschaffen.

Darüber hinaus sehen wir einen Widerspruch in den Leitplanken, wonach eine sachgrundlose Schlechterstellung von Diensteanbietern und MVNO grundsätzlich zulässig ist, gleichzeitig aber auch ein „Indiz für eine Verletzung der Diensteanbieterregelung“ darstellt. Eine Wertung der einzelnen Handlung lässt sich aus diesem Widerspruch nicht ableiten. Mobilfunknetzbetreiber werden angesichts der Eröffnung eines legitimen Bereiches sachgrundloser Diskriminierung angehalten, genau diesen Bereich grundloser Diskriminierung für sich zu nutzen. Wer das nicht macht, muss einen Wettbewerbsnachteil gegenüber den anderen Mobilfunknetzbetreibern riskieren.

4. Angemessene Migrationsregeln

Es ist für den BDEW nicht erklärbar, wie die Verpflichtung zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs mit der Legitimierung „sachgrundloser“ Erschwernisse der Migration des durch eigene Mittel aufgebauten Endkundenbestands der Diensteanbieter und MVNO vereinbar sein soll. Auch sehen wir keine legitime Rechtfertigung für die festgeschriebenen Kundenübernahme-klauseln. Schließlich könnten Mobilfunknetzbetreiber die Regelung nutzen, um den Wettbewerb auf dem Vorleistungs- und dem nachgelagerten Endkundenmarkt zu beeinträchtigen.

5. Angemessene Exklusivitätsregeln

Sachgrundlose Exklusivitätsklauseln als zulässig zu erklären, sehen wir ebenfalls kritisch. Dies steht im Widerspruch zu den Erwartungen der BNetzA, durch 1&1 den Wettbewerb auf der

Vorleistungsebene zu beleben. Durch die Gestattung einer exklusiven Bindung von Diensteanbietern an einzelne etablierte Mobilfunknetzbetreiber wird die Belegung eines Wettbewerbs auf der Vorleistungsebene erschwert. Zudem widerspricht auch diese Entscheidung der Wertung des § 105 Abs. 1 TKG zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs.

Es ist zudem unklar, ob „grundlose“ Exklusivitätsregelungen zulässig sind oder doch ein Indiz für die Verletzung des Verhandlungsgebots darstellen. Auch die Unklarheiten bezüglich des Vertragsschlusses von Diensteanbietern mit mehreren Mobilfunknetzbetreibern stellen derzeit Rechtsunsicherheiten dar.

Lösungsoptionen

Da die Leitplanken aus Sicht des BDEW nicht zu einem fairen Wettbewerb führen, sondern vielmehr eine mögliche Diskriminierung einzelner Marktteilnehmer begünstigen könnten, empfiehlt der BDEW, dass die am 09. Januar veröffentlichten Leitplanken keinen Eingang in die anstehende Frequenzentscheidung finden. Vielmehr sollte die BNetzA alternative Lösungsmöglichkeiten als Teil der Frequenzverlängerung in Betracht ziehen. Ein **echtes Diskriminierungsverbot** sollte auferlegt werden, um sicherzustellen, dass Diensteanbieter nicht schlechter gestellt werden als der Eigenvertrieb der Zuteilungsinhaber oder der Vertrieb konzernverbundener Unternehmen. Zudem sollten **ordentliche Kündigungen** gegenüber dem Diensteanbieter und MVNO während der Frequenzlaufzeit **ausgeschlossen** werden. Anderenfalls besteht die bereits angesprochene Gefahr, dass Diensteanbieter und MVNO, die ein Streitbeilegungsverfahren bei der BNetzA beginnen, negative Konsequenzen befürchten müssten. Abschließend sollten **Weiterverkaufsverbote untersagt** werden, da sie den Wettbewerb künstlich einschränken und dem vierten Netzbetreiber sowie den im Markt tätigen Diensteanbietern den Weiterverkauf von Teilen ihrer Vorleistungskontingente verwehren. Hierdurch könnten zusätzliche Wettbewerbsimpulse angeregt werden.

Ansprechpartner

Richard Kaufmann
Fachgebietsleiter Digitale Infrastruktur und
Telekommunikation
+49 30 300199-1676
richard.kaufmann@bdew.de