

VORAB PER EMAIL

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post & Eisenbahnen
Beschlusskammer 2
Herrn Vorsitzenden Kuhmeyer/
Herrn Lindhorst
Tulpenfeld 4

53113 Bonn

KL 27/12

BK 2a

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

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

Unser Zeichen:
St/St

Datum:
21. Dezember 2011

**Entgeltgenehmigungsantrag zu CFV-Abschlusssegmenten -
BK 2a-11/004**

hier: Konsultationsverfahren - BNetzA, Mitteilung Nr.
845/2011, ABI. Nr. 22/2011, S. 3945

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Kuhmeyer,
sehr geehrter Herr Lindhorst,
sehr geehrte Damen und Herren,

die BNetzA hat unter Mitteilung Nr. 845/2011, ABI. Nr. 22/2011, S. 3945 auf die Veröffentlichung des Entwurfs einer Entgeltgenehmigung in dem Verwaltungsverfahren auf Antrag der Telekom Deutschland GmbH auf Genehmigung von Entgelten für Abschlusssegmente Carrier-Festverbindungen (CFV) und die Express-Entstörung (CFV) hingewiesen und gibt Gelegenheit zur

Stellungnahme. Die Antragstellerin macht hiervon gerne Gebrauch:

A. Unzutreffende Ablehnung von Mietzeitrabatten

Die BNetzA lehnt die Genehmigung von Mietzeitpreinsnachlässen zu Unrecht ab. Zur Begründung verweist die BNetzA auf die Beschlüsse BK 2a-08/002 vom 31.03.2008 und BK 2a-08/010 vom 29.10.2010 (gemeint sein dürfte vom 31.10.2008). Die BNetzA begründet die Ablehnung der Genehmigung von Mietzeitpreinsnachlässen dort damit, dass diese eine Diskriminierung darstellen,

„weil hierdurch insbesondere kleinere oder neue Wettbewerber aufgrund geringerer Nachfrage an Mietleitungen aufgrund geringerer Rabattgewährung höhere Entgelte gegenüber etablierten (großen) Wettbewerbern zahlen müssen. Insbesondere wäre kein chancengleicher Wettbewerb zwischen der Antragstellerin gegenüber kleineren Wettbewerbern möglich.“ (Beschluss vom 31.03.2008, S. 16).

Dies ist unzutreffend.

Die Argumentation der BNetzA mit der „Größe“ der Wettbewerber ist ersichtlich auf die Umsatzpreinsnachlässe ausgerichtet und kann nicht auf die Mietzeitpreinsnachlässe übertragen werden. Es ist nicht erkennbar, worin die BNetzA den Zusammenhang zwischen der Größe des Wettbewerbers und der Möglichkeit gesehen hat, in den Genuss von Mietzeitpreinsnachlässen zu kommen. Denn auch kleinere Abnehmer können ohne weiteres Mietzeitpreinsnachlässe selbst der höchsten Stufe erhalten, wenn sie die betreffende CFV für eine entsprechend lange Dauer anmieten. Ob sich eine längerfristige Mietzeitbindung lohnt, hängt nicht von der Größe des Unternehmens ab, sondern davon, zu welchen Zwecken und für welche Endkunden dieses die als Vorleistungsprodukte bezogenen CFV einsetzen will. Das ist aber keine Frage der Größe des Wettbewerbers, sondern seines Geschäftsmodells.

Außerdem sind Mietzeitpreinsnachlässe im allgemeinen Geschäftsverkehr üblich. Denn eine längerfristige Leistungsbeziehung ermöglicht dem Leistungserb-

ringer eine entsprechend längerfristige Planung, was einen geschäftlichen Vorteil darstellt. Es entspricht den Gepflogenheiten im allgemeinen Geschäftsverkehr, solche Vorteile in Gestalt von Mietzeitrabatten an die Abnehmer weiterzugeben.

Schließlich hat die BNetzA Mietzeitpreisminderungen mehrere Jahre lang genehmigt. Wenn von diesen Mietzeitpreisminderungen Diskriminierungen oder andere Wettbewerbsnachteile ausgegangen wären, hätte die BNetzA in der Lage sein müssen, dies aufgrund der gemachten Erfahrungen konkret aufzuzeigen und darzulegen. Tatsächlich aber hat die BNetzA solche konkreten Wettbewerbsnachteile weder behauptet noch festgestellt. Dies war ihr auch gar nicht möglich, weil sich anhand der tatsächlichen CFV-Bestellungen während der Gewährung von Mietzeitpreisminderungen gerade zeigen lässt, dass große und kleine Wettbewerber gleichermaßen von den Mietzeitrabatten profitieren (hinsichtlich der konkreten Zahlen verweisen wir auf das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Köln 1 K 3001/08) und deshalb entgegen der nicht näher begründeten Annahme der BNetzA von der Gewährung solcher Rabatte keine diskriminierende Wirkung zum Nachteil kleinerer Wettbewerber bzw. von Wettbewerbern mit nur geringer Nachfrage ausgeht.

B. Vorauszahlungspflicht

Die BNetzA geht zu Recht davon aus, dass die Vorauszahlungspflicht in Bezug auf die Überlassungsentgelte nicht zu beanstanden ist. Ergänzend weist die Antragstellerin auf folgende Aspekte hin:

1. Keine Genehmigungspflicht der Vorauszahlungspflicht nach § 35 TKG

Die Vorauszahlungspflicht ist nicht Gegenstand der Entgeltgenehmigung, weil es sich hierbei um eine Regelung der Leistungsbeziehung handelt.

Nach der ständigen Spruchpraxis der Bundesnetzagentur ist die Regelung der jährlichen Vorauszahlung von Überlassungsentgelten der Leistungs- und nicht der Entgeltseite zuzuordnen.

RegTP, Beschluss vom 14.02.2002 - BK 4c-01-043/Z05.12.01; Beschluss vom 26.06.2003 - BK 4c-03-019/Z15.04.03; Beschluss vom 26.06.2003 - BK 4e-03-020/Z15.04.03; Beschluss vom 26.06.2003 - BK 4e-03-025/Z19.05.03; Beschluss vom 09.07.2003 - BK 4e-03-026/Z13.06.03; Beschluss vom 10.02.2006 - BK 4c-05-099/Z01.12.05.

Die BNetzA hat sich mit dieser Fragestellung eingehend im Interconnection-Standardangebot im Zusammenhang mit der jährlichen Vorauszahlungspflicht der Überlassungsentgelte für ICAs auseinandergesetzt. Dort musste die BNetzA unter Anwendung des Maßstabes der Chancengleichheit und Billigkeit darüber entscheiden, ob in Bezug auf die Fälligkeit unter Streichung der jährlichen Vorauszahlungspflicht eine Regelung aufzunehmen ist, die eine Vorauszahlung der geschuldeten Entgelte in vier gleichen Raten jeweils zu Beginn des jeweiligen Quartals des Abrechnungsjahres vorsieht.

BNetzA, Beschluss vom 04.04.2007 - BK 4c-05-102/S, Seiten 16 f. (IC-Standardangebotsverfahren) unter Verweise auf BNetzA, Beschluss vom 10.02.2006 - BK 4c-05-099/Z01.12.05, S. 5 f. des Beschlussumdrucks.

Die BNetzA hat diese Forderung abgelehnt, weil sie dem legitimen Sicherungsinteresse der Antragstellerin, dem die jährliche Vorauszahlung der Entgelte entspricht, den Vorrang vor dem Finanzierungsnachteil der Wettbewerber eingeräumt hat. Denn einer z.B. monatlichen Abrechnung der Überlassungsentgelte stünde ein erhöhtes Sicherungsinteresse der Antragstellerin gegenüber, die ebenfalls mit Belastungen für die Carrier verbunden wäre.

BNetzA, Beschluss vom 10.02.2006 - BK 4c-05-099/Z01.12.05, S. 6 des Beschlussumdrucks.

Anders als etwa im TAL-Vertrag sind die Carrier auf Basis des CFV-Vertrages nicht dazu verpflichtet, Sicherheitsleistung zu erbringen, um Leistungen der Antragstellerin in Anspruch nehmen zu können. Das Sicherungsbedürfnis der Antragstellerin muss daher durch die Vorauszahlungspflicht kompensiert werden. Denn das Sicherungsbedürfnis ist für die Antragstellerin auch für Mietleitungen bzw. für Mietleitungen im Zusammenhang mit der Nutzung von ICAs relevant. Die Kosten für Mietleitungen bzw. die technische Zusammenschaltung sind unabhängig von der Nutzung dieser Infrastruktureinrichtungen. Bleibt der erhoffte Erfolg am Markt aus, kann der Wettbewerber die Kosten dieser Infrastruktureinrichtungen nicht finanzieren, während die Kosten für die über diese Infrastruktur erbrachten Leistungen, z.B. Verbindungsleistungen durch die Zahlungen der Endkunden gedeckt sein müssten, weil diese Kosten immer nur bei tatsächlicher Nutzung durch die Endkunden anfallen. Ein Unternehmen muss also, um nicht schon bei den kleinsten Schwierigkeiten in Insolvenzgefahr zu geraten, die technischen Kosten des Infrastrukturaufbaus unabhängig vom Zahlungszeitpunkt tragen können. Ohne entsprechende Sicherheitsleistung würde die Antragstellerin in nicht zumutbarer Weise ein Insolvenzrisiko tragen müssen,

BNetzA, Beschluss vom 10.02.2006 – BK 4c-05-099/Z01.12.05, S. 6 des Beschlussumdrucks,

zumal auf Seiten der Antragstellerin aufgrund der regulatorischen Gegebenheiten ein Kontrahierungszwang besteht.

Die Vorauszahlungspflicht ist auch nicht mit einer Mindestvertragslaufzeit vergleichbar. Letztere zeichnet sich dadurch aus, dass der Kunde bis zum Ablauf der Mindestvertragslaufzeit das vereinbarte Entgelt voll entrichten muss, auch wenn er die Leistung nicht mehr nutzt. Die Antragstellerin erstattet demgegenüber das Überlassungsentgelt anteilig zurück, wenn eine CFV unterjährig gekündigt wird.

2. Keine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB

Die Beigeladene zu 9. und 10. behaupten auch zu Unrecht, dass die Vorauszahlungspflicht sittenwidrig sei, weil es sich um eine Übersicherung handele.

Sie verkennen hierbei, dass eine Sittenwidrigkeit wegen Übersicherung überhaupt nur dann in Betracht kommt, wenn eine vertragliche Forderung durch Sicherheitsleistungen (z.B. Absicherung einer Darlehensforderung durch Hypothek, Grundschuld, Abtretung aller Forderungen gegen Drittschuldner) abgesichert wird.

BGH, NJW 1998, 2047; nichts Anderes findet sich in der vom VATM zitierten Stelle im Palandt, BGB, 69. Auflage, § 138 Rdnr. 97.

Dies ist aber vorliegend gerade nicht der Fall. Denn die Antragstellerin fordert eben keine Sicherheitsleistung.

3. Kein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 3 TKG

Es liegt auch kein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 3 TKG vor, weil die Antragstellerin die Überlassung von SFV monatlich abrechnet.

§ 28 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 3 TKG setzt voraus, dass einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern "gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienste" einräumen. Da § 28 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 3 TKG explizit auf die Gruppe der Nachfrager abstellt, kommt es maßgeblich darauf an, ob zwei Produkte aus Sicht dieser Gruppe austauschbar sind. Ähnlich wie bei der Bestimmung des relevanten Produktmarktes bei der Marktdefinition im Rahmen des § 10 TKG ist also die Nachfrageelastizität ein entscheidendes Kriterium für die Bestimmung der Vergleichbarkeit zweier Leistungen. Besteht zwischen zwei Leistungen eine hohe Nachfrageelastizität, sehen Nachfrager zwei Leistungen also als austauschbar an, so liegt Ähnlichkeit i.S.d. § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG vor.

Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG-Kommentar,
§ 28 Rdnr. 77.

Eine solche Austauschbarkeit aus Nachfragersicht ist zwischen CFV und SFV nicht gegeben. Während es sich bei CFV um Vorleistungsprodukte handelt, sind SFV dem Endkundenmarkt zuzuordnen. Demnach befinden sich die Produkte auf zwei völlig unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen und richten sich an völlig unterschiedliche Nachfragerkreise. Eine Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit ist damit zu verneinen.

C. Ausbaukosten

Die Antragstellerin ist weder durch die vorläufige Regulierungsverfügung vom 30.11.2004 noch durch die Regulierungsverfügung vom 31.10.2007 dazu verpflichtet, Kapazitäten auszubauen. Die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu Abschlussegmenten von Mietleitungen beschränkt sich ausschließlich auf die vorhandene Infrastruktur. Denn nach § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG darf die Antragstellerin nur dazu verpflichtet werden, Zugang zu den verfügbaren Kapazitäten zu gewähren. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Köln, wonach – wie schon im TKG 1996 – eine Verpflichtung zum Kapazitätsausbau nach dem eindeutigen Wortlaut von § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG ausgeschlossen ist (Urteil vom 31.10.2007 – 1 K 5114/07, S. 16 f.).

Dessen ungeachtet bietet die Antragstellerin anderen Carriern auf freiwilliger Basis die vollständige Errichtung von nicht vorhandenen Carrier-Festverbindungen an, welche die Carrier z.B. zur Erschließung von Endkunden oder zum Ausbau ihres eigenen Netzes nachfragen. Die Errichtung dieser Carrier-Festverbindungen erfolgt ausschließlich auf Veranlassung und im Interesse der nachfragenden Carrier. Dies zeigt sich schon daran, dass die Antragstellerin dort eben über keine Carrier-Festverbindungen verfügt, also ihrerseits kein Bedarf besteht. Daher ist es auch nur verursachungsgerecht, wenn die Carrier die Ausbaukosten mittragen. Es besteht kein Anlass, das Investitionsrisiko vollständig auf die Antragstellerin abzuwälzen. Entspricht das Angebot der Tele-

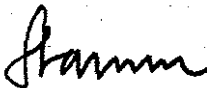
kom nicht den wirtschaftlichen Vorstellungen der Carrier, bleibt es ihnen unbenommen, die Carrier-Festverbindung selbst zu errichten.

D. Befristung

Der Konsultationsentwurf sieht eine Befristung der Entgeltgenehmigung bis zum 31.10.2013 vor. Die Antragstellerin begrüßt die Befristung der Entgeltgenehmigung auf zwei Jahre. Dies ist aufgrund der Qualität der Kostennachweise, die von der BNetzA in wesentlichen Teilen anerkannt wurden, auch geboten und dient der Planungssicherheit aller Marktbeteiligten.

Die Antragstellerin bittet jedoch die Beschlusskammer nochmals zu überdenken, ob nicht eine Befristung bis zum 31.12.2013 möglich ist. Die Bemessung der Genehmigungsdauer in Kalenderjahren hätte den entscheidenden Vorteil, dass die Überlassungsentgelte nicht aufgrund der unterjährigen Entgeltveränderungen anteilig auf der Basis zweier Genehmigungsstände zu ermitteln wären. Erheblicher Aufwand bei der Rechnungserstellung und Rechnungskontrolle sowohl bei der Antragstellerin als auch bei den Carriern würde hierdurch entfallen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Barbara Stamm