

NETCOLOGNE GmbH – Am Coloneum 9 - 50829 Köln

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 3
Tulpenfeld 4

53113 Bonn

Per Mail: BK3-Konsultation@bnetza.de

RA Patrick Helmes
Leiter
Unternehmenskommunikation |
Recht & Regulierung
☎ 0221 / 22 22 – 128
Fax 0221 / 22 22 – 5255
phelmes@netcologne.de

Daniel Serbee
Unternehmenskommunikation |
Recht & Regulierung
☎: 0221 / 22 22 – 5212
Fax: 0221 / 22 22 – 5255
dserbee@netcologne.de

15. Juli 2011

BK3c-11/008

Entwurf einer Entgeltgenehmigung in dem Verwaltungsverfahren auf Antrag der Telekom Deutschland GmbH wegen Genehmigung der Entgelte für verbindungsabhängige Interconnection-Leistungen

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Wilmsmann,
sehr geehrte Damen und Herren,

zu dem am 6.7.2011 im Amtsblatt BNetzA 13/2011 veröffentlichten Entwurf einer Entgeltgenehmigung nehmen wir im Rahmen der nationalen Konsultation wie folgt Stellung:

1. Entgeltvorschlag für Terminierungsleistung B.1 local entspricht nicht dem „Als-ob-Wettbewerbspreis“

Nach Überzeugung der Beigeladenen verfehlt die vorgeschlagene Entgeltgenehmigung den Maßstab der effizienten Leistungsbereitstellung und ordnet eine Kostenunterdeckung für die regulierte Terminierungsleistung an. Gemäß der Rechtsprechung des BVerwG

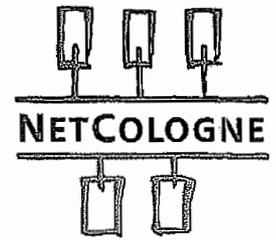
„besteht die Aufgabe der Entgeltgenehmigung am Maßstab der effizienten Leistungsbereitstellung darin, einen „Als-ob-Wettbewerbspreis“ zu simulieren, d.h. mit dem regulierten Entgelt den Preis vorwegzunehmen, der sich in einem wirk-

NETCOLOGNE
Gesellschaft für
Telekommunikation mbH

Am Coloneum 9
50829 Köln
Telefon 0221 2222 -0
Infoline 0800 2222 -800
Fax 0221 2222 -390
www.netcologne.de

Sparkasse KölnBonn
BLZ 370 50198
Konto-Nr. 2 462 950

Geschäftsführer
Dr. Hans Konle, Sprecher
Dipl.-Ing. Karl-Heinz Zankel
HRB 25580
AG Köln



samen Wettbewerbsumfeld durch den Zwang zu optimaler Nutzung der vorhandenen Ressourcen auf Grund der Marktkräfte einstellen würde (s. BVerwG, NVwZ-RR 2009, NVWZ-RR Jahr 2009 Seite 918 = DVBl 2009, DVBL Jahr 2009 Seite 1310 Rdnr. 18; Groebel, in: BerlKomm-TKG, § 31 Rdnrn. 10f.; Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, § 31 Rdnrn. 8f.).“
BVerwG, Urteil vom 25. 11. 2009 - 6 C 34/08, Rn. 19

Es ist dagegen ausdrücklich nicht Aufgabe der Entgeltregulierung, diesen „Als-ob-Wettbewerbspreis“ zu unterschreiten und kostenunterdeckende Entgelte anzuordnen.

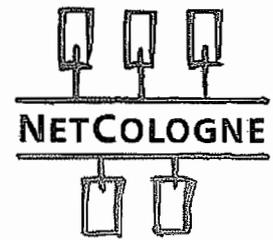
Der Beschlussentwurf unternimmt keine Prüfung, welche Entgelte bezüglich der Terminierungsmärkte der deutschen Festnetzbetreiber gelten, sondern steuert unmittelbar auf eine internationale Vergleichsmarktbetrachtung zu.

Dieses Vorgehen ist für die Beigeladene nicht nachvollziehbar. So hatte die Beschlusskammer noch in den Entscheidungen zur Genehmigung von Terminierungsleistungen von Ende 2008 betont (vgl. BK3c-08-145), dass

“als Vergleichsmärkte sind vorliegend einmal die Terminierungsmärkte derjenigen deutschen Festnetzbetreiber heranzuziehen, deren Preise ab dem 01.12.2008 aufgrund Regulierung (Antragsgegnerin) oder freiwilliger Vereinbarung (61 alternative Teilnehmernetzbetreiber) festgelegt und bekannt sind.“

Die Beschlusskammer betonte hierbei auch, dass es sich um dem Wettbewerb geöffnete Märkte handelt:

“Die Heranziehung dieser Märkte zu Vergleichszwecken ist nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil die Teilnehmernetzbetreiber auf ihren Terminierungsmärkten über einen Marktanteil von 100% verfügen. Denn gleichwohl handelt es sich dabei um „dem Wettbewerb geöffnete“ Märkte im Sinne des § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG“



Das BVerwG gab dieser Einschätzung im Urteil vom 23.06.2010 (BVerwG 6 C 36.08) ausdrücklich recht.

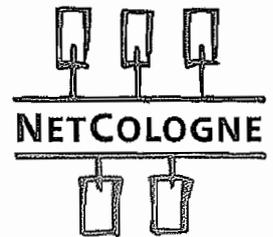
Hiergegen kann nicht eingewendet werden, dass die Terminierungsmärkte anderer Teilnehmernetzbetreiber der nachträglichen Entgeltregulierung unterfallen, während die Antragstellerin eine ex-ante Entgeltgenehmigung durchlaufen muss. Denn in den maßgeblichen Regulierungsverfügungen (vgl. BK3-08-030 bis 080) hat die Bundesnetzagentur auch für diese Netzbetreiber den „Als-ob-Wettbewerbspreis“ und ausdrücklich den KeL-Maßstab als Prüfungsmaßstab angeordnet:

„Gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die nur auf Grund seiner beträchtlichen Marktmacht auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation durchsetzbar sind. Dabei wird als Maßstab für die Erfassung eines Preishöhenmissbrauchs in Anlehnung an § 19 Abs. 4 S. 2 GWB ein „Als-Ob-Wettbewerbspreis“ zugrunde gelegt, d.h. ein hypothetischer Preis, der sich bei wirksamem Wettbewerb auf dem beherrschten Markt ergäbe. (...)“

Die Beschlusskammer ist vielmehr zurückgeworfen auf eine Betrachtung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG. Diese Ziele verlangen im vorliegenden Fall, dass der tatsächliche Preissetzungsspielraum nicht bis zur Missbrauchsgrenze nach oben ausgereizt werden darf, sondern dass vielmehr bereits die KeL die Obergrenze für die geforderten Preise darstellen müssen. (...)“

Die Auferlegung ist geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne, um sowohl die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen als auch zu gewährleisten, dass die Zugangsentgelte die KeL nicht überschreiten.“

Bereits ein der Bundesnetzagentur aufgrund der Vorlagepflicht nach § 22 Abs. 3 TKG ohne Schwierigkeiten zugänglicher nationaler Marktvergleich hätte ergeben, dass der wettbewerblich gebildete „Als-ob-Wettbewerbspreis“



für Terminierungsleistungen deutlich oberhalb der nunmehr regulierten Entgelte liegen müsste.

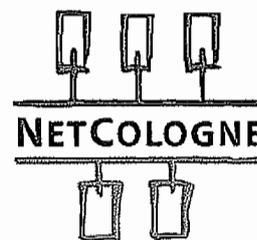
Vor dem Hintergrund der geschilderten bisherigen Praxis ist in keiner Weise nachvollziehbar, wie die Begründung des Beschlusssentwurfs auf Seite 30 jegliche Auswirkung der Entgeltregulierung auf die Terminierung in Teilnehmernetze anderer Betreiber negiert:

„Die Terminierung in die Teilnehmernetze eines Betreibers steht nicht im Wettbewerb zur Terminierung in die Teilnehmernetze eines anderen Wettbewerbers. Daraus folgt, dass das Terminierungsentgelt der Antragstellerin keine unmittelbare Auswirkung auf das Investitionsverhalten eines anderen Teilnehmernetzbetreibers haben kann. Es drohen aber auch keine indirekten Auswirkungen, weil jeder Teilnehmernetzbetreiber über beträchtliche Marktmacht verfügt, die es ihm ermöglicht — ohne eine einschränkende Regulierung — unabhängig von den Nachfragern die Terminierungsentgelte festzulegen. Dementsprechend hat die Ausübung des Beurteilungsspielraums keinen relevanten Einfluss auf die anderen Anbieter von Terminierungsleistungen.“
Beschlusssentwurf, S. 30.

Diese Darstellung steht aus Sicht der Beigeladenen im vollständigen Widerspruch zu den Aussagen der Regulierungsverfügung, nach der auch die Entgelte der anderen Anbieter von Terminierungsleistungen dem Maßstab KeL unterliegen. Sie entspricht auch nicht der Praxis, von der die Beschlusskammer weiß, dass das für die Antragstellerin regulierte Entgelt durch die sog. „Reziprozitätsvereinbarungen“ als „Master-Entgelt“ sämtliche Preissetzungen weitgehend determiniert.

2. Fehlerhafte Kalkulationsbasis durch nicht sachgerechte Einbeziehung von NGN; kostensteigernde Effekte des Parallelbetriebs von PSTN und NGN nicht berücksichtigt

Der von der Beschlussbegründung wiederholt zitierte „vollumfängliche Beurteilungsspielraum“ kann nicht davon ablenken, dass auch für einen bestehenden Spielraum rechtliche Grenzen gesetzt sind. Zur vorliegenden Be-

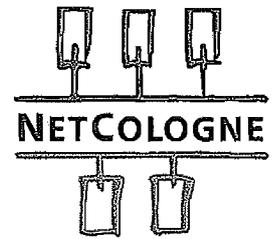


schlussbegründung moniert die Beigeladene eine Verletzung allgemeiner Bewertungsgrundsätze bezüglich der Einbeziehung von Next Generation Networks (NGN).

Während die Bundesnetzagentur in ihrer aktuellen Entscheidung zu den monatlichen Überlassungsentgelten für den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen zutreffend berücksichtigt, dass sich die künftige Ertragssituation und damit das Investitionsklima für NGA-Betreiber durchweg und spürbar verschlechtert, wenn die sinkenden Ersatzinvestitionen in die bisherige Technik (hier: Kupfer-TAL) zu sinkenden Preisen führen, verfolgt die vorliegende Beschlussbegründung zu den Zusammenschaltungsentgelten den diametral entgegengesetzten Weg: hier soll nun berücksichtigt werden, dass neue Investitionen in die bisherigen PSTN-Netze verringert werden (Rückgang einer Wiederbeschaffung) und somit zu sinkenden Preisen führen. Gleichzeitig räumt aber die Beschlussbegründung selbst ein, dass nur ein (teurerer) Migrationspfad zu den NGN führt, bei dem einerseits ein Parallelbetrieb von PSTN und NGN durchgeführt werden muss als auch ein Umbau des Anschlussnetzes mit Aufbau von MSAN erfolgt. Wie hier die Beschlussbegründung zu einer gegenteiligen Würdigung bezüglich der Ertragssituation und Investitionsklima von NGN-Betreibern gelangen kann, ist für die Beigeladene nicht nachvollziehbar.

Die kostensteigernden Effekte der Migration zu NGN aufgrund des noch mehrere Jahre dauernden Parallelbetriebs von PSTN und NGN werden durch den Beschlussentwurf ausgeblendet. Auch wenn die Migration zu NGN von Gründen der Effizienzsteigerung getrieben wird, so muss doch gerade für die mehrere Jahre dauernde Migrationsphase berücksichtigt werden, dass „bis zuletzt“ auch noch Investitionen in PSTN-Technik erfolgen muss, da die Funktionsfähigkeit beider Netztechniken aufrecht erhalten werden muss. Auch die Umstellung selbst, der Migrationsprozess, ist ein aufwändiger Vorgang, der von allen Zusammenschaltungspartnern geleistet werden muss. Kostensteigernd in dieser Phase ist, dass sowohl der bisherige PSTN-Interconnect als auch der neue NGN-Interconnect finanziert werden muss. Zudem steht am Ende des Prozesses auch ein Rückbau des PSTN, der ebenfalls zu weiteren Kosten führt.

Der hier verwendete internationale Tarifvergleich kann aus systemimmanenten Gründen diese kostensteigernden Effekte nicht berücksichtigt haben. Er stellt vielmehr ausschließlich auf die Erwartung von Effizienzgewinnen durch NGN ab. Eine Untersuchung der kostensteigernden Effekte des Parallelbetriebs ist jedenfalls dadurch nicht geleistet worden.



Zudem stellt die Beschlussbegründung darauf ab, dass vor dem 31.12.2012 die Empfehlung der EU-Kommission zu den Terminierungsentgelten nicht beachtet werden und die genehmigten Entgelte zuvor nicht der Terminierungsempfehlung entsprechen müssen (S. 27). Dieser von der Beschlussbegründung selbst gesetzte Vorgabe wird aber bezüglich der Berücksichtigung von NGN begründungslos abgewichen. Nach der Empfehlung soll die Regulatorbehörde zunächst ein Kostenrechnungsmodell entwickeln und hierbei von einem Netz der nächsten Generation ausgehen (Ziff. 4 der Empfehlung). Die Berücksichtigung von NGN bereits vor dem 31.12.2012 und ohne belastbares Kostenrechnungsmodell ist jedoch ein Widerspruch gegenüber den Aussagen des Beschlusses zur Umsetzungsfrist der Terminierungsempfehlung.

3. Thematik gesteigener Stückkosten nicht sachgerecht ermittelt

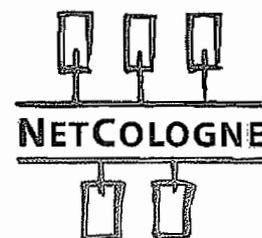
Während noch im Vorgängerbeschluss BK3c-08-137 (S. 29 f.; S. 35 ff.) eingehend geprüft und anerkannt wurde, dass die deutlich zurückgehenden Verkehrsmengen zu höheren Investitionen je Minute führen, fehlt es in der Beschlussbegründung an entsprechenden Prüfungen und Darlegungen. Die Verkehrsmengenentwicklung findet lediglich Eingang als Inputparameter des internationalen Tarifvergleichs ohne jedoch zuvor und entsprechend dem Vorgängerbeschluss Investitionswerte zu prüfen und deren Kalkulationsbestandteile zu gewichten. Im Vergleich zu den bisherigen Entgeltgenehmigungen bleibt die Beschlussbegründung eine Prüfung und Antwort darauf schuldig, ob und welche Verkehrsrückgänge sich entwickelt haben und welche Schlussfolgerungen hierfür für die Entgeltsetzung zu ziehen sind.

4. Internationaler Tarifvergleich

Die Regulierung auf Basis einer internationalen Vergleichsmarktbetrachtung gehört aus Sicht der Beigeladenen zu den Instrumenten der Bundesnetzagentur, deren Anwendung immer wieder neu überrascht.

Während hinsichtlich der TAL-Tarife ein internationaler Tarifvergleich „keine geeignete Methode“ darstellt, weil hierzu

„konkrete Angaben zu kostenbestimmenden Parametern ausländischer Telekommunikationsunternehmen, die eine Bewertung der Vergleichbarkeit im Rahmen eines internationalen Tarifvergleichs ermöglichen würden, für die TAL nur schwer ermittelbar, zumal es sich bei den betref-



fenden Daten um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der jeweiligen Unternehmen handelt. Zwischen verschiedenen Ländern können darüber hinaus erhebliche Differenzen der Kosten für die Überlassung einer TAL bestehen, beispielsweise durch Unterschiede in der durchschnittlichen TAL-Länge, der Netztopologie und der Netzstruktur.“
BK3c-11/003, S. 80 f.

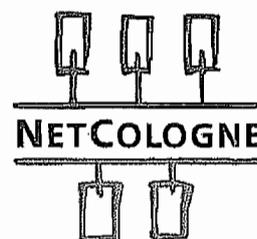
scheint die Vergleichbarkeit der Kosten auch hinsichtlich Netztopologie und Netzstruktur für Interconnection-Leistungen (zurückgehend auf ein im Kern 10 Jahre altes Gutachten der Beratungsfirma Analysys) möglich zu sein. Mangels ausreichender Begründung lässt sich auch nicht nachvollziehen, nach welchen Kriterien Länder ausgewählt oder nicht berücksichtigt wurden. So bleibt ohne Begründung, warum Länder wie Frankreich und Niederlande einmal berücksichtigt wurden (Vorgängerentscheidung) und einmal nicht (Beschlussentwurf). Warum ein nationaler Tarifvergleich vorliegend nicht möglich sein sollte, ist bereits oben als durch den Beschlussentwurf nicht beantwortete Fragestellung dargestellt worden.

Insgesamt kann gerade vorliegender internationaler Tarifvergleich aufgrund vieler Begründungslücken nicht überzeugen und kann das Ergebnis nicht rechtfertigen. Die Kritik der Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 6.6.2011 kann die Beigeladene daher nachvollziehen.

5. Nichtberücksichtigung der Veränderungen der Netzgrenzen in einem NGN

Die Berücksichtigung des NGN-Ausbaus besitzt kostenrechnerische Implikationen bezüglich der Abgrenzung zwischen Anschluss- und Verbindungsnetzen. Diese Implikationen werden vom Beschlussentwurf jedoch ausgeblendet. Zwar wird zutreffend ausgeführt, dass aufgrund des NGN-Ausbaus die Antragstellerin auch mit dem Ausbau des Anschlussnetzes und dem Aufbau von MSAN begonnen hat:

„Zwar ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin auch während der Laufzeit dieser Genehmigung den ganz überwiegenden Teil ihrer Telefonanschlusskunden an ihr PSTN angeschlossen haben wird und damit die Verbindungsleistungen von und zu diesen Endkunden über das PSTN

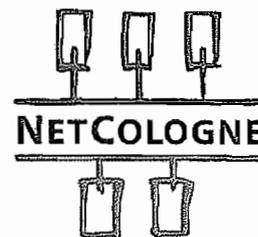


produzieren wird. Doch beginnt die Antragstellerin im Laufe des Jahres nunmehr aktiv mit dem Umbau ihres Anschlussnetzes, in dem sie sukzessive sog. „Multi Service Access Node“ (MSAN) aufbaut. Der MSAN ermöglicht sowohl die Bereitstellung von Breitband- als auch Schmalbandanschlüssen. Diese werden aber nicht einerseits an das breitbandige IP-Kernnetz und andererseits an das PSTN angeschlossen, sondern alle Anschlüsse werden gemeinsam auf das breitbandige IP-Kernnetz geführt, welches Teil des NGN der Antragstellerin ist. Der Aufbau der MSAN ist die Voraussetzung für die Migration vom PSTN zum NGN. Der aktive Beginn der Migration steigert die Wahrscheinlichkeit, dass die Betroffene im Genehmigungszeitraum nicht unerheblich in ihr NGN investiert, während neue Investitionen in PSTN-Technik unwahrscheinlich sind.“
Beschlussentwurf S. 29

Der MSAN könnte somit derjenige „demarcation point“ sein, der die verkehrsabhängigen Entgelte (Verbindungsnetz) von den verkehrunabhängigen Entgelten (Anschlussnetz) abgrenzt. Bei einer grundsätzlichen Berücksichtigung des NGN-Ausbaus ist daher auch grundsätzlich zu prüfen und zu bewerten, welche Auswirkungen diese Veränderungen von Netz- und damit auch Kostengrenzen auf die Entgeltfestsetzung haben.

Der Anhang zur EU-Empfehlung zur Regulierung der Terminierungsentgelte stellt deutlich klar, dass in einem herkömmlichen PSTN-Netz im Hinblick auf die Terminierungsentgelte weniger Kostenelemente betrachtet werden als in einem NGN-/NGA-Netz, dessen Abgrenzung sich näher zum Teilnehmer verschiebt:

„In der Regel erfolgt die Abgrenzung zwischen den verkehrsabhängigen und den verkehrsunabhängigen Kosten an dem Punkt, an dem eine erste Verkehrskonzentration auftritt. Bei einem herkömmlichen Telefonnetz (PSTN) befindet sich dieser Punkt auf der dem öffentlichen Netz zugewandten Seite der Leitungsanschlusskarte in einem (entfernten) Konzentrador. Das Breitband-Pendant für Netze der nächsten Generation ist



die DSLAM/MSAN-Leitungsanschlusskarte. Befindet sich das DSLAM/MSAN in einem Verteilerkasten, ist zu prüfen, ob die bisherige Teilnehmeranschlussleitung zwischen dem Verteilerkasten und dem MDF gemeinsam genutzt wird und als Teil der verkehrsabhängigen Kostenkategorie zu behandeln ist. In diesem Fall erfolgt die Abgrenzung zwischen den verkehrsabhängigen und -unabhängigen Kosten am Verteilerkasten.“

Anhang zur EU-Empfehlung der Kommission vom 7.5.2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU (2009/396/EG); Grundsätze zur Berechnung der Anrufzustellungsentgelte auf der Vorleistungsebene in Festnetzen Absatz 3; Hervorheb. nur hier.

Der Beschlussentwurf lässt diese gemeinschaftsrechtlich zu berücksichtigende Prüfpflicht gänzlich unberücksichtigt. Im Ergebnis wird das Ausrollen von NGN „näher zum Endkunden“ etwa durch den FTTB-Ausbau entgeltregulatorisch in keiner Weise belohnt. Im Gegenteil: durch das Absenken der Terminierungsentgelte werden Anbieter bevorteilt, welche diese Infrastrukturinvestitionen nicht tätigen und lediglich als Nachfrager die Terminierungsleistungen in Anspruch nehmen.

Das mit dem Beschlussentwurf verdeutlichte regulierungspolitische Konzept kann nach Ansicht der Beigeladenen insgesamt nicht überzeugen.

Mit freundlichen Grüßen
NetCologne GmbH

ppa. Patrick Helmes
Leiter Unternehmenskommunikation |
Recht & Regulierung

i. A. Daniel Serbee
Unternehmenskommunikation |
Recht & Regulierung