

JONES DAY

FRANKFURT AM MAIN

JÜRGEN REEMERS, LL.M. ^{1,12,13}
 DR. THOMAS JESTAEDT, LL.M. ^{1,2}
 OLIVER PASSAVANT ^{12,13}
 DR. CARSTEN GROMOTKE, LL.M. ^{1,2}
 DR. ANDREAS EBERT-WEIDENFELLER ^{1,2}
 DR. VOLKER KAMMEL ^{1,2}
 DR. DOROTHÉE WEBER-BRULS ^{1,7,18,19}
 DR. HOLGER NEUMANN, LL.M. ^{1,2}
 DR. ANDREAS JÜRGENS ^{1,2}
 ANDREAS KÖSTER-BÖCKENFÖRDE ^{1,2,15}
 MY LINH VU-GRÉGOIRE ^{1,3,11,13}
 DR. MARTIN BÜNNING ^{2,16}
 DR. RALF EK, LL.M. ^{1,2,11,13,11}
 DR. JOHANNES ZÖTTL ^{1,2}
 TED-PHILIP KROKE ^{1,2}
 SABINE FELIX ^{1,2}
 CLAUDIA JOCHUM ^{1,2}
 GEORG MIKES ^{1,2,15}
 MARC O. PEISERT, LL.M. ^{1,2,13}
 DR. DIETER STRUBENHOFF ^{1,2,14}
 PHILLIPP VON RAVEN ^{1,2}
 ANDREAS HOLZWARTH-ROCHFORD ^{1,7,18,19}
 CHRISTIAN STAPS ^{1,2}
 DR. LUTZ HÜLSDUNK ^{1,2}
 JORG REHDER ^{1,2,13,14}

RECHTSANWÄLTE · ATTORNEYS-AT-LAW

PATENTANWÄLTE

HOCHHAUS AM PARK

GRÜNEBURGWEG 102

60323 FRANKFURT

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

TELEFON: (49) 69-9726-3939

TELEFAX: (49) 69-9726-3993

WWW.JONESDAY.COM

FRANKFURT AM MAIN

SABINE WEISS, LL.M. ^{1,3}
 MARKUS HAMANN ^{1,2}
 DR. CHRISTIAN FUNKE, LL.M. OEC. ^{1,2,16}
 JULIA ZANGE, LL.M. ^{2,15,11,4}
 DR. SIMONE L. SCHMÜSER, LL.M. ^{1,2}

MÜNCHEN

ANSGAR C. REMPP, LL.M. ^{1,1,2,13,5}
 THOMAS C. MAHLICH, LL.M. ^{3,13}
 SANDRA-CHRISTIANE KAMPER ^{1,2}
 DR. MARTIN KOCK ^{1,2,13}
 DR. MARTIN WEBER ^{1,7,18,19}
 ADRIANE U. STURM ^{1,2}
 DR. CHRISTIAN PAUL ^{1,2,11,2}
 IVO POSLUSCHNY ^{1,2,14}
 FRIEDERIKE GOBBELS ^{1,2,15}
 MARTIN SCHULZ, LL.M. ^{1,2}
 MARC F-X GROEBL, LL.M. ^{1,2,13}

20. Juli 2011

Per Telefax: 0228 146463 (12 Seiten)
und per E-Mail: BK3-Konsultation@bnetza.de

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
 Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
 Beschlusskammer 3
 Herrn Vorsitzenden Ernst-Ferdinand Wilmsmann
 Postfach 8001

53105 Bonn

**Veröffentlichung eines Entwurfs der Entgeltgenehmigung in dem Verwaltungsverfahren auf Antrag der Telekom Deutschland GmbH wegen Genehmigung der Entgelte für verbindungsabhängige Interconnection-Leistungen
 BK 3c-11/008**

Hier: Stellungnahme im Rahmen der Konsultation der Tele2 und der IntelliNet

**Fassung für alle Verfahrensbeteiligten
 Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Wilmsmann,

sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit nehmen wir im Rahmen der Konsultation des Entwurfs der Entgeltgenehmigung in dem Verwaltungsverfahren auf Antrag der Telekom Deutschland GmbH wegen Genehmigung der Entgelte für verbindungsabhängige Interconnection-Leistungen für die Beigeladene Communication Services Tele 2 GmbH, In der Stehle 39, 40599 Düsseldorf („Tele2“) sowie die Beigeladene IntelliNet Telecommunication GmbH, In der Stehle 39, 40599 Düsseldorf („IntelliNet“) Stellung. Diese Stellungnahme erfolgt in Ergänzung der in dem o.g. Verwal-

COMMERZBANK FRANKFURT · KONTO-NR. 330905100 · BLZ 500 400 00 · IBAN DE31 5004 0000 0330 9051 00 · BIC COBA DEFFXXX · UST/VAT REG. DE 112010330

¹PARTNER-IN-CHARGE ²RECHTSANWALT ³ATTORNEY-AT-LAW ⁴SOLICITOR (ENGLAND AND WALES) ⁵FACHANWALT FÜR ARBEITSRECHT ⁶STEUERBERATER ⁷PATENTANWALT ⁸EUROPEAN PATENT ATTORNEY ⁹EUROPEAN TRADEMARK & DESIGN ATTORNEY ¹⁰FACHANWALT FÜR HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT ¹¹ADVOKAT (SWEDEN) ¹²FACHANWALT FÜR GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ ¹³AVOCAT (FRANCE) ¹⁴MAÎTRE EN DROIT (FRANCE)

ALKHOBAR · ATLANTA · BEIJING · BOSTON · BRUSSELS · CHICAGO · CLEVELAND · COLUMBUS · DALLAS · DUBAI · FRANKFURT · HONG KONG · HOUSTON · IRVINE · JEDDAH · LONDON · LOS ANGELES · MADRID · MEXICO CITY · MILAN · MOSCOW · MUNICH · NEW DELHI · NEW YORK · PARIS · PITTSBURGH · RIYADH · SAN DIEGO · SAN FRANCISCO · SHANGHAI · SILICON VALLEY · SINGAPORE · SYDNEY · TAIPEI · TOKYO · WASHINGTON

| |
|--|
| Stellungnahme von Tele2 und IntelliNet Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse |
|--|

tungsverfahren für Tele2 und IntelliNet bereits abgegebenen Stellungnahmen vom 17.05.2011, 18.05.2011, 03.06.2011 und 15.06.2011, auf die hiermit ausdrücklich Bezug genommen wird.

1. Zur Konsultation des Entwurfs der Entgeltgenehmigung [Ziffer 1. des Beschlussentwurfs]

Nach den europarechtlichen Vorgaben ist eine Konsultation und Konsolidierung der im vorliegenden Verfahren zu treffenden Entgeltgenehmigungsentscheidung gem. § 35 Abs. 3 TKG geboten.

Allerdings ist zu bemängeln, dass die konkrete Vorgehensweise der Bundesnetzagentur durch den Erlass einer vorläufigen Entscheidung mit nachgeschaltetem Konsultationsverfahren und der Möglichkeit einer rückwirkenden Erhebung höherer Entgelte das Rückzahlungsrisiko einseitig zu Lasten der Beigeladenen verschiebt. Entgegen der gesetzlichen Wertung des § 35 Abs. 5 TKG werden hiermit die Zusammenschaltungspartner des regulierten Unternehmens die die Entgeltabsenkung an ihre Kunden weitergeben, einseitig mit einem Rückwirkungsrisiko belastet. Dies wäre zu vermeiden gewesen, wenn das regulierte Unternehmen den Entgeltgenehmigungsantrag so frühzeitig gestellt hätte, dass trotz der Durchführung des Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens der Erlass einer endgültigen Genehmigungsentscheidung noch vor Ablauf der alten Entgeltgenehmigung möglich gewesen wäre.

Um dies bei zukünftigen Entscheidungen sicherzustellen, ist dem regulierten Unternehmen eine längere als die in § 31 Abs. 5 Satz 2 TKG genannte Mindestfrist für die Stellung eines Entgeltgenehmigungsantrags zu setzen. Bei nicht rechtzeitiger Stellung eines Entgeltgenehmigungsantrags muss die Bundesnetzagentur von Amts wegen so rechtzeitig tätig werden, dass keine Genehmigungslücke entsteht, die dann wie im vorliegenden Fall durch eine vorläufige Entscheidung behelfsmäßig zu schließen ist.

Vor diesem Hintergrund sowie den Erfahrungen im Rahmen der Verfahren zu den Mobilfunkterminierungsentgelten, regt die Beigeladene dringend an, die Antragstellerin zu verpflichten, den Genehmigungsantrag für die nächste Entgeltgenehmigung mindestens sechs (6) Monate vor Ablauf der alten Entgeltgenehmigung vorzulegen. Eine entsprechende Verpflichtung sollte als Nebenbestimmung in den endgültigen Beschluss aufgenommen werden.

Falls eine solche Nebenbestimmung in dem Beschluss unterbleibt und sich deshalb am Ende der Geltungsdauer des Beschlusses die gleiche Vorgehensweise wie im vorliegenden Verfahren wiederholen würde, so würde allein schon dies zu einer gemeinschaftsrechtswidrigen Verzögerung bei der Umsetzung der Kommissionsempfehlung führen. Nach dem Beschlussentwurf beabsichtigt die Bundesnetzagentur, die Kommissionsempfehlung erst bei der nächsten Entgeltgenehmigungsentscheidung umzusetzen. Wenn aber bei der nächsten Entgeltgenehmigungsentscheidung erneut wie im vorliegenden Fall die Situation eintreten sollte, dass zu Anfang des Genehmigungszeitraums zunächst nur eine vorläufige Genehmigung gilt, so würde dies faktisch auf eine mangelnde Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum Beginn des Jahres 2013 hinauslaufen. Eine endgültige Anordnung von Entgelten im Einklang mit der Kommissionsempfehlung wäre dann nämlich frühestens im März 2013 zu erwarten.

Stellungnahme von Tele2 und IntelliNet
Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

2. Zur Erforderlichkeit der Berücksichtigung der Kommissionsempfehlung [Ziffer 4.1.1 des Beschlussentwurfs]

Die Kommissionsempfehlung wäre bei der vorliegend zu treffenden Entgeltgenehmigungsentscheidung entgegen den Ausführungen in Ziffer 4.1.1 des Beschlussentwurfs zu berücksichtigen gewesen. Der in der Kommissionsempfehlung vorgegebene zeitliche Umsetzungsrahmen spricht entgegen den Ausführungen der Bundesnetzagentur nicht etwa gegen, sondern für eine Umsetzung bis zum 31.12.2012 und damit im Rahmen der vorliegend zu treffenden Entgeltgenehmigungsentscheidung.

Ihrem Sinn und Zweck nach fordert die Kommissionsempfehlung eine Berücksichtigung bei allen nach Erlass der Empfehlung zu treffenden einschlägigen Entgeltgenehmigungsentscheidungen und eine vollständige Umsetzung bis spätestens zum 31.12.2012.

Bereits jetzt müsste daher nach der Kommissionsempfehlung eine Entscheidung getroffen werden, die beispielsweise im Rahmen einer Gleitpfadregelung auf eine vollständige Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum 31.12.2012 hinführt.

Dies hätte auch den Erwägungen der Bundesnetzagentur in dem Eckpunktepapier

Eckpunktepapier der Bundesnetzagentur zur Zusammenschaltung IP-basierter Netze vom 11.02.2008, dort Eckpunkt Nr. 5

entsprochen. Dort geht die Bundesnetzagentur selbst davon aus, dass eine Zusammenschaltung IP-basierter Netze am besten durch die *Festlegung eines Gleitpfades zur Absenkung der Zusammenschaltungsentgelte* geschieht.

Die in dem nunmehr veröffentlichten Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur gegen eine Berücksichtigung der Kommissionsempfehlung vorgebrachten Argumente insbesondere zu Ziffer 11 der Kommissionsempfehlung und zu Ziffer 7.1 in der Explanatory Note vermögen nicht zu überzeugen.

Nach Abs. 1 von Ziffer 7.1 der Explanatory Note ist die Zulässigkeit einer Übergangsperiode beschränkt auf die Bestandsdauer einer bereits vor Eintritt einer Änderung des Gemeinschaftsrechts (also hier dem Erlass der Kommissionsempfehlung) erlassenen Regulierungsmaßnahme. Dies wäre hier die letzte IC-Entgeltentscheidung von 2008 gewesen, die vor Erlass der Kommissionsempfehlung in 2009 getroffen wurde.

„That implies that „as soon as possible“ in Article 16(1) is interpreted as respecting regulatory measures that have already been notified and agreed.“

Die weitere Interpretation von Ziffer 7.1 der Explanatory Note in dem Beschlussentwurf ist schon in sich nicht schlüssig. Zunächst wird zutreffenderweise auf die Aussage in Ziffer 7.1 hingewiesen, die Übergangsperiode solle „... den betroffenen Unternehmen ermöglichen, ihre Geschäftsmodelle an die Folgen der Terminierungsempfehlung anzupassen.“ Hierzu folgert die Beschlusskammer in dem Beschlussentwurf, dass es nicht dem Zweck der Übergangsperiode entspräche, wenn die Terminierungsempfehlung auf jede neu zu erteilende Entgeltgenehmigung anzuwenden wäre. Ziffer 7.1 mache deutlich, dass die Entgelte vor dem 31.12.2012 nicht der Terminierungsempfehlung entsprechen müssen.

| |
|--|
| Stellungnahme von Tele2 und IntelliNet Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse |
|--|

Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass letzteres auch nicht von der Beigeladenen gefordert war. Im Gegenteil, die Beigeladene hat vorgetragen, dass mit dem Entgeltbeschluss ein Gleitpfad festgelegt werden sollte, der es ermöglicht, dass das Entgeltniveau ab dem 01.01.2013 der Terminierungsempfehlung entspricht. Für das Entgeltniveau ab dem 01.07.2011 – also unmittelbar nach Entscheidung – wurde als erste Stufe des Gleitpfades eine Absenkung um 30% gefordert.

Weiterhin enthält die Begründung in dem Beschlussentwurf jedoch auch eine Fehleinschätzung hinsichtlich der Geschäftsmodelle und Geschäftsplanung der Marktteilnehmer und insbesondere auch der Antragstellerin. Für eine rechtzeitige Anpassung der Geschäftspläne bis zum 31.12.2012 wäre erforderlich, dass allen Marktteilnehmern bereits heute bekannt ist, mit welchen Entgelten sie für ihre Planungen für die Zukunft - auch über den 31.12.2012 hinaus - zu rechnen haben. Dies gilt insbesondere angesichts der drastischen Reduktionen, die in anderen EU-Ländern für die Umsetzung der Empfehlung bereits bestimmt wurden.

Durch die in dem Beschlussentwurf vorgenommene Praxis, für die Entgelte bis zum 30.11.2012 die Kommissionsempfehlung vollständig zu ignorieren und für die Zeit danach ihre Anwendung zwar anzukündigen, die hieraus folgenden Konsequenzen jedoch nur vage anzudeuten und insbesondere das danach geltende Entgeltniveau nicht zu bestimmen, wird jegliche Anpassung von Geschäftsmodellen unmöglich gemacht. Nicht einmal eine verlässliche Geschäftsplanung ist den Marktteilnehmern auf dieser Basis möglich. Als Konsequenz des Beschlussentwurfes werden die Marktteilnehmer wohl erst kurz vor dem 30.11.2012 erfahren, auf welcher Basis sie ihr Geschäft kurz darauf fortführen müssen. Dies ist das genaue Gegenteil dessen, was die Übergangsfrist gemäß der Kommissionsempfehlung bewirken soll.

In rechtlicher Hinsicht ist außerdem zu beachten, dass die von der Bundesnetzagentur in dem Beschlussentwurf vorgesehene Nicht-Beachtung der Kommissionsempfehlung nach der Systematik dieser Entscheidung nur deshalb möglich war, weil die Bundesnetzagentur die Geltungsdauerentscheidung entgegen dem Antrag der Antragstellerin und entgegen der zuvor langjährig praktizierten Regulierungspraxis abgekürzt hat.

Diese Verkürzung der Geltungsdauer der Entgeltgenehmigung dient hierbei offensichtlich ausschließlich dem Zweck, eine formelle Begründung dafür zu schaffen, die Kommissionsempfehlung noch nicht anwenden zu müssen. Dies stellt im Rahmen der Ermessensausübung bei der Befristung der Beendigungsentscheidung eine nicht sachgerechte Erwägung dar. Die Umgehung der europarechtlich vorgesehenen Anwendung der Kommissionsempfehlung durch eine künstliche Abkürzung der Geltungsdauer der Genehmigungsentscheidung widerspricht dem Sinn und Zweck der Kommissionsempfehlung aus den in der „Explanatory Note“ hierzu vorgesehenen Erwägungen.

3. Zur Kalkulationsbasis [Ziffer 4.1.2 des Beschlussentwurfs]

a) PSTN oder NGN

In dem Beschlussentwurf ist vorgesehen, dass als Kalkulationsbasis nicht mehr auf ein reines PSTN-Netz abgestellt werden kann, sondern dass auf eine Mischung zwischen PSTN und NGN abzustellen ist. Hierbei soll eine aufwandsbezogene Kalkulation auf der Grundlage von Restbuchwerten anhand der Anschaffungs- und Herstellungskosten abzüglich bereits erfolg-

| |
|--|
| Stellungnahme von Tele2 und IntelliNet Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse |
|--|

ter und während des Genehmigungszeitraums noch erfolgreicher Abschreibungen herangezogen werden. Als Begründung hierfür wird angeführt, dass die Antragstellerin und die meisten ihrer Wettbewerber im Genehmigungszeitraum bereits in erheblichem Umfang in NGN investieren würden, während neue Investitionen in PSTN-Technik unwahrscheinlich seien.

In diesem zentralen Punkt der Begründung des Beschlussentwurfes ist der Bundesnetzagentur grundsätzlich zuzustimmen. Die Bundesnetzagentur kommt hiermit der Forderung unter anderem der Beigeladenen nach, wonach eine Kostenermittlung auf der Basis eines reinen PSTN nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten und der technischen Entwicklung entspricht. Die PSTN-Technologie ist nicht mehr als *effizient* anzusehen und wird deshalb bereits seit Jahren von der Antragstellerin und ihren Wettbewerbern sukzessive durch NGN-Technologie ersetzt.

Bereits im Verfahren IC2008 hätte die Bundesnetzagentur deshalb so entscheiden müssen wie in dem aktuellen Beschlussentwurf vorgesehen, denn die nun hierfür als maßgeblich dargestellten Kriterien haben auch 2008 schon bestanden. Auch damals hat die Bundesnetzagentur bereits ausdrücklich festgestellt, dass sich die Antragstellerin inmitten eines langfristigen Migrationsprozesses von einem PSTN zu einem NGN befinde.

Ergänzend und zur Bekräftigung der Argumentation der Bundesnetzagentur auf S. 29 des Beschlussentwurfes sei darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin zwischenzeitlich durch Rundschreiben an Vertragspartner von DSL Vorleistungsprodukten mitgeteilt hat, dass sie noch in 2011 bereits einen nennenswerten Anteil ihrer Anschlussbereiche mit MSAN ausstaten wird.

Es ist zu begrüßen, dass die Bundesnetzagentur die technische Entwicklung nunmehr auch in ihrem Beschlussentwurf grundsätzlich berücksichtigt hat. Es ist daher zutreffend, wenn die Bundesnetzagentur auf S. 30 des Beschlussentwurfes im Rahmen der Interessensabwägung davon ausgeht, dass viel für eine Kalkulation auf Basis von NGN Technik spricht, weil neue Investitionen allein auf Basis von NGN-Technik erfolgen.

Gleichwohl ist anzumerken, dass angesichts des mittlerweile sehr weit fortgeschrittenen Migrationsprozesses von einem PSTN zu einem NGN eine bloße Mischung dieser Technologien heute wohl schon nicht mehr effizient sein dürfte. Vielmehr ist auf Grund des Stands der Technik und des Stands der Migrationsprozesse davon auszugehen, dass *allein* eine Leistungsbereitstellung auf der Grundlage von NGN-Technologie als *effizient* anzusehen ist.

Die Abwägung der Bundesnetzagentur in Ziffer 4.1.2.5 des Beschlussentwurfes hätte daher im Ergebnis so ausfallen müssen, dass *allein* eine Kostenermittlung auf Basis von NGN-Technik in Betracht kommt. In einem zweiten Schritt hätten auf dieser Basis dann die Stufen eines Gleitpfades für den Übergang vom vormaligen PSTN-Entgeltniveau auf das zukünftige NGN-Niveau für den Zeitraum vom 01.07.2011 bis 01.01.2013 festgelegt werden können.

b) Exkurs: Behandlung von Zusammenschaltungsentgelten nach Umsetzung der Kommissionsempfehlung

In diesem Zusammenhang ist außerdem zu der „Ankündigung“ der Bundesnetzagentur Stellung zu nehmen, wonach bei einer Umsetzung der Kommissionsempfehlung ab dem 01.12.2012 eine gleiche Kostenverteilung zwischen den Zuführungs- und den Terminierungs-

Stellungnahme von Tele2 und IntelliNet
Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

leistungen „wahrscheinlich nicht mehr möglich sei“. Diese Ankündigung widerspricht der zuvor getroffenen Feststellung, wonach für Terminierung wie für Zuführung gleiche Leistungen erbracht werden. Die Vorausschau der Bundesnetzagentur steht nach Ansicht der Beigeladenen auch nicht in Einklang mit den Vorgaben der Entgeltregulierung nach dem europäischen Rechtsrahmen und insbesondere der Kommissionsempfehlung.

Die Europäische Kommission hat diesbezüglich in ihrer aktuellen Kommentierung der Regulierungsentscheidung der Französischen Regulierungsbehörde Autorité de Régulation des Communications électroniques et des Postes (ARCEP) ihre *tiefe Beunruhigung* darüber zum Ausdruck gebracht, dass die Kommissionsempfehlung als Anlass genommen werden könnte, Kosten, die bislang über Terminierungsentgelte gedeckt wurden nach einer Absenkung der Terminierungsentgelte durch eine Erhöhung der Originierungsentgelte abzudecken. Die Kommission hält eine solche „Umverteilung“ (wie sie auch in der Ankündigung der Bundesnetzagentur auf S. 32 des Beschlussentwurfs angedeutet wird) für ein Zugangshindernis auf dem Vorleistungsmarkt und für eine Wettbewerbsbehinderung.

Die Kommission bekräftigt in ihrer Stellungnahme, dass PSTN-basierte Kosten nicht als Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung von Terminierungsleistungen angesehen werden können. Wenn man es dem regulierten Unternehmen jedoch gestatten würde, nach einer Absenkung der Terminierungsentgelte die hierdurch entstehenden Mindereinnahmen durch eine Erhöhung bei anderen regulierten Leistungen (namentlich den Originierungsentgelten) auszugleichen, würde dies im Widerspruch zur Kommissionsempfehlung stehen.

Auf Seite 6 der Stellungnahme der Kommission vom 11. Juli 2011 heißt es unter der Überschrift : “Recoupment of costs”:

ARCEP explains that costs no longer recovered through the termination fee could eventually be recouped through other (wholesale) products. Although the treatment of costs previously recovered on the call termination market will be subject to a new public consultation, it appears that this cost-recovery would most probably occur on the (regulated) call origination market.

The Commission is deeply concerned that shifting costs from the wholesale call termination market to another regulated wholesale market may create additional barriers to enter the retail telephony market, thus hindering competition. The Commission reminds ARCEP that due to the two-sided nature of call termination markets, not all related termination costs must necessarily be recovered from the wholesale charge levied on the originating operator. Terminating operators normally have the ability to recover their costs from non-regulated retail services offered in competitive markets.

Against this background, the Commission urges ARCEP in the context of the forthcoming public consultation to specify the products on which costs no longer recovered on the call termination market would be recouped. In case those costs are proposed to be recouped on the call origination or other regulated markets, ARCEP must explain why and justify that those costs cannot be recouped on competitive markets. Furthermore, the Commission urges ARCEP to explain how the reallocation of those costs on the call origination market could not be discriminatory with respect to both the incumbent and alternative operators.

Stellungnahme von Tele2 und IntelliNet
Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

The Commission notes that although PSTN based-costs are considered inefficient for the provision of call termination services, ARCEP may, however, allow their recoupment on other (regulated) wholesale markets, which is contrary to the Termination Rates Recommendation according to which other (inefficiently incurred) costs should be recouped on non-regulated retail services.

The Commission requests ARCEP to carefully consider its approach with respect to the reallocation of PSTN costs and align it with the principles of the Termination Rates Recommendation.

4. Zur Bewertung der Kostenunterlagen [Ziffer 4.1.3 des Beschlussentwurfs]

Es ist der Begründung des Beschlussentwurfes darin zuzustimmen, dass eine Entgeltgenehmigung auf der Grundlage der von der Antragstellerin vorgelegten Kostenunterlagen abgelehnt wird, weil diese Unterlagen allein auf das historische PSTN/ISDN-Netz aufbauen. Hierbei handelt es sich nicht mehr um ein effizientes Netz und bei den hierfür angeblich nachgewiesenen Kosten damit nicht um die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Die Beigeladene hat dies bereits in ihren früheren Stellungnahmen in diesem Verfahren im Einzelnen dargelegt, auf die hiermit Bezug genommen wird.

Es ist zutreffend, wenn die Bundesnetzagentur auf S. 34 des Beschlussentwurfs feststellt, dass bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die Kosten des NGN zu Grunde zu legen sind.

5. Zur Ermessensausübung gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 TKG [Ziffer 4.1.4 des Beschlussentwurfs]

Die Beigeladene begrüßt und unterstützt im Ergebnis die Schlussfolgerung der Bundesnetzagentur, anstelle einer Genehmigungsentscheidung auf der Grundlage von Kosteninformationen (§ 33 TKG) auf der Grundlage von alternativen Ermittlungsmethoden nach § 35 Abs. 1 TKG eine Entgeltgenehmigung zu erteilen.

Die Beigeladene hält es für vertretbar, für die Entgeltentscheidung auf eine internationale Vergleichsmarktbetrachtung zurückzugreifen, da noch kein Kostenmodell zur Verfügung steht, welches die Ermittlung der Kosten *effizienten* Leistungsbereitstellung, also der Leistungsbereitstellung auf Grundlage von NGN Technologie ermöglicht.

Gleichwohl hätte in Erwägung gezogen müssen, anstelle des noch nicht vorhandenen deutschen Kostenmodells, welches die Vorgaben der Kommissionsempfehlung berücksichtigt, auf erprobte Kostenmodelle der Regulierungsbehörden anderer Länder zurück zu greifen.

Das Vorhandensein solcher Kostenmodelle anderer Regulierungsbehörden belegt, dass die Kosten der Leistungsbereitstellung auf der Grundlage von NGN im Rahmen eines Kostenmodells grundsätzlich modellierbar sind. Die Beigeladene hat bereits in ihren früheren Stellungnahmen in diesem Verfahren im Einzelnen dargelegt, dass derartige Modelle beispielsweise in Schweden, den Niederlanden, Dänemark und Frankreich existieren. Auf diese Ausführungen wird hiermit Bezug genommen.

Stellungnahme von Tele2 und IntelliNet
Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Kein ausreichendes Argument gegen eine Berücksichtigung der Kostenmodelle anderer Ländern ist es, wenn die Bundesnetzagentur auf S. 38 (letzter Absatz) des Beschlussentwurfs schlicht behauptet, solche Modelle würden „der Bundesnetzagentur nicht vor[liegen]“. Es gilt im vorliegenden Verfahren der Amtsermittlungsgrundsatz. Es wäre der Bundesnetzagentur (schon ganz nach den substantiierten Hinweisen der Beigeladenen im Verfahren) ohne weiteres möglich gewesen, den entscheidungserheblichen Sachverhalt durch entsprechende Anfragen bei den Regulierungsbehörden von Schweden, den Niederlanden, Dänemark und Frankreich zu ermitteln. Zudem haben diese Regulierungsbehörden ihre Kostenmodelle sogar zum Download im Internet verfügbar gemacht.

Die Daten für die Befüllung eines solchen Modells hätten dann in einer zweiten Stufe bei den Systemherstellern und Nachfragern der Systemtechnologie ermittelt werden können.

6. Zum internationalen Tarifvergleich [Ziffer 4.1.5 des Beschlussentwurfs]

a) Ansatz des Tarifvergleichs

Es wurde bereits ausgeführt, dass die Beigeladene beim Fehlen eines den Vorgaben der Kommissionsempfehlung entsprechenden Kostenmodells die Entgeltgenehmigung auf Grundlage eines internationalen Tarifvergleiches nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG befürwortet.

Allerdings ist der internationale Tarifvergleich von der Bundesnetzagentur in dem Beschlussentwurf in einer Weise umgesetzt worden, der den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Kommissionsempfehlung widerspricht. Es hätten im Rahmen des Tarifvergleichs nur solche Vergleichsländer berücksichtigt werden dürfen, die bereits die Vorgaben der Kommissionsempfehlung umsetzen.

Zu diesen Ländern (Dänemark, Schweden und die Niederlande) ist im Verlaufe des Anhörungsverfahrens auch noch Frankreich hinzu gekommen. Die dortige Regulierungsbehörde hat im Juni 2011 einen Konsultationsentwurf an die EU Kommission übermittelt, der – basierend auf der Kommissionsempfehlung – eine deutliche Reduktion der Terminierungsentgelte vorsieht. Demgegenüber stellt der von der Bundesnetzagentur herangezogene internationale Tarifvergleich noch auf die alte Rechtslage in Frankreich ab und verneint diesbezüglich eine Vergleichbarkeit zu Deutschland.

Die Bundesnetzagentur hat in dem Beschlussentwurf auf S. 42 eine Beschränkung des Tarifvergleichs auf Vergleichsländer, die bereits die Vorgaben der Kommissionsempfehlung umsetzen, abgelehnt. Begründet wird dies mit einem *Umkehrschluss* aus der Regelung zur Umsetzungsfrist der Kommissionsempfehlung zum 31.12.2012.

Die Beigeladene hat oben (Ziff. 2. dieses Schriftsatzes) bereits darauf hingewiesen, dass die Kommissionsempfehlung zwingend auch schon bei dieser Entgeltgenehmigungsentscheidung zu berücksichtigen gewesen wäre. Aus dem Auftrag der Kommissionsempfehlung, diese bis spätestens zum 31.12.2012 umgesetzt zu haben kann im *Umkehrschluss* jedoch nicht - wie von der Bundesnetzagentur - ein Verbot der Berücksichtigung vor dem 31.12.2012 abgeleitet werden. Dies widerspricht erkennbar dem Wortlaut, der Systematik und dem Sinn und Zweck der Kommissionsempfehlung.

Stellungnahme von Tele2 und IntelliNet
Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

b) Durchführung des Tarifvergleichs

Selbst wenn man diesen Fehler jedoch außer Acht lassen würde, so entspricht die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des internationalen Tarifvergleichs nicht den eigenen Vorgaben zur Kalkulationsbasis der Entscheidung. Die Bundesnetzagentur hat in dem ersten Teil des Beschlussentwurfs diesbezüglich festgelegt, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung anhand einer *Mischung zwischen PSTN und NGN* zu ermitteln sind. Weiterhin hat sie festgestellt, dass die Migration von PSTN zu NGN bei der Antragstellerin bereits sehr weit fortgeschritten ist.

Gleichwohl haben in den Tarifvergleich mit Dänemark und Schweden überhaupt nur zwei Staaten Eingang gefunden, in denen bereits NGN-Technologie im Kostenmodell zum Einsatz kommt, wobei Schweden basierend hierauf einen Gleitpfad durch ein „gleitendes“ Mischverhältnis von PSTN zu NGN durchläuft. Damit entsprechen im Ergebnis von den acht (8) als effizient erachteten und deshalb im Vergleich berücksichtigten Ländern nur zwei (2) dem NGN Kriterium. Der Vergleich beruht also nur zu maximal einem Viertel ($\frac{1}{4}$) auf NGN Technologie, während mindestens zu drei Vierteln ($\frac{3}{4}$) nach wie vor PSTN Technologie bestimmend war.

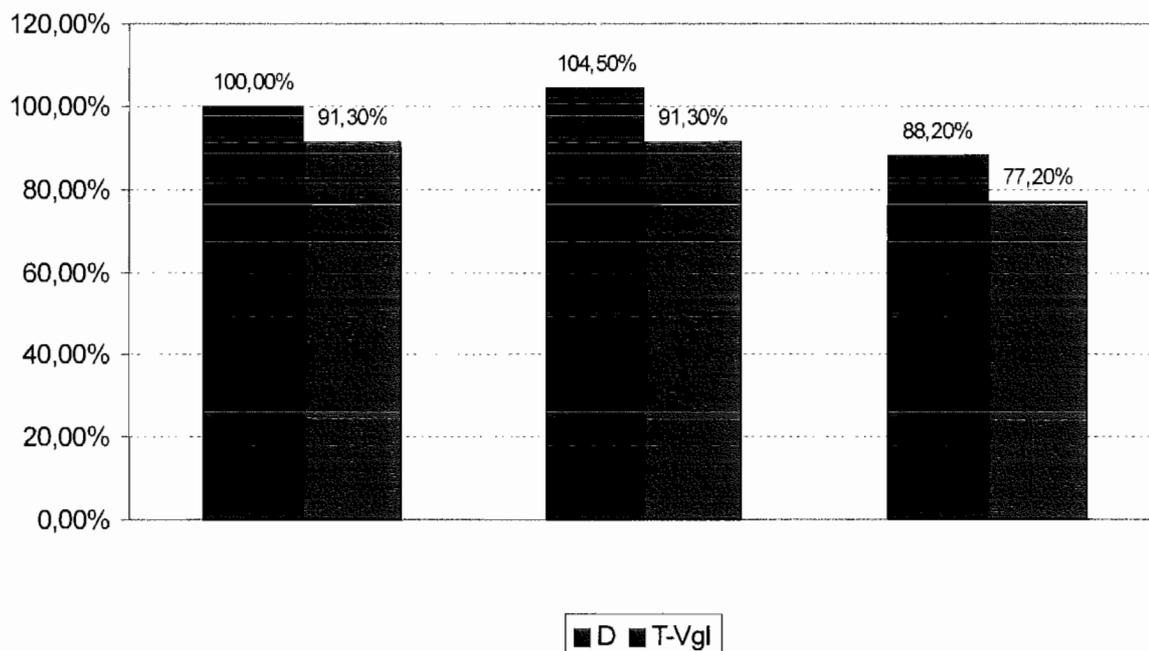
Damit setzt der angestellte internationale Tarifvergleich aber ganz klar das von der Bundesnetzagentur aufgestellte Kriterium einer Mischung zwischen PSTN und NGN nur äußerst unzulänglich um. Um dies zu erreichen, hätte die Bundesnetzagentur die Werte von Dänemark und Schweden *mindestens dreifach* gewichten müssen, was zu einem deutlich geringeren Vergleichspreis geführt haben würde.

c) Inkonsistenz der Tarifvergleiche 2008 und 2011

Schließlich ist das Ergebnis des angestellten Tarifvergleichs auch im Vergleich mit der im Rahmen der IC2008 Entscheidung (BK 3c-08-137) angestellten Vergleichsbetrachtung nicht plausibel. Vergleicht man das Ergebnis der damaligen Vergleichsmarktbetrachtung und das Ergebnis der jetzigen Vergleichsmarktbetrachtung und setzt sie zueinander in Relation so hätten die aktuellen Entgelte niedriger ausfallen müssen.

Der internationale Vergleich in 2008 ergab, dass die seinerzeit (bis 30.11.2008) gültigen Entgelte in Deutschland für die Tarifzone Local um 8,7% über dem gewichteten Local-Tarif gemäß EU-Vergleich lag. Dies ist in dem linken Teil der unten stehenden Grafik durch die beiden Balken dargestellt. Das bis 30.11.2008 in Deutschland geltende Preisniveau ist auf 100% normiert, der EU-Vergleich ergab mithin ein Entgelt auf einem Niveau von $100\% - 8,7\% = 91,3\%$.

Stellungnahme von Tele2 und IntelliNet
Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse



Das damalige Ergebnis des Tarifvergleiches wurde, aus Gründen, die von Seiten der Beigeladenen in einem Verfahren vor dem VG-Köln angegriffen werden, nicht in der Entgeltentscheidung der Bundesnetzagentur berücksichtigt. Statt dessen wurde mit dem IC-2008 Beschluss ab dem 01.12.2008 das Entgelt in der Tarifzone I (local) um 4,5% (50 /50 Gewichtung für Peak / Off-Peak) angehoben. Somit ergab sich das in der Mitte des Diagramms dargestellte Wertepaar. Einem Tarifniveau von 104,5% für Tarifzone I (local) in Deutschland stand weiterhin ein Niveau von 91,3% für den EU-Vergleich gegenüber.

Durch die Absenkung der Tarifzone Local um 16,3% (gemittelt) im Beschlussentwurf wird entsprechend ab dem 01.07.2011 das Entgeltniveau im Diagramm für Deutschland auf 88,2% abgesenkt. Zur Plausibilitätsprüfung ist nun aber zu betrachten, wie sich in den Vergleichsländern die Tarifzone Local seit der letztmaligen Vergleichsmarktbetrachtung im Jahr 2008 entwickelt haben.

Die unten dargestellte Übersicht vermittelt, dass in den Vergleichsländern, die im EU-Vergleich 2008 und auch wieder im Vergleich 2011 Berücksichtigung fanden, seit Anfang 2009 bis heute die Entgelte für die Tarifzone I (local) im Mittel um 14,1 % gesunken sind. Dies ist im Diagramm im Balken im linken Teil berücksichtigt. Somit ergibt sich für die Vergleichsländer aus heutiger Sicht ein Tarifniveau von 77,2% gegenüber 88,2% für Deutschland gemäß dem Beschlussentwurf.

Mithin vermittelt dieser Plausibilitätstest, dass das Tarifniveau I (local) nicht nur um 16,3% im Mittel sondern um 27,3% abgesenkt werden müsste.

Die Abweichung kann auch nicht mit den neu hinzugekommenen Ländern Griechenland und Ungarn begründet werden. Ein Blick auf die dortige Tarifentwicklung zeigt für Griechenland ein Sinken um 13,0% seit Anfang 2009, für Ungarn gar um 26,9%.

Stellungnahme von Tele2 und IntelliNet
Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Für die vorgenannten Tarife der Vergleichsländer wurde – wie schon in der Stellungnahme im Anhörungsverfahren – auf die Veröffentlichungen von Cullen International von Anfang 2009 bis März 2011 zurück gegriffen.

Die nachfolgende Tabelle stellt die Ergebnisse für die Tarifzone I (local) im Überblick für die Länder des EU-Vergleiches dar. Die Mittelwertberechnung erfolgt für die Länder, die im aktuellen wie auch im Vergleich in 2008 berücksichtigt wurden.

| Entgeltentwicklung Vergleichsländer aus Tarifvergleich 2008 | CCA* März 2011 zu Januar 2009 (nationale Währung) | Kosten / Minute 3 Minuten Anruf, Peak/Off-Peak = 50%/50% CCA Jan. 2009 | Kosten / Minute 3 Minuten Anruf, Peak/Off-Peak = 50%/50% CCA März 2011 | Differenz zu Deutschland (Beschluss 2008) | Differenz zu Deutschland (Beschlussentwurf 2011) |
|---|---|--|--|---|--|
| Dänemark | -50,8% | 0,390 | 0,192 | -58,3% | -50,1% |
| Großbritannien | 5,7% | 0,211 | 0,217 | -52,8% | -43,6% |
| Irland | -11,0% | 0,432 | 0,385 | -16,3% | 0,0% |
| Italien | 1,1% | 0,299 | 0,302 | -34,3% | -21,6% |
| Portugal | -0,7% | 0,448 | 0,445 | -3,3% | 15,6% |
| Schweden | -25,2% | 0,428 | 0,356 | -22,6% | -7,5% |
| Mittelwert | -14,1% | 0,368 | 0,316 | -31,3% | -17,9% |
| Deutschland 2011 | | | 0,385 | -16,3% | |
| Deutschland 2008 | | | 0,460 | | |

CCA: Cross-country analysis

7. Zusammenfassung

Die in dem Beschlussentwurf vorgesehene *Absenkung* des Entgeltniveaus für die Zusammenschaltungsleistungen ist grundsätzlich zu begrüßen.

Allerdings ist die in dem Beschlussentwurf vorgesehene *Absenkung* der Zusammenschaltungsentgelte (beispielsweise von ca. 16% in der Tarifstufe I) vom Umfang her zu gering ausgefallen. Um den rechtlichen Vorgaben zu genügen und der technischen und der Kostenentwicklung Rechnung zu tragen, hätten die Zusammenschaltungsentgelte um mindestens 30% abgesenkt werden müssen.

Dabei ist zunächst der Ansatz der Bundesnetzagentur zu begrüßen, eine Entgeltgenehmigung auf der Grundlage der von der Antragstellerin vorgelegten PSTN-Kostenunterlagen abzulehnen. Die Leistungsbereitstellung mittels PSTN-Technologie ist schon lange nicht mehr als *effizient* anzusehen, und es wird auch nicht mehr in PSTN-Technik investiert. Statt dessen ist auf NGN Technologie abzustellen.

Diese hätte von der Bundesnetzagentur allerdings in einem größeren Maß als im Beschlussentwurf vorgesehen berücksichtigt werden müssen. Wie in der Kommissionsempfehlung vorgegeben, hätte ausschließlich auf NGN Technologie abgestellt werden dürfen und bei einer (grundsätzlich zustimmungswürdigen) Entscheidung auf der Grundlage eines Tarifvergleichs

Stellungnahme von Tele2 und IntelliNet
Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

hätten nur Vergleichsländer berücksichtigt werden dürfen, die bereits die Kommissionsempfehlung umsetzen und Entgelte auf der Grundlage von NGN genehmigen.

Statt dessen hat die Bundesnetzagentur in dem internationalen Tarifvergleich nach wie vor ganz überwiegend Länder heran gezogen, die NGN nicht oder nicht ausreichend berücksichtigen. Ein zutreffender Tarifvergleich hätte zu deutlich niedrigeren Entgelten führen müssen.



Dr. Holger Neumann
- Rechtsanwalt -