

2. Juli 2011

VORAB PER TELEFAX

An die
Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post & Eisenbahnen
Beschlusskammer 3
Herrn Vorsitzenden Wilmsmann
Tulpenfeld 4

53113 Bonn

Handwritten signature: [Signature]
Handwritten note: - 4 Juli

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. 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) 323 002-20
hoelscher@doldemayen.de

Unser Zeichen:
11/00147 Hö/sp

Datum:
19. Juli 2011

Diese Stellungnahme enthält – mit Ausnahme der Anlage – keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Die Anlage enthält Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, dient ausschließlich zu Prüfzwecken der BNetzA und darf nicht an Dritte weitergeleitet werden. Eine geschwärzte Fassung der Anlage fügen wir bei.

**Entgeltgenehmigung Interconnection-Leistungen
BK 3c-11/008**

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,
sehr geehrte Damen und Herren,

gerne nehmen wir im Rahmen der öffentlichen Konsultation zu dem Entwurf einer Entgeltgenehmigung für Interconnection-Verbindungsleistungen Stellung, der unter dem Datum des 06.07.2011 im Amtsblatt der BNetzA veröffentlicht wurde.

Der Konsultationsentwurf für eine Genehmigung von IC-Verbindungsleistungen sieht eine deutliche Absenkung des Preisniveaus vor. Durch diese deutliche Absenkung werden sich die Einnahmen der Telekom Deutschland sowie der anderen Betreiber von Telekommunikationsnetzen, die der Sprachkommunikation dienen, wesentlich verschlechtern. Diese Verschlechterung stellt vor dem Hintergrund erheblicher anstehender Investitionen für Netze der neuen Generation (NGN) ein falsches Signal dar. Der Konsultationsentwurf berücksichtigt weder den Rückgang der Verkehrsmengen im ISDN/PSTN noch die Notwendigkeit in den kommenden Jahren ein NGN bei einem parallelen Weiterbetrieb des ISDN/PSTN aufzubauen. Damit wird jedenfalls das Regulierungsziel der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) deutlich verfehlt.

Der Konsultationsentwurf beruht zentral auf der Überlegung, dass die Entgelte auf der Grundlage einer Mischung der Kosten des PSTN/ISDN und eines zukünftigen NGN zu ermitteln sind. Dies ist bereits im Ansatz unzutreffend. Die verfahrensgegenständlichen Leistungen werden nahezu ausschließlich auf der Basis des ISDN/PSTN-Netzes erbracht. Für eine „Mischung“ ist daher kein Raum. Die Beschlusskammer gibt auch keine Kriterien dafür an, nach welchen Maßstäben „gemischt“ werden sollte. Den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sind daher ausschließlich die Kosten des PSTN/ISDN zugrunde zu legen (dazu unter 1.).

Aufgrund ihres unzutreffenden Ansatzes kritisiert der Konsultationsentwurf die von der Telekom Deutschland vorgelegten Kostenunterlagen. Diese Kritik ist unzutreffend. Selbst wenn man davon ausginge, dass NGN-Kosten im vorliegenden Genehmigungsverfahren relevant wären, wäre es nicht Sache des regulierten Unternehmens, die Kosten für dieses Netz nachzuweisen (dazu im Einzelnen unter 2.).

Der Konsultationsentwurf bestimmt das konkrete Entgeltniveau auf der Basis einer Vergleichsmarktbetrachtung. Dabei wendet die Beschlusskammer weiterhin einen best-practice-Ansatz an, der beim gegenwärtigen Stand der Entgeltregulierung für die IC-Verbindungsleistungen in den betrachteten Ländern nicht

mehr angemessen ist. Bei dem derzeitigen Stand der Regulierung der IC-Verbindungsleistungen ist davon auszugehen, dass diese in allen Ländern der Europäischen Union den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Für einen best-practice-Ansatz, der bei den grundsätzlich als geeignete Vergleichsländer herangezogenen Ländern nur die niedrigsten Vorleistungsentgelte heranzieht, ist daher kein Raum mehr. Vielmehr ist nunmehr wie im allgemeinen Wettbewerbsrecht auf den höchsten unverzerrten Wettbewerbspreis bzw. hilfsweise auf eine einfache Durchschnittsbetrachtung aller vergleichbaren Länder abzustellen (hierzu 3.).

Darüber hinaus ist im Entwurf an einer Stelle ein kleinerer Rechenfehler enthalten. Dieser Rechenfehler sollte in der Endfassung bereinigt werden (hierzu 4.).

1. Keine Berücksichtigung von Kosten für ein NGN

Die Beschlusskammer vermengt in ihrem Entwurf die Fragen nach der allgemeinen Methodik der Berechnung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung mit der Frage, ob die Kosten einer Leistungsbereitstellung über ein PSTN-Netz oder ein NGN zugrunde zu legen sind. Dieser Ansatz der Beschlusskammer dient dazu, den Entscheidungsspielraum der Beschlusskammer auch auf die Frage der Leistung zu erstrecken, für die die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung kalkuliert werden. Die Vorgehensweise der Beschlusskammer ist bereits im Ansatz unzutreffend.

a) Verfahrensgegenstand: Entgelte für PSTN-Zusammenschaltung

Wir haben bereits in unserer Stellungnahme vom 06.06.2011 darauf hingewiesen, dass verfahrensgegenständlich die Entgelte für eine PSTN-Zusammenschaltung sind. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die BNetzA der Entgeltgenehmigung keine wesentlich andere Leistung zugrunde legen darf als diejenige, die den Gegenstand des Entgeltantrags bildet.

BVerwG, Urteil vom 24.06.2009, BVerwG 6 C 19.08,
Rz. 15.

Die PSTN/ISDN-Zusammenschaltungsleistung ist zunächst durch die Struktur der Zusammenschaltung mit 474 lokalen Einzugsbereichen und 23 Grundeinzugsbereichen charakterisiert. Dieser Zusammenschaltungsstruktur entspricht auch eine Entgeltstruktur, die auf zwei Netzebenen aufbauend drei Tarifzonen kennt. Ein NGN hätte eine grundlegend andere Struktur mit nur einer geringen Anzahl von Zusammenschaltungspunkten (vorauss. 2 Points of Interconnection) und weniger Tarifzonen. Wir haben dies bereits in unserer Stellungnahme vom 06.06.2011 ausführlich dargelegt. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen wir auf diese Stellungnahme.

Im Übrigen haben wir zwar der BNetzA und dem Markt gegenüber angekündigt, NGN-Interconnection im November 2011 über den sog. NGN-ICAs einzuführen, jedoch werden die Verkehrsmengen, die im Genehmigungszeitraum über den NGN-ICAs übergeben werden, sehr gering sein. Grund hierfür ist, dass mit jedem ICP zunächst ein sog. Interoperabilitätstest durchgeführt werden muss, der je ICP ca. 6 Monate in Anspruch nehmen wird (siehe hierzu die von uns präsentierten Folien vom „2. Runden Tisch NGN“ am 25.05.2011). Damit werden bis zum Genehmigungsende am 30.11.2012 lediglich geringe Mengen für wenige pilotierte Netzbetreiber übergeben, die den Interoperabilitätstest bereits bestanden haben, bzw. neue an NGN-Interconnection interessierte Netzbetreiber diesen noch durchführen und die hierüber realisierten Verkehre über den NGN-ICAs übergeben werden. Die eigentliche Verkehrsabwicklung wird jedoch im gesamten Genehmigungszeitraum absehbar fast vollständig über .PSTN-IC erfolgen werden.

b) Ansatz einer Mischung unzutreffend

Selbst wenn man – zu Unrecht – eine Einbeziehung von Kosten eines NGN nicht bereits aufgrund unterschiedlicher Leistungsinhalte für unzulässig halten würde, wäre eine Mischung im Rahmen der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unzu-

treffend. Eine solche Mischung unterstellt, dass durch den Aufbau eines NGN Kosteneinsparungen entstehen. Dies ist jedoch nur eine Annahme. Vielmehr werden in der Anfangsphase Zusatzkosten entstehen, da PSTN/ISDN-Netz und NGN parallel betrieben werden müssen, um eine sanfte Migration für die Zusammenschaltungspartner und die Kunden zu ermöglichen.

Insbesondere können nicht Teile des PSTN/ISDN-Netzes gegen Teile des NGN-Netzes ausgetauscht werden. Vielmehr bleibt das vorhandene PSTN-Netz – jedenfalls über den Genehmigungszeitraum hinaus – vollständig bestehen. Auch wenn für bestimmte Anschlussbereiche MSAN zur Verfügung stehen, werden für diese Anschlussbereiche die VStn des PSTN/ISDN-Netzes weiterhin benötigt. Der von auf MSAN umgeschalteten Anschlüssen herrührende Verkehr wird nicht im PSTN/ISDN geführt, sondern separat im NGN und wird zudem bis zur Einführung von NGN-Interconnection und dem NGN-ICAs ausschließlich über PSTN-ICAs übergeben. Der Aufbau paralleler NGN-Strukturen hat daher keine Kostenvorteile für die Abwicklung des PSTN/ISDN-Verkehrs.

c) Abwägungsergebnis unzutreffend

Auch wenn man – zu Unrecht – dem Ansatz der Beschlusskammer folgen würde, dass über die Frage, ob PSTN-Kosten oder NGN-Kosten der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zugrunde zu legen sind, im Rahmen einer allgemeinen Abwägung zu entscheiden wäre, müsste die Beschlusskammer zu einem anderen Abwägungsergebnis kommen.

Zunächst stellt die Beschlusskammer fest, dass eine Kalkulation auf Basis des NGN den Interessen der Wettbewerber zuwider laufen würde (Konsultationsentwurf Blatt 31). Die Beschlusskammer stellt hierzu dar, dass die Wettbewerber bisher keine hinreichende Gelegenheit hatten, ihre PSTN/ISDN-Infrastrukturen zu amortisieren. Die

Beschlusskammer verkennt aber, dass dieser Gesichtspunkt nicht nur gegen eine vollständige Berechnung der Kosten auf der Basis eines NGN spricht, sondern dass er auch dagegen spricht, NGN-Kosten anteilig zu berücksichtigen. Es ist nicht ersichtlich, warum eine auch nur teilweise Beeinträchtigung der Amortisation der Investitionen in die ISDN/PSTN-Infrastruktur gerechtfertigt sein soll.

Bei der Erörterung der Interessen der Telekom Deutschland (Konsultationsentwurf Blatt 29) übersieht die Beschlusskammer, dass es für die hierzu entscheidende Frage nicht darauf ankommt, ob in den nächsten Jahren erhebliche Investitionen in das PSTN/ISDN der Telekom anstehen, sondern dass es maßgeblich ist, dass in den kommenden Jahren – insbesondere aber im Genehmigungszeitraum – die verfahrensgegenständlichen Leistungen im Wesentlichen weiterhin auf der Basis des ISDN/PSTN abgewickelt werden.

d) Fehlende prozentuale Gewichtung

Dass der Ansatz der Beschlusskammer unzutreffend ist, zeigt sich auch daran, dass die Beschlusskammer in ihrem Entscheidungsentwurf keinerlei Maßstäbe dafür angibt, wie bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die Kosten eines PSTN/ISDN und eines NGN zu gewichten wären. Wenn beide Techniken in die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung einfließen sollen, muss festgelegt werden, in welchem Umfang das eine Netz und in welchem Umfang das andere Netz Berücksichtigung findet. Hierfür gibt die Beschlusskammer bezeichnenderweise nicht einmal Kriterien an. Erst recht fehlt es an einer prozentualen Festlegung der Anteile beider Netze.

e) Widerspruch zur Praxis Europäischer Regulierungsbehörden

Die Vergleichsmarktbetrachtung auf die der Konsultationsentwurf gestützt ist, zeigt, dass in der ganz überwiegenden Mehrzahl der in

den Vergleich einbezogenen Länder eine Genehmigung auf der Basis des PSTN erteilt wurde. Dieser Praxis sollte sich die BNetzA anschließen.

2. Vollständigkeit der Kostenunterlagen

Die Beschlusskammer hat die Heranziehung einer Vergleichsmarktbeurteilung im Wesentlichen mit der Erwägung begründet, dass die von der Telekom Deutschland vorgelegten Kostenunterlagen nicht den Anforderungen des § 33 TKG genügen würden, da sie keine Kosten für ein NGN-Netz ausweisen würden. Diese Begründung ist unzutreffend. Die von der Telekom Deutschland vorgelegten Kostenunterlagen entsprechen den Anforderungen des TKG.

a) Keine Mischung von NGN und PSTN bei der Ermittlung der KeL

Bereits der Ausgangspunkt der Beschlusskammer ist unzutreffend. Für die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bedarf es keiner Einbeziehung der Kosten für ein NGN. Dies haben wir oben unter 1. ausführlich dargelegt.

b) Keine Mischung von NGN- und PSTN-Elementen im Netz

Die Beschlusskammer begründet die Unvollständigkeit der Kostenunterlagen mit der Erwägung, dass eine gesicherte Ableitung der Kosten eines NGN aus der PSTN-Kalkulation durch Ersetzen bestimmter Netzkomponenten eines PSTN/ISDN zur Realisierung eines „Ethernet-basierten VoIP-Dienstes“ nicht möglich wäre. Die Beschlusskammer übersieht bei ihrer Argumentation, dass ein Ersetzen bestimmter Teile des PSTN/ISDN-Netzes durch NGN-Komponenten kein sinnvoller Weg des Netzaufbaus wäre. Wie bereits ausgeführt wird das NGN parallel zum bestehenden PSTN/ISDN-Netz aufgebaut werden. Nur dies ermöglicht den Aufbau eines effizienten NGN, bei dem nicht die Strukturen des PSTN/ISDN-Netzes mit anderer

Technik nachgebaut werden. Bei dieser allein effizienten Vorgehensweise besteht von vornherein kein Raum dafür, einzelne Netzkomponenten des ISDN/PSTN-Netzes durch NGN-Komponenten zu ersetzen. Eine Mischung von ISDN/PSTN-Elementen mit NGN-Elementen würde auch technisch zu Ineffizienzen führen, da dies mit ständigen Umwandlungen des Verkehrs von der einen in die andere Technologie und damit auch mit Einbußen bei der Sprachqualität verbunden wäre.

c) Keine Verpflichtung zur Kalkulation des NGN

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der gesetzlichen Regelung des § 33 TKG keine Verpflichtung entnommen werden kann, Kosten für ein gar nicht verfahrensgegenständliches NGN-Netz zu berechnen. Der Sinn und Zweck der Vorlage von Kostenunterlagen des regulierten Unternehmens – Aufbau der Kalkulation der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf der Basis des real existierenden Netzes des regulierten Unternehmens – kann von vornherein nicht erreicht werden, wenn für ein noch nicht bestehendes Netz die Kosten modelliert werden sollen.

3. Fehlerhafte Durchführung der Vergleichsmarktbetrachtung

Die Beschlusskammer hat bei ihrer Vergleichsmarktbetrachtung auf die Methode zurückgegriffen, mit der sie bereits in der Vergangenheit die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bestimmt hat. Die von der Beschlusskammer angewandte Methode weicht dabei erheblich von den allgemein anerkannten Grundsätzen für die Durchführung einer Vergleichsmarktbetrachtung ab. Insbesondere stellt die Beschlusskammer nicht auf den höchsten unverzerrten Wettbewerbspreis oder eine Durchschnittsbetrachtung ab, sondern bezieht nur bestimmte, besonders niedrige Vergleichspreise in ihre Betrachtung ein. Damit folgt die Beschlusskammer einem best-practice-Ansatz, der dem derzeitigen Stand der Vorleistungsregulierung in der Europäischen Union nicht mehr entspricht.

Demgegenüber ist es nunmehr geboten, auf den höchsten Vergleichspreis oder zumindest auf den Durchschnitt der in die Betrachtung einzubeziehenden Preise abzustellen.

a) Best-practice-Ansatz nicht mehr zeitgemäß

Der best-practice-Preis ist für eine Vergleichsmarktbetrachtung nicht angemessen, da er den analogen Wettbewerbspreis unterbietet, wie er nach den Kriterien des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu ermitteln ist. Eine gemeinschaftsrechtliche Rechtfertigung für einen solchen Ansatz besteht nicht mehr. Die Empfehlung 98/195/EG vom 08.01.1998

ABl. EG Nr. 73, S. 43 f.

ist ausdrücklich aufgehoben, weil sich die Preise dem empfohlenen Niveau angenähert haben.

Empfehlung vom 22.02.2002, 2002/175/EG, ABl. EG Nr. 58, S. 56.

Bei dem derzeitigen Stand der Regulierung in der Europäischen Union ist vielmehr davon auszugehen, dass die regulierten Vorleistungsentgelte in sämtlichen Mitgliedsstaaten den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Unterschiede beruhen auf nationalen Besonderheiten, nicht aber darauf, dass manche Länder bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung weiter fortgeschritten sind als andere Länder. Daher ist es nunmehr unzulässig, eine „efficient frontier“ zu berechnen.

b) Anwendung allgemeiner wettbewerbsrechtlicher Maßstäbe

Auch im Rahmen der Anwendung einer Vergleichsmarktbetrachtung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG ist es nunmehr geboten, auf die Kriterien des allgemeinen Wettbewerbsrechts abzustellen.

Im allgemeinen Wettbewerbsrecht ist anerkannt, dass der maßgebliche Bezugspunkt für eine Vergleichsmarktbetrachtung der höchste unverzerrte Wettbewerbspreis ist.

Vgl. KG, WuW/E 2935, 2940.

Dieser Maßstab wird daher zutreffender Weise von der Rechtsprechung auch im Rahmen des § 28 TKG herangezogen.

VG Köln, CR 2006, 30, 34.

Im Rahmen des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG ist keine grundsätzlich abweichende Betrachtung angezeigt. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sollen – wie in der Beschlusspraxis der BNetzA anerkannt ist – dem Preis entsprechen, der sich auch bei funktionierendem Wettbewerb einstellen würde.

Vgl. Groebel, in: Säcker (Hg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2. Auflage § 31 Rz. 10 f.

Damit ist der gleiche Maßstab gegeben, der auch im allgemeinen Wettbewerbsrecht gilt. Daher ist eine entsprechende Anwendung des Konzepts des höchsten unverzerrten Wettbewerbspreises geboten.

Ein Unterschied zur Vorgehensweise bei der ex post-Regulierung besteht nur darin, dass im Rahmen der ex post-Regulierung noch ein Erheblichkeitszuschlag als Ausdruck des Verbots missbräuchlichen Verhaltens zum analogen Wettbewerbspreis aufgeschlagen wird. Dieser Korrektur bedarf es im Rahmen des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG nicht.

Vgl. Mayen, in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Auflage, § 35 Rz. 22.

Selbst wenn man – zu Unrecht – auch in der heutigen Situation noch daran festhalten wollen würde, dass eine Vergleichsmarktbetrachtung zur Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung

lung nicht auf den höchsten unverzerrten Wettbewerbspreis abstellt, so wäre es allenfalls gerechtfertigt, auf den Preis abzustellen, der sich – unter Berücksichtigung der jeweiligen Charakteristika der Leistungen (erreichbare Anschlüsse, Fläche) – als einfacher Durchschnitt aller betrachteten Länder ergäbe.

4. Korrektur von Rechenfehlern: Verbindung mit Ursprung in anderen Festnetzen (nur Gasse 032)

Bei den Leistungen Telekom-O.5, Telekom-Z.10, Telekom-Z.16, Telekom-Z.19, ICP-O.6, ICP-O.7, ICP-O.11 für Verbindungen mit Ursprung in anderen Festnetzen (nur Gasse 032) gemäß Ziffern 1.4.4, 1.8.4, 1.9.4, 1.10.4, 1.11.3.1 und 1.11.3.2, 1.12.3.2 sowie 1.13.3 ist der Beschlusskammer ein Berechnungsfehler unterlaufen. Im Tarif Off-Peak wird im Konsultationsentwurf ein Entgelt von 0,0048 Euro/Min. (Position 1.4.4) ausgewiesen. Nach unserer Berechnung, die auf den übrigen im Konsultationsentwurf enthaltenen Entgelten basiert, müsste an dieser Stelle stattdessen ein Entgelt von 0,0050 Euro/Min. ausgewiesen werden. Die Entgelte unter Ziffer 1.1.4 müssten daher wie folgt lauten:

Telekom-O.5 für Verbindungen mit Ursprung in anderen Festnetzen (nur Gasse 032):

	Haupttarif	Nebentarif
Gasse 032	0,071 Euro/Min.	0,050 Euro/Min.

Analog sind auch bei den weiteren oben genannten Ziffern Korrekturen erforderlich.

Bei der endgültigen Beschlussfassung sollte dieser Fehler korrigiert werden.

Wir fügen die konkrete Berechnung nach Anlage 4, Beilage D als

Anlage
(Betriebs- und Geschäftsgeheimnis)

dieser Stellungnahme bei.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Hölscher



i.V. Dr. Stamm

Preis für Verbindungen mit nicht geographischen Rufnummern;
 hier: Transitverbindungen mit Ursprung bzw. Ziel Dienst 032

Referenzleistungen: T-O.5, T-Z.16, T-Z.12, T-Z.10 und ICP-O.6, ICP-O.7, ICP-O.11, ICP-Z.18
 Abrechnungszeitraum: Juli - Dezember 2010

Tarifbereich	Tarifzeit	Minuten	Verkehrsanteil
TZ I	peak		
TZ I	offpeak		
TZ II	peak		
TZ II	offpeak		
TZ III	peak		
TZ III	offpeak		
Summe			

Summe	peak	
Summe	offpeak	

Anteil pro Tarifbereich	peak-Anteil	offpeak-Anteil
TZ I		
TZ II		
TZ III		
Summe		

Preisanteil Transit (in EUR)	peak	offpeak
TZ I *)		
TZ II *)		
TZ III *)		

Gewichteter Preis Transit (in EUR)	peak	offpeak
TZ I *)		
TZ II *)		
TZ III *)		
Summe ohne IN-Preisanteil		
IN-Preisanteil		
Summe mit IN-Preisanteil		

*) ohne IN-Preisanteil