

JUCONOMY Rechtsanwälte, Graf-Recke-Straße 82, D-40239 Düsseldorf

**Vorab per Email BK3-
Konsultation@bnetza.de**
Bundesnetzagentur
- Beschlusskammer 3 -
Tulpenfeld 4

53113 Bonn

Graf-Recke-Straße 82
D-40239 Düsseldorf
Tel +49 (211) ▶ 90 99 16 - 0
Fax +49 (211) ▶ 90 99 16 - 99
www.juconomy.de

Düsseldorf
Rechtsanwälte
Dr. Martin Geppert
Dr. Peter Schmitz
Dr. Marc Schütze
Dr. Jens Schulze zur Wiesche ¹
Dr. Jens Eckhardt ²
Christine Nolden, LL.M

¹ Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz
² Fachanwalt für Informationstechnologerecht

Kooperationspartner Wien
Rechtsanwälte
Lichtenberger & Partner

Ihr Ansprechpartner:
Dr. Marc Schütze
schuetze@juconomy.de

Unser Zeichen:
LYC-2012-004/10
MS

Datum: 16.01.2013

Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Stellungnahme im Konsultationsverfahren

Lycamobile Germany GmbH

BK 3b-12/107

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

im Folgenden nehmen wir namens und im Auftrag unserer Mandantin, der Lycamobile Germany GmbH (im Folgenden „Lycamobile“) zu der Entscheidung vom 17.12.2012, uns zugestellt mit Datum vom 19.12.2012, in dem Konsultationsverfahren Stellung.

Die Entgeltentscheidung gegenüber der Lycamobile basiert auf falschen Voraussetzungen und ist rechtswidrig und verletzt dadurch die Rechte der Lycamobile.

Namens und im Auftrag der Lycamobile beantragen wir, die Eilentscheidung abzuändern und der Lycamobile das antragsgemäße Entgelt aus dem Antrag vom 16.10.2012 in der Form der Stellungnahme vom 03.12.2012 zu genehmigen.

Es ist regulatorisch, soweit ersichtlich, innerhalb der Europäischen Union und den gesamten Regulierungsbranchen eine einmalige Situation, dass sehendes Auges durch den Regulierer ein Entgelt angeordnet würde, das zu einem offensichtlichen Verlust bei dem regulierten Unternehmen führt.

- Es ist falsch, zu unterstellen, dass das Vorleistungsentgelt „ohne jeden Belang“ ist, so aber S. 16 des Umdrucks-BuGG. Wenn die Kammer ausführt, dass Zusatzkosten durch „Verhandlungen mit dem Wirtsnetzbetreiber abzubauen“ seien, so bleibt sie jede Antwort schuldig, wenn der Wirtsnetzbetreiber jegliche Preisabsenkung ablehnt. Die Kammer hätte zumindest untersuchen müssen, wie dieser Vorleistungsmarkt aktuell strukturiert ist und ob dort Wettbewerb herrscht. Wie bereits vorgetragen, war es Lycamobile entgegen der Annahmen der BNetzA nicht möglich, niedrigere Vorleistungskosten durchzusetzen, die eine ausreichende Marge erlauben würden. Vodafone hat dies abgelehnt.
- **Das genehmigte Entgelt führt zu einer staatlich angeordnete Preis-Kosten-Schere.** Einen angeordneten Verlust haben nicht einmal die Mobilfunknetzbetreiber geltend gemacht als sie höhere als die nun angeordneten Entgelte genehmigt bekommen haben. Eine solche Situation gab es auch bei keiner TAL-, ICAs oder IC-Entgeltentscheidung im Festnetz. Sie ist nicht nur mit den Vorgaben des TKG, sondern insbesondere mit den Artt. 12 und 14 GG absolut unvereinbar.
- Die Besonderheiten der Lycamobile sind zumindest derzeit so groß, dass keine einfache Vergleichsmarktbetrachtung im Sinne von § 35 TKG mit den Mobilfunknetzbetreibern, sondern allenfalls mit anderen MVNO in Deutschland zulässig gewesen wäre. Daher ist die Situation des MVNO entweder über die Möglichkeit der Hinzurechnung von den sog. unverschuldeten Kostennachteilen zu berücksichtigen, dazu bereits der Antrag vom 16.10.2012 und die Stellungnahme vom 03.12.2012, oder aber die Regulierungsverfügung wäre mit einer Vergleichsmarktbetrachtung wegen offensichtlicher Ungeeignetheit für den MVNO nichtig, § 44 VwVfG.
- Dass bei einem regulierten Entgelt dem Unternehmen eine ausreichende Marge zur Kostendeckung zugestanden werden muss, ergibt sich auch aus einem Vergleich mit anderen regulierten Bereichen. So wird bspw. den Service Providern im Mobilfunkbereich über die sog. Diensteanbieterverpflichtung eine ausreichende Marge seitens der BNetzA zugestanden. Pauschal wird man annehmen können, dass ein Service Provider generell eine Marge von ca. 20 bis 25% auf den Endkundentarif des Heimatnetzbetreibers haben muss, andernfalls wäre das Dienstangebot des Netzbetreibers vermutlich missbräuchlich und unzulässig, vgl. auch § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG. Ebenso hatte die BNetzA mit der sog. IC+25% Formel für das regulierte Unternehmen einen Korridor festgelegt, der bei einer pauschalen Betrachtungsweise für das regulierte Unternehmen zur

Verfügung stehen muss. Auch hieraus lässt sich ableiten, dass das regulierte Unternehmen mindestens einen Aufschlag von 25% zur eigenen Kostendeckung haben muss. Die gleiche Richtung schlägt auch § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG ein, wenn Vodafone auf dem früheren Markt 15 als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft worden wäre und Lycamobile auf dieser Grundlage die Vorleistung für die Terminierungsleistung bei Vodafone beziehen würde. Wenn schon auf einem regulierten Markt bestimmte Vorleistungen und eine ausreichende Marge vorgesehen werden, dann darf nicht übergangen werden, dass vorliegend kein reguliertes Vorleistungsentgelt gegeben ist. Hier muss sich erst recht eine ausreichende Marge zur Kostendeckung gewinnen lassen.

- Die Kammer geht selbst in ihrer Entscheidung von dem abstrakten Grundsatz aus, dass es der Lycamobile rein theoretisch auf einem wettbewerblichen Markt möglich sein müsste, niedrigere Vorleistungskosten durchzusetzen, da die Kosten des Witznetzbetreibers niedriger seien als die des MVNO. Die Kammer bleibt aber jede regulatorische Antwort schuldig, wenn sich der Sachverhalt konkret anders verhält. Im Unterschied zum abstrakten Gesetz muss aber der Verwaltungsakt dem konkreten Fall gerecht werden.
- Schließlich ist ein höheres und asymmetrisches Entgelt für die Lycamobile kein Wettbewerbshindernis. Angesichts des aktuell verschwindend geringen Marktanteils in Deutschland hat ein höheres, asymmetrisches Entgelt für die Lycamobile keine erheblichen Auswirkungen auf den innerstaatlichen oder europäischen Handel. Die Kommission hat anlässlich der asymmetrischen Entgeltgenehmigung in Frankreich selbst bei einem Marktanteil von 10% noch erhebliche Auswirkungen verneint (Schreiben vom 20.07.2012, Az.: C(2012) 5302 final, S. 16 ff des Umdrucks, in französischer Sprache). Mit weniger als 1% Marktanteil der Lycamobile können sich daher in Übereinstimmung mit der Argumentation der Kommission keine negativen Auswirkungen in Deutschland oder Europa ergeben.

Diese Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und darf daher an Dritte übergeben werden.

Für Rückfragen oder Ergänzungen stehen wir gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Marc S