

# JUCONOMY

RECHTSANWÄLTE

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

Bundesnetzagentur  
Beschlusskammer 3  
Tulpenfeld 4

53105 Bonn

**Vorab per Telefax: 0228 - 14-6463**

Graf-Recke-Straße 82  
D-40239 Düsseldorf

Tel +49 (211) ▶ 90 99 16 - 0

Fax +49 (211) ▶ 90 99 16 - 99

www.juconomy.de

Dr. Martin Geppert  
Rechtsanwalt, Partner

Dr. Peter Schmitz  
Rechtsanwalt, Partner

Dr. Marc Schütze  
Rechtsanwalt, Partner

Dr. Jens Schulze zur Wiesche  
Rechtsanwalt, Partner  
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

Dr. Jens Eckhardt  
Rechtsanwalt, Partner  
Fachanwalt für Informationstechnologierecht

Kooperationspartner Wien:  
Rechtsanwälte  
Lichtenberger & Partner

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

Unser Zeichen:  
051-2014-008/10  
MS

Datum: 20.08.2014

## **BK3-14-015**

**Konsultationsentwurf der BNetzA zum Antrag der Telekom Deutschland GmbH auf Genehmigung der Entgelte für IC-Verbindungsleistungen**

**Stellungnahme der 01051 Telecom GmbH; Callax Telecom Holding GmbH und MEGA Communications GmbH  
Enthält keine BuGG – daher auch für Dritte**

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

bedanken wir uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme im Konsultationsverfahren und nehmen wie schon im (normalen) behördlichen Verfahren für unsere Mandantinnen 01051 Telecom GmbH („01051“), Callax Telecom Holding GmbH („Callax“) und MEGA Communications GmbH („MEGA“) wie folgt Stellung:

Einleitend begrüßen wir, dass die Kammer die beantragten Entgelte der TDG als zu hoch abgelehnt hat. Jedoch sind auch die genehmigten Entgelte zu hoch.

Zunächst verweisen wir umfassend auf unseren bisherigen Vortrag, insbesondere auf unseren Vortrag und unsere Anträge aus der mündlichen Anhörung sowie der schriftlichen Stellungnahme vom 23.06.2014 und wiederholen den dortigen Vortrag.

JUCONOMY Rechtsanwälte Geppert Schmitz Schütze Schulze zur Wiesche Eckhardt Partnerschaft mbB

Amtsgericht Essen PR 2918 | Deutsche Bank BIC DEUTDE33  
USt-IdNr. DE 196413754 | IBAN DE71300700240610273500

Monatlicher Newsletter: Registrierung unter [www.juconomy.de](http://www.juconomy.de)

Namens und im Auftrag unserer Mandantinnen stellen wir über die bisherigen Anträge die folgenden Anträge (zum Teil redundant, soweit noch nicht durch Konsultationsentwurf umgesetzt):

1. **Die genehmigten Entgelte sind zu hoch.**
2. **Insbesondere die genehmigte Spreizung für die Leistung Telekom-B.2 ist als zu hoch abzulehnen, stattdessen ist eine Spreizung entsprechend des TDG Antrags vorzunehmen, also eine Absenkung der Spreizung zwischen den Tarifzonen I und II und die Angleichung für die Tarifzonen II und III.**
3. **Das Entgelt für die NGN-Leistung T-N-B.2 ist zutreffend in der derselben Höhe wie das PSTN Entgelt Telekom-B.2 Tarifzone I. genehmigt.**
4. **Richtig ist an dem Beschluss: Innerhalb einer an den KeL orientierten Genehmigung die Entgelte für die Leistungen Telekom-N-B.1 und Telekom-N-B.2 in gleicher Höhe genehmigt werden müssen, da die Leistungen technisch identisch sind. Jedoch gilt: Das genehmigte kosteneffiziente Entgelt für das Entgelt Telekom-B.2 Tarifzone II und III kann nicht höher sein als das freiwillig von TDG verlangte Entgelt für das Entgelt Telekom B.1 Tarifzone II und III.**
5. **Die Entgelte für die Leistung Telekom-N-B.2 mit Ursprung im PSTN/ISDN der TDG sind in gleicher Höhe zu genehmigen wie die Entgelte mit Ursprung im NGN der TDG. Ein zusätzliches Entgelt für die Wandlung ist nicht genehmigungsfähig, hilfsweise jedenfalls nicht in der genehmigten Höhe, sondern maximal in Höhe von 0,001 Cent/Min. Das genehmigte Wandlungsentgelt ist zu hoch.**
6. **Wie schon in den Verfahren BK3-12/009 und BK3-12/089 beantragt, darf es nicht der Telekom überlassen bleiben, ob und wie lange sie eine parallele Übergabe anbietet, wodurch Wettbewerber aus wirtschaftlichen Gründen faktisch über Jahre hinweg zum Betrieb eines vollkommen unwirtschaftlichen Parallelbetriebs von PSTN und NGN-Übergabe gezwungen werden. BNetzA muss für den Migrationspfad Vorgaben machen, ebenso zum Abbau der OdZ und LEZB.**
7. **Wandlungsentgelte dürfen für die TDG erst dann genehmigt werden, wenn seitens der BNetzA sichergestellt wurde, dass auch alle Unternehmen die reale Möglichkeit hatten, eine faire NGN-Zusammenschaltung aufzubauen. Dies kann frühestens nach einer langen Implementierungsphase in Anschluss an ein überprüftes Standardangebot sein. Durch Wandlungsentgelte werden Nachfrager dafür bestraft, dass sie nicht den in vielen Punkten missbräuchlichen und noch nicht regulierten NGN-Zusammenschaltungsvertrag unterzeichnet und eine NGN-Zusammenschaltung aufgebaut haben.**

**Ein Wandlungsentgelt honoriert diesen Missbrauch der TDG. Ein von BNetzA überprüfetes NGN Standardangebot liegt weiterhin nicht vor und die NGN-Zusammenschaltung erfolgt verzögert.**

- 8. Die Entgeltgenehmigung ist ein effizientes Migrationskonzept einzubetten und darf nicht über den Umweg des zu berücksichtigenden neutralen Aufwands Anreize bei TDG zur dauerhaften Aufrechterhaltung eines ineffizienten PSTN-Netzes auf Kosten der ICP beinhalten. Dies ist aber der Fall, da weiterhin Netzkosten auf Basis von 474 LEZB genehmigt werden. Die Telekom überträgt hier die ganzen Migrations- und Rückbaukosten unzulässig an den ICP. Richtigerweise dürfen die gesamten PSTN-Kosten nach der EU-Terminierungsempfehlung gar nicht berücksichtigt werden.**
- 9. Das Entgelt Telekom-O.5 ist umfassend, inklusive Auszahlungssatz zu genehmigen. Die mit den Mobilfunkern vereinbarten Auszahlungssätze sind gemäß § 138 BGB sittenwidrig, da die Auszahlungssätze die hypothetischen Marktpreise in Form der regulierten Terminierungsentgelte (aktuell 1,79 Cent/Min. zu 6,3 bzw. sogar 7,5 Cent/Min) um ein Vielfaches übersteigen.**
- 10. Die Verteilung der Kosten ist für die neutralen Kosten und die Gemeinkosten ist zutreffend, wie von BNetzA genehmigt, entsprechend des bisherigen Verteilungsschlüssels, nämlich einer nutzungsanteiligen Aufschlüsselung zwischen Daten- und Sprachverkehr vorzunehmen.**

### **BEGRÜNDUNG**

Für die Begründung des Antrags verweisen wir zunächst auf die ausführlichen Stellungnahmen im Rahmen der mündlichen Anhörung sowie den schriftlichen Ausführungen vom 23.06.2014, sowie auf die Stellungnahmen im Verfahren BK3-12/009 und BK3-12/089 und zudem auf die Ausführungen des vatm.

Ergänzend führen wir zu einigen wesentlichen Punkten wie folgt aus:

#### **I. Unzutreffende Berücksichtigung der ineffizienten PSTN-Kosten über „Umweg“ der neutralen Kosten**

Zutreffend ist die Annahme, dass die Entgelte auf Basis eines NGN-Modells genehmigt wurden. Dies hat insbesondere die 01051 seit 2008 gefordert.

Zusätzliche Kosten für das PSTN über den „Umweg“ der neutralen Kosten sind abzulehnen. Insbesondere dürfen nicht die Kosten eines ineffizienten PSTN Netzes berücksichtigt werden. Die Kammer bleibt jede Begründung schuldig, weshalb die umfassenden PSTN Kosten eines 474er Netzes berücksichtigt wurden und weshalb hier keine Effizienzbetrachtung vorgenommen wird, also bspw. maximal 50 LEZB oder Zusammenschaltungsorte. Man müsste die realen Kosten um einen Effizienzfaktor kürzen.

Gerade unter diesem Gesichtspunkt fehlen Anreize für Neuinvestitionen in NGN-Technik und die NGN-Migration wird unnötig verzögert. Insoweit ist es nicht verwunderlich, dass es immer noch keinen verbindlichen Zeitpfad für die Migration gibt. Hieran zeigt sich, wie wichtig ein Migrationskonzept der BNetzA ist. Dies hatten die 01051, die Callax und die MEGA in Übereinstimmung mit dem vatm e.V. wiederholt im Verfahren BK3-12/009 gefordert, um Diskriminierungen und Missbrauch sowie Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der Wettbewerbsunternehmen und zu Lasten der Endkunden zu vermeiden. Zwar hat die Telekom bislang ihr Migrationsmodell veröffentlicht, jedoch ist dieses unverbindlich, mangels Beschluss im Verfahren BK3-12/089 bislang nicht reguliert, obwohl eine Regulierung und damit eine wesentliche Abänderung notwendig ist, noch ist eine nennenswerte Mitsprache der Nachfrager durch die TDG bei dem Migrationspfad zugelassen.

## **II. Ablehnung der genehmigten Spreizung bei den Tarifzonen I, II und III**

Anders als in den Vorjahren ist angesichts der Migration in das NGN die beantragte Absenkung der Spreizung zwischen den Tarifzonen, wie von TDG beantragt richtig. Andernfalls werden die Nachfrager auch in der Übergangsphase gezwungen, ineffiziente Netzstrukturen, die allein auf den Vorgaben der TDG beruhen, aufrechtzuerhalten. Die Absenkung der Spreizung zeigt augenscheinlich, dass die Migration durch korrelierende Migrationsentgelte begleitet werden muss, vgl. dazu Antrag im Verfahren BK3-12/089. Denn gerade bei der Absenkung der Spreizung wird jeder ICP faktisch gezwungen, sein Netz auf Basis von 474 unverzüglich abzubauen, bzw. jede Größe, die die 23 GEZB übersteigt. Denn bei einer niedrigen Spreizung werden die hohen Fixkosten für einen weiten Netzausbau im PSTN nicht durch die niedrigeren variablen Kosten kompensiert.

Umso verwunderlicher ist es, dass die Kammer nun eine Spreizung angeordnet hat, die nicht einmal die TDG selbst beantragt hat.

Ein aktuelle rechtliche Begründung oder Herleitung gibt es hierfür nicht. Stattdessen wurde auf eine veraltete Vergleichsmarktbetrachtung zurückgegriffen.

Insbesondere verwundert die genehmigte Spreizung, weil die TDG bei der technisch identischen Leistung B.1 für die Tarifzone II und III identische Entgelte und im Verhältnis zur Tarifzone I eine niedrigere Spreizung verlangt. Da die BNetzA annimmt, dass auf diesem Markt nachhaltiger Wettbewerb herrscht, also auch keine Marktmachtübertragung der TDG, müssen diese Entgelte und diese Spreizung als maximale Grenzen nach oben gelten.

### **III. Wandlungsentgelte**

#### **1. Derzeit: Ablehnung des Wandlungsentgelts**

Die BNetzA hat bislang keine Zeitvorgaben und Migrationsszenarien gesetzt. So wurden zwar zu Recht IC-Leistungen in die Regulierung aufgenommen, wie die erforderlichen NGN-Verbindungsleistungen, jedoch darf dies nicht zu einer Art Strafzahlung durch die Telekom in Form des Wandlungsentgelts führen.

Daher ist zumindest aktuell das Wandlungsentgelt zu versagen, unberührt bleibt davon die Frage, ob es ggf. zu einem späteren Zeitpunkt eingeführt werden dürfte, etwa nach der Überprüfung eines Standardangebots und nach der realen Chance einen NGN-IC auf der Basis des Standardangebots abgeschlossen zu haben.

#### **2. Wandlungsentgelt ist abzulehnen**

Übereinstimmend mit der Stellungnahme des vatm sind wir der Auffassung, dass das genehmigte Entgelt willkürlich festgelegt ist. Den Ausführungen der Beschlusskammer 3 ist zu entnehmen, dass im Rahmen der Leistung Telekom N-B.2 zwischen zwei Tarifstufen zu differenzieren sei. Zum einen in die Übergabe des Verkehrs von NGN-Anschlusskunden (Tarifstufe I) und zum anderen von PSTN-Anschlusskunden (Tarifstufe II). Dabei – so die Beschlusskammer 3 – entspreche die zweite Tarifstufe der nationalen Übergabe des Verkehrs von PSTN-Anschlusskunden der Tarifzone III der Leistung Telekom-B.2. Durch diese Differenzierung erfolgt im Rahmen der Zuführung aus dem PSTN der Antragstellerin in ein NGN ein erhöhtes Entgelt.

Es ergibt sich aus den Ausführungen der Beschlusskammer 3 nicht, aus welchen Gründen vorliegend die Leistung Telekom N-B.2 bei einer Übergabe des Verkehrs von PSTN-Anschlusskunden der Tarifzone III der Leistung Telekom-B.2 entsprechen müsse.

Zudem gibt es im praktischen Ablauf der NGN Migration immer noch massive Probleme aufgrund mangelnder Erfahrungen bei TDG – möchte man keinen strategischen Missbrauch unterstellen.

#### **IV. Stellungnahme zu Telekom-O.5 – Genehmigung auch des Auszahlungssatzes**

Das Entgelt Telekom-O.5 ist umfassend, inklusive Auszahlungssatz zu bei der Genehmigung zu überprüfen. Die genehmigten Auszahlungssätze sind missbräuchlich überhöht.

Nach der Entgeltgenehmigung vom 20.05.2010, Az.: BK3g-10/041, unterliegt richtiger Weise das Entgelt Telekom-O.5

*„einschließlich der ‚Auszahlungssätze an Mobilfunknetzbetreiber‘ in Gänze der Entgeltgenehmigungspflicht.“*

Ebd., S. 5 des Beschlussumdrucks.

Zur Begründung wird auf die dortigen, zutreffenden Ausführungen der Kammer verwiesen. Da sich an der Rechtslage nichts geändert hat, gilt die Genehmigungspflichtigkeit auch für den

*„Entgeltbestandteil, der für die Zuführung aus dem Mobilfunknetz erhoben wird.“*

Ebd., S. 5 des Beschlussumdrucks

Daher ist verwunderlich, weshalb der Auszahlungssatz immer noch auf Basis eines Benchmarks gemacht wird, obwohl ein offensichtlich sittenwidriger Missbrauch vorliegt.

Bei den Leistungen Telekom-B.1 und Telekom-B.2 genehmigt die BNetzA zu Recht seit Jahren identische Entgelte, wie auch vorliegend in dem Konsultationsentwurf. Warum soll dies bei der Terminierung und Zuführung bei den Mobilfunkleistungen anders sein?

Wenn man mit der BNetzA und dem TKG voraussetzt, dass die regulierten Terminierungsentgelte von 1,79 Cent/Min. nach dem KeL-Maßstab die marktüblichen Wettbewerbspreise fingieren, dann ist ein vierfach so hoher Preis sittenwidrig nach 138 BGB. Nach der Judikatur des § 138 BGB wird ein auffälliges



Missverhältnis spätestens bei einem 100% Aufschlag im Vergleich zu dem marktüblichen Preis angenommen.

Vgl. *Palandt*, BGB, 71. Aufl, § 138, Rz.: 27ff.

Wenn man das regulierte Entgelt als marktüblich unterstellt, dann ist jedenfalls die Grenze bei einer ca. 4-fachen Überschreitung unwiderleglich anzunehmen. Wenn man dann noch die Vermutung für eine Marktbeherrschung nach § 18 Abs. 6 GWB zu Lasten der Mobilfunker hinzunimmt, die bereits vor dessen Inkrafttreten als europarechtlicher Grundsatz galt, dann darf die BNetzA keinesfalls im Rahmen einer rein formalen Vergleichsmarktbetrachtung den von den Mobilfunkern angesetzten Wert heranziehen dürfen. Es drängt sich die Offensichtlichkeit der überhöhten Entgelte offensichtlich auf.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Beklagte aus ihren eigenen Marktuntersuchungen weiss, dass die Mobilfunknetzbetreiber bei der Zuführung zu den Mehrwertdienstleistungen stark marktbeherrschend sind.

Auch wenn die Zuführungsentgelte aus dem Mobilfunk grundsätzlich zu Unrecht nicht genehmigungspflichtig sind, so ist jedoch offensichtlich, dass die Kosten der Zuführung nahezu identisch mit den Kosten der Mobilfunkterminierung sind und sich daher an diesen orientieren müssen. Aus technischer Sicht sind Kostenunterschiede für diese nahezu identischen Leistungen nicht gerechtfertigt, vgl. oben die Ausführungen zu den identischen Preisen für die Leistungen Telekom-B.1 und Telekom-B.2.

Es gibt also anders als im Beschluss BK3g-10/041

*„Anhaltspunkte dafür (...) dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überschritten werden“.*

Az.: BK3g-10/041, S. 8 des Beschlussumdrucks.

Im Beschluss BK3-11/008 hat die Kammer zu Unrecht davon abgesehen, die Genehmigung auszusprechen.

Weshalb im Beschluss auf S. 114 trotzdem ausgeführt wird, dass *„kein Anhaltspunkt dafür besteht, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überschritten werden“* ist nicht ansatzweise nachvollziehbar.

## V. Konkretes Abwägungserfordernis als Kehrseite des „freien Reguliererhimmels“

Im Folgenden führen wir nochmal zu dem Punkt aus, ob und inwiefern die Kammer bei den Beurteilungs- und Ermessensspielräumen in eine konkrete Abwägung einsteigen muss. In dem vorliegenden Konsultationsentwurf ist das nach unserer Auffassung nicht erfolgt, muss also nachgeholt werden, um die Rechtswidrigkeit zu heilen.

Diese Fragen sind jedoch nach den Vorgaben des BVerwG aus den Urteilen vom 25.09.2013 nun hinlänglich für alle Beurteilungs- und Ermessensspielräume („Regulierungsermessen“) geklärt. Das BVerwG hat diese unionsrechtskonforme Auslegung in seinem Urteil vom 11.12.2013,

Az.: 6 C 24.12, Rz. 50 und 66 und 77.

bestätigt. So lange das Unionsrecht keine Vorstrukturierung vornimmt, kann der nationale Gesetzgeber die Beklagte nicht einschränken. Die so aufgeworfenen Freiräume für den Regulierer sind durch ein konkretes Regulierungsermessen zu füllen, insbesondere in Hinblick auf die Regulierungsziele

Um es bildhaft zu machen: Ein Ergebnis nach Methode A in Höhe von 0,60 Cent/Min. ist eben nicht gleichwertig mit dem Ergebnis nach Methode B in Höhe von 0,1 Cent/Min. Dass solche Unterschiede in den Ergebnissen der Methoden bestehen, ist unstrittig. Angesichts solcher Ergebnisdifferenzen muss dann eine Entscheidung getroffen werden, welche Methode und damit welches Ergebnis konkret in Hinblick auf die Regulierungsziele richtig ist oder ob gar angesichts der gravierenden Unterschiede ein Mittelwert genommen wird.

Die Anforderungen an die konkrete Ermessensabwägung sind vorliegend umso höher zu bewerten als die Unterschiede in den Methoden zu Ergebnisdifferenzen von möglicherweise mehreren Hundert Millionen Euro für die gesamte Branche führen könnten.

Gerade im vorliegenden Fall kann auch nicht mit der angeblich so kurzen Frist von 10 Wochen für das Genehmigungsverfahren argumentiert werden und etwa schwächere Anforderungen an die konkret vorzunehmenden Berechnungen gestellt werden. Die im Rahmen der mündlichen Verhandlung im Verfahren Az. 6 C 14.12 am 25.09.2013 vor dem BVerwG diskutierte Einwände, dass eine konkrete Abwägung anhand von verschiedenen Berechnungen unmöglich innerhalb der



10-Wochenfrist durchzuführen sei, erwiderte der Senat nach der Erinnerung des Unterzeichners, der die 01051 dort vertreten hat, insbesondere im Rahmen der mündlichen Verhandlung besonders deutlich, wenn er anklingen ließ, dass die Planungsentscheidungen früher auch nur 50 Seiten gehabt hätten, heute aber bis zu 1500 Seiten. Der Senat sehe nicht, weshalb ähnliche Anforderungen nicht an die BNetzA zu stellen seien. Auch die 10-Wochenfrist gelte nicht als Einwand, da frei nach dem Motto von Sepp Herberger „nach der Entscheidung vor der Entscheidung“ sei und die BNetzA bereits weit im Vorlauf auf die Entgeltentscheidungen die Grundsätze für die Prüfung der Entgeltanträge festlegen könne und müsse. Beispielsweise müssten Kostentools nicht erst innerhalb der 10-Wochenfrist angestoßen werden, sondern hierfür hätte die BNetzA jahrelang Zeit im Vorlauf auf anstehende Entscheidungen und könne sich bspw. nach § 125 TKG wissenschaftlicher Beratung bedienen. Zudem würde die BNetzA selbst über Grundsatzabteilungen verfügen. Die 10-Wochenfrist diene bei so weitreichenden Vorarbeiten rein der Überprüfung des Entgeltantrags, nicht jedoch der Erarbeitung der Prüfmethode und –maßstäbe, wie der Senat ausdrücklich ausführte.

vgl. auch Urteil des BVerwG, 6 C 14.12, Rz. 40.

## VI. Befristung

Da sich die Kammer wieder an dem realen PSTN-Ausbau der TDG bei den neutralen Kosten orientiert hat, ist falls, man diese Praxis aufrechterhält, dann darf nur eine kurze Genehmigungsdauer von maximal 1 Jahr angeordnet werden. Der reale Netzausbau der TDG müsste dann in einer neuen Genehmigung zu berücksichtigt werden. Andernfalls würde die Entgeltgenehmigung keinesfalls die KeL widerspiegeln, selbst wenn man entgegen der hiesigen Auffassung das PSTN berücksichtigen darf. Da nur dieser eine Punkt in einem Widerrufsvorbehalt aufzunehmen wäre, wäre auch der Aufwand für die Kammer für eine Neubescheidung dann entsprechend des tatsächlichen Netzausbaus überschaubar.

Für Rückfragen oder Ergänzungen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Dr. Marc Schütze)

Rechtsanwalt