

Bundesnetzagentur für Elektrizität,
Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
- Beschlusskammer 3 -
Herrn Vors. Ernst-Ferdinand Wilmsmann
Tulpenfeld 4

53113 Bonn

Per E-Mail vorab: BK3-Konsultation@bnetza.de

Michael Panienka
Rechtsanwalt

Christina Reuleaux
Rechtsanwältin (angestellt)

Philip Kampmann
Rechtsanwalt (angestellt)

Ihr Ansprechpartner:
RA Michael Panienka
Tel. 0521 5460 5044
e-Mail: mp@panienka.de

Unser Zeichen
1071-18

Ihr Zeichen
BK3d-18/074
BK3d-18/075

Gemeinsame Stellungnahme zu den Konsultationsentwürfen betreffend die Genehmigung von Entgelten für die Zusammenschaltungsleistungen im Festnetz der Antragsteller Unitymedia BW GmbH und Unitymedia NRW GmbH in den Verfahren BK3d-18/074 und BK3d-18/075

Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Unitymedia BW GmbH/Unitymedia NRW GmbH

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,
sehr geehrte Damen und Herren,

in Namen meiner Mandanten, der Unitymedia BW GmbH sowie der Unitymedia NRW GmbH, bedanke ich mich für die Möglichkeit der Stellungnahme zu den Konsultationsentwürfen betreffend die Genehmigung von Entgelten für die Festnetzterminierung in das Netz der Antragsteller (Az. BK3d-18/074 und BK3d-18/075) und nehme zu diesen gerne wie folgt Stellung:

1. uNKE reiner NGN nur über IP-Schnittstelle

Mit dem vorliegenden Konsultationsentwurf setzt die Beschlusskammer die Festlegungen aus den bisherigen Beschlüssen betreffend die Genehmigung von Entgelten für die Festnetzterminierung in das Netz der Antragsteller für den neuen Genehmigungszeitraum ab dem 01.01.2019 fort. Wesentliche Änderungen an den bisher getroffenen Festlegungen zur Genehmigung von Entgelten für die Festnetzterminierung in alternative Teilnehmernetze beabsichtigt die Beschlusskammer nach dem vorgelegten

Konsultationsentwurfs, trotz der wiederholten Kritik der Antragssteller an der unzulässigen Verzonung von PSTN, nicht vorzunehmen.

2. Unzulässige PSTN-Verzonung

Nach dem vorgelegten Konsultationsentwurf beabsichtigt die Beschlusskammer auch, an ihren aus Sicht der Antragssteller nicht mit den gesetzlichen Vorgaben zu vereinbarenden Festlegungen festzuhalten, wonach PSTN-Netze eine Verzonung ihres Netzes in bestimmte Einzugsbereiche vornehmen dürfen, während reine NGN grundsätzlich nur einen netzweiten EZB haben, Ziffer 3.2.1 und 3.2.2, sowie noch einmal sehr deutlich in Ziffer 3.2.3 (erster Absatz).

Wie in der Stellungnahme vom 29.11.2018 ausgeführt, führt dies dazu, dass alle Anschlüsse in einem NGN, insbesondere in den Netzen der Antragsteller, über einen, im Vergleich zum PSTN sehr günstigen, IP-Zusammenschaltungspunkt zu dem regulierten Entgelt erreicht werden können, während in einem verzonten PSTN-Netz entweder mehrere teure Zusammenschaltungen erforderlich sind, um die regulierten Entgelte in Anspruch zu nehmen, oder aber unregulierte Transitentgelte an den aTNB gezahlt werden müssen.

Damit befinden sich reine NGN-Netze, auch zukünftig, gegenüber verzonten PSTN-Netzen in einer ungerechtfertigten Benachteiligungssituation in Bezug auf die flächendeckende Zusammenschaltung an der uNKE, die am NGN sowohl in Bezug auf die Anzahl der Zusammenschaltungspunkte als auch in Bezug auf die Kosten der jeweiligen Zusammenschaltung deutlich günstiger erreicht werden kann als am PSTN. Die mit Betreibern verzonter PSTN geführten Gespräche und Verhandlungen über die zukünftig anzuwendenden Zusammenschaltungsentgelte haben dieses Problem bereits deutlich zu Tage treten lassen. Mehrere aTNB nutzen ihre aus der bestehenden Regulierungssituation erwachsende Verhandlungsposition, um für sich durch unregulierte Transitentgelte im Rahmen der Verzonung ungerechtfertigte Kostenvorteile zu generieren.

Damit versäumt es die Beschlusskammer weiterhin, einen Anreiz für die Betreiber von PSTN-Netzen zu setzen, auf effiziente und zukunftsorientierte NGN-Netze umzurüsten. Vielmehr benachteiligt die derzeitige Situation die kosteneffizienteren NGN-Netze zugunsten ineffizienterer PSTN-Technologie.

Aus Sicht der Antragssteller handelt es sich hierbei um eine unsachgemäße, weil aus der Technologie des jeweiligen Netzes heraus motivierte Ungleichbehandlung, die dem Grundsatz der Technologieneutralität gemäß § 1 TKG zuwiderläuft und die modernere und effizientere NGN-Technologie diskriminiert. Dieser Verstoß gegen die Technologieneutralität der Regulierung ist schon im Grundsatz abzulehnen. Technologieneutralität bedeutet in diesem Zusammenhang, das § 1 TKG PSTN- und NGN-Netze trotz ihrer Unterschiede als „wesentlich gleich“ im Sinne des vom BVerfG entwickelten Gleichheitssatzes

definiert werden und daher eine unterschiedliche Regulierung nur dort in Betracht kommt, wo objektive (technologische) Gründe oder das Übermaßverbot dies erzwingen. Dies ist vorliegend jedoch gerade nicht ersichtlich.

In ihren Ausführungen zur Technologieneutralität, Ziffer 4.2.2.3 des Konsultationsentwurfs, setzt sich die Kammer mit dieser technologiemoivierten Ungleichbehandlung der Netzstrukturen nicht auseinander. Der Verweis auf eine Ziffer 4.1.2 geht demgegenüber auch in Leere: Weder der Konsultationsentwurf noch die Regulierungsverfügung oder die Marktabgrenzung kennen diese Ziffer. Insofern bleibt unklar, warum die Kammer meint, den Grundsatz der Technologieneutralität mit der ungleichen Behandlung von PSTN- und IP-Netzen eingehalten zu haben.

Eine Aufteilung eines Teilnehmernetzes in Einzugsbereiche, und damit letztlich die Bestimmung der uNKE, ist daher strikt technologieneutral durchzuführen, so dass sich allein aufgrund der Technologie des Anschlussnetzes keine Ungleichbehandlung bei der Bestimmung der uNKE ergeben darf. Unter Berücksichtigung der effizienteren Technologie des NGN bedeutet dies aber, dass die Regelungen des NGN für die Bildung von Einzugsbereichen gleichermaßen auf die PSTN-Netze anzuwenden sind, so dass in der Konsequenz auch PSTN-Netze nur über einen netzweiten Einzugsbereich verfügen dürfen und somit entsprechende netzinterne Transits mit unregulierten Kosten nicht entstehen.

Aus Sicht der Antragsteller besteht für die Bestimmung der uNKE auf Basis einer konkreten Netzstruktur weder eine Notwendigkeit noch eine gesetzliche Rechtfertigung. Vielmehr sehen die Antragsteller insbesondere die für die Entgeltbestimmung maßgebliche Vorschrift des § 32 TKG verletzt, wonach Grundlage der Entgeltregulierung nach § 31 TKG die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sind.

3.Rechswidrigkeit der Bildung von Einzugsbereichen in PSTN

3.1 Wertungsmaßstäbe des TKG verletzt

Die Beschlusskammer verletzt mit der Gestattung zur Bildung von Einzugsbereichen von PSTN von ihr nach dem TKG zu beachtende Wertungsmaßstäbe.

Zu diesen Wertungsmaßstäben gehört insbesondere auch, dass nach den Vorgaben der EU-Terminierungsempfehlung Zustellungsentgelte symmetrisch umzusetzen sind, sofern nicht objektive Kostenunterschiede bestehen (vgl. 2009/396/EG Ziffer 11).

Die Bildung von Einzugsbereichen in einem PSTN führt aber, wie in der Stellungnahme vom 29.11.2018 ausgeführt, vor allem bei PSTN/NGN Mischnetzen und gewählter technologiekonformer Übergabe, im

Ergebnis zu einer faktischen Asymmetrie der Terminierungsentgelte zwischen einem reinen NGN und einem PSTN, die nicht kostenmotiviert, sondern ausschließlich technologiemoiviert ist. Da die Beschlusskammer die absoluten Kosten des Terminierungsentgeltes auf ein für alle Netzbetreiber geltendes Kostenmodell stützt, ist eine kostenmotivierte Ungleichbehandlung, wie sie die EU-Terminierungsempfehlung als mögliche Ausnahme zur Symmetrievorgabe nennt, von vornherein ausgeschlossen.

Die technologiemoivierte Asymmetrie ist jedoch weder von der EU-Terminierungsempfehlung noch vom TKG gedeckt. Vielmehr spricht sich das TKG im § 1 TKG wie dargelegt gegen jede Form der technologiemoivierten Ungleichbehandlung aus. Dieser grundlegende Wertungsgrundsatz des TKG ist von der Beschlusskammer im Rahmen der Entgeltregulierung und des ihr zustehenden Ermessens genauso zu berücksichtigen wie die Regulierungsgrundsätze, insbesondere der Grundsatz des § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG.

Dem widerspricht auch nicht der unter Ziffer 4.2.2.1 des Konsultationsentwurfes zitierte Verweis auf die Terminierungs-Empfehlung der EU und der dort enthaltene Hinweis, dass die Kosten der uNKE ohne Rücksicht auf die Netzwerkarchitektur zu ermitteln sind, sondern ist ein klarer Beleg dafür, dass auch nach der Auffassung der EU-Kommission technologiemoivierte Ungleichbehandlungen, wie hier vorliegend, zu unterbleiben haben.

3.2 Verstoß gegen §§ 31, 32 TKG

3.2.1 Fehlende Effizienzprüfung

Es ist für die Antragssteller weiterhin nicht nachvollziehbar, warum die Beschlusskammer meint, die beantragten Netzstrukturen dürften von der Beschlusskammer keiner Effizienzprüfung unterzogen werden, wenn sie

- eine ebensolche Prüfung bei einem NGN, wie im Falle Kabel Deutschland (BK3g 13-081) vornimmt und dem NGN eine Bildung von Einzugsbereichen verweigert;
- eine ebensolche Prüfung in der Vergangenheit auch gegenüber dem PSTN der Deutschen Telekom vorgenommen und hierbei Anpassungen der Menge und des Umfangs der Einzugsbereiche aus ebendiesen Effizienzgründen vorgenommen hat (vgl. BK 4a-01/026).

Der vorliegend allein anzuwendende Entgeltregulierungsmaßstab nach §§ 31, 32 TKG sind die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Mit diesen Kosten ist daher eine bestimmte, nämlich die

effiziente, Leistung untrennbar verbunden. Sofern sich die Beschlusskammer bei der Bestimmung der Entgelte für die zugrundeliegende Leistung von der Prüfung befreien möchte, ob diese Leistung effizient ist, unterläuft sie den Regulierungsmaßstab, weil sie Entgelte für Leistungen festsetzt, ohne die Frage zu beantworten, ob diese Leistungen nach §§ 31, 32 TKG effizient und damit überhaupt genehmigungsfähig sind und damit letztlich ineffiziente Leistungen nicht von der Genehmigung ausnimmt.

3.2.2 Entscheidung des BVerwG – 6 C 19.08

Das von der Beschlusskammer bislang zitierte Urteil des BVerwG trägt gerade nicht die Ansicht der Beschlusskammer, dass grundsätzlich keine Prüfung der Effizienz vorzunehmen sei und man sich an den entsprechenden Antrag zu binden habe. In der Entscheidung 6 C 19.08 führt das BVerwG nämlich aus:

„Die Behörde ist zwar, wie sich insbesondere aus dem Entgeltmaßstab der effizienten Leistungsbereitstellung (§ 31 Abs. 1 Satz 1 TKG) ergibt, zu Kürzungen berechtigt, die auf die Vermeidung ineffizienter Arbeitsprozesse zielen.“ [...] „Sie darf der Entgeltgenehmigung aber keine wesentlich andere Leistung zugrunde legen als diejenige, die den Gegenstand des Entgeltantrages bildet.“

Daher lässt das Bundesverwaltungsgericht eine Modifikation der Leistungen unter Effizienzgesichtspunkten zu, solange keine wesentlich andere Leistung zugrunde gelegt wird:

„Ob die Entgeltgenehmigung die Identität des dem Entgeltantrag zugrundeliegenden Leistungsbegriffs wahrt, ist anhand einer Gesamtbetrachtung zu beurteilen, die einerseits die tatsächlichen Arbeitsabläufe des antragstellenden Unternehmens und andererseits deren rechtliche Einbettung in die vertraglichen Außenbeziehungen des Unternehmens zu seinen Kunden einbezieht.“

Durch die Frage, ob die Terminierung über einen netzweiten Einzugsbereich ausgeführt wird oder über zahlreiche Einzugsbereiche, wird die Terminierungsleistung als solche, wie sie in der Marktabgrenzung definiert wurde, nicht berührt, da es letztlich immer noch um die Anrufzustellung im Netz des aTNB geht. Durch die Reduzierung der Einzugsbereiche, wie sie die Beschlusskammer in den unter Ziffer 3.2.1 zitierten Entscheidungen schon praktiziert hat, findet eben gerade keine solche wesentliche Leistungsänderung statt.

Dem entspricht auch die Begründung der Kammer im Konsultationsentwurf unter Ziffer 4.2.2.3. Dort führt die Kammer aus, die Bestimmung der uNKE diene der Bestimmung des Leistungserfolges und nicht der Beschreibung der Leistungserbringung. Nach der zitierten Rechtsprechung des BVerwG dürfe der Leistungserfolg nicht geändert werden. Die Erweiterung der EZB-Struktur, stellt aber nach den Ausführungen der Kammer ausdrücklich nur eine Änderung in der Leistungserbringung dar. Dies ist auch nach

dem im Konsultationsentwurf dargelegten Verständnis der BVerwG-Entscheidung durch die Kammer möglich.

3.2.3 Der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dient dazu sicherzustellen, dass Entgelte nach demselben Maßstab genehmigt werden, der bei wirksamem Wettbewerb herrscht und basiert auf der Erkenntnis, dass sich im Wettbewerb nur der effiziente Anbieter durchsetzt. Eine Produktion wird dabei als effizient angesehen, wenn die vorhandenen Ressourcen optimal genutzt werden. Die Beurteilung der Effizienz der Leistungsbereitstellung hängt daher davon ab, wie sich das regulierte Unternehmen voraussichtlich verhielte, wenn die Leistung unter Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs erbracht würde, wie das Bundesverwaltungsgericht in dem oben zitierten Urteil 6 C 19.08 ausgeführt hat.

Der Rahmen der Entgeltgenehmigung durch wird durch den Entgeltantrag des regulierten Unternehmens bestimmt, der sich auf eine konkrete Leistung beziehen muss. Entsprechendes hat das BVerwG in der zitierten Entscheidung und einer späteren Entscheidung festgehalten (vgl. BVerwG, N&R 2010, 40; BVerwG, NVwZ-RR 2009, 918 = MMR 2010, 207). Zwar ist die Beschlusskammer zu Kürzungen des beantragten Entgelts berechtigt. Es ist ihr jedoch nicht gestattet, ihrer Entscheidung eine wesentlich andere Leistung zu Grunde zu legen als diejenige, die Gegenstand des Entgeltantrags ist.

Ob eine Entgeltgenehmigungsentscheidung diesem Erfordernis gerecht wird, ist immer abschließend auf Grundlage einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln. Dies hat das BVerwG ebenso festgestellt.

Aufgabe der Entgeltgenehmigung am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ist es, einen „Als-ob-Wettbewerbspreis“ zu simulieren. Die Entgeltgenehmigung soll demnach den Preis abbilden, der sich bei Bestehen wirksamen Wettbewerbs durch den Zwang, vorhandene Ressourcen optimal zu nutzen, einstellen würde.

Dieser Normzweck des § 31 TKG gebietet es nach Auffassung des BVerwG, ineffiziente Arbeitsabläufe, die sonst erst nachträglich und im Einzelfall beanstandet werden könnten, bereits im Entgeltgenehmigungsverfahren zu identifizieren und zu eliminieren (BVerwG, N&R 2010, 186; BVerwG, Beschl. v. 16. 6. 2010 – 6 B 81/09, BeckRS 2010, 50856), so dass die Beschlusskammer zu einer Prüfung der Effizienz bei der Bestimmung der uNKE nach den Ausführungen des BVerwG in der Entscheidung 6 C 19.08, berechtigt und nach § 31 Abs.1 TKG auch verpflichtet war.

3.2.5 Die Prüfung, ob die zur Genehmigung vorgelegte Leistung der effizienten Leistung entspricht, für welche die Beschlusskammer im Rahmen des gefundenen Vergleichsmarktes die Entgeltgenehmigung erteilen möchte, ist eine unabdingbare Voraussetzung für die Genehmigung eines Entgeltes im Rahmen der von der Beschlusskammer angewandten Vergleichsmarktmethode.

Gemäß den Festlegungen der Beschlusskammer aus den jeweiligen Regulierungsverfügung der aTNB unter Ziffer I.1 unterliegt der aTNB nur am zum jeweiligen Zieleinzugsbereich gehörenden Vermittlungsstellenstandort, der uNKE, einer Zugangsverpflichtung, so dass gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1, 31 TKG nur die Entgelte für die Anrufzustellung an der uNKE der Entgeltgenehmigungspflicht unterliegen. Die darüberhinausgehende Transitleistung für die Zustellung in nicht direkt angeschlossene Einzugsbereiche unterliegt nach der Festlegung der Regulierungsverfügung keiner Zugangsverpflichtung und damit keiner Entgeltgenehmigungspflicht. Dieses Entgelt unterliegt damit ausschließlich der freien Disposition der Vertragsparteien einer Zusammenschaltungsvereinbarung. Damit löst die angeführte Entscheidung gerade nicht die dargestellten Rechtsfolgen in Bezug auf etwaige bindenden Vorgaben in Bezug auf eine zu unterlassende Effizienzprüfung aus.

Sofern die Beschlusskammer sich außerstande sieht, für die vorgelegte Leistung eine solche Genehmigung auszusprechen, weil sie nicht der effizienten Leistung des Vergleichsmarktes entspricht, so hat sie der Leistung die Genehmigung auf Basis des Vergleichsmarktes zu verweigern und den Antragssteller auf die Vorlage eines Antrages für eine dem Vergleichsmarkt entsprechende Leistung aufzufordern. Sie kann jedoch nicht einfach ohne Effizienzprüfung eine Genehmigung erteilen.

Aus Sicht der Antragssteller ist eine solche Verweigerung der Genehmigung aber gerade nicht erforderlich, da durch eine Änderung der zur Genehmigung vorgelegten Netzstruktur, anders als die Beschlusskammer meint, keine wesentlich andere Leistung zugrunde gelegt würde. Gegenstand der Leistung bliebe weiter die Zustellung von Gesprächen auf der uNKE, es änderte sich lediglich die Menge von Anschlusskunden, die in einem räumlichen Gebiet angeschlossen sein müssen, um einen Einzugsbereich zu bilden. Die im Konsultationsentwurf unter Ziffer 4.2.2.3 beschriebene geänderte Leistungserbringung ist für den Leistungserfolg ohne Belang und ändert diesen nicht. Und auch nach dem im Konsultationsentwurf niedergelegten Verständnis der Kammer kommt es ausschließlich auf diesen unveränderten Leistungserfolg und nicht auf eine geänderte Leistungserbringung an.

Diese Festlegung ist darüber hinaus auch recht einfach. Sofern die Beschlusskammer nämlich einem (effizienten) NGN technologiemotiviert die Bildung von Einzugsbereichen verweigert, kann nämlich für ein (ineffizientes) PSTN nichts anderes gelten, um das von der EU geforderte Ziel symmetrischer Entgelte zwischen den Netzen zur Anrufzustellung zu erreichen, so dass einem aTNB eine Abrechnung aufgrund des von ihm beantragten Verzonungsmodells zu versagen wäre.

3.3 Verstoß gegen Regelungsgrundsätze des TKG

3.3.1 Verstoß gegen den Grundsatz der Technologieneutralität

Daneben liegt ein Verstoß gegen das Gebot der Technologieneutralität gemäß § 1 TKG geradezu auf der Hand.

Der Zweck des TKG wird durch die §§ 1 und 2 TKG grundlegend bestimmt. Diese Vorschriften sind daher immer bei der Auslegung und zum Verständnis des gesamten Gesetzes und seiner einzelnen Vorschriften heranzuziehen (VG Köln, MMR 1998, 102; Scherer, NJW 1996, 2962). Aufgrund seiner systematischen Stellung und seines höheren Detaillierungsgrades ist § 2 TKG dabei nur als Konkretisierung der in § 1 TKG aufgestellten Grundsätze anzusehen. Dabei stellt § 1 TKG einen allgemeinen Grundsatz auf, der nicht umgangen werden darf.

Die sektorspezifische Regulierung im Bereich der Telekommunikation soll den Wettbewerb sowie leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen gewährleisten. Dabei gilt das Prinzip der Technologieneutralität. Das bedeutet, dass sämtliche eingesetzte Technologien – soweit nicht unmöglich oder unzumutbar – als gleichwertig zu betrachten sind. Die Ziele sollen durch Regulierung im Bereich der Telekommunikation verwirklicht werden. Während die „Telekommunikation“ in § 3 Nr. 22 TKG definiert ist und dadurch die Inhaltsregulierung aus dem Anwendungsbereich fällt, fehlt seit der TKG-Novelle eine Begriffsbestimmung der „Regulierung“ in § 3 TKG. Dennoch sind hierunter weiterhin i.S.d. § 3 Nr. 13 TKG aF alle Maßnahmen zu verstehen, die zur Erreichung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Ziele vor allem durch Regelung des Verhaltens von Telekommunikationsunternehmen beim Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen ergriffen werden (Spindler/Schuster/Ricke, 3. Aufl. 2015, TKG § 1 Rn. 11-14).

Die von der Beschlusskammer als zuständige Bundesoberbehörde (§§ 2 Abs. 1, 116 Abs. 1 TKG) ergriffenen Maßnahmen stellen daher Regulierung dar und sind an dem Gebot der Technologieneutralität zu messen. Es bleibt dabei, dass sie Maßstabsbedeutung für die Interpretation der Regulierungsbefugnisse und ihrer Voraussetzungen, namentlich für die Steuerung der Ermessensausübung durch die Beschlusskammer, hat (vgl. Beck'scher TKG Kommentar/Cornils, § 1 Rn. 4).

Eine Aufteilung von Telekommunikationsnetzen in Einzugsbereiche ist im Rahmen der Effizienzbetrachtung daher grundsätzlich technologieneutral durchzuführen. Hiergegen hat die Beschlusskammer aber in der Vergangenheit verstoßen, indem sie in Abhängigkeit von der Anschlusstechnologie des Netzes unterschiedliche Gestaltungsspielräume bei der Ausweisung von Einzugsbereichen und damit auch bei der Gestaltung der letztendlich von den Zusammenschaltungspartnern zu zahlenden Entgelte einräumt.

Im Ergebnis es kommt hierdurch, wie beschrieben, zu einer faktischen Asymmetrie der zwischen von einem reinen NGN zu einem PSTN zu zahlenden Zusammenschaltungsentgelte, welche die Beschlusskammer eigentlich ausdrücklich und in Übereinstimmung mit der nach § 123 Abs. 3 TKG zu beachtenden Terminierungsempfehlung 2009/396/EG der EU-Kommission durch ihr auf Symmetrie zielendes Entgeltregime vermeiden wollte.

Dieser Verstoß gegen die Technologieneutralität der Regulierung ist schon im Grundsatz abzulehnen.

In ihren Ausführungen zur Technologieneutralität, Ziffer 4.2.2.3 des Konsultationsentwurfs, setzt sich die Kammer mit dieser technologiemotivierten Ungleichbehandlung der Netzstrukturen nicht auseinander. Der Verweis auf eine Ziffer 4.1.2 geht demgegenüber auch in Leere, weder der Konsultationsentwurf, noch die Regulierungsverfügung oder die Marktabgrenzung kennen diese Ziffer. Insofern bleibt unklar, warum die Kammer meint, den Grundsatz der Technologieneutralität trotz der ungleichen Behandlung von PSTN- und IP-Netzen eingehalten zu haben.

3.3.2 Verstoß gegen § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG

Die Zugrundelegung ineffizienter Netzstrukturen im PSTN-Netz widerspricht aber auch dem Regulierungsziel nach § 2 Nr. 5 TKG (Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation).

Der Hinweis der Kammer aus dem Konsultationsbeschluss, Ziffer 4.2.2.3, wonach diese Regelung sich nach der Gesetzgebungsvorrangung auf Anschlussnetze beziehen soll, vermag nicht zu überzeugen, da ein Ausbau der NGN-Anschlussnetze ohne die Verbindungsnetze nicht möglich ist und sich daher eine Verzögerung bei der Umrüstung der Verbindungsnetze auch verzögernd auf den Ausbau der Anschlussnetze auswirkt.

Auch die weiteren Ausführungen der Kammer, dass die Kosten der PSTN auch durch die internen Verbindungsentgelte gedeckt werden, verkennen, dass Investitionen in PSTN nicht mehr stattfinden und die PSTN-Netzbetreiber ausschließlich daran interessiert sind, solange wie möglich und so hoch wie möglich Einnahmen aus der veralteten Netzinfrastruktur zu ziehen, bis eine Umrüstung durchgeführt ist.

Die Genehmigung von Entgelten auf Basis veralteter Technologien und ineffizienter Netzstrukturen nimmt Netzbetreibern, die heute ineffiziente Netze betreiben, daher den Anreiz, in neue, hochleistungsfähige NGN zu investieren, da Sie insbesondere durch unregulierte Transitentgelte auf Basis veralteter und in der Regel abgeschriebener Technologie zusätzliche Gewinne auf Kosten der Betreiber effizienter Netze erwirtschaften können. Sie haben daher einen Anreiz, diese ineffizienten Netzstrukturen noch möglichst lange zu betreiben.

Betreiber effizienter Netzstrukturen werden im Gegenzug wirtschaftlich benachteiligt, obwohl – oder gerade weil – sie frühzeitig in effiziente Netze und Technologien investiert haben und keine zusätzlichen Gewinne aus veralteten und abgeschriebenem Technologien erwirtschaften können, sondern im Gegenteil gehalten sind, durch die Zahlung von Transitentgelten zur Finanzierung dieser Ineffizienz beizutragen.

Durch das Vorgehen der Beschlusskammer erfolgt daher eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung des technisch effizienteren NGN, die dazu führt, dass die Betreiber von reinen NGN für ihre Investitionsbereitschaft und Innovativität bestraft und PSTN-Betreiber für ihr Beharrungsvermögen beim Betrieb einer ineffizienten Netzinfrastruktur und fehlenden Investitionswillen belohnt werden. Dies widerspricht den Regulierungszielen nach § 2 TKG.

Die Vorteile eines effizienten Netzes gebühren dessen Betreiber als Ausgleich für die getragenen Investitionen in zukunftsfähige Angebote. Sie dürfen nicht über eine faktische Asymmetrie der Zusammenschaltungsentgelte sozialisiert werden.

4. Ergebnis

Unter Zugrundelegung der nach dem TKG vorgeschriebenen Technologieneutralität und dem Entgeltregulierungsmaßstab nach § 31 Abs.1 Nr.1 TKG ergibt sich, dass eine Festlegung von Einzugsbereichen für die Bestimmung der uNKE eines PSTN den Entgelt- und Regulierungsgrundsätzen widerspricht. Daher dürfen auch PSTN-Netze nur über einen netzweiten Einzugsbereich verfügen.

Dieser Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Unitymedia BW GmbH und der Unitymedia NRW GmbH.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Unterschriftenfeld



RA Michael Panienka