



vorab per E-Mail: BK3-Postfach@bnetza.de

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 3
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

Düsseldorf
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Feldmühleplatz 1
40545 Düsseldorf
T +49 211 49 79 0 (Zentrale)
+49 211 49 79 166 (Durchwahl)
F +49 211 49 79 103
E andreas.schuler@freshfields.com
www.freshfields.com

Dok. Nr.
DAC31143021
Unser Zeichen
162147-0014

24. April 2019

BK3a-19/002

ENTHÄLT BETRIEBS- UND GESCHÄFTSGEHEIMNISSE

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,
sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit nehmen wir für die 1&1 Versatel GmbH (*Versatel*) zu dem Konsultationsentwurf im o.g. Verfahren Stellung. Das Vorliegen ordnungsgemäßer Vollmacht wird anwaltlich versichert.

Der Entwurf der Entgeltgenehmigung verstößt im Hinblick auf die vorgesehenen Entgelte für den Zugang zu Kabelkanalanlagen – auf diesen Aspekt beschränkt sich diese Stellungnahme – gegen das Konsistenzgebot, weil die erhebliche Wettbewerbsrelevanz der Entgelte nicht berücksichtigt wurde. Insbesondere sieht der Konsultationsentwurf in dieser Hinsicht keine begründete Abwägungsentscheidung vor, was im gegenständlichen Kontext aber zwingend erforderlich gewesen wäre (hierzu **A.**). Der Entwurf lässt im Übrigen eine hinreichende Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts vermissen (hierzu **B.**). Die Entgeltkontrolle anhand des Preis-Kosten-Scheren-Tests erfolgt nicht sachgerecht (hierzu **C.**).

Die Beschlusskammer verweist in dem Konsultationsentwurf vielfach auf den zeitgleich konsultierten Beschlussentwurf BK3c-19/001 zu den monatlichen TAL-Überlassungsentgelten. Dies betrifft u.a. Ausführungen zu den Tiefbaukosten, zu der Vorhersehbarkeit von Entgelterhöhungen, zu der Ermittlung des Referenznetzes und zu der Bestimmung des Zinssatzes. Wir verweisen zu diesen und weiteren Aspekten auf die Stellungnahme der 1&1 Telecom GmbH und der Versatel vom heutigen Tage in dem Verfahren zu den TAL-Überlassungsentgelten. Die dortige Stellungnahme machen wir

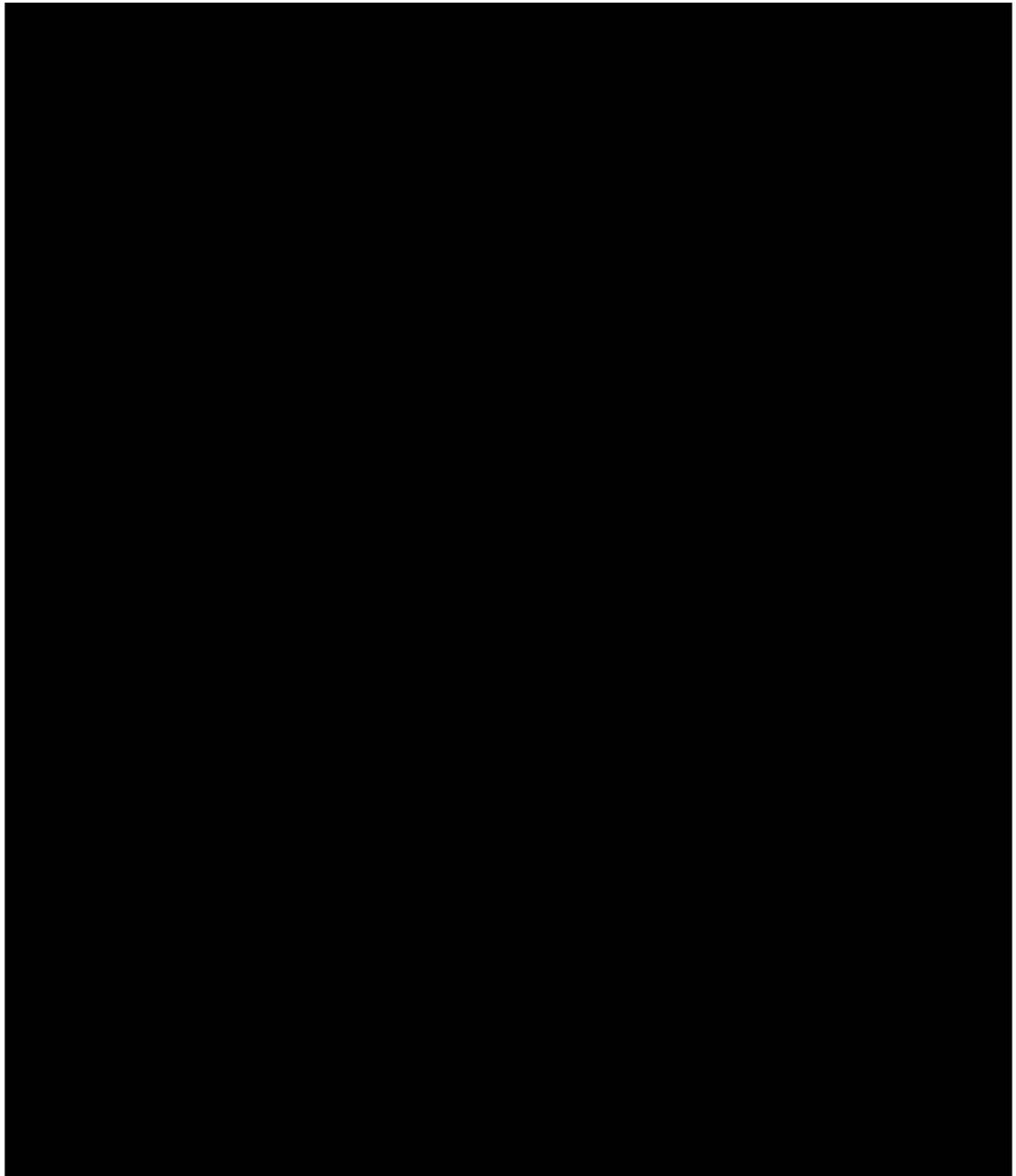
insofern auch zum Gegenstand dieses Verfahrens. Sie ist diesem Schreiben als Anlage beigelegt.

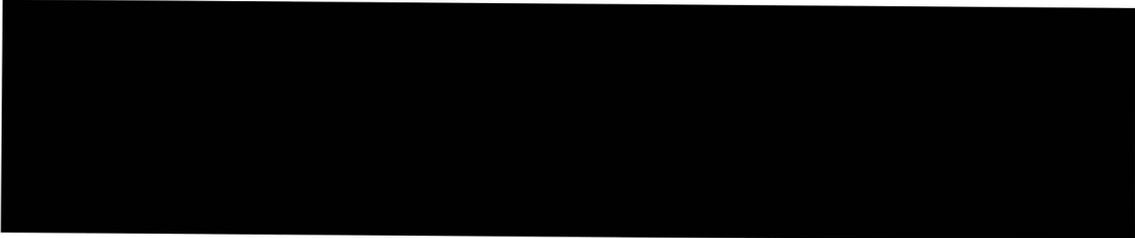
Würde die Beschlusskammer die in dieser Stellungnahme genannten und von Versatel im Rahmen des Verfahrens eingebrachten Aspekte ordnungsgemäß berücksichtigen, hätte dies eine deutliche Reduzierung der zu genehmigenden Entgelte zur Folge.

A. Verstoß gegen das Konsistenzgebot des § 27 TKG

Die gemäß dem Konsultationsentwurf vorgesehenen Entgelte verstoßen gegen das Konsistenzgebot des § 27 Abs. 2 TKG, da die Regulierungsziele nicht in ausreichender Form berücksichtigt worden sind.

I.





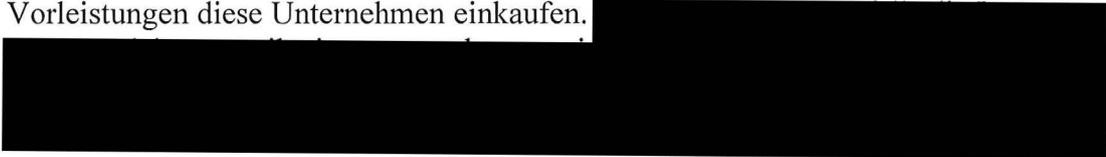
II. Bedeutung der Entgelte nicht ausreichend gewürdigt / Regulierungsziele nicht berücksichtigt

Die Beschlusskammer hat die Würdigung der vorstehend beschriebenen Bedeutung der Entgelte für den Zugang zu Kabelkanalanlagen fehlerhaft unterlassen. Insofern liegt ein Verstoß gegen das Konsistenzgebot vor. Nach § 27 Abs. 2 Satz 1 TKG müssen Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sein. Zudem hat die Bundesnetzagentur bei ihren jeweiligen Entgeltregulierungsmaßnahmen insbesondere zu prüfen, ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 TKG stehen, § 27 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 TKG.

Das Konsistenzgebot bezieht sich zunächst auf Maßnahmen der Entgeltregulierung, wie die vorliegende Genehmigung von Entgelten. Das bedeutet aber nicht, dass die Beschlusskammer bei der Bestimmung von Entgelten für zugangsregulierte Vorleistungen nur Auswirkungen auf andere regulierte Entgelte im Sinne des Teil 2 Abschnitt 3 des TKG zu beachten hätte. Vielmehr hat sie auch solche Auswirkungen in Betracht zu ziehen, die sich auf angrenzende und durch die Entgeltregulierung (mittelbar) betroffene Marktsegmente ergeben.

So sind beispielsweise ausdrücklich auch die Auswirkungen auf die Ziele der Regulierung gemäß § 2 Abs. 2 TKG, u.a. die Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen, die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation, zu beurteilen. Das folgt auch daraus, dass das ökonomische Ziel der Regulierung darin besteht, die Entwicklung eines leistungsfähigen (effizienten) Telekommunikationsmarkts zu gewährleisten, der einen möglichst großen Beitrag zur gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrt leistet. Dies kann aber nur erfolgen, wenn das Konsistenzgebot nicht auf Entgeltregulierungsmaßnahmen im engeren Sinne beschränkt wird.

Dies ergibt sich bereits aus dem Erfordernis der Wahrung der Nutzerinteressen. Gemeint sind hiermit insbesondere auch die Interessen von am Markt agierenden Telekommunikationsunternehmen, und zwar unabhängig davon, welche Vorleistungen diese Unternehmen einkaufen.



Aufgrund des oben beschriebenen Zusammenhangs zur Regulierung des Zugangs zu passiver Infrastruktur ergeben sich durch die hier maßgebliche Entgeltfestsetzung



gleichermaßen auch Auswirkungen auf den Ausbau von NGA-Netzen, so dass auch das Regulierungsziel in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG („NGA-Ausbau“) betroffen und im Rahmen der Entgeltgenehmigung zu berücksichtigen ist.

Die Beschlusskammer hat es allerdings bislang versäumt, die Auswirkungen der Zugangsentgelte für Kabelkanalanlagen im Hinblick die genannten (und weitere) Regulierungsziele zu beurteilen. Dies stellt einen Verstoß gegen das Konsistenzgebot dar.

Dieser Verstoß wirkt besonders schwer vor dem Hintergrund, dass die Beschlusskammer in dem Verfahren BK3c-19/001 eine Erhöhung der TAL-Überlassungsentgelte u.a. damit begründet, dass es dadurch zu einer Migration von Kunden auf FTTB/H-Vorleistungen käme, was den Glasfaserausbau beschleunige. Eine Erhöhung sei, so die Beschlusskammer, im langfristigen Interesse der Nutzer und fördere Investitionen.

BNetzA, KonsE, BK3c-19/001, S. 44 u. 50 f.

In Ergänzung unserer Anmerkungen in der beigegeführten Stellungnahme, dort unter II.2., zu dieser Einschätzung der Beschlusskammer, ist auch in diesem Zusammenhang ein Verstoß gegen das Konsistenzgebot festzustellen. Denn wenn – dem Gedanken der Beschlusskammer folgend – das hohe TAL-Entgelt dafür sorgen soll, dass der FTTB/H-Ausbau vorangetrieben wird, ist es widersprüchlich, wenn dieselbe Beschlusskammer zugleich den FTTB/H-Ausbau erschwert, indem für den Zugang zu Kabelkanalanlagen Entgelte verlangt werden, die oberhalb der KeL liegen, und diese Entgelte zur Folge haben, [REDACTED], woraus sich wiederum erhebliche negative Effekte für den Ausbau von Glasfaserinfrastruktur ergeben. Die von der Beschlusskammer behaupteten positiven Effekte einer TAL-Entgelterhöhung würden zum Teil wieder aufgezehrt. Die Vorgehensweise der Beschlusskammer ist damit widersprüchlich. Für einen effizienten und schnellen Breitbandausbau sind richtigerweise niedrige [REDACTED] essentiell.

Letztlich würde vor allem die Antragstellerin von diesem Vorgehen profitieren, einerseits, in dem sie über höhere TAL-Entgelte höhere Einnahmen erzielt, andererseits dadurch, dass Wettbewerbern der eigenwirtschaftliche Ausbau erschwert wird. Eine Förderung des Wettbewerbs im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG ist insofern nicht erkennbar.

B. Unzureichende Ermittlung des Investitionswerts; hier: fehlende Ermittlung zukünftiger Nachfrage

Die Beschlusskammer hat den Investitionswert auf Grundlage aktuell belegter Kapazitäten ermittelt (Konsultationsentwurf, S. 42), weil „belastbare Informationen über die künftige konkrete Nachfrage“ nach ihrer Aussage nicht vorgelegen hätten. Nachvollziehbar ist, dass eine konkrete zukünftige Nachfrage nicht leicht zu ermitteln sein dürfte. Die Beschlusskammer hätte allerdings – anstatt auf die derzeitige Nachfrage abzustellen – erwägen müssen, ob auf Basis der derzeitigen

Nachfrage ggf. unter Berücksichtigung vergangener Nachfragen eine belastbare Prognose für die zukünftige Nachfrage hätte erstellt werden können. Zumindest hätte sie angeben müssen, wie sie zu dem Urteil gekommen ist, dass belastbare Informationen nicht vorgelegen haben. Der Konsultationsentwurf leidet insofern an einer unzureichenden Sachverhaltsermittlung und an einer fehlenden Begründung.

C. Prüfung des Preis-Kosten-Scheren-Tests wurde fehlerhaft durchgeführt

Die Beschlusskammer verweist hinsichtlich diverser Ausgangsdaten zum Preis-Kosten-Scheren-Test und im Hinblick auf die grundsätzliche Vorgehensweise auf den Konsultationsentwurf in dem Verfahren BK3c-19/001.

Vgl. BNetzA, KonsE, BK3a-19/002, S. 61.

Der Ansatz der Beschlusskammer lässt dabei, wie von Versatel bereits in der Vergangenheit im Zusammenhang mit anderen Entgeltverfahren gerügt, einige wettbewerbsrelevante Aspekte außer Betracht. So geht die Beschlusskammer zwar richtigerweise davon aus, dass kaum ein Kunde während der (nunmehr 63,3-monatigen) Kundenverweildauer in nur einem Tarif verbleibt, denn vielmehr werden Bestandskunden während der Vertragslaufzeit regelmäßig Neukundenvorteile gewährt bzw. Tarife werden gewechselt. Die Beschlusskammer geht derweil davon aus, dass „Neukundenvorteile“ lediglich einmal während der Kundenverweildauer gestattet werden. In Bezug auf diese Einschätzung ist zu kritisieren, dass die Annahme eines einmaligen Neukundenvorteils während der Kundenverweildauer nur auf einer subjektiven Einschätzung der Beschlusskammer basiert, nicht jedoch auf belastbaren Daten, die z.B. bei der Antragstellerin hätten abgefragt werden können. Denn nach unserer Einschätzung dürfte die Berücksichtigung nur *eines* (Neukunden-)Vorteils für Bestandskunden während einer mehr als fünfjährigen Kundenverweildauer nicht ausreichen, um die tatsächlich gewährten Vorteile angemessen zu berücksichtigen.

Es ist zudem anzumerken, dass die Beschlusskammer in dem genannten Konsultationsentwurf nach wie vor keine *Retentionsmaßnahmen* berücksichtigt, obwohl sich hieraus sehr ähnliche Effekte wie bei Neukundenvorteilen ergeben. Da nicht davon auszugehen ist, dass Neukundenvorteile und Retentionsmaßnahmen einander entsprechen, hätte die Beschlusskammer, diesen Umstand mithin gesondert erfassen und berücksichtigen müssen.

Im Übrigen weisen wir auf die der Beschlusskammer aus anderen Verfahren bereits bekannte Auffassung von Versatel hin, dass für eine sachgerechte Preis-Kosten-Scheren-Prüfung auf die vertragliche vereinbarte Mindestlaufzeit abzustellen ist, nicht jedoch auf die durchschnittliche Kundenverweildauer. Überdies ist erneut darauf hinzuweisen, dass die Vermischung der getrennt ermittelten Kundenanteile (Standard- und Young-Tarife, Online-Vorteil, Cashback-Zahlung, Neu- und Wechslerkunden etc.) zu einem Gesamtwarenkorb die wettbewerbsfördernde Funktion des Preis-Kosten-Scheren-Tests im unzulässiger Weise verwässert. Für eine mit den gesetzlichen Vorgaben konforme Preis-Kosten-Scheren-Prüfung bedürfte es im gegenständlichen Kontext richtigerweise einer Betrachtung auf Einzeltarifebene.

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Andreas Schuler
Rechtsanwalt