

Enthält keine Betriebs-  
und Geschäftsgeheimnisse



**1&1 Telecom GmbH**

Elgendorfer Straße 57  
56410 Montabaur  
Germany  
Fon +49 2602 96-0  
Fax +49 2602 96-1010  
www.1und1telecom.de  
info@1und1.de

1&1 Telecom GmbH | Bahnhalle 7 | 56410 Montabaur | Germany

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,  
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen  
Beschlusskammer 2  
Tulpenfeld 4  
53113 Bonn

Dr. Christian Bron, LL.M.  
Expert Regulatory Affairs

Phone: +49 2602 96 1408  
Mobile: +49 159 0194 2201  
E-Mail: christian.bron@1und1.de

Vorab per E-Mail: BK3-Postfach@BNetzA.de

Montabaur, 18.12.2019

Az. BK3-19/032

Dritte Stellungnahme der 1&1 Telecom GmbH im Entgeltgenehmigungsverfahren der Telekom Deutschland GmbH für L2-BSA, KVz-AP und Übergabeanschlüsse; hier: Konsultationsentwurf

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,  
sehr geehrte Damen und Herren,

die 1&1 Telecom GmbH („1&1“) nimmt hiermit zum Konsultationsentwurf der Beschlusskammer 3 zum Entgeltantrag der Telekom Deutschland GmbH („Telekom“) auf Genehmigung der Entgelte für den Zugang zu einem einheitlichen Bitstrom-Produkt auf Basis von Ethernet-Bitstrom (L2-BSA) sowie von Entgelten für den lokal virtuell entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (KVz-AP) („Konsultationsentwurf“) Stellung.

Vorab ist festzustellen, dass auch der Konsultationsentwurf nicht geeignet ist, die in den bisherigen Stellungnahmen der 1&1 vom 25.10. und 11.11.2019 dargelegten Bedenken gerecht zu werden u.a. betreffend die Nachvollziehbarkeit der Antragswerte der Telekom. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweist 1&1 auf ihre bisherigen Ausführungen.

1&1 beantragt,

dass die Beschlusskammer die Entgelte für den Zugang zu einem einheitlichen Bitstrom-Produkt auf Basis von Ethernet-Bitstrom (L2-BSA) sowie von Entgelten für den lokal virtuell entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (KVz-AP) ausschließlich gemäß KeL genehmigt.

Die Entgeltgenehmigung ist mit der Bedingung zu versehen, wonach sich im Fall der Änderung des Entgeltmaßstabs die Entgeltgenehmigung auflöst.

**Prüfmaßstab: Ausschließlich nach KeL**

Nochmals wiederholen möchte 1&1 ihre Kritik am nunmehr im Konsultationsentwurf niedergelegten Prüfmaßstab, wonach die Beschlusskammer ausführt, dass die



verfahrensgegenständlichen Entgelte nach Maßgabe der Missbrauchskontrolle des § 28 TKG genehmigt werden (vgl. Seite 14 ff. Konsultationsentwurf), obwohl die Entgelte an sich ausschließlich der ex-ante Entgeltkontrolle unterworfen sind und daher eine Genehmigung einzig nach dem Kel-Maßstab geboten ist.

Anders als die Beschlusskammer im Konsultationsentwurf ausführt, kommt es vorliegend nicht darauf an, ob die Regulierungsverfügung BK 3h-14/114 wirksam oder unwirksam ist. Entscheidend ist einzig, dass die Beschlusskammer offenbar beabsichtigt, eine Entgeltentscheidung zu treffen, die bestehende gesetzliche Regelungen missachtet, wonach eine Kombination zwischen ex ante Entgeltkontrolle und Missbrauchsaufschlag systemwidrig ist, was zur Rechtswidrigkeit des Entgeltbeschlusses führen dürfte. Wie 1&1 in ihrer Stellungnahme vom 11.11.2019 bereits ausgeführt hat, würde die Beschlusskammer durch ein solches Vorgehen trotz entgegenstehender höchstrichterlicher Rechtsprechung einen offensichtlich rechtswidrigen Zustand fortführen. So wurde auch im Rahmen der Konsultation der „Eckpunkte der (neuen) Regulierungsverfügung“ erörtert, dass unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts der Entgeltmaßstab nicht Gegenstand der Regulierungsverfügung ist, sondern innerhalb der jeweiligen Entgeltentscheidung getroffen würde und insoweit nur die gesetzlich vorgesehenen Maßstäbe zur Anwendung kommen könnten. Dies schließe die Kombination aus ex ante Entgeltkontrolle und Missbrauchsaufschlag aus.

Im Rahmen der Ermessensausübung, die der Beschlusskammer in dem hier relevanten Entgeltverfahren zusteht, ist es im Sinne einer rechtssicheren Entscheidung geboten, die eingangs skizzierte Rechtsfolge bereits in der aktuellen Entscheidung zu berücksichtigen. Demnach wäre kein Missbrauchsaufschlag festzulegen bzw. die Entgelte ausschließlich gemäß Kel zu bestimmen.

Die Anwendung des Kel-Maßstabs im Rahmen einer ex-ante Entgeltgenehmigung sperrt die zusätzlich kombinatorische Anwendung des § 28 TKG, welcher nach Sichtweise der Beschlusskammer den angesetzten Missbrauchsaufschlag legitimiert und führt zu einer offensichtlichen fehlerhaften Ermessensausübung der Beschlusskammer im Konsultationsentwurf.

#### Hilfsweise: Erheblichkeitszuschlag 15% nicht bei Einmalentgelten

Selbst wenn die Beschlusskammer an der offensichtlich rechtswidrigen Kombination zwischen ex-ante und Missbrauchsaufschlag festhalten sollte, ist die Annahme eines Erheblichkeitszuschlags in Höhe von 15% unter Bezugnahme auf die Bewertung der Beschlusskammer im Beschluss BK3-18/013 (vgl. Seite 46 Konsultationsentwurf) ohne nähere Begründung ermessensfehlerhaft.

Allein die Aussage, dass sich die wettbewerblichen Bedingungen für die hier relevante Frage nicht wesentlich verändert hat, ist nicht ausreichend, grundlegende Anforderungen der Ermessensausübung im Sinne von § 40 VwVfG zu erfüllen. Vielmehr ist für die korrekte Ausübung des Ermessens entscheidend, dass der relevante Sachverhalt umfassend ermittelt wird (vgl. Kopp/Ramsauer, 20.Auflage 2019, § 40 VwVfG, Rn. 80). Ein rein formelhaft wirkender Verweis auf ein anderes Entgeltverfahren trägt dem jedenfalls nicht Rechnung. Für eine korrekte Sachverhaltsermittlung hätte beispielsweise in Erwägung gezogen werden müssen, dass die Leistungen, die die Einmalentgelte abdecken, im Vergleich zu den Leistungen, die von den





monatlichen Bereitstellungsentgelten abgedeckt werden, ausschließlich von der Telekom als alleinige Schaltberechtigte (und nicht durch Dritte) ausgeführt werden können.

#### Geltungszeitraum und Befristung der Genehmigung

Soweit die Beschlusskammer ausführt, dass die aktuelle Überprüfung des regulatorischen Rahmens für den Markt 3a nicht bei der Festlegung des Zeitraums der Genehmigung berücksichtigt werden muss und die Beschlusskammer „ggfs.“ die Genehmigung wegen nachträglich eingetretener Tatsachen widerrufen kann (vgl. Seite 56 Konsultationsentwurf), trägt dies nicht zur Rechtssicherheit aller Beteiligten bei. Vielmehr „ist“ die Entgeltgenehmigung zu widerrufen, sofern eine neue Regulierungsverfügung Änderungen der derzeitigen Entgeltgenehmigungspraxis bzw. des Entgeltmaßstabs vornimmt. Zur Vermeidung eines etwaigen Widerrufsverfahrens könnte die beabsichtigte Genehmigung auch mit einer Bedingung versehen werden, wonach sich im Fall der Änderung des Entgeltmaßstabs vorliegend beabsichtigte Genehmigung auflöst.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'S. Jorns'.

Sebastian Jorns  
Expert Regulatory Affairs

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Christian Bron'.

Dr. Christian Bron  
Expert Regulatory Affairs