

JUCONOMY Rechtsanwälte, Graf-Recke-Str. 82, 73, D-40239 Düsseldorf

Per Email: 111-postfach@bnetza.de

Bundesnetzagentur

- Referat 111 -

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

Jens Eckhardt

Dr. Marc Salevic

¹ Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

Wien

Rechtsanwälte

MMag. Ewald Lichtenberger ²

Dr. Marc Schütze ³

² zugelassen auch in Tschechien

³ niedergelassener europäischer Rechtsanwalt,
zugelassen in Düsseldorf

Ihr Ansprechpartner:

Dr. Marc Schütze

schuetze@juconomy.com

Datum: 01.07.2009

Anhörung zu „Hinweisen zur konsistenten Entgeltregulierung“

Stellungnahme der Callax Telecom Holding GmbH

Unser Zeichen (bitte stets angeben): CLX-2009-009/10

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir melden uns bei Ihnen namens und im Auftrag unserer Mandantin, der Callax Telecom Holding GmbH („Callax“). Die Callax bedankt sich für die Möglichkeit, zu dem Konsultationsentwurf der „Hinweise zur konsistenten Entgeltregulierung i.S.d. § 27 Abs. 2 TKG“ vom 13.05.2009 Stellung zu nehmen.

Callax begrüßt das konzeptionelle Vorgehen der Bundesnetzagentur, Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abzustimmen. Callax sieht ebenso wie die BNetzA den Schwerpunkt auf der Abstimmung der einzelnen Vorleistungsstufen. Konsistenzprobleme sieht die Callax insbesondere bei der Migration zu NGN sowie bei dem Herausfall von Leistungen aus der Regulierung sowie bei Bündelprodukten. Callax sieht sich insbesondere bei dem Angebot der Betreiber Auswahl bereits jetzt durch die Entgelte der DTAG behindert, ebenso durch das fehlende Angebot der Vorprodukte bei den All-IP-Anschlüssen der DTAG. Nach unserer Einschätzung werden sich diese Probleme zukünftig verschärfen.

- Aus Sicht von Callax wird die konsistente Entgeltregulierung bei der anstehenden Migration von PSTN zu NGN eine Hauptaufgabe der BNetzA darstellen. Die Umstellung darf nicht dazu führen, dass DTAG höhere Entgelte kassieren darf als sie den KeL entsprechen. Da DTAG ganz allein das Tempo und die Bedingungen des Migrationspfades bestimmt, ist es nicht mit dem TKG vereinbar, DTAG höhere Entgelte wegen vermeintlicher Infrastrukturausbauanreize zuzusprechen – DTAG bekommt so Anreize, die Migration künstlich in die Länge zu ziehen und von weit überhöhten Entgelten gegenüber den Wettbewerbern zu profitieren. Dieses Geld fehlt den Wettbewerbern beim Aufbau eigener zukunftsfähiger Infrastruktur. Auch die Wettbewerber müssen in neue Techniken investieren und wegen des kurzen Migrationspfades haben sie noch - anders als DTAG – teilweise Abschreibungen zu machen. Die Wettbewerber subventionieren also durch die künstlich hochgerechneten PSTN-IC-Entgelte der DTAG deren NGN-Aufbau. Diese mittelbare Zielverfolgung erinnert fatal an die Praxis der damaligen RegTP in Sachen Anschlusskostenbeitrag, die erst vor kurzem vom BVerwG und vom EuGH – zu Recht – vollständig kassiert wurde, vgl. BVerwG, Urt. v. 25.02.2009, Az.: 6 C 26.08.
- Der Begriff der KeL als Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung impliziert, dass nur die Wiederherstellungskosten einer effizienten, also technologisch zukunftsfähigen Technik angesetzt werden dürfen. DTAG hat selbst und ganz allein in der Hand, die tatsächliche Migration zu beschleunigen. Bei der bestehenden PSTN-Infrastruktur müssen die getätigten Abschreibungen berücksichtigt werden.
- Weiter ist es unabdingbar, dass die BNetzA die konsistente Entgeltregulierung zwischen den regulierten und den nichtregulierten Leistungen herstellt.
- Bei Inkonsistenzen zwischen regulierten und nichtregulierten Entgelten muss die BNetzA unverzüglich ein Verfahren einleiten, ob auf dem der nichtregulierten Leistung zu Grunde liegenden Markt nicht doch beträchtliche Marktmacht, ggf. auch über Marktmachtübertragung, besteht und eine entsprechende Regulierungsverfügung erlassen.
- Um eine konsistente Entgeltregulierung zu gewährleisten, muss die BNetzA, sofern sie der Ansicht ist, dass sie mangels formeller Marktanalyse eine bestimmte Leistung oder gar ein ganzes Bündelprodukt nicht konsistent regulieren kann, hiervon unverzüglich das BKartA informieren, damit das BKartA seine ihm anvertraute Aufgabe angemessen wahrnehmen kann, in diesen Fällen missbräuchliche Inkonsistenzen zu beseitigen. Da bislang aus nicht nachvollziehbaren Gründen die sog. sektorspezifische Missbrauchskontrolle bei der BNetzA nicht in das TKG eingeführt wurde, muss durch die behördliche Abstimmung gewährleistet werden, dass das BKartA in diesen Fällen unverzüglich die entsprechenden Verfahren von Amts wegen eröffnen kann.

- Bei der Preis-Kosten-Prüfung ist, wie von der BNetzA vorgeschlagen, auch der Blick auf den effizienten Wettbewerber zu werfen, zumindest dann, wenn er bspw. bedingt durch im Vergleich zur DTAG zusätzliche Zusammenschaltungskosten hat.

Die im Konsultationsentwurf noch offenen Punkte sollten jedenfalls konsequent und zügig geklärt werden, weil andernfalls kein transparenter Rechtsrahmen für die anstehende Migration zu NGN gewährleistet werden kann. Hierzu schlagen wir auch die Einrichtung einer offenen Anhörungsrunde der BNetzA vor, in der wir gerne auch die von uns vorgebrachten Anmerkungen noch einmal mündlich vorstellen und ggf. Nachfragen beantworten können.

Im Folgenden vertiefen wir die vorgenannten Forderungen an eine konsistente Entgeltregulierung in zwei entscheidenden Punkten:

I. Konsistente Entgeltregulierung zwischen regulierten und nichtregulierten Leistungen

Das bereits jetzt bestehende Problem, den Konsistenzmaßstab zwischen regulierten und nichtregulierten Entgelten herzustellen, wird zukünftig immer größer werden. Breits die aktuelle EU-Märkteempfehlung sieht bekanntlich eine Reduzierung der vormals 18 Märkte auf nur noch 7 Märkte vor, wobei die BNetzA intern mindestens 27 Märkte aufgeführt und teilweise auch untersucht hatte.

Der daraus (zumindest faktisch) zwangsweise resultierende Wegfall bestimmter Leistungen oder sogar ganzer Märkte aus Regulierung darf keinesfalls dazu führen, dass DTAG die Entgelte der nichtregulierten Leistungen willkürlich und missbräuchlich festsetzt, so dass Preis-Kosten- bzw. Kosten-Kosten-Scheren auftreten.

Die EU-Kommission hat in der Wanadoo-, der DTAG-TAL- und zuletzt in der Telefonica-Entscheidung aufgezeigt, dass mittels des Allgemeinen Wettbewerbsrechts aus Art. 81, 82 EG derartige Inkonsistenzen, um nichts anders handelt es sich bei den Preis-Kosten- bzw. Kosten-Kosten-Scheren, wirksam verhindert werden könnten. Sowohl das EuG als auch der EuGH haben diese Vorgehensweise ausdrücklich unterstützt.

Daher begrüßen wir die Ausführungen in dem Entwurf, dass die BNetzA ein besonders Augenmerk auf mögliche Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren zwischen regulierten und nichtregulierten Leistungen legen möchte (S. 49 ff. des Entwurfs).

Auch teilen wir die Feststellung, dass notfalls die nichtregulierten Leistungen, bei denen durch Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren ein Missbrauch festgestellt wird, in die Regulierung aufgenommen werden müssen. Hier ist insbesondere das Augenmerk auf die sog. Marktmachtübertragung auf den benachbarten (nichtregulierten) zu legen.

Insbesondere zeigt sich hier das Versäumnis des Gesetzgebers, bislang noch keine sektorspezifische Missbrauchskontrolle in das TKG eingeführt zu haben,

dazu ausführlich mit Problemfällen aus der Praxis: *Schütze*, Die Eingriffsbefugnisse/-pflichten von Kartellbehörden bei sektorspezifisch regulierten Entgelten - Zugleich eine Besprechung von EuG, Urte v. 10.04.2008, Rs. T-271/03 – Deutsche Telekom AG / EU-Kommission - (gemeinsam mit Salevic), CR 2008, 483; und *Schütze*, Übergang zum Wettbewerbsrecht oder übergangsweise kein Wettbewerbsrecht – zum „better regulation“ Ansatz im EU-Review, K&R, Heft 6/2008, Beiheft 3/2008, 18ff.

Sollte sich trotz der angedachten konsequenten Vorgehensweise, das Problem stellen, dass die BNetzA wider Erwarten nicht eingreifen kann, so muss die Sache von Amts wegen dem BKartA unverzüglich mit einem entsprechenden Prüfauftrag übergeben werden, damit sich die Inkonsistenzen zwischen den regulierten und nichtregulierten der DTAG nicht perpetuieren. In den oben genannten Entscheidungen der EU-Kommission ist auch die EU-Kommission nach Allgemeinem Wettbewerbsrecht und nicht nach sektorspezifischen Regulierungsrecht eingeschritten, weil die Regulierungsbehörden nämlich keinen Missbrauch feststellen konnten. Daher muss spätestens das BKartA die Inkonsistenzen in Form von Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren beenden.

II. Vermeidung von Inkonsistenzen durch Überhöhung tatsächlicher Kosten

Wir widersprechen der Aussage des Entwurfs, dass während des Migrationspfades DTAG höhere Entgelte genehmigt werden dürfen als nach KeL, ins-

besondere höhere als die tatsächlichen Kosten darstellen (anders aber S. 71 des Entwurfs). Dies gilt insbesondere dann, wenn DTAG keinesfalls mehr Investitionen tätigt, sondern die PSTN-Leistungen insgesamt abgeschrieben sind. Dieser Ansatz wurde bereits Ende 2008 bei der Genehmigung der IC-Entgelte der DTAG verfolgt, Az.: BK3c-08/137.

Gegenüber den Leistungen der investierenden Wettbewerber der DTAG und deren zu genehmigenden Entgelten mag das im begründeten Einzelfall anders sein, bei DTAG wegen deren überragender Marktstellung sind solche Aufschläge nicht vereinbar. DTAG gibt allein das Tempo des Migrationspfads vor.

- Für Anbieter der Betreiberwahl gibt es bislang keinerlei Angebote oder Informationen, wie Migration zu NGN erfolgen soll – Hinsichtlich IC-Standardangebot (BK4c-05-102/S) sollte DTAG *„frühzeitig vor dem 31.05.2009 den Dialog mit BNetzA und ICP aufnehmen, um ... einen Migrationspfad ... von PSTN ... hin zu IP... zu entwickeln.“*
- Nach IC-Standardangebot (vgl. BK4c-05-102/S) ist die PSTN-IC nur bis 31.05.2011 gewährleistet (danach ist DTAG berechtigt EZB und GEZB aufzulösen) – 5%/Anno der Standorte können vorher einseitig von DTAG aufgelöst werden.
- Für NGN-IP-Zusammenschaltung gibt es nicht einmal Informationen zur Anzahl der Zusammenschaltungsorte.

Diese Unsicherheiten rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung von DTAG und Wettbewerbern.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass bei der NGN-Migration zwei Fragen deutlich voneinander zu unterscheiden sind:

- Die „netzexterne“ NGN-Migration kann einerseits zur NGN-Zusammenschaltung und damit zur NGN-Verkehrsübergabe zwischen den Zusammenschaltungspartnern führen, und
- die „netzinterne“ NGN-Migration kann zur NGN-Verkehrsführung im eigenen Netz führen, wird aber über PSTN zwischen den Zusammenschaltungspartnern übergeben.

Die Ausführungen der BNetzA treffen allenfalls den ersten Punkt, dass eine NGN-Zusammenschaltung mit den Wettbewerbern noch nicht besteht.

Kurz: Zwar gibt es derzeit noch keine NGN/All-IP-Verkehrsübergabe zwischen DTAG und Wettbewerbern, jedoch eine All-IP/NGN Verkehrsführung bei der DTAG im eigenen Netz. Bereits dies führt zu erheblichen Kosteneinsparungen und muss bei der konsistenten Entgeltgenehmigung berücksichtigt werden. Entscheidend ist nämlich, dass die DTAG bereits jetzt einen Großteil des Verkehrs auf NGN-Basis, d.h. paketvermittelt, im eigenen Netz erbringt. Sie wird diesen Anteil kurzfristig weiter ausbauen. Beispielsweise hat die DTAG bereits jetzt mehr als eine Millionen sogenannter All-IP-Anschlüsse für Sprachtelefonieverkehr, bei denen der Sprachverkehr auf IP-Basis sowohl originiert als auch terminiert wird.

Bekanntestes Beispiel sind die Congstar-Anschlüsse ihres verbundenen, gleichnamigen Unternehmens, die äußerst erfolgreich vermarktet werden. So wurde alleine für dieses Unternehmen unlängst verkündet, dass die 1-Millionen Marke im Kundenbereich erreicht sei.

Vgl. teltarif-Meldung, abrufbar unter:
<http://www.teltarif.de/congstar-million-kunden/news/34010.html>

„Ebenfalls zufrieden sind wir mit unserer Zweitmarke Congstar, mit der wir aus dem Stand heraus rund 200 000 neue Kunden bis Ende Januar 2008 gewonnen haben.“

DTAG Geschäftsbericht 2007, S. 4.

Darüber hinaus hat die DTAG nach unseren Informationen bereits jetzt einer Vielzahl ihrer ISDN-Kunden deren ISDN-Anschluss gekündigt, da eine Umstellung auf andere Anschlüsse, sprich All-IP/NGN-Anschlüsse erfolgen soll. Die ist amtsbekannt.

So wird der Verkehr auch von den All-IP-Anschlüssen an die Zusammenschaltungspartner zwar immer noch auf PSTN-Ebene übergeben, jedoch führt die DTAG den Verkehr in ihrem eigenen Netz auf Basis des IP-Protokolls, nutzt also die sogenannte NGN-Technik. Es ist davon auszugehen, dass dies sich diese Verkehrsführung kurzfristig weiter verstärkt. Daher nutzt die DTAG also bereits jetzt NGN-Technik und erzielt damit erhebliche Kosteneinsparungen, die sie in Form von IC-Entgeltabsenkungen an die Wettbewerber weitergeben muss.

Dies ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH und des VG Köln. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 24.4.2008,

– vgl. hierzu auch *Schütze/Salevic*, Grundlegende Vorgaben der TAL-VO zur Entgeltregulierung – Zugleich eine Besprechung von EuGH, Urt. v. 24.4.2008 – Rs. C-55/06 – Arcor / Bundesrepublik Deutschland, CR 2008, 630 –

unter anderen entschieden, dass die nationale Regulierungsbehörde die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung jedenfalls nicht ausschließlich nach den Wiederbeschaffungskosten berechnen darf, sondern zumindest auch die tatsächlichen Herstellungskosten einschließlich darauf zu tätiger Abschreibungen zu berücksichtigen hat.

Im Rahmen der mündlichen Anhörung zu der letzten IC-Entgeltgenehmigung Ende 2008, Verfahren BK3c-08/137, hatte die DTAG wiederholt geäußert, dass die Migration bis 2014 abgeschlossen sein wird.

Daher dürfen spätestens seit diesem Termin keine Kosten nach den Wiederbeschaffungswerten mehr genehmigt werden. Denn auch die DTAG behauptet nicht, dass das PSTN-Netz auch nach Ende 2013 weiter genutzt wird. Gerade in der vorgenannten mündlichen Anhörung hat der Vertreter der DTAG mitgeteilt, dass an den bestehenden Zusammenschaltungsorten und der entsprechenden Technik keine Investitionen mehr getätigt werden. Bei einer Genehmigung auf Wiederbeschaffungswerten, wurde damit offensichtlich, umgangssprachlich zugespitzt, der alte, umfassend abgeschriebene „Schrott“ zum hohen Goldpreis entlohnt, ohne dass hier noch irgendwelche Investitionen in naher oder ferner Zukunft getätigt würden.

Das ist mit dem TKG und der einschlägigen höchstrichterlichen wie erstinstanzlichen Rechtsprechung hierzu nicht vereinbar.

„Soweit die Beklagte demgegenüber die Auffassung vertritt, der EuGH habe den nationalen Regulierungsbehörden freigestellt, bei der Ermittlung des Investitionswerts ausschließlich auf Wiederbeschaffungswerte abzustellen, verkennt sie den Inhalt dieses Urteils, insbesondere die dortigen Ausführungen unter Rn, 115, 119 und 154. Blieben die historischen Kosten außer Betracht, würde der Zweck der Kostenorientierung verfehlt. Die markt-mächtigen Betreiber sollen damit nämlich verpflichtet werden, ihre Preise an den „bei der Herstellung“ der Teilnehmeranschlüsse „entstandenen“ Kosten zu orientieren, wobei sie mit diesen Preisen einen angemesse-

nen Gewinn erzielen müssen, um die langfristige Weiterentwicklung und Verbesserung der vorhandenen Telekommunikationsinfrastrukturen zu ermöglichen,

so: EuGH, Urteil vom 24. April 2008, C-55106, a.a.O., Rn. 69.

Die Vorgehensweise der Regulierungsbehörde entspricht aber nicht diesen Vorgaben, da deren Berechnung des Investitionswerts ausschließlich vom Wiederbeschaffungswert, also von den - im Zeitpunkt der Genehmigung - aktuellen Kosten ausgeht.“

VG Köln, Ur. v. 27.11.2008 – 1 K 1749/99, S. 21 f. des Umdrucks.

Die Beschlusskammer 3 hat diesen höchstrichterlich vorgegebenen Ansatz jedoch in der letzten IC-Entgeltgenehmigung, Az.: BK3c-08/137, mit einer knappen Begründung abgelehnt. Angeblich würden damit falsche Preissignale gesetzt, vgl. S. 31 dieses Beschlusses. Welche Preissignale gesetzt werden, ist jedoch auf dieser Ebene der Kostenprüfung unerheblich. Die BNetzA hätte die IST-Kosten unter Berücksichtigung der erheblichen Abschreibungen zumindest berechnen müssen und dann allenfalls unter Abwägung der Vorschriften der Entgeltregulierung und der verschiedenen Ziele des TKG eine darauf fußende Entscheidung treffen müssen.

Der KeL-Kostenansatz darf daher auch nicht unter Verweis auf das Konsistenzprinzip vollkommen unterlaufen werden. Dies gilt auch für einen Migrationspfad.

Den Wettbewerbern fehlen nämlich ihrerseits durch die überhöhten Entgelte der DTAG nun die Möglichkeiten, die ersparten Aufwendungen in zukunftsfähige NGN-Infrastrukturen zu investieren. Hier dürfen durch die BNetzA nicht einseitig und intransparent allein die letztlich willkürlichen Interessen der DTAG berücksichtigt werden. Auch werden – anders als bei den TAL-Entgelten - auch nicht etwa einige investierende Wettbewerber durch die zu hohen IC-Entgelte geschützt.

Festzuhalten ist. Die Migration zur IP-Technologie darf aus den oben genannten Gründen also keinesfalls höhere als tatsächliche Kosten der DTAG berücksichtigen. Im Gegenteil, sind die IC-Entgelte insgesamt zu reduzieren. Auch die Wettbewerber müssen ihre Netze zukunftsfähig machen und hohe Investitionen tätigen. Daher darf ihnen keine Subvention der DTAG-Investitionen in der Form auferlegt werden, dass sie weit überhöhte PSTN-IC-Entgelte bezahlen müssen, aus deren Margen die DTAG dann ihr NGN-IP-Netz immer weiter aufbaut. Als

Lösung ist dagegen vorzuziehen, dass die BNetzA kurzfristig eine NGN-IP-Zusammenschaltung zwischen der DTAG und den Wettbewerbern auferlegt, damit sich auch die hohen zusätzlichen Infrastrukturinvestitionen der Wettbewerber lohnen. Die künstliche Preisstabilität im PSTN führt gerade nicht zu Investitionen in neue Netze, sondern stärkt die Intention der DTAG, möglichst lange Monopolrenditen mittels des abgeschriebenen Netzes zu tätigen. Wirtschaftlich betrachtet ist das nämlich der Traum eines jeden Unternehmens: hohe Renditen mittels einer abgeschriebenen Technik – wieso sollte da DTAG das Risiko neuer Investitionen auf sich nehmen? In Übereinstimmung mit den vorgenannten Grundsätzen verfolgt DTAG auch nach den öffentlichen und offiziellen Pressemitteilungen zum Halbjahresbericht 2009 das Ziel, den Cash-Flow zu Lasten von Investitionen zu tätigen.

Niedrigere PSTN-IC-Entgelte würden daher die Investitionen in NGN gerade fördern, damit das Unternehmen dann mittels der neuen Technik angemessene Renditen bei insgesamt niedrigeren Kosten erzielen kann. Bei einem NGN-IP-Netz und einer entsprechenden NGN-IP-Zusammenschaltung könnte auch wieder die Berechnung der KeL auf Basis der Wiederherstellungskosten zumindest teilweise gerechtfertigt sein.

Kurz: Im Gegensatz zu der Annahme der BNetzA, disruptive Preisübergänge bei der NGN-IP Migration um jeden Preis zu vermeiden (S. 71 des Entwurfs), sehen wir nur hierin einen Ansatz, Investitionen in neue Infrastruktur zu fördern.

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Dr. Marc Schütze)

Rechtsanwalt