

Die aktuelle Verfahrenspraxis BNetzA zur Festsetzung von Entgelten und die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Kommissionsempfehlung EU (2009/396/EG)

Im Rahmen der Entscheidungsfindungen bei der Ermittlung von Entgelten zeichnet sich in Deutschland derzeit eine Verfahrenspraxis der BNetzA ab, die aus Sicht der IEN Anlass zur Kritik gibt.

*Bei den jüngsten Entscheidungen zu den Mobilfunkterminierungsentgelten sowie zuletzt auch im Rahmen der nunmehr bei der Kommission notifizierten Entgelte für Interconnection-Verbindungsleistungen wurde eine besondere Vorgehensweise gewählt: in vier MTR-Entscheidungen (Telekom Deutschland, BK 3a-10/098; Vodafone D2, BK 3a-10/099; Telefonica O2, BK 3a-10/100 und E-Plus Mobilfunk BK 3a-10/101) sowie in der Entscheidung zu den Interconnection-Entgelten (Telekom Deutschland BK 3c 11/008) wurden Entgelte zunächst nur **vorläufig** genehmigt. Diese vorläufig genehmigten Entgelte sollen jeweils bis zum Wirksamwerden der Entscheidung im Hauptsacheverfahren bestehen, in welchem dann die Terminierungsentgelte nach Maßgabe des § 35 Abs. 5 S. 1 TKG rückwirkend genehmigt werden sollen. Begründet wird diese Vorgehensweise insbesondere mit der (grundsätzlich begrüßenswerten) Entscheidung, ein Konsultations- und Konsolidierungsverfahren gemäß Art. 6 und Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie vor der Festsetzung der gegenständlichen Entgelte durchzuführen. Allerdings könnte dieses Ziel aus Sicht der IEN auch durch eine entsprechend vorausschauende Verfahrensvorbereitung erreicht werden. Infolge der gegenwärtigen Vorgehensweise wird nach Auffassung der IEN jedoch eine für die Marktbeteiligten rechtlich unsichere Situation geschaffen, welche sich insbesondere zu Lasten der Zusammenschaltungspartner der betroffenen Antragsteller auswirken kann. Speziell durch den Verweis der BNetzA auf § 35 Abs. 5 Satz 1 TKG wird deutlich, dass die im Hauptsacheverfahren möglicherweise zu genehmigende höhere Entgelte ebenfalls Rückwirkung entfalten.*

Gleichzeitig bewertet die IEN es als kritisch, dass die jeweiligen ermittelten Entgelte noch nicht vollständig den anhand der Empfehlung der Europäischen Kommission zur regulatorischen Behandlung von Entgelten für Terminierungen in Fest- und Mobilfunknetze in der EU (2009/396/EG) vom 07.05.2009 zu ermittelnden Kosten entsprechen. Nur bei einer vollumfänglichen Berücksichtigung der Grundlagen der Kommissionsempfehlung 2009/396/EG kann jedoch die dringend erforderliche Harmonisierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunkbereich auf europäischer Ebene gewährleistet werden. Nach Auffassung der IEN stellen die in dieser Empfehlung enthaltenen Prinzipien die Grundlage für eine effiziente und kostenorientierte Regulierung dar.

I. Zu der Vorläufigkeit der Entscheidungspraxis

Ogleich die BNetzA im Rahmen der genannten Entscheidungen jeweils eine nicht unerhebliche Absenkung der Terminierungsentgelte auf den Markt platziert, geschieht dies jedoch immer ohne die Rechtssicherheit, dass die Entgelte im Hauptsacheverfahren auch tatsächlich in dieser Höhe genehmigt werden. Da die BNetzA gleichzeitig auf die Geltung des § 35 Abs. 5 S. 1 TKG hinweist, sehen sich die Marktteilnehmer für den Fall einer nachträglichen Genehmigung höherer Entgelte dem Risiko der Rückwirkung dieser Entgelte ausgesetzt.

Es ist dabei insbesondere zu bedauern, dass die BNetzA in den vorläufigen Entscheidungen die Interessen der Zusammenschaltungspartner der betroffenen Antragsteller nicht hinreichend berücksichtigt. Dabei sind gerade diese durch die Möglichkeit der rückwirkenden Genehmigung höherer Entgelte im Hauptsacheverfahren, erheblichen wirtschaftlichen Risiken und Nachteilen ausgesetzt.

Dies begründet sich damit, dass die Zusammenschaltungspartner, immer vor die Entscheidung gestellt werden, ob sie die zunächst vorläufig abgesenkten Entgelte tatsächlich an die Endkunden weitergeben können, wenn gleichzeitig nicht unerhebliche Rückstellungen für den Fall der späteren Genehmigung höherer Mobilfunkterminierungsentgelte zu bilden sind. Da die Zusammenschaltungspartner sich die erhöhten Entgelte nicht rückwirkend von den Endkunden zurück holen können, müssten sie diese selbst aufbringen. Vor diesem Hintergrund kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass ein entsprechender Schwebezustand in der Praxis den Endnutzerinteressen dienen wird. Obgleich die gleiche Problematik aufgrund von vertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten von Rückwirkungsklauseln im Rahmen von Wholesale-Geschäftsmodellen eher nicht auftreten dürfte, ist auch hier darauf hinzuweisen, dass die betroffenen Zusammenschaltungspartner der Mobilfunkunternehmen in diesem Bereich ebenfalls Risiken im Hinblick auf die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit entsprechender Ansprüche ausgesetzt sind.

Seite 2 | 3
21.09.2011

Die vorliegend getroffenen Entscheidungen der BNetzA stehen nach Auffassung der IEN im Widerspruch zu § 35 Abs. 5 Satz 4 und 5 TKG und damit zur Intention des Gesetzgebers, das oben beschriebene Risiko der Zusammenschaltungspartner von den jeweiligen Antragstellern der Entgelte in tatsächlicher und zeitlicher Hinsicht beschränken: zum Schutz der Zusammenschaltungspartner wurde in § 35 Abs. 5 S. 4 TKG eine Regelung aufgenommen, wonach eine Rückwirkung nur unter den engen Voraussetzungen einer erfolgreichen gerichtlichen Anordnung in einem Verfahren nach § 123 VwGO möglich ist. Außerdem wurde in § 35 Abs. 5 S. 4 TKG eine strenge Fristenregelung eingeführt. Diese soll gerade dazu dienen, das Rückwirkungsrisiko für die betroffenen Zusammenschaltungspartner zu begrenzen.

Unter Heranziehung dieser gesetzlichen Vorgabe wären die Zusammenschaltungspartner den beschriebenen Risiken einer Rückwirkung (verbunden mit der Überprüfung der Notwendigkeit von Rückstellungen) sowie einem möglichen Insolvenzrisiko der eigenen Zusammenschaltungspartner nur für einen überschaubaren Zeitraum von etwa 4 bis 6 Monate ausgesetzt. Dieser Zeitraum ergibt sich aus den zwei Monaten gem. § 35 Abs. 5 S. 4 TKG zuzüglich der Dauer eines Verfahrens nach § 35 Abs. 5 S. 2 TKG, also etwa weitere 2 bis 4 Monate. In der Praxis erhöht sich dieses Risiko jedoch immer um die gesamte Geltungsdauer der vorläufigen Entgeltgenehmigung und beträgt somit insgesamt etwa 8 bis 10 Monate.

II. Zur Berücksichtigung der Kommissionsempfehlung

Die IEN bedauert zudem, dass die BNetzA in ihrer Entscheidungsfindung nach wie vor die Kommissionsempfehlung 2009/396/EG lediglich in Ansätzen, nicht aber vollumfänglich berücksichtigt. Eine bloße teilweise Berücksichtigung ist jedoch vorliegend nicht ausreichend. Nur auf der Basis einer vollständigen Berücksichtigung kann eine auch im Einklang mit den Entgeltentscheidungen in den anderen europäischen Ländern stehende und damit harmonisierte Entgeltentscheidung zustande kommen, was für die überwiegend pan-europäisch tätigen Mitgliedsunternehmen der IEN essentiell ist. Problematisch ist dabei zunächst, dass eine europaweit einheitliche Anwendung der Kommissionsempfehlung dadurch blockiert wird, dass dieser jeglicher bindende Charakter abgesprochen wird. Die IEN verweist gerade vor

dem Hintergrund des Harmonisierungsaspekts darauf, dass die der Empfehlung zu Grunde liegenden Erwägungen Berücksichtigung bei der Entscheidung der erken- nenden Beschlusskammer finden und die von der Kommission festgelegten Grund- sätze zur Ermittlung der Terminierungsentgelte herangezogen werden sollten. Dabei versteht die IEN unter Harmonisierung keine länderübergreifende, unreflektierte Gleichbehandlung/-regulierung, sondern eine sachlich angemessene und zwingend erforderliche Angleichung des teilweise immer noch weit auseinander liegenden Entgelt-niveaus. Dem kann insbesondere auch nicht entgegengehalten werden, dass die Inhalte der Kommissionsempfehlung erst bis *spätestens* zum 31.12.2012 umzusetzen sind. Vielmehr ist diese mit sofortiger Wirkung *zu berücksichtigen*.

Die IEN schließt sich dem Ansatz der EU Kommission an, wonach die Ermittlung der Kosten nach dem sog. Bottom-Up LRIC Modell (BULRIC) vorzunehmen ist. Die Genehmigungsfähigkeit der Entgelte die Nichtüberschreitung der Kosten der effizien- ten Leistungsbereitstellung voraus. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass den Betreibern, denen die tatsächlichen Kosten für die Zustellung erstattet werden, kaum Anreize bestehen, ihre Effizienz zu erhöhen, stellt zunächst das von der Kommission vorgeschlagene Bottom-Up-Modell (BU) den richtigen Ansatz dar. Dies- es entspricht dem Konzept eines Netzes, das von einem effizienten Betreiber auf- gebaut wird, wobei sich ein Wirtschafts- bzw. Entwicklungsmodell eines effizienten Netzes auf die laufenden Kosten stützt. Dabei wird lediglich die notwendige Menge an Ausrüstung berücksichtigt und nicht die tatsächlich zur Verfügung gestellte Men- ge sowie Folgekosten. Zudem weist die Kommission darauf hin, dass angesichts der Besonderheiten der Anrufzustellungsmärkte die Kosten der Zustellungsdienste zukunftsorientiert mit Blick auf die langfristigen zusätzlichen Kosten, die sog. „long- run incremental costs“ (LRIC), berechnet werden sollen. Dieses Konzept, das nur effizient entstandene Kosten berücksichtigt, die nicht entstehen würden, wenn der die Mehrkosten hervorrufende Dienst nicht mehr bereitgestellt würde - mithin vermeidbare Kosten - fördert die effiziente Bereitstellung und Nutzung und ist geeignet, etwaige Wettbewerbsverzerrungen gering zu halten. Es ist somit der Grundsatz zur Anwendung zu bringen: Je weiter sich die Anrufzustellungsentgelte von den Zusatz- kosten entfernen, desto größer sind die Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Fest- und Mobilfunkmärkten und/oder zwischen Betreibern mit asymmetrischen Marktanteilen und Verkehrsflüssen. Daher erachtet es die IEN auch als gerechtfertigt, einen reinen, auf langfristige zusätzliche Kosten gestützten Ansatz anzuwen- den, wobei es sich bei der relevanten zusätzlichen Leistung um den Anrufzustel- lungsdienst auf der Vorleistungsebene handelt und nur vermeidbare Kosten berück- sichtigt werden. Ein LRIC-Ansatz hat zudem den Vorteil, dass auch eine Deckung sämtlicher fester und variabler Kosten ermöglicht wird, die bei der Bereitstellung von Anrufzustellungsdiensten auf der Vorleistungsebene zusätzlich entstehen. Dies ist geeignet, eine effiziente Kostendeckung zu erleichtern.

Die IEN teilt schließlich ausdrücklich die Auffassung der Kommission, dass eine regulatorische Ungleichbehandlung von Festnetz- und Mobilfunk- Zustellungsentgelten zu gravierenden Wettbewerbsverzerrungen führt. Die Höhe der Terminierungsentgelte hat erhebliche Auswirkungen auf die Endkundenpreise, so dass die Höhe der Zustellungsentgelte einen bedeutenden Strategie- und Wett- bewerbsfaktor darstellen kann. Soweit dabei die Terminierungsentgelte über den effizienten Kosten liegen, sind erhebliche Umschichtungen zwischen den Fest- und Mobilfunkmärkten und den Endkunden die Folge.