

**Vorab per Fax: 0228/14 6462**

Bundesnetzagentur  
- Beschlusskammer 2 -  
Tulpenfeld 4  
53113 Bonn

Durchwahl	Datum
02 21 / 3 76 77-25	19.10.2011

**Entgeltgenehmigungsantrag der Telekom Deutschland GmbH für Carrierfestverbindungen (CFV) und die Express-Entstörung BK2-11/004**

**hier: Stellungnahme des VATM**

Sehr geehrter Herr Kuhmeyer,  
sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schriftsatz vom 22.08.2011 hat die Telekom Deutschland GmbH (nachfolgend TD oder Antragstellerin) einen Entgeltantrag für Carrier-Festverbindungen und die zugehörige Express-Entstörung gestellt.

Gerne nehmen wir die Gelegenheit zur Abgabe einer Stellungnahme wahr und äußern uns wie folgt:

**I. Anlagen / Schwärzungen**

Die Anlagen 2.1, 2.2, 3 und 4, die die Antragstellerin im Rahmen des Antrags auf S. 2 oben angekündigt hat, waren dem den Beigeladenen zur Verfügung gestellten Antrag nicht beigelegt. Auch die Rückfrage in Ihrem Haus hat ergeben, dass außer den Anlagen 1.1 und 1.2 keine weiteren Anlagen herausgegeben wurden. Es ist davon auszugehen, dass die fehlenden Anlagen – wie bereits im vorherigen Verfahren – derart umfangreich geschwärzt worden sind, dass eine sinnvolle Auseinandersetzung mit diesen nicht möglich wäre. Durch die umfangreichen Schwärzungen werden die Beigeladenen in ihren Rechten beschnitten. In diesem Zusammenhang wird, wie auch in anderen Verfahren, die Schwärzungspraxis nochmals moniert.

## II. Fehlendes Standardangebot

Es ist aus unserer Sicht leider zum wiederholten Mal festzustellen, dass der Entgeltgenehmigungsantrag mangels Vorlage, Festlegung und Veröffentlichung des hier zugrunde zu legenden Standardangebots schon im Grundsatz nicht bescheidungsfähig ist. Im Verfahren BK3 07/2007 ist die Antragstellerin mit Beschluss vom 31.10.2007 verpflichtet worden, ein Standardangebot über Zugangsleistungen für Abschlusssegmente von Mietleitungen zu veröffentlichen. Eine entsprechende Überprüfung und Festlegung durch die Bundesnetzagentur in dem in § 23 TKG vorgesehenen Verfahren und der dort vorgesehenen Form ist bisher allerdings nicht erfolgt, obwohl dieses immer wieder nicht nur von uns, sondern auch von anderen Marktteilnehmern gefordert wird. Das von der Antragstellerin vorgelegte und in ihrem Extranet veröffentlichte Angebot erfüllt diese Anforderungen ohne weiteres jedoch nicht. Es bedarf zusätzlich der Überprüfung nach § 23 TKG durch die Bundesnetzagentur. Eben dieses formelle Überprüfungsverfahren steht allerdings nach wie vor noch aus. Dabei erscheint insbesondere bedauerlich, dass bei der Bundesnetzagentur offensichtlich eine unterschiedliche Spruchkammerpraxis dahingehend besteht, wie mit dem vom Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorgelegten Entwurf für ein Standardangebot weiter zu verfahren ist. Hier wäre es im Interesse aller Beteiligten und zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten sinnvoll, zu einem einheitlichen und konsistenten Prozess zu kommen.

Eine Entgeltgenehmigung nach § 30 Abs. 1 S. 1 TKG kann grundsätzlich nur für Zugangsleistungen erteilt werden, die nach § 21 TKG auferlegt sind. Diese Auferlegung ist zwar durch den genannten Beschluss erfolgt. Indes erfordert § 23 Abs. 2 TKG, dass das Standardangebot auch die Entgelte enthält. Eine völlige Loslösung des Entgeltgenehmigungsverfahrens vom Standardangebot wie im vorliegenden Fall ist demnach gesetzlich eigentlich gar nicht vorgesehen. Vielmehr ist ein Gleichlauf von Standardangebot und Entgeltgenehmigungsverfahren erforderlich.

Die Beschlusskammer ist somit aufgerufen, die vorstehend beschriebene gesetzliche Systematik auch bei der Entgeltregulierung von Mietleitungen zu befolgen und endlich umzusetzen.

### **III. Einbezug Ethernet basierter Mietleitungen**

Die TD verfügt auf dem Markt für Mietleitungen im Abschluss-Segment über beträchtliche Marktmacht und zu diesem Markt gehören ebenso Mietleitungen mit Ethernet-Schnittstellen. Insbesondere die gegenüber den SDH-Technologien wesentlich kostengünstigere Produktion von Mietleitungen mittels Ethernet, die der Telekom derzeit erhebliche Kostenvorteile gegenüber ihren Mitbewerbern ermöglicht, sollte umgehend bereits im Rahmen von Entgeltgenehmigungsverfahren für Mietleitungen entgeltreduzierend berücksichtigt werden. Alleine die Produktion mittels Ethernet entspricht den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bezüglich Mietleitungen. Im aktuellen Konsultationsverfahren der BK 1 zum Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse betreffend den Vorleistungsmarkt für das Angebot von Mietleitungen im Abschluss-Segment (Markt Nr. 6 der Märkte-Empfehlung 2007) wird diese Gleichstellung von SDH und Ethernet-basierter Technologie bereits vorgenommen. Der VATM hat in seiner entsprechenden Stellungnahme bereits auf die Notwendigkeit der Einbeziehung Ethernet-basierter Dienste nachdrücklich hingewiesen (Anlage 1).

Sollte die Bundesnetzagentur eine Berücksichtigung nicht vornehmen, ist jedenfalls eine Genehmigung der verfahrensgegenständlichen Entgelte nur bis zum 31.01.2012 befristet vorzunehmen, damit möglichst zeitnah auch ethernetbasierte Mietleitungen Berücksichtigung finden können.

### **IV. Ausbaurkosten vs. ausgeglichener Wettbewerb**

Die Beschlusskammer ist in der Regulierungsverfügung BK2b-07-007 zu der Auffassung gelangt, dass die Nachfrager die Ausbaurkosten zu tragen haben, wenn vor Ort nur eine ungenügende Infrastruktur anzutreffen ist. Dies aber hat letztlich eine Mehrfachzahlung sowie eine Finanzierung des Netzausbaus der Antragstellerin durch die Wettbewerber zur Folge. Eine Doppelzahlung liegt vor, da der Invest vom Wettbewerber finanziert wird, dieser dann aber über die regulierten CFV-Entgelte diese Infrastruktur ein zweites Mal bezahlt. In der Folge profitieren von dem Ausbau weitere Wettbewerber, die ihrerseits aufgrund der dann vorhandenen Infrastruktur selbst nicht mehr ausbauen müssen. Diese wiederum werden für

die Leitungsüberlassung entsprechende Entgelte an die Antragstellerin entrichten müssen. Zutreffend wäre, wenn für die wie vorbeschrieben ausgebauten Teilstrecken um die Aufwendung für die bauliche Herstellung der Leitung reduzierte Überlassungsentgelte anfallen sowie Nutzungsentgelte von weiteren Nutzern von der TD an den erstnachfragenden Investor weitergeleitet werden.

## **V. Rabattierung**

Die TD sieht in Ihrem Antrag auch die Einräumung von Rabatten vor, was vor dem Hintergrund des in diesem Zusammenhang möglichen Diskriminierungspotentials jedoch einer detaillierten Prüfung durch die Beschlusskammer bedarf. Wichtig ist, dass bei der beabsichtigten Tarifsystematik die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Maßstab beachtet und das Missbrauchsverbot des § 28 TKG eingehalten werden. Eine Rabattierung ist daher nur unter strenger Beachtung dieser Voraussetzungen akzeptabel.

## **VI. Unbegründete Vorabberechnung**

Es ist zu begrüßen, dass die Antragstellerin auf die Beantragung einer Mindestvertragslaufzeit verzichtet hat.

Soweit die Antragstellerin beantragt, dass Entgelte ein Jahr im Voraus zu bezahlen sind, ist der Entgeltantrag abzulehnen. Diese Zahlungsregelung ist insbesondere deshalb rechtsmissbräuchlich, da für die CFV keine Mindestvertragslaufzeit mehr beantragt wurde. Zudem dienen Vorauszahlungen der Sicherung der Interessen lediglich einer einzelnen Vertragspartei, so dass eine solche Vertragsbestimmung zu einer anfänglichen Übersicherung und somit zur Nichtigkeit gemäß § 138 BGB führt.

Eine Verpflichtung zur Vorleistung von entsprechenden Entgelten über ein Jahr im Voraus, geht ohne sachliche Rechtfertigung über die bislang geltenden Mindestlaufzeiten um den Faktor 4 hinaus. Dieser Bestandteil des Entgeltantrages begünstigt einseitig die Antragstellerin und ist folglich nicht genehmigungsfähig. Denn damit wird gleichzeitig der finanzielle

Spielraum der Wettbewerber unnötig eingeschränkt und somit der Wettbewerb insgesamt erheblich beeinträchtigt.

Im Ergebnis kommt eine derartige Vorfinanzierung in finanzieller Hinsicht einer Mindestüberlassungsdauer gleich. Nach der Beschlusspraxis der Bundesnetzagentur bedeutet eine Mindestüberlassungsdauer ein vom Abnehmer garantiertes Zahlungsverprechen in bestimmter Höhe (Bundesnetzagentur Beschl. v. 28.01.2008 - BK3a-07-040, S. 7). Zwar besteht ggf. ein Rückzahlungsanspruch, wenn die vorausbezahlte Mietzeit nicht eingehalten wird. Indes ändert dies nichts an einer Vorfinanzierung für ein volles Jahr, dem damit verbundenen Liquiditätsverlust seitens der Wettbewerber und dem entsprechendem Liquiditätsgewinn bei der Antragstellerin sowie den Finanzierungskosten der Wettbewerber. Demgegenüber sind die Endkundenprodukte der Antragstellerin im nachgelagerten Markt (z. B. SFV) lediglich monatlich im Voraus zu zahlen. Daher kann bereits an dieser Stelle ein Preishöhenmissbrauch nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG sowie Verstöße gegen die Maßstäbe in § 28 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG festgestellt werden. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung es erfordern, ein Produkt über einen Zeitraum vorzufinanzieren, der die Überlassungsdauer eben dieses Produktes erheblich übersteigt.

Die Vorauszahlungspflicht für ein Jahr ist als eine erhebliche anfängliche Übersicherung sittenwidrig und somit nichtig gemäß § 138 BGB (vgl. Palandt/Heinrichs Rn 97 zu § 138 BGB).

Vorliegend handelt es sich bei der Vorauszahlung gerade um eine solche Sicherheitsleistung, denn dem vertraglich geforderten Vorauszahlungsanspruch steht keine Gegenleistung entgegen. Insbesondere enthalten vergleichbare Leistungen der Antragstellerin keine derartigen Vorauszahlungspflichten. So sieht das vergleichbare Endkundenprodukt überhaupt keine zwingenden Vertragslaufzeiten vor (siehe <http://www.telekom.de/dlp/agb/pdf/38884.pdf> Ziffer 6.2 zu dSFV).

## VII. Beantragte Überlassungsentgelte überschreiten KeL

### 1. Wiederbeschaffungswerte vs. historische Kosten

Der Beschlusskammer ist aus verschiedenen Entgeltgenehmigungsverfahren und den entsprechenden Gerichtsverfahren bekannt, dass nach Auffassung der Beigeladenen bei den TAL-Entgelten bzw. einzelner Netzkomponenten eine Bestimmung der Kosten ausschließlich anhand der Wiederbeschaffungskosten für ein heute neu errichtetes Netz (in der Terminologie des EuGH „aktuelle Kosten“ genannt)<sup>1</sup> nicht zulässig und nicht rechtmäßig ist. In diesem Zusammenhang ist auch auf die zutreffenden Ausführungen in dem vom VATM beauftragten Gutachten von Kühling/Schall zu verweisen (auszugsweise Veröffentlichung in CR 2010, S. 708 ff.), wonach bereits vorhandene Netzinfrastruktur grundsätzlich anhand der historischen Kosten zu bewerten ist.

Unter Heranziehung des rechtskräftigen Urteils des VG Köln (Az. 1 K 1823/99), das auf dem Urteil des EuGH vom 10.04.2008 (Rs. C-55/06) basiert, können bei der Bestimmung des Investitionswerts gerade nicht ausschließlich die heutigen Wiederbeschaffungspreise angesetzt werden. Vielmehr müssen auch die historischen Kosten, d. h. die tatsächlich entstandenen Kosten unter Verwendung der Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie unter Berücksichtigung der bereits erfolgten Abschreibungen bestimmt und berücksichtigt werden (VG Köln, aaO., S. 21; EuGH, aaO., RN 86, 117, 119), denn andernfalls erhielte die TD weiterhin für vollständig abgeschriebene Netzbestandteile, für die die Kosten bereits verdient wurden, eine nochmalige Vergütung. Auch nach der NGA-Empfehlung vom 20.09.2010 sollten die Zugangspreise den richtigen Wert der betreffenden Infrastruktur einschließlich der Abschreibungen abbilden und deren tatsächliche Lebensdauer berücksichtigen (Anhang 1, Ziffer 2), was bei der ausschließlichen Bestimmung auf Grundlage von aktuellen Wiederbeschaffungskosten für ein heute errichtetes Netz nicht möglich ist.

---

<sup>1</sup> Aktuelle Kosten: Ermittlung der Abschreibungen und Kapitalverzinsung anhand der Kosten die für die Errichtung einer vollständig neuen Ortsanschlussinfrastruktur entstehen würden (EuGH C-55/06, Rdn. 86); Gegenstandswert der Investitionen zur Errichtung eines neuen Netzes (EuGH, Rdn. 128)

Daraus folgt im Ergebnis, dass der Investitionswert nochmals spürbar unterhalb der heutigen Wiederbeschaffungspreise für ein neues Netz liegen müsste. Quantifizierbar ist das für die Beigeladenen mangels Kenntnis oder Kenntnisnahmemöglichkeit von entsprechenden Kostenunterlagen der TD nicht.

## 2. Kalkulatorischer Zinssatz

In den Entscheidungen zur Genehmigung der Mobilfunkterminierungsentgelte wendet die Bundesnetzagentur erstmalig bei der Bestimmung des kalkulatorischen Kapitalzinssatzes eine Kapitalwertmethode auf Basis des CAPM an (Az. BK3a-10/099, S. 37-46). Methodik und Parameterwahl fußen auf den Empfehlungen eines Gutachtens von Prof. Stehle<sup>2</sup> und werden seither von der Bundesnetzagentur als Standardmethode zur Zinssatzbestimmung herangezogen.

Nach § 31 Abs. 2 TKG umfassen die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung eine „angemessene[n] Verzinsung des eingesetzten Kapitals“. Die Bundesnetzagentur hat bei der Festlegung der angemessenen Verzinsung nach § 31 Abs. 4 TKG insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Kapitalstruktur des regulierten Unternehmens,
2. die Verhältnisse auf den nationalen und internationalen Kapitalmärkten und die Bewertung des regulierten Unternehmens auf diesen Märkten,
3. die Erfordernisse hinsichtlich der Rendite für das eingesetzte Eigenkapital, wobei auch die leistungsspezifischen Risiken des eingesetzten Eigenkapitals gewürdigt werden können
4. die langfristige Stabilität der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, auch im Hinblick auf die Wettbewerbssituation auf den Telekommunikationsmärkten.

---

<sup>2</sup> Wissenschaftliches Gutachten zur Ermittlung des kalkulatorischen Zinssatzes, der den spezifischen Risiken des Breitbandausbaus Rechnung trägt.

Das Gesetz sieht mithin die Berücksichtigung unternehmens- und leistungsspezifischer Risiken explizit vor, wobei letzteres im pflichtgemäßen Ermessen der Bundesnetzagentur steht.

Der VATM möchte an dieser Stelle zur Vermeidung von Wiederholungen auf das im Rahmen des Genehmigungsverfahrens für die TAL-Monatsentgelte (Az. BK3c-11/003) von Prof. Küpper und Prof. Friedl erstellte Gutachten sowie auf die hierzu erfolgten Ausführungen des VATM in deren Stellungnahmen im o.g. Verfahren verweisen.

### **3. Berücksichtigung von Kostensenkungen im Bereich der TAL**

Grundsätzlich ist darauf hinzuweisen, dass die Ergebnisse des Genehmigungsverfahrens zur Genehmigung der monatlichen Überlassungsentgelte für den Zugang zur TAL (Az. BK3c-11/003) vorliegend ebenfalls Berücksichtigung finden müssen.

Dazu zählt neben der oben thematisierten Absenkung des kalkulatorischen Zinssatzes, die Absenkung der Betriebs-, Gemein-, Entstör-, Vertriebs- und Mietkosten. Diesbezüglich verweisen wir auf die entsprechenden Ausführungen in dem Beschluss BK 3c-11/003. Die Konsistenz zu der genannten Entscheidung der Bundesnetzagentur ist deswegen erforderlich, weil die hier gegenständlichen Mietleitungen auf Basis der eben dieses regulierten TAL-Zugangs angeboten werden.

### **VIII. Bereitstellungspreise und Überlassungspreise**

Gründe für eine Preiserhöhung bei den CFV-Preisen sind nicht ersichtlich. Die E1- und STM-Verbindungen sind im Markt etabliert und können auf bestehender Kupfer- sowie Glasfaserinfrastruktur realisiert werden. Beantragt werden hier Entgelte, die zum Teil um ein Vielfaches über den bisher genehmigten Entgelten liegen. Ein nachvollziehbarer Grund ist hierfür nicht ersichtlich. Zu genehmigen sind höchstens die aktuell geltenden Entgelte.

So liegen insbesondere die Installationskosten für CFV mit den überwiegend nachgefragten Bandbreiten zwischen 34 MBit/s und 622 MBit/s um **über 800 % höher** als die zuletzt für diese Leistung genehmigten Entgelte.

Dies gilt abgesehen von den ansonsten auch nicht nachvollziehbaren durchschnittlichen Preiserhöhungen der Installationskosten von 35 % bei den übrigen Bandbreiten. Wie bereits eingehend dargestellt, ist es für die Beigeladenen auch überhaupt nicht nachvollziehbar, wie die Antragstellerin diese Preiserhöhung ermittelt hat.

Eine unzulässige Verlagerung von Überlassungsentgeltanteilen in die Bereitstellungsentgelte, wie von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, würde unüberwindbare Markteintrittshürden für die Nachfrager nach sich ziehen (die Antragstellerin nimmt diese Verlagerung insbesondere dort vor, wo Wettbewerber hochbreitbandige Mietleitungen benötigen, um im Retail-Markt mit der Antragstellerin konkurrieren zu können). Weiterhin würde dies dazu führen, dass Nachfrager Investitionen für den kompletten Lebenszyklus nachfragen. Dieselbe strategische Preissetzung losgelöst vom KeL-Maßstab nimmt die Antragstellerin bei den Überlassungsentgelten vor: In eher städtischen Gebieten mit leichtem Wettbewerbsdruck nimmt sie Entgeltabsenkungen vor, wobei sie in eher ländlichen Gebieten Entgelterhöhungen vornimmt.

Dies gilt um so mehr, als dass die erkennende Beschlusskammer bereits im Vorgängerverfahren mit festgestellt hat, dass der Bereitstellungsprozess der Antragstellerin erhebliche Ineffizienzen aufweist, die sich negativ auf die Produkt- und Angebotskosten niederschlagen. Die Antragstellerin hätte insofern in der Zwischenzeit Gelegenheit gehabt, ihre Prozesse zu optimieren. Erneut höhere Kosten sind jedoch vor diesem Hintergrund nicht genehmigungsfähig.

## **IX. Express-Entstörung**

Nicht verständlich sind auch die im Vergleich zum letzten Jahr um ca. 10,00 € erhöhten beantragten Entgelte für den Dauerauftrag Expressentstörung CFV. Während hier für CFV 2MBit/s im letzten Jahr 18,97 € beantragt und genehmigt wurden, werden hierfür jetzt 28,23

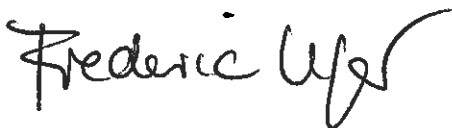
€ beantragt. Für CFV 34 MBit/s waren letztes Jahr beantragt und genehmigt 3,81 €, jetzt werden 13,34 € beantragt. Für CFV 155 MBit/s waren letztes Jahr beantragt und genehmigt 3,41 €. Jetzt werden hierfür 13,29 € beantragt. Für CFV 622 MBit/s wurden letztes Jahr 3,50 € beantragt und genehmigt. Dieses Jahr werden hierfür 13,63 € beantragt.

Auch hinsichtlich des Einzelauftrags ergeben sich signifikante Änderungen zwischen den im letzten Jahr genehmigten und den nun beantragten Entgelten. Genannt werden soll hier nur beispielhaft das Entgelt für CFV 34 MBit/s, welches letztes Jahr genehmigt wurde mit 21,13 €, beantragt werden jetzt 59,70 €. Für CFV 155 MBit/s wurden letztes Jahr 22,13 € genehmigt. Beantragt werden nun hierfür 59,70 €. Die beantragten Preise haben sich im Vergleich zu den genehmigten Preisen weit mehr als verdoppelt. Gleiches gilt für den Preis von CFV 622 MBit/s.

Eine Begründung für diese Preissteigerungen erfolgt gleichwohl nicht. Diese ergibt sich auch nicht aus den aktuellen Marktverhältnissen.

Für Rückfragen zu unserer Stellungnahme stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Frederic Ufer  
Leiter Recht & Regulierung



Heike Müller-Menn  
Justiziarin

### Anlage

VATM-Stellungnahme zum BNetzA-Konsultationsentwurf Markt 6