

Per E-Mail: bk3-regulierungsverfuegung@bnetza.de

EWE TEL GmbH · Postfach 25 09 · 26015 Oldenburg



Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 3
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

EWE TEL GmbH
Cloppenburger Straße 310
26133 Oldenburg
www.ewetel.de

Kontakt: Andrea Weißenfels
Telefon: 0441 8000-3820
Telefax: 0441 8000-3899
E-Mail: andrea.weissenfels@ewe.de

Datum: 25. Oktober 2010

- Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse -

Entwurf einer Regulierungsverfügung in dem Verwaltungsverfahren wegen der Beibehaltung, der Änderung und der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem „Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten“ (Markt Nr. 4 der Empfehlung 2007/879/EG) betreffend die Telekom Deutschland GmbH

hier: Anträge der EWE TEL GmbH

Sehr geehrter Herr Wilmsmann,
sehr geehrte Damen und Herren,

als „interessierte Partei“ im Sinne des § 13 Abs. 1 .V. mit Art. 12 Abs. 1 TKG stellen wir im o.g. Verfahren folgende

Anträge:

1. Unter Abänderung von Ziffer I. 1.1.4 des Entwurfs der Regulierungsverfügung die Telekom Deutschland GmbH („Betroffene“) zu verpflichten, gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtung zur Kollokationsgewährung nach Ziffer 1.1.3 Nutzungsmöglichkeiten von Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den Zugangsnachfragern uneingeschränkt zuzulassen, es sei denn die Betroffene weist im Einzelfall nach, dass eine Nutzungsmöglichkeit oder eine Kooperationsmöglichkeit aus technischen Gründen nicht oder nur eingeschränkt möglich ist.
2. Der Betroffenen die Verpflichtung aufzuerlegen, für ihre Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss eine getrennte Rechnungsführung gem. § 24 Abs. 1 TKG durchzuführen.
3. Ziffer I. 1.4 der Regulierungsverfügung wie folgt zu fassen:
"Zugang zu solchen Systemen der Betriebsunterstützung zu gewähren, die die technischen und die für die Prozessierung der TAL- und Portierungsaufträge sowie der

Entstörung relevanten weiteren Daten erfassen und den Einsatz von Technikern bei Schaltarbeiten regeln."

4. In der Begründung Ziff. 3.10 lit. d. zu streichen.
5. Folgende weitere Verpflichtungen bezüglich der Migration von bestehenden Kupfer-Zugangsnetzen zu Glasfaserzugangsnetzen aufzunehmen:
 - a) Die Betroffene zu verpflichten, der Bundesnetzagentur alle Informationen im Sinne der Ziff. 4, Ziff. 39 bis 41 gemäß der Empfehlung der Kommission vom 20.09.2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) (2010/572/EU) so rechtzeitig bereitzustellen, dass von der Bundesnetzagentur informierte Zugangsnachfrager alle erforderlichen Informationen erhalten, um ihre eigenen Netze und Netzerweiterungspläne entsprechend anpassen zu können.
 - b) Die Betroffene zu verpflichten, in den Bereichen, deren bestehende Kupfer-Zugangsnetze durch Glasfaserzugangsnetze (FTTH oder hybride Kupfer-/Glasfaserinfrastrukturen) ersetzt werden sollen, den Zugangsnachfragern eine kostenfreie Migration zu einem anderen Zugangsprodukt und eine kostenfreie Abkündigung und Ablösung des bisherigen Zugangs zu gewähren.
 - c) Die Betroffene zu verpflichten, in den Bereichen, in denen aufgrund der Migration von bestehenden Kupfer-Zugangsnetzen zu Glasfaserzugangsnetzen (FTTH oder hybride Kupfer-/Glasfaserinfrastrukturen) ein Wegfall bisheriger HVt-Standorte und KVz-Standorte als Zugangsstandorte geplant ist, den Zugangsnachfragern einen Ausgleich nach Maßgabe eines Zahlungsplanes der Bundesnetzagentur zu gewähren (Migrationskosten-Nachteilsausgleich).

Begründung

Der Entwurf der Regulierungsverfügung zu Markt 4 ist aus Sicht der Antragstellerin wesentlich unvollständig, da keine Verpflichtungen für Regulierungsmaßnahmen in der Gestaltung der Migration von bisherigen Kupferzugangsnetzen zu Glasfaserzugangsnetzen vorgesehen sind.

Obwohl die Bundesnetzagentur nach der sog. NGA-Empfehlung der EU-Kommission (Empfehlung der Kommission vom 20.09.2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) (2010/572/EU)) einen transparenten Rahmen für die Migration von Kupferkabel- zu Glasfasernetzen aufstellen soll und für den Prognosezeitraum die FTTH-Netze der Betroffenen ausdrücklich als Teil des Marktes definiert wurden, enthält der Entwurf der Regulierungsverfügung keine Verpflichtungen zur Gestaltung des Migrationspfades. Es

bleibt vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung unbeantwortet, wie die Bundesnetzagentur davon auszugehen meint, lediglich in einem Standardangebotsverfahren die Ausgestaltung des Migrationspfades regeln zu können (Beschlussumdruck S. 42), wenn auf die grundlegenden Verpflichtungen durch die Regulierungsverfügung verzichtet wird. Die rechtlichen Risiken, dass dieser Weg durch die Betroffene ggf. unter Einschaltung der Gerichte verhindert wird, verlagert die Bundesnetzagentur mit diesem Vorgehen letztendlich auf die Zugangsnachfrager.

Nach dem Regulierungsmodell des TKG in Übereinstimmung mit dem europäischen TK-Rechtsrahmen und entsprechend der bisherigen Verwaltungspraxis müssten z.B. Informationsverpflichtungen grundlegend in der Regulierungsverfügung selbst geregelt werden. Zu erinnern ist hier an die derzeit geltende Regulierungsverfügung, deren Ziff. I.2.3 (Informationsverpflichtung der Planungen zum Ausbau von KVz zur Aufnahme von DSLAM) von der Betroffenen vor dem VG Köln (21 K 2701/07 Urteil vom 23.04.2008) erfolgreich beklagt und diese Entscheidung von der Bundesnetzagentur nicht mit der Revision angefochten wurde. Inzwischen ist hierzu die Rechtssituation zu berücksichtigen, wie sich diese durch den novellierten Art. 5 Abs. 1 der RahmenRL darstellt:

*„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten, den nationalen Regulierungsbehörden alle Informationen auch in Bezug auf finanzielle Aspekte zur Verfügung stellen, die diese Behörden benötigen, um eine Übereinstimmung mit den Bestimmungen dieser Richtlinie und den Einzelrichtlinien oder den auf ihrer Grundlage getroffenen Entscheidungen zu gewährleisten. Die nationalen Regulierungsbehörden sind insbesondere befugt, von diesen Unternehmen **die Vorlage von Informationen über künftige Netz- oder Dienstentwicklungen zu fordern, die sich auf die Dienste auf Vorleistungsebene auswirken könnten, die sie Konkurrenten zugänglich machen.** Von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf Vorleistungsmärkten kann ferner verlangt werden, Rechnungslegungsdaten zu den mit diesen Vorleistungsmärkten verbundenen Endnutzermärkten vorzulegen.“*

Art. 5 Abs. 1 der RahmenRL 2002/21/EG in der durch RL 2009/140/EG novellierten Fassung; Hervorheb. nur hier.

Unmittelbare Vorgaben zu „weitestgehender Berücksichtigung“ (vgl. Berücksichtigungspflicht nach Art. 19 der RahmenRL) macht die NGA-Empfehlung, die im Entwurf der Regulierungsverfügung bisher an keiner Stelle zitiert wird. Dies mag die Ursache in formalrechtlicher Hinsicht darin finden, dass die Veröffentlichung des Entwurfs der Regulierungsverfügung im Amtsblatt der BNetzA am 22.09.2010 erfolgte und die amtliche Veröffentlichung der NGA-Empfehlung im Amtsblatt der EU vom 25.09.2010 datiert. Jedenfalls besteht ein Überarbeitungsbedarf und die Notwendigkeit einer Berücksichtigung dieser Vorgaben in der abschließenden Regulierungsverfügung.

Zur Begründung im Einzelnen:

Antrag zu 1.)

Das Antragsziel ist der Bundesnetzagentur sowie der Betroffenen aus den vorhergehenden Verfahren zum Erlass einer Regulierungsverfügung sowie zu den sich daran anschließenden gerichtlichen Verfahren umfassend bekannt (vgl. nur 21 K 3061/07 u.a.). Es ist in diesen Verfahren von den dortigen Klägern ausführlich dargelegt worden, dass der Gesetzgeber von einer grundsätzlich unbeschränkten, abstrakten Verpflichtung zur Zulassung von Nutzungs- und Kooperationsmöglichkeiten in der Regulierungsverfügung ausgeht, von der Ausnahmen lediglich einzelfallbezogen – und damit im Verfahren nach § 25 TKG – zu machen sind. Die dort vorgetragenen und ausgetauschten Argumente müssen an dieser Stelle nicht erneut wiederholt werden.

Das Antragsziel einer „vollen Handlungsfreiheit“ (vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 65 (zu § 19 TKG-E 2004)) im Rahmen der Nutzung der Kollokationsgewährung ist im Laufe der Zeit nicht geringer, sondern noch bedeutsamer geworden. Gerade bei Erschließungen von KVz, den Maßnahmen zur Sicherstellung einer Netzmigration und den Szenarien der Zusammenlegungen und Schließungen von Standorten benötigen die Zugangsnachfrager flexible und innovative Kooperationsmöglichkeiten untereinander, die sich nicht nur nach den bisherigen Festlegungen des Entwurfs darauf beschränken lassen dürfen, dass ein gemeinsamer Übertragungsweg zur Erschließung der Kollokationsflächen genutzt wird. Warum beispielsweise in einer Phase der Netzmigration die Untervermietung bzw. gemeinsame Nutzung von Kollokationen nicht erlaubt werden darf, lässt sich nur schwer nachvollziehen, da auch diese Kooperationsmöglichkeiten zwischen Zugangsnachfragern das Investitionsrisiko diversifizieren helfen (vgl. Art. 8 Abs. 5 lit. d der neu gefassten RahmenRL).

Antrag zu 2.)

Auch dieses Antragsziel ist der Bundesnetzagentur sowie der Betroffenen aus den vorhergehenden Verfahren zum Erlass einer Regulierungsverfügung sowie zu den sich daran anschließenden gerichtlichen Verfahren umfassend bekannt (vgl. nur 21 K 3061/07 u.a.). Nach § 24 Abs. 1 S. 2 verlangt die Bundesnetzagentur „*insbesondere*“ von einem vertikal integrierten Unternehmen „*in der Regel*“ die getrennte Rechnungsführung. Wenn nicht einmal bei der zentralen Vorleistung TAL (oftmals bezeichnet als „Mutter aller Vorleistungen“) die getrennte Rechnungsführung für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichtend gemacht wird, dürfte dieses wichtige Regulierungsinstrument grundsätzlich leer laufen.

Auch hier zeigen die aktuellen Entwicklungen, dass dieses Antragsziel nicht geringer, sondern bedeutender wurde. Neben der Zusammenführung aller Festnetz- und Mobilfunk-Assets in die Telekom Deutschland GmbH und den damit einhergehenden zusätzlich möglichen Intransparenzen einer Quersubventionierung zwischen regulierten und nicht regulierten Leistungen sprechen auch die Anforderungen aus der NGA-Migration für eine differenzierte und

transparente Gestaltung der internen Verrechnungspreise. Die NGA-Empfehlung gibt der Bundesnetzagentur dafür klare Vorgaben:

*„Zur Durchsetzung der Kostenorientierungsverpflichtungen **sollten die NRB die Verpflichtung der getrennten Buchführung gemäß Artikel 13 Absatz 1 der Richtlinie 2002/19/EG auferlegen**. Die getrennte Buchführung für NGA-Infrastrukturen und/oder Dienstbestandteile, die der Zugangsverpflichtung unterliegen, sollte so eingerichtet werden, dass die NRB in der Lage sind, i) die Kosten aller für die Bestimmung der Zugangspreise relevanten Anlagen festzustellen (einschließlich Abschreibungen und Wertberichtigungen) und ii) effektiv zu überwachen, ob der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht anderen Marktteilnehmern den Zugang zu den gleichen Bedingungen und Preisen gewährt wie seiner eigenen nachgeordneten Sparte. Diese Überwachung sollte auch die Durchführung von Preis-Kosten-Scheren-Tests umfassen. Die Kosten sollten aufgrund objektiver Kriterien auf die verschiedenen Vorleistungs- und Endkundenprodukte, die auf diesen Vorleistungen beruhen, aufgeteilt werden, um doppelte Zurechnungen zu vermeiden.“*

Anhang I Nr. 1 der NGA-Empfehlung, Hervorheb. nur hier

Antrag zu 3.)

Die im Rahmen der mündlichen Anhörung vom 6.10.2010 von der Betroffenen gemachten Äußerungen deuten auf eine nur sehr eingeschränkte Bereitschaft hin, den Wettbewerbern einen gleichwertigen und diskriminierungsfreien Zugang zu den Systemen der Betriebsunterstützung zu gewähren. Der Zugriff auf die TAL-Online Abfrage soll mengenbeschränkt erfolgen. Darüber hinaus gehende, aber dringend erforderliche Informationen werden nicht zur Verfügung gestellt werden. Hiermit verbunden ist die Bitte an die Beschlusskammer, die überfällige Ermöglichung des Zugangs zu den Systemen der Betriebsunterstützung so anzuordnen, dass den Wettbewerbern bei der Leitungsbestellung die gleichen Möglichkeiten und Informationen zur Verfügung stehen, wie die Betroffene selbst. Hierbei sollte auch auf die Anordnung einer möglichst zeitnahen Bereitstellung dieser Informationen geachtet werden, um diesen nachteiligen Zustand nicht weiter aufrecht zu erhalten. Beispielsweise soll nach Aussage der Betroffenen der wichtige Zugang zu den Dispositionssystemen für den Technikeinsatz voraussichtlich erst im 4. Quartal 2011 zur Verfügung stehen, was mit technischen Schwierigkeiten bei einem bereits heute mandantenfähigen System nicht zu rechtfertigen ist.

Im Übrigen verweisen wir auf die umfangreiche Stellungnahme des VATM, die im Rahmen der Konsultation mit dem Aktenzeichen BK 3c-10/087 im Mai dieses Jahres abgegeben wurde.

Antrag zu 4.)

Die Bundesnetzagentur spricht sich in Ziffer 3.10., Buchstabe d. für den Ansatz ausschließlich von Wiederbeschaffungswerten bei der Berechnungsgrundlage für die Prüfung von Investitionswerten aus.

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache C 55/06 (Arcor; Urteil v. 24.04.2008) trifft jedoch umfangreiche Ausführungen zum heranzuziehenden Kostenmaßstab und verweist darin auf das Kriterium der „Kostenorientierung“. Der Gerichtshof hat mit der Pflicht zur Berücksichtigung der „tatsächlichen Kosten“ einen an den tatsächlichen Umständen orientierten Ansatz bei der Berechnung der Kosten für die nationalen Regulierungsbehörden und Gerichte vorgegeben. Die beiden darauf Bezug nehmenden Entscheidungen des VG Köln zu den TAL-Entgelten 1999 (Az. 1 K 1749/99; 27.11.2008) und zu den TAL-Entgelten 2001 (Az. 1 K 3481/01; 27.08.2009) greifen diese Vorgabe auf und spezifizieren diese weiter. Nach einer Gesamtschau der vorliegenden Rechtsprechung kann in Zukunft nicht mehr ohne weiteres ausschließlich von den regelmäßig höheren Wiederbeschaffungskosten im Bereich der Kupfer-TAL ausgegangen werden. Wiederbeschaffungskosten können vielmehr nur insoweit Grundlage für die Abschreibungen bilden, wie eine tatsächliche Wiederbeschaffung zu erwarten ist bzw. erfolgt. Im Übrigen müssen die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten angesetzt werden.

Die dieser Analyse der Rechtsprechung entgegenstehende Begründung des Entwurfs der Regulierungsverfügung müsste daher gestrichen werden.

Antrag zu 5.)

Die im Antrag zu 5.) genannten Antragsziele sind die grundlegenden Verpflichtungen zur Mitwirkung der Betroffenen an der Gestaltung der Migration von Kupferanschluss- zu Glasfaseranschlussnetzen in einem Wettbewerbsumfeld. Im Prognosezeitraum benötigen alle Beteiligten einen von der Bundesnetzagentur bereitgestellten „transparenten Rahmen“ (vgl. Ziff. 41 der NGA-Empfehlungen). Dieser Rahmen muss zunächst grundlegend durch die Regulierungsverfügung geschaffen werden, wobei es dann Einzelfallentscheidungen obliegen sollte, z.B. welche Detailtiefe von Informationen verlangt wird und welche Ausgleichsmechanismen für einen Migrationskosten-Nachteilsausgleich festgelegt werden u.a. In den Beschlüssen vom 28.11.2008 (BK3b-08-087 und 088) hat die Beschlusskammer angekündigt, dass künftig bei der Ausgestaltung des Migrationspfades darauf geachtet werden, dass diejenigen Unternehmen, die auch in eigene Glasfaseranschlüsse investieren nicht gegenüber denjenigen Unternehmen zurückstehen, die weiterhin ausschließlich die Infrastruktur der Betroffenen mitnutzen wollen. Hierzu bedarf es ebenfalls eines transparenten Rahmens, weil diese entsprechende Ausgestaltung des Migrationspfades sich nicht von alleine einstellen wird.

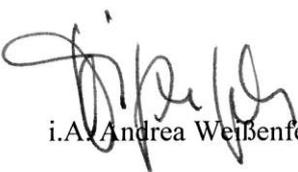
... Seite 7 von 7 zum Schreiben vom 25. Oktober 2010

Hinsichtlich der möglichen Regelungsgegenstände und Detaillierungen von Verpflichtungen einer Regulierungsverfügung zu Markt 4 unter Berücksichtigung der NGA-Migration sei ein Vergleich mit den aktuellen Festlegungen der österreichischen Regulierungsbehörde RTR empfohlen: http://www.rtr.at/de/tk/M_3_09/M_3_09_103_Bescheid.pdf

Freundliche Grüße

EWE TEL GmbH


i.A. Dr. Matthias Baumgärtel


i.A. Andrea Weissenfels