



Beschlusskammer 3

BK 3b-13/047

Dauerhaftmachungsverfügung

In dem Verwaltungsverfahren

von Amts wegen

gegen die Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene,

wegen der nachträglichen Regulierung von Entgelten gemäß § 38 TKG betreffend den am 12.09.2013 zur Kenntnis gegebenen NGA-Transformationsvertrag,

Beigeladene:

1. Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten durch die Telefónica Germany Management GmbH und die Telefónica Deutschland Holding AG, diese vertreten durch die Geschäftsführung bzw. den Vorstand,
2. Vodafone GmbH, Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. 1 & 1 Telecom GmbH, Elgendorfer Straße 57, 56410 Montabaur, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. QSC AG, Mathias-Brüggen-Straße 55, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,
5. EWE TEL GmbH, Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
6. M-Net Telekommunikations GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
7. NetCologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
8. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., Frankenwerft 35, 50667 Köln, vertreten durch den Vorstand,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Betroffenen:

Deutsche Telekom AG
Friedrich-Ebert-Allee 140
53113 Bonn
vertreten durch den Vorstand

von dieser bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Dolde Mayen & Partner
Mildred-Scheel-Straße 1
53175 Bonn

der Beigeladenen zu 1.:

BBORS Kreuznacht Rechtsanwälte
Immermannstraße 40
40210 Düsseldorf –

hat die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

den Vorsitzenden Ernst-Ferdinand Wilmsmann,
den Beisitzer Helmut Scharnagl und
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

verfügt:

Die mit Verfügung vom 17.12.2013 vorgenommene vorläufige Einstellung des unter dem Aktenzeichen BK 3b-13/047 geführten Eilverfahrens wird dauerhaft gemacht.

I. Sachverhalt

Mit Verfügung BK 3b-13/047 vom 17.12.2013 hat die Beschlusskammer folgende Maßnahme getroffen:

„Das am 17.10.2013 von Amts wegen eingeleitete Eilverfahren zur Überprüfung der am 12.09.2013 von der Betroffenen zur Kenntnis gegebenen Entgelte des NGA-Transformationsvertrags wird vorläufig eingestellt.“

Die vorläufige Einstellungsverfügung liegt der vorliegenden Verfügung an. Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts und der Gründe wird auf die Ausführungen in der vorläufigen Einstellungsverfügung verwiesen.

Mit Vermerk ebenfalls vom 17.12.2013 hat die Beschlusskammer von Amts wegen gemäß § 38 TKG bzw. hilfsweise gemäß § 15 S. 2 TKG, § 12 Abs. 3 S. 3 Alt. 1 TKG entsprechend und Art. 7 Abs. 9 S. 3 Rahmenrichtlinie das vorliegende Hauptsacheverfahren zur Dauerhaftmachung der vorläufigen Maßnahme eingeleitet und die Betroffene mit Schreiben vom gleichen Tag darüber unterrichtet.

Der Entwurf der Verfügung zur Dauerhaftmachung ist am 18.12.2013 auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Auf diese Veröffentlichung ist per Mitteilung Nr. 666/2013 im Amtsblatt Nr. 24/2013 vom selben Tag hingewiesen worden. Den interes-

sierten Parteien ist Gelegenheit gegeben worden, bis zum 20.01.2014 zum veröffentlichten Entwurf Stellung zu nehmen.

Innerhalb dieser Frist ist bei der Bundesnetzagentur eine Stellungnahme eingegangen.

Die Beigeladene zu 2. betont, der Markt für ADSL bleibe nach ihrer Auffassung auf absehbare Zeit relevant. Auch zukünftig könne ein signifikanter Anteil der Haushalte nicht auf VDSL-Anschlüsse zurückgreifen, da der Zielausbau der VDSL-Infrastruktur lediglich 65% der Haushalte umfasse. Die Beigeladene werde die HVt-Infrastruktur noch auf absehbare Zeit weiterbetreiben, um auf ihrer Basis auch ADSL-Wholesale-Anschlüsse anzubieten.

Vor diesem Hintergrund falle auf, dass der Anlage zum Konsultationsentwurf keine Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung in Bezug auf ADSL zu entnehmen sei. Dabei werde in der Anlage selbst festgehalten, dass die dort bezeichnete Zahlung gerade auch eine Rabattierung der ADSL-Bitstrompreise darstelle. Tatsächlich komme es nach den Berechnungen der Beigeladenen und unter Zugrundelegung aktualisierter Zahlen zu einer solchen Kosten-Kosten-Schere, die – wie im Einzelnen gezeigt werde – bei 1,34 € liege.

Die Stellungnahme ist als Ergebnis des Konsultationsverfahrens am 29.01.2014 als Mitteilung Nr. 101/2014 im Amtsblatt Nr. 2/2014 und auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

Mit Schreiben ebenfalls vom 29.01.2013 hat die Beigeladene zu 1. vorgetragen, die von der Beigeladenen zu 2. vermutete Kosten-Kosten-Schere im Verhältnis der Kosten eines HVt-TAL-Nachfragers und eines ADSL-Bitstrom-Nachfragers auf Basis des NGA-Transformationsvertrages bestehe nicht. Abweichend von dem Konsultationsentwurf der Beschlusskammer lege die Beigeladene zu 2. höhere Transportkosten und einen höheren Effizienzbeitrag zugrunde. Darüber hinaus seien die Kosten für den DSLAM und für den Transport im Konzentratornetz bei ADSL-Anschlüssen deutlich geringer anzusetzen als bei VDSL-Anschlüssen. Zudem müsse der Nachfrager des NGA-Transformationsvertrags Überlaufkosten tragen, die dem HVt-TAL-Nachfrager in dieser Höhe nicht entstünden.

Mit E-Mail vom 06.02.2014 hat die Betroffene die bisher von ihr mitgeteilten Mengenergebnisse des ADSL16- und des VDSL25-Verkehrs für die Jahre 2013 und 2014 berichtet.

Mit Schreiben vom 07.02.2014 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Verfügungsentwurf gegeben worden. Das Amt hat mit Schreiben vom 12.02.2014 mitgeteilt, es sehe mit Verweis auf seine Stellungnahme vom 16.12.2013 von einer erneuten Stellungnahme ab.

Unter dem 13.02.2014 hat die Bundesnetzagentur den Entwurf der vorliegenden Maßnahme der EU-Kommission, dem GEREK und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt und diese davon unterrichtet. Mit Schreiben vom 13.03.2014 hat die EU-Kommission folgende Stellungnahme abgegeben:

„Eingehendere Begründung, warum die langfristigen Preisvereinbarungen und Mengenrabatte angemessen sind

Die Kommission nimmt zur Kenntnis, dass die BNetzA die Angemessenheit der zwischen Telekom und Telefónica vereinbarten Risikobeteiligung, insbesondere der vorgesehenen langfristigen Zugangspreise und Mengenrabatte, mit einer analogen Anwendung der Nummern 7 und 8 der NGA-Empfehlung begründet. Diesbezüglich möchte die Kommission betonen, dass die darin enthaltenen Kriterien mit Blick auf die besonderen Investitionsrisiken bei FTTH-Investitionen aufgestellt wurden. Die Kommission räumt zwar ein, dass unter bestimmten Umständen auch andere NGA-Investitionen – wie VDSL-/FTTC-Investitionen – ähnliche Risiken aufweisen können, die möglicherweise eine analoge Anwendung rechtfertigen könnten, sie fordert die BNetzA aber auf, in ihrer endgültigen Verfügung ausführlicher darzulegen, warum sie der Ansicht ist, dass Investitionen in VDSL/VDSL-Vectoring in Deutschland mit Risiken in ähnlicher Größenordnung behaftet sind wie FTTH-Investitionen.

Notwendigkeit der Auferlegung einer wirksamen Preiskontrolle

Die Kommission stellt fest, dass die BNetzA im Markt 5 weiterhin ein Konzept der nachträglichen Preisregulierung verfolgt, das die Kommission schon in den Sachen DE/2010/1116 und DE/2012/1350 als nicht am besten geeignete und wirksamste Abhilfemaßnahme für den betreffenden Markt betrachtet hatte. Da die NRB gehalten sind, den Bemerkungen der Kommission weitestgehend Rechnung zu tragen, erklärt sie erneut, dass ihre Bedenken bezüglich des Mangels an wirksamer Preisregulierung nicht ausgeräumt sind. Insbesondere müssen sich die Zugangsentgelte grundsätzlich an den tatsächlichen Kosten orientieren, transparent sein und vorab festgelegt werden, um Rechtssicherheit für die Zugangsinteressenten zu gewährleisten und effiziente Investitionen durch alle Betreiber zu fördern. Entsprechend dem Rechtsrahmen können solche Preise in geeigneter Weise dem Investitionsrisiko angepasst werden, um im Bereich der Infrastruktur (der nächsten Generation) sowohl den Wettbewerb als auch die Investitionstätigkeit zu fördern. Folglich erinnert die Kommission die BNetzA daran, so bald wie möglich ihr gesamtes Preisregulierungskonzept für den Markt 5 zu überdenken und eine Methode anzuwenden, die mit der Empfehlung der Kommission von 2013 über Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden vereinbar ist.“

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Akten verwiesen.

II. Gründe

Die mit Verfügung vom 17.12.2013 vorgenommene vorläufige Einstellung des unter dem Aktenzeichen BK 3b-13/047 geführten Eilverfahrens wird dauerhaft gemacht. Damit wird das Eilverfahren endgültig eingestellt.

Die Verfügung beruht auf § 38 Abs. 4 S. 1 TKG bzw. hilfsweise auf § 15 S. 2 TKG, § 12 Abs. 3 S. 3 Alt. 1 TKG entsprechend und Art. 7 Abs. 9 S. 3 Rahmenrichtlinie.

1. Formelle Voraussetzungen

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Verfügung folgt aus den §§ 116 Abs. 1 und 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die vorliegende Verfügung nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG). Die Beschlusskammer hat zudem mit Blick auf die anliegende Verfügung eine mündliche Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 Halbs. 1 TKG) durchgeführt.

Dem Bundeskartellamt ist gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 TKG rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

Die Beschlusskammer hat darüber hinaus ein Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach den §§ 10 und 24 VwVfG, hilfsweise gemäß § 15 S. 1 TKG, § 12 Abs. 1 TKG entsprechend und Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie, durchgeführt.

2. Materielle Voraussetzungen

Die Dauerhaftmachung stützt sich auf § 38 Abs. 4 S. 1 TKG bzw. hilfsweise auf § 15 S. 2 TKG, § 12 Abs. 3 S. 3 Alt. 1 TKG entsprechend und Art. 7 Abs. 9 S. 3 Rahmenrichtlinie. Im Lichte der vorgenannten Vorschriften steht der Beschlusskammer auch nach § 38 Abs. 4 S.

1 TKG die Befugnis zu, im Missbrauchsgebiet ergangene vorläufige Maßnahmen nach Durchführung von Konsultations- und Konsolidierungsverfahren dauerhaft zu machen.

Unter einer Dauerhaftmachung ist zu verstehen, dass die vormals vorläufigen Maßnahmen selbst in der Fassung, welche sie durch die Dauerhaftmachung erfahren, endgültige Wirksamkeit erlangen,

vgl. Beschluss BK 3b-12/001 vom 02.04.2012, S. 37.

Voraussetzung für die Dauerhaftmachung ist, dass die ursprünglich gegebenen Voraussetzungen für eine Maßnahme weiterhin vorliegen.

Das ist hier auch der Fall. Es ist nicht ersichtlich, dass sich zwischenzeitlich in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Änderungen ergeben hätten, die einer Dauerhaftmachung der vorläufigen Einstellung des Eilverfahrens entgegenstünden. Dabei ist namentlich in Rechnung zu stellen, dass sich die am 17.12.2013 vorgenommene vorläufige Einstellung nicht nur auf eine summarische, sondern auf eine vollständige Prüfung der Voraussetzungen der §§ 38 Abs. 4 S. 1 und 28 TKG stützen konnte.

An dem gefundenen Ergebnis ändert sich auch nichts aufgrund der von der Beigeladenen zu 2. im Konsultationsverfahren eingereichten Stellungnahme oder aufgrund der von der Betroffenen mitgeteilten Berichtigungen der ADSL16- und VDSL25-Verkehrsmengen. Die nachfolgend dargestellten Berechnungen zeigen, dass der NGA-Transformationsvertrag (auch) unter Berücksichtigung dieser Stellungnahmen keine Kosten-Kosten-Schere zu Lasten von TAL-basierten VDSL- oder ADSL-Bitstromangeboten alternativer Teilnehmernetzbetreiber auszulösen vermag:

- **VDSL-Bitstromangebot**

Monatliche Kosten eines KVz-TAL Nachfragers		Monatliche Kosten für ein VDSL Bitstrom Produkt	
Bereitstellung/Kündigung	1,15 €	Bereitstellung	1,16 €
Überlassung KVz-TAL	6,79 €	Überlassung	14,10 €
Kosten DSLAM	2,00 €	Upfront	4,80 €
Transport Backbone	0,72 €	Nicht linearer Hochlauf	0,35 €
Transport Konzentratornetz	2,27 €	IP-BSA Anschluss	
Zugang KKA (50%)	1,49 €	Bereitstellung/Kündigung	0,03 €
Zugang DF (50%)	1,02 €	Überlassung	
Kollokation MFG	1,95 €	Kollokation am PoP	
Summe	17,38 €		20,44 €

Monatliche Kosten eines HVt-TAL Nachfragers (Nahbereich)		Monatliche Kosten für ein VDSL Bitstrom Produkt	
Bereitstellung/Kündigung	1,32 €	Bereitstellung	1,16 €
Überlassung TAL	10,19 €	Überlassung	14,10 €

Kosten DSLAM	1,30 €	Upfront	4,80 €
Transport Backbone	0,72 €	Nicht linearer Hochlauf	0,35 €
Transport Konzentratornetz	2,27 €	IP-BSA Anschluss	
Kollokation HVt	1,02 €	Bereitstellung/Kündigung Überlassung	0,03 €
		Kollokation am PoP	
Summe	16,82 €		20,44 €

Es ergibt sich zugunsten eines KVz-TAL-Nachfragers ein positives Delta von 3,06 €, zugunsten eines Nutzers des HVt-Nahbereichs ein Wert von 3,62 €. Gewichtet sind dies 3,20 €. Es zeigt sich, dass selbst unter Abzug des „Effizienzbeitrags“ von [BuGG...] gleichwohl noch ein Unterschied von [BuGG...] zugunsten des TAL-Nachfragers verbleibt. Es ergibt sich somit keine Kosten-Kosten-Schere.

- **ADSL-Bitstromangebot**

Monatliche Kosten eines HVt-TAL Nachfragers (ADSL)		Monatliche Kosten für ein ADSL Bitstrom Produkt	
Bereitstellung/Kündigung	1,32 €	Bereitstellung	1,24 € (1,39 €)
Überlassung TAL	10,19 €	Überlassung	
Kosten DSLAM	0,70 € (1,30 €)		15,02 €
Transport Konzentratornetz	0,89 € (1,60 €)	IP-BSA Anschluss	
Kollokation HVt	1,02 €	Bereitstellung/Kündigung Überlassung	0,03 €
		Kollokation am PoP	
Summe	14,12 € (15,43 €)		16,29 € (16,44 €)

(in Klammern: abweichende Angaben der Beigeladenen zu 2.)

Auch nach Abzug des „Effizienzbeitrags“ von [BuGG...] (anstelle der von der Beigeladenen zu 2. angenommenen 2,35 €) verbleibt noch ein positives Delta zugunsten des TAL-Nachfragers in Höhe von [BuGG...]. Mit Blick auf TAL-basierende ADSL-Bitstromangebote alternativer Teilnehmernetzbetreiber ergibt sich also ebenfalls keine Kosten-Kosten-Schere.

Abweichungen von den von der Beigeladenen zu 2. verwendeten Werten ergeben sich insbesondere hinsichtlich der Transportkosten im Konzentratornetz. Die in der vorläufigen Einstellungsverfügung berücksichtigten Transportkosten im Konzentratornetz basieren auf der tatsächlichen Nutzungsmenge, wie sie die Betroffene im Rahmen von Entgeltanzeigen für inkludierten Traffic (Anpassung Umlageverfahren) für VDSL Bitstrom gemeldet hat. Die relevanten Mengen für ADSL-Bitstromanschlüsse liegen erheblich unter diesen Mengen und führen bei einer identischen Kalkulationsmethodik lediglich zu Kosten in Höhe von 0,89 € (statt den von der Beigeladenen zu 2. angegebenen 1,60 €). Ebenso sind die Kosten für den

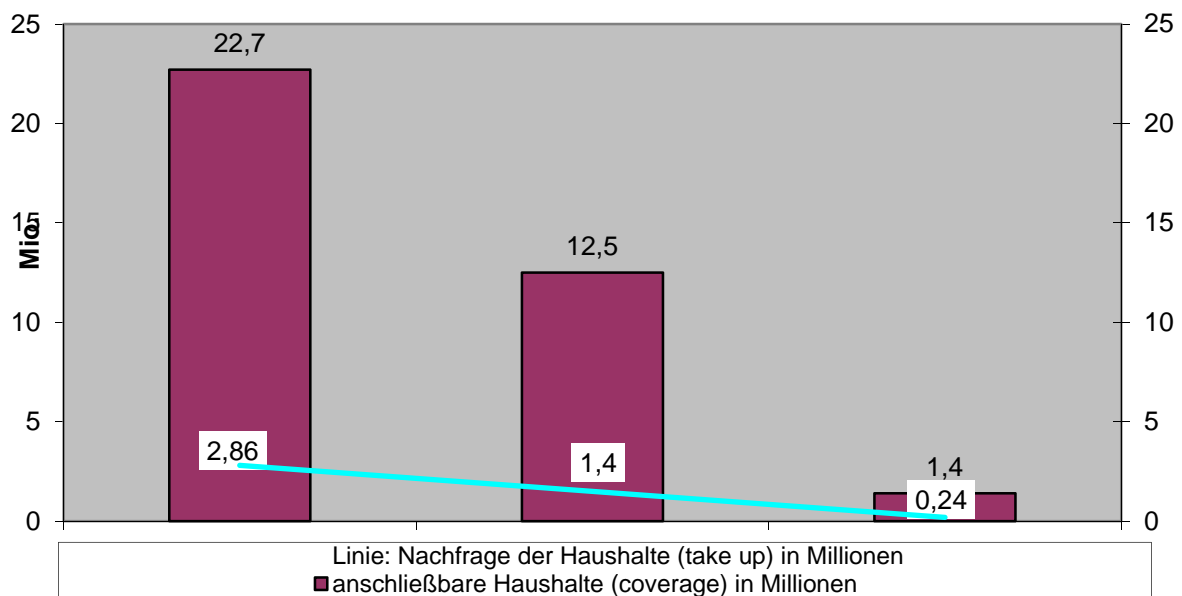
DSLAM-Port – entsprechend den Berechnungen der WIK-Consult GmbH – erheblich zu reduzieren. Die für ADSL-Bitstrom ausgewiesenen Portkosten liegen deutlich unterhalb derer für VDSL, was u.a. in einer besseren Auslastung der entsprechenden Hardware gegenüber VDSL begründet liegt. Deshalb ist ein Ansatz von (lediglich) 0,70 € pro Port gegenüber den von der Beigeladenen zu 2. bevorzugten 1,30 €, die die Beschlusskammer für einen VDSL Port ansetzt, hier angemessen. Der Bereitstellungspreis für einen ADSL-Bitstromanschluss war wegen der Regelungen des NGA-Migrationsvertrags zu Entgeltensenkungen bei Massemigrationen von 1,39 € auf 1,24 € zu reduzieren.

Die Europäische Kommission hat die Bundesnetzagentur in ihrer Stellungnahme vom 13.03.2014 aufgefordert, in ihrer endgültigen Verfügung ausführlicher darzulegen, warum sie der Ansicht sei, dass Investitionen in VDSL/VDSL-Vectoring in Deutschland mit Risiken in ähnlicher Größenordnung behaftet seien wie FTTH-Investitionen.

Die Beschlusskammer hat in der Begründung der anliegenden Verfügung ausführlich dargelegt, dass und warum der VDSL-Ausbau in Deutschland mit einem erhöhten Investitionsrisiko behaftet ist, und dass deshalb die Einräumung von Mengenrabatten u.a. auch im Lichte der Kommissionsempfehlungen sachlich gerechtfertigt ist (vgl. die Ausführungen unter Ziffer 3.4.2.1 in der anliegenden vorläufigen Einstellungsverfügung).

Die nachstehende Grafik veranschaulicht eindrucksvoll, dass in Deutschland Angebot und Nachfrage insbesondere auch nach VDSL-Anschlüssen deutlich auseinanderfallen. Dieser Befund rechtfertigt nach Überzeugung der Bundesnetzagentur, ein deutliches Auslastungs- und damit Investitionsrisiko bei der Errichtung von VDSL-Netzen anzunehmen, das durch Risikoteilungsmodelle wie dem zwischen der Betroffenen und der Beigeladenen zu 1. vereinbarten Modell abgemildert werden kann.

Angebot und Nachfrage nach hochleistungsfähigen Breitbandanschlüssen Stand Mitte 2013



Die von der Kommission darüber hinaus angemahnte Überprüfung des aktuellen Entgeltregulierungsregimes wird im Zusammenhang mit dem Erlass der nächsten Regulierungsverfügung für die Bitstrom-Zugangsmärkte erfolgen.

Die Beschlusskammer merkt außerdem an, dass sie keine Veranlassung dafür hatte, der Kommission in diesem Verfahren zu bestätigen, dass sie die Migrationsbedingungen und

ihre Auswirkungen auf andere Betreiber im Zusammenhang mit den nächsten Änderungen des Standardangebots notifizieren werde, und – entgegen den Ausführungen der Kommission in deren Stellungnahme (dort auf S. 3) – ihr gegenüber eine solche Bestätigung nicht abgegeben hat. Entsprechend ihrer üblichen Verfahrensweise entscheidet die Beschlusskammer aufgrund der jeweiligen Umstände im Einzelfall, ob es zweckmäßig und geeignet ist, einen Entscheidungsentwurf einem Konsultations- und Konsolidierungsverfahren zu unterziehen.

Abschließend weist die Beschlusskammer darauf hin, dass die hier vorgenommene Umwandlung der vorläufigen in eine endgültige Einstellung des Eilverfahrens einer erneuten Verfahrenseinleitung nicht im Wege stehen würde, sollten der Bundesnetzagentur während der nicht unbeträchtlichen Laufzeit des NGA-Transformationsvertrags Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigten, dass die in diesem Vertrag enthaltenen Entgelte aufgrund bestimmter zwischenzeitlicher Entwicklungen nicht mehr den Maßstäben des § 28 TKG genügten.

Nach den Bestimmungen des § 131 Abs. 2 TKG wird die endgültige Beendigung des Verfahrens den Beteiligten hiermit schriftlich mitgeteilt.

Bonn, den 18.03.2014

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers

Anlage