



EWE TEL GmbH | Postfach 25 09 | 26015 Oldenburg

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 3
Postfach 80 09
53105 Bonn

BK3-Konsultation@bnetza.de

Sie erreichen uns:

✉ EWE TEL GmbH
Cloppenburger Straße 310 | 26133 Oldenburg
☎ Tel. 0441 8000-3800 | Fax 0441 8000-3899
@ matthias.buening@ewe.de | www.ewe.de
Ihr Ansprechpartner: Matthias Büning
Ihre Zeichen/Nachricht: BK3c-14/001

BK3c-14/001

07.05.2014

Stellungnahme zum Entwurf einer Entgeltgenehmigung in dem Verwaltungsverfahren auf Antrag der Telekom Deutschland GmbH wegen Genehmigung der Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (Konsultationsentwurf)

- Stellungnahme enthält keine Betriebs-/Geschäftsgeheimnisse -

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Wilmsmann,
sehr geehrte Damen und Herren,

zu dem Konsultationsentwurf nehmen wir wie folgt Stellung.

1. Begrüßenswertes regulatorische Signale für NGA-Ausbau

Der Konsultationsentwurf enthält im Hinblick auf das Regulierungsziel der Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger öffentlicher Telekommunikationsnetze der nächsten Generation (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG) in wettbewerblicher Weise (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 TKG) begrüßenswertes regulatorische Signale, die wir mit dieser Stellungnahme hervorheben und würdigen wollen.

Mit dem neuen Entgelttatbestand „Neuschaltung einer KVz-TAL in Verbindung mit der Kündigung eine HVT-TAL“ werden Effizienzvorteile wie insb. der Wegfall von Exceptions berücksichtigt, die zu einer Entgeltabsenkung des Bereitstellungsentgelts für die KVz-TAL führen. Unter der Ziffer 5.2.3.2.1.2 werden die Effizienzvorteile zutreffend beschrieben, wenn auch dabei – leider – weitere Bündelungseffekte einer zu erwartenden stärkeren Nachfrage nach KVz-TAL-Bereitstellungen noch unberücksichtigt bleiben.

Aufgrund des wertend-prognostischen Charakters der Beschlusskammerentscheidungen zur Entgeltregulierung regen wir an, noch einen Abschlag für die mit hoher Wahrscheinlichkeit sich ergebenden Bündelungsvorteile anzusetzen. Auch die Erfahrungen mit der HVT-TAL bezüglich des Eintritts von Bündelungsvorteilen dürften ausreichend Grundlagen für eine Quantifizierung der Vorteile bei der KVz-TAL ergeben.

Der Konsultationsentwurf erkennt im Grundsatz an, dass eine Bearbeitung einer Vielzahl von Schaltungen im Rahmen einer FTTC-Migration - über die anerkannten Effizienzvorteile hinaus - weitere Effizienzvorteile für die Antragstellerin schaffen und Entgeltabsenkungen ermöglichen kann.

Der Konsultationsentwurf würdigt schließlich auch, dass für die Umschaltung einer HVt- auf eine KVz-TAL, nicht zuletzt zum Schutz des Endkunden, Prozesse erforderlich sind, um eine unterbrechungsfreie und schnelle FTTC-Migration zu gewährleisten („Verklammerung“).

Die Möglichkeit eines neuen Entgelts für die Migration HVt-KVz in einer Vielzahl von Fällen und die Klammerung sind für die Zugangsnachfrager, die KVz-TAL einsetzen und somit einen Beitrag zum NGA-Ausbau in Deutschland leisten, sehr wertvoll. Wir bitten die Bundesnetzagentur daher, die Themen weiter mit besonderer Aufmerksamkeit und Priorität zu verfolgen. Wir werden das unterstützen.

Getragen wird dieses Engagement auch vom Auftrag, der den nationalen Regulierungsbehörden für die Phase der NGA-Migration in Ziff. 40 der NGA-Empfehlung erteilt ist:

„Die NRB sollten einen transparenten Rahmen für die Migration von Kupferkabel- zu Glasfasernetzen aufstellen. Die NRB sollten dafür sorgen, dass die vom Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht eingerichteten Systeme und Verfahren, einschließlich der Betriebsunterstützungsdienste, so ausgelegt sind, dass sie die Umstellung alternativer Betreiber auf NGA-gestützte Zugangsprodukte erleichtern.“

2. Absenkungspotenziale nicht ausgeschöpft

Gegenüber der bisherigen Entgeltgenehmigung einige werden moderate Entgeltabsenkungen vorgenommen, die allerdings aus unserer Sicht nicht das vorhandene Potenzial ausschöpfen. Bei mehreren Positionen sind die Entgelte zwar leicht abgesenkt worden, liegen aber immer noch oberhalb der vom 01.07.2010 bis 30.06.2012 geltenden Entgelte. Das gilt unter anderem für folgende Entgelte:

- Übernahme einer KVz-TAL hbr. ohne Arbeiten beim Endkunden: abgesenkt gegenüber Genehmigungszeitraum 2012-2014 (von 32,61 € auf 31,73 €), aber höher als im Genehmigungszeitraum 2010-2012 (30,72 €)
- Neuschaltung einer KVz-TAL hbr. ohne Arbeiten beim Endkunden: abgesenkt gegenüber Genehmigungszeitraum 2012-2014 (von 29,09 € auf 28,20 €), aber höher als Genehmigungszeitraum 2010-2012 (27,49 €)
- Neuschaltung einer HVt-TAL hbr. mit Arbeiten am KVz ohne Arbeiten beim Endkunden: abgesenkt gegenüber Genehmigungszeitraum 2012-2014 (von 38,08 € auf 37,66 €), aber höher als Genehmigungszeitraum 2010-2012 (33,41 €)
- Neuschaltung mit Arbeiten HVt-TAL mit Arbeiten am Endkunden: abgesenkt gegenüber Genehmigungszeitraum 2012-2014 (von 62,32 € auf 61,97 €), aber höher als Genehmigungszeitraum 2010-2012 (60,72 €)

Andere Entgelte wurde angehoben, etwa die Änderung der TAL Produktvariante ohne Umschaltung im Verbindungskabel, mit Umschaltung im Netz (von 53,09 € auf 55,29 €).

Der Konsultationsentwurf schöpft Effizienzpotenziale insbesondere bei der Anerkennung der „Exceptions“ nicht aus, weil er zu weitgehend auf die tatsächlichen Verhältnisse abstellt, statt einen effizienteren Ablauf zugrunde zu legen.

Ebenfalls nicht zutreffend ist es aus unserer Sicht, bezüglich des Anteils der – effizienteren – Fremdvergabe von Arbeiten auf den tatsächlichen Einsatz von Kräften der Antragstellerin oder die tatsächliche Quote der an Auftragnehmer weitergegebenen Arbeiten abzustellen.

Der Ist-Anteil fremdvergebener Arbeiten oder die Durchführung der Arbeiten durch Eigenkräfte ist bei der Prüfung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht maßgeblich. Selbst bei einer 100%-igen Produktion durch Eigenkräfte wären nur diejenigen Kosten anerkennungsfähig, die einer effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Wenn die Marktpreise unterhalb der Kosten der Antragstellerin beim Einsatz eigener Kräfte liegen, dürfen nur die Marktpreise angesetzt werden. Diese Marktpreise sind dann Ausweis der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung. Daher muss sich die Entscheidungspraxis der Beschlusskammer davon abwenden, sich beim Anteil der Fremdvergabe den Angaben der Antragstellerin anzuschließen. Es zählen alleine die Kosten einer effizienten Produktion. Einen besseren Beweis als Marktpreise kann es hierfür nicht geben.

3. Nicht-Berücksichtigung der EU-Empfehlung Nichtdiskriminierung / Kündigungsentgelte

VATM und EWE TEL hatten als Beteiligte im Anhörungsverfahren ausführlich vorgetragen, dass die Belastung der Zugangsnachfrager mit den Kosten der „Entfernung des Schaltdrahtes“ im Rahmen der Kündigung der Nichtdiskriminierungsverpflichtung gem. EU-Empfehlung vom 11.09.2013 widerspricht. Leider greift der Konsultationsentwurf die EU-Empfehlung nicht auf. Es findet sich in der materiellen Begründung keine Auseinandersetzung mit der EU-Empfehlung. Bereits dieses Vorgehen dürfte – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerwG, 6 C 13.12 - rechtlich fehlerhaft sein, da die Abwägung des Beschlusses auf den Vortrag der Beteiligten eingehen muss.

Interessant im Konsultationsentwurf ist die Feststellung, dass nun seitens der Antragstellerin die seit Jahren vorgetragene Begründung zum angeblichen Missbrauchspotenzial einer nicht aufgehobenen Schaltung nun fallen gelassen wird. Dies ist ausdrücklich zu begrüßen.

Die EU-Empfehlung Nichtdiskriminierung streitet – gerade unter Würdigung der Darstellung im Beschlussentwurf auf S. 27 f. – für unsere Argumentation, der zufolge eine Ungleichbehandlung zum Nachteil der Zugangsnachfrager vorliegt. Die Entwurfsbegründung nennt dies zwar „Sondersituation“, muss aber einräumen, dass diese Sondersituation im Ergebnis nur deshalb existiert, weil die Antragstellerin entsprechende Programmierungsarbeiten nicht durchgeführt hat.

Die Beschlusskammer führt unter Ziff. 5.1 (S. 27 f.) dazu aus, dass eine Ungleichbehandlung durch die Kündigungsentgelte ausschließlich in einer Sondersituation, nämlich dem Fall, dass eine durch die Antragstellerin mit der Kennzeichnung UFA bzw. „ZuRü“ gekennzeichnete TAL erneut durch einen Endkunden der Antragstellerin genutzt werde, bestehen würde. Diese sei jedoch durch die Grundsätze der Kostenzuordnung und mangelnde Dokumentationsmöglichkeiten in den Systemen

der Antragstellerin gerechtfertigt. Im Übrigen würden bei Neuschaltung der TAL für die Antragstellerin und die Zugangsnachfrager dieselben Kosten anfallen.

Wir teilen diese Ansicht nicht. Sie ist schon sachlich nicht zutreffend, denn die Beschlusskammer setzt in den einzelnen Fallkonstellationen ihrer Begründung für den Prozess „Kündigungsentgelt ohne gleichzeitige Übernahme“ zeitlich erst nach Entfernen des Schaltdrahts an und bezieht sich auf einen Zusammenhang mit dem Neuschaltungsentgelt. Dass sowohl für die Antragstellerin als auch für die Zugangsnachfrager nach Entfernen des Schaltdrahts derselbe Aufwand zur Übernahme der TAL entsteht, lässt aber unberücksichtigt, dass der abgebende Zugangsnachfrager zuvor ein Kündigungsentgelt für das Entfernen des Schaltdrahts an die Antragstellerin zu entrichten hat, während sie selbst als abgebender Netzbetreiber keinen entsprechenden Aufwand hat. Ob die TAL anschließend von der Antragstellerin selbst oder einem Zugangsnachfrager übernommen wird, spielt für das Kündigungsentgelt selbst keine Rolle.

Es bleibt bei der Tatsache, dass die Antragstellerin den Zugangsnachfragern bei der Kündigung der TAL ohne gleichzeitige Übernahme ein Kündigungsentgelt in Rechnung stellt, während sie bei der eigenen Endkundensparte einen wesentlich effizienteren Geschäftsprozess, nämlich die Schaltung eines UFA mit der Kennzeichnung „ZuRü“ anwendet.

Nr. 7 der Empfehlung Nichtdiskriminierung will durch die Sicherstellung der Gleichwertigkeit des Inputs (*Equivalence of Input* [Eoi]) die Zugangsnachfrager in die Lage versetzen, mit dem vertikal integrierten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu denselben Bedingungen konkurrieren zu können, die es sich selbst und seiner eigenen Endkundensparte zur Verfügung stellt. Hierzu sei nochmals auf Erwägungsgrund 13 der Empfehlung Nichtdiskriminierung verwiesen:

„...dass die Gleichwertigkeit des Inputs (Eoi) grundsätzlich am besten geeignet ist, einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung zu erreichen, da Zugangsinteressenten in die Lage versetzt werden, mit nachgelagerten Unternehmen des vertikal integrierten Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht mit genau denselben regulierten Vorleistungsprodukten, zu den gleichen Entgelten und unter Anwendung derselben Geschäftsprozesse in Wettbewerb zu treten.“

(Hervorheb. nur hier).

Unter Nr. 6 lit. g) der Empfehlung Nichtdiskriminierung heißt es weiter:

„Gleichwertigkeit des Inputs (Eoi)“ bedeutet, dass internen wie dritten Zugangsinteressenten Dienstleistungen und Informationen zu denselben Bedingungen, einschließlich Preis und Dienstqualität“, innerhalb derselben Fristen, unter Verwendung derselben Systeme und Prozesse und mit gleicher Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit bereitgestellt werden. Die Gleichwertigkeit des Inputs nach dieser Definition gilt für Zugangsprodukte, zugehörige Dienste und Hilfsdienste, die erforderlich sind, um die Vorleistungen für interne und dritte Zugangsinteressenten zu erbringen.

(Hervorheb. nur hier)

Dass die Kündigungsentgelte insgesamt eine Ungleichbehandlung gegenüber den Zugangsnachfragern darstellen, hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 20.02.2014 im Grundsatz nicht bestritten. Die Entfernung des Schaltdrahts ist weder bei einer Kündigung durch Endkun-

den der Antragstellerin noch bei einer Kündigung von Endkunden der Zugangsnachfrager erforderlich, da Schaltarbeiten erst im Falle der erneuten Nutzung der TAL notwendig werden, um diese einem anderen Netzbetreiber zuordnen zu können.

Der Geschäftsprozess „Kündigung TAL ohne gleichzeitige Übernahme“ erfordert damit im Hinblick auf die Zugangsnachfrager in keinem Fall die Entfernung des Schaltdrahts, sondern denselben oder jedenfalls einen vergleichbar effizienten Prozess, den die Antragstellerin gegenüber ihrer eigenen Endkundensparte anwendet.

Allein der Umstand, dass die Antragstellerin aktuell keinen entsprechenden Dokumentationstypen, bspw. „UFA-W“ (UFA für Wettbewerber) oder „UFA+Portierungskennung“, in ihrem System hinterlegt hat, kann die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen. Vielmehr erfordert Nr. 7 der EU-Empfehlung Nichtdiskriminierung eine umfassende Prüfung und Abwägung hinsichtlich der Kosten und Wettbewerbsvorteile.

Es ist kein Grund dafür erkennbar, dass die Einführung einer TAL-Dokumentation durch bspw. „UFA-W“ für Wettbewerber oder „UFA-Portierungskennung“ mit entsprechender Kennzeichnung im System der Antragstellerin einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten könnte. Die Bundesnetzagentur hätte dies auch sachlich überprüfen müssen und sich im Konsultationsentwurf nicht lediglich auf den Vortrag der Antragstellerin berufen dürfen. Die Antragstellerin nutzt für sich selbst den UFA in ihrem System, so dass eine Erweiterung für Zugangsnachfrager jedenfalls keinen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten kann. Diesem Aufwand stehen enorme Verbesserungen gegenüber, da die Kosten dieses effizienteren Geschäftsprozesses in der Summe weit unterhalb der aktuellen Kündigungsentgelte liegen werden (wie das eigene Vorgehen der Antragstellerin für ihre Endkunden beweist).

Damit sind die Kündigungsentgelte hinsichtlich des Geschäftsprozesses „Kündigungsentgelt ohne gleichzeitige Übernahme“ nicht genehmigungsfähig, da sie mangels Rechtfertigung eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Zugangsnachfrager gegenüber der Antragstellerin darstellen. Die diskriminierende Wirkung der Kündigungsentgelte eröffnet über § 35 Abs. 3 S. 2 TKG auch den Anwendungsbereich des § 28 TKG, so dass die Entgelte auch unter diesem Gesichtspunkt nicht genehmigungsfähig sind. Die manuelle Entfernung des Schaltdrahtes bei Kündigung ohne Übernahme durch Zugangsnachfrager stellt zweifelsfrei keinen optimalen Faktoreinsatz dar, weil durch eine entsprechende Anpassung des Dokumentations- und Kennzeichnungssystems ein wirtschaftlich weitaus effizienterer Prozess zur Verfügung steht.


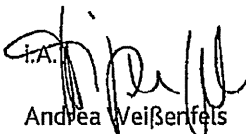
Da mit der EU-Empfehlung Nichtdiskriminierung ein neuer Abwägungsbelang vorliegt, ist die Bundesnetzagentur nicht gehindert, ihre bisherige Praxis willkürfrei zu ändern. Die Rechtsprechung des BVerwG gibt der Bundesnetzagentur ausdrücklich diesen Spielraum und weist neben technischen auch auf wirtschaftliche und rechtliche Gründe hin:

„Es ist jedoch gleichfalls gesichert, dass die Behörde ihre Praxis aus willkürfreien, d.h. sachlichen Gründen ändern kann (Urteil vom 8. April 1997 a.a.O.). Ob derartige Gründe für eine Abweichung von der bisherigen Entscheidungspraxis vorliegen, hat die Behörde bei der Ausfüllung ihres Entscheidungsspielraums jeweils neu zu prüfen. Unterlässt sie diese Prüfung, ist der Entscheidungsvorgang unvollständig. Ungeachtet des auch in zeitlicher Hinsicht zu beachtenden Konsistenzgebots (§ 27 Abs. 2 TKG 2004) muss dies in besonderem Maße in einem Bereich wie der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung gelten, in dem die technischen, wirt-

schaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen einem raschen und dauernden Wandel unterliegen."

BVerwG, Urt. v. 25.09.2013 – 6 C 13.12, Rn. 55 (Hervorheb. nur hier).

Freundliche Grüße

ppa  
Matthias Büning i.A. Andrea Weißenfels