

Vodafone D2 GmbH, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn

bk3-regulierungsverfuegung@bnetza.de

**Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 3
Postfach 80 01**

53105 Bonn

Region Zentrale
Alfred-Herrhausen-Allee 1
65760 Eschborn

Florian Kriegler
Regulated Business Fixed

florian.kriegler@vodafone.com
Tel.: 069 / 2169 - 3956
Fax.: 069 / 2169 - 4614

20.04.2011

Konsultationsentwurf BK3c-11/003

Sehr geehrte Damen und Herren,

am 6. April 2011 haben Sie den Entwurf Ihrer beabsichtigten Entgeltgenehmigung für die monatlichen Überlassungsentgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zur nationalen Konsultation veröffentlicht. Die eingeräumte Stellungnahmefrist endet am 20. April 2011.

Die Vodafone D2 GmbH (nachfolgend „Vodafone“) hat in dem durchgeführten Genehmigungsverfahren als Beigeladene drei Stellungnahmen zum Entgeltantrag der Telekom Deutschland GmbH abgegeben.

Zum umfangreichen Entwurf der Beschlusskammer nehmen wir infolge der Kürze der Stellungnahmefrist zu einigen Punkten folgendermaßen Stellung:

1. Rechtsgrundlage für Konsultations- und Konsolidierungsverfahren fehlt

Die Beschlusskammer führt auch für die TAL-Monatsentgeltgenehmigung ein Konsultations- und Konsolidierungsverfahren durch. Erstmals hatte sie dies bei den Mobilfunkterminierungsentgelten vorgenommen (BK 3a-10/98 bis 10/101), und damit ihre bisherige langjährige Spruchpraxis geändert.

Vodafone D2 GmbH

Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf, Postfach: 40543 Düsseldorf
Geschäftsführung: Friedrich Jousen (Vorsitzender), Dirk Barnard, Jan Geldmacher, Hartmut Kremling,
Frank Rosenberger, Dr. Volker Ruloff, Achim Weusthoff, Vorsitzender des Aufsichtsrats: Michel Combes
Sitz der Gesellschaft: Düsseldorf, Amtsgericht Düsseldorf, HRB 24644,
USt-Nr.: 103/5700/1789, USt-IdNr.: DE 811140971, WEEE-Reg.-Nr.: DE 91435957

In dem Konsultationsentwurf für die TAL-Entgelte führt die Beschlusskammer im Wesentlichen dieselben Argumente an, die sie auch in den Verfahren zu den Mobilfunkterminierungsentgelten zur rechtlichen Begründung ihres geänderten Vorgehens herangezogen hatte.

Vodafone hat bereits im Rahmen der nationalen Konsultation zu den Mobilfunkterminierungsentgelten (BK 3a-10/98 bis 10/101) ausführlich begründet, dass es in Bezug auf Entgeltgenehmigungen an einschlägigen Rechtsgrundlagen für eine Konsultation und eine Konsolidierung fehlt und die Verfahrensweise daher de lege lata unzulässig ist. Diese Argumente gelten gleichermaßen für den Konsultationsentwurf der TAL-Entgeltgenehmigung. Wir erlauben uns daher, insoweit auf die veröffentlichte Stellungnahme von Vodafone vom 22.12.2010, S. 1-7, zu den Verfahren BK 3a-10/98 bis 10/101 zu verweisen. Diese Stellungnahme ist unter www.bnetza.de abrufbar.

2. Fehlende leistungsspezifische Differenzierung des kalkulatorischen Zinssatzes

In dem vorliegenden Konsultationsentwurf hat die Beschlusskammer von der Bestimmung eines leistungsspezifischen kalkulatorischen Zinssatzes für die TAL-Entgelte abgesehen. Im Wesentlichen stützt sich die Beschlusskammer hierbei auf eine Stellungnahme von Professor Stehle vom 17.03.2011. An dieser Stelle verweisen wir auf eine weitere Stellungnahme der Professoren Küpper und Friedl für den VATM vom 20.04.2011, dass im wesentlichen zur Wertung kommt, dass eine leistungsspezifische Differenzierung des Zinssatzes von Prof. Stehle befürwortet wird (siehe Anlage).

Darüber hinaus möchten wir auf die weiteren Ausführungen der BNetzA eingehen:

a) Nachfragerückgang TAL

Die Beschlusskammer wertet die Substitution der TAL durch Kabelanschlüsse und Mobilfunkprodukte dahingehend, dass keine besonderen Risikounterschiede zwischen TAL und anderen Telekommunikationsprodukten mehr vorliegen würden, die eine leistungsspezifische Zinsdifferenzierung notwendig machen würden.

Wir stellen fest, dass es hierdurch zu einer Erhöhung des Absatzrisikos der TAL kommen kann. Angesichts der Tatsache, dass bislang die Deutsche Telekom weiterhin eine hohe Anzahl von TAL

für eigene Retail- als auch Wholesale-Kunden absetzt und dies auch für den vorliegenden Genehmigungszeitraum tun wird, wird im vorliegenden Genehmigungszeitraum weiterhin ein beträchtlicher Risikounterschied zwischen der TAL und weiteren Telekommunikationsprodukten vorliegen. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass einer verminderten Auslastung des TAL-Netzes bereits durch eine Stückkostenerhöhung der TAL infolge eines reduzierten Auslastungsfaktors Rechnung getragen wurde.

b) Interdependenzen zwischen TAL und anderen Festnetzbereichen

Die Beschlusskammer trägt vor, dass solche Interdependenzen einer leistungsspezifischen Zinsdifferenzierung entgegenstehen würden. Eine bloße Behauptung von Interdependenzen begründet alleine nicht eine Ablehnung einer leistungsspezifischen Zinsdifferenzierung. Vielmehr wäre seitens der Beschlusskammer zu untersuchen, welche Interdependenzen es gibt und wie diese zu bewerten sind, d.h. welche Auswirkungen diese auf das Risiko anderer Telekommunikationsprodukte haben, sprich wie sich das Risiko anderer Telekommunikationsprodukte sich hierdurch gegebenenfalls ändert. Zudem ist der Ausführung der Beschlusskammer entgegenzuhalten, dass für Glasfaseranschlüsse ein differenzierter Zinssatz von Professor Stehle gebildet wird, obwohl hier ebenso die vorgetragenen Interdependenzen bestünden.

c) Methodischer Bruch

Dem Vortrag des Gutachtens der Professoren Küpper und Friedl begegnet die Beschlusskammer damit, dass sie zunächst vorträgt, dass die Herleitung eines Glasfaser-Zinssatzes nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei. An dieser Stelle möchten wir betonen, dass dieser formale Vortrag keinesfalls inhaltlich die Argumentation der Professoren Küpper und Friedl entkräftet. Darüber hinaus trägt die Beschlusskammer vor, dass sie in Zukunft eine stärker auf Marktdaten basierende Herleitung des Glasfaserzinses beabsichtigt. Auch mit diesem Vortrag lässt die Beschlusskammer offen, inwieweit das zukünftig die Differenzierung eines Zinssatzes für Glasfaseranschlüsse ausreichend begründen soll. Weiterhin wird nicht dargelegt, warum diese zusätzlichen Bemühungen nicht auch für andere Telekommunikationsprodukte angestrengt werden und inwieweit solche Bemühungen bei Glasfaseranschlüssen zu besseren Ergebnissen als bei anderen Telekommunikationsprodukten führen würde.

Zusammenfassend stellt Vodafone fest, dass die Beschlusskammer den Ermessensspielraum, den das TKG hinsichtlich einer leistungsspezifischen Risikobetrachtung eröffnet, nicht ausreichend begründet hat. Im Gegenteil: Eine leistungsspezifische Risikozinsbetrachtung, wie sie in anderen europäischen Ländern bereits praktiziert wird, ist dringend geboten.

3. Fehlerhafte Kalkulationsbasis (Wertansatz) für die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bei der Teilnehmeranschlussleitung

Die Kalkulationsbasis (Wertansatz) dient der Ausfüllung des Begriffes der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Die Kalkulationsbasis determiniert entscheidend die Höhe des anzusetzenden Investitionswertes für die Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung, und damit die Höhe der Kapitalkosten. Die Kalkulationskosten machen knapp über 80% des monatlichen Überlassungsentgelts aus. Von 10,08 € entfallen 8,12 € auf die Kapitalkosten (S. 73 Konsultationsentwurf). Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die Kalkulationsbasis (Wertansatz) seit Anbeginn der TAL-Entgeltgenehmigungen einen der umstrittensten Parameter darstellt.

Vodafone anerkennt ausdrücklich das im Konsultationsentwurf klar hervortretende Bemühen der Beschlusskammer, Ergebnis und Ergebnisfindung transparent darzustellen und dabei die für die Beschlusskammer entscheidenden Gesichtspunkte herauszuarbeiten.

Gleichwohl ist das von der Beschlusskammer für richtig gehaltene Ergebnis fehlerhaft, weil mit dem Ansatz von Bruttowiederbeschaffungskosten bei den TAL-Entgelten schon die Grenzen des Beurteilungsspielraums überschritten werden, jedenfalls aber Abwägungsdefizite und Abwägungsfehlgewichtungen zu konstatieren sind.

3.1 Grenze des Beurteilungsspielraums überschritten

Die Beschlusskammer nimmt für sich bei der Wahl der Kalkulationsbasis zur Bestimmung des Investitionswertes einen vollumfänglichen Beurteilungsspielraum in Anspruch. Dieser umfasse auch eine ausschließliche Anwendung von Bruttowiederbeschaffungskosten (S. 26 Konsultationsentwurf).

Bei den Bruttowiederbeschaffungskosten werden zur Ermittlung der Abschreibungen und der Kapitalverzinsung heutige Wiederbeschaffungspreise (Tagesneuwerte) ohne Berücksichtigung von Abschreibungen für die in der Vergangenheit zurückgelegte Nutzungszeit herangezogen. Es werden also fiktive Kosten für ein heute neu errichtetes effizientes Anschlussnetz ermittelt.

Zur Ermittlung des Investitionswertes der Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung dürfen jedoch die Bruttowiederbeschaffungskosten zumindest nicht ausschließlich angewendet werden. Insoweit bestehen rechtliche Grenzen des Beurteilungsspielraums, denn

„...auch eine ausschließlich auf den aktuellen Kosten¹ beruhende Kostenberechnungsmethode [ist] nicht die im Rahmen der Anwendung des Grundsatzes der Kostenorientierung der Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss angemessenste Methode...“ (EuGH, Urteil vom 24.4.2008, Rs C-55/06, Rz 99)

Genauso wie der Europäische Gerichtshof festgestellt hat, dass als Kalkulationsbasis zur Ermittlung der Kosten für den entbündelten Teilnehmeranschluss nicht ausschließlich historische Kosten angesetzt werden dürfen (Rz 109), hat er damit auch das andere Extrem alleiniger Bruttowiederbeschaffungskosten für rechtlich unhaltbar erklärt. Vielmehr kommt der EuGH zum Ergebnis, dass der Grundsatz der Kostenorientierung der Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss die Berücksichtigung der tatsächlichen Kosten verlange, d. h. der historischen Kosten und der aufgrund des Wiederbeschaffungswertes des Netzes oder bestimmter Teile davon kalkulierten Kosten (Rz 115).

Die rechtliche Unzulässigkeit eines allein auf Bruttowiederbeschaffungskosten basierenden Ansatzes hat auch das Verwaltungsgericht Köln in zwei Verfahren festgestellt und die jeweiligen TAL-Entgeltgenehmigungen aufgehoben, wobei eines dieser Verfahren bereits rechtskräftig abgeschlossen ist. Unter Bezugnahme auf das o. g. Urteil des EuGH hat auch das Verwaltungsgericht geurteilt, dass

„...die Art und Weise, in der die Regulierungsbehörde den Investitionswert zur Berechnung der den weitaus größten Teil der monatlichen Überlassungsentgelte verursachenden Kapitalkosten

¹ Aktuelle Kosten sind gleichbedeutend mit Bruttowiederbeschaffungskosten

(Zinsen und Abschreibungen) bestimmt hat, mit dem Erfordernis der Kostenorientierung...“ nicht zu vereinbaren ist. (VG Köln, Urteil vom 27.8.2009, 1 K 3427/01, S.16 amtl. Umdruck)

Auch das für regulierungsrechtliche Streitigkeiten ausschließlich zuständige Verwaltungsgericht Köln versteht den EuGH unmissverständlich so, dass zur Bestimmung des Investitionswertes bei der TAL weder ausschließlich historische, noch ausschließlich Bruttowiederbeschaffungskosten (in der Terminologie der Gerichte „aktuelle Kosten“ genannt) verwendet werden dürfen. (VG Köln, aaO.)

In der Literatur besteht insoweit weitgehend Einvernehmen, dass der ausschließliche Ansatz von Bruttowiederbeschaffungskosten bei den TAL-Entgelten nicht aufrechterhalten werden kann. (Kleinlein, „Abschreibungen bei der Entgeltregulierung im Telekommunikationsrecht“, N&R 2/10, S. 75, 76,82; Kühling/Schall, „Rechtlicher Änderungsbedarf bei (etwaigen) Neufestsetzungen der TAL-Entgelte von 1999 und 2003 und Konsequenzen für die Festgelegten TAL-Entgelte 2005 – 2009 sowie für die künftige Festsetzung der Kupfer-TAL-Entgelte“, 21.9.2010, S. 19 ff., abrufbar unter www.vatm.de/studien.html, abgerufen am 14.04.2011; Klotz/Brandenburg, „Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zur Festsetzung des TAL-Preises“, 24.2.2009, S. 15, abrufbar unter http://www.breko08.de/auto_cms/original/endaassungtal-gutach.pdf, abgerufen am 14.4.2011).

Demnach begeht die Beschlusskammer in ihrem Konsultationsentwurf einen zur Rechtswidrigkeit führenden Fehler, indem sie meint, auch ausschließlich Bruttowiederbeschaffungskosten zur Bestimmung des Investitionswertes heranziehen zu dürfen. Infolge der insoweit klaren gerichtlichen Vorgaben, überschreitet die Beschlusskammer daher bei der ausschließlichen Verwendung von Bruttowiederbeschaffungskosten die rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums. Sie muss daher die tatsächlichen Kosten heranziehen.

3.2 Abwägungsgesichtspunkte

Die Beschlusskammer nimmt auf der Grundlage des von ihr beanspruchten vollumfänglichen Beurteilungsspielraums eine Abwägung zwischen den unterschiedlichen Methoden zur Bestimmung der Kalkulationsbasis (Wertansatz) vor. Diese Vorgehensweise ist vom Standpunkt der Be-

schlusskammer aus zwar folgerichtig, bleibt aber wie dargestellt rechtsfehlerhaft da der Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung des TAL-Investitionswertes begrenzt ist.

3.2.1 Anbieterinteresse der Antragstellerin (Telekom Deutschland)

Die Beschlusskammer stellt dar, dass es grundsätzlich nach vollständigem Verzehr der Werte und Umwandlung derselben in Kapitalvermögen, d. h. also nach Ablauf der für die Abschreibungen angesetzten Nutzungsdauer des Anlagegutes kein berechtigtes Anbieterinteresse gebe, weiterhin Abschreibungen auf Basis von Tagesneuwerten vorzunehmen. Denn für die Kapital- und Substanzerhaltung sei das nicht erforderlich (S. 28 Konsultationsentwurf). Fehlerhaft ist es dann allerdings, die z. G. der Antragstellerin herangezogene Erwägung, eine Fortsetzung der Abschreibung auf Basis von Tagesneuwerten über die schon abgelaufene Nutzungsdauer hinaus sei nötig weil die Antragstellerin weiterhin auf diese Methode vertrauen durfte (S. 29 Konsultationsentwurf).

Zum einen bestand und besteht insoweit überhaupt kein schutzwürdiges Vertrauen der Antragstellerin, denn die Methode der Bruttowiederbeschaffungskosten steht seit Anbeginn der TAL-Entgeltregulierung Ende der 1990er Jahre gerichtlich im Streit, und zudem gibt es seit mehreren Jahren z. T. rechtskräftige Gerichtsentscheidungen, die einen Vertrauensschutz grundlegend erschüttern.

Zum anderen gewährleistet der Grundsatz der Kapital- und Substanzerhaltung gerade, dass Vorsorge für die Wiederbeschaffung eines Anlagegutes getroffen wird, so dass mangelhafte Vorsorge wie die Beschlusskammer meint nicht eintreten kann. Schließlich hätte die Beschlusskammer hier ggf. berücksichtigen müssen, dass das Konzept der tatsächlichen Kosten im Sinne des EuGH und des VG Köln es ermöglicht, die voraussichtlichen Kosten für die Unterhaltung und Verbesserung der lokalen Infrastruktur anzusetzen, und demnach überhaupt kein Nachteil für die Antragstellerin droht.

Hieraus folgt, dass die Interessen der Antragstellerin weder in Bezug auf die Kapital- und Substanzerhaltung, noch in Bezug auf die Rentabilität die Methodik der Bruttowiederbeschaffungskosten erfordern. Hinsichtlich der Rentabilität erkennt die Beschlusskammer dies zutreffend, bezüglich der Kapital- und Substanzerhaltung verkennt sie es.

3.2.2 Wahrung der Nutzerinteressen

Mit nur wenigen Worten untersucht die Beschlusskammer den Abwägungspunkt der Wahrung der Nutzerinteressen. Sie sieht diese Interessen gewahrt, wenn die Nutzer eine Auswahl zwischen verschiedenen Diensten und Anbietern zu günstigen Preisen haben (S. 29 Konsultationsentwurf), was sie bejaht.

An anderer Stelle stellt die Beschlusskammer die Behauptung auf, der Wettbewerb werde gesunkene TAL-Vorleistungspreise, die aus einem Methodenwechsel bei der Bestimmung des Investitionswertes entstünden, „flugs“ und „ohne große Umschweife“ an die Nutzer weitergeben (S. 33 f. Konsultationsentwurf). Deutlicher noch als in § 2 Nr. 1 TKG gibt Art. 8 Abs. 2 lit. a) der Rahmenrichtlinie vor sicherzustellen, dass Dienste mit für den Nutzer größtmöglichen Nutzen in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität erbracht werden. Gerade auch bei den Mobilfunkterminierungsentgelten steht der Gesichtspunkt günstigerer Endkundenpreise immer wieder mit im Vordergrund.

Vor diesem Hintergrund stellt es sich als defizitär dar, wenn die Beschlusskammer die ihres Erachtens sichere Erwartbarkeit sinkender Endkundenpreise nicht in die Abwägung unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Nutzerinteressen einstellt (Abwägungsausfall), den Aspekt sinkender Endkundenpreise hingegen umso entschiedener als ein Argument gegen einen Methodenwechsel anführt, z. B. indem sie auf S. 34 anführt, der NGA-Ausbau „würde also mit einer methodenbedingten Senkung der Kupfer-TAL-Entgelte und damit der erzielbaren Endkundenerlöse eine weitere wesentliche Belastung und also Erschwerung erfahren.“ Sie berücksichtigt damit einen Aspekt, der für einen Methodenwechsel und sinkende Vorleistungspreise spricht, überhaupt nicht, führt ihn aber dann gegen einen Methodenwechsel bei den NGA-Gesichtspunkten ins Feld. Neben einem Abwägungsausfall ist demnach auch eine Übergewichtung festzustellen. Diese Fehler wiegen umso schwerer, als dass die Beschlusskammer den NGA-Gesichtspunkten, also der Förderung des Auf- und Ausbaus von NGA-Netzen, letztlich das entscheidende Gewicht für ihre Entscheidung zumisst (S. 35 Konsultationsentwurf).

Demnach muss die Beschlusskammer unter dem Regulierungsziel des § 2 Nr. 1 TKG und des Art. 8 Abs. 2 lit. a) Rahmenrichtlinie von ihr erwartete Endkundenpreissenkungen als Abwägungsgesichtspunkt für einen Methodenwechsel berücksichtigen.

3.2.3 Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte

Unter diesem Gesichtspunkt gelangt die Beschlusskammer zu der Auffassung, die berechtigten Interessen der FTTX-Netzbetreiber und der Kabelnetzbetreiber sprächen für einen Ansatz von Bruttowiederbeschaffungskosten bei der Bestimmung des TAL-Investitionswertes, dies gelte gerade auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten wegen der von FTTX-Betreibern bereits errichteten Glasfaserinfrastrukturen (S. 33 Konsultationsentwurf).

(i) Kein Vertrauensschutz für FTTX- und Kabelnetzbetreiber:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der von der Beschlusskammer angeführte Vertrauensschutz nicht besteht. Getätigte Glasfaserinfrastrukturinvestitionen wurden von allen FTTX-Betreibern in der Kenntnis vorgenommen, dass die Berechnung der TAL-Entgelte durch die BNetzA seit Jahren höchst umstritten ist. Spätestens seit dem April 2008 – dem Erlass des EuGH-Urteils – ist allen Marktakteuren sehr klar, dass gerade kein schutzwürdiges Vertrauen in die Rechtmäßigkeit und den dauerhaften Bestand der Bruttowiederbeschaffungsmethodik besteht. Ferner ist allen Marktakteuren bekannt, dass keine TAL-Entgeltgenehmigung in Bezug auf die Monatsentgelte unverändert bestandskräftig geworden ist. Schließlich ist auch allen Marktakteuren bekannt, dass das zuständige nationale Gericht, das Verwaltungsgericht Köln, den von der BNetzA praktizierten Bruttowiederbeschaffungskostenansatz für rechtswidrig hält und Genehmigungen deshalb auch mehrfach aufgehoben hat. Angesichts dieser Situation scheidet Vertrauensschutz vollkommen aus. Die FTTX-Betreiber verdienen Respekt, trotz dieser regulatorischen und rechtlichen Unsicherheiten gleichwohl investiert zu haben. Sie können allerdings keinerlei Vertrauensschutz in Bezug auf die Spruchpraxis der Beschlusskammer zum Bruttowiederbeschaffungskostenansatz für sich reklamieren.

(ii) Bestimmter Wertansatz aus Wettbewerbsinteressen der HVt-TAL-Nachfrager ableitbar:

Die Beschlusskammer geht davon aus, aus den Wettbewerbsinteressen der HVt-TAL-Nachfrager lasse sich kein bestimmter Wertansatz ableiten (S. 30 Konsultationsentwurf). Sie meint, das Interesse der HVt-TAL-Nachfrager an der Verteidigung und ggf. dem Ausbau ihrer Marktpositionen und Marktanteile im Endkundengeschäft mit Anschlüssen, könne auch bereits auf Basis des Bruttowiederbeschaffungskostenansatz infolge moderater Preissenkungen befriedigt werden. Die Beschlusskammer verweist zur Untermauerung ihrer Auffassung auf 9 Millionen vermietete Teilnehmeranschlussleitungen. Sie erkennt zutreffend, dass die Wettbewerbsposition der HVt-TAL-

Nachfrager im Endkundenmarkt der Anschlüsse sich drastisch gegenüber der Telekom Deutschland und den Kabelnetzbetreibern verschlechtert hat und weiterhin verschlechtert.

Bereits diese Umstände sprechen eindeutig für eine Investitionswertbestimmung auf Basis tatsächlicher Kosten, d. h. auf der kumulativen Berücksichtigung historischer Kosten einerseits und Wiederbeschaffungskosten andererseits. Denn nur ein solcher Ansatz vermag nachhaltig dauerhaften und vor allem chancengleichen Wettbewerb zu gewährleisten. Die Chancengleichheit der Wettbewerbsmöglichkeiten ist vor allem dadurch geprägt, dass HVt-TAL-Nachfrager in gleicher Weise Kostenvorteile bei der TAL in Anspruch nehmen müssen, wie die Eigentümer der jeweiligen Infrastruktur (Telekom bzw. Kabelnetzbetreiber). Bei einem weitgehend abgedeckten TAL-Anschlussnetz wurden die für die Kapital- und Substanzerhaltung sowie für die Rentabilität (Verzinsung) erforderlichen Erträge bereits realisiert. Darauf weist die Beschlusskammer auf S. 28f. ihres Beschlussentwurfs selbst hin. Demnach können diese Unternehmen ohne dauerhafte relevante Nachteile in Bezug auf bereits abgedeckte Infrastrukturbestandteile mit Kosten kalkulieren, die deutlich unterhalb der Bruttowiederbeschaffungskosten liegen. Das können die HVt-TAL-Nachfrager gerade nicht, denn sie müssen stets den fiktiven Neuwert kalkulieren und zahlen. Sie müssen Entgelte für ein Netz bezahlen, das es so gar nicht gibt und das daher auch keine solchen Kosten bei der Antragstellerin verursacht. Insoweit fehlt es also schon in evidenter Weise an der Chancengleichheit der Wettbewerbsbedingungen. Dass es für die Eigentümer der TAL-Infrastruktur einerseits und der Kabelnetze andererseits diese kalkulatorischen Freiräume gibt, die es ihnen ohne Schaden erlaubt unterhalb von fiktiven Bruttowiederbeschaffungskosten zu agieren, zeigen schon die von der Beschlusskammer selbst angeführten Quellen. Wie ist es auch sonst zu erklären, dass Kabelnetzbetreiber Breitbandanschlüsse mit 6 Mbit und Internetflat inkl. Telefon und Freikontingent für keine 13,- € anbieten bei 12 Monaten Mindestlaufzeit ?

Die Anzahl von 9 Mio. vermieteter TAL ist nicht wegen des Ansatzes von Bruttowiederbeschaffungskosten heutiger Stand der Dinge, sondern trotz dieser Methodik. HVt-TAL-Nachfrager haben es verstanden, die dadurch gegebenen Nachteile durch Effizienzvorteile und strikte Kostendisziplin zu kompensieren.

Demnach sprechen die Wettbewerbsinteressen der HVt-TAL-Nachfrager klar gegen einen Ansatz von Bruttowiederbeschaffungskosten und für einen Ansatz der tatsächlichen Kosten, die zu deutlich sinkenden TAL-Entgelten führen würden.

Diese Interessenlage ist um klarer, als dass die Ablehnung des von der BNetzA praktizierten Wertansatzes und die Forderung nach Berücksichtigung „historischer Kosten“ seitens der HVt-TAL-Nachfrager seit Beginn der TAL-Entgeltregulierung in den Jahren 1998/99 besteht und verfolgt wird.

(iii) Gesichtspunkt der Versunkenheit der Kosten ist fehlgeachtet:

Ein Leitaspekt der Beschlusskammer besteht darin anzunehmen, sowohl die Kabelnetzbetreiber, als auch die quantitativ nur eine untergeordnete und lokal begrenzt spielende Rolle einnehmenden FTTX-Betreiber, seien infolge versunkener Kosten zum wirtschaftlichen Erfolg gezwungen. In Bezug auf die Versunkenheit der Kosten liegt dem die Fiktion zugrunde, diese Betreibergruppen hätten gerade erst neu und umfangreich in effiziente Anschlussnetze investiert und müssten jetzt Kosten schultern, die der Bau eines solchen neuen Netzes heute verursacht (S. 32 Konsultationsentwurf). Ausgehend von diesem Leitgedanken entwickelt die Beschlusskammer das Theorem, die Betreiberinteressen von Kabel- und FTTX-Netzen sprächen für die Regulierung des TAL-Preises auf Basis von Bruttowiederbeschaffungskosten, denn dann stünden die HVt-TAL-Nachfrager „in etwa so“ wie sie selbst stehen und könnten ihnen keinen unfairen Preiswettbewerb bereiten. Diese Lehre verkennt jedoch, dass es diese versunkenen Kosten auf Seiten der Kabelnetzbetreiber und der FTTX-Betreiber zumindest in dem angenommenen Umfang nicht (mehr) gibt. Wie bereits vorstehend zu (ii) schon dargestellt, müssen diese Betreiber nicht mit den Kosten eines heute neu errichteten Netzes (Kabel, FTTX) rechnen, sondern können ohne weiteres auf einer geringeren Kostenbasis kalkulieren, weil auch wesentliche Teile ihrer Netze entweder bereits abgeschrieben sind oder aber dafür tatsächlich weitaus geringere Kosten anfallen als auf aktueller Neuwertbasis von der Beschlusskammer unterstellt werden.

Bei allen Anschlussnetzen ist der maßgeblicher Kostentreiber der Tiefbau zur Verlegung von Kabelführungssystemen und Kabeln. Die FTTX-Betreiber haben allesamt städtische Versorgungsunternehmen zu Eigentümern, die in ihren lokalen Hoheitsgebieten, wo die FTTX-Betreiber aktiv sind, über Versorgungsnetze nebst diesen Systemen verfügen. Demnach nutzen die FTTX-Betreiber regelmäßig diese Infrastruktur der Versorgungsleitungen nebst Wegerechten.

Die Kabelnetzbetreiber haben auf der Netzebene 3 „freien Zugang“ zu den Kabelkanalanlagen der Telekom in Bezug auf bereits verlegte Breitbandkabel. Bei weiterem Ausbau können sie von Telekom gegen ein festgelegtes Entgelt zusätzliche Kabelkanalkapazitäten anmieten. Dies lässt

sich der Fusionskontrollentscheidung des Bundeskartellamtes vom 4.4.2001, B 7-205/00, S. 35-37 entnehmen (abrufbar unter: <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/EntschFusArchiv/ArchivFusionW3DnavidW2678.php>; zuletzt abgerufen am 15.4.2011). Demgemäß besteht auch bei diesen Betreibern keineswegs ein Kostendruck, wie er auf Basis der Bruttowiederbeschaffungskosten den HVt-TAL-Nachfragern regulatorisch auferlegt wird.

Wenn gerade die Kabelnetzbetreiber, wie die Beschlusskammer feststellt, als „Spätstarter“ zu einem aggressiven Pricing gezwungen seien (S. 32 Konsultationsentwurf), ist darauf hinzuweisen, dass trotz dieses höchst aggressiven Pricing z. B. die Kabel Deutschland zum 31.3.2010 eine bereinigte EBITDA-Marge von 43,9% ausweisen konnte, was „im Wesentlichen auf den positiven Einfluss der höheren bereinigten EBITDA-Marge im Bereich Internet und Telefonie sowie Premium-TV zurückzuführen“ ist (Jahresfinanzbericht der Kabel Deutschland Holding AG für das Geschäftsjahr zum 31. März 2010, S. 42, abrufbar unter <http://www.kabeldeutschland.com/de/investor-relations.html>). Auf Grundlage einer Kalkulationsbasis wie sie die HVt-TAL-Nachfrager wegen des Bruttowiederbeschaffungskostenansatzes haben, wäre das nicht möglich.

Festzuhalten bleibt daher, dass der Ansatz von Bruttowiederbeschaffungskosten die Kabelnetzbetreiber und die FTTX-Betreiber in ungerechtfertigter Weise gegenüber den HVt-TAL-Nachfragern bevorteilt und der Chancengleichheit sehr abträglich ist. Sowohl diese Betreiber, als auch die Telekom könnten auch mit einer geringeren, an den tatsächlichen und nicht an fiktiven Kosten ausgerichteten Kalkulationsbasis noch sehr auskömmlich im Markt agieren. Die wohlverstandenen Interessen der Kabelnetzbetreiber, der FTTX-Betreiber und der Telekom würden beim Ansatz tatsächlicher Kosten im Sinne des EuGH und des VG Köln angemessen gewürdigt und zum Ausgleich gebracht werden.

3.2.4 Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen

Die Beschlusskammer weist diesem Regulierungsziel die entscheidende Bedeutung zu. Da die Würdigung der anderen Regulierungsziele und Wettbewerbsinteressen kein „eineindeutiges“ Resultat zeige, komme es darauf an, welche Auswirkungen die Festlegung des Kupfer-TAL-Preises auf die Investitionsberechnungen für künftige NGA-Netze (FTTX, Kabel, FTTC) habe (S. 33 Konsultationsentwurfs).

In ihrer Abwägung hält es die Beschlusskammer für maßgeblich, dass der Bruttowiederbeschaffungskostenansatz bei den TAL-Entgelten für stabile Endkundenpreise auf höherem Niveau Sorge, und damit das Investitionsklima für NGA-Betreiber attraktiver sei. Käme es zu einer methodenbedingten Absenkung der TAL-Preise, führte das zu sinkenden Endkundenpreisen, was die Ertragsaussichten für NGA-Betreiber verschlechtere. Die Vorteile auf der Aufwandsseite würden in Bezug auf NGA-Netze nur FTTC-Betreibern zugute kommen, was eine Benachteiligung gegenüber FTTX-Betreibern und Kabelnetzbetreibern verursachen würde. Infolge sinkender Endkundenpreise – so die Beschlusskammer weiter – stünde auch den HVt-TAL-Nachfragern weniger Liquidität zur Verfügung um in NGA-Netze zu investieren, denn die gesunkenen Vorleistungspreise würden sich in gesunkenen Endkundenpreisen und mitnichten in höherer Liquidität abbilden. Zwar sei es „nicht vollkommen von der Hand zu weisen“ (S. 35 Konsultationsentwurf), dass höhere Kupfer-TAL-Preise der Telekom weniger Anreize böten in NGA-Netze zu investieren, da sie andernfalls ihre Erträge und „Übergewinne“ aus dem Kupfer-TAL-Netz kannelisieren würde. In der Gesamtschau sei die Beschlusskammer aber überzeugt, dass bei Beibehaltung der Methodik und stabilen TAL-Vorleistungspreisen auch die Chancen dafür besser stünden, dass Telekom in NGA-Netze investiere, als wenn durch sinkende Endkundenpreise das potenzielle Ertragsniveau verringert werde.

Wenig überzeugend ist die angebliche Benachteiligung, die FTTX-Betreibern und Kabelnetzbetreibern bei Absenkung der TAL-Preise gegenüber FTTC-Betreibern drohten, weil erstere auf der Aufwandsseite davon nicht profitieren würden (S. 34 Konsultationsentwurf). Insbesondere setzt sich die Beschlusskammer nicht mit der sich aufdrängenden Frage auseinander, dass FTTC-Betreiber erst durch eine spürbare Reduzierung auf der Aufwandsseite wegen geringerer KVz-TAL-Kosten gerade erst in die Lage versetzt würden, ein NGA-Netz in Form von FTTC zu betreiben. Auf Grundlage der bisherigen Methodik der Bruttowiederbeschaffungskosten, gerade auch in Bezug auf den Zugang zu Kabelkanalanlagen und in die Multifunktionsgehäuse, gibt es praktisch keine alternativen VDSL-Angebote auf Basis von FTTC in Deutschland, insoweit ist die Telekom allein auf weiter Flur. Die Beschlusskammer führt an, nicht einmal 100.000 Haushalte seien an Netze alternativer FTTC-Betreiber angeschlossen (S. 31 Konsultationsentwurf). Ist schon die Anzahl angeschlossener Haushalte über alternative FTTH-Betreiber relativ gering (650.000, davon 40% zahlende Kunden, S. 31 Konsultationsentwurf), dann wird die weitgehende Bedeutungslosigkeit von alternativen FTTC-Netzen noch offenkundiger. Demnach hätte in die Abwägung eingestellt werden müssen – da auch FTTC ein NGA-Netz darstellt –, dass ein kostensenkender Methodenwechsel Wettbewerb und Investitionen in FTTC-NGA-Netze voraussichtlich deutlich stimulieren könnte.

Darüber hinaus basiert die Entscheidung der Beschlusskammer auf zwei Prämissen. Einerseits beruht sie auf der Annahme, dass jedwede Senkung der Vorleistungspreise bei der TAL „flugs“ und „ohne Umschweife“ an die Endkunden weitergegeben und zu einer entsprechenden Senkung des Preisniveaus führen würde. Andererseits beruht sie auf der Annahme, dass ein höheres Kupfer-TAL-Preisniveau für stabil hohe Endkundenpreise Sorge und dies auch für die Telekom der beste Anreiz sei in NGA-Netze zu investieren.

Die erste Annahme stützt sich darauf, dass in den letzten Jahren die Preise für Telekommunikation und insbesondere für Komplettanschlüsse gesunken seien. Es fehlt aber schon an belastbaren kausalen Anhaltspunkten dafür, dass dies bei einer methodenbedingten Reduzierung bei den TAL-Entgelten in vollem Umfang und in der unterstellten Unmittelbarkeit der Fall wäre. So wurden und werden auch gesunkene Vorleistungspreise bei den Mobilfunkterminierungsentgelten nicht bzw. nicht vollumfänglich und „ohne Umschweife“ an Endkunden weitergegeben, so dass die Annahme bei den TAL-Entgelten nicht überzeugen kann. Es fehlt zudem – wie schon dargestellt – jedwede Auseinandersetzung damit, dass ein ggf. sinkendes Preisniveau den Kundeninteressen dienen könnte. Schließlich ist es unter dem Gesichtspunkt Wettbewerb zu fördern nicht schlüssig, den Preiswettbewerb um die Gunst des Endkunden implizit als Bedrohung für den Auf- und Ausbau sehr breitbandiger Netz der nächsten Generation anzusehen und ihn durch zu hohe TAL-Entgelte zu drosseln, wobei doch gerade dieser (Preis-) Wettbewerb zu einer schnellen und umfassenden Versorgung des Landes mit breitbandigen DSL-Anschlüssen und Kabelanschlüssen geführt hat.

Bei der zweiten Annahme fehlen weitergehende Erwägungen und Untersuchungen darüber, dass (künstlich) hohe Kuper-TAL-Preise auch für die Telekom mehr Anreize bieten würden, zügig und umfassend in NGA-Netze zu investieren, als deutlich gesunkene. Rational leuchtet es nicht ein, warum ein Unternehmen „Übergewinne“ aus einem bestehenden, weitgehend abgeschriebenem Kupfer-TAL-Netz aufgeben sollte, um in ein NGA-Netz zu investieren, für das noch nicht einmal die Dienste und die Nachfrage ersichtlich sind, die die möglichen Bandbreiten eröffnen. Dies gilt umso mehr, wenn die Kehrseite dieser „Übergewinne“ gewissermaßen aus Sicht des Incumbent willkommene „Überkosten“ der Hvt-TAL-Nachfrager zur Folge haben, die damit im Wettbewerb klein gehalten und verdrängt werden, wie die aktuelleren Entwicklungen bei breitbandigen Internetzugängen indizieren.

Die WIK-Consult kommt im Übrigen auf der Grundlage einer umfassenden Studie vom 7. April 2011 zu einem anderen Ergebnis als der Konsultationsentwurf:

“An integrated incumbent will switch from copper to fibre, where copper profit is below expected fibre profit. Since higher copper access charges increase profits from copper but leave fibre profits unaffected, high access charges for copper reduce the incentives for a switch. In particular, at today’s nationally averaged copper access charge of 8.55 € there would be little incentive for the incumbent to invest in fibre. High levels of copper access charges generate negative incentives for incumbents to invest into fibre because of profit cannibalization.”

(WIK-Consult, Study for ECTA, “Wholesale pricing, NGA take-up and competition”, 7. April 2011, S. 140; abrufbar unter <http://www.ectaportal.com/en/REPORTS/WIK-Studies/WIK-Study-Apr-2011/>; zuletzt abgerufen am 15.4.2011)

4. Unverzinsliches Fremdkapital bei der Bestimmung des kalkulatorischen Zinssatzes

Die Festlegung des kalkulatorischen Zinssatzes umfasst neben der Ermittlung des Eigen- und Fremdkapitalzinssatzes die Bestimmung der Gewichtungsfaktoren für die Eigen- und Fremdkapitalverzinsung. Beim Fremdkapital wird darüber hinaus zwischen dem verzinslichen und unverzinslichen Fremdkapital unterschieden werden, um eine ungerechtfertigte doppelte Verzinsung über den regulierten Kapitalkostensatz auszuschließen.

Die Beschlusskammer ordnet im vorliegend Beschluss aufgrund von „Entwicklungen der internationalen Bilanzierungsvorschriften – [...] – die bislang dem unverzinslichen Fremdkapital zugeordneten Bilanzpositionen ‚Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen‘, ‚Sonstige Rückstellungen‘ sowie ‚Pensionsrückstellungen‘“ im Unterschied zum Vorgängerverfahren BK3c-09/005 nunmehr dem verzinslichem Fremdkapital zu. Dies führt ceteris paribus zu einem höheren regulierten Kapitalkostensatz. Die geänderte Zuordnung reduziere den Anteil des unverzinslichen Fremdkapitals „auf ca. die Hälfte“ (Beschluss S. 52).

Nach den internationalen Rechnungslegungsvorschriften der IFRS haben sich in der jüngeren Vergangenheit keine Änderungen hinsichtlich der Abzinsung von Verbindlichkeiten und Rückstellungen ergeben. Gemäß IFRS werden kurzfristige Verbindlichkeiten und Rückstellungen regelmäßig mit dem ursprünglichen Rechnungs- bzw. Erfüllungsbetrag bewertet. Dieses steht in Überein-

stimmung mit IAS 39, Textziffer AG79. Bei diesen Positionen erfolgt mithin keine Abzinsung, d.h. es werden hierbei die Kapitalkosten von vornherein mitbilanziert, so dass keine weitere (dann doppelte) Verzinsung in Ansatz gebracht werden darf. Kurzfristige Bilanzpositionen sind nicht zinstragend, werden bilanziell keiner Zinsfaktoranzpassung unterzogen und dürfen demnach auch nicht als verzinsliches Kapital bewertet werden. Die Position ‚Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen‘ ist weit überwiegend kurzfristig, die Position ‚Sonstige Rückstellungen‘ enthält kurzfristige Bestandteile. Die vorliegende Neubewertung des verzinslichen Fremdkapitalanteils durch die Beschlusskammer ist insofern nicht sachgerecht und entsprechend abzuändern. Der im Konsultationsentwurf ermittelte Kapitalzinssatz ist überhöht, so dass das TAL-Überlassungsentgelt hierdurch überhöht ist.

5. Bellauffaktor (Koppelproduktion)

Die Beschlusskammer setzt im vorliegenden Konsultationsentwurf für die Reduktion des Investitionswertes aufgrund des Beilaufs für den Hauptkabelbereich 10,4 % und für den Verzweigerkabelbereich 20,4 % an (4.1.3.2.1.3.2 Strukturelle Parameter, S. 43). Diese Werte entsprechen den von der Antragstellerin als Maximalwerte eingeforderten Absenkungen und liegen insbesondere für das Verzweigerkabel deutlich unter den in den vorangegangenen Verfahren angenommenen Werten (Hauptkabelbereich 11,43 % bzw. Verzweigerkabelbereich 27,24 %, BK3c-09/005). Diese Verringerung der Kostenersparnis durch eine parallele Mitverlegung von Kabeln konzernfremder Unternehmen oder von Kabeln der Antragstellerin selbst läge darin begründet, dass zwar weiterhin der bisherige beilaufrelevante Trassenanteil Berücksichtigung fände, jedoch durch die Verlegung zusätzlicher Kabel in den Gräben gegebenenfalls erforderliche Investitionserhöhungen anerkannt würden.

Trotz der deutlichen Kritik der Beschlusskammer am von der Antragstellerin entwickelten und eingesetzten KZN-Tool (4.1.1.1 Kalkulation der Investitionswerte, S. 21,22) wird dieses Tool unter Verwendung weiterer Annahmen der Antragstellerin zur Grabenbreite („Email vom 17.03.2011“) zur Ermittlung der Gesamtinvestitionersparnis mit dem Ergebnis eingesetzt, dass zum Nachteil der Wettbewerber der reduziert wird und eine deutlich geringere Kostenersparnis durch Mitverlegung bei der Bestimmung des Investitionswertes angesetzt wird, als in der Vergangenheit.

Diese stark auf Angaben der Antragstellerin basierende Vorgehensweise wird von Vodafone in Frage gestellt. Insbesondere ist der Einsatz des KZN-Tools, dass die BNetzA an anderen Stellen

im vorliegenden Konsultationsentwurf zurückweist, intransparent und mehr als fragwürdig. Die Anmerkung, dass die Beschlusskammer sich vorbehalte, sich hierzu ausdrücklich noch weitergehende Prüfungen in zukünftigen Verfahren vorzubehalten, bestätigt Vodafone in der Annahme, dass bezüglich der tatsächlichen Auswirkung der eventuell in bestimmten Fällen kostenerhöhenden Effekte durch Beilauf bei der Beschlusskammer derzeit grundlegende Zweifel bestehen.

Da der Beilauffaktor nach Berechnungen der Vodafone erheblichen Einfluss auf die Bestimmung des Investitionswertes der TAL hat, ist aus Sicht der Vodafone eine transparente Diskussion der Berechnung des Beilauffaktors durch Offenlegung der Berechnung dringend geboten. Ebenso würde es zur Erhöhung der Transparenz und Validität der Ergebnisse beitragen, wenn ein europaweiter Vergleich zu den Beilauffaktoren angestellt würde.

ppa. Weiss

i.V. Beyer

Anlage

Weitere Stellungnahme der Professoren Küpper und Friedl für den VATM vom 20.04.2011

