

Loschelder Rechtsanwälte | Konrad-Adenauer-Ufer 11 | 50668 Köln

Per beA und Mail: Gerlinde.Schmitt-Kanthak@BNetzA.de u.a.

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 2
Frau Vorsitzende Gerlinde Schmitt-Kanthak
Herrn Beisitzer Jörg Lindhorst
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

Sekretariat: Chalyn Kahveci
Telefon: + 49 (0)221 65065-240
Telefax: + 49 (0)221 65065-249
Email: raimund.schuetz@loschelder.de

Az.: 001175-21 Scü/ck

9. Februar 2022

TDG-Produkt CFV Ethernet 2.0 // Entgeltgenehmigung // Az. BK2-21/008

Sehr geehrte Frau Schmitt-Kanthak,
sehr geehrter Herr Lindhorst,
sehr geehrte Damen und Herren,

zu dem Konsultationsentwurf („Entwurf“) nehmen wir wie folgt Stellung,
wir bitten um Beachtung und Bescheidung der Anträge unter Rn. 31 f., 44
ff., 90 und 94.

Eingangs sei betont, dass die erneute Weigerung der BNetzA, bei der PKS-
Prüfung das Carrier-Geschäftsmodell der Beigeladenen anzuerkennen, de-
ren Geschäftstätigkeit in ihrem Kern in Frage stellt. Letztlich bedeutet diese
Weigerung, dass ein Carrier nur dann effizient sein kann, wenn er gar nicht
existiert. Dies konterkariert nicht nur die gesetzlichen Ziele des TKG, son-
dern auch alle Bemühungen der BNetzA, durch ihre Regulierung wirksame
Anreize für Infrastrukturinvestitionen zu setzen (siehe hierzu ausführlich
unten Rn. 70 ff.).

Prof. Dr. Michael Loschelder^{5 *}
Dr. Wilfried Rüffer⁶
Dr. Jürgen Lauer³
Dr. Ulrich von Schönfeld
Dr. Henning W. Wahlers⁴
Dr. Detlef Grimm¹
Dr. Thomas Schulte-Beckhausen⁵
Dr. Andreas Fink³
Dr. Walter Klein³
Dr. Raimund Schütz²
Dr. Frank Heerstraßen⁴
Dr. Volker Schoene
Dr. Martin Brock¹
Dr. Nikolai Wolff
Dr. Sandra Orlikowski-Wolf⁶
Dr. Stefan Maaßen, LL.M.⁵
Dr. Stefan Stock, MScRE
Dr. Cedric C. Meyer²
Dr. Mirko Ehrich³
Dr. Martin Empt, LL.M.
Dr. Sebastian Pelzer¹
Dr. Sebastian Kalb, MBA
Dr. Kristina Schreiber²
Dr. Felix Ebbinghaus, LL.M.⁸
Dr. Maike Friedrich, LL.M.²
Dr. Hans-Georg Schreier, LL.M.
Arne Gehrke, LL.M.¹
Dr. Simon Kohm
Dr. Oliver Kerpen³
Dr. Stefan Freh¹
Dr. Robert Kessler³
Dr. Patrick Pommerening⁵
Janos Mahlo
Dr. Marcel Kleemann
Dr. Nils Derksen
Dr. Luise Hauschild
Kathrin Heite, LL.M.
Dr. Söre Jötten³
Dr. Svenja Fröhlich
Farzan Daneshian, LL.M.
Gina Hützen

1 Fachanwalt für Arbeitsrecht
2 Fachanwalt für Verwaltungsrecht
3 Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht
4 Fachanwalt für Handels- u. Gesellschaftsrecht
5 Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
6 Fachanwalt für Versicherungsrecht
7 Fachanwalt für Vergaberecht
8 Attorney at Law (New York)

* bis 2019

Sitz der Gesellschaft: Köln
AG Essen PR 1466

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

1. Vertretungsverhältnis, Antragstellung	1
Wir bitten, in der Sachverhaltsdarstellung zu berücksichtigen, dass wir nicht nur für den Beigeladenen zu 1) (VATM) auftreten, sondern auch für die Beigeladenen zu 2) und 3), 6) bis 10), 12) sowie 14) und 15). Dies ist in Rn. 44 und 45 Entwurf nicht richtig dargestellt. Insbesondere bitten wir um Aufnahme, dass unser Antrag im Schriftsatz vom 03.11.2021 für sämtliche von uns vertretene Beigeladene gestellt worden ist.	2
Anders als im Rubrum des Entwurfs vermerkt, vertreten wir die Beigeladene zu 11) (NetCologne) <u>nicht</u> .	3
2. Bestimmtheit der Tenorziffer 1	4
Rechtlich defizitär ist nach wie vor, dass die geplante Genehmigung keine objektiven, nachvollziehbaren Definitionen für „kernnetzverbleibende Verbindungslinien“ und „kernnetzübergreifende Verbindungslinien“ enthält. Ziffer 1.3.2 und Ziffer 1.3.3 der Vertragsanlage 4 zum TDG-Antrag verweisen auf eine Zuordnung der Ortsnetze zu den Kernnetzen, die im TDG-Extranet abrufbar ist. Es ist nicht ersichtlich, dass die Genehmigung sich auf diese Liste erstrecken soll. TDG wäre also frei darin, die Zuordnung der Ortsnetze zu Kernnetzen jederzeit zu verändern und damit aus einer kernnetzverbleibenden Verbindungslinie eine kernnetzübergreifende Verbindungslinie zu machen. Würde die Genehmigung nicht auf die Ortsnetzzuordnungen erstreckt, bliebe ein wesentlicher Entgeltbestandteil nicht genehmigt. Dies führte zur Rechtswidrigkeit der Genehmigung (siehe bereits Rn. 69 SS VATM 22.11.2021).	5
3. Bestimmtheit der Tenorziffer 5	6
Nach Tenorziffer 5 Satz 1 soll für jeden Kupfer-Anschluss das Entgelt 20M (nicht upgradefähig) maßgeblich sein. Dasselbe soll für die Kollokationszuführung gelten (Satz 2).	7
▪ Meint Satz 1 in Abgrenzung von Satz 2 den Anschluss Customer Sited?	8
▪ Die Vorgabe hätte nach ihrem Wortlaut zur Folge, dass auch für andere Bandbreiten als 20M das 20M-Entgelt zu zahlen ist. Ist dies beabsichtigt?	9
Satz 3 nimmt auf die Anbindung eines Anschlusses in Glas Bezug. Ist damit der Anschluss Customer Sited gemeint?	10

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

4. Tenorziffer 6	11
In Tenorziffer 6 dürften die monatlichen Überlassungsentgelte gemeint sein (keine jährlichen).	12
5. Rechtsgrundlage	13
Maßgeblich für die Genehmigung ist nach den allgemeinen Regeln die Sach- und Rechtslage im Entscheidungszeitpunkt (siehe ausführlich <i>Sachs</i> , in Stelkens / Bonk / Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 44 Rn. 16 ff.). Dass TDG ihren Genehmigungsantrag noch unter Geltung des TKG 2004 gestellt hat, ändert hieran nichts.	14
Eine Geltung des TKG 2004 ergibt sich auch nicht aus § 230 Abs. 2 TKG (so wohl Rn. 124). Nach § 230 Abs. 2 TKG gelten Rechte und Verpflichtungen, die aufgrund des TKG 2004 erlassen worden sind, als Rechte und Verpflichtungen nach dem TKG 2021 im Sinne der §§ 202 und 212. Diese Regelung hat lediglich zur Folge, dass die Anordnung der Entgeltgenehmigungspflicht in der unter dem TKG 2004 erlassenen Regulierungsverfügung vom 19.12.2018 als Verpflichtung unter dem TKG 2021 fort gilt. Die Regelung führt aber nicht zur Weitergeltung des aufgehobenen TKG 2004 für alle Genehmigungen, die auf der Grundlage dieser Regulierungsverfügung zu erteilen sind. Dies ergibt sich allein schon daraus, dass § 230 Abs. 2 TKG ausdrücklich auf die Aufsichts- und Entscheidungsbefugnisse in den §§ 202 und 212 des TKG verweist. Rechtsgrundlage für Entscheidungen zur Durchsetzung „alter“ Verpflichtungen ist also das TKG 2021.	15
Hieraus folgt, dass die Genehmigung, soweit sie auf das aufgehobene TKG 2004 gestützt wird, rechtswidrig wäre.	16
6. Entgeltgenehmigungsmaßstab	17
Nach § 39 Abs. 2 Satz 1 TKG ist die BNetzA verpflichtet, den Entgeltgenehmigungsmaßstab zu bestimmen. Der Entwurf sieht vor, dass der KeL-Maßstab relevant sein soll (Rn. 140 ff.). Diese Bestimmung sollte als wesentliches Regelungselement der Entgeltgenehmigung förmlich tenoriert werden.	18

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

7. **KeL-Grundlage: Bruttowiederbeschaffungswerte eines BNG-Netzes** 19
- Die BNetzA hält daran fest, die Investitionswerte durchgehend, also auch für Kabelkanalanlagen und Kabelschächte, nach Bruttowiederbeschaffungswerten zu bestimmen (Rn. 233 ff.). Der Entwurf räumt ein, dass dieser Ansatz zu höheren Wertansätzen führt als eine Bewertung zu Anschaffungs- und Herstellungskosten (und darauf aufbauender Indexierung) nach den Vorgaben der Nichtdiskriminierungsempfehlung der Kommission (Rn. 259). Wir haben bereits dargelegt, dass dies rechtswidrig ist (Rn. 71 ff. SS VATM 22.11.2021). Hierauf sei verwiesen. 20
- Nicht überzeugend ist insbesondere die Erwägung, dieser Wertansatz sei sinnvoll, um Anreize zur Anlagenduplizierung zu setzen. Die BNetzA verweist darauf, dass eine Duplizierung von Kern- und Konzentratornetz möglich und zur Schaffung zusätzlichen Wettbewerbs auch unterstützenswert sei (Rn. 316). Dies mag zutreffend sein, trifft aber auf die Kabelanlagen nicht zu. Auch im Geschäftskundenbereich wird es nur in wenigen Fällen sinnvoll sein, parallel zu vorhandenen Kabelanlagen neue Kabelanlagen zu bauen. Die Kommission hat denn auch in ihrer Empfehlung darauf hingewiesen, dass solche baulichen Anlagen „eher nicht replizierbar“ sind (Rn. 34). Es bleibt nicht nachvollziehbar, dass die BNetzA diese schon aus Konsistenzgründen marktübergreifend geltende Wertung nicht berücksichtigt. In den allermeisten Fällen ist, wie auch im Massenmarkt, für den TDG-Wettbewerber die Nutzung von TDG-Mietleitungen wirtschaftlicher. Dem würde nur eine Bewertung der Kabelanlagen zu Anschaffungs- und Herstellungskosten, wie in der Nichtdiskriminierungsempfehlung der Kommission für den Massenmarkt vorgegeben, Rechnung tragen (entgegen Rn. 322 Entwurf). Dies alles gilt umso mehr als das VG Köln jüngst für die TAL-Entgelte die Bewertungsmethodik der BNetzA als gegen die Nichtdiskriminierungsempfehlung verstößend gerügt hat (Urt. v. 16.06.2021, Az. 21 K 4368/19, Rn. 156 ff. – juris, siehe hierzu auch unten Rn. 34 ff.). 21
- Fehl geht der Hinweis der BNetzA, der Gefahr, dass TDG bewertungsbedingte Überrenditen nutzen, um mit niedrigen Endkundenpreisen Wettbewerber aus dem Markt zu drängen, könne durch Preis-Kosten-Scheren-Prüfungen begegnet werden (Rn. 340). Die BNetzA hat aus ihrem PKS-Test gerade Wettbewerber, die eine eigene Infrastruktur nutzen, als ineffizient (!) ausgeschlossen (Rn. 834 ff.). Gerade Wettbewerber, die eine eigene Infrastruktur einsetzen und für die die BNetzA mit der Wahl des Wertansatzes der Bruttowiederbeschaffungswerte Investitionsanreize setzen will, werden insoweit also regulatorisch nicht geschützt. Die geplante Genehmigungsentscheidung erweist sich so in einem Kernpunkt als inkonsistent und damit als mit § 38 Abs. 5 Nr. 2 TKG unvereinbar. 22

8. Investitionswerte: Anstieg Tiefbaukosten	23
Die BNetzA sieht bei den Tiefbaukosten eine Preissteigerung. Ein Vergleich identischer Quartale aus den Jahren 2019 und 2021 belegt eine Preissteigerung von 8 % bzw. 8,6 % (Rn. 369).	24
Dies ist nicht nachvollziehbar. Die BNetzA führt aus, dass sie auf Grundlage der TDG-Unterlagen Preise bzw. Konditionen aus den Jahren 2020 und 2021 herangezogen habe (Rn. 361). Berücksichtigt man, dass im Antragzeitpunkt (01.10.2021) das Jahr 2021 noch nicht abgeschlossen war, Tagesneupreise aber nur auf der Grundlage von Istkosten belastbar bestimmt werden können, ist es geboten, für die Entwicklung der Tiefbaupreise auf den Zeitraum vom 3. Quartal 2019 bis zum 3. Quartal 2021 abzustellen. In diesem Zeitraum ist der Baupreisindex gemäß Destatis (Ortskanäle) von 118,4 (Q3/2019) auf 127,6 (Q3/2021) angestiegen. Dies bedeutet einen Anstieg des Index von knapp 7,8% und im Mittel eine Preissteigerung bei den Tiefbaukosten von 3,9%. Ginge man im Blick auf die TDG-Antragstellung am 01.10.2021 von einer Datenbasis vom Q2/2019 bis zum Q2/2021 aus, ergäbe sich im Mittel sogar nur eine Preissteigerung von knapp 3,2%.	25
Sofern die von TDG benannten Kosten über den sich aus Anwendung des Index ergebenden Kosten liegen, sind die TDG-Ansätze auf das Index-Kostenniveau zu kürzen. Allenfalls das Index-Kostenniveau spiegelt eine effiziente Beschaffung wider; Rabatte, die TDG als einer der größten Tiefbau-Auftraggeber in Deutschland erzielen müsste, sind dabei noch gar nicht berücksichtigt.	26
Gegen den Ansatz der ermittelten Tiefbaukosten als effiziente Kosten spricht ohnehin (siehe Rn. 8 ff. SS VATM 22.11.2021), dass	27
▪ Tiefbaukosten durch neue Verlegetechniken wie Microtrenching erheblich gesenkt werden,	28
▪ Tiefbaukosten für wiederverwendbare Altanlagen (Kabelschächte etc.) ohnehin nicht angesetzt werden können,	29
▪ öffentliche Fördermittel die Tiefbaukosten erheblich reduzieren ().	30

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

- Der Entwurf lässt nicht erkennen, dass sich die BNetzA mit diesen Einwänden auseinandergesetzt hätte. Insbesondere sei erneut auf unseren Antrag verwiesen, 31
- TDG zur Auskunft darüber aufzufordern, ob und in welchem Umfang die im Entgeltantrag berücksichtigten Anlagen aus öffentlichen Mitteln gefördert wurden, mit Nachweis durch Vorlage geeigneter Förderdokumente (Rn. 11 SS VATM 22.11.2021).** 32
- Bereits im letzten CFV 2.0-Entgeltgenehmigungsverfahren wurde dieser Antrag von der BNetzA nicht beachtet, materiell wurde die öffentliche Förderung nicht berücksichtigt. Dies ist rechtswidrig: Soweit eine Anlage über öffentliche Mittel finanziert ist, sind TDG keine Kosten entstanden, die sie auf die Nachfrager ihrer Produkte umlegen könnte. Eine solche Entgeltbildung verfehlt die Vorgabe der Kostenorientierung. 33
- 9. Investitionswerte: Übernahme TAL-Entgelte** 34
- Zur Bestimmung der produktspezifischen Investitionswerte hat die BNetzA die von TDG beantragten Kosten für die kupfergeführten Anschlusslinien durch das genehmigte TAL-Entgelt CuDA 2 DR ersetzt; dieses Entgelt diene wohl auch als Basis für die Bestimmung der Investitionswerte der Glasfaseranschlusslinien. Die BNetzA stellt insoweit auf die Genehmigung für die TAL-Überlassungsentgelte vom 26.06.2019, Az. BK3c-19/001 ab (Rn. 382, 387). Auch für die Netzkomponenten der Anschlusslinie hat die BNetzA teilweise auf die genehmigten TAL-Entgelte abgestellt (Rn. 417). 35
- Indes hat das VG Köln diese Genehmigung als rechtswidrig aufgehoben (Urt. v. 16.06.2021, Az. 21 K 4368/19). Das Gericht rügte Fehler bei der Umsetzung der Nichtdiskriminierungsempfehlung (Rn. 106 ff. – juris) sowie weitere Fehler, u.a. mit Blick auf die schon angesprochene Bewertungsmethode (Rn. 150 ff. – juris, zur Bewertungsmethode oben Rn. 19 ff.). 36
- Die Rechtswidrigkeit der TAL-Genehmigung führt automatisch zur Rechtswidrigkeit der geplanten CFV 2.0-Genehmigung, da sie aufgrund der Übernahme der TAL-Entgelte insoweit zur TAL-Entgeltgenehmigung akzessorisch ist. Die Genehmigung darf nicht erteilt werden. 37
- Die Vorlage des Konsultationsentwurfs zeigt indes, dass die BNetzA dennoch die Genehmigung, möglicherweise unter Verweis auf die fehlende Rechtskraft des VG Köln-Urteils, erteilen will. Dann aber ist zumindest klarzustellen, dass die CFV 2.0-Genehmigung keinen Bestand hat, wenn das VG Köln-Urteil rechtskräftig wird. Jedenfalls ist die BNetzA verpflichtet, von Amts wegen die CFV 2.0-Entgeltgenehmigung aufzuheben, sobald das VG 38

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Köln-Urteil rechtskräftig geworden ist; ein etwaiges Rücknahmeermessen ist angesichts der bereits jetzt schon bekannten gravierenden und gerichtlich erstinstanzlich bestätigten Rechtsfehler auf Null reduziert (§ 48 VwVfG).

Im Sinn größtmöglicher Rechtssicherheit sowohl für TDG als auch für alle Nutzer des CFV 2.0-Produktes ist es geboten, schon jetzt in Form einer Nebenbestimmung klarzustellen, dass die Genehmigung erlischt, sobald das VG Köln-Urteil rechtskräftig geworden ist. Sollte die BNetzA Bedenken gegen eine solche auflösende Bedingung haben, ist zumindest ein Vorbehalt der rückwirkenden Aufhebung aufzunehmen. Der Vorbehalt muss auch den Fall erfassen, dass das VG Köln-Urteil zwar aufgehoben, im weiteren Verfahrensgang aber ein ergebnisgleiches Urteil rechtskräftig gefällt wird. Eine solche Nebenbestimmung stellt nach § 36 Abs. 1 VwVfG sicher, dass die gesetzlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Genehmigung umfassend erfüllt werden,

- in sachlicher Hinsicht: nur rechtmäßige TAL-Entgelte können übernommen werden, 40
- in zeitlicher Hinsicht: eine Korrektur aufgrund des TAL-Urteils muss die gesamte Geltungsdauer der Genehmigung erfassen, 41
- in persönlicher Hinsicht: als actus contrarius muss die Aufhebung allen Produktnachfragern zugutekommen. 42

Schließlich ist eine solche Nebenbestimmung, soweit sie sich auf den Aufhebungsvorbehalt bezieht, auch geeignet, bei TDG das Entstehen jeglichen Vertrauens auf den Bestand der zu erlassenden Entgeltgenehmigung zu vermeiden. Nicht zuletzt trüge ein solcher Vorbehalt dazu bei, das Risiko etlicher Klagen von Produktnachfragern gegen die Genehmigung deutlich zu verringern. 43

Wir beantragen daher, hilfsweise zu unserem Antrag vom 03.11.2021, förmlich, in die Genehmigung folgende Nebenbestimmungen aufzunehmen: 44

1. Die Genehmigung erlischt mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils des VG Köln vom 16.06.2021, Az. 21 K 4368/19, rückwirkend zum 02.03.2022 (Geltungsbeginn). 45
2. Die Genehmigung steht unter dem Vorbehalt der rückwirkenden Aufhebung für den Fall, dass die Genehmigung für die TAL-Überlassungsentgelte vom 26.06.2019, Az. BK3c-19/001, auf Klage zumindest eines Produktkunden oder aus sonstigem Grund zugunsten von Produktkunden aufgehoben wird. 46

10. Investitionswerte: Entgeltspreizung wegen Aggregation; Unterlassen aktiver Aggregation 47

Die BNetzA führt aus, die gerügte starke Entgeltspreizung (Rn. 5 ff SS VATM 22.11.2021) sei „insbesondere“ auf die dem Aggregationssegment für die Leistung CFV 2.0 allokierten Kosten zurückzuführen (Rn. 392). Bei den glasfaserbasierten Leistungen gebe es kaum ausgeprägte Aggregationseffekte. Daher stiegen die Anschlusskosten sensitiv mit zunehmender Länge des Aggregationssegments. Deshalb sei der Preisabstand zwischen den Regionen „Country“ und „Short Range Segment“ prägnanter. 48

Dies bestätigt im Ergebnis nur unsere Rüge, dass die Bereitstellung glasfaserbasierter Anschlüsse ohne Aggregation ineffizient ist. Der Entwurf widerlegt dies nicht. 49

Die BNetzA verweist zur Effizienzfrage auf eine Stellungnahme von TDG, in der diese den Verzicht auf eine aktive Aggregation als effizient bezeichnet habe (Rn. 404). Die BNetzA führt aus, „nach derzeitigem Erkenntnisstand“ sei es „sachgerecht“, dem TDG-Ansatz zu folgen (Rn. 405). Dabei berücksichtigt die BNetzA jedoch nicht das WIK-Breitbandkostenmodell, das bei diesen Anschlüssen als Kalkulationsprämissen nutzt, dass in der Gesamtrelation vom Kundenstandort bis zum BNG eine Aggregation stattfindet. Bezeichnenderweise hatte die BNetzA im letzten Entgeltgenehmigungsverfahren das WIK-Modell für den Effizienzabgleich herangezogen, nur für diese Anschlüsse hatte sie hiervon partiell abgesehen. Wir hatten die nur partielle Heranziehung des WIK-Modells im letzten Entgeltgenehmigungsverfahren daher auch als methodisch inkonsistent und damit rechtswidrig gerügt (siehe Rn. 121 ff., 126 SS VATM 25.03.2020, Anlage VATM 1). 50

Nach dem aktuellen Genehmigungsentwurf scheint die BNetzA das WIK-Breitbandkostenmodell nun nicht als alternative Erkenntnisquelle zu nutzen (Rn. 804 ff.). Sie führt aus, dass ein „ausreichend belastbarer Abgleich“ bei den glasfaserbasierten Anschlüssen nicht erfolgen konnte, da das WIK-Modell hierbei eine „aktive Aggregation durch DWDM-Einsatz“ annehme, hingegen im TDG-Netz nur eine passive Aggregation durch pWDM-Einsatz realisiert sei (Rn. 807). Diese Begründung ist freilich nicht tragfähig, läuft sie doch darauf hinaus, dass der Vergleich mit den vom WIK modellierten effizienten Leitungen nicht möglich sei, da die TDG-Leitungen anders konzipiert seien. Das spricht jedoch nicht gegen den Vergleich, sondern nur für die fehlende Effizienz der Leistungsbereitstellung durch TDG. 51

Ein Aussortieren des WIK-Modells als alternativer Erkenntnisquelle (§ 40 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 TKG) mit dieser Begründung wäre ermessensfehlerhaft. 52

- 11. Investitionswerte: Entfernungsabhängigkeit der Kosten** 53
- Wir hatten bereits in unserer Stellungnahme vom 22.11.2021 unsere Bedenken gegen eine entfernungsunabhängige Tarifierung dargelegt. Sie resultieren daraus, dass (1) gerade die Tiefbaukosten ein entfernungsabhängiger Kostentreiber sind sowie (2) die Preisdifferenz der Tarife für Verbindungslinien „kernnetzverbleibend“ und „kernnetzübergreifend“ nicht plausibel ist (Rn. 63 ff. SS VATM 22.11.2021). 54
- Diese Bedenken werden durch den Entwurf nur bestätigt, wenn die BNetzA allein für die Anschlusslinie die Unterschiede der Preise für die einzelnen Tarifregionen (Glasfaser) gerade mit der Längenabhängigkeit der Anschlusslinien erklärt (Rn. 393). Warum für die Verbindungslinien etwas anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich. 55
- 12. Investitionswerte: Kostenallokation anschluss- und verkehrsbezogen** 56
- Die BNetzA akzeptiert die TDG-Kostenallokation, derzufolge die Allokation der Netzstrukturkomponenten des Massenmarktes auf die Produktvariante Verbindungslinie < 20M verkehrsbezogen, hingegen die Allokation der Netzstrukturkomponenten des Individualmarktes auf die Produktvariante 2M – 150M anschlussbezogen erfolge (Rn. 424). 57
- Dies ist nicht nachvollziehbar, da sich die so bezeichneten Produktvarianten in ihren Bandbreiten überschneiden. Wie erfolgt die Allokation für die Verbindungslinien der Schnittmenge 2M – 10M? Wir bitten um eine Klarstellung. 58
- 13. Investitionswerte: effiziente Kosten bei Verbindungen zwischen 2 nebeneinanderstehenden BNG-Geräten** 59
- Nach Tenorziffer 4 soll ein Nachfrager ein Verbindungsentgelt auch dann zahlen, wenn TDG eine Verbindung zwischen zwei nebeneinanderstehenden BNG-Geräten am selben Standort herstellt. Eine solche Verbindung wäre also genauso teuer wie eine Verbindung zwischen zwei BNG-Geräten, die an unterschiedlichen Standorten, jedoch innerhalb eines Kernnetzes stehen. Es ist nicht plausibel, dass dies eine verursachungsgerechte Kostenzuordnung und eine effiziente Leistungsbereitstellung widerspiegeln könnte (siehe Rn. 68 SS VATM 22.11.2021). 60

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

14. Kapitalkostensatz / Anwendung der WACC-Mitteilung 61

Die BNetzA hält an ihrer Position fest, weiter die für die Bestimmung des Kapitalkostensatzes maßgebliche „Mitteilung der Kommission über die Berechnung der Kapitalkosten für Altinfrastrukturen“ (2019/ C 375/01) („WACC-Mitteilung“) nicht vollständig anzuwenden, sondern zur Bestimmung des risikofreien Zinses im Rahmen des von ihr gewünschten Gleitpfades einen Mittellungszeitraum von 10 Jahren und nicht, wie die WACC-Mitteilung fordert, von 5 Jahren anzusetzen (Rn. 451 ff., 583 ff.). Dies ist hochrelevant, betrüge doch der so ermittelte Gesamtkapitalkostensatz 3,12 %, während er bei vollständiger Anwendung der WACC-Mitteilung bei 2,26% läge (Rn. 625). 62

Diese Vorgehensweise begegnet nach wie vor erheblichen rechtlichen Bedenken (siehe bereits ausführlich Rn. 81 ff. SS VATM 22.11.2021). Angesichts des beträchtlichen Zinsunterschieds kann keine Rede davon sein, dass die Abweichungen nur „minimalinvasiv“ (Rn. 638) sind. Hinzu kommt, dass das neue Entscheidungskriterium des § 42 Abs. 3 Nr. 5 TKG (EU-weite Harmonisierung der Methoden bei der Bestimmung des Zinssatzes) nicht hinreichend gewichtet wird. 63

Wenn die BNetzA betont, sie wolle Anreize für Investitionen auch der Wettbewerber setzen (Rn. 645 ff., 649), muss sie sich fragen lassen, warum sie dann im Rahmen ihres PKS-Tests Wettbewerber, die Mietleitungen von TDG unter Einsatz gerade ihrer eigenen Infrastruktur nutzen wollen, als ineffizient qualifiziert (Rn. 834, 654). Die Genehmigung wäre in diesem zentralen Punkt widersprüchlich. 64

15. Gemeinkostenallokation nach Tragfähigkeit 65

Die BNetzA führt aus, Gemeinkosten der Führungsbereiche, auch des Konzerns, seien dem Produkt nach Tragfähigkeit zugeordnet worden (Rn. 779). 66

Diese Vorgehensweise begegnet bereits insoweit grundsätzlichen Bedenken also eine solche Kostenallokation mit dem von der BNetzA selbst als maßgeblich bestimmten Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht vereinbar ist; er fordert eine verursachungsgerechte Kostenzuordnung (BVerwG, Urt .v. 27.05.2020, Az. 6 C 1.19, Rn. 61 f.). Ungeachtet dessen ist in keiner Weise transparent, wie im konkreten Fall diese Kostenallokation vorgenommen wurde. Wird das Produkt CFV 2.0 im Vergleich zu anderen Produkten als besonders tragfähig angesehen? In welchem Umfang wurden konkret Gemeinkosten allokiert? 67

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

- 16. Gebührenüberwälzung** 68
- Die BNetzA kündigt an, die von der Antragstellerin für die Genehmigung zu entrichtenden Gebühren künftig als neutrale Aufwendungen im Rahmen der Entgeltgenehmigung zu berücksichtigen (Rn. 795 ff., 802). Dies widerspricht § 42 Abs. 2 TKG 2021 (siehe hierzu ausführlich Rn. 92 SS VATM 22.11.2021). An der Rechtswidrigkeit ändert nichts, dass hier nur eine Tarifierhöhung in „Centbereich“ (Rn. 803) in Rede steht. 69
- 17. Versagungsgrund: Preis-Kosten-Schere** 70
- Würde die Genehmigung wie im Entwurf erlassen, wäre sie – wie auch schon die Vorgängergenehmigung – rechtswidrig. Die zur Genehmigung vorgesehenen Entgelte sind nicht genehmigungsfähig, da sie missbräuchlich wären (§ 39 Abs. 1 Satz 2 HS 1 TKG). Insoweit greift die Missbrauchsvermutung der Preis-Kosten-Schere (PKS, § 39 Abs. 2 Nr. 3 TKG). Zudem wäre die Genehmigung wegen Verletzung der behördlichen Amtsaufklärungspflicht rechtswidrig. 71
- 17.1 Maßgeblich für die Prüfung ist das Carrier-Geschäftsmodell, ist dem die Beigeladenen, Wettbewerber und Wholesale-Kunden von TDG unter Einsatz ihres eigenen Netzes TDG-Mietleitungen nutzen, um ihren Endkunden Telekommunikationsdienstleistungen bereitzustellen. Strukturell sieht diese maßgebliche Produktnutzungsvariante so aus: 72
- Endkunde – CFV – Wettbewerbernetz – CFV - Endkunde 73
- Führt man für diese, im Markt allein maßgebliche Produktnutzungsvariante den PKS-Test durch, ergibt sich eine drastische Preis-Kosten-Schere: 74
- In den weitaus meisten Fällen liegen die Einkaufspreise der Wholesale-Wettbewerber für die CFV 2.0 über (!) den TDG-Endkundenpreisen für das Benchmark-Produkt EC 2.0. In diesen Fällen ist es von vornherein ausgeschlossen, dass die Wholesale-Wettbewerber mit ihren als Vorleistung von TDG zu erwerbenden Produkten eine angemessene Kapitalrendite erwirtschaften können. 75
 - Auch soweit, in nur drei Fällen, die CFV 2.0-Preise unter den TDG-EC 2.0-Endkundenpreisen liegen, besteht eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere: Der Abstand zwischen den Preisen auf beiden Marktstufen müsste mindestens 50 % betragen, um effizienten Wettbewerbern von TDG unter dem für die Produktkonfiguration notwendigen Einsatz ihres eigenen Netzes eine kostendeckende Geschäftstätigkeit auf dem Endkundenmarkt zu ermöglichen. Diese Voraussetzung ist nicht gegeben. 76

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Wir haben bereits in unserem Schriftsatz vom 25.03.2020 im vorherigen Genehmigungsverfahren (hier vorgelegt als Anlage VATM 1) dargelegt, wie ein den gesetzlichen Vorgaben genügender PKS-Test durchzuführen ist (dort Rn. 1 ff.). Mit derselben Methode wurden die nun zur Genehmigung vorgesehenen Entgelte im Verhältnis zum Endkundenprodukt EC 2.0 geprüft. 77

Um eine EC 2.0-Leistung als Verbindung zwischen 2 Endkundenanschlüssen unter Einsatz des eigenen Netzes nachbilden zu können, sind zwei CFV 2.0 anzusetzen, mit jeweils einem Anschluss Customer Sited und einem Anschluss Kollokationszuführung. Die konkrete Herleitung der Entgelte wurde in Rn. 16 ff. VATM-SS 25.03.2020, Anlage VATM 1, erläutert, hierauf sei verwiesen; wiederholt seien nur die wesentlichen Rechenschritte für die Berechnung des CFV 2.0-Entgeltes: Für *eine* CFV 2.0 wurde ein monatliches Anschlussentgelt jeweils für einen Anschluss Customer Sited und einen Anschluss Kollokationszuführung sowie ein Überlassungsentgelt für eine Verbindung kernnetzverbleibend angesetzt, zuzüglich des anteiligen Entgeltes für die Express-Entstörung. Addiert wurden schließlich noch die Bereitstellungsentgelte für zwei Anschlüsse, auf der Basis eines Dreijahresvertrages in Monatsentgelte umgerechnet (Beispiel für Short Range / Short Range: $(115,82 + 53,41 + 47,70) + 6,6/12 + (1627,01 + 1627,01)/36 = 307,8750$). Da für die Nachbildung von EC 2.0 *zwei* CFV 2.0 benötigt werden, wurde dann dieser Betrag mit dem Faktor 2 multipliziert (= 615,74). 78

Hier die Ergebnisse des PKS-Tests: 79

LOSCHELDER

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Preisvergleich zu PUG 2		Aufschlag in Prozent																0%		
		günstigster / teuerster Preis		785,79 €																785,79 €
100 Mbit/s Glasfaser	EC 2.0	Kundenanschluss in		CORE				Country				CORE				Country				
		VK Monatlich		785,79 €	785,79 €	785,79 €	785,79 €	785,79 €	785,79 €	785,79 €	785,79 €	785,79 €	785,79 €	785,79 €	785,79 €	785,79 €	785,79 €	785,79 €	785,79 €	
	CFV 2.0	Kollokationsanschluss in		Short Range (11%)				Backbone (12%)				Metro (18%)				Country (59%)				
		Kundenanschluss in		Short Range	Backbone	Metro	Country	Short Range	Backbone	Metro	Country	Short Range	Backbone	Metro	Country	Short Range	Backbone	Metro	Country	
EK Monatlich (Bereitstellung umgelegt auf 36 Monate)		615,74 €	711,62 €	844,84 €	959,76 €	711,62 €	807,50 €	940,72 €	1.055,64 €	844,84 €	940,72 €	1.073,94 €	1.188,86 €	959,76 €	1.055,64 €	1.188,86 €	1.303,78 €			
DB 1 bei VK der Telekom		21,6%	9,4%	-7,5%	-22,1%	9,4%	-2,8%	-19,7%	-34,3%	-7,5%	-19,7%	-36,7%	-51,3%	-22,1%	-34,3%	-51,3%	-65,9%			
2 x Anschl. C.S., 2 x Kollo, 2 x Verb.		Gewichteter Durchschnittspreis aller vier Regionen: 1.127,17 €																		
		günstigster / teuerster Preis		615,74 €																1.303,78 €
		Aufschlag in Prozent																		111,7%

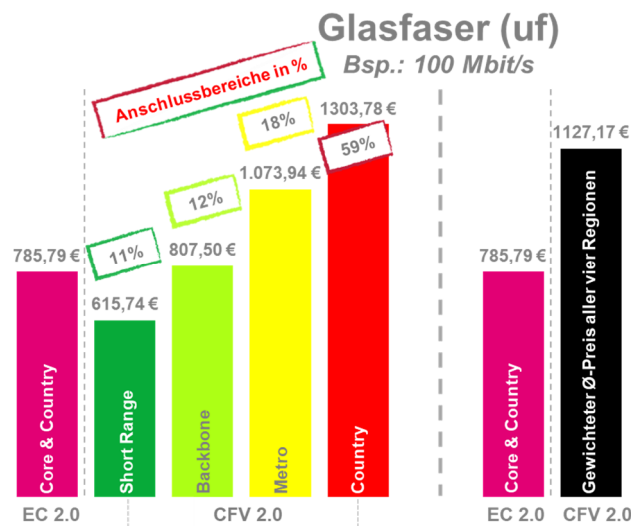
80

Der abnehmende Carrier hat zur Nachbildung weitere erhebliche Aufwände und Kosten:
Netzzuführungs-, Equipment- und Betriebskosten in der Kollokation der BNGs sowie für das eigene Netz

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Die PKS ist stark ausgeprägt; sie ist in *sämtlichen* Konstellationen gegeben. Mit drei Ausnahmen liegt in allen Fällen das EC 2.0-Entgelt *unter* dem CFV 2.0-Vorleistungsentgelt. Und auch in den drei Ausnahme-Konstellationen reicht der Abstand zwischen dem Endkundenentgelt und dem Vorleistungsentgelt (bis zu 21,6 %) nicht aus, um den Wholesale-Kunden ihr Endkundengeschäft zu ermöglichen. Besonders stark ausgeprägt ist die Preis-Kosten-Schere in den Regionen Metro und Country (= 77 % aller Anschlussbereiche!); das Vorleistungsentgelt liegt bis zu 65,9 % über dem Benchmark-Endkundenentgelt!

Hier die graphische Aufbereitung dazu: 82



17.2 Die PKS-Prüfung der BNetzA ergab demgegenüber, dass das zur Genehmigung vorgesehene Entgelt nicht zu einer PKS führt (Rn. 819 ff.). Dieses Ergebnis ist unzutreffend. Die Prüfung ist in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft (siehe zu allem bereits ausführlich Rn. 13 ff. SS VATM 22.11.2021): 84

- Die BNetzA hat auf Wettbewerberseite nur das im Markt überhaupt nicht relevante Reseller-Geschäftsmodell berücksichtigt. Bei diesem Modell wird *eine* EC 2.0-Leitung durch *eine* CFV 2.0-Mietleitung nachgebildet. Mit diesem Geschäftsmodell wird aber nicht, wie gesetzlich vorgegeben, eine effiziente Wettbewerbertätigkeit erfasst. Hierfür hätte die BNetzA die nachfragenden Wettbewerber mit ihrem Carrier-Geschäftsmodell (Nutzung der CFV 2.0 zusammen mit ihrem eigenen Netz, siehe soeben Rn. 72 ff.) berücksichtigen müssen. Dies ist jedoch nicht geschehen. 85

Der Hinweis der BNetzA, angesichts der „vergleichsweise niedrigen Transitkosten“ (Rn. 834) oberhalb der Anschlussebene bei dem BNG-Netz von TDG sei die Nutzung 86

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

einer eigenen Transitnetzinfrastruktur der Wettbewerber nicht effizient, geht fehlt. Es geht nicht nur um diese Transitzkosten, sondern vor allem um die Möglichkeit der Wettbewerber, eigene innovative und kompetitive Endkundenprodukte zu kreieren. Dies ist ihnen nur möglich, wenn sie ihr eigenes Netz nutzen können. Hierzu haben die Beigeladenen in diesem Verfahren (Rn. 24 SS VATM 22.11.2021) und dem parallelen Beschwerdeverfahren VPN 2.0 (Az. BK2a-19/018) mehrfach vorgetragen. So haben sie etwa mit Schriftsatz vom 27.11.2020 mit Vorlage konkreter Unternehmensanlagen (BuGG) ausgeführt (Rn. 34), dieser Vortrag gilt uneingeschränkt auch für die Nutzung der CFV 2.0:

„0. Zur Relevanz des Carrier-Geschäftsmodells 87

Zunächst sei nochmals betont, dass für die Beschwerdeführerinnen entscheidend ist, dass sie die Vorleistung VPN 2.0 in ihrem Carrier-Geschäftsmodell nutzen können. Allein die unveränderte Weitergabe einer VPN 2.0-Verbindung im Rahmen eines Reselling führte dazu, dass die Wettbewerber ihren Endkunden nur eine Transportleistung bereitstellten. Von den Endkunden nachgefragt werden aber darauf aufbauende Dienste und Anwendungen wie Telefonie, hochbitratiger Internetzugang, Firewall- und weitere hochwertige Sicherheitsanwendungen (z.B. Verschlüsselung). Solche Leistungsmerkmale sind den Beschwerdeführerinnen nur möglich, wenn sie die Verbindungen über ihr eigenes Netz führen. Nur dann können sie die bis dahin reine Transportleistung VPN 2.0 mit solchen zusätzlichen, vom Endkunden nachgefragten Leistungsmerkmalen veredeln. Der Einsatz des eigenen Netzes macht es zwingend notwendig, für die Anbindung des A- und des B-Endes einer Verbindung bei TDG jeweils eine VPN 2.0-Verbindung zu mieten. Entbehrlich wäre dies nur dann, wenn der Wettbewerber einen Kunden selbst an sein Netz anschließen könnte, dies setzte aber eine eigene Infrastruktur vor Ort voraus, über die nur wenige Wettbewerber verfügen. 88

Beispiele aus dem Kreis der Beschwerdeführerinnen sind in den Anlagen 1&1 Versatel, ecotel, Plusnet und Vodafone (allesamt BuGG) dargestellt.“ 89

Wir machen diesen Vortrag und die vorgelegten Anlagen ausdrücklich auch zum Gegenstand dieses Verfahrens; wir bitten, den Schriftsatz und die Anlagen zu den Verfahrensakten hinzuziehen. 90

Indem die BNetzA diesen Sachverhalt nicht berücksichtigt, ist ihr PKS-Test fehlerhaft; dies führt zur Rechtswidrigkeit der Entgeltgenehmigung. Das Reseller-Geschäftsmodell, auf das die BNetzA allein ihren PKS-Test stützt, ist für den Markt nicht relevant. Indem die BNetzA ihren PKS-Test allein darauf stützt, geht sie an der Marktwirklichkeit vorbei und verfehlt die Regulierungsziele, Innovationen und infrastrukturasierten Wettbewerb zu fördern, deutlich. 91

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

- Die von der BNetzA erneut verwendete Überleitrechnung (Rn. 844) blendet gerade das Missbrauchselement, das in der regionenabhängigen Tarifierung auf Vorleistungsebene und der bundesweit einheitlichen Tarifierung auf Endkundenebene liegt, aus. 92
- Die BNetzA hat die Prüfung auf das TDG-Endkundenprodukt Ethernet Connect 2.0 beschränkt. Sie hätte auch das Produkt BPA einbeziehen müssen. Die bisherigen Geschäftskundenprodukte EC 2.0 und DCIP gehen im neuen Produkt BPA auf. BPA wird als Anschlussprodukt die einheitliche, zentrale Grundlage für die Bereitstellung einer Vielzahl digitaler Dienste durch TDG sein (siehe hierzu Rn. 53 SS VATM 22.11.2021). Wenn EC 2.0 aus Sicht der BNetzA ein für den PKS-Test maßgebliches Produkt ist, muss dies zwangsläufig auch für BPA gelten (zu dem erforderlichen Korrespondenzverhältnis siehe Rn. 16, 43 ff. SS VATM 22.11.2021 und Rn. 45 ff. SS VATM 25.03.2020 (Anlage VATM 1)). 93


Ungeachtet dessen ist für uns die vollständige Qualifizierung der PKS-Testergebnisse als BuGG von TDG nicht verständlich. Sowohl die Entgelte für CFV 2.0 als auch die Endkundenentgelte für EC 2.0 sind bekannt. Worin der Geheimnischarakter der Testergebnisse liegen soll, erschließt sich nicht. Wir beantragen ausdrücklich, 94

uns die Ergebnisse der PKS-Prüfung ungeschwärzt zugänglich zu machen.

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthält dieser Schriftsatz nicht. 95

Für Rückfragen stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Beste Grüße



Dr. Raimund Schütz

(mit qualifizierter elektronischer Signatur)