

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

Vorab per Mail: Gerlinde.Schmitt-Kanthak@BNetzA.de u.a.

Per beA

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

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

Az.: 001375-23 Scü/Zs

26. Februar 2024

**TDG-Produkt CFV Ethernet 2.0 // Entgeltgenehmigung
Az. BK2a-23/005**

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

nachfolgend nehmen wir zu dem Ende Januar veröffentlichten Konsultationsentwurf der neuen Genehmigung für die CFV 2.0-Entgelte von TDG Stellung.

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. 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.⁷
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. Söre Jötten³
Dr. Florian Dressel³
Dr. Svenja Fröhlich
Farzan Daneshian, LL.M.¹
Gina Hützen
Dr. Tim Leverentz
Thomas Mäuser
Dr. Fabian Reiter
Dr. Philipp M. P. Schrage

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 Attorney at Law (New York)

* bis 2019

I. Verfahrensfragen

1

Wir berücksichtigen die Anfang Februar auf der Internetseite der BNetzA veröffentlichte Korrektur des geplanten Beschlusstexts. Wir haben mit Verwunderung zur Kenntnis genommen, dass die BNetzA die Beigeladenen über diese Veröffentlichung nicht informiert hat; der Unterzeichner hat die Veröffentlichung rein zufällig gefunden. Der guten Ordnung halber weisen wir darauf hin, dass die Ausschlussfrist des § 215 Abs. 5 TKG, auf die die BNetzA in ihrer Internetveröffentlichung hingewiesen hat, nicht greift, da die Frist mangels Mitteilung an die Beigeladenen nicht ordnungsgemäß gesetzt wurde.

2

Wir bedauern, dass die BNetzA ihre Praxis fortsetzt, die Anträge der Beigeladenen auf Akteneinsicht (hier: Schriftsatz vom 11.12.2023) zu ignorieren. Dies führt zu einem Verfahrensfehler; die mögliche Heilung im nachträglichen Gerichtsverfahren ersetzt die gebotene Transparenz im Genehmigungsverfahren nicht.

3

Im Übrigen trifft die Auffassung der BNetzA, die in früheren Verfahren gestellten Anträge seien trotz des Verweises auf diese Anträge in unseren Schriftsätzen in diesem Verfahren nicht relevant (Rn. 844), nicht zu. Wir haben ausdrücklich erklärt, dass wir die beiden vorgelegten Stellungnahmen 2020 und 2022 in vollem Umfang zum Gegenstand dieses Verfahrens machen (S. 2 SS 11.12.2023). Dies umfasst auch gestellte Anträge. Sachlich ist dies gerechtfertigt, weil die BNetzA sich mit ihrem Entscheidungsprogramm und ihrer Entscheidung selbst in großem Umfang am Inhalt der Vorgängergenehmigungen orientiert. In der mündlichen Verhandlung betonte die BNetzA, dies sei gerechtfertigt, da es sich nur um eine Folgegenehmigung handle. Es ist nicht ersichtlich, warum Anträge, die nach wie vor zum Genehmigungssachverhalt passen, nicht relevant sein sollen. Die Nichtberücksichtigung dieser Anträge macht die Genehmigung per se rechtswidrig.

4

Schließlich ist nicht erkennbar, dass die BNetzA unseren PKS-Antrag im Schriftsatz vom 22.12.2023 (S. 7) berücksichtigt hat. Dies ist für die Beigeladenen angesichts der Relevanz dieses Antrags für die PKS-Prüfung nicht nachvollziehbar.

5

II. Sachfragen

6

Die geplante TDG-Entgeltgenehmigung ist rechtswidrig. Wie bereits in unserem Schriftsatz vom 22.12.2023 ausgeführt, sind jedenfalls Entgelte, die über den aktuellen Entgelten liegen, nicht genehmigungsfähig. Trotzdem sieht die Genehmigung in den meisten Produktvarianten Entgelterhöhungen vor. Damit genügt sie den rechtlichen Vorgaben nicht.

7

1. **Festlegung des Maßstabs wettbewerbsanaloger Entgelte** 8

Geboten ist freilich zunächst die Festlegung der BNetzA, die Entgelte dürften weder missbräuchlich sein noch die Summe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) und der neutralen Aufwendungen übersteigen (Rn. 102). Die Erwägungen der BNetzA für diesen Maßstab überzeugen. Dies gilt allein schon im Hinblick darauf, dass die bisherigen Genehmigungen für das Entgelt CFV 2.0 auf diesen Maßstab abstellten und Gesichtspunkte, die eine nun abweichende Entgeltbemessung geböten, nicht ersichtlich sind. 9

Nur mit einer strikten Anwendung des KeL-Maßstabs können überhöhte Vorleistungsentgelte, die den Endkundenmarktauftritt der zugangsnachfragenden Wettbewerber erschweren oder sogar unmöglich machen, sicher vermieden werden. 10

Wir regen an, bei der Wahl des KeL-Maßstabs zu berücksichtigen, dass § 39 Abs. 1 TKG mit der Benennung möglicher Entgeltmaßstäbe auch dahin verstanden werden kann, dass er eine weniger starke Vorprägung auf den KeL-Maßstab als die Vorgängernorm des § 31 Abs. 1 TKG 2004 enthält. Ein Pendant zu § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG 2004 fehlt im geltenden TKG. Dies müsste bei den Erwägungen der BNetzA zur Maßstabswahl berücksichtigt werden, um Abwägungsfehler zu vermeiden. 11
2. **TDG-Netzkonfiguration: Fehlende BNG-Vermaschung ineffizient** 12

Nach Ziffer 4 des geplanten Genehmigungstenors ist ein Verbindungsentgelt dann zu entrichten, wenn beide Anschlüsse einer CFV 2.0 demselben BNG-Standort zugeordnet, dort aber über unterschiedliche BNG-Geräte angeschlossen sind. Es bleibt also bei der bisherigen Genehmigungslage, dass ein Verbindungsentgelt schon dann anfällt, wenn TDG eine Verbindung zwischen zwei neben einander stehenden BNG-Geräten herstellt. Die BNetzA rechtfertigt dies mit der fehlenden Vermaschung der BNG je BNG-Standort. Die tatsächliche TDG-Netzarchitektur sei hinzunehmen (Rn. 208 f.). 13

Dies überzeugt nach wie vor nicht. Eine derartige Tarifierung verletzt das KeL-Gebot; damit würden ineffiziente Leistungen vergütet. Die Beantwortung der Effizienzfrage hängt davon ab, wie sich das regulierte Unternehmen mutmaßlich verhielte, wenn ein funktionierender Markt für das in Rede stehende regulierte Produkt bestände (BVerwG, Urt. v. 24.06.2009, Az. 6 C 19/08, Rn. 19). So nähme bei einem Effizienzvergleich zweier Vorgehensweisen ein Unternehmen unter Effizienzgesichtspunkten von einer Vorgehensweise Abstand, wenn der dafür erforderliche Aufwand unverhältnismäßig wäre, weil er sich innerhalb eines angemessenen, prognostisch hinreichend sicher erfassten Zeitraums voraussichtlich nicht amortisieren würde (BVerwG, Urt. v. 24.06.2009, Az. 6 C 19/08, Rn. 19). 14

- Nach diesen Maßstäben ist in keiner Weise erkennbar, dass eine Verkehrsführung von einem BNG zu einem zweiten direkt neben ihm stehenden BNG über einen übergeordneten, weit entfernt stehenden Netzknoten (Label Switching Router, LSR) effizienter sein könnte als eine kurze, wenige Zentimeter lange Verbindung zwischen diesen BNG. 15
- Für den Fall, dass die BNetzA dem trotzdem nicht folgen wollte, beantragen wir, 16
- zum Beweis der Tatsache, dass eine Verkehrsführung zwischen zwei nebeneinander stehenden BNG an einem BNG-Standort über einen entfernten übergeordneten Netzknoten, ohne direkte Querverbindungen zwischen diesen BNG, den Anforderungen einer effizienten Leistungserbringung nicht genügt, ein Sachverständigengutachten einzuholen.
- Wie bereits in früheren Verfahren dargelegt, wird unsere Einschätzung durch die Regulierungspraxis der Beschlusskammer 3 unterstrichen. Im Rahmen des Standardangebotsverfahren L2 BSA hat diese Kammer die fehlende Quervermaschung der BNG kritisch gesehen. Um dem Effizienzdefizit Rechnung zu tragen, hat die Kammer in ihrer Entscheidung TDG auferlegt, bei Auslastung eines BNG die wegen fehlender BNG-Vermaschung erforderliche Migration des Wholesale-Kunden zu einem zweiten BNG für diesen Wholesale-Kunden unentgeltlich auszugestalten (siehe BNetzA, erste Teilentscheidung zum Standardangebot L2-BSA, Az. BK3-15-003, Ziffer VI.5 des Tenors sowie S. 90 f.). Dies wäre nicht gerechtfertigt, wenn das Migrationsverlangen von TDG den Effizienzanforderungen genüge. Entscheidend ist, dass das Fehlen der Vermaschung keinen Nachteil des Wholesale-Kunden auslösen soll. Dies muss im Sinne konsistenter Regulierung auch für die CFV 2.0-Entgelte gelten. 17
- 3. Investitionswert: Bewertung wiederverwendbarer Kabelanlagen zu Wiederbeschaffungswerten mehrfach rechtswidrig 18**
- Die BNetzA hält entgegen unserer wiederholt vorgebrachten Bedenken an ihrer Genehmigungspraxis, die Investitionswerte durchgehend, also auch für wieder verwendbare Kabelkanalanlagen und Kabelschächte, nach Bruttowiederbeschaffungswerten zu bestimmen, fest. 19
- Dies kann rechtlich nicht überzeugen. Diese Bewertungsmethodik verfehlt den gesetzlichen Bewertungsmaßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Mit dieser Vorgehensweise werden die Grenzen des der BNetzA eingeräumten Beurteilungsspielraums mehrfach überschritten: 20

- Die BNetzA räumt ein, dass der Ansatz von Bruttowiederbeschaffungswerten zu höheren Wertansätzen führt als eine Bewertung zu Anschaffungs- und Herstellungskosten (und darauf aufbauender Indexierung) (etwa Rn. 227); die Bewertung führe zu Entgelten, die die tatsächlichen Kosten überschritten (Rn. 254). Dass sich hieraus erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt ergeben können, durch von TDG intern quersubventionierte Endkundenpreise, sieht auch die BNetzA. Sie hält diese Gefahr aber dadurch gebannt, dass sie bei entsprechenden Anzeichen Scherenprüfungen vornehmen müsse (Rn. 254).

Dies überzeugt allein schon deshalb nicht, weil sich die BNetzA weiter weigert, das Carrier-Geschäftsmodell bei ihrer Preis-Kosten-Scheren (PKS)-Prüfung zu berücksichtigen (siehe Rn. 52 ff.). Der von der BNetzA selbst betonte PKS-Schutz läuft damit leer, ganz abgesehen davon, dass das Entgeltniveau dieses Missbrauchsverbots aufgrund der zu berücksichtigenden Erheblichkeitsschwelle über dem hier maßgeblichen KeL-Niveau liegt.

Indem die BNetzA selbst darauf hinweist, dass mit ihrer Bewertung die Istkosten von TDG überschritten werden, räumt sie zugleich eine Verletzung des von ihr selbst als maßgeblich festgelegten KeL-Gebots ein – und damit die Rechtswidrigkeit ihrer Genehmigung.

- Widersprüchlich und unplausibel ist die Erwägung, der Ansatz von Bruttowiederbeschaffungswerten sei sinnvoll, um Anreize zur Anlagenduplizierung zu setzen. Eine solche Anreizsetzung widerspricht bei wiederverwendbaren Kabelanlagen der gesetzlichen Zielrichtung, eine Mitnutzung vorhandener Kabelanlagen zu ermöglichen und zu fördern (siehe hierzu nur §§ 78 ff., 128, 136 ff. TKG).

Zudem wird es auch im Geschäftskundenbereich nur in wenigen Fällen sinnvoll sein, parallel zu vorhandenen Kabelanlagen neue Kabelanlagen zu bauen. Insbesondere die Annahme der BNetzA, die Anschlusslinie sei für eine Anzahl effizienter Wettbewerbermodelle duplizierbar (Rn. 290 ff.), wird in ihrer Weite von den Beigeladenen ausdrücklich bestritten. Gerade im ländlichen Bereich ist es selbst für die Versorgung attraktiver Geschäftskunden für etliche der Beigeladenen nicht wirtschaftlich und effizient, eine eigene Anschlusslinie zu errichten.

Beweis: Sachverständigengutachten

Es ist denn auch nicht erkennbar, auf welche Tatsachengrundlage die BNetzA die Notwendigkeit einer Anreizsetzung zur Duplizierung von Kabelanlagen stützt.

Entsprechende Markterhebungen der BNetzA, die den Wunsch der TDG-Wettbewerber erkennen ließen, solche parallelen Anlagen bauen zu wollen, sind den Beigeladenen nicht bekannt.

- Die Bewertungsmethodik für Kabelanlagen verletzt das gesetzliche Konsistenzgebot (§ 38 Abs. 5 Nr. 2 TKG). Wie bereits vorgetragen, hat das VG Köln für den TAL-Markt die Bewertung nach Bruttowiederbeschaffungswerten als gegen die EU-Nichtdiskriminierungsempfehlung verstoßend gerügt (Urt. v. 16.06.2021, Az. 21 K 4368/19, Rn. 156 ff. – juris). Die Empfehlung gibt für wiederverwendbare bauliche Anlagen eine Bewertung nach Anschaffungs- und Herstellungskosten mit anschließender Indexierung vor. Mit dem Konsistenzgebot ist es dann aber nicht vereinbar, ein und dieselbe Anlage für das TAL-Produkt anders (niedriger) als für das CFV 2.0-Produkt zu bewerten (zur Identität der Produktrealisierung von kupferbasierter Anschlusslinie und der TAL: Rn. 423 Genehmigung 2022). 28

Es überrascht, dass sich die BNetzA trotz unseres ausführlichen Vortrags hierzu mit dem gesetzlichen Konsistenzgebot nicht auseinandersetzt. Wir haben aufgezeigt, dass ein rein marktbezogenes Verständnis des Konsistenzgebotes mit der gesetzlichen Vorgabe nicht vereinbar ist. Nur mit einer marktübergreifenden Anwendung des Konsistenzgebotes lässt sich eine missbräuchliche Kosten-Kosten-Schere (§ 37 Abs. 2 Nr. 4 TKG) vermeiden. Nichts anders kann dann für den Tatbestand der preis-Kosten-Schere gelten. 29

4. Investitionswert: Berücksichtigung abgeschriebener Anlagen zu Wiederbeschaffungswerten mehrfach rechtswidrig 30

Nach wie vor nicht nachvollziehbar ist die Vorgehensweise der BNetzA, eine Bewertung zu Bruttowiederbeschaffungswerten auch für solche Kabelanlagen vorzunehmen, die TDG bereits beschrieben hat (Rn. 312 f.). 31

- Es verstößt erneut gegen das Konsistenzgebot, ein- und dieselbe Anlage für die Bestimmung eines Produktentgelts zu berücksichtigen (CFV 2.0), für ein anderes Produktentgelt aber nicht (TAL). 32

- Es ist auch nicht mit dem KeL-Maßstab vereinbar, dass TDG die Investition in eine Anlage über ihre Entgelte mehr als einmal refinanzieren kann. Auch in dem Konsultationsentwurf definiert die BNetzA selbst als Grenze jeglicher Investitionswertbildung die Beschränkung auf einen Investitionszyklus; im kalkulatorischen Gesamtsystem habe die Summe aus dem Barwert der Abschreibungen und der Zinsen auf das gebundene Kapital am Ende des Investitionszyklus genau dem ursprünglichen 33

Anschaffungswert zu entsprechen (Rn. 212). Das Vorgehen der BNetzA führt aber im Ergebnis dazu, dass Kabelkanalanlagen jeweils mit mehreren Investitionszyklen Berücksichtigung finden. Sie werden fiktiv mehrfach refinanziert, obwohl sie faktisch nur einmal beschafft werden müssen. Die BNetzA spricht denn auch in ihrem Entscheidungsentwurf selbst von „Überrenditen“ von TDG (Rn. 314). Solche Überrenditen sind aber mit dem KeL-Maßstab nicht vereinbar.

Auch in diesem Punkt ist der Verweis der BNetzA auf den Schutz der Wettbewerber vor missbräuchlichen TDG-Praktiken durch Scherenprüfungen der BNetzA (Rn. 315) nicht nachvollziehbar, weigert sie sich doch erneut, Infrastrukturwettbewerber von TDG mit ihrem Carrier-Geschäftsmodell bei dem PKS-Test zu berücksichtigen. Dann gibt es aber auch keinen wirksamen Schutz der Wettbewerber vor den Missbrauchspraktiken von TDG. 34

Zum obiter dictum des VG Köln (Rn. 356): Es erstaunt, dass die BNetzA meint, ihre Praxis hierauf stützen zu müssen. Das Gericht betont ausdrücklich, dass die Hinweise nur auf einer „überschlägigen Prüfung der Sach- und Rechtslage“ beruhen (S. 17 UA). Das Gericht hat sich denn auch in dem von der BNetzA gebrachten Zitat nicht ansatzweise mit der gebotenen Auslegung des gesetzlichen Konsistenzgebots befasst. Die Auffassung des VG ist ersichtlich nicht belastbar. 35

5. Investitionswert: Methodik der Übernahme TAL-Entgelte 36

Die BNetzA führt aus, sie habe für die kupfergeführten Leitungen der Anschlusslinie das genehmigte TAL-Entgelt CuDa 2 DR verwendet, allerdings ohne Berücksichtigung der Nichtdiskriminierungsempfehlung. 37

Wir bitten um Mitteilung, wie diese Nichtberücksichtigung genau zu verstehen ist. Insbesondere bitten wir um Auskunft über die Methodik, mit der Investitionswert für die wiederverwendbaren Anlagen, der nach der BNetzA-Darstellung von der TAL-Berechnung abweicht, gebildet wurde. Wurde insoweit dann überhaupt nicht auf die TAL-Entgelte abgestellt (vgl. Rn. 355)? 38

6. Investitionswert: Tiefbaukosten 39

Der Konsultationsentwurf lässt nicht erkennen, dass bei der Kostenkalkulation öffentliche Fördermittel, die TDG erhalten hat, kostensenkend berücksichtigt wurden. Wir beantragen daher erneut, wie schon in den letzten Genehmigungsverfahren, 40

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.

7. Kapitalzinssatz: rechtswidrige Abweichung von Vorgaben der WACC-Mitteilung 41

Es überrascht, dass die BNetzA bei der Bestimmung des Kapitalzinssatzes erneut von der maßgeblichen „Mitteilung der Kommission über die Berechnung der Kapitalkosten für Altinfrastrukturen“ (2019 / C 375/01) („WACC-Mitteilung“) abweicht. Dies ist hochrelevant: Der von der BNetzA verwendete Kapitalkostensatz vor Steuern liegt bei nominal 5,06 % (Rn. 571), der bei vollständiger Anwendung der WACC-Mitteilung sich ergebende Satz liegt bei nominal 3,7 % (Addition der ungeschwärzten Werte des Eigenkapitalkostensatzes und des Fremdkapitalkostensatzes, siehe Rn. 480 sowie Rn. 533). 42

Auch in diesem Genehmigungslauf erfolgt die Abweichung von der WACC-Mitteilung allein zugunsten von TDG (Rn. 536 ff.). In den letzten Genehmigungen wurde die Abweichung – für die Bestimmung des risikofreien Zinses Heranziehung eines Mittelungszeitraums von 10 Jahren und nicht, wie von der WACC-Mitteilung gefordert, von 5 Jahren – damit erklärt, dass es ohne eine solche Korrektur zu einem „großen Zinssturz“ gekommen wäre (siehe Rn. 640 f. Genehmigung 2022). Die BNetzA-Praxis führte daher dazu, dass die Zugangsnachfrager von den damaligen jüngeren *niedrigen* Zinsen nur sehr abgeschwächt profitierten. Nun zieht die BNetzA entgegen der WACC-Mitteilung zusätzlich eine jüngere Datenreihe heran, um sicherzustellen, dass die jüngeren *höheren* Zinsen beim Kapitalzinssatz berücksichtigt werden (Rn. 417, 534 ff.). Beide Abweichungen, die damaligen wie die heutige, wirken selektiv zugunsten von TDG. Konsistent ist die Vorgehensweise mitnichten: War damals die stärkere Heranziehung jüngerer Zinsdaten aus Sicht der BNetzA nicht gerechtfertigt, kann jetzt die Heranziehung jüngerer Zinsdaten ebenso wenig gerechtfertigt sein. 43

Dies gilt gerade auch im Blick auf die von der BNetzA gewählte Begründung: Die früheren Abweichungen von der WACC-Mitteilung hatte die BNetzA maßgeblich mit dem gesetzlichen Stabilitätsersfordernis begründet (§ 42 Abs. 3 Nr. 4 TKG, siehe Rn. 536 ff.). Hiermit sollten Zinssprünge zu Lasten von TDG vermieden werden. Mit ihrer Methodik erreichte die BNetzA, dass die jährlichen Zinsschwankungen bis 2019 unterhalb von 10 % lagen (siehe Rn. 543). Nicht weit davon entfernt waren die Zinsabsenkungen 2020/21 (real -17,1 %), 2021/22 (real -14,3 %) und 2022/23 (nominal -16,6 %), Rn. 591). 44

Nun aber sollen die jüngeren makroökonomischen Entwicklungen die Festsetzung eines höheren Zinses gebieten (Rn. 548 ff.). Dabei weicht der ermittelte Zins in Höhe von nominal 5,06 % nach Angaben der BNetzA von dem Vorjahreszinssatz um 25,87 % (bzw. 1,04 Prozentpunkte) ab. Dies ist das 2,5-Fache der 10 %- Schwelle, die bislang als Zinsentwicklungsgrenze zur Wahrung des Stabilitätsersfordernisses angesehen wurde. 45

	Damit verkennt die BNetzA das gesetzliche Stabilitätsanforderung in seinem Kern (zu Rn. 588 ff.): Berücksichtigt werden soll nach der gesetzlichen Vorgabe „die langfristige Stabilität der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, auch im Hinblick auf die Wettbewerbssituation auf den Telekommunikationsmärkten“. Das Kriterium gilt damit ganz offensichtlich nicht nur zugunsten von TDG (zugunsten derer die BNetzA das Kriterium in der Vergangenheit mehrfach herangezogen hat, um für die Wettbewerber günstige Zinsentwicklungen nicht durchschlagen zu lassen). Es gilt gerade für die Wettbewerber, wenn die „Wettbewerbssituation“ vom Gesetzgeber im Gesetzestext ausdrücklich genannt wird. Gerade jetzt, zu einem Zeitpunkt, in dem das Stabilitätskriterium endlich einmal zugunsten der Wettbewerber angewendet werden könnte, um ein Durchschlagen der aktuellen Zinsentwicklungen auf die Entgelte abzubremesen, soll es plötzlich nicht mehr relevant sein?	46
	Mit der bisherigen Abweichung von der WACC-Mitteilung sollten „disruptive Zinsstürze von bis zu -37,9 %“ vermieden werden (Rn. 591), jetzt sollen aber Zinssteigerungen von +25,9 % mit dem Stabilitätskriterium vereinbar sein (Rn. 590)?	47
	Die selektive Anwendung des Stabilitätskriteriums allein zugunsten von TDG ist mit den gesetzlichen Vorgaben der Zinsbemessung nicht vereinbar und führt notwendig zur Rechtswidrigkeit der Genehmigung. Die gesetzliche Zielvorgabe der Regulierung, chancengleichen (!) Wettbewerb sicherzustellen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), wird verfehlt.	48
	Der Verweis auf den Entwurf der Gigabit-Empfehlung der Kommission (Rn. 550) kann die BNetzA nicht entlasten. Zum einen handelt es sich nur um einen Entwurf, zum anderen verdrängen Empfehlungen der Kommission selbstredend nicht nationale gesetzliche Vorgaben.	49
8.	Keine Gemeinkostenallokation nach Tragfähigkeit	50
	Die BNetzA führt ihre Praxis fort, Gemeinkosten der TDG-Führungsbereiche, auch des Konzerns, umsatzbasiert nach Tragfähigkeit zuzuordnen (Rn. 723 ff., 727). Dies ist mit dem gesetzlichen KeL-Maßstab nicht vereinbar; er fordert eine verursachungsgerechte Kostenzuordnung (BVerwG, Urt. v. 27.05.2020, Az. 6 C 1.19, Rn. 61 f.). Nur eine solche Kostenallokation wäre unter funktionierenden Wettbewerbsbedingungen im Markt durchsetzbar.	51
9.	PKS-Test unter Berücksichtigung des Carrier-Geschäftsmodells	52
	Es ist nicht mit den rechtlichen Vorgaben vereinbar, dass die BNetzA sich weiter – wie auch in den Vorgängergenehmigungen 2020 und 2022 – weigert, bei ihrer PKS-Prüfung das Carrier-Geschäftsmodell zu prüfen (Rn. 791, 795 ff.). Dieser Rechtsverstoß ist umso gravieren-	53

der als die BNetzA bei diversen „Stellschrauben“ der Entgeltbildung betont, die Wettbewerber seien hinreichend durch den Missbrauchstatbestand der Preis-Kosten-Schere geschützt. Dieser Schutz läuft aber leer, wenn die BNetzA das entscheidende Geschäftsmodell der Beigeladenen, die Nutzung von TDG-Mietleitungen zur Ergänzung des eigenen Netzes, unberücksichtigt lässt.

Die Weigerung ist ergebnisrelevant: Da die zur Genehmigung vorgesehenen Entgelte ganz überwiegend über den bislang genehmigten Entgelten liegen, bestehen für dieses Carrier-Geschäftsmodell im Verhältnis dieser Entgelte zu den unveränderten Preisen für das Endkundenprodukt Ethernet Connect 2.0 erhebliche Preis-Kosten-Scheren (siehe nochmals Rn. 70 ff. Stellungnahme 2022, Anlage VATM 1; Rn. 1 ff. Stellungnahme 2020, Anlage VATM 2).

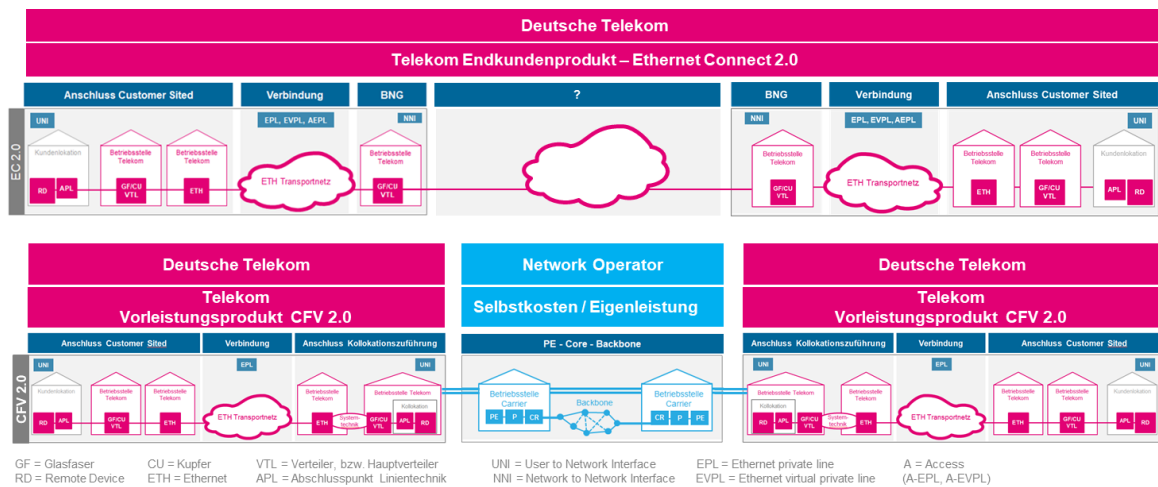
Der Ausschluss des Carrier-Geschäftsmodells (Endkunde – CFV – Wettbewerbernetz – CFV – Endkunde) ist mehrfach rechtswidrig: 55

- (1) Die BNetzA hat bereits den Sachverhalt nicht richtig erfasst. Dabei gehen wir noch davon aus, dass die Rn. 798 nicht richtig wiedergegebene maßgebliche Verbindungskonstellation auf einem Übertragungsfehler beruht. Richtig muss die Konstellation heißen: 56

Standort A – CFV – Anschluss X im Netz der Klägerin 57
– Netz der Klägerin – Anschluss Y im Netz der Klägerin
– CFV – Standort B

Richtig ist, dass der zugangsnachfragende Wettbewerber in dieser Konstellation zwei kurze CFV 2.0 von TDG benötigt, um für seinen Endkunden eine Verbindung zwischen den Standorten A und B herzustellen. Dies ist keine „Vier-Punkte-Verbindung“, wie die BNetzA meint (Rn. 797), sondern schlicht die Miete von zwei CFV 2.0, also von zwei Zwei-Punkte-Verbindungen. Indem die zugangsnachfragenden Wettbewerber endkundenseitig zwei CFV einsetzen, bilden sie 1:1 die EC 2.0-Verbindung im TDG-Netz ab. 58

Unzutreffend ist die Annahme der BNetzA, dass diese Verbindungskonstellation *mehr* Netzkomponenten im Netz von TDG benötige als TDG selbst nutzen würde, um eine entsprechende Verbindung herzustellen (Rn. 800, 826). Wir haben bereits mit der im Verfahren zur Genehmigung 2020 dargelegt, dass die von TDG für die Bereitstellung der beiden Mietleitungen genutzten Netzkomponenten denjenigen entsprechen, die sie für ihr Endkundenprodukt Ethernet Connect 2.0 nutzt (siehe bereits Rn. 31 ff. Stellungnahme 2020, bereits vorgelegt als Anlage VATM 2): 59



60

Die beiden Verbindungen unterscheiden sich technisch nur dadurch, dass beim Endkundenprodukt die Leitung netzseitig (nur) auf einem BNG terminiert, beim Vorleistungsprodukt hingegen auf einem Anschluss Kollokationszuführung; im günstigsten Fall liegt die Kollokationsfläche am selben Standort wie der BNG im selben Gebäude des Hauptverteilers (HVT). Dann benötigt TDG nur ein kurzes Inhouse-Kabel bis zur Übergabe auf der Kollokationsfläche; die Anschlusslinie ist dann sehr kurz. Ansonsten sind die technischen Leistungsmerkmale – und damit die Kostentreiber – gleich; EC 2.0 kann mit dem Vorleistungsprodukt CFV 2.0 nachgebildet werden.

61

- Beweis:**
1. Gutachten von SBR-net Consulting AG, vorgelegt als Anlage VATM 3, S. 23 ff.).
 2. Sachverständigengutachten

62

Der Umstand, dass am netzseitigen Ende der Kundenanbindung bei CFV 2.0 eine Kollokationszuführung auf eine Technikfläche erfolgt, bei EC 2.0 hingegen die Führung über den BNG erfolgt, ist nicht geeignet, eine Verletzung des Abstandsgebots zu erklären. Die Kollokationszuführung und die Führung über den BNG haben die gleiche Funktion, nämlich die netzseitige Verbindung der Anschlusslinie mit dem übergeordneten Verbindungsnetz (Verbindungsline). Für die in beiden Fällen benötigte Anschlusstechnik entstehen vergleichbare Kosten.

63

- Beweis:** Sachverständigengutachten

64

Wenn die BNetzA meint, in der Konfiguration

65

Endkunde A_{München} – CFV – Wettbewerbernetz – CFV – Endkunde B_{Hannover}

würden unnötigerweise zwei statt einer CFV eingesetzt, so verkennt sie, dass es technisch allein um die Schaltung einer einzigen Leitung zwischen A in München und B in Hannover geht. Verzichtet der Wettbewerber auf eine eigene technische Wertschöpfung, so müsste er von TDG, als Reseller, eine „lange“ CFV zwischen A und B mieten. Setzt er indes sein eigenes überregionales Netz ein, so wird in der Reseller-Konfiguration

Endkunde A_{München} – CFV [regional – *überregional* – regional] – Endkunde B_{Hannover}

der überregionale Leitungsabschnitt der langen CFV schlicht durch die Streckenführung über das Wettbewerbersnetz ersetzt. In dieser Konfiguration substituiert der Wettbewerber lediglich das TDG-Netz streckenweise durch sein eigenes Netz. *Technisch* findet also gerade keine Vorleistungsdopplung (zwei CFV anstelle von einer CFV), sondern eine Vorleistungs-*reduzierung* statt (nur zwei regionale CFV anstelle einer umfassenden langen CFV aus zwei regionalen Leitungen und einer überregionalen Leitung). Diese teilweise Substituierung der TDG-Vorleistung ändert aber nichts daran, dass beide – TDG wie auch der Wettbewerber – die Entfernung zwischen A und B überbrücken müssen, das ist „notwendig“.

All dies ist der BNetzA in den letzten Jahren mehrfach vorgetragen worden, in den früheren Entgeltgenehmigungsverfahren CFV 2.0 sowie in dem parallelen Missbrauchsverfahren VPN 2.0 (das Produkt ist technisch identisch mit CFV 2.0); das einschlägige Gutachten von SBR-net Consulting liegt der BNetzA seit 2020 / 2021 vor (zunächst vorgelegt im Missbrauchsverfahren VPN 2.0-Entgelte). Es überrascht, dass die BNetzA diese Sachverhalte in diesem Verfahren ausblendet. Mit ihrer Pflicht zur sorgfältigen und umfassenden Sachverhaltsaufklärung (von Amts wegen) ist dies nicht vereinbar.

66

- (2) Die Nachbildbarkeit von Ethernet Connect durch die Nutzung von zwei CFV 2.0 im Carrier-Geschäftsmodell steht außer Frage. Nach den rechtlichen Vorgaben des für den PKS-Test maßgeblichen Korrespondenzverhältnisses müssen dem PKS-Test alle Entgelte für Zugangsleistungen genügen, die benötigt werden, um das entsprechende Endnutzerprodukt herzustellen. Ausgehend vom Endnutzerentgelt sind dies jedenfalls alle notwendigen Vorleistungen, ohne die das entsprechende Endnutzerprodukt nicht erstellt werden kann; ausgehend vom Vorleistungsentgelt ist dies das Portfolio der Dienste, die mit der betrachteten Vorleistung erstellt werden (vgl. *Groebel*, in: Säcker / Körber (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 28 Rn. 63; *Fetzer*, in: Arndt / Fetzer / Scherer / Graulich (Hrsg.), TKG, 2. Aufl. 2015, § 28 Rn. 48; Kommission, Entscheidung v. 21.05.2003, Az. COM/C-1/37.451, 37.4578. 37.579 – Deutsche Telekom AG, Rn. 109). „Entsprechende“ Endnutzerentgelte sind also solche, die eine Endnutzerleistung entgelten sollen, die ohne die betrachtete Zugangsleistung nicht realisiert werden kann (*Mayen*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2018, § 28 TKG, Rn. 49; vgl. aus dem Kartellrecht: EuGH, Urt. v. 17.02.2011, Az.: C-52/09, Rn. 35 – juris, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.04.2016, Az.: VI-Kart 9/15 (V), Rn. 95 f. – juris).

67

	Unerheblich ist, ob es – neben der Nachbildung durch CFV 2.0 – <i>weitere</i> Nachbildbarkeitsansätze gibt. Entscheidend ist, was auch die BNetzA einräumt, dass sowohl Ethernet Connect als auch CFV 2.0 als Punkt zu Punkt-Verbindungen mit gleichem A- und B-Ende hergestellt werden können (Rn. 767, 780, 788 f.). Dann darf auch in dieser Konstellation von Vorleistung / Endkundenprodukt das PKS-Missbrauchsverbot nicht verletzt werden.	68
(3)	Die BNetzA stützt ihren Ausschluss des Carrier-Geschäftsmodells maßgeblich darauf, dass das CarrierGeschäftsmodell „vor dem Hintergrund der vergleichsweise niedrigen Transitzkosten oberhalb der Anschlussebene“ <u>kein Geschäftsmodell eines effizienten Wettbewerbers</u> darstelle (Rn. 768).	69
	Damit verkennt die BNetzA weiterhin die rechtlichen Vorgaben des Missbrauchstatbestandes.	70
	Der gesetzliche PKS-Maßstab des effizienten Unternehmens gebietet die Berücksichtigung von Vorleistungsnachfragern, die zur Herstellung des Endkundenprodukts ihre eigene Infrastruktur einsetzen. Wenn das TKG infrastrukturgestützten Wettbewerb erreichen will (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 TKG), ist gerade die eigene Netznutzung der Wettbewerber effizient. Würden durch den PKS-Test nur Reseller geschützt, würde der Aufbau einer eigenen Infrastruktur entwertet. Gerade auch die eigenen Hinweise der BNetzA zur PKS-Prüfung (Endfassung 14.11.2007, S. 11 f.) verbieten den generellen Ausschluss bestimmter Geschäftsmodelle aus der PKS-Prüfung.	71
	Dabei geht es nicht darum, dass die zugangsnachfragenden Wettbewerber das TDG-Netz <i>beliebig</i> in Anspruch nehmen können (so aber Rn. 810). Vielmehr soll ihnen eine identische Nachbildung des TDG-Produktes EC 2.0 ermöglicht werden, mit der einen Ausnahme, dass sie im Transitbereich ihr eigenes Netz nutzen können. Gerade dies aber dient dem gesetzlichen Wettbewerbsziel. Die Wettbewerber wollen ihr eigenes Netz nutzen, um ihr Produkt zu veredeln, um es mit einer eigenen Wertschöpfung zu versehen. Nur so kann es Innovation geben, als eine zentrale Voraussetzung für wirksamen Wettbewerb. Hierzu haben die Beigeladenen in dem Genehmigungsverfahren 2020 (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:	72
	„0. Zur Relevanz des Carrier-Geschäftsmodells	73
	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.

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

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. 74

Dieses mit der eigenen Wertschöpfung verbundene Innovationspotential schließt die BNetzA durch ihr Vorgehen aus (siehe zum Verstoß gegen das Gebot der Zielkonformität auch sogleich). Die BNetzA räumt eine solche Folge ihrer Praxis sogar ausdrücklich ein, wenn sie ausführt, aus dem PKS-Tatbestand ergebe sich nicht, dass dem zugangsnachfragenden Wettbewerber „eine Wertschöpfung auf der Transportebene von A nach B über ein eigenes Netz möglich sein“ müsse (Rn. 822). Das Vorprodukt (CFV zwischen A und B) korreliere dann nicht mehr mit dem Endkundenprodukt (Verbindung zwischen A und B), weil 2 Vorprodukte in Anspruch genommen würden (A – X und Y – B). Der BNetzA-Test solle vielmehr, so die BNetzA, vor allem verhindern, dass das marktmächtige Unternehmen seinen Dienstebereich gegenüber Wettbewerbsunternehmen bevorzugt. Es sei daher ausreichend, wenn das regulierte Unternehmen Wettbewerbern die gleiche Infrastruktur zur Verfügung stelle, die auch sein eigener Dienstebereich nutze. Nicht erforderlich sei die Ermöglichung der Inanspruchnahme zusätzlicher Netzkomponenten, „die das regulierte Unternehmen selbst überhaupt nicht verwendet“ (Rn. 814). 75

Indem die BNetzA die Wettbewerber so auf die Inanspruchnahme nur *einer* CFV 2.0 zur Nachbildung einer EC 2.0-Verbindung verweist, zwingt sie sie in die Rolle bloßer Reseller und beschneidet so massiv ihre Möglichkeit, in Innovationswettbewerb mit TDG zu treten. Die BNetzA propagiert hier nichts anderes als ein *technisches Wertschöpfungsverbot* für die zugangsnachfragenden Wettbewerber. 76

Vor diesem Hintergrund ist auch der Verweis der BNetzA auf die niedrigen Transitkosten (Rn. 768) nicht belastbar. Die BNetzA übersieht die technischen und betrieblichen Chancen, die für die Wettbewerber mit der Nutzung eines eigenen Netzes verbunden sind. 77

Wäre diese BNetzA-Lesart richtig, wäre der PKS-Test auf ein reines Reselling von TDG-Produkten beschränkt, dann bestimmte letztlich allein die Telekom über das Produktportfolio ihrer Wettbewerber. Dies steht in scharfem Widerspruch zur Entwurfsbegründung des TKG, die eine Berücksichtigung der Perspektive der Wettbewerber fordert, unter Hinweis auf die Beschlusspraxis der BNetzA, die aber offenbar, folgt man dem Konsultationsentwurf, nun endgültig aufgegeben wurde: 78

Deutscher Bundestag – 19. Wahlperiode

– 273 –

Drucksache 19/26108

79

Die Formulierungen des Absatzes 2 Nummer 3 sowie des Absatzes 2 Nummer 5 stellen nun einheitlich auf ein „effizientes Unternehmen“ ab. Auch unter diesem Begriff soll in der regulatorischen Praxis zur Ermittlung der Kosten eines solchen effizienten Unternehmens der sogenannte (adjusted) Equally-Efficient-Operator-Test (EEO-Test) zur Anwendung kommen können, der neben der Perspektive des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht auch die effizienter Wettbewerber berücksichtigt (vgl. beispielsweise öffentliche Fassung des Beschlusses BK3c-17/039 vom 08.03.2018, S. 139).

Der (adjusted) EEO-Test geht danach zwar von Daten des regulierten Unternehmens aus; passt diese dann aber an die Kostensituation des effizienten Wettbewerbers an. 80

Dass die Wettbewerberperspektive maßgeblich ist, zeigt auch die neue Missbrauchsvermutung der Kosten-Kosten-Schere in § 37 Abs. 2 Nr. 4 TKG 2021. In der Entwurfsbegründung heißt es hierzu (S. 272 BT-Drs. 19/26108): 81

Zu Nummer 4 (Kosten-Kosten-Schere): Es handelt sich dabei um Aufnahme eines Vermutungstatbestandes, der auch bislang – in Anwendung des Konsistenzgebotes (bisher § 27 Absatz 2, nun § 38 Absatz 5 Satz 2 Nummer 1) sowie des bisherigen § 28 Absatz 1 Nummer 2 (Beeinträchtigungsmisbrauch) – geprüft wird. Ein Zugangsnachfrager einer in Rede stehenden Vorleistung soll mit Blick auf das Angebot eines bestimmten Endkundenprodukts nicht schlechter gestellt werden als ein anderer Zugangsnachfrager, der für das Angebot des gleichen Endkundenprodukts eine andere Vorleistung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht nutzt; mit Blick auf das Ziel der Förderung des Infrastrukturwettbewerbs ist hierbei insbesondere zu vermeiden, dass Zugangsnachfrager von Vorleistungen, die einen höheren Grad an Investitionen in das eigene Netz verlangen, gegenüber Zugangsnachfragern von weniger investitionsintensiven Vorleistungen schlechter gestellt werden (vgl. beispielsweise öffentliche Fassung des Beschlusses BK3c-17/039 vom 08.03.2018, S. 137, wonach ein Beeinträchtigungsmisbrauch nach § 28 Absatz 1 Nummer 2 „grundsätzlich auch dadurch entstehen [kann], dass ein Geschäftsmodell, welches auf weitergehenden Netzinfrastukturunvestitionen basiert, zu höheren Kosten führt, als ein Geschäftsmodell eines Wettbewerbers, das geringere Investitionen erfordert, und das Geschäftsmodell mit den jeweils höheren Netzinfrastukturunvestitionen somit nicht mehr tragfähig ist.“ sowie S. 138, wonach es darauf ankomme, „ob sich (...) die Realisierung einer tieferen Wertschöpfung für [einen effizienten Zugangsnachfrager] für ihn rentiert, d. h. er seine eigene Make-or-Buy-Entscheidung treffen kann“). Kosten-Kosten-Scheren-Tests sind gegebenenfalls dann 82

Zugangsnachfrager, die mehr in ihr eigene Infrastruktur investieren, sollen also gerade *nicht* schlechter gestellt werden als Zugangsnachfrager mit weniger investitionsintensiven Vorleistungen – zu letzteren zählt das Reselling. 83

In der zierten BNetzA-Entscheidung heißt es auf S. 138: 84

Letztlich muss es aber auf die Sichtweise eines effizienten Zugangsnachfragers ankommen, ob sich das Erklimmen der Investitionsleiter und die Realisierung einer tieferen Wertschöpfung für ihn rentiert, d.h. dass er seine eigne make-or-buy-Entscheidung treffen kann, und ob er dann auf der Basis seiner Netzinfrastruktur (zusätzlich zu seinen eigenen Endkundenangeboten auch) anderen Unternehmen Vorleistungsprodukte auf einer nachgelagerten Markt anbietet. Demgegenüber würde die Ansicht der Antragstellerin faktisch dazu führen, dass das in § 21 TKG angelegte Entbündelungsgebot und die daraus abgeleitete „Wahlfreiheit“ des Zugangsnachfragers bei der Inanspruchnahme von Vorleistungen ausgehebelt würde. Damit könnte die Antragstellerin die Wettbewerber durch eine strategische Preissetzung in Vorleistungsprodukten mit für geringer Wertschöpfungstiefe – dazu korrespondierend in für sie, die Antragstellerin, ertragsreiche - Zugangsprodukte „zwingen“.

85

Genau diese Wahlfreiheit der Zugangsnachfrager, auf die die BNetzA in der zitierten Entscheidung abstellt, wird ihnen durch den PKS-Test unter Ausschluss des Carrier-Geschäftsmodells genommen. Damit geschieht exakt dies, was die BNetzA in der 2018er Entscheidung vermeiden wollte: Die Wettbewerber werden in ein Reselling-Geschäftsmodell gezwungen; sie müssen die „lange“ CFV mieten. Letztlich redet hier die BNetzA einer Re-Monopolisierung der Telekommunikationsmärkte das Wort. Dies konterkariert die gesetzliche Zielrichtung scharf.

86

Eine derartige – der Festlegung der Regulierung auf Wettbewerbsförderung zutiefst widersprechende – Gesetzesauslegung ist auch nicht mit der Entwurfsbegründung zum TKG 2004 zu rechtfertigen, wie die BNetzA meint (Rn. 811). Aus der zitierten Stelle ergibt sich in keiner Weise, wie die Wettbewerber mit den Endkundenprodukten des SMP-Unternehmens konkurrieren, ob mit oder ohne unter Zuhilfenahme eigener Infrastruktur.

87

- (4) Der Ausschluss des Carrier-Geschäftsmodells mit dem Hinweis auf die fehlende Effizienz dieser Nachfrage überzeugt insbesondere deshalb nicht, weil die BNetzA mit ihrer Bildung der Investitionswerte auf Wiederbeschaffungsbasis gerade Anreize für eine Duplizierung der TDG-Infrastruktur setzen will. Was bringen aber solche Anreize, wenn im nächsten Schritt die Investitionen der Wettbewerber in eine eigene Infrastruktur im Rahmen der Scherenprüfung nicht berücksichtigt werden? Die Argumentation der BNetzA erweist sich hier im Genehmigungskern als widersprüchlich, methodisch inkonsistent und damit rechtswidrig.

88

- (5) Hinzutreten weitere Rechtsverstöße, die wir bereits in unserem Schriftsatz vom 22.12.2023 adressiert haben. Der Vollständigkeit halber seien sie nochmals kurz festgehalten:

89

- Das Prüfungsgebot der Zielkonformität (§ 38 Abs. 5 Nr. 1 TKG) wird verletzt, wenn mit dem Carrier-Geschäftsmodell das wichtigste Geschäftsmodell der Wettbewerber aus der PKS-Prüfung ausgeschlossen wird. Wie soll das gesetzliche Ziel infrastrukturgestützten Wettbewerb erreicht werden (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 TKG), wenn die Infrastrukturbetreiber nicht vor einem PKS-Missbrauch durch TDG geschützt sind?

90

▪	Der Ausschluss des Carrier-Geschäftsmodells aus der PKS-Prüfung ist nicht mit den einschlägigen <u>unionsrechtlichen Vorgaben</u> vereinbar. Auch sie wollen infrastruktur-basierten Wettbewerb fördern, gerade alternative Wettbewerber sollen durch den PKS-Test geschützt werden (siehe Art. 74 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1, Art. 73 Abs. 2 lit. f, Art. 3 Abs. 2 lit. b) sowie die Erwägungsgründe 192, 193 TK-Kodex).	91
(6)	Dass die BNetzA den Sachverhalt nicht richtig, vollständig und widerspruchsfrei erfasst hat, ergibt sich allein aus folgendem Hinweis (Rn. 835):	92
835.	Vorliegend besteht etwa die Möglichkeit, Endkunden direkt zu erschließen und damit in direkte Konkurrenz mit der Antragstellerin zu treten. Das gilt insbesondere für Unternehmen, die in der Vergangenheit bereits in eine Erschließung auch in der Fläche investiert haben und nun „nur“ noch die Verbindung zwischen HVT und Endkunde überbrücken müssen.	93
	Soll also jetzt sogar die Nachfrage nach einer TDG-Verbindung auf der letzten Meile ineffizient sein? Das stellt die jahrzehntelange Regulierung der letzten Meile als des für den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten zentralen „Bottleneck“ infrage.	94
10.	PKS-Test zum Resale-Geschäftsmodell	95
	Auch die Ausführungen der BNetzA zum PKS-Test in der reinen Reseller-Konstellation Rn. 836 ff. überzeugen nicht.	96
	Im Ausgang ist es bereits unzutreffend, dass die BNetzA davon ausgeht, die Beigeladenen hätten „ausschließlich“ auf das Carrier-Geschäftsmodell abgestellt. Das Gegenteil ist richtig. Die Beigeladenen haben bereits zur Genehmigung 2020 ausführlich zur Preis-Kosten-Schere im Reseller-Geschäftsmodell vorgetragen (Rn. 37 ff. Stellungnahme 2020, <u>Anlage VATM 2</u>). Diese Stellungnahme wurde in dieses Verfahren eingeführt und in vollem Umfang zum Gegenstand dieses Verfahrens gemacht (siehe nochmals S. 2 SS 11.12.2023).	97
	Wie auch bereits in den Vorverfahren, so ist auch in diesem Verfahren die Einstellung der Prüfungsparameter mehrfach fehlerhaft:	98
▪	Die von der BNetzA erneut verwendete <u>Überleitrechnung</u> (Rn. 836) führt dazu, dass die BNetzA in die PKS-Prüfung nicht die tatsächlichen Endkundenpreise für EC 2.0, sondern <i>fiktive</i> Preise einstellt und damit ein zentrales Missbrauchselement aus der PKS-Prüfung eliminiert. Dieses Missbrauchselement liegt gerade darin, dass TDG auf der Vorleistungsebene regionenabhängig tarifiert, ihren Endkunden aber einen bundesweit einheitlichen Tarif anbietet (siehe Rn. 56 f. Stellungnahme 2020, <u>Anlage VATM 2</u>). Der PKS-Tatbestand will gerade sicherstellen, dass die Zugangsnachfrager	99

und Wettbewerber des regulierten Unternehmens mit dessen Endkundenprodukten konkurrieren können. Für die Wettbewerber sind Benchmark diejenigen Endkundenentgelte, die TDG *tatsächlich* von den Endkunden verlangt. Gerade der Umstand, dass die CFV 2.0 nach Tarifregionen bepreist wird, EC 2.0 hingegen bundesweit einheitlich, verschärft den Missbrauch. Eine PKS-Prüfung mit fiktiven Tarifen ist daher nicht belastbar.

Nicht nachvollziehbar ist, dass die Überleitrechnung nicht offengelegt wird. Schließlich rechnet sie nur mit den öffentlich bekannten Entgelten für EC 2.0. Für eine BuGG-Qualifikation ist nichts erkennbar. Vor diesem Hintergrund erstrecken wir unseren Antrag auf Akteneinsicht ausdrücklich auch auf diese Überleitrechnung. 100

- Bei der Bestimmung der Ethernet Connect-Entgelte hat die BNetzA die PUG 3-Rabatte (= 72 % der AGB-Preise) von TDG nicht berücksichtigt. Unser Vortrag zu dieser Rabattstufe wird vollkommen übergangen. Ein PKS-Test ist unbrauchbar, wenn er die Endkundenrabatte von TDG nicht berücksichtigt (Rn. 18 ff. Stellungnahme 2020, Anlage VATM 2). 101

- Die BNetzA hat die Prüfung auf das TDG-Endkundenprodukt Ethernet Connect 2.0 beschränkt. Sie hätte auch das Produkt BPA einbeziehen müssen. 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 im Genehmigungsverfahren 2022, beigelegt als Anlage VATM 4 und Rn. 93 SS VATM 09.02.2022 (Anlage VATM 1)). 102

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, 103

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

III. Ergebnis 104

Der Konsultationsentwurf führt die Rechtsfehler der Vorgängergenehmigungen fort. Eine solche Genehmigung wäre mit den rechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. Frappierend ist insbesondere, dass die BNetzA im Komplex Preis-Kosten-Schere mehrfach von einer unzutreffenden Tatsachen- 105

grundlage ausgeht, der mehrjährige Vortrag der Beigeladenen zu dem für den PKS-Test maßgeblichen Sachverhalt wird nicht berücksichtigt. Mit den Grundsätzen eines fairen, objektiven Verwaltungsverfahrens, in dem der maßgebliche Sachverhalt von Amts wegen umfassend aufgeklärt wird, ist dies nicht zu vereinbaren.

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthält dieser Schriftsatz nicht. Für Rückfragen stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

106

Beste Grüße



Dr. Raimund Schütz
(mit qualifizierter elektronischer Signatur)