

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

22. November 2021

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,

in o.a. Genehmigungsverfahren bestellen wir uns auch für die Plusnet Infra-
struktur GmbH & Co. KG. Diese macht sich unseren Antrag aus dem
Schriftsatz vom 03.11.2021 zu eigen.

Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung ergänzen wir unseren Vortrag
wie folgt:

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

1. Konsistenz 1

Auch das für die Entscheidung über den Genehmigungsantrag maßgebliche neue TKG 2021 verlangt, dass alle Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit, einschließlich in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht, aufeinander abgestimmt sind (§ 38 Abs. 5 Nr. 2 TKG 2021). 2

1.1 Dies erfordert auf Vorleistungsebene die Gewährleistung der Konsistenz der Entgelte für die Produkte CFV 2.0 und VPN 2.0. Dabei ist maßgeblich, dass das CFV 2.0-Produkt technisch dem Produkt VPN 2.0 entspricht (siehe hierzu nochmals das als Anlage VATM 2 vorgelegte Gutachten von SBR-net Consulting AG). 3

Konkret bedeutet dies, dass die Entgelte für CFV 2.0 nicht über den Entgelten für VPN 2.0 liegen dürfen. Da die gegenwärtigen Entgelte für VPN 2.0 aufgrund der Preis-Kosten-Schere zu den korrespondierenden Endkundenprodukten Ethernet Connect 2.0, DeutschlandLAN Connect IP und Business Premium Access ohnehin überhöht sind, müssten die CFV 2.0-Entgelte also auf ein neues, rechtmäßiges VPN 2.0-Niveau abgesenkt werden. 4

1.2 Auch innerhalb des beantragten CFV 2.0-Tarife muss die Konsistenz gewährleistet sein. Insbesondere müssen also die Preisunterschiede zwischen den einzelnen Preisklassen (Regionen) durch entsprechende verursachungsgerecht zugeordnete Kosten gerechtfertigt sein. Gerade bei den glasfaserbasierten Leitungen 2M bis 150M sind hier Zweifel angebracht. 5

Preisklasse	Glasfaser (Euro)	Jeweils Differenz zu Preisklasse Short Range Segment (I, V)
I	249,28	
II	312,65	+ 25,42 %
III	400,38	+ 60,61 %
IV	476,18	+ 91,02 %
V	76,76	
VI	140,14	+ 82,57 %
VII	227,86	+ 196,85 %
VIII	303,67	+ 295,61 %

 6

Die erheblichen Unterschiede zwischen den einzelnen Regionen sind nicht erklärbar, erst recht nicht im Quervergleich der Preisklassen Customer Sited (I bis IV) und Kollokationszuführung (V bis VIII). Insbesondere können Tiefbaukosten die Preissprünge nicht erklären. 7

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

- Zum Ersten können Tiefbaukosten durch neue Verlegetechniken wie Microtrenching) erheblich gesenkt werden (siehe Rn. 74, 144 ff. Stellungnahme 2020, Anlage VATM 1). 8
 - Zum Zweiten dürfen Tiefbaukosten für wiederverwendbare Altanlagen (Kabelschächte etc.) ohnehin nicht angesetzt werden (siehe Rn. 131 ff. Stellungnahme 2020, Anlage VATM 1 und unten Rn. 71 ff.). 9
 - Schließlich reduzieren öffentliche Fördermittel die Tiefbaukosten erheblich (siehe Rn. 146 Stellungnahme 2020, Anlage VATM 1). Der Antrag lässt nicht erkennen, dass bei der Kostenkalkulation diese öffentlichen Fördermittel berücksichtigt worden sind. Wir beantragen daher erneut (wie schon im letzten Genehmigungsverfahren), 10
- 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. 11
- Im letzten Entgeltgenehmigungsverfahren wurde dieser Antrag von der Beschlusskammer ignoriert, materiell wurde die öffentliche Förderung nicht berücksichtigt. Allein dies macht die aktuelle Entgeltgenehmigung rechtswidrig. Bei der neuen, jetzt beantragten Genehmigung sollten diese Rechtsfehler vermieden werden. 12
- 2. Preis-Kosten-Schere 13**
- Nach der mündlichen Verhandlung sind fünf Punkte besonders zu betonen: 14
- 2.1 Die rechtlichen Vorgaben des für den PKS-Test maßgeblichen Korrespondenzverhältnisses gelten unter dem TKG 2021 unverändert fort (§ 37 Abs. 2 Nr. 3 TKG). Nach der Vorgabe des Korrespondenzverhältnisses zwischen Zugangs- und Endnutzerentgelt müssen dem PKS-Test also 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 (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). 15

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

- Zwischen den Entgelten für CFV 2.0 und den Entgelten für die genannten drei Endkundenprodukte Ethernet Connect 2.0, DeutschlandLAN Connect IP und Business Premium Access besteht das erforderliche Korrespondenzverhältnis. Mindestens diese drei Produkte gehören zum Portfolio der Dienste, die mit der Vorleistung CFV 2.0 erstellt werden können. Auch aus der Perspektive der drei Endkundenprodukte besteht das Korrespondenzverhältnis zu CFV 2.0. Es handelt sich um ein zentrales Mietleitungsprodukt von TDG, das Wettbewerber benötigen, um die drei Endkundenprodukte nachbilden zu können – die Beschlusskammer bezeichnet das Produkt sogar als Ankerprodukt des Mietleitungsmarktes. 16
- Im Rahmen des PKS-Tests sind alle Entgeltrelationen zu betrachten. Insbesondere sind alle Tarife, des Vorleistungs- wie auch des Endkundenprodukts (also bei CFV 2.0: Short Range Segment, Backbone, Regio, Country), in die Prüfung einzubeziehen und einzeln dem PKS-Test zu unterziehen. Maßgeblich hierfür ist, dass die Produkte in den unterschiedlichen Tarifklassen von unterschiedlichen Unternehmen (mit viel oder wenig eigener Infrastruktur) in unterschiedlichen Nachfragesituationen (in Ballungsräumen, auf dem Land, etc.) nachgefragt werden. Würde man bestimmte Nachfragekonstellationen im PKS-Test nicht betrachten, blieben die betroffenen Unternehmen in diesen Nachfragekonstellationen schutzlos, der Behinderungsmissbrauch durch die Preis-Kosten-Schere bliebe insoweit bestehen. 17
- Unzulässig wäre daher auch eine Durchschnittsbildung über verschiedene Tarife der betrachteten Produkte hinweg. Stellte man bei PKS-Test auf den Durchschnitt der Entgelte für einen ganzen Korb denkbarer Leistungen oder Tarife ab, mit denen dieselbe Leistung an den Endnutzer bewirkt werden könnte, erlaubte dies dem marktmächtigen regulierten Unternehmen Quersubventionen zwischen den Tarifen. Obwohl sie eine erheblich wettbewerbsverdrängende Wirkung haben könnten, könnte ihnen bei einem methodisch derart auf Durchschnittstarife angelegten PKS-Test nicht wirksam begegnet werden. 18
- 2.2 Ebenso rechtfertigt der gesetzliche Maßstab des „effizienten Unternehmens“ keinen Ausschluss bestimmter Nachfragekonstellationen. 19
- Für die Bestimmung des „effizienten Unternehmens“ kommt es mitnichten auf die Verhältnisse bei TDG an, sondern auf die Wettbewerber, deren Schutz die gesetzlichen Missbrauchsverbote dienen. Würde die Effizienz nach den TDG-Verhältnissen bestimmt, wären diese Verhältnisse Maßstab jeglichen Wettbewerbs. Dies verhinderte nicht nur jegliche vom TDG-Maßstab abweichende Innovation, sondern perpetuierte auch die durch die TDG-Marktmacht geprägten Marktverhältnisse, die durch die Regulierung eigentlich überwunden werden sollen. Dies führte die sektorspezifische Regulierung ad absurdum. 20

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Mitnichten ist der Begriff des „effizienten“ Unternehmens auch auf bestimmte Geschäftsmodelle der Wettbewerber beschränkt. Die BNetzA hat in ihren eigenen Hinweisen zu Preis-Kosten-Scheren (Endfassung 14.11.2007, S. 11 f.) betont:

21

Eine Bewertung der unterschiedlichen am Markt beobachtbaren Geschäftsmodelle erfolgt nicht durch die Bundesnetzagentur, sondern durch den Wettbewerb, der eine Differenzierung zwischen erfolgreichen und weniger erfolgreichen Geschäftsmodellen herbeiführt. Insofern ist der Begriff des „effizienten Wettbewerbers“ nicht im Sinne eines effizienten Wettbewerbertyps bzw. eines effizienten Geschäftsmodells auszulegen. Stattdessen gebietet es die Marktneutralität, zunächst alle am Markt befindlichen Geschäftsmodelle gleich zu behandeln. Effiziente und ineffiziente Wettbewerber werden nur anhand ihrer Produktivität bzw. Leistungsfähigkeit im Rahmen des jeweils gewählten Geschäftsmodells unterschieden.

22

Nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist eine Preis-Kosten-Schere nicht für jeden Wettbewerber, sondern nur mit Blick auf effiziente Unternehmen zu vermeiden. Bei der entsprechenden Prüfung ist grundsätzlich keine Beurteilung einzelner Unternehmen hinsichtlich des von ihnen erreichten Effizienzgrades, sondern lediglich eine abstrakte Einschätzung über effizientes Verhalten vorzunehmen. Dabei ist das vorgefundene Angebotsprofil bzw. die jeweilige Produktpalette als Ausdruck der Marktpositionierung als gegeben zugrunde zu legen.

Daraus folgt u.a., dass es im Hinblick auf die Vermeidung einer Preis-Kosten-Schere fraglich ist, ob ein Wettbewerber mit dem Geschäftsmodell A (z.B. Anbieter von breitbandigen Anschlüssen und Internetzugangsleistungen durch Line Sharing) auf die prinzipielle Möglichkeit einer Änderung bzw. Erweiterung seines Geschäftsmodell (z.B. durch ein

zusätzliches Angebot von schmalbandigen Anschluss- und Verbindungsleistungen durch Anmietung der Teilnehmeranschlussleitung) verwiesen werden kann.

Daran anknüpfend ist zu erörtern, ob der Maßgabe des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ausreichend Rechnung getragen wird, wenn es irgend einen Wettbewerber(typen) gibt, der bestimmte Tarife nachbilden kann, ohne dabei in eine Preis-Kosten-Schere zu geraten. Nach § 27 Abs. 2 TKG ist bei den jeweiligen Entgeltregulierungsmaßnahmen zu prüfen, ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 Abs. 2 TKG stehen. Das bedeutet, dass die Frage einer Preis-Kosten-Schere vor dem Hintergrund des Ziels der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte zu beurteilen ist. Daraus wiederum kann gefolgert werden, dass eine Preis-Kosten-Schere jedenfalls dann nicht zulässig ist, wenn sie dieser Zielsetzung entgegensteht. Eben dies wäre jedoch zu befürchten, wenn nur einzelne effiziente Wettbewerber punktuell in der Lage wären, eine Marge zu realisieren, die eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermöglicht.

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass von einer ausreichenden Spanne zwischen Endkunden- und Vorleistungsentgelt für effiziente Wettbewerber nur dann auszugehen ist, wenn diese zum einen flächendeckend gewährleistet ist und zum anderen von einer hinreichend großen Zahl von Wettbewerbern realisierbar ist.⁶ Andernfalls bestünde die Gefahr, dass das Ziel der Wettbewerbsförderung substanziell konterkariert würde und sich das marktbeherrschende Unternehmen durch die gezielte Vermarktung von nur partiell nachbildbaren Tarifen den bestehenden Marktkräften und dem intendierten Wettbewerbsdruck effektiv entziehen könnte.

Danach ist ein genereller Ausschluss bestimmter Geschäftsmodelle nicht zulässig (zur Relevanz der unterschiedlichen Geschäftsmodelle: VG Köln, Urt. v. 04.04.2011, Az. 21 K 568/08, Rn. 68 – juris).

23

Konkret bedeutet dies, dass im Rahmen des PKS-Tests – anders als bei den Prüfungen für die aktuelle Entgeltgenehmigung CFV 2.0 – gerade das Carrier-Geschäftsmodell als das

24

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

wichtigste effiziente Geschäftsmodell der Wettbewerber berücksichtigt werden muss, neben dem Reseller-Geschäftsmodell. Dies gilt gerade im Lichte des gesetzlichen Ziels, chancengleichen und infrastrukturbasierten Wettbewerb zum Nutzen der Verbraucher zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG 2021). Wenn Wettbewerber auf ein reines Reselling des CFV 2.0-Produktes, also das bloße Durchreichen einer TDG-Leitung zwischen zwei Endkundenstandorten an den Endkunden, beschränkt sind, wäre ihnen eine eigene Wertschöpfung über ihr eigenes Netz unmöglich; Innovationswettbewerb auf dem Endkundenmarkt wäre ausgeschlossen. Ein Wettbewerber handelt daher gerade effizient, wenn er durch Investitionen in eine eigene Infrastruktur die Voraussetzungen für innovative, kompetitive Wettbewerberprodukte auf dem Endkundenmarkt schafft. Daher muss das Carrier-Geschäftsmodell das *erste* sein, das zum Gegenstand einer PKS-Prüfung gemacht wird. Umgekehrt führt die Beschränkung des PKS-Tests auf das Reseller-Geschäftsmodell zu einer Re-Monopolisierung der Telekommunikationsmärkte. Wenn Entgeltkonsistenz auf den unterschiedlichen Marktstufen nur für Reseller, nicht aber für Carrier gesichert wird, entfallen für andere Unternehmen als Carrier jegliche Anreize zur Investition in eine eigene Infrastruktur.

Relevant sind also folgende Nachfragekonstellation, die beide den PKS-Test durchlaufen müssen (siehe ausführlich Rn. 31 ff. VATM-SS 25.03 2020, Anlage VATM 1): 25

- Endkunde – CFV – Wettbewerbernetz – CFV – Endkunde 26
- Endkunde – CFV – Endkunde 27

Eine Beschränkung des PKS-Tests auf das Reseller-Geschäftsmodell oder auf bestimmte Nachfragekonstellationen, die nur bestimmte Entgeltrelationen (etwas Tarife Short Range Segment oder Country) abbildeten, liefe auch den neuen rechtlichen Vorgaben zuwider: 28

Unionsrecht 29

Der TK-Kodex verlangt von den Mitgliedstaaten, bei der ex ante-Preiskontrolle die richtigen Anreize für infrastrukturbasierten Wettbewerb zu setzen: 30

- Nach Art. 74 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 TK-Kodex müssen die nationalen Regulierungsbehörden bei der Preiskontrolle die Notwendigkeit der Förderung des Wettbewerbs und die langfristigen Interessen der Endnutzer hinsichtlich des Aufbaus und der Nutzung von Netzen der nächsten Generation, insbesondere Netzen mit hoher Kapazität, berücksichtigen. UAbs. 4 gibt den Behörden vor, ausreichende Anreize für den Ausbau neuer und verbesserter Netze zu setzen. 31

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

- Die Zugangsregulierung ist nach Art. 73 Abs. 2 lit. f TK-Kodex auf die langfristige Sicherung wirtschaftlich effizienten, infrastrukturbasierten Wettbewerbs ausgerichtet. 32
- Genau dies spiegelt auch Erwägungsgrund 27 wider, wonach der Wettbewerb am besten durch ein wirtschaftlich effizientes Maß an Investitionen in neue und bestehende Infrastrukturen gefördert werden kann. 33
- Die Förderung eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs ist denn auch ein zentrales Regulierungsziel (Art. 3 Abs. 2 lit. b) TK-Kodex). 34

Erwägungsgrund 192 hat folgenden Wortlaut: 35

„Preiskontrolle kann notwendig sein, wenn die Marktanalyse ergibt, dass auf bestimmten Märkten der Wettbewerb unzureichend ist. Insbesondere Unternehmen, die als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, sollten aus Preis-Kosten-Scheren resultierende Preise vermeiden, bei denen die Spanne zwischen ihren Endkundenpreisen und den Zusammenschaltungs- oder Zugangsentgelten, die Wettbewerbern mit ähnlichem Endkundendienst in Rechnung gestellt werden, nicht ausreicht, um einen nachhaltigen Wettbewerb zu gewährleisten. Ermittelt eine nationale Regulierungsbehörde die Kosten, die für die Einrichtung eines nach dieser Richtlinie zugelassenen Dienstes entstehen, so ist eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital, einschließlich eines angemessenen Betrags für Arbeits- und Aufbaukosten, vorzusehen, wobei erforderlichenfalls eine Anpassung der Bewertung des Kapitals vorgenommen wird, um die aktuelle Bewertung der Vermögenswerte und die betriebliche Effizienz widerzuspiegeln. Die Methode der Kostendeckung sollte auf die Umstände abgestimmt sein und das Erfordernis berücksichtigen, die wirtschaftliche Effizienz, einen nachhaltigen Wettbewerb und den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität zu fördern, und somit für die Endnutzer möglichst vorteilhaft sein; sie sollte ferner der Tatsache Rechnung tragen, dass zum Nutzen aller Betreiber, die den Ausbau neuer, modernerer Netze im Einklang mit der Empfehlung 2013/466/EU der Kommission ⁽³⁶⁾ beabsichtigen, stabile und vorhersehbare Vorleistungspreise erforderlich sind.“ (Hervorh. durch Verf.) 36

Erwägungsgrund 193 schließt an: 37

„Angesichts der Unsicherheiten, in welchem Maße sich die Nachfrage nach Breitbanddiensten der nächsten Generation tatsächlich entwickeln wird, ist es für die Förderung effizienter Investitionen und Innovationen wichtig, den Betreibern, die in den Aufbau oder die Modernisierung von Netzen investieren, ein gewisses Maß an Flexibilität bei der Preisgestaltung zu gewähren. Die nationalen Regulierungsbehörden sollten beschließen können, regulierte Vorleistungszugangsentgelte bei Netzen der nächsten Generation beizubehalten oder nicht aufzuerlegen, wenn 38

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

es hinreichende Maßnahmen zur Sicherung des Wettbewerbs gibt. Um insbesondere überhöhte Preise auf Märkten zu vermeiden, auf denen es Unternehmen gibt, die als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, sollte diese Preisflexibilität mit zusätzlichen Vorkehrungen flankiert werden, um den Wettbewerb und die Endnutzerinteressen zu schützen; hierzu gehören strenge Nichtdiskriminierungsverpflichtungen, Maßnahmen zur Gewährleistung der technischen und wirtschaftlichen Replizierbarkeit von nachgelagerten Produkten sowie ein nachweisbarer Druck auf die Endkundenpreise ausgehend vom Infrastrukturwettbewerb oder einem Preisanker aufgrund anderer regulierter Zugangsprodukte. [...]“ (Hervorh. d. Verf.)

- Unionsrechtlich gefordert ist also gerade eine effektive Prüfung von Preis-Kosten-Scheren, die die effizienten Infrastrukturwettbewerb sichert. Genau das unterbliebe aber, wenn die BNetzA das Carrier-Geschäftsmodell erneut aus dem PKS-Test ausschlösse. 39
- Ebenso dürfen unionsrechtlich bei dem PKS-Test nicht bestimmte Entgeltrelationen mit einzelnen Tarifen unberücksichtigt blieben. Die Tarife korrespondieren gerade mit den unterschiedlichen Nachfragekonstellationen, die sich aus den unterschiedlichen Geschäftsmodellen ergeben (Nachfrager mit flächendeckender Infrastruktur, Nachfrager nur mit Infrastruktur in den Ballungsräumen, Nachfrager nur mit Backbone-Infrastruktur, etc.). Die Eliminierung einzelner Entgeltrelationen führte letztlich zum Ausschluss der dahinter stehenden Geschäftsmodelle und verengte den regulatorischen Schutzschirm auf wenige, von der Regulierungsbehörde anerkannte Modelle. Es ist aber gerade auch unionsrechtlich nicht Aufgabe der Regulierungsbehörde, über die Geschäftsmodelle der Wettbewerber zu entscheiden. 40
- Regulierungsgrundsätze des TKG 2021 41
- Dieses Ergebnis wird durch den neuen Regulierungsgrundsatz des § 2 Abs. 3 Nr. 5 TKG bestätigt. Danach hat die BNetzA die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang u.a. mit Infrastrukturen, Wettbewerb und Gegebenheiten der Endnutzer, die in den verschiedenen Gebieten in Deutschland vorhanden sind, gebührend zu berücksichtigen. Gewünscht ist also Vielfalt im Wettbewerb; dem trägt nur ein PKS-Test Rechnung, der die unterschiedlichsten Nachfragekonstellationen und Geschäftsmodelle im Markt betrachtet. 42
- 2.3 Endkundenseitig sind in den PKS-Test die genannten drei Produkte Ethernet Connect 2.0, DeutschlandLAN Connect IP und Business Premium Access einzubeziehen. Insbesondere für Ethernet Connect 2.0 spricht, dass das CFV 2.0-Vorleistungsprodukt die gleichen technischen Leistungsmerkmale wie das EC 2.0-Produkt hat (siehe oben Rn. 47 ff. und das Gutachten von SBR-net Consulting AG, Anlage VATM 2). Insoweit ist es für die Wettbewerber-Nutzung zur Nachbildung des Endkundenproduktes EC 2.0 geradezu prädestiniert (siehe hierzu ausführlich Rn. 9 ff. VATM-SS 25.03 2020, Anlage VATM 1). 43

In die PKS-Prüfung muss auch das neue TDG-Endkundenprodukt Business Premium Access einbezogen werden. Es sei nochmals betont, dass nach dem Marktauftritt von TDG dieses Produkt die anderen Endkundenprodukte Ethernet Connect 2.0 und DeutschlandLAN Connect IP ablösen soll. Die TDG-Auffassung, dieses Produkt sei für den PKS-Test unerheblich, ist unzutreffend.

44

Die wesentlichen Produktmerkmale werden durch folgende TDG-Übersicht abgebildet:

45

BPA: RESERVIERTE BANDBREITE FÜR JEDEN EINZELNEN DIENST

Trennung von Anschlüssen und Diensten

46



Das Produkt enthält, so die TDG-Bewerbung, einen „leistungsstarken Kommunikationsanschluss zur flexiblen Nutzung der digitalen Dienste der Telekom“ (siehe Produktflyer, Anlage VATM B 9 zum Schriftsatz vom 26.08.2021 im VPN 2.0-Beschwerdeverfahren, vorgelegt als Anlage VATM 3). BPA wird bundesweit auf Basis von Kupfer oder Glasfaser angeboten. Dienste – wie Telefonie und Internet-Zugang – werden über ein jeweils eigenes Virtual Local Area Network (VLAN) mit reservierter Bandbreite bereitgestellt. Diese VLANS müssen zum BPA separat hinzugebucht werden.

47

- Mit dem hinzubuchbaren Dienst InternetConnect wird Zugang zum Internet-Backbone von TDG gewährt. Dieser Dienst enthält das Data VLAN.
- Mit dem Dienst Voice VLAN stellt TDG reservierte Übertragungskapazität zur Herstellung von Sprachverbindungen bereit. Dieses Angebot umfasst noch keinen Telefonie-Dienst; dieser muss zusätzlich beauftragt werden.

48

49

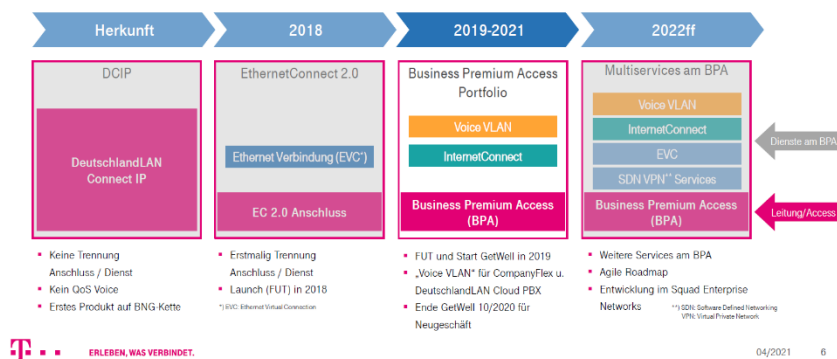
Die von TDG bereitgestellten Dienste zeichnen sich durch hohe Leistungsqualitäten aus (siehe die Leistungsbeschreibungen InternetConnect und Voice VLAN, Anlage VATM B 10

50

zum Schriftsatz vom 26.08.2021 im VPN 2.0-Beschwerdeverfahren, vorgelegt als Anlage VATM 3).

Das volle BPA-Produktpotential wird durch folgende TDG-Übersicht abgebildet:

TRENNUNG VON ANSCHLUSS UND DIENSTEN



Die Übersicht zeigt, dass die bisherigen Geschäftskundenprodukte DCIP und EC 2.0 im neuen Produkt BPA aufgehen. BPA wird als Anschlussprodukt die einheitliche, zentrale Grundlage für die Bereitstellung einer Vielzahl digitaler Dienste durch TDG sein. Die TDG-Übersicht zeigt auch, dass BPA zusammen mit InternetConnect und Voice VLAN die Funktionen des TDG-Produkts DCIP ablöst.

Vor diesem Hintergrund sind die BPA-Entgelte mit ihren Rabattklassen PUG 2 und 3 zwingend im PKS-Test zu berücksichtigen.

2.4 Betont sei nochmals, dass eine Überleitrechnung, wie sie die Kammer bei den Prüfungen für die aktuelle Genehmigung vorgenommen hat, den Anforderungen des PKS-Tests nicht genügt.

In der aktuellen Genehmigung hat die Kammer ausgeführt, die Endkundenpreise für EC 2.0 seien in das Preissystem der CFV 2.0 übergeleitet worden. Diese „Überleitrechnung“ sei zwingend erforderlich, um eine Vergleichbarkeit zwischen den Preisen der beiden Produkte überhaupt herstellen zu können. Denn bei den Anschlusspreisen für EC 2.0 gebe es zwar differenzierte Preise nach Bandbreiten, aber im Unterschied zu den Anschlussentgelten für CFV 2.0 keine Differenzierung nach Anschlussregionen (Rn. 906). Wir gehen danach davon aus, dass die Kammer die Entgelte für EC 2.0 einzelnen Tarifregionen des CFV 2.0-Entgelts zugeordnet hat. Dann hätte die Kammer in die PKS-Prüfung nicht die tatsächlichen Endkundenpreise für EC 2.0, sondern *fiktive* Preise aus der Überleitrechnung eingestellt und damit

ein zentrales Missbrauchselement aus der PKS-Prüfung eliminiert. Dergestalt wäre die PKS-Prüfung rechtlich nicht belastbar.

Die missbräuchliche Preis-Kosten-Schere wird gerade noch dadurch verschärft, dass TDG ihre drei Endkundenprodukte bundesweit einheitlich bepreist, während die Vorleistungskunden für die CFV 2.0 regionenabhängige Entgelte entrichten sollen. Dabei entfallen 77 % der Anschlussbereiche auf die Regionen Metro (18 %) und Country (59 %).



Hätte TDG bei EC 2.0 / DCIP / BPA die Kosten den Anschlussbereichen der unterschiedlichen Regionen verursachungsgerecht zugeordnet, wären bundesweit einheitliche Tarife nur aufgrund einer Mischkalkulation darstellbar. TDG-Endkunden vor allem in den Regionen Metro und Country profitierten dann erheblich von der bundesweit einheitlichen Tarifierung. Demgegenüber haben Wettbewerber, die gerade diese Endkunden bedienen wollen, erheblich höhere Vorleistungskosten als bei Endkunden im Short Range Segment. Diese Entgeltstruktur verstärkt die Preis-Kosten-Schere erheblich.

2.5 Nach § 37 Abs. 2 Nr. 3 TKG 2021 muss die Entgeltspanne zwischen Vorleistungs- und Endnutzerentgelt ausreichen, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen.

Hierfür wäre es nach der Regulierungspraxis zumindest erforderlich, dass der Abstand zwischen dem Vorleistungsprodukt und dem Endkundenprodukt mindestens 25 % beträgt. Der 25 %-Aufschlag auf das Vorleistungsentgelt soll die auf der nachgelagerten Marktstufe anfallenden Vertriebskosten (Produktmanagement, Werbung / Akquisition, Kundenbetreuung), rechnungsbezogene Kosten (Inkasso / Fakturierung) sowie produktnahe Gemeinkosten abbilden (siehe etwa BNetzA, Beschl. v. 12.12.2005, Az. BK2c 05/003, S. 13 ff. BA und

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

ausführlich *Groebel*, in: Säcker (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 28 Rn. 46 ff., 69; *Fetzer*, in: Arndt / Fetzer / Scherer / Graulich (Hrsg.), TKG, 2. Aufl. 201, § 28 Rn. 54 sowie BNetzA, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren, ABl. BNetzA 2007, 4532 (S. 36, 40)).

Bei der Bemessung dieses Abstandsgebotes sind freilich noch nicht die Kosten der Wettbewerber für den *Einsatz des eigenen Netzes* (Zuführung, Equipment, Betrieb) berücksichtigt. Berücksichtigt man diese Kosten, müsste der Abstand deutlich höher sein. Die Aufschläge, die die Wettbewerber als Carrier benötigen, liegen regelmäßig bei über 50 % der TDG-Vorleistungsentgelte. Entsprechend müssen die CFV 2.0-Entgelte von TDG so bemessen sein, dass diese Entgelte auch mit einem Aufschlag von 50% noch unter den Entgelten für ihr Endkundenprodukt Ethernet Connect 2.0 und den Entgelten für die anderen Endkundenprodukte DCIP und BPA liegen (siehe zu dem 50 %-Abstand ausführlich Rn. 65 ff. SS VATM 27.11.2020 im parallelen Missbrauchsbeschwerdeverfahren VPN 2.0, Az. Bk2a-19/018 mit den dort vorgelegten unternehmensspezifischen Anlagen 1& 1 Versatel, ecotel, Plusnet und Vodafone; wir bitten, diese Anlagen (alle BuGG) zu diesem Verfahren hinzuziehen.

3. Entfernungsunabhängige Tarifierung der Verbindungsentgelte

Die fehlende entfernungsabhängige Tarifierung ist ein weiterer Kritikpunkt der Wettbewerber.

Wir haben bereits in unserer Stellungnahme 2020 (Anlage VATM 1) ausführlich dargelegt, dass die Genehmigung von entfernungsunabhängigen Entgelten das KeL-Gebot sowie das Bündelungs- und Diskriminierungsverbot verletzt (Rn. 81 ff.). Hierauf sei erneut verwiesen. Auch in tatsächlicher Hinsicht greifen die früheren Rügen der Stellungnahme 2020 gegenüber dem neuen Genehmigungsantrag durch:

- Der neue Antrag betont, dass sich die Preise für Verbindungslinien nach der Höhe der Bandbreite sowie dem Nutzungsanteil des jeweiligen Kernnetzes bestimmen (Ziffer 1.3 der mit dem Antrag vorgelegten Vertragsanlage 4). Es ist nicht erkennbar, dass diese von TDG ausdrücklich so benannten Kostentreiber völlig unabhängig von der Länge der Verbindungslinie sind. Dagegen spricht vor allem, dass wesentlicher Kostentreiber für die physikalische Infrastruktur die Tiefbaukosten sind. Diese sind entfernungsabhängig. Dann gebietet es die Vorgabe verursachungsrechtlicher Kostenzuordnung, die Entgelt so zu bilden, dass sie die Kostentreiber abbilden.
- Gegen eine verursachungsgerechte Kostenallokation spricht weiter, dass die Preisdifferenz zwischen einer Verbindungslinie kernnetzverbleibend und einer Verbindungslinie kernnetzübergreifend nicht plausibel ist. Der Abstand ist so gering, dass bezweifelt werden muss, dass hier die maßgeblichen Kostentreiber, insbesondere

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

die aus den hohen Tiefbaukosten resultierenden Investitionswerte, verursachungsgerecht zugeordnet sind.

- Auch nach dem neuen Antrag soll ein Nachfrager ein Verbindungsentgelt bereits dann zahlen, wenn TDG eine Verbindung zwischen zwei nebeneinander stehenden BNG-Geräten am selben Standort herstellt (siehe Ziffer 1.3.1 der Vertragsanlage 4). 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 widerspiegelt.

68

Rechtlich defizitär ist weiter, dass der Antrag mit dem beigelegten Standardangebot keine objektiven, nachvollziehbaren Definitionen für „kernnetzverbleibende Verbindungslinien“ und „kernnetzübergreifende Verbindungslinien“ enthält. Ziffer 1.3.2 und Ziffer 1.3.3 der Vertragsanlage 4 zum 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, der Antrag von TDG bezieht sich jedenfalls nicht darauf. 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. Der Genehmigungstatbestand liefe insoweit leer.

69

In seinen ökonomischen Auswirkungen ist die Genehmigung pauschaler Verbindungsentgelte insbesondere deshalb gravierend, weil sie die Vorleistungsnachfrager mit eigener Infrastruktur erheblich benachteiligt und reine Reseller begünstigt. Wir haben den Diskriminierungssachverhalt in unserer Stellungnahme 2020 ausführlich dargelegt (Rn. 98 ff. Stellungnahme 2020, Anlage VATM 1). Der neue Antrag ändert daran nichts, insbesondere wenn man berücksichtigt, dass die Entgeltspanne zwischen Verbindungsentgelten „kernnetzverbleibend“ und „kernnetzübergreifend“ maximal 5,90 Euro beträgt (150M). Dies entspricht 4,41 % des Überlassungspreises für die kernnetzübergreifende Verbindung. Damit ist die Distanz nochmals erheblich geschrumpft. Bei den aktuell genehmigten Entgelten beträgt sie max. 144,66 Euro. Dies entspricht ca. 10 % des Überlassungspreises (Rn. 105 Stellungnahme 2020, Anlage VATM 1). Durch diese Tarife werden Unternehmen, die in der Vergangenheit im Vertrauen auf eine Regulierung, die infrastrukturbasierten Wettbewerb fördert, ihre Netze ausgebaut haben, massiv benachteiligt.

70

4. Durchgehende Kalkulation nach Bruttowiederbeschaffungswerten	71
Wir haben aus der mündlichen Verhandlung mitgenommen, dass die Kammer erwägt, auch für die neue Genehmigung die Investitionswerte durchgehend, auch für Kabelkanalanlagen und Kabelschächte, nach Bruttowiederbeschaffungswerten, also Tagesneuwerten, zu bestimmen.	72
Dies bleibt mit dem KeL-Gebot (§ 42 TKG 2021) nicht vereinbar. Der Maßstab fragt nach dem wettbewerbsanalogen Preis. Dies umfasst diejenigen Kosten, die bei einer effizienten Bereitstellung der Vorleistung anfallen. Soweit es um Investitionen in ein Netz geht, sind diejenigen aktuellen Kosten zu erfassen, die einem effizienten Betreiber beim Aufbau eines effizienten Netzes entstehen würden. Eine zwingende Vorgabe, die Investitionswerte anhand der Bruttowiederbeschaffungswerte zu berechnen, gibt es dabei nicht (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.9.2013 – 6 C 13/12, Rn. 44 ff.). Entscheidend ist immer eine Einzelfallbetrachtung und -abwägung, unter Berücksichtigung der ggf. konfligierenden Regulierungsziele (unergiebig daher etwa die allgemeinen Ausführungen des VG Köln, Urt. v. 22.10.2015, Az. 1 K 2736/13, Rn. 104 ff. NRWE).	73
Die Bewertung zu Bruttowiederbeschaffungswerten will die Replizierbarkeit der Anlagen darstellen. Auf die Replizierbarkeit der Anlagen kommt es jedoch nicht bei denjenigen baulichen Anlagen an, die wiederverwendbar sind. Hierzu zählen etwa Kabelschächte. Ein dritter Netzbetreiber, der über den Markteintritt entscheidet, wird in der Regel nicht überlegen, eine solche bauliche Infrastruktur parallel zur vorhandenen Infrastruktur aufzubauen; er wird eher vorhandene Kabelschächte nutzen wollen. Daher ist es insoweit geboten, diese Anlagen zu historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten zu bewerten.	74
Nicht überzeugend ist daher auch der Hinweis der Kammer in der mündlichen Verhandlung, mit der Bewertung zu Bruttowiederbeschaffungswerten könnten Investitionsanreize gesetzt werden. Dies würde auf Infrastruktur zutreffen, deren Replizierbarkeit der Förderung des Wettbewerbs diene. Dies trifft aber auf Kabelkanalanlagen und Kabelschächte nicht zu. Im öffentlichen Interesse liegt gerade deren Mitnutzung durch eine Mehrzahl von Telekommunikationsunternehmen; die Regelungen in §§ 136 ff. TKG 2021 unterstreichen dies eindrücklich.	75
Die Bewertung zu Bruttowiederbeschaffungswerten entspricht denn auch bekanntermaßen nicht der Nichtdiskriminierungsempfehlung der Kommission vom 11.09.2013 (siehe dort EG 33 ff. und Ziffer 30 ff.). Auch wenn sie formell nicht für den hier relevanten Markt gelten mag, greifen die Bewertungsgesichtspunkte der Kommission hier jedoch genauso. Dies gilt umso mehr, als derjenige Teil der Anschlusslinie, welcher am MSAN terminiert, dieselben	76

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

technischen Komponenten enthält wie das Produkt L2 BSA VDSL Stand alone, für die eine Bewertung zu Bruttowiederbeschaffungswerten nach der Kommissionsempfehlung explizit nicht in Frage kommt. Es entspricht nicht dem regulatorischen Konsistenzgebot (§ 38 Abs. 5 Nr. 2 TKG 2021), ein und dieselbe Anlage unterschiedlich zu bewerten, im benachbarten Markt auf eine Bewertung zu Wiederbeschaffungswerten zu verzichten, hier eine solche Bewertung aber vorzunehmen.

Die unterschiedliche Bewertung kann auch nicht damit begründet werden, dass es sich bei L2 BSA um einen Massenmarkt handle, anders als bei dem hier relevanten Mietleitungsmarkt, und im Mietleitungsmarkt Investitionsanreize gegeben werden sollen. Die Frage, ob Kabelanlagen neben vorhandenen mitnutzbaren Kabelanlagen neu errichtet werden sollen, stellt sich im Geschäftskunden- und im Massenmarkt gleichermaßen. Rentieren können sich solche Anlagen in beiden Märkten gleich schlecht oder gut. Daher fehlt es für eine Differenzierung der Anreizsetzung schon an einer belastbaren tatsächlichen Grundlage.

77

5. Generell: Tiefbaukosten kein relevanter Kostentreiber

78

Den in ihrem Antrag angeführten – und zu unserer Überraschung auch dem Grunde nach von der Kammer im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung gestützten – Aussagen von TDG zu kontinuierlich und nennenswert gestiegenen Tiefbaupreisen in den letzten Jahren, gerade auch seit der letzten Genehmigung BK2a-19/033, rückwirkend gültig ab dem 29.07.2019, müssen wir entschieden entgegen treten. Die Aussagen sind unzutreffend. Nach Recherchen etwa von Vodafone sind die Tiefbaukosten von Mitte 2019 bis Januar 2021 um lediglich 1,86% angestiegen (Quelle: Baupreisindex Tiefbau nach Destatis 61261-0004: Ortskanäle).

79

Tiefbaukosten können also kein relevanter Kostentreiber sein.

80

6. Kapitalkostensatz / Anwendung der WACC-Mitteilung

81

Die Kammer hat in der mündlichen Verhandlung mitgeteilt, sie beabsichtige, den kalkulatorischen Zinssatz nach derjenigen Methodik zu bestimmen, die die Beschlusskammer 3 kürzlich bei der Genehmigung von Überlassungsentgelten für den lokal virtuell entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (KVz-AP) vom 27.10.2021, Az. BK3c-21/004, verwendet habe „Entgeltgenehmigung KVz-AP“).

82

Danach wendet die BNetzA die für die Bestimmung des Kapitalkostensatzes maßgebliche „Mitteilung der Kommission über die Berechnung der Kapitalkosten für Altinfrastrukturen“ (2019/ C 375/01) („WACC-Mitteilung“, ABl. EU C 375 v.06.11.2019, S. ff.) nicht vollständig

83

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

an, sondern setzt 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 an (S. 21 BA Entgeltgenehmigung KVz-AP). Dies führt im Ergebnis zu einem höheren Zinssatz.

Diese Vorgehensweise begegnet erheblichen rechtlichen Bedenken.

84

Die Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 15.10.2021 (Az. C (2021)7537 final) zur geplanten Entgeltgenehmigung KVz-AP festgestellt, dass die Berechnung der WACC durch die BNetzA nicht vollständig mit der WACC-Mitteilung in Einklang stehe. Die Abweichungen hätten einen „verzerrten WACC-Wert“ im Vergleich mit den Werten anderer nationaler Regulierungsbehörden zur Folge. Anders als die BNetzA sei die Kommission der Auffassung, dass ein Mittellungszeitraum von 5 Jahren die Berücksichtigung der Lage auf den Finanzmärkten ebenso wie die Abfederung kurzfristiger Schwankungen ermögliche. Die BNetzA wurde aufgefordert, eine Methode in Betracht zu ziehen, die die wirtschaftlichen Bedingungen in Deutschland widerspiegelt, ohne dass der deutsche Wert den Wert anderer Mitgliedstaaten übersteige.

85

Es ist zu erwarten, dass sich die Kommission im Rahmen des Konsolidierungsverfahren zu der hier verfahrensgegenständlichen Entgeltgenehmigung genauso positioniert. Einer solchen Stellungnahme hat die BNetzA weitestgehend Rechnung zu tragen (§ 12 Abs. 3 TKG 2021). Dieser Vorgabe entspricht es nicht, wenn die BNetzA entgegen der Einwände der Kommission an einem Mittellungszeitraum von 10 Jahren festhält.

86

Die Kammer hat in der aktuellen Genehmigung selbst darauf hingewiesen, dass der WACC-Mitteilung als „vorweggenommener Stellungnahme“ der Kommission im Konsultationsverfahren weitestgehend Rechnung zu tragen ist (Rn. 532). Die Vorgabe des „weitestgehend Rechnung tragen“ lässt indes mitnichten der BNetzA Spielraum, von der Stellungnahme nach eigenem Belieben abzuweichen. Vielmehr wird ein etwaiger Beurteilungsspielraum durch die Stellungnahme der Kommission vorgeprägt, den Kommissionserwägungen kommt bei der Abwägung besonderes Gewicht zu. Die von der Kommission geltend gemachten Belange können grundsätzlich nur dann überwunden werden, wenn vom europäischen Standard abweichende nationale Besonderheiten vorliegen oder wenn gegenläufige öffentliche oder private Belange zu berücksichtigen sind, denen im konkreten Einzelfall ein so hohes Gewicht zukommt, dass ihr Zurücktreten gerechtfertigt erscheint. (siehe BVerwG, EuGH-Vorlage, Az. 6 C 10/13, Rn. 32). Gilt dies für eine Stellungnahme im Konsultationsverfahren, muss dies gleichermaßen für die WACC-Mitteilung als vorweg genommene Stellungnahme gelten. Solche Belange oder Besonderheiten sind jedoch nicht ersichtlich.

87

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

- Unabhängig davon sprechen gegen einen Mittelungszeitraum von 10 Jahren entscheidend folgende Gesichtspunkte: 88
- Entscheidend müssen die konkreten Marktverhältnisse sein: Hier geht es um den Markt für Abschlusssegmente von Mietleitungen. Dies betrifft insbesondere die Anschlussleitungen zu den Geschäftskunden. Hier sind die Marktzutrittsschranken wegen den mit der Leitungsbereitstellung verbundenen Tiefbaumaßnahmen für jede einzelne Leitung in jeder einzelnen Kundenlokation besonders hoch; gerade dieser „Bottleneck“-Charakter der Abschluss-Segmente rechtfertigt deren sektorspezifische Regulierung. Diese erheblichen Marktzutrittsschranken werden aber nicht dadurch überwunden, dass die BNetzA durch einen langen Mittelungszeitraum die Kapitalzinsen auf einem vergleichsweise hohen Niveau hält. Dieses wäre allenfalls dann relevant, wenn Wettbewerber die Vorleistungsprodukte von TDG nachbilden und Dritten anbieten wollten; dann könnten die (hohen) Vorleistungsentgelte Anreizfunktion haben. Kein Wettbewerber wird aber Infrastruktur aufbauen, um als Vorleistungsanbieter für Dritte tätig zu werden. Das entscheidende Signal für den Markteintritt (Aufbau von Abschlusssegmenten) sind vielmehr die auf dem *nachgelagerten* Markt erzielbaren Endkundenpreise. Diese aber werden von der TDG, wie der PKS-Test zeigt, niedrig gehalten. Anreizsignale für den Markteintritt setzen also hohe Zinsen für TDG mitnichten. 89
 - Im Gegenteil verschärfen hohe Kapitalkosten und damit Vorleistungskosten die Wettbewerbsprobleme auf dem regulierten Vorleistungsmarkt und in der Folge auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt erheblich. Hohe Vorleistungsentgelte verteuern den Vorleistungseinkauf durch die Wettbewerber. Anstatt das Bottleneck „Abschlusssegmente von Mietleitungen“ aufzulösen, wird es gestärkt. Dies behindert den Wettbewerb für den nachgelagerten Endkundenmarkt, den die BNetzA eigentlich fördern soll, gleich zweifach: Zum einen haben die Wettbewerber und Zugangsnachfrager aufgrund der hohen Vorleistungskosten erhebliche Probleme, die Benchmark-Endkundenprodukte von TDG (EC 2.0, DCIP und BPA) wirtschaftlich nachzubilden. Zum anderen ermöglichen die hohen Vorleistungsentgelte es TDG, durch Quersubventionierung ihre Endkundenentgelte niedrig zu halten. Eine Entscheidung zugunsten hoher TDG-Kapitalkosten hätte also eine ausgeprägt wettbewerbs-hindernde und keiner wettbewerbsfördernde Wirkung. 90
 - Die Anwendung eines langen Mittelungszeitraums behindert die Entwicklung des Binnenmarktes. Entscheidend ist, dass die WACC-Mitteilung eine solche Mittelung nicht vorsieht. Indem die BNetzA TDG durch eine solche Mittelung begünstigt, privilegiert sie diese gegenüber anderen regulierten Unternehmen im europäischen Binnenmarkt. Dies führt zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen, die der Entwicklung eines einheitlichen europäischen Binnenmarktes entgegenstehen. 91

Schriftsatz enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

7. Gebührenüberwälzung 92

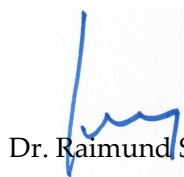
Schließlich beabsichtigt die Beschlusskammer, die von der Antragstellerin für die Genehmigung zu entrichtenden Gebühren als neutrale Aufwendungen im Rahmen der Entgeltgenehmigung zu berücksichtigen. Damit weicht die Kammer im Ergebnis von der aktuellen Genehmigung ab, in der die Gebühren nicht berücksichtigt wurden. Dort hatte sie die Gebühren als KeL nicht anerkannt, allerdings ihre Berücksichtigung als neutrale Aufwendungen künftig für möglich gehalten (Rn. 801 ff., 813); dem will sie nun offenbar folgen. 93

Eine Berücksichtigung als neutrale Aufwendungen widerspricht § 42 Abs. 2 TKG 2021. Danach können zwar Aufwendungen, die nicht Teil der KeL sind, im Rahmen der Entgeltgenehmigung berücksichtigt werden, soweit hierfür eine rechtliche Verpflichtung besteht. Eine solche rechtliche Verpflichtung kann indes nicht in der Gebührenpflicht der TDG gesehen werden. Nach der aktuellen Besonderen Gebührenverordnung BNetzA vom 19.08.2021 ist die Erteilung einer Entgeltgenehmigung gebührenpflichtig (§ 2 i.V.m. Anlage Abschnitt 1 Ziffer 6.5). Die Zahlung der Gebühr für die Entgeltgenehmigung ist die Gegenleistung des Gebührenschuldners für die Erteilung der ihn begünstigenden Entgeltgenehmigung als eine ihm individuell zurechenbare öffentliche Leistung (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 BNetzABGebV). Diese verordnungsrechtliche Bestimmung des Genehmigungsinhabers (TDG) als alleinigen Gebührenschuldners wird unterlaufen, wenn TDG die vollständige Gebühr im Rahmen der Entgeltregulierung auf ihre Nachfrager überwälzen kann. Die Anerkennung der Gebühr als neutrale Aufwendung widerspricht insoweit dem verordnungsrechtlichen Gebührentatbestand. 94

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthält dieser Schriftsatz nicht. 95

Für Rückfragen stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung. 96

Beste Grüße



Dr. Raimund Schütz

(mit qualifizierter elektronischer Signatur)