

JUCONOMY Rechtsanwälte, Grafenberger Allee 368, D-40235 Düsseldorf

Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 3
Postfach 8001

53105 Bonn

per Mail: **BK3-Konsultation@BNetzA.de**

BK3c-22-004

**Veröffentlichung eines Entwurfs der Entgeltgenehmigung
in dem Verwaltungsverfahren aufgrund des Antrages der
Telekom Deutschland GmbH wegen Genehmigung der
Entgelte für den Zugang zur TAL (Bereitstellungs- und
Kündigungsentgelte, Entgelte für Nutzungsänderung, Car-
rier-Express-Entstörung, zusätzliche Anfahrt und andere
Leistungen)**

Grafenberger Allee 368
D-40235 Düsseldorf
Tel +49 (211) ▶ 90 99 16 - 0
E-Mail mail@juconomy.de
www.juconomy.de

Dr. Martin Geppert
Rechtsanwalt, Partner

Dr. Peter Schmitz
Rechtsanwalt, Partner

Dr. Jens Schulze zur Wiesche
Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

Kooperationspartner Wien:
Rechtsanwälte
Lichtenberger & Partner

Ihr Ansprechpartner:
Dr. Martin Geppert
geppert@juconomy.de

Unser Zeichen:
TAL-Bereitstellung-2022

Datum: 15.08.2022

Die vorliegende Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Dreger,
Sehr geehrter Herr Schug,
Sehr geehrte Damen und Herren,

für die beigeladenen Unternehmen:

- **EWE TEL GmbH**
- **M-net Telekommunikations GmbH**
- **NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH**

(nachfolgend zusammenfassend genannt: „die beigeladenen Unternehmen“)

geben wir zum og. Konsultationsentwurf fristgerecht eine gemeinsame Stellungnahme ab.

I. Grundsätzliche Bewertung der Entgelthöhen des Konsultationsentwurfs

Die beigeladenen Unternehmen nehmen zustimmend zur Kenntnis, dass der Konsultationsentwurf Entgelte vorschlägt, welche die von der Antragstellerin beantragten massiven Entgelterhöhungen klar beschränkt. Wie vom Konsultationsentwurf errechnet, hätte auf Basis der Antragswerte das Tarifniveau um ca. 23% bezüglich der HVt-TAL und um 17,7% bezüglich der KVz-TAL zugenommen. Ein wichtiges Element des Konsultationsentwurfs zur Beschränkung des beantragten Entgeltanstiegs ist hierbei die erstmalige Anerkennung eines „Deaktivierungstages“ für gebündelte Kündigungen bei der HVt-TAL. Auch wenn die beigeladenen Unternehmen einen monatlichen Deaktivierungstag (analog zur wohnungsmietvertraglichen Regelung nach § 573c Abs. 1 S. 1 BGB) statt wöchentlicher Deaktivierungstage beantragt hatten und unverändert für sachlich angemessen halten, ist die grundsätzliche Akzeptanz eines Deaktivierungstages für gebündelte Kündigungen durch den Konsultationsentwurf zustimmend zur Kenntnis zu nehmen. Die von der Antragstellerin beantragten massiven Verteuerungen hätten zu wirtschaftlich kritischen Auswirkungen für den Leistungsbezug der Vorleistungsnachfrager mit entsprechenden Nachteilen für einen chancengleichen Wettbewerb geführt.

Dennoch besteht aus Sicht der beigeladenen Unternehmen kein Grund zur Zufriedenheit mit den Ergebnissen des Konsultationsentwurfs, insbesondere wenn die hier ausgewiesenen Entgelthöhen in Relation zu den Vorgängergenehmigungen insbesondere der Genehmigung von 2018 gestellt werden. Die Genehmigung von 2018 war – jedenfalls ausweislich der nur von einem einzigem Vorleistungsnachfrager erfolgten gerichtlichen Anfechtung – vom Markt weitgehend akzeptiert worden. Im Gegensatz zur Genehmigung von 2018 verteuert der vorliegende Konsultationsentwurf den Leistungsbezug – mit Ausnahme weniger (selten nachgefragter) Leistungen **um bis zu 36%** und gegenüber der Genehmigung von 2020 **um bis zu 18%**.

In Bezug auf die Bereitstellungs- und Kündigungsentgelte bei der HVt-TAL und der KVz-TAL ergibt sich im Einzelnen folgendes Bild:

HVt-TAL:

CuDA 2 DR hochbitratig	Genehmigung 2018	Genehmigung 2020	Konsult. Entwurf 2022	%-Änderung 2022 zu 2018	%-Änderung 2022 zu 2020	Entwicklung 2018-2022 (graphisch)
Übernahme ohne Arb. beim Endkunden	25,03 €	29,06 €	29,36 €	+17,30%	+1,03%	
Übernahme mit Arb. beim Endkunden	60,92 €	65,74 €	66,29 €	+8,81%	+0,84%	
Neuschaltung mit Arb. am KVz ohne Arb. beim Endkunden	33,16 €	38,38 €	45,31 €	+36,64%	+18,06%	
Neuschaltung mit Arb. am KVz mit Arb. beim Endkunden	62,99 €	67,88 €	71,02 €	+12,75%	+4,63%	
Neuschaltung ohne Arb. am KVz ohne Arb. beim Endkunden	22,62 €	26,64 €	27,09 €	+19,76%	+1,69%	
Neuschaltungen ohne Arb. am KVz mit Arb. beim Endkunden	59,60 €	64,33 €	65,22 €	+9,43%	+1,38%	
Kündigung ohne gleichzeitige Umschaltung Endkunde	13,88 €	17,27 €	15,41 €	+11,02%	-10,77%	
Kündigung mit gleichzeitiger Umschaltung Endkunde	2,39 €	2,08 €	1,49 €	-37,66%	-28,37%	

KVz-/SVt-TAL:

CuDA 2 Dr hochbitratig für KVz-TAL und SVt-TAL	Genehmigung 2018	Genehmigung 2020	Konsult. Entwurf 2022	%-Änderung 2022 zu 2018	%-Änderung 2022 zu 2020	Entwicklung 2018-2022 (graphisch)
Übernahme ohne Arb. beim Endkunden	24,64 €	28,78 €	30,39 €	+23,34%	+5,59%	
Übernahme mit Arb. beim Endkunden	54,94 €	57,49 €	54,63 €	-0,56%	-4,97%	
Neuschaltung ohne Arb. beim Endkunden	23,40 €	27,95 €	29,55 €	+26,28%	+5,72%	
Neuschaltung mit Arb. beim Endkunden	55,04 €	57,99 €	55,34 €	+0,55%	-4,57%	
Kündigung ohne gleichzeitige Umschaltung Endkunde	18,03 €	23,03 €	24,57 €	+36,27%	+6,69%	
Kündigung mit gleichzeitiger Umschaltung Endkunde	2,39 €	2,36 €	1,64 €	-31,38%	-30,51%	

Zusätzliche Anfahrt:

Zusätzliche Anfahrt im Bereitstellungs- bzw. Entstörungsprozess	Genehmigung 2018	Genehmigung 2020	Konsult. Entwurf 2022	%-Änderung 2022 zu 2018	%-Änderung 2022 zu 2020	Entwicklung 2018-2022 (graphisch)
je zusätzliche Anfahrt	29,71 €	30,36 €	31,10 €	+4,68%	+2,44%	

Die Verteuerungen des Leistungsbezugs seit 2018 sind durch „normale Preisentwicklungen“ nicht verursacht und nicht erklärbar. Sie spiegeln insbesondere nicht die verbesserte Produktivitätsentwicklung wider, die im Konzern Deutsche Telekom ausweislich des Lageberichts alleine zum Geschäftsjahr 2021 um 9,1% gegenüber dem Vorjahr 2020 gesteigert wurde. Die bedeutendste Ursache von Entgelterhöhungen nach – aus Sicht der beigeladenen Unternehmen fehlerhafter - Ansicht des Konsultationsentwurfs dürfte einerseits in der Nicht-Weitergabe von Effizienzsteigerungen an Vorleistungsnachfrager liegen und andererseits darin, dass sinkende Fallzahlen zu Steigerungen der Stückkosten führen und dieser Stückkostenanstieg aufgrund sinkender Nachfrage von dem Konsultationsentwurf nicht herausgerechnet werden bzw. die Geltung der Vorgaben der Nichtdiskriminierungsempfehlung 2013/466/EU auf die verfahrensgegenständlichen Leistungen nicht anerkannt wird.

II. Inkonsistenzen der Entgelthöhen

Die beigeladenen Unternehmen haben bereits in ihrer Stellungnahme vom 08.06.2022 nach der öffentlichen mündlichen Verhandlung auf nicht erklärbare Inkonsistenzen in den beantragten Entgelthöhen hingewiesen. Diese betrafen die Arbeitsleistungen zur Schaltung einer KVz-TAL, welche in Relation zur vergleichbaren Arbeitsleistung als Teil der HVt-TAL deutlich teurer angesetzt wurde.

Diese Inkonsistenzen zeigen sich nun ebenfalls beim Vergleich der vom Konsultationsentwurf festgelegten Entgelte. Die Leistungen zur Schaltung einer KVz-TAL sollen ohne ersichtlichen bzw. ohne vom Konsultationsentwurf erklärten Grund höher bepreist werden als die identische Arbeitsleistung als Teil der Schaltung einer HVt-TAL. Dies gilt sowohl für Arbeiten am KVz als auch für Arbeiten am Endkunden:

1. Entgelte für Arbeiten am KVz:

Soweit bei der HVt-TAL (auch) Arbeiten am KVz erforderlich sind, errechnet sich für diesen Leistungsteil der Arbeiten am KVz nach dem Konsultationsentwurf ein Entgeltanteil von 18,22 EUR.

Dieser Entgeltanteil ergibt sich als Differenz:

(1) Neuschaltung <u>mit Arbeiten</u> am KVz / ohne Arbeiten beim Endkunden	45,31 €
(2) Neuschaltung <u>ohne Arbeiten</u> am KVz / ohne Arbeiten beim Endkunden	27,09 €
Differenz (1) ./. (2)	<u>18,22 €</u>

Im Gegensatz hierzu soll bei der KVz-TAL für die Arbeiten am KVz (Neuschaltung ohne Arbeiten beim Endkunden) gemäß Konsultationsentwurf ein Entgelt von 29,55 EUR in Rechnung gestellt werden dürfen.

Folge: Die Arbeiten am KVz werden im Rahmen der Neuschaltung einer **KVz-TAL** somit in Relation zur vergleichbaren Arbeitsleistung als Teil der HVt-TAL **um 11,33 EUR teurer bepreist!**

2. Entgelte für Arbeiten beim Endkunden

Soweit bei der HVt-TAL zusätzlich zu Arbeiten am KVz (auch) Arbeiten beim Endkunden erforderlich sind, errechnet sich für diesen Leistungsteil nach dem Konsultationsentwurf ein Entgeltanteil von 25,71 EUR.

Dieser Entgeltanteil ergibt sich als Differenz:

(1) Neuschaltung mit Arbeiten am KVz / <u>mit Arbeiten</u> beim Endkunden	71,02 €
(2) Neuschaltung mit Arbeiten am KVz / <u>ohne Arbeiten</u> beim Endkunden	45,31 €
Differenz (1) ./ (2)	<u>25,71 €</u>

Im Gegensatz errechnet sich bei der KVz-TAL für die Arbeiten beim Endkunden ein Entgeltanteil von 25,79 EUR.

Dieser Entgeltanteil ergibt sich als Differenz:

(1) Neuschaltung <u>mit Arbeiten</u> beim Endkunden	55,34 €
(2) Neuschaltung <u>ohne Arbeiten</u> beim Endkunden	29,55 €
Differenz (1) ./ (2)	<u>25,79 €</u>

Folge: Die Arbeiten beim Endkunden im Rahmen der Neuschaltung der **KVz-TAL** ist somit in Relation zur vergleichbaren Arbeitsleistung als Teil der HVt-TAL **um 0,08 EUR teurer bepreist!**

Der Konsultationsentwurf erklärt diese Inkonsistenzen (jedenfalls in dem für die beige-ladenen Unternehmen) einsehbaren Teil des Entwurfs nicht. Auf den Seiten 18 f. der Sachverhaltsdarstellung des Konsultationsentwurfs wird zwar die Kritik der Beigelade-nen zu 1., 2., 3., 4., 8., 9. und 11. an Inkonsistenzen der beantragten Entgelte zusam-mengefasst wiedergegeben. In der inhaltlichen Beschlussbegründung findet sich je-doch keine Befassung bzw. Bewertung im Hinblick auf diese Thematik der Entgeltkon-sistenz. Der Konsultationsentwurf enthält daher aus Sicht der beige-ladenen Unterneh-men – ebenso wie der Entgeltantrag der Antragstellerin – nicht erklärbare Inkonsisten-zen zwischen den Entgelten für die HVt-TAL und den Entgelten für die KVz-TAL.

III. Einbeziehung der Stellungnahme vom 08.06.2022

Soweit der Konsultationsentwurf die bereits in der Stellungnahme vom 08.06.2022 vorgetragene Kritikpunkte der beigeladenen Unternehmen hinsichtlich der inhaltlichen Entscheidungsgrundlagen zurückweist, kann aufgrund des bestehenden Dissens zwischen der Auffassung der beigeladenen Unternehmen und der Auffassung des Konsultationsentwurfs auf eine Wiederholung im Einzelnen verzichtet werden. Der fortbestehende Dissens muss ggf. in gerichtlichen Verfahren einer Überprüfung zugeführt werden.

Zur Vermeidung umfänglicher Wiederholungen beziehen die beigeladenen Unternehmen daher ihre Stellungnahme vom 08.06.2022 in vorliegende Stellungnahme mit ein.

Insbesondere betrifft dies die Kritikpunkte:

- (1) Die Kritik an Methodik, Inhalt und grundsätzlicher Verwendung der **Prozessstudie von Fraunhofer IML** als wesentlicher Entscheidungsgrundlage der Entgeltgenehmigung. Soweit der Konsultationsentwurf (S. 34) argumentiert, dass eine Zeiterfassung durch einen von der Beschlusskammer beauftragten Gutachter im Rahmen der Verfahrensfrist gar nicht möglich gewesen wäre, ist darauf hinzuweisen, dass nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung dieses „Zeitargument“ bereits deshalb nicht gehört werden kann, weil zwischen dem Zeitpunkt des Abschlusses des Entgeltgenehmigungsverfahrens zur Vorgängergenehmigung und dem vorliegenden Entgeltgenehmigungsverfahren ausreichend Zeit bestanden hätte, eine entsprechende Prüfung durch von der Antragstellerin unabhängiges sachverständiges Institut durchzuführen.
- (2) Die Nichtberücksichtigung der **Nichtdiskriminierungsempfehlung 2013/466/EU** und hieraus resultierend einer Begrenzung der Vorleistungsentgelte. Insbesondere muss nach Maßgabe der Nichtdiskriminierungsempfehlung dem Effekt gegengewirkt werden, dass aufgrund von Netzmigrationen ein Anstieg der Kosten je Leistungseinheit (Stückkosten) resultiert.
- (3) Die unterlassene KeL-Prüfung von **Stundensätzen anhand der Fremdvergabepreise** („Als-Ob-Wettbewerbspreis“). Wie vom Konsultationsentwurf an anderer Begründungsstelle (S. 99 betr. Beschlusskammergebühren) zutreffend ausgeführt wird, hat die Entgeltermittlung anhand des KeL-Maßstabes zum Ziel, solche Entgelte abzubilden, die sich im Rahmen eines funktionierenden Wettbewerbs einstellen würden. Demgemäß hat diese Ermittlung auf den Kosten aufzusetzen, die einem im Wettbewerb stehenden, also *nicht* regulierten Unternehmen entstehen würde.

Ein solcher Vergleichsmaßstab liegt bezüglich der Stundensätze bei Vergabe an Auftragnehmer vor. Diese Auftragnehmer sind *nicht* regulierte Unternehmen und bieten der Antragstellerin einen (realen) Wettbewerbspreis an. Dieser im Markt feststellbare Wettbewerbspreis wäre daher als Grundlage für die KeL-Ermittlung zu

verwenden. Soweit der Konsultationsentwurf ausführt (S. 90 f.), dass die Ist-Situation der Antragstellerin bezüglich Eigenrealisierung und Vergabe an Auftragnehmer zur Effizienzbetrachtung zu akzeptieren sei, verlässt der Konsultationsentwurf das Konzept des „Als-ob-Wettbewerbspreises“ als Grundlage der KeL-Bestimmung. Dagegen zieht sich der Konsultationsentwurf darauf zurück, die Zahlen der Antragstellerin als „nachvollziehbar“ (S. 91, 3. und 8. Absatz), „plausibel“ (S. 91, 5. Absatz) oder „schlüssig“ (S. 91, 6. Absatz) oder „hinreichend begründet“ (S. 92 oben) zu bezeichnen.

IV. Kalkulatorischer Zinssatz

Hinsichtlich der umfangreichen Ausführungen des Konsultationsentwurfs zum kalkulatorischen Zinssatz auf Seiten 56 bis 88 und der Ansetzung eines Mittelungszeitraums zu 1/3 von 5 Jahren und zu 2/3 von 10 Jahren als „Gleitpfad“ für die Betrachtung des risikofreien Zinses sehen die beigeladenen Unternehmen keine Rechtfertigung für diesen nationalen Sonderweg.

Ab dem 01.07.2021 sollte nur die gemäß der **WACC-Mitteilung** (2019/C 375/01) anzuwendende Methode mit einem **Mittelungszeitraum von 5 Jahren** berücksichtigt werden. Ein Absehen von der Methodik der WACC-Mitteilung ist ab dem 01.07.2021 generell nicht mehr zugelassen, wie Ziff. 71 der WACC-Mitteilung deutlich macht. Für Notifizierungen von Entgeltgenehmigungen ab dem 01.07.2021 ist der Übergangszeitraum endgültig abgelaufen.

V. Anträge

Erledigt sind der Antrag (1) hinsichtlich der Übersendung des Protokolls der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 25.05.2022. Die beigeladenen Unternehmen danken der Beschlusskammer für die Übersendung.

Erledigt sind des Weiteren – nach Maßgabe des Konsultationsentwurfs – der Antrag (6) 1. Absatz hinsichtlich der Ablehnung einer rückwirkenden Entgeltgenehmigung für Leistungen APL/EL zum 01.09.2021. Der Konsultationsentwurf (S. 123) ist insoweit dem Begehren der Antragstellerin mangels Leistungsnachfrage auf Basis des APL/EL-Vertrages nicht nachgekommen.

Die weiteren in der Stellungnahme vom 08.06.2022 enthaltenen **Anträge bleiben aufrechterhalten.**

Aufgrund der Verweisung des Konsultationsentwurfs auf Prüfberichte der Fachabteilung (S. 88, S. 101, S. 102, S. 112) wird zudem **beantragt**, uns als Teil des Akteneinsichtsanspruchs der beigeladenen Unternehmen die Prüfberichte der Fachabteilung zur

Ermittlung der KeL (ggf. in einer teilgeschwärzten Fassung) sowie zum Internationalen Tarifvergleich in der ungeschwärzten Fassung zur Verfügung zu stellen.

Mit freundlichen Grüßen



(Dr. Martin Geppert)
Rechtsanwalt

(digital eingereicht)