

Düsseldorf

Freshfields Bruckhaus Deringer
Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB
Feldmühleplatz 1
40545 Düsseldorf
T +49 211 49 79 0 (Zentrale)
+49 211 4979 378 (Durchwahl)
F +49 211 49 79 103
E andreas.schuler@freshfields.com
www.freshfields.com

Kurzgutachten**Bindung der Bundesnetzagentur an die WACC-Mitteilung der
Kommission**

Für

1&1 Telecom GmbH
1&1 Versatel Deutschland GmbH

Von

Dr. Andreas Schuler

Datum

12. August 2021

Die Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB) hat ihren Sitz in Frankfurt am Main und ist im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt am Main unter der Registernummer PR 2677 eingetragen. Weitere regulatorische Informationen finden Sie unter www.freshfields.com/support/legal-notice.

Eine Liste aller Gesellschafter der Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB stellen wir auf Nachfrage gern zur Verfügung. Die Bezeichnung „Partner“ umfasst sowohl Gesellschafter der Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB als auch Consultants und Mitarbeiter der Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB, die keine Gesellschafter sind, aber aufgrund vergleichbarer Position und Qualifikation ebenfalls als „Partner“ bezeichnet werden.

A. Ergebnis

Die Bundesnetzagentur ist an die WACC-Mitteilung der Kommission gebunden. Sie hat daher bei der Berechnung des risikofreien Zinses einen fünfjährigen Mittelungszeitraum gemäß Ziff. 27 der WACC-Mitteilung anzusetzen.

B. Sachverhalt und Fragestellung

Die Kommission hat eine Mitteilung zu der Berechnung der Kapitalkosten veröffentlicht („*Mitteilung der Kommission über die Berechnung der Kapitalkosten für Altinfrastrukturen im Zusammenhang mit der Prüfung nationaler Notifizierungen im Sektor der elektronischen Kommunikation in der EU durch die Kommission*“, ABl. EU vom 6. November 2019, C 375, S. 1, nachfolgend **WACC-Mitteilung**). Nach Ziff. 27 dieser Mitteilung hält es die Kommission im Rahmen der Berechnung der gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten (*Weighted Average Cost of Capital*, kurz **WACC**) für angemessen, bei allen Parametern denselben Mittelungszeitraum von fünf Jahren zugrunde zu legen. Zwar gingen laut Kommission längere Mittelungszeiträume in der Regel mit einer höheren Vorhersehbarkeit und Stabilität der Parameter-Werte einher, allerdings verringere sich auch die statische Effizienz. Bei einem Mittelungszeitraum von fünf Jahren – wie er von den nationalen Regulierungsbehörden am häufigsten verwendet werde – sei mit einem ausgewogenen Verhältnis zwischen Vorhersehbarkeit und Effizienz zu rechnen.

Die Bundesnetzagentur hat demgegenüber bei der Berechnung des risikofreien Zinses in dem Konsultationsentwurf zur Genehmigung der KVZ-AP-Entgelte einen Mittelungszeitraum von zehn Jahren und nicht von fünf Jahren angesetzt. Sie begründet dies u.a. mit „*Transparenz- und Konsistenzgründen*“. Dies trage auch „*insbesondere dem Stabilitätsgedanken Rechnung*“.

BNetzA, Konsultationsentwurf, BK3c-21/004, S. 31.

Wir wurden gebeten zu prüfen, ob die Bundesnetzagentur bei der Genehmigung von Entgelten von der WACC-Mitteilung der Kommission abweichen darf, insbesondere im Hinblick auf den nach Ziff. 27 der WACC-Mitteilung vorgegebenen Mittelungszeitraum von fünf Jahren.

C. Bundesnetzagentur darf von WACC-Mitteilung der Kommission nicht abweichen – Ansatz von zehn Jahren ist rechtswidrig

Die Bundesnetzagentur ist grundsätzlich an die Mitteilungen der Kommission gebunden. Die Voraussetzungen einer Abweichung liegen nicht vor (hierzu I.). Die Anwendung eines fünfjährigen Mittelungszeitraums ergibt sich zudem aus dem Gebot von Treu und Glauben bzw. aus dem Gebot widerspruchsfreien Behördenhandelns (hierzu II.).

I. Bindungswirkung der WACC-Mitteilung der Kommission

Die in der WACC-Mitteilung der Kommission festgelegte Methodik zur Zinssatzbestimmung ist für die Bundesnetzagentur im Ergebnis grundsätzlich rechtlich

verbindlich. Diese Bindungswirkung der WACC-Mitteilung verkennt die Bundesnetzagentur.

Die WACC-Mitteilung ist seit dem 1. Juli 2020 bei der Bestimmung des kalkulatorischen Zinssatzes für sog. Altinfrastrukturen anzuwenden (siehe Ziff. 71 Satz 1 der WACC-Mitteilung). Die Kommission legt in dieser Mitteilung ihre Methode zur Schätzung der gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten dar, die als Bezugswert bei der Prüfung von Maßnahmenentwürfen im Rahmen von Notifizierungsverfahren dienen soll. Die von der Kommission beschriebene Methode soll durch eine unionsweite einheitliche Anwendung zu einem stabilen Regulierungsumfeld beitragen, das Investitionen in elektronische Kommunikationsnetze in der Union zum Wohle der Endnutzer begünstigt und die Funktionsweise des digitalen Binnenmarktes fördert (vgl. WACC-Mitteilung, Ziff. 1 u. 9).

Mitteilungen sind zwar – wie Stellungnahmen und Empfehlungen, Art. 288 Abs. 5 AEUV – grundsätzlich unverbindlich. Ihnen kommt jedoch eine verbindliche Wirkung zu, wenn sie eine „rechts-normative Steuerungswirkung“ haben. Das ist dann der Fall, wenn von ihnen eine rechtsgestaltende Wirkung ausgehen soll.

Classen/Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, EuropaR, 8. Aufl. 2018, § 9 Rn. 131; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 71. EL, Art. 288 AEUV Rn. 211.

Mitteilungen der Kommission dienen im Kern dazu, eine einheitliche Rechtsanwendung zu sichern sowie die Mitgliedsstaaten und Einzelne darüber zu informieren, wie das Unionsrecht durchzuführen ist.

Plauth, Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäisierten Vergaberecht, 2017, Kap. 2 A. II. 1. a) bb),

Diese Voraussetzungen sind bei der WACC-Mitteilung erfüllt. In Ziff. 5 und 7 der WACC-Mitteilung werden als Ziele die Gewährleistung und Förderung kohärenter Regulierungskonzepte und des Rechtsrahmens benannt; sie soll also rechtliche Auswirkungen haben. Zudem dient die Mitteilung nach ihrer Ziff. 1 als „Bezugswert bei der Prüfung von Maßnahmenentwürfen, die gemäß Artikel 7 der Rahmenrichtlinie [...] notifiziert worden sind.“ Damit bindet sich die Kommission für ihre Stellungnahmen im Verfahren nach Art. 7 der Rahmenrichtlinie selbst. Entsprechend hat sich die Bundesnetzagentur in dem Beschluss zur Genehmigung der TAL-Einmalentgelte geäußert. Sie hat ausgeführt:

Es „ist davon auszugehen und im Blick zu halten, dass die Kommission in diesem Rahmen ein Vorgehen entsprechend der WACC-Mitteilung überprüfen und – sofern Abweichungen hiervon bestehen – eine Methodik einfordern wird, die in Einklang mit der WACC-Mitteilung steht und dafür ggf. ein Verfahren der „vertieften Prüfung“ nach Art. 7a

Rahmenrichtlinie (RL 2002/21/EG) einleiten wird.“ BNetzA, Beschl. v. 29. September 2020, BK3c-20/013, S. 66 f.

Die Pflicht, die Mitteilung weitestgehend zu berücksichtigen, folgt daneben aus dem Umstand, dass die Kommission die Mitteilung zur Grundlage ihrer Stellungnahme in Notifizierungsverfahren macht.

Vgl. Kommission, Beschluss vom 25. September 2020 in der Sache DE/2020/2264, C(2020) 6741 final.

Derartige Stellungnahmen sind von den nationalen Regulierungsbehörden nach § 12 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 TKG bzw. Art. 7 Abs. 7 der Rahmenrichtlinie weitestgehend zu berücksichtigen. Das gilt auch im Entgeltgenehmigungsverfahren.

BVerwG, Urt. v. 31. Januar 2017, 6 C 2.16, Rn. 22 ff., juris; VG Köln, Urt. v. 15. Juni 2020, 21 K 7279/18, S. 21.

Diese Pflicht zur weitestgehenden Berücksichtigung hat auch die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur erkannt. Aufgrund der Selbstbindung der Kommission geht die Beschlusskammer von einer „*vorweggenommenen Stellungnahme*“ der Kommission aus, welche aufgrund des Rechtsgedankens des § 12 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 TKG die Bundesnetzagentur binde. Es widerspreche dem Rechtsgedanken des § 12 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 TKG, wenn die Bundesnetzagentur der WACC-Mitteilung vor dem Ergehen der Stellungnahme der Kommission keine Rechnung trüge.

BNetzA, Beschl. v. 21. Dezember 2020, BK2a-20/019, S. 97 f., Rn. 469 ff.; BNetzA, Beschl. v. 21. Dezember 2020, BK2a-20/020, S. 106 f., Rn. 483 ff.

Das folgt auch aus den von der Beschlusskammer 2 zitierten Urteilen des EuGH. Er hat in den Rechtssachen *Grimaldi* und *Altair Chimica* ausgeführt, dass Empfehlungen der Kommission nicht als rechtlich wirkungslos angesehen werden dürften. Innerstaatliche Gerichte seien verpflichtet, bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten die Empfehlungen zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn diese Aufschluss über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen.

EuGH, Urt. v. 15. September 2016, C-28/15, Rn. 41 – *Koninklijke KPN u.a.*; Urt. v. 11. September 2003, C-207/01, Rn. 41 – *Altair Chimica*; Urt. v. 13. Dezember 1989, C-322/88, Rn. 18 – *Grimaldi*.

Wenn aber Gerichte Empfehlungen und Mitteilungen bei der Überprüfung von Behördenentscheidungen nach den Vorgaben der Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen haben, wäre es widersprüchlich, wenn die Behörde selbst keine Berücksichtigungspflicht träge. Die Pflicht folgt insoweit – wie die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur zutreffend ausführt – auch aus dem Rechtsgedanken des § 12 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 TKG.

Damit hätten die Vorgaben der WACC-Mitteilung – im Sinne einer gesteigerten Berücksichtigungspflicht – von der Bundesnetzagentur bei der Zinssatzermittlung weitestgehend berücksichtigt werden müssen.

Im Übrigen fühlt sich die Bundesnetzagentur selbst an die WACC-Mitteilung gebunden. In dem Beschluss zu den TAL-Einmalentgelten hat im Hinblick auf die exponentielle Glättung dargelegt:

„Zwar könnte die Durchführung einer exponentiellen Glättung die disruptive Zinsentwicklung abfedern, allerdings steht die WACC-Mitteilung, welche zur Entwicklung des Binnenmarktes eine einheitliche Methoden-anwendung in den Mitgliedstaaten fordert, einer weiteren Anwendung der exponentiellen Glättung entgegen.“ BNetzA, Beschl. v. 29. September 2020, BK3c-20/013, S. 88.

Aus alledem folgt eine Bindung der Bundesnetzagentur an die in der WACC-Mitteilung vorgegebene Methodik.

Die Bundesnetzagentur darf zwar im Grundsatz von der Anwendung der Mitteilung abweichen, allerdings ist dies nur dann zulässig, wenn nationale Besonderheiten vorliegen oder gegenläufige öffentliche oder private Belange zu berücksichtigen sind, denen nach der besonders zu begründenden Einschätzung der Beklagten im konkreten Einzelfall ein so hohes Gewicht zukommt, dass ihr Zurücktreten gerechtfertigt erscheint.

Vgl. BVerwG, Beschl. v. 10. Dezember 2014, 6 C 16.13, Rn. 73, juris; VG Köln, Urt. v. 15. Juni 2020, 21 K 7279/18, S. 22 zur einer Stellungnahme nach Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie; VG Köln, Urt. v. 16. Juni 2021, 21 K 4920/19, S. 44 ff.; Urt. v. 11. Dezember 2016, 21 K 6734/16, S. 26 f.

Diese Voraussetzungen gelten nicht nur für Empfehlungen, sondern auch für Stellungnahmen der Kommission nach Art. 7 der Rahmenrichtlinie – und zwar sowohl für ein vollständiges als auch für ein teilweises Abweichen. Aufgrund der oben dargelegten engen Verknüpfung zwischen WACC-Mitteilung und Stellungnahme gilt dies vorliegend im Ergebnis auch für ein Abweichen von der WACC-Mitteilung.

Eine Prüfung nach den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichtes hat die Bundesnetzagentur aber nicht vorgenommen. Es ist aber auch sonst nicht ersichtlich, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für ein Abweichen von der WACC-Mitteilung vorliegen.

II. Gebot von Treu und Glauben und Widerspruchsfreiheit

Die Pflicht zur Befolgung der Vorgaben der WACC-Mitteilung der Kommission folgt zudem aus dem Gebot der Widerspruchsfreiheit hoheitlichen Handelns. Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehört zu den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts.

BVerwG, Urt. v. 20. März 2014, 4 C 11/13, Rn. 29 m.w.N.

Das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens ist ein besonderer Fall des Verstoßes gegen Treu und Glauben.

BVerwG, Beschl. v. 1. April 2004, 4 B 17/04, Rn.4

Hiernach wird eine gewisse Konsistenz im Handeln gefordert.

Vgl. MüKoBGB/Schubert, 8. Aufl. 2019, § 242 Rn. 353.

Der Treueverstoß liegt hierbei in der sachlichen Unvereinbarkeit der Verhaltensweisen des Rechtsanwenders.

Vgl. Jauernig/Mansel, 18. Aufl. 2021, § 242 BGB Rn. 48.

Eine solcher Widerspruch liegt vor. In dem Beschluss zu den TAL-Einmalentgelten hat die Bundesnetzagentur – wie von der WACC-Mitteilung vorgesehen – einen Mittelungszeitraum von fünf Jahren angesetzt.

BNetzA, Beschl. v. 29. September 2020, BK3c-20/013, S. 80, vgl. auch S. 86, 93 u. 99.

Demgegenüber setzt sie für Bestimmung des Zinssatzes im Rahmen der Genehmigung der KVz-AP-Entgelte einen Mittelungszeitraum von zehn Jahren an. Dieses Vorgehen ist nicht konsistent. In dem vorliegenden Konsolidierungsentwurf weist die Bundesnetzagentur zwar darauf hin, dass dies dem bisherigen Vorgehen zum risikofreien Zins bis 2019 entspreche, sie geht aber nicht darauf ein, dass sie in einem anderen Beschluss eine andere Entscheidung getroffen hat.

In dem Beschluss BK3c-20/103 hat die Bundesnetzagentur zudem ausgeführt, dass insbesondere die Neugestaltung der Mittelungszeiträume nicht die Besorgnis begründe, dass es hierdurch zukünftig zu disruptiven Veränderungen kommen könnte.

BNetzA, Beschl. v. 29. September 2020, BK3c-20/013, S. 99.

Vor diesem Hintergrund ist nicht zu verstehen, weshalb gerade die Verlängerung des Mittelungszeitraums von fünf auf zehn Jahre dem Stabilitätsgedanken Rechnung tragen soll.

So aber BNetzA, Konsultationsentwurf, BK3c-21/004, S. 31.

Der zehnjährige Zeitraum sei zudem aus Konsistenzgründen gewählt worden.

BNetzA, Konsultationsentwurf, BK3c-21/004, S. 31.

Die Bundesnetzagentur hat aber seinerzeit allerdings auch die Wahl des fünfjährigen Mittelungszeitraum mit Konsistenzgründen begründet.

BNetzA, Beschl. v. 29. September 2020, BK3c-20/013, S. 80.
Die Kommission begründet einen einheitlichen Mittelungszeitraum ebenfalls mit Konsistenz; Kommission, WACC-Mitteilung, Ziff. 27; vgl. auch BNetzA, Konsultationsentwurf, BK3c-21/004, S. 29.

Dass ein und dasselbe Argument bei nahezu identischem Sachverhalt einerseits einen fünfjährigen Mittelungszeitraum und andererseits – entgegen der WACC-Mitteilung – einen zehnjährigen Mittelungszeitraum begründen können soll, ist nicht nachvollziehbar. Diesen Widerspruch hat die Bundesnetzagentur bislang nicht aufgelöst.

Die Bundesnetzagentur verhält sich zudem widersprüchlich, wenn sie einerseits die Anwendung einer nicht mit der WACC-Mitteilung in Einklang stehenden Methode – nämlich die exponentielle Glättung – unter Verweis auf das Notifizierungsverfahren ablehnt (siehe oben), andererseits aber einer bei der Länge des Mittelungszeitraums derselben WACC-Mitteilung nicht folgt.

Ähnlich hat auch das VG Köln bei der Anwendung der exponentiellen Glättung im Rahmen der TAL-2019-Entgeltentscheidung herausgestellt, dass es nicht mit allgemeingültigen Bewertungsmaßstäben vereinbar sei, wenn Daten aus einer (von der Bundesnetzagentur selbst) als fehlerhaft erkannten Methode in einem anderen Schritt der Berechnung (dort: der exponentiellen Glättung) doch noch berücksichtigt werden.

VG Köln, Urt. v. 16. Juni 2021, 21 K 4920/19, S. 44 ff.

Zwar handelt es sich vorliegend hier nicht um eine betriebswirtschaftliche Bewertungsfrage, sondern um eine Frage der Rechtsanwendung. Letztlich hat die Nichtanwendung der Berechnungsmethoden der WACC-Mitteilung jedoch einen Verstoß gegen das Gebot der Widerspruchsfreiheit zur Folge, wenn die Bundesnetzagentur an einer Stelle die in der WACC-Mitteilung aufgestellte Methodik aus den genannten Gründen für anwendbar erklärt, an anderer Stelle die Anwendung jedoch ablehnt bzw. diese Problematik überhaupt nicht aufgreift und schlicht davon abweicht, zumal die Voraussetzungen einer Abweichung weder dargelegt noch erfüllt werden. Auch hierdurch entstehen nämlich letztlich Widersprüche in Berechnung der WACC.
