

EWE TEL GmbH | Postfach 25 09 | 26015 Oldenburg

Per E-Mail BK3-Konsultation@bnetza.de
Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 3
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

Sie erreichen uns:

✉ EWE TEL GmbH
Postfach 25 09 | 26015 Oldenburg
☎ Tel. 0441 8000-3880 | Fax 0441 8000-3899
@ andreas.huehn@ewe.de | www.ewe.de
Ihr Ansprechpartner: Andreas Hühn
Ihre Zeichen/Nachricht: BK3c-21/004
Klassifizierung: Öffentlich

**BK3c-21/004 – „KVz-AP Überlassungsentgelte“
Konsultationsentwurf vom 28.07.2021**

13. August 2021

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Dreger,
sehr geehrte Damen und Herren,

die im vorliegenden Verfahren zu treffende Entgeltgenehmigung soll – so die eigenen Aussagen des Konsultationsentwurfs S. 8 - „beträchtliche Auswirkungen“ auf den betroffenen Markt haben und eine „marktprägende Wirkung“ bereits deshalb besitzen, weil die hier zu treffende Entscheidung über die kalkulatorische Verzinsung in weiteren Verfahren antragsübergreifend relevant sein werde. Die Beschlusskammer möchte in diesem Verfahren „vor die Klammer gezogen“, bereits die Inhalte von künftigen Entscheidungen für weitere Vorleistungsentgelte festlegen.

Gerade vor diesem betonten bedeutsamen Hintergrund ist es völlig verfehlt und als Verletzung des Anspruchs auf Gehör zu würdigen, den Beteiligten eine Konsultationsfrist von gerade mal 2 Wochen(!) einzuräumen und dies in einer Zeit, in der in allen deutschen Bundesländern aufgrund der Sommer-Schulferien Urlaubsabwesenheiten bestehen.

Die Frist von 2 Wochen ist keinesfalls „angemessen“ weder im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG noch im Hinblick auf Art. 23 Abs. 1 der Richtlinie 2018/1972/EU (EU-TK-Kodex, „EKEK“). Der Zweck des Konsultationsverfahrens besteht darin, einen „hohen Grad an Transparenz und Offenheit“ zu gewährleisten (vgl. Geppert/Schütz/Korehnke/Ufer, TKG, 4. Aufl., § 12 Rn. 10 mit Hinweis auf Überschrift zu Art. 6 der RahmenRL). Wiederholt haben wir daher beantragt, die **mindestens 30-tägige Frist** nach Art. 23 Abs. 1 EKEK einzuhalten. Im Beschluss BK3c-20/013 („TAL-Einmalentgelte“) vom 29.09.2020 hatte die Beschlusskammer noch argumentiert, dass während der Umsetzungsfrist des EKEK diese Richtlinie keine Vorwirkung entfalte. Während einer laufenden Umsetzungsfrist bestehe lediglich das unionsrechtliche Frustrationsverbot.

Diese Argumentation ist im vorliegenden Verfahren nicht länger haltbar. Die Umsetzungsfrist des EKEK ist am 21.12.2020 abgelaufen (Art. 124 Abs. 1 EKEK). Damit haben die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden eine mindestens 30 Tage währende Konsultationsfrist einhalten:

Artikel 23

Konsultation und Transparenz

(1) Abgesehen von den Fällen nach den Artikeln 26 oder 27 oder Artikel 32 Absatz 10 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden oder anderen zuständigen Behörden interessierten Kreisen innerhalb einer angemessenen Frist, die der Komplexität des Sachverhalts entspricht und, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, mindestens 30 Tage beträgt, Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von Maßnahmen geben, die sie gemäß dieser Richtlinie zu treffen gedenken oder mit denen sie beabsichtigen, Einschränkungen gemäß Artikel 45 Absätze 4 und 5 aufzuerlegen, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden.

Mit den Richtlinienzwecken über „Konsultation und Transparenz“ ist es zudem nicht vereinbar, dass der Konsultationsentwurf sich auf ein Gutachten von Herren Prof. Stehle / Prof. Dr. Betzer beruft, das in einer Zwischenpräsentation vom 15.07.2021 vorliegen würde, aber das finale Gutachten noch nicht vorliege, siehe „redaktioneller Hinweis“ S. 30 des Konsultationsentwurfs:

[Redaktioneller Hinweis: Die Beschlusskammer hat dem Konsultationsentwurf die Zwischenpräsentation des Gutachters vom 15.07.2021 zugrunde gelegt. Sie geht davon aus, dass das finale Gutachten den Ergebnissen der Zwischenpräsentation im Wesentlichen entspricht. Das finale Gutachten wird nach seiner Vorlage bei der Bundesnetzagentur auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht, die Verfahrensbeteiligten werden hierüber in Kenntnis gesetzt.]

Weder die Zwischenpräsentation noch das finale Gutachten wurden den Beigeladenen vor dem Beginn des Konsultationsverfahrens bekannt gemacht. Es ist ihnen daher unmöglich, zu diesen offenkundig entscheidungswichtigen Ergebnissen im Hinblick auf die Zinssatzermittlung Stellung nehmen zu können!

Auch die Ergebnisse der „Kostenstudie Branchenprozessmodell“ wurden nicht im Konsultationsentwurf bekannt gemacht. Der Konsultationsentwurf begnügt sich mit dem Hinweis, dass diese noch einzufügen seien:

[Ergebnis aus Kostenstudie Branchenprozessmodell einfügen] (zum Branchenprozessmodell siehe u.a. den Beschluss BK 3c-19-001 vom 26.06.2019, S. 132f. des amtl. Umdrucks).

Konsultationsentwurf S. 44.

Ebenfalls entscheidungstragend verweist der Konsultationsentwurf auf die „umfangreiche Stellungnahme der Fachabteilung im Prüfbericht zu den antragsübergreifenden Parameterfestlegungen vom 28.07.2021“, **die somit erst am gleichen Tag der Beschlusskammer vorlegen hatte, an dem die Konsultationsfrist bereits begann:**

vgl. zu den vorstehenden Ausführungen die umfangreiche Stellungnahme der Fachabteilung im Prüfbericht zu den antragsübergreifenden Parameterfestlegungen vom 28.07.2021.

Konsultationsentwurf S. 44.

Auch dieser Prüfbericht zu den antragsübergreifenden Parameterfestlegungen wurde den Beigeladenen nicht bekannt gemacht. Da die Stellungnahme „antragsübergreifend“ erfolgte können weder Betriebsgeheimnisse („technisches Wissen“) noch Geschäftsgeheimnisse („kaufmännisches Wissen“) der Antragstellerin betroffen sein (vgl. zur Definition der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Rahmen der Entgeltkontrolle BVerfG 1 BvR 2087/03 Rn. 87). Zudem wurde ein Geheimnisschutz bezüglich dieses Prüfberichts weder geltend gemacht noch eine Berechtigung für Geheimnisschutz begründet.

Unter diesen vorgenannten Einschränkungen und Umständen kann ein mit dem TKG und dem EKEK konformes Konsultationsverfahren NICHT durchgeführt werden, das mit „angemessener Frist“ für alle Beteiligten zu einer Verbesserung der Transparenz beitragen könnte. Vor dem genannten Hintergrund und mit dem Ziel der Beschlusskammer, eine grundsätzliche Entscheidung zur Zinssatzfestlegung für weitere Entscheidungen in den kommenden Jahren „vor die Klammer zu ziehen“, ist vorliegend eine Konsultationsfrist von 2 Wochen in der Sommerferienzeit befremdlich und ließe befürchten, dass die Stellungnahmen der zu konsultierenden Beteiligten für die Bundesnetzagentur ohnehin bedeutungslos sein könnten.

Wir **beantragen**,

im Rahmen unseres Rechts auf Akteneinsicht

- 1) die Zwischenpräsentation sowie das finale Gutachten Herren Prof. Stehle / Prof. Dr. Betzer
- 2) die Ergebnisse Kostenstudie Branchenprozessmodell und
- 3) die Stellungnahme der Fachabteilung im Prüfbericht zu den antragsübergreifenden Parameterfestlegungen vom 28.07.2021

unserem Unternehmen sowie allen anderen Verfahrensbeteiligten zugänglich zu machen und

anschließend eine weitere mindestens 16 tägige Konsultationsfrist anzusetzen, innerhalb derer auf den Konsultationsentwurf einschließlich der genannten Dokumente Stellung genommen werden kann. Sollte diese Möglichkeit nicht geschaffen werden, rügen wir bereits vorsorglich einen Gehörsverstoß.

Unter dem Vorbehalt der aufgrund zu kurzer Konsultationsfrist und fehlenden Dokumente nur eingeschränkten Möglichkeiten zur Stellungnahme tragen wir vor:

1.) Gravierende Inkonsistenzen zwischen Kalkulationsbasis und Zinssatzermittlung

Die Ermittlung der Investitionswerte erfolgt laut Konsultationsentwurf grundsätzlich auf Basis von Brutto-Wiederbeschaffungswerten:

Die den Entgelten zugrunde liegenden Investitionskosten sind damit weitgehend auf der Basis von Brutto-Wiederbeschaffungswerten ermittelt worden, die jedoch für wiederverwendbare bauliche Anlagen um die auf diese erfolgten Abschreibungen vermindert wurden. Dies bedeutet, dass vollständig abgeschriebene wiederverwendbare bauliche Anlagen nicht mehr in die Ermittlung des Investitionswertes eingeflossen sind. Grundlage für diese Wertermittlung bildete im ersten Schritt die Modellierung eines effizienten FTTB/H-Referenznetzes, dessen optische Netzkomponenten sodann in einem zweiten Schritt durch effizient bepreiste Kupferelemente ersetzt wurden („kupferanaloge Bewertung“ bzw. „Kupfer-Rückrechnung“). Diese Ermittlungsweise entspricht den Kriterien der Nichtdiskriminierungs- und Kostenrechnungsempfehlung, die in deren Ziffern 30 bis 37 festgelegt sind.

Konsultationsentwurf S. 13.

Mit dem Ansatz von Brutto-Wiederbeschaffungskosten erfolgt die Kalkulation somit mittels aktueller, „nach vorne gerichteter“ Werte. Auch die Begründung zur 3jährigen Genehmigungsdauer führt aus, dass im Hinblick auf die Kostenentwicklung eines künftigen „mittelfristig überschaubaren Zeitraum“ eine Überprüfung der Prognose erfolgen soll (Konsultationsentwurf, S. 60).

Dieser Ansatz muss konsequent und konsistent auch auf die Annahmen zur kalkulatorischen Verzinsung angewendet werden. Statt eines langfristig rückwärtsgerichteten Blicks müssen ALLE aktuellen und erwartbaren Zins-Parameter „nach vorne gerichtet sein“.

Für die Schätzung der Inflationsrate nimmt der Konsultationsentwurf einen „nach vorne gerichteten“ Ansatz vor. In Anlehnung an Nr. 63 der WACC-Mitteilung wird auf die Inflationsprognose der EZB (Stand 30.06.2021) für die kommenden 5 Jahre in Höhe von 1,7% Bezug genommen:

4.1.2.2.2.2.4.1.2.14 Inflationsrate

Für die Schätzung der Inflationsrate wurde in Anlehnung an Nr. 63 der WACC-Mitteilung eine europaweite Inflationsrate für die Mitgliedstaaten der Eurozone festgesetzt. Hierfür wurde auf die Inflationsprognose der Europäischen Zentralbank (EZB) für fünf Jahre in Höhe von 1,7 % (Stand: 30.06.2021) abgestellt.

Im Beschluss BK3c-20/013 vom 29.09.2020 hatte die Beschlusskammer hierzu betont, dass die Inflation nicht mehr „retrospektiv“ über einen Zeitraum von 10 Jahren bestimmt werden soll, sondern nach vorne gerichtet auf der Basis einer 5-Jahres-Prognose. Für diese Prognose spreche, dass auch in Anleiherenditefällen zur Schätzung des risikofreien Zinssatzes diese Inflationsprognose über die künftige Dauer der Anleihe berücksichtigt werde:

- Die Inflation wird schließlich nicht mehr anhand des Mittels der nationalen Inflation über einen Zeitraum von 10 Jahren – also retrospektiv – bestimmt, sondern auf der Basis der 5-Jahres-Prognose der Europäischen Zentralbank (EZB). Während eine Betrachtung der Vergangenheit die Inflation an ihre reale Entwicklung annähert, spricht für eine prognostische Anwendung, dass in Anleiherenditen eine Inflationsprognose berücksichtigt ist, die zur Schätzung des risikofreien Zinssatzes herangezogen wird. Denn bei der Bewertung von Anleihen berücksichtigen die Anleger die erwartete Inflation über die Laufzeit der Anleihe und nicht die Inflation in der Vergangenheit. Insofern wäre ein Prognosezeitraum für die Inflation am besten geeignet, der in etwa der Laufzeit der Anleihe entspricht, die für die Schätzung des risikolosen Zinses verwendet wird. Da es aber kaum Inflationsprognosen für einen so langen Zeitraum gibt, bietet sich die langfristige Inflationsprognose der EZB über 5 Jahre an,

vgl. WACC-Mitteilung (2019/C 375/01), Nr. 63 und SWD, S. 86.

BK3c-20/013, S. 86.

Völlig inkonsistent und sachfremd wird dagegen im Konsultationsentwurf nunmehr für die Ermittlung des risikolosen Zinssatzes auf 10-jährige historische Durchschnittswerte zurückgegriffen.

Dieser Rückgriff auf (alte) historische Daten wäre nur dann legitim, soweit diese gleichzeitig die bestmögliche Prognose für die Zukunft im Genehmigungszeitraum darstellen. Die auch vom Konsultationsentwurf an Einzelstellen zitierten Urteile VG Köln vom 16.06.2021, 21 K 4368/19 u.a. führen hierzu klar aus:

Dies erfordert eine abwägende Entscheidung, die sich nicht nur auf Gegebenheiten in der Vergangenheit beziehen darf, sondern auch zukünftige Anforderungen prognostisch in den Blick nehmen muss, insgesamt von ökonomischen Einschätzungen bzw. Wertungen abhängt und auch gestaltende Elemente enthält.

Bei dieser prognostischen Entscheidung muss bezüglich des risikolosen Zinssatzes für den Genehmigungszeitraum davon ausgegangen werden, dass die (Leit-)Zinsen entsprechend der EZB-Geldpolitik noch über mehrere Jahre sehr niedrig bleiben werden,

vgl. etwa <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/ezb-zinsen-europas-sparer-werden-noch-lange-mit-niedrigen-zinsen-leben-muessen-a-bf69c905-0efb-4b74-9f74-45f09c533965>

und

<https://www.handelsblatt.com/finanzen/geldpolitik/geldpolitik-ezb-passt-ausblick-an-zins-erhoehung-kaum-vor-dem-jahr-2023/27444346.html>

Somit sind bezüglich der Daten zur Entwicklung risikoloser Zinssätze entweder Prognosen auf Basis aktueller Werte vorzunehmen oder allenfalls Durchschnitte über deutlich kürzere Zeiträume in der Vergangenheit (maximal über 5-Jahre) heranzuziehen. Die historischen Daten über Zinssätze, welche mehr als 5 und bis zu 10 Jahre zurückliegen, haben mit einer Prognose der Entwicklung im Genehmigungszeitraum rein gar nichts mehr zu tun und keinerlei Aussagekraft. Diese historischen Daten dienen lediglich der Legitimation des Wunsches der Antragstellerin zur Gewährung einer höheren

kalkulatorischen Verzinsung und sind auch im Hinblick auf die Aussagen der Rechtsprechung somit sachfremd in den Konsultationsentwurf eingestellt worden.

Zudem ignoriert der Konsultationsentwurf die eindeutige Wirkung des Zinsniveaus auf die Investitionen in Immobilien bzw. die Baunachfrage. Ein niedriges Zinsniveau wirkt sich unmittelbar nachfragehöhend im Bausektor aus, womit auch die Baupreise steigen. Da zahlreiche Bauunternehmen im Hoch- und Tiefbau tätig sind bzw. eine Fachkräfte-/Material-Knappheit beide Sektoren gleichermaßen betrifft, verursachen niedrige Zinsen hohe Tiefbaupreise. Aufgrund dieser Interdependenzen müssen die für eine Prognose verwendeten Zeiträume für eine Durchschnittsbildung bei den Parametern „(risikoloser) Zinssatz“ und „Tiefbaupreise“ zumindest (nahezu) gleich sein und dürfen nicht nach Belieben bzw. entsprechend des gewünschten Ergebnisses unterschiedlich festgelegt werden.

Denn durch diese Inkonsistenz entsteht ein erhebliches Auseinanderfallen der herangezogenen Daten in der vorliegenden Kostenkalkulation. Dieses Vorgehen ist somit nicht geeignet, den Zielen der Kostenrechnungsempfehlung (2013/466/EU, vgl. EG 25) „Vermeidung erheblicher Schwankungen und Schocks“ sowie der „Notwendigkeit dauerhaft stabiler und vorhersehbarer Kupferleitungspreise auf der Vorleistungsebene“ angemessen Rechnung zu tragen, weil die steigenden, aber fiktiven Baukosten nicht durch den niedrigen, risikolosen Zins aufgefangen werden.

2.) WACC-Mitteilung der Kommission wurde nicht umgesetzt

Obwohl der Konsultationsentwurf zugesteht, dass die WACC-Mitteilung der Kommission „in vollem Umfang einschlägig“ ist (Konsultationsentwurf, S. 26) und für die hier betreffenden Kupfer-Altinfrastrukturen keine NGA-Prämie gewährt werden kann, weicht der Entwurf tatsächlich klar von der WACC-Mitteilung ab. Statt einen gewichteten Kapitalkostensatz von 2,39% anzusetzen, der alleine der Methodik der WACC-Mitteilung entsprechen würde, muss der Konsultationsentwurf sich auf die sachfremde Argumentation stützen, dass der risikolose Zinssatz aus einer vergangenheitsbezogenen 10jährigen Betrachtung der Durchschnitte der Zinssätze zutreffend abgeleitet werden könnte. Die ansonsten angeblich drohende „disruptive Entwicklung der Finanzierungsbedingungen“ (Konsultationsentwurf, S. 41), falls nicht ein Zinssatz von 2,39% entsprechend der WACC-Empfehlung angesetzt würde, sondern nur ein künstlich erhöhter Zinssatz von 3,25% bedeutet nichts anderes, als ein klares Abweichen von der WACC-Empfehlung und die erneute Einführung einer exponentiellen Glättung „durch die Hintertüre“ mittels der Verwendung historischer Daten.

Der nach der WACC-Empfehlung empfohlene „Mittelungszeitraum“ soll bei allen Parametern einheitlich zugrunde gelegt werden, um eine konsistente Schätzung der WACC-Parameter zu gewährleisten (Ziff. 27 der WACC-Mitteilung). Wenn somit bezüglich der Inflationsprognose ein Zeitraum von 5 Jahren zugrunde gelegt wird, kann sich daraus nur ergeben, dass auch bezüglich des Parameters des risikolosen Zinses ein Mittelungszeitraum von 5 Jahren verwendet wird. Die Verwendung unterschiedlicher Zeiträume ist entgegen der WACC-Empfehlung inkonsistent und schafft dadurch selbst „disruptive Ergebnisse“. Die WACC-Empfehlung führt bezüglich des 5-Jahres-Zeitraums aus, dass dieser ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Vorhersehbarkeit und Effizienz herstellt.

Zudem verstößt der vom Konsultationsentwurf nunmehr vorgesehene 10-Jahres-Zeitraum gegen die Vorgaben nach Nr. 4 der WACC-Empfehlung. Danach besteht eine mangelnde Kohärenz auch dann, wenn dieselbe NRB zu verschiedenen Zeitpunkten unterschiedliche Methoden anwendet. Diese

methodischen Unstimmigkeiten stehen der Entwicklung einer kohärenten Regulierungspraxis entgegen. Vorliegend ist zu erinnern, dass die Bundesnetzagentur noch vor wenigen Monaten einen Mittelungszeitraum von 5 Jahren in der Genehmigungsentscheidung BK3c-20/013 vom 29.09.2020 verwendet hatte:

vollständig abzubilden. Ein kürzerer Mittelungszeitraum von 5 Jahren – wie von der WACC-Mitteilung der Kommission vorgesehen – begegnet hingegen keinen signifikanten Bedenken hinsichtlich der Stabilität der Zinswerte. Dies wird aus einem Vergleich zwischen (1) dem risikofreien Zins ermittelt auf der Basis der bisherigen Mittelung der Tages- und Monatswerte langfristiger Anleihen über einen Zeitraum von 10 Jahren, (2.) einer Mittelung dieser Werte über einen Zeitraum von 5 Jahre und (3.) einer Mittelung langfristiger Staatsanleihen für Deutschland nach Eurostat über einen Zeitraum von 5 Jahren entsprechend dem von GEREK gewählten Vorgehen deutlich.

BK3c-20/013, S. 93

Erstaunlicher Weise kommt der Konsultationsentwurf trotz seines vermeintlichen Bekenntnisses zur Umsetzung der WACC-Mitteilung „in vollem Umfang“ noch zu einem höheren Gesamtkostenzinssatz von 3,25% als der Gesamtkostenzinssatz von 3,01%, der sich bei unveränderter Fortsetzung der Methodik aus der Genehmigung BK3c-20/013 ergeben hätte. Dies erstaunt umso mehr, als die Genehmigung BK3c-20/013 sich auf den Übergangszeitraum nach Nr. 71 der WACC-Mitteilung stützte und daher davon ausging, die WACC-Mitteilung nicht vollständig umsetzen zu müssen.

Bei einer Fortführung der Methodik aus der Genehmigung BK3c-20/013 würde sich „nur“ ein Gesamtkostenzinssatz von 3,01% ergeben. Die 3,01% errechnen sich, wenn ebenfalls ein Mittelwert zwischen dem Gesamtkapitalkostensatz von 2,39% entsprechend der WACC-Mitteilung und dem Kapitalkostenzinssatz von 3,64% gebildet würde, der in der Genehmigung BK3c-20/013 als „angemessener Zinssatz“ argumentiert wurde. Somit überschätzt der Konsultationsentwurf den Zinssatz inkohärent selbst unter der Maßgabe, dass die Genehmigungspraxis entsprechend BK3c-20/013 fortgesetzt worden wäre, die KEINE vollständige Umsetzung der WACC-Mitteilung erklärtermaßen zum Inhalt hatte.

3.) Gemeinkostensätze

Im Konsultationsentwurf stimmt der auf S. 56 ausgewiesene Gemeinkostensatz von 12,15% offensichtlich nicht mit dem in der Kalkulation auf S. 57 verwendeten Gemeinkostensatz von 11,97% überein.

Die Summe der Einzelkosten betragen in der Kalkulation auf S. 57 für „VULA VDSL 50“ 22,31 € und für „VULA VDSL 100“ 25,71 €. Unter Verwendung der von BNetzA genannten Gemeinkosten für „VULA VDSL 50“ von 2,67 € und für „VULA VDSL 100“ von 3,08 € lässt sich daraus ein Gemeinkostensatz von 11,97% ableiten. Die hier abzuleitenden Werte stimmen somit mit der Aussage auf Seite 56 des Konsultationsentwurfs zum Gemeinkostensatz von 12,15% nicht überein.

4.) Vorgaben der Rechtsprechung nicht beachtet

Der Konsultationsentwurf rechtfertigt einige seiner Aussagen damit, dass die Rechtsprechung des VG Köln mit den (nicht rechtskräftigen) Urteilen vom 16.06.2021 entsprechende Festlegungen getroffen habe. Referenzstellen finden sich auf den Seiten 22 und 26 des Konsultationsentwurfs.

Erstaunlicher Weise blendet der Konsultationsentwurf dagegen weitere entscheidungserhebliche Begründungsteile der Urteile vom 16.06.2021 vollkommen aus, die zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Genehmigung BK3c-19/001 betr. TAL-Überlassungsentgelte für den Zeitraum 2019 bis 2022 geführt haben. Diese Begründungsteile der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung sind aufgrund der Übernahme der Genehmigungssystematik aus dem Beschluss BK3c-19/001 (vgl. Konsultationsentwurf, S. 13) vorliegend unmittelbar einschlägig und würden dazu führen, dass auch im vorliegenden Verfahren eine Genehmigung im Falle des Inkrafttretens mit dem Inhalt des Konsultationsentwurfs rechtswidrig wäre. Dies betrifft insbesondere

a) die Netzmodellierung, indem die Beschlusskammer fehlerhaft von vorneherein nur solche Referenznetze in den Blick nimmt, bei denen eine „Kupferrückrechnung“ bereits erfolgt ist:

aa) Die Beklagte hat fehlerhaft von vorneherein nur solche Referenznetze in den Blick genommen, bei denen eine „Kupferrückrechnung“ bereits erfolgt ist. Das ergibt sich aus den Ausführungen auf S. 47 f. des angegriffenen Beschlusses wo ausgeführt wird, dass eine Modellierung der Referenznetzbetreiber (RNB) 5., 6., 9. und 10. deswegen ausscheide, da bei diesen RNB keine Rückrechnung erfolge. Darin liegt indes nach den Maßstäben der Nichtdiskriminierungsempfehlung ein Abwägungsausfall: Nach dieser soll zuerst das NGA-Netz modelliert und bepreist werden. Erst daran im Anschluss hat - darauf basierend - die „Kupferrückrechnung“ zu erfolgen. Die Argumente der Beklagten für ihr Vorgehen greifen nicht durch:

VG Köln, Urteile vom 16.06.2021, Ziff. II. 1. a.) aa).

b) die Bewertung der noch nicht vollständig abgeschriebenen Anlagen und der unschlüssigen Abweichung von der Indexierungsmethode gemäß der Nichtdiskriminierungsempfehlung:

Von Nr. 34 der Nichtdiskriminierungsempfehlung ist die Beklagte im Verfahren der Kupferrückrechnung abgewichen. Sie hat in dem angegriffenen Beschluss nämlich unter Bezugnahme auf den Beschluss vom 29. Juni 2016 - BK 3c-16/005 - ausgeführt, dass hinsichtlich der noch nicht vollständig abgeschriebenen baulichen Anlagen nicht die Indexierungsmethode anzuwenden sondern dass auf die Wiederbeschaffungswerte unter Berücksichtigung der Abschreibungen abzustellen sei. Zum einen sei eine Indizierung

VG Köln, Urteile vom 16.06.2021, Ziff. II. 1. b.) bb).


Soweit hierzu eingewendet werden sollte, dass die Urteile aufgrund noch nicht eingetretener Rechtskraft noch keine Berücksichtigung finden sollte, mag der Konsultationsentwurf allerdings erklären, warum er sich dann auf diese Urteile berufen möchte, soweit Aussagen der Urteile ihm zur Rechtfertigung günstig erscheinen.

Auch vor dem Hintergrund der noch nicht eingetretenen Rechtskraft dieser Urteile und des Inkrafttretens des TKMoG zum 01.12.2021 möchten wir nochmals dringend anregen, die Entgeltgenehmigung entsprechend kurz bis maximal zum 30.06.2022 zu befristen. Die Aussagen des Konsultationsentwurfs, dass mit einer 3jährigen Befristungsdauer dem Gesichtspunkt der „Planungssicherheit“ Rechnung getragen werden könnte, überzeugen vor dem Hintergrund aufgehobener Entgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur und der anstehenden Rechtsänderungen ebenso wenig wie eine angeblich ökonomische Planungssicherheit für die Wettbewerber im Hinblick auf ein Produkt, das in der Praxis eine völlig marginale Rolle spielt.

Freundliche Grüße

EWE TEL GmbH

i.V. 
Andreas Hühn

i.V. 
Eva Gluth