

RECHTSGUTACHTEN

**„RECHTLICHER ÄNDERUNGSBEDARF BEI (ETWAIGEN)
NEUFESTSETZUNGEN DER TAL-ENTGELTE VON 1999 BIS 2003 UND
KONSEQUENZEN FÜR DIE FESTGELEGTE TAL-ENTGELTE 2005 –
2009 SOWIE FÜR DIE KÜNFTIGE FESTSETZUNG DER KUPFER-TAL-
ENTGELTE“**

UNIV.-PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M.

REGENSBURG

UNTER MITARBEIT VON

TOBIAS SCHALL, REGENSBURG

IM AUFTRAG DES

VATM

21. SEPTEMBER 2010

RECHTSFRAGEN

1. Welche materiell-rechtlichen Vorgaben im Hinblick auf den KeL-Maßstab müssen von der Bundesnetzagentur bei der etwaigen Neugenehmigung der (rechtskräftig) aufgehobenen TAL-Entgelte von 1999 und 2001 vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils in der Rechtssache C-55/06 (Arcor; 24.04.2008) und den beiden darauf Bezug nehmenden Entscheidungen des VG Köln zu den TAL-Entgelten 1999 (Az.: 1 K 1749/99; 27.11.2008) und zu den TAL-Entgelten 2001 (Az.: 1 K 3481/01; 27.08.2009) beachtet werden?
2. Sind diese von der Rechtsprechung entwickelten Vorgaben auch auf die bisher erfolgten Entgeltgenehmigungen unter dem TKG 2004 übertragbar oder ergeben sich insoweit Änderungen aufgrund der Ablösung der TAL-VO durch die Vorgaben der Zugangsrichtlinie? Welche Aussagekraft kommt insoweit dem Beschluss des BVerwG über die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde (Az.: 6 B 18.09; 05.10.2009) einerseits und der Zulassung der Revisionen in der späteren Entscheidung vom 16. Juni 2010 (Az. 6 B 83.09 (6 C 13.10)) andererseits zu?
3. Ergeben sich durch den aktuellen unionsrechtlichen TK-Review Änderungen im Hinblick auf die künftige Bepreisung der Kupfer-TAL-Entgelte?
4. Besteht die Möglichkeit und ist zu erwarten, dass das VG Köln im Rahmen einer der rechtshängigen Klagen gegen die Entgeltgenehmigungen von 2003 ff. bzw. das BVerwG (gegebenenfalls auch zu den TAL-Entgelten 2001, Az.: 1 K 3481/01; 27.08.2009) erneut ein (klarstellendes) Vorabentscheidungsersuchen beim EuGH einreicht, um zu klären, wie die Ausführungen des EuGH zur richtigen Berechnungsgrundlage im Arcor-Urteil zu verstehen sind bzw., ob die diesbezüglichen Ausführungen des EuGH auch auf das Richtlinienpaket 2002, insbesondere auf Art. 13 der Zugangsrichtlinie übertragbar sind?
5. Welche rechtlichen Konsequenzen ergeben sich daraus für künftige (TAL-)Entgeltgenehmigungen?

6. Welche prozeduralen und prozessualen Konsequenzen hat die bestandskräftige Aufhebung der TAL-Entgeltgenehmigungen von 1999?
 - a) Muss die DTAG einen neuen Entgeltantrag stellen bzw. die Bundesnetzagentur ein neues Entgeltgenehmigungsverfahren einleiten? Wenn ja, binnen welcher Frist?
 - b) Besteht ein Anspruch der Zugangspetenten darauf, dass die Bundesnetzagentur von Amts wegen ein neues Entgeltgenehmigungsverfahren für den Genehmigungszeitraum ab 1999 sowie – im Falle weiterer rechtskräftiger Aufhebungen der zugrundeliegenden Entgeltgenehmigungen – für die Genehmigungszeiträume ab 2001 einleitet?
 - c) Welche prozessualen Möglichkeiten bestehen im Falle einer Verweigerung/Verzögerung der Einleitung neuer Entgeltgenehmigungsverfahren durch die Bundesnetzagentur?
 - d) Welche zivilrechtlichen (Kondiktions-)Ansprüche bestehen im Fall der rückwirkenden Absenkung der TAL-Entgelte?

EXECUTIVE SUMMARY

- I. Vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils in der Rechtssache C-55/06 (Arcor; 24.04.2008) und den beiden darauf Bezug nehmenden Entscheidungen des VG Köln zu den TAL-Entgelten 1999 (Az.: 1 K 1749/99; 27.11.2008) und zu den TAL-Entgelten 2001 (Az.: 1 K 3481/01; 27.08.2009) stellt sich die Frage, welche materiell-rechtlichen Vorgaben im Hinblick auf den KeL-Maßstab von der Bundesnetzagentur bei der (etwaigen) Neugenehmigung der vom VG Köln aufgehobenen TAL-Entgelte von 1999 und 2001 angesichts der europäischen Normen beachtet werden müssen.
- II. Diese Frage stellt sich umso mehr, als das BVerwG im Fall der TAL-Entgelte 1999 die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen hat (Az.: 6 B 18.09; 05.10.2009), in Bezug auf die Entscheidung des VG Köln zu den TAL-Entgelten 2001 hingegen unlängst die Revision zugelassen hat (Az. 6 B 83.09 (6 C 13.10); 16.06.2010).
- III. In der Gesamtschau der Ausführungen des EuGH zum Kostenmaßstab der europarechtlichen Vorgaben (nämlich des Maßstabs der „Kostenorientierung“ zunächst aus den Vorschriften des „alten“ gemeinschaftsrechtlichen TK-Rechtsrahmens, also der Nr. 3 des Anhangs der RL 90/387/EWG, des Art. 7 Abs. 2 der RL 97/33/EG und des Art. 17 Abs. 2 der RL 98/10/EG und schließlich des Art. 3 Abs. 3 der TAL-VO Nr. 2887/2000) ist zu konstatieren, dass der Gerichtshof mit der Pflicht zur Berücksichtigung der „tatsächlichen Kosten“ einen an den tatsächlichen Umständen orientierten Ansatz bei der Berechnung der Kosten für die nationalen Regulierungsbehörden und Gerichte vorgegeben hat.
- IV. Die zu berücksichtigenden „tatsächlichen Kosten“ enthalten zwei Komponenten: Die historischen und die voraussichtlichen Kosten. Die historische Betrachtungsweise greift bei den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Netzes, während eine Kalkulation anhand von Wiederbeschaffungskosten lediglich im Rahmen der voraussichtlichen Kosten möglich ist.

- V. Zu Recht geht dabei das VG Köln davon aus, dass der EuGH eine Kumulation dieser Ansätze verlangt und einen Wiederbeschaffungsansatz nur insoweit akzeptiert wie tatsächlich eine Wiederbeschaffung erfolgt bzw. zu erwarten ist.
- VI. Diese Vorgaben des EuGH (und des VG Köln) stehen nicht nur im Einklang mit den europäischen und nationalen Normen, sondern sind auch rechtspolitisch überzeugend. Eine Berechnung der Kosten grundsätzlich anhand der tatsächlich entstandenen Anschaffungs- und Herstellungskosten wird dem Kostenorientierungsgrundsatz eher gerecht. Es wird vermieden, dass der Netzbetreiber – unter der Prämisse steigender Wiederbeschaffungskosten im Bereich der Kupfer-TAL – höhere Abschreibungen tätigen kann, obwohl er am Ende der ökonomischen Nutzungsdauer sein vollständig abgeschrieben Netz weiter nutzt, aber gerade nicht neu investiert. Ein Wiederbeschaffungskostenansatz, welcher der Substanzerhaltung des Anlagegutes dient, ist insoweit verfehlt, da in Wirklichkeit keine Neubeschaffung erfolgt. In dieser Situation ist der Ansatz der historischen Kosten ausreichend, durch den die Kapitalerhaltung des Unternehmens gewährleistet wird.
- VII. Auch wenn man daher in Bezug auf einzelne Netzabschnitte (z. B. die TAL zwischen HVt und KVz in VDSL-Ausbaugebieten) aufgrund einer Prognose von einer fehlenden künftigen Wiederbeschaffung ausgeht und daraus resultierend mangels geringer voraussichtlicher Kosten von einem weitgehend historischen Kostenansatz sprechen kann, ist dies kein Widerspruch zu den Ausführungen des EuGH, der einen reinen historischen Kostenansatz ablehnt. Zum einen werden die laufenden Kosten für Verbesserungen und Reparaturen am Netz weiterhin im Rahmen der „voraussichtlichen Kosten“ berücksichtigt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der hier präferierte Ansatz bei einzelnen Netzabschnitten zu einem weitgehend historischen Kostenansatz führt. Denn bei der notwendigen Gesamtbetrachtung des Netzes bleibt der vom EuGH geforderte kumulative Ansatz unangetastet. Ergibt sich nämlich für andere Netzabschnitte (z. B. im Bereich der KVz-TAL) eine positive „Wiederbeschaffungsprognose“, garantiert dieses Modell, dass die im Vergleich zu den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten regelmäßig höheren Wiederbeschaffungskosten im Rahmen der voraussichtlichen Kosten berücksichtigt werden, um die in diesem Fall gerechtfertigte Substanzerhaltung zu gewährleisten.

- VIII. Nach alledem werden die monatlichen Überlassungsentgelte für die Kupfer-TAL in Zukunft deutlich niedriger ausfallen müssen. Zum einen kann nicht mehr – wie bisher – ohne weiteres nur von den regelmäßig höheren Wiederbeschaffungskosten im Bereich der Kupfer-TAL ausgegangen werden. Wiederbeschaffungskosten können vielmehr nur insoweit Grundlage für die Abschreibungen bilden, wie eine tatsächliche Wiederbeschaffung zu erwarten ist bzw. erfolgt. Im Übrigen müssen die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten angesetzt werden.
- IX. Des Weiteren muss bei etwaigen Neufestsetzungen der TAL-Entgelte sowie bei künftigen TAL-Entgeltgenehmigungen die in der Vergangenheit liegende Nutzungsdauer berücksichtigt werden. Dazu wird die Bundesnetzagentur auch einen einheitlichen Beginn der Abschreibung festlegen müssen. Ist die ökonomische Nutzungsdauer erreicht, können keine weiteren Abschreibungen mehr berücksichtigt werden, wenn tatsächlich keine Wiederbeschaffung erfolgt.
- X. Um ein daraus resultierendes abruptes Einbrechen des Kupfer-TAL-Preises abzumildern, kann die Bundesnetzagentur die ökonomische Nutzungsdauer verlängern, sofern diese tatsächlich noch nicht erreicht ist. Der noch nicht abgeschriebene Restwert des TAL-Netzes wird dann über die verlängerte Restnutzungsdauer abgeschrieben. Je früher eine solche Verlängerung der ökonomischen Nutzungsdauer erfolgt, desto geringer ist der Preisverfall.
- XI. Eine zentrale Folge der konsequenten Anwendung der EuGH-Rechtsprechung – auch im Sinne des VG Köln – wird daher sein, dass die ökonomische Nutzungsdauer stärker der tatsächlichen Nutzungsdauer angepasst werden muss.
- XII. Der Bundesnetzagentur bleibt gleichwohl ein weiter Spielraum, wie sie (bei der Entgelt-Neufestsetzung und bei künftigen Entgeltfestsetzungen) die Ausrichtung an den „tatsächlichen Kosten“ umsetzt und dabei eine stärkere Orientierung an den tatsächlichen (historischen) Investitionskosten, den tatsächlichen Nutzungsdauern und der tatsächlichen Wiederbeschaffung gewährleistet.
- XIII. Da bei der Neuausrichtung der Entgeltfestsetzung die Effizienzorientierung beibehalten werden muss, bleibt es insoweit auch dabei, dass bestehende Ineffizienzen korrigiert werden müssen. Das gilt insbesondere für die Berechnung der Wiederbeschaffungskosten. Auch diesbezüglich verfügt die Bundesnetzagentur über einen weiten Spielraum.

- XIV. Die bisherige Entgeltregulierung auf der Basis von Bruttowiederbeschaffungskosten unabhängig von einer tatsächlichen Wiederbeschaffung aufgrund allgemeiner wettbewerbsökonomischer Erwägungen scheidet dagegen in jedem Fall aus.
- XV. Der vom EuGH eingeräumte Spielraum bezieht sich hierauf gerade nicht, sondern vielmehr auf die Anpassung etwa der ökonomischen Abschreibungsdauer oder der Bewertung des tatsächlichen Investitionsverhaltens (= Ermittlung einer Wiederbeschaffungsquote), um die Bereiche für eine Betrachtung historischer und aktueller Kosten zu identifizieren. Insoweit kommen der Bundesnetzagentur auch eine Typisierungsbefugnis und ein entsprechender Prognosespielraum zu. Dabei ist im Rahmen der Neufestsetzung von einer Ex-ante-Perspektive zum damaligen Genehmigungszeitpunkt auszugehen.
- XVI. Auch wenn die weitere Festlegung der „Wiederbeschaffungsquote“ dem Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur unterliegt, dürfte der VDSL-Ausbau bislang nicht als Wiederbeschaffung für die Kupfer-TAL angesehen werden und kann daher nicht in die Kupfer-TAL-Entgelte eingepreist werden. Das gilt erst recht für einen künftigen FTTB/H-Ausbau.
- XVII. Unabhängig davon erfordern die Vorgaben des EuGH (und dem folgend des VG Köln) eine strengere Überprüfung und Adjustierung der Entgelte nach Ablauf entsprechender Regulierungsperioden, etwa mit Blick auf etwaige Änderungen des Investitionsverhaltens des regulierten Unternehmens.
- XVIII. Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, dass die diesbezügliche Rechtsprechung des VG Köln, die im Einklang mit den Vorgaben des EuGH steht, vom BVerwG aufgehoben werden sollte.
- XIX. Die Rechtsprechung des EuGH ist insoweit auch hinreichend klar. Ein weiteres Vorabentscheidungsersuchen – diesmal auf Initiative des BVerwG – zur Konkretisierung der Ausführungen des EuGH zur richtigen Berechnungsgrundlage der Kosten wäre zwar zulässig, aber weder zwingend noch erforderlich.
- XX. An der Rechtslage hat sich weder durch das zwischenzeitliche Außerkrafttreten der TAL-VO noch durch das Inkrafttreten des Richtlinienpakets 2002 etwas geändert. Auch das noch umzusetzende Richtlinienpaket 2009 und die aktuelle NGA-Empfehlung der Kommission stellen die Rechtsprechung des EuGH nicht in Frage.

- XXI. Mit Blick auf das weitere Vorgehen ist zu betonen, dass die Bundesnetzagentur die TAL-Entgelte 1999 neu genehmigen muss und dabei nicht erneut von einem reinen Bruttowiederbeschaffungskostenansatz ausgehen darf, sondern vielmehr den vom VG Köln auf Grundlage des EuGH-Urteils entwickelten kumulativen Ansatz zur Berechnungsgrundlage der Kosten anwenden muss. Das gilt unabhängig vom Ausgang des anhängigen Revisionsverfahrens vor dem BVerwG gegen das Urteil betreffend die Aufhebung der TAL-Entgeltgenehmigung 2001, da die rechtskräftige Entscheidung des VG Köln für die TAL-Entgelte 1999 insoweit bindend ist.
- XXII. Zu dieser Neufestsetzung ist die Bundesnetzagentur auch verpflichtet. Wettbewerber hatten und haben insoweit ein einklagbares Recht.
- XXIII. Dieses Recht ergab sich unter dem TKG 1996 jedenfalls dann, wenn bereits ein Entgeltantrag des entgeltpflichtigen Unternehmens vorlag, was für die TAL-Entgelte, die unter dem TKG 1996 genehmigt wurden, der Fall ist.
- XXIV. Der Fristlauf für die Neufestsetzung begann in Bezug auf die TAL-Entgelte 1999 mit der Rechtskraft des diesbezüglichen Urteils des VG Köln und ist bei einer analogen Anwendung der 10-Wochen-Frist des § 28 Abs. 2 TKG 1996 zwischenzeitlich bereits abgelaufen. Auch wenn damit die Möglichkeit einer Untätigkeitsklage besteht, empfiehlt es sich gleichwohl, den Ausgang des Revisionsverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht abzuwarten, damit die Bundesnetzagentur im Anschluss ein insgesamt stimmiges neues Entgelt-Berechnungsmodell für sämtliche (Neu-)Genehmigungen der Entgelte für die Zeiträume ab 1999 entwickeln kann.
- XXV. Für Entgeltgenehmigungen, die unter dem TKG 2004 ergangen sind, sprechen gute Gründe dafür, gleichermaßen einen Anspruch der Wettbewerber auf Einleitung eines Entgeltgenehmigungsverfahrens von Amts wegen und auf eine fristgerechte Entgeltgenehmigungsentscheidung durch die Bundesnetzagentur anzuerkennen. Aus Gründen des Rechtsschutzbedürfnisses sollte jedoch bei Untätigkeit der Bundesnetzagentur (zunächst) ein Antrag der Wettbewerber auf Anordnung der Entgelte gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 25 Abs. 5 S. 1 TKG gestellt werden, bevor ein weiteres gerichtliches Vorgehen gestützt auf diese Ansprüche, in Erwägung gezogen wird.

- XXVI. An die zu erwartenden Neugenehmigungen knüpfen sich sodann zwei Rechtsfolgen. Zum einen wird die Entgeltabrede bis zur Höhe der Entgeltgenehmigung endgültig wirksam und zum anderen wird die Entgeltabrede hinsichtlich der überschießenden Entgelte endgültig unwirksam. Dieser Teil der Entgelte lässt sich genau beziffern und kann schließlich heraus verlangt sowie gegebenenfalls eingeklagt werden.
- XXVII. Ein Kondiktionsanspruch entsteht somit jedenfalls mit einer bestandskräftigen Neugenehmigung der TAL-Entgelte. Sofern man dagegen die Rechtsprechung des BGH zu einem Verstoß gegen das Selbstkontrahierungsverbot auf den vorliegenden Fall überträgt, besteht der Kondiktionsanspruch bereits bei schwebender Unwirksamkeit der Entgeltabrede zu den TAL-Entgelten 1999 und daher mit der Rechtskraft der Aufhebung der TAL-Entgeltgenehmigung 1999 durch das VG Köln.

GLIEDERUNG

A. MATERIELL-RECHTLICHE VORGABEN IN BEZUG AUF DEN KOSTENMAßSTAB BEI DER (ETWAIGEN) NEUFESTSETZUNG DER TAL-ENTGELTE 1999, 2001 UND 2003.....	14
I. Kostenmaßstab für die TAL-Entgelte von 1999 bis 2003	14
1. Vorgaben betreffend den Kostenmaßstab für die TAL-Entgelte 1999	14
a) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben.....	14
b) Nationale Vorgaben.....	15
2. Vorgaben betreffend den Kostenmaßstab für die TAL-Entgelte 2001 und 2003	15
a) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben.....	15
b) Nationale Vorgaben.....	16
3. Maßgeblichkeit der identifizierten „alten“ Normen bei einer (etwaigen) Neufestsetzung der Entgelte	16
II. Konkrete Anwendung des ermittelten Kostenmaßstabs bei einer (etwaigen) Neufestsetzung der TAL-Entgelte 1999, 2001 und 2003 unter Berücksichtigung der ergangenen Rechtsprechung	16
1. Das Arcor-Urteil des EuGH zu den TAL-Entgelten 2001	17
a) Beurteilungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörde.....	17
b) Vorgaben hinsichtlich der anzuwendenden Berechnungsgrundlage der Kosten ..	19
aa) Keine Berechnung der Kosten ausschließlich anhand von historischen oder ausschließlich anhand von aktuellen Kosten.....	19
bb) „Tatsächliche Kosten“ als Berechnungsgrundlage.....	21
2. Die Urteile des VG Köln zu den TAL-Entgelten 1999 und 2001	22
a) Das Urteil des VG Köln zu den TAL-Entgelten 1999	23
b) Das Urteil des VG Köln zu den TAL-Entgelten 2001	25
3. Schlussfolgerungen für (etwaige) Neufestsetzungen der TAL-Entgelte 1999, 2001 und 2003	27
a) Alternative Interpretationsmöglichkeiten des EuGH-Urteils aus Sicht der Bundesnetzagentur und der DTAG	28

b)	Bewertung der verschiedenen Interpretationen des EuGH-Urteils	29
aa)	Umfang und gerichtliche Überprüfbarkeit des Beurteilungsspielraumes bei der Bestimmung der Berechnungsgrundlage der Kosten	29
bb)	Richtige Berechnungsgrundlage – Spielraum bei der Ausfüllung der „tatsächlichen Kosten“?	30
(1)	Gründe für einen kumulativen Ansatz	32
(2)	Konkrete Ausgestaltung eines kumulativen Ansatzes ebenfalls durch EuGH vorstrukturiert	35
(3)	Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum Ansatz einer Berechnung der Kosten ausschließlich anhand von Nettowiederbeschaffungskosten.....	36
c)	Fazit	38
d)	Konkrete Ausgestaltung (etwaiger) Neufestsetzungen der TAL-Entgelte 1999, 2001 und 2003 durch die Bundesnetzagentur	39
aa)	Schwierigkeiten bei der Ermittlung der historischen Kosten	39
bb)	Konkrete Ausgestaltung eines kumulativen Ansatzes.....	40
cc)	Wann liegt eine Wiederbeschaffung vor? Glasfaser als Wiederbeschaffung von Kupfer?	41
dd)	Ausgleich von Ineffizienzen	42
ee)	Bestimmung eines einheitlichen Abschreibungsbeginns	42
ff)	(Nachträgliche) Anpassung der ökonomischen Nutzungsdauer an die tatsächliche Nutzungsdauer.....	43
gg)	Zusammenfassung	44

**B. ÜBERTRAGBARKEIT DER EUGH-RECHTSPRECHUNG AUF DEN GEMEINSCHAFTS-
RECHTLICHEN RECHTSRAHMEN VON 2002 UND DAS DIESEN UMSETZENDE TKG 2004..... 46**

I. Vorgaben des Richtlinienpakets 2002 und des TKG 2004 zur Entgeltenehmigung.. 46

1.	Vorgaben des Richtlinienpakets 2002.....	46
2.	Vorgaben des TKG 2004.....	47
3.	Gegenüberstellung der alten und neuen Vorgaben.....	48

II. Bedeutung der Beschlüsse des BVerwG zu den Nichtzulassungsbeschwerden 49

C. EINFLUSS DES TK-REVIEWS 2009 UND DER NGA-EMPFEHLUNG DER KOMMISSION AUF DIE ZUKÜNFTIGEN TAL-ENTGELTE	52
I. TK-Review 2009	52
II. NGA-Empfehlung der Kommission	53
D. MÖGLICHKEIT ERNEUTER VORABENTSCHEIDUNGSVERFAHREN VOR DEM EUGH	54
I. Erneutes Vorabentscheidungsverfahren zur Auslegung der TAL-VO bzw. zur Konkretisierung der diesbezüglichen EuGH-Aussagen	54
1. Auslegung der TAL-VO und Auslegung des EuGH-Urteils zur Auslegung der TAL-VO als mögliche Vorlagegegenstände	54
2. Keine Notwendigkeit und Verpflichtung zur erneuten Vorlage an den EuGH.....	58
II. Vorabentscheidungsverfahren zur Frage nach der Übertragbarkeit der Arcor-Rechtsprechung auf den gemeinschaftsrechtlichen TK-Rechtsrahmen 2002.....	60
E. KONSEQUENZEN FÜR (ETWAIG) NOTWENDIG WERDENDE NEUFESTSETZUNGEN DER TAL-ENTGELTE 2005 BIS 2009 UND KÜNFTIGE TAL-ENTGELTGENEHMIGUNGEN, INSBESONDERE BERÜCKSICHTIGUNG VON INVESTITIONEN IN GLASFASER	62
F. PROZEDURALE UND PROZESSUALE KONSEQUENZEN DER BESTANDSKRÄFTIGEN AUFHEBUNG DER TAL-ENTGELTE 1999 SOWIE DER ZU ERWARTENDEN AUFHEBUNGEN DER TAL-ENTGELTE 2001 BIS 2009	65
I. Verfahrensrechtliche Auswirkungen einer bestandskräftigen Aufhebung der TAL-Entgelte.....	65
1. Anzuwendendes Verfahrensrecht.....	66
2. Verfahrenseinleitung	67
3. Fristen.....	67
4. Verfahrenseinleitung und Revisionsverfahren vor dem BVerwG	68

II. Rechtsschutzmöglichkeiten der Wettbewerber bei Untätigkeit der Bundesnetzagentur	70
1. Rechtslage unter dem TKG 1996	70
2. Rechtslage unter dem TKG 2004	72
3. Zwischenergebnis	74
III. Zivilrechtliche Ansprüche der Wettbewerber	75
ANHANG: DEFINITIONEN DER VERWENDETEN KOSTENBEGRIFFE.....	78
I. Kostenbegriffe, die vom EuGH/VG Köln verwendet und definiert wurden.....	78
II. Kostenbegriffe aus dem Ansatz von Kleinlein	79

A. Materiell-rechtliche Vorgaben in Bezug auf den Kostenmaßstab bei der (etwaigen) Neufestsetzung der TAL-Entgelte 1999, 2001 und 2003

In einem ersten Schritt ist herauszuarbeiten, welcher (gemeinschaftsrechtlich indizierte) Kostenmaßstab bei einer (etwaigen) Neufestsetzung der TAL-Entgelte von 1999, 2001 sowie und 2003 anzuwenden ist (I.), bevor anschließend aufgezeigt wird, wie dieser Kostenmaßstab nach dem Arcor-Urteil des EuGH¹ und den darauf Bezug nehmenden Urteilen des VG Köln² konkret anzuwenden ist (II.).

I. Kostenmaßstab für die TAL-Entgelte von 1999 bis 2003

Zunächst sind die einschlägigen nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Normen zu identifizieren, die den Kostenmaßstab bei den Entgeltfestsetzungen 1999 (1.) und 2001/2003 (2.) prägten und auch bei einer (etwaigen) Neufestsetzung dieser zum Teil rechtskräftig aufgehobenen Entgelte wieder anzuwenden wären (3.).

1. Vorgaben betreffend den Kostenmaßstab für die TAL-Entgelte 1999

a) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Zum Zeitpunkt der damaligen TAL-Entgeltgenehmigung am 08. und 10. Februar 1999³ galt noch der „alte“ gemeinschaftsrechtliche TK-Rechtsrahmen. Dieser sah in mehreren ONP-Richtlinien vor, dass sich (Zugangs-)Entgelte an den Kosten orientieren müssen. So wurde beispielsweise bereits in Nr. 3 des Anhangs der RL 90/387/EWG⁴ geregelt, dass „Tarife [...] grundsätzlich kostenorientiert sein [müssen]“. Noch konkreter wurde in Art. 7 Abs. 2 der RL 97/33/EG⁵ festgelegt, dass „Zusammenschaltungsentgelte [...] den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung [unterliegen]“. Auch Art. 17 Abs. 2 der RL 98/10/EG⁶ stellt auf

¹ EuGH, Urt. v. 24.04.2008, Rs. C-55/06 (Arcor), Slg. 2008, I-2931.

² VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99 sowie VG Köln, Urt. v. 27.08.2009, Az. 1 K 3481/01.

³ RegTP, Bescheid v. 08.02.1999, BK 4e-98-024/E 21.09.98 sowie RegTP, Bescheid v. 10.02.1999, BK 4e-98-024/E 21.09.98.

⁴ Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP), ABl. EWG Nr. L 192/1.

⁵ Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl. EG Nr. L 199/32.

⁶ Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld, ABl. EG Nr. L 101/24.

den „Grundsatz der Kostenorientierung“ ab. Gemeinschaftsrechtlich war daher zum damaligen Zeitpunkt bereits der Maßstab der „Kostenorientierung“ als Entgeltmaßstab vorgegeben.

b) Nationale Vorgaben

Im deutschen TK-Recht wurde der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Maßstab der Kostenorientierung in § 24 Abs. 1 TKG 1996⁷ umgesetzt, der allgemein vorgab, dass Entgelte sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (im Folgenden KeL) zu orientieren haben. Über den Verweis in § 39 TKG 1996 galt dies insbesondere auch in Bezug auf die Entgelte für die Gewährung von Netzzugang nach § 35 TKG 1996, wie vorliegend dem TAL-Zugang. Die Verpflichtung zur Orientierung an den „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ stellte dabei keine Abweichung vom gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Maßstab der Kostenorientierung dar, sondern war vielmehr eine diesen abstrakten Kostenorientierungsmaßstab ausfüllende bzw. präzisierende Regelung des deutschen Gesetzgebers, die durch die Aufschlüsselung der Bestandteile der KeL in § 3 Abs. 2 TEntgV⁸ weitere Konturen erlangt hat.⁹

2. Vorgaben betreffend den Kostenmaßstab für die TAL-Entgelte 2001 und 2003

a) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Bei den Entgeltfestungen der TAL-Entgelte 2001 und 2003 galten weiterhin die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der oben beschriebenen ONP-Richtlinien mit der Vorgabe der Kostenorientierung als Entgeltmaßstab. Zu dieser richtlinienindizierten Zielvorgabe des europäischen Gesetzgebers trat in jenen Genehmigungszeiträumen auch noch die gemeinschaftsrechtlich unmittelbar wirkende Verpflichtung zur Kostenorientierung bei den TAL-Zugangsentgelten aus Art. 3 Abs. 3 der TAL-VO¹⁰, die insbesondere die bisherigen RL 97/33/EG und 98/10/EG ergänzen sollte.¹¹

Prüfungsmaßstab für die Entgeltgenehmigung waren daher nicht mehr nur wie bei der Entgeltfestsetzung 1999 die einschlägigen Bestimmungen des TKG und der TEntgV, sondern gemäß dem damaligen Art. 249 Abs. 2 EG (jetzt Art. 288 AEUV) unmittelbar auch die relevanten Vorgaben der TAL-VO, die jedoch insoweit – wie bereits beschrieben – den nationa-

⁷ BGBl. I 1996, 1120.

⁸ Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung vom 01.10.1996, BGBl. I 1996,1492.

⁹ Vgl. EuGH (Fn. 1), Rn. 145 und 147.

¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl. EG Nr. L 336/4.

¹¹ Vgl. Erwägungsgrund 15 der TAL-VO.

len Vorgaben zum Maßstab der Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprachen.

b) Nationale Vorgaben

In Bezug auf die nationalen Regelungen gab es insoweit keine Änderungen zu der schon bei der Entgeltfestsetzung 1999 bestehenden Rechtslage.

3. Maßgeblichkeit der identifizierten „alten“ Normen bei einer (etwaigen) Neufestsetzung der Entgelte

Auch wenn die aktuell geltenden nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zum Kostenmaßstab mit den soeben ermittelten, zu den damaligen Genehmigungszeitpunkten geltenden Vorgaben weitestgehend übereinstimmen, müssen bei einer Neufestsetzung dieser Entgelte die „alten“ Normen herangezogen werden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass – wie zwar zu widerlegen sein wird¹² – zum Teil bestritten wird, dass die mittlerweile ergangene Rechtsprechung über die Auslegung der „alten“ Normen im Hinblick auf die anzuwendenden Berechnungsgrundlagen der Entgelte im Rahmen des Kostenorientierungsmaßstabs (ohne weiteres) auf den aktuell geltenden (unionsrechtlichen) Rechtsrahmen übertragen werden kann. Zudem betreffen (etwaige) rückwirkende Neufestsetzungen der TAL-Entgelte 1999, 2001 und 2003 zwei vollständig in der Vergangenheit liegende Rechtsverhältnisse, so dass auch aus diesem Grund keine Veranlassung besteht, die aktuelle Rechtslage der Neubescheidung durch die Bundesnetzagentur zugrunde zu legen.

II. Konkrete Anwendung des ermittelten Kostenmaßstabs bei einer (etwaigen) Neufestsetzung der TAL-Entgelte 1999, 2001 und 2003 unter Berücksichtigung der ergangenen Rechtsprechung

Zunächst sind die Kernaussagen der in den letzten beiden Jahren zu den TAL-Entgelten 1999 und 2001 ergangenen Urteile des EuGH (1.) und des VG Köln (2.) darzustellen, um daraus Schlussfolgerungen für die konkrete Anwendung des ermittelten Kostenmaßstabs der „Kostenorientierung“ bzw. der „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ bei einer Neufestsetzung, der inzwischen – zum Teil rechtskräftig – aufgehobenen TAL-Entgelte zu ziehen (3.). Dabei liegt der Fokus auf der höchst umstrittenen Frage, welche Berechnungsgrundlage die Bundesnetzagentur im Rahmen der Prüfung, ob die Kosten des zugangsverpflichteten Netzbetreibers dem Kostenmaßstab genügen, anwenden darf bzw. muss.

¹² Vgl. dazu B.

1. Das Arcor-Urteil des EuGH zu den TAL-Entgelten 2001

Dreh- und Angelpunkt für die Frage, welche Berechnungsgrundlage der Ermittlung der Kosten des zugangsverpflichteten Netzbetreibers für die TAL zugrundegelegt werden muss, ist das Arcor-Urteil des EuGH vom 24. April 2008¹³. Dieses Urteil, das aufgrund eines vom VG Köln initiierten Vorabentscheidungsersuchens im Rahmen des Rechtsstreits zu den TAL-Entgelten 2001 erging, enthält Ausführungen zur gemeinschaftsrechtlich zulässigen/gebotenen Berechnungsgrundlage [b)] und zu den Fragen, ob und inwieweit der nationalen Regulierungsbehörde bei der Entgeltüberprüfung ein (gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer) Beurteilungsspielraum zukommt [a)].

a) Beurteilungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörde

Eine der zentralen Aussagen des Arcor-Urteils ist die Feststellung des EuGH, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Prüfung der Entgelte am Maßstab des in Art. 3 Abs. 3 TAL-VO normierten Preisbildungsgrundsatzes der Kostenorientierung „über eine weit reichende Befugnis verfügen, die die *Beurteilung*¹⁴ der verschiedenen Aspekte dieser Preise umfasst [...]. Diese weit reichende Befugnis bezieht sich auch auf die den gemeldeten Betreibern entstandenen Kosten, wie z. B. die Zinsen für das eingesetzte Kapital und die Abschreibungen der Anlagegüter, die Berechnungsgrundlage dieser Kosten und die Kostenrechnungsmodelle.“¹⁵ In einer anderen Passage des Urteils hält der EuGH explizit für die Frage der „richtigen“ Berechnungsgrundlage der Kosten fest, dass es „in Ermangelung spezifischer gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften [...] im *Ermessen*¹⁶ der nationalen Regulierungsbehörden [liegt], festzulegen, wie die Berechnungsgrundlage zu bestimmen ist, auf deren Grundlage die Abschreibungen zu berücksichtigen sind.“¹⁷

Mit diesen Aussagen billigt der EuGH den nationalen Regulierungsbehörden bei der Festlegung der Entgelte im Grundsatz einen umfassenden Spielraum zu, der letztlich der nur schwachen gemeinschaftsrechtlichen Normierung zur Berechnungsgrundlage der Kosten geschuldet ist.

Wie der EuGH weiter ausdrücklich zu verstehen gibt, resultiert aus diesem Spielraum aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nicht zwangsläufig eine eingeschränkte gerichtliche Kontrolle der Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde. Die Frage nach der gerichtlichen Kon-

¹³ EuGH (Fn. 1).

¹⁴ Im Original nicht kursiv.

¹⁵ EuGH (Fn. 1), Rn. 159.

¹⁶ Im Original nicht kursiv.

¹⁷ EuGH (Fn. 1), Rn. 116.

trolle solcher Entscheidungen, so der EuGH, sei vielmehr „allein Sache der Mitgliedstaaten [...], [die] im Rahmen ihrer Verfahrensautonomie unter Wahrung der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes das zuständige Gericht, die Verfahrensart und damit die Art und Weise der richterlichen Kontrolle von Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde über die Genehmigung der Preise der gemeldeten Betreiber für den entbündelten Zugang zu ihren Teilnehmeranschlüssen zu bestimmen [haben].¹⁸ Bei einer gerichtlichen Prüfung muss aber in jedem Fall sichergestellt sein, dass die nationale Regulierungsbehörde ihrer Verpflichtung, „die Anwendung der Tarife für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss unter transparenten, fairen und nicht diskriminierenden Bedingungen sicher[zustellen“¹⁹ „in einer dem Preisbildungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung entsprechenden Art und Weise“²⁰ nachkommt. Gerade diesbezüglich macht der EuGH, zumindest was die umstrittene Frage der Berechnungsgrundlagen für die Prüfung der Kosten am Kostenorientierungsmaßstab des Art. 3 Abs. 3 TAL-VO anbelangt, detaillierte Vorgaben²¹, die gerichtlich überprüfbar sein müssen. Der EuGH verdeutlicht dies dadurch, dass er nach seinen umfangreichen Ausführungen zur Berechnungsgrundlage der Kosten in den Randnummern 85 - 119 im Rahmen der Beantwortung der Frage nach einem Beurteilungsspielraum bei der Kostenfestsetzung nochmals ausdrücklich darauf hinweist, „dass die Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss nach dem in Art. 3 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2887/2000 verankerten Grundsatz anhand der tatsächlichen Kosten, d. h. der historischen Kosten *und* der voraussichtlichen Kosten des gemeldeten Betreibers, *festzusetzen sind*.“²²

Resümierend kann daher festgehalten werden, dass der EuGH den nationalen Regulierungsbehörden bei der Überprüfung der Entgelte am Maßstab des Art. 3 Abs. 3 TAL-VO einen weiten Spielraum gewährt, der jedoch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nicht zwangsläufig mit einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle einhergehen muss. Der Umfang der gerichtlichen Kontrolle richtet sich vielmehr grundsätzlich nach dem Recht der Mitgliedsstaaten. Aber auch wenn nach dem nationalem Recht in einem Mitgliedsstaat nur eine eingeschränkte gerichtliche Prüfung der Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde in diesem Bereich erfolgt, muss zumindest aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht gerichtlich überprüfbar sein, ob die Entgeltfestsetzung der nationalen Regulierungsbehörde in einer dem Preisbildungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 3 TAL-VO entsprechenden Art und Weise erfolgt ist. Zu die-

¹⁸ EuGH (Fn. 1), Rn. 170.

¹⁹ EuGH (Fn. 1), Rn. 167.

²⁰ EuGH (Fn. 1), Rn. 170 (im Original nicht kursiv).

²¹ Siehe dazu sogleich A. II. 1. b)

²² EuGH (Fn. 1), Rn. 154 (m Original nicht kursiv).

ser „Art und Weise“ gehört vor allem auch, dass die Preise bei der Anwendung des Kostenorientierungsmaßstabes gemäß Art. 3 Abs. 3 TAL-VO anhand der „tatsächlichen Kosten“ festzusetzen sind, die sich nach den – sogleich näher darzustellenden – Ausführungen des EuGH aus den historischen Kosten *und* den voraussichtlichen Kosten zusammensetzen. Daraus folgt, dass eine Entgeltfestsetzung, die nicht an den vom EuGH als Berechnungsgrundlage vorgegebenen „tatsächlichen Kosten“ ausgerichtet ist, auch im Falle eines nach nationalem Recht gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums mit einem gemeinschaftsrechtlich zwingend justitiablen Beurteilungsfehler behaftet wäre.

b) Vorgaben hinsichtlich der anzuwendenden Berechnungsgrundlage der Kosten

Die weitaus umfangreichsten Ausführungen macht der EuGH im Arcor-Urteil zur Berechnungsgrundlage der Kosten bei der Überprüfung der Preise anhand des Kostenorientierungsmaßstabes. Nachdem sich der EuGH dabei zunächst allgemein mit den beiden divergierenden aus der Ökonomie bekannten Berechnungsgrundlagen der Kosten, d. h. mit den „historischen Kosten“ und den „aktuellen Kosten“ befasst [aa)], setzt er im Anschluss daran zu seiner Kernaussage an, dass die nationalen Regulierungsbehörden die eher normativ geprägten „tatsächlichen Kosten“ als Berechnungsgrundlage zugrunde legen müssen [bb)].

aa) Keine Berechnung der Kosten ausschließlich anhand von historischen oder ausschließlich anhand von aktuellen Kosten

Bevor der EuGH mit seinen Ausführungen zur „richtigen“ Berechnungsgrundlage der Kosten beginnt, fällt zunächst auf, dass er sich von der diesbezüglichen Vorlagefrage des VG Köln (Frage 3. lit. a)) löst. Das VG Köln hatte insoweit folgende Frage vorgelegt:

„Ist Berechnungsgrundlage für diese Zinsen und Abschreibungen der *Wiederbeschaffungswert des Anlagevermögens nach Abzug der bis zum Bewertungszeitpunkt bereits erfolgten Abschreibungen*²³ oder ist Berechnungsgrundlage *ausschließlich der Wiederbeschaffungswert*²⁴, ausgedrückt durch aktuelle Tagespreise im Zeitpunkt der Bewertung?“²⁵

²³ Im Original nicht kursiv. Gemeint waren damit vom VG Köln die Nettowiederbeschaffungskosten i. S. d. Anlage zur Empfehlung 98/322/EG der Kommission vom 8. April 1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 2 - Getrennte Buchführung und Kostenrechnung), ABl. EG Nr. L 141/6, S. 32, d. h. die fortgeführten Bruttowiederbeschaffungskosten bzw. der fortgeführte Wiederbeschaffungswert.

²⁴ Im Original nicht kursiv. Gemeint waren damit vom VG Köln wohl die Bruttowiederbeschaffungskosten (= Wiederbeschaffungswert) i. S. d. Anlage zur Empfehlung 98/322/EG (Fn. 23), S. 34. So auch die Interpretation von Kleinlein, N&R 2010, 75 (76). Ein solcher Ansatz wurde bisher von der BNetzA verwendet, vgl. Groebel/Seifert, in: Säcker (Hrsg.), Berliner TKG-Kommentar, 2. Auflage 2009, § 35, Rn. 27 (Fn. 18). Zwingend ist diese Interpretation der Auslegungsfrage des VG Köln allerdings nicht. Insoweit erschließt sich die Verwendung des Begriffes „Wiederbeschaffungswert“ in der zweiten Variante der Vorlagefrage nicht ganz. Das VG Köln könnte damit auch den aktuellen Zeitwert des *gebrauchten Netzes* gemeint haben, denn unter

Während das VG Köln somit ursprünglich ohne weiteres von einer Berechnung auf Basis eines Wiederbeschaffungswertes ausging²⁶ und lediglich wissen wollte, ob bei einer solchen Bewertung die bereits getätigten Abschreibungen abzuziehen seien („Nettowiederbeschaffungskosten“²⁷) oder nicht („Bruttowiederbeschaffungskosten“ bzw. Wiederbeschaffungswert²⁸)²⁹, interpretiert der EuGH die Fragestellung des vorlegenden Gerichts wie folgt:

„Mit dieser Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob für die Berechnungsgrundlage der Kosten auf die Kosten abzustellen ist, die einem anderen Betreiber als dem gemeldeten Betreiber für die Errichtung einer vollständig neuen Ortsanschlussinfrastruktur zur Erbringung gleichwertiger Telekommunikationsdienste (im Folgenden: aktuelle Kosten) entstehen würden, oder auf die dem gemeldeten Betreiber tatsächlich entstandenen Kosten unter Berücksichtigung der bereits erfolgten Abschreibungen (im Folgenden: historische Kosten).“³⁰

Der EuGH formuliert somit die Vorlagefrage des VG Köln abstrakter, ohne den vom VG Köln verwendeten Terminus des „Wiederbeschaffungswertes“ zu verwenden.³¹ Vielmehr stellt er für seine weiteren Ausführungen die Bewertung anhand von „historischen“ und anhand von „aktuellen Kosten“³² gegenüber, die er sogleich definiert.

Nachdem der EuGH feststellt, dass weder die TAL-VO noch die von der DTAG, der Bundesnetzagentur und Arcor ins Feld geführten Richtlinien und Empfehlungen des alten gemeinschaftsrechtlichen TK-Rechtsrahmens eine der beiden Berechnungsgrundlagen zwingend vorschreiben, führt er anschließend aus, „dass die ausschließliche Heranziehung einer dieser Grundlagen das mit der Verordnung [Anmerkung: TAL-VO] verfolgte Ziel, den Wettbewerb durch die Festlegung harmonisierter Bedingungen für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zu intensivieren, um so die wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer brei-

dem Wiederbeschaffungszeitwert versteht man zumindest im HGB die aktuellen Anschaffungs- oder Herstellungskosten des *gebrauchten* Anlagegutes zum Bewertungszeitpunkt, vgl. *Kusterer*, in: Glanegger/Kirnberger/Kusterer/Ruß/Selder/Stuhlfelner (Hrsg.), Heidelberg Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 7. Auflage 2007, § 253, Rn. 24.

²⁵ Vorlagefrage 3. a) des VG Köln, vgl. EuGH (Fn. 1), Rn. 39.

²⁶ Vgl. dazu schon *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (76).

²⁷ Vgl. den Hinweis in Fn. 23.

²⁸ Vgl. den Hinweis in Fn. 24.

²⁹ Vgl. zur Differenzierung zwischen Brutto- und Nettowiederbeschaffungskosten auch *Groebel*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner TKG-Kommentar, 2. Auflage 2009, § 35, Rn. 27 (Fn. 18).

³⁰ EuGH (Fn. 1), Rn. 86.

³¹ *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (76).

³² Die „aktuellen Kosten“ entsprechen jedoch dem Bruttowiederbeschaffungswert, da es sich dabei nach der Definition des EuGH um die Kosten handelt, die bei der Errichtung einer vollständig neuen Infrastruktur entstehen würden, und folglich keine bereits erfolgten Abschreibungen in Ansatz gebracht werden können; vgl. dazu ausführlich *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (82).

ten Palette von Diensten im Bereich der elektronischen Kommunikation zu begünstigen, gefährden kann.“³³

Zu diesem Ergebnis gelangt der EuGH größtenteils aufgrund allgemeiner teleologischer Erwägungen, wobei er auch mit der ratio des Kostenorientierungsmaßstabes gemäß Art. 3 Abs. 3 TAL-VO, der letztlich durch die konkrete Berechnung der Kosten die entscheidende Konkretisierung erfährt, argumentiert. Eine Berechnung ausschließlich anhand der aktuellen Kosten sei deshalb „nicht die angemessenste“³⁴ Methode, so der EuGH, weil diese es dem Netzbetreiber erlaube, „diejenigen Kosten [zu] wählen, die es ihm erlauben würden, die Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss auf dem höchsten Niveau festzusetzen und die für die Begünstigten vorteilhaften Preisbildungselemente außer Acht zu lassen“³⁵, wodurch dieser „de facto die Regeln über die Festsetzung der Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss anhand der Kosten umgehen“³⁶ könnte.

Eine Berechnung ausschließlich anhand von historischen Kosten kommt nach Auffassung des EuGH deshalb nicht Betracht, da dies den zugangsgewährenden Netzbetreiber „ungerechtfertigt benachteiligen“³⁷ würde. Dies sei deshalb der Fall, weil eine solche Berechnungsmethode „je nach Alter des Netzes zur Berücksichtigung eines beinahe abgeschriebenen Netzes und damit zu einem sehr niedrigen Preis führen könnte“³⁸. Dieser niedrige Preis hätte wiederum zur Folge, dass der zugangsgewährende Netzbetreiber keinen angemessenen Gewinn mehr erzielen könnte, um damit die langfristige Weiterentwicklung und Verbesserung der Ortsinfrastruktur zu sichern.³⁹

bb) „Tatsächliche Kosten“ als Berechnungsgrundlage

Der EuGH belässt es jedoch nicht dabei, lediglich negativ aufzuzeigen, welche Berechnung bzw. Bewertung der Kosten *nicht* zulässig ist, sondern gibt unter Rückgriff auf die Richtlinie 97/33 EG auch positive Hinweise auf die „richtige“ Berechnungsgrundlage.

Im Wesentlichen gestützt auf Art. 7 Abs. 2 RL 97/33/EG und dem damit korrespondierenden Erwägungsgrund 10 dieser Richtlinie gibt der EuGH demnach vor, dass der Kostenorientierungsmaßstab des Art. 3 Abs. 3 TAL-VO „die Berücksichtigung der tatsächlichen Kosten

³³ EuGH (Fn. 1), Rn. 109.

³⁴ EuGH (Fn. 1), Rn. 99.

³⁵ EuGH (Fn. 1), Rn. 98.

³⁶ EuGH (Fn. 1), Rn. 98.

³⁷ EuGH (Fn. 1), Rn. 104.

³⁸ EuGH (Fn. 1), Rn. 104.

³⁹ Vgl. EuGH (Fn. 1), Rn. 104 und 106.

erfordert.“⁴⁰ Im Rahmen der Berücksichtigung der „tatsächlichen Kosten“ verlangt der EuGH wiederum, dass „die historischen Kosten des gemeldeten Betreibers *sowie*“⁴¹ die voraussichtlichen Kosten“⁴² berücksichtigt werden. Während die Berücksichtigung der historischen Kosten dabei die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten als Bezugsgrundlage voraussetzt, setzt die Berücksichtigung der voraussichtlichen Kosten nicht zwingend als Bezugsgrundlage die Wiederbeschaffungskosten voraus.⁴³ Die Wiederbeschaffungskosten sind lediglich als Bezugsgrundlage für die voraussichtlichen Kosten „nicht ausgeschlossen“⁴⁴.

Dadurch wird das grundsätzlich bestehende „Ermessen“⁴⁵ bzw. – in deutsche verwaltungsrechtliche Terminologie gewendet – der grundsätzlich bestehende Beurteilungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörden insoweit eingeschränkt, als diese die „tatsächlichen Kosten“ berechnen müssen, deren zu berücksichtigende Bestandteile der EuGH ebenfalls vorgegeben hat.⁴⁶

2. Die Urteile des VG Köln zu den TAL-Entgelten 1999 und 2001

Auf das Arcor-Urteil des EuGH folgten im Jahre 2008⁴⁷ und 2009⁴⁸ die Entscheidungen des VG Köln zu den angefochtenen TAL-Entgelten 1999 und 2001, in denen das VG Köln jeweils – unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH – die von der damaligen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post genehmigten monatlichen TAL-Entgelte 1999 und 2001 als rechtswidrig angesehen und aufgehoben hat. Im Folgenden ist daher kurz aufzuzeigen, wie das VG Köln jeweils die Ausführungen des EuGH im Arcor-Urteil bei seiner Entscheidungsfindung interpretiert. Gerade die (zum Teil konkretisierende) Interpretation des EuGH-Urteils durch das VG Köln in den beiden Entscheidungen ist bei der Bundesnetzagentur und der DTAG auf Widerstand gestoßen. Während das BVerwG die Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des VG Köln zu den TAL-Entgelten 1999 mangels grundsätzlicher Bedeutung i. S. d. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO noch zurückgewiesen hat und das Urteil somit rechtskräftig geworden ist⁴⁹, ließ es unlängst die Revisionen der Bundesnetzagentur und der

⁴⁰ EuGH (Fn. 1), Rn. 115.

⁴¹ Im Original nicht kursiv.

⁴² EuGH (Fn. 1), Rn. 119.

⁴³ Vgl. EuGH (Fn. 1), Rn. 117.

⁴⁴ EuGH (Fn. 1), Rn. 117.

⁴⁵ So der EuGH (Fn. 1), Rn. 116.

⁴⁶ Die Reichweite des danach noch verbleibenden Beurteilungsspielraums der Bundesnetzagentur bei der konkreten Festsetzung der Berechnungsgrundlage der Kosten wird unter A. II. 3. näher beleuchtet.

⁴⁷ VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99.

⁴⁸ VG Köln, Urt. v. 27.08.2009, Az. 1 K 3481/01.

⁴⁹ BVerwG, Beschl. v. 05.10.2009, Az. 6 B 18.09.

DTAG gegen das Urteil des VG Köln in Bezug die Aufhebung der monatlichen TAL-Entgelte 2001 zu (nicht jedoch in Bezug auf die Einmalentgelte für die Bereitstellung).⁵⁰

a) Das Urteil des VG Köln zu den TAL-Entgelten 1999

Im Urteil zu den TAL-Entgelten 1999 kam das VG Köln zu dem Ergebnis, dass die genehmigten monatlichen TAL-Entgelte gegen § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996 verstießen, da sie sich nicht am Entgeltmaßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 TKG 1996 i. V. m. § 3 Abs. 2 TEntgV⁵¹ orientierten.⁵² Das Gericht ging zutreffend davon aus, dass das Arcor-Urteil des EuGH auch seiner Entscheidung über die TAL-Entgelte 1999 zugrundezulegen ist. Zwar gab es zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung die TAL-VO, auf die sich das Urteil des EuGH bezog, noch nicht, jedoch waren bereits zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung insbesondere die Richtlinien 97/33/EG und 98/10/EG in Kraft, auf die sich das EuGH-Urteil zur TAL-VO gleichermaßen ganz wesentlich⁵³ stützte. Aufgrund der Tatsache, dass der Gesetzgeber mit dem TKG 1996 und der TEntgV gerade diese Richtlinien und somit auch den in Art. 7 Abs. 2 RL 97/33/EG und Art. 17 Abs. 2 RL 98/10/EG formulierten Entgeltmaßstab umsetzen wollte⁵⁴, bestand somit angesichts dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorstrukturierung ein „Einfallstor“ für das Gemeinschaftsrecht und somit auch für die EuGH-Rechtsprechung, wenn es wie vorliegend um die gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation auslegungsbedürftiger Normen des TKG 1996 und der TEntgV geht.

Unter Rückgriff auf die EuGH-Rechtsprechung entschied das VG Köln, dass insbesondere die von der Regulierungsbehörde genehmigten monatlichen Überlassungsentgelte für die TAL aus dem Jahre 1999 deshalb rechtswidrig seien, weil die Regulierungsbehörde bei der Bestimmung der Kapitalkosten (= Zinsen und Abschreibungen), die den größten Teil der entgeltrelevanten Kosten⁵⁵ bilden, von einem zu hohen Investitionswert ausgegangen sei.⁵⁶ Sodann setzt das VG Köln zu seinen Kernaussagen an, in dem es zunächst unter Bezugnahme auf das Arcor-Urteil des EuGH feststellt, dass „der Regulierungsbehörde bei der Beurteilung der Kostenorientierung nach Art. 3 Abs. 3 Verordnung 2887/2000 sowie des daran inhaltlich anknüpfenden KeL-Maßstabs nach § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996 i. V. m. § 3 Abs. 2 TEntgV grund-

⁵⁰ BVerwG, Beschl. v. 16.06.2010, Az. 6 B 83.09 (6 C 13.10).

⁵¹ Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (Fn. 8).

⁵² VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, S. 14 ff. des amtlichen Umdrucks.

⁵³ Dies vor allem gerade im Hinblick auf die Berechnungsgrundlage der Kosten, vgl. EuGH (Fn. 1), Rn. 109.

⁵⁴ Vgl. die Begründung zum TKG1996-Entwurf, BT-Drs. 13/3609, S. 34.

⁵⁵ Der EuGH (Fn. 1), Rn. 70-84 hat diesbezüglich bestätigt, dass Zinsen und Abschreibungen zu den zu berücksichtigenden Kosten gehören.

⁵⁶ VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, S. 20 des amtlichen Umdrucks.

sätzlich ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Spielraum zusteht“, „etwas anderes [jedoch] für die Prüfung des Investitionswertes als Berechnungsgrundlage der Kosten [gelte]“.⁵⁷ Insoweit sei, so das Gericht weiter, „eine Kostenberechnungsmethode unzulässig, die ausschließlich auf denjenigen Kosten beruht, die einem anderen Betreiber für die Errichtung einer vollständig neuen Ortsinfrastruktur zur Erbringung gleichwertiger Telekommunikationsdienste (aktuelle Kosten) entstehen“. Ebenso wenig dürfen dabei „ausschließlich die dem TAL-Betreiber tatsächlich entstandenen Kosten unter Berücksichtigung der bereits erfolgten Abschreibungen (historische Kosten) angesetzt werden.“⁵⁸ Anschließend erörtert das Gericht ebenfalls unter Rückgriff auf den EuGH, dass bei der Kostenfestsetzung vielmehr die tatsächlichen Kosten zu berücksichtigen seien, die sich aus den historischen Kosten sowie den voraussichtlichen Kosten zusammensetzen.⁵⁹ Das VG Köln geht indirekt bei der Prüfung der Rechtsverletzung gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO noch einen Schritt weiter, wenn es ausführt, dass „in Bezug auf die Anschaffung und Herstellung der TAL die historischen Kosten maßgeblich“⁶⁰ seien.

Nach diesen Erwägungen des VG Köln war die Genehmigung der monatlichen TAL-Entgelte durch die Regulierungsbehörde aufzuheben, da die Genehmigung unter Heranziehung des WIK-Kostenmodells erfolgte, das bei der Berechnung des Investitionswertes ausschließlich von Wiederbeschaffungswerten (= aktuelle Kosten) ausgeht.⁶¹ Die Genehmigung war daher rechtswidrig und verletzte die Kläger auch in ihren Rechten, da der Investitionswert bei Berücksichtigung der herausgearbeiteten Berechnungsgrundlage niedriger hätte ausfallen müssen⁶².

Zusammenfassend lassen sich dem Urteil mehrere Kernaussagen entnehmen, die zum Teil die Ausführungen des EuGH konkretisierend interpretieren:

- Grundsätzlich besteht ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum der Regulierungsbehörde bei der Prüfung der Entgelte am KeL-Maßstab.
- Der Beurteilungsspielraum ist jedoch begrenzt bei der Prüfung des Investitionswertes als Berechnungsgrundlage der Kosten. Insoweit ist zu beachten:

⁵⁷ VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, S. 21 des amtlichen Umdrucks.

⁵⁸ VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, S. 21 des amtlichen Umdrucks.

⁵⁹ VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, S. 21 des amtlichen Umdrucks.

⁶⁰ VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, S. 24 des amtlichen Umdrucks.

⁶¹ VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, S. 22 des amtlichen Umdrucks.

⁶² VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, S. 24 des amtlichen Umdrucks.

- Eine Berechnung des Investitionswertes ausschließlich anhand von aktuellen Kosten oder ausschließlich anhand von historischen Kosten ist ⁶³unzulässig.
- Die Regulierungsbehörde muss die tatsächlichen Kosten berücksichtigen.
- Die tatsächlichen Kosten setzen sich zusammen aus den historischen Kosten und den voraussichtlichen Kosten.
- In Bezug auf die Anschaffung und Herstellung der TAL sind die historischen Kosten maßgeblich, die bereits erfolgte Abschreibungen berücksichtigen.

Ob diese vom VG Köln getroffenen Aussagen vollauf überzeugen, wird unten unter A. II. 3. näher untersucht.

b) Das Urteil des VG Köln zu den TAL-Entgelten 2001

In einem zweiten Verfahren gegen die Genehmigung der TAL-Entgelte 2001, im Rahmen dessen auch das Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH erfolgte, hob das VG Köln ebenfalls unter Rückgriff auf seine durch den EuGH beantworteten Vorlagefragen, unter anderem die monatlichen TAL-Überlassungsentgelte 2001 auf. In den Entscheidungsgründen wiederholt das VG Köln dabei im Wesentlichen seine Argumentation aus seiner vorangegangenen Entscheidung über die TAL-Entgelte 1999. Ein Unterschied bestand jedoch darin, dass in diesem Verfahren die Rechtswidrigkeit der Entgeltgenehmigung unmittelbar aus einem Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht, nämlich gegen die zum Genehmigungszeitpunkt über Art. 249 Abs. 2 EG unmittelbar geltende TAL-VO, abgeleitet wurde. Das VG Köln konnte daher direkt auf die EuGH-Rechtsprechung zurückgreifen, da diese gerade zur Auslegung der TAL-VO erging.

Zunächst stellte das VG Köln nahezu wortlautidentisch zu seinem früheren Urteil zu den TAL-Entgelten 1999 fest, dass die Genehmigung der monatlichen Überlassungsentgelte für die TAL aus dem Jahre 2001 aufgrund der von der Regulierungsbehörde vorgenommenen – falschen – Bestimmung des Investitionswertes bei der Berechnung der Kapitalkosten (Zinsen und Abschreibungen) gegen den Kostenorientierungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 3 TAL-VO verstoße.⁶⁴ Im Folgendem zeigte das Gericht wiederum auf, dass die von der Regulierungsbehörde unter Verwendung des WIK-Modells vorgenommene Bestimmung des Investitionswertes ausschließlich anhand von Wiederbeschaffungswerten (= aktuelle Kosten) rechtswidrig sei, da der Kostenorientierungsmaßstab aus Art. 3 Abs. 3 TAL-VO nach der Auslegung durch

⁶³

⁶⁴ VG Köln, Urt. v. 27.08.2009, Az. 1 K 3481/01, S. 16 des amtlichen Umdrucks.

den EuGH insoweit vorgebe, dass der Investitionswert anhand der „tatsächlichen Kosten“ zu bestimmen sei, die sich aus den historischen Kosten sowie den voraussichtlichen Kosten zusammensetzen.⁶⁵ Dass auch die historischen Kosten als Bestandteil der vom EuGH vorgegebenen „tatsächlichen Kosten“ zwingend bei der Bestimmung des Investitionswertes mit zu berücksichtigen seien, ergäbe sich, so das Gericht, „unmissverständlich“ aus der Urteilsbegründung des EuGH, dessen relevante Passagen⁶⁶ es sodann eigens wörtlich wiedergibt.⁶⁷

Neu bzw. im vorhergehenden TAL-Urteil nicht mit dieser Deutlichkeit dargestellt, ist dagegen die Aussage des VG Köln, dass „nach der Auslegung des EuGH [...] diese unterschiedlichen Betrachtungsweisen [Anmerkung: Historische Kosten und aktuelle Kosten] nicht etwa kombiniert auf dieselben Gegenstände und Leistungen angewendet werden [sollen]“, sondern die historische Betrachtungsweise „für bereits tatsächlich entstandene Anschaffungs- und Herstellungskosten“ greifen soll, während die Wiederbeschaffungskosten nur im Rahmen der voraussichtlichen Kosten, „wie derjenigen für die langfristige Entwicklung und Verbesserung der lokalen Infrastruktur“ in Ansatz zu bringen seien.⁶⁸

Resümierend lässt sich daher festhalten, dass das VG Köln in seinem Urteil zu den TAL-Entgelten 2001 ausgehend von der Argumentation aus dem Urteil zu den TAL-Entgelten 1999 über die oben angeführten Kernaussagen hinaus weitere neue bzw. zumindest klarstellende Aussagen getroffen hat:

- Die Berücksichtigungspflicht von historischen Kosten und voraussichtlichen Kosten im Rahmen der tatsächlichen Kosten hat nicht zur Folge, dass beide Ansätze auf dieselben Gegenstände und Leistungen anzuwenden sind.
 - Die historischen Kosten sind vielmehr bei den bereits tatsächlich entstandenen Anschaffungs- und Herstellungskosten in Ansatz zu bringen.
 - Die Wiederbeschaffungskosten können dagegen nur im Rahmen der voraussichtlichen Kosten, wie etwa den Kosten für die langfristige Entwicklung und die Verbesserung der lokalen Infrastruktur in Ansatz gebracht werden.

⁶⁵ VG Köln, Urt. v. 27.08.2009, Az. 1 K 3481/01, S. 16 des amtlichen Umdrucks.

⁶⁶ EuGH (Fn. 1), Rn. 115, 118, 119 und 154.

⁶⁷ VG Köln, Urt. v. 27.08.2009, Az. 1 K 3481/01, S. 17 f. des amtlichen Umdrucks.

⁶⁸ VG Köln, Urt. v. 27.08.2009, Az. 1 K 3481/01, S. 18 f. des amtlichen Umdrucks.

3. Schlussfolgerungen für (etwaige) Neufestsetzungen der TAL-Entgelte 1999, 2001 und 2003

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des EuGH und des VG Köln stellt sich die Frage, welche Schlussfolgerungen daraus für (etwaige) Neufestsetzungen der TAL-Entgelte 1999, 2001 und 2003 zu ziehen sind. Auch nach den beiden Entscheidungen des VG Köln und insbesondere den zuletzt dargestellten Ausführungen des VG Köln zu der für eine Neufestsetzung relevanten Frage, bei welchen Kosten welche Berechnungsgrundlage anzuwenden ist, besteht weiterhin Klärungsbedarf. Das erste Urteil des VG Köln zu den TAL-Entgelten 1999 ist zwar mittlerweile rechtskräftig und die damaligen Entgelte somit rechtskräftig aufgehoben. Hier muss eine Neuberechnung der TAL-Entgelte anhand der Vorgaben des VG Köln erfolgen.⁶⁹ Hinsichtlich der ebenfalls unter dem Regime des TKG 1996 genehmigten TAL-Entgelte 2001 und 2003 liegen solche (rechtskräftigen) Entscheidung des VG Köln aber noch nicht vor. Im Hinblick gerade auf das zweite Urteil des VG Köln zu den TAL-Entgelten 2001 mit seinen weitergehenden Aussagen wurden unlängst vom BVerwG die Revision der Bundesnetzagentur und der DTAG zugelassen. Sollte das BVerwG die Revisionen für begründet erachten, wird es den Rechtsstreit gemäß § 144 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwGO zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das VG Köln zurückverweisen, das dann unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des BVerwG (§ 144 Abs. 6 VwGO) erneut über die TAL-Entgeltgenehmigung 2001 zu befinden hätte. Für die ebenfalls angefochtenen TAL-Entgelte 2003 steht die erstinstanzliche Entscheidung des VG Köln noch aus. Für diese Entgelte hängt es somit maßgeblich davon ab, ob das BVerwG dem VG Köln mit seiner Interpretation des EuGH-Urteils folgt oder nicht.

Aufgrund der Tatsache, dass zumindest die Ausführungen des EuGH im Arcor-Urteil als gegeben angesehen werden können, stellt sich vor dem Hintergrund der zugelassenen Revisionen der Bundesnetzagentur und der DTAG die Frage, ob das VG Köln die Vorgaben des EuGH insbesondere in Bezug auf Fragen des Beurteilungsspielraumes bei der Bestimmung der Berechnungsgrundlage der Kosten und deren konkrete Ausgestaltung richtig interpretiert hat. Sollte das BVerwG bei seiner Revisionsentscheidung daran zweifeln, erscheint es denkbar, dass es als letztinstanzliches Gericht dies gegebenenfalls erneut im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 lit. b) AEUV vor dem EuGH klären lässt.⁷⁰

⁶⁹ Vgl. dazu unten F. I. 4.

⁷⁰ Vgl. dazu unten D.

Nachfolgend ist zunächst darzustellen, welche alternativen Interpretationsmöglichkeiten des EuGH-Urteils nach Ansicht der Bundesnetzagentur und der DTAG bestehen [a)], bevor die verschiedenen Interpretationen des EuGH-Urteils bewertet werden können [b)] und ein Fazit gezogen werden kann [c)]. Abschließend soll kurz aufgezeigt werden, wie die TAL-Entgelte 1999 sowie – im Falle der Bestätigung der Rechtsprechung des VG Köln durch das BVerwG – die weiteren TAL-Entgelte unter dem TKG 1996 (TAL-Entgelte 2001 und 2003⁷¹) vor dem Hintergrund der erlangten Ergebnisse neu festzusetzen sind bzw. wären [d)].

a) Alternative Interpretationsmöglichkeiten des EuGH-Urteils aus Sicht der Bundesnetzagentur und der DTAG

Im Gegensatz zum VG Köln sind die Bundesnetzagentur und die DTAG der Auffassung, dass auch nach dem EuGH-Urteil die Bestimmung des Investitionswertes zur Berechnung der Kapitalkosten weiterhin ausschließlich anhand von Wiederbeschaffungskosten (= aktuellen Kosten) erfolgen kann. Dazu werden verschiedene Argumente vorgetragen:

Zum einen wird argumentiert, dass das VG Köln den (gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren⁷²) Beurteilungsspielraum, den der EuGH den nationalen Regulierungsbehörden einräumt, in unzulässiger Weise „negiere“, soweit es um die Bestimmung des Investitionswertes als Berechnungsgrundlage der Kosten geht.⁷³

Zum anderen wird angeführt, dass – selbst wenn man die Vorgabe des EuGH zur Berücksichtigung der „tatsächlichen Kosten“ als Beurteilungsgrenze bzw. -einschränkung ansieht – mit der Berücksichtigungspflicht von historischen und voraussichtlichen Kosten im Rahmen der tatsächlichen Kosten nicht gemeint sei, dass beide Ansätze tatsächlich kumulativ Anwendung finden, sich also bei der Bestimmung des Investitionswertes im Ergebnis niederschlagen müssen. Vielmehr sei damit allenfalls gemeint, dass beide Betrachtungsweisen in den Abwägungsvorgang eingestellt werden müssen, was aber nicht ausschließt, dass bei entsprechender Begründung einer dieser Ansätze völlig zurücktritt.⁷⁴

Gerade dieses soeben dargestellte Argument wird zudem darauf gestützt, dass ein gemischter Ansatz aus historischen und voraussichtlichen Kosten, wie ihn das VG Köln vertritt⁷⁵, mangels sachlicher Unterscheidungskriterien nicht praktikabel sei.⁷⁶

⁷¹ Im Falle der Bestätigung der Rechtsprechung des VG Köln zu den TAL-Entgelten 2001 durch das BVerwG steht zu erwarten, dass das VG Köln auch die angefochtenen TAL-Entgelte 2003 aufheben wird und damit auch hinsichtlich dieser Entgelte eine Neugenehmigung erforderlich wird.

⁷² Vgl. dazu bereits oben unter A. II. 1. a).

⁷³ Vgl. diese Argumentation referierend BVerwG, Beschl. v. 05.10.2009, Az. 6 B 18.09, Rn. 5.

⁷⁴ Vgl. diese Argumentation referierend BVerwG, Beschl. v. 05.10.2009, Az. 6 B 18.09, Rn. 6-8.

⁷⁵ Vgl. dazu referierend VG Köln, Urt. v. 27.08.2009, Az. 1 K 3481/01, S. 18 des amtlichen Umdrucks.

b) Bewertung der verschiedenen Interpretationen des EuGH-Urteils

Vor diesem Hintergrund sind die divergierenden Interpretationen des EuGH-Urteils und die jeweils vorgetragenen Argumente gegenüberzustellen und kritisch zu bewerten. Zunächst ist eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Interpretationen der Ausführungen des EuGH zum Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung der Berechnungsgrundlage der Kosten erforderlich [aa]), bevor anschließend die zentrale Frage nach der zutreffenden Interpretation der EuGH-Vorgabe zur „Berücksichtigung der tatsächlichen Kosten“ beantwortet werden kann [bb]).

aa) Umfang und gerichtliche Überprüfbarkeit des Beurteilungsspielraumes bei der Bestimmung der Berechnungsgrundlage der Kosten

Wie bereits unter A.II.1.a) dargestellt, räumt der EuGH den nationalen Regulierungsbehörden bei der Prüfung der Entgelte anhand des Kostenorientierungsmaßstabes weit reichende Befugnisse ein, die sich insbesondere auch auf die Berechnungsgrundlage der Kosten erstreckt.⁷⁷ Der EuGH gibt aber zugleich zu verstehen, dass die nationalen Regulierungsbehörden „bei der Ermittlung der Grundlage für die Berechnung der Kosten [...] die tatsächlichen Kosten berücksichtigen *müssen*“^{78,79}. Dies stellt de facto die erste Grenze bzw. Einschränkung des weiten Beurteilungsspielraums der nationalen Regulierungsbehörden dar, die der EuGH aus Art. 7 Abs. 2 RL 97/33/EG herleitet. Der Beurteilungsspielraum, der grundsätzlich auch bei der Ausfüllung des vom EuGH vorgegebenen Begriffs der „tatsächlichen Kosten“ greifen würde, wird vom EuGH weiter eingeschränkt, wenn er vorgibt, dass damit die historischen Kosten sowie die voraussichtlichen Kosten berücksichtigt werden müssen.⁸⁰ Ferner ist anzumerken, dass der EuGH es den Mitgliedsstaaten überlässt, wie die gerichtliche Kontrolle von Entgeltgenehmigungsentscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde ausgestaltet ist.⁸¹ Gemeinschaftsrechtlich sieht der EuGH demnach trotz des grundsätzlich bestehenden weiten Beurteilungsspielraums keine Verpflichtung zu einer damit korrespondierenden eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle der Beurteilungsentscheidung.⁸²

⁷⁶ Vgl. diese Argumentation referierend VG Köln, Urt. v. 27.08.2009, Az. 1 K 3481/01, S. 18 f. des amtlichen Umdrucks.

⁷⁷ EuGH (Fn. 1), Rn. 159 und vorher schon speziell für die Festlegung der Bestimmung der Berechnungsgrundlage in Rn. 116.

⁷⁸ Im Original nicht kursiv.

⁷⁹ EuGH (Fn. 1), Rn. 119.

⁸⁰ EuGH (Fn. 1), Rn. 119. Was dabei unter „berücksichtigen“ zu verstehen ist, siehe sogleich unter A. II. 3. b) (2).

⁸¹ Vgl. dazu EuGH (Fn. 1), Rn. 170.

⁸² Daran hat auch die spätere Rechtsprechung des EuGH zu § 9a TKG (vgl. EuGH, Urt. v. 03.12.2009, Rs. C-424/07, Kommission/Deutschland, Rn. 61 ff., insbesondere Rn. 61 und 78, noch nicht in amtl. Slg.) nichts geän-

Wenn das VG Köln in seinen beiden Urteilen feststellt, dass der Regulierungsbehörde „bei der Beurteilung der Kostenorientierung nach Art. 3 Abs. 3 Verordnung 2887/2000 sowie des daran inhaltlich anknüpfenden KeL-Maßstabs nach § 24 Abs. 1 S. 1 TKG 1996 i. V. m. § 3 Abs. 2 TEntgV grundsätzlich ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Spielraum zu- steht“, „etwas anderes [aber] für die Prüfung des Investitionswertes als Berechnungsgrundlage der Kosten gilt“⁸³, widerspricht dies nicht den Vorgaben des EuGH, da dieser ja gerade in diesem Bereich die Regulierungsbehörden dazu verpflichtet, die „tatsächlichen Kosten“ zu berücksichtigen. Verstöße gegen diese Einschränkung/Grenze des ansonsten weiter bestehenden Beurteilungsspielraums müssen daher gerichtlich nachprüfbar bleiben, da die Vorgaben des EuGH ansonsten überflüssig wären. Die Nichtbeachtung der EuGH-Vorgaben kann und muss daher einen gerichtlich justiziablen Beurteilungsfehler darstellen, was das VG Köln mit dieser Formulierung ausdrücken wollte. Das BVerwG formuliert insoweit zutreffend, dass das VG Köln mit dieser Formulierung nicht den Grundsatz des auch in diesem Bereich bestehenden Beurteilungsspielraums, wie von der DTAG vorgetragen, „negiere“, sondern lediglich damit ausgedrückt habe, „dass die Behörde die Grenzen des ihr zugebilligten Spielraumes überschreite [...]“.⁸⁴

bb) Richtige Berechnungsgrundlage – Spielraum bei der Ausfüllung der „tatsächlichen Kosten“?

Zentral ist demnach die Frage nach der Reichweite des noch verbleibenden Beurteilungsspielraums im Rahmen der vom EuGH vorgegebenen Verpflichtung zur Berücksichtigung der „tatsächlichen Kosten“ bei der Bestimmung der Berechnungsgrundlage der Kosten.

Während das VG Köln in seinen Entscheidungen das EuGH-Urteil so interpretiert, dass die vom EuGH vorgegebenen „tatsächlichen Kosten“ zwingend kumulativ auf Grundlage sowohl der historischen als auch der voraussichtlichen Kosten zu berechnen seien⁸⁵ und darüber hinaus aus dem Urteil auch ableiten will, bei welchen Posten welcher Ansatz zu wählen sei⁸⁶, hält die Bundesnetzagentur an ihrer bisherigen Entgeltgenehmigungspraxis mit der Berechnung der Kosten ausschließlich anhand von Wiederbeschaffungskosten weiterhin fest⁸⁷. Die

dert, da sich diese auf Fragen des Marktregulierungsverfahrens bezieht. Bei der Genehmigung von Entgelten ist ein solches ja gerade nicht vorgesehen.

⁸³ VG Köln, Urte. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, S. 21 des amtlichen Umdrucks und VG Köln, Urte. v. 27.08.2009, Az. 1 K 3481/01, S. 16 des amtlichen Umdrucks..

⁸⁴ BVerwG, Beschl. v. 05.10.2009, Az. 6 B 18.09, Rn. 5.

⁸⁵ VG Köln, Urte. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, S. 21 f. des amtlichen Umdrucks und VG Köln, Urte. v. 27.08.2009, Az. 1 K 3481/01, S. 17 ff. des amtlichen Umdrucks.

⁸⁶ VG Köln, Urte. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, S. 21 f. des amtlichen Umdrucks und VG Köln, Urte. v. 27.08.2009, Az. 1 K 3481/01, S. 17 ff. des amtlichen Umdrucks.

⁸⁷ BNetzA, Beschl. v. 31.03.2009.

Bundesnetzagentur und auch die DTAG sind der Ansicht, dass die vom EuGH vorgegebene Berücksichtigungspflicht lediglich bedeute, dass beide Ansätze in die Abwägung einzustellen seien, es aber letztlich auch noch vom weiten Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur gedeckt sei, wenn sie sich nach der Abwägung für einen Kostenberechnungsansatz entscheide und den anderen Ansatz gänzlich zurücktreten lasse.⁸⁸ In der Literatur ist die Frage, wie das EuGH-Urteil diesbezüglich zu interpretieren ist, umstritten. Während einige Autoren – wie das VG Köln – der Auffassung sind, dass die Ausführungen des EuGH dahingehend zu verstehen sind, dass eine Berechnung der Kosten rein anhand von Wiederbeschaffungskosten unzulässig sei, da beide Ansätze kumulativ anzuwenden seien⁸⁹, wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die EuGH-Rechtsprechung einer ausschließlichen Zugrundelegung der historischen oder aber der „voraussichtlichen“ Kosten nicht entgegen stehe⁹⁰. Letztere Ansicht entspricht zumindest insoweit der Auffassung von Bundesnetzagentur und DTAG. Konsequenterweise werden insbesondere die relativ konkreten Vorgabe des VG Köln, dass vorhandenes Anlagevermögen anhand von historischen Kosten zu bewerten sei und lediglich die Kosten für die langfristige Entwicklung und Verbesserung der lokalen Infrastruktur anhand von Wiederbeschaffungskosten zu berechnen seien, kritisiert.⁹¹ *Kleinlein* zieht daraus im Gegensatz zur Bundesnetzagentur und DTAG jedoch andere Schlüsse. Seiner Ansicht nach können bei der seiner Meinung nach zulässigen ausschließlichen Bewertung anhand der „voraussichtlichen Kosten“ grundsätzlich nur die Nettowiederbeschaffungskosten⁹² (= fortgeführte Bruttowiederbeschaffungskosten⁹³, d. h. Bruttowiederbeschaffungskosten abzüglich der bis zum Bewertungszeitpunkt angefallenen Abschreibungen) in Ansatz gebracht werden, nicht jedoch die vollen Bruttowiederbeschaffungskosten (= aktuelle Kosten i. S. d. Definition des EuGH), da die in der Vergangenheit liegende Nutzungsdauer nicht nur bei einem Ansatz mit historischen Kosten, sondern – entgegen der bisherigen Entgeltgenehmigungspraxis der Bundesnetzagentur – auch bei einem Ansatz mit Wiederbeschaffungskosten zu berücksichtigen sei.⁹⁴

Es spricht jedoch vieles dafür, dass der EuGH grundsätzlich einen kumulativen Ansatz aus historischen und voraussichtlichen Kosten vorgeben wollte [(1)]. Die konkrete Ausgestaltung eines solchen kumulativen Ansatzes kann auch – zumindest mittelbar – als vom EuGH vor-

⁸⁸ Vgl. referierend BVerwG, Beschl. v. 05.10.2009, Az. 6 B 18.09, Rn. 6.

⁸⁹ So *Kühling*, K&R 2009, 243 (246), ebenso *Klotz/Brandenburg*, N&R, Beilage 2/2009, S. 5 f.

⁹⁰ So vor allem *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (82), demzufolge für die Bewertung anhand der tatsächlichen Kosten die historischen „oder“ die voraussichtlichen Kosten in Betracht kommen.

⁹¹ Vgl. *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (80).

⁹² Vgl. zur Definition der Kostenbegriffe den Anhang diese Gutachtens.

⁹³ Vgl. zur Definition der Kostenbegriffe den Anhang diese Gutachtens.

⁹⁴ Vgl. zu dieser Ansicht vertiefend A. II. 3. bb) (3).

strukturiert angesehen werden [(2)]. Vor diesem Hintergrund können die Gemeinsamkeiten und Unterschiede des hier präferierten kumulativen Ansatzes und des – ebenfalls bisher nicht zur Anwendung kommenden – Ansatzes einer Berechnung rein anhand von Nettowiederbeschaffungskosten aufgezeigt werden [(3)].

(1) Gründe für einen kumulativen Ansatz

Geht man vom Wortlaut der entscheidenden Passagen des EuGH-Urteils aus, so sind sowohl die Ansicht des VG Köln als auch die gegenläufigen Meinungen der Bundesnetzagentur und DTAG begründbar, da insoweit vom EuGH zusammenfassend lediglich vorgegeben wird, dass beide Kostenansätze „zu berücksichtigen sind“:

- „Aus den genannten Bestimmungen ergibt sich, dass der Grundsatz der Kostenorientierung der Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss die *Berücksichtigung der tatsächlichen Kosten erfordert, d. h. der historischen Kosten des gemeldeten Betreibers und der aufgrund des Wiederbeschaffungswerts des Netzes oder bestimmter Teile davon kalkulierten Kosten.*“⁹⁵
- „Nach alledem ist Buchst. a der dritten Frage dahin zu beantworten, dass die nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen der Anwendung des Grundsatzes der Kostenorientierung der Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss nach Art. 3 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2887/2000 bei der Ermittlung der Grundlage für die Berechnung der Kosten des gemeldeten Betreibers die *tatsächlichen Kosten berücksichtigen müssen, d. h. die historischen Kosten des gemeldeten Betreibers sowie die voraussichtlichen Kosten, wobei Letztere gegebenenfalls aufgrund des Wiederbeschaffungswerts des Netzes oder bestimmter Teile davon zu kalkulieren sind.*“⁹⁶

Es können jedoch auch Urteilspassagen angeführt werden, die tendenziell für die Ansicht der Bundesnetzagentur und DTAG einerseits und für die Ansicht des VG Köln andererseits sprechen. So deutet die Formulierung in Rn. 116 und 117 des EuGH-Urteils eher darauf hin, dass auch ein Ansatz nur anhand von historischen Kosten oder Wiederbeschaffungskosten zulässig sein soll, wenn der EuGH ausführt:

- „In Ermangelung spezifischer gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften *liegt es im Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden, festzulegen, wie die Berechnungs-*

⁹⁵ EuGH (Fn. 1), Rn. 115 (im Original nicht kursiv).

⁹⁶ EuGH (Fn. 1), Rn. 119 (im Original nicht kursiv).

*grundlage zu bestimmen ist, auf deren Grundlage die Abschreibungen zu berücksichtigen sind.*⁹⁷

- „Daher kann die Kostenberechnungsmethode nach den Bestimmungen der Richtlinie 97/33, die im Rahmen der Verordnung Nr. 2887/2000 auch auf den Teilnehmeranschluss Anwendung finden, sowohl auf die historischen Kosten des gemeldeten Betreibers, was die Berücksichtigung der Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten als Bezugsgrundlage voraussetzt, als auch auf die voraussichtlichen Kosten gestützt werden, was die Berücksichtigung der Wiederbeschaffungskosten als Bezugsgrundlage nicht ausschließt.“⁹⁸

Für die Ansicht des VG Köln, dass die zu berücksichtigenden „tatsächlichen Kosten“ sich kumulativ aus den „historischen Kosten“ und den „voraussichtlichen Kosten“ zusammensetzen, spricht dagegen eher die folgende Passage des Arcor-Urteils:

- „In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss nach dem in Art. 3 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2887/2000 verankerten Grundsatz anhand der tatsächlichen Kosten, d. h. der historischen Kosten und der voraussichtlichen Kosten des gemeldeten Betreibers, festzusetzen sind.“⁹⁹

Da die Arbeit am Wortlaut des Urteils insoweit zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, muss auf den Sinn und Zweck der Ausführungen des EuGH zur Auslegung der betreffenden Normen abgestellt werden, um so zu ermitteln, wie die Aussagen des EuGH zur Berücksichtigungspflicht der „tatsächlichen Kosten“ gemeint sind. Zunächst ist festzustellen, dass der Begriff „tatsächliche Kosten“ kein anerkannter betriebswirtschaftlicher Kostenbegriff ist¹⁰⁰, wie etwa die Begriffe „historische Kosten“ oder „Wiederbeschaffungskosten“. Den Begriff „tatsächliche Kosten“ übernimmt der EuGH vielmehr aus Art. 7 Abs. 2 der RL 97/33/EG, der dort jedoch nicht weiter erläutert wird. Es kann daher auf den dortigen Sinn abgestellt werden, um herauszuarbeiten, was der Hintergrund für diese gewählte Formulierung ist bzw. war. Der Begriff „tatsächliche Kosten“ macht klar, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber damit eine Berechnungsgrundlage der Kosten etablieren wollte, die sich an der Wirklichkeit orientiert, d. h. eine Berechnungsgrundlage, welche die tatsächlich entstandenen und tatsächlich zukünftig

⁹⁷ EuGH (Fn. 1), Rn. 116 (im Original nicht kursiv).

⁹⁸ EuGH (Fn. 1), Rn. 117 (im Original nicht kursiv).

⁹⁹ EuGH (Fn. 1), Rn. 154 (im Original nicht kursiv).

¹⁰⁰ Vgl. Klotz/Brandenberg (Fn. 89), S. 17.

anfallenden Kosten abbildet.¹⁰¹ Mit einer solchen – an den realen Gegebenheiten und vor allem der realen Investitionstätigkeit des regulierten Unternehmens orientierten – Berechnungsgrundlage kann insbesondere eine Rückanbindung an den Maßstab der Entgeltgenehmigung erreicht werden. Wenn nämlich, wie der EuGH herausgearbeitet hat, „der Grundsatz der Kostenorientierung der Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss in Art. 3 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2887/2000 als eine den gemeldeten Betreibern im Rahmen der allmählichen Öffnung des Telekommunikationsmarkts für den Wettbewerb auferlegte Verpflichtung zu verstehen [ist], diese Preise an den bei der Herstellung der Teilnehmeranschlüsse *entstandenen Kosten*¹⁰² zu orientieren, wobei sie mit den festgesetzten Preisen einen angemessenen Gewinn erzielen müssen, um die langfristige Weiterentwicklung und Verbesserung der vorhandenen Telekommunikationsinfrastrukturen zu ermöglichen“¹⁰³, so ist es zweckmäßig, die Preise, die diesem Kostenorientierungsmaßstab genügen müssen, insbesondere anhand der (*tatsächlich*) *entstandenen Kosten* zu ermitteln. Gerade der Passus „an den bei der Herstellung der Teilnehmeranschlüsse *entstandenen Kosten*“ lässt darauf schließen, dass der EuGH hierbei die Anschaffungs- und Herstellungskosten des Unternehmens, also die historischen Kosten gemeint hat.¹⁰⁴

Angesichts dieser Erwägungen zum Sinn und Zweck der Ausführungen des EuGH und den diesen zugrundeliegenden Normen, spricht somit vieles dafür, dass nach dem EuGH die historischen Kosten in jedem Fall in Ansatz zu bringen sind. Wenn der EuGH darüber hinaus vorgibt, dass im Rahmen der „tatsächlichen Kosten“ (auch) die „voraussichtlichen Kosten“ Berücksichtigung finden müssen, können damit vom Wortlaut her betrachtet all jene Kosten zu verstehen sein, die dem Betreiber erst zukünftig entstehen werden und daher noch keine „historischen Kosten“ darstellen können. Würde man daher eine Berechnung allein anhand von historischen Kosten für möglich ansehen, könnten all diese zukünftigen Kosten in der jeweiligen Entgeltgenehmigungsperiode, in der sie „voraussichtlich“ anfallen werden, (noch) nicht abgebildet werden. Mit der Berücksichtigung der voraussichtlichen Kosten neben den historischen Kosten kann daher gerade sichergestellt werden, dass das Unternehmen die langfristige Entwicklung und Verbesserung der Infrastruktur sichern kann. Dieser Gedanke war nach den

¹⁰¹ Vgl. Klotz/Brandenburg (Fn. 89), S. 17.

¹⁰² Im Original nicht kursiv.

¹⁰³ EuGH (Fn. 1), Rn. 69.

¹⁰⁴ Der EuGH (Fn. 1) definiert die historischen Kosten in Rn. 86 nämlich als „die dem gemeldeten Betreiber *tatsächlich entstandenen Kosten*“. Darauf stellt auch schon das VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, S. 22 des amtlichen Umdrucks, ab.

Ausführungen des EuGH der Umstand, der gegen einen reinen Ansatz der Bewertung anhand von historischen Kosten sprach.¹⁰⁵

Vor diesem Hintergrund sprechen sehr gute Gründe dafür, mit dem VG Köln die Ausführungen des EuGH derart zu interpretieren, dass sowohl die historischen als auch die voraussichtlichen Kosten zur Berechnung der tatsächlichen Kosten herangezogen werden müssen.

(2) Konkrete Ausgestaltung eines kumulativen Ansatzes ebenfalls durch EuGH vorstrukturiert

Wenn man wie vorliegend –den Ausführungen des EuGH und dem VG Köln folgend – einen kumulativen Ansatz bei der Berechnung der „tatsächlichen Kosten“ zugrunde legt, stellt sich die Folgefrage nach der konkreten Ausgestaltung dieses Ansatzes. Auch insoweit ist die Ansicht des VG Köln überzeugend, die dazu ausführt, dass „die historische Betrachtungsweise für bereits tatsächlich entstandene Anschaffungs- und Herstellungskosten [gilt], während nur die davon zu unterscheidenden ‚voraussichtlichen Kosten‘ wie diejenigen für die langfristige Entwicklung und Verbesserung der lokalen Infrastruktur, auf Wiederbeschaffungsbasis kalkuliert werden können.“¹⁰⁶ Diese Interpretation des VG Köln kann man zumindest mittelbar aus den Ausführungen des EuGH zur Berücksichtigungspflicht der tatsächlichen Kosten entnehmen. Nach Ansicht des EuGH setzen nämlich die historischen Kosten als Bezugsgrundlage die Anschaffungs- und Herstellungskosten *voraus*, während die Wiederbeschaffungskosten bei den voraussichtlichen Kosten als Bezugsgrundlage (nur) *gegebenenfalls in Betracht kommen*.¹⁰⁷ Aus dieser Formulierung können zwei Aussagen des EuGH hergeleitet werden:

- Die Kosten für die Anschaffung und Herstellung des Netzes sind anhand der dem Betreiber entstandenen historischen Kosten zu bemessen.
- Im Rahmen der „voraussichtlichen“ Kosten ist ein Ansatz mit (hypothetischen) Wiederbeschaffungskosten denkbar.

Die vom EuGH damit indirekt vorstrukturierte konkrete Anwendung eines kumulativen Kostenansatzes erscheint nicht zuletzt aus Praktikabilitätsabwägungen überzeugend. Da die historischen Kosten nach der Definition des EuGH „die dem gemeldeten Betreiber tatsächlich entstandenen Kosten unter Berücksichtigung der bereits erfolgten Abschreibungen“ darstellen, ist es nur konsequent, wenn der Ansatz der historischen Kosten bei bereits tatsächlich angefallenen Anschaffungs- und Herstellungskosten des Netzes verwendet wird, während die „vo-

¹⁰⁵ EuGH (Fn. 1), Rn. 106 f.

¹⁰⁶ VG Köln, Urt. v. 27.08.2009, Az. 1 K 3481/01, S. 18 f. des amtlichen Umdrucks.

¹⁰⁷ EuGH (Fn. 1), Rn. 117.

raussichtlichen“ Kosten all diejenigen Kostenpositionen abdecken, die zukünftig anfallen und für die sich daher ein „historischer“ Kostenansatz als unpassend erweist.

Gerade was die „voraussichtlichen Kosten“ anbelangt, lässt der EuGH den nationalen Regulierungsbehörden im Übrigen einen Beurteilungsspielraum. So eröffnet der EuGH den nationalen Regulierungsbehörden lediglich die Möglichkeit, im Rahmen der „voraussichtlichen Kosten“ von einem Wiederbeschaffungskostenansatz Gebrauch zu machen, verpflichtet die Behörden jedoch nicht dazu. Das bedeutet, dass es den nationalen Regulierungsbehörden unbenommen bleibt, die voraussichtlichen Kosten nicht anhand von Wiederbeschaffungskosten zu kalkulieren. Die „aktuellen Kosten“ ((Brutto¹⁰⁸-)Wiederbeschaffungskosten) sind nach der Definition des EuGH mit dem Begriff der „voraussichtlichen Kosten“ daher nicht deckungsgleich.¹⁰⁹

(3) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum Ansatz einer Berechnung der Kosten ausschließlich anhand von Nettowiederbeschaffungskosten

Es ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass ein solcher gemischter bzw. kumulativer Ansatz bei der Berechnungsgrundlage der Kosten bei seiner konkreten Anwendung Schwierigkeiten bereitet. Zudem weicht ein solcher Ansatz zumindest von dem in der Wettbewerbsökonomie vorherrschenden Ansatz der Bewertung anhand von Wiederbeschaffungskosten¹¹⁰ ab.

Kleinlein ist nicht zuletzt deswegen der Auffassung, dass auch nach dem Urteil des EuGH weiterhin eine Berechnung allein anhand von Wiederbeschaffungskosten möglich sei. Jedoch muss auch nach dieser Ansicht dabei künftig sichergestellt werden, dass den tatsächlichen Gegebenheiten besser Rechnung getragen wird. So sollen zukünftig die Entgelte grundsätzlich¹¹¹ nur anhand der „Nettowiederbeschaffungskosten“ berechnet werden können.¹¹² Im Gegensatz zu den „Bruttowiederbeschaffungskosten“¹¹³ handelt es sich dabei um die Wieder-

¹⁰⁸ So die Differenzierung bei *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (81). Vgl. im Übrigen zur Definition der Kostenbegriffe den Anhang diese Gutachtens.

¹⁰⁹ So auch *Klotz/Brandenberg* (Fn. 89), S. 18.

¹¹⁰ Vgl. *Monopolkommission*, 56. Sondergutachten: Telekommunikation 2009, Rn. 119 sowie *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (78 f.), der insoweit auch auf den Erwägungsgrund 5 der Empfehlung 98/322/EG (Fn. 23) verweist.

¹¹¹ Der Ansatz von Bruttowiederbeschaffungskosten, also der Ansatz der Kosten für ein vollständig neues Netz, ist nach dieser Ansicht nur dann zulässig, wenn wirklich neu investiert wird.

¹¹² *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (81), ist der Auffassung, dass der EuGH mit den „voraussichtlichen Kosten“ die Nettowiederbeschaffungskosten i. S. d. Empfehlung 98/322/EG (Fn. 23) meint. Vgl. im Übrigen zur Definition der Kostenbegriffe den Anhang diese Gutachtens.

¹¹³ Bruttowiederbeschaffungskosten sind nach dieser Ansicht, die vor allem, insbesondere was die Terminologie anbelangt, auf die Empfehlung 98/322/EG (Fn. 23) und deren Berechnungsbeispiele in der Anlage abstellt, die Wiederbeschaffungskosten eines neuen Netzes zum Bewertungszeitpunkt. Die Bruttowiederbeschaffungskosten entsprechen daher auch den vom EuGH (Fn. 1), Rn. 86 definierten „aktuellen Kosten“. Vgl. im Übrigen zur Definition der Kostenbegriffe den Anhang diese Gutachtens.

beschaffungskosten abzüglich der bereits – auf Grundlage des aktuellen Wiederbeschaffungswertes berechneten – erfolgten Abschreibungen.¹¹⁴ Auch wenn sich ein solcher Ansatz zunächst, d. h. während der ökonomischen Nutzungsdauer, was die Höhe der Abschreibungsbeträge anbelangt, nicht vom bisher praktizierten Ansatz der Berechnung der Kosten anhand von Bruttowiederbeschaffungskosten unterscheidet¹¹⁵, hat dieser Ansatz erhebliche Auswirkungen auf die Entgelthöhe nach Ablauf der ökonomischen Nutzungsdauer. Denn am Ende der ökonomischen Nutzungsdauer belaufen sich die Nettowiederbeschaffungskosten auf null, so dass auch keine weiteren Kosten in Form von Abschreibungen mehr in Ansatz gebracht werden können, sofern keine Wiederbeschaffung erfolgt (ist). Legt man jedoch wie bisher die Bundesnetzagentur immer den Bruttowiederbeschaffungswert zugrunde, der die bisherigen Abschreibungen bzw. den bisherigen Abschreibungszeitraum unberücksichtigt lässt, so können auch nach Ablauf der ökonomischen Nutzungsdauer weiterhin Kosten in Form von Abschreibungen berücksichtigt werden. Der bisher praktizierte Ansatz ist auch nach dieser Ansicht aufgrund des EuGH-Urteils nicht mehr möglich, zumindest wenn feststeht, dass der Netzbetreiber gerade keine Wiederbeschaffung vornimmt.¹¹⁶

Ein – wenn auch ausschließlicher – Ansatz von Nettowiederbeschaffungskosten geht mit der hier vertretenen Auffassung eines kumulativen Ansatzes daher zumindest insoweit konform, als zukünftig sichergestellt werden muss, dass die bisherige Nutzungs- und Abschreibungsdauer nicht unberücksichtigt bleibt und man dadurch stärker – wie vom EuGH vorgegeben – die tatsächlichen Gegebenheiten und besonders die tatsächliche Investitionstätigkeit des Unternehmens berücksichtigt.

Jedoch hat auch ein solcher ausschließlicher Ansatz von Nettowiederbeschaffungskosten seine Schwächen. Insbesondere wird über die ökonomische Nutzungsdauer hinweg auch nach diesem Ansatz anhand von gegebenenfalls höheren Wiederbeschaffungskosten abgeschrieben, auch wenn letztlich gar keine (Voll-)Wiederbeschaffung erfolgt. Die über die Abschreibungen geltend gemachten Kosten würden insoweit nicht die „tatsächlichen Kosten“ des Unternehmens abbilden. Zudem ist der Ansatz von Wiederbeschaffungskosten, der von einer Substanz-

¹¹⁴ Vgl. *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (81). *Kleinlein* recurriert dabei insbesondere auch was die Terminologie anbelangt auf die Empfehlung 98/322/EG (Fn. 23) der Kommission, auf die auch der EuGH maßgeblich abgestellt hat.

¹¹⁵ Es macht insoweit keinen Unterschied, ob man zur Ermittlung der jährlichen Abschreibungen die (Brutto-)Wiederbeschaffungskosten zum Bewertungszeitpunkt durch die gesamte ökonomische Nutzungsdauer dividiert oder ob man von den Nettowiederbeschaffungskosten, d. h. den (Brutto-)Wiederbeschaffungskosten unter Herausrechnung der bereits erfolgten Abschreibungen bzw. Abschreibungsperioden, ausgeht und diesen Wert dann durch die ökonomische Restnutzungsdauer dividiert.

¹¹⁶ Vgl. *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (81).

erhaltung ausgeht bzw. eine solche gewährleisten soll, in einer solchen Situation auch betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigt.

c) Fazit

In der Gesamtschau der Ausführungen des EuGH und der diesen zugrunde liegenden Normen ist somit zu konstatieren, dass der EuGH mit der Pflicht zur Berücksichtigung der „tatsächlichen Kosten“ einen an den tatsächlichen Umständen orientierten Ansatz bei der Berechnung der Kosten vorgegeben hat, der eine Rückanbindung an den Kostenorientierungsmaßstab ermöglicht. Die zu berücksichtigenden „tatsächlichen Kosten“ enthalten dabei nach hier vertretener Auslegung des EuGH-Urteils zwei Komponenten, nämlich die historischen und die voraussichtlichen Kosten. Die historische Betrachtungsweise greift bei den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Netzes, während eine Kalkulation anhand von Wiederbeschaffungskosten lediglich im Rahmen der voraussichtlichen Kosten möglich ist.

Diese Vorgaben des EuGH sind auch rechtspolitisch überzeugend. Eine Berechnung der Kosten grundsätzlich anhand der tatsächlich entstandenen Anschaffungs- und Herstellungskosten ist zumindest theoretisch einfacher zu überprüfen¹¹⁷ als die bisherige Entgeltgenehmigungspraxis rein anhand von hypothetischen Wiederbeschaffungskosten und wird auch dem Kostenorientierungsgrundsatz eher gerecht¹¹⁸. Es wird damit vermieden, dass der Netzbetreiber – unter der Prämisse steigender Wiederbeschaffungskosten im Bereich der Kupfer-TAL¹¹⁹ – höhere Abschreibungen tätigen kann, obwohl er am Ende der ökonomischen Nutzungsdauer sein vollständig abgeschrieben Netz weiter nutzt, aber gerade nicht neu investiert. Ein Wiederbeschaffungskostenansatz, welcher der Substanzerhaltung des Anlagegutes dient, ist insoweit verfehlt, da in Wirklichkeit keine Neubeschaffung erfolgt. In dieser Situation ist der Ansatz der historischen Kosten ausreichend, der die Kapitalerhaltung des Unternehmens gewährleistet.

Auch wenn man daher in Bezug auf einzelne Netzabschnitte (z. B. die TAL zwischen HVt und KVz in VDSL-Ausbaugebieten) aufgrund einer Prognose von einer fehlenden künftigen Wiederbeschaffung ausgeht und daraus resultierend mangels geringer voraussichtlicher Kosten von einem weitgehend historischen Kostenansatz sprechen kann, ist dies kein Widerspruch zu den Ausführungen des EuGH, der einen reinen historischen Kostenansatz ablehnt. Zum einen werden die laufenden Kosten für Verbesserungen und Reparaturen am Netz wei-

¹¹⁷ Vgl. zu den gegebenenfalls auftretenden praktischen Problemen unter A. II. 3. d).

¹¹⁸ Der EuGH (Fn. 1), Rn. 69, versteht den Grundsatz der Kostenorientierung nämlich als eine Verpflichtung, die Preise an den bei der Herstellung der Teilnehmeranschlüsse *entstandenen* Kosten zu orientieren.

¹¹⁹ Vgl. dazu Kleinlein, N&R 2010, 75 (77).

terhin im Rahmen der „voraussichtlichen Kosten“ berücksichtigt, womit einem der Hauptkritikpunkte des EuGH an einer ausschließlichen Verwendung von historischen Kosten Rechnung getragen wird. Dass der hier präferierte Ansatz bei einzelnen Netzabschnitten zu einem weitgehend historischen Kostenansatz führt, ändert zudem nichts daran, dass bei der *Gesamtbetrachtung des Netzes*, auf die es gerade ankommt, der vom EuGH geforderte kumulative Ansatz unangetastet bleibt. Ergibt sich nämlich für andere Netzabschnitte (z. B. im Bereich der KVz-TAL) eine positive „Wiederbeschaffungsprognose“, garantiert dieses Modell, dass die im Vergleich zu den Anschaffungs- und Herstellungskosten regelmäßig höheren Wiederbeschaffungskosten im Rahmen der voraussichtlichen Kosten berücksichtigt werden, um die in diesem Fall gerechtfertigte Substanzerhaltung zu gewährleisten.

d) Konkrete Ausgestaltung (etwaiger) Neufestsetzungen der TAL-Entgelte 1999, 2001 und 2003 durch die Bundesnetzagentur

Aufgrund der soeben erlangten Ergebnisse steht zu erwarten, dass die zugelassene Revision gegen das Urteil des VG Köln zu den TAL-Entgelten 2001 vom BVerwG zurückgewiesen und damit der Weg geebnet wird für die Neufestsetzungen der TAL-Entgelte 1999¹²⁰, 2001 und 2003¹²¹. Die Bundesnetzagentur müsste dann bei den Neufestsetzungen der Entgelte den kumulativen Ansatz aus historischen und voraussichtlichen Kosten konkret anwenden. Dies wirft eine Reihe von Fragen auf, die nachfolgend näher beleuchtet werden:

aa) Schwierigkeiten bei der Ermittlung der historischen Kosten

Zum einen kann es sich in praktischer Hinsicht durchaus als schwierig erweisen, die historischen Kosten für das TAL-Zugangsnetz zu ermitteln, da dieses zu einem Großteil schon von der Deutschen Bundespost errichtet wurde und es fraglich ist, ob die betreffenden Kostenunterlagen zur Ermittlung der damals entstandenen Anschaffungs- und Herstellungskosten des Netzes noch existieren. Selbst wenn dies nicht mehr der Fall ist, kann die Bundesnetzagentur die damaligen Anschaffungs- und Herstellungskosten jedoch gutachterlich schätzen lassen.¹²² Ein reines Abstellen auf den *Wiederbeschaffungswert zum jeweiligen Genehmigungszeitpunkt* (vorliegend unter Verwendung des WIK-Modells) mangels hinreichender Kostenunterlagen ist dagegen nicht möglich. Das regulierte Unternehmen könnte ansonsten mittelbar durch die fehlende bzw. unvollständige Einreichung von Kostenunterlagen die Berechnungsgrundlage

¹²⁰ Die monatlichen TAL-Entgelte 1999 müssen aufgrund der rechtskräftigen Aufhebung durch das VG Köln in jedem Fall neu genehmigt werden.

¹²¹ Bestätigt das BVerwG die Rechtsprechung des VG Köln, wird auch das VG Köln daran weiter festhalten und auch die monatlichen TAL-Entgelte 2003 aufheben.

¹²² So bereits VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, S. 22 f. des amtlichen Umdrucks und VG Köln, Urt. v. 27.08.2009, Az. 1 K 3481/01, S. 19 des amtlichen Umdrucks.

bestimmen. Die Berechnungsgrundlage der Kosten und damit mittelbar auch der Entgeltmaßstab dürfen jedoch nicht in das Belieben des regulierten Unternehmens gestellt werden. Wenn dies so wäre, wären die umfassenden Ausführungen des EuGH zur richtigen Berechnungsgrundlage überflüssig. Es ist jedoch möglich, unter Rückgriff auf das WIK-Modell den *Wiederbeschaffungswert zum Zeitpunkt der Errichtung*¹²³ des TAL-Netzes zu ermitteln, der in etwa die tatsächlich entstandenen Anschaffungs- und Herstellungskosten abbilden dürfte.¹²⁴

bb) Konkrete Ausgestaltung eines kumulativen Ansatzes

Zum anderen stellt sich die Frage, wie der kumulative Ansatz aus historischen Kosten einerseits und Wiederbeschaffungskosten andererseits konkret anzuwenden ist. Hierzu ist ein Beispiel hilfreich, in dem man zunächst isoliert nur eine TAL aus der Sicht einer „allwissenden“ Bundesnetzagentur betrachtet. Wenn die Bundesnetzagentur bei ihrer Entscheidung über die Entgeltgenehmigung weiß, dass künftig z. B. im Bereich des Hauptkabels zwischen KVz und HVt keine Wiederbeschaffung erfolgen wird, die TAL im Übrigen (= KVz-TAL) jedoch wiederbeschafft wird, ergibt sich daraus folgender Ansatz bei der Berechnung der jährlichen Abschreibungen:

- Die Bundesnetzagentur schreibt die Kosten für die TAL zwischen KvZ und HVt anhand der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten linear über die ökonomische Nutzungsdauer ab (*„historische Kosten“ als Teil der „tatsächlichen Kosten“*).
- Der sich daraus ergebende und über die gesamte ökonomische Nutzungsdauer gleichbleibende Abschreibungsbetrag wird addiert (*„und“*) mit dem sich zum Zeitpunkt der jeweiligen Entgeltgenehmigungsentscheidung ergebenden Abschreibungsbetrag für die KVz-TAL, der sich aus aktuellen Wiederbeschaffungskosten der KVz-TAL dividiert durch die ökonomische Nutzungsdauer zuzüglich/abzüglich etwaiger berichtiger Sonderabschreibungen ergibt (*Wiederbeschaffungskosten als „voraussichtliche Kosten“, wiederum als Teil der „tatsächlichen Kosten“*).

Die von der Bundesnetzagentur für einen Entgeltgenehmigungszeitraum ermittelte Wiederbeschaffungsquote kann und muss gegebenenfalls bei der nächsten Entgeltfestsetzung modifiziert werden, wenn die Wiederbeschaffungsprognose der Bundesnetzagentur aufgrund neuer Erkenntnisse anders ausfällt. Die Abschreibungsbeträge müssen dann gegebenenfalls angepasst bzw. Sonderabschreibungen vorgenommen werden. Je näher der Genehmigungszeit-

¹²³ Vgl. dazu sogleich.

¹²⁴ Dies dürfte auch der EuGH (Fn. 1) gemeint haben, wenn er in Rn. 128 weiter ausführt, dass sich dieses Modell (Bottom-up-Modell) auf die Kosten stützt, die einem Betreiber für den Erwerb und den Betrieb seines eigenen Netzes entstanden wären.

punkt am Ende der ökonomischen Nutzungs- bzw. Abschreibungsdauer liegt, desto genauer wird die Prognose, ob und inwieweit letztlich eine Wiederbeschaffung erfolgt.

Ein solches Modell entspricht aus betriebswirtschaftlicher Sicht weder einem reinen Kapitalerhaltungs- noch einem reinen Substanzerhaltungsansatz, sondern ist vielmehr eine Kombination aus diesen beiden Ansätzen, um die tatsächlichen Gegebenheiten besser abzubilden. Ein solcher Ansatz kann daher als „modifizierter Realkapitalerhaltungsansatz“ bezeichnet werden.¹²⁵

Im Idealfall, d. h. wenn sich die Prognose der Bundesnetzagentur als richtig erweist, hat das regulierte Unternehmen die (gestiegenen) Kosten für sein tatsächliches Investitionsvorhaben bereits eingepreist, so dass dem insoweit gerechtfertigten Grundsatz der Substanzerhaltung Rechnung getragen wird. In Bezug auf die Teile des Netzes, in denen tatsächlich keine Wiederbeschaffung stattfindet, erfolgt dagegen keine Einpreisung der regelmäßig höheren Wiederbeschaffungskosten. Insoweit ist aber gerade auch keine Substanzerhaltung erforderlich und gerechtfertigt. Über die erfolgte Einpreisung der diesbezüglichen historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten wird vielmehr dem insoweit gerechtfertigten Kapitalerhaltungsgrundsatz genüge getan.

cc) Wann liegt eine Wiederbeschaffung vor? Glasfaser als Wiederbeschaffung von Kupfer?

Bei der Ermittlung einer solchen pauschalen Wiederbeschaffungsquote wird dabei die Frage, wann eine Wiederbeschaffung erfolgt, und wann mit einer solchen nicht zu rechnen ist, eine zentrale Rolle spielen.¹²⁶ Gerade im Bereich des Hauptkabels wird sich in diesem Zusammenhang künftig insbesondere die Frage stellen, ob Investitionen in ein Glasfasernetz als Wiederbeschaffungskosten für das Kupfer-TAL-Netz geltend gemacht werden können.¹²⁷ Dabei handelt es sich um eine stark von der Teleologie der Entgeltregulierung gesteuerte, normativ geprägte Frage¹²⁸, die allerdings von der tatsächlichen Situation ausgehen muss.

¹²⁵ Vgl. zum Konzept der modifizierten Realkapitalerhaltung bereits das für den VATM erstellte Gutachten von Kühling/Heimeshoff, Die Entgeltregulierung der Kupfer-TAL vor dem Hintergrund der NGA-Migration, S. 26. Das Gutachten ist abrufbar im WWW unter der URL: http://www.vatm.de/uploads/media/27-01-2009_01.pdf (zuletzt aufgerufen am 14.09.2010). Dort auch weitere Hinweise zur rechtspolitischen Überzeugungskraft eines solchen Ansatzes.

¹²⁶ Dies gilt im Übrigen auch für den von Kleinlein präferierten Ansatz. Nach Kleinlein, N&R 2010, 75 (81), ist insoweit nämlich grundsätzlich von den Nettowiederbeschaffungskosten auszugehen. Die Bruttowiederbeschaffungskosten können demnach nur dann angesetzt werden, wenn der Betreiber tatsächlich neues Anlagevermögen schafft oder vorhandene Infrastruktur durch neue ersetzt.

¹²⁷ Vgl. dazu unter E.

¹²⁸ Der Sache nach geht es dabei um eine anders gelagerte Problematik als die aus dem Steuer- und Bilanzrecht bekannte Frage nach der Abgrenzung zwischen (nachträglichen) Anschaffungs- und Herstellungskosten einerseits und laufenden Aufwendungen (Erhaltungsaufwendungen) andererseits, da es dort um die Frage geht,

dd) Ausgleich von Ineffizienzen

Soweit die Bundesnetzagentur im Rahmen des kumulativen Ansatzes Wiederbeschaffungswerte ansetzt, hat sie dafür Sorge zu tragen, dass bestehende Ineffizienzen am Netz der DTAG in ihrem Modell korrigiert werden.¹²⁹ Dabei ergeben sich aus der Rechtsprechung des VG Köln und des EuGH keine Gründe dafür, von dem schon bisher praktizierten „Scorched-node-Ansatz“ mit seinem pragmatischen Effizienzbegriff zugunsten eines „Greenfield-Ansatzes“¹³⁰ abzuweichen, obgleich dies europarechtlich zulässig sein dürfte. Auch insoweit verfügt die Bundesnetzagentur über einen weiten Beurteilungsspielraum. Dieser erstreckt sich auch auf die Frage, in welchem Umfang die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der historischen Kosten im Rahmen der kostenorientierten Betrachtung ebenfalls Effizienzgesichtspunkte mit einbezieht.

ee) Bestimmung eines einheitlichen Abschreibungsbeginns

Von entscheidender Bedeutung für künftige (Neu-)Festsetzungen der TAL-Entgelte ist die Bestimmung eines einheitlichen Abschreibungsbeginns für das (gesamte) TAL-Zugangsnetz der DTAG. Eine solche Bestimmung ist bisher nicht erfolgt, da die Bundesnetzagentur immer von den Bruttowiederbeschaffungskosten ausgegangen ist, d. h. die bereits zurückgelegte Nutzung und die bereits erfolgten Abschreibungen unberücksichtigt ließ. Schon die Tatsache, dass die vom EuGH vorgegebene Berücksichtigung der historischen Kosten per definitionem voraussetzt, dass die bereits getätigten Abschreibungen zu beachten sind¹³¹, erfordert aber die Bestimmung eines (einheitlichen) Nutzungs- bzw. Abschreibungsbeginns, um damit mittelbar festzulegen, bis zu welchem Zeitpunkt Abschreibungen zumindest im Falle fehlender Wiederbeschaffung geltend gemacht werden können.

Die Bestimmung eines Nutzungsbeginns ist auch bei einem reinen Nettowiederbeschaffungskostenansatz, wie ihn *Kleinlein* präferiert, notwendig, da ein solcher Ansatz ebenfalls die bereits zurück gelegte Nutzungszeit und die darauf entfallenden Abschreibungen berücksichtigt.¹³² Aufgrund der Tatsache, dass das TAL-Zugangsnetz der DTAG innerhalb der Bundesrepublik zu unterschiedlichen Zeitpunkten errichtet und ausgebaut wurde, muss insoweit –

ob eine Kostenposition als laufende Betriebskosten sofort abzugsfähig ist oder eine Abschreibung erfolgen muss; dazu ausführlich statt vieler *Ellrott/Brendt*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 7. Auflage 2010, § 255 HGB, Rn. 110 ff. sowie Rn. 375. Vorliegend geht es aber um die normativ gänzlich anders gesteuerte Frage, wie abgeschrieben wird, nämlich auf Basis historischer Anschaffungs- und Herstellungskosten oder auf der Grundlage eines Wiederbeschaffungswertes und ob dies „brutto“ oder „netto“ zu erfolgen hat.

¹²⁹ So auch *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (78).

¹³⁰ Vgl. dazu *Groebel/Seifert*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner TKG-Kommentar, 2. Auflage 2009, § 35, Rn. 25.

¹³¹ Vgl. EuGH (Fn. 1), Rn. 86.

¹³² Vgl. *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (81 f.).

mangels bisher erfolgter Regionalisierung der Regulierung – ein Durchschnittswert für das gesamte TAL-Netz ermittelt und der weiteren Regulierung zugrunde gelegt werden.

ff) (Nachträgliche) Anpassung der ökonomischen Nutzungsdauer an die tatsächliche Nutzungsdauer

Bisher legte die Bundesnetzagentur eine ökonomische Nutzungsdauer von 20 Jahren für Kupferkabel und Hauptverteiler bzw. von 35 Jahren für Kabelkanalanlagen zugrunde.¹³³ Abhängig von dem soeben dargestellten Erfordernis einer einheitlichen Festlegung des Nutzungs- bzw. Abschreibungsbeginns des TAL-Netzes durch die Bundesnetzagentur sind diese Zeiträume, zumindest was die Kupferkabel/Hauptverteiler anbelangt, mittlerweile gegebenenfalls schon abgelaufen. Dies muss die Bundesnetzagentur bei jeder Entgelt(neu)genehmigung überprüfen. Sollte sich beispielweise herausstellen, dass bereits bei der TAL-Entgeltgenehmigung 1999 zumindest die zugrunde gelegte 20-jährige ökonomische Nutzungsdauer für Kupferkabel/Hauptverteiler abgelaufen war, können unabhängig davon, ob das TAL-Netz nunmehr – wie in diesem Gutachten befürwortet wird – kumulativ auf Grundlage von historischen Kosten und Wiederbeschaffungskosten oder aber wie nach *Kleinlein* nur anhand von Nettowiederbeschaffungskosten abgeschrieben wird, keine weiteren Abschreibungen mehr als Kostenbestandteil geltend gemacht werden, wenn und soweit tatsächlich keine Wiederbeschaffung erfolgt. Es können dann nur noch die laufenden Betriebskosten geltend gemacht werden. Sofern die ökonomische Nutzungsdauer zu den Entgeltgenehmigungszeitpunkten 1999, 2001 und 2003 *noch nicht erreicht war*, können weiter Abschreibungen geltend gemacht werden.

Sollte die Bundesnetzagentur vor Ablauf der bisher zugrunde gelegten ökonomischen Nutzungsdauern feststellen, dass ihre bisherige Prognose bezüglich der Wiederbeschaffungstätigkeit der DTAG nicht zutrifft, weil die DTAG doch bzw. noch keine Wiederbeschaffung vornimmt, kann sie zur Verhinderung eines rapiden Preisverfalls bei Erreichen der bisher zugrunde gelegten ökonomischen Nutzungsdauer bzw. zur Überbrückung des Zeitraums bis zur vermeintlich tatsächlichen Wiederbeschaffung, die ökonomische Abschreibungsdauer nachträglich verlängern. Der verbleibende Restwert des Anlagevermögens (= historische Anschaffungs- und Herstellungskosten bzw. Wiederbeschaffungswert abzüglich der Summe der bis dahin schon vorgenommenen Abschreibungen, berechnet anhand der bisher zugrunde liegenden

¹³³ Vgl. dazu die TAL-Entgeltgenehmigung 2001, BK 4a-01-001/E 19.01.01, S. 48.

ökonomischen Abschreibungsdauer) ist dann auf die verlängerte Restnutzungsdauer abzuschreiben.¹³⁴ So ist dies auch im Energierecht vorgesehen.¹³⁵

gg) Zusammenfassung

Nach alledem werden die monatlichen Überlassungsentgelte für die Kupfer-TAL in Zukunft deutlich niedriger ausfallen müssen. Zum einen kann nicht mehr wie bisher ohne weiteres nur von den regelmäßig höheren Wiederbeschaffungskosten im Bereich der Kupfer-TAL ausgegangen werden. Wiederbeschaffungskosten können nur insoweit Grundlage für die Abschreibungen bilden, als eine tatsächliche Wiederbeschaffung zu erwarten ist bzw. erfolgt. Im Übrigen müssen die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten angesetzt werden. Des Weiteren muss bei etwaigen Neufestsetzungen der TAL-Entgelte sowie bei künftigen TAL-Entgeltgenehmigungen die in der Vergangenheit liegende Nutzungsdauer berücksichtigt werden. Ist die für regulatorische Zwecke angesetzte ökonomische Nutzungsdauer erreicht, können keine weiteren Abschreibungen mehr berücksichtigt werden, wenn tatsächlich keine Wiederbeschaffung erfolgt. Um ein daraus resultierendes abruptes Einbrechen des Kupfer-TAL-Preises abzumildern, kann die Bundesnetzagentur die ökonomische Nutzungsdauer verlängern, sofern diese tatsächlich noch nicht erreicht ist. Der noch nicht abgeschriebene Restwert des TAL-Netzes wird dann über die verlängerte Restnutzungsdauer abgeschrieben. Je früher eine solche Verlängerung der ökonomischen Nutzungsdauer erfolgt, desto geringer ist der Preisverfall.

Schließlich ist zu betonen, dass der Regulierungsbehörde ein weiter Spielraum bleibt, wie sie (bei der Entgelt-Neufestsetzung und bei künftigen Entgeltfestsetzungen) die Ausrichtung an den tatsächlichen Kosten umsetzt und dabei eine stärkere Orientierung an den tatsächlichen (historischen) Investitionskosten, den tatsächlichen Nutzungsdauern und der tatsächlichen Wiederbeschaffung gewährleistet. Die bisherige Entgeltregulierung auf der Basis von Bruttowiederbeschaffungskosten unabhängig von einer tatsächlichen Wiederbeschaffung aufgrund allgemeiner wettbewerbsökonomischer Erwägungen scheidet dagegen aus. Der Spielraum bezieht sich vielmehr auf die Anpassung etwa der ökonomischen Abschreibungsdauer oder der Bewertung des tatsächlichen Investitionsverhaltens (= Ermittlung einer Wiederbeschaffungsquote), um die Bereiche für eine Betrachtung historischer und aktueller Kosten zu identifizieren. Insoweit kommen der Regulierungsbehörde auch eine Typisierungsbefugnis und ein entsprechender Prognosespielraum zu, gerade was die Investitionstätigkeit anbelangt. Da-

¹³⁴ Siehe dazu *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (82).

¹³⁵ Vgl. dazu § 6 Abs. 6 StromNEV und § 6 Abs. 6 GasNEV. Darauf verweist auch *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (82), Fn. 39.

bei ist im Rahmen der Neufestsetzung von einer Ex-ante-Perspektive zum damaligen Genehmigungszeitpunkt auszugehen.

Unabhängig davon erfordern die Vorgaben des EuGH (und dem folgend des VG Köln) eine strengere Überprüfung und Adjustierung der Entgelte nach Ablauf entsprechender Regulierungsperioden, etwa mit Blick auf etwaige Änderungen des Investitionsverhaltens des regulierten Unternehmens. Das gälte im Übrigen auch, wenn man – *Kleinlein* folgend – ausschließlich auf Basis von Wiederbeschaffungskosten reguliert und je nach Investitionsverhalten von Netto- oder Bruttowiederbeschaffungskosten ausgeht. Insoweit relativieren sich auch die Unterschiede zwischen diesem und dem hier dargelegten Konzept. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass *Kleinlein* die im Vergleich zum tatsächlichen Investitionszeitpunkt gestiegenen oder gesunkenen Wiederbeschaffungskosten berücksichtigt, unabhängig davon, ob eine tatsächliche Wiederbeschaffung erfolgt. Dies ist nach der vorliegenden Vorgehensweise, welche die entsprechenden Vorgaben des EuGH in der strengen Interpretation des VG Köln zugrunde legt, nicht der Fall.

B. Übertragbarkeit der EuGH-Rechtsprechung auf den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmen von 2002 und das diesen umsetzende TKG 2004

Es stellt sich die Frage, ob die unter A. herausgearbeiteten Vorgaben des EuGH zur richtigen Berechnungsgrundlage der Kosten, die zur TAL-VO ergangen sind, auch auf den novellierten gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmen von 2002 und auf das diesen neuen Rechtsrahmen umsetzende TKG 2004 übertragbar sind oder ob sich insoweit relevante Änderungen ergeben haben. Dazu müssen zunächst die entsprechenden Normen des gemeinschaftsrechtlichen Richtlinienpakets von 2002 und des TKG 2004 zur Entgeltgenehmigung näher untersucht und den bisherigen (gemeinschaftsrechtlichen) Vorgaben gegenübergestellt werden, auf deren Grundlage der EuGH zu entscheiden hatte (I.). Anschließend kann näher beleuchtet werden, welche Aussagekraft die (unterschiedlichen) Beschlüsse des BVerwG zu den Nichtzulassungsbeschwerden der Bundesnetzagentur und der DTAG gegen die Urteile des VG Köln zu den TAL-Entgelten 1999 und 2001 in Bezug auf die vorliegende Fragestellung haben (II.)

I. Vorgaben des Richtlinienpakets 2002 und des TKG 2004 zur Entgeltgenehmigung

Zunächst ist auf die (Ziel-)Vorgaben des gemeinschaftsrechtlichen Richtlinienpakets 2002 zur Entgeltregulierung, insbesondere zur Entgeltgenehmigung einzugehen (1.), um sodann den Blick auf die Normen des TKG 2004 zu richten, die diese Vorgaben umsetzen (2.). Abschließend könne diese Vorgaben den „alten“ Regelungen gegenübergestellt werden, auf deren Grundlage der EuGH bzw. das VG Köln bisher entschieden haben und es kann ein Fazit gezogen werden (3.).

1. Vorgaben des Richtlinienpakets 2002

Zunächst ist festzuhalten, dass die Vorgaben zur TAL-VO auch nach dem Richtlinienpaket 2002 weiter solange Anwendung fanden bis gemäß Art. 27 Abs. 2 RRL¹³⁶ das (erste) Marktregulierungsverfahren auf dem entsprechenden Markt (= Markt 11 der ursprünglichen Märkteempfehlung¹³⁷) abgeschlossen war. Ab diesem Zeitpunkt richtete sich auch die Regu-

¹³⁶ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108/33, zuletzt geändert durch Art. 1 der Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 337/37.

¹³⁷ Empfehlung 2003/311/EG der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Par-

lierung der TAL-Entgelte nach der Zugangsrichtlinie (ZRL)¹³⁸. In Deutschland richteten und richten sich daher die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zur Entgeltregulierung nach der Durchführung des Marktregulierungsverfahrens zu Markt 11 im Jahre 2005 ausschließlich nach der Zugangsrichtlinie. Deren Art. 13 Abs. 1 S. 1 ermöglicht es den nationalen Regulierungsbehörden, den SMP-Unternehmen für Zugangsleistungen eine „Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise aufzuerlegen“. Eine solche Verpflichtung zur Kostenorientierung, wie sie in Art. 13 Abs. 3 S. 1 ZRL noch einmal ausdrücklich genannt wird, gibt somit den bzw. einen möglichen Entgeltmaßstab bei der Entgeltregulierung für Zugangsleistungen an, nämlich den Maßstab der Kostenorientierung. Der Grundsatz der Kostenorientierung wird in Art. 13 Abs. 3 S. 1 ZRL konkretisiert. Dieser sieht vor, dass bei der auferlegten Verpflichtung zur Kostenorientierung, das regulierte Unternehmen gegebenenfalls nachweisen muss, „dass die Preise sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen.“ Vorgaben zur anwendbaren Berechnungsgrundlage der „Kosten“ enthält Art. 13 ZRL dagegen nicht.

2. Vorgaben des TKG 2004

Das den neuen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmen von 2002 umsetzende TKG 2004 gibt in § 31 Abs. 1 S. 1 TKG vor, dass genehmigungsbedürftige Entgelte genehmigungsfähig sind, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Der Entgeltmaßstab sind daher die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Wie der EuGH bereits zum TKG 1996 ausgeführt hat, stellt der Entgeltmaßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung eine detaillierte Anwendung des gemeinschaftsrechtlich (weiterhin) vorgegebenen Grundsatzes der Kostenorientierung dar.¹³⁹ Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung setzen sich gemäß § 31 Abs. 2 TKG aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu-

laments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EG Nr. 114/45.

¹³⁸ Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108/7, zuletzt geändert durch Art. 2 der Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 337/37.

¹³⁹ EuGH (Fn. 1), Rn. 145.

sammen. Auf welcher Grundlage diese Kosten zu berechnen sind, gibt das TKG allerdings nicht explizit vor.¹⁴⁰

3. Gegenüberstellung der alten und neuen Vorgaben

Stellt man diese Vorschriften den Normen gegenüber, auf deren Grundlage der EuGH im Arcor-Urteil und das VG Köln in seinen Entscheidungen zu den TAL-Entgelten 1999 und 2001 geurteilt haben, ist zunächst festzuhalten, dass die nationalen Vorschriften inhaltlich im Hinblick auf den relevanten Entgeltmaßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und dessen Bestandteile¹⁴¹ weitgehend identisch sind.¹⁴² Der Unterschied, dass nunmehr die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung *nicht überschritten werden dürfen* (§ 31 Abs. 1 S. 1 TKG 2004), während sich nach dem TKG 1996 die Entgelte lediglich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung *orientieren* mussten (§ 24 Abs. 1 S. 1 TKG 1996), hat für die vorliegende Frage nach der anzuwendenden Berechnungsgrundlage der Kosten keine Bedeutung.

Wichtiger ist jedoch die Frage, ob die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, die letztlich im Rahmen einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts herangezogen werden müssen, einem Wandel unterlegen sind, sodass die Arcor-Rechtsprechung des EuGH insbesondere zur Berechnungsgrundlage der Kosten nicht mehr herangezogen werden könnte. Zunächst kann festgestellt werden, dass sich gemeinschaftsrechtlich der vorgegebene Maßstab der Kostenorientierung nicht verändert hat (Art. 3 Abs. 3 TAL-VO; Art. 13 Abs. 1 S. 1 ZRL). Unverändert bleibt des Weiteren, dass dieser Entgeltmaßstab bezweckt und voraussetzt, dass die Preise sich aus den Kosten des Unternehmens sowie einer angemessenen Investitionsrendite ergeben (Erwägungsgrund 11 der TAL-VO; Art. 13 Abs. 3 S. 1 ZRL). Ähnlich wie die TAL-VO enthält auch die Zugangsrichtlinie keine Aussage zur Berechnungsgrundlage der „Kosten“. Die Aussagen, die der EuGH hinsichtlich der ausschließlichen Verwendung von aktuellen und historischen Kosten gemacht hat¹⁴³, gelten jedoch gleichermaßen für den neuen Rechtsrahmen 2002. Denn die zugrunde liegenden Überlegungen zu den Nachteilen, die aus der ausschließlichen Verwendung einer dieser Berechnungsgrundlagen resultieren, erfolgten losgelöst von Normen außerhalb der TAL-VO. Vielmehr stellte der EuGH dabei immer auf

¹⁴⁰ Auch aus der genetischen und systematischen Auslegung des § 31 TKG lassen sich keine Rückschlüsse entnehmen, wie die Kosten zu berechnen sind, vgl. Kühling/Heimeshoff, Die Entgeltregulierung der Kupfer-TAL vor dem Hintergrund der NGA-Migration, Gutachten im Auftrag des VATM, S. 42 f (abrufbar im WWW unter der URL: http://www.vatm.de/uploads/media/27-01-2009_01.pdf, zuletzt aufgerufen am 14.09.2010).

¹⁴¹ Die Bestandteile der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 31 Abs. 2 TKG 2004 wurden bereits in § 3 Abs. 2 TEntgV aufgezählt.

¹⁴² So auch Kleinlein, N&R 2010, 75 (76).

¹⁴³ Vgl. EuGH (Fn. 1), Rn. 96 ff.

den Zweck der Preisbildungsregel in Erwägungsgrund 11 der TAL-VO ab, die gewährleisten soll, dass die Kosten des Unternehmens gedeckt sind und das Unternehmen eine angemessene Investitionsrendite zur Sicherung der langfristigen Weiterentwicklung und Verbesserung der Infrastruktur erhält. Da sich daran in Art. 13 ZRL nichts geändert hat, steht zu erwarten, dass der EuGH in einem etwaigen Vorabentscheidungsverfahren zu Art. 13 ZRL mit denselben Gründen die ausschließliche Verwendung einer der beiden Berechnungsgrundlagen (aktuelle Kosten bzw. Wiederbeschaffungskosten oder historische Kosten) ablehnen würde.

Ebenso wie die TAL-VO enthält auch Art. 13 ZRL keinen Hinweis auf die „tatsächlichen Kosten“, die der EuGH für maßgeblich hält. Während der EuGH jedoch für diesen Begriff auf die damals noch geltende RL 97/33/EG und dessen Art. 7 Abs. 2 abstellen konnte, wäre dies in einem erneuten Vorabentscheidungsverfahren zu Art. 13 ZRL nicht ohne weiteres möglich, da diese Richtlinie gemäß Art. 26 RRL i. V. m. Art. 28 Abs. 1 UAbs 2 am 25. Juli 2003 außer Kraft trat. Nichtsdestotrotz kann insbesondere anhand von Erwägungsgrund 14¹⁴⁴ der Zugangsrichtlinie argumentiert werden¹⁴⁵, dass der Gesetzgeber mit den Normen der Zugangsrichtlinie und insbesondere auch mit Art. 13 ZRL die Verpflichtungen aus der Richtlinie 97/33/EG fortschreiben wollte und somit bei Auslegungsfragen auf die korrespondierenden „alten“ Bestimmungen der RL 97/33/EG und daher zumindest indirekt bzw. mittelbar auch auf die Rechtsprechung zu dieser Richtlinie zurückgegriffen werden kann. Es spricht daher vieles dafür, dass der EuGH bei einer Vorlagefrage zu Art. 13 ZRL betreffend die Berechnungsgrundlage der Kosten seine Ausführungen aus dem Arcor-Urteil wiederholen und insoweit die „tatsächlichen Kosten“ bestehend aus historischen Kosten und voraussichtlichen Kosten weiterhin für maßgeblich erachten würde.¹⁴⁶

II. Bedeutung der Beschlüsse des BVerwG zu den Nichtzulassungsbeschwerden

Fraglich ist in diesem Zusammenhang ferner, welche Bedeutung den unterschiedlichen Beschlüssen des BVerwG zu den Nichtzulassungsbeschwerden der Bundesnetzagentur und der DTAG gegen die Urteile des VG Köln zu den TAL-Entgelten 1999 und 2001 zukommt.

So hielt das BVerwG einerseits die Beschwerden gegen das Urteil des VG Köln betreffend die Aufhebung der monatlichen TAL-Entgelte 1999 mangels grundsätzlicher Bedeutung für unbegründet. Begründet hat das Gericht dies unter anderem damit, dass es sich bei den vorge-

¹⁴⁴ Dort wird ausgeführt, dass die möglichen Verpflichtungen aus der Richtlinie 97/33/EG (Fn. 5) (u. a. Kostenorientierung) in der Zugangsrichtlinie beibehalten werden sollten.

¹⁴⁵ So schon *Klotz/Brandenberg*, N&R, Beilage 2/2009, S. 8.

¹⁴⁶ Im Ergebnis auch schon *Kühling*, K&R 2009, 243 (245 f.); zur Übertragbarkeit der EuGH-Rechtsprechung aus dem Arcor-Urteil auch *Kleinlein*, N&R 2010, 75 (76) sowie *Klotz/Brandenberg*, N&R, Beilage 2/2009, S. 7 f.

legten Rechtsfragen um mittlerweile „ausgelaufenes“ Recht handle – was insoweit zutreffend ist – und daher eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nur dann bejaht werden könne, wenn sich die Frage bei den Vorschriften, die den außer Kraft getretenen Vorschriften nachgefolgt sind, *offensichtlich* in gleicher Weise stelle.¹⁴⁷ Dies sei, so das BVerwG, nicht der Fall, da es nicht evident sei, dass sich aus Art. 13 ZRL, „der in Wortlaut und Systematik von den außer Kraft getretenen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften nicht unerheblich abweicht“, dieselben Anhaltspunkte für eine etwaige notwendige kumulative Berücksichtigung von verschiedenen Kostenarten entnehmen lassen könne wie aus dem früheren vom EuGH herangezogenen Gemeinschaftsrecht.¹⁴⁸ Die Prüfung, ob die jetzige Rechtslage nicht letztlich doch mit der früheren Rechtslage übereinstimmt, ist nach Ansicht des BVerwG nicht im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde durchzuführen.¹⁴⁹

Andererseits ließ das BVerwG die Nichtzulassungsbeschwerden von der Bundesnetzagentur und der DTAG gegen das Urteil des VG Köln betreffend die Aufhebung der TAL-Entgelte 2001 zumindest in Bezug auf die Aufhebung der monatlichen Überlassungsentgelte unter Berufung auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zu. Zur Begründung führt das BVerwG lediglich aus, dass das Revisionsverfahren „im Anschluss an das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24. April 2008 - Rs. C-55/06 - zur Klärung des Verhältnisses von ‚historischen‘ Kosten zu ‚aktuellen‘ Kosten bei der Ermittlung und Beurteilung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (§ 24 Abs. 1 TKG 1996, § 31 Abs. 1 TKG 2004) beitragen“ könne.¹⁵⁰

Diese beiden Beschlüsse widersprechen sich somit in gewisser Weise. Zunächst kann festgehalten werden, dass der Genehmigung der TAL-Entgelte 2001 grundsätzlich derselbe gemeinschaftsrechtliche und nationale Rechtsrahmen zugrunde lag wie bei der Genehmigung der TAL-Entgelte 1999. Lediglich die TAL-VO ist 2001 zusätzlich zu den aber weiterhin bestehenden Richtlinien des alten gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmens hinzugetreten. Zum Zeitpunkt der Zulassung der Revisionen von Bundesnetzagentur und DTAG gegen das Urteil des VG Köln zu den TAL-Entgelten 2001 durch das BVerwG war jedoch auch die TAL-VO bereits seit langem nicht mehr anwendbar¹⁵¹ und wurde durch Art. 4 der Review-Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“¹⁵² konsequenterweise auch aufgehoben. Somit betrifft die Rechtsfra-

¹⁴⁷ BVerwG, Beschl. v. 05.10.2009, Az. 6 B 18.09, Rn. 9.

¹⁴⁸ BVerwG, Beschl. v. 05.10.2009, Az. 6 B 18.09, Rn. 9.

¹⁴⁹ BVerwG, Beschl. v. 05.10.2009, Az. 6 B 18.09, Rn. 9.

¹⁵⁰ BVerwG, Beschl. v. 16.10.2010, Az. 6 B 83.09 (6 C 13.10), Rn. 1.

¹⁵¹ Vgl. dazu Art. 27 Abs. 2 RRL, s. auch schon oben unter B. I. 1.

¹⁵² Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze

ge, wie bei der ersten zurückgewiesenen Nichtzulassungsbeschwerde, „ausgelaufenes“ Recht. In einem solchen Fall liegt, wie das BVerwG selbst ausgeführt hat, eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nur vor, wenn sich die Rechtsfrage *offensichtlich* auch nach dem geltenden Recht stellen würde.

Aus dem die Revisionen zulassenden Beschluss des BVerwG vom 16. Juni 2010 können folglich rein spekulativ verschiedene Schlüsse gezogen werden (da das BVerwG seine Rechtsprechung zur grundsätzlichen Bedeutung von Rechtssachen, die ausgelaufenes Recht betreffen wohl kaum ohne nähere Begründung ändern wollte): Zum einen könnte das Gericht unter Beibehaltung seiner bisherigen Rechtsprechung durch die Zulassung der Revisionen indirekt bejaht haben, dass sich die Rechtsfrage nach dem neuen Rechtsrahmen (doch) in gleicher Weise wie nach dem alten Rechtsrahmen stellt, die Vorschriften also evident den gleichen Regelungsgehalt besitzen. Zum anderen erscheint es möglich, dass sich der Sachvortrag der Beschwerdeführer gegenüber demjenigen, der den zurückgewiesenen Nichtzulassungsbeschwerden zugrunde lag, geändert hat und sich dieser insbesondere mehr auf die vom VG Köln in seinem Urteil zu den TAL-Entgelten 2001 weitergehenden Ausführungen zur Frage, bei welchen Kosten welche Berechnungsgrundlage anzuwenden sei, bezieht.

Letztlich kann somit *nicht zwingend* aus der Zulassung der Revisionen gegen das Urteil des VG Köln zu den TAL-Entgelten 2001 geschlossen werden, dass das BVerwG jetzt davon ausgeht, dass die aktuelle Rechtslage und die alte Rechtslage, auf der das Urteil durch den EuGH ergangen ist, *offensichtlich* übereinstimmen und daher die Rechtsprechung des EuGH *offensichtlich* auf den neuen Rechtsrahmen übertragen werden kann. Es sprechen jedoch durchaus Indizien hierfür. Für das Revisionsverfahren hat diese Frage jedoch ohnehin keine weitere Bedeutung mehr. Vielmehr muss die Frage nach der Übertragbarkeit der Ergebnisse letztlich abschließend in den Verfahren gegen die TAL-Entgelte ab 2005 entschieden werden. Dort steht zu erwarten, dass das VG Köln bzw. das BVerwG aus den oben herausgearbeiteten Gründen davon ausgehen wird, dass die Ausführungen des EuGH zur alten Rechtslage auch auf den Rechtsrahmen 2002 übertragbar sind.

und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 337/37.

C. Einfluss des TK-Reviews 2009 und der NGA-Empfehlung der Kommission auf die zukünftigen TAL-Entgelte

Ferner stellt sich die Frage, ob sich an den vorliegenden Ergebnisse für zukünftige Entgeltfestsetzungen nach 2009 etwas durch den unionsrechtlichen TK-Review 2009¹⁵³ (I.) und die NGA-Empfehlung der Kommission¹⁵⁴ (II.) ändert.

I. TK-Review 2009

Maßgeblich ist insoweit auf die Review-Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“¹⁵⁵ abzustellen, die unter anderem in Art. 2 Änderungen an der vorliegend relevanten Zugangsrichtlinie beinhaltet. Es ist jedoch festzustellen, dass diese Änderungsrichtlinie nichts am Entgeltmaßstab der Kostenorientierung gemäß Art. 13 Abs. 1 S. 1 ZRL ändert. Dies bedeutet gemäß Art. 13 Abs. 3 S. 1 ZRL auch weiterhin, dass sich die Entgelte „aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite“ errechnen lassen müssen. Art. 13 ZRL enthält auch weiterhin keine Vorgaben zur konkreten Berechnungsgrundlage der Kosten. Auch aus anderen (neuen) Normen des unionsrechtlichen TK-Reviews 2009 können keine Rückschlüsse gezogen werden, dass der Gesetzgeber insoweit etwas an der bisherigen Rechtslage ändern wollte. Schließlich hat sich die teleologische Ausgangslage nicht signifikant geändert. Gerade die Änderung des Art. 13 ZRL im Bereich der Entgeltregulierung betraf lediglich eine Klarstellung in Bezug auf Risikoprämien bei Entgelten für den Zugang zu NGA-Netzen und hat vorliegend keinen Einfluss auf die Bepreisung der Kupfer-TAL. Es kann daher vollumfänglich auf die Ausführungen unter B. verwiesen werden. Auch nach diesem letzten unionsrechtlichen TK-Review 2009 sind die Ausführungen des EuGH bzw. des VG Köln zur Bestimmung der maßgeblichen Berechnungsgrundlage der Kosten bei künftigen Entgeltgenehmigungen von der Bundesnetzagentur zu beachten.

¹⁵³ Der unionsrechtliche TK-Review 2009 besteht aus den Änderungsrichtlinien 2009/140/EG, ABl. EG Nr. L 337/37 und 2009/136/EG, ABl. EG Nr. L 337/11 sowie der Verordnung (EG) Nr. 1211/2009, ABl. EG Nr. L 337/1.

¹⁵⁴ Empfehlung der Kommission vom 20.09.2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA), abrufbar im WWW unter der URL: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/recomm_guidelines/nga/de.pdf (Stand: 20.09.2010).

¹⁵⁵ Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 337/37.

II. NGA-Empfehlung der Kommission

Betrachtet man die aktuelle NGA-Empfehlung¹⁵⁶ der Kommission, so wird dieses Ergebnis bestätigt. Anhang I Nr. 2 der NGA-Empfehlung, die aufgrund von Art. 19 Abs. 1 RRL erlassen wurde und von den nationalen Regulierungsbehörden daher unter anderem bei der Entgeltregulierung weitestgehend zu berücksichtigen ist (Art. 19 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 RRL), gibt beispielsweise vor, dass die Preise für den Zugang zur vorhandenen baulichen Infrastruktur des SMP-Betreibers kostenorientiert sein sollten und die nationalen Regulierungsbehörden dabei, gerade was die Methoden für die Preisbildung anbelangt, konsistent zur Preisfestsetzung der Entgelte für den Zugang zur Kupfer-TAL verfahren sollten. Es soll vor allem dafür gesorgt werden, dass die Zugangspreise die tatsächlichen Kosten des SMP-Betreibers widerspiegeln. Dabei sollen die nationalen Regulierungsbehörden besonders die tatsächliche Nutzungsdauer der Infrastruktur berücksichtigen. Ferner sollen die Zugangspreise den richtigen Wert der betreffenden Infrastruktur einschließlich der (bereits erfolgten) Abschreibungen abbilden.

Die Kommission macht sich damit faktisch die Aussagen des EuGH im Arcor-Urteil zu Eigen, wenn sie auf die „tatsächlichen Kosten“ des Betreibers abstellt. Dieser Tatsächlichkeits- bzw. Wirklichkeitsmaßstab wird auch auf die Festlegung der Nutzungsdauer übertragen. Es soll der „tatsächlichen Nutzungsdauer“ der Infrastruktur Rechnung getragen werden, was dafür spricht, dass künftig gerade im Bereich der Kupfer-TAL die zugrunde gelegte und oftmals zu kurz bemessene ökonomische Nutzungsdauer an die tatsächliche Nutzungsdauer angepasst werden muss. Korrekterweise setzt sich der Tatsächlichkeits- bzw. Wirklichkeitsmaßstab auch insoweit fort, als bei der Wertermittlung der Infrastruktur auch die (erfolgten) Abschreibungen zu berücksichtigen sind, was zur Folge hat, dass die Bundesnetzagentur nicht mehr wie bisher bei jeder neuen Entgeltgenehmigung erneut vom Bruttowiederbeschaffungswert des Netzes ausgehen kann, auch wenn die verabschiedete Empfehlung andererseits – im Gegensatz zum ersten Entwurf der NGA-Empfehlung – nun nicht mehr explizit den Ansatz der historischen Kosten¹⁵⁷ empfiehlt.

¹⁵⁶ Vgl. Fn. 154.

¹⁵⁷ Vgl. so noch Annex I Nr. 2 des ersten Entwurfs einer NGA-Empfehlung. Der erste Empfehlungsentwurf ist abrufbar unter der URL:
http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/public_consult/nga/dr_recomm_nga.pdf
(Stand: 20.09.2010).

D. Möglichkeit erneuter Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH

Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist zu hinterfragen, ob die oben näher erörterten Fragen nach der richtigen Interpretation des Arcor-Urteils des EuGH und der Übertragbarkeit dieser EuGH-Rechtsprechung auf den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmen von 2002 gegebenenfalls erneut Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH sein könnten bzw. gar eine Verpflichtung zu einer erneuten Vorlage dieser Fragen an den EuGH besteht.

Während die Frage nach der richtigen Interpretation der Ausführungen des EuGH zur richtigen Berechnungsgrundlage der Kosten zunächst vor allem für die noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren zu den TAL-Entgelten 2001 und 2003 relevant ist, stellt sich die Frage nach der Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf den gemeinschaftsrechtlichen TK-Rechtsrahmen 2002 erst in den Verfahren betreffend die monatlichen TAL-Entgelte von 2005 bis 2009. Dementsprechend wird nachfolgend dargelegt, ob insbesondere im Rahmen der Revision gegen die Aufhebung der monatlichen TAL-Entgelte 2001 durch das VG Köln ein weiteres – diesmal durch das BVerwG zu initiiierendes – Vorlageersuchen an den EuGH erfolgen kann bzw. muss, in dem konkreter nachgefragt wird, wie die Ausführungen des EuGH zur richtigen Berechnungsgrundlage¹⁵⁸ zu verstehen sind (I.). Sodann ist die sich daran anschließende Frage zu klären, ob und inwieweit für die vor dem VG Köln anhängigen Verfahren gegen die Festsetzung der monatlichen TAL-Entgelte 2005 bis 2009 ein Vorabentscheidungsverfahren indiziert ist (II.).

I. Erneutes Vorabentscheidungsverfahren zur Auslegung der TAL-VO bzw. zur Konkretisierung der diesbezüglichen EuGH-Aussagen

Zunächst ist zu hinterfragen, was überhaupt Vorlagegegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens im Rahmen der Revision gegen das Urteil des VG Köln zur Aufhebung der TAL-Entgelte 2001 sein könnte (1.), bevor anschließend überprüft wird, ob eine erneute Vorlage an den EuGH durch das BVerwG notwendig bzw. verpflichtend ist (2.).

1. Auslegung der TAL-VO und Auslegung des EuGH-Urteils zur Auslegung der TAL-VO als mögliche Vorlagegegenstände

Nach Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV kommt ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH insbesondere zur Auslegung der Handlungen der Organe in Betracht. Ein Vorabentschei-

¹⁵⁸ Gemeint sind insbesondere die Ausführungen des EuGH (Fn. 1) unter den Rn. 109, 119 und 154.

dungsverfahren zur Auslegung des Grundsatzes der Kostenorientierung in Art. 3 Abs. 3 TAL-VO im Hinblick auf die richtige Berechnungsgrundlage der Kosten durch das BVerwG wäre daher grundsätzlich denkbar. Vorliegend muss jedoch berücksichtigt werden, dass das VG Köln zu den streitgegenständlichen TAL-Entgelten 2001 bereits ein Vorabentscheidungsverfahren initiiert hat und der EuGH diesbezüglich schon Ausführungen gemacht hat, die vom BVerwG als Revisionsinstanz zu berücksichtigen wären.¹⁵⁹ Hinzukommt, dass der EuGH die vorliegend relevante und relativ konkret umrissene Vorlagefrage des VG Köln zur richtigen Berechnungsgrundlage der Kosten¹⁶⁰ umformuliert und inhaltlich ausgedehnt hat.¹⁶¹ Für das BVerwG bliebe kaum Spielraum zur Formulierung einer neuen entscheidungsrelevanten Vorlagefrage, die direkt bzw. originär auf die Auslegung der TAL-VO selbst gerichtet wäre. Das BVerwG müsste zur Formulierung einer solchen Frage immer die vom EuGH bereits getroffenen Aussagen zur diesbezüglichen Auslegung der TAL-VO beachten und darauf Bezug nehmen bzw. daran anknüpfen. Der Sache nach ginge es daher mehr um die Auslegung der vom EuGH getroffenen Aussagen zur Auslegung der TAL-VO im Arcor-Urteil als um die originäre Auslegung der TAL-VO selbst. Die TAL-VO ist daher nur mittelbarer Auslegungsgegenstand, während das die TAL-VO konkretisierende Arcor-Urteil des EuGH den eigentlichen und direkten Anknüpfungspunkt für ein erneutes Vorabentscheidungsersuchen bilden würde.

Fraglich ist jedoch, ob das Arcor-Urteil des EuGH mit den darin enthaltenen Aussagen zur richtigen Berechnungsgrundlage tauglicher Vorlagegegenstand i. S. d. Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV sein kann. Das Arcor-Urteil des EuGH ist eine Handlung des Gerichtshofs der Europäischen Union (Art. 19 Abs. 1 EUV), der gemäß Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2 SpStr. 5 EUV ein Organ der Union ist. Dem Wortlaut nach stellt das Arcor-Urteil des EuGH daher einen tauglichen Vorlagegegenstand i. S. d. Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV dar. Trotz des vermeintlich eindeutigen Wortlauts des Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV wird in der Literatur zum Teil bezweifelt, dass Urteile des EuGH Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens sein können. Während insoweit unstreitig ist, dass zumindest keine Gültigkeitsvorlagen gegen Urteile des Gerichtshofs zulässig sind¹⁶², ist umstritten, ob zumindest Auslegungsvorlagen möglich sind. Vorliegend kommt eine solche Auslegungsvorlage in Betracht, so dass eine Auseinandersetzung mit den divergierenden Meinungen erforderlich ist.

¹⁵⁹ Das Arcor-Urteil bindet „inter partes“ die in derselben Sache im Ausgangsstreitverfahren entscheidenden Gerichte, also auch die Instanzgerichte; vgl. EuGH, Ur. v. 24.06.1969, Rs. C-29/68 (Deutsche Milchkontor), Slg. 1969, I-165, Rn. 3.

¹⁶⁰ Vgl. referierend zur konkreten Vorlagefrage EuGH (Fn. 1), Rn. 85.

¹⁶¹ EuGH (Fn. 1), Rn. 86.

¹⁶² So schon EuGH, Beschl. v. 05.03.1986, Rs. C-69/85 (Wünsche), Slg. 1986, 947, Rn. 15 f. Stellvertretend für die Literatur Wegener, in Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 234 EGV, Rn. 9.

Zunächst ist festzustellen, dass der EuGH zu dieser Frage ebenfalls in dem „Wünsche“-Beschluss schon Stellung bezogen hat.¹⁶³ Der EuGH führte dazu aus:

„Die Bindungswirkung eines im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteils schließt nicht aus, dass das nationale Gericht, an das dieses Urteil gerichtet ist, eine erneute Anrufung des Gerichtshofes vor der Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits für erforderlich hält. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine solche Vorlage gerechtfertigt, wenn das nationale Gericht beim Verständnis oder der Anwendung des Urteils Schwierigkeiten hat [...]“.¹⁶⁴

Aber auch diese vermeintlich klare Rechtsprechung des EuGH wird ihrerseits unterschiedlich interpretiert. Während Teile der Literatur darin die Zulassung eines Vorabentscheidungsverfahrens zur Klärung des Inhalts eines auf ein früheres Vorabentscheidungsersuchen ergangenen Urteils des EuGH sehen¹⁶⁵, beruft sich ein anderer Teil der Literatur unter Bezugnahme auf dieses Urteil darauf, dass Entscheidungen des Gerichtshofes selbst nicht Gegenstand einer Auslegungsfrage nach Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV sein können.¹⁶⁶ Letztere Ansicht stützt sich dabei vor allem auf einen Umkehrschluss zu Art. 43 EuGH-Satzung, der regelt, dass insbesondere bei bestehenden Zweifeln über die Tragweite eines (EuGH-)Urteils, der EuGH auf Antrag einer Partei oder eines Gemeinschaftsorgans dieses Urteil auszulegen hat, wenn ein berechtigtes Interesse daran glaubhaft gemacht wird. Aufgrund der Tatsache, dass es in einem Vorabentscheidungsverfahren keine Prozessparteien gibt, ist Art. 43 EuGH-Satzung auf im Vorabentscheidungsverfahren ergangene Urteile nicht anwendbar.¹⁶⁷ Unter Berufung auf den abschließenden Charakter des Art. 43 EuGH-Satzung wird daher der Schluss gezogen, dass die Auslegung von Urteilen, die auf Vorabentscheidungsverfahren ergangen sind, nicht Gegenstand eines weiteren Vorabentscheidungsverfahrens sein kann.¹⁶⁸

Erstere Ansicht ist jedoch überzeugender. Zwar hat der EuGH im „Wünsche“-Beschluss zu verstehen gegeben, dass „in den Artikeln 38 bis 41¹⁶⁹ der Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften die außerordentlichen Rechtsbehelfe abschließend aufgezählt sind [...]“.¹⁷⁰ Wenn der EuGH es bei dieser Formulierung belassen hätte, wäre der ablehnenden Ansicht beizupflichten gewesen. Doch der EuGH hat durch den sich unmittelbar anschließen-

¹⁶³ EuGH, Beschl. v. 05.03.1986, Rs. C-69/85 (Wünsche), Slg. 1986, 947.

¹⁶⁴ EuGH, Beschl. v. 05.03.1986, Rs. C-69/85 (Wünsche), Slg. 1986, 947, Rn. 15.

¹⁶⁵ Vgl. *Kischel*, in: Hailbronner/Wilms (Hrsg.), EU, 20. Lfg. 2010, Art. 234 EGV, Rn. 16, ebenso *Wegener*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 234 EGV, Rn. 5.

¹⁶⁶ Vgl. *Ehricke*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 234 EGV, Rn. 18.

¹⁶⁷ EuGH, Beschl. v. 05.03.1986, Rs. C-69/85 (Wünsche), Slg. 1986, 947, Rn. 14.

¹⁶⁸ *Ehricke*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 234 EGV, Rn. 18.

¹⁶⁹ Art. 43 EuGH-Satzung entsprach damals Art. 40 EuGH-Satzung.

¹⁷⁰ EuGH, Beschl. v. 05.03.1986, Rs. C-69/85 (Wünsche), Slg. 1986, 947, Rn. 14.

den Halbsatz aber deutlich gemacht, dass sich dieser abschließende Charakter nur auf Rechtsbehelfe bezieht, „mit denen die *Rechtskraft* der Urteile des Gerichtshofes *in Frage gestellt werden kann*“¹⁷¹.¹⁷² Bei der Auslegung eines Urteils soll jedoch gerade nicht die Rechtskraft eines Urteils „in Frage gestellt werden“, sondern vielmehr der Inhalt des Urteils und damit der Umfang der Rechtskraft konkretisiert werden. Durch den abschließenden Charakter insbesondere des damaligen Art. 40 EuGH-Satzung (jetzt Art. 43 EuGH-Satzung) sind daher nur Gültigkeits-, nicht hingegen Auslegungsvorlagen ausgeschlossen.¹⁷³ Auch der Sinn und Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens, das die einheitliche Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedsstaaten gewährleisten will, rechtfertigt eine solche erneute Vorlagemöglichkeit, da ein nationales Gericht damit sicherstellen kann, dass es die oft sehr abstrakten Ausführungen des EuGH zur Auslegung von Unionsrecht nicht fehlinterpretiert und es damit nicht zu einer Anwendung des Gemeinschaftsrechts kommt, die nicht der Intention des EuGH entspricht. Abschließend sprechen auch pragmatische Erwägungen gegen die Ansicht, (Vorabentscheidungs-)Urteile aus dem Anwendungsbereich des vom Wortlaut her ohne weiteres einschlägigen Art. 267 Abs. 1 lit b) AEUV herauszunehmen. Denn wie sich mittelbar aus Art. 104 § 3 EuGH VfO ergibt, ist ein erneutes Vorabentscheidungsverfahren zu einer Frage der Auslegung von sekundärem Unionsrecht, *die der EuGH bereits beantwortet hat*, zulässig.¹⁷⁴ Es ist wenig einleuchtend, dass ein Gericht, das zur Präzisierung einer vom EuGH im Rahmen eines vorausgegangenen Vorabentscheidungsverfahrens ergangenen Antwort erneut vorlegen möchte, nur auf die auslegungsbedürftige Norm abstellen dürfte und nicht direkt auf das bereits ergangene Urteil selbst, dessen Konkretisierung letztlich begehrt wird.

Resümierend ist daher festzuhalten, dass Vorlagegegenstand eines weiteren Vorabentscheidungsverfahrens zur Frage nach der richtigen Berechnungsgrundlage der Kosten das Arcor-Urteil des EuGH wäre. Dieses Urteil des EuGH würde auch einen tauglichen Vorlagegegenstand bilden, soweit es wie vorliegend um die Auslegung der darin enthaltenen Aussagen geht.

Ein weiteres Vorabentscheidungsersuchen – diesmal auf Initiative des BVerwG – zur Konkretisierung der Ausführungen des EuGH zur richtigen Berechnungsgrundlage der Kosten wäre daher zumindest zulässig.

¹⁷¹ Im Original nicht kursiv.

¹⁷² EuGH, Beschl. v. 05.03.1986, Rs. C-69/85 (Wünsche), Slg. 1986, 947, Rn. 14.

¹⁷³ Vgl. auch EuGH, Beschl. v. 05.03.1986, Rs. C-69/85 (Wünsche), Slg. 1986, 947, Rn. 15, der ausführt, dass eine Vorlage gerechtfertigt ist, „wenn das nationale Gericht beim Verständnis oder der Anwendung des Urteils Schwierigkeiten hat [...]“ und im gleichen Atemzug aber deutlich macht, dass „mit einer solchen erneuten Vorlage [kann] jedoch *die Gültigkeit* des früheren Urteils nicht in Zweifel gezogen werden“ könne.

¹⁷⁴ EuGH, Urt. v. 11.06.1987, Rs. C-14/86 (Pretore di Salò), Slg. 1987, 2545, 2568.

2. Keine Notwendigkeit und Verpflichtung zur erneuten Vorlage an den EuGH

Nach dem eine erneute Befassung des EuGH mit der Frage nach der richtigen Berechnungsgrundlage der Kosten im Rahmen eines weiteren Vorabentscheidungsverfahrens *möglich* ist, stellt sich die Frage, ob ein erneutes Vorabentscheidungsersuchen mit dem Ziel der Präzisierung der Aussagen des EuGH auch *notwendig* bzw. im Falle der Befassung des letztinstanzlichen BVerwG gar *verpflichtend* wäre.

Gegen die Notwendigkeit einer weiteren Vorlage an den EuGH zur Präzisierung seiner Aussagen zur richtigen Berechnungsgrundlage der Kosten im Rahmen des Kostenorientierungsmaßstabs gemäß Art. 3 Abs. 3 TAL-VO sprechen gute Gründe. So ist es nicht Sinn und Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens, dass der EuGH den Ausgangsrechtsstreit durch die Inanspruchnahme der Möglichkeit fortlaufend neuer Vorlagen zu Präzisierung bzw. Konkretisierung seiner Aussagen faktisch entscheidet. Dies bleibt vielmehr primär Aufgabe des nationalen Ausgangsgerichts bzw. der gegebenenfalls folgenden nationalen Instanzgerichte, welche die regelmäßig abstrakt gehaltenen Antworten des EuGH zu den Auslegungsfragen auf den Einzelfall anwenden müssen.¹⁷⁵ Eine Notwendigkeit zu einer *erneuten* Vorlage an den EuGH wird man allenfalls dann bejahen müssen, wenn das zur Entscheidung berufene Ausgangsgericht mit den vom EuGH gelieferten Antworten aufgrund deren (zu) hohen Abstraktheitsgrades bei der Anwendung auf den konkreten Einzelfall überfordert wäre, die ursprüngliche Frage also nicht subsumtionsfähig beantwortet wurde.

Dies muss jedoch vorliegend verneint werden. Die vom VG Köln vorgenommene Anwendung der EuGH-Rechtsprechung auf den Einzelfall und die darin enthaltene Interpretation der Ausführungen zur richtigen Berechnungsgrundlage mit dem Ergebnis eines kumulativen Ansatzes ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu beanstanden und von den Aussagen des EuGH im Arcor-Urteil gedeckt.¹⁷⁶ Sie ist insoweit vor allem unproblematischer als die gegenläufige Interpretation, dass die Pflicht zur Berücksichtigung der tatsächlichen Kosten sich darin erschöpfen könne, beide Berechnungsgrundlagen (historische Kosten und aktuelle Kosten) lediglich in der Abwägung zu berücksichtigen, mit der Folge, dass trotzdem weiterhin eine Berechnungsgrundlage ausschließlich Anwendung finden könne. Wenn dies allein die Intention des EuGH gewesen wäre, wäre schwer nachvollziehbar, wieso der EuGH vorher umfassend ausgeführt hat, dass die ausschließliche Verwendung einer der beiden Berechnungsgrundlagen problematisch sei. Ferner berücksichtigt eine solche Interpretation nicht hinreichend, dass das VG Köln in seiner Vorlagefrage die historischen Kosten gar nicht er-

¹⁷⁵ EuGH, Urt. v. 28.03.1979, Rs. 222/78 (ICAP), Slg. 1979, 1163, Rn. 10 ff.

¹⁷⁶ Vgl. dazu A. II. 3. b) bb) (1).

wähnt hatte, der EuGH aber diese Berechnungsgrundlage durch die Umformulierung der Vorlagefrage bewusst in die Erörterung mit einbezogen hat. Dieses Vorgehen wäre unverständlich, wenn der EuGH im Ergebnis trotzdem weiterhin einen reinen Wiederbeschaffungskostenansatz billigen würde.

Eng verzahnt mit der Frage nach der Notwendigkeit einer erneuten Vorlage an den EuGH ist die Frage nach einer etwaigen Vorlageverpflichtung durch das BVerwG als letztinstanzliches Gericht im Verfahren zu den TAL-Entgelten 2001. Gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b) i. V. m. Abs. 3 AEUV besteht eine *Vorlageverpflichtung*, wenn ein letztinstanzliches Gericht eine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung sekundären Unionsrechts hat. Von dieser Vorlageverpflichtung gibt es verschiedene ungeschriebene Ausnahmen. So muss zum einen ein letztinstanzliches Gericht nach der „*acte clair*“-Doktrin des EuGH dann nicht vorlegen, wenn die richtige Auslegung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für vernünftige Zweifel keinerlei Raum bleibt.¹⁷⁷ Ob die Frage nach der richtigen Auslegung der TAL-VO im Hinblick auf die richtige Berechnungsgrundlage der Kosten und dabei insbesondere auch die richtige Interpretation des EuGH-Urteils hierzu einen solchen „*acte clair*“ darstellt, braucht letztlich nicht entschieden zu werden, da bereits eine andere Ausnahme von der Vorlageverpflichtung greift. So hat der EuGH entschieden, dass eine Vorlage dann nicht verpflichtend ist, wenn der EuGH zu der Frage in einem gleich gelagerten Fall schon entschieden hat.¹⁷⁸

Diese Rechtsprechung konkretisierend, hat das BAG entschieden, dass eine erneute Anrufung des EuGH zur Klarstellung seiner Entscheidung möglich sei, wenn das nationale Gericht der Auffassung ist, dass durch die Entscheidung nicht die notwendige Klarheit geschaffen worden ist, um den im Streitfall maßgeblichen Sachverhalt zu entscheiden.¹⁷⁹ Dabei sollen aber die „möglicherweise bestehende Unsicherheiten über die Reichweite der Entscheidung [...] eine erneute Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nicht rechtfertigen“ können.¹⁸⁰ In einem anderen Urteil führt das BAG aus, dass die Interpretationsbedürftigkeit von Rechtssätzen, mit denen der Europäische Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen beantwortet hat, allein nicht ausreichend sei, um zu einer erneuten Vorlage zu verpflichten, da dies faktisch auf eine Subsumtion des Einzelfalls durch den EuGH hinauslaufen würde, was jedoch nicht Sinn und

¹⁷⁷ EuGH, Urt. v. 06.10.1982, Rs. C-283/81 (C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, 3415, Rn. 16.

¹⁷⁸ EuGH, Urt. v. 06.10.1982, Rs. C-283/81 (C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, 3415, Rn. 13.

¹⁷⁹ BAG, Urt. v. 26.04.2006, Az. 7 AZR 500/04, Rn. 36 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 24.06.1969, Rs. C-29/68 (Deutsche Milchkontor), Slg. 1969, 165, Rn. 3.

¹⁸⁰ BAG, Urt. v. 26.04.2006, Az. 7 AZR 500/04, Rn. 36.

Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV (damals Art. 177 EGV) sei.¹⁸¹

Diese Rechtsprechung kann uneingeschränkt auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Die Frage nach der richtigen Berechnungsgrundlage war bereits Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH. Eine erneute konkretisierende Frage zur richtigen Berechnungsgrundlage wäre zwar möglich, jedoch nicht verpflichtend, da es sich hierbei lediglich um eine klarstellende, auf die Antwort des EuGH aufbauende Frage handeln würde. Zudem bestehen nach der hier vertretenen Auffassung auch kaum Zweifel daran, dass der EuGH – wie vom VG Köln angenommen – mit seinen Ausführungen einen kumulativen Ansatz vorgeben wollte.

Es besteht daher weder die Notwendigkeit noch die Verpflichtung, eine weitere (konkretisierende) Frage zur richtigen Berechnungsgrundlage der Kosten dem EuGH vorzulegen.

II. Vorabentscheidungsverfahren zur Frage nach der Übertragbarkeit der Arcor-Rechtsprechung auf den gemeinschaftsrechtlichen TK-Rechtsrahmen 2002

Im Rahmen der anhängigen Verfahren zu den TAL-Entgelten von 2005 bis 2009 stellt sich die Frage, ob im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens geklärt werden kann bzw. muss, ob die zur TAL-VO ergangene Rechtsprechung des EuGH insbesondere zur richtigen Berechnungsgrundlage der Kosten auf den neuen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmen von 2002 übertragen werden kann. Dieser neue Rechtsrahmen bildete nämlich die gemeinschaftsrechtliche Grundlage für das TKG 2004, auf dessen alleiniger Grundlage¹⁸² wiederum erstmals 2005 die TAL-Entgelte genehmigt wurden. In concreto ginge es bei einem diesbezüglichen Vorabentscheidungsersuchen um die Frage, wie der Grundsatz der Kostenorientierung in Art. 13 Abs. 1, Abs. 3 ZRL in Bezug auf die richtige Berechnungsgrundlage der Kosten auszulegen ist.

Eine *Vorlagemöglichkeit* zur Herbeiführung einer Klärung dieser Frage durch den EuGH besteht gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV ohne weiteres, da es sich hierbei um eine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung der Zugangsrichtlinie und somit eines sekundären Gemeinschaftsrechtsakts handelt.

¹⁸¹ BAG, Urt. v. 05.03.1996, Az. 1 AZR 590/92.

¹⁸² Die im Rahmen der vorherigen TAL-Entgeltgenehmigungen unmittelbar wirkende TAL-VO wurde nach dem ersten Marktregulierungsverfahren zu Markt Nr. 11 (TAL-Zugang) auf Grundlage des TKG 2004, das wiederum auf der Rahmenrichtlinie basiert, gemäß Art. 27 Abs. 2 RRL faktisch abgelöst (s. schon B. I. 1.), so dass sich die TAL-Entgeltgenehmigungen fortan unmittelbar nur noch nach dem nationalen Recht richten, das gegebenenfalls gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden muss.

Fraglich ist jedoch auch in diesem Kontext, ob eine *Vorlagenotwendigkeit* bzw. im Falle der Befassung des BVerwG eine *Vorlageverpflichtung* gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht. Vor dem Hintergrund, dass die Regelungsgehalte von Art. 3 Abs. 3 TAL-VO und Art. 13 ZRL weitgehend identisch sind, beide Normen insbesondere einen Kostenorientierungsmaßstab vorgeben bzw. erlauben, ohne dabei jedoch konkrete Regelungen zur richtigen Berechnungsgrundlage zu enthalten und überdies mit Art. 13 ZRL gerade auch die Verpflichtungen aus der RL 97/33/EG, auf die sich die Ausführungen des EuGH zur Berechnungsgrundlage der Kosten maßgeblich stützen, fortgeschrieben werden sollen¹⁸³, kann eine Vorlagenotwendigkeit verneint werden.

Überdies würde auch keine Vorlageverpflichtung für das BVerwG bestehen, sollte es sich mit den TAL-Entgelten 2005 bis 2009 befassen müssen. Insofern greift nämlich erneut die vom EuGH in der C.I.L.F.I.T.-Entscheidung entwickelte Ausnahme von der Vorlageverpflichtung ein, nach der eine (erneute) Vorlage unterbleiben kann, wenn die potentielle Vorlagefrage bereits tatsächlich in einem gleichgelagerten Fall Gegenstand einer Vorabentscheidung gewesen ist.¹⁸⁴ Die TAL-Entgeltgenehmigungen vor und nach dem Inkrafttreten des neuen Rechtsrahmens 2002 stellen insbesondere im Hinblick auf die jeweils ausschließliche Berücksichtigung von Wiederbeschaffungskosten gleichgelagerte Sachverhalte dar. Die Vorlagefrage würde sich zudem auf die richtige Berechnungsgrundlage der Kosten im Rahmen des Kostenorientierungsmaßstabes beziehen, wie schon bei der Vorlage im Verfahren zu den TAL-Entgelten 2001, die zum Arcor-Urteil geführt hat. Lediglich die Rechtslage hat sich verändert. Diese Veränderung ist jedoch rein formeller Natur. An der insoweit allein relevanten materiellen Rechtslage¹⁸⁵ hat sich offensichtlich nichts im Vergleich zur damaligen Rechtslage geändert.¹⁸⁶ Sollte das VG Köln oder das BVerwG trotzdem vorlegen, könnte der EuGH ohne weiteres ein Verfahren nach Art. 104 § 3 EuGH VfO in Erwägung ziehen, d. h. durch Beschluss entscheiden und darin auf seine Ausführungen im Arcor-Urteil verweisen.

¹⁸³ Vgl. dazu bereits B. I. 3.

¹⁸⁴ EuGH, Urt. v. 06.10.1982, Rs. C-283/81 (C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, 3415, Rn. 13.

¹⁸⁵ So auch schon *Klotz/Brandenberg*, N&R, Beilage 2/2009, S. 10 unter Verweis auf EuGH, Beschl. v. 27.11.2008, Rs. C-156/08, Rn. 20 und 27.

¹⁸⁶ Vgl. dazu bereits B. I. 3. Ebenso *Klotz/Brandenberg*, N&R, Beilage 2/2009, S. 7 f.

E. Konsequenzen für (etwaig) notwendig werdende Neufestsetzungen der TAL-Entgelte 2005 bis 2009 und künftige TAL-Entgeltgenehmigungen, insbesondere Berücksichtigung von Investitionen in Glasfaser

Sofern die bisherige Rechtsprechung des VG Köln zu den TAL-Entgelten 1999 und 2001 vom BVerwG bestätigt und von den Gerichten auch auf die TAL-Entgeltgenehmigungen nach dem TKG 2004 übertragen wird, wofür – wie dargelegt – gute Gründe sprechen, müssten die betreffenden Entgeltgenehmigungen aufgehoben werden. Die Bundesnetzagentur müsste dann die Entgelte neu genehmigen. Zur konkreten Ausgestaltung der Neugenehmigungen kann dabei allgemein auf die Ausführungen unter A. II. 3. d) verwiesen werden. Dabei stellt sich insbesondere bei etwaigen Neugenehmigung der TAL-Entgelte von 2005 bis 2009 sowie bei künftigen Entgeltgenehmigungen die Frage, ob man die Errichtung einer – zunächst parallelen – Glasfaserinfrastruktur als Wiederbeschaffung für das (weitgehend) abgeschriebene Kupfernetz ansehen kann und daher wieder/weiter Abschreibungen für diese Neuinvestitionen im Rahmen der Kupfer-TAL-Entgelte berücksichtigt werden müssen.

Man könnte diesbezüglich einerseits argumentieren, dass gerade der VDSL-Ausbau der DTAG lediglich eine Ergänzung bzw. Weiterentwicklung der bisherigen Kupfer-TAL darstelle und daher noch zu den Wiederbeschaffungskosten bzw. in der Terminologie des EuGH zu den „aktuellen Kosten“ gehöre, die dieser als diejenigen Kosten definiert, die „[...] für die Errichtung einer vollständig neuen Ortsinfrastruktur zur Erbringung *gleichwertiger Telekommunikationsdienste*^{187,188} entstehen.

Dagegen spricht zunächst die Argumentation der DTAG, die versucht (hat), ihr VDSL-Netz unter Hinweis darauf, dass es sich dabei um einen neuen Markt handele, von der Regulierung freizustellen.¹⁸⁹ Doch selbst wenn man die VDSL-Infrastruktur respektive die (Telekommunikations-)Dienste, die über sie erbracht werden, noch als gleichwertig im Vergleich zur bisherigen TAL-Infrastruktur und den darauf aufsetzenden (Telekommunikations-)Diensten ansieht, verbietet sich grundsätzlich eine Einpreisung der VDSL-Ausbaukosten in die Entgelte für die (HVt-)Kupfer-TAL. Zum einen geht es vorliegend um die Genehmigung der Entgelte, welche die Zugangspetenten für den Zugang zur *Kupfer-TAL*¹⁹⁰ am HVt bezahlen müssen,

¹⁸⁷ Im Original nicht kursiv.

¹⁸⁸ EuGH (Fn. 1), Rn. 86.

¹⁸⁹ So auch *Klotz/Brandenberg*, N&R, Beilage 2/2010, S. 6.

¹⁹⁰ Darauf stellen auch *Klotz/Brandenberg*, N&R, Beilage 2/2010, S. 6, ab.

die ja weiterhin (noch) neben¹⁹¹ der Glasfaser-TAL in diesem Bereich (= Hauptkabel) besteht. Zum anderen ist die DTAG bisher grundsätzlich nicht verpflichtet, Zugang zur Glasfaser-TAL zwischen HVt und KVz zu gewähren.¹⁹² Solange noch nicht feststeht, dass die Wettbewerber überhaupt Zugang zu dieser (neuen) Infrastruktur bekommen, dürfen die Kosten für diese Infrastruktur auch nicht in die Kupfer-TAL-Preise eingerechnet werden, da dies zu einer „Doppelbegünstigung“ des Incumbent führen würde. So könnte er die von ihm errichtete neue Infrastruktur exklusiv nutzen, obwohl sie von den Wettbewerbern, die lediglich Zugang zur parallelen Kupferinfrastruktur erhalten, mitfinanziert würde. Dadurch wäre es dem Incumbent möglich, seine Marktmacht auf die neue Infrastruktur zu migrieren und weiter zu festigen.

Doch auch wenn die DTAG künftig Zugang zur Glasfaser-TAL zwischen HVt und KVz gewähren müsste, erscheint eine Einpreisung der Kosten für den VDSL-Ausbau in die Entgelte für den noch eine gewisse Zeit weiter bestehenden Zugang zur parallelen Kupfer-TAL nicht unproblematisch. Es wäre insofern nicht einleuchtend und vor dem Hintergrund einer am bereit gestellten Leistungsgegenstand orientierten Bepreisung problematisch, wenn derjenige Zugangspetent, der Zugang zur alten Kupfer-TAL begehrt und seinen Kunden weniger Bandbreite anbieten kann, ebenso für die Kosten des VDSL-Ausbaus bezahlen müsste wie derjenige Zugangspetent, der diese neue Infrastruktur auch in Anspruch nimmt und von ihren verbesserten Eigenschaften, insbesondere der höheren Bandbreite profitiert. Dies müsste jedenfalls bei einer entsprechenden Einbeziehung der VDSL-Investitionen angemessen berücksichtigt werden. Dabei ist zu betonen, dass eine Einbeziehung keineswegs von dem Ziel der Förderung von Investitionsanreizen indiziert ist. Durch die fallenden Kupfer-TAL-Preise erhalten die Zugangspetenten nämlich weiterhin die Möglichkeit, ihren Kunden kostengünstig „einfache“ Festnetz/ADSL-Anschlüsse anzubieten, während sie gleichzeitig aufgrund der niedrigeren TAL-Entgelte die Möglichkeit haben, mehr in eigene neue Infrastrukturen zu investieren, was vor dem Hintergrund des absehbaren Abbaus von Hauptverteiltern und Kupferhauptkabeln auch nötig sein wird.

Resümierend kann daher festgehalten werden, dass der VDSL-Ausbau grundsätzlich nicht als Wiederbeschaffung für die Kupfer-TAL angesehen werden kann und daher die anfallenden

¹⁹¹ Es handelt sich bei der Glasfaserleitung in diesem Bereich insoweit um eine neue und zunächst parallele Infrastruktur; vgl. hierzu bereits Kühling, K&R 2009, 243 (246).

¹⁹² Zwar hat die BNetzA in der letzten Regulierungsverfügung (BK 4a-07-002/R) zu Markt 11 (TAL-Zugang) der DTAG in Punkt 2.2 des Tenors die Verpflichtung auferlegt, Zugang zur unbeschalteten Glasfaser zwischen HVt und KVz zu gewähren. Jedoch handelte es sich hierbei um eine subsidiäre Zugangsmöglichkeit, die nur dann greifen sollte, wenn der Zugang zu den Kabelkanälen zwischen HVt und KVz nicht möglich ist. Doch selbst diese (subsidiäre) Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zur unbeschalteten Glasfaser wurde vom BVerwG, Urt. v. 27.01.2010, Az. 6 C 22.08 aufgehoben.

Kosten jedenfalls für den Zeitraum von 2005 bis 2009 wohl nicht in die *Kupfer-TAL-Entgelte* eingepreist werden dürfen. Das gilt erst recht für einen künftigen FTTB/H-Ausbau.

F. Prozedurale und prozessuale Konsequenzen der bestandskräftigen Aufhebung der TAL-Entgelte 1999 sowie der zu erwartenden Aufhebungen der TAL-Entgelte 2001 bis 2009

Nachfolgend ist zu prüfen, welche prozeduralen und prozessualen Konsequenzen die bestandskräftige Aufhebung der TAL-Entgelte 1999 hat bzw. die zu erwartenden Aufhebungen der TAL-Entgelte 2001 bis 2009 haben werden. Dabei ist zunächst zu untersuchen, zu welchen verfahrensrechtlichen Auswirkungen eine bestandskräftige Aufhebung der TAL-Entgelte führt (I.), bevor anschließend auf die Frage eingegangen werden kann, welche prozessualen Möglichkeiten die Wettbewerber der DTAG haben, falls eine notwendige Neufestsetzung der TAL-Entgelte durch die Bundesnetzagentur nicht (fristgerecht) erfolgt (II.). Abschließend soll aufgezeigt werden, welchen zivilrechtlichen Anspruch die Wettbewerber im Falle einer Neufestsetzung von niedrigeren Entgelten geltend machen können (III.).

I. Verfahrensrechtliche Auswirkungen einer bestandskräftigen Aufhebung der TAL-Entgelte

Die rechtskräftige gerichtliche Aufhebung eines Verwaltungsaktes gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO wirkt grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes zurück, so dass der Verwaltungsakt als nicht ergangen zu behandeln ist.¹⁹³ Vorliegend hat dies für die monatlichen TAL-Entgelte 1999 zur Folge, dass diese aufgrund der ex tunc wirkenden Aufhebung der TAL-Entgeltgenehmigung von 1999 von Anfang an ohne die damals gemäß § 39 Alt. 1 i. V. m. § 25 Abs. 1 TKG 1996 erforderliche Genehmigung erhoben wurden. Da eine solche Entgeltgenehmigung jedoch als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt eine wesentliche Rechtsbedingung für die (angeordnete) privatrechtliche Zugangs- und Entgeltvereinbarung zwischen der DTAG und den Wettbewerber darstellt, ist zumindest die Entgeltvereinbarung zunächst schwebend unwirksam.¹⁹⁴ Es bedarf daher einer bestandskräftigen Neugenehmigung dieser Entgelte durch die Bundesnetzagentur, um den Entgelten zumindest in der neu genehmigten Höhe (rückwirkend) Wirksamkeit zu verschaffen.

Ob eine Entgeltgenehmigung Rückwirkung auf den Vertragsschluss entfaltet, war und ist heftig umstritten. Während diese Frage unter dem TKG 1996 vom BVerwG dahingehend geklärt

¹⁹³ Kopp/Schenke, VwGO, 15. Auflage 2007, § 113, Rn. 8.

¹⁹⁴ BVerwG, Urt. v. 21.01.2004, Az. 6 C 1.03, Rn. 28. Vgl. auch Groebel/Seifert, in: Säcker (Hrsg.), Berliner TKG-Kommentar, 2. Auflage 2009, § 35, Rn. 63.

wurde, dass sich dieses für eine Rückwirkung ausgesprochen hat¹⁹⁵, ist die Frage unter dem TKG 2004 weiterhin umstritten. Während einerseits unter Verweis auf den im Vergleich zu § 29 Abs. 2 TKG 1996 („sind [...] wirksam“) geänderten Wortlaut des § 37 Abs. 2 TKG („werden [...] wirksam“) grundsätzlich eine Rückwirkung abgelehnt wird¹⁹⁶, gibt es andere Stimmen in der Literatur, die von einer auf den Vertragsschluss rückwirkenden geltungserhaltenden Reduktion des vereinbarten auf das genehmigte Entgelt ausgehen¹⁹⁷. Vorliegend erscheint letztere Ansicht vorzugswürdig, da die DTAG *ursprünglich genehmigte* TAL-Entgelte erhoben hat und diese Genehmigung nur nachträglich durch rechtskräftige gerichtliche Aufhebung rückwirkend entfallen ist. Ihr ist insoweit gerade kein Vorwurf zu machen. Mit einer Rückwirkung der Neugenehmigung und der daraus folgenden Ersetzung der ursprünglich genehmigten durch die niedrigeren neu genehmigten Entgelte bleibt der DTAG zumindest ihr vertraglicher Anspruch auf die neu genehmigten Entgelte erhalten, so dass sie sich in dieser Höhe keinen Kondiktionsansprüchen ihrer Vertragspartner ausgesetzt sehen muss.¹⁹⁸

Vor diesem Hintergrund stellt sich allgemein zunächst die Frage, nach welchem Recht sich das Verfahren zur Neugenehmigung von Entgelten richtet (1.). Anschließend können die darauf aufbauenden Fragen geklärt werden, wer ein solches neues Genehmigungsverfahren initiieren kann bzw. muss (2.) und welche (Entscheidungs-)Fristen dabei einzuhalten sind (3.).

1. Anzuwendendes Verfahrensrecht

Ebenso wie für das materielle Recht, in Bezug auf die Genehmigungsfähigkeit von Entgelten, die neu genehmigt werden müssen¹⁹⁹, gilt auch für das diesbezügliche Verfahrensrecht, dass sich dieses nach den zum damaligen Genehmigungszeitpunkt geltenden Vorschriften zu richten hat. Denn die Neugenehmigung soll gerade auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Genehmigung zurückwirken und den vereinbarten Entgelten zumindest teilweise rückwirkend Wirksamkeit verschaffen. Zudem hat eine Neugenehmigung – abgesehen von den entstehenden Kondiktionsansprüchen der Wettbewerber²⁰⁰ – keine rechtlichen Auswirkungen auf die Gegenwart und Zukunft²⁰¹, da sie einen vollständig in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt betrifft. Maßgeblich sind daher für die notwendige Neugenehmigung der monatlichen TAL-Entgelte 1999 sowie für den Fall notwendig werdender Neugenehmigungen der TAL-Entgelte

¹⁹⁵ BVerwG, Urt. v. 21.01.2004, Az. 6 C 1.03, Rn. 21 ff.

¹⁹⁶ Mielke, in: Säcker (Hrsg.), Berliner TKG-Kommentar, 2. Auflage 2009, § 37, Rn. 18 ff.

¹⁹⁷ Nöding/Scherer, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG, 2008, § 37, Rn. 12 sowie Schuster/Ruhle, in: Gepert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage 2006, § 37, Rn. 7 f.

¹⁹⁸ Vgl. dazu F. III.

¹⁹⁹ Vgl. dazu bereits A. I. 3.

²⁰⁰ Vgl. dazu unten F. 3.

²⁰¹ Dies gilt insbesondere für die Entgeltgenehmigungen unter dem TKG 1996.

2001 und 2003 die Vorschriften des TKG 1996, während für etwaig notwendig werdende Neugenehmigungen der TAL-Entgelte 2005 bis 2009 die Vorschriften des TKG 2004 zugrunde zu legen sind.

2. Verfahrenseinleitung

Sowohl § 28 Abs. 1 TKG 1996 als auch § 31 Abs. 5 TKG geben vor, dass genehmigungsbedürftige Entgelte vom SMP-Betreiber der Regulierungsbehörde vorzulegen sind. Grundsätzlich ist daher ein Entgeltgenehmigungsverfahren vom marktmächtigen Netzbetreiber einzuleiten. Im Falle einer notwendig werdenden Neugenehmigung der Entgelte bedarf es jedoch regelmäßig eines solchen Entgeltantrages nicht (mehr), da ein solcher bereits vorliegt und Grundlage für die aufgehobene Entgeltgenehmigung war. Falls ein solcher Antrag wie in dem Verfahren zu den TAL-Entgelten 1999 zurückgenommen worden ist, die Regulierungsbehörde deshalb von Amts wegen das Entgeltgenehmigungsverfahren einleiten musste²⁰² und daraufhin die aufgehobene Entgeltgenehmigung ergangen ist, kann und muss die Bundesnetzagentur auch bei der Neugenehmigung ex officio tätig werden, da sie durch die rechtskräftige Aufhebung ihrer Entgeltgenehmigung wieder in die Ausgangslage zurückversetzt wird, auf deren Grundlage die ursprüngliche Genehmigung erging. Dies hat zur Folge, dass die Neugenehmigung der monatlichen TAL-Entgelte 1999 sowie etwaig folgende Neugenehmigungen der TAL-Entgelt 2001 bis 2009 immer ohne weiteres Zutun der DTAG von der Bundesnetzagentur erfolgen dürfen und müssen, da entweder der erforderliche Entgeltantrag oder aber die Voraussetzung für ein Tätigwerden von Amts wegen immer noch bzw. wieder vorliegen.

3. Fristen

Was die einzuhaltenden Fristen anbelangt, ist zunächst festzustellen, dass weder das TKG 1996 noch das TKG 2004 spezielle Fristen für den Fall einer notwendigen Neugenehmigung aufgehobener Entgelte regeln. Es kann insoweit von einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden. Diese Regelungslücke kann mit einer analogen Anwendung der Fristenregelung des § 28 Abs. 2 TKG 1996 bzw. des § 31 Abs. 6 S. 3 TKG geschlossen werden, da insoweit eine vergleichbare Interessenslage besteht. Vorliegend ist für den Beginn der Frist, binnen derer die Bundesnetzagentur die Entgelte (neu-)genehmigen muss, nicht auf den Eingang des Entgeltantrags oder den Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens von Amts wegen abzustellen, sondern auf den Eintritt der Rechtskraft des die ursprüngliche Entgeltgenehmigung aufhebenden Urteils. Die Bundesnetzagentur muss daher grundsätzlich im Falle der rechtskräftigen Aufhebungen der TAL-Entgelte gemäß § 28 Abs. 2 TKG 1996 analog (TAL-

²⁰² Vgl. dazu auch unten F. II.

Entgelte 2001 und 2003) bzw. § 31 Abs. 6 S. 3 TKG analog (TAL-Entgelte 2005 bis 2009) spätestens 10 Wochen nach Rechtskraft der Urteile die Entgelte neu genehmigen. Für die TAL-Entgelte 1999, deren Aufhebung mit der Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des VG Köln durch das BVerwG am 05.10.2009²⁰³ rechtskräftig wurde, ist diese Frist bereits verstrichen, ohne dass die Bundesnetzagentur diese Entgelte neu genehmigt hat. In Bezug auf die TAL-Entgelte 1999 hätten die Wettbewerber daher – wie unter F. II. 1 noch aufzuzeigen sein wird – die Möglichkeit, eine Verpflichtungsklage in Form der Untätigkeitsklage gemäß § 42 Abs. 1 Var. 3 i. V. m. § 75 S. 2 a. E. VwGO zu erheben.

4. Verfahrenseinleitung und Revisionsverfahren vor dem BVerwG

Vorliegend muss jedoch beachtet werden, dass die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post bzw. jetzt die Bundesnetzagentur ihre TAL-Entgeltgenehmigungen regelmäßig mangels vollständiger Kostenunterlagen der DTAG maßgeblich (auch) auf das relevante analytische WIK-Kostenmodell für das Anschlussnetz gestützt hat²⁰⁴ und weiterhin stützt²⁰⁵. Da dieses Kostenmodell jedoch einen reinen Wiederbeschaffungskostenansatz²⁰⁶ bei der Berechnung des Investitionswertes des Netzes als Grundlage der Kosten zugrunde legt und daher nach der hier vertretenen und mit dem VG Köln übereinstimmenden Auffassung mit den Vorgaben des EuGH nicht in Einklang zu bringen ist, muss dieses erst angepasst werden. Das ist wiederum mit einem nicht unerheblichen Zeitaufwand verbunden. Auch die notwendige Ermittlung der ursprünglichen Anschaffungs- und Herstellungskosten könnte sehr zeitintensiv sein.²⁰⁷ Diese Umstände allein rechtfertigen jedoch keine Verlängerung der Frist zur Entscheidung über die Neugenehmigung der TAL-Entgelte 1999 durch die Bundesnetzagentur, da die Bundesnetzagentur nach dem Ergehen der Arcor-Entscheidung des EuGH mit einer Aufhebung ihrer TAL-Entgeltgenehmigungen rechnen musste und sie bereits ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit gehabt hat, sich vorsorglich Gedanken über die Ausgestaltung einer Neugenehmigung dieser Entgelte zu machen. Daher scheidet eine solche Untätigkeitsklage der Wettbewerber keineswegs aus.

Aus taktischen Erwägungen heraus erscheint eine Untätigkeitsklage der Wettbewerber gegenwärtig jedoch wenig sinnvoll. Es ist nämlich nicht erstrebenswert, die Bundesnetzagentur gerichtlich zu einer schnellen und unvorbereiteten Neugenehmigung der TAL-Entgelte 1999

²⁰³ BVerwG, Beschl. v. 05.10.2009, Az. 6 B 17.09.

²⁰⁴ Vgl. zu den TAL-Entgelten 1999 VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, Rn. 18 sowie zu den TAL-Entgelten 2001 BNetzA, Beschl. v. 30.03.2001, BK 4a-01-001/ E 19.01.01, S. 35 f.

²⁰⁵ So zuletzt auch bei der TAL-Entgeltgenehmigung 2009.

²⁰⁶ Vgl. mit einem entsprechenden Hinweis auf das Referenzdokument des analytischen Kostenmodells VG Köln, Urt. v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99, Rn. 106.

²⁰⁷ Vgl. dazu bereits A. II. 3. d).

verpflichten zu lassen. Dadurch würde sich nur das Risiko einer weiteren rechtswidrigen Entgeltgenehmigung erhöhen. Vielmehr sollten solche gerichtlichen Schritte erst nach der Entscheidung des BVerwG im Revisionsverfahren gegen die Aufhebung der TAL-Entgelte 2001 durch das VG Köln eingeleitet werden, wenn die Bundesnetzagentur daraufhin weiterhin untätig bliebe. Das offensichtliche Abwarten des Ausgangs des Revisionsverfahrens durch die Bundesnetzagentur ist nämlich zumindest aus pragmatischen Erwägungen heraus verständlich, da diese Entscheidung des BVerwG von Bedeutung ist für die etwaig notwendig werdenden Neugenehmigungen der TAL-Entgelte 2001 und 2003. Wenn das BVerwG die Rechtsprechung des VG Köln bestätigt, wofür gute Gründe sprechen, bietet es sich nämlich an, die Neugenehmigungen für 1999, 2001 und 2003 aufeinander abzustimmen, was den regulatorischen Aufwand minimieren würde.

An dieser Stelle ist jedoch hervorzuheben, dass die Entscheidung des BVerwG – selbst wenn darin nicht die auch hier vertretene Auffassung des VG Köln zur Interpretation des Arcor-Urteils des EuGH bestätigt wird – keine Auswirkungen auf die Tatsache hat, dass die TAL-Entgelte 1999 unter Zugrundelegung der Vorgaben des VG Köln in der rechtskräftigen Aufhebungsentscheidung in jedem Fall neu festgesetzt werden müssen. Die in § 121 VwGO normierte Rechtskraftwirkung eines stattgebenden Urteils über eine Anfechtungsklage hat nämlich auch insoweit Auswirkungen auf nachfolgende Verwaltungsakte, als die im Vorprozess unterlegene Behörde bei unveränderter Sach- und Rechtslage gegen denselben Betroffenen nicht einen neuen Verwaltungsakt aus den vom Gericht missbilligten Gründen erlassen darf.²⁰⁸ Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn sich zwischenzeitlich die für das Urteil maßgebliche Sach- oder Rechtslage verändert hat.²⁰⁹ Sofern sich lediglich die (höchstrichterliche) Rechtsprechung zu einer angewandten Norm ändert, ist dies nicht als Änderung der Rechtslage anzusehen.²¹⁰ Vielmehr ist in solchen Fällen aus Gründen des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit für weitere, den aufgehoben Verwaltungsakt ersetzende, Verwaltungsakte weiterhin die – gegebenenfalls unrichtige – Anwendung bzw. Auslegung der Norm zu beachten, wie sie sich aus den Entscheidungsgründen des rechtskräftig gewordenen Urteils ergibt.²¹¹

Übertragen auf die vorliegende Konstellation bedeutet dies, dass die Bundesnetzagentur, unabhängig vom Ausgang des anhängigen Revisionsverfahrens vor dem BVerwG gegen die Aufhebung der TAL-Entgeltgenehmigung 2001 durch das VG Köln, die TAL-Entgelte 1999

²⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 08.12.1994, Az. 1 C 12/92, NVwZ 1993, 672 (673).

²⁰⁹ BVerwG, Urt. v. 08.12.1994, Az. 1 C 12/92, NVwZ 1993, 672 (673).

²¹⁰ Vgl. dazu auch *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Auflage, 2009, Rn. 628.

²¹¹ BVerwG, Urt. v. 08.12.1994, Az. 1 C 12/92, NVwZ 1993, 672 (673).

neu genehmigen muss und dabei nicht erneut von einem reinen Bruttowiederbeschaffungskostenansatz ausgehen darf, sondern vielmehr den vom VG Köln auf Grundlage des EuGH-Urteils entwickelten kumulativen Ansatz zur Berechnungsgrundlage der Kosten anwenden muss.

II. Rechtsschutzmöglichkeiten der Wettbewerber bei Untätigkeit der Bundesnetzagentur

In der eher theoretischen Situation, dass die Bundesnetzagentur auch nach der Entscheidung des BVerwG nicht von sich aus tätig wird und die notwendige(n) Neugenehmigung(en) vornimmt, stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie die Wettbewerber die Bundesnetzagentur (gerichtlich) dazu verpflichten können, über die TAL-Entgelte neu zu entscheiden. Dies war und ist sowohl unter dem TKG 1996 (1.) als auch unter dem TKG 2004 (2.) umstritten.

1. Rechtslage unter dem TKG 1996

Unter dem Regime des TKG 1996 wurden dazu in der Rechtsprechung im Wesentlichen zwei zum Teil divergierende Ansichten vertreten. Während das OVG Münster im Hinblick auf Zusammenschaltungsentgelte entschieden hat, dass ein Antrag auf Entgeltfestsetzung gemäß § 39 Alt. 2 TKG 1996 i. V. m. § 28 Abs. 2 TKG 1996 auch von dem die Zusammenschaltung begehrenden Unternehmen gestellt werden kann²¹², hat das VG Köln dies immer wieder abgelehnt²¹³. Das VG Köln ging vielmehr davon aus, dass ein Entgeltrantrag gemäß § 28 Abs. 1 TKG 1996 nur vom zugangsgewährenden und die Entgeltgenehmigung benötigenden Unternehmen gestellt werden kann.²¹⁴ Es wurde jedoch anerkannt, dass die Regulierungsbehörde das alleinig antragsbefugte zugangsgewährende Unternehmen zur Stellung eines entsprechenden Entgeltrantrages durch Verwaltungsakt auffordern kann.²¹⁵ Ein Anspruch der Wettbewerber

²¹² OVG Münster, Beschl. v. 03.05.2001, Az. 13 B 69/01, Rn. 15. Trotz dieses Antragsrechts der Wettbewerber stellt das OVG Münster zunächst primär auf einen Antrag des zusammenschaltungsverpflichteten Unternehmens ab. So soll die Regulierungsbehörde (auf Antrag eines Wettbewerbers) im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung die Möglichkeit haben, dem Zusammenschaltungspflichtigen eine Frist zur Stellung eines Entgeltrantrages zu setzen (Rn. 13). Verstreicht diese Frist, ohne dass ein solcher Antrag vom Zusammenschaltungsverpflichteten gestellt wurde, so *müsse* nach Ansicht des OVG Münster die Regulierungsbehörde die Entgelte von Amts wegen festsetzen (Rn. 13). Über das den Wettbewerbern gewährte Antragsrecht habe diese auch einen Anspruch auf diese Bescheidung von Amts wegen (Rn. 15).

²¹³ VG Köln, Urt. v. 25.05.2002, Az. 1 K 2688/99, Rn. 35 ff. sowie VG Köln, Urt. v. 04.11.2004, Az. 1 K 8209/01, Rn. 27 ff.

²¹⁴ VG Köln, Urt. v. 25.05.2002, Az. 1 K 2688/99, Rn. 37 ff. sowie VG Köln, Urt. v. 04.11.2004, Az. 1 K 8209/01, Rn. 29 ff.

²¹⁵ VG Köln, Urt. v. 25.05.2002, Az. 1 K 2688/99, Rn. 40 m. w. Nachw. Rechtsgrundlage für ein solches Vorgehen soll nach Auffassung des VG Köln § 25 Abs. 1, § 28 Abs. 1 und § 39 TKG i. V. m. § 2 TEntgV sein. Das OVG Münster, Beschl. v. 05.07.2002, Az. 13 B 2019/99, Rn. 18, bezweifelt die Rechtmäßigkeit eines solchen Vorgehens, ließ dies aber im Ergebnis offen.

ber auf ein solches Vorgehen besteht jedoch nach dieser Ansicht nicht, da dies nach Auffassung des Gerichts als ein mittelbares bzw. indirektes Antragsrecht der Wettbewerber zu qualifizieren wäre und ein solches für die Wettbewerber – entgegen der Rechtsprechung des OVG Münster – gerade nicht bestehe.²¹⁶ In einer weiteren Entscheidung zu den unter anderem vorliegend relevanten TAL-Entgelten 1999 hat das VG Köln die Möglichkeit und auch *Verpflichtung* der Regulierungsbehörde anerkannt, von Amts wegen über die Entgeltgenehmigung zu entscheiden, wenn das alleinig zur Antragsstellung berechnigte zugangsgewährende Unternehmen seinen Antrag wieder zurücknimmt.²¹⁷ Mit dieser Verpflichtung zur Entgeltgenehmigung von Amts wegen korrespondiert nach Ansicht des VG Köln auch ein subjektives öffentliches Recht der Wettbewerber auf Erteilung einer abschließenden Entgeltgenehmigung durch die Regulierungsbehörde, das im Wege einer Verpflichtungsklage geltend gemacht werden kann.²¹⁸

Selbst wenn man der engeren Ansicht des VG Köln folgend ein generelles Antragsrecht und damit einen generellen Anspruch der Wettbewerber auf Einleitung eines Genehmigungsverfahrens und Erlass einer Entgeltgenehmigung (von Amts wegen) verneint, besteht in den Fällen einer notwendig werdenden Neugenehmigung von aufgehobenen Zugangsentgelten, die unter dem TKG 1996 genehmigt wurden, ein Anspruch der Wettbewerber auf Neugenehmigung der Entgelte innerhalb der vorgegebenen Frist²¹⁹, der gegebenenfalls im Wege einer Verpflichtungsklage geltend gemacht werden kann. Grund dafür ist, dass regelmäßig die Entgeltanträge der zugangsverpflichteten DTAG bereits bzw. immer noch vorliegen oder aber die Bundesnetzagentur wie bei den TAL-Entgelten 1999 auf Initiative der Wettbewerber gerichtlich verpflichtet wurde, die Entgelte innerhalb einer gewissen Frist zu genehmigen. Die Entgeltanträge und die daraus resultierende gesetzliche Verpflichtung, gemäß § 28 Abs. 2 TKG 1996 innerhalb von höchstens 10 Wochen darüber zu entscheiden bzw. die gerichtliche Verpflichtung zur Entgeltgenehmigung innerhalb des gerichtlich vorgegebenen Zeitraumes leben also wieder auf. Mit dieser Verpflichtung der Regulierungsbehörde zur abschließenden Entscheidung über die Entgeltanträge korrespondiert gerade auch nach Ansicht des VG Köln ein

²¹⁶ VG Köln, Urt. v. 04.11.2004, Az. 1 K 8209/01, Rn. 35. A.A. OVG Münster, Beschl. v. 03.05.2001, Az. 13 B 69/01, Rn. 13 ff., das ausführt, dass „der zu bescheidende Antrag auf Entgeltfestsetzung [...] auch von dem die Zusammenschaltung begehrenden Unternehmen gestellt werden [können]“.

²¹⁷ VG Köln, Beschl. v. 20.01.1999, Az. 1 L 3890/98, CR 1999, 161 (163). Das VG Köln hat in weiteren Entscheidungen deutlich gemacht, dass ein Tätigwerden von Amts nur in diesem Spezialfall (= Rücknahme des Entgeltantrags durch das antragsberechnigte Unternehmen) möglich und verpflichtend ist, vgl. VG Köln, Urt. v. 25.05.2002, Az. 1 K 2688/99, Rn. 34 sowie VG Köln, Urt. v. 04.11.2004, Az. 1 K 8209/01, Rn. 26.

²¹⁸ VG Köln, Beschl. v. 20.01.1999, Az. 1 L 3890/98, CR 1999, 161 (163 f.).

²¹⁹ Vgl. zu den Fristen F. I. 3.

einklagbares subjektives öffentliches Recht der Wettbewerber auf eine Genehmigungsentcheidung.²²⁰

2. Rechtslage unter dem TKG 2004

Auch unter dem TKG 2004 ist umstritten, ob und – wenn ja – wie Wettbewerber eine Entgeltgenehmigungsentscheidung der Bundesnetzagentur herbeiführen können. Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass die zugangsbegehrenden und entgeltpflichtigen Unternehmen im Entgeltgenehmigungsverfahren über kein eigenständiges Antragsrecht verfügen.²²¹ Dafür kann insbesondere ins Feld geführt werden, dass sich der Gesetzgeber bei der großen Novellierung des TKG in Kenntnis der diesbezüglich kontroversen Rechtsprechung zum TKG 1996 nur dafür entschieden hat, die Möglichkeit eines abgestuften Ex-officio-Verfahrens gemäß § 31 Abs. 6 S. 1 und 2 TKG und nicht dagegen auch ein eigenes Antragsrecht der Wettbewerber zu etablieren.²²² Streitig ist dagegen, ob die Wettbewerber nicht zumindest einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Bundesnetzagentur *über die Einleitung* eines Entgeltgenehmigungsverfahrens von Amts wegen haben. Zum Teil wird dies mit der Begründung bejaht, die in § 31 Abs. 6 TKG nunmehr gesetzlich vorgesehene Möglichkeit einer Verfahrenseinleitung von Amts wegen vermittele Drittschutz.²²³ Eine andere Meinung in der Literatur steht dem eher kritisch gegenüber und bezweifelt vor allem die Möglichkeit einer gerichtlichen Durchsetzung eines solchen Anspruchs mangels Rechtsschutzbedürfnisses.²²⁴ In den Fällen, in denen eine Neugenehmigung von Entgelten aufgrund einer rechtskräftigen Aufhebung der ursprünglichen Entgeltgenehmigung notwendig wird, geht es jedoch regelmäßig nicht um die Frage eines *Anspruchs der Wettbewerber auf Einleitung eines (neuen) Entgeltgenehmigungsverfahrens von Amts wegen*, da ein solches Verfahren regelmäßig durch die Entgeltanträge des regulierten Unternehmens bereits eingeleitet ist. Das Verfahren ist nur mangels Genehmigung (immer) noch nicht abgeschlossen. Der Sache nach geht es vielmehr – wie auch in dem Beschluss des VG Köln zu den TAL-Entgelten 1999²²⁵ – um *einen Anspruch der Wettbewerber auf eine abschließende (fristgerechte) Entgeltgenehmigungsentscheidung*.

²²⁰ VG Köln, Beschl. v. 20.01.1999, Az. 1 L 3890/98, CR 1999, 161 (163 f.).

²²¹ So *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG, 2008, § 31, Rn. 76 sowie *Masing/Ehrmann*, in: Wilms/Masing/Jochum (Hrsg.), TKG, 7. EL Dezember 2006, § 31, Rn. 70.

²²² So beispielsweise *Masing/Ehrmann*, in: Wilms/Masing/Jochum (Hrsg.), TKG, 7. EL Dezember 2006, § 31, Rn. 70. Noch deutlicher in einem anderen Kontext VG Köln, Urt. v. 04.11.2004, Az. 1 K 8209/01, Rn. 33.

²²³ Vgl. dazu ausführlich *Masing/Ehrmann*, in: Wilms/Masing/Jochum (Hrsg.), TKG, 7. EL Dezember 2006, § 31, Rn. 71.

²²⁴ *Höffler*, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG, 2008, § 31, Rn. 76. Nach dieser Ansicht kann das damit verfolgte Klageziel der Wettbewerber auch einfacher durch Beantragung einer Zugangsanordnung nach § 25 Abs. 1 TKG, deren Inhalt auch Entgelte sein können, erreicht werden.

²²⁵ VG Köln, Beschl. v. 20.01.1999, Az. 1 L 3890/98, CR 1999, 161.

Fraglich ist daher, ob § 31 Abs. 6 S. 3 TKG, der die Frist vorgibt, binnen derer die Bundesnetzagentur über die Entgelte zu entscheiden hat, neben dem regulierten Unternehmen²²⁶ auch die zugangsbegehrenden und entgeltspflichtigen Wettbewerber schützen soll und daher auch insoweit Drittschutz vermittelt. Dafür spricht zunächst einiges. Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass diese Entscheidungsfrist gerade im Interesse des regulierten Unternehmens ist, das ein Entgelt nicht verlangen darf, solange und soweit die erforderliche Genehmigung nicht vorliegt (§ 37 Abs. 1 TKG).²²⁷ Für den wahrscheinlich relevant werdenden Fall, dass auch die unter dem TKG 2004 erteilten Genehmigungen rückwirkend aufgehoben werden und daher neu genehmigt werden müssen, ist die Entscheidungsfrist des § 31 Abs. 6 S. 3 TKG jedoch gerade auch im Interesse der Wettbewerber, welche die ursprünglich genehmigten zu hohen Entgelte bereits bezahlt haben. Denn erst wenn eine bestandskräftige Neugenehmigung der TAL-Entgelte vorliegt, können die Wettbewerber sinnvollerweise bereicherungsrechtliche Ansprüche gegen die DTAG geltend machen und so den dann feststehenden zu viel gezahlten Betrag kondizieren.²²⁸

Fraglich erscheint jedoch, ob das Rechtsschutzbedürfnis der Wettbewerber für eine darauf gestützte Verpflichtungsklage in Form der Untätigkeitsklage gemäß § 42 Abs. 1 Var. 3 i. V. m. § 75 S. 2 a. E. VwGO gegeben wäre. Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage ist immer dann nicht gegeben, wenn das erstrebte Klageziel auch einfacher, schneller oder kostengünstiger als durch Klage erreicht werden kann. Vorliegend könnte ein solches einfacheres und schnelleres Mittel ein Antrag der Wettbewerber auf Anordnung der TAL-Zugangsentgelte gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 5 S. 1 TKG sein. Voraussetzung dafür ist, dass eine abstrakte Verpflichtung zur Zugangsgewährung vorliegt und eine Zugangsvereinbarung zwischen dem zugangsverpflichteten Unternehmen und den Zugangspetenten, die auch die Entgelte umfassen kann (§ 25 Abs. 5 S. 1 TKG), ganz oder teilweise nicht zustande kommt. Die abstrakten Verpflichtungen zur Zugangsgewährung zur TAL sind in den Regulierungsverfügungen zu Markt 11 bzw. jetzt Markt 4 enthalten und liegen somit vor. Zudem ist eine Zugangsvereinbarung zwischen der DTAG und den Wettbewerbern auch teilweise, nämlich in Bezug auf die Entgelte, nicht zustande gekommen, da die erforderliche privatrechtsgestaltende Genehmigung fehlt, solange die Bundesnetzagentur die Entgelte nicht (neu) genehmigt. Zudem gehören die Zugangspetenten im Anordnungsverfahren gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 TKG im Ge-

²²⁶ Dieses kann bei Überschreitung der Frist Untätigkeitsklage gemäß § 42 Abs. 1 Var. 3 i. V. m. § 75 S. 2 a. E. VwGO erheben.

²²⁷ Die überwiegende Meinung wendet § 37 Abs. 1 TKG auch auf Fälle an, in denen ein nicht genehmigtes, aber genehmigungsbedürftiges Entgelt vertraglich vereinbart wurde. Vgl. zum Meinungsstand und insbesondere auch zur Gegenmeinung *Nöding/Scherer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer* (Hrsg.), TKG, 2008, § 37, Rn. 7.

²²⁸ Vgl. dazu F. III.

gensatz zum Entgeltgenehmigungsverfahren nach §§ 31 ff. TKG zum antragsberechtigten Personenkreis.

Somit ist – anders als im TKG 1996, das ein solches Verfahren zur Anordnung des Zugangs²²⁹ und insbesondere auch der Entgelte²³⁰ nicht vorsah – für die Zugangspetenten eine einfachere und schnellere Möglichkeit gegeben, die Bundesnetzagentur zu einer fristgebundenen Entscheidung über die Entgeltgenehmigung zu zwingen, die gegebenenfalls auch gerichtlich mit einer Verpflichtungsklage durchgesetzt werden kann.

3. Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auch die Wettbewerber unter dem TKG 1996 ein einklagbares Recht auf eine fristgerechte Entgeltgenehmigungsentscheidung durch die Regulierungsbehörde hatten, insbesondere wenn bereits ein Entgeltantrag des entgeltpflichtigen Unternehmens vorlag. Dies gilt daher auch für weitere notwendig werdenden Neufestsetzungen von TAL-Entgelten, die unter dem TKG 1996 genehmigt wurden. Es empfiehlt sich insoweit allerdings, den Ausgang des Revisionsverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht abzuwarten, auch wenn dies mit Blick auf die Aufhebung der Genehmigung für die TAL-Entgelte 1999 nicht erforderlich ist.

Unter dem TKG 2004 ist ein Anspruch der Wettbewerber auf eine fristgerechte Entgeltgenehmigungsentscheidung – soweit ersichtlich – noch nicht diskutiert worden. In der Literatur wird bisher nur ein Anspruch der Wettbewerber *auf Einleitung* eines Entgeltgenehmigungsverfahrens von Amts wegen diskutiert. Es sprechen gute Gründe dafür, sowohl einen Anspruch der Wettbewerber auf Einleitung eines Entgeltgenehmigungsverfahrens von Amts wegen als auch einen Anspruch der Wettbewerber auf eine fristgerechte Entgeltgenehmigungsentscheidung durch die Bundesnetzagentur anzuerkennen. Aus Gründen des Rechtsschutzbedürfnisses sollte jedoch bei Untätigkeit der Bundesnetzagentur (zunächst) ein Antrag der Wettbewerber auf Anordnung der Entgelte gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 25 Abs. 5 S. 1 TKG gestellt werden, bevor ein weiteres gerichtliches Vorgehen gestützt auf diese Ansprüche, in Erwägung gezogen wird.

²²⁹ Die damalige Anordnungsbefugnis nach § 37 TKG 1996 i. V. m. § 9 NZV war auf die Netzzusammenschaltung beschränkt, vgl. Kühling/Neumann, in: Säcker (Hrsg.), Berliner TKG-Kommentar, 2. Auflage 2009, § 25, Rn. 1.

²³⁰ OVG Münster, Beschl. v. 03.05.2001, Az. 13 B 69/01, Rn. 12. Dies war nicht unumstritten. Vgl. zum Meinungsstand Jochum, in: Wilms/Masing/Jochum (Hrsg.), TKG, 7. EL Dezember 2006, § 25, Rn. 22.

III. Zivilrechtliche Ansprüche der Wettbewerber

Da im Falle der rechtskräftigen Aufhebung der TAL-Entgelte die neu zu genehmigenden Entgelte für die Kupfer-TAL deutlich niedriger ausfallen müssen als die vereinbarten und damals genehmigten Entgelte²³¹, wären die Entgeltvereinbarungen hinsichtlich des überschießenden Teils der Entgelte dann mangels Genehmigung endgültig unwirksam. Die Zahlungen der TAL-Zugangspetenten an die DTAG wären insoweit ohne Rechtsgrund erfolgt und könnten deshalb ohne weiteres gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB kondiziert werden. Es läge auch kein Ausschlussgrund nach § 814 BGB vor, da die Zugangspetenten von der insoweit nicht bestehenden Leistungspflicht keine Kenntnis hatten. Daran ändern auch die erhobenen Klagen gegen die TAL-Entgelte nichts. Insbesondere waren die Zugangspetenten auch nicht zu Maßnahmen im einstweiligen Rechtsschutz verpflichtet, so wie dies in § 35 Abs. 5 TKG für den umgekehrten Fall einer rückwirkenden Erhebung von höheren als den ursprünglich genehmigten Entgelte vorgeschrieben ist.

Ein solcher Bereicherungsanspruch verjährt innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB.²³² Der Verjährungsbeginn richtet sich daher nach § 199 Abs. 1 BGB. Demnach beginnt die Verjährung mangels anderweitiger Bestimmungen vorliegend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (Nr. 1) und der Gläubiger von den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (Nr. 2). Die Verjährung beginnt damit frühestens mit dem Ende des Jahres, in welchem der Kondiktionsanspruch entstanden ist.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Kondiktionsanspruch der Wettbewerber erst mit der (bestandskräftigen) Neugenehmigung der Entgelte durch die Bundesnetzagentur oder aber bereits während der Schwebezeit, d. h. mit der rechtskräftigen Aufhebung einer Entgeltgenehmigung entsteht. Entscheidend ist dabei die Frage, ob der rechtliche Zustand der schwebenden Unwirksamkeit eines Vertrages einen Rechtsgrund für eine bereits erbrachte Leistung darstellt oder nicht. Der BGH hat zu einem Fall der schwebenden Unwirksamkeit eines Vertrages wegen eines Verstoßes gegen das Selbstkontrahierungsverbot entschieden, dass die schwebende Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts ebenso wie ein nichtiges Rechtsgeschäft keine Leistungspflicht begründet, bereits erbrachte Leistungen daher ohne Rechtsgrund erfolgten und somit bereits während der Schwebezeit kondiziert werden können.²³³

²³¹ Vgl. dazu die Ausführungen unter A. II. 3. d).

²³² *Heinrichs*, in: Palandt (Hrsg.), BGB, 69. Auflage 2010, § 195, Rn. 5.

²³³ BGH, Urt. v. 08.10.1975, Az. VIII ZR 115/74, NJW 1976, 104 (105).

Überträgt man diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall der schwebenden Unwirksamkeit der TAL-Entgeltvereinbarung 1999 wegen Fehlens der ursprünglich erteilten, aber rückwirkend aufgehobenen notwendigen privatrechtsgestaltenden Entgeltgenehmigung, würde dies bedeuten, dass die Wettbewerber bereits seit der Rechtskraft der Aufhebungsentscheidung durch das VG Köln einen Kondiktionsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB hätten. Sie könnten nach dieser Auffassung daher zunächst grundsätzlich das *gesamte* geleistete Entgelt heraus verlangen. Im Rahmen der Saldotheorie würde dieser Kondiktionsanspruch dann mit dem Kondiktionsanspruch der DTAG, der auf Wertersatz für den erbrachten TAL-Zugang gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 i. V. m. § 818 Abs. 2 BGB gerichtet wäre, verrechnet werden (§ 818 Abs. 3 BGB). Für das Zivilgericht würde sich dann das Problem stellen, dass es den objektiven (Markt-)Wert der Zugangsleistungen der DTAG bestimmen müsste, was sich als schwierig erweisen dürfte. Schon allein deswegen kann diese ohnehin fragwürdige Rechtsprechung des BGH auf den vorliegenden Fall einer schwebenden unwirksamen Entgeltvereinbarung aufgrund der rückwirkenden Aufhebung der ursprünglich erteilten Entgeltgenehmigung nicht übertragen werden. Denn es ist nicht Aufgabe des Zivilgerichts, mittelbar den Vorleistungspreis für den TAL-Zugang festzusetzen. Das ist vielmehr Aufgabe der Bundesnetzagentur. Zwar könnte das Zivilgericht den Prozess aussetzen und auf eine bestandskräftige Entgeltgenehmigung durch die Bundesnetzagentur warten und diesen Vorleistungspreis dann mit dem tatsächlich gezahlten und heraus verlangten Entgelt saldieren. Dies würde jedoch nichts daran ändern, dass die Wettbewerber bei einem solchen Rückabwicklungsszenario in eine nicht gerechtfertigte Kostentragung gedrängt würden. Die Wettbewerber wollen letztendlich nur die Differenz zwischen den ursprünglich genehmigten und bezahlten sowie den neu genehmigten niedrigeren Entgelten herausverlangen. Dieser Betrag kann aber vor einer bestandskräftigen Neugenehmigung der Entgelte gar nicht beziffert werden. Somit müssten die Wettbewerber, um die Verjährungsfrist des vermeintlich bereits in der Schwebezeit bestehenden Kondiktionsanspruch zu hemmen, zunächst die Rückzahlung der Entgelte *in voller Höhe*²³⁴ verlangen, auch wenn dies gar nicht gewollt ist und eine darauf gerichtete Klage letztlich insoweit keine Aussicht auf Erfolg hätte.

Für das Fehlen des rechtlichen Grundes als Voraussetzung für einen Kondiktionsanspruch kommt es vorliegend auf die endgültige Unwirksamkeit und nicht schon auf die schwebende Unwirksamkeit der Entgeltabrede an. Endgültig unwirksam bzw. nichtig ist die Entgeltabrede erst durch die bestandskräftige Versagung der Entgeltgenehmigung. Eine solche (Teil-

²³⁴ Nur dieser Betrag ist den Wettbewerbern bekannt.

)Versagung der Genehmigung ist in einer bestandskräftigen Neugenehmigung niedrigerer Zugangsentgelte zu erblicken.

An eine bestandskräftige Neugenehmigung knüpfen sich somit zwei Rechtsfolgen. Zum einen wird die Entgeltabrede bis zur Höhe der Entgeltgenehmigung endgültig wirksam und zum anderen wird die Entgeltabrede hinsichtlich der überschießenden Entgelte endgültig unwirksam. Dieser Teil der Entgelte lässt sich genau beziffern und kann schließlich heraus verlangt sowie gegebenenfalls ohne Kostenrisiko eingeklagt werden.

Es kann daher festgehalten werden, dass gute Gründe dafür sprechen, dass ein Kondiktionsanspruch der Wettbewerber erst mit der endgültigen Unwirksamkeit der Entgeltabrede entsteht. Im Falle einer bestandskräftigen Neugenehmigung niedrigerer TAL-Entgelte wird die Entgeltabrede im Hinblick auf die vereinbarten und ursprünglich genehmigten überschießenden Entgelte endgültig unwirksam. Somit entsteht ein Kondiktionsanspruch erst mit einer bestandskräftigen Neugenehmigung der TAL-Entgelte. Folglich läuft auch gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Verjährung frühestens ab Ende des Jahres, in welchem die Neugenehmigung bestandskräftig wird. Sofern man dagegen die Rechtsprechung des BGH auf den vorliegenden Fall überträgt, hat die Verjährung des nach dieser Auffassung bereits bei schwebender Unwirksamkeit der Entgeltabrede zu den TAL-Entgelten 1999 entstandenen Kondiktionsanspruchs mit der Rechtskraft der Aufhebung der TAL-Entgeltgenehmigung 1999 durch das VG Köln gemäß § 199 Abs. 1 i. V. m. § 187 Abs. 2 BGB am 01.01.2010 zu laufen begonnen. Da eine Neugenehmigung der TAL-Entgelte 1999 sicherlich deutlich vor dem 31.12.2012 erfolgt sein dürfte, sollte aufgrund der oben skizzierten Probleme bei der Übertragung der BGH-Ansicht auf den vorliegenden Fall erst eine Neugenehmigung abgewartet und dann erst ein Kondiktionsanspruch direkt gerichtet auf den Saldo geltend machen werden.

Regensburg, den 21. September 2010

Prof. Dr. Jürgen Kühling

ANHANG: DEFINITIONEN DER VERWENDETEN KOSTENBEGRIFFE

I. Kostenbegriffe, die vom EuGH/VG Köln verwendet und definiert wurden

1. „Historische Kosten“ = die dem gemeldeten Betreiber *tatsächlich entstandenen* Kosten unter Berücksichtigung der *bereits erfolgten Abschreibungen*

Die historischen Kosten, d. h. die dem gemeldeten Betreiber tatsächlich entstandenen Kosten, setzen dem EuGH zufolge die Berücksichtigung der Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten (AK/HK) als Bezugsgrundlage voraus.

$$K_{\text{Historisch}} = K_{\text{Betreiber tatsächlich entstanden}} - \text{Abschreibungen}$$

$$K_{\text{Betreiber tatsächlich entstanden}} = \text{AK/HK}$$

$$\rightarrow K_{\text{Historisch}} = \text{AK/HK} - \text{Abschreibungen}$$

2. „Aktuelle Kosten“ = die einem anderen Betreiber als dem gemeldeten Betreiber entstehenden Kosten für die Errichtung einer *vollständig neuen* Ortsanschlussinfrastruktur zur Erbringung gleichwertiger Telekommunikationsdienste.

Anmerkung: „Aktuelle Kosten“ entsprechen den Bruttowiederbeschaffungskosten, d. h. dem Wiederbeschaffungs*neuwert* zum Bewertungszeitpunkt.

3. „Voraussichtliche Kosten“

- keine Definition durch EuGH

- lediglich Ausführung dahingehend, dass innerhalb der voraussichtlichen Kosten „die Berücksichtigung der Wiederbeschaffungskosten (WBK) als Bezugsgrundlage nicht ausgeschlossen ist“

4. „Tatsächliche Kosten“ = die historischen Kosten des gemeldeten Betreibers sowie die voraussichtlichen Kosten

$$\rightarrow K_{\text{Tatsächlich}} = K_{\text{Historisch}} + K_{\text{Voraussichtlich}}$$

$$\rightarrow K_{\text{Tatsächlich}} = (\text{AK/HK} - \text{Abschreibungen}) + K_{\text{Voraussichtlich}}$$

$$\rightarrow \text{ggf.: } K_{\text{Tatsächlich}} = (\text{AK/HK} - \text{Abschreibungen}) + \text{WBK}$$

II. Kostenbegriffe aus dem Ansatz von Kleinlein

1. „Bruttowiederbeschaffungskosten“ = Kosten für das Ersetzen eines Netzes bzw. Netzbestandteils durch ein *neues* Netz bzw. einen *neuen* Netzbestandteil mit gleichen Merkmalen

Anmerkung: Die Bruttowiederbeschaffungskosten entsprechen dem Wiederbeschaffungs*neuwert* zum Bewertungszeitpunkt.

2. „Nettowiederbeschaffungskosten“ = Kosten für das Ersetzen eines Netzes/Netzbestandteils durch ein(en) Netz bzw. Netzbestandteil mit gleichen Merkmalen und *gleichem Alter*

Anmerkung: Die Nettowiederbeschaffungskosten entsprechen dem fortgeführten Wiederbeschaffungs*neuwert* zum Bewertungszeitpunkt, d. h. dem Wiederbeschaffungs*neuwert* zum Bewertungszeitpunkt *abzüglich bereits erfolgter (planmäßiger) Abschreibungen*.

$$\rightarrow \text{WBK}_{\text{Netto}} = \text{WBK}_{\text{Brutto}} - \text{Abschreibungen}$$