



Bundesnetzagentur

## Hinweise zur konsistenten Entgeltregulierung i.S.d. § 27 Abs. 2 TKG

- Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen -

Bonn, 4. November 2009

## I. Hintergrund

Die Bundesnetzagentur hat am 13. Mai 2009 auf ihrer Internetseite sowie am 20. Mai 2009 in ihrem Amtsblatt 9/2009 als Mitteilung 292, einen Konsultationsentwurf für Hinweise zur konsistenten Entgeltregulierung i. S. d § 27 Abs. 2 TKG zur Diskussion gestellt. Ziel ist es, einen Beitrag zur Herstellung eines gemeinsamen Verständnisses der zugrunde liegenden Problematik zu leisten sowie Leitlinien für die Anwendung des Konsistenzgebotes zu entwickeln.

Zu dem Konsultationsentwurf sind 8 Stellungnahmen von folgenden Unternehmen bzw. Organisationen eingegangen:

1. 01051 Telecom GmbH (01051, vertreten durch Juconomy, Düsseldorf)
2. Arcor AG & Co. KG, Eschborn / Vodafone D2 GmbH, Düsseldorf (Vodafone)
3. Bundesverband Glasfaseranschluss e. V., Nürnberg (BUGLAS)
4. Callax Telecom GmbH (Callax, vertreten durch Juconomy, Düsseldorf)
5. Communication Services TELE2 GmbH (Tele2), Düsseldorf (vertreten durch B.B.O.R.S / Kreuznacht)
6. Deutsche Telekom AG, Bonn
7. Mega Satellitenfernsehen GmbH (MEGA Sat, vertreten durch Juconomy, Düsseldorf)
8. Telefónica O<sub>2</sub> Germany GmbH & Co. OHG / Telefónica Deutschland GmbH (Telefónica), München

Die durch Juconomy für drei Unternehmen erstellten Stellungnahmen sind inhaltsgleich. Sie werden im Folgenden als 01051/Callax/MEGA Sat zitiert.

Nachfolgend erfolgt zunächst eine Zusammenfassung der Stellungnahmen (Abschnitt II.). In einem zweiten Schritt ist auf dieser Grundlage eine Bewertung vorgenommen worden (Abschnitt III.). In Abschnitt IV. erfolgt ein Hinweis, an welchen Stellen des Konsultationsdokumentes auf Grundlage der vorliegenden Auswertung der Anhörung Ergänzungen bzw. Anpassungen vorgenommen worden sind.

## II. Zusammenfassung der Stellungnahmen

### Zu 2. Grundlagen und Bedeutung des Konsistenzgebots

#### *Definition des Konsistenzgebots und konzeptionelles Vorgehen*

Die überwiegende Mehrheit der Kommentierenden begrüßt das konzeptionelle Vorgehen der Bundesnetzagentur, Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abzustimmen. Die im Rahmen der Hinweise vorgestellte Definition des Konsistenzgebots sowie die Auslegung dieser Vorschrift wird überwiegend zustimmend kommentiert.

*BUGLAS* begrüßt die vorliegende konzeptionelle Befassung der Bundesnetzagentur zur konsistenten Entgeltregulierung. *01051/Callax/MEGA Sat* stimmt

dem konzeptionellen Vorgehen der Bundesnetzagentur, Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abzustimmen, ausdrücklich zu. In Übereinstimmung mit den Ausführungen in den Hinweisen stehe die Abstimmung der einzelnen Vorleistungsstufen im Fokus der Betrachtung.

*Telefónica* stimmt der Definition in den Hinweisen explizit zu und betont, dass das Verhältnis der Vorleistungsentgelte entlang der Wertschöpfungskette so zu gestalten sei, dass die Geschäftsmodelle auf den verschiedenen Wertschöpfungsstufen wirtschaftlich betrieben werden können. Der Konsistenzbegriff beziehe sich ausschließlich auf die Entgeltregulierung und umfasse eine Vielzahl von Aspekten. Konsistente Entgelte diskriminierten weder effiziente Technologien oder Geschäftsmodelle noch Kunden und Regionen; sie würden vielmehr für effiziente Investitionsanreize und eine wettbewerbliche Preissetzung sorgen. Obwohl sich der Konsistenzbegriff allein auf die Entgeltregulierung beziehe, decke er dieses breite Aufgabenspektrum ab. Hierbei müsse die Methodik, nach der der Effizienzbegriff im Einzelfall mit Leben gefüllt werde, klar definiert und operationalisiert sein. Zur Sicherstellung konsistenter Entgelte sei es ferner notwendig, die Kapitalverzinsung nicht global über den gesamten Telekommunikationsmarkt zu analysieren und zu betrachten, sondern im Rahmen der Entgeltregulierung das Risiko des zu regulierenden Produktes bzw. des damit verbundenen Geschäftsmodells einzubeziehen. Im Zusammenhang mit zeitlicher Konsistenz sei lediglich eine zeitliche Koordinierung, jedoch kein zwingender Gleichklang der Laufzeiten geboten.

Aus Sicht des Unternehmens *Tele2* weist der Ansatz in den Hinweisen dem normativen Gehalt des Konsistenzgebots eine nicht hinreichende Bedeutung zu. Zwar begründe das Konsistenzgebot keine Verpflichtungen oder verfahrensrechtlich relevanten Maßstäbe, die von marktbeherrschenden Unternehmen einzuhalten wären. Verpflichtet aus § 27 Abs. 2 S. 1 TKG sei vielmehr die Bundesnetzagentur, welche allein die Vorgabe einzuhalten habe, Entgeltregulierungsmaßnahmen inhaltlich und im Verhältnis zu den Regulierungszielen abzustimmen. Dies schließe einen materiell-normativen Maßstab nicht aus.

Des Weiteren wendet *Tele2* ein, dass sich im TKG auch kein Hinweis für die im Konsultationsdokument zugrunde gelegte Annahme finde, jeder Anbieter habe die entsprechenden preislichen Anreize, die der Wertschöpfungsstufe entsprechenden Investitionen zu tätigen und diese schrittweise aufzustocken, um die nächste Stufe erreichen zu können. Zweck des TKG sei es nach dessen § 1, Wettbewerb zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Diesen gesetzlichen Zweck erfüllten die Diensteanbieter unabhängig davon, ob sie die Erreichung einer infrastrukturintensiveren Stufe anstrebten. Das TKG kenne keine Verpflichtung der Diensteanbieter, schrittweise die sog. Investitionsleiter („ladder of investment“) zu erklimmen.

Nach Auffassung der *DTAG* greift die in den Hinweisen dargelegte Definition von Konsistenz insofern zu kurz als die in § 2 Abs. 2 TKG verankerten Ziele der Regulierung nicht ausgewogen berücksichtigt würden. Die Hinweise stellten hauptsächlich auf die Ermöglichung effizienter Geschäftsmodelle und die Interessen der Zugangsbegehrenden ab. Dem Ziel der Förderung von Infrastrukturinvestitionen sei vorrangige Bedeutung beizumessen. Dieses aus Sicht der *DTAG* zentrale Ziel werde bei der vorgenommenen Definition beiseite gelassen. Im Zusammenhang mit der ökonomischen Auslegung des Konsistenzgebots wird von Seiten der *DTAG* weiterhin ausgeführt, dass alle Regulierungsziele gleichermaßen einzubeziehen seien, wobei dem Ziel der Investitionsförderung

„besondere Bedeutung zukommt“. Die Zielsetzung der Regulierung sei aufgrund der veränderten Wettbewerbsverhältnisse und des technologischen Wandels verändert; daher folge aus Gründen der Konsistenz zwingend, dass die bisher angewendeten Entgeltregulierungsprinzipien geändert, zumindest aber grundlegend in Frage gestellt werden müssten.

#### *Verhältnis des Konsistenzgebots zu den Regulierungszielen*

In ihrer Stellungnahme zu den Hinweisen betont *DTAG* an mehreren Stellen das „hervorgehobene Ziel der Förderung von Infrastrukturinvestitionen“ und mahnt zugleich eine ausgewogene Balance aller durch die Regulierung anzustrebenden Zielsetzungen an. Bei Abwägung aller Ziele müsse das Investitionsförderungsziel besondere Berücksichtigung erfahren. Hieraus sei der Schluss zu ziehen, dass im Rahmen von Entgeltregulierungsentscheidungen der Sicht des Investors und seinen Bedürfnissen Vorrang einzuräumen sei, um eine Investitionsentscheidung eines Unternehmens überhaupt fördern zu können.

Das Verhältnis zu den Regulierungszielen wird von anderen Kommentierenden gleichfalls diskutiert. Aus Sicht von *Tele2* sei es weder mit dem Zweck des TKG noch mit einem ausgewogenen Verhältnis der Regulierungsziele vereinbar, dass das Konsistenzgebot in den Hinweisen als Vorgabe zur Förderung von Infrastrukturinvestitionen aufgefasst werde. *Tele2* wendet sich explizit gegen einen inhaltlichen Zusammenhang der Hinweise mit den Eckpunkten über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur (im Folgenden: Eckpunkte) und äußert die Befürchtung, dass die Darlegungen einseitige, möglicherweise durch aktuelle Diskussionen zum Breitbandausbau beeinflusste Auslegungen von § 27 Abs. 2 TKG enthalten könnten. Die Notwendigkeit eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb werde in den Hinweisen auch an anderen Stellen hervorgehoben. Soweit die aktuelle Fassung der Hinweise aus dem Konsistenzgebot eine Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen ableiten wolle, sei hierfür eine Begründung aus § 27 Abs. 2 TKG nicht erkennbar. Es werde das Verhältnis zu allen Regulierungszielen geprüft, jedoch enthalte § 2 Abs. 2 TKG insoweit keinen Vorrang der als Ziffer 3 der Bestimmung aufgeführten Förderungen effizienter Infrastrukturinvestitionen. Bislang habe die Bundesnetzagentur stets ein ausgewogenes Verhältnis der unterschiedlichen Zielrichtungen der Regulierungsziele angestrebt.

Zu 3. Grundsätze einer konsistenten Regulierung von Netzzugangsentgelten marktbeherrschender Betreiber

Zu 3.1 Nachfragegerechtes Vorleistungsangebot

*BUGLAS* stimmt der in den Hinweisen dargelegten Bedeutung des Entgelts für die TAL als zentralem Parameter bei der Förderung sowohl des intramodalen als auch des intermodalen Wettbewerbs zu. Unter den aktuellen Rahmenbedingungen setze das Entgelt für die TAL die richtigen Preissignale.

In den im Rahmen der Hinweise dargelegten Ausführungen zum nachfragegerechten Vorleistungsangebot manifestiere sich nach Auffassung von *Tele2* eine Bevorzugung infrastrukturbasierter Zugangsleistungen wie TAL und Linesharing. Zusammenschaltungsleistungen würden im Übrigen als nicht näher begründete „unverzichtbare Vorleistungen“ genannt. Ein am TKG orientierter Überblick über Zugangsleistungen müsse vielmehr die gesetzlichen Verpflichtungen zum An-

gebot von Betreiber Auswahl und Betreiber Vorauswahl und die hierfür erforderlichen Zusammenschaltungsleistungen ebenso nennen wie die Möglichkeit zur Auferlegung eines Resale-Zugangs.

Nach Ansicht der *DTAG* bestehen wesentliche Unterschiede zwischen den Zugangsprodukten auf Basis neuer Breitbandnetze im Vergleich zu den Zugangsprodukten, welche im Zusammenhang mit den Kupfernetzen relevant sind. Eine konsistente Entgeltregulierung erfordere daher eine Betrachtung der unterschiedlichen Ausgangslage für bestehende und neue Infrastrukturen. Eine Entgeltgenehmigungspflicht auf der Basis von KeL stelle den größtmöglichen Eingriff in die Preissetzungsfreiheit eines Unternehmens dar. Eine solche Intervention erfordere schon grundsätzlich eine entsprechende ordnungspolitische Legitimation und müsse sich zudem am Ziel der Schaffung neuer Breitband-Infrastrukturen messen lassen. Eine solche Auseinandersetzung erfolgt nach Auffassung der *DTAG* im Rahmen des Konsultationsdokuments nicht. Die *DTAG* weist ferner auf die Bedeutung flexibler Preismodelle hin, welche für die Schaffung von Investitionsanreizen wesentlich seien.

### Zu 3.2 Entgeltregulierung gem. Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung

Mit Ausnahme eines Unternehmens (*DTAG*) wird der KeL-Maßstab als Obergrenze im Wesentlichen nicht in Frage gestellt. Die Mehrheit der Kommentierungen stützt den Maßstab vielmehr im Rahmen ihrer Ausführungen explizit oder implizit und diskutiert jeweils unterschiedliche Aspekte, die mit seiner Anwendung verbunden sind.

Nach Auffassung von *01051/Callax/MEGA Sat* impliziere der Begriff der KeL als Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, dass nur die Wiederherstellungskosten einer effizienten, also technologisch zukunftsfähigen Technik, angesetzt werden dürfen.

*Telefónica* betont, dass sich der KeL-Maßstab in den letzten Jahren grundsätzlich bewährt habe. Es sei indes in Einzelfällen nicht auszuschließen, dass ein reiner KeL-Maßstab dem Infrastrukturwettbewerb ausnahmsweise Schaden zufügen könne. Gegebenenfalls seien Abweichungen von diesem Maßstab vorzunehmen, welche im existierenden gesetzlichen Rahmen geboten und erwünscht seien.

*Vodafone* plädiert dafür, dass die Bundesnetzagentur ihren Beurteilungsspielraum zwischen historischen und Wiederbeschaffungskosten bei der Umsetzung des Konsistenzgebots im Rahmen der Entgeltregulierung einsetzen sollte. Denn Genehmigungen von Entgelten auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten, die über den historischen Kosten lägen, könnten dem marktbeherrschenden Unternehmen die Etablierung wettbewerbsbehindernder Preis-Kosten-Scheren ermöglichen, ohne dass das marktbeherrschende Unternehmen bei dem betroffenen Endkundenprodukt Verluste erwirtschaften müsste. Dies gelte insbesondere bei Entgelten für Infrastrukturen, deren Dopplung als ineffizient angesehen werde; in solchen Fällen sei eine Genehmigung vorzugsweise auf der Grundlage von historischen Kosten anstelle von Wiederbeschaffungskosten vorzunehmen. Auf diese Weise könnten Ineffizienzen zwischen regulierten und unregulierten Preisen relevanter Vor- und Endkundenleistungen bereits im Vorhinein entgegengetreten werden. *Vodafone* erachtet die Gefahr einer ineffizienten Dopplung der passiven Infrastruktur hierbei als äußerst gering. Nach

seiner Ansicht könne auf diese Weise ein chancengleicher Endkundenwettbewerb zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und seinen Wettbewerbern erreicht werden.

Die DTAG zieht die Feststellungen in den Hinweisen in Zweifel, dass die gegenwärtige Konzeption der Regulierung den Zielsetzungen des TKG gerecht wird. Darüber hinaus wird von Seiten des Unternehmens bezweifelt, ob die auf Grundlage von Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ermittelten Vorleistungsentgelte optimale Investitionsanreize setzen könnten. Diese Argumentation greife auf zweierlei Weise zu kurz: Zum einen prüfe die Bundesnetzagentur nicht, ob mildere Mittel ebenso geeignet wären, die Regulierungsziele zu erreichen und ob solche nicht gegebenenfalls sogar besser geeignet wären. Eine solche Vorgehensweise sei insbesondere deshalb notwendig, weil die Ermittlung von Entgelten auf Basis von Kostenunterlagen den weitestgehenden Eingriff in das Marktgeschehen darstelle. Die Konsistenz von Entgeltregulierungsmaßnahmen im veränderten Wettbewerbsumfeld erfordere es, die Ausgestaltung der Entgeltregulierung an die veränderten Wettbewerbsbedingungen anzupassen. Dies gelte auch für solche Produkte, für die aufgrund der dargestellten Abwägung aus Sicht der Bundesnetzagentur weiterhin eine Ex-ante-Regulierung erforderlich sei. DTAG schlägt des Weiteren vor, Vergleichsmarktbeziehungen und Price-Cap-Regulierung stärker in Betracht zu ziehen. Im Unterschied zur starren Kostenregulierung könnten diese Methoden die erforderliche Flexibilität zur Berücksichtigung von Investitionsrisiken bieten. Hierbei gehe es auch darum, Konsistenz der Entgeltregulierungsmaßnahmen dadurch herzustellen, dass im Rahmen einer Abwägung alle möglichen Methoden auf ihre Geeignetheit und Erforderlichkeit zur Erfüllung der Regulierungsziele geprüft würden. DTAG führt aus, dass die Kosten für einen im Wettbewerbsumfeld verhandelten Preis keine absoluten Begrenzungen darstellen würden. Die starre Regel, derzufolge die KeL eine Obergrenze bildeten, unterdrücke Preisflexibilität und reduziere Investitionsanreize nachhaltig. Die KeL dürften lediglich als Orientierung, nicht hingegen als feste Obergrenze betrachtet werden. Hierfür spreche auch der Art. 13 Abs. 3 S. 1 der Zugangsrichtlinie (RL 2002/19), der ausdrücklich eine Orientierung an den KeL vorsehe.

In ihrer Stellungnahme zu den Eckpunkten behauptet die DTAG, dass sich die Darstellung in den Hinweisen ausschließlich auf die bestehende strenge Kostenkontrolle fokussiere. Auf diese Weise zeige die Bundesnetzagentur deutlich auf, dass für sie nur eine Fortführung des statischen Regulierungsregimes in Betracht komme.

Zu 4. Konsistente Regulierung des Verhältnisses von Vorleistungs- und Endkundenentgelten

Zu 4.1 Nachbildbarkeit durch effiziente Wettbewerber / inhaltliche Abstimmung

*Erfordernis einer marktbeherrschenden Stellung auch auf der Endkundenebene*

Tele2 begrüßt ausdrücklich die Klarstellung, dass für die Durchführung eines Preis-Kosten-Scheren-Tests die Feststellung beträchtlicher Marktmacht für das Vorleistungsprodukt ausreichend ist und das zu betrachtende Endnutzerentgelt folglich nicht der Regulierung unterliegen muss. Diese Position werde auch durch das EuG in seinem Urteil vom 30. November 2000 gestützt (Rs. T-5/97, „Industries de Poudres Sphériques“, Rdnr. 178). Im Übrigen entspreche dies auch der Rechtsprechung des BGH zur Drittmarktbehinderung, wonach ein Behinderungsmisbrauch auch dann vorliege, wenn das Verhalten eines marktbe-

herrschenden Unternehmens erhebliche Wettbewerbsbehinderungen auf einem (nicht beherrschten) Drittmarkt entfalte (Urteil v. 04.11.2003, KZR 16/02, „Strom und Fon I“). Ferner betont *Tele2*, dass das BVerwG diese Erstreckung des Missbrauchsverbotes auf Auswirkungen auf Drittmärkten auch für das Verbot des Behinderungsmissbrauchs nach § 43 Abs. 1 TKG anerkannt habe (Urteil vom 14. August 2007, Az. 6 C 21.06, „Gelbe Seiten“, Rdnr. 16).

Demgegenüber gestattet aus Sicht der *DTAG* das Konsistenzgebot keine Betrachtung von und erst Recht keine Eingriffe auf Märkten, für die nicht zuvor im Rahmen von Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren Regulierungsbedürftigkeit und beträchtliche Marktmacht festgestellt und daran anknüpfend Abhilfemaßnahmen auferlegt worden sind. Die Beschränkung der sektorspezifischen Regulierung auf Märkte, auf denen kein wirksamer Wettbewerb herrscht, folge daraus, dass in einer marktwirtschaftlichen Ordnung mit einer funktionsfähig ausgestalteten Kontrolle von wettbewerbsbeschränkenden Marktaktivitäten durch das allgemeine Wettbewerbsrecht diese Kontrolle ausreiche und die sektorspezifische Regulierung die Ausnahme darzustellen habe. Denn der Eingriff in das Marktgeschehen durch die sektorspezifische Regulierung sei bedeutend stärker als bei Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts.

Gelange die Bundesnetzagentur zu dem Ergebnis, dass längerfristig mit wirksamem Wettbewerb zu rechnen sei oder ein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt bestehe, so dass die Gestaltung der Endkundenpreise die strukturellen Marktverhältnisse nicht gefährden könne, weil die wettbewerbslichen Kräfte auf diesem Markt gleichmäßig verteilt seien, bedürfe es keiner Regulierung. Diese gesetzgeberische Vorgabe werde konterkariert, wenn die Bundesnetzagentur dennoch auf den bereits aus der Regulierung entlassenen Endkundenmärkten der Inlands- und Auslandsverbindungen weiterhin Prüf- und Eingriffsbefugnisse wahrnehme.

Für Bündel mit nicht regulierten Komponenten komme schließlich, sollte eine Vergleichsmarktbetrachtung nicht möglich sein, aus Sicht der *DTAG* allenfalls eine Dumping-Prüfung in Betracht. Derartige Bündel würden in wettbewerbsintensiveren Marktsegmenten angeboten, so dass eine Behinderung ausgeschlossen werden könne, wenn die kurzfristig variablen Kosten gedeckt seien.

Vor diesem Hintergrund wendet sich *DTAG* dagegen, dass die Bundesnetzagentur für Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, eine Kontrollmöglichkeit von nicht regulierten Endkundenleistungen ableite. Neben der Deutschen Telekom seien jedoch auch nahezu alle anderen Marktteilnehmer im Endkundenmarkt (Ausnahme sind die reinen Verbindungsnetzbetreiber) bei den hier in Rede stehenden korrespondierenden Vorleistungen als marktbeherrschend klassifiziert. Sie alle müssten folglich der Regulierung auch hinsichtlich Ihres Endkundenangebotes unterliegen, was wohl nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden könne.

#### *Begriff des „effizienten Wettbewerbers“*

*DTAG* konzidiert, dass effiziente Wettbewerber grundsätzlich in der Lage sein sollten, die Angebote des marktbeherrschenden Unternehmens im Endkundenmarkt nachbilden zu können. Hierbei müsse jedoch bei zunehmendem Wettbewerb auf der Vorleistungsebene und zugleich zunehmenden technischen Möglichkeiten der Produkterstellung eine den tatsächlichen Marktgegebenheiten

gerecht werdende Bewertung erfolgen, welche Anforderungen an das effiziente Handeln zu stellen sind, um wettbewerbliche Verzerrungen zu vermeiden.

Im Hinblick auf den zugrunde zu legenden Effizienzgrad wird vor dem Hintergrund der wettbewerbsrechtlichen Praxis die Betonung eines „regulierungsspezifischen Effizienzmaßstabes“ seitens *Tele2* mit Nachdruck unterstützt. Entsprechend dürfe der Begriff des effizienten Unternehmens / Wettbewerbers auch nicht in der Weise verstanden werden, dass nur die Stückkosten des Unternehmens mit der größten Ausbringungsmenge als effiziente Kosten bewertet und als Maßstab für die anerkennungsfähigen Kosten auch der (kleineren) Wettbewerber zugrunde gelegt würden.

*Telefónica* betont die Relevanz des Begriffs des „effizienten Wettbewerbers“ bzw. des „effizienten Geschäftsmodells“ und hält eine Definition dieser Begriffe für erforderlich. Denn für Wettbewerbsunternehmen sei die Entscheidung darüber, welche geografische Ausdehnung und welcher Marktanteil für „ihr“ Geschäftsmodell relevant sei von großer Bedeutung.

*DTAG* betont in ihrer Stellungnahme, dass bei der Überprüfung von Endkunden-Produkten ein effizienter Wettbewerber zu unterstellen sei, der auch alle sich ihm bietenden Möglichkeiten nutze, effizient am Markt zu agieren. Das betreffe zum einen den möglichen Rückgriff auf ein regional ggf. unterschiedliches Vorleistungsangebot, zum anderen betreffe dies die zunehmend unterschiedlichen technischen Möglichkeiten der Produkterstellung.

Daher seien die Hinweise dahingehend zu begrüßen, dass effiziente Wettbewerber auf Basis verschiedener Zugangsleistungen in der Lage sein müssten, die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens nachzubilden – dies aber nicht für jedes einzelne Geschäftsmodell flächendeckend zu gewährleisten sei. Allerdings fehle auch hier eine Bezugnahme auf den § 27 Abs. 2 TKG und die damit verbundene Frage, ob bei diesen Abwägungen nicht insbesondere die Marktgegebenheiten (bereits etablierter Dienstewettbewerb und zu fördernder Infrastrukturwettbewerb) und die technischen Gegebenheiten zu berücksichtigen wären und in Anbetracht der jeweiligen Veränderungen im Zeitablauf andere, in der Regel steigende Anforderungen an einen effizienten Wettbewerber zu stellen seien.

In diesem Sinne seien für eine angemessene Bewertung der Frage, ob ein effizienter Wettbewerber die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens nachbilden könne, zunächst alle relevanten Vorleistungen in die Betrachtung einzubeziehen. Hierbei könne sich jedoch für verschiedene Regionen ein unterschiedliches Bild ergeben - als Beispiel für regional unterschiedliche Vorleistungen wird seitens *DTAG* darauf verwiesen, dass IP-BSA in ländlichen Regionen übergangsweise noch eher einen Bottleneck-Charakter aufweise, während in Ballungszentren Wettbewerber im Endkundenmarkt den Wettbewerb auf der Vorleistungsebene nutzten und hier bereits auf die Vorleistungen anderer Anbieter zurückgreifen können und dies auch täten. Ein starrer Test, der als Vorleistung allein auf das regulierte BSA-Angebot abstelle, und damit die Möglichkeit, auf andere Vorleistungen zurückzugreifen, nicht berücksichtige, verfehle bereits die Vorgabe, ein effizientes Agieren bei der Produkterstellung zu unterstellen und werde darüber hinaus auch den tatsächlichen Gegebenheiten im deutschen Telekommunikationsmarkt nicht gerecht.

Neben den regionalen Unterschieden stünden für die Produkterstellung zunehmend auch unterschiedliche Technologien zur Verfügung. Aus diesen Ausführ-



rungen werde klar, dass die Entscheidung über die richtige Bezugsgröße zunehmend komplexer wird. Als Grundregel seien die Vorleistungs- bzw. Endkundenprodukte im Rahmen einer Prüfung zu aggregieren, die im Rahmen eines wesentlichen Geschäftsmodells bezogen bzw. angeboten werden könnten. Werde nämlich die Prüfung losgelöst von der Art der existierenden Geschäftsmodelle stets separat für jeden regulierten Markt durchgeführt, würde das Vorliegen einer ausreichenden Entgeltspanne bei Produkten untersucht, die kein Marktakteur seiner Gewinnmaximierungskalkulation je zugrunde lege. Auch liefere das Gesetz keine Anhaltspunkte dafür, dass von mehreren Geschäftsmodellen innerhalb eines Marktes auszugehen sei und diese jeweils gesondert zu betrachten seien. Im Gegenteil stelle das Gesetz in seiner Begründung fest, dass nicht jeder einzelne Tarif, sondern diese nur in Kombination für Wettbewerber nachbildbar sein müssten, damit diese auf dem Endnutzermarkt eine angemessene Verzinsung erzielen könnten.

#### *Anknüpfungspunkt für Preis-Kosten-Scheren-Tests*

*Tele2* hält unter Heranziehung der o. a. EuG-Entscheidung (Urteil vom 10. April 2008) bei der Ermittlung einer Preis-Kosten-Schere eine Mischkalkulation schon nach allgemeinem Wettbewerbsrecht, erst recht aber nach Regulierungsrecht für generell unzulässig. Dabei verweist sie darauf, dass das EuG diesbezüglich noch über die EU-Kommission hinausgehe, indem sie die Wettbewerbsverfälschung hervorhebe, die dadurch eintrete, dass die DTAG als Eigentümerin des Netzes nicht auf Vorleistungen zurückzugreifen brauche und daher – anders als Wettbewerber – keiner Notwendigkeit unterliege, im Anschlussbereich erlittene Verluste durch andere Erlöse zu kompensieren (Rdnr. 238).

#### *Drei Prüfschritte zur Feststellung eines Missbrauchs im Sinne von § 28 TKG*

DTAG betont, dass bei Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere bzw. bei fehlender Nachbildbarkeit kein Missbrauch im Sinne des § 28 TKG vorliegen müsse. Denn sollte der Vermutungstatbestand des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG vorliegen, seien vom Gesetz zunächst zwei weitere Prüfschritte vorgesehen, die in den Hinweisen nicht thematisiert würden. Zunächst sei zu klären, ob die fehlende Nachbildbarkeit überhaupt eine erhebliche Wirkung auf die Wettbewerbsmöglichkeiten der anderen Unternehmen entfalte. Sei dies nicht der Fall, sei der vom Gesetz formulierte Vermutungstatbestand bereits widerlegt. Darüber hinaus bestehe die vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung.

Bei der Bewertung der Erheblichkeit sei die aktuelle Marktsituation (Entwicklung des Wettbewerbs; Entwicklung der Entgelte usw.) zu berücksichtigen. Sollten Wettbewerber bereits über größere Marktanteile verfügen oder wenn bei Bündelprodukten Märkte für einzelne Komponenten bereits wettbewerbsmäßig geprägt seien, sei grundsätzlich zunächst von einer geringeren Auswirkung auf den Wettbewerb auszugehen. In die Einschätzung der Erheblichkeit der Wirkung sei auch einzubeziehen, inwieweit bei der Prüfung auf Nachbildbarkeit eher konservative Annahmen getroffen worden sind, da es hiervon abhängt, ob ggf. bei Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere eine geringfügige Ausprägung noch zu tolerieren sei. Ebenso könne eine Preis-Kosten-Schere nur kurzweilig oder nur auf eine bestimmte Angebotsregion beschränkt vorliegen. Auch in diesen Fällen sei zunächst zu klären, ob hiervon eine erhebliche Wirkung auf den Wettbewerb zu erwarten sei.

*Tele2* stellt hierzu fest, dass das EuG die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbehinderung durch eine Preis-Kosten-Schere auf dem umkämpften Markt immer dann annehme, wenn die Wettbewerber für ihre Tätigkeit auf dem umkämpften Markt auf die jeweilige Vorleistung angewiesen seien (EuG, Urteil vom 10. April 2008, Rdnr. 237). Hinter diesen Grundsätzen dürfe das Regulierungsrecht nicht zurückbleiben.

Nach Auffassung der *DTAG* sei schließlich vom Gesetz im Falle einer zunächst identifizierten Preis-Kosten-Schere und unter der Voraussetzung, dass zunächst von einer erheblich Wirkung auszugehen sei, zu prüfen, ob es hierfür eine sachliche Rechtfertigung gebe. Eine bestehende Preis-Kosten-Schere könne beispielsweise gerechtfertigt sein, wenn sie als Reaktion auf Wettbewerber-Angebote erfolge oder im Falle neuer Märkte eine gewisse Startphase überbrückt werden müsse.

#### *Anwendung von Vergleichsmarktbetrachtungen im Rahmen von PKS-Tests*

Bei allen drei Prüfschritten sei – so *DTAG* – zunächst eine Vergleichsmarktbetrachtung durchzuführen, da dieser vom Gesetz ein Vorrang eingeräumt werde (§ 38 Abs. 2 TKG). Zwar werde der Vorrang des Vergleichsmarktprinzips im Rahmen der Verfahrensregelung für Ex-post-Prüfungen von Zugangsleistungen geregelt, der Gesetzgeber habe aber bewusst die entsprechende Anwendung dieser Regelung auch auf die Entgelte für Endnutzerleistungen normiert (§ 39 Abs. 3 S. 1 2. HS TKG), so dass auch hier im Regelfall eine Überprüfung anhand des Vergleichsmarktprinzips erfolgen müsse. Unter der Vergleichsmarktbetrachtung versteht die *DTAG* in Bezug auf Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren-Betrachtungen auch eine Berücksichtigung von Wettbewerber-Angeboten innerhalb des gerade betrachteten Marktes. Denn im Rahmen einer solchen Betrachtung gelte, dass Wettbewerber Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens offenkundig nachbilden könnten, wenn diese als marktüblich zu charakterisieren seien.

Eine dauerhafte Ablehnung von Vergleichsmarktbetrachtungen werde dem Ziel des Gesetzgebers nicht gerecht. Die fehlende Berücksichtigung der übrigen Angebote im Markt könne zudem auch nicht mit der Vermutung begründet werden, dass Wettbewerber ggf. übergangsweise kostenunterdeckend anbieten müssten. Voraussetzung hierfür wären Anhaltspunkte, dass Wettbewerber zumindest über einen gewissen Zeitraum hinweg kostenunterdeckend anböten – derartige Anhaltspunkte ließen sich jedoch aus der historischen Preis- und Geschäftszahlenentwicklung seit Marktöffnung nicht ableiten.

Nach Ansicht von *DTAG* wäre es wettbewerbsverzerrend, wenn strikt an einem pauschalen Kostenprüfmaßstab (wie beispielsweise der IC+25 %-Regel) festgehalten werde, obwohl eine Vergleichsmarktbetrachtung belege, dass Wettbewerber offenkundig die im Rahmen der Prüfung kalkulierte Preisuntergrenze bereits unterbieten könnten. Diese Vorgehensweise könne auch nicht mit einer Kosten-Nutzen-Überlegung begründet werden, da gerade die vom Gesetz vorgesehene Vergleichsmarktbetrachtung eine Prüfung ermöglicht, die verfahrensökonomisch die geringsten Kosten verursache und zugleich die geringste Fehleranfälligkeit aufweise.

### *Berücksichtigung von Investitionsrisiken im Rahmen von PKS-Tests*

Für den Fall, dass aufgrund fehlender Vergleichsangebote ein Preis-Kosten-Scheren-Test aufsetzend auf Vorleistungsentgelten durchzuführen sei, müssten hierbei nach Auffassung der DTAG Anpassungen im Hinblick auf die Wettbewerbsbedingungen und die technischen Entwicklungen vorgenommen werden. Darüber hinaus sei der Test anzupassen, wenn vorleistungsseitig eine Entgeltstruktur vorliegt, die es ermöglichte, die Investitionsrisiken auf verschiedene Marktbeteiligte zu verteilen. Denn eine solche Entgeltstruktur würde den Infrastrukturwettbewerb und damit langfristig auch den Dienstewettbewerb fördern und damit zugleich den Verbrauchern eine möglichst flächendeckende Versorgung mit neuer Infrastruktur ermöglichen. Eine solche Entgeltstruktur würde auf einer differenzierten Vertragsausgestaltung mit unterschiedlichen Laufzeiten und damit unterschiedlichen Risikobeteiligungen beruhen; jedoch wäre nicht jede Vertragsvariante im Rahmen eines Preis-Kosten-Scheren Tests zu berücksichtigen, solange ein solches Modell bzw. alle seine Varianten diskriminierungsfrei jedem Nachfrager angeboten werden würden.

Entsprechend der besonderen Stellung des Investitionsförderungsziels würde es ausreichen, wenn im Rahmen einer langfristigen Betrachtung nur die Geschäftsmodelle Berücksichtigung finden würden, deren Betreiber bereit sind, sich in vergleichbarem Maße am Risiko zu beteiligen wie der Infrastrukturanbieter selbst. Dies gelte umso mehr, je weiter sich der Wettbewerb entwickelt habe und je mehr Möglichkeiten im Zeitablauf für alle Marktbeteiligten bestünden, in eigene Infrastruktur zu investieren, da ansonsten die prokompetitive Wirkung eines solche Vertragsmodells zur Risikoteilung wieder aufgehoben werden würde.

#### Zu 4.3 Verhältnis von Eingriffen auf Vorleistungs- und Endkundenebene

Tele2 betont, dass im Falle einer Preis-Kosten-Schere mit einem unregulierten Endkundenprodukt das betreffende Vorleistungsentgelt zu untersagen sei.

#### Zu 5. Konsistente Regulierung mit Blick auf das Verhältnis verschiedener Geschäftsmodelle zueinander

##### Zu 5.1 Grundzüge einer konsistenten Entgeltregulierung verschiedener Vorleistungen

Es besteht große Übereinstimmung zwischen den Stellungnahmen dahingehend, dass das Verhältnis der Vorleistungsentgelte entlang der Wertschöpfungskette so zu gestalten ist, dass die Geschäftsmodelle auf den verschiedenen Wertschöpfungsstufen wirtschaftlich betrieben werden können.

Auch DTAG konzidiert, dass im Rahmen einer Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung auf Basis der verschiedenen Vorleistungsentgelte des marktbeherrschenden Unternehmens zu testen sei, ob ein effizientes Unternehmen in die Lage versetzt wird, bei Bezug der Vorleistung mit weniger Wertschöpfung das Entgelt des marktbeherrschenden Unternehmens für die Vorleistung der höheren Wertschöpfungsstufe nachzubilden und hierbei eine angemessene Verzinsung zu erzielen. Dabei sei im Falle einer Kosten-Kosten-Schere zu prüfen, ob die fehlende Nachbildbarkeit der Vorleistung der höheren Wertschöpfungsstufe eine erhebliche Wirkung auf die Wettbewerbsmöglichkeiten der anderen Unternehmen entfalte. Sei dies nicht der Fall, sei der vom Gesetz formulierte Vermu-

tungstatbestand bereits widerlegt. Darüber hinaus bestehe die vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung.

*Tele2* kritisiert, dass die Grundzüge u. a. aus der Zielsetzung der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen abgeleitet würden.

*Telefónica* weist darauf hin, dass es zu Preis-Kosten-Scheren bzw. Kosten-Kosten-Scheren komme, wenn etwa Wettbewerber, die HVt-Standorte angebunden hätten, schlagartig mit BSA-Vorleistungsentgelten konfrontiert würden, welche die vollen Skalenvorteile der DTAG reflektieren. Insofern sei der Ansatz der Bundesnetzagentur zu begrüßen, nach dem die tatsächlichen Marktgegebenheiten im Rahmen der Prüfung zu berücksichtigen seien. Auch *Vodafone* adressieren das Problem, dass Inkonsistenzen selbst im Falle unterschiedlicher KeL-basierter Entgelten auftreten könnten.

Nach Auffassung der DTAG ist auch bei einer KKS-Prüfung bei allen drei Prüfschritten (Nachbildbarkeit, Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung, sachliche Rechtfertigung) eine Vergleichsmarktbetrachtung durchzuführen – auch wenn dieser vom Gesetz bei den zu genehmigenden Entgelten der betrachteten Vorleistungen kein Vorrang eingeräumt werde. Die Vergleichsmarktbetrachtung sei zum einen verfahrensökonomisch sinnvoll, da sie im Vergleich zu Kostenbetrachtungen und anschließenden KKS-Prüfungen mit relativ wenig Aufwand verbunden sei; zum anderen sei sie weniger anfällig für Verzerrungen. Denn wenn die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens marktüblich seien, könnten Wettbewerber diese offenkundig nachbilden.

Als Grundsatz für eine KKS-Prüfung muss aus Sicht der DTAG gelten, dass nur solche Produkt- bzw. Entgelt-Verhältnisse überprüft werden, denen am Markt vorhandene und zugleich wesentliche Geschäftsmodelle zugrunde liegen. Als zweites sollten auch nur die für die Entwicklung des Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt wesentlichen Geschäftsmodelle berücksichtigt werden. Zudem sei zu klären, ob die Wettbewerber am Markt regional differenziert nachbilden, d. h. ob sie zum Beispiel in Ballungsgebieten auf Vorleistungen unterschiedlicher Anbieter zurückgreifen könnten. Dieser Prüfschritt sei Voraussetzung, damit ein KKS-Test entsprechend der Realität durchgeführt und das Risiko falscher Rückschlüsse minimiert werde.

## Zu 5.2 Angemessenes Verhältnis von Dienste- und Infrastrukturwettbewerb

*Vodafone* begrüßt die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass Kosten-Kosten-Scheren insbesondere dahingehend zu verhindern seien, dass ein Geschäftsmodell, welches auf weitergehenden Netzinfrstrukturinvestitionen basiert, nicht mit höheren Kosten belastet werden dürfe als das Geschäftsmodell eines Wettbewerbers, das geringere Investitionen erfordert. Allerdings greife dieser Ansatz zu kurz, da das Regulierungsziel, effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovation zu unterstützen, nur dann erreicht werde, wenn dem Geschäftsmodell auf der Basis weitergehender Infrastrukturinvestitionen eine höhere Marge als den Geschäftsmodellen mit geringeren Investitionen zugestanden und dies bei der Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung berücksichtigt werde. Denn nur dann könne ein Interesse daran bestehen, in Infrastruktur zu investieren und damit die nächste Stufe der Investitionsleiter zu erklimmen.

Auch *Tele2* betont, dass sich der risikobehaftete Übergang von dem Wiederverkäufer auf eine infrastrukturbasierte Leistung rentieren müsse. Die in den Hinweisen enthaltenen Überlegungen zu Risikodifferenzen verschiedener

Geschäftsmodelle sollten Anlass dazu geben, insoweit zu einer neuen Positionierung zu kommen.

Auch nach Auffassung der DTAG ist es im Rahmen von KKS-Tests erforderlich, dass Infrastrukturinvestitionen gefördert werden. Die besondere Herausforderung sei hierbei jedoch, dass diese Förderung auf jeder Wertschöpfungsstufe gleichermaßen stattfinden muss, da ansonsten Geschäftsmodelle gegenüber anderen bevorzugt würden.

Existierten für ein Vorleistungsprodukt verschiedene Vertragsvarianten, die sich zum Beispiel im Hinblick auf die Laufzeit unterscheiden oder die verschiedene Preismodelle abbilden (z. B. einmalige Abschlagszahlungen zur Finanzierung einer Investition), so könnten im Rahmen eines Kosten-Kosten-Scheren-Tests nur bestimmte Vertragsvarianten berücksichtigt werden. Entscheidend sei dabei, dass als Vorleistungsprodukt, welches die Basis für ein anderes Vorleistungsprodukt darstellt, genau dasjenige ausgewählt werde, welches die tatsächliche Realisierung und Risikoverteilung des darauf aufbauenden Vorleistungsprodukts abdecke. Der effiziente Wettbewerber müsse sich dabei an dem Risiko messen lassen, welches er selbst bereit wäre zu tragen. Für Vorleistungsprodukte bedeute dies, dass jeweils nur vergleichbare Vertragsvarianten bei KKS-Tests aufeinander aufbauen könnten.

Entsprechend der besonderen Stellung des Investitionsförderungsziels könne es auch hierbei sinnvoll sein, wenn im Rahmen einer langfristigen Betrachtung nur die Geschäftsmodelle im Vorleistungsbereich Berücksichtigung finden würden, deren Betreiber bereit sind, sich in vergleichbarem Maße am Risiko zu beteiligen wie der Infrastrukturanbieter der niedrigeren Wertschöpfungsstufe selbst. Dies gelte umso mehr, je weiter sich der Wettbewerb entwickelt habe und je mehr Möglichkeiten im Zeitablauf für alle Marktbeteiligten bestünden, in eigene Infrastruktur zu investieren, da ansonsten die prokompetitive Wirkung eines solche Vertragsmodells zur Risikoteilung wieder aufgehoben würde.

Nach Ansicht der *Telefónica* ist es zur Sicherstellung konsistenter Entgelte notwendig, die Kapitalverzinsung nicht global über den gesamten Telekommunikationsmarkt zu analysieren und ein brachenweites WACC anzunehmen, sondern im Rahmen der Entgeltregulierung das Risiko des zu regulierenden Produktes bzw. des damit verbundenen Geschäftsmodells einzubeziehen. So könne die Bundesnetzagentur beispielsweise bei der Entgeltfindung für ein VDSL-BSA-Produkt nachgewiesene Investitionsrisiken der DTAG durch ein höheres WACC für dieses Geschäftsmodell und seine Produkte honorieren. Bestehende Zugangsprodukte und Infrastrukturen, wie der KVz-Zugang, Leerrohre und dark fibre rechtfertigten hingegen keinen höheren Risikoaufschlag.

#### Zu 5.3.1 Konsistenz zwischen bottom-up und auf Retail-Minus-Basis kalkulierten Vorleistungsentgelten

Nach Ansicht von *Tele2*, die als einziges Unternehmen zu diesem Punkt Stellung nehmen, gelte für den Fall der Auferlegung der Genehmigungspflicht nicht grundsätzlich der Entgeltmaßstab des § 30 Abs. 5 TKG, da der Bundesnetzagentur nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes (u. a. Urteil vom 2. April 2008, Az. 6 C 15.07, Rdnr. 63) bei der Auswahl der Maßstäbe zur Entgeltregulierung immer auch die Möglichkeit der Auferlegung der KeL-Entgeltregulierung verbleiben müsse. Gerade der Gesichtspunkt der Konsistenz spreche dafür, die Entgelte für Resale-Leistungen am KeL-Maßstab auszurichten. Die Konsistenz wäre nicht gewährleistet, wenn Entgelte für Resale-

Leistungen der Ex-Post-Entgeltkontrolle unterlägen und sich durch einen etwaigen Erheblichkeitszuschlag auf Vorleistungsentgelte eine Verzerrung gegenüber anderen Vorleistungsentgelten oder den Endkundenentgelten ergäbe.

Tele2 hält es für unangebracht, nach § 30 Abs. 5 S. 1 – wie auch nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG bzw. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. TKG – eine Erlösbetrachtung des effizienten Wettbewerbers über verschiedene Märkte vornehmen zu wollen. Sie hält es vielmehr für geboten, denjenigen Endnutzermarkt als relevant zu bestimmen, der der jeweiligen Resale-Leistung nachgelagert ist. Des Weiteren reicht es *Tele2* nicht aus, eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals über verschiedene Vorleistungsprodukte zu erzielen. Sie fordern, eine angemessene Verzinsung bei einem Geschäftsmodell, das ausschließlich auf Resale basiert zu erzielen. Es lasse sich aus dem Wortlaut von § 30 Abs. 5 S. 1 TKG („Abschlag auf den Endnutzerpreis“) eine klare Bezugnahme auf einen einzelnen Endnutzerpreis entnehmen. Erlaube die Höhe des Abschlags zwischen Endnutzer- und Resale-Preis keine Profitabilität des Resellers, darf es für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht von Vorteil sein, dass der Reseller darüber hinaus weitere Vorleistungen in Anspruch nehme und auf dieser Basis bisher Gewinne erzielen konnte. Wenn die andere Vorleistung am Kellmaßstab reguliert sei, wäre der Reseller zu einer Quersubventionierung der für die Resale-Leistung an sich bestehenden negativen Marge verpflichtet. Eine solche Mischkalkulation führe nach den Feststellungen des EuG im Urteil vom 10. April 2008 zu einer Wettbewerbsverfälschung und damit zu einer Wettbewerbsbehinderung im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG.

Der zur angemessenen Verzinsung des Wettbewerbers erforderlicher Abschlag könne nur mit „vermeidbaren Kosten“ auf der Seite des Anbieters der Resale-Leistung gleichgesetzt werden, wenn die Kapitalverzinsung des Wettbewerbers mit der des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht identisch wäre. Aus Sicht von *Tele2* ist eine auf die Geschäftsrisiken des Wettbewerbers bezogene Festlegung der Kapitalverzinsung erforderlich, die regelmäßig von der für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anerkannten Kapitalverzinsung abweiche.

#### Zu 5.3.2 Konsistenz zwischen ex ante und ex post regulierten Vorleistungsentgelten

*Tele2* bekräftigt die zum Ausdruck gebrachte Gefahr etwaiger Wettbewerbsverzerrungen infolge eines Nebeneinanders zwischen ex ante und ex post regulierten Vorleistungsentgelten und betont in diesem Zusammenhang, dass eine generelle Bevorzugung von Infrastrukturinvestitionen im Vergleich zu reinen Diensteanbietern nicht dem TKG entspreche. Aus Sicht von *Tele2* seien solche Wettbewerbsverzerrungen auch nicht mit dem Hinweis auf einen „Trade off“ zwischen statischer und dynamischer Effizienz zu rechtfertigen.

*Vodafone* sieht demgegenüber in einer Ex-Post-Regulierung von Vorleistungsentgelten mit geringerer eigener Wertschöpfung (i. d. R. werde es sich dabei um aktive Vorleistungsprodukte handeln) und einer Ex-ante-Regulierung von Vorleistungen mit höherer eigener Wertschöpfung (i. d. R. passive Vorleistungen) eine Möglichkeit zur Vermeidung von Konsistenzproblemen. Denn bei der Ex-post-Regulierung sei die Vergleichsmarktbetrachtung vorrangig anzuwenden und dabei vom höchsten unverzerrten Wettbewerbspreis auszugehen. Gleichzeitig müsse der Preis den Anforderungen von § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG genügen, d. h. einem effizienten Wettbewerber die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglichen. Dies be-

deute wiederum, dass die oben beschriebenen Nachteile eines Wettbewerbers (geringere Skalenerträge, Belastung mit wholesalespezifischen Kosten und Markteintrittskosten) Berücksichtigung finden müssten.

Auch DTAG betont, dass aus ihrer Sicht bei der Abwägung zur Auswahl des Entgeltregulierungsmaßstabs für neue Breitbandinfrastrukturen *auch* aufgrund des Konsistenzgebotes eine Ex-Post-Entgeltregulierung einer Ex-Ante-Entgeltregulierung vorzuziehen sei.

### Zu 5.3.3 Konsistenz zwischen regulierten und unregulierten Entgelten

*Tele2* teilt die Beurteilung der Behörde, dass für die Durchführung von Kosten-Kosten-Scheren-Prüfungen eine marktbeherrschende Stellung auf *einem* der betroffenen Vorleistungsmärkte ausreicht. Denn auch eine Kosten-Kosten-Schere stelle eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar. Könne diesbzgl. keine Prüfung durchgeführt werden, bestünde – wie in den Hinweisen dargestellt – die Gefahr, dass die vorgesehene effektive Regulierung von Zugangsleistungen unterlaufen würde.

*01051/Callax/MEGA Sat* postuliert, dass der Wegfall bestimmter Leistungen bzw. ganzer Märkte aus der Regulierung keinesfalls dazu führen dürfe, dass DTAG die Entgelte der nicht regulierten Leistungen willkürlich und missbräuchlich festsetzt, so dass Preis-Kosten- bzw. Kosten-Kosten-Scheren auftreten. Vor diesem Hintergrund begrüßt *01051/Callax/MEGA Sat* die Ausführungen in dem Entwurf, dass die Bundesnetzagentur ein besonders Augenmerk auf mögliche Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren zwischen regulierten und nichtregulierten Leistungen legen möchte (S. 49 ff. des Entwurfs). Auch teilt *01051/Callax/MEGA Sat* die Feststellung, dass notfalls die nicht regulierten Leistungen, bei denen durch Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren ein Missbrauch festgestellt werde, in die Regulierung aufgenommen werden müssten. Hier sei insbesondere das Augenmerk auf die sog. Marktmachtübertragung auf den benachbarten (nichtregulierten) Markt zu legen.

*Vodafone* sieht insbesondere bei Entgelten für Infrastrukturen, deren Dopplung als ineffizient anzusehen sei (wie z. B. der Zugang zur TAL und zu Leerrohren), eine Genehmigung auf der Basis von historischen Kosten anstelle von Wiederbeschaffungskosten als vorzugswürdig an. Dies stelle einen erheblichen Beitrag zur Vermeidung von Inkonsistenzen zwischen regulierten und unregulierten Entgelten dar.

### Zu 5.3.4 Ansätze zur Beseitigung identifizierter Konsistenzprobleme

Anknüpfend an die in den Hinweisen dargestellte Überlegung, dass im Falle einer Kosten-Kosten-Schere zwischen regulierten und nicht regulierten Produkten zur Sicherstellung einer konsistenten Entgeltregulierung die Durchführung des 3-Kriterien-Tests zu erwägen sei, betont *Tele2*, dass ein derartiger Behinderungsmissbrauch in der Tat das Fehlen wirksamen Wettbewerbs naheliegend erscheinen lasse und daher die Feststellung beträchtlicher Marktmacht angezeigt sei. Im Übrigen wird im Zweifelsfall die Untersagung des regulierten Entgelts und der entgeltfreie Bezug der Vorleistung als erforderlich angesehen, wengleich es dem marktbeherrschenden Unternehmen im Einzelfall an einem Interesse fehlen könne, die Genehmigung der Entgelte auf dem regulierten Vorleistungsmarkt zu erreichen.

*Vodafone* würde es begrüßen, wenn in Fällen eines festgestellten Missbrauchs eine Vorteilsabschöpfung zur Anwendung käme. Der *BUGLAS* hingegen hält eine Vorteilsabschöpfung im Falle unregulierter wettbewerbsschädlicher Entgelte sowohl für rechtlich problematisch als auch faktisch schwierig zu ermitteln. Der *BUGLAS* stellt die Frage, wie Effekte einer Wettbewerbsverdrängung nachträglich abgeschöpft werden sollten und welcher Sinn in dieser Maßnahme liege, wenn der Wettbewerb bereits nachhaltig Schaden genommen habe.

Allerdings hält der *BUGLAS* auch die wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht derzeit bereits aufgrund fehlender Ressourcen für nicht in der Lage, eine entsprechende Korrektur wettbewerbsschädlicher Entwicklungen sicherzustellen. Zudem sei das Wettbewerbsrecht in der Anwendung durch das Bundeskartellamt fokussiert auf den betreffenden sachlich und räumlich relevanten Markt. Ein dem sektorspezifischen Konsistenzgebot vergleichbares wettbewerbsrechtliches Konsistenzgebot bestehe gerade nicht. Das sektorspezifische Konsistenzgebot nehme mehrere Märkte des Sektors gleichzeitig in den Blick und intendiere eine Korrektur von Fehlentwicklungen, wobei das zu korrigierende Verhalten ggf. auf mehreren Märkten existieren könne.

Demgegenüber betont *01051/Callax/MEGA Sat*, dass die EU-Kommission in der *Wanadoo*-, der *DTAG-TAL*- und zuletzt in der *Telefónica*-Entscheidung aufgezeigt habe, dass mittels des Allgemeinen Wettbewerbsrechts aus Art. 81, 82 EG derartige Inkonsistenzen (Preis-Kosten- bzw. Kosten-Kosten-Scheren) wirksam verhindert werden könnten. Sowohl das EuG als auch der EuGH hätten diese Vorgehensweise ausdrücklich unterstützt.

Daher fordert *01051/Callax/MEGA Sat*, dass für den Fall, dass die Bundesnetzagentur wider Erwarten nicht eingreifen könne, die Sache von Amts wegen dem Bundeskartellamt unverzüglich mit einem entsprechenden Prüfauftrag übergeben werden müsse, damit sich die Inkonsistenzen zwischen den regulierten und nichtregulierten der *DTAG* nicht perpetuieren. In den oben genannten Entscheidungen sei die EU-Kommission nach Allgemeinem Wettbewerbsrecht und nicht nach sektorspezifischem Regulierungsrecht eingeschritten. Daher müsse spätestens das Bundeskartellamt die Inkonsistenzen in Form von Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren beenden.

Aus Sicht des *BUGLAS* muss die sektorspezifische Regulierung wirtschaftliche Anreize verhindern, inkonsistente Entgelte zu vereinbaren. Wenn beispielsweise ein für Infrastruktur-Vorleistungen reguliertes Unternehmen einen nicht regulierten Resale-Dienst zu Entgelten anbietet, die bei konsistenter Übertragung auf das Entgeltniveau für Infrastruktur-Vorleistungen zu einer Unterschreitung der KeL führen würde, solle folgender Mechanismus greifen: zum einen solle die Unterschreitung der nach KeL genehmigten Entgelte für die Infrastruktur-Vorleistung nicht zugelassen werden. Zum anderen sei das regulierte Unternehmen zu verpflichten, die Differenz zwischen dem genehmigten KeL-Entgelt und dem bei Konsistenzbetrachtung unter das KeL-Entgelt abzusenkenden Entgelts an den Nachfrager von Infrastruktur-Vorleistungen für die Dauer der Verletzung des Konsistenzgebots zu erstatten. Eine solche Regelung als Präzisierung des § 43 Abs. 1 TKG stellt aus Sicht des ein wirksames Mittel zur Verhinderung bzw. schneller Beseitigung inkonsistenter, wettbewerbsschädlicher Entgeltfestsetzung dar.



Zu 6. Konsistente Entgeltregulierung unter Bedingungen des technologischen Wandels

Zu 6.1 Next Generation Access Networks (NGA)

Zu 6.1.3 Übergangsprobleme der Migration zu NGA

*BUGLAS* wendet sich gegen eine Option, Vorleistungsprodukte unmittelbar ohne Übergangsphase bereitzustellen. Ein Parallelbetrieb bisheriger und neuer Infrastrukturen sei u. a. notwendig, um Bestandskunden unterbrechungsfrei Leistungen anbieten zu können.

Zu 6.2 Next Generation Networks (NGN)

Die *DTAG* wiederholt im Hinblick auf die Elemente eines Zusammenschaltungsregimes (6.2.1) ihre bekannten Positionen, wie sie auch im Kontext der Diskussion um die „Rahmenbedingungen der Zusammenschaltung IP-basierter Netze“ vorgetragen wurden. In Bezug auf das Abrechnungssystem kritisiert die *DTAG* insbesondere, dass Bill & Keep zu Trittbrettfahrerverhalten führe und so Anreize zur Investition in Infrastruktur und Qualität zerstöre. Demgegenüber werde das Calling Party Pays (CPNP) Regime allein auf das Problem des Terminierungsmonopols reduziert, wohingegen dessen Vorteile (z.B. Schaffung von Investitionsanreizen) nicht diskutiert würde. Insgesamt fehle „gänzlich die Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen der verschiedenen Abrechnungssystemen“. *DTAG* betont, dass es produktspezifische Qualitätsanforderungen gebe, für die best-effort Qualität nicht ausreiche. Dies gelte nicht nur für Videoconferencing (S. 62), sondern generell für Sprache. Daran anknüpfend kritisiert *DTAG* die von der Bundesnetzagentur befürwortete Trennung von Dienst und Transport. Dabei wird impliziert, dass die Bundesnetzagentur ein „komplett unkoordiniertes“ Betreiben von Transport- und Diensteebene befürworte, welches für Sprache nicht geeignet sei. Zudem sei es auch in einem IP-Netz adäquat, Sprache minutenbasiert abzurechnen, da „bei Sicherstellung einer guten Qualität einer Sprachverbindung eine bestimmte Bandbreite reserviert werden (müsse)“. In die gleiche Richtung zielt *Telefónica*, die ebenfalls bekannte Positionen wiederholt (Ablehnung von Bill & Keep wegen fehlender Investitionsanreize, Befürwortung von CPNP für Sprachdienste im NGN) und auf das Stellungnahmepapier der Marktteilnehmer (21. Mai 2008) zu den Zusammenschaltungs-Eckpunkten der Bundesnetzagentur verweist. *BUGLAS* hält die Konsistenz-Hinweise für kein geeignetes Forum, Fragen eines geeigneten zukünftigen Zusammenschaltungssystems zu diskutieren.

Zu 6.2.3 Migrationsaspekte

*IP als effiziente Technologie*

*01051/Callax/MEGA Sat* und *Tele2* kritisieren die Bundesnetzagentur-Entscheidung zu den Zusammenschaltungsentgelten, die *KEL* auf PSTN-Basis (zu Wiederbeschaffungskosten) zu bestimmen.<sup>1</sup> Sie befürworten statt dessen eine Festlegung auf Basis der effizienteren IP-Technologie. Es komme nicht darauf an, ob eine Technologie im nennenswerten Umfang zum Tragen komme, sondern ob sie einem effizienzorientierten Unternehmen zur Verfügung stehe (*Tele2*). Ähnlich argumentierend verweist *01051/Callax/MEGA Sat* darauf, dass

---

<sup>1</sup> BK 3c-08-137 vom 1.12.2008

DTAG bereits heute einen Großteil des Verkehrs im eigenen NGN-basiert realisiere. Die resultierenden Kosteneinsparungen seien an die Wettbewerber weiterzureichen.

Darüber hinaus kritisiert *01051/Callax/MEGA Sat* auch, dass die Bundesnetzagentur zudem das PSTN auf Basis von Wiederbeschaffungswerten kalkuliert habe. Die PSTN-Leistungen seien „insgesamt abgeschrieben“. Dabei wird u. a. auf das EuGH-Urteil vom 24. April 2008 sowie das Urteil des VG Köln vom 27. November 2008 Bezug genommen, wonach nicht ausschließlich auf Wiederbeschaffungskosten abzustellen sei. Gegen diese Entscheidungen habe die Bundesnetzagentur bei ihrer Entscheidung zu den IC-Entgelten (BK3c-08/137) verstoßen. Im Ergebnis, so der Schluss von *01051/Callax/MEGA Sat*, dürften i.R.d. Migration zur IP-Technologie „keinesfalls höhere als tatsächliche Kosten der DTAG“ berücksichtigt werden. Die Kritik von *TELE2* zielt in die gleiche Richtung, sofern man von PSTN als maßgeblicher Technologie ausgehe, sei die KeL-Bestimmung auf Basis historischer Kosten vorzunehmen, da Wiederbeschaffungen nicht mehr vorgenommen würden. *01051/Callax/MEGA Sat* fordert zudem, dass die Bundesnetzagentur kurzfristig eine NGN-IP Zusammenschaltung zwischen DTAG und Wettbewerber auferlegen solle.

*Vodafone* verweisen in ihrer Antwort zur Frage historische Kosten vs. Wiederbeschaffungskosten darauf, dass die Bundesnetzagentur diesbezüglich einen Beurteilungsspielraum besitze. Entgeltgenehmigungen, die auf Basis von Wiederbeschaffungskosten oberhalb der historischen Kosten lägen, würden wettbewerbsbehindernde Preis-Kosten-Scheren induzieren. Es wird daher vorgeschlagen, Entgelte für Infrastrukturen, deren Doppelung ineffizient wäre (z. B. TAL-Zugang, Leerrohre) auf Basis historischer Kosten festzulegen.

*DTAG* verweist darauf, dass i.R. des Migrationsprozesses neben den Investitionskosten für den NGN-Aufbau durch den Parallelbetrieb von PSTN und NGN erhöhte Betriebskosten entstünden (ähnlich *BUGLAS*). Dies sei bei einer Gleitpfadfestlegung zu berücksichtigen.

#### *Gleitpfad*

*Tele2* argumentiert, dass ein Mischpreis aus den Kosten leitungs- und paketvermittelter Netze „gerade keine unterschiedlichen Preissysteme für PSTN- und IP-Zusammenschaltungen“ beinhalte. Unterschiedliche Preissysteme seien verfehlt, da sie zu einer technologieabhängigen Preisdifferenzierung führten. *01051/Callax/MEGA Sat* sieht „im Gegensatz zu der Annahme der Bundesnetzagentur, disruptive Preisübergänge bei der NGN-IP Migration um jeden Preis zu vermeiden ... nur hierin einen Ansatz, Investitionen in neue Infrastruktur zu fördern“. *DTAG* befürwortet ein einheitliches Preisniveau für PSTN- und IP-Zusammenschaltung und eine einheitliche Abrechnung auf Basis von Minuten, um so Konsistenz zu gewährleisten.

### III. Bewertung der Stellungnahmen

#### Zu 2. Grundlagen und Bedeutung des Konsistenzgebots

##### *Definition des Konsistenzgebots und konzeptionelles Vorgehen*

Nach Ansicht der DTAG ist die in den Hinweisen gewählte Definition des Konsistenzgebots insofern einseitig als es nur um die Ermöglichung von Geschäftsmodellen, mithin um die Förderung des Wettbewerbs ginge und das gleichfalls im TKG verankerte Ziel der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen vernachlässigt werde. Diese Interpretation der Auslegung des Konsistenzgebots greift zu kurz, da im Konsultationsdokument explizit ausgeführt wird, dass mit Hilfe eines konsistenten Entgeltsystems die Ermöglichung aller effizienten Geschäftsmodelle angestrebt wird. Dies schließt sowohl die infrastrukturbasierten als auch dienstorientierte Geschäftsmodelle ein und diskriminiert folglich weder das eine noch das andere Modell. Zugleich impliziert die in den Hinweisen vorgenommene Definition des Konsistenzgebots gerade nicht, dass ausschließlich auf die Interessen der Zugangsbegehrenden abgestellt wird. Es geht vielmehr darum, eine ausgewogene Balance von effizienten Geschäftsmodellen sicherzustellen und dies schließt naturgemäß die Interessen sowohl der Investoren als auch der Unternehmen mit ein, welche auf die Mitnutzung von Infrastruktur und auf Vorleistungsangebote angewiesen sind. In diesem Zusammenhang ist dem Eindruck entgegenzutreten, dass es nur unter Bevorzugung einseitiger Interessenlagen, wie z. B. zugunsten der infrastrukturbasierten Anbieter, möglich ist, Anreize für Investitionen zu setzen. Im Rahmen behördlicher Regulierungsentscheidungen werden die im TKG verankerten Zielsetzungen sowie die Interessen sämtlicher betroffener Marktteilnehmer im Übrigen stets umfänglich abgewogen. Insofern sind vielmehr die Ausführungen in der Stellungnahme der DTAG widersprüchlich, denn es wird einerseits eine Gleichbehandlung der regulatorischen Zielsetzungen angemahnt, jedoch zugleich die Hervorhebung einer einzelnen Zielsetzung und Berücksichtigung einer bestimmten Form von Geschäftsmodellen gefordert.

Die Ausführungen von *Tele2* zum Konzept der sog. Investitionsleiter gehen in ihrer Interpretation der entsprechenden Textpassagen der Hinweise in zweierlei Hinsicht über die intendierte Aussage hinaus und unterstellen Thesen, die in dieser Form nicht formuliert sind. Zum einen ist im Rahmen der diesbezüglichen Ausführungen in den Hinweisen keine Aussage dazu getroffen worden, dass jeder Anbieter unabhängig von seinem Geschäftsmodell zu verpflichten sei, die nächst höhere Stufe der Investitionsleiter zu erklimmen. Die Textpassage befasst sich vielmehr ausschließlich mit den Anforderungen an ein konsistentes Entgeltregulierungssystem, das in der Folge ein effizientes Verhältnis zwischen Infrastruktur- und Dienstewettbewerb erreicht. Jeder Anbieter hat unter diesen Rahmenbedingungen die entsprechenden preislichen Anreize, die der Wertschöpfungsstufe entsprechenden Investitionen zu tätigen und diese ggf. schrittweise aufzustocken, um die nächst höhere Stufe zu erreichen, sofern das jeweilige unternehmerische Kalkül eine solche Vorgehensweise vorsieht und der Kundenzuwachs die hierfür erforderliche Investition ermöglicht. Eine Verpflichtung, diese Investitionen zu tätigen, wird in diesem Zusammenhang zum anderen nicht adressiert und ist auch nicht implizit intendiert. Es wird vielmehr bereits einleitend ein effizientes Verhältnis zwischen infrastrukturbasiertem und dienstorientiertem Wettbewerb hervorgehoben.

Der Vorschlag von *Telefónica*, für regulierte Entgelte desselben Produkts unterschiedlich lange Genehmigungszeiträume vorzusehen, bezieht sich konkret auf die Genehmigung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk. Die Befristung hätte von der individuellen Qualität der Kostenunterlagen abhängig gemacht werden können. Die Bundesnetzagentur hat die Genehmigungszeiträume gleichwohl für alle Unternehmen identisch festgelegt. Der Umstand, dass gerade die parallele Arbeit an den Entgeltgenehmigungsverfahren aller vier Mobilfunknetzbetreiber Erkenntnisfortschritte mit sich bringt und für eine konsistente Behandlung der Genehmigungsanträge sorgt, aber auch die ansonsten möglicherweise drohenden Wettbewerbsverzerrungen auf dem Mobilfunkendkundenmarkt sprechen für einen Gleichklang der Laufzeiten (BK3a-09/004, S. 51).

#### *Verhältnis des Konsistenzgebots zu den Regulierungszielen*

Die Aussage im Vortrag der *DTAG*, dass sich die Zielsetzung der Regulierung „aufgrund der veränderten Wettbewerbsverhältnisse und des technologischen Wandels“ verändert habe, ist insofern einzuschränken als die Zielsetzungen des TKG unverändert Gültigkeit beanspruchen. Die wettbewerblichen Entwicklungen werden im Rahmen der umfänglichen Marktdefinitions- und –analyseverfahren und der hieraus resultierenden Regulierungsverfügungen berücksichtigt. Änderungen der technologischen Rahmenbedingungen und die damit einhergehenden Implikationen im Hinblick auf regulatorische Eingriffsmöglichkeiten werden in einem eigenständigen Abschnitt 6 der Hinweise zudem umfänglich dargelegt.

*Tele2* kommentiert die Ausführungen in den Hinweisen zum Verhältnis des Konsistenzgebots und den Regulierungszielen unter genau umgekehrten Vorzeichen. Demnach hat die Bundesnetzagentur in diesen Textpassagen zu einseitig auf die Interessen infrastrukturbasierter Anbieter und der Investoren von Breitbandinfrastruktur abgestellt. Der diesbezügliche Vortrag von *Tele2* entkräftet zum einen eindrucksvoll den Vorwurf der *DTAG*, die Hinweise berücksichtigten vornehmlich die Interessen der Zugangsbegehrenden. Zum anderen lässt die entgegengesetzte Kommentierung zweier Unternehmen darauf schließen, dass das Konsultationsdokument die Interessen unterschiedlicher Marktteilnehmer und Geschäftsmodelle zu berücksichtigen vermag. So weist *Tele2* beispielsweise an anderer Stelle darauf hin, dass die Bundesnetzagentur die verschiedenen Zielsetzungen des TKG bislang stets ausreichend einbezogen habe.

Zu 3. Grundsätze einer konsistenten Regulierung von Netzzugangsentgelten marktbeherrschender Betreiber

Zu 3.1 Nachfragegerechtes Vorleistungsangebot

Die Stellungnahme von *BUGLAS* lässt darauf schließen, dass die Ausführungen in den Hinweisen zum nachfragegerechten Vorleistungsangebot die Bedeutung von Zugangsprodukten für die Marktentwicklung adäquat wiedergeben.

*Tele2* hingegen äußert auch in diesem Zusammenhang die Befürchtung, die diesbezüglichen Ausführungen der Bundesnetzagentur fokussierten zu stark auf infrastrukturbasierte Zugangsprodukte. Damit wird abermals implizit unterstellt, das Papier beinhalte eine Bevorzugung von Geschäftsmodellen, die auf Errichtung von Infrastruktur gründen. Wie bereits dargelegt, zeigen die entsprechenden Ausführungen der *DTAG*, dass dieser Eindruck dem Inhalt des Konsultationsdokuments nicht entspricht. Des Weiteren ist zu konstatieren, dass im Rahmen der Passagen zum Vorleistungsangebot sämtliche Vorleistungen

aufgezählt werden und die aus Sicht von *Tele2* vernachlässigten Zusammenschaltungsleistungen gar als „unverzichtbare Vorleistungen“ bezeichnet werden. Inwiefern die Bedeutung der Vorleistungen angesichts dieser Beschreibung zu wenig betont sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Die Thematik einer konsistenten Regulierung von Resale-Entgelten wird zudem in Abschnitt 5.3.1 der Hinweise diskutiert.

Dem von Seiten der *DTAG* hervorgehobenen Unterschied zwischen den Zugangsprodukten auf Basis neuer Breitbandnetze im Vergleich zu den Zugangsprodukten, welche bei bestehenden Kupfernets relevant sind, wird in den Hinweisen Rechnung getragen. In der Textpassage zum nachfragegerechten Vorleistungsangebot ist der Verweis auf den entsprechenden Abschnitt 6.1.1 ausdrücklich enthalten.

Die gleichfalls von Seiten der *DTAG* geforderte umfängliche Abwägung zwischen der unternehmerischen Freiheit und den Regulierungszielen erfolgt stets im Rahmen von Regulierungsverfügungen. Sie muss sich überdies nicht ausschließlich am Ziel der Schaffung neuer Breitbandinfrastrukturen messen lassen, sondern sämtliche Zielsetzungen einbeziehen – eine solche ausgewogene Berücksichtigung aller Zielsetzungen wird von *DTAG* selbst an anderen Stellen wiederum angemahnt.

Auf die Möglichkeit flexibler Preismodelle wird im Rahmen der Hinweise ebenfalls hingewiesen. Eine ausführliche Diskussion dieser Thematik erfolgt in den Eckpunkten.

### Zu 3.2 Entgeltregulierung gem. Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung

Der KeL-Maßstab wird von den Kommentierenden überwiegend argumentativ gestützt. Dies lässt darauf schließen, dass Befürchtungen, die Anwendung dieses Maßstabs könne sich ausnahmsweise zu Lasten des Infrastrukturwettbewerbs auswirken, nicht begründbar sind. So stellt *Telefónica* beispielsweise nicht den Maßstab als solchen in Frage, sondern schlägt vor, gegebenenfalls Abweichungen in Betracht zu ziehen, welche im gegenwärtigen Rechtsrahmen möglich seien. Hierbei ist davon auszugehen, dass dieser Vorschlag impliziert, die mit der Anwendung des KeL-Maßstabs vorhandene Flexibilität zu nutzen. In diesem Zusammenhang hat die Bundesnetzagentur - wie bereits erwähnt - auf die Möglichkeit flexibler Preismodelle hingewiesen. Es ist ferner hervorzuheben, dass *Telefónica* mögliche Gefahren für den Infrastrukturwettbewerb nur „ausnahmsweise“ und für „Einzelfälle“ antizipiert.

Die von *Vodafone* erhobene Forderung, die Bundesnetzagentur möge ihren Beurteilungsspielraum zwischen historischen Kosten und Wiederbeschaffungskosten bei der Umsetzung des Konsistenzgebots im Rahmen der Entgeltregulierung einsetzen, ist im Einklang mit der behördlichen Entscheidungspraxis. So prüfte die Bundesnetzagentur im Rahmen des Genehmigungsverfahrens in Bezug auf die monatlichen Entgelte für die Überlassung der TAL (BK 3c-09-005/E20.01.09) im Wege einer umfänglichen Abwägung, ob die Berücksichtigung der historischen Kosten oder der Wiederbeschaffungskosten der Wahrung bzw. Erreichung der Regulierungsziele besser gerecht wird und gleichzeitig die Interessen des von der entsprechenden Maßnahme tangierten Unternehmens hinreichend gewahrt sind. Hierbei ist einerseits das berechnete unternehmerische Interesse einer Kostendeckung und einer angemessenen Gewinnerzielung einzubezie-

hen. Andererseits werden die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, die Interessen der Nutzer sowie die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen berücksichtigt. Im Ergebnis wurde festgestellt, dass in der derzeitigen Situation sowohl die berechtigten Interessen der DTAG als auch das Regulierungsziel der Förderung eines nachhaltigen Wettbewerbs und effizienter Infrastrukturinvestitionen für die Genehmigung der Entgelte auf Basis von Wiederbeschaffungskosten sprechen (vgl. BK 3c-09-005/E20.01.09, S. 24-30).

Der Vorschlag von *Vodafone*, im Falle nicht replizierbarer Infrastruktur KeL-basierte Zugangsentgelte auf der Grundlage von historischen Kosten zu ermitteln, ist abzulehnen. Denn an den Wiederbeschaffungswerten basierende KeL-orientierte Entgelte ermöglichen eine rationale Entscheidung über das Marktverhalten. Kann ein neu im Markt platzierter Wettbewerber nicht günstiger produzieren, ist es aus seiner Sicht ökonomisch sinnvoll, die Leistung bei einem etablierten Anbieter zu kaufen. Verfügt er hingegen selbst über eine günstigere Produktionsmöglichkeit, wird er investieren und die Leistung selbst erstellen. Entgelte, die den auf Wiederbeschaffungswerten basierenden KeL entsprechen, ermöglichen folglich eine ökonomisch rationale make-or-buy-Entscheidung. Die Ermöglichung dieser rationalen Marktentscheidungen ist das Ziel der Genehmigung der Entgelte zu nicht duplizierbaren Infrastrukturen. Während ein Entgelt unterhalb der auf Wiederbeschaffungswerten basierenden KeL dem regulierten Unternehmen sowie seinen infrastrukturorientierten Wettbewerbern jeden Anreiz für Infrastrukturinvestitionen nimmt, stimulieren zu hohe Entgelte volkswirtschaftlich ineffiziente Investitionen in Infrastrukturen, die mit Einsetzen des funktionierenden Wettbewerbs nicht mehr nachgefragt werden, weil sie zu teuer sind. Im Resultat ermöglichen daher an Wiederbeschaffungswerten ausgerichtete Entgelte einerseits eine wettbewerbskonforme Überlassung der TAL und andererseits einen ökonomisch sinnvollen Wettbewerb durch neue Infrastrukturen, d. h. sowohl den Wettbewerb auf der Infrastruktur als auch den Wettbewerb der Infrastrukturen. Die Entwicklungen seit Marktöffnung belegen, dass sich diese Praxis bewährt hat.

Dem Vorwurf der *DTAG*, die Bundesnetzagentur prüfe nicht, ob mildere Maßstäbe als Ex-ante-Entgeltregulierungsmaßnahmen ebenso oder gar besser geeignet erscheinen, um die Regulierungsziele zu erreichen, ist deutlich entgegenzutreten. Eine solche Abwägung der Verhältnismäßigkeit des einzusetzenden Instrumentariums nimmt die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Regulierungsverfügungen vor. Die *DTAG* trägt diesen Vorwurf im Zusammenhang mit den Ausführungen zum KeL-Maßstab vor und kritisiert, dass an dieser Stelle eine derartige Abwägung nicht vorgenommen werde. Hierzu ist anzumerken, dass im Rahmen von Abschnitt 3 zunächst eine grundsätzliche Darstellung des KeL-Maßstabes erfolgt. Da das Konsistenzpapier auf die Frage fokussiert, unter welchen Rahmenbedingungen eine konsistente Entgeltregulierung gewährleistet ist, erfolgt die Diskussion, inwiefern ein Nebeneinander von ex ante und ex post regulierten Vorleistungsentgelten Konsistenzprobleme aufwerfen kann, im Rahmen der Hinweise an späterer Stelle (vgl. Abschnitt 5.3.2). Diese Problematik wird im Übrigen ausführlicher in den Eckpunkten thematisiert.

*DTAG* hat vorgetragen, Entgeltfestsetzungen stärker auf der Grundlage von Vergleichsmarktuntersuchungen vorzunehmen. Hierzu ist anzumerken, dass sich Vergleichsmarktbetrachtungen auf dem Wettbewerb bereits geöffnete Märkte zu konzentrieren haben. Beispielhaft können hierfür vergleichbare Auslandsmärkte herangezogen werden. Inwiefern es auf diese Weise gelingen kann, mögliche Konsistenzprobleme zu bewältigen, ist auf den ersten Blick nicht er-

kennbar. Neben der grundsätzlichen Problematik, geeignete Vergleichsmärkte zu identifizieren, steht in Frage, inwiefern die im Wege einer solchen Vergleichsmarktbetrachtung ermittelten Entgelte stärkere Investitionsanreize zu setzen vermögen als die auf Kosten basierenden Entgelte.

Wie bereits dargelegt, weist der KeL-Maßstab in gewissem Rahmen Flexibilitäten im Hinblick auf neue Preismodelle auf. Die einseitige Darstellung der DTAG, wonach auf diese Weise jeglicher unternehmerischer Spielraum eingeschränkt und Investitionsanreize reduziert würden, ist demzufolge zu relativieren. Weiterhin ist festzustellen, dass die Auferlegung von Ex-ante-Entgeltregulierungsmaßnahmen Resultat eines umfänglichen Abwägungsprozesses darstellt, in dessen Verlauf sämtliche Optionen und Zielsetzungen geprüft werden. Bei einem Nebeneinander von ex ante und ex post regulierten Vorleistungsentgelten sind ferner Konsistenzprobleme nicht auszuschließen. Und schließlich lassen die Erfahrungen seit Marktöffnung im Telekommunikationsbereich darauf schließen, dass Investitionsanreize nicht unterdrückt werden; anderenfalls hätte es keine Errichtung alternativer Infrastrukturen in dem Ausmaß gegeben, wie es heute zu verzeichnen ist.

Wenngleich die Zugangsrichtlinie, wie von DTAG zutreffend ausgeführt, recht allgemein von einer Orientierung an den Kosten spricht, so ist dies im Sinne einer mindestens einzuhaltenden Maßgabe zu interpretieren. Der nationale Gesetzgeber hat dies bei der Umsetzung in nationales Recht folglich auf jeden Fall zu beachten; eine Verpflichtung, wonach die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung einzuhalten sind, erfüllt die in der Zugangsrichtlinie erfüllten Anforderungen mithin.

Dem Vortrag der DTAG, die Bundesnetzagentur stelle in ihrem Konsultationsdokument ausschließlich auf die strenge Kostenkontrolle ab, ist nicht zu folgen. Die Hinweise enthalten einen Unterabschnitt zum Thema Kostenregulierung, der im Rahmen der einleitenden Abschnitte platziert ist und sich auf die grundsätzliche Bedeutung dieses Maßstabs konzentriert. Zugleich wird an späterer Stelle – in den stärker wertenden Abschnitten – die Thematik von Ex-post-Regulierungsmaßnahmen und ihre Implikationen im Hinblick auf Konsistenz erörtert. Der Vorwurf, das Papier fokussiere einseitig auf Kostenregulierung, erübrigt sich folglich. Die von DTAG getroffene Schlussfolgerung, dass aus Sicht der Bundesnetzagentur nur eine Fortführung des statischen Regulierungsregimes in Frage komme, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. Zudem lässt sich aus einer grundsätzlichen Darlegung des KeL-Maßstabs eine dermaßen dezidierte Folgerung nicht ableiten.

Zu 4. Konsistente Regulierung des Verhältnisses von Vorleistungs- und Endkundenentgelten

Zu 4.1 Nachbildbarkeit durch effiziente Wettbewerber / inhaltliche Abstimmung

*Erfordernis einer marktbeherrschenden Stellung auch auf der Endkundenebene*

Wie in den Hinweisen bereits ausführlich dargelegt, besteht bei Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auf der Vorleistungsebene unabhängig vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem entsprechenden Endkundenmarkt die Möglichkeit zur Prüfung etwaiger Preis-Kosten-Scheren. Zum einen ist dies unter ökonomischen Gesichtspunkten erforderlich, zum anderen ist die Rechtslage an dieser Stelle eindeutig. Wie *Tele2* zu Recht betont, ent-

spricht dies auch der wettbewerbsrechtlichen Praxis,<sup>2</sup> hinter die die sektorspezifische Regulierung nicht zurückfallen kann.

Der Einwand der *DTAG*, dass das Konsistenzgebot keine Betrachtung von Märkten gestatte, für die nicht zuvor im Rahmen von Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren Regulierungsbedürftigkeit und beträchtliche Marktmacht festgestellt und daran anknüpfend Abhilfemaßnahmen auferlegt worden sind, greift insoweit nicht, als der (Vorleistungs-)Markt, der den Ausgangspunkt der Prüfung darstellt, die angeführten Bedingungen erfüllt. Die angesprochenen Prüfbefugnisse werden schließlich nicht auf dem ggf. aus der Regulierung entlassenen Endkundenmarkt, sondern mit Bezug zum Vorleistungsmarkt ausgeübt, weshalb von einer Konterkarierung einer gesetzgeberischen Vorgabe hier nicht die Rede sein kann. Vielmehr bedarf es eben jener Kontrollmöglichkeit, um sicherzustellen, dass die verankerte Vorleistungsregulierung in ihrer Wirksamkeit nicht erheblich beeinträchtigt wird.

Unabhängig davon, dass das Telekommunikationsgesetz gerade nicht die von *DTAG* mit Blick auf Bündelprodukte adressierte Beschränkung auf eine Dumping-Prüfung mit Bezugnahme auf die kurzfristig variablen Kosten vorsieht, wäre dies auch nicht zielführend, weil es für den Wettbewerb gerade auch erforderlich ist zu gewährleisten, dass Wettbewerber in die Lage versetzt werden, Bündelangebote des marktbeherrschenden Unternehmens zu vergleichbaren Konditionen nachzubilden.

Auch das Argument der *DTAG*, dass nahezu alle Marktteilnehmer im Endkundenmarkt (Ausnahme seien die reinen Verbindungsnetzbetreiber) bei den hier in Rede stehenden korrespondierenden Vorleistungen als marktbeherrschend klassifiziert seien und folglich der Regulierung auch hinsichtlich Ihres Endkundenangebotes unterliegen müssten, was wiederum aus Sicht der *DTAG* nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden könne, greift letztlich nicht. Denn aus der Tatsache, dass bei den alternativen Teilnehmernetzbetreibern (und möglicherweise auch bei den Mobilfunknetzbetreibern) typischerweise nicht davon auszugehen ist, dass ihre Endkundenangebote zu erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen führen, sollte nicht geschlossen werden, dass die Prüfbefugnis der Bundesnetzagentur diesbezüglich generell, d. h. auch in Fällen tatsächlich zu vermutenden Missbrauchs, in Frage zu stellen ist.

#### *Begriff des „effizienten Wettbewerbers“*

Entsprechend den Ausführungen in einigen Stellungnahmen wird der Begriff des effizienten Unternehmens / Wettbewerbers von der Bundesnetzagentur nicht in der Weise verstanden, dass nur Skalenerträge des Unternehmens mit der größten Ausbringungsmenge als effiziente Kosten bewertet und als Maßstab für die Kostenkalkulation auch der (kleineren) Wettbewerber zugrunde gelegt würden. Vielmehr ist in den Hinweisen ausdrücklich betont worden, dass die unterstellten Effizienzerfordernisse nicht ohne Bezugnahme auf reale Marktgegebenheiten zu

---

<sup>2</sup> Dies wird auch vom Bundeskartellamt in seiner jüngsten Entscheidung gem. § 32c GWB zur Preisgestaltung bei sog. MABEZ-Diensten bestätigt. So heißt es im Beschluss B 7 – 11/09 vom 6. August 2009 in Rdnr. 51: „Dabei ist im vorliegenden Fall der Missbrauch nicht schon mangels Marktbeherrschung auf dem nachgeordneten Markt ausgeschlossen. Denn für die Missbräuchlichkeit einer Preis-Kosten-Schere nach Art. 82 EG, §§ 19, 20 GWB ist Marktbeherrschung auf dem Vorleistungsmarkt erforderlich aber auch ausreichend. Dies folgt schon aus den allgemeinen Grundsätzen zur Drittmarktbehinderung und zur Übertragung von Marktmacht.“



definieren seien, da diese am ehesten tatsächlich realisierbare Effizienzzustände von Wettbewerbsunternehmen widerspiegeln.

Vor diesem Hintergrund erscheint es nach wie vor problematisch, die von *Telefónica* geforderten regulatorisch-normativen Festlegungen zu treffen, weil der Versuch, den Begriff des „effizienten Unternehmens“ allgemeingültig zu definieren, erhebliche Fragen aufwerfen würde. Denn zum einen würde eine allgemeingültige Definition des effizienten Wettbewerbers normative Festlegungen erfordern, deren theoretische Fundierung und eindeutige Ableitung aus den Marktentwicklungen problematisch erschiene. Zum anderen bestünde die Schwierigkeit, weder so abstrakt zu bleiben, dass ein Nutzen mit Blick auf die Operationalisierbarkeit nicht erkennbar wäre, noch so konkret zu werden, dass der Ansatz nur für eine eng begrenzte Zahl von Märkten und einen bestimmten zeitlichen Rahmen tragfähig wäre.

Insofern ist es schwierig, regulatorisch eine verallgemeinerbare Bestimmung des effizienten Unternehmens mit all seinen kommerziellen Charakteristika (z. B. Größe des Netzes, Anzahl der Kunden) vorzunehmen. Zwar wird die Auffassung geteilt, dass die erforderliche Effizienz unabhängig von unternehmensindividuellen Gegebenheiten zu ermitteln ist. Gleichwohl sollte dies nicht ohne Einbeziehung der aktuellen Marktverhältnisse geschehen.

Mitunter kann es – wie beispielsweise im Rahmen der IP-BSA-Entscheidung – erforderlich werden, regulatorischen Entscheidungen normative Vorgaben zugrunde zu legen. Allerdings sind normative Festlegungen der Behörde grundsätzlich mit zwei wesentlichen Schwierigkeiten konfrontiert:

- Zum einen kann eine sehr dezidierte Festlegung das Erfordernis mit sich bringen, diese angesichts der dynamischen Marktentwicklungen in relativ kurzen Zyklen modifizieren zu müssen. So ist bereits im Rahmen der PKS-Anhörung von Kommentierenden hervorgehoben worden, dass, selbst wenn einmal ein fiktives effizientes Unternehmen beschrieben werden könnte, dieses nach kurzer Zeit – nicht zuletzt wegen der sich schnell verändernden technologischen und marktlichen Rahmenbedingungen - wieder anzupassen wäre.
- Zum anderen dürften auf längere Perspektive ausgelegte Festlegungen aufgrund der bestehenden Unsicherheiten über künftige Marktentwicklungen deutlich anfälliger für Fehleinschätzungen sein. Dies wiederum stellt ein nicht unerhebliches Risiko dar, weil die Setzung langfristiger suboptimaler regulatorischer Rahmenbedingungen zu gewichtigeren Wettbewerbsverzerrungen führen kann als dies bei Festlegungen der Fall ist, die auf die notwendigerweise abzudeckende Periode begrenzt sind.

Vor dem Hintergrund dieses Spannungsfeldes spricht vieles dafür, normative Festlegungen auf den jeweils unmittelbar relevanten Zeitraum zu beschränken, da auf diese Weise am ehesten zu gewährleisten ist, dass die aktuelle Wettbewerbssituation sowie deren absehbare Entwicklungen angemessen Berücksichtigung finden.

Soweit bei einer Entscheidung etwa eine Prämisse hinsichtlich des anzusetzenden Grades des Infrastrukturausbaus benötigt wird, bedeutet dies, dass es weniger darauf ankommt, was ein effizienter Wettbewerber ggf. langfristig erreichen kann, sondern vielmehr darauf abzustellen ist, welche Investitionen von einem effizienten Unternehmen im absehbaren bzw. relevanten Zeitraum

realistischerweise zu erwarten sind. Wenn etwa eine Erschließung sämtlicher Anschlussbereiche zwar perspektivisch denkbar und ggf. – unter bestimmten Rahmenbedingungen - auch wirtschaftlich ist, in der vorhersehbaren Zeit jedoch auch unter Effizienzgesichtspunkten nicht realisierbar erscheint, sollte Letzteres bei den in Ansatz zu bringenden Parametern berücksichtigt werden.

Im Rahmen der hier skizzierten Möglichkeiten erscheint es im Sinne der *DTAG*-Stellungnahme durchaus zweckmäßig, zum einen die ggf. regional variierende Inanspruchnahme von Vorleistungen, zum anderen die zunehmend unterschiedlichen technischen Möglichkeiten der Produkterstellung zu berücksichtigen, sofern dies die Operationalisierbarkeit der Prüfung nicht in Frage stellt.

Im Übrigen ist der *DTAG* zwar zuzustimmen, wenn sie betont, dass die Prüfung nicht losgelöst von der Art der existierenden Geschäftsmodelle durchgeführt werden dürfe, weil sonst die Gefahr bestünde, dass das Vorliegen einer ausreichenden Entgeltspanne bei Produkten untersucht würde, die kein Marktakteur seiner Gewinnmaximierungskalkulation zugrunde lege. Allerdings ist auch nicht erkennbar, dass generell in jedem Markt nur von einem einzigen effizienten Geschäftsmodell auszugehen ist, wie dies der *DTAG* offenbar vorschwebt.

In diesem Zusammenhang verweist *DTAG* auf die Gesetzesbegründung, nach der nicht jeder einzelne Tarif, sondern diese nur in Kombination für Wettbewerber nachbildbar sein müssten, damit diese auf dem Endnutzermarkt eine angemessene Verzinsung erzielen könnten. Dieser Passus ist aus hiesiger Sicht jedoch nur auf den einer Prüfung zugrundezulegenden Anknüpfungspunkt auf der Endkundenebene zu beziehen. Die Inanspruchnahme unterschiedlicher Vorleistungsprodukte zur Bereitstellung bestimmter Endkundenprodukte/-bündel ist hiermit hingegen nicht explizit adressiert. Vielmehr müssten sich derartige Erwägungen in der Bestimmung des „effizienten Wettbewerbers“ niederschlagen.

#### *Anknüpfungspunkt für Preis-Kosten-Scheren-Tests*

*Tele2* hält unter Verweis der o. a. EuG-Entscheidung (Urteil vom 10. April 2008) bei der Ermittlung einer Preis-Kosten-Schere eine Mischkalkulation schon nach allgemeinem Wettbewerbsrecht, erst recht aber nach Regulierungsrecht für nicht zulässig. Dies ist aus hiesiger Sicht nicht überzeugend, weil sich eine Preis-Kosten-Scheren-Prüfung sinnvollerweise an der Kalkulationslogik effizienter Wettbewerber zu orientieren hat. Andernfalls bestünde nämlich die Gefahr, Tarife selbst dann als (vermeintlich) missbräuchlich zu monieren bzw. zu untersagen, wenn effiziente Wettbewerber diese auf Grundlage einer marktüblichen Mischkalkulation ggf. ohne Schwierigkeiten nachbilden und selbst profitabel anbieten könnten.

#### *Drei Prüfschritte zur Feststellung eines Missbrauchs im Sinne von § 28 TKG*

Zwar ist *DTAG* grundsätzlich zuzustimmen, dass über die Frage der Nachbildbarkeit bestimmter Tarife zu prüfen ist, inwieweit es zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung kommt und ob hierfür ggf. eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird. In diesem Zusammenhang ist aber darauf hinzuweisen, dass die fehlende Nachbildbarkeit bereits einen Vermutungstatbestand für eine *erhebliche* Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt. *Tele2* stellt hierzu zu Recht fest, dass das EuG die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbehinderung durch eine Preis-Kosten-Schere auf dem umkämpften Markt immer dann annehme, wenn die Wettbewerber für ihre Tätigkeit auf dem umkämpften Markt

auf die jeweilige Vorleistung angewiesen seien (EuG, Urteil vom 10. April 2008, Rdnr. 237). Hinter diesen Grundsätzen dürfe das Regulierungsrecht nicht zurückbleiben.

Ungeachtet dessen können sich mögliche Ansätze zur Widerlegung dieser Vermutung ebenso wie etwaige sachliche Rechtfertigungen im speziellen Einzelfall durchaus ergeben; diese Umstände entziehen sich nach hiesiger Überzeugung aber naturgemäß weitgehend einem verallgemeinerbaren Diskurs im Rahmen eines Grundsatzpapiers.

#### *Anwendung von Vergleichsmarktbetrachtungen im Rahmen von PKS-Tests*

Bei allen drei Prüfschritten sei – so DTAG – zunächst eine Vergleichsmarktbetrachtung durchzuführen, da dieser vom Gesetz ein Vorrang eingeräumt werde (§ 38 Abs. 2 TKG). Ungeachtet dessen, dass derartige Erwägungen ggf. im Rahmen einer sachlichen Rechtfertigung plausibel vorgetragen werden könnten, gilt unverändert, dass aufgrund der hohen Interdependenzen zwischen den von neuen Anbietern verlangten Endkundenpreisen und denen des marktbeherrschenden Unternehmens bei den Wettbewerbern Unsicherheit über die Beziehung zwischen Preisen und zugrunde liegenden Kosten besteht und es daher äußerst schwierig ist, aus einem Vergleich mit Wettbewerberangeboten auf dem gleichen Markt belastbare Schlussfolgerungen im Hinblick auf Fragen der Kostendeckung bzw. Preis-Kosten-Scheren und mithin der Missbräuchlichkeit von Tarifmaßnahmen des etablierten Betreibers zu ziehen.

Diese Auffassung ist zwischenzeitlich auch vom Bundeskartellamt bestätigt worden, dessen Stellungnahme vom 24. Januar 2008 im Rahmen der Beschlussfassung im Fall T-VPN Kommunen Rheinland-Pfalz u. a. folgende Ausführungen enthält: „Auch nach Ansicht der Beschlussabteilung konnte das Vergleichsmarktprinzip im vorliegenden Fall nicht herangezogen werden, da ein hierfür geeigneter vergleichbarer, dem Wettbewerb geöffneter Markt wohl nicht ersichtlich ist. Klarzustellen ist allerdings, dass jedenfalls aus kartellrechtlicher Sicht als Vergleichsmaßstab ohnehin kein Wettbewerberangebot desselben betroffenen Marktes in Betracht kommt, sondern nur von einem anderen (in der Regel räumlichen) Markt (im vorliegenden Fall also einem ausländischen Markt).“

Eine detaillierte Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung findet sich im Übrigen bereits in der Auswertung der Anhörung zum Konsultationsentwurf der Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren, veröffentlicht am 14. November 2007, Ziffer III.4, S. 27-30.

#### *Berücksichtigung von verschiedenen Vertragsvarianten für Vorleistungsentgelte im Rahmen von PKS-Tests*

Aus Sicht der DTAG ist die Preis-Kosten-Scheren-Prüfung anzupassen, wenn vorleistungsseitig eine Entgeltstruktur vorliegt, die es ermöglicht, die Investitionsrisiken auf verschiedene Marktbeteiligte zu verteilen. Eine solche Entgeltstruktur würde auf einer differenzierten Vertragsausgestaltung mit unterschiedlichen Laufzeiten und damit unterschiedlichen Risikobeteiligungen beruhen. Es sei nicht jede Vertragsvariante im Rahmen der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung zu berücksichtigen. In einer langfristigen Betrachtung sei es ausreichend nur Geschäftsmodelle zu berücksichtigen, deren Betreiber bereit seien, sich in vergleichbarem Maße am Risiko zu beteiligen wie der Infrastrukturanbieter selbst.

Im Rahmen der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung kann das Problem auftauchen, dass es für ein Vorleistungsprodukt zwei oder mehr Vorleistungsentgelte geben kann, die sich durch die Höhe des übernommenen Risikos unterscheiden, diese Vorleistungsentgelte aber mit nur einem (gewichteten) Endkundenpreis verglichen werden müssen. Grundsätzlich bestehen die Optionen, bei der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung das niedrigere Vorleistungsentgelt, das höhere Vorleistungsentgelt oder einen Wert dazwischen anzusetzen.

Würde das niedrigere Vorleistungsentgelt, d.h. das mit der längeren Vertragsdauer und daher auch dem höheren übernommenen Risiko, angesetzt werden, hätte ein Unternehmen, das sich für die Variante einer kürzeren Vertragslaufzeit und damit einem niedrigeren übernommenen Risiko entscheidet, ggf. nicht die Möglichkeit, eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu erzielen. Es würde für das Entgelt eine Preis-Kosten-Schere vorliegen. Die Unternehmen wären damit gezwungen, wenn sie für das Produkt eine angemessene Verzinsung erzielen wollen, die längere Vertragslaufzeit zu wählen. Es gibt aber insbesondere für infrastrukturorientierte Wettbewerber einen Anreiz, die kürzere Vertragslaufzeit zu wählen, um kurzfristig bzw. sukzessive selbst investieren zu können.

Würde hingegen das höhere Vorleistungsentgelt für die Preis-Kosten-Scheren-Berechnung angesetzt werden, wäre das marktbeherrschende Unternehmen benachteiligt, da Wettbewerber, die sich für die risikoreichere Variante entscheiden – bei sonst gleicher Kalkulation der eigenen Wertschöpfung wie das marktbeherrschende Unternehmen - das entsprechende Endkundenprodukt zu einem niedrigeren Preis anbieten könnten. Dies dürfte die Investitionsanreize des marktbeherrschenden Unternehmens senken.

Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, einen Ansatz zu finden, mit Hilfe dessen die beiden beschriebenen unerwünschten Effekte bestmöglich vermieden werden. Dabei erscheint es sachgerecht, das im Rahmen einer derartigen Preis-Kosten-Scheren-Prüfung anzusetzende Vorleistungsentgelt an dem tatsächlich im Markt zu beobachtenden Verhalten zu orientieren. In diesem Sinne ist für einen effizienten Wettbewerber eine Form der Risikobeteiligung zu unterstellen, die die jeweils relevanten Marktgegebenheiten angemessen reflektiert. Konkret bedeutet dies, dass schließlich keine digitale Entscheidung für die Zugrundelegung einer der beiden (extremen) Tarifoptionen zu treffen ist, sondern dass auch eine Mischung der in Betracht kommenden Entgelte zur Anwendung kommen kann. Bei dieser Herangehensweise wird nicht abstrakt ein bestimmtes Maß an Risiko(beteiligung) eines effizienten Wettbewerbers regulatorisch normiert. Vielmehr wird dem Erfordernis Rechnung getragen, im Preis-Kosten-Scheren-Test für eine relevante Vorleistung einen bestimmten Wert ansetzen zu müssen, der dann wiederum *implizit* Auskunft über die zu unterstellende Risikobeteiligung gibt. Insoweit stellen die hier skizzierten Überlegungen lediglich eine Erweiterung des bereits in anderen Zusammenhängen praktizierten Vorgehens dar, bei dem ebenfalls eine Bestimmung des effizienten Wettbewerbers unter Berücksichtigung der jeweiligen tatsächlichen Marktgegebenheiten erfolgt.

Im Rahmen der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung kann das Problem auftauchen, dass es für ein Vorleistungsprodukt zwei oder mehr Vorleistungsentgelte geben kann, die sich durch die Höhe des übernommenen Risikos unterscheiden, diese Vorleistungsentgelte aber mit nur einem (gewichteten) Endkundenpreis verglichen werden müssen. Grundsätzlich bestehen die Optionen, bei der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung das niedrigere Vorleistungsentgelt, das höhere Vorleistungsentgelt oder einen Wert dazwischen anzusetzen. Würde das niedrigere Vorleistungsentgelt, d.h. das mit der längeren Vertragsdauer und daher auch

dem höheren übernommenen Risiko, angesetzt werden, hätte ein Unternehmen, das sich für die Variante einer kürzeren Vertragslaufzeit und damit einem niedrigeren übernommenen Risiko, entscheidet, ggf. nicht die Möglichkeit, eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu erzielen. Es würde für das Entgelt eine Preis-Kosten-Schere vorliegen. Die Unternehmen wären damit gezwungen, wenn sie für das Produkt eine angemessene Verzinsung erzielen wollen, die längere Vertragslaufzeit zu wählen. Es gibt aber insbesondere für Infrastrukturanbieter einen Anreiz, die kürzere Vertragslaufzeit zu wählen, um kurzfristig bzw. sukzessive selbst investieren zu können. Würde das höhere Vorleistungsentgelt für die Preis-Kosten-Scheren-Berechnung angesetzt werden, wäre das marktbeherrschende Unternehmen benachteiligt, da Wettbewerber, die sich für die risikoreichere Variante entscheiden, mit gleicher Kalkulation der eigenen Wertschöpfung wie das marktbeherrschende Unternehmen, das Endkundenprodukt zu einem niedrigeren Preis anbieten könnten. Dies dürfte die Investitionsanreize des marktbeherrschenden Unternehmens senken. Im konkreten Einzelfall ist für die Bestimmung des bei der Preis-Kosten-Schere-Prüfung anzusetzenden Vorleistungsentgeltes auf einen effizienten Wettbewerber abzustellen, der nach tatsächlichen Marktgegebenheiten zu bestimmen ist.

Zu 4.3 Verhältnis von Eingriffen auf Vorleistungs- und Endkundenebene

*Tele2* betont, dass im Falle einer Preis-Kosten-Schere mit einem unregulierten Endkundenprodukt das betreffende Vorleistungsentgelt zu untersagen sei. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Allerdings sind die unter Ziffer 5.3.4 des Konsultationsentwurfs ausführlich dargestellten Erwägungen im Hinblick die Problematik einer Absenkung regulierter Vorleistungsentgelte unterhalb des KeL-Niveaus unverändert zu berücksichtigen.

Zu 5. Konsistente Regulierung mit Blick auf das Verhältnis verschiedener Geschäftsmodelle zueinander

Zu 5.1 Grundzüge einer konsistenten Entgeltregulierung verschiedener Vorleistungen

Mit Blick auf die Ausführungen der *DTAG* ist zu konzedieren, dass im Falle einer Kosten-Kosten-Schere zu prüfen ist, ob die fehlende Nachbildbarkeit der Vorleistung der höheren Wertschöpfungsstufe eine erhebliche Wirkung auf die Wettbewerbsmöglichkeiten der anderen Unternehmen entfaltet. Darüber hinaus besteht die vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung. Beides ist der Bundesnetzagentur selbstverständlich bewusst.

*Tele2* kritisiert, dass die Grundzüge u. a. aus der Zielsetzung der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen abgeleitet würden. Dieser Einwand basiert auf einer nicht nachvollziehbaren Verkürzung, da an der von *Tele2* zitierten Textstelle bewusst gleichberechtigt auch auf die Zielsetzung der Sicherstellung eines unverzerrten Wettbewerbs rekuriert wird. Eine einseitige Interpretation des Konsistenzgebots ist den Hinweisen insoweit nicht zu entnehmen. Vielmehr wird eine konsistente Entgeltregulierung von der Bundesnetzagentur explizit als bedeutsam für die Realisierung *verschiedener* gesetzlich normierten Zielsetzungen angesehen.

Als Grundsatz für eine KKS-Prüfung muss aus Sicht der *DTAG* gelten, dass nur solche Produkt- bzw. Entgelt-Verhältnisse überprüft werden, denen am Markt

vorhandene und zugleich wesentliche Geschäftsmodelle zugrunde liegen. Als zweites sollten auch nur die für die Entwicklung des Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt wesentlichen Geschäftsmodelle berücksichtigt werden. Zudem sei zu klären ob die Wettbewerber am Markt regional differenziert nachbilden, d. h. ob sie zum Beispiel in Ballungsgebieten auf Vorleistungen unterschiedlicher Anbieter zurückgreifen könnten. Dieser Prüfschritt sei Voraussetzung, damit ein KKS-Test entsprechend der Realität durchgeführt und das Risiko falscher Rückschlüsse minimiert werde.

Wie bereits in Bezug auf Ziffer 4.1 dargelegt, erscheint es grundsätzlich durchaus zweckmäßig, zum einen die ggf. regional variierende Inanspruchnahme von Vorleistungen, zum anderen die zunehmend unterschiedlichen technischen Möglichkeiten der Produkterstellung zu berücksichtigen, sofern dies die Operationalisierbarkeit der Prüfung nicht in Frage stellt.

Im Übrigen ist der DTAG zwar zuzustimmen, wenn sie betont, dass die Prüfung nicht losgelöst von der Art der existierenden Geschäftsmodelle durchgeführt werden dürfe. Allerdings haben Eingrenzungen der in die Betrachtung einzubeziehenden bzw. als Referenz heranzuziehenden effizienten Wettbewerber dort ihre Grenzen, wo der Grundsatz der Neutralität gegenüber unterschiedlichen, sich am Markt behauptenden Geschäftsmodellen konterkariert wird.

Nach Auffassung der DTAG ist auch bei einer KKS-Prüfung bei allen drei Prüfschritten (Nachbildbarkeit, Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung, sachliche Rechtfertigung) eine Vergleichsmarktbetrachtung durchzuführen – auch wenn dieser vom Gesetz bei den zu genehmigenden Entgelten der betrachteten Vorleistungen kein Vorrang eingeräumt werde. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass im Rahmen der Prüfung des konsistenten Verhältnisses zweier regulierter Vorleistungen nicht erkennbar ist, inwieweit hier eine Vergleichsmarktbetrachtung zur Anwendung kommen sollte. Mit Blick auf das Verhältnis einer regulierten und einer unregulierten Vorleistung wäre die Durchführung einer Vergleichsmarktbetrachtung zwar prinzipiell denkbar. Allerdings gelten hier die bereits zu Ziffer 4.1 (*Anwendung von Vergleichsmarktbetrachtungen im Rahmen von PKS-Tests*) erfolgten Erwägungen, nach denen es nicht sachgerecht wäre, auf alternative Angebote auf dem selben Markt zu rekurrieren. Ferner werfen *internationale* Tarifvergleiche in diesem Bereich typischerweise eine Vielzahl von Operationalisierungsfragen auf, weshalb ein Abstellen auf andere Informationen bzw. Möglichkeiten der Kostenapproximation regelmäßig vorzugswürdig erscheint.

Ebenfalls nicht erkennbar - und auch von DTAG nicht hinreichend erläutert – ist, inwieweit eine Vergleichsmarktbetrachtung im Rahmen des zweiten Prüfschrittes, d.h. bei der Prüfung der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbehinderung, heranzuziehen wäre.

Allerdings besteht prinzipiell die Möglichkeit, eine Vergleichsmarktbetrachtung mit Blick auf die Frage der sachlichen Rechtfertigung einer Wettbewerbsbehinderung in die Prüfung einzubeziehen. Denn es kann argumentiert werden, dass es dem marktmächtigen Unternehmen nach allgemeinen kartellrechtlichen Beurteilungsmaßstäben - unabhängig von der konkreten Kostensituation seiner Wettbewerber - grundsätzlich erlaubt sein müsse, auf Preissenkungen seiner Wettbewerber durch eigene Preissenkungen zu reagieren. Hinzu kommt, dass das Gesetz die Möglichkeit vorsieht, Verhaltensweisen i.S.v. § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG (erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen) und Nr. 3 (Diskriminierung) sachlich zu rechtfertigen. In diesem Zu-

sammenhang kommen möglicherweise auch (nicht bloß temporär) günstigere Wettbewerberangebote als ein denkbarer Anknüpfungspunkt für den Nachweis einer solchen sachlichen Rechtfertigung in Betracht.

Dafür spricht etwa, dass es dem marktmächtigen Unternehmen grundsätzlich möglich sein muss, seine eigenen geschäftlichen Interessen zu wahren, wenn diese durch die Wettbewerber bedroht sind. Allerdings sind die Verhaltensspielräume des marktmächtigen Unternehmens dadurch begrenzt, dass es auf diese Weise nicht seine dominante Position ausweiten und seine Marktmacht missbrauchen darf. In ähnlicher Weise argumentieren auch der Europäische Gerichtshof sowie die Europäische Kommission im Fall Wanadoo:

*„It should be recalled that, according to established case-law, although the fact that an undertaking is in a dominant position cannot deprive it of the right to protect its own commercial interests if they are attacked and such an undertaking must be allowed the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect such interests, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it.”* (EuG, Urteil vom 30.01.2007, T-340/03 – France Télécom/Kommission, Rdn. 185)

*“Zwar ist es einem beherrschenden Unternehmen nicht absolut verboten, sich an die Preise der Wettbewerber anzupassen, doch muss ihm diese Möglichkeit verweigert werden, wenn dies dazu führt, dass im beherrschenden Unternehmen die Kosten des fraglichen Dienstes nicht gedeckt sind.”* (Europäische Kommission, Entscheidung vom 16.7.2003, COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, Rdn. 315)

## Zu 5.2 Angemessenes Verhältnis von Dienste- und Infrastrukturwettbewerb

Einige Unternehmen betonen, dass sich der risikobehaftete Übergang vom Wiederverkäufer zum stärker infrastrukturbasierten Anbieter rentieren müsse. Dementsprechend sei dem Geschäftsmodell auf der Basis weitergehender Infrastrukturinvestitionen eine höhere Marge als den Geschäftsmodellen mit geringeren Investitionen zuzugestehen und bei der Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung zu berücksichtigen.

Hierzu ist zu betonen, dass – wie bereits in den Hinweisen verdeutlicht - die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen auch aus Sicht der Bundesnetzagentur ein wichtiges Ziel darstellt. In diesem Zusammenhang besteht ein wesentliches Risiko alternativer Netzbetreiber darin, regelmäßig nicht von Beginn an in der Lage zu sein, die gleichen Größenvorteile wie das ehemalige Monopolunternehmen realisieren zu können. Um sicherzustellen, dass dieser Umstand Wettbewerber nicht entmutigt, in den eigenen Netzaufbau zu investieren, werden Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren-Tests bewusst auf die Perspektive effizienter Wettbewerber ausgerichtet, was insbesondere auch impliziert, dass (in der Anfangsphase) geringere Skalenerträge und Dichtevorteile sowie daraus resultierende Mehrkosten pro Nutzer Berücksichtigung finden. Dabei sind die tatsächlichen Marktgegebenheiten wie etwa die DSL-Penetrationsrate bzw. -Kundenzahl sowie die Wettbewerbsintensität in die Überlegungen einzubeziehen. Hieraus ist schließlich der für einen bestimmten Entscheidungszeitraum unter Wirtschaftlichkeitsaspekten zugrunde zu legende Netzausbaugrad abzuleiten.

Diese Ausführungen machen deutlich, dass es sich bei dieser Vorgehensweise um einen dynamischen Ansatz handelt, da die Konsistenzprüfung der Entgelte auch vom jeweiligen Stand der Marktentwicklung abhängig ist. Diese Vorgehensweise hat sich in der Praxis bewährt und nicht zu einer Beeinträchtigung der Investitionsanreize effizienter Wettbewerber geführt. Vielmehr wurde durch diesen Ansatz gewährleistet, dass sich der Aufbau eigener Netze für effiziente Wettbewerber bereits kurzfristig profitabel gestalten lässt, gleichzeitig aber auch keine Verzerrungen im Hinblick auf eine ausgewogene Balance zwischen infrastrukturbasierten Geschäftsmodellen einerseits und eher diensteorientierten Wettbewerbern andererseits entstehen.

*Berücksichtigung von verschiedenen Vertragsvarianten für Vorleistungsentgelte im Rahmen der Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung*

Die DTAG vertritt die Ansicht, dass der Kosten-Kosten-Scheren-Test nur bestimmte Vertragsvarianten berücksichtigen könne, wenn für ein Vorleistungsentgelt verschiedene Vertragsvarianten (z.B. unterschiedlich lange Laufzeiten) existierten. Es könnten jeweils nur vergleichbare Vertragsvarianten bei der Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung aufeinander aufbauen. Bei der Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung sind zwei Fälle zu unterscheiden. Zum einen können alle für die jeweilige Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung relevanten Vorleistungsentgelte in verschiedenen Varianten, die sich durch die Risikoübernahme unterscheiden, vorliegen. Zum anderen ist auch der Fall denkbar, dass es für einen Teil der in die Prüfung einzubeziehenden Vorleistungsprodukte ein Entgelt gibt, das nicht für verschiedene Vertragslaufzeiten angeboten wird, und andere Vorleistungsprodukte mit verschiedenen Entgelten für verschieden lange Vertragslaufzeiten. Im ersten Fall ist der DTAG zuzustimmen. Es sind jeweils die Vorleistungsentgelte im Rahmen der Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung miteinander zu vergleichen, die dieselbe Risikoübernahme haben. Im zweiten Fall ist dies nicht so einfach möglich. Grundsätzlich ist eine Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung in der Form durchzuführen, dass ein Geschäftsmodell, welches auf höheren eigenen Investitionen basiert, nicht mit höheren Kosten belastet werden darf als das Geschäftsmodell eines Wettbewerbers, das geringere Investitionen erfordert. Daher dürfte für diesen Fall die sachgerechte Vorgehensweise darin bestehen, dass bei der Vorleistung, die weniger eigene Investitionen erfordert, das niedrigste Entgelt und bei der Vorleistung, die höhere eigene Investitionen erfordert, das höchste Vorleistungsentgelt, gegenübergestellt wird. So wird sichergestellt, dass das Unternehmen, das höhere eigene Investitionen getätigt hat unabhängig von der gewählten Risikovariante nicht schlechter gestellt wird, als ein Unternehmen, das weniger investiert hat.

Tele2 vertritt die Ansicht, dass eine auf die Geschäftsrisiken des Wettbewerbers bezogene Festlegung der Kapitalverzinsung erforderlich sei, die regelmäßig von der für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anerkannten Kapitalverzinsung abweiche. Der dem marktbeherrschenden Unternehmen zugestandene Zinssatz ist im Hinblick auf die Eigenkapitalrendite nicht aus einer unternehmensspezifischen Verzinsung abgeleitet worden. Vielmehr basiert er auf einer langfristigen Betrachtung der an den Aktienmärkten erzielbaren Rendite und ist insoweit grundsätzlich auch auf andere Telekommunikationsunternehmen anwendbar. Mit Blick auf die Fremdkapitalrendite ist festzustellen, dass auch Wettbewerber häufig als Tochterunternehmen einer finanzstarken Mutter agieren. Entsprechende Mutterunternehmen verfügen oft über ein vergleichbares Credit-Rating wie das ehemalige Monopolunternehmen, was zu einem vergleichbaren Fremdkapitalzinssatz führt. Es wird daher die Sichtweise von Tele2 nicht geteilt.



Es ist grundsätzlich nicht von unterschiedlichen Zinssätzen für die DTAG und den Wettbewerbern auszugehen.

Auch nach Ansicht der *Telefónica* ist es zur Sicherstellung konsistenter Entgelte notwendig, im Rahmen der Entgeltregulierung das Risiko des zu regulierenden Produktes bzw. des damit verbundenen Geschäftsmodells einzubeziehen. So könne die Bundesnetzagentur beispielsweise bei der Entgeltfindung für ein VDSL-BSA-Produkt nachgewiesene Investitionsrisiken der DTAG durch ein höheres WACC für dieses Geschäftsmodell und seine Produkte honorieren. Bestehende Zugangsprodukte und Infrastrukturen, wie der KVz-Zugang, Leerrohre und *dark fibre* rechtfertigten hingegen keinen höheren Risikoaufschlag. Grundsätzlich sieht die Bundesnetzagentur für alle Leistungen bzw. Geschäftsmodelle, die auf dem Telekommunikationsmarkt angeboten werden, das gleiche Risiko. Dies bedeutet aber nicht, dass es für bestimmte Dienstleistungen nicht auch spezielle Risiken gibt. In der Vergangenheit wurde dies bereits im Mobilfunkbereich gutachterlich überprüft. Aktuell wird diese Fragestellung für den Breitbandausbau im Rahmen eines Gutachtens geklärt.

### Zu 5.3 Weitere Aspekte konsistenter Entgeltregulierung

#### Zu 5.3.1 Konsistenz zwischen bottom-up und auf Retail-Minus-Basis kalkulierten Vorleistungsentgelten

Der Interpretation der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes durch *Tele2* in dem Sinn, dass der Bundesnetzagentur bei der Entgeltregulierung immer auch die Möglichkeit gegeben ist, den KeL-Maßstab aufzuerlegen, kann nicht gefolgt werden. Das Bundesverwaltungsgericht führt vielmehr aus (u. a. Urteil vom 28. Januar 2009 6C 39.07 Rdnr. 38 und Urteil vom 2. April 2008 6C 15.07 Rdnr. 63), dass § 30 Abs. 1 TKG gemeinschaftsrechtskonform dahingehend auszulegen ist, dass die Bundesnetzagentur stets über das Ob und das Wie der Entgeltregulierung zu entscheiden hat. Es ist folglich zu entscheiden, ob Resale-Entgelte überhaupt der Entgeltregulierung unterfallen und, wenn ja, ob sie ex ante genehmigt werden müssen oder ob sie der Ex-post-Kontrolle unterliegen. Falls Resale-Entgelte der Genehmigungspflicht unterworfen werden, ergeben sich die Entgelte nach § 30 Abs. 5 S. 1 abweichend von § 31 Abs. 1 TKG aus einem Abschlag auf den Endnutzerpreis (sog. „Retail-Minus“). Somit ist mit § 30 Abs. 5 S. 1 TKG eine Ausnahme der Regulierung auf Basis von KeL festgelegt. Nach § 30 Abs. 5 S. 2 TKG müssen die entsprechenden Entgelte aber mindestens den KeL entsprechen. Im Falle der Auferlegung einer Ex-post-Kontrolle unterliegen Resale-Entgelte – wie auch andere ex post regulierten Entgelte – der Missbrauchsprüfung nach § 28 TKG.

*Tele2* hält zum einen statt bei der Erlösbetrachtung eines effizienten Wettbewerbers verschiedene Märkte einzubeziehen eine Beschränkung auf den der jeweiligen Leistung nachgelagerten Endnutzermarkt für geboten. Zum anderen reicht es *Tele2* nicht aus, eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals über verschiedene Vorleistungsprodukte zu erzielen. Sie fordern, eine angemessene Verzinsung bei einem Geschäftsmodell, das ausschließlich auf Resale basiert, zu erzielen. Diese Sichtweisen sind nicht überzeugend. Prüfungen zur Sicherstellung einer angemessenen Verzinsung bei Resale-Entgelten nach § 30 Abs. 5 S. 1 TKG und § 28 Abs. 2 Nr. 2 sollten – soweit möglich – analog durchgeführt werden, um etwaige Inkonsistenzen zu vermeiden. Der Wortlaut von § 30 Abs. 5 S. 1 („..., der einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung

des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglicht“) und § 28 Abs. 2 Nr. 2 („..., um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen“) ist fast identisch. Daher sollte die Bezugnahme auf den Endnutzermarkt analog erfolgen. Nach der Gesetzesbegründung zu § 28 ist es nicht notwendig, dass die Erzielung einer angemessenen Verzinsung für jeden einzelnen Tarif ermöglicht wird, sofern sichergestellt ist, dass effiziente Konkurrenten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht diese Tarife in Kombination nachvollziehen können. Es ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob ein einzelner Tarif oder eine Kombination von Tarifen für den vorliegenden Fall den effizienten Wettbewerber besser abbildet. Auch bei der Frage, wie ein effizienter Wettbewerber definiert wird, ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob ein Geschäftsmodell ausschließlich auf Resalebasis effizient ist oder ob ein effizienter Anbieter verschiedene Vorleistungen in Anspruch nimmt. Falls ausschließlich Resale nicht als effizientes Geschäftsmodell angesehen wird, ist es ausreichend, wenn in Kombination von verschiedenen Vorleistungen eine angemessene Verzinsung erreicht wird.

#### Zu 5.3.4 Ansätze zur Beseitigung identifizierter Konsistenzprobleme

Hinsichtlich der Sicherstellung von Konsistenz zwischen regulierten und unregulierten Leistungen ist zunächst zu unterscheiden zwischen

- (a) unregulierten (z. B. freiwilligen) Leistungen, die einem SMP-Markt angehören und
- (b) unregulierten Leistungen, die einem Nicht-SMP-Markt zuzuordnen sind.

Im Fall (a) unterliegen die Entgelte gem. § 30 Abs. 3 S. 1 TKG im Regelfall der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 TKG und mithin den Maßstäben des § 28 TKG. In diesem Fall ist es insoweit zur Sicherstellung der Konsistenz möglich, auch die Entgelte der freiwilligen Leistungen regulatorisch zu kontrollieren und ggf. anzupassen.

Liegt hingegen Fall (b) vor, wird zwar ebenfalls die Möglichkeit gesehen, eine Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung durchzuführen. Allerdings kann es dann zu der dargestellten Problematik kommen, dass die Bundesnetzagentur ggf. nicht ohne weiteres in der Lage ist, Konsistenz zu gewährleisten.

Mit Blick auf die von einigen Unternehmen positiv bewertete Möglichkeit einer Vorteilsabschöpfung, stellt *BUGLAS* die Frage, wie Effekte einer Wettbewerbsverdrängung nachträglich abgeschöpft werden sollten und welche Sinnhaftigkeit in dieser Maßnahme liege, wenn der Wettbewerb bereits nachhaltig Schaden genommen habe. Hierzu ist aus hiesiger Sicht anzumerken, dass derartige Instrumente typischerweise auch bereits im Vorfeld ihrer möglichen Anwendung eine disziplinierende Wirkung entfalten. Insofern können auch Optionen nachträglicher Maßnahmen durchaus einen Beitrag zur Sicherstellung wettbewerbskonformen und nicht-missbräuchlichen Verhaltens leisten.

Ergänzend hierzu ist auch die Möglichkeit einer Entgeltgenehmigung unter Auflagen in Betracht zu ziehen. Dies würde bedeuten, dass die Genehmigung eines regulierten Entgelts etwa an eine Bedingung dahingehend zu knüpfen wäre, dass ein bestimmter Abstand zum Entgelt eines alternativen Vorleistungsproduktes einzuhalten ist, wenn andernfalls eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (zumindest auch) im Hinblick auf den regulierten Markt oder - im

Fälle gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienste – das Vorliegen einer Diskriminierung zu erwarten wären. Da eine derartige Wettbewerbsverzerrung (und/oder Diskriminierungspraxis) dazu führen könnte, die Effektivität der Regulierungsmaßnahmen auf dem SMP-Markt erheblich zu verringern, bzw. dazu, dass das marktbeherrschende Unternehmen die als erforderlich erachtete Vorleistungsregulierung unterlaufen könnte, ist in einer Genehmigung unter Auflagen grundsätzlich ein zielführendes Mittel zur Gewährleistung eines konsistenten Entgeltregulierungsregimes zu sehen. Andernfalls müsste die erforderliche Konsistenz auf wettbewerbsrechtlicher Basis sichergestellt werden.

Zu 6. Konsistente Entgeltregulierung unter Bedingungen des technologischen Wandels

Zu 6.1 Next Generation Access Networks (NGA)

Zu 6.1.3 Übergangsprobleme der Migration zu NGA

In einer Stellungnahmen (BUGLAS) wird kritisiert, dass im Zuge des Migrationsprozesses die Option eines unmittelbaren Umstellens ohne eine Phase zeitlichen Übergangs gar nicht bestünde.

Die Bundesnetzagentur hält diese Argumentation insoweit für plausibel, da die mit der NGA-Migration einhergehenden netzstrukturellen Veränderungen so weit reichend sind, dass die praktische Umsetzung zumindest eine gewisse Übergangsphase erfordert. Plausibel ist daher auch das Argument, dass ein Parallelbetrieb auch deshalb erforderlich ist, um den Bestandskunden unterbrechungsfreie Leistungen anbieten zu können. Dies findet auch seinen Niederschlag in der Feststellung in den Konsistenzhinweisen, *„dass der Übergang zeitlich so auszugestalten ist, dass er von den Wettbewerbern auch administrativ-organisatorisch zu bewältigen ist“*.

Wenn insofern eine Übergangsphase schon aus Praktikabilitätsgründen erforderlich ist, stellt sich insbesondere die Frage nach der Dauer eines Parallelbetriebs und – damit verbunden – wie lange bisherige Vorleistungen anzubieten sind.

Neben einem solchen möglichst reibungslosen Übergang ist gleichzeitig aber zu gewährleisten, dass die mit dem Übergang zu NGA verbundenen Effizienzsteigerungs- und Kostensenkungspotentiale auch realisiert werden können.

Die Bundesnetzagentur teilt im Übrigen die Einschätzung, dass vor dem Hintergrund dieser Anforderungen der Transparenz über Netzumbaumaßnahmen eine zentrale Rolle zukommt. Zur Erhöhung der Transparenz kann auch das vorgesehene NGA-Forum beitragen.<sup>3</sup>

Zu 6.2 Next Generation Networks (NGN)

Grundsätzlich ist zunächst anzumerken, dass die Ausführungen in Abschnitt 6.2 Next Generation Networks nicht darauf abzielten, an dieser Stelle eine neuerliche Diskussion über ein geeignetes zukünftiges Zusammenschaltungssystem zu führen. Hierzu sei auf den Diskussionsprozess zu den „Rahmenbedingungen der Zusammenschaltung IP-basierter Netze“ sowie zu den Zusammenschal-

---

<sup>3</sup> S. NGA-Eckpunkte der Bundesnetzagentur, Abschnitt 6.1.

tungseckpunkten hingewiesen. Vielmehr sollte aufgezeigt werden, an welcher Stelle Konsistenzfragen im NGN-Kontext entstehen können.

Das Argument (DTAG), wonach ein Widerspruch bestünde zwischen der Befürwortung von Bill & Keep durch die Bundesnetzagentur und der Aussage, dass zu prüfen sei, ob in FttB-Netzen ggf. höhere Terminierungsentgelte als im PSTN gerechtfertigt sein könnten,<sup>4</sup> wird seitens der Bundesnetzagentur nicht so gesehen. Denn die in den Eckpunkten zur Diskussion gestellte Frage, ob ggf. höhere Terminierungsentgelte für FttB-Netze adäquat sind, ist überhaupt nur im Rahmen des bisherigen CPNP-Abrechnungssystems relevant und wird auch nur in diesem Kontext geprüft, da nur hier Terminierungsentgelte auf der Vorleistungsebene zur Anwendung kommen. Bei Bill & Keep hingegen werden die anfallenden Kosten demgegenüber gerade nicht auf der Vorleistungsebene entgolten. Insofern sind die Fragestellungen „höhere Terminierungsentgelte“ und „geeignetes Abrechnungssystem“ getrennt voneinander zu sehen. Davon abgesehen hat die Bundesnetzagentur in ihren Eckpunkten klar zum Ausdruck gebracht, dass eine Entscheidung über höhere Entgelte erst i.R. eines konkreten Verfahrens zu treffen ist.

### Zu 6.2.3 Migrationsaspekte

Die Bundesnetzagentur hat in ihrer letzten Entscheidung zu den IC-Entgelten klar begründet, weshalb bei der KeL-Bestimmung auf das PSTN zu Wiederbeschaffungspreisen zurückgegriffen wurden. I.R. der nächsten IC-Entscheidung wird die Begründung, die die Entwicklungen Richtung NGN unberücksichtigt lässt – auch vor dem Hintergrund des dann bereits realisierten Netzbbaus – nach derzeitiger Einschätzung künftig nicht mehr vertretbar sein.

Zur Frage Wiederbeschaffungskosten vs. historische Kosten sei auch auf die Ausführungen zu Abschnitt 3.2. verwiesen.

Im Hinblick auf die vorgetragenen Argumente zu einem Gleitpfad sowie zur Frage eines einheitlichen Preisniveaus sieht die Bundesnetzagentur im Kern ihre Position bestätigt.

Der dem TKG für die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zugrunde liegende Kostenstandard der Long-run-incremental-costs spricht gegen die Verwendung zweier unterschiedlicher Preisregimes. Ein Gleitpfad könnte dann angebracht sein, wenn angesichts der (potentiellen) Dimension der Kostenveränderung durch das NGN ein sofortiger Übergang auf dessen Niveau evtl. zu disruptiv für den Markt und speziell für die Anbieter von Zusammenschaltungsleistungen wäre. Ein solcher Gleitpfad steht auch nicht im Gegensatz dazu, dass das KeL-Konzept „im Prinzip keine technologieabhängige Preisdifferenzierung und kein Nebeneinander verschiedener Preise kennt“.<sup>5</sup>

Letztlich stellt ein Gleitpfad einen *pragmatischen* Ansatz dar, den Übergangsprozess abzufedern. Inwieweit und in welcher Form ein solcher Gleitpfad ggf. Anwendung finden soll, ist i.R. konkreter Entscheidungen zu beurteilen.

---

<sup>4</sup> Hierzu vgl. Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur“, Abschnitt 4.3.3.

<sup>5</sup> Vgl. Abschlussbericht „Rahmenbedingungen der Zusammenschaltung IP-basierter Netze, Abschnitt A.1.7.

#### IV. Anpassungen bzw. Ergänzungen des Konsultationsdokumentes

Auf Grundlage der eingegangenen Stellungnahmen sind verschiedene Abschnitte des Grundsatzpapiers identifiziert worden, die von den Kommentierenden als diskussionswürdig angesehen wurden. Mit Blick auf diese Textpassagen sind auf Basis der Auswertung der Anhörung erläuternde Ausführungen ergänzt bzw. Anpassungen vorgenommen worden, um auf diese Weise aufgetretene Missverständnisse auszuräumen und Präzisierungen herbeizuführen.

In diesem Sinne sind im Wesentlichen im Hinblick auf folgende Aspekte Ergänzungen bzw. Klarstellungen vorgenommen worden:

- Ergänzungen zum Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 II TKG und anderen Normen (Abschnitt 2.1.4);
- Klarstellung zum Konzept der „ladder of investment“ (Abschnitt 2.2.2);
- Ergänzungen zum Aspekt Innovationen (Abschnitte 2.2.1, 2.2.2 und 3.2);
- Präzisierungen bzgl. der Bestimmung des „effizienter Wettbewerbers“ (Abschnitt 4.1.2);
- Ausführungen zur Frage von Preis-Kosten-Scheren-Prüfungen bei Vorliegen verschiedener Vertragsvarianten auf der Vorleistungsebene (Abschnitt 4.1.2);
- Erläuterungen mit Blick auf Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung bei Vorliegen verschiedener Vertragsvarianten auf Vorleistungsebene (Abschnitt 5.2);
- Ergänzung der Ansätze zur Beseitigung etwaiger Konsistenzprobleme (Abschnitt 5.3.4);
- Modifikationen zu etwaigen Übergangsproblemen der Migration zu NGA (Abschnitt 6.1.3);
- Klarstellungen im Hinblick auf die Ausführungen zu Zusammenschaltungssystemen (Abschnitt 6.2.1);
- Präzisierung zum Verhältnis von Gleitpfad-Ansatz und KeL-Maßstab (Abschnitt 6.2.3).