

B · B · O · R · S | KREUZNACHT Postfach 101402 D-40005 Düsseldorf

Bundesnetzagentur für Elektrizität,
Gas, Telekommunikation, Post und
Eisenbahnen
Referat 111
Herrn Radeck
Tulpenfeld 4

53113 Bonn

vorab per E-Mail

Sekretariat
Frau Zopes Tel: -243 /Fax: -201
raedler@bbors-kreuznacht.de

Unser Zeichen
3500/09
fu D181865

Düsseldorf
01. Juli 2009

DÜSSELDORF

Roland Bornhofen
Dr. Jens Buchta
Thomas A. Oerter
Dr. Peter Rädler, LL.M.
Dr. Grace Nacimiento, LL.M.
Dipl.-Ing. Manfred Pohl
Dr. Kai-Peter Ott
Dr. Jutta C. Möller
Sibylle Anschütz, LL.M.
Michael Neumann
Marcell Glang, LL.M.
Gavin Worok
Dr. Carolin Küll, LL.M.

MÜNSTER

Dr. Frank Kreuznacht
Dr. Hans-Peter Schmies
Thore Voß
Dr. Alexander Berger, LL.M.
Stephan Birke
Günter Kossmehl
Tina Ablas, LL.M.

**Hinweise zur konsistenten Entgeltregulierung i.S.d. § 27 Abs. 2 TKG
(Amtsblatt, Mitteilung-Nr. 262/2009)**

Sehr geehrter Herr Radeck,
sehr geehrte Damen und Herren,

zu der o.g. Mitteilung der Bundesnetzagentur im Amtsblatt-Nr. 9/2009
melden wir uns für unsere Mandantin Communication Services TELE2
GmbH, In der Steele 39, 40599 Düsseldorf (TELE2); unsere ordnungs-
gemäße Bevollmächtigung wird anwaltlich versichert.

TELE2 begrüßt die vorgesehenen Hinweise zur konsistenten
Entgeltregulierung als Ergänzung der von der Bundesnetzagentur
erarbeiteten Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren. TELE2 hält es allerdings
für verfehlt, dass die Hinweise zur konsistenten Entgeltregulierung nicht

Berliner Allee 10
D - 40212 Düsseldorf
Telefon +49 (0)211 88297-297
Telefax +49 (0)211 88297-200
duesseldorf@bbors-kreuznacht.de

nur in einem zeitlichen, sondern offenbar auch in einem inhaltlichen Zusammenhang mit den zeitgleich von der Bundesnetzagentur vorgelegten Eckpunkten über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur stehen. Aus Sicht von TELE2 ist 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 wird.

Es sei vorab angemerkt, dass TELE2 mit ihrer Beteiligung an dem Joint Venture Plusnet GmbH in erheblichem Umfang in TAL-Infrastruktur investiert hat. Gerade aufgrund dieser eigenen Infrastrukturleistungen sind für TELE2 allerdings auch die ökonomischen Grenzen eines Infrastrukturausbaus und die damit einhergehende Notwendigkeit eines komplementären Dienstewettbewerbs erkennbar.

Im Folgenden orientieren wir unsere Stellungnahme an der Struktur der Hinweise zur konsistenten Entgeltregulierung (im Folgenden „Hinweise“); aus diesem Grund haben wir auch die Nummerierung entsprechend den Abschnitten in den Hinweisen übernommen.

2.1 Begriff der Konsistenz von Entgeltregulierungsmaßnahmen

Den Hinweisen liegt zugrunde, dass es sich bei dem Konsistenzgebot im Sinne von § 27 Abs. 2 TKG um eine Verfahrensanweisung an die Bundesnetzagentur (S. 7) handele, die lediglich ein „formales Prinzip“ (S. 12) beinhalte, aber „keine eigenständigen materiellen Maßstäbe der Entgeltregulierung“ (S. 11).

Dieser Ansatz wird dem normativen Gehalt des Konsistenzgebots - von dem auch die Hinweise an anderer Stelle ausgehen (S. 8: „Das Verhältnis dieser Norm zu anderen entgeltrelevanten Vorschriften“) - nicht gerecht. Zwar begründet das Konsistenzgebot keine Verpflichtungen oder verfahrensrechtlich relevanten Maßstäbe, die von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einzuhalten wären (wie § 28 und § 31 Abs. 1 TKG). Verpflichtete aus § 27 Abs. 2 Satz 1 TKG ist allein die Bundesnetzagentur, welche die Vorgabe einzuhalten hat, die Entgeltregulierungsmaßnahmen inhaltlich und im Verhältnis zu den

Regulierungszielen abzustimmen. Eine derartige Zielsetzung schließt jedoch einen materiell-normativen Maßstab nicht aus. Der in den Hinweisen zitierten Begründung des Gesetzgebers zu § 26 TKG-E ist zu entnehmen, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen der Bundesnetzagentur nicht ihrerseits zu nach § 28 unzulässigen Wettbewerbsverzerrungen – der Gesetzgeber nennt insoweit die Preis-Kosten-Schere (BT-Drs. 15/2316, S. 67) – führen dürfen. In gleicher Weise kennt das Gemeinschaftsrecht die aus Art. 10 EG abgeleitete Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu unterlassen, die zu einer Begründung, Förderung oder Verstärkung missbräuchlichen Verhaltens im Sinne von Art. 82 EG führen würden (vgl. EuGH, Ladbroke Racing, Ur. v. 11.11.1997, Rs. C-359/97; allg.: Dirksen, in: Langen/Bunte, Europ. Kartellrecht Bd. 2, 10. Aufl. 2006, Art. 82 Rdnr. 6). Zwar kann das Konsistenzgebot Abwägungsentscheidungen¹ erforderlich machen, für die zu prüfen wäre, inwieweit sie einem Regulierungsermessen der Bundesnetzagentur zuzuordnen sind. Dies schließt jedoch einen materiell-normativen Gehalt nicht aus. Ermessensfehlerhaft wäre es auch bei Zugrundelegung eines Regulierungsermessens, wenn Entgeltmaßnahmen zu Wettbewerbsverzerrungen im Sinne von § 28 TKG führen würden.

2.2.2 Mögliche Zielkonflikte

Den Hinweisen liegt zugrunde, bei der Erfüllung des Konsistenzgebots werde „ein effizientes Verhältnis von Infrastruktur- und Dienstewettbewerb erreicht“ (S. 14). Dabei soll zur Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen „ein nach den für die Investitionsentscheidungen relevanten langfristigen Kosten bestimmtes konsistentes Entgeltsystem ausreichend“ sein (S. 15 oben).

Diese Überlegungen enthalten aus Sicht von TELE2 einseitige, möglicherweise durch aktuelle Diskussionen zum Breitbandausbau beeinflusste Auslegungen von § 27 Abs. 2 TKG. TELE2 hält es für dringend erforderlich, dass die Hinweise auf einem ausgewogenen Verhältnis der Regulierungsziele beruhen. Die Notwendigkeit eines

¹ Der Ansatz eines normativen Rahmens für Abwägungsentscheidungen (Hinweise, S. 70) erscheint in der rechtlichen Diskussion deutlich vorzugswürdig gegenüber der ökonomischen Begrifflichkeit, es sei eine „optimale, nicht eine maximale Konsistenz anzustreben“ (Hinweise, S. 14 sowie S. 49 und S. 57).

ausgewogenen Verhältnisses von Dienste- und Infrastrukturwettbewerb wird in den Hinweisen an anderen Stellen auch hervorgehoben (S. 18, ähnlich S. 39).

Soweit die aktuelle Fassung der Hinweise aus dem Konsistenzgebot eine Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen ableiten will (in den Schlussfolgerungen, S. 68, heißt es ausdrücklich: „Im Resultat wird mit dieser Vorgabe ... die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen angestrebt“), ist hierfür eine Begründung aus § 27 Abs. 2 TKG nicht erkennbar. Nach § 27 Abs. 2 Satz 2 TKG prüft die Bundesnetzagentur bei den jeweiligen Entgeltregulierungsmaßnahmen, ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 Abs. 2 TKG stehen. § 2 Abs. 2 TKG enthält insoweit jedoch keinen Vorrang der als Ziffer 3 der Bestimmung aufgeführten Förderungen effizienter Infrastrukturinvestitionen. Die Bundesnetzagentur hat sowohl unter dem TKG 1996 als auch unter dem TKG 2004 jeweils ein ausgewogenes Verhältnis der unterschiedlichen Zielrichtungen der Regulierungsziele angestrebt. In der bisher vorliegenden Fassung würdigen die Hinweise die Funktion von Diensteanbietern für die Ausschöpfung von Effizienzpotentialen und Wettbewerbsintensivierungen nur beiläufig (S. 43 unten) und schränken hierdurch die ansonsten durchgängige Ausrichtung des Konsistenzgebots auf Infrastrukturinvestitionen nicht ein. Ohne erkennbaren Grund scheinen die Hinweise daher die bisherige Praxis der Bundesnetzagentur, aber auch die Pluralität der Regulierungsziele in § 2 TKG zu verlassen.

Es findet sich im TKG auch keine Grundlage für die in den Hinweisen zugrunde gelegte Annahme, 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 (S. 14 unten). Zweck des TKG ist es nach dessen § 1, Wettbewerb zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Diesen gesetzlichen Zweck erfüllen Diensteanbieter unabhängig davon, ob sie die Erreichung einer infrastrukturintensiveren Wirtschaftsstufe anstreben. Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits hervorgerufen, dass auch der Weitervertrieb von Telekommunikationsdienstleistungen ohne eigene Netzinfrastruktur „zur Wettbewerbsförderung erwünscht“

ist². Das TKG kennt keine Verpflichtung der Diensteanbieter, schrittweise die „ladder of investments“ zu erklimmen.

In den Hinweisen wird an anderer Stelle hervorgehoben, dass der flächendeckende Ausbau von Infrastrukturinvestitionen ökonomisch begrenzt ist (S. 25 f.). Wettbewerb in der Fläche als Zweck des TKG und erstrangig genanntes Regulierungsziel ist daher nicht allein durch infrastrukturbasierte Wettbewerber zu erreichen. Dies lässt sich auch anhand der aktuellen Diskussion um den Ausbau von Breitbandinfrastrukturen illustrieren. Derzeit verfügen ca. 15 Mio. Schmalbandkunden der Deutschen Telekom noch nicht über einen Breitbandanschluss. TAL-basierte Anbieter haben sich aus dem Wettbewerb um diese reinen Schmalbandkunden weitgehend zurück gezogen. Nach Marktdaten u.a. des Breko sind ca. 98% der Neukunden von TAL-basierten Anbietern Kunden mit Breitbandanschluss. Wettbewerb um reine Schmalbandkunden kann daher nicht auf einem Konzept aufsetzen, das Diensteanbieter auf einen Regulierungsansatz zur Förderung von Infrastrukturinvestitionen festlegt.

Unter den Zielkonflikten behandeln die Hinweise das Verhältnis zwischen statischer und dynamischer Effizienz (S. 14). In der Begründung zum TKG ist die Frage nach einer kurz- oder längerfristig ausgerichteten Entgeltregulierung dem Abschnitt 3 zwar vorangestellt (a.a.O., S. 66). In der Sache handelt es sich bei dem Verhältnis zwischen statischer und dynamischer Effizienz jedoch nicht um eine Frage des Konsistenzgebots, sondern der Auslegung des Effizienzbegriffs im Rahmen von § 28 Abs. 1 TKG (dazu unten 4.1.4).

² BVerwG, „Simyo“ Urteil vom 18.12.2007, Az. 6 C 47.06, Rdnr. 32: „Denn nach den dem Telekommunikationsgesetz zugrundeliegenden Zielvorstellungen ist der (Weiter-)Vertrieb von Telekommunikationsdienstleistungen ohne eigene Netzinfrastruktur (s. auch § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG) zur Wettbewerbsförderung erwünscht. Indem Diensteanbieter neue Produkte unter Nutzung der nachgefragten Vorleistungen vergleichsweise kostengünstig erstellen und relativ preiswert den Endkunden anbieten, verbreitern sie die Angebotspalette und beleben den Endkundenmarkt. Den schutzwürdigen Interessen des Netzbetreibers wird im Wesentlichen dadurch genügt, dass er seine Investitionskosten in die von den Diensteanbietern geforderten Vorleistungspreise einfließen lassen darf“.

3.1 Nachfragegerechtes Vorleistungsangebot

In den Hinweisen wird ausgeführt, Grundlage eines konsistenten Entgeltregimes bilde ein nachfragegerechtes Vorleistungsangebot (S.15 unten); im Einzelnen aufgeführt werden dabei TAL, Linesharing, Bitstrom und „weitere unverzichtbare Vorleistungen“ (S. 16-17).

Das Konsistenzgebot kann begriffslogisch nur bei einer Mehrzahl entgeltregulierter Vorleistungen zur Anwendung kommen. Anders als die Hinweise nahe zu legen scheinen, ist dem Konsistenzgebot jedoch in keiner Weise eine Festlegung auf bestimmte Zugangsleistungen zu entnehmen. Daher erscheint es auch verfehlt, wenn in den Hinweisen – möglicherweise mit einer impliziten Abstufung – lediglich infrastrukturbasierte Zugangsleistungen wie TAL und Linesharing und im Übrigen nur kurz Zusammenschaltungsleistungen als nicht näher begründete „unverzichtbare Vorleistungen“ genannt werden. Die (aus Sicht von TELE2 verfehlt) Auslegung des Konsistenzgebots im Sinne einer Vorgabe zur Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen scheint sich insoweit fortzusetzen.

Ein am TKG orientierter Überblick über Zugangsleistungen müsste die gesetzliche Verpflichtung zum Angebot von Preselection und Call-by-Call (§ 40 Abs. 1 TKG) und die hierfür erforderlichen Zusammenschaltungsleistungen ebenso nennen wie die Möglichkeit zur Auferlegung eines Resale-Zugangs (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG).

4.1.3 Frage nach dem Erfordernis einer marktbeherrschenden Stellung beim „entsprechenden“ Endkundenprodukt

In den Hinweisen wird ausgeführt, dass für die Durchführung eines Preis-Kosten-Scheren-Tests die Feststellung beträchtlicher Marktmacht für das Vorleistungsprodukt ausreichend sei; das zu betrachtende Endnutzerentgelt müsse folglich nicht der Regulierung unterliegen (S. 27).

TELE2 begrüßt ausdrücklich diese Klarstellung zu den früheren Hinweisen zu Preis-Kosten-Scheren. Der Wortlaut des TKG enthält, worauf die Hinweise bereits verweisen, kein Erfordernis einer beträchtlichen Marktmacht auch auf dem entsprechenden

Endkundenmarkt. Eine erforderliche doppelte Marktbeherrschung sowohl auf dem Vorleistungs- als auch auf dem Endkundenmarkt würde zudem über das allgemeine Wettbewerbsrecht hinausgehen. Das EuG hat in seinem Urteil vom 30.11.2000 klargestellt, dass das Verbot der Preis-Kosten-Schere im Sinne von Art. 82 EG eine beherrschende Stellung allein auf dem Markt der Vorprodukte voraussetzt (Rs. T-5/97, „Industries de Poudres Sphériques“, Rdnr. 178). Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BGH zur Drittmarktbehinderung: Danach liegt ein Behinderungsmissbrauch im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB auch dann vor, wenn das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmen erhebliche Wettbewerbsbehinderungen auf einem (nicht beherrschten) Drittmarkt entfaltet (Urt. v. 04.11.2003, KZR 16/02, „Strom und Fon I“). Diese Erstreckung des Missbrauchsverbots auch auf Auswirkungen auf Drittmärkten hat auch das BVerwG für das Verbot des Behinderungsmissbrauchs nach § 43 Abs. 1 TKG anerkannt (Urt. v. 14.08.2007, Az. 6 C 21.06, „Gelbe Seiten“, Rdnr. 16). Diese gemeinsame Rechtsprechung vom BGH und BVerwG ist auf § 28 Abs. 1 TKG als spezialgesetzlichen Tatbestand für einen Behinderungsmissbrauch durch Entgeltmaßnahmen übertragbar.

4.1.4 EuG-Urteil im DTAG-Fall vom 10.04.2008

Die Hinweise greifen ergänzend zu den Hinweisen zu Preis-Kosten-Scheren das Urteil des EuG vom 10.04.2008 (Rs. T-271/03) zur Bußgeldentscheidung der EU-Kommission vom 21.05.2003 gegen Deutsche Telekom auf.

Anknüpfungspunkt für Preise-Kosten-Scheren-Tests

In den Hinweisen wiederholt die Bundesnetzagentur als eine der Kernaussagen der Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren, dass der relevanten Endkundenmarkt „nach den relevanten Geschäftsmodellen effizienter Wettbewerber“ zu bestimmen sei (S. 24). Die abweichende Auffassung der EU-Kommission, die eine Mischkalkulation aus Entgelten für Telefonanschlüsse und Telefonverbindungen ausdrücklich ablehnte und die vom EuG bestätigt wurde, wird einschränkend auf den damaligen Stand der Wettbewerbsentwicklung bezogen.

Insoweit wird jedoch nicht berücksichtigt, dass das EuG nicht nur die konkreten Aussagen der EU-Kommission zur Mischkalkulation und zu den unterschiedlichen Geschäftsmodellen der Wettbewerber aufgegriffen hat. Das EuG geht vielmehr in seiner Ablehnung einer Mischkalkulation noch über die EU-Kommission hinaus. Das EuG verweist auf die Wettbewerbsverfälschung, welche dadurch eintritt, dass Deutsche Telekom als Eigentümerin des Netzes nicht auf Vorleistungen zurückzugreifen braucht und daher – anders als Wettbewerber – keiner Notwendigkeit unterliegt, im Anschlussbereich erlittene Verlust durch andere Erlöse zu kompensieren (Urt. vom 10.04.2008, Rdnr. 238). Die Wettbewerbsverfälschung wirke sich sowohl auf dem Markt für Telefonanschlüsse (Endkunden-Zugangsdienste) als auch auf dem Markt für Telefonverbindungen aus. Demnach ist schon nach allgemeinem Wettbewerbsrecht und erst recht für das Regulierungsrecht eine Mischkalkulation generell unzulässig.

Zugrunde zu legender Effizienzgrad

Die Hinweise enthalten zudem eine Abgrenzung zu dem vom EuG (Rdnr. 188 und Rdnr. 192) entwickelten Effizienzgrad, wonach der effiziente Wettbewerber ebenso leistungsfähig zu sein habe wie der Marktbeherrscher (S. 31). Diese Betonung eines regulierungsspezifischen Effizienzmaßstabs in den Hinweisen ist von erheblicher Bedeutung und wird von TELE2 mit Nachdruck unterstützt.

Die Hinweise setzen die Ausführungen des EuG in den Rahmen eines Bußgeldverfahrens; während das Bußgeldverfahren eine klare Verantwortlichkeit für den Missbrauch voraussetze, liege dem TKG eine im Wesentlichen zukunftsgerichtete Betrachtung für die Preis-Kosten-Schere zugrunde.

Aus Sicht von TELE2 ist es zutreffend, § 28 TKG in dieser Weise vor dem Hintergrund der besonderen, auf den Abbau von Marktzutrittsschranken ausgerichteten Regulierungsfunktion auszulegen. Strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken sowie das Fehlen wirksamen Wettbewerbs im Sinne von §§ 10 Abs. 2, 11 Abs. 1 TKG sind Voraussetzung für die Anwendung des Preis-Kosten-Scheren-Tests nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Daher ist eine regulierungsspezifische, gegenüber dem

allgemeinen Wettbewerbsrecht eigenständige Ausgestaltung der Missbrauchsaufsicht nach TKG vorzunehmen (in diesem Sinne auch Masing, 66. DJT, Band I, 2006, Gutachten D S. 122 f.). Auch der Begriff des effizienten Unternehmens ist entsprechend dieser Regulierungsaufgabe zu entwickeln. Der Begriff des effizienten Wettbewerbs darf daher 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 anererkennungsfähigen Kosten auch der (kleineren) Wettbewerber zugrunde gelegt sind. Zutreffend und insoweit abweichend von den Überlegungen des EuG zu Art. 82 EG ist insoweit die Feststellung des BVerwG im Zusammenhang mit der Auferlegung einer Entgeltenehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG, dass dem Effizienzkriterium „kein fester Kostensatz, sondern eine Kostenfunktion, insbesondere in Abhängigkeit von der jeweiligen Produktionsmenge“ entspricht (BVerwG, Urteil vom 10.04.2008, Az. 6 C 15.04 „Mobilfunk-Terminierungsentgelte“, Rdnr. 75).

Mit Blick auf den Effizienzbegriff des EuG im Urteil vom 10.04.2008 erscheint die Ergänzung angebracht, dass nach diesem Urteil auch im Rahmen von Art. 82 EG die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens unter Einbeziehung derjenigen Vorleistungsentgelte zu ermitteln sind, welche dem marktbeherrschenden Unternehmen – in einer hypothetischen Betrachtung – bei Inanspruchnahme der eigenen Vorleistungen für die relevanten Endkundenleistungen entstehen würden (EuG, Rdnr. 210). Dies führt bereits nach allgemeinem Wettbewerbsrecht zur Berücksichtigung der wettbewerberspezifischen Kosten bei der Kostenermittlung für die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere.

Der auch in den Hinweisen vertretene regulierungsspezifische Effizienzbegriff erübrigt die Diskussion um statische oder dynamische Effizienz (dazu aber Hinweise, S. 15). Die schon nach allgemeinem Wettbewerbsrecht gebotene Berücksichtigung von wettbewerberspezifischen Kosten beim marktbeherrschenden Unternehmen verringert bereits den Abstand der Kosten des Marktbeherrschers im Vergleich zu denen der Wettbewerber. Dies entschärft den möglichen Konflikt zwischen statischer und dynamischer Effizienz, der sich insbesondere aufgrund von Größenvorteilen etc. ergibt. Soweit Unterschiede verbleiben, sind

die Kosten des „effizienten Wettbewerbers“ im Sinne von § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG nach der genannten Rechtsprechung des BVerwG aus der zugrunde gelegten Produktionsmenge dieses Wettbewerbs zu bestimmen. Hierbei handelt es sich um eine im Einzelfall vorzunehmende Regulierungsentscheidung. Es wäre aber nicht mit dem Ansatz des BVerwG vereinbar, wenn im Vergleich zum Marktbeherrscher höhere Kosten des effizienten Wettbewerbers nur bei einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit für eine mittelfristige Überkompensation anerkannt würden (so Hinweise, S. 15).

4.3 Verhältnis von Eingriffen auf Vorleistungs- und Endkundenebene

Zu den regulatorischen Maßnahmen bei einer festgestellten Preis-Kosten-Schere wird in den Hinweisen ausgeführt, im Grundsatz seien Preis-Kosten-Scheren durch entsprechende Anpassungen der Endkundenentgelte zu beseitigen, soweit diese der Regulierung unterliegen (S. 36). Dabei sei als Vorfrage die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu prüfen.

Ist eine Preis-Kosten-Schere festgestellt, lässt sich die Erheblichkeit der Wettbewerbsbehinderung nur in Ausnahmefällen verneinen. Dafür spricht schon die im TKG gewählte gesetzliche Konstruktion der Preis-Kosten-Schere als Vermutungstatbestand für eine unzulässige Behinderung. Zudem nimmt das EuG die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbehinderung durch eine Preis-Kosten-Schere immer dann an, wenn die Wettbewerber für ihre Tätigkeit auf dem umkämpften Markt auf die jeweilige Vorleistung angewiesen sind (EuG, Urteil vom 10.04.2008, Rdnr. 237). Hinter diesen Grundsätzen darf das Regulierungsrecht nicht zurück bleiben.

Soweit Endkundenentgelte nicht der Regulierung unterliegen, muss die Bundesnetzagentur nach § 35 Abs. 3 Satz 2 TKG die Genehmigung der diesbezüglichen Vorleistungsentgelte versagen. Die Genehmigung könnte nur unter einer aufschiebenden Bedingung zur Anpassung der Endkundenentgelte erteilt werden. In diesem Fall bleibt das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nach § 37 Abs. 3 TKG zur Leistung verpflichtet. Für den Zeitraum, in dem keine (rückwirkende) Anpassung der Endkundenentgelte erfolgt, verliert das Unternehmen infolge

seines missbräuchlichen Verhaltens den Anspruch auf Genehmigung und damit auf Durchsetzung der Vorleistungsentgelte.

5.1 Grundzüge einer konsistenten Entgeltregulierung verschiedener Vorleistungen

Den Hinweisen liegt die zutreffende Erwägung zugrunde, dass die auf verschiedenen Wertschöpfungsstufen mit ihren jeweiligen Geschäftsmodellen agierenden Anbieter in der Lage sein müssen, wirtschaftlich zu operieren. Nicht nachvollziehbar ist jedoch, dass diese Erwägung u.a. aus der Zielsetzung der Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen abgeleitet wird (S. 38-39). Insoweit führen die Hinweise die aus Sicht von TELE2 verfehlte Einschränkung der Konsistenz auf die Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen weiter.

Die Erwägungen in den Hinweisen zum Verhältnis der Entgeltregulierung für TAL und IP-BSA greifen eine im Rahmen von § 28 Abs. 1 TKG geführte und auch dort zu führende Diskussionen auf. In der gleichen Weise betrifft der für die Konsistenzprüfung entwickelte „dynamische Ansatz“ (S. 41) Fragen der normativen Bestimmung des Effizienzbegriffs im Rahmen von § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG (dazu oben Ziffer 4.1.4).

5.2 Angemessenes Verhältnis von Dienste- und Infrastrukturwettbewerb

Die Hinweise leiten aus der Genehmigungsentscheidung für die IP-BSA-Entgelte vom 13.05.2008 (BK3c-08-004) ab, der dortige Maßstab zur Prüfung einer sog. Kosten-Kosten-Schere könne als Ausdruck der gesetzlichen Vorgabe verstanden werden, Anreize für effiziente Investitionen zu setzen bzw. zu erhalten (S. 42). Dieses Verständnis ist nach Auffassung von TELE2 der Entscheidung vom 13.05.2008 nicht zu entnehmen. Es entspricht der regulären Prüfung einer Kosten-Kosten-Schere, dass das Geschäftsmodell auf vorgelagerter Wirtschaftsstufe nicht mit einer negativen Marge belastet werden darf. Dieser Grundsatz gilt aber in gleicher Weise auch zwischen nicht-infrastrukturbasierten Diensten.

Zumindest erläuterungsbedürftig ist die Erwägung in den Hinweisen, wonach potenzielle Margendifferenzen zwischen verschiedenen Geschäftsmodellen „nur in eine Richtung als zulässig erachtet werden“ können (ebd.). Nicht haltbar wäre jedenfalls die Aussage, eine negative bzw. geringere Marge bei Dienstangeboten sei bei einer positiven Marge für das entsprechende Infrastrukturangebot hinnehmbar. Diensteanbieter sind für ihre Geschäftsfähigkeit in gleicher Weise wie Infrastrukturanbieter auf eine im Ergebnis positive Marge angewiesen. Die in den Hinweisen zu Recht betonte ausgewogene Balance zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb würde daher gestört, wenn zu Gunsten von infrastruktur-basierten Angeboten die fehlende Rentabilität und damit mittelfristig der Wegfall von (reinen) Dienstangeboten hingenommen würde oder aus diesem Grund Dienstewettbewerb gar nicht entstehen würde.

Die Hinweise scheinen infrastruktur-basierten Angeboten eine tendenziell höhere Marge als (reinen) Diensteanbietern zuzubilligen und dies auf die unterschiedlichen Geschäftsrisiken stützen zu wollen (S. 42). Rechtlich betrifft dies die angemessene Kapitalverzinsung der jeweiligen Geschäftsmodelle effizienter Wettbewerber im Sinne von § 28 Abs. 2 Nr. 2 bzw. – in Bezug auf Kosten-Kosten-Scheren - im Rahmen des allgemeinen Verbots der Wettbewerbsbehinderung nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG. Soweit sich die Hinweise auf die Marge vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen (EBITDA) beziehen, ist es zutreffend, dass sich ab Erreichen einer (effizienten) Skalierung der risikobehaftete Übergang von dem Wiederverkauf auf eine Infrastruktur-basierte Leistung rentieren muss. Allerdings hat es die Bundesnetzagentur in ihren Hinweisen zu Preis-Kosten-Scheren bisher abgelehnt, für Wettbewerber eine vom Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht abweichende Kapitalverzinsung anzusetzen. Die jetzigen Überlegungen in den Hinweisen zu Risikodifferenzen verschiedener Geschäftsmodelle sollten Anlass dazu geben, insoweit zu einer abweichenden Positionierung zu kommen.

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

Die Hinweise betonen die mögliche Konsistenz zwischen bottom-up und auf Retail-Minus-Basis kalkulierten Vorleistungsentgelten und

unterstreichen insoweit die durch Resale-Leistungen erzielbare Ausschöpfung von Effizienzpotentialen und Wettbewerbsintensivierung. Diese zutreffenden Gesichtspunkte stehen aus Sicht von TELE2 einem Verständnis des Konsistenzgebots entgegen, welches in erster Linie auf die Förderung von Infrastrukturinvestitionen ausgerichtet sein soll.

Zum Entgeltmaßstab nach § 30 Abs. 5 TKG wird in den Hinweisen beiläufig ausgeführt, dieser gelte für den Fall der Auferlegung der Genehmigungspflicht einer Resale-Leistung (S. 44). Aus Sicht von TELE2 bedarf dies der Differenzierung. Gemeinschaftsrechtlich muss der Bundesnetzagentur nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des BVerwG (u.a. Urteil vom 02.04.2008, Az. 6 C 15.07, Rdnr. 63) bei der Auswahl der Maßstäbe zur Entgeltregulierung immer auch die Möglichkeit der Auferlegung der harten KeL-Entgeltregulierung verbleiben. Gerade der Gesichtspunkt der Konsistenz spricht dafür, die Entgelte für Resale-Leistungen am KeL-Maßstab auszurichten. Diese Konsistenz wäre nicht gewährleistet, wenn Entgelte für Resale-Leistungen der ex Post-Entgeltkontrolle unterliegen und sich durch einen etwaigen Erheblichkeitszuschlag auf Vergleichsentgelte eine Verzerrung gegenüber anderen Vorleistungsentgelten oder den Endkundenentgelten ergibt. Soweit in den Hinweisen (S. 48) auf die Rechtsprechung des VG Köln zum höchsten unverzerrten Vergleichspreis verwiesen wird (VG Köln, Urteil vom 15.09.2005, Az. 1 K 8432/04), wäre der Vorbehalt angebracht, dass insoweit keine höchstrichterliche Klärung besteht. Ein regulierungsspezifischer Ansatz für die Entgeltregulierung beinhaltet aus Sicht von TELE2, dass der im allgemeinen Wettbewerbsrecht teilweise angenommene Missbrauchszuschlag nicht in die Prüfung nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG übertragen wird.

Bei der Auslegung des Maßstabs nach § 30 Abs. 5 Satz 1 TKG verdient es Zustimmung, dass die Hinweise insoweit eine Anlehnung an die Maßstäbe in § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG vornehmen (u.a. S. 47). Insoweit folgt aus der Systematik des TKG, dass die Entgeltregulierung von Resale-Leistungen jedenfalls nicht hinter dem Niveau der allgemeinen Entgeltmissbrauchskontrolle nach § 28 Abs. 1 TKG zurückbleiben kann. Unabhängig von diesem systematischen Ansatz streitet hierfür auch das Konsistenzgebot.

Davon ausgehend sind jedoch aus Sicht von TELE2 verschiedene, in den Hinweisen erörterte Einzelaspekte nicht mit § 30 Abs. 5 Satz 1 TKG vereinbar:

Charakterisierung eines effizienten Anbieters von TK-Diensten

Die Hinweise halten es für ausreichend, dass eine angemessene Kapitalverzinsung auf Basis verschiedener Vorleistungen erreicht wird, wenn zu erwarten ist, dass effiziente Retail-Wettbewerber ihre Endkundenprodukte nicht ausschließlich auf Basis der Resale-Vorleistung produzieren und vermarkten (S. 45).

Die Hinweise scheinen hier – ebenso wie im Rahmen von § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG – eine Erlösbetrachtung des effizienten Wettbewerbers über verschiedene Märkte vornehmen zu wollen. Dies ist für § 30 Abs. 5 Satz 1 TKG in gleicher Weise unangebracht wie bei § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG bzw. § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG (dazu oben Ziffer 4.1.4). Dabei lässt sich allerdings gerade dem Wortlaut von § 30 Abs. 5 Satz 1 TKG die klare Bezugnahme auf einen einzelnen Endnutzerpreis („Abschlag auf den Endnutzerpreis“) entnehmen. Erlaubt die Höhe des Abschlags zwischen Endnutzerpreis und Vorleistungspreis (Resalepreis) keine Profitabilität des Resellers, darf es dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht zum Vorteil gereichen, dass der Reseller darüber hinaus weitere Vorleistungen in Anspruch nimmt und auf dieser Basis bisher Gewinne erzielen konnte. Ist etwa die andere Vorleistung am KeL-Maßstab reguliert, müsste die in den Hinweisen favorisierte Mischbetrachtung auf Erlösebene dazu führen, dass der Reseller zu einer Quersubventionierung der für die Resale-Leistung an sich bestehenden negativen Marge verpflichtet wäre. Eine solche Mischkalkulation führt nach den Feststellungen zu EuG im Urteil vom 10.04.2008 zu einer Wettbewerbsverfälschung und damit zu einer Wettbewerbsbehinderung im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG.

Bestimmung des zu betrachtenden Endnutzermarktes

Aus diesen Gründen muss es auch für die Bestimmung des relevanten Endnutzermarktes bei dem Endnutzermarkt verbleiben, welcher der Resale-Leistung nachgelagert ist. Nach den Hinweisen

soll dagegen der Endnutzermarkt „im Wesentlichen nach den relevanten Geschäftsmodellen effizienter Wettbewerber“ bestimmt werden (S. 56). Wie dargestellt, bleibt diese Auffassung schon hinter dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zurück.

Abschlagbestimmungen

Bei der Abschlagsbestimmung setzen die Hinweise den zur angemessenen Verzinsung des Wettbewerbers erforderlichen Abschlag mit den „vermeidbaren Kosten“ auf der Seite des Anbieters der Resale-Leistungen gleich (S. 46). Dies wäre nur richtig, wenn auch die Kapitalverzinsung des Wettbewerbers mit der des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht identisch wäre. Aus Sicht von TELE2 ist, wie ausgeführt, eine auf die Geschäftsrisiken des Wettbewerbers bezogene Festlegung der Kapitalverzinsung erforderlich. Die so ermittelte Kapitalverzinsung wird regelmäßig von der für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anerkannten Kapitalverzinsung abweichen.

5.3.2 Konsistenz zwischen ex ante- und ex post-regulierten Vorleistungsentgelten

In den Hinweisen werden zu Recht die unterschiedlichen Maßstäbe der ex ante- und ex post-Regulierung dargestellt und auf die Wettbewerbsverzerrungen verwiesen, die sich aus einem Nebeneinander von ex ante- und ex post-regulierten Vorleistungsentgelten ergeben können (S. 48). Aus Sicht von TELE2 handelt es sich hierbei allerdings weniger um eine Frage der Konsistenz im Sinne von § 27 Abs. 2 TKG als um eine Frage der fehlerfreien Ausübung des Regulierungsermessens bei der Auferlegung der Maßstäbe für die Entgeltregulierung.

Die Hinweise enthalten zudem die Einschätzung, dass bei einem Nebeneinander von ex ante- und ex post-Regulierung Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten von Nachfragern mit weniger eigener Infrastruktur im Vergleich zu Nachfragern mit umfangreicherer Infrastruktur gerechtfertigt sein können (S. 48). Diese generelle Bevorzugung von Infrastrukturinvestitionen im Vergleich zu (reinen) Diensteanbietern entspricht dem TKG nach Auffassung von TELE2 aus den bereits dargestellten Gründen nicht. Auf einem gesonderten Markt für Infrastrukturleistungen ist es

allerdings grundsätzlich geboten, eine risikospezifische Bestimmung der Kapitalverzinsung vorzunehmen.

Nicht ergiebig erscheint insoweit der Hinweis auf einen „Trade-off zwischen statischer und dynamischer Effizienz“ (dazu bereits oben bei Ziffer 4.1.4).

5.3.3 Konsistenz zwischen regulierten und nicht regulierten Vorleistungsprodukten

Die Hinweise gehen – dem Ansatz für Endkundenmärkten folgend – auch für die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere zwischen verschiedenen Vorleistungen (sog. Kosten-Kosten-Scheren) davon aus, dass die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit auf einem der betroffenen Vorleistungsmärkte ausreicht (S. 49).

TELE2 teilte diese Beurteilung. Die Preis-Kosten-Schere zwischen Vorleistungsprodukten unterscheidet sich insoweit nicht von den Prüfungsmaßstäben der Preis-Kosten-Schere zwischen einem Vorleistungs- und einem Endkundenmarkt. Auch eine Preis-Kosten-Schere im Verhältnis zwischen Vorleistungsprodukten stellt eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG dar. Es ergibt sich daher in gleicher Weise aus der o.g. Drittmarkt-Rechtsprechung des BGH zum allgemeinen Wettbewerbsrecht und der entsprechenden Rechtsprechung des BVerwG zu § 42 TKG, dass auch für die sog. Kosten-Kosten-Schere die Feststellung beträchtlicher Marktmacht auf einem Vorleistungsmarkt ausreichend ist. Der Drittmarkt-Rechtsprechung entspricht die zutreffende Erwägung in den Hinweisen, dass das Erfordernis einer doppelten beträchtlichen Marktmacht die Gefahr mit sich bringen würde, die vorgesehene effektive Regulierung von Zugangsleistungen zu unterlaufen (S. 50, 2. Abs.).

5.3.4 Ansätze zur Beseitigung identifizierter Konsistenzprobleme

Die Hinweise fassen eine festgestellte Kosten-Kosten-Schere als Konsistenzproblem auf und verweisen auf die Schwierigkeit, regulatorische Maßnahmen auf der Ebene des nicht der Regulierung unterliegenden Vorleistungsmarktes zu treffen; zur Sicherstellung einer konsistenten Entgeltregulierung sei ggf. der

3-Kriterien-Test für den bisher nicht regulierten Markt durchzuführen.

Bei einer festgestellten Preis-Kosten-Schere zwischen Vorleistungsprodukten besteht ein Behinderungsmissbrauch. Die fehlende Handhabe regulatorischer Maßnahmen auf einem der Vorleistungsmärkte lässt in der Tat nahe liegend erscheinen, dass auf diesem Markt wirksamer Wettbewerb im Sinne von § 11 Abs. 1 TKG nicht besteht und daher die Feststellung beträchtlicher Marktmacht angezeigt ist.

Unabhängig von einer solchen ergänzenden Marktanalyse ist es der Bundesnetzagentur aber in der gleichen Weise wie bei einer festgestellten Preis-Kosten-Schere im Sinne von § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG verwehrt, die Entgelte auf dem regulierten Vorleistungsmarkt zu genehmigen, solange das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Kosten-Kosten-Schere im Verhältnis zu dem nicht-regulierten Markt aufrecht erhält. Es mag sein, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in Einzelfällen kein Interesse daran haben kann, die Genehmigung der Entgelte auf dem regulierten Vorleistungsmarkt zu erreichen, solange hierdurch eine vorteilhafte Preisgestaltung auf dem nicht-regulierten Vorleistungsmarkt weitergeführt werden kann. In dieser Situation kann es aber eine effektive Regulierungsmaßnahme darstellen, die Genehmigung für die regulierte Vorleistung zu versagen und den Nachfragern auf diese Weise die Möglichkeit eines entgeltfreien Bezugs der Vorleistung einzuräumen. Eine rückwirkende Genehmigung des Entgelts ist rechtlich ausgeschlossen, soweit und solange das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht rückwirkend eine Anpassung des Entgelts für die nicht-regulierte Vorleistung vornimmt. Durch den entgeltfreien Bezug der Vorleistung kann ggf. die Wettbewerbsfähigkeit auf dem nachgelagerten Vorleistungsmarkt wieder hergestellt werden.

6.2.3 Migrationsaspekte

Die Erörterungen in den Hinweisen zur Migration von einer PSTN- auf eine IP-Zusammenschaltung betreffen aus Sicht von TELE2 weniger den Gesichtspunkt der Konsistenz als die Anwendung des KeL-Maßstabs nach § 31 Abs. 1 TKG.

TELE2 unterstützt die Auffassung in den Hinweisen, dass das KeL-Konzept „keine technologieabhängige Preisdifferenzierung und kein Nebeneinander verschiedener Preise“ erlaubt (S. 66). Aus Sicht von TELE2 steht die in den Hinweisen angeführte Entscheidung BK3c-08/137 zur Genehmigung der IC-Entgelte ab 01.12.2008 mit dieser Auslegung nicht in Einklang. Anders als in der Entscheidung BK3c-08/137 zugrunde gelegt, kommt es nicht darauf an, inwieweit eine Technologie tatsächlich zum Tragen kommt, sondern ob bzw. in welchem Umfang die effiziente Technologie im Genehmigungszeitraum einem an dieser Effizienz orientierten Unternehmen zur Verfügung steht.

Die in diesem Zusammenhang aufgeworfene Frage der Bestimmung der KeL für das vorhandene PSTN zu Wiederbeschaffungspreisen stellt sich nicht, da – wie ausgeführt – die Entgelte am Maßstab der Kosten für die effizientere IP-Technologie zu bestimmen sind. Ginge man dagegen weiterhin vom PSTN als maßgeblicher Technologie aus, müsste die KeL-Bestimmung jedenfalls dann auf Basis historischer Kosten erfolgen, wenn im Genehmigungszeitraum keine Wiederbeschaffung, sondern die Migration auf eine andere (effizientere) Technologie erfolgt.

Der in den Hinweisen angesprochene Gleitpfad beim Übergang der IC-Entgelte auf eine andere Technologie (S. 66-67) stellt aus Sicht von TELE2 eine Frage der jeweiligen Kosten einer effizienten Leistungserbringung dar. Unter dem Gesichtspunkt einer effizienten Migration auf eine andere Technologie wird sich i.d.R. übergangsweise ein Mischpreis aus den Kosten der veralteten Technologie einerseits und der neuen Technologie andererseits ergeben. Im Zeitverlauf nimmt hierbei der Anteil der Kosten der alten Technologie kontinuierlich ab, während umgekehrt der Anteil der Kosten der neuen (günstigeren) Technologie im gleichen Umfang ansteigt.

Ein solcher Mischpreis beinhaltet gerade keine unterschiedlichen Preissysteme für PSTN- und IP-Zusammenschaltungen (zu dieser Frage Hinweise, Seite 67). Solche unterschiedlichen Preissysteme wären aus Sicht von TELE2 verfehlt. Sie würden zu einer technologieabhängigen Preisdifferenzierung führen, die nach den Hinweisen gerade nicht mit § 31 TKG in Einklang steht.

7. Schlussfolgerungen

In den Schlussfolgerungen fassen die Hinweise das Verständnis des Konsistenzgebots als Vorgabe zur Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen (S. 68) nochmals zusammen. Diese Einengung des Konsistenzgebots auf eines der Regulierungsziele entspricht – wie in dieser Stellungnahme ausgeführt – weder § 27 Abs. 2 Satz 2 TKG noch dem Zweck des TKG noch der Pluralität der Regulierungsziele in § 2 TKG. Zutreffend betonen die Hinweise an anderer Stelle die gebotene ausgewogene Balance zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb, wie sie auch der bisherigen Praxis der Regulierungsbehörde entspricht.

Die Hinweise münden in die Erwägung, die Bundesnetzagentur wolle den verschiedenen gesetzlich normierten Zielsetzungen parallel gerecht werden, indem „ihre Entscheidungen – im Interesse der (privaten und gewerblichen) Nutzer – durch die Schaffung nachhaltigen Wettbewerbs auch zur Förderung effizienter Investitionen in leistungsfähige Infrastrukturen beitragen“ (S. 71 unten). Gesetzlicher Zweck des TKG und Regulierungsziele sind hier vertauscht und bedürfen der Korrektur: Es ist nicht Aufgabe der Bundesnetzagentur, durch die Schaffung nachhaltigen Wettbewerbs zur Förderung von Infrastrukturinvestitionen beizutragen. Aufgabe der Bundesnetzagentur ist es vielmehr, durch die Förderung von Infrastrukturinvestitionen – aber auch durch die Wettbewerbsintensivierung mit Hilfe von Diensteanbietern – zur Schaffung nachhaltigen Wettbewerbs beizutragen.

Diese Stellungnahme enthält keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse von TELE2.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Rädler
Rechtsanwalt