

Stellungnahme  
zum Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur vom 13.05.2009

„Hinweise zur konsistenten Entgeltregulierung“

Deutsche Telekom AG

30. Juni 2009

## Inhalt

1	VORWORT	4
2	MANAGEMENT SUMMARY	6
3	DEFINITION DES KONSISTENZBEGRIFFS MUSS INFRASTRUKTURINVESTITIONSFÖRDERUNG BERÜCKSICHTIGEN	11
3.1	Begriff der Konsistenz von Regulierungsmaßnahmen	11
3.2	Konsistenzbegriff im Hinblick auf die Förderung von Breitbandinvestitionen	13
3.3	Konsistenz von Entgeltregulierungsmaßnahmen im veränderten Wettbewerbsumfeld	15
3.3.1	Entgeltfestsetzung auf Basis Vergleichsmarktbetrachtung möglich	16
3.3.2	Flexible Preisgestaltung durch Price Caps	16
3.3.3	Vermutung der Effizienz und Einführung des Risikobegriffs bei der Effizienzprüfung	17
3.3.4	Aufhebung von KeL als feste Obergrenze für Entgelte	17
3.3.5	Investitionsfördernde Kapitalverzinsung	17
4	KONSISTENTE REGULIERUNG DES VERHÄLTNISSES VON VORLEISTUNGS- UND ENDKUNDENENTGELTEN	19
4.1	Gesetzliche Schritte einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung	19
4.2	Förderung von Infrastrukturinvestitionen Im Rahmen eines PKS-Tests	21
4.3	Berücksichtigung aller Möglichkeiten eines effizienten Unternehmens	22
4.4	Preis-Kosten-Scheren-Betrachtungen im Falle nicht regulierter Endkunden-Produkte	24
4.5	Ausweitung der Regulierung statt Deregulierung	26
4.6	Erforderliche Schritte zur Erreichung des Konsistenzziels	28
5	KONSISTENTE REGULIERUNG DES VERHÄLTNISSES VERSCHIEDENER GESCHÄFTSMODELLE IM VORLEISTUNGSBEREICH ZUEINANDER	29

5.1	Gesetzliche Schritte einer Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung	29
5.2	Berücksichtigung nur der wesentlichen Geschäftsmodelle	30
5.3	Regionale Differenzierung als Voraussetzung einer konsistenten Entgeltregulierung	30
5.4	Förderung von Infrastrukturinvestitionen im Rahmen eines KKS-Tests	31
6	KONSISTENTE ENTGELTREGULIERUNG UNTER DEN BEDINGUNGEN DES TECHNOLOGISCHEN WANDELS	33
6.1	Keine Ausbaupflichtung aufgrund technologischen Wandels	33
6.2	NGN-Zusammenschaltung	33
6.2.1	Anzahl und Lage der Zusammenschaltungspunkte, deren Hierarchie und funktionale Bedeutung	34
6.2.2	Spezifizierung der Qualitätsanforderungen für die Verkehrsübergabe	34
6.2.3	Preisbildungsprinzipien	35
6.2.4	Abrechnungssystem	36
6.2.5	Trennung von Dienst und Transport	37
6.2.6	Migrationsaspekte	38

# 1 Vorwort

Die Deutsche Telekom begrüßt die Möglichkeit, durch eine Stellungnahme zum Hinweispapier zur konsistenten Entgeltregulierung der Bundesnetzagentur (im Folgenden „Hinweispapier“) ihre Sicht auf die Fragen der konsistenten Entgeltregulierung darstellen zu können. Mehr als 10 Jahre nach Marktöffnung hat sich der TK-Markt in Deutschland in weiten Teilen vom ehemaligen Monopolmarkt hin zum wettbewerblichen Markt entwickelt und steht zugleich vor einer weitreichenden technologischen Veränderung. Dies wird zum einen durch die bisherige Entwicklung des Dienste- und Infrastrukturwettbewerbs im vergangenen Jahrzehnt deutlich. Zum anderen wird der anstehende technische Wandel selbst wiederum eine Veränderung der wettbewerblichen Situation herbeiführen. Die Geschwindigkeit dieser Veränderung wird im Zeitablauf davon abhängen, ob mehr Marktteilnehmer bereit sind, in die Infrastruktur zu investieren. Es wird hierbei maßgeblich von den regulatorischen Rahmenbedingungen abhängen, inwieweit investitionsfördernde Anreize für den Aufbau einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur in Deutschland gesetzt werden. Diese müssen ebenfalls dem transitorischen Charakter des TKG Rechnung tragen.

Vom Gesetzgeber gibt es für die Regulierung der TK-Märkte in Deutschland konkrete Zielvorgaben, die bei der Festlegung der Regulierungsinstrumente zu beachten sind. Eines dieser Ziele, die Förderung von (Breitband-)Infrastrukturinvestitionen, hat die Bundesregierung im Rahmen ihrer Breitbandstrategie besonders hervorgehoben. Zur Umsetzung dieser Breitbandstrategie hat sie die Bundesnetzagentur beauftragt, ein Regulierungskonzept zu erstellen. Dieses soll investitionsfördernde Rahmenbedingungen setzen und damit Anreize für den Aufbau einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur in Deutschland schaffen. Hierzu hat die Bundesnetzagentur ein Eckpunktepapier veröffentlicht. Parallel hat sie dieses Hinweispapier veröffentlicht, mit welchem sie den notwendigen Dialog eröffnet, wie die Entgeltregulierung zur Einhaltung des vom Gesetz vorgegebenen Konsistenzgebotes auszugestalten ist.

Hierfür müsste im Rahmen einer dynamischen Betrachtung eine Bewertung der möglichen Regulierungsinstrumente erfolgen, inwieweit diese zur Erreichung der vorgegebenen Ziele geeignet sind (unter Berücksichtigung des hervorgehobenen Ziels der Förderung von Infrastrukturinvestitionen). Das Hinweispapier berücksichtigt jedoch nur unzureichend die wettbewerbliche Marktsituation und die Anforderungen, die im Kontext der Infrastrukturförderung an eine konsistente Entgeltregulierung zu stellen sind. Den Vorgaben der Bundesregierung zur Breitbandstrategie kommt die Bundesnetzagentur mit der Veröffentlichung dieses von den Eckpunkten völlig unabhängigen und teilweise zu diesem widersprüchlichen Hinweispapiers nicht nach. Erforderlich wäre vielmehr ein Entgeltregulierungskonzept, welches mit den Vorgaben der Breitbandstrategie der Bundesregierung in Einklang steht und zusammen mit den Eckpunkten ein Gesamtregulierungskonzept ergibt.

Im Hinweispapier definiert die Bundesnetzagentur zunächst den Begriff der Konsistenz und betrachtet dann die Entgeltregulierung für bereits bestehende Netzzugangsentgelte. Anschließend setzt sie sich mit

der konsistenten Entgeltregulierung in Bezug auf die Preis-Kosten-Scheren- und Kosten-Kosten-Scheren-Thematik auseinander. Im letzten Teil versucht die Bundesnetzagentur die Bedingungen des technologischen Wandels am Konsistenzbegriff zu spiegeln. Die Kommentierung der Deutschen Telekom folgt diesem Aufbau, greift jedoch auch die Themen auf, die im Hinblick auf die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur unseres Erachtens zu knapp behandelt werden.

## 2 Management Summary

In diesem Hinweispapier stellt die Bundesnetzagentur ihre Auslegung des Konsistenzgebotes vor und leitet hieraus die aus ihrer Sicht zur Zielerreichung geeigneten Regulierungsschritte ab.

Im Ergebnis stellt die Behörde fest, dass das Entscheidungsfeld durch die vielfältigen Parameter immer komplexer werde und damit die Festlegung von operationalisierbaren Tests sehr schwierig sei. Festlegungen zu materiellen Maßstäben oder aber Hinweise zu den erforderlichen Parametern fehlen gänzlich. Den Ermessensspielraum, den das Gesetz ihr gewährt, nutzt sie nicht. Sie verbleibt damit weiterhin in der Art und Weise der Regulierung der vergangenen Jahre. Dies beides ist jedoch angesichts der Markt- und Wettbewerbsentwicklung seit der Marktöffnung vor mehr als 10 Jahren und angesichts des anstehenden technischen Wandels zunehmend in Frage zu stellen. Denn diese Veränderungen müssen auch vom Regulierer mitgegangen werden und er hätte hierzu auch im Rahmen des Hinweispapiers erste konkrete Schritte vorstellen müssen.

### **Definition der Konsistenz von Regulierungsmaßnahmen**

Die Bundesnetzagentur setzt sich in ihrem Hinweispapier zunächst mit dem Begriff der Konsistenz von Regulierungsmaßnahmen auseinander. Sie geht dabei davon aus, dies beziehe sich auf das Entgeltregulierungsregime. Ein konsistentes Entgeltregulierungsregime sei darauf ausgerichtet, alle effizienten Geschäftsmodelle oder Wettbewerbsformen zu unterstützen.

Ein derartiges Verständnis des Konsistenzbegriffs spiegelt nicht die Ziele des § 2 Absatz 2 TKG wieder und läuft der von der Bundesregierung im Rahmen der Breitbandstrategie gewünschten Förderung des Infrastrukturausbaus zuwider.

### **Konsistenz der Entgeltregulierung für bestehende und neue Netze**

Die Bundesnetzagentur geht in dem Hinweispapier davon aus, dass ein nachfragegerechtes Vorleistungsangebot Grundlage eines konsistenten Entgeltregulierungsregimes sei. Im Anschluss benennt sie die wesentlichen bestehenden Zugangsprodukte auf Basis von Kupfernetzen und kommt zu dem Schluss, dass eine Entgeltregulierung auf Basis von Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) hier optimale Investitionsanreize setze. Der Rechtsrahmen biete hier bereits ausreichend Spielräume.

Wir begrüßen, dass die Bundesnetzagentur auf die Spielräume des bestehenden Rechtsrahmens hinweist. Allerdings ist es zur Schaffung von Investitionsanreizen zwingend erforderlich, dass diese Spielräume auch ausgenutzt werden.

Neue Breitbandinfrastrukturen werden - anders als die bestehenden Kupfernetze - in einer Wettbewerbssituation neu aufgebaut. Zugangsprodukte auf Basis neuer Breitbandnetze werden sich wesentlich von den bestehenden unterscheiden. Konsistente Entgeltregulierung erfordert deshalb eine Betrachtung der unterschiedlichen Ausgangslage für bestehende und neue Infrastrukturen. Eine Entgeltgenehmigungspflicht auf Basis von KeL, wie sie bei den bestehenden Zugangsprodukten nach wie vor erfolgt, ist der größtmögliche Eingriff in die Preissetzungsfreiheit eines Unternehmens. Diese erfordert schon grundsätzlich eine entsprechende ordnungspolitische Rechtfertigung und muss sich zudem am Ziel der Schaffung neuer Breitbandinfrastrukturen messen lassen. Eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik unterlässt die Bundesnetzagentur jedoch.

Entscheidend für die Schaffung von Investitionsanreizen ist, ob es der Regulierungsrahmen ermöglicht, die mit dem Breitbandausbau verbundenen Investitionsrisiken interessengerecht zwischen Investor und Zugangsbegehendem geteilt werden. Dies erfordert die Etablierung flexibler Preismodelle sowohl im Vorleistungs- als auch im Endkundenmarkt. Nur so kann auf dynamische Marktentwicklungen, die der künftige technische Wandel mit sich bringt, angemessen reagiert werden. Dies schließt insbesondere ein, dass das Investitionsrisiko über verschiedene Preismodelle abgebildet werden kann und dem Investor ausreichend regulatorischer Spielraum verbleibt, privatwirtschaftliche Vereinbarungen abschließen zu können.

### **Verhältnis von Vorleistungs- und Endkundenentgelten (Preis-Kosten-Scheren) sowie verschiedener Geschäftsmodelle zueinander (Kosten-Kosten-Scheren)**

Eine konsistente Regulierung in Bezug auf das Verhältnis von Vorleistungs- und Endkundenentgelten und in Bezug auf das Verhältnis von verschiedenen Geschäftsmodellen zueinander soll dazu beitragen, dass Wettbewerber, die ein wesentliches Geschäftsmodell am Markt verfolgen und hierbei effizient agieren, nicht in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten erheblich beeinträchtigt werden. Diese Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens sollen in der Lage sein, die Endkunden- und Vorleistungsangebote (für die verschiedenen Wertschöpfungsstufen) des marktbeherrschenden Unternehmens nachbilden zu können.

Hierbei muss bei zunehmendem Wettbewerb auf Vorleistungs- und Endkundenebene 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 im Sinne eines reinen *Wettbewerberschutzes* zu vermeiden. Die Bundesnetzagentur skizziert ihre Aufgabe und ihre Sicht eines konsistenten Vorgehens im Falle einer Überprüfung von Vorleistungs- und Endkundenentgelten. Hierzu hatte sie Ende 2007 bereits ein Hinweispapier zu Preis-Kosten-Scheren veröffentlicht – neue Aspekte, die ggf. auf Veränderungen anlässlich der Breitbandstrategie der Bundesregierung eingehen würden, sind im aktuellen Hinweispapier nicht enthalten.

Sie setzt sich weder mit den Begriffen der „Erheblichkeit“ noch mit dem der „sachlichen Rechtfertigung“ auseinander, die vom Gesetz als weitere Prüfschritte vorgegeben werden. Ebenso rechtfertigt die Bundesnetzagentur ihr Vorgehen in der Vergangenheit, bei keinem dieser Prüfschritte eine Vergleichsmarktbetrachtung angestellt zu haben, obwohl dies bei einer Überprüfung des Verhältnisses von Vorleistungs- und Endkundenentgelten vom Gesetz als primärer Prüfmaßstab vorgegeben wird.

Stattdessen hält sie bis heute an Kostenmaßstäben fest, die für ehemalige Monopolzeiten geschaffen wurden. Sie wendet diese in der Praxis sogar weiterhin für Leistungen an, die zwischenzeitlich aus der Regulierung entlassen wurden (wenn diese im Rahmen von Bündeln zusammen mit anderen regulierten Leistungen angeboten werden). Für Bündel mit nicht regulierten Komponenten kommt jedoch, sollte eine Vergleichsmarktbetrachtung nicht möglich sein, allenfalls eine hierfür vom Gesetz vorgegebene Dumping-Prüfung in Betracht. Derartige Bündel werden durchweg in wettbewerbsintensiveren Marktsegmenten angeboten, so dass eine Behinderung ausgeschlossen werden kann, solange die kurzfristig variablen Kosten gedeckt sind.

Die Bundesnetzagentur definiert darüber hinaus die Anforderungen, die an einen effizienten Wettbewerber zu stellen sind, ohne jedoch konkret die Geschäftsmodelle zu benennen, die im Rahmen der Überprüfungen berücksichtigt werden müssen. Dies birgt jedoch für die Praxis die Gefahr, dass Prüfungen erfolgen, denen kein real existierendes Geschäftsmodell zugrunde liegt – insbesondere dann, wenn Prüfungen enger gefasst werden, als zuvor die Marktabgrenzung erfolgt ist.

Darüber hinaus setzt eine konsistente Regulierung eine Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte voraus. Dies bedeutet insbesondere, dass die gleichen regulatorischen Vorgaben für marktbeherrschende Unternehmen nur dann gelten sollten, wenn jeweils der wettbewerbliche Entwicklungsstand der betreffenden Märkte ebenfalls vergleichbar erscheint. Andernfalls muss eine differenzierte Betrachtung erfolgen und es müssen solche Maßnahmen und Vorgaben ergriffen werden, die der jeweiligen Situation entsprechen.

### **Next Generation Networks (NGN)**

Hinsichtlich der neuen Netze fokussiert die Bundesnetzagentur sich auf die Abrechnungsregime und stellt schwerpunktmäßig Bill&Keep als das langfristig sinnvolle Abrechnungsregime heraus. Dies geschieht jedoch ohne Abwägung von Vor- und Nachteilen. Dagegen wird das heute im PSTN vorherrschende Calling-Party's Network Pays-Regime lediglich auf die Terminierungsmonopolproblematik reduziert.

Zudem geht sie in diesem Kapitel auch nicht mehr auf die eigentliche Thematik des Papiers ein: die konsistente Entgeltregulierung. Hierzu wirft sie zwar Fragen auf, die aus ihrer Sicht zu beantworten, zumindest aber zu beachten wären. Eine kritische Konsistenzprüfung findet jedoch nicht statt.



Anderenfalls hätte sie selbst feststellen müssen, dass das von ihr propagierte Bill&Keep-Regime nicht mit den von ihr verfolgten Zielen einer konsistenten Entgeltregulierung, der Förderung eines nachhaltigen Wettbewerbs sowie dem Setzen von Investitionsanreizen, vereinbar ist.

Grundsätzlich ist der von der Bundesnetzagentur vorgeschlagene Ansatz eines Gleitpfades für die Zusammenschaltungsentgelte während der Migrationsphase von PSTN zu NGN zu begrüßen. Eine Konsistenz der Zusammenschaltungsentgelte für PSTN und NGN insbesondere in der Migrationsphase kann allerdings nur hergestellt werden, wenn diese einerseits in derselben Einheit, also wie heute im PSTN minutenbasiert, abgerechnet werden und andererseits das gleiche Preisniveau aufweisen. Nur so lassen sich wettbewerbsverzerrende Arbitragepotentiale vermeiden.

Bei der Festsetzung des Gleitpfades für die Zusammenschaltungsentgelte sollten jedoch Investitionsanreize gesetzt werden, um die Migration für alle Marktteilnehmer so sanft wie möglich zu gestalten.

Am Rande behandelt die Bundesnetzagentur die FTTX-Welt, in der mittelfristig die Kupfer-Verzweigerkabel nach und nach durch leistungsstärkere Glasfasernetze ersetzt werden, so dass hierfür Surrogatprodukte erforderlich werden. Komplementäre Vorleistungen wie ggf. ein Leerrohrzugang oder der Zugang zur Inhouse-Verkabelung können den Marktteilnehmern aber grundsätzlich nur insoweit auferlegt werden, wie diese bereits über vorhandene, potentiell nutzbare und freie Infrastrukturen verfügen und hierzu rechtlich überhaupt in der Lage sind. Jede weitergehende Auferlegung würde eine unzulässige Ausbaupflichtung darstellen.

### **Fazit: Festhalten an alten Maßstäben und Tendenz zur Ausweitung der Regulierung**

Unter dem Strich beinhaltet das Papier keine konkreten Schritte oder ein Gesamtkonzept der Bundesnetzagentur, zur Erreichung des Konsistenzziels neue Prüfmaßstäbe anzuwenden. Im Gegenteil: es wird eher die bisherige Vorgehensweise verteidigt – eine Anpassung an die Veränderung der Märkte, die sich durch zunehmenden Wettbewerb und neue Technologien auszeichnen, ist nicht zu erkennen. Die Bundesnetzagentur ändert ihre Maßstäbe nicht, selbst wenn der Wettbewerb zunimmt oder sie sogar selbst den funktionierenden Wettbewerb festgestellt hat (Verbindungsleistungen). Hier wären jedoch geeignetere Prüfmaßstäbe (Vergleichsmarktbetrachtung) und ein regional differenziertes Vorgehen angezeigt. Auch vor dem Hintergrund des erklärten Zieles der Förderung von Investitionen in neue Infrastrukturen sieht die Bundesnetzagentur keinen Handlungs- und Anpassungsbedarf im Bereich der Entgeltregulierung. Hinsichtlich der Zusammenschaltung neuer Netze kann das Konsistenzziel erst durch Anwendung des Calling-Party's Network Pays-Regime erreicht werden, das zudem geeignet ist, nachhaltigen Wettbewerb zu fördern und Investitionsanreize zu setzen.

Dagegen tendiert die Bundesnetzagentur gegenwärtig zu einem Mehr an Regulierung. Sowohl für nicht regulierte Endkundenprodukte aber insbesondere für nicht regulierte Vorleistungsprodukte erweckt sie

den Eindruck, als würde sie hier für die Zukunft eine mögliche Eingriffsnotwendigkeit sehen. Mehr als 10 Jahre nach Marktöffnung und angesichts der Tatsache, dass erste Märkte auf Vorleistungs- und Endkundenebene von ihr selbst als wettbewerblich geprägt angesehen und daher aus der Regulierung entlassen wurden, will sie gerade hier die Regulierung 1:1 fortführen. Auf dem Markt für Endkundenanschlüsse weitet sie die Regulierung aktuell bereits aus (Resale-Verpflichtung; harte Regulierung von All-IP-Anschlüssen) anstatt sie zurückzuführen und ins allgemeine Wettbewerbsrecht zu überführen.

### 3 Definition des Konsistenzbegriffs muss Infrastrukturinvestitionsförderung berücksichtigen

In den Kapitel 2 und 3 der Hinweise zur konsistenten Entgeltregulierung setzt sich die Bundesnetzagentur mit dem Begriff der Konsistenz und den Netzzugangsentgelten auseinander. Hierbei setzt sich sie jedoch nicht damit auseinander, wie durch die Konsistenz von Entgeltregulierungsmaßnahmen Investitionsanreize geschaffen werden können und blendet so ein wesentliches Ziel der Regulierung nach § 2 Absatz 2 TKG aus.

#### 3.1 Begriff der Konsistenz von Regulierungsmaßnahmen

§ 27 Absatz 2 TKG bestimmt: „ Die Bundesnetzagentur hat darauf zu achten, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind (Konsistenzgebot). Die Bundesnetzagentur nimmt insbesondere eine zeitliche und inhaltliche Abstimmung ihrer Entgeltregulierungsmaßnahmen vor, und sie prüft, ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 Abs. 2 TKG stehen.“

Hierzu führt die Bundesnetzagentur auf S.8f. des Hinweisepapiers aus: „Der Begriff „ Konsistenz“ bezieht sich somit ausschließlich auf die Entgeltregulierung, genauer gesagt auf das Entgeltregulierungsregime. Unter einem konsistenten Entgeltregulierungsregime ist ein solches Entgeltsystem zu verstehen, das effiziente Geschäftsmodelle ermöglicht.“ Die Aussage, dass sich das Konsistenzgebot in der vorliegend normierten Form ausschließlich auf die Entgeltregulierung bezieht, ist unstrittig; schon die nächste Folgerung, sie bezöge sich auf das Entgeltregulierungs*regime*, ist jedoch verkürzend. „Entgeltregulierungsmaßnahmen“ sind alle Entscheidungen und Beschlüsse, die die Bundesnetzagentur im Rahmen der Entgeltregulierung trifft. Das Konsistenzgebot konkretisiert das allgemeine Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs.1 GG (Mayen in Scheurle/Mayen, TKG-Kommentar, 2.A., §27 Rz.27) und gebietet alle diese Maßnahmen aufeinander abzustimmen. Das betrifft natürlich – neben dem Entgeltregulierungsregime - gerade einzelne Entgeltentscheidungen, die in ihrem materiellen Gehalt aufeinander abzustimmen sind.

Als spezifische Konkretisierung des allgemeinen Gleichbehandlungsgebotes folgt das Konsistenzgebot aber gerade nicht dem übergeordneten Ziel eines Entgeltregulierungsregimes, welches „effiziente Geschäftsmodelle ermöglicht“, sondern ist der Orientierung an allen Zielen des § 2 Abs. 2 TKG verpflichtet. Den Konsistenzbegriff darauf zu reduzieren, dass effiziente Geschäftsmodelle ermöglicht werden sollen, ist daher unzulässig - dies insbesondere vor dem Ziel der in § 2 Abs. 2 TKG normierten und hier besonders infrage stehenden Förderung von Infrastrukturinvestitionen, welche bei einer solchen definitorischen Reduktion beiseite gelassen würde.

Ebenso abzulehnen ist das willkürliche Herausgreifen der „ökonomischen“ Auslegung des Konsistenzbegriffs aus der Literatur (siehe bei Mayen. A.a.O., § 27, Rz. 23), wonach „die Konsistenz als ein Zustand

verstanden (wird), der Wettbewerber in die Lage versetzt, im Markt chancengleich Angebote zu platzieren, welche die Wohlfahrt erhöhen“ (S.11). Dies könnte in entsprechender Auslegung der Ziele des § 2 Abs. 2 TKG eine – ambitionierte – Zusammenfassung des Oberziels der sektorspezifischen TK-Regulierung sein, jedoch mangels eigener materieller Zielvorgaben nicht den Konsistenzbegriff des § 27 Abs. 2 TKG definieren: durch den Verweis auf den kompletten Zielkatalog des § 2 Abs. 2 TKG ist eine Orientierung bei der Anwendung des formalen Prinzips des Konsistenzgebotes (Mayen, a.a.O., § 27, Rz.27) an allen in Art. 2 Abs. 2 normierten Regulierungsziele vorzunehmen (wobei hier bezogen auf die Anforderung der Bundesregierung dem „Blick auf die Förderung effizienter Infrastrukturen“ besondere Bedeutung zukommt).

Bezogen auf die inhaltliche Abstimmung der Entgeltregulierungsmaßnahmen ist eine Hervorhebung und besondere Anwendung auf mögliche Preis-Kostenscheren und Kosten-Kostenscheren systematisch nicht nachvollziehbar. Diese besonderen Missbrauchstatbestände sind bereits im Katalog des § 28 Abs. 2 TKG enthalten und dort von der Bundesnetzagentur bei jeder Entgeltmaßnahme zu prüfen. Eine über die in der Prüfung des § 28 TKG hinausgehende weitere Prüfung dieser Tatbestände im Rahmen des § 27 Abs. 2 TKG wäre also redundant.

Einen weiteren grundlegenden Mangel stellt das ausschließliche Abstellen auf die Sicht eines Marktteilnehmers dar, der am Zugang zu Infrastrukturen interessiert ist (S.13, 15ff.). Dadurch, dass hier die Eigentumspositionen und legitimen wirtschaftlichen Interessen der in den Infrastrukturausbau investierenden Unternehmen völlig ausgeblendet werden, ist die Auslegung des § 27 Abs. 2 TKG auch hier weder den Vorgaben der Bundesregierung, noch der gesetzlichen Bestimmung, noch der Sache angemessen: die Bundesregierung hat die Bundesnetzagentur zur Positionierung im „Blick auf die Förderung effizienter Infrastrukturen“ aufgefordert. Dabei ist bezüglich der Anwendung des Konsistenzgebotes die Berücksichtigung des investierenden Unternehmens zentral, also des Unternehmens, welches im Zweifel Zugang gewähren muss. Eine Reduktion des Konsistenzgebotes auf die Rechtspositionen des Zugangsnachfragers ohne gleichzeitig die Position des Zugangsverpflichteten zu berücksichtigen widerspricht vielmehr den Regulierungszielen und damit auch den Vorgaben des Konsistenzgebotes.

Bezüglich der tatsächlichen Umsetzung des in § 2 Abs. 2 TKG normierten und von der Bundesregierung vorgegebenen Zieles der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen reduziert die Bundesnetzagentur erneut das Konsistenzgebot: „Um effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern, ist somit ein nach den für Investitionsentscheidungen relevanten langfristigen Kosten bestimmtes konsistentes Entgeltsystem ausreichend.“ (S.14f, siehe auch S.17f.) Die Aussage ist so zu verstehen, dass erstens eine Entgeltregulierung immer konsistent ist, wenn die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die Obergrenze für das Entgelt darstellen (im Weiteren ‚Kostenregulierung‘) erfolgt, und zweitens, dass eine Kostenregulierung immer die am besten geeignete Vorgehensweise ist, Investitionen in die Infrastruktur zu fördern. Durch diese Verkürzung entzieht sich die Bundesnetzagentur der Diskussion um die hier vorzunehmende Ab-

wägung zwischen verschiedenen Maßstäben, die in einem Hinweispapier zur konsistenten Entgeltregulierung zu erwarten gewesen wären.

§ 27 Abs. 2 TKG lässt grundsätzlich offen, nach welchen Maßstäben oder Methoden eine Entgeltregulierung vorzunehmen ist. Auch aus den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG, auf die das Konsistenzgebot verweist, lässt sich keine Festlegung auf eine bestimmte Art der Entgeltregulierung entnehmen. Das TKG sieht grundsätzlich auch verschiedene Maßstäbe und Methoden zur Entgeltregulierung vor. Daraus muss folgen, dass Konsistenz gerade auch mit verschiedenen Maßstäben und Methoden zur Entgeltregulierung zu erzielen ist. Aufgrund des Konsistenzgebotes muss deshalb zwingend auch eine Abwägung zwischen verschiedenen Maßstäben und Methoden zur Entgeltregulierung erfolgen. Konsistenz erfordert dabei eine Abstufung der Intensität des Eingriffs entsprechend den bestehenden Wettbewerbsverhältnissen. Der Konsistenzbegriff stellt so also auch eine Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar.

Da die Kostenregulierung aufgrund ihrer festen Obergrenze immer den weitestgehenden Eingriff darstellt, ist eine Abwägung erforderlich, ob ein anderes gleichermaßen geeignetes Mittel mit weniger Eingriffstiefe zur Verfügung steht. Vor diesem Hintergrund eine grundsätzliche Rechtfertigung der Kostenregulierung aus dem Konsistenzgebot ableiten zu wollen, bedeutet deshalb, die gesetzliche Bestimmung gerade vor dem Hintergrund der thematisierten Investitionsförderung zu verkennen.

### **3.2 Konsistenzbegriff im Hinblick auf die Förderung von Breitbandinvestitionen**

Der Konsistenzbegriff ist wie gezeigt die Normierung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes (Mayen in Scheurle/Mayen, TKG-Kommentar, 2.A., §27 Rz.27) und des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Daraus folgt, dass veränderten Ausgangssituationen durch entsprechende Anwendung der Regulierungspraxis Rechnung zu tragen ist. Die zur Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur notwendigen Investitionen erfolgen in einem gegenüber dem Zeitpunkt der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte vollkommen veränderten Wettbewerbsumfeld. Dem muss aus Gründen der Konsistenz auch eine Anpassung der Entgeltregulierung folgen. Diente Entgeltregulierung zu Beginn der Liberalisierung zunächst dazu, grundsätzlich ein Umfeld zu schaffen, in dem Wettbewerb erst ermöglicht werden kann, so ist es nun Ziel in einem bestehenden Wettbewerbsumfeld die Schaffung neuer leistungsfähiger Infrastruktur zu fördern. Weil die Zielsetzung der Regulierung aufgrund der veränderten Wettbewerbsverhältnisse und des technologischen Wandels verändert ist, folgt aus Gründen der Konsistenz zwingend, dass die bisher angewendeten Entgeltregulierungsprinzipien geändert, zumindest aber grundlegend in Frage gestellt werden müssen.

Richtig ist deshalb, dass die Bundesnetzagentur in Ziffer 5.3.2. des Hinweispapiers auch die Konsistenz zwischen ex-ante und ex-post regulierten Entgelten aufgreift. Bei der Festlegung des Entgeltregulie-

rungsmaßstabes sei dabei eine Abwägungsentscheidung zu treffen, die im Hinblick auf die Erreichung der Regulierungsziele optimale Konsistenz gewährleistet.

Um eine leistungsfähige Breitbandinfrastruktur zu schaffen, muss das in §2 Absatz 2 Ziffer 3 TKG genannte Ziel der Förderung von Infrastrukturinvestitionen besonders berücksichtigt werden. Dies kann nur dann gewährleistet werden, wenn die Bundesnetzagentur bei der Abwägung aller vorhandenen Ziele hierzu vorrangig die Sicht eines investierenden Unternehmens einnimmt. Auch bei der Entgeltregulierung muss die Bundesnetzagentur der Sicht des Investors und seinen Bedürfnissen Vorrang gewähren, um eine Investitionsentscheidung eines Unternehmens überhaupt fördern zu können. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass seitens des Investors erhebliche Unsicherheiten im Hinblick auf die zu tätigen Investitionen bestehen. Diese Unsicherheiten betreffen u.a. die künftige Nachfrage von neuen Diensten und die Nachfrageentwicklung im Zeitverlauf, die Preisentwicklung sowie die Entwicklung anderer Technologien. Demgegenüber ist der Markteintritt für einen Nicht-Investor auf Basis von Vorleistungen zu jeder Zeit und mit jeder Menge möglich. Damit findet eine volle Beteiligung am Erfolg aber ohne Risikobeteiligung des Zugangsbegehrenden bzw. Nicht-Investors statt. Um dem entgegenzuwirken und den Investor nicht einseitig zu benachteiligen, bedarf es eines fairen Risikoteilungskonzeptes, welches die Interessen beider Wirtschaftsteilnehmer zu einem Ausgleich führen kann.

Entscheidend für Investitionsanreize ist daher, ob dem investierenden Unternehmen die Möglichkeit gegeben wird, Investitionen hinreichend zu amortisieren, und - soweit dies notwendig ist - durch flexible Preismodelle sowohl im Vorleistungs- als auch im Endkundenmarkt auf Marktentwicklungen reagieren zu können. Dafür muss es auch möglich sein, Risiko auf Investoren und Zugangsnachfrager zu verteilen. Das heißt langfristige Verträge, geografisch differenzierte Preismodelle, eine Kontingentierung und Abschlagszahlungen müssen abgebildet werden können (Risk Sharing Modelle). Eine Einführung derartiger innovativer Vertrags- und Preisgestaltungsmodelle zur Ermöglichung eines Risikoteilungskonzeptes ist aber nur dann möglich, wenn den Wirtschaftsteilnehmern entsprechende Flexibilität bei der Vereinbarung, gerade auch der Konditionen, bleibt. Eine strikte Verknüpfung des Risikoteilungskonzeptes mit dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung führt das Konzept jedoch bereits ad absurdum. Die Übertragung eines starren Kostenregulierungssystems auf ein innovatives Preismodell, welches unternehmerische Flexibilität ermöglicht, widerspricht dem gerade.

Im Unterschied zu bereits bei der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes bestehenden Telekommunikationsnetzen, stehen beim Aufbau neuer Netze alle potentiellen Investoren in einem Wettbewerbsverhältnis. Dieser Unterschied zwischen einer Entgeltregulierung für bestehende und neu aufzubauende Netze wird in dem Hinweispapier der Bundesnetzagentur nur unzureichend problematisiert und nicht hinreichend mit dem Konsistenzbegriff in Verbindung gebracht.

Die Bundesnetzagentur geht davon aus, dass die Wettbewerbsentwicklungen belegen, dass die gegenwärtige Konzeption der Regulierung den Zielsetzungen des TKG gerecht wird (S. 11 des Hinweispa-

piers). Dabei setzten die auf Grundlage von Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ermittelten Vorleistungsentgelte optimale Investitionsanreize (S.18 des Hinweispapiers).

Diese Annahmen der Bundesnetzagentur greifen auf zweierlei Weise zu kurz: Zum einen prüft die Bundesnetzagentur nicht, ob mildere Mittel ebenso geeignet wären, die Regulierungsziele zu erreichen und ob solche dazu nicht gegebenenfalls sogar besser geeignet wären. Dies ist insbesondere deshalb notwendig, weil die Ermittlung von Entgelten auf Basis von Kostenunterlagen den weitestgehenden Eingriff in das Marktgeschehen darstellt. Sofern mildere Mittel ebenso oder gar besser geeignet wären, die Regulierungsziele zu erfüllen, wären diese vorzuziehen.

Dies gilt erst recht, wenn die Etablierung risikoverteiler, innovativer Preismodelle einen wesentlichen Beitrag zur Infrastrukturförderung leisten können und das telekommunikationsrechtliche Primat der privatwirtschaftlichen Vereinbarungen anderenfalls keine Berücksichtigung fände. Bei der Abwägung zur Auswahl des Entgeltregulierungsmaßstabs für neue Breitbandinfrastrukturen ist deshalb auch aufgrund des Konsistenzgebotes eine Ex-post-Entgeltregulierung einer Ex-ante-Entgeltregulierung vorzuziehen. Sie ist aufgrund der erforderlichen Flexibilität das geeignete Mittel zur Aufsicht über das Marktgeschehen. Die Ex-post-Entgeltregulierung ermöglicht es nicht nur weitestgehend die Planung des Investors und damit das Regulierungsziel des § 2 Absatz 2 Ziffer 3 TKG zu berücksichtigen. Sie schafft auch die Möglichkeit Risikoverteilungsmechanismen zu realisieren und die durch den technologischen Wandel entstehenden komplexeren Produktwelten kurzfristig an den Markt zu bringen. Gegenüber einer Ex-ante-Regulierung ist sie damit nicht nur das mildere, sondern insbesondere auch das besser geeignete Mittel zur Schaffung von Investitionsanreizen.

### **3.3 Konsistenz von Entgeltregulierungsmaßnahmen im veränderten Wettbewerbsumfeld**

Auch für solche Produkte, für die aufgrund der dargestellten Abwägung aus Sicht der Bundesnetzagentur weiterhin eine Ex-ante-Entgeltregulierung notwendig ist, ist die Ausgestaltung der Entgeltregulierung an die veränderten Wettbewerbsbedingungen anzupassen.

Stärkere Berücksichtigung verdienen insbesondere die bereits im TKG angelegten Methoden der Festlegung von Entgelten mittels einer Vergleichsmarktbetrachtung und der Price Cap Regulierung. Im Unterschied zur starren Kostenregulierung können diese auch die erforderliche Flexibilität zur Berücksichtigung von Investitionsrisiken abbilden. Auch hier geht es darum, Konsistenz der Entgeltregulierungsmaßnahmen dadurch herzustellen, dass im Rahmen einer Abwägung alle möglichen Methoden auf ihre Eignetheit und Erforderlichkeit zur Erfüllung der Regulierungsziele geprüft werden.

### 3.3.1 Entgeltfestsetzung auf Basis Vergleichsmarktbetrachtung möglich

Soweit Entgelte des Investors für Zugangsleistungen zu den von ihm aufgebauten Breitbandnetzinfrastrukturen sich in das Preisgefüge eines geeigneten Vergleichsmarktes einfügen, kann dies auch ohne weitere Kostenprüfungen zur Genehmigung führen. Die Bundesnetzagentur geht davon aus, dass Vergleichsmarktbetrachtungen allenfalls ergänzend zur Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung herangezogen werden können. § 31 Absatz 1 Satz 2 TKG bietet jedoch die Möglichkeit eine Vergleichsmarktbetrachtung auch als eigenen Maßstab anzuwenden.

Eine Vergleichsmarktbetrachtung, die Preise in einem wettbewerblichen Umfeld zur Grundlage nimmt, ist ein geeignetes und im Vergleich milderes Mittel zur Umsetzung der Regulierungsziele als eine Kostenregulierung, da reale Wettbewerbsbedingungen bereits den Vergleichsmaßstab bilden.

Der Vergleich mit anderen Märkten stellt jedoch nur ein hinreichendes aber kein notwendiges Kriterium dar. Ein Entgelt, welches ein Benchmarkniveau überschreitet oder in einem hohen Vergleichsbereich angesiedelt ist, ist deshalb noch nicht per se missbräuchlich. Einer entsprechenden Feststellung müssten weitere Prüfschritte folgen, wobei die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hier dann die absolute Untergrenze für eine Entgeltfestsetzung darstellen würden.

### 3.3.2 Flexible Preisgestaltung durch Price Caps

Auch die Price Cap Regulierung lässt das TKG gleichberechtigt neben einer einzelproduktbezogenen Kostenregulierung zu. Die Bundesnetzagentur erwähnt die Möglichkeit einer Price-Cap-Regulierung zwar als Option im Rahmen des parallel veröffentlichten Eckpunktepapiers, verfolgt diese im Hinweispapier zur konsistenten Entgeltregulierung aber nicht weiter.

Nach Ansicht der Deutschen Telekom könnte dies im Rahmen einer ex-ante Regulierung jedoch eine geeignete Methode sein, um die notwendige Flexibilität zur Schaffung von Investitionsanreizen zu ermöglichen. Die Initiative zur Anwendung von Price Cap Regulierung sollte vom regulierten Unternehmen ausgehen, um Eingriffe in dessen Preissetzungsfreiheit möglichst gering zu gestalten. Ein Price-Cap-Ansatz ist gegenüber der Einzelpreisbetrachtung im Zweifel angemessener, da die Konsistenz von Entgelten bei weiterhin vorhandener Flexibilität des Unternehmens gewährleistet werden kann. Die Möglichkeit von einer starren Einzelpreisbetrachtung Abstand zu nehmen und Produktkörbe zu betrachten, schafft Investitionsanreize, da Flexibilität genutzt werden kann und auch komplexe Produktwelten abgebildet werden können. Die Price-Cap-Regulierung folgt dabei einer gängigen Praxis zur Festlegung von Preisen auch in einem Wettbewerbsumfeld. Sie bietet zudem auch die Möglichkeit zur Schaffung von Investitionsanreizen, da die Entgelte der in einem Korb zusammengefassten Leistungen die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überschreiten können. Dabei sind sowohl die Planungszyklen für die Investitionen zu



berücksichtigen als auch Produktkörbe so festzulegen, dass sie sich an der Planung des Investors orientieren.

### **3.3.3 Vermutung der Effizienz und Einführung des Risikobegriffs bei der Effizienzprüfung**

Darüber hinaus setzt sich die Bundesnetzagentur zwar mit der Bestimmung eines „effizienten Wettbewerbers“ auseinander, erläutert aber nicht, wie im Rahmen einer Entgeltregulierung der Begriff der effizienten Leistungsbereitstellung zu verstehen ist.

Wird eine Effizienzprüfung bei der Bestimmung eines Entgeltes vorgenommen, muss aufgrund der veränderten Wettbewerbssituation auch die Frage des Risikos einer Investition mitgeprüft werden. Dabei ist davon auszugehen, dass aktuelle Investitionen im freien Wettbewerb erfolgen und bereits deshalb effizient geplant und realisiert werden, sodass ein durch freie unternehmerische Entscheidung initiiertes Neuaufbau eines Netzes immer die Effizienz im Sinne der KeL indiziert. Im Sinne einer Beweislastumkehr muss daher die Vermutung gelten, dass neue Investitionen immer effizient erfolgen.

### **3.3.4 Aufhebung von KeL als feste Obergrenze für Entgelte**

Für einen im Wettbewerbsumfeld verhandelten Preis stellen die Kosten keine absoluten Begrenzungen dar. Die starre Regel, derzufolge die KeL eine Obergrenze bilden, verhindert Preisflexibilität und reduziert Investitionsanreize nachhaltig. Dies führt zum Beispiel dazu, dass auf dem Endkundenmarkt eine Preisdifferenzierung zwischen verschiedenen Bandbreiten nur sehr schwer durchsetzbar ist. Aus diesem Grund muss eine Entgeltfestsetzung die KeL als Orientierung und nicht als Grenze betrachten. Hierfür spricht auch der Art. 13 Absatz 3 Satz 1 der Zugangsrichtlinie (RL 2002/19), der ausdrücklich eine Orientierung an den KeL vorsieht.

### **3.3.5 Investitionsfördernde Kapitalverzinsung**

Der in den „Eckpunkten über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur“ dargestellte Ansatz der Bundesnetzagentur, Investitionsanreize alleine über den Kapitalzins zu steuern, greift zu kurz. Die notwendige Flexibilität zur Schaffung von Investitionsanreizen kann so nicht ausreichend gewahrt werden. Im Rahmen einer Kapitalverzinsung, die konsistent die Marktverhältnisse widerspiegeln soll, wäre darüber hinaus der Ansatz von unverzinslichem Fremdkapital zu unterlassen. Die Finanzierung einer Investition erfolgt grundsätzlich verzinst, sei es im Rahmen von Eigen- oder Fremdkapital. Es erscheint abwegig, anzunehmen, eine Investition könne mittels unverzinslichem Kapital finanziert werden.



Für nähere Erläuterungen zu einer angemessenen Kapitalverzinsung verweisen wir hierbei auf die Stellungnahme der Deutschen Telekom zum Eckpunktepapier der Bundesnetzagentur.

## 4 Konsistente Regulierung des Verhältnisses von Vorleistungs- und Endkundenentgelten

Das Konsistenzgebot gibt vor, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen widerspruchsfrei ausgestaltet werden müssen. Es gibt jedoch keinen im Vorfeld bestimmten Handlungsstrang vor, sondern impliziert ein Abwägungs- und Verhältnismäßigkeitsgebot, welches bei möglichen Zielkonflikten zwischen einzelnen Entgeltregulierungsmaßnahmen zur Erreichung der Ziele nach §2 Abs. 2 TKG dienen soll. Insofern ist zwar das Konsistenzgebot eine materielle Pflicht, gibt jedoch keine eigenen materiellen Maßstäbe vor, die für das jeweilige Entgelt eine von vornherein feststehende Ausgestaltung vorschreibt. Es formuliert erst recht keine eigenständige Eingriffs- oder Prüfungsbefugnis in Bezug auf vermutete Preis-Kosten- oder Kosten-Kosten-Scheren. Vielmehr gibt das Konsistenzgebot vor, dass bei Entgeltregulierungsmaßnahmen neben der zeitlichen und inhaltlichen Abstimmung insbesondere die Ziele nach §2 Abs. 2 TKG zu beachten sind. In ihrem Hinweispapier geht die Bundesnetzagentur auf diese Gesetzesziele im Hinblick auf die Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren-Thematik nur sehr nachrangig ein – dies sollte jedoch Kernpunkt des Papiers sein: nämlich mögliche Entgeltregulierungsmaßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben des §27 Abs. 2 TKG hin zu diskutieren.

Im Hinblick auf das Verhältnis von Vorleistungs- und Endkundenentgelten ist es richtig, als Aufsatzpunkt die materielle Maßstäbe zu wählen, die sich zuerst aus den §§ 28, 31 TKG ergeben. Aus dem Gesetz folgt hier zunächst die Maßgabe, dass andere Unternehmen als das marktbeherrschende nicht in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten erheblich beeinträchtigt werden. Insbesondere sollen hierbei effiziente Wettbewerber grundsätzlich in der Lage sein, die Angebote des marktbeherrschenden Unternehmens im Endkundenmarkt nachzubilden zu können. Hierbei muss bei zunehmendem Wettbewerb auf 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. Anschließend ist noch im Falle von nicht regulierten oder nicht mehr regulierten Endkundenprodukten bzw. Produktbündeln das Ob und Wie einer Überprüfung zu klären.

### 4.1 Gesetzliche Schritte einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung

Ziel einer konsistenten Entgeltregulierung ist es, sicherzustellen, dass grundsätzlich andere Unternehmen nicht in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten erheblich beeinträchtigt werden. Dabei soll ein effizientes Unternehmen in der Lage sein, die Endkunden-Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens am Markt nachzubilden und hierbei eine angemessene Verzinsung zu erzielen (keine Preis-Kosten-Schere). Der Umkehrschluss lässt sich hieraus jedoch nicht ableiten, dass nämlich bei Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere bzw. bei fehlender Nachbildbarkeit bereits ein Missbrauch im Sinne des § 28 TKG vorliegen muss. Denn sollte zunächst der Vermutungstatbestand des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG vorliegen, sind vom Gesetz zunächst zwei weitere Prüfschritte vorgesehen, die im Hinweispapier unerwähnt bleiben.

Zunächst ist zu klären, ob die fehlende Nachbildbarkeit überhaupt eine erhebliche Wirkung auf die Wettbewerbsmöglichkeiten der anderen Unternehmen entfaltet. Ist dies nicht der Fall, ist der vom Gesetz formulierte Vermutungstatbestand bereits widerlegt. Darüber hinaus besteht die vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung.

Bei der Bewertung der Erheblichkeit ist die aktuelle Marktsituation (Entwicklung des Wettbewerbs; Entwicklung der Entgelte, etc.) zu berücksichtigen. Sollten Wettbewerber bereits über größere Marktanteile verfügen oder sind bei Bündelprodukten Märkte für einzelne Komponenten bereits wettbewerbsmäßig geprägt, ist grundsätzlich zunächst von einer geringeren Auswirkung auf den Wettbewerb auszugehen. In die Einschätzung der Erheblichkeit der Wirkung ist 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 ist. Ebenso könnte eine Preis-Kosten-Schere nur kurzweilig oder nur auf eine bestimmte Angebotsregionen beschränkt vorliegen. Auch in diesen Fällen wäre zunächst zu klären, ob hiervon eine erhebliche Wirkung auf den Wettbewerb zu erwarten ist. Dieser Abwägungsschritt ist insbesondere dann relevant, wenn anstelle einer vom Gesetz präferierten Vergleichsmarktbetrachtung eine Kostenprüfung erfolgt, da hier erfahrungsgemäß komplexe Annahmen zu treffen und diverse Faktoren zu berücksichtigen sind.

Im Anschluss ist vom Gesetz im Falle einer zunächst identifizierten Preis-Kosten-Schere und unter der Voraussetzung, dass zunächst von einer erheblichen Wirkung auszugehen ist, zu prüfen, ob es hierfür eine sachliche Rechtfertigung gibt. Eine bestehende Preis-Kosten-Schere kann beispielsweise gerechtfertigt sein, wenn sie als Reaktion auf Wettbewerber-Angebote erfolgt, da auch das marktbeherrschende Unternehmen dem Wettbewerb folgen darf, oder im Falle neuer Märkte eine gewisse Startphase überbrückt werden muss.

Bei allen drei Prüfschritten ist zunächst eine Vergleichsmarktbetrachtung durchzuführen – da dieser vom Gesetz ein Vorrang eingeräumt wird (§ 38 Abs. 2 TKG). Zwar wird der Vorrang des Vergleichsmarktpinzips im Rahmen der Verfahrensregelung für ex-post-Prüfungen von Zugangsleistungen geregelt, der Gesetzgeber hat 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 Vergleichsmarktpinzips erfolgen muss. Unter der Vergleichsmarktbetrachtung verstehen wir 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 gilt: Sind die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens marktüblich, können Wettbewerber diese offenkundig nachbilden. Es ist dann unerheblich, ob ein effizientes Unternehmen sogar noch unterhalb eines durchschnittlichen Marktteilnehmers anbieten könnte. Eine dauerhafte Ablehnung von Vergleichsmarktbetrachtungen als konkreten Prüfmaßstab wird dem Ziel des Gesetzgebers nicht gerecht. Die fehlende Berücksichtigung der übrigen Angebote im Markt kann 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 anbieten – derartige Anhaltspunkte lassen sich jedoch aus der historischen Preis- und Geschäftszahlenentwicklung seit Marktöffnung nicht ableiten.

Darüber hinaus ist auch mit der Entlassung der Verbindungsmärkte aus der Regulierung diese Annahme mit Blick auf die Zukunft erst recht abzulehnen. Denn diesbezüglich hat die Bundesnetzagentur gerade festgestellt, dass der Markt vollständig dem Wettbewerb geöffnet ist und Wettbewerber maßgebliche Marktanteile gewonnen haben. Ein kostenunterdeckendes Angebot von Verbindungsleistungen durch Wettbewerber wäre im wettbewerblichen Markt kaum anzunehmen bzw. wäre auch kein regulatorisches Problem. Sollte diese Strategie von einem Marktteilnehmer dennoch kurzfristig eingesetzt werden, würde dies jedenfalls nicht mehr auf den Gewinn von Marktanteilen des Marktbeherrschers abzielen, sondern darauf, auf einem wettbewerblichen Markt den eigenen Marktanteil zu erhöhen. Bei fehlender Marktbeherrschung ist aber gerade nicht zu befürchten, dass dies zu einer Verdrängung anderer Marktteilnehmer und nachfolgend zu einer Verringerung der Wettbewerbsintensität führt.

Daneben ist die Betroffene sogar bei den entsprechenden Vorleistungen (2 von 4 hier relevanten IC-Entgelten) teilweise nicht mehr reguliert. Daher kann eine pauschale Prüfungsregel auch nicht einfach auf den nicht regulierten IC-Entgelten aufsetzen.

Es wäre wettbewerbsverzerrend, wenn strikt an einem pauschalen Kostenprüfmaßstab (wie beispielsweise der 10 Jahre alten IC+25%-Regel) festgehalten wird, obwohl eine Vergleichsmarktbetrachtung belegt, dass Wettbewerber offenkundig die im Rahmen der Prüfung kalkulierte Preisuntergrenze bereits unterbieten können. Diese Vorgehensweise kann auch nicht mit einer Kosten-Nutzen-Überlegung begründet werden, da gerade die vom Gesetz vorgesehene Vergleichsmarktbetrachtung eine Prüfung ermöglicht, die verfahrenswirtschaftlich die geringsten Kosten verursacht und zugleich die geringste Fehleranfälligkeit aufweist.

## 4.2 Förderung von Infrastrukturinvestitionen Im Rahmen eines PKS-Tests

Dennoch kann in Ausnahmefällen eine Vergleichsmarktbetrachtung aufgrund fehlender Vergleichsangebote nicht möglich sein. Derartige Ausnahmefälle sind jedoch nur in einer Marktphase direkt nach Marktöffnung denkbar und nicht für bereits längere Zeit bestehende TK-Märkte zu erwarten. In solchen Fällen wäre ein Preis-Kosten-Scheren-Test aufsetzend auf Vorleistungsentgelten, im Rahmen dessen eine Abschätzung der Retail-Kosten erfolgt, eine Alternative – allerdings nur wenn dieser entsprechend den Wettbewerbsbedingungen und der technischen Entwicklung angepasst wird.

Ebenfalls wäre dieser Test anzupassen, wenn vorleistungsseitig eine Entgeltstruktur vorliegt, die es ermöglicht, die Investitionsrisiken auf verschiedene Marktbeteiligte zu verteilen. 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 gilt umso mehr, je weiter sich der Wettbewerb entwickelt hat und je mehr Möglichkeiten im Zeitablauf für alle Marktbeteiligte bestehen, in eigene Infrastruktur zu investieren, da ansonsten die prokompetitive Wirkung eines solche Vertragsmodells zur Risikoteilung wieder aufgehoben werden würde.

### 4.3 Berücksichtigung aller Möglichkeiten eines effizienten Unternehmens

Nachdem im ersten Abschnitt alle vom Gesetz vorgesehenen Schritte beschrieben wurden, ist anschließend klären, auf welche Art und Weise die Preis-Kosten-Scherenprüfung im Einzelnen zu erfolgen hat. Hierbei ist bei der Überprüfung von Endkunden-Produkten ein effizienter Wettbewerber zu unterstellen, der auch alle sich ihm bietenden Möglichkeiten nutzt, effizient am Markt zu agieren. Das betrifft zum einen den möglichen Rückgriff auf ein regional ggf. unterschiedliches Vorleistungsangebot, zum anderen betrifft dies die zunehmend unterschiedlichen technischen Möglichkeiten der Produkterstellung. Es ist daher zu begrüßen, dass die Bundesnetzagentur feststellt, dass hierbei effiziente Wettbewerber auf Basis verschiedener Zugangsleistungen in der Lage sein müssen, die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens nachzubilden – dies aber nicht für jedes einzelne Geschäftsmodell flächendeckend zu gewährleisten ist.<sup>1</sup> Allerdings fehlt 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 derer jeweiligen Veränderung im Zeitablauf andere in der Regel steigende Anforderungen an einen effizienten Wettbewerber zu stellen sind.

Für eine angemessene Bewertung der Frage, ob ein effizienter Wettbewerber die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens nachbilden kann, sind zunächst alle relevanten Vorleistungen in die Betrachtung einzubeziehen. Hierbei kann sich jedoch für verschiedene Regionen ein unterschiedliches Bild ergeben - als Beispiel für regional unterschiedliche Vorleistungen sei darauf verwiesen, dass IP-BSA in ländlichen Regionen übergangsweise noch eher einen Bottleneck-Charakter aufweist, während in Bal-

---

<sup>1</sup> Vgl. BNetzA (2009), Hinweispapier zur konsistenten Entgeltregulierung, S. 24.

lungszentren Wettbewerber im Endkundenmarkt den Wettbewerb auf der Vorleistungsebene nutzen und hier bereits auf die Vorleistungen anderer Anbieter zurückgreifen können und dies auch tun. Ein starrer Test, der als Vorleistung allein auf das regulierte BSA-Angebot abstellt, und damit die Möglichkeit, auf andere Vorleistungen zurückzugreifen, nicht berücksichtigt, verfehlt bereits die Vorgabe, ein effizientes Agieren bei der Produkterstellung zu unterstellen und wird darüber hinaus auch den tatsächlichen Gegebenheiten im deutschen TK-Markt nicht gerecht. Diesem Ansatz kann auch nicht mit einem Verweis auf den Gesetzestext des §28 Abs. 2 Nr. 2 TKG begegnet werden, der zunächst auf die Zugangsentgelte des marktbeherrschenden Unternehmens abstellt, denn wenigstens bei den anschließenden Prüfschritten (Erheblichkeit, sachliche Rechtfertigung) wäre die tatsächliche Angebotssituation im Vorleistungsbereich zu berücksichtigen. Diese grundsätzliche Gefahr, die tatsächliche Vorleistungssituation nicht vollständig zu berücksichtigen und damit zu einer verzerrenden Preis-Kosten-Scheren-Prüfung zu gelangen, sollte man allerdings bereits auf der Vorleistungsebene beheben, indem man für IP-BSA eine regional differenzierte Regulierung praktiziert (Vgl. Kapitel IV Abschnitt 3.).

Neben den regionalen Unterschieden stehen für die Produkterstellung zunehmend auch unterschiedliche Technologien zur Verfügung. Als Beispiel sei auf den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten verwiesen, für den die Bundesnetzagentur für die beiden bestehenden Varianten (PSTN und All-IP) eine Austauschbarkeit aus Nachfrager- und Anbieter-Sicht festgestellt hat. Zur konsistenten Entgeltregulierung gehört es auch, aus dieser identifizierten Austauschbarkeit auch den logischen Schluss zu ziehen und von einer für die Endkundenprodukte effizienten Erstellung auszugehen – unabhängig davon, wie das marktbeherrschende Unternehmen seine Produkte erstellt. Denn entscheidend für die Vergleichbarkeit eines Wettbewerberangebotes ist nicht eine vollkommene Übereinstimmung der Leistungsbestandteile, sondern es reicht aus, wenn die Leistungsbestandteile des Wettbewerberangebots die Nachfrage des Kunden in vergleichbarer Weise befriedigen, wie das Angebot des marktbeherrschenden Unternehmens.

Vor Ausweitung der Vorleistungsangebote konnten Wettbewerber teilweise nur auf einer Vorleistung aufsetzend verschiedene Endkundenprodukte erstellen. So kann ein Wettbewerber bis heute auf Basis der TAL verschiedene Anschlussprodukte (PSTN-Anschlüsse und DSL-Anschlüsse) und hieran anknüpfend auch verschiedene Tarifvarianten anbieten. Mit der Veränderung bzw. Ausweitung der Vorleistungswelt stehen jedoch auch zunehmend verschiedene Vorleistungen für gleiche oder ähnliche Endkundeprodukte zur Auswahl. Aus diesen Ausführungen wird klar, dass die Entscheidung über die richtige Bezugsgröße zunehmend komplexer wird. Als Grundregel sind die Vorleistungs- bzw. Endkundenprodukte im Rahmen einer Prüfung zu aggregieren, die im Rahmen eines wesentlichen Geschäftsmodells bezogen bzw. angeboten werden können. Würde 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 legt. Es sei aber auch darauf hingewiesen, dass die tatsächliche Anzahl

vorhandener Geschäftsmodelle größer sein kann als die der zu überprüfenden Geschäftsmodelle. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Wettbewerber nur eine Teilmenge der Produkte eines regulierten Marktes anbietet – in diesen Fällen ist jedoch eine gesonderte Prüfung nicht erforderlich, da dieser Wettbewerber ohne nennenswerte Umstellung auch das gesamte Portfolio dieses Marktes anbieten könnte.

#### 4.4 Preis-Kosten-Scheren-Betrachtungen im Falle nicht regulierter Endkunden-Produkte

Das Konsistenzgebot gestattet 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. Bei diesen Verfahren handelt es sich um komplexe Abwägungsentscheidungen auf der Basis gemeinschaftsrechtlicher und nationalgesetzlicher Vorgaben und es stünde hierzu im offensichtlichen Widerspruch, wenn die Bundesnetzagentur Entgelte untersuchen und ggf. sogar modifizieren dürfte, ohne dass die Durchführung dieser Verfahren hierfür Voraussetzung wäre. Die Beschränkung der sektorspezifischen Regulierung auf Märkte, auf denen kein wirksamer Wettbewerb herrscht, folgt daraus, dass in einer marktwirtschaftlichen Ordnung mit einer funktionsfähig ausgestalteten Kontrolle von wettbewerbsbeschränkenden Marktaktivitäten durch das allgemeine Wettbewerbsrecht diese Kontrolle eben auch ausreicht und die sektorspezifische Regulierung die Ausnahme darzustellen hat. Denn der Eingriff in das Marktgeschehen durch die sektorspezifische Regulierung ist bedeutend stärker als bei Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Darüber hinaus stellt sich die auf Märkte ohne wirksamen Wettbewerb beschränkte sektorspezifische Regulierung als eine dynamische Regulierung dar. Denn sobald die sektorspezifische Regulierung Wettbewerb geschaffen und sich auf einem Markt wirksamer Wettbewerb eingestellt hat, muss die Regulierung auslaufen ("phasing out"). Von wirksamem Wettbewerb ist jedoch auszugehen, wenn eine Überprüfung der hierfür relevanten Kriterien ergibt, dass keine strukturellen oder rechtlichen Marktzutrittschranken bestehen, der Markt längerfristig zu einem wirksamen Wettbewerb tendiert und die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts ausreicht.

Gelangt die Bundesnetzagentur nämlich zu dem Ergebnis, dass längerfristig mit wirksamem Wettbewerb zu rechnen ist oder ein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt besteht, also ein Markt, auf dem der Wettbewerb so abgesichert ist, dass er ohne sektorspezifische Regulierung besteht, so dass die Gestaltung der Endkundenpreise die strukturellen Marktverhältnisse nicht gefährden kann, weil die wettbewerbslichen Kräfte auf diesem Markt gleichmäßig verteilt sind, bedarf es keiner Regulierung. Diese gesetzgeberische Vorgabe würde konterkariert, wenn - wie im Konsultationspapier angenommen - die Bundesnetzagentur dennoch auf den bereits aus der Regulierung entlassenen Endkundenmärkten der Inlands- und Auslandsverbindungen weiterhin Prüf- und Eingriffsbefugnisse hätte.

Die Erforderlichkeit der Feststellung beträchtlicher Marktmacht auf dem Vorleistungs- und dem Endkundenmarkt folgt also aus der Systematik des TKG. Mit der Entlassung von Verbindungen aus der Regulie-



zung stellt sich jedoch die aktuelle Frage, wie dies im Rahmen von Bündelprüfungen zu berücksichtigen ist; bzw. wie grundsätzlich mit nicht regulierten Komponenten bei der Überprüfung von Bündeln umzugehen ist, die aus regulierten und nicht regulierten Komponenten bestehen.

Anstatt sich mit dieser Frage näher auseinander zu setzen, verweist die Bundesnetzagentur in ihrem Hinweispapier auf ihre Rechtsposition, wonach eine Prüfung auch ohne Durchführung eines 3-Kriterien-Tests zumindest im Rahmen einer Vorteilsabschöpfung möglich sei.

Ihre aktuelle Regulierungs-Praxis geht sogar noch weiter, da die Bundesnetzagentur auch für nicht regulierte Leistungen, die gemeinsam mit anderen regulierten Leistungen angeboten werden, eine Eingriffsbefugnis – ohne Durchführung eines 3-Kriterien-Tests - ableitet und hierbei sogar die selben Kostenmaßstäbe wie in der Zeit regulierter Verbindungsleistungen anwendet (IC+25%-Regel).

Die Aussagen der Bundesnetzagentur zur Anwendung einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung im Falle nicht regulierter Endkunden-Leistungen muss nämlich so verstanden werden, dass eine Kontrolle von Produktbündeln auch dann möglich ist, wenn einzelne Bündel-Komponenten bereits nicht mehr reguliert sind. Ansonsten würden die Aussagen im Hinweispapier in deutlichem Widerspruch zu ihren Aussagen im Beschluss BK 2b 09/005 stehen – da heißt es:

*„Die Befugnis der Kammer zur Kontrolle der verfahrensgegenständlichen Entgelte wird durch die „Entlassung“ der nationalen Verbindungsmärkte aus der Regulierung nach TKG aber insofern nicht berührt als die verfahrensgegenständlichen Entgelte neben Verbindungsleistungen auch Anschlussleistungen enthalten; der Anschlussmarkt aber nach wie vor der Regulierung nach Regulierungsverordnung BK2a 06/001-R vom 23.06.2006 unterliegt.“*

Im genannten Beschluss wendet die Bundesnetzagentur die mehr als 10 Jahre alte IC+25%-Regel für die in den Bündeln enthaltenen Verbindungsleistungen an, die bereits nicht mehr reguliert sind.

Im besonderen Widerspruch zum TKG stehen jedoch die Aussagen der Behörde zu Vergleichsmarktbeachtungen. Obwohl das Gesetz für die Prüfung nachträglich regulierter Leistungen ein Primat der Vergleichsmarktbeachtung vorsieht, wird diese seit Beginn der nachträglichen Regulierung von der Bundesnetzagentur im Rahmen von Prüfungen abgelehnt. Als Begründung verweist die Behörde in verschiedenen Schriftsätzen auf die im konkreten Einzelfall fehlende Möglichkeit, da entweder keine vergleichbaren Märkte vorlägen oder entsprechende Wettbewerberangebote im selben Markt möglicherweise kostenunterdeckend angeboten werden müssten. Diese seit Jahren angeführten Argumente sind jedoch nie belegt worden. So sind in Verfahren bisher keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen worden, dass Wettbewerber über längere Zeiträume kostenunterdeckend angeboten hätten, was anhand von Geschäftszahlen/-ergebnissen relativ leicht hätte überprüft werden können.

Insbesondere steht diese Argumentation aber den Aussagen zu Preis-Kosten-Scheren im Falle nicht regulierter Leistungen entgegen. Die Bundesnetzagentur leitet für Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, eine Kontrollmöglichkeit von nicht regulierten Endkundenleistungen ab. Neben der Deutschen Telekom werden jedoch auch nahezu alle anderen Marktteilnehmer im Endkundenmarkt (Ausnahme sind die reinen Verbindungsnetzbetreiber) bei den hier in Rede stehenden korrespondierenden Vorleistungen als Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes klassifiziert, die über beträchtliche Marktmacht verfügen. Sie alle müssten folglich der Regulierung auch hinsichtlich Ihres Endkundenangebotes unterliegen, was wohl nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden kann.

Spätestens mit der Entlassung der Verbindungsmärkte aus der Regulierung wäre eine Anwendung von Vergleichsmarktbetrachtungen zumindest bei Bündelprodukten, die aus regulierten und nicht regulierten Komponenten bestehen, dringend geboten, um entsprechend der Marktverhältnisse angemessen zu prüfen. Dies betrifft auch die in nachgelagerten Prüfschritten zu beantwortenden Fragen einer erheblichen Wirkung oder einer sachlichen Rechtfertigung.

## 4.5 Ausweitung der Regulierung statt Deregulierung

Die Bundesnetzagentur selbst spricht von zunehmender Deregulierung auf dem Endkundenmarkt, die aber in der Regulierungspraxis nur begrenzte Relevanz erlangt. Zwar wurden aktuell die Verbindungsmärkte vollständig aus der Regulierung entlassen; größere Spielräume für die Gestaltung der Endkundenentgelte sind jedoch angesichts der weiterhin unverändert angewandten Prüfsystematik nicht zu erkennen. Auch in Bezug auf den geplanten Wegfall der Anzeigepflicht sei angemerkt, dass dieser Deregulierungsschritt bereits in der aktuell gültigen Regulierungsverordnung weitestgehend vollzogen wurde und dazu führte, dass seit 2006 unter bestimmten Voraussetzungen Bündel aus regulierten und nicht regulierten Komponenten (bspw. Call&Surf-Pakete) nicht anzuzeigen waren und dies seit der Entlassung von Verbindungen aus der Regulierung auch für Anschlusspakete gilt. Die im aktuellen Entwurf der Regulierungsverordnung zum Anschlussmarkt geplante Entlassung aus der Anzeigepflicht ist zu begrüßen. Sie stellt jedoch aus den genannten Gründen für die Praxis nur einen relativ kleinen Schritt in Richtung Deregulierung dar.

Die Bundesnetzagentur geht den Weg in Richtung Deregulierung, der angesichts der Marktentwicklung geboten ist, nicht konsequent weiter, sondern nimmt gleichzeitig an anderer Stelle eine Ausweitung der Regulierung vor. Für den Anschlussmarkt plant die Bundesnetzagentur etwa, All-IP-Anschlüsse einzubeziehen und hierbei zugleich die bisher auf PSTN-Anschlüsse beschränkte Verpflichtung zum Angebot der Betreiber(vor-)auswahl in identischer Weise (d.h. netzseitig) auch auf diese Anschlüsse der neuen Technologie zu übertragen. Angesichts der Marktentwicklung ist diese Bestehen auf einer netzseitigen Implementierung als unangemessen einzustufen und daher nicht nachvollziehbar. Die Einführung der Betreiber(vor-)auswahl vor mehr als 10 Jahren war ein erfolgreiches Instrument Wettbewerb im deutschen

TK-Markt zu initiieren und zu fördern. Der starke TAL-Wettbewerb hat jedoch dazu geführt, dass in der zweiten Hälfte dieses Jahrzehnts alle größeren Wettbewerber, die als reine Verbindungsnetzbetreiber begonnen haben, den Wechsel hin zum Teilnehmernetzbetreiber vollzogen haben. Die Betreiber(vor-)auswahl wird von diesen Wettbewerbern jedoch nur noch als „Cash Cow“ genutzt, d.h. die Produkte werden nicht mehr weiterentwickelt oder beworben, aber noch solange angeboten, wie es sich wirtschaftlich rechnet. Dies führte zu stark rückläufigen Umsätzen in den letzten Jahren – ein Blick auf die Umsatzentwicklung lässt darüber hinaus den Schluss zu, dass die Bedeutung dieses Geschäftsmodells für die Marktentwicklung voraussichtlich binnen weniger Jahre weiter deutlich abnehmen wird.

Eine netzseitige Implementierung ist zudem nicht erforderlich, damit Kunden am All-IP-Anschluss die Möglichkeit erhalten, Sprachdienste anderer Anbieter auszuwählen. Denn unabhängig von einer solchen Verpflichtung bestehen bereits heute hierzu diverse Möglichkeiten. Als Beispiele zur Auswahl anderer Sprachdienste seien die Möglichkeiten der Routerkonfiguration (Kunde kann auch vorkonfigurierte Router anderer Anbieter am Telekom-Anschluss nutzen), der Nutzung von Softwareclients (Skype, Sip-Gate, etc.) oder auch von Prepaid-Call-by-Call (Calling Cards oder Anbieter wie DCalling) genannt.

Eine solche Verpflichtung trägt weder zur Entwicklung des Markts noch zur Förderung von Infrastrukturinvestitionen bei – ist für die Deutsche Telekom jedoch mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. Denn die von der Bundesnetzagentur für All-IP-Anschlüsse geforderte netzseitige Implementierung der Betreiber(vor-)auswahl ist für die Deutsche Telekom und insbesondere die mit ihr verbundenen Unternehmen mit einem erheblichen Implementierungsaufwand verbunden (für die Tochter Congstar fällt der Aufwand zudem für jede neue einzugehende Vorleistungsbeziehung erneut an).

Die Ausweitung der Regulierung im Endkundenbereich wird zudem dadurch besonders augenfällig, dass die Bundesnetzagentur nach mehr als 10 Jahren der Marktöffnung beabsichtigt, eine Verpflichtung zum Anschluss Resale zu erlassen. Die Bundesnetzagentur hatte der Deutschen Telekom zu Beginn des Jahres bereits im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens auferlegt, dass Endkundentelefonanschlüsse, die von Anbietern von Telekommunikationsdiensten zum Zwecke der Überlassung an Dritte nachgefragt werden, mit dem zum Zeitpunkt der Übernahme bestehenden Leistungsumfang unverändert und ohne Unterbrechung bereitgestellt werden müssen. Bereits diese von der Bundesnetzagentur auferlegten Bereitstellungskonditionen stellen einen zusätzlichen schwerwiegenden Eingriff in die Produktgestaltung und die Produktionsabläufe der Deutschen Telekom dar. Im Rahmen der anstehenden Regulierungsverfügung plant die Bundesnetzagentur nun darüber hinaus eine zusätzliche Verpflichtung zum Anschluss Resale. Dies steht im offensichtlichen Widerspruch zur Förderung von Investitionen, da eine Verpflichtung zum Anschluss Resale die Investitionen aller Marktteilnehmer in ein (NGA-)Anschlussnetz entwertet. Auch angesichts der Marktentwicklung ist es mehr als fraglich inwieweit diese aktuell geplanten Entgeltregulierungsmaßnahmen geeignet sind, die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen.

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist davon auszugehen, dass diese weiteren Regulierungsschritte die kommunizierte Deregulierung nicht nur kompensieren, sondern diese sogar je nach Ausgestaltung in ihrer Wirkung übersteigen.

## 4.6 Erforderliche Schritte zur Erreichung des Konsistenzziels

Um der Entwicklung der Marktverhältnisse und der zunehmenden Komplexität, die mit dem technologischen Wandel verbunden ist, gerecht zu werden, wäre es – wie bereits beschrieben – dringend erforderlich, dem vom Gesetz vorgegebenen Primat einer Vergleichsmarktbetrachtung nachzukommen. Ein Festhalten an einer Überprüfung ausschließlich anhand von Kostenmaßstäben birgt hingegen zunehmend die Gefahr von Verzerrungen.

Für eine richtige Anwendung von Kostenmaßstäben wäre zunächst eine Marktabgrenzung Voraussetzung, die den Wettbewerbsverhältnissen auf den Märkten gerecht wird. Einerseits hat die Bundesnetzagentur bei ihrer Marktabgrenzung im Endkundenanschlussmarkt die erheblichen unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse ignoriert und damit die Märkte für reine Sprachanschlüsse, für Sprach- und Internetanschlüsse und für Entertain-Anschlüsse zu einem Markt zusammengefasst und auch keine regionale Unterscheidung getroffen. Andererseits prüft die Behörde deutlich enger und mit unterschiedlichen Anforderungen an die Nachbildbarkeit. Eine engere Prüfung (beispielsweise begründet mit einem gesonderten Fokus auf ein bestimmtes Geschäftsmodell) ist jedoch nur sinnvoll und zulässig, wenn es dem Anbieter dieses Geschäftsmodells nicht zuzumuten wäre, sein Geschäftsmodell auszuweiten – genau dies hätte die Behörde jedoch bereits bei der Marktdefinition berücksichtigen müssen. Das Gesetz liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass von mehreren Geschäftsmodellen innerhalb eines Marktes auszugehen ist und diese jeweils gesondert zu betrachten sind. Im Gegenteil stellte das Gesetz bereits vor mehr als 5 Jahren in seiner Begründung fest, dass nicht jeder einzelne Tarif, sondern diese nur in Kombination für Wettbewerber nachbildbar sein müssen, damit diese auf dem Endnutzermarkt eine angemessene Verzinsung erzielen können.

Zusammengefasst ist angesichts der Entwicklung des Wettbewerbs auf den TK-Märkten und dem hierbei stattfindenden technologischen Wandel eine Anpassung sowohl der Prüfmaßstäbe als auch der Marktabgrenzung erforderlich, um eine konsistente Entgeltregulierung sicherzustellen. Das vom Gesetz vorgegebene Primat einer Vergleichsmarktbetrachtung muss endlich auch in der regulatorischen Praxis Einzug halten. Das starre Festhalten an Kostenmaßstäben birgt gegenüber einer Vergleichsmarktbetrachtung darüber hinaus das Risiko, zu falschen Ergebnissen zu gelangen. Für Bündel mit nicht regulierten Komponenten kommt darüber hinaus, sollte eine Vergleichsmarktbetrachtung nicht möglich sein, allenfalls eine Dumping-Prüfung in Betracht. Derartige Bündel werden in wettbewerbsintensiveren Marktsegmenten angeboten, so dass eine Behinderung ausgeschlossen werden kann, wenn die kurzfristig variablen Kosten gedeckt sind.

## 5 Konsistente Regulierung des Verhältnisses verschiedener Geschäftsmodelle im Vorleistungsbereich zueinander

Auch in Bezug auf das Verhältnis von verschiedenen Geschäftsmodellen im Vorleistungsbereich zueinander gibt das Gesetz zur Erreichung des Konsistenzziels keine Vorgaben, auf welche Weise und mit welchem Inhalt mögliche Zielkonflikte zwischen einzelnen Entgeltregulierungsmaßstäben aufzulösen sind. Wie bereits erwähnt, ergeben sich aus dem Gesetz keine gesonderten materiellen Maßstäbe zum Konsistenzgebot. Soweit die materiellen Voraussetzungen der gesetzlichen Vorgaben zu Entgeltregulierungsmaßnahmen erfüllt sind, darf die Bundesnetzagentur die Genehmigung für das betreffende Entgelt nicht mit Blick auf eine Inkonsistenz zu anderen Entscheidungen verweigern bzw. für unwirksam erklären.

Die materiellen Vorgaben zu Entgeltregulierungsmaßnahmen in Bezug auf das Verhältnis von verschiedenen Geschäftsmodellen zueinander sollen dazu beitragen, dass jeder Wettbewerber, der ein wesentliches Geschäftsmodell am Markt verfolgt und hierbei effizient agiert, nicht in seinen Wettbewerbsmöglichkeiten erheblich beeinträchtigt wird. Diese Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens sollen in der Lage sein, die Vorleistungsangebote des marktbeherrschenden Unternehmens für die verschiedenen Wertschöpfungsstufen nachbilden zu können.

Auch hierbei muss bei zunehmendem Wettbewerb auf verschiedenen Wertschöpfungsstufen und zugleich zunehmenden technischen Möglichkeiten der Produkterstellung eine den tatsächlichen Marktgegebenheiten gerecht werdende Bewertung erfolgen, um verzerrende Eingriffe zu vermeiden. Anschließend ist noch im Falle von nicht regulierten oder nicht mehr regulierten Vorleistungsprodukten bzw. -produktbündeln das Ob und Wie einer Überprüfung zu klären.

### 5.1 Gesetzliche Schritte einer Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung

Im Rahmen einer Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung wird auf Basis der verschiedenen Vorleistungsentgelte des marktbeherrschenden Unternehmens getestet, ob ein effizientes Unternehmen in der Lage ist, bei Bezug der Vorleistung mit weniger Wertschöpfung das Entgelt des marktbeherrschenden Unternehmens für die Vorleistung der höheren Wertschöpfungsstufe nachzubilden und hierbei eine angemessene Verzinsung erzielen kann (Kosten-Kosten-Schere). Auch bei der Prüfung einer Kosten-Kosten-Schere (KKS) sind die gesetzlichen Vorgaben des § 28 TKG einzuhalten. Auch bei KKS-Prüfung sind folglich die drei Prüfschritte einzuhalten, die auch zum Thema KKS im Hinweispapier unerwähnt bleiben.

Zunächst ist zu klären, ob die fehlende Nachbildbarkeit der Vorleistung der höheren Wertschöpfungsstufe überhaupt eine erhebliche Wirkung auf die Wettbewerbsmöglichkeiten der anderen Unternehmen entfaltet. Ist dies nicht der Fall, ist der vom Gesetz formulierte Vermutungstatbestand bereits widerlegt. Darüber hinaus besteht die vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung.

Für die Durchführung einer KKS-Prüfung ist zunächst die aktuelle Marktsituation zu analysieren (welche wesentlichen Geschäftsmodelle existieren; Entwicklung des Wettbewerbs innerhalb dieser Geschäftsmodelle; Entwicklung der Entgelte, etc.). Diese Faktoren sind zunächst für die Frage, welche Produkte und deren Entgelte überhaupt in eine Prüfung einzubeziehen sind, aber auch für die drei Prüfschritte von besonderer Bedeutung.

Auch bei einer KKS-Prüfung ist bei allen drei Prüfschritten eine Vergleichsmarktbetrachtung durchzuführen – auch wenn dieser vom Gesetz bei den zu genehmigenden Entgelten der betrachteten Vorleistungen kein Vorrang eingeräumt wird. Die Vergleichsmarktbetrachtung ist zum einen verfahrensökonomisch sinnvoll, da sie im Vergleich zu Kostenbetrachtungen und anschließenden KKS-Prüfungen mit relativ wenig Aufwand verbunden ist; zum anderen ist sie weniger anfällig für Verzerrungen. Denn sind die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens marktüblich, können Wettbewerber diese offenkundig nachbilden.

## 5.2 Berücksichtigung nur der wesentlichen Geschäftsmodelle

Sollte eine Vergleichsmarktbetrachtung nicht möglich sein oder kein eindeutiges Bild ergeben, kann eine KKS-Prüfung anhand einer Kostenabschätzung erfolgen. Als Grundsatz für eine KKS-Prüfung muss dabei 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 TK-Markt wesentliche Geschäftsmodelle berücksichtigt werden.

Der erste Grundsatz ergibt sich bereits denklösig. Es sollten alle Vorleistungsprodukte der höheren Wertschöpfungsebene, die nachzubilden sind, zusammengefasst werden, die mit einer angemessenen Angebotsumstellungsflexibilität gemeinsam angeboten werden können. Ebenso sollten alle hierfür in Frage kommenden Vorleistungsprodukte niedrigerer Wertschöpfungsstufen zusammengefasst werden, die als Vorleistungen in Frage kommen. Hierbei kommen als Vorleistung gerade auch Produkte unterschiedlicher Wertschöpfungsstufen in Frage, wenn eine Marktbeobachtung ergibt, dass das zugrunde liegende Geschäftsmodell der Wettbewerber gerade hierauf aufgebaut ist. Parallel ist zu klären, ob die Wettbewerber am Markt regional differenziert nachbilden, d.h. ob sie zum Beispiel in Ballungsgebieten auf Vorleistungen unterschiedlicher Anbieter zurückgreifen können. Dieser Prüfschritt ist Voraussetzung, damit ein KKS-Test entsprechend der Realität durchgeführt wird und das Risiko falscher Rückschlüsse minimiert wird.

## 5.3 Regionale Differenzierung als Voraussetzung einer konsistenten Entgeltregulierung

Eine konsistente Regulierung setzt grundsätzlich eine Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte voraus, wenn der jeweils erreichte wettbewerbliche Entwicklungsstand ebenfalls vergleichbar erscheint. Andern-

falls muss eine Differenzierung der entsprechenden Maßnahmen und Vorgaben erfolgen, so dass diese immer der jeweiligen Wettbewerbssituation entsprechen. Dies schließt das Erfordernis mit ein, schon bei der räumlichen Marktabgrenzung nicht ausschließlich nationale Märkte abzugrenzen, soweit die regionalen und lokalen Wettbewerbsverhältnisse deutliche Unterschiede aufweisen.

Wie die Bundesnetzagentur selbst feststellt, entwickelte sich der TK-Markt in Deutschland seit Marktöffnung zunehmend in Richtung Wettbewerb. Dies gilt insbesondere auf regionaler Ebene, da für alle TK-Unternehmen Anreize bestehen, zunächst in Ballungszentren zu investieren während eine differenzierte regulatorische Betrachtung bis heute nicht erfolgt ist. Dies betrifft sowohl die Endkunden- als auch die Vorleistungsseite.

Endkunden haben heute regional sehr viele unterschiedliche Möglichkeiten, ihre Telekommunikationsdienste auszuwählen. Für Endkunden in Ballungsgebieten gibt es neben der Deutschen Telekom und anderen überregionalen Anbietern, zu denen unzweifelhaft auch die Kabelanbieter zählen, auch lokale alternative Anbieter, die mit entsprechenden Angeboten im Markt agieren. Als Beispiel für die Unterschiede zwischen Ballungsgebieten und ländlichen Gebieten wirkt sich das auf Ballungsgebiete fokussierte Angebot von Unternehmen wie QSC, Telefonica und Arcor sowohl für die klassischen Bitstrom-Produkte als auch für Leistungen höherer Wertschöpfungsstufen aus. Diese Leistungen bieten die Unternehmen auf Basis der Kombination der - bundesweit einheitlich verfügbaren - TAL und eigener Backbone-Netzinfrastruktur an, auf die wiederum andere Anbieter der weiterführenden Wertschöpfungsstufen aufsetzen können. Dies muss bei der Festlegung der Regulierungsbedürftigkeit von Märkten ebenso wie bei der Anwendung von Preis-Kosten und Kosten-Kosten-Scheren Tests berücksichtigt werden.

Entgegen immer wieder geäußerten Befürchtungen führt eine regional differenzierte Regulierung nicht zu einer Benachteiligung ländlicher Räume. Eine Deregulierung der Deutschen Telekom in Ballungsgebieten erlaubt dieser dort lediglich eine Annäherung an die Konditionen der anderen Marktteilnehmer. Da in ländlichen Gebieten die Regulierung weiterhin greift, bleibt Preismissbrauch dort weiterhin ausgeschlossen.

## 5.4 Förderung von Infrastrukturinvestitionen im Rahmen eines KKS-Tests

Um zu einer konsistenten Entgeltregulierung zu gelangen, ist es im Rahmen von KKS-Tests erforderlich, dass Infrastrukturinvestitionen gefördert werden. Die besondere Herausforderung ist hierbei jedoch, dass diese Förderung auf jeder Wertschöpfungsstufe gleichermaßen stattfinden muss, da ansonsten Geschäftsmodelle gegenüber Anderen bevorzugt werden würden.

Auch im Rahmen einer KKS-Prüfung kann neben einer Vergleichsmarktbetrachtung auch ein Test durchgeführt werden, in dessen Rahmen aufsetzend auf dem Vorleistungsentgelt der niedrigeren Wertschöpfungsstufe eine Abschätzung der Kosten der nächsten Wertschöpfung erfolgt. Existieren 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 können im Rahmen eines Kosten-Kosten-Scheren-Tests nur bestimmte Vertragsvarianten berücksichtigt werden. Entscheidend ist dabei, dass als Vorleistungsprodukt, welches die Basis für ein anderes Vorleistungsprodukt darstellt, genau dasjenige ausgewählt wird, welches die tatsächliche Realisierung und Risikoverteilung des darauf aufbauenden Vorleistungsprodukts abdeckt. Der effiziente Wettbewerber muss sich dabei an dem Risiko messen lassen, welches er selbst bereit wäre zu tragen. Für Vorleistungsprodukte bedeutet dies, dass jeweils nur vergleichbare Vertragsvarianten bei KKS-Tests aufeinander aufbauen können. Ein KKS-Test wäre deshalb nicht konsistent, wenn das Entgelt des zugrunde liegenden Vorleistungsproduktes ein sehr niedriges Risiko widerspiegeln würde, das Entgelt des darauf aufsetzenden Produktes aber nur ein sehr niedriges.

Entsprechend der besonderen Stellung des Investitionsförderungsziels kann 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 gilt umso mehr, je weiter sich der Wettbewerb entwickelt hat und je mehr Möglichkeiten im Zeitablauf für alle Marktbeteiligte bestehen, in eigene Infrastruktur zu investieren, da ansonsten die prokompetitive Wirkung eines solche Vertragsmodells zur Risikoteilung wieder aufgehoben werden würde.



## 6 Konsistente Entgeltregulierung unter den Bedingungen des technologischen Wandels

Durch den rasch voranschreitenden technologischen Wandel werden die althergebrachten kupferbasierten Infrastrukturen künftig mehr und mehr verschwinden und durch moderne Glasfasernetze ersetzt. Gleichzeitig werden die Netze auf IP-Technologie umgestellt. Der BITKOM beziffert die notwendigen Investitionen für einen flächendeckenden Glasfaserausbau mit bis zu 50 Milliarden Euro in den kommenden Jahren. Damit diese Investitionen jedoch getätigt werden können, müssen die ordnungspolitischen Rahmenbedingungen entsprechend investitionsfördernd gestaltet werden. Das heißt insbesondere, dass die bisherige enge Regulierung des heutigen PSTN nicht 1:1 auf die neuen Netze übertragen werden darf. Vielmehr müssen den Unternehmen Handlungsspielräume und Investitionsanreize gewährleistet werden, um den Aufbau dieser Netze überhaupt stemmen zu können. Im Gegensatz zum PSTN wird der flächendeckende Ausbau mit Glasfaser nicht von einem einzigen Unternehmen allein bewältigt werden können, weshalb sich auch die heutige Zugangslogik und das Wholesale-Produktportfolio verändern werden. Konsistenz der Regulierung bedeutet deshalb in diesem Zusammenhang, dass sich die Regulierung an die verändernden Umstände anpassen muss. Nur durch die Gewährleistung von Handlungsspielräumen und Investitionsanreizen kann das von der Regulierung verfolgte Ziel des nachhaltigen Wettbewerbs erreicht werden. Die Überlegungen der Bundesnetzagentur zu Entgeltregime in NGN-Netzen setzen diese Investitionsanreize nicht.

### 6.1 Keine Ausbaupflichtung aufgrund technologischen Wandels

Bei entsprechend richtig gesetzten regulatorischen Bedingungen werden in der FTTX-Welt mittelfristig die Kupfer-Verzweigerkabel verschwinden und durch leistungsstärkere Glasfasernetze ersetzt, so dass hierfür Surrogatprodukte erforderlich werden.

Komplementäre Vorleistungen wie ggf. ein Leerrohrzugang oder der Zugang zur Inhouse-Verkabelung können den Marktteilnehmern aber grundsätzlich nur insoweit auferlegt werden, wie diese bereits über vorhandene, potentiell nutzbare und freie Infrastrukturen verfügen und hierzu rechtlich überhaupt in der Lage sind. Jede weitergehende Auferlegung würde eine unzulässige Ausbaupflichtung darstellen.

### 6.2 NGN-Zusammenschaltung

Im Folgenden gehen wir auf die Ausführungen von Bundesnetzagentur zum Thema NGN-Zusammenschaltung ein. Grundsätzlich sieht sie hier Konsistenzfragen im Zusammenhang mit folgenden Punkten:

- Anzahl und Lage der Zusammenschaltungspunkte, deren Hierarchie und funktionale Bedeutung

- Die Spezifizierung der Qualitätsanforderungen für die Verkehrsübergabe
- Preisbildungsprinzipien – diese beziehen sich z.B. auf die Abrechnungseinheiten oder die Staffelformung der Entgelte nach Zusammenschaltungsebenen
- Das Abrechnungsregime
- Gestaltung des Migrationsprozesses

Unsere Kommentierung orientiert ebenfalls an diesen Themen.

### **6.2.1 Anzahl und Lage der Zusammenschaltungspunkte, deren Hierarchie und funktionale Bedeutung**

Wie die Bundesnetzagentur darstellt, gibt es heute im PSTN technisch drei Hierarchie-Stufen, wovon jedoch nur zwei für die Preisbildung zum Ansatz kommen, so dass es drei Entgeltstufen in Form des „local“, „single transit“- und „double transit“-Tarifs gibt.

Hinsichtlich des NGN führt Bundesnetzagentur aus, dass allgemein erwartet wird, dass die Anzahl der Zusammenschaltungspunkte im NGN im Vergleich zum PSTN tendenziell sinken wird.

Vor diesem Hintergrund einer sinkenden Anzahl an Zusammenschaltungspunkten befürchtet nun die Bundesnetzagentur, dass es bei den heute im PSTN tätigen Marktteilnehmern zu sog. „stranded Investments“ kommen könnte, weshalb aus ihrer Sicht eine zentrale Herausforderung ist, dass einerseits die Deutsche Telekom AG ihren Netzbau realisieren kann, andererseits aber auch Investitionen durch Wettbewerber getätigt werden.

Um wettbewerbliche Verwerfungen zu vermeiden, ist es aus Sicht der Deutschen Telekom zwingend erforderlich, dass die ordnungspolitischen Rahmenbedingungen so gestaltet werden, dass der Migrationsprozess für alle am Markt tätigen Unternehmen kontinuierlich und planbar erfolgen kann und für alle Marktteilnehmer entsprechende Investitionsanreize gesetzt werden.

### **6.2.2 Spezifizierung der Qualitätsanforderungen für die Verkehrsübergabe**

Zunächst stellt die Bundesnetzagentur die Zusammenschaltung im traditionellen leitungsvermittelnden Netz dar. Insbesondere führt sie zum Thema „Spezifizierung der Qualitätsanforderungen für die Verkehrsübergabe“ aus, dass es auch im PSTN keine Qualitätsgarantie für das Produkt Sprache gibt, da keine explizite Festlegung der Sprachqualität erfolgt.

Im Vergleich dazu würden IP-basierte Netze üblicherweise auf dem Prinzip des best-effort basieren, was laut Bundesnetzagentur nicht zwingend zu einer niedrigeren Übertragungsgüte und Dienstqualität führt. Allerdings stellt auch Bundesnetzagentur fest, dass eine best-effort-Qualität nicht zwingend für alle Dienste ausreichend sein kann und stellt verschiedene Transportklassen, die netzübergreifend zu realisieren wären, als Möglichkeit dar, für bestimmte Dienste Qualitätsgarantien abzugeben. Als neue Herausforderung in diesem Zusammenhang nennt sie die Sicherstellung, dass die best-effort-Transportqualität nicht diskriminierend verschlechtert wird.

Hierzu sei zunächst für das PSTN angemerkt, dass es zwar sein mag, dass im PSTN keine explizite Festlegung für die Sprachqualität getroffen wird, durch die Verwendung derselben PSTN-Technik sowie der Anwendung der festgelegten PSTN-Standards durch alle PSTN-Netzbetreiber, kommt es aber faktisch zu einer Garantie der Sprachqualität im PSTN. Zudem wird im Gegensatz zur IP-Technologie im PSTN für ein Gespräch exklusiv eine Leitung (64kbit-Kanal) geschaltet und damit reserviert. Das Gespräch kann somit durch keine anderen Verkehre verdrängt und damit dessen Qualität beeinträchtigt werden.

Hinsichtlich der IP-Technologie ist auch die Deutsche Telekom der Ansicht, dass es produktspezifische Qualitätsanforderungen gibt, für die eine best-effort-Qualität nicht ausreicht. Neben dem von Bundesnetzagentur genannten Produkt „Videoconferencing“ (oder auch Videotelefonie) ist dies aus unserer Sicht beim Produkt Sprache generell der Fall. Wie wir in zahlreichen Stellungnahmen bereits ausgeführt haben, wird es zukünftig zwei verschiedene Arten von Sprachprodukten geben: gemanagtes VoNGN sowie best-effort-basiertes VolInternet (Internettelefonie). Jeder Netzbetreiber wird zur Auslastung seines Netzes den Anreiz haben, durch entsprechende Vorleistungsangebote netzunabhängigen Diensteanbietern die Realisierung eines qualitativ hochwertigen Sprachprodukts zu ermöglichen. Damit kann jeder Diensteanbieter selbst entscheiden, welches Produkt er anbieten möchte.

Allerdings ist zu betonen, dass Qualität nur dann angeboten werden kann, wenn die entsprechenden Investitionsanreize gegeben sind. Um dies sicherzustellen, aber auch um die von Bundesnetzagentur thematisierte Konsistenz im Zusammenhang mit QoS-Zusammenschaltung zu gewährleisten, muss das Abrechnungsregime zwingend entsprechend ausgestaltet sein.

### 6.2.3 Preisbildungsprinzipien

Auf Seite 63 führt Bundesnetzagentur aus, dass nach ihrer Einschätzung im NGN im Unterschied zur minutenbasierten Abrechnung im PSTN eine Abrechnung der Vorleistungspreise auf Basis von Datenvolumen oder genutzter Bandbreite erfolgen werde.

Aus Sicht der Deutschen Telekom ist es jedoch auch in einem IP-Netz adäquat, Sprache minutenbasiert abzurechnen. Grund hierfür ist, dass bei Sicherstellung einer guten Qualität einer Sprachverbindung eine bestimmte Bandbreite reserviert werden muss. Da somit die in Anspruch genommene Bandbreite für

Sprachverbindungen konstant ist, jedoch die zeitliche Inanspruchnahme der reservierten Bandbreite variieren kann, ist für das Produkt Sprache auch im NGN eine minutenbasierte Abrechnung sinnvoll.<sup>2</sup>

Eine minutenbasierte Abrechnung sowohl im PSTN als auch im NGN sorgt im Übrigen gerade für ein konsistentes Preisgefüge und hilft Arbitragepotentiale zu vermeiden.

#### 6.2.4 Abrechnungssystem

Die Darstellung der heutigen Abrechnungssysteme im PSTN und im Internet fällt leider in diesem Dokument für eine umfassende wettbewerbspolitische Analyse zu verkürzt aus und reduziert das im PSTN geltende Calling Party's Network Pays-Regime ausschließlich auf das Problem des Terminierungsmonopols. Jegliche Vorteile, wie z.B. das Fördern von Investitionsanreizen, werden nicht erwähnt. Dies wiegt umso schwerer, als Bundesnetzagentur mit diesen Hinweisen zur konsistenten Entgeltregulierung gerade die Ziele verfolgt, nachhaltigen Wettbewerb zu schaffen und effiziente Investitionen in leistungsfähige Infrastrukturen zu fördern (Vgl. z.B. S. 5, 6, 7, 11 oder 71). Zudem führt sie selbst auf S. 62 als Herausforderung für die Konsistenz aus, dass es gilt, nicht nur den Netzbau der Deutschen Telekom, sondern insbesondere auch die Investitionen der Wettbewerber in NGNs zu fördern.

Auch die Ausführungen zu Peering und IP-Transit werden nur reduziert und in der Folge z. T. missverständlich dargestellt. So wird Peering mit Bill&Keep gleichgesetzt und ausgeführt, dass jeder Netzbetreiber die Kosten für die Terminierung des ankommenden Verkehrs selbst trägt und seine Nettokosten für Terminierung (sowie etwaige Kosten für die Internetkonnektivität) ausschließlich über die Endkundenebene deckt. Nicht erwähnt wird dagegen, dass die Anwendung von Peering die Symmetrie der Zusammenschaltungspartner voraussetzt. Aufgrund dieses Umstands handelt es sich beim Peering im Gegensatz zu Bill&Keep um ein Bezahlmodell, bei dem aufgrund der Symmetriebedingung lediglich keine Zahlungsströme fließen, da sich diese ausgleichen würden. Am Peering und damit am Tauschgeschäft unter Gleichen kann jedoch nur teilnehmen, wer als gleichwertiger Partner die Symmetriebedingung erfüllt. Eine Refinanzierung der Kosten ausschließlich über die Endkundenentgelte findet somit beim Peering nicht statt.

Laut Bundesnetzagentur sei es dagegen sinnvoll, wenn sich langfristig Bill&Keep-Mechanismen auf der Transportebene durchsetzen würden. Wie bereits erwähnt, fehlt in dem vorliegenden Konsultationsdokument gänzlich die Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen der verschiedenen Abrechnungsregime. Es wird lediglich auf die „Eckpunkte der Zusammenschaltung IP-basierter Netze“ verwiesen. Jedoch auch darin findet keine ausreichende Auseinandersetzung der Bundesnetzagentur insbesondere

---

<sup>2</sup> Um Irritationen bei der Nutzung eines VoIP-Endgerätes zu vermeiden, sind die meisten heute bereits so eingestellt, dass sie kontinuierlich den Medienstrom übertragen, da die technisch mögliche Sprachpausenunterdrückung sich sehr unangenehm auf die Sprachqualität auswirkt und leicht der Eindruck einer toten Leitung erweckt werden kann.

mit den Nachteilen von Bill&Keep statt, die eine substantiierte Basis für die Folgerung erlauben würde, dass Bill&Keep das langfristig sinnvolle Abrechnungsregime sei.

Schließlich widerspricht die Forderung nach Bill&Keep außerdem den von der Bundesnetzagentur selbst ausgegebenen Zielen, die sie mit diesem Dokument zur konsistenten Entgeltregulierung verfolgt, die aber auch gleichzeitig nach § 2 Abs. 2 TKG generelle Ziele der Regulierung darstellen: nachhaltigen Wettbewerb zu schaffen und effiziente Investitionen in leistungsfähige Infrastrukturen zu fördern (Vgl. z.B. S. 5, 6, 7, 11 oder 71). Bill&Keep führt aufgrund seiner modellimmanenten Trittbrettfahreranreize zur Zerstörung von Investitionsanreizen in Infrastruktur und Qualität und ist damit nicht konsistent mit der Verfolgung dieser Ziele.

Die Forderung nach Bill&Keep steht außerdem im Widerspruch mit der von der Bundesnetzagentur in den zusammen mit diesem Dokument veröffentlichten „Eckpunkten über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur“ gemachten Aussage, dass in FTTB-Netzen ggf. *höhere* Terminierungsentgelte als heute im PSTN gerechtfertigt sein könnten. Auf S. 27 dieses Eckpunktepapiers führt sie aus, dass sie dies prüfen wird und sollte dies der Fall sein, könnten höhere Terminierungsentgelte aus ihrer Sicht folglich auch die Investitionen in FTTB-Netze erhöhen.

Durch diese Widersprüche entzieht die Bundesnetzagentur ihrer Forderung nach Bill&Keep als zukünftig sinnvollstes Abrechnungsregime selbst jegliche Grundlage. Schließlich versteht die Bundesnetzagentur laut Darstellung auf S. 61 i.V.m. S. 63 unter Bill&Keep, dass auf Vorleistungsebene keine Preise bzw. Entgelte für die Terminierungsleistung mehr existieren.

Für eine genaue Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen von Bill&Keep verweisen wir auf unsere Stellungnahme mit der Arbeitsgruppe der Marktteilnehmer zum Thema „Stellungnahme zum geeigneten Abrechnungsregime für die NGN-Zusammenschaltung“, die wir am 31.10.2007 bei der Bundesnetzagentur eingereicht und vorgetragen haben.

## 6.2.5 Trennung von Dienst und Transport

Die Bundesnetzagentur spricht sich wie auch in ihren „Eckpunkten der Zusammenschaltung IP-basierter Netze“ für die Trennung von Dienst und Transport aus und fordert, dass diese auch im Zusammenschaltungssystem abgebildet sein sollte.

Auch hierzu haben wir bereits ausführlich in unserer mit zahlreichen anderen Marktteilnehmern verfassten Stellungnahme zu den von der Bundesnetzagentur veröffentlichten „Eckpunkten der Zusammenschaltung IP-basierter Netze“ dargestellt, dass eine Interaktion zwischen der Dienste- und Transportebene zwingend erforderlich ist, um die dienstespezifischen Anforderungen auch auf Transportebene reali-

sieren zu können. Überdimensionierung der Netzkapazität ist als Mittel der Qualitätssicherung nicht geeignet. Der Einsatz einer Ressource / Call Admission Control (RAC/CAC) stellt dagegen die beste Methode dar, die Transportqualität hochwertiger Sprachdienstleistungen sicherzustellen. Diese wiederum bedingt eine Interaktion zwischen Dienste- und Transportebene.

Im vom WIK 2008 für die EU-Kommission erstellten Gutachten wird ebenfalls darauf hingewiesen, dass es zwar möglich ist, sehr einfach und schnell einen Sprachdienst zu etablieren, indem auf der Diensteebene die notwendigen Server installiert und betrieben werden. Es wird aber auch deutlich gemacht, dass bestimmte Dienste, z.B. Sprachdienste wegen ihrer speziellen Anforderungen an die Qualität des Transportes, nur angeboten werden können, wenn das Transportnetz die nötige Qualität zur Verfügung stellen kann.<sup>3</sup>

Da die entsprechenden Funktionen im öffentlichen Internet aber nicht verfügbar sind, mit denen der Dienst die benötigte Qualität vom Transport anfordern kann, weil die Diensteebene völlig unabhängig von der Transportebene agiert, ist zumindest für die Realisierung von Sprachdiensten das Internet und damit eine völlige Trennung von Dienst und Transport ungeeignet.<sup>4</sup> Schließlich können die auf der Diensteebene gegenüber dem Endkunden versprochenen dienstespezifischen Qualitäts- und Leistungsmerkmale nicht gewährleistet werden, wenn die Transport- und die Diensteebene, wie von der Bundesnetzagentur vorgesehen, komplett unkoordiniert betrieben werden.

Weitere Aspekte, die eine enge Verzahnung von Dienst und Transport notwendig machen, sind z.B. die regulatorisch geforderte Sicherstellung des Notrufes mit örtlicher Angabe des Ursprunges und die richterliche Abhörung (Gesetzliche Überwachung (G10)). Ohne eine enge Kopplung des Dienstes mit dem Transport kann weder der Ort des Anschlusses zu einer IP-Adresse ermittelt werden, noch der Medienstrom ausgeleitet werden.

## 6.2.6 Migrationsaspekte

Wir begrüßen grundsätzlich den Ansatz eines Gleitpfades für die Zusammenschaltungsentgelte während der Migrationsphase von PSTN zu NGN. Allerdings geben wir zu bedenken, dass zwar davon allgemein ausgegangen wird, dass die Kosten in paketvermittelnden Netzen voraussichtlich niedriger sein werden als in leitungsvermittelnden Netzen, diese Aussage bezieht sich in der Regel aber lediglich auf den Betrieb eines bestehenden IP-Netzes (OPEX).

Zuvor sind jedoch die notwendigen Investitionen für den Aufbau eines NGN (CAPEX) zu tätigen. Zudem sind während der Migrationsphase der Parallelbetrieb von PSTN und NGN und damit die Betriebskosten

<sup>3</sup> Vgl. WIK Consult (2008), *The Future of IP Interconnection: Technical, Economic, and Public Policy Aspects, Study for the European Commission*, S. 116.

<sup>4</sup> Vgl. WIK Consult (2008), *The Future of IP Interconnection: Technical, Economic, and Public Policy Aspects, Study for the European Commission*, S. 116.

beider Netze sowie Aufwände z.B. für die Realisierung regulatorisch geforderter Leistungsmerkmale zu berücksichtigen. Auch werden insbesondere im NGN die Stückkosten aufgrund des anfänglich geringen Verkehrs relativ gesehen hoch sein. Diese Aspekte können zunächst zu steigenden Kosten führen und sind deshalb bei der Festsetzung des Gleitpfades für die Zusammenschaltungsentgelte entsprechend zu berücksichtigen.

Eine Konsistenz der Zusammenschaltungsentgelte für PSTN und NGN insbesondere in der Migrationsphase kann im Übrigen nur hergestellt werden, wenn diese einerseits, wie bereits erwähnt, in derselben Einheit abgerechnet werden, und andererseits das gleiche Preisniveau aufweisen. Nur so lassen sich wettbewerbsverzerrende Arbitragepotentiale vermeiden.