

Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen zu den Hinweisen zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG vom 20. Dezember 2006 (Mitteilung 441 im Amtsblatt 24/2006 der Bundesnetzagentur)

I. Hintergrund

Die Bundesnetzagentur hat am 20. Dezember 2006 als Mitteilung 441 im Amtsblatt 24/2006 eine Ausarbeitung zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG zur Diskussion gestellt. Ziel ist es, einen Beitrag zur Herstellung eines gemeinsamen Verständnisses der zugrunde liegenden Problematik zu leisten sowie Leitlinien für die Anwendung von Preis-Kosten-Scheren-Tests zu entwickeln.

Hierzu sind 13 Stellungnahmen von folgenden Unternehmen bzw. Organisationen eingegangen:

1. Arcor AG & Co., Eschborn
2. Breko, Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Bonn
3. Communication Services TELE2 GmbH, Düsseldorf (vertreten durch B.B.O.R.S Rechtsanwälte, Düsseldorf)
4. debitel AG, Stuttgart
5. Deutsche Telekom AG, T-Com, Bonn
6. freenet.de AG, Hamburg
7. IEN, Initiative Europäischer Netzbetreiber, Berlin
8. M-net Telekommunikation GmbH, Niederlassung NEFkom, Nürnberg
9. Telefónica Deutschland GmbH, Verl
10. telego! GmbH, Taufkirchen b. München
11. VATM, Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., Köln
12. Vodafone D2 GmbH, Düsseldorf
13. ZEW, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH, Mannheim

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

II. Zusammenfassung der Stellungnahmen

1. Bestimmung des effizienten Unternehmen / Bei Preis-Kosten-Scheren-Tests zu berücksichtigende Geschäftsmodelle

Im Grundsatz bestätigen die Kommentierenden – mit Ausnahme des marktbeherrschenden Unternehmens – die Sichtweise der Bundesnetzagentur, dass für eine Preis-Kosten-Scheren-Prüfung die Perspektive effizienter Wettbewerber maßgeblich ist. Ebenfalls Zustimmung erfährt die Position der Behörde, dass eine Bewertung der unterschiedlichen am Markt beobachtbaren Geschäftsmodelle nicht durch die Bundesnetzagentur, sondern durch den Markt erfolge.

In einigen Stellungnahmen wird die Auffassung vertreten, dass § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG eine eigenständige regulatorisch-normative Festlegung des effizienten Wettbewerbers erfordere. Denn mit dem normativen Begriff des „effizienten“ Unternehmens sei klargestellt, dass es weder auf einen individuellen Wettbewerber noch auf eine Durchschnittsbildung mehrerer individueller Wettbewerber ankomme. Erforderlich sei vielmehr eine von unternehmensindividuellen Gegebenheiten unabhängige regulatorische Festlegung der erforderlichen Effizienz. Insoweit sei das effiziente Unternehmen regulatorisch mit seinen kommerziellen Rahmenbedingungen (Größe des Netzes, Anzahl der Kunden) zu bestimmen. Demgegenüber wird in einer Stellungnahme darauf hingewiesen, dass verschiedene Kostenarten der Wettbewerber Schwankungen unterlägen, sodass, selbst wenn einmal ein fiktives effizientes Unternehmen beschrieben werden könnte, dieses nach kurzer Zeit wieder anzupassen wäre.

In der Mehrzahl der Kommentare wird die Auffassung der Bundesnetzagentur ausdrücklich dahingehend bestätigt, dass bei der Bestimmung des effizienten Unternehmens keine behördliche Entscheidung zwischen Geschäftsmodellen getroffen werden dürfe. Die Vorgabe einer angemessenen Verzinsung bzw. der dazu erforderlichen Spanne zwischen Endkunden- und Zugangsentgelt müsse daher für sämtliche Wertschöpfungsstufen gelten. Allerdings wird in einzelnen Stellungnahmen betont, dass dies eine unterschiedliche Bemessung der angemessenen Verzinsung auf den unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen nicht ausschließe.

Als weiterer Eckpunkt sei dem TKG zu entnehmen, dass die effizienten Unternehmen auf ihren unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen in der Lage sein müssten, flächendeckend tätig zu werden. Dies folge aus der Zweckbestimmung in § 1 TKG sowie dem Regulierungsziel in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Zudem werde dies durch den Verfassungsauftrag gemäß § 87f GG zur Gewährleistung flächendeckend angemessener und ausreichender Dienstleistungen in der Telekommunikation gestützt.

Daraus wiederum folge, dass ein effizientes Unternehmen im Sinne von § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG immer auch ein Unternehmen sei, dass die erforderliche angemessene Kapitalverzinsung aus einer flächendeckenden Tätigkeit erzielen könne. Vor diesem Hintergrund wird - etwa mit Blick auf Kollokationskosten an Hauptverteilern - die Bezugnahme auf tatsächliche Wettbewerbsverhältnisse bei der Festlegung des effizienten Unternehmens abgelehnt. Denn zum einen bewege sich die Bundesnetzagentur damit außerhalb der verfassungsrechtlichen Vorgabe flächendeckenden Wettbewerbs, zum anderen unterliege sie einem regulatorischen Zirkelschluss, weil die Bundesnetzagentur mit ihren Entscheidungen und den ihnen zugrunde liegenden Annahmen selbst darüber entscheide, inwieweit ein Netzausbau noch rentabel sei. Ein Unternehmen postuliert explizit, dass jedes Geschäftsmodell als solches einen sinnvollen Wettbewerb gestatten müsse, d.h. mittel- und langfristig gewinnbringend für den effizienten Wettbewerber sein müsse. Wenn die BNetzA ein Vorleistungs-

produkt „schaffe“, habe sie die Schutzwürdigkeit des hierauf basierenden Geschäftsmodells bereits beantwortet.

Im Hinblick auf etwaige Preis-Kosten-Scheren im Breitbandbereich wird teilweise ausdrücklich gefordert, nicht auf die der DTAG für den DSL-Anschluss entstehenden Kosten abzustellen, sondern auf den T-DSL-Resale- bzw. Wholesale-Preis abzustellen.

Mit Blick auf die Frage nach einer Differenzierung zwischen angeordneten oder freiwillig angebotenen Vorleistungsprodukten wird in einer Stellungnahme ausdrücklich die Auffassung vertreten, dass dies keinen Einfluss auf den Anreiz des marktbeherrschenden Unternehmens habe, Wettbewerber mittels Preis-Kosten-Scheren vom Markt zu verdrängen. Gleichwohl wird konzidiert, dass die Aufdeckung missbräuchlichen Verhaltens im Falle freiwilliger Angebote schwieriger sein dürfte, da möglicherweise insbesondere keine hinreichenden Detailkenntnisse über die zugrunde liegenden bzw. intern in Rechnung gestellten Kosten vorlägen.

Nach Ansicht des ehemaligen Monopolunternehmens beinhaltet das Kriterium der Effizienz einen objektivierten, von einem konkreten Wettbewerber losgelösten Prüfmaßstab. Dabei sei es unerheblich, ob die Nachbildbarkeit gerade für ein konkretes Unternehmen möglich sei. Vielmehr müsse die Effizienz des betreffenden Wettbewerbers gerade mit Blick auf seine Fähigkeit gewährleistet sein, vergleichbare Bündelprodukte anzubieten. Wettbewerbsunternehmen, die mit Blick auf gänzlich andere Leistungen effizient seien, ihre Geschäftsstrategie aber nicht i.S.d. Effizienzkriteriums gerade für das Angebot von Bündelprodukten optimiert hätten, könnten nicht die relevante Referenz bilden. Hierfür spreche auch, dass Wettbewerber mit einem zunächst eng definierten Geschäftsmodell durch eine Ausweitung kein unzumutbares zusätzliches Risiko eingingen, da alle notwendigen Vorleistungen in Leistungsumfang und Preis reguliert seien.

Schließlich laufe auch die in den Hinweisen abgeleitete Forderung nach einem flächendeckenden Angebot vergleichbarer Angebote durch eine ausreichende Anzahl von Wettbewerbern leer, da hiervon immer dann auszugehen sei, wenn die Vermutung des § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG widerlegt sei. Da die BNetzA in den bisherigen Marktanalysen räumlich jeweils bundesweit einheitliche Märkte abgegrenzt habe und überdies im Vorleistungsbereich bundesweit einheitliche Preise gelten würden, seien eventuelle geographische „Angebotslücken“ ausschließlich auf geschäftsstrategische Entscheidungen der Wettbewerber zurückzuführen und dürften daher nicht herangezogen werden, um das Entgeltniveau der regulierten Retailprodukte des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht bundesweit über ein wettbewerbsfähiges Niveau zu heben.

2. Kosten effizienter Wettbewerbsunternehmen (im Verhältnis zu Kosten des SMP-Unternehmens)

Die Mehrheit der Kommentierenden hält es nicht für sachgerecht, bei der Prüfung der Kosten-Erlös-Relation grundsätzlich auf die Kosten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht abzustellen. Vielmehr sei es erforderlich, auf die Kosten effizienter Wettbewerber Bezug zu nehmen. Diese unterschieden sich von denen des marktbeherrschenden Unternehmens zum einen durch sog. zugangsspezifische Kosten, zum anderen durch Folgen eines späteren Marktzutritts wie z.B. geringere Größen- und Verbundvorteile.

Da das effiziente Unternehmen definitionsgemäß Nachfrager einer Zugangsleistung des SMP-Unternehmens sei, müssten für die Kosten- und Erlössituation des effizienten Unternehmens auch die Kosten für die Zugangsleistung berücksichtigungsfähig sein. Dies gelte beispielsweise für Kosten für ICA-Anschlüsse, Kosten für Installation und Miete der Kollokationsräume am Hauptverteiler (alle Elemente wie z.B. Endverschlüsse, ÜVt, RLT, Stromversorgung etc.), Kosten für den Intra-Buildingabschnitt sowie Kosten für Carrier-Management und Schnittstellen zu den internen Systemen der DTAG. In diesem Sinne wird in einigen Stellungnahmen betont, dass es sich bei dieser Art von wettbewerberspezifischen Kosten nicht um ein Übergangsphänomen handle, sondern eine dauerhafte Berücksichtigung zugangsspezifischer Kosten anhand des Effizienzmaßstabes erforderlich sei. Mitunter wird explizit gefordert, dass wholesalespezifische Kosten gleichmäßig über die Gesamtkapazität verteilt werden müssten, auch über die des Incumbent.

Darüber hinaus wird von Wettbewerberseite darauf hingewiesen, dass Skalen- und Verbundvorteile, höhere Risiken, eine andere Kundenstruktur und geringere Lernkurveneffekte zu berücksichtigen seien. Mit Blick auf Skaleneffekte, die sich etwa aus Netzgröße und Kundenzahl ergeben, wird von Seiten der Wettbewerber betont, dass nicht angenommen werden könne, dass sich solche Faktoren ebenso wie z.B. die Reputation etc. des Wettbewerbers langfristig den entsprechenden Parametern des SMP-Unternehmens angleichen würden. Indikatoren für unterschiedliche Marktpositionen seien neben der Unternehmensgröße insbesondere Marktanteile, Umsatz, aber auch der privilegierte Zugang zum Kapitalmarkt bzw. zu finanziellen Ressourcen. Da diese Faktoren ohnehin im Rahmen der Marktanalyse geprüft würden, ließe sich auf dieser Grundlage auch feststellen, inwieweit die Übergangsphase unterschiedlicher Kostenfunktionen andauere. Ergänzend wird betont, dass im Ergebnis jedenfalls solche Kostenvorteile des Incumbents nicht berücksichtigt werden, die aus der früheren Monopolposition resultierten. Würden Skaleneffekte bei der Berechnung einer Preis-Kosten-Schere nicht berücksichtigt, da sie nur vorübergehend seien, wirke sich dies wie eine Marktzutrittsschranke aus, da jedes Unternehmen, das neu in den Markt eintrete, damit rechnen müsse, dass das marktbeherrschende Unternehmen Endkundenpreise am Markt anbiete, die es selbst nicht realisieren könne.

Zudem würde die Möglichkeit der Produktbündelung einem an Größe und Marktanteilen überlegenen Unternehmen zusätzliche Möglichkeiten eröffnen, Verbundvorteile aus der Herstellung, Kundenakquisition und -betreuung zu realisieren. Dies gelte auch für die Einbeziehung von Produkten aus dem nicht regulierten Bereich (z.B. die Übertragung der Fußball-Bundesliga) und neue Produkte, bei denen angebotsseitige Größenvorteile schneller zu einer Stückkostendegression führen würden als bei einem effizienten Wettbewerber.

In einer Stellungnahme wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Annäherung der Kostenstrukturen von etabliertem Netzbetreiber und dessen Wettbewerbern allenfalls über mehrere Jahrzehnte zu erwarten sei und eine solch lange Übergangsperiode keine Suspendierung von Regulierung in aktuellen Missbrauchsfällen rechtfertigen könne.

Unter Verweis auf die Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich von 1998 (Amtsblatt Nr. C 265) wird seitens eines Wettbewerbers dargelegt, dass der Prüfungsansatz der EU-Kommission auf einen „hinreichend effizienten Diensteanbieter“ abstelle. Daraus wiederum lasse sich ein Regel-Ausnahme-Verhältnis dahingehend ableiten, dass es grundsätzlich auf die Kostensituation des effizienten Diensteanbieters ankomme und

dies nur dann nicht gelte, wenn das SMP-Unternehmen für seine nachgeordneten Sparten eine außerordentliche Effizienz nachweise.

In zwei Stellungnahmen wird auf die Position der ERG verwiesen, die sich in dem überarbeiteten Papier „Appropriate Remedies in the ECNS Regulatory Framework“ widerspiegeln und das von der Bundesnetzagentur mitgetragen worden sei. Im Anhang zum „Margin Squeeze“ führe die ERG aus, dass die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere anhand tatsächlicher Marktanteile zu einer „self-fulfilling prophecy“ gerate, da die durch den Marktanteil bestimmten Skaleneffekte bereits die Wettbewerbsverhältnisse beeinflussen würden. Der entscheidende Prüfungsansatz der ERG liege folglich darin, dass die nationale Regulierungsbehörde bei der Durchführung des Preis-Kosten-Scheren-Tests die Festlegung dafür zu treffen habe, dass auf dem Dienstemarkt hinreichend Wettbewerb bestehe. Dabei halte die ERG die Annahme für angemessen, dass das SMP-Unternehmen auf dem Dienstemarkt lediglich einen Marktanteil von 20-25 % erziele, da ein solcher Marktanteil mehreren Wettbewerbern den erfolgreichen Markteintritt auf dem Dienstemarkt erlaube. Für die Zugrundelegung eines Marktanteils von 20 % bei der Ermittlung von Preis-Kosten-Scheren spricht sich ein weiteres Unternehmen aus, ohne dabei auf die ERG Bezug zu nehmen.

Hieran anknüpfend fordern die Kommentierenden, das Kriterium der Langfristigkeit in der Effizienzprüfung durch eine von den tatsächlichen Marktverhältnissen unabhängige Festlegung des Wettbewerbs auf dem Dienstemarkt zu ersetzen. Dabei erscheine die Richtgröße der ERG von 20-25 % Marktanteil grundsätzlich angemessen, wobei Besonderheiten des jeweils untersuchten Endkundenmarktes und der jeweiligen Wertschöpfungsstufe zu berücksichtigen seien.

Teilweise wird dezidiert auf die Differenzierung zwischen verschiedenen Arten wettbewerberspezifischer Kosten hingewiesen. So umfassten diese einerseits zugangsspezifische Kosten, andererseits im Wesentlichen Größenvorteile aufgrund von Skaleneffekten. Da es sich bei dem effizienten Unternehmen i.S.v. § 28 Abs. 2 Nr. 2 um einen Nachfrager von Zugangsleistungen handele, sei es notwendig, die für den Zugang anfallenden Kosten bei der Kosten-Erlös-Prüfung mit zu berücksichtigen. Somit könne nur mit Blick auf die marktanteils- und größenabhängigen Kosten überhaupt eine Abwägung zwischen einer statischen und dynamischen Wettbewerbsbetrachtung erfolgen. Dabei sei dem TKG aufgrund seiner Zweckbestimmung tendenziell ein Vorrang der längerfristigen Wettbewerbsförderung zu entnehmen. Auch sei der Begründung der Bundesregierung zum TKG zu entnehmen, dass eine suboptimale Wettbewerbsintensität bereits dann zu erkennen sei, wenn eine Einschränkung vorhandener Entwicklungspotentiale von Wettbewerbern erfolgen würde. Demnach sei nicht zu erkennen, weshalb Endkundenpreise zur Verhinderung einer Preis-Kosten-Schere nicht über das Niveau der effizienten Kosten angehoben werden dürften. Für die in den Hinweisen zum Ausdruck kommende restriktive Haltung bei der Auferlegung von Preisanhebungen gebe es ebenso wenig eine gesetzliche Grundlage wie für einen Vorrang der Nutzerinteressen gegenüber der mittel- und langfristigen Entwicklung des Wettbewerbs. § 28 TKG solle u.a. verhindern, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise beeinträchtigt werden. Damit sei diesem Aspekt Vorrang vor anderen Erwägungen eingeräumt. Insbesondere werde die Aufgabe der Missbrauchsverhinderung nicht durch Überlegungen zu statischen und dynamischen Effekten eingeschränkt. Ähnlich wird dieser Sichtweise auch in anderen Stellungnahmen widersprochen und die Bedeutung dynamischer Effizienz Aspekte hervorgehoben, da eine zu starke Gewichtung statischer Effizienz Aspekte zum Verzicht auf dynamische Effizienz, die durch die Entwicklung der Wettbewerber und den richtigen Rahmenbedingungen entstehe, führe.

In einzelnen Kommentaren wird grundsätzlich der Position zugestimmt, dass die langfristigen Kosten des effizienten Wettbewerbers denen des marktbeherrschenden Unternehmens entsprechen müssten. Gleichwohl müsse eine Lösung für die Übergangszeit gefunden werden, da die Wettbewerber sonst keine Chance hätten, sich in Richtung langfristiger Effizienz zu entwickeln.

Das ehemalige Monopolunternehmen hält demgegenüber angesichts der Marktentwicklung und der Optimierungsmöglichkeiten der Wettbewerber eine Berücksichtigung wettbewerberspezifischer Kosten nicht für gerechtfertigt. Denn das effiziente Kostenniveau könne zwar nicht oberhalb der Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens liegen, sehr wohl aber darunter. So könnten Wettbewerber effizientere Kostenstrukturen haben als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, da sie weder personelle noch infrastrukturelle Ineffizienzen geerbt hätten, sondern im Gegenteil überdies Effizienzvorteile zum Beispiel durch die Fokussierung auf lukrative Kunden- oder Dienstleistungssegmente und Angebotsregionen und hierdurch eine höhere Auslastung von Netzelementen realisieren könnten.

Nach Auffassung des ehemaligen Monopolunternehmens sollte die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere die auf Basis des Konzepts der langfristigen Zusatzkosten ermittelten Retailkosten eines effizienten Unternehmens berücksichtigen, welche der internationalen Praxis folgend durch die Retailkosten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht approximiert werden könnten. Dabei wird unter Verweis auf die allgemeine kartellrechtliche Praxis darauf hingewiesen, dass ein Abstellen auf die langfristigen Zusatzkosten impliziere, dass von den Gesamtkosten der Retailaktivität die Gemeinkosten abzuziehen seien, sodass sich eine „IC+X%-Regel“ mit X kleiner als 25 ergebe. Andernfalls sei jedenfalls zusätzlich der Nachweis einer Verdrängungsabsicht und eines zu erwartenden Verlustausgleichs erforderlich.

Die in den Hinweisen zum Ausdruck kommende Geschäftsmodellneutralität wird vom etablierten Betreiber als verfehlt angesehen, da Wettbewerber mit ineffizienten Geschäftsmodellen nie effizient sein könnten.

Darüber hinaus betont das ehemalige Monopolunternehmen, dass im Rahmen der PKS-Prüfung sowohl die auf dem jeweiligen Markt vom Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht tatsächlich produzierten Mengen als auch die tatsächliche durchschnittliche Verweildauer der Endkunden des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht in Ansatz zu bringen seien.

3. Kapitalkosten effizienter Wettbewerber / Risikoabhängige Verzinsung

Eine Gleichsetzung des kalkulatorischen Zinssatzes von SMP-Unternehmen einerseits und effizientem Wettbewerber andererseits wird in verschiedenen Stellungnahmen kritisiert. Mitunter wird betont, dass Unterschiede sowohl in Bezug auf den Eigen- als auch den Fremdkapitalzins bestünden. Begründet wird dies zum einen mit unterschiedlichen Investitionsrisiken und einem damit verbundenen unterschiedlich leichten Zugang zum Kapitalmarkt, die sich aus der unterschiedlichen Marktposition ergäben. Diese resultiere in der Anfangsphase nicht zuletzt aus einer höheren Reputation und einer breiteren Kundenbasis, die wiederum die Möglichkeiten der flächendeckenden Vermarktung neuer Leistungen und Tarife verbessere. Vereinzelt wird auch die Beteiligung des Bundes am ehemaligen Monopolunternehmen sowie die Abhängigkeit der Wettbewerber von dessen Vorleistungen ergänzend als Begründung angeführt. Offenkundig würden die höheren unternehmerischen Risiken etwa

durch die Zahl der Marktaustritte. Zum anderen sei auch die unterschiedliche Verteilung von Eigen- und Fremdkapital zu berücksichtigen.

In diesem Zusammenhang wird auf das Sondergutachten der Monopolkommission aus dem Jahr 2005 verwiesen, in dem eine weitgehend nach den jeweiligen Geschäftsfeldern des marktbeherrschenden Unternehmens differenzierte Risikoprämie gefordert werde. Dabei gehe die Monopolkommission zurecht davon aus, dass die anlagespezifischen Risiken der DTAG im regulierten Bereich, also insbesondere im Access-Bereich deutlich niedriger seien als von der Bundesnetzagentur angenommen.

Darüber hinaus sei im Rahmen der Konsistenzdebatte eine differenzierte Betrachtung der anzusetzenden Risikoprämie für die verschiedenen Wettbewerbergruppen zu berücksichtigen. So nehme ein DSL-Reseller erheblich geringere Investitionen vor als ein infrastrukturbasierter Anbieter, könne aber mit einem schnelleren Kapitalrückfluss rechnen.

In einer Stellungnahme wird jedoch postuliert, dass eine Unterscheidung des kalkulatorischen Zinssatzes unterbleiben solle.

4. Tarifvergleiche

1) Vergleich mit Angeboten auf demselben Markt

Ein Großteil der Kommentierenden vertritt die Ansicht, dass zur Prüfung einer Preis-Kosten-Schere ein Vergleich der Endkundenpreise der DTAG mit den Endkundenpreisen der Wettbewerber ungeeignet sei. Es handle sich hierbei um keine Vergleichsmarktbetrachtung, da es sich um Vergleiche auf demselben Markt und nicht um Vergleiche mit anderen Märkten handle. Alternative Wettbewerber könnten nur dann erfolgreich bestehen, wenn sie die Preise des ehemaligen Monopolunternehmens deutlich unterböten. Hierfür müssten sie auch bereit sein, vorübergehend Verluste hinzunehmen. Die Preise der Wettbewerber müssten nicht kostendeckend sein. Dies sei kein wettbewerbsbeeinträchtigendes Verhalten, da diese Anbieter nicht marktbeherrschend seien. Das Hinzugewinnen neuer Kunden sei ein wesentlicher Faktor für die Senkung der Durchschnittskosten im eigenen Unternehmen gerade bei netzbasierten Diensten. Bei Verwendung von Tarifvergleichen würde sich eine nach unten gerichtete Vergleichsspirale ergeben, an deren Ende wegen Nichtabbildbarkeit der Tarife des marktbeherrschenden Unternehmens mit den Vorleistungsentgelten das Ende des Wettbewerbs stünde.

Gegen die Subsidiarität des Preis-Kosten-Scheren-Tests gegenüber einer Vergleichsmarktbetrachtung spricht aus Sicht eines Kommentierenden darüber hinaus, dass es sich bei § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG um einen materiellen Missbrauchsbestand handle. Für eine Subsidiarität dieses Tatbestandes fänden sich im Gesetz keine Anhaltspunkte. Im Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung komme es gerade auf die Verbote des § 28 TKG an, da der KEL-Maßstab nicht anwendbar sei. Die Vergleichsmarktbetrachtung sei hingegen lediglich eine Prüfungsmethode, die zur Beurteilung eines Verstoßes gegen die Missbrauchsverbote heranzuziehen sei. Wenn diese Methode nicht geeignet sei, könne die Bundesnetzagentur zur Prüfung von dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Kostenunterlagen anfordern. Diese Ermächtigung ermögliche eine effektive Durchführung des Preis-Kosten-Scheren-Tests insbesondere dann, wenn Vorleistungen nicht ex ante reguliert seien.

Tarifvergleiche könnten begleitend eingesetzt werden, enthielten jedoch zusätzlich das Risiko, dass zahlreiche Nebenkosten – wie sie in der Vergangenheit mittels „IC+25-Regel“ berücksichtigt wurden – nur unzureichend berücksichtigt würden. Am aussagekräftigsten wäre ein Vergleich von tatsächlich gestellten Rechnungen eines durchschnittlichen Kunden, insbesondere in den 3 Monaten vor und nach einem Wechsel sowohl von inländischen als auch ausländischen Vergleichen.

Ein Unternehmen kommentiert die Aussagen der Bundesnetzagentur bezüglich der Offenkundigkeitsprüfung. Die Ansicht, dass bei der nachträglichen Regulierung von Entgelten nach § 38 Abs. 1 TKG im Rahmen der 2-Wochen-Frist keine belastbaren Aussagen über das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere getroffen werden könnten, so dass eine etwaige Missbräuchlichkeit unter bestimmten Bedingungen auch unter Bezugnahme auf Wettbewerberangebote zu ermitteln sei, wird nicht geteilt. Missbräuchliche Endkundenentgelte seien vor der Markteinführung zu untersagen oder Vorleistungsentgelte so zu senken, dass keine Preis-Kosten-Schere vorliege. Der Maßstab für missbräuchliches Verhalten sei nicht ein Vergleich der Produkte des marktbeherrschenden Unternehmens mit dem seiner Wettbewerber, sondern die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen. Ein Benchmark mit den Produkten anderer Anbieter sei für die Feststellung missbräuchlichen Verhaltens nicht relevant. Das Unterlassen einer Prüfung missbräuchlichen Verhaltens bei der Entgeltregulierung sei weder mit Sinn noch mit Wortlaut des TKG vereinbar. Dies betreffe sowohl die Offenkundigkeitsprüfung als auch eine vertiefte Untersuchung.

Aus § 38 Abs. 1 TKG gehe ebenfalls hervor, dass die Prüfung nicht nach 2 Wochen abgeschlossen sein müsse, sondern lediglich, dass eine Offenkundigkeitsprüfung stattzufinden habe. Hieran könne eine vertiefte Prüfung abgeschlossen werden, für die eine Frist von 2 Wochen nicht vorgegeben sei.

Eine konträre Position hierzu vertritt das marktbeherrschende Unternehmen. Die Bundesnetzagentur habe sowohl im Rahmen eines Anzeigeverfahrens als auch eines Ex-post-Verfahrens das vom Gesetz vorgesehene Primat des Benchmarks zu berücksichtigen (§ 38 Abs. 2 S. 3 TKG). Werde das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG überprüft, könne mit einer Vergleichsmarktbetrachtung zugleich der Nachweis erbracht werden, dass ein effizienter Wettbewerber ein entsprechendes Produktportfolio zu vergleichbaren Konditionen anbieten könne und die Spanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelt eine angemessene Verzinsung ermögliche. Eine darüber hinausgehende kostenbasierte Analyse sei nicht erforderlich. Dies gelte erst Recht, wenn ein Vergleichsmarkttest ergebe, dass Wettbewerberangebote nicht zu vergleichbaren Konditionen angeboten würden, sondern das Preisniveau des marktbeherrschenden Unternehmens sogar unterschritten werde. Die im Hinweispapier geäußerten Zweifel an der Aussagekraft einer Vergleichsmarktbetrachtung seien sowohl empirisch als auch theoretisch fragwürdig. Empirisch fragwürdig sei in den Ausführungen der Bundesnetzagentur der Einwand, dass die zeitpunktbezogen ermittelten Wettbewerberpreise weder Kostendeckung noch das Fehlen einer Preis-Kosten-Schere belegten, da jede Deckung durch entsprechende Nachweise auf Basis der Preis- und Geschäftszahlenentwicklung fehle. Theoretisch, da bereits der unterstellte Ausgangspunkt für den Vergleichsmarkttest verfehlt scheine, soweit darauf abgestellt werde, dass alternative Anbieter den Preis des marktmächtigen Unternehmens für eine erfolgreiche Positionierung signifikant unterbieten müssten und es nicht unwahrscheinlich sei, dass diese Preisunterbietung nicht kostendeckend

sei bzw. unter Inkaufnahme einer Preis-Kosten-Schere erfolge. Der Maßstab für den Preis-Kosten-Scheren-Test gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG sei nicht das Verhältnis zwischen dem relevanten Vorleistungsentgelt und den entsprechenden Endnutzerpreisen der Wettbewerber, sondern die Spanne zwischen dem Vorleistungsentgelt und dem jeweiligen Endnutzerentgelt des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht. Dies entspreche sowohl der allgemeinen kartellrechtlichen Praxis als auch der Gesetzesbegründung. Das Verbot einer Preis-Kosten-Schere in § 28 TKG vermittele daher keinen Anspruch auf einen kostendeckenden Preisabstand zu dem marktbeherrschenden Unternehmen. Daraus folge, dass aus einer Preisunterschreitung durch alternative Anbieter selbst bei einer Kostenunterdeckung keine unzulässige Preis-Kosten-Schere gefolgert werden könne sowie dass eine signifikante Preisunterschreitung dafür spreche, dass zumindest der vom Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht geforderte Endkundenpreise eine ausreichende Marge für den Wettbewerber zulasse.

Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass es dem marktmächtigen Unternehmen nach allgemeinen kartellrechtlichen Beurteilungsmaßstäben unabhängig von der konkreten Kostensituation seiner Wettbewerber grundsätzlich erlaubt sein müsse, auf Preissenkungen seiner Wettbewerber durch eigene Preissenkungen zu reagieren.

Vergleichbare Wettbewerberangebote belegten, dass eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbermöglichkeiten anderer Unternehmen ausscheide. Selbst wenn eine Vergleichsmarktbetrachtung nicht als vorrangiges Instrument zur Überprüfung der Vermutungstatbestände des § 28 Abs. 2 TKG herangezogen würde, müsste eine weitere Prüfung der Vermutungstatbestände entfallen, wenn aufgrund eines Benchmarks feststehe, dass die Vermutungsfolge – bzw. im Falle des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG sogar die Anwendbarkeit des Vermutungstatbestandes - widerlegt sei. Erst wenn allein anhand von Vergleichsangeboten die Vermutungstatbestände des § 28 Abs. 2 TKG nicht bereits widerlegt werden könnten, könne gemäß § 38 Abs. 2 S. 3 TKG eine kostenbasierte Prüfung erfolgen.

2) Internationale Tarifvergleiche

Bezüglich internationaler Tarifvergleiche, wird kritisch gesehen, dass internationale Vergleichswerte bei der Ermittlung angemessener Zuschlagssätze für Vertriebskosten Berücksichtigung finden können, da sich Vergleichswerte gerade für Vertriebskosten nur schwer ermitteln ließen. Es stelle sich insbesondere die Frage der Vergleichbarkeit von Endkunden- und Vorleistungsprodukten. Wenn auf internationale Tarifvergleiche zurückgegriffen werden solle, müsse die Referenzrechnung kritisch bezüglich nationaler Kostenunterschiede, Vorleistungspreise etc. geprüft werden. Ein anderes Unternehmen vertritt die Ansicht, dass internationale Tarifvergleiche sich sowohl auf die Kosten der Vorleistungsentgelte als auch auf die Endkundenpreise beziehen könnten. Die Leistungen ließen sich zwar detailliert beschreiben, so dass ihre einzelnen Komponenten über Länderbestimmungen hinweg vergleichbar gemacht werden könnten, aber internationale Tarifvergleiche seien hinsichtlich umzulegender Gemeinkosten außerordentlich schwierig. Die ehemaligen Monopolisten seien häufig privatisierte Staatsmonopole, die national unterschiedliche Organisationsstrukturen und „Erblasten“ übernommen hätten. Die effiziente Höhe und die Umlageverfahren auf Kostenkomponenten könnten sich zwischen den Ländern so unterscheiden, dass ein Vergleich nicht zielführend wäre.

5. Beweislast

Hinsichtlich der Beweislast vertreten einige Kommentierende die Ansicht, dass die in den Ausführungen der Bundesnetzagentur dargestellten Anforderungen bezüglich der Darlegungs- bzw. Beweislast mit dem Amtsermittlungsgrundsatz der Bundesnetzagentur und der *Offizialmaxime* nicht vereinbar seien. Es obliege dem Beschwerdeführer zwar, seinen Missbrauchsvorwurf möglichst substantiiert vorzutragen, für die Wettbewerber sei es allerdings unmöglich, die Kosten des regulierten Unternehmens vorzutragen bzw. spezifische Unterschiede gegenüber der als Referenz zu betrachtenden Kalkulation des etablierten Betreibers nachzuweisen. Die Wettbewerber könnten höchstens ihre eigene Kalkulation darlegen, obwohl bereits dies sehr hohe Anforderungen an die unternehmenseigene Dokumentation stelle. Daher könnten die Wettbewerber der Bundesnetzagentur höchstens hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere liefern, aber nicht die eigene Kalkulation mit der des marktbeherrschenden Unternehmens vergleichen, da diese ihnen nicht bekannt sei.

Es werde in den Hinweisen verlangt, dass spezifische Unterschiede zum SMP-Unternehmen dezidiert nachgewiesen werden. Den Hinweisen lasse sich nicht entnehmen, welche gesetzliche Grundlage diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im TKG finden soll. § 38 Abs. 1 S. 2 TKG verlange eine offensichtlich fehlende Vereinbarkeit mit § 28 TKG, wenn die Bundesnetzagentur nach Anzeige eines Tarifs die Entgeltmaßnahme untersagen wolle. Eine derartige Offensichtlichkeitsprüfung sei aber für die Einleitung und Durchführung eines Verfahrens der nachträglichen Entgeltkontrolle nach § 38 Abs. 2 TKG nicht erforderlich. Für die Einleitung und Durchführung eines solchen Verfahrens gelten vielmehr einerseits die *Offizialmaxime* aus § 134 Abs. 1 TKG, § 22 Abs. 1 VwVfG, andererseits der Amtsermittlungsgrundsatz aus § 128 Abs. 1 TKG, § 24 Abs. 1 VwVfG. Als mit der Durchführung des TKG beauftragte Behörde stelle es die verfassungsmäßige Pflicht der Bundesnetzagentur dar, für den Gesetzesvollzug des TKG Sorge zu tragen. Wenn der Bundesnetzagentur Anhaltspunkte für eine Preis-Kosten-Schere vorlägen, sei sie deshalb verpflichtet, diesen Anhaltspunkten jedenfalls im Rahmen eines Vorermittlungsverfahrens nachzugehen. Im Rahmen eines förmlichen Verwaltungsverfahrens sei die Bundesnetzagentur aufgrund ihrer Pflicht, von Amts wegen zu ermitteln, erst recht zu eigenen Ermittlungen verpflichtet. Hiervon abweichende Mitwirkungs- oder Beibringungspflichten der Wettbewerber, auf dessen Schutz § 28 Abs. 1 TKG zielt, begründe das TKG gerade nicht.

Es zähle zu den Befugnissen der Bundesnetzagentur, die notwendigen Auskünfte zu verlangen und gegebenenfalls die geschäftlichen Unterlagen vor Ort einzusehen und zu prüfen (§ 127 Abs. 2 TKG). Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, auf Anordnung des Amtsgerichts Untersuchungen vorzunehmen und geschäftliche Unterlagen zu beschlagnahmen (§ 127 Abs. 6 und 7 TKG). Sofern dies notwendig sei, müsse die Bundesnetzagentur von diesen Befugnissen Gebrauch machen, um eine Preis-Kosten-Schere nachzuweisen. Es sei unrealistisch, von den Wettbewerbern, die nicht über diese Befugnisse verfügen, den Nachweis einer Kostenkalkulation des marktbeherrschenden Unternehmen oder einer Preis-Kosten-Schere zu verlangen.

Ein Unternehmen vertritt die Position, dass die Bundesnetzagentur ihre Datenbasis optimieren und die Ex-post-Entgeltprüfung erheblich effektiver ausgestalten könne, wenn die für die Endkundenmärkte 3 und 5 ausgesprochene Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG für sämtliche Tarifmaßnahmen in den Märkten gelten würde. Nach der derzeitigen Praxis sei eine Anzeige von Bündeln nicht erforderlich, wenn

die enthaltene regulierte Leistung separat angeboten werde und die unregulierten Leistungsbestandteile nach Einschätzung der DTAG nicht kostenunterdeckend seien und daher, so die Annahme, keine Mischkalkulation regulierter und unregulierter Leistungen erfolge. Diese Beschränkung überlasse nicht nur in unzulässiger Weise zumindest in Teilfragen die Bewertung der Gesetzeskonformität dem regulierten Unternehmen, sie führe auch dazu, dass sich die für eine effektive Missbrauchsaufsicht notwendige Datenbasis der Bundesnetzagentur reduziere. Die Sorge, dass die Bundesnetzagentur a priori nicht über eine ausreichende Informationsbasis für etwaige Kostenbetrachtungen verfüge, könne daher deutlich reduziert, wenn nicht gar ausgeräumt werden, wenn die Bundesnetzagentur von sämtlichen ihr zur Verfügung stehenden Informationsbeschaffungskompetenzen auch tatsächlich Gebrauch mache. Dem Informationsdefizit dürfe nicht mit Sicherheitsmargen begegnet werden. Ein methodisches Defizit könne nicht zur teilweisen Suspendierung materieller Entgeltmaßstäbe führen. Die Bundesnetzagentur habe sich die Informationen zu verschaffen, die erforderlich seien, um die Einhaltung der Missbrauchsmaßstäbe effektiv zu überprüfen.

Das TKG stelle hierfür geeignete Aufklärungsinstrumente bereit, Anordnungen nach § 29 Abs. 1 und 2 TKG seien bereits im Vorfeld der Entgeltregulierung zulässig; sie sollten der Vorbereitung der Regulierung dienen sowie im konkreten Verfahren die Kompetenzen des § 33 TKG, auf die die Bundesnetzagentur zurückgreifen könne, wenn eine Vergleichsmarktbetrachtung nicht möglich sei.

6. Bündelung

Im Grundsatz wird die Sichtweise der Bundesnetzagentur, dass es durch Bündelungen von regulierten und unregulierten Produkten durch das marktbeherrschende Unternehmen zur Marktmachtübertragung bzw. zur Marktmachtfestigung kommen könne sowie dass dieser Problematik mittels Regulierung begegnet werden solle, bestätigt. Dies dürfe nicht an Informationsproblemen scheitern.

Regulatorisch könne dieser Problematik durch die Sicherstellung der Nachbildbarkeit des Bündelproduktes begegnet werden. Wenn dies nicht möglich sei, weil bspw. der Zugang zu nicht regulierten Leistungen nicht angeordnet werden könne, muss die Marktmachtübertragung bzw. Marktmachtfestigung durch die Entgeltregulierung verhindert und die Einhaltung der Anforderungen des § 28 TKG durch die Bundesnetzagentur sichergestellt werden. Die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass sie die Möglichkeit von Untersuchungen auch über die Kosten unregulierter Leistungen anzustellen habe, wird geteilt, allerdings die Einschränkung, dass zu prüfen ist, ob der zu tätige Aufwand in angemessenem Verhältnis zur Beseitigung der Wettbewerbsbeeinträchtigung stehe, nicht. Es sei die Aufgabe der Bundesnetzagentur, missbräuchliches Verhalten von marktmächtigen Unternehmen zu verhindern, auch wenn dies mit regulatorischem Aufwand verbunden sei. Ähnlich sieht dies ein anderes Unternehmen, die Anwendung der §§ 28, 38 TKG dürfe nicht an Informationsproblemen scheitern, daher müssten die für die Prüfung notwendigen Informationen auch von Produkten aus dem unregulierten Bereich generierbar sein. Wenn die Bundesnetzagentur keine Möglichkeit habe bei einem Bündelprodukt auch die erforderlichen Informationen über die (noch) nicht regulierten Bestandteile zu generieren, laufen die Dumping-, PKS- und ungerechtfertigte Bündelprüfung ins Leere, da das marktmächtige Unternehmen den niedrigen Preis mittels des nicht regulierten Teils rechtfertigen könne.

Es wird in einigen Stellungnahmen der Aussage zugestimmt, dass der Preis-Kosten-Scheren-Test bereits dann durchzuführen ist, wenn ein Element eines Bündelproduktes in einen regulierten Markt fällt. Erforderlich, aber auch ausreichend, sei für die Regulierung, dass entweder eine Zugangsleistung oder ein Leistungselement des Endkumentarifs in einen regulierten Markt falle. Sei dies gegeben, müsse das gesamte Produktbündel dem Preis-Kosten-Scheren-Test unterzogen werden, da das regulierte Unternehmen ansonsten durch geschickte Ausgestaltung des Bündels die Möglichkeit hätte, der Regulierung zu entgehen. Bei Bündelprodukten sei der „Maßstab der Nachbildbarkeit“ strikt anzuwenden. Das Entgelt für das Bündel müsse dem Preis aller Teilleistungen entsprechen. Es müssten sowohl die Kosten der regulierten als auch die der unregulierten Bestandteile erfasst werden. Die Kosten einer regulierten Leistung im Bündelprodukt aus regulierten und unregulierten Leistungen müssten wie die regulierten Leistungen überprüft werden können. Die Bundesnetzagentur dürfe sich dieser Verantwortung nicht mit dem Argument der Schwierigkeit bei der Informationsbeschaffung entziehen. Die notwendigen rechtlichen Mittel stehen der Bundesnetzagentur dazu zur Verfügung.

Die Bündelung von Produkten berge immer ein Abgrenzungsproblem, da bei Fehlen von Kosteninformationen für ein Teil des Bündels infolge einer Nichtregulierung auch die zusätzlichen Kosten für diesen Teil des Endkundenbündels nicht oder nur fehlerhaft angesetzt werden könnten. Die Verwendung von Sicherheitsmargen könne dabei einen Ausweg darstellen. Das Problem erscheine umso größer, da es keine Verpflichtung zu Accounting Separation gebe und daher weniger Informationen über die zumindest unternehmensintern angesetzten Margen für Produktgruppen vorlägen. Für die Abgrenzung von Kosten und Margen bei Produktbündeln sei der Rückgriff auf getrennt ausgewiesene Kostendaten des marktbeherrschenden Unternehmens wichtig. Die Einschränkung im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung dürfe nicht dazu führen, dass Bündelprodukte faktisch keiner Untersuchung auf Preis-Kosten-Scheren unterzogen werden können.

Die zurückhaltende Position der Bundesnetzagentur werde dem Gefährdungspotential der Bündelprodukte nicht gerecht. Die Ausrichtung auf die Umstände des Einzelfalls vermittele wenig Rechtssicherheit. Es sollte zur Vermeidung von Missbrauchspotenzial daher eine Gesamtbetrachtung unter Anwendung der Regeln für die am striktesten regulierte Bündelkomponente durchgeführt werden.

Bündelprodukte aus unregulierten und regulierten Bestandteilen seien alleine mit Sicherheitsmargen nicht in ihrer Gefährlichkeit zu begrenzen. Sofern am Markt vergleichbare Einzelangebote für die unregulierten Bestandteile nicht existierten, welche eine Prüfung erlauben würden, müsse das marktbeherrschende Unternehmen aufgefordert werden, die einzelnen Produktbestandteile auch getrennt und praktikabel nutzbar anzubieten. Zum Ausgleich für eventuell durch die Entbündelung verloren gehende Economies of Scope wäre ein leichter Aufschlag (max. 1 %) der Summe der Einzelangebote gegenüber dem Bündelangebot tragbar. Die Bundesnetzagentur würde hierdurch wertvolle Informationen über die einzelnen Produktbestandteile erlangen und könnte die Bündelprodukte besser einschätzen. Aus Transparenzgründen könnte es darüber hinaus hilfreich sein, die Wettbewerber aufzufordern, eigene Resale-Angebote, die sie als Nachfrager erhalten oder als Anbieter abgegeben, auf freiwilliger Basis unter Wahrung der Vertraulichkeit der Bundesnetzagentur zu übermitteln.

Ein Unternehmen vertritt die Sichtweise, dass es für die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere nicht von Bedeutung sei, ob eine Vorleistung der Ex-ante-Regulierung im Sinne von §§ 21 und 31 TKG unterliege. Maßgeblich nach der Systematik des § 28 TKG sei, ob die Leistung von einem SMP-Unternehmen angeboten werde. Das

Nebeneinander von regulierten und nicht regulierten Vorleistungen sei daher keine Frage der Einzelprüfung für das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere, sondern der nach § 27 Abs. 2 TKG gebotenen vertikalen Konsistenz von Entgeltregulierungsmaßnahmen.

In einer anderen Stellungnahme wird die Ansicht vertreten, dass Verbundvorteile die Kosten eines Bündelproduktes unter die Summe der Einzelkosten drückten. Es gebe divergierende Ansichten zwischen dem marktmächtigen Unternehmen und den Wettbewerbern über die Zuordnung des Effizienzgewinns auf die regulierten und unregulierten Bestandteile. Die kalkulatorische Zuordnung des Effizienzgewinns erfordere den Zugang zu Informationen über nicht regulierte Produkte, die der Bundesnetzagentur nicht systematisch zugänglich seien. Ein Kommentierender macht einen Vorschlag, der eine Kontrolle der Kosten durch die Bundesnetzagentur nicht erfordere, wenn Bündelprodukte mit mindestens einer regulierten Komponente angeboten werden. Das vertikal integrierte marktmächtige Unternehmen biete dem Endkunden ein Bündelprodukt zu einem Bündelpreis an. Es solle in der Regulierung vorgesehen werden, dass zusätzlich zu dem Bündelpreis auch Preise für die einzelnen Komponenten ausgewiesen werden. Die Preise für die einzelnen Komponenten dürften in der Summe den Preis des Bündels nur um die Marge überschreiten, die beim getrennten Vertrieb zusätzlich anfalle. Diese Komponentenpreise richten sich nicht an die Endkunden, sondern an die Wettbewerber. Die Wettbewerber sollten berechtigt sein, einzelne Komponenten aus dem Bündel zu dem Preis zu beziehen und selbst zu vermarkten. Für das marktmächtige Unternehmen entstehe so ein Anreiz, die Kosten der Komponenten genau zu kalkulieren und die Kontrolle dieser Kalkulation übernehme der Markt, indem zu kostengünstig ausgewiesene Produkte in hohem Maße von Wettbewerbern nachgefragt werden.

Ein Unternehmen weist noch auf die Problematik hin, dass im Zusammenhang mit neuen Bündelprodukten die Größennachteile der Wettbewerber erhebliche Mehrkosten nach sich ziehen, als Beispiel wird Triple Play genannt. Hierbei müssten Verträge mit Content-Anbietern und Sendern geschlossen werden, bei denen es nicht unüblich sei, dass Minimum Garanties gefordert würden, die eine erhebliche Markteintrittsschwelle für kleinere Wettbewerber darstellten.

7. Anknüpfungspunkt für Preis-Kosten-Scheren-Tests (Märkteübergreifende Betrachtung, Kombination von Tarifen)

Aus Sicht der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens wird eine märkteübergreifende Prüfung von Preis-Kosten-Scheren als nicht mit dem Wortlaut und der Zielsetzung des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG vereinbar abgelehnt. Der Wortlaut von § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG bringe mit „eine Zugangsleistung“ und „dem entsprechenden Endkundenentgelt“ eindeutig zum Ausdruck, dass jeweils nur ein Markt zu betrachten sei. Neben dem Wortlaut müsse auch die dem Kartellrecht entsprechende Zielsetzung des Missbrauchsverbots herangezogen werden, Wettbewerbsverzerrungen auf einem durch eine Marktbeherrschung belasteten Markt zu vermeiden. In diesem Sinne müsse sich die Regulierung jeweils auf einen Einzelmarkt beziehen. Dementsprechend sei eine Quersubventionierung zwischen regulierten Märkten, aber auch zwischen einem regulierten und einem unregulierten Markt unzulässig. Eine märkteübergreifende PKS-Prüfung sei gemäß einer Stellungnahme nur dann zuzulassen, wenn sämtliche Anbieter auf beiden Märkten tätig seien.

Im Übrigen entspreche dies auch der Praxis der EU-Kommission in ihrer TAL-Entscheidung vom 21. Mai 2003 gegen DTAG (COMP/C-1/37.451, Amtsblatt EU

2003, Nr. L 263, S. 9). Einer Mischkalkulation für die Prüfung der Preis-Kosten-Schere halte die Kommission entgegen, dass nicht vorausgesetzt werden dürfe, „dass alle Wettbewerber dieselbe Einnahmestruktur wie der etablierte Betreiber, und damit die gleichen Möglichkeiten einer Mischkalkulation zwischen den verschiedenen Einnahmequellen haben“ (Rdnr. 128). Die von DTAG geforderte Gesamtbeurteilung von Erlösen aus Telefonanschlüssen und –verbindungen sei damit zurückgewiesen worden.

Märkteübergreifende Besonderheiten ließen sich allenfalls ausnahmsweise bei der Entkräftung der durch eine Preis-Kosten-Schere bewirkten Vermutung eines Behinderungsmisbrauchs berücksichtigen. Die Darlegungslast hierfür liege beim SMP-Unternehmen. Für die Preis-Kosten-Scheren-Prüfung selbst sei jedoch auf einen einzelnen Vorleistungsmarkt und den entsprechenden Endkundenmarkt abzustellen.

In einigen Stellungnahmen wird betont, dass das TKG eine Prüfung des Einzeltarifs verlange. Soweit sich in der Begründung der Bundesregierung zum TKG abweichende Anhaltspunkte fänden, hätten diese im Wortlaut gerade keinen Niederschlag gefunden. Denn stellte man auf Tarifkombinationen des marktbeherrschenden Unternehmens ab, falle der PKS-Test der Beliebigkeit anheim. Insbesondere könne deshalb auch keine gemeinsame Betrachtung von regulären und Aktionsangeboten erfolgen. Denn eine Überprüfung durch die BNetzA dürfe nicht durch die zeitliche Befristung eines Angebotes ausgehebelt werden. Auch sei einer gemeinsamen Betrachtung verschiedener Anschlussarten nicht zuzustimmen, da auf diese Weise wettbewerbsschädigende Vorstöße des Incumbent mit einzelnen „Anschlussvarianten“ ermöglicht würden.

Der Vorgehensweise, nach der ein Tarif jeweils im Ganzen betrachtet wird und nicht einzelne Tarifelemente, wird nicht widersprochen und von einigen Stellungnehmenden explizit gestützt. Allerdings wird darauf hingewiesen, dass hierbei nicht das durchschnittliche Nutzungsverhalten von Kunden des SMP-Unternehmens zugrunde zu legen sei, da sich empirisch feststellen lasse, dass wettbewerbsaffine und preisensible Kunden in höherem Maße Angebote von Wettbewerbern in Anspruch nähmen. Daher liege es nahe, dass das durchschnittliche Nutzungsverhalten bei Wettbewerbern von demjenigen der Kunden des SMP-Unternehmens abweiche. Auch insofern sei für die Prüfung der Preis-Kosten-Schere maßgeblich, dass das effiziente Unternehmen naturgemäß als Wettbewerber zum SMP-Unternehmen agiere. Daher müsse es Wettbewerbern offen stehen, ihre Anträge mit abweichendem Nutzerverhalten und damit verbundenen Mehrkosten darzulegen.

Der etablierte Netzbetreiber stützt die in den Hinweisen zum Ausdruck kommende Position, nach der sich Preis-Kosten-Scheren-Tests an den existierenden Geschäftsmodellen zu orientieren habe. Führe man nämlich die Prüfung stets separat für jeden regulierten Markt durch, untersuche man das Vorliegen einer ausreichenden Entgeltspanne bei Produkten, die kein Marktakteur seiner Gewinnmaximierungskalkulation zugrunde lege.

Eine Unternehmen spricht sich für den Fall von Preis-Kosten-Scheren-Prüfungen im Mobilfunk dafür aus, eine gesamtheitliche Betrachtung eines einheitlichen Mobilfunkendkundenproduktbündels anzustellen.

8. Anwendung der sog. „IC+25 %-Regel“

In einigen Stellungnahmen wird die bisher verschiedentlich von der Bundesnetzagentur angewandte IC+25 %-Regel kritisiert. Die Zugrundelegung der regulierten

IC-Entgelte sei allenfalls für die Dumping-Prüfung bzw. im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung angemessen. Eine derart schematisch-pauschalierende Betrachtung sei zur Ermittlung einer Preis-Kosten-Schere nicht zielführend. Dies folge schon daraus, dass die Kostenprüfung des effizienten Unternehmens allein anhand der regulierten IC-Entgelte nicht zutreffend sei. Auch sei ein pauschaler Zuschlag unabhängig vom betrachteten Markt nicht sachgerecht. Denn dies führe etwa dazu, dass außergewöhnliche Werbeausgaben auf einem bestimmten Markt selbst dann nicht berücksichtigungsfähig seien, wenn sie nachgewiesen würden. Im Übrigen sei die IC+25 %-Formel nicht für die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere, sondern für die Dumping-Prüfung nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996 entwickelt und auch nur als solches vom VG Köln gebilligt worden.

Darüber hinaus wird argumentiert, dass die Vertriebskosten nicht in gleichem Maße sinken würden wie dies bei der Bezugsbasis der Zusammenschaltungsentgelte in der Vergangenheit der Fall gewesen sei. Vielmehr sei davon auszugehen, dass Vertriebskosten aufgrund vergleichsweise geringer Produktivitätsfortschritte nicht sinken, sondern – entsprechend der allgemeinen Preis- und Lohnentwicklung – eher steigen würden. Um diese Kosten in der regulatorischen Kalkulation zumindest stabil zu halten, sei jeweils eine entsprechende prozentuale Anpassung des Zuschlags auf die Vorleistungsentgelte vorzunehmen.

Ein Unternehmen geht explizit von Kosten in Vertrieb, Marketing, Produktmanagement, Kundenbetreuung, Rechnungsstellung, Inkasso und Delcredere in Höhe von 30 – 40 % aus. In dieser Stellungnahme wird die Verwendung einer Faustregel für die Bestimmung der Zusatzkosten (Aufschlag auf die reinen IC-Kosten) ausdrücklich als marktüblich bezeichnet und begrüßt.

9. Konsistenz zwischen verschiedenen Vorleistungsentgelten

In einigen Stellungnahmen wird angemerkt, dass sich die Hinweise auf die vertikale Konsistenz fokussierten. Die Problematik der horizontalen Konsistenz – auch Kosten-Kosten-Schere genannt - werde nicht behandelt, obwohl auch diese von Bedeutung sei. Eine Diskussion der Preis-Kosten-Schere auch hinsichtlich der Sicherstellung der horizontalen Konsistenz sei dringend notwendig. Kosten-Kosten-Scheren könnten auf horizontaler Ebene dadurch entstehen, dass für Wettbewerber, die mit unterschiedlicher eigener Wertschöpfung auf demselben Endkundenmarkt agieren, ungleiche und unabgestimmte Vorleistungskonditionen bestünden. Während die Entgelte für die Nutzung der Teilnehmeranschlussleitung der Ex-ante-Regulierung unterlägen, fehle es bisher an einer regulatorischen Kontrolle des DSL-Resale-Vorprodukts „Wholesale DSL“. Diese unterschiedliche Kontrolldichte erlaube es dem marktbeherrschenden Unternehmen bisher, das Entgelt so zu setzen, dass die Reseller – gemessen an der eigenen Wertschöpfung – eine signifikant höhere Marge erzielen könnten als die Anbieter von Breitbandanschlüssen auf der Basis der Anmietung der Teilnehmeranschlussleitung. Die Ziele des Konsistenzgebotes in § 27 Abs. 2 TKG sowie die Ermöglichung effizienter Margen für alle Geschäftsmodelle durch entsprechende Abstände zwischen den jeweiligen Vorleistungsentgelten, werde verfehlt.

Um Konsistenz zu gewährleisten, komme sowohl eine Anhebung der Wholesale-Preise als auch eine Absenkung der TAL-Entgelte in Betracht. Hierbei sei allerdings zu berücksichtigen, dass der TAL-Preis gegenwärtig ex ante reguliert werde und der Wholesale-Preis einer Ex-post-Missbrauchskontrolle unterliege. Im Gegensatz zur Ex-post-Missbrauchsaufsicht müsse bei der Ex-ante-Regulierung kein konkreter

Missbrauch nachgewiesen werden, es genüge bereits das Bestehen einer wettbewerbsschädlichen Verzerrung am Markt. Insofern sei die Absenkung des TAL-Preises das effektivere Mittel. Es sei auch der systematisch richtigere Weg, da die Anhebung des Wholesale-Preises einer Belohnung des missbräuchlichen Verhaltens gleichkäme. Eine Anhebung der Wholesale-Preise sei aus Verbrauchersicht ebenfalls schwerer darzustellen, da sich hieraus eine Anhebung des Endkundenpreises ergeben könnte.

Der Bundesnetzagentur sei nicht nur aufgegeben, im konkreten Einzelfall Konsistenz zwischen verschiedenen Vorleistungsentgelten untereinander sowie im Verhältnis zu den Endkundenentgelten des marktbeherrschenden Unternehmens herzustellen, sondern auch ein Konsistenzkonzept vorzulegen. Die Bundesnetzagentur solle die Erarbeitung entsprechender Eckpunkte für ein Konsistenzkonzept nicht weiter verschieben, sondern im Rahmen der Konsultation mit den Marktteilnehmern diskutieren. Folgende Fragen sollten behandelt werden:

- Wie wird die zeitliche Konsistenz sichergestellt? Im Ex-ante-Verfahren habe die Bundesnetzagentur die zeitliche Abstimmung durch entsprechende Befristung der verschiedenen Entgeltmaßnahmen selbst in der Hand. Im Rahmen der Ex-post- bzw. Missbrauchsverfahren bestehe die Möglichkeit des Aufgreifens von Amts wegen, was eine flexible und zeitnahe Reaktion ermögliche.
- Wie wird eine institutionell abgesicherte Abstimmung gewährleistet? In der Geschäftsordnung seien Verfahren vorgesehen, die vor dem Erlass von Entscheidungen umfassende Abstimmungs-, Auskunft- und Informationspflichten der jeweiligen Beschlusskammer und Abteilungen regeln.
- In welchem Verhältnis das Konsistenzgebot in § 27 Abs. 2 TKG zu den übrigen Entgeltmaßstäben, wie etwa den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, dem Retail-Minus-Maßstab des § 30 Abs. 5 TKG oder den Missbrauchsmaßstäben des § 28 Abs. 2 TKG stehe? Es handele sich beim Konsistenzgebot nicht lediglich um eine mehr oder weniger verbindliche Leitlinie oder Zielbestimmung, sondern um einen übergreifenden und konkret ermessensleitenden Prüfungs- und Kontrollmaßstab für alle Entgeltmaßnahmen, den die Bundesnetzagentur zwingend beachten müsse und der auch vollumfänglich Gegenstand gerichtlicher Kontrolle sein könne.
- Wie wird die Methodenkonsistenz sichergestellt? Zur Konsistenz der Entgeltregulierungsmaßnahmen zählen nicht nur die Entgeltentscheidungen selbst, sondern auch die für die Entscheidungsfindung angewandten Methoden und deren Eingangsparameter. Die Anwendung unterschiedlicher Methoden oder Eingangsparameter führe zu Inkonsistenzen und damit zu Wettbewerbsverzerrungen.
- Darüber hinaus sei im Rahmen der Konsistenzdiskussion zu erörtern, inwieweit es möglich und sinnvoll sei, bei der Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung zwischen den verschiedenen Vorleistungen ebenso konkrete Abstände zu definieren, wie dies bei der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung in Form der „IC+25%-Regel“ üblich sei.

10. Sonstiges

- Das ehemalige Monopolunternehmen erläutert, dass die Verdrängungsstrategie für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht rational sei. Das wett-

bewerbspolitische Problem missbräuchlich wettbewerbsbehindernden Verhaltens bestehe nur auf solchen Märkten, auf denen ein erfolgreicher Verdrängungswettbewerb erwartet werden könne. Eine realistische Verdrängungsgefahr bestehe nur, wenn die Verwendung einer Verdrängungsstrategie für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sowohl rational als auch erfolgreich sei. Rational sei sie, wenn sie ex ante die gewinnmaximierende Strategie darstelle und erfolgreich, wenn sie tatsächlich zum Marktaustritt des angegriffenen Konkurrenten führe. Die Verdrängung mit Kampfpreisen müsse profitabler sein als jede andere Preisstrategie. In der vorliegenden Marktsituation würde es nicht zu Marktaustritten von Konkurrenten kommen, da spezifisch in eigene Infrastruktur investiert wurde. Darüber hinaus sei es im Falle einer erfolgreichen Verdrängungsstrategie der wesentlichen Wettbewerber aufgrund der regulierungsbedingt niedrigen Markteintrittsbarrieren schwierig, nach der Verdrängungsphase übernormale Gewinne zu erzielen, um die kurzfristig hingenommenen Verluste wieder einzuspielen. Folglich sei es höchst unwahrscheinlich, dass die Verdrängungsstrategie rational sei, also keine Strategie gebe, die mit höheren Gewinnen verbunden sei.

- Aus Sicht eines Stellungnehmenden ist es für die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere unerheblich, ob eine Vorleistung der Ex-ante-Regulierung im Sinne von §§ 21, 31 TKG unterliege oder etwa „freiwillig“ angeboten werde. Maßgeblich sei nach der Systematik des § 28 TKG allein, ob die Leistung von einem SMP-Unternehmen angeboten werde.
- In zwei Kommentaren wird auf die Problematik möglicher Diskriminierungen auf der Vorleistungsebene hingewiesen. Diese ergäben sich aus dem Preisniveau für bestimmte Vorleistungen, der Preisstruktur (hier sei auf spezielle Rabatte zu achten, insbesondere wenn sie sich an der Mengenstruktur der internen Nachfrage orientieren), den Lieferbedingungen (Lieferzeit, Entstörung, Zahlungsziele) und dem Umfang der angebotenen Leistung. Das Aufdecken von Diskriminierung im Vorleistungsbereich unterliege aufgrund der für Netzsektoren typischen Kostenstruktur (hoher Fixkostenanteil) besonderen Schwierigkeiten, denen insbesondere auf Grundlage einer Verpflichtung zur effektiven Accounting Separation zu begegnen sei.
- In einer Stellungnahme wird auf die spezielle Problematik einer Penetration-Pricing-Strategie hingewiesen, die den Zeitraum, in dem Wettbewerber kostenunterdeckend anbieten müssten, signifikant verlängern würde.
- Ein Kommentierender problematisiert die Frage des Betrachtungszeitraums. Zum einen würden bei der Betrachtung der Kosten effizienter Wettbewerber die langfristigen Kosten betrachtet, zum anderen würden bei den Maßnahmen zur Verhinderung einer Preis-Kosten-Schere nur kurzfristige Betrachtungsmaßstäbe angelegt. Der Begründung zum TKG sei durchaus eine dynamische Betrachtung zu entnehmen, die auch eine Anhebung von Endkundenentgelten wegen der langfristigen Perspektiven der Wettbewerbsförderung rechtfertige. Der von der Bundesnetzagentur herausgestellten Gefahr einer Quersubventionierung solle mit der Auferlegung einer Pflicht zur getrennten Rechnungsführung begegnet werden. Zudem sei dieses Risiko eher hinzunehmen als Wettbewerbsbedingungen, die auch ein effizientes Unternehmen zu kostenunterdeckenden Angeboten zwingen würden, so dass kein tragfähiger Wettbewerb entstehe. Richtig erscheine der Ausgangspunkt der Bundesnetzagentur, dass eine Preis-Kosten-Schere nur durch Anhebung der Endnutzerentgelte ausgeglichen werden könne. Dies gelte allerdings nur, wenn die Preis-Kosten-Schere nicht durch Umverteilung der wholesalespezifischen Kosten beseitigt

werden könne. Dies würde auch das von der Bundesnetzagentur aufgebrachte Quersubventionierungspotential reduzieren. Trotz zeitweise höherer KeL ergebe sich ein positiver Kundennutzen aus der Wettbewerbssituation.

- Mitunter wird ausdrücklich die Bedeutung einer präventiven Kontrollmöglichkeit hervorgehoben. Denn missbräuchliche Entgelte könnten zwar auch nach deren Markteinführung überprüft und untersagt werden. Hierbei bestehe allerdings die Gefahr, dass die Wettbewerber durch die Entgelte bis zu einer Untersagung der Bundesnetzagentur in ihren wettbewerblichen Möglichkeiten eingeschränkt und damit geschädigt würden. Darüber hinaus bestünde in der Praxis die Schwierigkeit bereits geschlossene Verträge mit den Kunden rückabzuwickeln. Daher sei eine Untersagung vor der Markteinführung für die Wettbewerber hilfreich.
- In einigen Stellungnahmen wird auf die Problematik der Prognoseunsicherheiten eingegangen. Die Kommentierenden vertreten die Ansicht, dass sie sich nicht vermeiden lassen und kein Grund für einen Regulierungsverzicht darstellen. Vor dem Hintergrund von Prognoseunsicherheit sei es umso wichtiger, eine korrekte Verteilung der wettbewerberspezifischen Kosten zwischen dem marktbeherrschendem Unternehmen und den Wettbewerbern vorzunehmen und damit auch einer Erhöhung der Endkundenentgelte vorzubeugen.

Ein anderes Unternehmen vertritt die Ansicht, dass sich die Prognoseunsicherheiten erst aufgrund verfehlter Annahmen der Bundesnetzagentur zu den Anforderungen an eine wettbewerbsorientierte Effizienz ergäben. Es bestehe im TKG kein Vorrang der kurzfristigen Perspektive mit Blick auf Nutzerinteressen gegenüber der mittel- und langfristigen Perspektive der Wettbewerbsintensivierung. Die Prognoseunsicherheiten der Bundesnetzagentur entstünden erst mit der von der Behörde selbst angeforderten Prognose, dass mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit eine Wettbewerbsintensivierung zu erwarten sei. Eine solche Prognose sei im Rahmen des TKG aber weder erforderlich noch angebracht. Anstelle einer Abschätzung künftigen Wettbewerbs ergebe sich nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG für den Fall einer negativen Kosten-Erlös-Situation des effizienten Unternehmens ohne Weiteres die Vermutung eines missbräuchlichen Verhaltens durch das SMP-Unternehmen. Die Bundesnetzagentur sei in diesem Fall grundsätzlich verpflichtet, zur Untersagung des missbräuchlichen Verhaltens einzuschreiten.

III. Bewertung der Stellungnahmen

1. Bestimmung des effizienten Unternehmens / Bei Preis-Kosten-Scheren-Tests zu berücksichtigende Geschäftsmodelle

Zunächst ist hervorzuheben, dass die Kommentierenden – mit Ausnahme des marktbeherrschenden Unternehmens – im Grundsatz die Sichtweise der Bundesnetzagentur teilen, dass für eine Preis-Kosten-Scheren-Prüfung die Perspektive effizienter Wettbewerber maßgeblich ist und dass eine Bewertung der unterschiedlichen am Markt beobachtbaren Geschäftsmodelle nicht durch die Bundesnetzagentur, sondern durch den Markt zu erfolgen habe.

Ungeachtet dieser Übereinstimmung in den Kernaussagen werden hinsichtlich einiger Aspekte unterschiedliche Auffassungen deutlich. Dies betrifft im Wesentlichen

- (a) die Frage, inwieweit § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG von der Bundesnetzagentur eine eigenständige regulatorisch-normative Festlegung des effizienten Wettbewerbers verlangt,
- (b) die Auslegung der Maßgabe einer flächendeckenden Nachbildbarkeit von Entgelten des marktbeherrschenden Unternehmens im Hinblick auf die Definition eines effizienten Wettbewerbers.

Das ehemalige Monopolunternehmen vertritt teils grundlegend abweichende Auffassungen. Dies gilt insbesondere in Bezug auf

- (c) die Frage, inwieweit von Wettbewerbern zu erwarten ist, ihre Geschäftsstrategie i.S.d. Effizienzkriteriums in einer bestimmten Weise anzupassen,
- (d) die Bewertung, inwieweit geographische „Angebotslücken“ ausschließlich auf geschäftsstrategische Entscheidungen der Wettbewerber zurückzuführen sind.

Hierzu ist aus Sicht der Bundesnetzagentur Folgendes festzustellen:

Zu (a): Zunächst einmal ist festzuhalten, dass der Versuch, den Begriff des „effizienten“ Unternehmens allgemeingültig zu definieren, erhebliche Fragen aufwerfen würde. Denn zum einen würde eine allgemeingültige Definition des effizienten Wettbewerbers normative Festlegungen erfordern, deren theoretische Fundierung und eindeutige Ableitung aus den Marktentwicklungen problematisch erschiene.. Zum anderen bestünde die Schwierigkeit, weder so abstrakt zu bleiben, dass ein Nutzen mit Blick auf die Operationalisierbarkeit nicht erkennbar wäre, noch so konkret zu werden, dass der Ansatz nur für eine begrenzte Zahl von Märkten und einen bestimmten zeitlichen Rahmen tragfähig wäre.

Vor diesem Hintergrund erscheint es problematisch, regulatorisch eine verallgemeinerbare Bestimmung des effizienten Unternehmens mit all seinen kommerziellen Charakteristika (z.B. Größe des Netzes, Anzahl der Kunden) vorzunehmen. Zwar wird die Auffassung geteilt, dass die erforderliche Effizienz unabhängig von unternehmensindividuellen Gegebenheiten zu ermitteln ist. Gleichwohl sollte dies nicht ohne Bezugnahme auf reale Marktgegebenheiten geschehen, da diese am ehesten tatsächlich realisierbare Effizienzzustände von Wettbewerbsunternehmen widerspiegeln.

Mitunter kann es erforderlich werden, regulatorischen Entscheidungen normative Vorgaben zugrunde zu legen. Allerdings sind normative Festlegungen der Behörde grundsätzlich mit zwei wesentlichen Schwierigkeiten konfrontiert:

- Zum einen kann eine sehr dezidierte Festlegung das Erfordernis mit sich bringen, diese angesichts der dynamischen Marktentwicklungen in relativ kurzen Zyklen modifizieren zu müssen. So wird etwa auch in einer Stellungnahme hervorgehoben, dass, selbst wenn einmal ein fiktives effizientes Unternehmen beschrieben werden könnte, dieses nach kurzer Zeit – nicht zuletzt wegen der sich schnell verändernden technologischen und marktlichen Rahmenbedingungen - wieder anzupassen wäre.
- Zum anderen dürften auf längere Perspektive ausgelegte Festlegungen aufgrund der bestehenden Unsicherheiten über künftige Markt-

entwicklungen deutlich anfälliger für Fehleinschätzungen sein. Dies wiederum stellt ein nicht unerhebliches Risiko dar, weil die Setzung langfristig suboptimaler regulatorischer Rahmenbedingungen zu gewichtigeren Wettbewerbsverzerrungen führen kann als dies bei Festlegungen der Fall ist, die auf die notwendigerweise abzudeckende Periode begrenzt sind.

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

Soweit bei einer Entscheidung etwa eine Prämisse hinsichtlich des anzusetzenden Grades des Infrastrukturausbaus benötigt wird, bedeutet dies, dass es weniger darauf ankommt, was ein effizienter Wettbewerber ggf. langfristig erreichen kann, sondern vielmehr darauf abzustellen ist, welche Investitionen von einem effizienten Unternehmen im absehbaren bzw. relevanten Zeitraum realistischerweise zu erwarten sind. Wenn etwa eine Erschließung sämtlicher Anschlussbereiche zwar perspektivisch denkbar und ggf. – unter bestimmten Rahmenbedingungen - auch wirtschaftlich ist, in der vorhersehbaren Zeit jedoch auch unter Effizienzgesichtspunkten nicht realisierbar erscheint, sollte Letzteres bei den in Ansatz zu bringenden Parametern berücksichtigt werden.

Zu (b): Die Schlussfolgerung, die in einigen Stellungnahmen aus den Hinweisen der Bundesnetzagentur dahingehend gezogen wurden, dass als effizienter Wettbewerber in jedem Fall ein (bundesweit) flächendeckend tätiger Anbieter zugrunde zu legen sei, entsprechen nicht dem hiesigen Verständnis. Denn zunächst bedeutet das Gebot der flächendeckenden Nachbildbarkeit der Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens nicht unmittelbar, dass dies für jedes einzelne Geschäftsmodell zu gewährleisten ist, sondern lediglich, dass effiziente Wettbewerber – auf Basis verschiedener Zugangsleistungen – insgesamt in der Lage sein müssen, bundesweit mit dem marktbeherrschenden Betreiber zu konkurrieren. Denn diese Regelung zielt nicht auf den Schutz einzelner Wettbewerber(typen) ab, sondern auf die Förderung des Wettbewerbs und mithin auch darauf, das marktbeherrschende Unternehmen – nicht zuletzt hinsichtlich seiner Preissetzungsspielräume – einer wettbewerblichen Kontrolle durch alternative Anbieter zu unterwerfen.

Insoweit sind die Hinweise der Bundesnetzagentur aber gerade nicht so zu interpretieren, dass effiziente Wettbewerber Endkundenangebote des Marktbeherrschers im Rahmen jedes Geschäftsmodells bzw. auf Basis jeder Vorleistung flächendeckend nachbilden können müssen. Dies gilt im Übrigen auch nicht für jede Zugangsleistung, zu deren Angebot das marktbeherrschende Unternehmen verpflichtet worden ist. Denn dann müsste die Bundesnetzagentur prinzipiell bereits bei der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung prüfen, ob Nachfrager der jeweiligen Zugangsleistung auf eben dieser Grundlage in der Lage sein werden, flächendeckend tätig zu werden. Nach § 21 Abs. 1 S. 1 TKG kann eine Zugangsverpflichtung jedoch dann auferlegt werden, wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes behindert oder diese Entwicklung den Interessen der Endnutzer zuwider laufen würde. Daraus folgt jedoch, dass die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung auch

dann erfolgen kann, wenn zu erwarten ist, dass Wettbewerber auf dieser Basis (nur) in Teilgebieten des Marktes Angebote unterbreiten und damit zu einer Intensivierung des Wettbewerbs beitragen werden. Nicht zuletzt das Beispiel der vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung belegt, dass dieser Ansatz seit Beginn der Liberalisierung erfolgreich verfolgt wird.

Für diese Herangehensweise spricht auch, dass von der Bundesnetzagentur a priori nicht eindeutig zu bestimmen ist, welchen Flächendeckungsgrad effiziente Wettbewerber auf Grundlage einzelner Zugangsleistungen realisieren können. Dies ergibt sich auch daraus, dass etwa die Frage, wie viele Hauptverteiler wirtschaftlich tragfähig zu erschießen sind, nicht bloß von technischen, sondern auch von marktlichen Aspekten, wie z.B. der Entwicklung der Breitbandpenetration und dem Marktanteil des jeweiligen Wettbewerbers abhängt. Auch hier wird deutlich, dass allgemeingültige normative Festlegungen mit Blick auf den effizienten Wettbewerber nicht unproblematisch sind. Vielmehr sind auch mit Blick auf den zu realisierenden Flächendeckungsgrad auf Basis eines bestimmten Geschäftsmodells jeweils die konkreten Marktverhältnisse zu berücksichtigen.

Unabhängig davon ist abschließend darauf hinzuweisen, dass – wie in einigen Stellungnahmen angesprochen – die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere im Rahmen eines Zugangsentgeltregulierungsverfahrens grundsätzliche Fragen aufwirft. Zum einen stellt sich die Frage, welche Konsequenzen aus einem etwaigen Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere mit Blick auf das Entgelt für die Zugangsleistung zu ziehen wären. Denn nach der Regierungsbegründung zu § 29 TKG-E (entspricht § 31 TKG) ist eine regulatorische Festsetzung von kostenunterdeckenden Preisen gegen den Willen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht nicht zulässig, sodass unklar ist, inwieweit das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere die Festlegung eines dem KeL-Maßstab entsprechenden Entgeltes beeinflussen könnte. Zum anderen ist zu fragen, ob nicht bereits die Systematik dafür spricht, eine Preis-Kosten-Scheren-Prüfung grundsätzlich von einem Endkundenentgelt ausgehend durchzuführen. Da – wie oben erläutert – die flächendeckende Nachbildbarkeit aus hiesiger Sicht nicht auf Grundlage jeder einzelnen Zugangsleistung sicherzustellen ist, sondern es entscheidend darauf ankommt, dass effiziente Wettbewerber insgesamt für flächendeckenden Wettbewerb sorgen können, kommt als Ausgangspunkt der Prüfung prinzipiell nur ein Endkundenentgelt in Betracht, für das dann zu prüfen wäre, im Rahmen welcher Geschäftsmodelle dessen Nachbildbarkeit bundesweit zu gewährleisten ist.

Wenn sich im Ergebnis zeigen sollte, dass ein Endkundenangebot auf Basis einer bestimmten Zugangsleistung durch einen effizienten Wettbewerber nicht flächendeckend nachbildbar sein sollte, wäre in jedem Fall sicherzustellen, dass dies über andere Vorleistungsprodukte (wie z.B. Resale) gewährleistet ist. Dies wiederum bedeutet auf der anderen Seite nicht, dass ein Preis-Kosten-Scheren-Test zu beenden ist, wenn die Spanne für einen Reseller ausreicht. Selbstverständlich muss darüber hinaus – soweit existent – auch die Kostensituation effizienter infrastrukturbasierter Anbieter geprüft werden. Nur sollte dabei nicht zwangsläufig eine bundesweite Tätigkeit unterstellt werden, sondern eine Berücksichtigung marktspezifischer Gegebenheiten stattfinden. Das bedeutet nicht, dass stets nur die bereits de facto realisierten Geschäftspläne konkreter Wettbewerbsunternehmen als Referenz heranzuziehen sind. Denn dann könnte es – wie mitunter von Marktteilnehmern vorgetragen – zu Zirkelschlüssen kommen. Gleichwohl

sollten sich in der Kalkulation mit Blick auf die gesetzlich verankerte Effizienzbetrachtung durchaus Erkenntnisse darüber niederschlagen, welche Schwellenwerte beispielsweise in Bezug auf Kundenzahlen, Marktanteile und/oder Verkehrsvolumina zu erreichen sind, um bestimmte Infrastrukturelemente wirtschaftlich errichten bzw. betreiben zu können.

Zu (c): Aus Sicht des ehemaligen Monopolunternehmens ist die Effizienz eines Wettbewerbsunternehmens gerade auch mit Blick auf seine Fähigkeit zu beurteilen, bestimmte Bündelprodukte anbieten zu können. Wettbewerbsunternehmen, die ihre Geschäftsstrategie nicht i.S.d. Effizienzkriteriums gerade für das Angebot von Bündelprodukten optimiert hätten, könnten nicht die relevante Referenz bilden. Hierfür spreche auch, dass Wettbewerber mit einem zunächst eng definierten Geschäftsmodell durch eine Ausweitung kein unangemessenes zusätzliches Risiko eingingen, da alle notwendigen Vorleistungen in Leistungsumfang und Preis reguliert seien. Hieraus wiederum sei beispielsweise eindeutig die Schlussfolgerung zu ziehen, dass es über neun Jahre nach Marktöffnung für einen Wettbewerber zumutbar sei, sein Line-Sharing-Geschäftsmodell zu ändern bzw. zu erweitern.

Eine derartige Vorgabe würde aus hiesiger Sicht jedoch dem Gebot der Geschäftsmodellneutralität zuwiderlaufen. Ganz abgesehen davon, dass ein Angebot auf Basis des gemeinsamen Zugangs zum Teilnehmeranschluss erst einige Jahre nach der Marktöffnung ermöglicht wurde und insoweit im Wettbewerb noch keine Entscheidung über die Tragfähigkeit dieses Geschäftsmodells gefallen ist, erschiene eine regulatorische Festlegung in dieser Frage hoch problematisch. Für derartige normative Festlegungen und die dafür erforderlichen Prognosen mangelt es der Behörde schon an einer hinreichend gesicherten materiellen Grundlage. Zudem erschiene es fraglich, ob solche gezielten und weitreichenden Eingriffe in das Marktgeschehen überhaupt gesetzlich vorgesehen sind.

Darüber hinaus wird die Darstellung des ehemaligen Monopolisten, nach der ein Geschäftsmodellwechsel aufgrund regulatorischer Vorgaben nicht mit unangemessenen wirtschaftlichen Risiken verbunden sei, kritisch gesehen. Denn selbst für den Fall, dass die regulatorischen Voraussetzung für die Nachbildbarkeit bestimmter Bündelangebote geschaffen sein sollten, ist damit noch nicht gewährleistet, dass die Inanspruchnahme regulierter Vorleistungen in jedem Fall die zu tragenden Risiken auf ein angemessenes Niveau reduzieren. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es sich gerade nicht für jeden Anbieter gleichermaßen lohnen wird, den Infrastrukturausbau in einer bestimmten Weise zu betreiben. Denn ebenso, wie es sinnvoll erscheint, dass Unternehmen sich gegenüber Kunden nicht alle identisch am Markt positionieren, ist davon auszugehen, dass es für die Netzbetreiber auch mit Blick auf die zugrundeliegende Infrastruktur rational ist, unterschiedliche Strategien zu verfolgen und mithin ein unterschiedliches Verhältnis selbst erstellter und fremd bezogener Vorleistungen zu realisieren. Vor diesem Hintergrund wäre es nicht sachgerecht, die am Markt zu beobachtende Heterogenität verschiedenartiger Geschäftsmodelle zu ignorieren oder gar durch behördliche Festlegungen zu konterkarieren.

Gleichwohl ist auf der anderen Seite zu beachten, dass nicht jedes Geschäftsmodell (von Beginn an) für flächendeckende Marktangebote geeignet ist. Dementsprechend gilt selbstverständlich, dass bei der Betrachtung bestimmter Geschäftsmodelle jeweils eine effiziente Ausgestaltung zugrunde zu legen ist. Wie oben näher ausgeführt, bedeutet dies wiederum, dass

im Rahmen von Preis-Kosten-Scheren-Prüfungen nicht ohne weiteres mit Blick auf jede Vorleistung davon ausgegangen werden kann, dass auf ihrer Grundlage ein bundesweites Angebot kostendeckend und wirtschaftlich tragfähig zu gewährleisten ist. Vielmehr ist zu konzedieren, dass die Kalkulation aufgrund regional mitunter stark differierender Skalenerträge in hohem Maße von den jeweils realisierten Marktanteilen geprägt sein wird.

- Zu (d) Das ehemalige Monopolunternehmen vertritt die Auffassung, dass eventuelle geographische „Angebotslücken“ angesichts bundesweit einheitlich abgegrenzter Märkte und bundesweit einheitlicher Vorleistungspreise ausschließlich auf geschäftsstrategische Entscheidungen der Wettbewerber zurückzuführen seien und daher nicht herangezogen werden dürften, um das Entgeltniveau der regulierten Retailprodukte des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht bundesweit über ein wettbewerbsfähiges Niveau zu heben.

In diesem Zusammenhang ist zunächst anzumerken, dass bundesweit einheitliche Vorleistungspreise nicht bedeuten, dass ein effizientes Wettbewerbsunternehmen auf dieser Grundlage auch bundesweit einheitliche Endkundenentgelte kalkulieren kann. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Wirtschaftlichkeit der (neben der bzw. für die Inanspruchnahme von Vorleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens) erforderlichen Investitionen eines alternativen Netzbetreibers von regional typischerweise uneinheitlichen Gegebenheiten wie z.B. der Kundendichte abhängt. Insoweit liegen der Entscheidung für oder gegen die Erschließung bestimmter Kundenpotenziale zwar durchaus geschäftsstrategische Erwägungen der Wettbewerber zugrunde. Dies bedeutet aber im Umkehrschluss nicht, dass der Anteil der bundesweit auf Basis eines Geschäftsmodells erreichbaren Haushalte für regulatorische Entscheidungen im Rahmen von Preis-Kosten-Scheren-Prüfungen keine Relevanz besitzen dürfe. Denn die realen Marktgegebenheiten sind – wie bereits oben dargelegt – bei Festlegungen hinsichtlich der für effiziente Wettbewerber in Ansatz zu bringenden Prämissen mit zu berücksichtigen.

Ungeachtet dessen ist dem ehemaligen Monopolunternehmen jedoch dahingehend zuzustimmen, dass eine Preis-Kosten-Schere, soweit diese kalkulatorisch beispielsweise nur für Regionen mit einer sehr geringen Kundendichte zu konstatieren ist, grundsätzlich nicht dazu herangezogen werden kann, das Endkundenentgeltniveau des marktbeherrschenden Unternehmens generell anzuheben. Denn eine solche Maßnahme würde zum einen ungerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten des Marktbeherrschers mit sich bringen und zum anderen den Verbraucherinteressen zuwiderlaufen.

2. Kosten effizienter Wettbewerber (im Verhältnis zu Kosten des SMP-Unternehmens)

Im Grundsatz besteht – mit Ausnahme des ehemaligen Monopolunternehmens – zwischen der Mehrzahl der Kommentierenden und der Behörde Übereinstimmung dahingehend, dass im Rahmen einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung prinzipiell weniger auf die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens als auf die Kosten des effizienten Wettbewerbers zu rekurrieren ist. Diese können sich nach der in verschiedenen Stellungnahmen zum Ausdruck kommenden Auffassung im Wesentlichen in zweierlei Hinsicht unterscheiden; nämlich

- (a) durch sog. zugangsspezifische Kosten, die ausschließlich bei den Nachfragern von Vorleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens entstehen, und
- (b) durch Folgen eines späteren Marktzutritts, die sich insbesondere in geringeren Größen- und Verbundvorteilen der Wettbewerber gegenüber dem etablierten Betreiber niederschlagen.

Zu (a) Da das effiziente Unternehmen i.S.v. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG bzw. der effiziente Wettbewerber definitionsgemäß Nachfrager einer Zugangsleistung des SMP-Unternehmens ist, müssen für die Kosten- und Erlössituation des effizienten Unternehmens nach Ansicht der kommentierenden Wettbewerber auch die Kosten für die Inanspruchnahme der jeweiligen Zugangsleistung berücksichtigungsfähig sein. Dies betreffe beispielsweise Kosten für ICA-Anschlüsse, Kosten für Installation und Miete der Kollokationsräume am Hauptverteiler, Kosten für den Intra-Buildingabschnitt sowie Kosten für Carrier-Management und Schnittstellen zu den internen Systemen der DTAG. In diesem Sinne wird betont, dass es sich bei dieser Art von wettbewerberspezifischen Kosten nicht um ein Übergangsphänomen handle und daher eine dauerhafte Berücksichtigung zugangsspezifischer Kosten anhand des Effizienzmaßstabes erforderlich sei.

Dieser Sichtweise ist zwar grundsätzlich zuzustimmen. Gleichwohl gelten die in den Hinweisen zum Ausdruck gebrachten Restriktionen mit Blick auf eine etwaige PKS-bedingte Anhebung der Endkundenentgelte des marktbeherrschenden Unternehmens. Denn zum einen könnte dies zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten des marktbeherrschenden Unternehmens führen, zum anderen wäre eine (regulatorisch verordnete) Überschreitung des (eigenen) effizienten Kostenniveaus durch das marktbeherrschende Unternehmen mit erheblichen volkswirtschaftlichen Wohlfahrtsverlusten verbunden.

Vor diesem Hintergrund können zugangsspezifische Kosten der Wettbewerber zwar grundsätzlich Berücksichtigung finden, allerdings nur dann, wenn diese nicht an anderer Stelle durch eine höhere Effizienz kompensiert werden können. Denn die Perspektive des effizienten Wettbewerbers impliziert auch, dass das Ausschöpfen sämtlicher Effizienzpotenziale zu unterstellen ist, bevor zugangsspezifische Kosten in Ansatz zu bringen sind. Dies wiederum bedeutet, dass Wettbewerber zunächst in vollem Umfang ihre Kalkulation offenlegen und substantiieren müssen, da nur auf diese Weise das effiziente (Ausgangs-)Niveau zu ermitteln ist, das ggf. anschließend mit zugangsspezifischen Kosten zu beaufschlagen ist.

Zu (b) In verschiedenen Stellungnahmen wird von Wettbewerbern darauf hingewiesen, dass neben zugangsspezifischen Kosten auch ihre geringeren Skalen- und Verbundvorteile, höheren Risiken, andere Kundenstruktur und geringeren Lernkurveneffekte zu berücksichtigen seien. Mit Blick auf Skaleneffekte, die sich etwa aus Netzgröße und Kundenzahl ergeben, wird von Seiten der Wettbewerber betont, dass nicht angenommen werden könne, dass sich solche Faktoren ebenso wie z.B. die Reputation etc. des Wettbewerbers langfristig den entsprechenden Parametern des SMP-Unternehmens angleichen würden. Indikatoren für unterschiedliche Marktpositionen seien neben der Unternehmensgröße insbesondere Marktanteile, Umsatz, aber auch der privilegierte Zugang zum Kapitalmarkt bzw. zu finanziellen Ressourcen. Würden Unterschiede in Bezug auf die Skalenerträge bei der Berechnung einer Preis-Kosten-Schere nicht berücksichtigt, da sie nur vorü-

bergehend seien, wirke sich dies wie eine Marktzutrittsschranke aus, da jedes Unternehmen, das neu in den Markt eintrete, damit rechnen müsse, dass das marktbeherrschende Unternehmen Endkundenpreise am Markt anbiete, die es selbst nicht realisieren könne.

Das ehemalige Monopolunternehmen hält demgegenüber angesichts der Marktentwicklung und der Optimierungsmöglichkeiten der Wettbewerber eine Berücksichtigung wettbewerberspezifischer Kosten nicht für gerechtfertigt. Denn das effiziente Kostenniveau könne zwar nicht oberhalb der Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens liegen, sehr wohl aber darunter. So könnten Wettbewerber effizientere Kostenstrukturen haben als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, da sie weder personelle noch infrastrukturelle Ineffizienzen geerbt hätten, sondern im Gegenteil überdies Effizienzvorteile zum Beispiel durch die Fokussierung auf lukrative Kunden- oder Dienstleistungssegmente und Angebotsregionen und hierdurch eine höhere Auslastung von Netzelementen realisieren könnten.

Aus hiesiger Sicht weisen - isoliert betrachtet - beide Darstellungen eine gewisse Plausibilität auf. In der Gesamtschau der Argumente spricht allerdings vieles dafür, dass sich bei effizienten Wettbewerbern die kalkulatorischen Nachteile gegenüber dem ehemaligen Monopolunternehmen fast zehn Jahre nach der vollständigen Marktöffnung deutlich relativiert haben und durch die weitgehende Realisierung von Effizienzpotenzialen im Regelfall kompensiert worden sein dürften. Zwar hat bei bundesweiter Betrachtung bisher kein Wettbewerber eine ähnlich flächendeckende Infrastruktur wie das ehemalige Monopolunternehmen errichten und auch keine vergleichbaren Kundenzahlen realisieren können. Dennoch zeigt die Entwicklung des Wettbewerbs, dass es Wettbewerbern zumindest regional durchaus möglich war, signifikante Marktanteile und mithin wirtschaftlich tragfähige Skalenerträge zu erreichen. Damit einher geht in verschiedenen Fällen auch eine zunehmende Bekanntheit und Reputation, was sich insbesondere in vergleichbaren Chancen bei der Akquisition von Neukunden niederschlägt.

Hinzu kommt, dass hinter den am Markt zu beobachtenden Wettbewerbsunternehmen häufig finanzstarke Muttergesellschaften stehen, wodurch die von Wettbewerberseite vorgetragene Benachteiligung beim Zugang zu finanziellen Ressourcen de facto ebenfalls stark relativiert wird. Auch das Argument, dass eine Berücksichtigung von Skaleneffekten schon zum Schutz von neu in den Markt eintretenden Unternehmen erforderlich sei, vermag nicht zu überzeugen, weil hier in Analogie zu anderen Wirtschaftsbereichen gilt, dass anfängliche Wettbewerbsnachteile durchaus üblich sind und Geschäftspläne regelmäßig eine mittel- bis längerfristige Ausrichtung aufweisen. Insoweit kann aus der Zielsetzung der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte nicht abgeleitet werden, dass jedes Wettbewerbsunternehmen von Beginn an regulatorisch in die Lage zu versetzen ist, jedes Angebot des marktbeherrschenden Unternehmens unmittelbar und ohne jegliche Anlaufverluste imitieren zu können. Vielmehr kommt es darauf an, effiziente Wettbewerber dauerhaft in die Lage zu versetzen, mit dem Incumbent in eine chancengleiche Konkurrenz zu treten.

Während das ehemalige Monopolunternehmen postuliert, dass im Rahmen der PKS-Prüfung sowohl die auf dem jeweiligen Markt vom Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht tatsächlich produzierten Mengen als auch die tatsächliche durchschnittliche Verweildauer der Endkunden des Unterneh-

mens mit beträchtlicher Marktmacht in Ansatz zu bringen seien, wird von Wettbewerberseite in diesem Zusammenhang verschiedentlich gefordert, bei der Durchführung von Preis-Kosten-Scheren-Prüfungen einen Marktanteil von 20-25 % zu unterstellen. Hierbei stützen sich die Stellungnahmen auf den Anhang „Margin Squeeze“ zur überarbeiteten ERG-Position zu „Appropriate Remedies in the ECNS Regulatory Framework“ vom Mai 2006.

Darin wird ausgeführt, dass die Zugrundelegung des tatsächlichen Marktanteils des marktbeherrschenden Unternehmens zu einer „self-fulfilling prophecy“ führen könne, da die Marge für Wettbewerber mit geringeren Marktanteilen unter dieser Bedingung so gering würde, dass sie den Markt wieder verlassen müssten. Um zu gewährleisten, dass es nicht zu einem derartigen Zirkelschluss kommt, solle der Regulierer die real erzielbaren Größenvorteile des SMP-Unternehmens bei der PKS-Prüfung nicht in vollem Umfang in Ansatz bringen, sondern nur in einem Maße, bei dem zwar einerseits wesentliche Skalenerträge ausgeschöpft würden, andererseits aber eine ausreichende Zahl von Wettbewerbern am Markt tätig werden könne, um auch die wettbewerbsbedingten dynamischen Effizienzvorteile realisieren zu können.

In diesem Sinne solle der Regulierer bei der Durchführung eines Preis-Kosten-Scheren-Tests eine tragfähige Wettbewerbsintensität unterstellen. Diesbezüglich könne es allerdings keine eindeutigen und allgemeingültigen Regeln geben, sodass es immer erforderlich sein werde, die Dynamik des jeweiligen Marktes zu berücksichtigen. Allerdings könne man grundsätzlich als Richtwert von einem Marktanteil von 20-25 % ausgehen, da auf dieser Basis mehrere Wettbewerber in der Lage seien, in den Markt einzutreten und mit dem marktbeherrschenden Anbieter auf dem Endkundenmarkt zu konkurrieren.

Diesen Ausführungen ist im Grundsatz zuzustimmen. Allerdings wirft ihre praktische Anwendung Fragen auf, da das Ausmaß von Skalen- und Verbundvorteilen in Abhängigkeit von bundesweiten bzw. regionalen Marktanteilen üblicherweise nicht bekannt sein dürfte. Insoweit erscheint der Ansatz zwar im Grundsatz sachgerecht, jedoch nicht ohne weiteres operationalisierbar zu sein.

Darüber hinaus ist auch in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass wettbewerberspezifische (Mehr-)Kosten aufgrund geringerer Skalen- und Verbundvorteile allenfalls insoweit berücksichtigungsfähig sind, wie diese nicht durch Effizienzvorteile an anderer Stelle zu kompensieren sind. Denn die Basis für eine etwaige Beaufschlagung bilden die Kosten des effizienten Wettbewerbers, die aufgrund optimierter Prozess- und Netzstrukturen durchaus unterhalb der Kosten des ehemaligen Monopolunternehmens liegen können. Insoweit ist insbesondere nach der Realisierung erheblicher Lernkurveneffekte und wirtschaftlich tragfähiger Marktanteile im Saldo davon auszugehen, dass sich mit dem Argument eines späteren Markteintritts im Regelfall keine Mehrkosten des effizienten Wettbewerbers gegenüber dem etablierten Betreiber mehr rechtfertigen lassen.

3. Kapitalkosten effizienter Wettbewerber / Risikoabhängige Verzinsung

Von Seiten einiger Wettbewerber wird eine kalkulatorische Gleichsetzung der Zinssätze von marktbeherrschendem Unternehmen einerseits und effizientem Wettbewerber andererseits kritisiert. Dabei wird betont, dass Unterschiede sowohl in Bezug auf den Eigen- als auch den Fremdkapitalzins bestünden. Begründet wird dies in verschiedenen Stellungnahmen mit unterschiedlichen Investitionsrisiken und einem damit verbundenen unterschiedlich leichten Zugang zum Kapitalmarkt. Ursächlich hierfür sei eine im Allgemeinen schwächere Marktposition der Wettbewerber, die nicht zuletzt aus einer höheren Reputation und einer - historisch bedingt - breiteren Kundenbasis des ehemaligen Monopolunternehmens resultiere, die diesem wiederum eine deutlich bessere Möglichkeiten zur flächendeckenden Vermarktung neuer Leistungen und Tarife verschaffe. Darüber hinaus wird seitens der infrastrukturbaasierten Anbieter auch eine differenzierte Betrachtung der anzusetzenden Risikoprämie für die verschiedenen Wettbewerbergruppen untereinander gefordert.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Frage des - für den effizienten Wettbewerber in Ansatz zu bringenden - Zinssatzes bei den im Rahmen der Line-Sharing-Entscheidung BK 4d-07-005 / E 20.04.07 vom 29. Juni 2007 anzustellenden Berechnungen nicht zu entscheiden war, weil sich hieraus kein für das Ergebnis ausschlaggebender Effekt ergeben hat. Inwieweit dies den Schluss nahe legt, dass dem hier angesprochenen Aspekt einer (unter Einbeziehung von Risikoerwägungen) angemessenen Verzinsung mit Blick auf sein quantitatives Gewicht generell eine eher untergeordnete Bedeutung zukommt, kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden.

Unabhängig davon ist u.a. in der genannten Line-Sharing-Entscheidung darauf hingewiesen worden, dass der dem marktbeherrschenden Unternehmen zugestandene Zinssatz von 8,07 % im Hinblick auf die Eigenkapitalrendite nicht aus einer spezifischen Verzinsung für das ehemalige Monopolunternehmen resultiert, sondern auf einer langfristigen Betrachtung der an den Aktienmärkten erzielbaren Rendite basiert und insoweit auch auf andere Telekommunikationsunternehmen anwendbar ist. Mit Blick auf die Fremdkapitalrendite ist festzustellen, dass auch Wettbewerber häufig als Tochterunternehmen einer finanzstarken Mutter agieren. Entsprechende Mutterunternehmen (Telefonica, Vodafone, Telecom Italia) verfügen oft über ein vergleichbares Credit-Rating wie die DTAG, was zu einem vergleichbaren Fremdkapitalzinssatz führt. Daher ist es vertretbar, den o.g. Zinssatz auch in Bezug auf einen effizienten Wettbewerber anzusetzen.

Insoweit ist beabsichtigt, die im Rahmen der Kommentierung von Wettbewerberseite adressierten Argumente im Zusammenhang mit der Erstellung einer gesonderten Ausarbeitung zu Fragen konsistenter Entgeltregulierung aufzugreifen.

4. Tarifvergleiche

1) Vergleich mit Angeboten auf demselben Markt

Ein Großteil der Kommentierenden stimmt der von der Bundesnetzagentur in ihren Ausführungen grundsätzlich vertretenen Sichtweise, dass zur Prüfung einer Preis-Kosten-Schere ein Vergleich der Endkundenpreise der DTAG mit den Endkundenpreisen der Wettbewerber ungeeignet sei, da alternative Wettbewerber nur dann erfolgreich am Markt bestehen könnten, wenn sie die Preise des ehemaligen Monopolunternehmens deutlich unterbieten, zu.

Der Preis des etablierten Betreibers stellt aus Sicht der Wettbewerber ein Datum im Sinne einer exogenen Größe dar, die für die Vertriebsstrategie der Wettbewerber von entscheidender Bedeutung ist. Die Wettbewerber müssen aufgrund der Wechselkosten der Endkunden den Preis des marktbeherrschenden Unternehmens signifikant unterbieten, um die Kunden zum Wechsel zu bringen. Daher können kaum belastbare Schlussfolgerungen aus Vergleichen mit alternativen Angeboten auf dem gleichen Markt gezogen werden und daher sollten solche Vergleiche grundsätzlich auch nicht für die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere angewendet werden. Allerdings müssen auch die Probleme der alternativen Prüfmethoden berücksichtigt werden, wie die Informationsprobleme besonders hinsichtlich der unregulierten Produktkomponenten in Bündelprodukten.

Konträr zu der obigen Sichtweise vertritt das ehemalige Monopolunternehmen die Ansicht, dass für die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere vorrangig Tarifvergleiche verwendet werden müssen. In § 38 Abs. 2 TKG ist geregelt, dass wenn „der Bundesnetzagentur eine Überprüfung nach dem Vergleichsmarktpinzip entsprechend § 35 Abs. 1 Nr. 1 nicht möglich sein [sollte],... sie auch nach § 33 vorgehen [kann].“ Es besteht folglich zwar prinzipiell ein Vorrang des Vergleichsmarktkonzeptes gegenüber der Kostenprüfung. Allerdings kann die Bundesnetzagentur für den Fall der Unmöglichkeit der Vergleichsmarktprüfung eine Kostenprüfung vornehmen. Wie bereits in den Hinweisen dargestellt, müssen für die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere nach dem Vergleichsmarktpinzip einige Aspekte Berücksichtigung finden. Erstens kann die Bundesnetzagentur nach § 35 TKG „neben den der Bundesnetzagentur vorliegenden Kosteninformationen ... zusätzlich Preise solcher Unternehmen als Vergleich heranziehen, die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten anbieten“. Preise von alternativen Anbietern auf dem gleichen Markt sind hier nicht adressiert. Zweitens können, wie bereits oben erläutert, aus einem nationalen Tarifvergleich nur bedingt sinnvolle Ergebnisse abgeleitet werden, da die Preise der Wettbewerber nicht unabhängig von den Preisen des marktbeherrschenden Unternehmens sind.

Es kann gerade nicht, wie die DTAG darlegt, aus der Vergleichsmarktbetrachtung geschlossen werden, dass ein effizienter Wettbewerber ein entsprechendes Produktportfolio zu vergleichbaren Konditionen anbieten kann und die Spanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelte eine angemessene Verzinsung ermöglicht. Denn die Preise der Wettbewerber müssen nicht kostendeckend sein. Das gilt auch, wenn ein Vergleichsmarkttest ergibt, dass Wettbewerber das Preisniveau des marktbeherrschenden Unternehmens unterbieten.

Maßstab für den Preis-Kosten-Scheren-Test gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist die Spanne zwischen dem Vorleistungsentgelt und dem jeweiligen Endnutzerentgelt des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht. Dieser Maßstab wird auch von der Bundesnetzagentur zugrunde gelegt. Es wird der Ansicht zugestimmt, dass aus einer Preisunterbietung durch alternative Anbieter selbst bei einer Kostenunterdeckung keine unzulässige Preis-Kosten-Schere resultieren muss. Allerdings ist der Umkehrschluss, dass eine signifikante Preisunterschreitung dafür spreche, dass zumindest der vom Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht geforderte Endkundenpreis eine ausreichende Spanne für den Wettbewerber zulasse, nicht richtig. Denn es ist grundsätzlich eine betriebswirtschaftliche Entscheidung des einzelnen Unternehmens, ob es zu einem Zeitpunkt eine bestimmte Leistung kostenunterdeckend anbietet.

Die DTAG führt darüber hinaus noch das Argument an, dass es dem marktmächtigen Unternehmen nach allgemeinen kartellrechtlichen Beurteilungsmaßstäben unabhängig von der konkreten Kostensituation seiner Wettbewerber grundsätzlich erlaubt sein müsse, auf Preissenkungen seiner Wettbewerber durch eigene Preissenkungen zu reagieren. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass günstigere Vergleichsmarktangebote nicht dazu führen können, dass von vornherein auf eine Prüfung der Vermutungstatbestände des § 28 Abs. 2 TKG verzichtet wird. Das bedeutet u.a., dass bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte eine Preis-Kosten-Scheren-Prüfung durchzuführen ist, die gemäß der in den Abschnitten 3.1.1 bis 3.1.3 dargelegten Ausführungen im Wesentlichen nicht auf wettbewerbliche Vergleichsangebote auf dem gleichen Markt gestützt werden können. Ungeachtet dessen gibt es im Gesetz die Möglichkeit die Verhaltensweisen i.S.v. § 28 Abs. 1 Nr. 2 und 3 TKG sachlich zu rechtfertigen. In diesem Zusammenhang kommen möglicherweise auch (nicht bloß temporär) günstigere Wettbewerberangebote als ein denkbarer Anknüpfungspunkt für den Nachweis einer solchen sachlichen Rechtfertigung in Betracht. Dafür spricht etwa, dass es dem marktmächtigen Unternehmen grundsätzlich möglich sein muss, seine eigenen geschäftlichen Interessen zu wahren, wenn diese durch die Wettbewerber bedroht sind. Allerdings sind die Verhaltensspielräume des marktmächtigen Unternehmens dadurch begrenzt, dass es auf diese Weise nicht seine dominante Position ausweiten und seine Marktmacht missbrauchen darf. In ähnlicher Weise argumentieren auch der Europäische Gerichtshof sowie die Europäische Kommission im Fall Wanadoo:

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

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

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Förderung des chancengleichen Wettbewerbs voraussetzt, dass Wettbewerber in ihrem Verhältnis zum marktmächtigen Unternehmen alle Möglichkeiten einschließlich niedriger Entgelte besitzen, um im Vergleich mit dem marktmächtigen Unternehmen bestehen zu können. Zudem haben auch die Nutzer, deren Interessen gemäß § 2 Abs. 2 TKG ebenfalls zu schützen sind, kein langfristiges Interesse an einem ruinösen Preiskampf, an dessen Ende das marktmächtige Unternehmen alleine übrig bleibt und die Entgelte dann wieder anheben könnte.

Aus Sicht eines Wettbewerbers spricht gegen die Subsidiarität des Preis-Kosten-Scheren-Tests gegenüber einer Vergleichsmarkt Betrachtung, dass es sich bei § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG um einen materiellen Missbrauchstatbestand handele. Für eine Subsidiarität dieses Tatbestandes fänden sich im Gesetz keine Anhaltspunkte. Die Vergleichsmarkt Betrachtung sei lediglich eine Prüfungsmethode, die zur Beurteilung eines Verstoßes gegen die Missbrauchs-

verbote heranzuziehen sei. Diese Auffassung wird geteilt. Die Vergleichsmarktbetrachtung soll – wenn überhaupt – als Methode zur Überprüfung einer Preis-Kosten-Schere verwendet werden. Die diesbezüglich bestehenden Vorbehalte sind bereits oben erläutert worden.

Die Einschränkung in den Ausführungen der Bundesnetzagentur bezüglich der Offenkundigkeitsprüfung, dass im Rahmen der 2-Wochen-Frist der Offenkundigkeitsprüfung keine belastbaren Aussagen getroffen werden könnten, so dass eine etwaige Missbräuchlichkeit von Entgelten unter bestimmten Bedingungen auch unter Bezugnahme auf Wettbewerberangebote zu ermitteln sei, wird seitens eines Wettbewerbers des marktbeherrschenden Unternehmens kritisiert. Das Unterlassen einer Prüfung missbräuchlichen Verhaltens bei der Entgeltregulierung sei weder mit Sinn noch mit Wortlaut des TKG vereinbar.

Es ist zwar richtig, dass die in den Hinweisen aufgeführten Probleme bei Vergleichsbetrachtungen mit Wettbewerberangeboten auf demselben Markt grundsätzlich auch für die Offenkundigkeitsprüfung gelten. Allerdings müssen hier aufgrund der sehr kurzen Prüfzeit die Probleme der Informationsbeschaffung berücksichtigt werden, die insbesondere bei Bündelprodukten aus regulierten und unregulierten Produkten auftreten. Daher dürfte es kaum möglich sein, in den hierfür zur Verfügung stehenden zwei Wochen eine dezidierte Kostenprüfung durchzuführen. Für eine Untersagung nach § 38 Abs. 1 S. 2 TKG muss zum Zeitpunkt der Entscheidung die Nichteinhaltung der Maßstäbe des § 28 TKG nach dem Erkenntnisstand offensichtlich sein. Wenn dies nicht der Fall ist, kann der Tarif im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung nicht untersagt werden. Dies schließt im Rahmen eines Ex-post-Missbrauchsverfahrens eine vertiefte Prüfung und ggf. eine Untersagung des Tarifs nicht aus. Hierbei werden allerdings auch die von den Kommentierenden angesprochenen Probleme gesehen. Zum einen ist es schwierig, einmal im Markt angebotene Tarife aus dem Markt zu ziehen, da die Verträge rückabgewickelt werden müssten. Zum anderen kann es in der Zeit, in der der Tarif am Markt war, schon zum Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung gekommen sein. Allerdings sollte dieses Problem, wenn der Tarif nur kurzfristig am Markt war, nicht überbewertet werden.

Nach Ansicht eines Kommentierenden entstehen die Informationsprobleme aufgrund der sehr kurzen Prüfdauer schon deshalb nicht, da nach Aussage des § 38 Abs. 1 TKG die Prüfung nicht nach 2 Wochen abgeschlossen sein müsse. Nach § 38 Abs. 1 TKG untersagt die Bundesnetzagentur „innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Anzeige der Engeltmaßnahme die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 28 vereinbar wäre“. Die Offenkundigkeitsprüfung muss nach zwei Wochen abgeschlossen sein. Allerdings hat die Bundesnetzagentur die Möglichkeit, wenn es nach der Offenkundigkeitsprüfung Zweifel an der Nicht-Missbräuchlichkeit des Tarifs gibt, direkt an die Offenkundigkeitsprüfung von Amts wegen eine Ex-post-Missbrauchsprüfung anzuschließen, im Rahmen derer der Tarif dezidiert geprüft werden kann.

2) Internationale Vergleiche

Die Verwendung internationaler Tarifvergleiche wird von den Kommentierenden kritisch gesehen. Ein Unternehmen führt an, dass sich Vergleichswerte gerade für Vertriebskosten nur schwer ermitteln ließen, ein anderer Kommentie-

render, dass sich die Leistungen zwar detailliert beschreiben ließen, so dass ihre einzelnen Komponenten über Länderbestimmungen hinweg vergleichbar gemacht werden können, aber internationale Tarifvergleiche seien hinsichtlich der Umlegung von Gemeinkosten schwierig, da die privatisierten Staatsmonopole unterschiedliche Organisationsstrukturen übernommen hätten.

Die im Gesetz geforderte Vergleichsmarktbetrachtung verlangt grundsätzlich einen Vergleich mit anderen dem Wettbewerb geöffneten Märkten, da „Preise solcher Unternehmen als Vergleich herzuziehen (sind), die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten anbieten“. Hierunter sind unter anderem internationale Tarifvergleiche zu verstehen. Allerdings müssen bei internationalen Vergleichen vor allem unterschiedliche Vorleistungsstrukturen, Vorleistungspreise und Vorleistungen Berücksichtigung finden sowie die unterschiedlichen Organisationsstrukturen, wie von den Kommentierenden gefordert, der marktbeherrschenden Unternehmen als auch die verschiedenen Länderspezifika. Es können daher nicht einfach die Tarife der marktbeherrschenden Unternehmen verglichen werden.

5. Beweislast

Einige Kommentierende kritisieren die in den Ausführungen der Bundesnetzagentur verlangten Anforderungen an die Darlegungs- bzw. Beweislast der Wettbewerber. Diese seien nicht mit dem Amtsermittlungsgrundsatz vereinbar. Den Wettbewerbern sei es nicht möglich, einen Vergleich ihrer Kosten mit denen des marktbeherrschenden Unternehmens durchzuführen.

Die Hinweise sind nicht dahingehend zu verstehen, dass die Wettbewerber den Abgleich zwischen ihren Daten und den Daten des marktbeherrschenden Unternehmens durchführen sollen. Ihre Daten werden im Hinblick auf die Ermittlung wettbewerbsspezifischer Kosten - insbesondere der zugangsspezifischen Kosten - benötigt. Der Abgleich zwischen den Kosten Wettbewerber und des marktbeherrschenden Unternehmens wird in einem zweiten Schritt von der Bundesnetzagentur durchgeführt.

Es ist richtig, dass der Amtsermittlungsgrundsatz gilt. Dieser ermöglicht aber nur die Bestimmung des effizienten Wettbewerbers auf Basis der Unterlagen des marktbeherrschenden Unternehmens. Daher ist es für die Bundesnetzagentur erforderlich, die Kosten der Wettbewerber und auch z.B. deren Kundencharakteristika und Nutzungsprofile dargelegt zu bekommen, wenn die Wettbewerber die Meinung vertreten, dass es ihnen zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht möglich ist, so effizient wie das marktbeherrschende Unternehmen zu sein. Ohne die Mithilfe und Datenlieferung der Wettbewerber ist es kaum möglich, eine Kalkulation wettbewerberspezifischer (Mehr-)Kosten zu erstellen. Die dargelegten Anforderungen bezüglich Darlegungs- bzw. Beweislast sind daher mit dem Amtsermittlungsgrundsatz vereinbar.

Die von einem Unternehmen vertretene Position, dass die Bundesnetzagentur ihre Datenbasis optimieren und die Ex-post-Entgeltprüfung erheblich effektiver ausgestalten könne, wenn die für die Endkundenmärkte 3 und 5 ausgesprochene Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG für sämtliche Tarifmaßnahmen in diesen Märkten gelten würde, wird kritisch gesehen. Das Unternehmen kritisiert die Voraussetzungen für die Anzeigepflicht von Bündelprodukten. Nach der derzeitigen Praxis sei eine Anzeige von Bündeln nicht erforderlich, wenn die enthaltene regulierte Leistung separat angeboten werde und die unregulierten Leistungsbestandteile nach Einschät-

zung der DTAG nicht kostenunterdeckend seien. Diese Beschränkung überlasse nicht nur in unzulässiger Weise zumindest in Teilfragen die Bewertung der Gesetzeskonformität dem regulierten Unternehmen, sie führe auch dazu, dass sich die für eine effektive Missbrauchsaufsicht notwendige Datenbasis der Bundesnetzagentur reduziere.

Die unregulierten Bestandteile können nicht in der Form reguliert werden oder der Anzeigepflicht unterliegen wie die regulierten Bestandteile. Die Anzeigepflicht aller Bündelprodukte aus regulierten und unregulierten Komponenten könnte als deutliche Ausweitung der Regulierung verstanden werden. Dies scheint vor dem Hintergrund, dass in der europäischen Universaldienstrichtlinie die Endkundenregulierung nur als letztes Mittel vorgegeben ist, nicht gerechtfertigt. Im Detail wird die Thematik Bündelung aus regulierten und unregulierten Produkten unter dem Punkt der Bündelung behandelt.

6. Bündelung

Die meisten Kommentierenden stimmen der in den Ausführungen der Bundesnetzagentur vertretenen Ansicht zu, dass durch die Bündelung von regulierten und unregulierten Produkten die Gefahr der Marktmachtübertragung bzw. Marktmachtfestigung bestehe und dieser Problematik mittels Regulierung begegnet werden müsse. Allerdings vertreten sie die Auffassung, dass dies nicht an Informationsproblemen - auch der nicht regulierten Bestandteile - scheitern dürfe und zwar unabhängig vom zu tätigenen Regulierungsaufwand, da ansonsten die Dumping- und Preis-Kosten-Schere-Prüfung sowie die Prüfung auf ungerechtfertigte Bündelung ins Leere laufen würde.

Aufgrund der Gefahr der Marktmachtübertragung und Marktmachtfestigung durch Bündelprodukte unterliegen auch Bündelprodukte aus regulierten und unregulierten Produkten unter bestimmten Voraussetzungen der Regulierung. Allerdings ist die Regulierung dieser Bündelprodukte aufgrund der unregulierten Produktkomponenten mit Problemen behaftet. Erstens kann der Preis-Kosten-Scheren-Test nicht in der Form wie er bei regulierten Produkten angewendet wird, auf Bündelprodukte angewendet werden, da einzelne Bestandteile des Paketangebotes auf wettbewerblich bereitgestellten Vorleistungen basieren, die teilweise nicht einmal von dem Betreiber eines öffentlichen Telefonnetzes zur Verfügung gestellt werden wie z.B. Endgeräte. Allerdings ist auch ein Missbrauch im Sinne von § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG zu vermuten, wenn ein effizienter Wettbewerber das Bündelprodukt nicht zu vergleichbaren Konditionen anbieten kann (§ 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG). Daher kann bei diesen Bündelprodukten zwar kein Preis-Kosten-Scheren-Test im engeren Sinne durchgeführt werden, aber diese Bündelprodukte sind auf die Nachbildbarkeit durch effiziente Wettbewerber auch hinsichtlich der Preisgestaltung zu prüfen. Zweitens sind die Vorleistungskosten und Nutzungscharakteristika für die nicht regulierten Produktkomponenten der Bundesnetzagentur nicht von vornherein bekannt. Es besteht zwar prinzipiell die Möglichkeit, Untersuchungen auch über die unregulierten Produkte anzustellen. Dieses ist allerdings nur mit großem Aufwand und Zeitverzögerung möglich. Der zu tätige Regulierungsaufwand sollte in einem vernünftigen Verhältnis zu dem Nutzen der Regulierung des Produktbündels stehen. Es muss im Einzelfall geprüft werden, ob der zu tätige Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zur Beseitigung der potentiellen Wettbewerbsbeeinträchtigung steht. Drittens darf die Regulierung nicht ohne wichtigen Grund auf die unregulierten Bereiche, die aufgrund der derzeitigen Marktgegebenheiten nicht reguliert werden müssen, ausgedehnt werden.

Aus den oben genannten Gründen wird die Ansicht eines Kommentierenden, dass zur Vermeidung von Missbrauchspotentialen eine Gesamtbetrachtung des Produktbündels unter Anwendung der Regeln für die am striktesten regulierte Bündelkomponente durchgeführt werden sollte, aus hiesiger Sicht kritisch gesehen. Eine Gleichbehandlung von regulierten und unregulierten Produktkomponenten ist nicht ohne weiteres möglich, da dies die Regulierung auf Bereiche ausdehnen würde, die aufgrund der derzeitigen Marktgegebenheiten nicht reguliert werden müssen. Es muss allerdings darauf geachtet werden, dass durch die Bündelung die Regulierung der regulierten Produktkomponenten nicht ausgehebelt wird und es zu keiner Markt-machtübertragung bzw. Marktmachtfestigung kommt. Dies kann durch die Gewährleistung der Nachbildbarkeit des Bündelproduktes des marktbeherrschenden Unternehmens durch effiziente Wettbewerber als Ganzes sichergestellt werden. Es ist nicht notwendig und auch nicht angemessen, die unregulierten Produktbestandteile separat der Regulierung zu unterwerfen.

Auch die Forderungen zweier Kommentierender werden unter anderem aus den oben genannten Gründen kritisch gesehen. Ein Kommentierender fordert, wenn am Markt vergleichbare Einzelangebote für die unregulierten Bestandteile nicht existieren, müsste das marktbeherrschende Unternehmen aufgefordert werden, die einzelnen Produktbestandteile auch getrennt und praktikabel nutzbar anzubieten. Eine obligatorische Resaleverpflichtung für nicht regulierte Produktkomponenten dehnt die Regulierung ebenfalls in Bereiche, in denen aufgrund der Marktgegebenheiten keine Regulierung erforderlich ist, zu weit aus. Um die Gefahr der Bündelprodukte zu beseitigen, ist die Sicherstellung der Nachbildbarkeit des Produktbündels ausreichend.

Ein anderer Kommentierender fordert, dass in der Regulierung vorgesehen werden solle, zusätzlich zu dem Bündelpreis auch Preise für die einzelnen Komponenten auszuweisen. Dieser Komponentenpreis richte sich an die Wettbewerber, nicht an die Endkunden. Die Preise für die einzelnen Komponenten dürften in der Summe den Preis des Bündels nur um die Marge überschreiten, die beim getrennten Vertrieb zusätzlich anfallt. Für das marktmächtige Unternehmen entstehe so ein Anreiz, die Kosten der Komponenten genau zu kalkulieren. Es ist zwar richtig, dass auf diese Art ein Anreiz für das marktbeherrschende Unternehmen besteht, die Kosten der einzelnen Komponenten genau zu kalkulieren. Allerdings ist auch bei dieser Forderung der Eingriff in den nicht regulierten Bereich zu hoch. Die Preisfestlegung der nicht regulierten Komponenten – auch für einzelne nicht regulierte Komponenten im Bündelprodukt – und die Frage der Entbündelung von Endkundenangeboten sollte Entscheidung des Unternehmens sein, solange die Entgelte in der Summe mindestens nachbildbar sind.

In einer Stellungnahme wird die Problematik angeführt, dass bei neuen Bündelprodukten die Größennachteile der Wettbewerber erhebliche Mehrkosten nach sich ziehen, die eine erhebliche Markteintrittsschwelle darstellten. Als Beispiel werden sog. Triple Play Angebote genannt, die neben Telefonie und Internetnutzung auch Fernseh- und Videodienste umfassen. Hierbei müssten Verträge mit Content-Anbietern und Fernsehsendern geschlossen werden, bei denen es nicht unüblich sei, dass Mindestabnahmengrenzen (sog. Minimum Guarantees) gefordert würden, die eine erhebliche Markteintrittsschwelle für kleinere Wettbewerber darstellten.

Allerdings dürfte es sich hierbei eher um einen Spezial- als den Regelfall handeln. Insoweit es üblicherweise davon auszugehen, dass die Vermarktung neuer Produktbündel bei effizienten Wettbewerbern nicht zu erheblichen Mehrkosten aufgrund geringerer Größenvorteile führt. Soweit dies beispielsweise mit Blick auf Triple Play dennoch der Fall sein sollte und seitens der Wettbewerber Mehrkosten substantiiert belegt würden, die sich beispielsweise aus geringeren Kundenzahlen und – daraus

resultierend – geringeren Abnahmemengen ergeben, könnten diese ggf. bei der Bestimmung bzw. in der Kalkulation des effizienten Wettbewerbers Berücksichtigung finden. Denn grundsätzlich gilt auch in diesem Zusammenhang, dass die Nachbildbarkeit von Bündelangeboten des marktbeherrschenden Unternehmens durch effiziente Wettbewerber gewährleistet sein sollte. Ungeachtet dessen wird jeweils im Einzelfall zu prüfen sein, inwieweit sich die Maßgabe der Nachbildbarkeit auch mit Blick auf (deutlich) über den Telekommunikationsbereich hinausreichenden Produktbündeln als sachgerecht und mit dem im TKG normierten Instrumentarium durchsetzbar erweist.

7. Anknüpfungspunkt für Preis-Kosten-Scheren-Tests (Märkteübergreifende Betrachtung, Kombination von Tarifen)

Aus Sicht der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens wird eine märkteübergreifende Prüfung von Preis-Kosten-Scheren als nicht mit dem Wortlaut und der Zielsetzung des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG vereinbar abgelehnt.

Hierzu sei zunächst einmal betont, dass – wie bereits in den Hinweisen dargelegt – sowohl rechtliche als auch ökonomische Erwägungen grundsätzlich eine Betrachtung einzelner Entgelte indizieren. Gleichwohl erscheint unter bestimmten Bedingungen auch eine Öffnung der Prüfung für Kombinationen von Tarifen zulässig und ggf. auch geboten. Hierdurch darf jedoch zum einen die Operationalisierbarkeit des Preis-Kosten-Scheren-Tests nicht in Frage gestellt werden. Zum anderen müssen die Entgelte von allen als Referenz heranzuziehenden effizienten Wettbewerbern ebenfalls in Kombination angeboten werden (können).

Diese Einschätzung fußt u.a. auf einer Formulierung der Gesetzesbegründung, in der es mit Blick auf die Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren heißt:

„Dabei ist es nicht notwendig, dass dies für jeden einzelnen Tarif gilt, sofern nur sichergestellt ist, dass effiziente Konkurrenten von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht diese Tarife in Kombination nachvollziehen können, ohne Verluste zu machen“ (Hervorhebung nur hier).

Zudem verdeutlicht auch die (auf die Prüfung der am Markt vorherrschenden Bündelprodukte gerichtete) Formulierung des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG, dass mit Blick auf etwaigen Missbrauch

„insbesondere zu prüfen (ist), ob es effizienten Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht möglich ist, das Bündelprodukt zu vergleichbaren Konditionen anzubieten.“

Hier zeigt sich, dass mit Blick auf die Vermutungstatbestände des § 28 Abs. 2 TKG die entscheidende Fragestellung darin zu sehen ist, ob die Nachbildbarkeit der Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens durch effiziente Wettbewerber gewährleistet ist. Insofern ist zunächst zu klären, durch welche Merkmale effiziente Wettbewerber zu charakterisieren sind. Ist dies geschehen, ist im zweiten Schritt zu prüfen, inwieweit effiziente Wettbewerber durch eine bestimmte Tarifmaßnahme des marktmächtigen Unternehmens z.B. durch eine Preis-Kosten-Schere in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten beeinträchtigt werden.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass bei Gewährleistung der Nachbildbarkeit durch die - ggf. verschiedenen - als Referenz heranzuziehenden effizienten Wettbe-

werber(typen) nicht von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen ist.

Methodische Schlüsse aus der DTAG-TAL-Entscheidung der EU-Kommission

Von Wettbewerberseite wird vorgetragen, dass eine strikt marktbezogene Prüfung von Preis-Kosten-Scheren auch der Praxis der EU-Kommission in ihrer TAL-Entscheidung vom 21. Mai 2003 gegen DTAG (COMP/C-1/37.451, Amtsblatt EU 2003, Nr. L 263, S. 9) entsprechen würde. Einer Mischkalkulation für die Prüfung der Preis-Kosten-Schere halte die Kommission entgegen, dass nicht vorausgesetzt werden dürfe, dass alle Wettbewerber dieselbe Einnahmestruktur wie der etablierte Betreiber und damit die gleichen Möglichkeiten einer Mischkalkulation zwischen den verschiedenen Einnahmequellen haben. Die von DTAG geforderte Gesamtbetrachtung von Erlösen aus Telefonanschlüssen und –verbindungen sei damit zurückgewiesen worden.

Hierzu ist Folgendes festzustellen:

Zwar ist zu konzедieren, dass die in der o.a. Entscheidung zum Ausdruck kommende Auffassung der EU-Kommission Indizien für einen enger gefassten Bezugspunkt einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung liefert. Dies erscheint aber insbesondere dann keineswegs zwingend, wenn man berücksichtigt, dass die Ausführungen der Kommission auf einen spezifischen Fall gerichtet waren, der wiederum im Kontext bestimmter Marktgegebenheiten bzw. einer relativ frühen Phase der Marktöffnung zu betrachten ist. Eine unmittelbare Übertragung auf andere Fälle bzw. allgemeingültige Ableitungen für die Anwendung von Preis-Kosten-Scheren-Tests dürften insoweit nicht ohne weiteres möglich sein. Im Einzelnen ist zu den aufgeführten Passagen der Kommissions-Entscheidung insbesondere Folgendes anzumerken:

- „Damit zwingt DT diejenigen Wettbewerber, die daran interessiert sind, entbündelte Teilnehmeranschlüsse zu bestellen, um ihren Kunden Anschlussdienste anzubieten, ihre Verlust bringenden Zugangsdienste gleichfalls mit höheren Einnahmen aus den Telefongesprächen auszugleichen. Die Gesprächstarife in Deutschland sind in den vergangenen Jahren jedoch erheblich gesunken, so dass die Wettbewerber häufig nicht die wirtschaftliche Möglichkeit haben, eine solche Mischkalkulation vorzunehmen.“ (Tz. 103)

„Da es sich bei den Beschwerdeführern um eine heterogene Gruppe handelt, deren Mitglieder unterschiedliche Geschäftsmodelle verfolgen, kann schließlich auch die pauschale Argumentation von DT, dass den Wettbewerbern der Markteintritt aufgrund einer Mischkalkulation von Anschluss- und Verbindungsleistungen möglich sei, nicht durchgreifen, da eine derartige Mischkalkulation bei der Mehrzahl der Wettbewerber zu keinem kostendeckenden bzw. gewinnversprechenden Ergebnis geführt hat.“ (Tz. 183)

Diese Ausführungen belegen gerade, dass auch seitens der Kommission durchaus Überlegungen hinsichtlich der Frage angestellt worden sind, inwieweit Wettbewerber in der Lage sind, die Mischkalkulation der DTAG zu imitieren. Insofern ist diese Vorgehensweise offenbar nicht aus methodischen Gründen verworfen worden, sondern hat vielmehr materiell zu dem Ergebnis geführt, dass eine solche Mischkalkulation den Wettbewerbern unter den spezifischen damaligen Bedingungen häufig keine kostendeckende Kalkulation ermöglicht hätte. Für diese Erwägungen hat die Kommission, wie Fußnote 101 der Entscheidung dokumentiert, sogar ausdrücklich auf die im Jahresbe-

richt 2001 der Reg TP dargestellte Entwicklung der Endkundenpreise bei den Verbindungsleistungen Bezug genommen. Hätte die Kommission ihre Prüfung ausschließlich auf einen Vergleich der Anschluss(leitungs)entgelte auf Vorleistungs- und Endkundenebene beschränken wollen, wäre das Rekurren auf die gesunkenen Gesprächstarife nicht zielführend gewesen. Daraus wiederum lässt sich schlussfolgern, dass auch die Kommission sich nicht auf eine enge Betrachtungsweise beschränkt, sondern (zumindest ergänzend) auch die Nachbildbarkeit von Tarifkombinationen aus Anschluss- und Verbindungsleistungen in ihre Prüfung mit einbezogen hat.

- „Die getrennte Betrachtung der Zugangs- und der Gesprächsentgelte ist bereits durch den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Tarifumstrukturierung vorgegeben. Demnach stellen der Zugang zu Ortsnetz-Leitungen und das Angebot verschiedener Kategorien von Gesprächsverbindungen im Hinblick auf ihre Bepreisung nach dem Prinzip der Kostenorientierung eindeutig voneinander getrennte Dienste dar.“ (Tz. 120)

„Eine etwaige Mischkalkulation zwischen Anschluss- und Verbindungsentgelten kann von DT insofern nicht gegen die Zulässigkeit der Vergleichsmethode angeführt werden. Denn es darf nicht vorausgesetzt werden, dass alle Wettbewerber dieselbe Einnahmenstruktur wie der etablierte Betreiber, und damit die gleichen Möglichkeiten einer Mischkalkulation zwischen den verschiedenen Einnahmequellen, haben.“ (Tz. 128)

Zunächst einmal ist zu konzedieren, dass es sich bei Anschluss- und Verbindungsleistungen um unterschiedliche Dienste handelt. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass sich die Marktgegebenheiten seit dem Jahr 2003 grundlegend verändert haben. Dies betrifft zum einen den Grundsatz der Tarifumstrukturierung. Denn letztlich dürfte die Entscheidung der EU-Kommission seinerzeit nicht zuletzt dem Zweck gedient haben, das historisch bedingt nicht ausgewogene Verhältnis von Anschluss- und Verbindungsentgelten der Maßgabe der Kostenorientierung anzupassen, um auf diese Weise Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen. Während diese Zielsetzung in den ersten Jahren nach der Marktöffnung von großer Bedeutung war und ein sehr striktes Vorgehen in dem hier in Rede stehenden Fall gerechtfertigt hat, ist die Phase des Tarif-Rebalancings nunmehr als weitgehend abgeschlossen anzusehen.

Insofern unterscheiden sich die Ausgangsvoraussetzungen für die Anwendung von Preis-Kosten-Scheren-Tests heute von denen in den ersten Jahren der Liberalisierung schon insoweit erheblich, als es gegenwärtig weniger um Impulse zur Marktöffnung als vielmehr um die Sicherung und Fortentwicklung (zumindest in Teilen) bereits etablierter Wettbewerbsentwicklungen geht. Dies manifestiert sich etwa auch darin, dass heute – im Gegensatz zur Situation vor 4-5 Jahren – weitaus gesichertere Erkenntnisse darüber vorliegen, im Rahmen welcher Geschäftsmodelle Wettbewerber in der Lage sind, welche Mischkalkulationen des marktmächtigen Unternehmens nachzuvollziehen. Während sich die EU-Kommission seinerzeit – nicht zuletzt auch aufgrund des deutlichen Preisverfalls bei Verbindungsentgelten – offenbar mit (Prognose-)Unsicherheiten hinsichtlich der Einnahmenstruktur und mithin der Erlössituation unterschiedlicher Geschäftsmodelle konfrontiert sah, ist heute von einer fundierteren Grundlage für Einschätzungen über die Kalkulationsmöglichkeiten von Wettbewerbern auszugehen. Insbesondere hat sich auch gezeigt, dass es zwar sowohl im Schmalband- als auch im Breitbandbereich für die Wettbewerbssituation bedeutsame – und insoweit derzeit auch im Rahmen von Preis-Kosten-Scheren-Tests als Referenz für den effizienten Wettbewerber zu be-

rücksichtigende - Unternehmen gibt, die ausschließlich Verbindungsleistungen anbieten, andererseits aber keine solchen, die nur Anschlussleistungen vermarkten und somit nicht über die Möglichkeit einer Quersubventionierung aus dem Verbindungsbereich verfügen.

Fazit: Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Entscheidung der EU-Kommission zwar einerseits Indizien dafür gibt, dass im Rahmen von Preis-Kosten-Scheren-Tests eine isolierte Betrachtung des Anschlussbereichs erfolgen sollte. Andererseits hat die Kommission selbst ergänzend Erwägungen zur wirtschaftlichen Tragfähigkeit einer Mischkalkulation seitens der Wettbewerber angestellt und diese auch explizit in die Entscheidung aufgenommen. Dies wiederum zeigt, dass auch seitens der Kommission eine weiter gefasste Nachbildbarkeitsprüfung, die auf die gesamte Situation der Wettbewerber abstellt, als relevant angesehen wird.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Kommission ihre Ermittlungen in einer Zeit aufgenommen hat, in der der Wettbewerb noch weit weniger entwickelt und die Kalkulationsmöglichkeiten der Wettbewerber noch deutlich schwieriger abzuschätzen waren. Aus der Tatsache, dass seinerzeit mit der Einbeziehung von Mischkalkulationen zurückhaltend umgegangen wurde, kann insoweit nicht zwangsläufig gefolgert werden, dass eine solch restriktive Anwendung von Preis-Kosten-Scheren-Tests auch vor dem Hintergrund der aktuell beobachtbaren Marktverhältnisse noch als erforderlich anzusehen ist. Vielmehr spricht auch die Regierungsbegründung zu § 28 TKG, nach der es darauf ankommt sicherzustellen, dass effiziente Konkurrenten von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dessen Tarife in Kombination nachvollziehen können, ohne Verluste zu machen, dafür, ein weniger enges Verständnis der Nachbildbarkeit zugrunde zu legen.

Insofern ist mit Blick auf den bei Preis-Kosten-Scheren-Tests relevanten Anknüpfungspunkt entscheidend, dass er zum einen das Marktverhalten effizienter Wettbewerber reflektiert und zum anderen die erforderliche Operationalisierbarkeit der Prüfung gewährleistet. Bei Einhaltung dieser Maßgaben ist schließlich auch sichergestellt, dass die Prüfung des Vermutungstatbestandes des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG tatsächlich Auskunft darüber gibt, ob die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt im Sinne von § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG auf erhebliche Weise beeinträchtigt werden. Dass eine dementsprechende Auslegung des Preis-Kosten-Scheren-Tests mit europarechtlichen Vorgaben nicht vereinbar wäre, ist auch vor dem Hintergrund der hier erörterten Entscheidung der EU-Kommission nicht erkennbar.

8. Anwendung der sog. „IC+25 %-Regel“

In einigen Stellungnahmen wird die bisher verschiedentlich von der Bundesnetzagentur angewandte sog. „IC+25 %-Regel“ kritisiert. Dabei wird insbesondere wie folgt argumentiert:

- (a) Eine derart schematisch-pauschalierende Betrachtung sei zur Ermittlung einer Preis-Kosten-Schere nicht zielführend. Die Zugrundelegung der regulierten IC-Entgelte sei allenfalls im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung angemessen.
- (b) Die IC+25 %-Formel nicht für die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere, sondern für die Dumping-Prüfung nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996 entwickelt und auch nur diesbezüglich vom VG Köln gebilligt worden.

- (c) Ein pauschaler Zuschlag unabhängig vom betrachteten Markt sei nicht sachgerecht. Denn dies führe etwa dazu, dass außergewöhnliche Werbeausgaben auf einem bestimmten Markt selbst dann nicht berücksichtigungsfähig seien, wenn sie nachgewiesen würden.
- (d) Die Vertriebskosten würden nicht in gleichem Maße sinken wie dies bei der Bezugsbasis der Zusammenschaltungsentgelte (in der Vergangenheit) der Fall (gewesen) sei. Vielmehr sei davon auszugehen, dass Vertriebskosten aufgrund vergleichsweise geringer Produktivitätsfortschritte nicht sinken, sondern – entsprechend der allgemeinen Preis- und Lohnentwicklung – eher steigen würden. Um diese Kosten in der regulatorischen Kalkulation zumindest stabil zu halten, sei jeweils eine entsprechende prozentuale Anpassung des Zuschlags auf die Vorleistungsentgelte vorzunehmen.

Zu diesen Argumenten wird wie folgt Stellung genommen:

- Zu (a) Zunächst einmal ist den Kritikern der „IC+25 %“-Regel zuzustimmen, dass pauschalierende Betrachtungen immer nur eine *second best* Lösung darstellen. Insoweit ist eine dezidierte Kostenprüfung einerseits zwar grundsätzlich als sachgerechter einzustufen, andererseits aber mit erheblichen Problemen in der praktischen Durchführung – insbesondere im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung - verbunden, sodass im Ergebnis fallweise zu entscheiden sein wird, welche Vorgehensweise jeweils anzuwenden ist.

Diese Haltung wird auch von der Monopolkommission gestützt, die hierzu in ihrem Sondergutachten 43 vom Dezember 2005 (S. 100 f.) Folgendes ausführt:

„Vorzugswürdig wäre grundsätzlich eine einzelfallbezogene Kostenprüfung, die allerdings eine genaue Kenntnis der Kosten auf den einzelnen Wertschöpfungsstufen verlangt. Alternativ dazu wäre ein Top-down-Ansatz vorstellbar, der ausgehend von den Gesamtkosten des Unternehmens die Kosten der einzelnen Wertschöpfungsstufen mit Hilfe analytischer Kostenmodelle kalkuliert. Die Monopolkommission verkennt jedoch nicht, dass beide Formen der einzelfallbezogenen Kostenermittlung mit einem erheblichen Regulierungsaufwand verbunden sind. Der Vorteil einer Pauschalregelung, wie der IC+25-%-Regel, besteht darin, dass die Kosten der Regulierung im Vergleich zu einer einzelfallbezogenen Kostenprüfung erheblich geringer sind. Die Monopolkommission plädiert vor diesem Hintergrund dafür, bei der Umsetzung des Konsistenzgebotes auch Kosten-Nutzen-Überlegungen zu berücksichtigen. Dabei kann sich durchaus ergeben, dass der Nutzen einer einzelfallbezogenen Kostenprüfung geringer ist als deren Kosten. In dem Fall wäre eine Pauschalregelung vorzuziehen.“

- Zu (b) Das Argument, dass die „IC+25 %“-Regel ursprünglich auf Grundlage von § 24 TKG¹⁹⁹⁶ entwickelt worden ist, bedeutet nicht, dass sie nicht mindestens ebenso geeignet ist für eine Anwendung im Rahmen einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung. Denn obwohl in der Vergangenheit IC-Entgelte vorrangig herangezogen wurden, um die Kostenkalkulation des marktbeherrschenden Netzbetreibers zu approximieren und Fragen der Kosten(unter)deckung beim regulierten Unternehmen zu klären, spiegeln sich in diesem Ansatz viel unmittelbarer die Kosten des effizienten Wettbewerbers. Denn während die Heranziehung der Zusammenschaltungsentgelte ein Instrument zur Annäherung an die Kosten des Marktbeherrschers darstellt,

fließen die Entgelte für in Anspruch genommene Vorleistungsleistungen unmittelbar in die Kalkulation des (effizienten) Wettbewerbers ein. Insoweit ist nicht zu erkennen, weshalb eine Vorgehensweise, bei der die (i.d.R. regulierten) Entgelte für Zugangsleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens als Anknüpfungspunkt für die Berechnungen herangezogen werden, nicht in gleicher Weise den neuen gesetzlichen Bestimmungen des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG entsprechen sollte wie denen des Telekommunikationsgesetzes aus dem Jahr 1996.

- Zu (c) Das Argument, dass marktspezifische tatsächliche Werbeausgaben nur bei einer einzelfallbezogenen Kalkulation und nicht im Rahmen eines pauschalierenden Ansatzes angemessen berücksichtigt werden könnten, ist zwar nicht ganz von der Hand zu weisen, kann aber ebenso gut als Argument gegen eine fallbezogene Berechnung gewendet werden. Denn bei der Ermittlung der Kosten des effizienten Wettbewerbers ist gerade nicht primär auf tatsächlich anfallende Kosten abzustellen – selbst wenn diese nachvollziehbar von Wettbewerbsunternehmen nachgewiesen würden. Vielmehr ist auch in diesem Zusammenhang grundsätzlich eine Effizienzbetrachtung anzustellen, was allerdings die Frage aufwirft, wie effiziente Werbeausgaben marktspezifisch bzw. marktphasenspezifisch zu ermitteln wären und in welchen Zeitabständen diese ggf. zu modifizieren wären, wenn die Werbeintensität auf sich dynamisch entwickelnden Märkten im Zeitablauf erheblichen Schwankungen unterworfen sein sollte.

Die hier skizzierten Probleme lassen zwar nicht unmittelbar den Schluss zu, dass eine Berücksichtigung marktphasenbezogener Differenzierungen bei den kalkulatorisch mit Blick auf den effizienten Wettbewerber in Ansatz zu bringenden Werbeaufwendungen prinzipiell auszuschließen wären. Allerdings deuten sie darauf hin, dass eine exakte produkt- und zeitpunktbezogene Bestimmung effizienter Werbeaufwendungen kaum leistbar sein dürfte und insoweit einiges dafür spricht, diesbezüglich im Allgemeinen einen marktphasenunabhängigen, eher längerfristig ausgerichteten und insofern pauschalierenden Ansatz zu verfolgen. Gleichwohl bedeutet das nicht, dass bei einer solchen Vorgehensweise nicht auch die realen Marktgegebenheiten bzw. das Marktumfeld, in dem sich alle Wettbewerber bewegen, Berücksichtigung finden können.

- Zu (d) Der von Wettbewerberseite vorgetragene Einwand gegen die „IC+25 %“-Regel, dass angesichts sinkender IC-Entgelte eine prozentuale Anpassung des Zuschlags auf die Vorleistungsentgelte vorzunehmen sei, um die Vertriebskosten in der regulatorischen Kalkulation zumindest stabil zu halten, ist bislang weder durch Plausibilitätsrechnungen noch durch belastbare Daten fundiert worden. Für die hierbei zugrunde gelegte Prämisse, dass die Infrastrukturkosten generell höhere Produktivitätsfortschrittsraten aufweisen als solche Kostenkomponenten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertrieb einer Leistung stehen, liegen bislang keine Anhaltspunkte vor. Denn zum einen ist festzustellen, dass wesentliche Zugangsentgelte (z.B. für IC-Leistungen und entbündelten Zugang zur TAL) in den vergangenen Jahren nur noch geringfügig gesunken sind. Zum anderen spricht einiges dafür, dass die Kosten für die eher personalintensiven Vertriebsleistungen in ähnlichem Umfang gesenkt worden sind. Hierfür spricht sowohl der zumindest in Teilbereichen beobachtbare Druck auf die Entwicklung der (Stunden-)Löhne als auch die Tatsache, dass auch im Vertrieb Prozessoptimierungen zu Effizienzsteigerungen geführt haben dürften. Hinzu kommt, dass die zunehmende Verbreitung leistungsfähiger Internetzugänge mit

Blick auf die Rechnungsstellung und Produktvermarktung neue Optionen eröffnet, die ebenfalls mit Kostensenkungspotenzialen verbunden sind. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die These generell steigender Vertriebskosten bei zugleich sinkender Bezugsbasis und die daraus abgeleitete Forderung nach einer Erhöhung des Zuschlagssatzes im Schmalbandbereich jedenfalls in dieser pauschalen Form als nicht überzeugend.

9. Konsistenz zwischen den verschiedenen Vorleistungsentgelten

Die Frage der Konsistenz zwischen verschiedenen Vorleistungsentgelten zueinander ist im Rahmen der Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren nicht vertieft worden, da sich § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG explizit auf „die Spanne zwischen dem Entgelt, das der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, Wettbewerbern für eine Zugangsleistung in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endnutzerentgelt“ bezieht. Es ist jedoch beabsichtigt, die von Wettbewerberseite angesprochenen Aspekte in einer gesonderten Ausarbeitung zu Fragen konsistenter Entgeltregulierung gemäß § 27 TKG zu thematisieren.

10. Sonstiges

Präventive Kontrollmöglichkeit

In den Stellungnahmen wird unter anderem auch die Bedeutung einer präventiven Kontrollmöglichkeit hervorgehoben. Missbräuchliche Entgelte könnten zwar auch nach deren Markteinführung überprüft und untersagt werden. Hierbei bestehe allerdings die Gefahr, dass die Wettbewerber bis zur Untersagung in ihren wettbewerblichen Möglichkeiten eingeschränkt seien und damit geschädigt würden. Darüber hinaus bestehe die Schwierigkeit, bereits geschlossene Verträge rückabzuwickeln. Daher sei eine Untersagung vor der Markteinführung für die Wettbewerber hilfreich.

Ein anzeigepflichtiger Tarif wird im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung überprüft und bei offensichtlicher Missbräuchlichkeit untersagt. Anzeigepflichtig sind alle Sprachtarife auf den Inlandsmärkten und Bündelprodukte aus regulierten und unregulierten Bestandteilen, wenn die unregulierten Bestandteile nicht kostendeckend sind. Falls nach der Offenkundigkeitsprüfung erhebliche Zweifel an der Nichtmissbräuchlichkeit des Tarifs bestehen, ist, wie oben dargestellt, die Möglichkeit gegeben, direkt ein Ex-post-Missbrauchsverfahren anzuschließen und eine dezidierte Kostenprüfung durchzuführen. Auch in diesem Fall besteht nach der Kostenprüfung die Möglichkeit, den Tarif noch vor der Markteinführung zu untersagen. Darüber hinaus sollte, wie unter den nationalen Tarifvergleichen dargestellt, die Gefahr für die Wettbewerber nicht überbewertet werden, wenn der Tarif nur kurzfristig am Markt ist.

Rationalität einer Verdrängungspreisstrategie

Die Aussage des ehemaligen Monopolisten, dass die Verdrängungsstrategie für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf den hier in Rede stehenden Telekommunikationsmärkten nicht rational sei und damit das Problem missbräuchlich wettbewerbsbehindernden Verhaltens nicht bestehe, wird kritisch gesehen.

Zum einen ist es fraglich, ob es dem marktbeherrschenden Unternehmen ohne die Missbrauchsprüfung der Endkundenentgelte nicht gelingen könnte, einen Großteil der Wettbewerber vom Markt zu drängen, da es aufgrund seines hohen Marktanteils und seines breiteren Produktportfolios verglichen mit seinen Wettbewerbern eher die Möglichkeit als die Wettbewerber hat, bei bestimmten Produkten Verluste in Kauf zu nehmen. Zum anderen unterstellt die Ansicht des marktbeherrschenden Unternehmens, dass aufgrund der Regulierung eine spätere Amortisation der durch die Verdrängungsstrategie entstehenden Kosten nicht möglich ist. Dabei wird allerdings übersehen, dass disziplinierende Marktzutritte von Wettbewerbern nicht nur von einer funktionierenden Vorleistungsregulierung abhängen. Vielmehr sind auch endogene versunkene Kosten des Markteintritts, die aufgrund der sehr werbeintensiven Branche eine wichtige Rolle spielen, sowie deren Verhältnis zu potenziell erzielbaren Gewinnen zu berücksichtigen. Ist diese Relation ungünstig, beispielsweise, weil die Nachfrager aufgrund von Wechselkosten eher träge auf den Marktzutritt reagieren und die schon im Markt befindlichen Unternehmen ihre Preisstrategien schnell anpassen können, beeinträchtigt dies die Erfolgsaussichten von neuen Wettbewerbern. Aufgrund der niedrigen Preise, sind die – bezogen auf die endogenen Marktzutrittschranken – geringen Margen als strukturelle Marktzutrittschranken zu interpretieren. Vor diesem Hintergrund ist zumindest nicht auszuschließen, dass sich Verdrängungspreisstrategien für das marktbeherrschende Unternehmen als rentabel und somit auch als rational erweisen könnten.

Penetration-Pricing

Die von einem Kommentierenden angesprochene Problematik einer Penetration-Pricing-Strategie, die den Zeitraum, in dem Wettbewerber kostenunterdeckend anbieten müssten, signifikant verlängern würde, wird von der Bundesnetzagentur auch gesehen. Beim Penetration Pricing wird der Einführungspreis eines Produktes unterhalb des kurzfristig optimalen Preises festgesetzt. Dabei kann zeitweise bewusst auf eine Vollkostendeckung verzichtet werden. Hierdurch sollen Massenmärkte schnell erschlossen und somit Größenvorteile erzielt werden. Größenvorteile ergeben sich durch Fixkostendegression aufgrund höherer Auslastung neuer Infrastrukturen, sowie aus Lerneffekten (Erfahrungskurvenkonzept). *Penetration Pricing* empfiehlt sich vor allem bei Produkten, bei denen sich ein Netzwerkeffekt ergibt wenn die Nutzerzahl steigt. Dies war beispielsweise bei der Markteinführung von Mobiltelefonen der Fall. Ein weiterer Vorteil wird in der Etablierung einer temporär starken Marktstellung gesehen. Dies kann unter bestimmten Voraussetzungen auch gesamtwirtschaftlich vorteilhaft sein, da eine zeitlich begrenzte Monopolstellung bzw. eine sehr starke Marktposition den Anreiz für Innovationen erhöhen kann. So können etwa Entwicklungskosten neuer Produkte durch die vorübergehende Marktmacht schneller amortisiert werden als in einer Wettbewerbssituation.

Während Penetration Pricing vor diesem Hintergrund unter bestimmten Rahmenbedingungen als unbedenklich einzustufen ist, ist eine solche Strategie des etablierten Betreibers auf Telekommunikationsmärkten als sehr problematisch zu bewerten, da dieser ohnehin schon über eine beträchtliche Marktmacht in vielen Marktsegmenten verfügt. Bei Erschließung neuer Telekommunikationsmärkte könnte das marktbeherrschende Unternehmen auf diese Weise Wettbewerber langfristig aus dem Markt fernhalten. Durch Verbundeffekte drohen hierdurch zudem Auswirkungen auf andere Märkte, indem Kunden z.B. durch Bündelprodukte komplett an das marktbeherrschende Unternehmen gebunden werden. Insofern könnte Penetration Pricing im Bereich der Telekommunikation aufgrund bestehender Marktmachtübertragungspotenziale zu einer frühzeitigen Monopolisierung neuer Märkte führen. Darüber hinaus

bringen die Wechselwirkungen zwischen unterschiedlichen Marktsegmenten die Gefahr einer Re-Monopolisierung des gesamten Marktes mit sich. Deshalb ist Penetration Pricing in der Telekommunikation unabhängig von der dahinter liegenden Motivation sehr kritisch zu bewerten, zumal es in der Praxis ohnehin schwer fallen dürfte, zwischen der Intention der schnellen Marktdurchdringung und dem Fernhalten von Konkurrenten zu unterscheiden.

Im Übrigen ist diesbezüglich anzumerken, dass eine schnelle Markterschließung grundsätzlich vor allem auch durch frühzeitiges Zulassen von Wettbewerb gefördert wird. Somit würde sich die Marktdurchdringung auch durch frühzeitig gewährte Zugangsrechte für Wettbewerber erhöhen und mithin sicherstellen lassen, dass neue Infrastrukturen schnell ausgelastet werden, ohne jedoch die Gefahr der Monopolisierung einzugehen.

Zulässigkeit einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung bei nicht angeordneten Leistungen

Das vorgetragene Argument, dass es für die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere unerheblich sei, ob eine Vorleistung der Ex-ante-Regulierung im Sinne von §§ 21, 31 TKG unterliege oder etwa „freiwillig“ angeboten werde, da es nach der Systematik des § 28 TKG allein maßgeblich sei, ob die Leistung von einem SMP-Unternehmen angeboten werde, wird im Grundsatz geteilt, wenn die Vorleistung für einen flächendeckenden Wettbewerb relevant ist.

Für die Zulässigkeit der Prüfung einer Preis-Kosten-Schere ist es relevant, ob auf den relevanten Vorleistungs- und Endkundenmärkten eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde. Wenn dies der Fall ist, ist es nicht relevant, ob ex ante oder ex post reguliert oder eine Leistung freiwillig angeboten wird. Wenn auf dem Vorleistungs- und Endkundenmarkt eine Marktbeherrschung vorliegt, darf auch bei freiwilligen Angeboten keine Preis-Kosten-Schere vorliegen, da ansonsten durch freiwillige Angebote nach § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG die Auferlegung von Verpflichtungen verhindert und somit die Überprüfung der Tarife auf Missbräuchlichkeit ausgehebelt werden kann.

IV. Anpassungen bzw. Ergänzungen des Konsultationsdokumentes

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

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

- Ergänzung der Einleitung um einige Anmerkungen zu Hintergrund und Prozedere
- Weitergehende Erläuterungen zum Verständnis des „effizienten Wettbewerbers“ (Abschnitt 2.2.1)
- Präzisierungen hinsichtlich der von Wettbewerberseite benötigten Informationen zur Ermittlung etwaiger Preis-Kosten-Scheren (Abschnitt 2.2.3)

- Erläuterungen zur Problematik der Berücksichtigung wettbewerberspezifischer Kosten (Abschnitt 2.2.3)
- Erläuterungen zur in Ansatz zu bringenden angemessenen Kapitalverzinsung effizienter Wettbewerber (Abschnitt 2.2.3)
- Klarstellungen im Zusammenhang mit dem Verhältnis von Offenkundigkeitsprüfung und Ex-post-Verfahren (Abschnitt 3.1.4)
- Behandlung der Frage nach Reaktionsmöglichkeiten des marktbeherrschenden Unternehmens auf günstigere Wettbewerberangebote (Abschnitt 3.1.5)
- Ergänzungen zur Frage marktspezifischer bzw. marktphasenbezogener Differenzierungen bei der Bestimmung effizienter Werbeausgaben (Abschnitt 3.2.2)
- Erläuterungen zur Frage märkteübergreifender Betrachtungen bei der Durchführung von Preis-Kosten-Scheren-Tests vor dem Hintergrund der Entscheidungspraxis der EU-Kommission (Abschnitt 4.2)
- Erläuterungen zur Anwendung von Preis-Kosten-Scheren-Tests auf Bündel aus regulierten und unregulierten Produktbestandteilen (Abschnitt 4.4)