



Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren

i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG

– Konsultationsfassung –

(Mit Amtsblattmitteilung vom 14. November 2007 ist die Endfassung der Hinweise sowie eine Auswertung der Anhörung veröffentlicht worden.)

Bonn, 20. Dezember 2006

Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG

0.	Kurzzusammenfassung.....	2
1.	Zielsetzung und Fragestellungen	4
2.	Charakteristika und Wettbewerbswirkungen von Preis-Kosten-Scheren	5
2.1	Grundsätzliche Erwägungen zur einzunehmenden Perspektive	5
2.2	Erwägungen zur Anwendung des Effizienzkriteriums	9
2.2.1	Der Begriff des „effizienten Wettbewerbers“	10
2.2.2	Spezifische Kosten- und Ertragssituation eines effizienten Wettbewerbers	12
2.2.3	Berücksichtigungsfähigkeit wettbewerberspezifischer Kosten	14
2.3	Verhältnis zwischen den Vermutungstatbeständen nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 TKG ..	17
2.3.1	Unterscheidung zwischen Endkundenleistungen auf Basis regulierter oder wettbewerbsmäßig bereitgestellter Vorleistungen	18
2.3.2	Unterschiedliche Eingriffsschwellen	19
2.3.3	Relevanter Bezugspunkt	20
2.3.4	Unterscheidung der zugrunde zu legenden Vorleistungsentgelte je nach einzunehmender Perspektive	20
2.4	Mögliche Wettbewerbswirkungen von Preis-Kosten-Scheren.....	21
3.	Diskussion verschiedener Prüfansätze zur Bestimmung der Kosten eines effizienten Wettbewerbers	25
3.1	Heranziehung von Wettbewerberangeboten auf dem gleichen Markt	25
3.1.1	Interdependenzen zwischen Preisen marktbeherrschender und neuer Anbieter.....	26
3.1.2	Problematik eines „qualifizierten“ Tarifvergleichs angesichts komplexer Tarifstrukturen und Bündelpraktiken	28
3.1.3	Bedeutung verschiedener Methoden bei der Ex-post-Missbrauchskontrolle	30
3.1.4	Berücksichtigung von Vergleichsbetrachtungen im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung	32
3.2	Heranziehung von genehmigten Vorleistungsentgelten.....	33
3.2.1	Zugrunde zu legende Vorleistungen	34
3.2.1.1	Schmalbandige Anschlussleistungen.....	34
3.2.1.2	Schmalbandige Verbindungsleistungen	34
3.2.1.3	Breitbandige Anschluss- und Verbindungsleistungen	37
3.2.2	Diskussion der Zuschläge bzw. Zuschlagssätze für Vertriebskosten.....	39
3.2.3	Grenzen einer Kostenbetrachtung auf Grundlage von Vorleistungsentgelten	41
4.	Anknüpfungspunkt von Preis-Kosten-Scheren-Tests.....	42
4.1	Anwendung auf einzelne Zeitintervalle oder (Verbindungs-)Tarife im Ganzen	42
4.2	Anwendung auf einzelne Märkte oder auch auf marktübergreifende Tarife im Ganzen.....	44
4.3	Anwendung auf einzelne Tarife oder Kombination von Tarifen (innerhalb eines Marktes)	46
4.4	Anwendung auf Bündelprodukte aus regulierten und unregulierten Leistungen	48
5.	Zusammenfassende Schlussfolgerungen	51

0. Kurzzusammenfassung

Nach dem Telekommunikationsgesetz ist es marktbeherrschenden Betreibern nicht erlaubt, die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise zu beeinträchtigen. Ein missbräuchliches Verhalten in diesem Sinne ist u.a. bei Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere zu vermuten. Die bisherige Praxis hat gezeigt, dass die Bestimmung, unter welchen Bedingungen vom Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere auszugehen ist, eine Reihe von Fragen aufwirft. Daher zielen die vorliegenden Ausführungen darauf, einen Beitrag zur Herstellung eines gemeinsamen Verständnisses über die zugrunde liegende Problematik zu leisten sowie Leitlinien für die Anwendung von Preis-Kosten-Scheren-Tests darzulegen.

Dabei wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass bei der Prüfung von Preis-Kosten-Scheren auf einen effizienten Wettbewerber und insofern nur hilfsweise auf die interne Kalkulation des marktbeherrschenden Unternehmens abzustellen ist. Eine Preissetzung ist dementsprechend dann nicht zulässig, wenn effiziente Wettbewerber nicht oder nur punktuell, d.h. nicht flächendeckend, in der Lage sind, eine Marge zu realisieren, die eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermöglicht. Die Wettbewerberperspektive impliziert prinzipiell die Berücksichtigung von Unterschieden zum etablierten Netzbetreiber, wie z.B. die Realisierung (vorübergehend) geringerer Größen- und Verbundvorteile, wettbewerberspezifische Kosten und ggf. Unterschiede in der Kundenstruktur. Allerdings ist zu unterstellen, dass effiziente Wettbewerber ihre Leistungen langfristig zumindest ebenso effizient bereitstellen können wie der etablierte Betreiber. Daher ist im Ergebnis davon auszugehen, dass wettbewerberspezifische (Mehr-)Kosten im Regelfall einen Übergangscharakter aufweisen und die im Rahmen einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung anzusetzenden Kosten des effizienten Wettbewerbers in der Summe nicht höher liegen als die des marktbeherrschenden Unternehmens.

Grundlage für die Prüfung bilden – soweit möglich - (genehmigte) Vorleistungsentgelte. Demgegenüber ist es äußerst schwierig, aus einem Vergleich mit Wettbewerberangeboten auf dem gleichen Markt belastbare Rückschlüsse auf die Kostensituation der Wettbewerber zu ziehen, da zwischen den Endkundenpreisen der neuen Anbieter und denen des marktbeherrschenden Unternehmens ausgeprägte Interdependenzen bestehen. Abgesehen davon erweist sich die Durchführung einer qualifizierten Vergleichsbetrachtung in einem von zunehmender Produktbündelung geprägten Wettbewerbsumfeld als hoch komplex.

Hinsichtlich des Anknüpfungspunktes der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung ist zunächst festzustellen, dass weniger auf einzelne Tarifelemente als vielmehr auf einen vollständi-

gen Tarif abzustellen ist, da insbesondere zweiteiligen Tarifen bzw. (partiellen) Pauschalentgelten nur auf diese Weise angemessen Rechnung zu tragen ist. Dabei sollte die Prüfung im Kern auf die zu erwartenden Nutzungscharakteristika eines künftigen Durchschnittskunden rekurrieren. Die Frage, ob Preis-Kosten-Scheren-Tests auf einzelne Märkte beschränkt oder auch auf marktübergreifende Tarife angewandt werden sollten, kann nur unter Berücksichtigung der tatsächlichen aktuellen Wettbewerbsverhältnisse beantwortet werden. Da es um die Nachbildbarkeit bestimmter Tarife geht, richtet sich auch der Anknüpfungspunkt von Preis-Kosten-Scheren-Tests im Wesentlichen nach den relevanten Geschäftsmodellen der als Referenz heranzuziehenden effizienten Wettbewerbsunternehmen.

Sowohl rechtliche als auch ökonomische Erwägungen indizieren grundsätzlich eine Betrachtung einzelner Entgelte, lassen jedoch unter bestimmten Bedingungen auch eine Öffnung für Kombinationen von Tarifen zu. Hierdurch darf die Operationalisierbarkeit des Preis-Kosten-Scheren-Tests jedoch nicht in Frage gestellt werden. Zudem müssen die Entgelte von allen als Referenz heranzuziehenden effizienten Wettbewerbern ebenfalls in Kombination angeboten werden (können).

Mit Blick auf Bündelprodukte, die sowohl regulierte als auch unregulierte Leistungen umfassen, ist ein Preis-Kosten-Scheren-Test nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG nicht ohne weiteres durchführbar, weil sich die Marktmacht des SMP-Betreibers nicht auf sämtliche dem Paketangebot zugrunde liegenden Vorleistungen erstreckt. Allerdings ist im Hinblick auf die Frage einer sachlich ungerechtfertigten Bündelung zu prüfen, ob es effizienten Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht möglich ist, das Bündelprodukt zu vergleichbaren Konditionen anzubieten. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass dem Regulierer für unregulierte Produkte bzw. Produktbestandteile regelmäßig a priori keine Informationen über entsprechende Vorleistungskosten und Nutzungscharakteristika vorliegen, weshalb einer dezidierten Kalkulation effizienter Bereitstellungskosten für diese Leistungen enge Grenzen gesetzt sind. Dies gilt aufgrund der Zwei-Wochen-Frist insbesondere für die Offenkundigkeitsprüfung, an die hinsichtlich der Prüfungstiefe deutlich niedrigere Maßstäbe zu knüpfen sind als an eine Prüfung im Ex-post-Verfahren.

1. Zielsetzung und Fragestellungen

Nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 Telekommunikationsgesetz (TKG) ist ein Missbrauch im Sinne von § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG zu vermuten, wenn 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 nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen (Preis-Kosten-Schere).

Damit ist das Entstehen einer Preis-Kosten-Schere als Vermutungstatbestand für missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens explizit im neuen TKG verankert worden. Der Grund hierfür dürfte insbesondere in der Erkenntnis liegen, dass aus der vertikalen Integration des ehemaligen Monopolunternehmens auch fast neun Jahre nach der vollständigen Marktöffnung noch ein erhebliches Missbrauchspotenzial resultiert. Dies wiederum liegt im Wesentlichen im spezifischen Verhältnis zwischen Incumbent einerseits und seinen Wettbewerbern andererseits begründet. Denn infolge der Liberalisierung hat sich zwar eine Vielzahl von Anbietern auf den verschiedenen Endkundenmärkten etablieren können, gleichzeitig aber deren Abhängigkeit von Vorleistungen der Deutschen Telekom AG nur langsam verringert. So lag der Umsatzanteil, den alternative Festnetzanbieter im Jahr 2004 für Vorleistungen an die Deutsche Telekom AG zu zahlen hatten, bei etwa 40 %. Daraus folgt, dass aus Sicht der alternativen Netzbetreiber nach wie vor die Gefahr besteht, keine ausreichende Kapitalverzinsung realisieren zu können, wenn der Abstand zwischen Vorleistungs- und entsprechenden Endkundenentgelten zu gering wird.

Bereits die ersten Anwendungsfälle des hier in Rede stehenden Vermutungstatbestandes haben deutlich werden lassen, dass die Bestimmung, unter welchen Bedingungen vom Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere auszugehen ist, eine Reihe von Fragen aufwirft. Vor diesem Hintergrund ist die Zielsetzung der nachfolgenden Ausführungen, einen Beitrag zur Herstellung eines gemeinsamen Verständnisses über die Problematik von Preis-Kosten-Scheren im Bereich der Telekommunikation zu leisten sowie Leitlinien für die Anwendung von Preis-Kosten-Scheren-Tests darzulegen.

Zu diesem Zweck wird in Kapitel 2 zunächst ein kurzer Überblick über Charakteristika und Wettbewerbswirkungen von Preis-Kosten-Scheren gegeben. Dabei wird auch der Frage nachgegangen, welche Perspektive im Rahmen einer entsprechenden Prüfung zugrunde zu legen ist. Hierbei kommt dem Begriff des „effizienten Unternehmens“ eine zentrale Bedeutung zu.

Auf dieser Grundlage werden anschließend in Kapitel 3 verschiedene Prüfansätze zur Bestimmung der Kosten eines effizienten Wettbewerbsunternehmens diskutiert. Dabei steht die grundsätzliche Auseinandersetzung mit verschiedenen Konzepten im Fokus, wohingegen eine abschließende Erörterung im Detail an dieser Stelle nicht erfolgen kann. Während sich diese Betrachtungen auf die Kostenseite beziehen, adressiert Kapitel 4 die Leistungsseite und damit die Frage nach einem geeigneten Anknüpfungspunkt für Preis-Kosten-Scheren-Tests auf der Produkt- bzw. Tarifebene. Schließlich werden die zentralen Überlegungen und die sich daraus ergebenden Schlussfolgerungen in Kapitel 5 noch einmal zusammengefasst.

2. Charakteristika und Wettbewerbswirkungen von Preis-Kosten-Scheren

2.1 Grundsätzliche Erwägungen zur einzunehmenden Perspektive

Mit Blick auf die Bestimmung einer Preis-Kosten-Schere ist zunächst zu klären, auf wessen Kosten es ankommt. Die gesetzliche Norm zielt darauf ab, „einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen“. Ungeachtet dessen, dass nur ein alternativer Anbieter und nicht das marktbeherrschende Unternehmen Gefahr laufen kann, in eine Preis-Kosten-Schere zu geraten, ist nach dem Wortlaut nicht eindeutig zu entscheiden, ob die Spanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelt groß genug sein muss, um einem effizienten Wettbewerber eine angemessene Verzinsung zu ermöglichen oder ob ggf. das marktbeherrschende Unternehmen selbst als „effizientes Unternehmen“ im Sinne dieser Norm gelten kann.

Diese Differenzierung ist von zentraler Bedeutung, weil Netzsektoren häufig durch hohe Größen- und Verbundvorteile gekennzeichnet sind, die unter bestimmten Bedingungen nicht von mehreren Unternehmen gleichzeitig in vollem Umfang realisiert werden können. Deshalb ist es grundsätzlich nicht auszuschließen, dass verschiedene - bezogen auf das von ihnen gewählte Geschäftsmodell sowie gemessen an ihrer Marktdurchdringung jeweils zumindest betriebswirtschaftlich - effiziente Unternehmen unterschiedliche Kosten aufweisen können und insoweit die einzunehmende Perspektive Auswirkungen auf das Ergebnis eines Preis-Kosten-Scheren-Tests haben kann. Daher soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, wie der Begriff des „effizienten Unternehmens“ in dem hier in Rede stehenden Zusammenhang sinnvollerweise zu interpretieren ist.

Betrachtet man die Formulierung des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG, wonach ein Missbrauch zu vermuten ist, „wenn 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 nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen“, im Ganzen, wird deutlich, dass hier auf diejenigen Kosten Bezug genommen wird, die ein Wettbewerber vom Marktbeherrscher für eine Zugangsleistung in Rechnung gestellt bekommt. Da sich das vertikal integrierte marktbeherrschende Unternehmen derartige Kosten nicht (in gleicher Weise) „in Rechnung stellt“, kann bereits aus dieser Formulierung geschlossen werden, dass hier die Wettbewerberperspektive ausschlaggebend ist.

Hierfür spricht auch die Gesetzesbegründung zum gleichlautenden § 26 TKG-E, 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 des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht diese Tarife in Kombination nachvollziehen können“ (Hervorhebung nur hier).

Darüber hinaus wird diese Auslegung auch durch die Systematik des § 28 Abs. 2 TKG gestützt. Zum einen zielt bereits der Vermutungstatbestand in Nr. 1 (Dumping) auf die Binnenperspektive des marktbeherrschenden Unternehmens, das seine Endkundenentgelte nicht unterhalb seiner langfristigen Zusatzkosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals ansetzen darf. Würde auch der hier in Rede stehende Vermutungstatbestand der Nr. 2 (Preis-Kosten-Schere) an die interne Kalkulation des marktbeherrschenden Unternehmens anknüpfen, ergäben sich hier sehr hohe Redundanzen.

Zum anderen wird mit dem Vermutungstatbestand nach Nr. 3 (sachlich ungerechtfertigte Bündelung) explizit auf „effiziente Wettbewerber“ Bezug genommen. Dieser Vermutungstatbestand für missbräuchliches Verhalten weist jedoch einen unmittelbaren Zusammenhang und mithin eine Art Komplementarität zu Fragen einer Preis-Kosten-Schere auf. Denn wie bereits in den Hinweisen zur sachlich ungerechtfertigten Bündelung i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG dargestellt, liegt in der Praxis ein besonders bedeutsames Problem in der „gemischten Bündelung“, bei der die Gefahr besteht, dass wettbewerbswidrige Preisnachlässe auf Bündelprodukte gewährt werden, die in einer späteren Phase (nach erfolg-

ter Verdrängung von Wettbewerbern) durch überhöhte Preise wieder kompensiert werden sollen.¹

Um derartige Wettbewerbsprobleme zu verhindern, besteht eine wesentliche Aufgabe des Regulierers darin, die Nachbildbarkeit von Bündelangeboten eines marktbeherrschenden Unternehmens durch effiziente Wettbewerber sicherzustellen. Dementsprechend ist gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG insbesondere zu prüfen, „ob es effizienten Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht möglich ist, das Bündelprodukt zu vergleichbaren Konditionen anzubieten.“ Daraus ist zu schließen, dass die Bundesnetzagentur die Möglichkeit hat, „gemischte Bündelung“ zu untersagen, wenn die Nachbildbarkeit durch effiziente Wettbewerber nicht gewährleistet ist. Hierbei ist eindeutig auf die Perspektive eines effizienten Wettbewerbers abzustellen.

Vor diesem Hintergrund erschiene es im Grundsatz nicht plausibel, mit Blick auf die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere statt der Kalkulation eines effizienten Wettbewerbers die des marktbeherrschenden Unternehmens selbst zugrunde zu legen. Denn dann könnte die fehlende wettbewerbliche Nachbildbarkeit eines Bündelproduktes infolge einer Preis-Kosten-Schere ggf. zwar nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG, nicht jedoch nach Nr. 2 aufgegriffen werden, obwohl es im Kern um den Missbrauchstatbestand einer Preis-Kosten-Schere ginge. Würde dieser Interpretation gefolgt, käme es zudem insoweit unter bestimmten Bedingungen zu Inkonsistenzen, die der Maßgabe des § 27 Abs. 2 TKG zuwiderlaufen. Überdies ist eine sachliche Rechtfertigung dafür, eine Preis-Kosten-Schere im Falle eines Bündelproduktes anders zu prüfen als bei anderen Tarifen nicht erkennbar und auch unter praktischen Gesichtspunkten problematisch, weil eine eindeutige Abgrenzung von Bündelprodukten mitunter erhebliche Fragen aufwerfen kann.

Schließlich sind bei der Auslegung auch Aspekte der Konsistenz im Verhältnis zur Bestimmung von Resale-Entgelten gemäß § 30 Abs. 5 TKG zu beachten. Danach nämlich ergeben sich die Entgelte im Rahmen des Resale „aus einem Abschlag auf den Endnutzerpreis, der einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglicht“ (Hervorhebung nur hier). Diese Regelung zielt nach Auffassung der Monopolkommission auf das Geschäftsmodell eines Zugang begehrenden Unternehmens ab, weshalb „auch das Effizienzkriterium auf die Kostensituation eines solchen Unternehmens abstellen sollte. Dementsprechend ist bei der Ermittlung des Abschlags zu berücksichtigen“.

¹ Vgl. die von der Bundesnetzagentur im August 2005 veröffentlichten Hinweise zu sachlich ungerechtfertigter Bündelung i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG (auf der Homepage der Bundesnetzagentur abrufbar unter *Sachgebiete* ⇒ *Telekommunikation* ⇒ *Regulierung Telekommunikation* ⇒ *Konsistenzgebot*), S. 5.

sichtigen, dass die Wettbewerber nicht in gleichem Maße von Größenvorteilen profitieren wie der Incumbent.“²

Unter der Prämisse, dass man sich dieser Auslegung hinsichtlich der Resale-Entgelte anschließt, bestünde bei gleichzeitiger Nicht-Berücksichtigung der Wettbewerberperspektive im Rahmen einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung eine erhebliche Gefahr von Inkonsistenzen, da (noch) nicht realisierte Größenvorteile zwar bei der Bestimmung der Marge eines Resellers in Ansatz gebracht würden, nicht jedoch mit Blick auf einen alternativen Netzbetreiber, der auf Vorleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen ist. Eine derartige Ungleichbehandlung zu Lasten der Wettbewerbsmöglichkeiten infrastrukturbasierter Anbieter dürfte kaum zu rechtfertigen sein.

Im Ergebnis spricht insoweit einiges dafür, bei der Prüfung einer Preis-Kosten-Schere im Grundsatz auf die Perspektive eines effizienten Wettbewerbers abzustellen. Abgesehen von den hier angeführten systematischen Erwägungen und den andernfalls zu erwartenden Schwierigkeiten hinsichtlich der Wahrung von Konsistenz insbesondere mit Blick auf die Anwendung der §§ 28 Abs. 2 Nr. 3, 30 Abs. 5 TKG, stützt auch die zugrunde liegende Zielsetzung des Wettbewerbsschutzes diese Sichtweise. Danach geht es darum, durch einen ausreichenden Abstand zwischen den Endkundenentgelten des Marktherrschers und den Vorleistungskosten alternativer Netzbetreiber deren Wettbewerbsmöglichkeiten zu erhalten. Dabei geht es zwar nicht um den Schutz einzelner Wettbewerber, wohl aber um eine konsequente Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte, wie sie in § 2 Nr. 2 TKG als Ziel der Regulierung verankert ist.

Diese Auffassung wird auch von der Monopolkommission vertreten, die in ihrem jüngsten Sondergutachten wie folgt formuliert:

„Nach Auffassung der Monopolkommission ist allerdings aus dem Kontext der genannten Vorschriften zu schließen, dass in erster Linie auf die Kosten- und Ertragssituation der Wettbewerber abzustellen ist. Kostenvorteile der DTAG/T-Com, insbesondere solche Kostenvorteile, die sich aus ihrer Position als früherer Monopolist ergeben, sollten keine Rolle spielen, wenn zu prüfen ist, ob ein effizientes Unternehmen bei der gegebenen Konstellation von Zugangspreisen und Endkundenpreisen eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals erzielen kann. Zur Begründung sei darauf hingewiesen, dass die genannten Vorschriften

² Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Sondergutachten 43, Bonn 2005, S. 128 f.

durchweg auf eine Förderung des Wettbewerbs in den Endkundenmärkten abzielen.“³

Dies entspricht auch dem Ansatz, den der niederländische Regulierer OPTA gemeinsam mit der nationalen Wettbewerbsbehörde NMa in seinen im Februar 2001 veröffentlichten „Price Squeeze Guidelines“ beschrieben hat. Dort heißt es beispielsweise mit Blick auf die Berechnung der relevanten Spanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelten:

„In calculating the retail increment (this being an increment on top of the network costs enabling efficient providers to realise an acceptable profit) the Commission and the dg-NMa will base themselves on the costs of an efficient alternative provider“ (Hervorhebung nur hier).⁴

Diese Argumentation wird auch durch das im Dezember 2005 von der Europäischen Kommission veröffentlichte Diskussionspapier zur Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags (Artikel 82) gestützt. Dort heißt es bezüglich der hier angestellten Erwägungen:

„(...) it may sometimes be necessary in the consumers' interest to also protect competitors that are not (yet) as efficient as the dominant company. Here too the assessment does not (only) compare cost and price of the dominant company but will apply the as efficient competitor test in its specific market context, for instance taking account of economies of scale and scope, learning curve effects or first mover advantages that later entrants can not be expected to match even if they were able to achieve the same production volumes as the dominant company.“⁵

2.2 Erwägungen zur Anwendung des Effizienzkriteriums

Während die Ausführungen in Abschnitt 2.1 dargelegt haben, weshalb bei der Prüfung von Preis-Kosten-Scheren im Grundsatz auf effiziente Wettbewerber abzustellen ist, wird nun in einem zweiten Schritt der Bedeutung des Effizienzkriteriums und damit insbesondere auch der Frage nachgegangen, inwieweit sich die Kostenbetrachtungen unter Be-

³ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Sondergutachten 43, Bonn 2005, S. 78 f.

⁴ Vgl. OPTA and NMa: Price Squeeze Guidelines, 28. Februar 2001, Tz. 28.

⁵ Vgl. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005, S. 21, Tz. 67.

zugnahme auf einen effizienten Wettbewerber einerseits und ein (effizientes) marktbeherrschendes Unternehmen andererseits unterscheiden können. Zu diesem Zweck soll zunächst nochmals das hiesige Verständnis vom Begriff des „effizienten Wettbewerbers“, wie es bereits in den Hinweisen zu § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG zum Ausdruck gebracht wurde, skizziert werden (Abschnitt 2.2.1). Danach werden die wesentlichen Ansatzpunkte für Abweichungen zwischen den Betrachtungsalternativen dargestellt (Abschnitt 2.2.2), bevor schließlich auf die Berücksichtigungsfähigkeit wettbewerberspezifischer Kosten bzw. deren Grenzen eingegangen wird (Abschnitt 2.2.3).

2.2.1 Der Begriff des „effizienten Wettbewerbers“

Eine Bewertung der unterschiedlichen am Markt beobachtbaren Geschäftsmodelle erfolgt nicht durch die Bundesnetzagentur, sondern durch den Wettbewerb, der eine Differenzierung zwischen erfolgreichen und weniger erfolgreichen Geschäftsmodellen herbeiführt. Insofern ist der Begriff des „effizienten Wettbewerbers“ nicht im Sinne eines effizienten Wettbewerbertyps bzw. eines effizienten Geschäftsmodells auszulegen. Stattdessen gebietet es die Marktneutralität, zunächst alle am Markt befindlichen Geschäftsmodelle gleich zu behandeln. Effiziente und ineffiziente Wettbewerber werden nur anhand ihrer Produktivität bzw. Leistungsfähigkeit im Rahmen des jeweils gewählten Geschäftsmodells unterschieden.

Nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist eine Preis-Kosten-Schere nicht für jeden Wettbewerber, sondern nur mit Blick auf effiziente Unternehmen zu vermeiden. Bei der entsprechenden Prüfung ist grundsätzlich keine Beurteilung einzelner Unternehmen hinsichtlich des von ihnen erreichten Effizienzgrades, sondern lediglich eine abstrakte Einschätzung über effizientes Verhalten vorzunehmen. Dabei ist das vorgefundene Angebotsprofil bzw. die jeweilige Produktpalette als Ausdruck der Marktpositionierung als gegeben zugrunde zu legen.

Daraus folgt u.a., dass es im Hinblick auf die Vermeidung einer Preis-Kosten-Schere fraglich ist, ob ein Wettbewerber mit dem Geschäftsmodell A (z.B. Anbieter von breitbandigen Anschlüssen und Internetzugangsleistungen durch Line Sharing) auf die prinzipielle Möglichkeit einer Änderung bzw. Erweiterung seines Geschäftsmodell (z.B. durch ein zusätzliches Angebot von schmalbandigen Anschluss- und Verbindungsleistungen durch Anmietung der Teilnehmeranschlussleitung) verwiesen werden kann.

Daran anknüpfend ist zu erörtern, ob der Maßgabe des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ausreichend Rechnung getragen wird, wenn es irgend einen Wettbewerber(typen) gibt, der be-

stimmte Tarife nachbilden kann, ohne dabei in eine Preis-Kosten-Schere zu geraten. Nach § 27 Abs. 2 TKG ist bei den jeweiligen Entgeltregulierungsmaßnahmen zu prüfen, ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 Abs. 2 TKG stehen. Das bedeutet, dass die Frage einer Preis-Kosten-Schere vor dem Hintergrund des Ziels der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte zu beurteilen ist. Daraus wiederum kann gefolgert werden, dass eine Preis-Kosten-Schere jedenfalls dann nicht zulässig ist, wenn sie dieser Zielsetzung entgegensteht. Eben dies wäre jedoch zu befürchten, wenn nur einzelne effiziente Wettbewerber punktuell in der Lage wären, eine Marge zu realisieren, die eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermöglicht.

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass von einer ausreichenden Spanne zwischen Endkunden- und Vorleistungsentgelt für effiziente Wettbewerber nur dann auszugehen ist, wenn diese zum einen flächendeckend gewährleistet ist und zum anderen von einer hinreichend großen Zahl von Wettbewerbern realisierbar ist.⁶ Andernfalls bestünde die Gefahr, dass das Ziel der Wettbewerbsförderung substanziell konterkariert würde und sich das marktbeherrschende Unternehmen durch die gezielte Vermarktung von nur partiell nachbildbaren Tarifen den bestehenden Marktkräften und dem intendierten Wettbewerbsdruck effektiv entziehen könnte.

Dieses Bedrohungspotenzial ist in leitungsgebundenen Sektoren wie der Telekommunikation als besonders kritisch zu charakterisieren, da zum einen die Wettbewerbsstrukturen weitaus weniger gefestigt sind als in anderen Wirtschaftssektoren, zum anderen der vertikal integrierte Incumbent über die Möglichkeit verfügt, Wettbewerber durch eine gezielte Preismaßnahmen auf der Vorleistungs- und Endkundenebene in Bedrängnis zu bringen. Vor diesem Hintergrund sind an etwaige Verdrängungsstrategien durch Preis-Kosten-Scheren vergleichsweise rigide Maßstäbe anzulegen.

⁶ Dabei soll der Hinweis auf das Erfordernis einer „hinreichend großen Zahl“ von Wettbewerbern nicht den Eindruck entstehen lassen, als ginge es um eine näher bestimmbare Quantität. Vielmehr soll verdeutlicht werden, dass ein nur punktueller Wettbewerb den Zielen des Telekommunikationsgesetzes nicht hinreichend Rechnung trüge. In diesem Sinne ist es erforderlich, dass die Nachbildbarkeit der Tarife des Incumbent zum einen grundsätzlich flächendeckend und zum anderen durch so viele Konkurrenten zu gewährleisten ist, dass dies der gesetzlichen Zielsetzung der Wettbewerbsförderung gerecht wird. Da sich die Frage nach der erforderlichen Zahl von Wettbewerbsunternehmen letztlich weder generell noch im konkreten Einzelfall eindeutig beantworten lässt, ist die genannte Formulierung so zu verstehen, dass sie vorrangig in qualitativer Hinsicht auf die Intensität des Wettbewerbs abzielt und lediglich hilfsweise auch die quantitative Komponente des nicht bloß punktuell zu fördernden Wettbewerbs adressiert.

2.2.2 Spezifische Kosten- und Ertragssituation eines effizienten Wettbewerbers

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es einem effizienten Wettbewerber möglich ist, seine Leistungen zumindest ebenso effizient bereitzustellen wie der etablierte Betreiber. Dafür spricht etwa, dass neue Anbieter in der Lage sind, ihre Netz- und Produktionsstrukturen, ihre Organisation und ihre Prozessabläufe von Beginn an im Hinblick auf die neuste am Markt verfügbare Technologie zu optimieren.

Allerdings impliziert die Wettbewerberperspektive auch eine Reihe von Unterschieden gegenüber der Kalkulation des etablierten Netzbetreibers. Hierzu zählen insbesondere

- die Realisierung (vorübergehend) geringerer Größen- und Verbundvorteile als das marktbeherrschende Unternehmen,
- wettbewerberspezifische Kosten (z.B. für Kollokation),
- höhere Risiken aufgrund fehlender historisch gewachsener Kundenbasis und Reputation und infolge dessen ggf. erhöhte Kapitalkosten,
- Unterschiede in der Kundenstruktur, die sich etwa auf kalkulationsrelevante Nutzungsprofile, Preiselastizitäten und durchschnittliche Vertragsdauern auswirken können, sowie
- Nachteile im Hinblick auf Lernkurveneffekte und sog. *first mover advantages* des Incumbent.

Die hier genannten Aspekte werfen allesamt die Frage auf, inwieweit es sich hierbei um unvermeidliche Effekte der Überführung eines Monopols in den Wettbewerb handelt oder aber um Ineffizienzen, für die im wettbewerblichen Umfeld kein Spielraum besteht. Dabei ist davon auszugehen, dass es sich im Wesentlichen um eine Frage des Übergangs handeln dürfte, deren Bedeutung sich im Zeitablauf erheblich verringert. Dies gilt sowohl für die Realisierung effizienter Größen- und Verbundvorteile als auch erst recht im Hinblick auf Lernkurveneffekte und die Kompensation von *first mover advantages* des etablierten Betreibers.

Ebenfalls sukzessive annähern dürften sich die (potenzielle) Reputation, Kundenbasis und -struktur von ehemaligem Monopolunternehmen und dessen Wettbewerbern. Während neue Anbieter in der Phase nach Marktöffnung im Wesentlichen nur um sehr wechselfertige und preissensible Kunden konkurrieren konnten⁷ und die Preise des marktbe-

⁷ Auch mehr als fünf Jahre nach Marktöffnung hatten erst 42 % der Haushalte und 30 % der Unternehmen von einer neu geschaffenen Wechselfähigkeit im Festnetz (Anschlusswechsel, Preselection, Call-by-Call) Gebrauch gemacht, vgl. Tätigkeitsbericht der Reg TP 2002 / 2003, S. 49.

herrschenden Unternehmens deutlich unterbieten mussten, um den Goodwill-Vorsprung des Incumbents auszugleichen, ist zwischenzeitlich davon auszugehen, dass es auch einigen der Wettbewerber gelungen ist, sich nachhaltig am Markt zu etablieren und Kunden mit einer stärkeren Bindung zu attrahieren. Ungeachtet dessen, dass einige Wettbewerber ohnehin mit finanzstarken international agierenden Unternehmen verbunden sind, dürften sich auch bei anderen Anbietern die Risiken und Schwierigkeiten der Kapitalbeschaffung mit zunehmender Festigung der Marktposition schrittweise verringert haben.

Davon unabhängig haben Wettbewerber spezifische Kosten zu tragen, die in Monopolzeiten nicht entstanden sind. Hierzu zählen beispielsweise Aufwendungen für die erforderliche Netzzusammenschaltung mit dem etablierten Betreiber. Teilnehmernetzbetreibern entstehen darüber hinaus spezifische Kosten etwa für Installation und Miete der Kollokationsräume am Hauptverteiler.⁸ Allerdings ist mit Blick auf diese Faktoren darauf hinzuweisen, dass sich auch deren Relevanz im Zuge der Realisierung von Skalenerträgen infolge einer erhöhten Marktdurchdringung erheblich relativiert.

So entstehen Infrastrukturwettbewerbern zwar unbenommen spezifische Kosten (z.B. zur Realisierung der Zusammenschaltung). Da ein effizientes Unternehmen aber langfristig im Wettbewerb bestehen muss, wird es eigene Stärken, d.h. langfristige Kostenvorteile außerhalb des Bereichs zugekaufter Vorleistungen bei dem marktbeherrschenden Unternehmen erschließen müssen. Eine ausschließliche Kurzfristbetrachtung, nach der Wettbewerber im Vergleich zum Referenzentgelt des Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht höhere Kosten aufweisen könnten, kann aus hiesiger Sicht keine sachliche Rechtfertigung zur Anhebung der Endkundenentgelte des Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht auslösen. Soweit auf die Kosten effizienter Wettbewerber abgestellt wird, sind auch langfristige Kosten zu betrachten. Insofern ist davon auszugehen, dass wettbewerberspezifische (Mehr-)Kosten im Regelfall einen Übergangscharakter aufweisen.

Die Monopolkommission sieht ebenfalls Unterschiede hinsichtlich Kosten und Ertragsmöglichkeiten zwischen dem Altmonopolisten und den anderen Telekommunikationsunternehmen, die sich unter anderem daraus ergäben, „dass die Kunden verschieden stark zum Wechsel des Anbieters neigen und dass die Kunden mit geringer Wechselneigung bzw. hohen Wechselkosten in stärkerem Maße bei dem früheren Monopolisten, d.h. der DTAG/T-Com, geblieben sind“, vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Sondergutachten 43, Bonn 2005, S. 78 f.

⁸ Vgl. WIK-Consult, Kurzgutachten zum Thema „Konsistentes Entgeltregulierungsregime im Zusammenhang mit der Betreiber(vor)auswahl im Ortsnetz“, November 2002, S. 11.

2.2.3 Berücksichtigungsfähigkeit wettbewerberspezifischer Kosten

In einem nächsten Schritt stellt sich nun die Frage nach den hieraus zu ziehenden Schlussfolgerungen für die regulatorische Behandlung wettbewerberspezifischer (Mehr-)Kosten. Konkret ist zu beurteilen, inwieweit diese bei der Bestimmung von Preis-Kosten-Scheren jeweils berücksichtigungsfähig sind. Dabei ist zu beachten, dass die Berücksichtigung wettbewerberspezifischer (Mehr-)Kosten tendenziell zu einer Vergrößerung der erforderlichen Spanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelten führt. Daraus wiederum folgt, dass das marktbeherrschende Unternehmen – kostenorientierte Zugangsentgelte vorausgesetzt – zur Vermeidung einer Preis-Kosten-Schere seine Endkundenentgelte auf ein Niveau anheben müsste, das ggf. oberhalb der von ihm realisierbaren Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung läge.

Ein solches Szenario verdeutlicht, dass die Anwendung der hier diskutierten Regelung zur Verhinderung von Preis-Kosten-Scheren unter bestimmten Voraussetzungen die Abwägung zwischen ggf. konfligierenden Zielsetzungen erfordert. So trägt die oben begründete grundsätzliche Berücksichtigung der Wettbewerberperspektive zwar der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs Rechnung, könnte aber im Ausnahmefall zur Untersagung bestimmter Tarifsenkungsmaßnahmen bzw. sogar zur Anhebung von Preisen beim marktbeherrschenden Unternehmen und mithin zumindest vorübergehend zu einer Beeinträchtigung der Nutzerinteressen führen. Da die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte jedoch mittel- und langfristig mit positiven Effekten für die Gesamtwirtschaft und für den Nutzen der Verbraucher verbunden ist, dürfte sich der hier skizzierte Zielkonflikt relativieren. Dennoch bliebe es letztlich unumgänglich, im Zweifelsfall eine prognostische Abwägung zwischen statischen und dynamischen Effizienzaspekten vorzunehmen. Danach wären Wohlfahrtsverluste in statischer Hinsicht infolge eines regulatorischen Eingriffs nur insoweit zu rechtfertigen, wie mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden könnte, dass diese in dynamischer Hinsicht überkompensiert würden.

Mit Blick auf die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 Nr. 1, 2 TKG bedeutet dies, dass bei Maßnahmen zur Verhinderung einer Preis-Kosten-Schere allenfalls eine kurzfristige Beeinträchtigung der Nutzerinteressen zu akzeptieren wäre, bei der davon auszugehen wäre, dass sie infolge der intendierten Wettbewerbsförderung im Zeitablauf durch positive Effekte auf den Verbrauchernutzen überkompensiert würde. Da diesbezüglich regelmäßig Prognoseunsicherheiten bestehen dürften, sind der Untersagung von Preissenkungsmaßnahmen bzw. der Auferlegung einer Preisanhebung zur Gewährleistung einer angemessenen Spanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelt in der praktischen Anwendung jedoch sehr enge Grenzen gesetzt.

Dies ergibt sich auch daraus, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen andernfalls infolge behördlicher Entscheidungen Gewinne entstünden, die ggf. über das Maß einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals hinausgingen. Diese zusätzlichen Erträge könnten vom Marktbeherrscher wiederum in strategischer Absicht dazu verwendet werden, um potenzielle Verdrängungspraktiken in anderen Märkten zu finanzieren. Zwar können entsprechend subventionierte Preise bei Vorliegen beträchtlicher Marktmacht im Falle des Dumping grundsätzlich vom Regulierer untersagt werden, mit Blick auf die praktische Anwendung erweist es sich jedoch prinzipiell als vorteilhaft, derartige Quersubventionierungsgefahren bereits in ihrer Entstehung einzudämmen.

Aus der hier skizzierten Problematik, dass aus der Berücksichtigung wettbewerberspezifischer Kosten eine ertragsmäßige Begünstigung des marktmächtigen Unternehmens und eine (kurzfristige) Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen folgen könnte, ist zunächst zu schließen, dass eine entsprechende Vorgehensweise eine sehr belastbare (Daten-)Grundlage voraussetzt. Dies wiederum bedeutet, dass die Beschwerdeführer mit hohen Anforderungen hinsichtlich einer hinreichend substantiierten Begründung ihres Missbrauchsverdachts konfrontiert sind. So sind spezifische Unterschiede gegenüber der als Referenz zu betrachtenden Kalkulation des etablierten Betreibers seitens der alternativen Anbieter dezidiert nachzuweisen. Ferner ist von Wettbewerbern, die sich infolge spezifischer (Mehr-)Kosten durch eine Preis-Kosten-Schere bedroht sehen, darzulegen, inwieweit es nicht vertretbar ist, davon auszugehen, dass die Nachteile durch Effizienzvorteile an anderer Stelle kompensiert werden können.

Insoweit dürfte die Messlatte für die Berücksichtigungsfähigkeit von Kostennachteilen infolge fehlender Lernkurveneffekte, mangelnder Skalenerträge und Verbundvorteile sowie asymmetrischer Risikoallokation durch die hier dargelegten Nachweispflichten alternativer Anbieter de facto sehr hoch liegen. Insbesondere ist bei Wettbewerbern grundsätzlich von dem gleichen kalkulatorischen Zinssatz auszugehen, wie er für das marktbeherrschende Unternehmen ermittelt worden ist. Dagegen ist die Rechtfertigung anderer Kalkulationsdifferenzen vermutlich tendenziell eher substantiiert darzulegen.

Ein Beispiel hierfür könnten etwa unterschiedliche Kundencharakteristika bzw. Nutzungsprofile darstellen, mit denen Wettbewerber typischerweise konfrontiert sind. So weist die Monopolkommission etwa darauf hin, dass sich durchschnittliche Verweildauern von Endkunden bei alternativen Netzbetreibern systematisch von denen beim ehemaligen Monopolunternehmen abweichen würden. Dies liege bereits daran, dass es insbesondere in ländlichen Anschlussbereichen keinen oder nur geringen Anschlusswettbewerb gibt und damit ein großer Teil der Endkunden der Deutschen Telekom AG überhaupt keine Wechselmöglichkeit zu einem anderen Anbieter habe. Hinzu komme, dass

der zahlenmäßig größte Teil der Endkunden des etablierten Betreibers weiterhin Analoganschlüsse nutze, bei denen ohnehin ein lediglich geringer Anschlusswettbewerb herrsche. Demgegenüber bestehe um die Kunden der alternativen Anbieter von Teilnehmeranschlüssen ein permanenter intensiver Wettbewerb sowohl seitens der Deutschen Telekom AG als gegebenenfalls auch noch anderer alternativer Anbieter. Während die von der Bundesnetzagentur unterstellte durchschnittliche Verweildauer von sieben Jahren bei demselben Anbieter für die Deutsche Telekom AG durchaus plausibel erscheine, ist dies für ein Wettbewerbsumfeld, in dem die alternativen Anbieter agieren, nach Auffassung der Monopolkommission eindeutig zu lang. Für den Preis-Kosten-Scheren-Test bedeute dies, dass die Kosten der TAL für die Wettbewerber unterschätzt würden.⁹

In diesen Ausführungen zeigt sich abermals, dass auch die Monopolkommission mit Blick auf die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere dezidiert für die Berücksichtigung wettbewerbsspezifischer Kosten eintritt. Wenn es nämlich auch effizienten Wettbewerbern prinzipiell nicht möglich ist, einmalige Bereitstellungs- bzw. Übernahmekosten über einen ebenso langen Zeitraum zu amortisieren wie der Incumbent, dann wird die Nachbildbarkeit eines Tarifs der Deutschen Telekom AG durch deren Konkurrenten in Frage gestellt, wenn bei der Ermittlung der erforderlichen Spanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelte nicht auch solche Aspekte in die Kalkulation einbezogen werden. Welche Unterschiede in den Kosten und Ertragsmöglichkeiten, die aus der Asymmetrie zwischen ehemaligem Monopolisten und deren (effizienten) Wettbewerbern resultieren, letztlich im Rahmen konkreter Preis-Kosten-Scheren-Tests Berücksichtigung finden können, bleibt jedoch eine Frage des Einzelfalls, die erst nach genauer Evaluation der jeweils vorgelegten Informationen zu klären ist. Denn erst auf Grundlage einer Bewertung, inwieweit die erbrachten Nachweise ausreichen, um eine Preis-Kosten-Schere zu belegen, und unter Einbeziehung einer Abschätzung potenzieller Folgen für Wettbewerb und Verbraucherinteressen kann schließlich über die Missbräuchlichkeit von Tarifmaßnahmen eines marktbeherrschenden Unternehmens entschieden werden.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass wettbewerberspezifische (Mehr-)Kosten im Regelfall einen Übergangscharakter aufweisen. Daher dürften die (langfristigen) Kosten des effizienten Wettbewerbers in der Summe grundsätzlich nicht höher anzusetzen sein als die des marktbeherrschenden Unternehmens.

⁹ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Sondergutachten 43, Bonn 2005, S. 77.

2.3 Verhältnis zwischen den Vermutungstatbeständen nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 TKG

Zunächst ist festzustellen, dass beide Vermutungstatbestände dazu dienen, ein missbräuchliches Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens zu präzisieren, das darauf gerichtet ist, durch preispolitische (Verdrängungs-)Maßnahmen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter erheblich zu beeinträchtigen. Während diesbezüglich im Allgemeinen auf die Marktverschiebungseffekte wettbewerbswidriger Preisabschlüsse fokussiert wird, spiegelt der Vermutungstatbestand der Preis-Kosten-Schere eine sektorspezifische Besonderheit, da diese Form des Verdrängungspotenzials aus der vertikalen Integration des marktbeherrschenden Unternehmens resultiert. Nachdem im Zuge der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes die für alternative Anbieter wesentlichen Zugangsleistungen des ehemaligen Monopolisten einer sektorspezifischen Entgeltregulierung nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unterworfen worden sind, sind dem marktbeherrschenden Unternehmen allerdings die Preissetzungsspielräume auf der Vorleistungsseite weitgehend beschränkt worden. Infolge dessen weisen beide Vermutungstatbestände de facto starke Parallelen auf, da es in beiden Fällen im Kern um die Frage geht, ob der Wettbewerb durch Tarifmaßnahmen des marktbeherrschenden Betreibers auf der Endkundenseite ohne sachliche Rechtfertigung erheblich beeinträchtigt wird.

Allerdings bestehen zwischen den beiden Vermutungstatbeständen auch materielle Unterschiede, die im Folgenden zur klareren Abgrenzung der hier fokussierten Thematik kurz dargestellt werden sollen. So ist zunächst zu differenzieren zwischen Endkundenmärkten, auf denen das gleiche Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, das auch hinsichtlich der zugrunde liegenden Vorleistungen marktbeherrschend ist, und solchen Endkundenmärkten, auf denen alternative Anbieter auf wettbewerblich bereitgestellte Vorleistungen zurückgreifen können (Abschnitt 2.3.1). Sodann ist zu diskutieren, inwieweit sich die Eingriffsschwellen zwischen den beiden Vermutungstatbeständen unterscheiden. Damit wird die Frage nach dem Verhältnis zwischen den langfristigen Zusatzkosten als der relevanten Preisuntergrenze i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG und den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (eines Wettbewerbers) als zentralem Anknüpfungspunkt nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG adressiert (Abschnitt 2.3.2). In diesem Zusammenhang ist auch zu erörtern, ob beide Maßstäbe auf die gleiche Bezugsgröße anzuwenden sind oder inwieweit hier eine Differenzierung geboten erscheint (Abschnitt 2.3.3). Schließlich ist zu fragen, welche Schlussfolgerungen sich mit Blick auf die zugrunde zu legenden Vorleistungsentgelte daraus ergeben, dass im Falle von Preis-Kosten-Scheren-Tests auf die Perspektive eines effizienten Wettbewerbers, im Rahmen der Dumping-Prüfung hingegen auf die interne Kalkulation des marktbeherrschenden Unternehmens abzustellen ist (Abschnitt 2.3.4). Darüber hinaus besteht ein Unterschied

dahingehend, dass für die Dumping-Prüfung im Rahmen der sektorspezifischen Entgeltregulierung auf die Binnenperspektive des marktmächtigen Unternehmens abzustellen ist, während der Preis-Kosten-Scheren-Test nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn Wettbewerber sowohl in Konkurrenz zu den Endnutzerpreisen des marktmächtigen Betreibers stehen als auch teilweise auf den Bezug von dessen Vorleistungen angewiesen sind. Unter dieser Voraussetzung können Wettbewerber Gefahr laufen, in eine Preis-Kosten-Schere zu geraten. Deshalb ist hier die Wettbewerberperspektive einzunehmen, um die Konkurrenzfähigkeit eines effizienten Wettbewerbers gegenüber dem vertikal integrierten Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf der Endkundenebene sicherzustellen. Mit Blick auf mögliche hieraus resultierende Unterschiede zwischen den Prüfungen der Vermutungstatbestände nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 und 2 TKG wird auf die Darstellungen in Abschnitt 2.2 verwiesen.

2.3.1 Unterscheidung zwischen Endkundenleistungen auf Basis regulierter oder wettbewerblich bereitgestellter Vorleistungen

Die beiden hier gegeneinander abzugrenzenden Vermutungstatbestände unterscheiden sich unter anderem dahingehend, dass die Dumping-Prüfung im Rahmen der sektorspezifischen Entgeltregulierung grundsätzlich für alle Tarife zur Anwendung kommen kann, während ein Preis-Kosten-Scheren-Test nur dann durchzuführen ist, wenn das auf Endkundenebene marktbeherrschende Unternehmen gleichzeitig auch über beträchtliche Marktmacht hinsichtlich zugrunde liegender Vorleistungen verfügt. Denn andernfalls, wenn nämlich die relevanten Vorleistungen vollständig in funktionierenden Wettbewerbsstrukturen angeboten werden, ist nicht davon auszugehen, dass auch auf Seiten der Vorleistungen bzw. der diesbezüglichen Entgelte ein Missbrauchspotenzial gegeben ist.

Daraus folgt, dass die Anwendung einer Preis-Kosten-Schere als Spezialfall preispolitischer Verdrängungsstrategien anzusehen ist, die einen vertikal integrierten Marktbeherrscher voraussetzt. In diesen Fällen ist regelmäßig davon auszugehen, dass die relevanten Vorleistungen (bzw. Teile davon) ebenfalls (potenziell) der sektorspezifischen Regulierung unterliegen. Insofern liegt die zentrale Zielsetzung der Verhinderung einer Preis-Kosten-Schere darin, die Spanne zwischen (reguliertem) Vorleistungs- und entsprechendem Endkundenentgelt ausreichend groß zu halten, um einem effizienten Wettbewerbsunternehmen eine angemessene Verzinsung zu ermöglichen. Demgegenüber zielt die Dumping-Prüfung insbesondere auch auf solche Endkundenleistungen ab, denen im Wesentlichen Vorleistungsprodukte zugrunde liegen, die wettbewerblich bereitgestellt werden und bei denen sich die Missbrauchsgefahr insoweit auf die Endkundenebene konzentriert.

2.3.2 Unterschiedliche Eingriffsschwellen

Ein zweiter Unterschied zwischen den Vermutungstatbeständen der § 28 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 TKG liegt in den verschieden ausgestalteten Eingriffsschwellen. Während im Rahmen der Dumping-Prüfung die langfristigen zusätzlichen Kosten (einschließlich einer angemessenen Verzinsung) des marktbeherrschenden Unternehmens die zentrale Bezugsgröße bilden, dürfte eine Preis-Kosten-Schere regelmäßig bereits dann eintreten, wenn das Endkundenentgelt des marktbeherrschenden Unternehmens die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) unterschreitet. Das liegt daran, dass es effizienten Wettbewerbern in diesen Fällen regelmäßig nicht möglich sein dürfte, auf Basis von Vorleistungsprodukten, deren Entgelte nach dem KeL-Maßstab reguliert werden, profitabel mit dem vertikal integrierten Marktbeherrscher zu konkurrieren.¹⁰

Auch hierin spiegelt sich der spezifische Ansatz der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung wider, der sich vom Konzept der langfristigen Zusatzkosten als der wettbewerbskonformen Preisuntergrenze substantiell unterscheidet. Die Betrachtung der langfristigen Zusatzkosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung zielt grundsätzlich darauf ab, die Subventionsfreiheit von einzelnen Tarifen bzw. Teilmengen von Diensten eines Mehrproduktunternehmens festzustellen. Dafür ist es erforderlich, dass die Entgelte jeder Einzelleistung wenigstens den langfristigen Zusatzkosten und die Erlöse der betrachteten Teilmenge ihren Gesamtkosten entsprechen. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass es zum einen bei der betrachteten Teilmenge von Diensten nicht zu einer Subventionierung durch andere Bereiche kommt, zum anderen aber auch keine Quersubventionierung innerhalb der Teilmenge erfolgt, da jede einzelne Leistung zumindest ihre Zusatzkosten deckt. Gleichzeitig werden bei Anwendung dieses Konzepts Spielräume bei der Aufteilung der Gemeinkosten gewährt.¹¹

Demgegenüber ist es mit Blick auf die Gewährleistung einer ausreichenden Spanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelt erforderlich, dass die bei der Ermittlung eines nach dem KeL-Maßstab regulierten Vorleistungsproduktes in Ansatz gebrachten Gemeinkosten auch bei der Bestimmung der Preisuntergrenze berücksichtigt werden, da die Kalkulation eines effizienten Wettbewerbsunternehmens, das auf Vorleistungen des Marktbeherrschers angewiesen ist, diese Gemeinkosten ebenfalls beinhaltet. Allerdings kommt dieser Unterschied nur dann zum Tragen, wenn die beiden Prüfkonzepte auf einzelne Tarife angewandt werden. Wird hingegen der oben skizzierte sog. modifizierte Zu-

¹⁰ Dies gilt erst recht dann, wenn die relevanten Vorleistungsentgelte gar nicht oder nur nach dem Missbrauchsmaßstab reguliert werden, da sie in beiden Fällen typischerweise nicht unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen werden.

¹¹ Vgl. Groebel, in Säcker (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2006, § 28, Rdnr. 42f.

satzkostentest auf eine Teilmenge von Diensten bezogen, für die gilt, dass die hierdurch erzielten Erlöse deren Gesamtkosten – d.h. auch deren Gemeinkosten - decken müssen, verliert auch die hier beschriebene Differenzierung bei der Eingriffsschwelle ihre Bedeutung. Diese kann sich dann allenfalls noch daraus ergeben, dass – wie in Abschnitt 2.2 ausführlich diskutiert – im Rahmen der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung die Wettbewerbersperspektive und somit ggf. andere Kosten zugrunde zu legen sind als mit Blick auf den Zusatzkostentest, der auf die Binnenperspektive und die daraus resultierende Kalkulation des marktbeherrschenden Unternehmens abstellt.

2.3.3 Relevanter Bezugspunkt

Eine weitere Differenzierungsmöglichkeit zwischen den beiden Vermutungstatbeständen könnte in unterschiedlichen relevanten Bezugspunkten gesehen werden. Daraus ergibt sich etwa die Frage, ob sich die Dumping- bzw. Preis-Kosten-Scheren-Prüfung jeweils auf ganze Tarife oder einzelne Tarifelemente (z.B. Zeitintervalle) beziehen sollte. Auch stellen sich in diesem Zusammenhang Fragen nach der Behandlung von Budget- und (partiellen) Pauschaltarifen sowie danach, ob sich die jeweiligen Prüfungen auf einzelne Entgeltmaßnahmen oder eine Mehrzahl von Tarifen erstrecken sollen.

Ungeachtet dessen, dass eine Auseinandersetzung mit diesen Fragen erst in Kapitel 4 erfolgt, ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass sich hieraus eine Differenzierung zwischen Dumping-Prüfung einerseits und Preis-Kosten-Scheren-Test andererseits ergeben dürfte. Da beide Vermutungstatbestände darauf gerichtet sind, erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu identifizieren und infolge dessen regulatorisch auszuschießen, spricht vieles dafür, in beiden Fällen denjenigen Bezugspunkt zu wählen, der dieser Zielsetzung bestmöglich Rechnung trägt. Warum in der gleichen Sache etwa hinsichtlich des Dumping-Vorwurfs auf bestimmte Zeitschlitze oder Budgets, im Hinblick auf die Preis-Kosten-Scheren-Prüfung jedoch beispielsweise auf eine kundenbezogene Gesamtbetrachtung abgestellt werden, ist nicht erkennbar. Vielmehr sollte sich diesbezüglich nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Konsistenzgebotes eine einheitliche, ökonomisch fundierte Anwendungspraxis etablieren.

2.3.4 Unterscheidung der zugrunde zu legenden Vorleistungsentgelte je nach einzu-nehmender Perspektive

Abschließend stellt sich die Frage, inwieweit sich eine Differenzierung mit Blick auf die im Rahmen der Prüfung zugrunde zu legenden Vorleistungsentgelte daraus ergibt, dass im

Falle von Preis-Kosten-Scheren-Tests auf die Perspektive eines effizienten Wettbewerbers, im Rahmen der Dumping-Prüfung hingegen auf die interne Kalkulation des marktbeherrschenden Unternehmens abzustellen ist. Mit Blick auf Preis-Kosten-Scheren-Tests ist diese Frage unter der oben skizzierten Prämisse regulierter Zugangsentgelte zunächst im Grundsatz eindeutig zu beantworten, da die Kalkulation eines effizienten, auf die entsprechende Vorleistung angewiesenen Wettbewerbers unmittelbar auf dem genehmigten Zugangsentgelt aufsetzt. Eine Dumping-Prüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG hingegen zielt auf die Frage, inwieweit das Entgelt einer betreffenden Leistung deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung deckt. Diese Betrachtung adressiert typischerweise die Kalkulation des marktbeherrschenden Unternehmens, sodass diesbezüglich prinzipiell auch diskutiert werden könnte, auf jene Kosten zu rekurren, die der betroffene Netzbetreiber selbst als (effiziente) Kosten geltend macht.

2.4 Mögliche Wettbewerbswirkungen von Preis-Kosten-Scheren

Das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere gilt nach § 28 TKG als Vermutungstatbestand für eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt. Dabei handelt es sich um einen Sachverhalt, der durch die ökonomischen, technischen und historischen Besonderheiten des Sektors gekennzeichnet ist. Denn eine entscheidende Voraussetzung für das Auftreten von Preis-Kosten-Scheren liegt in dem Übergang von einem Monopol in wettbewerbliche Marktverhältnisse begründet, der ein komplexes Beziehungsgeflecht zwischen etabliertem und neu in den Markt eingetretenen Betreibern mit sich gebracht hat. So ist im Gegensatz zu anderen Wirtschaftssektoren eine spezifische Wettbewerbssituation entstanden, in der auf der einen Seite ein vertikal integriertes Unternehmen steht, das sowohl im Vorleistungsbereich als auch auf den meisten Endkundenmärkten über beträchtliche Marktmacht verfügt. Auf der anderen Seite stehen unterschiedliche Typen von Wettbewerbern, die nahezu allesamt – wenn auch in verschiedener Weise – auf Vorleistungen des Marktbeherrschers angewiesen sind.

Diese Konstellation, die so oder in ähnlicher Form in ganz Europa nach der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte anzutreffen war, führt dazu, dass das ehemalige Monopolunternehmen auf den Endkundenebene mit eben jenen Unternehmen in Konkurrenz steht, die auf der anderen Seite Vorleistungen von ihm in Anspruch nehmen. Das bedeutet, dass das marktmächtige Unternehmen - im Gegensatz zu anderen Sektoren – nicht nur durch isolierte Maßnahmen auf Endkundenebene, sondern prinzipiell auf unterschiedliche Weise seine Marktstellung missbräuchlich ausnutzen kann. So besteht neben

der Möglichkeit, Wettbewerber durch Endkundenpreise unterhalb der langfristigen Zusatzkosten vom Markt zu verdrängen bzw. vom Markteintritt abzuhalten, - von entsprechenden regulatorischen Vorgaben abstrahierend - auch die Option, Konkurrenten höhere Vorleistungsentgelte in Rechnung zu stellen als (implizit) dem eigenen Vertriebsbereich. In diesem Sinne gibt es grundsätzlich drei verschiedene Kombinationen von Vorleistungs- und Endkundenentgelten, die zu einer Preis-Kosten-Schere führen können:

- (a) Das marktbeherrschende Unternehmen verlangt von seinen Wettbewerbern ein überhöhtes Vorleistungsentgelt, kalkuliert jedoch seine Endkundenpreise kostenorientiert,
- (b) Der Marktbeherrscher bietet seine Vorleistungen zwar zu effizienten Kosten an, senkt aber seine Endkundenpreise auf eine kostenunterdeckendes Niveau ab,
- (c) Der vertikal integrierte Marktbeherrscher kombiniert die beiden vorstehenden Verhaltensweisen, was einer Quersubventionierung des Endkundengeschäfts durch den Vorleistungsbereich entspräche.

Im Unterschied zu anderen Sektoren liegt demnach eine Situation vor, in der es dem vertikal integrierten Betreiber grundsätzlich möglich ist, seine Marktmacht sowohl auf der Endkunden- als auch auf der Vorleistungsebene in einer Weise zu nutzen, die seine Konkurrenten in eine Preis-Kosten-Schere geraten ließe. In der Praxis ist diese Gefahr jedoch durch die bestehende Entgeltregulierung bei wesentlichen Zugangsleistungen erheblich reduziert. Denn soweit für das relevante Vorleistungsprodukt eine regulatorische Zugangsverpflichtung auferlegt worden ist und das Entgelt demzufolge nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung reguliert ist, stehen dem marktbeherrschenden Unternehmen die Optionen (a) und (c) nicht mehr zur Verfügung. Das Missbrauchspotenzial beschränkt sich in diesen Fällen insoweit auf die Variante (b).

Darüber hinaus leistet eine effektive Vorleistungsregulierung in einem Sektor, der durch hohe versunkene Kosten geprägt ist, auch einen erheblichen Beitrag dazu, etwaige Verdrängungspreisstrategien von vornherein unprofitabel erscheinen zu lassen. Denn die Tatsache, dass alternative Anbieter stets die Möglichkeit haben, auf Basis regulierter Vorleistungsprodukte und damit unter Inkaufnahme vergleichsweise geringer Irreversibilitäten in den Markt einzutreten, führt dazu, dass die Kosten, die dem marktbeherrschenden Unternehmen durch kostenunterdeckende Preise im Rahmen von Dumping-Praktiken entstehen würden, zu einem späteren Zeitpunkt nicht ohne weiteres zu amortisieren sein dürften. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass Wettbewerber in den vergangenen Jahren erhebliche Investitionen getätigt haben, von denen ein beträchtli-

cher Teil als versunkene Kosten zu charakterisieren ist. Die hieraus resultierenden Marktaustrittsbarrieren dürften die Wahrscheinlichkeit erfolgreichen Verdrängungswettbewerbs grundsätzlich verringern.

Gleichwohl ist die Gefahr von Verdrängungspreisstrategien auch durch eine effektive Zugangsregulierung allein nicht auszuschließen. Denn es liegt in der Natur der Sache, dass die Vorleistungsregulierung einerseits eine entscheidende Grundlage für den Wettbewerb darstellt und alternativen Anbietern Wettbewerbsoptionen eröffnet, andererseits aber nur bedingt Schutz vor wettbewerbsbehindernden Praktiken des marktbeherrschenden Betreibers bietet. Zwar verringert eine funktionierende Zugangsregulierung für das marktbeherrschende Unternehmen Anreize für Marktverschließungsstrategien. Für die Höhe von Marktzutrittsbarrieren sind jedoch nicht bloß die erforderlichen Infrastrukturinvestitionen bzw. -kosten von Bedeutung, sondern auch endogene versunkene Kosten des Markteintritts sowie deren Verhältnis zu potenziell erzielbaren Gewinnen. 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.

Die Relevanz dieser Erwägungen für den Telekommunikationssektor liegt auf der Hand: Der Telekommunikationssektor ist ein sehr werbeintensivster Wirtschaftszweige; insofern spielen endogene Marktzutrittskosten eine wichtige Rolle. Auch Kundenwechselkosten sind von erheblicher Bedeutung für die Wettbewerbsverhältnisse.¹² In Anbetracht der Tatsache, dass es seit der Marktöffnung zu einem deutlichen Absinken der Preise gekommen ist, sind die – bezogen auf die endogenen Marktzutrittskosten - geringen Margen in gewisser Weise als Marktzutrittsschranken zu interpretieren. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Wettbewerber des ehemaligen Monopolunternehmens naturgemäß im Wesentlichen nur in dem preissensiblen Kundensegment Marktanteile gewinnen können. Das bedeutet, dass als Referenzpreise für sie weniger die Standardentgelte als vielmehr die Optionsangebote des Incumbent relevant sind. Um Nachteile hinsichtlich Reputation und Markenbindung auszugleichen, sind nach wie vor die meisten der neuen Anbieter gezwungen, die Referenzpreise des etablierten Betreibers signifikant zu unterschreiten.

¹² Vgl. Monopolkommission (2001): Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Tz. 26 - 29.

Hinzu kommt, dass die Wahrscheinlichkeit von Verdrängungsstrategien auch von Fragen der Unternehmensfinanzierung abhängt. In diesem Zusammenhang formuliert die Europäische Kommission:

“However, predation is certainly not impossible, for instance in case of multiple markets where reputation effects are important and in case the dominant company is less dependent on external financing than (potential) entrants.”¹³

Im Ergebnis folgt daraus, dass eine effiziente Vorleistungsregulierung – im Schmalbandbereich in Verbindung mit der Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl - zwar Gefahren des Preishöhenmissbrauchs reduzieren kann, aber alleine, d.h. ohne eine flankierende effektive Kontrolle wettbewerbsbehindernder Strategien des marktbeherrschenden Betreibers, wie sie sich etwa in Preis-Kosten-Scheren manifestieren können, nicht ausreicht, um den Fortbestand der in vielen Bereichen noch nicht hinreichend abgesicherten Wettbewerbsstrukturen und mithin das Ziel chancengleichen Wettbewerbs dauerhaft zu gewährleisten.

Dabei ist zu betonen, dass die Zielsetzung von Preis-Kosten-Scheren-Prüfungen gemäß § 28 TKG nicht in einem pauschalen *Wettbewerberschutz*, sondern im *Wettbewerbschutz* zu sehen ist. Denn im Kern geht es darum, eben jene effizienten Wettbewerbsunternehmen vor den Gefahren einer Preis-Kosten-Schere zu bewahren, die einen Beitrag zur Sicherung nachhaltiger Wettbewerbsstrukturen auf den Telekommunikationsmärkten leisten können.

In diesem Sinne wird mit Blick auf mögliche Marktverschiebungseffekte auch von der Kommission wie folgt argumentiert:

„The concern is to prevent exclusionary conduct of the dominant firm which is likely to limit the remaining competitive constraints on the dominant company, including entry of newcomers, so as to avoid that consumers are harmed. This means that it is competition, and not competitors as such, that is to be protected.”¹⁴

Dabei stellt die Kommission klar, dass auch dann von Marktverschiebungseffekten gesprochen werden kann, wenn Wettbewerber durch das Verhalten des Marktbeherrschers

¹³ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005, S. 29, Tz. 97.

¹⁴ Vgl. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005, S. 17, Tz. 54.

nicht zum vollständigen Marktaustritt gezwungen werden, sondern lediglich in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten behindert werden:

„By foreclosure is meant that actual or potential competitors are completely or partially denied profitable access to a market. Foreclosure may discourage entry or expansion of rivals or encourage their exit. Foreclosure thus can be found even if the foreclosed rivals are not forced to exit the market: it is sufficient that the rivals are disadvantaged and consequently led to compete less aggressively. Rivals may be disadvantaged where the dominant company is able to directly raise rivals' costs or reduce demand for the rivals' products.”¹⁵

3. Diskussion verschiedener Prüfansätze zur Bestimmung der Kosten eines effizienten Wettbewerbers

Wie in Abschnitt 2.1 dargelegt, ist mit Blick auf die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG grundsätzlich die Perspektive eines effizienten Wettbewerbers relevant. Das bedeutet, dass es erforderlich ist, eine Abschätzung der Kostensituation eines effizienten Wettbewerbers vorzunehmen, für die prinzipiell verschiedene methodische Ansätze in Betracht kommen. Davon haben in der Diskussion bisher im Wesentlichen zwei unterschiedliche Vorgehensweisen eine Rolle gespielt: Zum einen die insbesondere von der Deutschen Telekom AG geforderte Vergleichsbetrachtung, die auf Preise wettbewerblicher Angebote auf dem gleichen Markt abstellt (vgl. Abschnitt 3.1); zum anderen die Anwendung einer Abstandsregel (z.B. IC+25 %) unter Bezugnahme auf relevante Vorleistungsentgelte, die in der Vergangenheit von der Bundesnetzagentur bereits im Rahmen der Genehmigungspflicht von Endkundenentgelten des marktbeherrschenden Unternehmens zur Anwendung gekommen ist (vgl. Abschnitt 3.2). Beide Ansätze sollen nachfolgend in ihren Grundzügen dargestellt und anschließend diskutiert werden.

3.1 Heranziehung von Wettbewerberangeboten auf dem gleichen Markt

Mit Blick auf die Prüfung missbräuchlicher Preisabschläge und Preis-Kosten-Scheren wird mitunter vorgeschlagen, zunächst auf Preisvergleiche abzustellen. Danach ist als

¹⁵ Vgl. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005, S. 18, Tz. 58.

erstes zu fragen, ob es neben dem marktbeherrschenden Unternehmen andere Anbieter in Deutschland gibt, die ein entsprechendes Produkt zu vergleichbaren Konditionen anbieten. Wenn dies der Fall sei, sei keine weitere Untersuchung durchzuführen.

Dementsprechend hat die Deutsche Telekom AG im Rahmen der von ihr zuletzt gemäß § 39 Abs. 3 TKG angezeigten Tarifmaßnahmen regelmäßig jeweils auch einen Vergleich mit Angeboten alternativer Anbieter vorgelegt und daraus abgeleitet, dass günstigere Tarife ihrer Konkurrenten jedwede Vermutung potenzieller Missbräuchlichkeit unmittelbar widerlegen würden.

Diese Argumentation vernachlässigt jedoch die ausgeprägten Interdependenzen zwischen den Preisen eines marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Konkurrenten auf demselben Markt. Nicht zuletzt aus diesem Grunde bestehen erhebliche Zweifel an der Aussagekraft einer Vergleichsbetrachtung mit alternativen Angeboten auf dem gleichen Markt. Im Folgenden werden die für diese Einschätzung ausschlaggebenden Überlegungen dargestellt (Abschnitt 3.1.1) und auf praktische Schwierigkeiten von Preisvergleichen eingegangen (Abschnitt 3.1.2). Sodann wird der Frage nachgegangen, welche Schlussfolgerungen aus dem gesetzlichen Vorrang für Vergleichsmarktbetrachtungen zu ziehen sind und ob es sich bei der hier diskutierten Vorgehensweise überhaupt um ein Vergleichsmarktkonzept im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG handelt (Abschnitt 3.1.3). Schließlich werden in Abschnitt 3.1.4 aus den spezifischen Rahmenbedingungen und Zielsetzungen des Anzeigeverfahrens Voraussetzungen abgeleitet, unter denen im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung Vergleichsbetrachtungen angestellt werden können.

3.1.1 Interdependenzen zwischen Preisen marktbeherrschender und neuer Anbieter

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass sich alternative Anbieter auf einem Endkundenmarkt, der durch fehlenden wirksamen Wettbewerb gekennzeichnet ist, nur dann erfolgreich positionieren können, wenn sie die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens (signifikant) unterbieten. Dies gilt um so mehr, je ausgeprägter die Homogenität der Leistung und je höher die (subjektiven) Wechselkosten der Kunden sind. Insoweit stellt der Preis des etablierten Betreibers aus Sicht der Wettbewerber ein Datum im Sinne einer exogenen Größe dar, die für die eigene Vertriebsstrategie von entscheidender Bedeutung ist.

Ausgehend von dieser Prämisse zeigt sich, dass sich eine eindeutige Interpretation von Wettbewerberpreisen als problematisch erweist. Insbesondere kann aus der Tatsache,

dass Wettbewerber im Grunde der Logik der Preisunterbietung folgen müssen, nicht gefolgert werden, dass dies in jedem Fall auch kostendeckend bzw. ohne Inkaufnahme einer Preis-Kosten-Schere geschieht. Vielmehr erscheint es durchaus nicht unwahrscheinlich, dass neue Anbieter in der Phase der Markterschließung bereit sind bzw. sein müssen, (Anlauf-)Verluste zu akzeptieren.

Gegen diese Sichtweise kann argumentiert werden, dass Wettbewerber zumindest mittel- bis langfristig kostendeckend wirtschaften müssen. Diese Annahme beseitigt jedoch nicht das Problem, dass sich die im Rahmen eines Tarifvergleiches zu einem bestimmten Zeitpunkt als günstigste Anbieter ausgewiesenen Unternehmen durchaus gerade in einer Situation befinden können, in der sie auch durch kostenunterdeckende Angebote versuchen, Kunden an sich zu binden.

Ungeachtet dessen, dass die Frage nach dem relevanten Bezugspunkt eines Preis-Kosten-Scheren-Tests (einzelnes Entgelt oder Kombination von Tarifen) erst in Abschnitt 4.3 zu vertiefen sein wird, ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Methode der Vergleichsbetrachtung für eine Portfoliobetrachtung kaum geeignet erscheint. Vielmehr hat auch die Deutsche Telekom AG in der Vergangenheit stets Vergleichswerte mit Bezug auf einzelne Tarifmaßnahmen vorgelegt. Die Aussagekraft der jeweils günstigsten Angebote für einzelne Leistungen ist jedoch offenkundig schon deshalb sehr begrenzt, weil selbst für den Fall, dass die betrachteten Unternehmen jederzeit ihre gesamten Kosten decken, eine Preis-Kosten-Scheren-Situation in Bezug auf einzelne Leistungen bzw. Tarife nicht auszuschließen ist. Das wiederum verdeutlicht, dass auch langfristig eine Situation eintreten kann, in der die jeweils günstigsten Angebote für einzelne Leistungen - trotz insgesamt profitabler Anbieter - nicht kostendeckend kalkuliert sind. Vielmehr ist davon auszugehen, dass im Wettbewerb tarifbezogen temporäre Defizite entstehen können, die durch Deckungsbeiträge anderer Produkte bzw. Produktkombinationen oder im Rahmen längerfristiger Strategien durch zukünftige Preissetzungsspielräume infolge erhöhter Kundenbindungen auszugleichen sind.

Daraus ist zu schlussfolgern, dass die isolierte Betrachtung einzelner Tarifmaßnahmen der Wettbewerber im Rahmen einer Vergleichsbetrachtung grundsätzlich nicht zielführend ist, weil etwaige Mischkalkulationen der Wettbewerber unberücksichtigt bleiben. Soweit es sich bei diesen Anbietern nicht um marktmächtige Betreiber handelt, sind derartige Mischkalkulationen jedoch weder unüblich noch wettbewerbsbeeinträchtigend und daher auch nicht zu beanstanden. Unabhängig davon, ob solche Mischkalkulationen mit Blick auf die hier in Rede stehende Fragestellung als relevant erachtet werden, ist diesbezüglich jedenfalls festzustellen, dass Vergleichsbetrachtungen auch nicht geeignet erscheinen, um Indizien für das Vorliegen von Preis-Kosten-Scheren in Bezug auf be-

stimmte Leistungsportfolios zu generieren. Hierzu wären beispielsweise umfangreiche Mengengerüste und Gewichtungsschemata zu ermitteln, wodurch in einem dynamischen Wettbewerbsumfeld mit vielfältigen und komplexen Tarifstrukturen eine Vielzahl von Fragen aufgeworfen würde, die im Rahmen eines operationalisierbaren Vergleichsverfahrens kaum lösbar erscheinen.

Schließlich würde aus der hier vertretenen Prämisse, dass die Wettbewerber des Marktbeherrschers unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten „gezwungen“ sind, dessen Preise zu unterbieten, die Gefahr resultieren, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine Konkurrenten „vor sich her treiben“ könnte, wenn die Missbräuchlichkeit seines Verhaltens im Wesentlichen nach einem Vergleich mit nationalen Wettbewerberangeboten beurteilt würde. Dann nämlich wäre der Marktbeherrscher prinzipiell in der Lage, jede Preissenkung seiner Konkurrenten nachzuvollziehen und diese jeweils zu „zwingen“, ihre Preise weiter abzusenken bis auf ein Niveau, bei dem keine Kostendeckung mehr gewährleistet wäre bzw. eine Preis-Kosten-Schere vorläge.

Wenn es entsprechend obiger Argumentation bereits ausreichen würde, wenn ein einziger Wettbewerber ein bestimmtes Produkt zu vergleichbaren Konditionen anbietet, würde dies dem etablierten Betreiber letztlich sogar die Möglichkeit verschaffen, sich an einzelnen (Einführungs-)Angeboten zu orientieren und günstiger als das Gros bzw. ein wesentlicher Teil ihrer Wettbewerber anzubieten.

3.1.2 Problematik eines „qualifizierten“ Tarifvergleichs angesichts komplexer Tarifstrukturen und Bündelpraktiken

Unabhängig von den hier dargestellten generellen Zweifeln an der Aussagekraft etwaiger Vergleichsbetrachtungen mit alternativen Angeboten auf dem gleichen Markt, würde die hier diskutierte Methodik in ihrer konkreten Anwendung eine Reihe von Fragen aufwerfen. So erweise sie sich schon wegen der am Markt zunehmend zu beobachtenden Bündelpraktiken als problematisch. Da derzeit beispielsweise die günstigsten Telefondienstangebote häufig Bestandteil von Paketangeboten sind, die u.a. auch breitbandige Anschluss- und Internetzugangsleistungen umfassen, ist die Vergleichbarkeit mit isolierten Telefentarifen häufig nur sehr eingeschränkt gewährleistet.

Als Beleg hierfür können die von der Deutschen Telekom AG im Rahmen ihrer Tarifanzeige zu „Call XXL Fulltime“ vorgelegten Unterlagen herangezogen werden, denen zufolge eine größere Zahl von Wettbewerbern vergleichbare Leistungen zu weniger als dem halben Preis anboten. Bereits eine cursorische Prüfung der vorgelegten Daten hatte je-

doch seinerzeit ergeben, dass es sich hierbei regelmäßig um konditionierte Angebote handelte, die keineswegs ohne weiteres den Anforderungen einer unmittelbaren Vergleichbarkeit genügten. Vielmehr wurden Preise aufgeführt, die an den Erwerb höherwertiger Anschlussvarianten, die Abnahme zusätzlicher (breitbandiger) Leistungen oder die Zahlung eines deutlich erhöhten Grundentgeltes geknüpft waren. Wenn jedoch etwa - wie mitunter der Fall – über das Grundentgelt bereits eine Nebenzeit-Flatrate abgegolten wird und sich der aufgeführte Preis lediglich noch auf das Delta zur Full-Flatrate bezieht, kann von einer Vergleichbarkeit der Produkte nicht mehr die Rede sein.

Diese Erwägungen verdeutlichen, dass die Validierung der seitens des marktbeherrschenden Unternehmens vorgelegten Daten und deren Bewertung als relativ aufwändig anzusehen ist, sodass die Durchführbarkeit einer „qualifizierten“ Vergleichsbetrachtung in der hier adressierten Form selbst im Rahmen des Ex-post-Verfahrens in Zweifel zu ziehen ist.

Überdies hat die Tarifanzeige des „XXL Fulltime“ durch die Deutsche Telekom AG ein weiteres Problem offenbart, das die Komplexität derartiger Vergleichsmarktbetrachtungen verdeutlicht. Wenn nämlich Wettbewerber bestimmte Leistungen nicht in gleicher Weise unkonditioniert, entbündelt und in Verbindung mit verschiedenen Anschlussstypen anbieten wie der etablierte Betreiber, steht in Frage, worauf sich der anzustellende Vergleich zu beziehen hat. Im vorliegenden Fall etwa hatte die Deutsche Telekom AG eine Vergleichsübersicht vorgelegt, nach der eine Vielzahl alternativer Angebote (teils deutlich) günstiger waren als das eigene.

Wäre jedoch die Fragestellung dahingehend modifiziert worden, bei welchem Anbieter ein Kunde das Paket aus einem (analogen) Anschluss und einer Telefonie-Flatrate insgesamt am günstigsten erhalten kann, hätte sich im Ergebnis ein vollkommen anderes Bild ergeben, weil die günstigen wettbewerblichen Telefonie-Flatrates regelmäßig nur in Verbindung mit Zusatzleistungen bzw. höherwertigen Anschlussvarianten zu erhalten waren.

So unterstreicht auch dieses Beispiel die Schwierigkeiten, die mit der Erstellung einer belastbaren Vergleichsmarktbetrachtung verbunden sind und die – neben den übrigen Aspekten – dafür sprechen, mit dem Instrument der Vergleichsbetrachtung zumindest in der hier diskutierten Form äußerst zurückhaltend umzugehen.

Zwischenergebnis:

Da die von neuen Anbietern verlangten Preise in hohem Maße von denen des marktbeherrschenden Unternehmens abhängen und insoweit bei den Wettbewerbern Unsicherheit über die Beziehung zwischen Preisen und zugrunde liegenden Kosten besteht, ist es äußerst schwierig, aus einem Vergleich mit Wettbewerberangeboten auf dem gleichen Markt belastbare Schlussfolgerungen im Hinblick auf Fragen der Kostendeckung bzw. Preis-Kosten-Scheren und mithin der Missbräuchlichkeit von Tarifmaßnahmen des etablierten Betreibers zu ziehen. Abgesehen von den oben dargestellten grundlegenden Bedenken erweist sich die Durchführung einer qualifizierten Vergleichsmarktbetrachtung in einem von zunehmender Produktbündelung geprägten Wettbewerbsumfeld als hoch komplex. Gleichwohl sollte die Durchführung von Tarifvergleichen unter Beachtung der Marktbesonderheiten im Hinblick auf die Missbräuchlichkeitsprüfung auch nicht kategorisch ausgeschlossen werden.

3.1.3 Bedeutung verschiedener Methoden bei der Ex-post-Missbrauchskontrolle

Im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung nach den Maßstäben des § 28 TKG kann die Bundesnetzagentur gemäß § 38 Abs. 2 S. 3 TKG nach § 33 TKG vorgehen, wenn eine Überprüfung nach dem Vergleichsmarktprinzip entsprechend § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG nicht möglich sein sollte. Hieraus lässt sich hinsichtlich der anzuwendenden Methodik grundsätzlich ein Primat der Vergleichsmarktbetrachtung ableiten. Allerdings wird dies in der Gesetzesbegründung explizit nur auf die Preishöhenkontrolle (§ 26 Abs. 1 Nr. 1 TKG-E) bezogen. Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass ein möglicher Dumpingvorwurf ebenfalls durch Überprüfung der Kosten erfolgen kann. Mit Blick auf die bei Preis-Kosten-Scheren-Tests anzuwendende Methodik werden in der Gesetzesbegründung keine dezidierten Aussagen getroffen.

Diesbezüglich könnte die Auffassung vertreten werden, dass es gesetzlich vorgesehen sei, zunächst auf Preisvergleiche abzustellen und nur subsidiär entweder einen Preis-Dumping- oder einen Preis-Kosten-Scheren-Test durchzuführen.

Hierzu ist Folgendes festzustellen:

Zum einen sind Preisvergleiche, wie sie von der Deutschen Telekom AG vorgelegt worden sind, nicht als Vergleichsmarktbetrachtungen im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG zu charakterisieren. Dort heißt es, dass die Behörde „Preise solcher Unternehmen als Vergleich heranziehen (kann), die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren, dem Wett-

bewerb geöffneten Märkten anbieten“. Preise von alternativen Anbietern auf dem gleichen Markt sind hier nicht adressiert und nach den Ausführungen in den Abschnitten 3.1.1 und 3.1.2 auch sowohl unter theoretischen als auch unter praktischen Gesichtspunkten nur bedingt geeignet, um aus ihnen belastbare Schlussfolgerungen abzuleiten.

Zum anderen ist die Vorschrift nicht so zu verstehen, dass Vergleichsmarktbetrachtungen ein Vorrang gegenüber der Preis-Dumping- und Preis-Kosten-Scheren-Prüfung eingeräumt wird, sondern vielmehr so, dass im Rahmen der Prüfung der Missbrauchsmaßstäbe und Vermutungstatbestände des § 28 TKG grundsätzlich – soweit möglich – zunächst auf das Vergleichsmarktprinzip rekurriert werden soll. Ausweislich der Gesetzesbegründung dürfte dies insbesondere im Hinblick auf die Untersuchung eines Preishöhenmissbrauchs gelten.

Die Anwendbarkeit von Vergleichsmarktbetrachtungen im Rahmen von Preis-Kosten-Scheren-Tests ist hingegen grundsätzlich zu problematisieren. Da in diesem Zusammenhang die Bezugnahme auf die Kosten eines effizienten Wettbewerbsunternehmens erforderlich ist, dürften internationale Endkundenmärkte für einen Vergleich kaum in Betracht kommen, da sich die Vorleistungskosten international in Höhe und Struktur von den hiesigen Gegebenheiten unterscheiden dürften. Darüber hinaus dürfte eine angemessene Berücksichtigung von Besonderheiten ausländischer Endkundenmärkte unter Einbeziehung der jeweiligen Wettbewerbssituation kaum gelingen.

Um dem grundsätzlichen gesetzlichen Primat des Vergleichsmarktprinzips dennoch auch mit Blick auf Preis-Kosten-Scheren-Tests Rechnung zu tragen, bleiben im Wesentlichen zwei Möglichkeiten: Zum einen könnten internationale Vergleichswerte bei der Ermittlung angemessener Zuschlagssätze etwa für Vertriebskosten Berücksichtigung finden. Zum anderen erscheint es denkbar, auch die bisher angewandte Abstandsregel-Methodik als eine Form der Vergleichsmarktbetrachtung anzusehen. Schließlich basiert die Kostenanalyse des effizienten Wettbewerbsunternehmens entscheidend auf den im Vorleistungsbereich geltenden Entgelten. Da es sich bei den Vorleistungsmärkten wiederum um dem Wettbewerb geöffnete Märkte handelt und die dort angebotene Netzleistung im Kern derjenigen entspricht, die auch gegenüber Endkunden angeboten wird, könnte insoweit etwa auch durch Anwendung des „IC+25 %-Ansatzes“ der gesetzlichen Priorisierung von Vergleichsmarktbetrachtungen entsprochen werden.

3.1.4 Berücksichtigung von Vergleichsbetrachtungen im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung

Die vorstehenden Ausführungen haben verdeutlicht, dass ein Vergleich mit Wettbewerberangeboten auf dem gleichen Markt im Rahmen der Ex-post-Missbrauchskontrolle als problematisch angesehen wird. Die hierfür ausschlaggebenden Argumente gelten grundsätzlich auch mit Blick auf die Anwendbarkeit dieses Ansatzes im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung. Gleichwohl stellt sich die Frage, wie in solchen Fällen vorzugehen ist, in denen eine Kostenbetrachtung aufgrund fehlender Informationen – etwa über die Kosten unregulierter Produktbestandteile – nicht durchführbar ist (vgl. hierzu im Einzelnen Abschnitt 3.2.3) und insofern keine Alternative zu einer Vergleichsmarktbetrachtung besteht.

Unter dieser Prämisse können in der für das Anzeigeverfahren vorgegebenen Zwei-Wochen-Frist letztlich keine belastbaren Aussagen über das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere getroffen werden. Um in diesen Fällen zumindest eine erste Einschätzung hinsichtlich einer etwaigen Missbräuchlichkeit des angezeigten Tarifs vornehmen zu können, ist unter bestimmten Bedingungen auch eine Bezugnahme auf (nationale und internationale) Wettbewerberangebote möglich. Voraussetzung hierfür ist jedoch zum einen, dass die herangezogenen Wettbewerberangebote auch hinsichtlich der an einen Tarif geknüpften Voraussetzungen tatsächlich vergleichbar sind. Zum anderen ist es erforderlich, dass sich die zugrunde gelegten Informationen auf mehrere für die Marktsituation typische - und nicht bloß temporär gültige - Angebote von Wettbewerbern beziehen.

Trotz der dargelegten grundsätzlichen Bedenken erscheint diese Vorgehensweise im Rahmen des Anzeigeverfahrens insofern zweckmäßig, als am Ende der Zwei-Wochen-Frist ohnehin keine Unbedenklichkeit einer Tarifmaßnahme zu attestieren, sondern lediglich ein etwaiger offenkundiger Missbrauch zu identifizieren ist. Während die obigen Ausführungen zeigen, warum es problematisch ist, aus günstigeren Wettbewerberangeboten auf dem gleichen Markt belastbare Schlussfolgerungen hinsichtlich des Nicht-Vorliegens einer Preis-Kosten-Schere zu ziehen, ist es umgekehrt durchaus plausibel, das Fehlen von Wettbewerberangeboten zu vergleichbaren Konditionen als Indiz für ein ggf. missbräuchliches Verhalten zu werten. Denn gerade die oben skizzierte Rationalität deutet daraufhin, dass Wettbewerber eines marktbeherrschenden Unternehmens versuchen werden, den Referenzpreis des etablierten Betreibers – soweit irgend möglich – (signifikant) zu unterbieten.

3.2 Heranziehung von genehmigten Vorleistungsentgelten

Wie in Abschnitt 3.1 dargelegt wurde, bestehen zwischen den Endkundenpreisen der neuen Anbieter und denen des marktbeherrschenden Unternehmens ausgeprägte Interdependenzen. Insoweit können bei den Wettbewerbern über die Beziehung zwischen Preisen und zugrunde liegenden Kosten kaum belastbare Aussagen getroffen werden, weshalb es schon im Grundsatz schwierig ist, aus einem Vergleich mit Wettbewerberangeboten auf dem gleichen Markt valide Schlussfolgerungen im Hinblick auf Fragen der Kostendeckung bzw. Preis-Kosten-Scheren und mithin der Missbräuchlichkeit von Tarifmaßnahmen des etablierten Betreibers zu ziehen.

Deshalb ist es grundsätzlich erforderlich, mit Blick auf Preis-Kosten-Scheren-Tests einen alternativen Ansatz zu verfolgen. Dabei bietet sich prinzipiell eine Vorgehensweise an, bei der die Kosten eines effizienten Wettbewerbsunternehmens – soweit wie dies möglich ist - auf Grundlage von (genehmigten) Vorleistungsentgelten ermittelt werden. Hierfür spricht zum einen, dass die Entgelte für Zugangsleistungen, auf die alternative Anbieter angewiesen sind, unmittelbar in deren Kalkulation eingehen. Zum anderen stellen die dem Marktbeherrscher genehmigten Entgelte auch für diejenigen Teilleistungen, die vom Wettbewerber ggf. selbst erstellt werden (z.B. Transitleistungen auf der Weitverkehrsebene), eine gute Approximation für dessen effiziente Kosten dar, weil sie nach dem KeL-Maßstab bestimmt werden.

Dieser Ansatz ist in der Vergangenheit etwa in Form der sog. „IC+25 %-Regel“ mit Blick auf die Prüfung missbräuchlicher Preisabschläge bei Optionsangeboten für Verbindungsleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens bereits vielfach zur Anwendung gekommen. Hinsichtlich seiner Ausgestaltung sind im Zeitablauf verschiedene Fragen aufgeworfen worden, die nachfolgend kurz dargestellt und vor dem Hintergrund der neuen gesetzlichen Bestimmungen diskutiert werden sollen. Zu unterscheiden sind hier zum einen diejenigen Aspekte, die die jeweils zugrunde zu legenden Vorleistungen betreffen (Abschnitt 3.2.1), und zum anderen Fragestellungen, die sich auf die Höhe der Zuschläge bzw. Zuschlagssätze sowie deren Bestimmung beziehen (Abschnitt 3.2.2). Abschließend wird in Abschnitt 3.2.3 auf die Grenzen einer Kostenbetrachtung auf Grundlage von Vorleistungsentgelten eingegangen. Hierbei werden insbesondere die Problematik von Bündelangeboten, die auch unregulierte Bestandteile umfassen, sowie spezifische Restriktionen im Rahmen der Offenkundigkeitsprüfung thematisiert.

3.2.1 Zugrunde zu legende Vorleistungen

Zunächst stellt sich nach diesem Ansatz die Frage nach den zugrunde zu legenden Vorleistungsprodukten und –entgelten, die am besten geeignet sind, die Kostensituation des effizienten Wettbewerbsunternehmens zu reflektieren. Dabei hat sich im Bereich der schmalbandigen Anschluss- und Verbindungsleistungen im Rahmen verschiedener Verfahren bereits eine Entscheidungspraxis herausgebildet, die in den Abschnitten 3.2.1.1 und 3.2.1.2 kurz dargestellt werden soll. Dahingegen zeigt sich, dass sich die Durchführung von Preis-Kosten-Scheren-Tests im Breitbandbereich nicht zuletzt aufgrund einer Mehrzahl nebeneinander existierender Vorleistungsprodukte als deutlich komplexer erweist (Abschnitt 3.2.1.3).

3.2.1.1 Schmalbandige Anschlussleistungen

Mit Blick auf schmalbandige Anschlussleistungen sind im Rahmen eines Beschlusskammerverfahrens, das zunächst primär zur Ermittlung der Höhe eines Anschlusskostenbeitrages diente, Berechnungen zur Ermittlung eines Anschlusskostendefizits angestellt worden.¹⁶ Danach sind neben der Teilnehmeranschlussleitung drei weitere Kostenpositionen in Ansatz zu bringen, nämlich sowohl laufende als auch einmalige Produkt- und Angebotskosten, die sich aus den anteiligen Bereitstellungs- und Kündigungskosten ergeben, sowie (durchschnittliche) Kosten für die Beschaltungseinheit.

3.2.1.2 Schmalbandige Verbindungsleistungen

Im Rahmen der Prüfung von Optionstarifen des marktbeherrschenden Betreibers ist in den vergangenen Jahren regelmäßig die sog. „IC+25 %-Regel“ zur Anwendung gekommen. Dabei wird die Preisuntergrenze für Endkundenangebote auf Basis von genehmigten Zusammenschaltungsentgelten abgeleitet. In diesem Ansatz werden zunächst die Netznutzungskosten einer Verbindungsleistung durch die nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ermittelten Zusammenschaltungsentgelte approximiert und anschließend mit einem Aufschlagssatz in Höhe von 25 % belegt. Dieser Zuschlag dient dazu, die effizienten Vertriebskosten, d.h. die Kosten für Produktmanage-

¹⁶ Vgl. Beschluss BK 4a-03-009 / E 19.02.03 vom 29. April 2003, S. 26.

ment, Werbung / Akquisition und Kundenbetreuung, einschließlich der Kosten für Inkasso / Fakturierung und Delkredere abzubilden.¹⁷

Mit der elementbasierten Ermittlung von Zusammenschaltungsentgelten wird eine gute Annäherung an die effizienten Kosten der Netznutzung erreicht. Allerdings ist eine Bestimmung der Kosten für verschiedene Gesprächsarten nicht unmittelbar möglich. Dies liegt zum einen darin begründet, dass etwa die Deutsche Telekom AG bei Inlandsgesprächen zwischen Orts-, Nah- und Ferngesprächen unterscheidet, Wettbewerber hingegen regelmäßig nur zwischen Orts- und Ferngesprächen differenzieren. Zum anderen hängt es von der jeweiligen Verkehrsführung ab, in welcher Weise das Netz beansprucht wird. So kann ein Ortsgespräch hinsichtlich der zugrunde liegenden Netznutzung durch zwei lokale Verbindungsleistungen abgebildet werden, wenn beide Gesprächsteilnehmer am gleichen Netzknoten auf der untersten Netzebene angeschlossen sind.¹⁸ Ein Ortsgespräch zwischen unterschiedlichen Bezirken einer Großstadt hingegen kann näherungsweise durch eine lokale und eine „single transit“-Leistung beschrieben werden.

Derartige Unsicherheiten über die jeweilige effiziente Netznutzung bestehen erst recht mit Blick auf Nah- und Ferngespräche. Denn Gespräche, die die Grenzen eines Ortsnetzes überschreiten, können je nach Verkehrsführung durch eine lokale plus eine „double transit“ oder eine lokale plus eine „single transit“-Leistung abgebildet werden. Im Extremfall können auch zwei lokale Leistungen die beste Approximation darstellen. Auf der anderen Seite kann schematisch auch argumentiert werden, dass Ferngespräche, die nicht aus einem oder in einen lokalen Einzugsbereich (LEZB) geführt werden, in denen auch eine Weitverkehrsvermittlungsstelle (WVSt) steht, am ehesten durch die Addition von „single transit“ und „double transit“ beschrieben werden können.¹⁹

Um entsprechend diesen Überlegungen eine differenzierte Berechnung anzustellen, müsste zunächst ermittelt werden, welcher Anteil von Orts- und Nahverbindungen innerhalb eines LEZB verbleibt und dementsprechend lediglich auf zwei Verbindungsleistungen der Tarifstufe I (local) basiert und welcher Anteil von Ortsverbindungen (insbesondere in größeren Städten) die Grenzen eines LEZB überschreitet. Zu berücksichtigen wären auch diejenigen Verbindungen, bei denen ein Gespräch zwischen zwei LEZB des glei-

¹⁷ Vgl. Beschluss BK 2-1-99/035c vom 16. Februar 2000, S. 20f.

¹⁸ Hierbei wird nicht auf die tatsächliche Netzstruktur des etablierten oder alternativen Betreibers abgestellt, sondern auf eine effiziente Netzstruktur, für die entsprechend der maximalen Zahl an Zusammenschaltungspunkten 474 Teilnehmervermittlungsstellen zugrunde gelegt werden.

¹⁹ Allerdings ist zu beachten, dass Gespräche aus jedem LEZB maximal zum „double transit“-Tarif zu terminieren sind. Diese Überlegung legt nahe, jede Fernverbindung auf eine „local“- und eine „double transit“-Leistung zurückzuführen. Schematisch müsste eine Terminierungsleistung aus einem LEZB ohne WVSt zwar eine Art „triple transit“ darstellen. Da diese Leistung jedoch nicht als eigene Tarifstufe existiert, kann davon ausgegangen werden, dass sich dies im Entgelt für eine „double transit“-Leistung widerspiegelt.

chen Ortsnetzes (zumindest in schematischer Betrachtung) über eine in einem dritten LEZB stehende Knotenvermittlungsstelle geführt wird. In diesen Fällen lägen der Verbindung zwei Leistungen der Tarifstufe II (single transit) zugrunde. Des Weiteren gibt es Nahgespräche, die die Grenze eines GEZB überschreiten und demnach auch eine Leistung der Tarifstufe III (double transit) beinhalten.

Ebenso komplex erscheint eine differenzierte Betrachtung bei Ferngesprächen, da es für die schematisierte Netznutzung jeweils von Bedeutung ist, ob Quelle oder Senke des Gesprächs in einem LEZB liegen, in dem auch eine WVSt angesiedelt sind. Dies gilt zwar lediglich für 23 der 475 LEZB. Üblicherweise sind dies jedoch lokale Einzugsbereiche mit deutlich überdurchschnittlicher Kundenzahl.

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass eine detaillierte Fallunterscheidung für sämtliche Verbindungen hohe Anforderungen an die zugrunde zu legenden Daten über die exakte Verkehrsverteilung mit sich brächte. Soweit der Bundesnetzagentur entsprechende Informationen nicht vorliegen, erscheint es sachgerecht, im Rahmen von Preis-Kosten-Scheren-Tests weiterhin eine Approximation vorzunehmen, bei der die Netznutzungskosten für Orts- und Nahgespräche näherungsweise durch die Addition von „local“- und „single transit“-Entgelt sowie für Ferngespräche durch die Addition von „local“- und „double transit“-Entgelt kalkuliert werden.

Diese Vorgehensweise stellt gegenüber einer exakten Ermittlung der Netzkosten zwar einen vereinfachenden Ansatz dar. Dieser erscheint jedoch angesichts vergleichsweise überschaubarer Unsicherheiten und in Anbetracht des alternativ erforderlichen regulatorischen Mehraufwandes durchaus gerechtfertigt. Hierfür spricht auch die Tatsache, dass die nach dem KeL-Maßstab ermittelten Zusammenschaltungsentgelte ohnehin im Rahmen der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung lediglich als Approximation für die Kalkulation eines effizienten Wettbewerbers dienen, über dessen tatsächliche Kosten im Übrigen keine belastbaren Informationen vorliegen.

Dies gilt bislang letztlich auch für die Frage spezifischer zusätzlicher Kosten eines effizienten Wettbewerbers, deren Einbeziehung in die Kalkulation unter bestimmten Voraussetzungen zwar prinzipiell in Betracht zu ziehen, jedoch erst nach Vorlage hinreichend substantzierter Daten möglich ist. Vergleiche hierzu die Ausführungen in Abschnitt 2.2.3.

3.2.1.3 Breitbandige Anschluss- und Verbindungsleistungen

Im Vergleich zum Schmalbandbereich sind im Breitbandbereich bei der Preis-Kosten-Scheren-Analyse folgende Aspekte zu berücksichtigen:

Anders als bei Schmalbandprodukten kann der gleiche Breitbanddienst auf Basis verschiedener Vorleistungsprodukte erstellt werden, die unterschiedliche Wertschöpfungsebenen abdecken.

Breitband-Anschlussvorleistungen können eine sehr hohe eigene Wertschöpfung des Vorleistungsnachfragers erfordern, wie z.B. TAL und Line Sharing; gleichzeitig gibt es anders als im Schmalbandbereich mit dem Anschluss-Resale ein alternatives Zugangsprodukt, bei dem nur eine geringe eigene Wertschöpfung appliziert wird. Darüber hinaus gibt es im Breitbandbereich Bitstrom-Zugangsprodukte, wovon mittlerweile eines angeordnet wurde. Diese breitbandigen Vorleistungsprodukte umfassen Anschluss- und Zuführungsleistungen, für die es im Schmalbandbereich kein Analogon gibt. Bitstrom-Zugangsprodukte erfordern wiederum mehr infrastrukturelle Wertschöpfung des nachfragenden Unternehmens als ein Anschluss-Resale und weniger Wertschöpfung als TAL oder Line Sharing. Je nachdem, welches Geschäftsmodell der Prüfung zugrunde liegt (z.B. basierend auf TAL oder Resale), variiert der nicht über das Vorleistungsprodukt erfasste Kostenanteil des Endkundenprodukts sehr deutlich. Aus diesem Grund und auch im Hinblick auf die Tatsache, dass die Vorleistungsprodukte im Breitbandmarkt auch nur zum Teil reguliert sind, ist nur selten davon auszugehen, dass der gesamte Vorleistungsanteil durchgängig bottom up kostenkalkuliert ist. Das bedeutet, dass über die Bestimmung der Vertriebskosten hinaus ein zusätzlicher Erhebungs- und Prüfaufwand besteht. Es müssen häufig weitere Teile der Produktionskosten der (nicht regulierten) Leistung ermittelt werden (z.B. DSLAM-/Kollokationskosten, Entstörungskosten etc. bei Line Sharing).

Bei Breitband-Zuführungsprodukten, bei denen genau wie bei den Anschlussprodukten verschiedene Vorleistungsprodukte mit unterschiedlicher Wertschöpfungstiefe erhältlich sind, unterscheiden sich die Preismodelle von jenen im Schmalbandbereich. Im Breitbandbereich werden Zuführungsleistungen nicht minutenabhängig bepreist, sondern in Abhängigkeit von der in Anspruch genommenen Kapazität. Auch können Zuführungsprodukte Mengestaffeln und regionale Preisdifferenzierungen enthalten. Bei einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung auf der Basis solcher Vorleistungsprodukte sind nicht nur umfangreiche Kostenuntersuchungen erforderlich, sondern es müssen auch Nachfragerprofile oder Durchschnittsnachfrager (benutzte Bandbreiten, Nutzungsverhalten, regionale Abdeckung) definiert werden, um Vorleistungspreise ermitteln zu können.

Im Breitbandbereich gibt es ein Nebeneinander von regulierten und nicht-regulierten Vorleistungsprodukten. Im Anschlussbereich sind TAL und Line Sharing regulierte Produkte. Bei den Bitstrom-Zugangsprodukten wurde ein Produkt (IP-Bitstromzugang) angeordnet und eine Ex-ante-Regulierung vorgesehen. ATM-Bitstromzugang soll ex post überprüft werden, weil es ein freiwillig angebotenes Produkt gibt. Im Zuführungsbereich gibt es neben dem regulierten Zuführungsprodukt ZISP das unregulierte Vorleistungsprodukt Online Connect. Darüber hinaus können Anbieter von Breitbanddiensten - anders als im Schmalbandbereich - noch auf ein drittes, ebenfalls nicht reguliertes Zuführungsprodukt zurückgreifen: ISP GATE, das neben den in ZISP enthaltenen Konzentratornetzleistungen auch IP-Backbone-Leistungen umfasst. Eine Preis-Kosten-Scheren-Prüfung wird sehr umfassend, wenn in die Analyse mehrere Geschäftsmodelle einbezogen werden, bei denen auf der Basis regulierter und nicht regulierter Vorleistungsprodukte kalkuliert wird.

Eine zusätzliche Dimension erhält die Preis-Kosten-Scheren-Prüfung im Breitbandbereich dadurch, dass auf der Endkundenseite die Vielfalt der Breitbandprodukte, insbesondere bei den Breitbanddiensten, deutlich höher ist als im Schmalbandbereich. Neben unterschiedlichen Anschlussprodukten gibt es so unterschiedliche Dienste wie Internetzugang, VoIP, Video on Demand, IPTV. Diese Produkte können auf drei unterschiedliche Arten tarifiert werden: minutenabhängig, volumenabhängig oder flat. Neben einer Entscheidung über das repräsentative Produktportfolio muss auch über das geeignete Tarifportfolio entschieden werden, was eine umfangreiche Analyse der Marktgegebenheiten voraussetzt.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Preis-Kosten-Scheren-Analyse im Breitbandbereich häufig durch eine Mehrdimensionalität geprägt ist, die durch folgende Parameter bestimmt wird:

- Für gleiche Dienste gibt es mehrere Vorleistungsprodukte, die unterschiedliche Wertschöpfungsebenen umfassen.
- Bei Breitbanddiensten finden sich unterschiedliche Preismodelle, die die Unterlegung eines Nutzungsprofils erfordern.
- Es besteht ein Nebeneinander von regulierten und nicht-regulierten Vorleistungsprodukten.
- Im Breitbandbereich existiert eine höhere Anzahl von Endkundendiensten.

Insoweit erweist sich vor dem Hintergrund der Mehrdimensionalität der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung bei Breitbanddiensten die Entwicklung möglichst allgemeingültiger Anhaltspunkte für die Operationalisierung des Begriffs des effizienten Wettbewerbers als bedeutsam.

3.2.2 Diskussion der Zuschläge bzw. Zuschlagssätze für Vertriebskosten

Im Anschluss an die Frage nach den im Hinblick auf die Approximation der effizienten Wettbewerberkosten zugrunde zu legenden Vorleistungen ist zu diskutieren, wie sich ausgehend hiervon die gesamten Kosten eines effizienten Wettbewerbers ableiten lassen. Dabei ist zunächst festzustellen, dass sich die Fallkonstellationen deutlich unterscheiden können. So besteht - wie oben dargestellt - bei schmalbandigen Verbindungsleistungen die Möglichkeit, die erforderlichen Netzleistungen quasi vollständig durch regulierte Vorleistungsprodukte abzubilden, während der Anteil regulierter Vorleistungsprodukte im Breitbandbereich regelmäßig deutlich geringer ausfällt. So stellt das Produkt Line Sharing zwar eine für die Bereitstellung von DSL-Anschlüssen relevante Vorleistung dar. Zur Kalkulation der Gesamtkosten eines effizienten Anbieters bedarf es jedoch zudem der Berücksichtigung weiterer Komponenten (z.B. DSLAM-, Kollokations-Kosten, Kosten netzseitiger Splitter). Erst wenn durch Schätzung der Kosten für sämtliche infrastrukturbezogenen Leistungsbestandteile eine vergleichbare Basis hergestellt worden ist, stellt sich schließlich in einem letzten Schritt die Frage nach einer sachgerechten Bezuschlagung zur Approximation der erforderlichen Vertriebskosten.

Da eine abschließende Auseinandersetzung mit der exakten Höhe eines geeigneten Zuschlags bzw. Zuschlagssatzes im Rahmen der hier angestellten grundsätzlichen Überlegungen nicht vorgenommen werden kann, werden nachfolgend lediglich einige der in diesem Zusammenhang zentralen Aspekte skizziert. So stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, ob pauschale Zuschlagssätze wie etwa im Rahmen der so genannten „IC+25 %-Regel“ eine geeignete Annäherung an die relevanten Vertriebskosten darstellen oder ob in jedem Falle absolute Kostenansätze vorzugswürdig sind. Dies hängt insbesondere von der Einschätzung darüber ab, in welchem Maße der Vertriebsaufwand prinzipiell mit dem Wert der vermarkteten (Telekommunikation-)Leistung korreliert ist. Zudem hat sich im konkreten Falle bereits in der Vergangenheit die Frage ergeben, ob es infolge der Absenkung der Zusammenschaltungsentgelte einer Anpassung des Zuschlagssatzes bedarf oder ob für beide Bereiche tendenziell ähnliche Produktivitätsfortschrittsraten zu unterstellen sind.

Darüber hinaus stellt sich die Frage nach einer Differenzierung des Zuschlagssatzes in Abhängigkeit vom Charakter der jeweiligen Leistungen. So könnte beispielsweise argumentiert werden, dass die Vermarktung und insbesondere die Bewerbung neuer Produkte regelmäßig mit einem deutlichen höheren Aufwand verbunden sei als die etablierter Dienste. Dies führt unmittelbar auch zur Frage, inwieweit sich die effizienten Vertriebskosten bestimmter Produkte im Zeitablauf bzw. je nach Marktphase verändern und ob infolge dessen eine dynamische Betrachtungsweise einer zeitpunktbezogenen vom Grundsatz her überlegen wäre.

Schließlich kommen mit Blick auf die Nachbildbarkeit bestimmter Preismaßnahmen durch effiziente Wettbewerber auch die insgesamt im Vertrieb in Ansatz zu bringenden Synergien zum Tragen. Denn im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass sich die zu erzielenden Durchschnittskosten für Vertriebsmaßnahmen je nach zugrunde gelegtem Produktportfolio erheblich unterscheiden können. Gleichwohl kann – wie oben dargelegt – grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, dass *nur* ein Vollsortimenter mit maximalen Größen- und Verbundvorteilen als effizient anzusehen ist, da dies den tatsächlich am Markt beobachtbaren differenzierten Geschäftsmodellen und Wettbewerbsstrukturen nicht gerecht würde. Auch verfügen die Wettbewerbsunternehmen je nach adressierter Kundengruppe de facto über unterschiedliche Möglichkeiten, den Vertrieb zu organisieren bzw. etwa eine Umstellung auf elektronischen Rechnungsversand vorzunehmen.

Es zeigt sich, dass hinsichtlich der Bestimmung effizienter Vertriebskosten prinzipiell eine Vielzahl von Differenzierungsmöglichkeiten bestünde, deren Umsetzung gegenüber pauschalierten Ansätzen zu einer Präzisierung beitragen würde. Da dies jedoch nur mit einem erheblichen Aufwand zu erreichen wäre, weist die Monopolkommission zu Recht darauf hin, dass in diesem Zusammenhang auch Kosten-Nutzen-Erwägungen zu berücksichtigen seien. So stellt sie in ihrem jüngsten Sondergutachten zunächst ihre Bedenken gegenüber der „IC+25 %-Regel“ dar, gibt dann jedoch Folgendes zu bedenken:

„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 ge-

ringer 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.²⁰

3.2.3 Grenzen einer Kostenbetrachtung auf Grundlage von Vorleistungsentgelten

Ungeachtet dessen, dass mit Blick auf Preis-Kosten-Scheren-Tests prinzipiell eine Vorgehensweise zu befürworten ist, bei der die Kosten eines effizienten Wettbewerbsunternehmens auf der Grundlage von (genehmigten) Vorleistungsentgelten ermittelt werden, sind abschließend nochmals die Grenzen eines solchen Ansatzes bzw. die damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten zu betonen. Diese resultieren insbesondere daraus, dass Bündelangebote des marktbeherrschenden Unternehmens zunehmend Komponenten umfassen, die für sich genommen nicht der Regulierung unterliegen. Für diese Leistungen liegen dem Regulierer regelmäßig keine Informationen über zugrunde liegende Vorleistungskosten und Nutzungscharakteristika vor. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Behörde bei Paketangeboten mit unregulierten Bestandteilen im Falle eines Ex-post-Verfahrens auch auf Kosteninformationen der Wettbewerber angewiesen sein wird. Allerdings ist selbst bei Vorlage entsprechender Daten davon auszugehen, dass einer dezidierten Kalkulation effizienter Bereitstellungskosten unregulierter Produkte bzw. Produktbestandteile enge Grenzen gesetzt sind (vgl. hierzu auch Abschnitt 4.4).

Diese Grenzen der Operationalisierbarkeit sind zwar generell zu konzedieren, kommen aber naturgemäß insbesondere dann zum Tragen, wenn die Fristen für anzustellende Prüfungen besonderen Restriktionen unterliegen. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass hinsichtlich der Prüftiefe - aufgrund der im Anzeigeverfahren geltenden Zwei-Wochen-Frist - an die Offenkundigkeitsprüfung deutlich niedrigere Maßstäbe zu knüpfen sind als an eine Prüfung im Ex-post-Verfahren. So bestehen de facto kaum Möglichkeiten für umfassende Kostenbetrachtungen. Vielmehr dürfte in diesem Rahmen allenfalls eine Plausibilitätsprüfung leistbar sein. Da das Anfordern spezifischer Daten innerhalb der vorgegebenen Zwei-Wochen-Frist im Regelfall nicht in Betracht kommt, hängt deren Validität wiederum entscheidend von der Qualität der bereits zum Zeitpunkt der Anzeige vorliegenden Informationen ab.

²⁰ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Sondergutachten 43, Bonn 2005, S. 100 f.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich in diesem Zusammenhang bei Bündelangeboten, die Produkte umfassen, die nicht als Telekommunikationsleistungen zu charakterisieren sind. Als Beispiel hierfür sind breitbandige Unterhaltungsangebote wie Fernsehübertragungen zu nennen, die als Bestandteile sog. „Triple Play“-Angebote im Bündel mit Telekommunikationsdienstleistungen vermarktet werden. Zwar gilt im Grundsatz auch für solche umfassenden Bündelungen, dass sie vom marktbeherrschenden Unternehmen als Vehikel zur Festigung von Marktmacht im Anschlussbereich genutzt werden können. Gleichwohl sind die faktischen Möglichkeiten einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung etwa aufgrund fehlender Informationen über die IPTV-Angeboten zugrunde liegenden Kostenstrukturen sehr beschränkt.

4. Anknüpfungspunkt von Preis-Kosten-Scheren-Tests

Von zentraler Bedeutung für die Durchführung eines Preis-Kosten-Scheren-Tests ist die Frage nach dem sachgerechten Anknüpfungspunkt. Hierfür kommen prinzipiell verschiedene Alternativen in Betracht: So kann sich die Prüfung auf einzelne Tarifelemente wie etwa bestimmte Zeitintervalle oder Pauschalkomponenten (z.B. sog. „Minutenbudgets“) beziehen oder aber auf vollständige Tarife (Abschnitt 4.1), wobei sich die Frage stellt, inwieweit Tarife auch dann als Ganzes zu betrachten sind, wenn sie Produkte umfassen, die unterschiedlichen Märkten zuzuordnen sind wie z.B. Anschluss- und Verbindungsleistungen (Abschnitt 4.2).

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob sich die Prüfung grundsätzlich auf einzelne Tarife oder aber auf eine Kombination von Tarifen erstrecken sollte. Soweit Letzteres im Grunde bejaht wird, wäre daran anknüpfend zu diskutieren, nach welchen Kriterien eine geeignete Auswahl von Kombinationen vorgenommen werden könnte (Abschnitt 4.3). Schließlich ist zu thematisieren, in welcher Weise Preis-Kosten-Scheren-Tests mit Blick auf Bündelangebote, die sowohl regulierte als auch unregulierte Endkundenleistungen umfassen, angewandt werden können. Damit unmittelbar verbunden ist die grundlegende Frage nach einer zielführenden Vorgehensweise bei Bündelprodukten, bei denen nur für einzelne Bestandteile beträchtliche Marktmacht vorliegt (Abschnitt 4.4).

4.1 Anwendung auf einzelne Zeitintervalle oder (Verbindungs-)Tarife im Ganzen

In der Vergangenheit ist die Prüfung auf Kostendeckung bei Optionstarifen mitunter eng fokussiert im Hinblick auf einzelne Zeitintervalle praktiziert worden. Dabei wurde davon

ausgegangen, dass die Endkundenpreise für jedes Intervall einen ausreichenden Abstand zu den entsprechenden Vorleistungsentgelten aufzuweisen hatten. Eine derartige Vorgehensweise erscheint vor dem Hintergrund sich dynamisch verändernder Tarifstrukturen mit zunehmendem Anteil von Pauschalelementen heute nicht mehr angemessen. Vielmehr erfordert die erhöhte Komplexität im Tarifgefüge auf den Telekommunikationsmärkten eine Betrachtungsweise, die weniger auf einzelne Tarifelemente als auf den Tarif insgesamt abstellt, da insbesondere zweiteiligen Tarifen nur auf diese Weise angemessen Rechnung zu tragen ist.

Das bedeutet, dass monatlich fixe Entgeltbestandteile, die mit verringerten nutzungsabhängigen Entgeltbestandteilen verbunden sind, im Rahmen von Preis-Kosten-Tests mit zu berücksichtigen sind. Bei vollständigen Pauschalentgelten ist dies geradezu unvermeidlich. Aber auch bei partiellen Pauschalentgelten ist diese Herangehensweise letztlich alternativlos. Denn für die Feststellung einer Preis-Kosten-Schere sollte es ausschlaggebend sein, ob die Spanne zwischen dem gesamten vom Kunden zu zahlenden Entgelt und den zugrunde liegenden Vorleistungsentgelten ausreichend ist, um eine angemessene Verzinsung zu realisieren.

Da die insgesamt von einem Kunden zu zahlenden Entgelte pro in Anspruch genommener Leistungseinheit bei (partiellen) Pauschalentgelten allerdings von dessen jeweiligem Nutzungsverhalten abhängig sind, bringt dieser Ansatz die Frage nach dem zugrunde zu legenden relevanten Nutzungsprofil mit sich. Mit Blick auf die Funktion des Preis-Kosten-Scheren-Tests als Indikator für die Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen erscheint es dabei nicht zielführend, auf (extreme) Nutzungsparameter einzelner Kunden abzustellen. Vielmehr ist es trotz damit verbundener Prognoseunsicherheiten zweckmäßig, eine Abschätzung der durchschnittlichen Nutzung der jeweils adressierten Kunden(gruppe) vorzunehmen. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass sich die Nutzung der (potenziellen) Kunden von Wettbewerbern bei gleicher Tarifgestaltung im Mittel nicht erheblich von der Nutzung der Kunden des etablierten Betreibers unterscheidet und insoweit die Nachbildbarkeit einer bestimmten Tarifmaßnahme durch die Zugrundelegung einer Durchschnittsbetrachtung gewährleistet wird.²¹

Das bedeutet, dass die Prüfung – ungeachtet der damit einhergehenden praktischen Schwierigkeiten - im Kern auf die zu erwartenden Nutzungscharakteristika eines künftigen Durchschnittskunden rekurriert. Dies gilt nicht nur für (partielle) Pauschalentgelte, sondern etwa auch mit Blick auf sog. „Budgettarife“. Auch hier ist das Vorliegen einer

²¹ Sollte allerdings im Einzelfall der Nachweis erbracht werden, dass Kunden effizienter Wettbewerber in bestimmter Hinsicht ein strukturell abweichendes Nutzungsprofil aufweisen, müsste dies im Rahmen des Preis-Kosten-Scheren-Tests grundsätzlich Berücksichtigung finden.

Preis-Kosten-Schere nicht für einzelne Tarifelemente wie etwa das „Budget“ zu prüfen, sondern das gesamte durchschnittliche Nutzungsprofil des Kunden einzubeziehen.

Einschränkend ist allerdings an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass mit der hier postulierten nutzungsbezogenen Betrachtung eines gesamten (Verbindungs-)Tarifs (einschließlich fixer und variabler Entgeltbestandteile) noch keine Aussage darüber getroffen wird, inwieweit ein Tarif auch dann in toto zu betrachten ist, wenn er Produkte umfasst, die unterschiedlichen Märkten zuzuordnen sind. Eine Diskussion dieses Aspekts findet im nun folgenden Abschnitt statt.

4.2 Anwendung auf einzelne Märkte oder auch auf marktübergreifende Tarife im Ganzen

Die Frage, ob Preis-Kosten-Scheren-Tests auf einzelne Märkte beschränkt oder auch auf marktübergreifende Tarife angewandt werden sollten, kann nicht pauschal, sondern nur unter Berücksichtigung der tatsächlichen aktuellen Wettbewerbsverhältnisse beantwortet werden. Denn in diesem Zusammenhang kommt dem als Referenz heranzuziehenden effizienten Wettbewerbsunternehmen eine zentrale Bedeutung zu, die kurz anhand eines Beispiels verdeutlicht werden soll.

Da die zentrale Frage hinter der Prüfung von Preis-Kosten-Scheren in der Nachbildbarkeit bestimmter Tarife durch effiziente Wettbewerber zu sehen ist, richtet sich auch der Anknüpfungspunkt von Preis-Kosten-Scheren-Tests im Wesentlichen nach den relevanten Geschäftsmodellen effizienter Wettbewerber. Da eine Bewertung unterschiedlicher am Markt etablierter Geschäftsmodelle durch die Behörde aufgrund der gebotenen Marktneutralität nicht vorzunehmen ist, dürfte es nicht selten erforderlich sein, unterschiedliche Wettbewerbertypen in die Betrachtungen mit einzubeziehen. Für den Schmalbandbereich bedeutet dies zum gegenwärtigen Zeitpunkt in Anbetracht der Tatsache, dass alternative Teilnehmernetzbetreiber bei Verbindungsleistungen nicht in gleicher Weise flächendeckend Wettbewerbsdruck i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG entfalten können wie Verbindungsnetzbetreiber, beispielsweise, dass ein (Verbindungs-)Tarifangebot des marktbeherrschenden Unternehmens nicht nur durch Teilnehmer-, sondern auch durch Verbindungsnetzbetreiber nachbildbar sein muss.²² Daraus wiederum folgt, dass eine ge-

²² Zur Frage der strukturellen Nachbildbarkeit der aktuell vermarkteten Tariflinien der Deutschen Telekom AG durch Verbindungsnetzbetreiber wird auf die von der Bundesnetzagentur im August 2005 veröffentlichten Hinweise zu sachlich ungerechtfertigter Bündelung i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG (auf der Homepage der Bundesnetzagentur abrufbar unter *Sachgebiete* ⇒ *Telekommunikation* ⇒ *Regulierung Telekommunikation* ⇒ *Konsistenzgebot*), S. 10 f., verwiesen.

meinsame Betrachtung von schmalbandigen Anschluss- und Verbindungsleistungen derzeit nicht ohne weiteres als ausreichend anzusehen ist, weil auf diese Weise eine Preis-Kosten-Schere nur in Bezug auf eine Mischkalkulation beider Marktbereiche vorzunehmen wäre. Dies aber wäre nur dann sachgerecht, wenn als Referenz lediglich das Geschäftsmodell der Teilnehmernetzbetreiber heranzuziehen wäre. Solange aber Verbindungsnetzbetreibern mit Blick auf die flächendeckende Sicherstellung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte noch eine große Bedeutung zukommt, sind diese auch im Rahmen des Konzeptes des effizienten Wettbewerbers zu berücksichtigen und ist auch hinsichtlich ihres Geschäftsmodells zu gewährleisten, dass es nicht zu Preis-Kosten-Scheren kommt, wie dies etwa dann der Fall wäre, wenn im Rahmen einer Mischkalkulation eine Quersubventionierung der Verbindungsentgelte durch überhöhte Anschlussentgelte stattfände.

Der umgekehrte Fall, in dem verringerte Anschlussentgelte durch zusätzliche Deckungsbeiträge im Verbindungsbereich gedeckt werden, erscheint hingegen mit Blick auf mögliche Preis-Kosten-Scheren weitaus unkritischer, weil die Verbindungsnetzbetreiber hiervon nicht unmittelbar tangiert wären und die alternativen Teilnehmernetzbetreiber prinzipiell – unter der Prämisse vergleichbarer Nutzungsprofile ihrer Kunden – ebenfalls in der Lage wären, eine entsprechende Mischkalkulation zu praktizieren. Im Ergebnis wäre in diesem Fall insoweit kein effizienter Wettbewerber(typ) unmittelbar von einer Preis-Kosten-Schere betroffen.

Ähnlich könnte gegebenenfalls auch mit Blick auf breitbandige Anschluss- und Verbindungsleistungen argumentiert werden. Denn solange die im Rahmen der Prüfung eines kombinierten Angebotes der T-Online als Referenz heranzuziehenden effizienten Wettbewerber ebenfalls stets in der Lage wären, eine Mischkalkulation für Anschluss- und Verbindungsleistungen zu praktizieren, spräche einiges dafür, hierin grundsätzlich auch dann den relevanten Bezugspunkt für einen Preis-Kosten-Scheren-Test zu sehen, wenn breitbandige Anschluss- und Verbindungsleistungen unterschiedlichen Märkten zuzuordnen sind.²³

Diese drei Beispiele mögen veranschaulichen, warum über den sachgerechten Bezugspunkt keine generelle Aussage getroffen werden kann, sondern bei dessen Ermittlung jeweils die konkreten Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigen sind, um eine zielführende Anwendung von Preis-Kosten-Scheren-Prüfungen sicherzustellen.

²³ Hiergegen könnten allerdings ggf. Aspekte der mangelnden Operationalisierbarkeit sprechen, die auch in Abschnitt 4.3 adressiert werden.

4.3 Anwendung auf einzelne Tarife oder Kombination von Tarifen (innerhalb eines Marktes)

Im nächsten Schritt ist zu fragen, ob Preis-Kosten-Scheren-Tests auf einzelne Tarife oder aber auf Kombinationen von Tarifen zu beziehen sind. Diese Diskussion fußt insbesondere 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).

Darüber hinaus wird vereinzelt argumentiert, dass dies auch durch den Wortlaut des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG gestützt werde, wonach „einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endkundenmarkt zu ermöglichen“ sei (Hervorhebung nur hier). Dies sei so auszulegen, dass eine angemessene Marge gerade nicht für jeden einzelnen Tarif zu gewährleisten sei, sondern lediglich insgesamt auf dem Endkundenmarkt die Möglichkeit einer angemessenen Verzinsung sicherzustellen sei.

Gegen diese Sichtweise spricht allerdings, dass die Formulierung des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG auf „die Spanne zwischen dem Entgelt, das (...) Wettbewerbern für eine Zugangsleistung“ in Rechnung gestellt wird, „und dem entsprechenden Endnutzerentgelt“ abstellt (Hervorhebung nur hier). Hätte der Gesetzgeber die Vorleistungs- und Endkundenentgelte in ihrer Gesamtheit adressieren wollen, wäre dies an dieser Stelle durch Verwendung des Plurals ohne weiteres möglich gewesen. So aber ist davon auszugehen, dass hier gezielt die Spanne zwischen einzelnen Vorleistungs- und Endkundenentgelten fokussiert worden ist.

Dafür spricht auch die Ratio der dezidierten Verankerung dieses Vermutungstatbestandes. Denn missbräuchliches Verhalten eines marktmächtigen Unternehmens mit Verdrängungsabsicht äußert sich typischerweise nicht darin, dass seine Entgelte in ihrer Summe kostenunterdeckend sind bzw. eine zu geringe Spanne gegenüber den entsprechenden Vorleistungsentgelten aufweisen, sondern darin, dass gezielt einzelne Tarifmaßnahmen ergriffen werden, um die Wettbewerbsmöglichkeiten effizienter Konkurrenten zu beeinträchtigen. Mit Blick auf sein Gesamtportfolio hingegen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Marktbeherrscher stets eine ausreichende Marge realisieren

wird. Hierfür spricht schon seine Möglichkeit, bei Kunden(gruppen), die sich durch eine relativ geringe Wechselaffinität auszeichnen, deutlich erhöhte Margen zu realisieren.

Insoweit zeigt sich, dass die Bestimmung bei Zugrundelegung einer umfassenden Kombination von Tarifen per se ins Leere laufen dürfte. Hinzu kommt, dass die Durchführung eines Preis-Kosten-Scheren-Tests für die Kombination einer Vielzahl von Tarifen wegen der dafür erforderlichen Datengrundlage kaum operationalisierbar scheint, und überdies unklar ist, welche Schlüsse zu ziehen wären, wenn ein einzelner, wettbewerblich ggf. eher unbedeutender Tarif mit Blick auf eine umfassende Kombination von Tarifen an der Grenze gerade eine Preis-Kosten-Schere auslösen würde. Wäre in diesem Fall nur der zuletzt hinzugekommene Tarif zu untersagen oder aber derjenige, der am meisten zur Entstehung einer Preis-Kosten-Schere beitrüge. Beide Aspekte, d.h. sowohl die faktische Unwirksamkeit bei Einbeziehung von sämtlichen Tarifen als auch die Problematik mangelnder Operationalisierbarkeit, sprechen mit Blick auf den Normzweck eindeutig dafür, die Bestimmung so zu interpretieren, dass ihrer Anwendbarkeit nicht bereits prinzipiell kaum überwindbare Schwierigkeiten entgegen stehen.

Die hier dargelegten Erwägungen indizieren insofern grundsätzlich eine Betrachtung einzelner Entgelte, lassen jedoch unter bestimmten Bedingungen auch eine Öffnung für Kombinationen von Tarifen zu, nämlich dann, wenn hierdurch zum einen die Operationalisierbarkeit des Preis-Kosten-Scheren-Tests nicht in Frage gestellt wird und zum anderen die Entgelte von allen als Referenz heranzuziehenden effizienten Wettbewerbern ebenfalls in Kombination angeboten werden (können).

Als Beispiel für eine solche Kombination von Tarifen kann etwa die gemeinsame Betrachtung verschiedener Anschlussarten angesehen werden. Da die Durchführung der erforderlichen Berechnungen angesichts der geringen Zahl von Anschlussvarianten durch die Zugrundelegung einer Mischkalkulation nicht erschwert wird und es Wettbewerbern zudem möglich ist, ebenfalls einen mindestens so hohen Anteil von ISDN-Kunden zu realisieren wie der etablierte Betreiber, sind die hier abgeleiteten Kriterien für diesen Fall als erfüllt anzusehen. Darüber hinaus spricht gegen diese Vorgehensweise auch nicht der Gesetzeswortlaut, soweit er auf *eine* Zugangsleistung abstellt, da die verschiedenen Anschlussarten im Wesentlichen auf dem Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung basieren, wenngleich diese Zugangsleistung technisch in verschiedenen Varianten angeboten wird.

Ein weiteres Beispiel für die Berücksichtigung einer Kombination von Tarifen im Rahmen von Preis-Kosten-Scheren-Tests kann die gemeinsame Betrachtung von regulären und Aktionsangeboten bilden. Dies ist etwa dann von Bedeutung, wenn eine Vereinnahmung

von Bereitstellungsentgelten zwar im Regeltarif vorgesehen, in der Praxis jedoch aufgrund der hohen Bedeutung von so genannten Promotionstarifen insbesondere bei Angeboten des marktbeherrschenden Betreibers durchschnittlich in weitaus geringerem Maße erfolgt. In diesem Fall wäre die Zugrundelegung ausschließlich regulärer Entgelte nicht sachgerecht, da sie zu einer Überzeichnung der Spanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelten führen würde. Ausschlaggebend für die in diesem Beispiel anzustellende Mischkalkulation wäre dabei grundsätzlich das Ausmaß, in dem es effizienten Wettbewerbern möglich ist, entsprechende Bereitstellungsentgelte von ihren Kunden zu generieren.

4.4 Anwendung auf Bündelprodukte aus regulierten und unregulierten Leistungen

Die Anwendung von Preis-Kosten-Scheren-Tests auf Bündelprodukte, die regulierte und unregulierte Leistungen umfassen, wirft verschiedene grundsätzliche und praktische Fragen auf. So zielt eine Prüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG auf eine ausreichende Spanne zwischen dem Entgelt, das ein marktbeherrschender Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes Wettbewerbern für eine Zugangsleistung in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endnutzerentgelt ab. Wenn nun aber einzelne Bestandteile eines Paketangebotes auf wettbewerblich bereitgestellten Vorleistungen basieren, die zudem nicht einmal von dem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes zur Verfügung gestellt werden (z.B. Endgeräte, Hardware), ist diese Vorschrift auf Bündelprodukte aus regulierten und unregulierten Leistungen offenbar nicht unmittelbar anzuwenden.

Allerdings ist nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 Telekommunikationsgesetz ein Missbrauch im Sinne von § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG auch dann zu vermuten, wenn ein Unternehmen bei seinem Produktangebot eine sachlich ungerechtfertigte Bündelung vornimmt. Bei der Frage, ob dies der Fall ist, ist insbesondere zu prüfen, ob es effizienten Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht möglich ist, das Bündelprodukt zu vergleichbaren Konditionen anzubieten. Da hier explizit auf ein wettbewerbliches Angebot zu vergleichbaren Konditionen abgestellt wird, geht es bei dieser Prüfung nicht bloß um die Frage strukturell ungerechtfertigter Bündelungen, sondern auch darum, ob Bündelprodukte des marktbeherrschenden Unternehmens hinsichtlich ihrer Preisgestaltung von effizienten Wettbewerbern nachgebildet werden können. Allerdings kann nach derzeitigem Kenntnisstand nicht allein auf der Grundlage des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG die Forderung nach einer Zugangsverpflichtung begründet werden, d.h. es kann nicht zu jeder Leistung eine entsprechende Vorleistung eingefordert werden. Ferner ist die o.g. Ausgangsthese zu beachten, wonach ein Wettbewerbsunternehmen grundsätzlich langfristig mindestens das Kostenniveau des marktmächtigen Unternehmens erreichen muss.

In den im August 2005 von der Bundesnetzagentur veröffentlichten Hinweisen zu sachlich ungerechtfertigter Bündelung i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG ist zwischen reiner, einseitiger und gemischter Bündelung differenziert worden.²⁴ Dabei ist in dem hier behandelten Kontext die gemischte Bündelung von besonderer Bedeutung, da in diesen Fällen die Produkte A und B zwar auch einzeln angeboten werden, der Preis des Bündelangebots AB jedoch unterhalb des Preises für den kombinierten Einzelbezug der beiden Produkte liegt. Das bedeutet, dass im Rahmen der gemischten Bündelung ein Preisnachlass gewährt wird, hinsichtlich dessen gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG zu prüfen ist, ob er von effizienten Wettbewerbern in gleicher Weise gewährt werden kann, ohne dass diese unprofitabel werden. Ist nämlich eben dies nicht der Fall, ist davon auszugehen, dass mit der Vermarktung eines entsprechenden Paketangebotes Marktverschließungseffekte verbunden sind, die eine Missbrauchsvermutung begründen können.

Hierbei zeigt sich, dass auf Bündelangebote, die sich aus regulierten und unregulierten Leistungen zusammensetzen, zwar kein Preis-Kosten-Scheren-Test im engeren Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG anzuwenden, wohl aber nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG die Nachbildbarkeit entsprechender Paketangebote durch effiziente Wettbewerber auch hinsichtlich der Angebotskonditionen, d.h. insbesondere auch im Hinblick auf die Preisgestaltung, zu prüfen ist. Die Begründung hierfür liegt zum einen darin, dass andernfalls die Gefahr einer Marktmachtübertragung aus einem Bereich fehlenden wirksamen Wettbewerbs in einen Bereich mit höherer Wettbewerbsintensität bestünde, zum anderen darin, dass die Bündelung bei fehlender wettbewerblicher Nachbildbarkeit vom marktmächtigen Unternehmen auch dazu genutzt werden könnte, um seine dominante Position in dem SMP-Markt zu verteidigen.²⁵ Daraus wiederum folgt, dass nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG für jedes Bündelprodukt, das (ggf. regulierte) Bestandteile umfasst, die einem Markt angehören, für den eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde, die Möglichkeit besteht, (zumindest) im Rahmen der nachträglichen Entgeltkontrolle zu prüfen, ob die Nachbildbarkeit durch effiziente Wettbewerber gegeben ist.

Nun könnte diesem Ansatz entgegengehalten werden, dass nur solche Endkundenentgelte der Regulierung unterworfen werden dürften, für die auch beträchtliche Marktmacht festgestellt sei. Für alle anderen Leistungen hingegen bestünden keine Einschränkungen hinsichtlich der Preisgestaltung, sodass sich die regulatorische Kontrolle darauf be-

²⁴ Vgl. die von der Bundesnetzagentur im August 2005 veröffentlichten Hinweise zu sachlich ungerechtfertigter Bündelung i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG (auf der Homepage der Bundesnetzagentur abrufbar unter http://www.bundesnetzagentur.de/enid/00685bec6f6c300f3147189db4d00a47,0/Regulierung_Telekommunikation/Konstanzgebot_pg.html), S. 3f.

²⁵ Vgl. *Revised ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework* vom Mai 2006, S. 32f, sowie die von der Bundesnetzagentur im August 2005 veröffentlichten Hinweise zu sachlich ungerechtfertigter Bündelung i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG, S. 6.

schränken müsse zu prüfen, ob der Preis für das Paketangebot die Summe der Entgelte der darin enthaltenen regulierten Leistungen abdecke. Wenn also ein Bündelangebot X die Leistungen A, B und C umfasse, von denen nur die Leistungen A und B infolge beträchtlicher Marktmacht der Regulierung unterliegen, während für Leistung C (und die ihr zugrunde liegenden Vorleistungen) wirksamer Wettbewerb besteht, dann könne kein Missbrauch vermutet werden, wenn der Preis des Bündelproduktes X mindestens der Summe der Einzelpreise für die Leistungen A und B entspreche. Die kostenlose Beigabe von Produkt C sei hingegen nicht zu beanstanden, da es sich hierbei um eine nicht der Regulierung unterworfenen Leistung handele und die Preissetzungsfreiheit somit nicht einzuschränken sei.

Diese Überlegungen vernachlässigen jedoch die daraus ggf. resultierenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen. Denn aus Sicht des Kunden, der das Bündelangebot als Ganzes nachfragt, geht es weniger darum, auf welche Leistungskomponente der Preisnachlass entfällt, als vielmehr um den Gesamtpreis des Paketangebotes. Ist dieser jedoch für einen effizienten Wettbewerber nicht nachbildbar, handelt es sich auch dann um eine sachlich ungerechtfertigte Bündelung, wenn der Preis des Bündelangebotes zwar die regulierten Komponenten, nicht jedoch die (effizienten) Kosten der unregulierten Leistungsbestandteile reflektiert. Um der Gefahr einer Marktmachtfestigung oder einer Marktmachtübertragung zwischen Bereichen unterschiedlicher Wettbewerbsintensität zu begegnen, ist es demnach angezeigt, den Preis eines Paketangebotes den gesamten ihm zugrunde liegenden Kosten eines effizienten Wettbewerbers gegenüberzustellen. Dies entspricht einer Preis-Kosten-Scheren-Prüfung im weiteren Sinne, die grundsätzlich auch diejenigen Kosten für Vorleistungen mit einbezieht, die nicht vom marktbeherrschenden Unternehmen in Rechnung gestellt werden, jedoch gleichwohl für die Nachbildbarkeit des Bündelproduktes von zentraler Bedeutung sein können.

Hieraus resultiert in der Regulierungspraxis jedoch das Problem, dass die Kosten für solche unregulierten Vorleistungen der Bundesnetzagentur im Regelfall nicht von vornherein bekannt sind. Zwar besteht prinzipiell die Möglichkeit, Untersuchungen auch über die Kosten unregulierter Produkte anzustellen. Hierbei wäre aber jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob der hierfür zu tätige Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zur Beseitigung der in Rede stehenden potenziellen Wettbewerbsbeeinträchtigung stünde. Dabei gilt im Grundsatz, dass mit (wertmäßig) steigendem Anteil unregulierter Bündelbestandteile die Gefahr einer Marktmachtübertragung abnimmt, während der Prüfungsaufwand umgekehrt tendenziell zunimmt. Daraus wiederum folgt, dass insbesondere bei einem hohen Anteil von der Regulierung unterliegenden Bündelkomponenten die Relation von Marktmachtübertragungspotenzial und entstehendem Prüfungsaufwand dergestalt sein

dürfte, dass eine intensive Prüfung missbräuchlichen Verhaltens im Verdachtsfall zielführend wäre.

5. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

Ziel dieser Ausarbeitung ist es, zu den zentralen Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Prüfung von Preis-Kosten-Scheren nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ergeben, aus Sicht der Bundesnetzagentur Stellung zu nehmen. Dabei liegt das Hauptaugenmerk auf denjenigen Aspekten, die von eher grundlegender Bedeutung sind. Darüber hinaus gibt es eine Reihe weiterer Themen, die an dieser Stelle nicht zu vertiefen waren und die insofern ggf. einer gesonderten Behandlung bedürfen. Hierzu zählen etwa spezifische Fragen hinsichtlich der Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren bei der Bestimmung von Resale-Entgelten, der Bewertung von Einführungspreisstrategien sowie der Behandlung von Unternehmen, die zwar auf einem Vorleistungs-, nicht jedoch auf einem Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügen.

Ungeachtet dessen sind in den vorstehenden Ausführungen die wesentlichen Aspekte von Preis-Kosten-Scheren-Prüfungen erörtert und dabei folgende Kernaussagen abgeleitet worden:

1. Bei der Auslegung von § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG, wonach ein Missbrauch zu vermuten ist, wenn die Spanne zwischen dem Entgelt, das der Marktbeherrscher Wettbewerbern für eine Zugangsleistung in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endnutzerentgelt nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen, ist auf einen effizienten Wettbewerber abzustellen. Zur Begründung für die im Grundsatz einzunehmende Wettbewerberperspektive ist insbesondere darauf zu verweisen, dass
 - prinzipiell nur Wettbewerber, die sowohl in Konkurrenz zu den Endnutzerpreisen des marktbeherrschenden Betreibers stehen als auch auf den Bezug dessen Vorleistungen angewiesen sind, Gefahr laufen, in eine Preis-Kosten-Schere zu geraten,
 - sich das vertikal integrierte marktbeherrschende Unternehmen Vorleistungskosten nicht (in gleicher Form) „in Rechnung stellt“ wie Wettbewerbern,
 - es in der Gesetzesbegründung heißt: „Dabei ist es nicht notwendig, dass dies für jeden einzelnen Tarif gilt, sofern nur sichergestellt ist, dass effiziente Kon-

kurrenten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht diese Tarife in Kombination nachvollziehen können“ (Hervorhebung nur hier),

- aus dem Kontext der genannten Vorschriften zu schließen ist, dass in erster Linie auf die Kostensituation der Wettbewerber abzustellen ist.
2. Eine Bewertung der unterschiedlichen am Markt beobachtbaren Geschäftsmodelle erfolgt nicht durch die Bundesnetzagentur, sondern durch den Wettbewerb, der eine Differenzierung zwischen erfolgreichen und weniger erfolgreichen Geschäftsmodellen herbeiführt. Insofern ist der Begriff des „effizienten Wettbewerbers“ nicht im Sinne eines effizienten Geschäftsmodells auszulegen.

Mit Blick auf die Zielsetzung der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte, auch in der Fläche, ist eine Preissetzung dann nicht zulässig, wenn effiziente Wettbewerber auf dieser Grundlage nur punktuell in der Lage wären, eine Marge zu realisieren, die eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermöglicht. Vielmehr ist von einer ausreichenden Spanne zwischen Endkunden- und Vorleistungsentgelten grundsätzlich nur dann auszugehen, wenn diese flächendeckend gewährleistet und von einer hinreichend großen Zahl von Konkurrenten realisierbar ist - wobei Letzteres eher im Sinne einer qualitativen Maßgabe zur Erhaltung bzw. Schaffung des gesetzlich intendierten Wettbewerbspotenzials zu verstehen ist (vgl. hierzu im Einzelnen Fußnote 6).

3. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es einem effizienten Wettbewerber möglich ist, seine Leistungen langfristig zumindest ebenso effizient bereitzustellen wie der etablierte Betreiber. Wenn Wettbewerber mit eigener Infrastruktur auch Vorleistungen bei dem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht beziehen, dürften dessen langfristige Gesamtkosten nicht die Kosten des etablierten Betreibers übersteigen, weil Wettbewerber ansonsten nicht dauerhaft am Markt bestehen könnten. Insoweit ist grundsätzlich davon auszugehen, dass spezifische Wettbewerberkosten, wie z.B. die Realisierung (vorübergehend) geringerer Größen- und Verbundvorteile als das marktbeherrschende Unternehmen, Kosten für Kollokation sowie ggf. Unterschiede in der Kundenstruktur an anderer Stelle zu kompensieren sind.

Eine ausschließliche Kurzfristbetrachtung, nach der Wettbewerber im Vergleich zum Referenzentgelt des Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht höhere Kosten aufweisen könnten, kann aus hiesiger

Sicht keine sachliche Rechtfertigung zur Anhebung der Endkundenentgelte des Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht auslösen. Insoweit auf die Kosten effizienter Wettbewerber abgestellt wird, sind auch langfristige Kosten zu betrachten. Zwar enthält § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG im Gegensatz zu § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG nicht explizit das Wort „langfristig“, jedoch sollte ein einheitlicher Bewertungsmaßstab für Effizienz, nämlich die Langfristperspektive resp. Dynamik verwandt werden.

Insofern ist davon auszugehen, dass wettbewerberspezifische (Mehr-)Kosten im Regelfall einen Übergangscharakter aufweisen. Daher dürften die (langfristigen) Kosten des effizienten Wettbewerbers in der Summe grundsätzlich nicht höher anzusetzen sein als die des marktbeherrschenden Unternehmens.

4. Da die von neuen Anbietern verlangten Endkundenpreise in hohem Maße von denen des marktbeherrschenden Unternehmens abhängen und insoweit bei den Wettbewerbern Unsicherheit über die Beziehung zwischen Preisen und zugrunde liegenden Kosten besteht, ist es äußerst schwierig, aus einem Vergleich mit Wettbewerberangeboten auf dem gleichen Markt belastbare Schlussfolgerungen im Hinblick auf Fragen der Kostendeckung bzw. Preis-Kosten-Scheren und mithin der Missbräuchlichkeit von Tarifmaßnahmen des etablierten Betreibers zu ziehen. Abgesehen von den oben dargestellten grundlegenden Bedenken erweist sich die Durchführung einer qualifizierten Vergleichsmarktbetrachtung in einem von zunehmender Produktbündelung geprägten Wettbewerbsumfeld als hoch komplex.

Statt dessen bietet sich bei der Durchführung eines Preis-Kosten-Scheren-Tests prinzipiell eine Vorgehensweise an, bei der die Kosten eines effizienten Wettbewerbsunternehmens – soweit wie dies möglich ist - auf Grundlage von (genehmigten) Vorleistungsentgelten ermittelt werden. Hierfür spricht zum einen, dass die Entgelte für Zugangsleistungen, auf die alternative Anbieter angewiesen sind, unmittelbar in deren Kalkulation eingehen. Zum anderen stellen die dem Marktbeherrscher genehmigten Entgelte auch für diejenigen Teilleistungen, die vom Wettbewerber ggf. selbst erstellt werden (z.B. Transitleistungen auf der Weitverkehrs Ebene), eine gute Approximation für dessen effiziente Kosten dar, weil sie nach dem KeL-Maßstab bestimmt werden. Im Schmalbandbereich scheint diese Vorgehensweise im Hinblick auf die vorhandenen Vorleistungsprodukte unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten grundsätzlich mit vergleichsweise geringen Schwierigkeiten behaftet zu sein. Demgegenüber werden im Breitbandbereich mit seiner regelmäßig höheren Komplexität bei Endkunden- und Vorleistungsprodukten und wegen des Nebeneinanders von regulierten und nicht regulierten Vorleistungsprodukten über die

Betrachtung regulierter Vorleistungsentgelte hinaus häufig weitere Überlegungen im Hinblick auf Plausibilität erforderlich.

5. Während in der Vergangenheit die Prüfung mitunter sehr eng mit Bezug auf einzelne Zeitintervalle (z.B. gesondert nach Haupt- und Nebenzeittarifen) durchgeführt wurde, erscheint eine derartige Vorgehensweise bei Preis-Kosten-Scheren-Tests vor dem Hintergrund sich dynamisch verändernder Tarifstrukturen mit zunehmendem Anteil von Pauschalelementen heute nicht mehr angemessen. Vielmehr ist weniger auf einzelne Tarifelemente als auf einen Tarif insgesamt abzustellen, da insbesondere zweiteiligen Tarifen nur auf diese Weise angemessen Rechnung zu tragen ist. Dabei sollte die Prüfung im Kern auf die zu erwartenden Nutzungscharakteristika eines künftigen Durchschnittskunden rekurrieren. Dies gilt nicht nur für (partielle) Pauschalentgelte, sondern etwa auch mit Blick auf sog. „Budgettarife“. Auch hier ist das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere nicht für einzelne Tarifelemente wie etwa das „Budget“ zu prüfen, sondern das auf den Gesamttarif bezogene durchschnittliche Nutzungsprofil des Kunden einzubeziehen.
6. Die Frage, ob Preis-Kosten-Scheren-Tests auf einzelne Märkte beschränkt oder auch auf marktübergreifende Tarife angewandt werden sollten, kann nicht pauschal, sondern nur unter Berücksichtigung der tatsächlichen aktuellen Wettbewerbsverhältnisse beantwortet werden. Denn in diesem Zusammenhang kommt dem als Referenz heranzuziehenden effizienten Wettbewerbsunternehmen eine zentrale Bedeutung zu. Da die zentrale Frage hinter der Prüfung von Preis-Kosten-Scheren in der Nachbildbarkeit bestimmter Tarife durch effiziente Wettbewerber zu sehen ist, richtet sich auch der Anknüpfungspunkt von Preis-Kosten-Scheren-Tests im Wesentlichen nach den relevanten Geschäftsmodellen effizienter Wettbewerber.

Sowohl rechtliche als auch ökonomische Erwägungen indizieren grundsätzlich eine Betrachtung einzelner Entgelte, lassen jedoch unter bestimmten Bedingungen auch eine Öffnung für Kombinationen von Tarifen zu, nämlich dann, wenn hierdurch zum einen die Operationalisierbarkeit des Preis-Kosten-Scheren-Tests nicht in Frage gestellt wird und zum anderen die Entgelte von allen als Referenz heranzuziehenden effizienten Wettbewerbern ebenfalls in Kombination angeboten werden (können). Als Beispiel für eine solche Kombination von Tarifen kann etwa die gemeinsame Betrachtung verschiedener (schmalbandiger) Anschlussarten angesehen werden.

Allerdings kann nicht unterstellt werden, dass das regulierte Unternehmen von Wettbewerbsunternehmen einfordern kann, bestimmte Leistungskombinationen am Markt anbieten zu müssen, um etwaige Preis-Kosten-Scheren zu vermeiden.

7. Mit Blick auf Bündelprodukte, die sowohl regulierte als auch unregulierte Leistungen umfassen, ist zunächst zu untersuchen, in welcher Weise eine Marktmachtübertragung bzw. -festigung stattfinden könnte. Ein Preis-Kosten-Scheren-Test nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist in diesen Fällen nicht ohne weiteres durchführbar, weil sich die Marktmacht des SMP-Betreibers nicht auf sämtliche dem Paketangebot zugrunde liegenden Vorleistungen erstreckt. Allerdings ist mit Blick auf die Frage einer sachlich ungerechtfertigten Bündelung zu prüfen, ob es effizienten Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht möglich ist, das Bündelprodukt zu vergleichbaren Konditionen anzubieten. Diese Bestimmung, mit der die Problematik einer Marktmachtübertragung bzw. -festigung durch Bündelpraktiken adressiert wird, zielt eindeutig auch auf die preisliche Nachbildbarkeit von Bündelangeboten. Soweit keine anderen Informationen vorliegen, ist für den unregulierten Bereich zunächst insbesondere zu prüfen, ob die unregulierten Paketbestandteile die dem marktbeherrschenden Unternehmen dadurch entstehenden Kosten decken.

Allerdings liegen dem Regulierer für diese Leistungen regelmäßig keine Informationen über entsprechende Vorleistungskosten und Nutzungscharakteristika vor, weshalb einer dezidierten Kalkulation effizienter Bereitstellungskosten unregulierter Produkte bzw. Produktbestandteile enge Grenzen gesetzt sind. Dies gilt aufgrund der Zwei-Wochen-Frist insbesondere für die Offenkundigkeitsprüfung, an die hinsichtlich der Prüfungstiefe deutlich niedrigere Maßstäbe zu knüpfen sind als an eine Prüfung im Ex-post-Verfahren. Insoweit kann in solchen Fällen, in denen eine Kostenbetrachtung aufgrund fehlender Informationen nicht durchführbar ist, im Rahmen des Anzeigeverfahrens auch eine Vergleichsbetrachtung durchgeführt werden. Hieraus lassen sich zwar keine abschließenden Aussagen über das Nicht-Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere ableiten. Mit Blick auf die innerhalb der vorgegebenen Zwei-Wochen-Frist zu klärende Frage der offenkundigen Missbräuchlichkeit einer geplanten Tarifmaßnahme lassen sich auf dieser Grundlage jedoch unter den oben genannten Voraussetzungen plausible Schlussfolgerungen ziehen.