

GUTACHTEN

**„DIE ENTGELTREGULIERUNG DER KUPFER-TAL
VOR DEM HINTERGRUND DER NGA-MIGRATION“**

PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M.

UNIVERSITÄT REGENSBURG

LEHRSTUHL FÜR ÖFFENTLICHES RECHT UND IMMOBILIENRECHT

DR. ULRICH HEIMESHOFF

UNIVERSITÄT ERLANGEN-NÜRNBERG

LEHRSTUHL FÜR WIRTSCHAFTSPOLITIK (PROF. DR. JUSTUS HAUCAP)

IM AUFTRAG DES

VATM

27. JANUAR 2009

EXECUTIVE SUMMARY

- I. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 25. April 2008 im Arcor-Fall und die strenge Umsetzung der dort entwickelten Grundsätze durch das Verwaltungsgericht Köln (VG Köln) in seiner Entscheidung vom 27. November 2008 machen eine Modifizierung der Berechnungsgrundlage im Rahmen der Regulierung der Entgelte für die Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung (TAL) erforderlich. Dabei gelten die vom EuGH zur TAL-Verordnung entwickelten Vorgaben auch für das geltende EG-Richtlinienpaket und für das TKG 2004.
- II. Spätestens seit der Ankündigung der Deutsche Telekom AG (DTAG), in insgesamt 51 deutschen Städten VDSL in Form von Fibre to the Curb (FTTC) einzuführen, hat im Übrigen die Migration in Glasfasernetze in Deutschland begonnen. Diese stellt die bisherige Entgeltregulierung bestehender Kupferinfrastrukturen auf Basis von Wiederbeschaffungskosten gleichermaßen in Frage. Denn durch die Migration in Next Generation Access (NGA) ändert sich das Investitionsverhalten bezüglich bestehender Infrastrukturen zum Teil dramatisch. Netzteile, die künftig nicht mehr erforderlich sind, werden lediglich insoweit erhalten, als ihr Betrieb für die Dauer einer Übergangsperiode bis zu ihrer Abschaltung gesichert bleibt. Zudem ist festzustellen, dass die Entwicklung der Endkundenpreise aktuell stark von den Kabelnetzbetreibern getrieben wird, die aufgrund ihrer Infrastruktur unabhängig von der TAL der DTAG sind und daher einen Wettbewerbsvorteil besitzen. Somit kommt der künftigen Bepreisung der TAL eine noch größere Bedeutung als bislang zu.
- III. Vor diesem Hintergrund ist eine Bepreisung auf Basis von Wiederbeschaffungswerten nicht mehr zulässig, da das die Zugangspetenten benachteiligen würde. Aber auch der Wechsel hin zu einer Bepreisung ausschließlich auf Basis von historischen Kosten ist grundsätzlich verschlossen.
- IV. Stattdessen ist nach der genannten Rechtsprechung eine komplexer zu modellierende Bepreisung erforderlich, die den tatsächlichen Kosten bei der Schaffung, Aufrechterhaltung sowie Ergänzung einer effizienten Infrastruktur Rechnung trägt. Der neue Ansatz muss dabei im Rahmen der Anwendung des analytischen Kostenmodells für die Nutzung des bestehenden Netzes auf die historischen Kosten abstellen, zugleich aber angesichts künftig erforderlicher Investitionen auch aktuelle Kosten beachten.
- V. Die nähere Ausdifferenzierung des Modells muss den Zielvorgaben des Gemeinschaftsrechts und des Telekommunikationsgesetzes (TKG) entsprechend, optimale Anreize für die Förderung des Infrastruktur- und Dienstewettbewerbs und von effizienten Investitionen setzen und dabei zugleich die Konsumentenwohlfahrt steigern.

- VI. Diese Ziele werden mit dem Modell einer modifizierten Realkapitalerhaltung am besten erreicht. Dabei müssen tatsächliche Nutzungsdauern im Rahmen der Abschreibungen berücksichtigt werden. Darüber hinaus ist ein Aufschlag für tatsächlich zu tätige Wiederbeschaffungen vorzunehmen. Konsequenz daraus ist eine Entgelthöhe, die zwischen Entgelten auf Basis von Wiederbeschaffungskosten und solchen auf Basis klassischer historischer Kosten liegen und damit zu einer relevanten Absenkung des TAL-Entgelt-Niveaus führt.
- VII. Derartige niedrigere Entgelte ermöglichen eine chancengleichere Ausgangssituation in der jetzigen Investitionsphase. Wettbewerbern der DTAG wird so die Heranführung ihres Netzes von den Hauptverteilern (HVT) an die Kabelverzweiger (KVZ) erleichtert. Darüber hinaus würde sich das vorgeschlagene Bepreisungsmodell stärker als bisher am tatsächlichen Investitionsverhalten bzw. an den tatsächlichen Kosten orientieren und damit der aufgezeigten Rechtsprechung gerecht werden. Ein weiterer Vorteil des Modells ist, dass auf Seiten der DTAG Anreize für eine effiziente weitere Migration in Glasfaser geschaffen würden, die bislang von hohen TAL-Entgelten unter Umständen verhindert wird.
- VIII. Von einer regionalen Differenzierung der Entgelte in solchen Regionen, in denen eine Migration bereits angekündigt wurde, und solchen, in denen dies nicht der Fall bzw. nicht zu erwarten ist, sollte in der aktuellen Situation aus Gründen der Konsistenz und Regulierungsklarheit, zur Vermeidung unnötiger Regulierungskomplexität und negativer Investitionsanreize abgesehen werden.
- IX. Das gilt auch für eine denkbare differenzierende Bepreisung zwischen der HVT- und der KVZ-TAL. Stattdessen ist eine Durchschnittsbetrachtung der tatsächlichen Wiederbeschaffungsinvestitionen und Abschreibungsdauern vorzugswürdig. Damit wird im Ergebnis der Spread zwischen HVT- und KVZ-TAL grundsätzlich wie bisher beibehalten.
- X. Einer Änderung hin zu einer solchen Bepreisung stehen weder Grundrechte des zugangsregulierten Unternehmens noch Vertrauensschutzgesichtspunkte entgegen.
- XI. Allerdings ist zu betonen, dass die Bundesnetzagentur nach der jüngsten Rechtsprechung des VG Köln hinsichtlich der Ausdifferenzierung der diesbezüglichen Berechnungsmethode über einen Beurteilungsspielraum verfügt, sofern sie die skizzierten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben einhält. Ein Festhalten an einer Berechnung auf Basis der Wiederbeschaffung würde nach derselben Rechtsprechung diesen Beurteilungsspielraum jedoch überschreiten und einen Beurteilungsfehler darstellen, da dies nicht mehr mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

GLIEDERUNG

A. Sachverhalt	6
I. Vorbemerkungen	6
II. Hintergrund des Gutachtens	8
III. Marktsituation und Investitionsverhalten auf dem deutschen Markt für Festnetztelefonie	10
1. Die aktuelle Situation	10
2. Migration in Next Generation Access und Investitionsanreize	13
B. Die gutachterlich zu klärenden Rechtsfragen	15
C. Gutachterliche Bewertung	17
I. Ökonomische Bewertung	17
1. Auswirkungen einer Absenkung der TAL-Entgelte auf das Investitionsverhalten	17
a. Generelle Erwägungen	17
b. Akteursanalyse	19
aa. DTAG	20
bb. Wettbewerber mit eigenen Infrastrukturen	21
cc. Reseller	23
dd. Kabelnetzbetreiber	24
ee. Fazit	25
2. Ein modifizierter Ansatz zur Ermittlung der TAL-Entgelte	26
a. Das Konzept der modifizierten Realkapitalerhaltung	26
b. Die Frage nach einer Differenzierung zwischen HVT- und KVZ-TAL	27
c. Die Frage der Regionalisierung	28
II. Rechtliche Bewertung	30
1. Vorgaben des Gemeinschaftsrechts	30
a. TAL-Verordnung 2887/2000/EG	31
b. Art. 13 Zugangsrichtlinie 2002/19/EG	35
c. Empfehlung der Kommission bezüglich einer NGA-Regulierung	37

2.	Vorgaben des § 31 TKG.....	39
a.	Wortlaut.....	39
b.	Genetische Auslegung.....	42
c.	Systematische Auslegung.....	42
d.	Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung/Konsequenzen	43
e.	Teleologische Auslegung	45
aa.	Abstrakte Zielanalyse	45
bb.	Förderung von Infrastruktur- und Dienstewettbewerb und Investitionen in concreto	46
3.	Vertrauensschutzaspekte und Grundrechte	50
a.	Entgeltregulierung als tripolarer Grundrechtskonflikt und Reichweite deutscher Grundrechte.....	50
b.	Kein Grundrechtsverstoß durch Wechsel der entgeltregulatorischen Berechnungsgrundlage	52
4.	Gerichtliche Kontrolldichte und Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur.....	54
a.	Grundsätzliche Anerkennung eines Beurteilungsspielraums im Rahmen der Entgeltregulierung	54
b.	Festhalten an der Berechnung auf Basis von Wiederbeschaffungskosten als Beurteilungsfehler	58
D.	Ergebnisse	60

A. Sachverhalt

I. Vorbemerkungen

Staatliche Regulierung in Netzindustrien wird immer Auswirkungen auf das Investitionsverhalten der Marktakteure haben. Eine Regulierung, die sich in Bezug auf das Investitionsniveau neutral erweist, ist nicht möglich. Gerade deshalb sollte Regulierung immer zum Ziel haben, effiziente Infrastrukturinvestitionen zu stimulieren und sich der Grenzen des ohne Zweifel erwünschten Infrastrukturwettbewerbs bewusst sein. Während zu Beginn der Telekommunikationsliberalisierung intramodaler Wettbewerb im Zentrum des Interesses der Regulierungsbehörde stand, hat inzwischen die Bedeutung des intermodalen Wettbewerbs zugenommen. Neben der Infrastruktur der Deutschen Telekom AG (DTAG) existieren Infrastrukturen der Wettbewerber und seit einiger Zeit investieren die Kabelnetzbetreiber, um Telekommunikationsdienste über ihre Infrastruktur anbieten zu können.¹ Darüber hinaus ist in absehbarer Zeit auch weiterer intermodaler Wettbewerb der Mobilfunkbetreiber oder anderer Unternehmen denkbar, die kabellose Lösungen anbieten können. Somit existieren in Deutschland drei zumindest teilweise alternative Telekommunikationsinfrastrukturen. Dies sind die klassische Festnetztelefoninfrastruktur der DTAG und ihrer Wettbewerber, die Infrastruktur der Kabelnetzbetreiber und die Netze der Mobilfunkanbieter. Hiermit zeigt sich, dass die Wettbewerber der DTAG bereits seit geraumer Zeit in den Infrastrukturwettbewerb eingestiegen sind. Um aber effizienten Infrastrukturwettbewerb in der Zukunft zu erreichen bzw. zu sichern sind neue regulatorische Vorgehensweisen notwendig.

Seit geraumer Zeit werden mögliche Ausgestaltungsformen eines angemessenen Regulierungsrahmens für künftige Telekommunikationsinfrastrukturen sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis kontrovers diskutiert. Sinnvolle Regulierungsregime für so genannte Next Generation Networks (NGN) sind insbesondere deshalb von überragender Bedeutung für moderne Volkswirtschaften, weil der positive Einfluss einer gut ausgebauten und technisch hochwertigen Telekommunikationsinfrastruktur auf das wirtschaftliche Wachstum inzwischen eindeutig nachgewiesen ist.² Dieser positive Einfluss wird insbesondere durch vereinfachte Kommunikationsmöglich-

¹ Für eine Diskussion des Infrastrukturwettbewerbs in der Telekommunikation in Deutschland siehe bereits *Neumann*, Die Zukunft des Infrastrukturwettbewerbs, in: WIK-Newsletter 51/2003, S. 1-2.

² Vgl. zum Einfluss der Telekommunikationsinfrastruktur auf das Wirtschaftswachstum *Röller/Waverman*, Telecommunications Infrastructure and Economic Development: A Simultaneous Approach, in: *American Economic Review*, 2001, S. 909-923. Für eine Analyse der Auswirkungen der Telekommunikationsinfrastruktur und Tele-

keiten und die daraus resultierenden sinkenden Transaktionskosten generiert.³ Inzwischen wurden mögliche Lösungen zur Stimulierung von effizienten Investitionen in dynamischen Märkten identifiziert und Implementationsschemata vorgeschlagen.⁴

Trotz der immensen Bedeutung einer angemessenen Regulierung von neuen Telekommunikationsfestnetzen, sollten die aus der Migration in Next Generation Access (NGA) resultierenden Herausforderungen für die Regulierung existierender Infrastrukturen nicht aus den Augen verloren werden. Ohne eine effiziente Regulierung existierender Infrastrukturen wird ein volkswirtschaftlich effizienter Übergang in neue Glasfasernetze nicht möglich sein. Interessanterweise haben Probleme in Bezug auf erforderliche Änderungen im Rahmen der Regulierung bestehender Infrastrukturen durch die NGA-Migration bisher nur wenig Raum in der wissenschaftlichen Debatte um künftige Regulierungsregimes gefunden. Tatsächlich bedingt die beginnende NGA-Migration aber deutliche Änderungen in Bezug auf das tatsächliche Investitionsverhalten der Marktakteure in bestehende Infrastrukturen. Diese Verhaltensänderungen machen neue Wege im Rahmen der Zugangsregulierung notwendig, da insbesondere die bislang vorherrschende Berechnung der Entgelte für die Teilnehmeranschlussleitung (TAL) auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten in Teilen nicht mehr zu rechtfertigen ist, wenn Netzinfrastrukturen nur noch für einen Übergangszeitraum parallel zu neuen Glasfasernetzen betrieben werden.⁵ Durch die Migration in NGA ist davon auszugehen, dass keine nennenswerten Investitionen mehr in Netzteile erfolgen, die in absehbarer Zeit abgebaut werden.

Diese Fragen gewinnen in jüngster Zeit auch deshalb an Relevanz, weil die aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) sowie des Verwaltungsgerichts Köln (VG Köln) im Rahmen der Entgeltregulierung eine Abkehr vom bisherigen Modell der hypothetischen Wiederbeschaffungskosten hin zu einer stärker an den tatsächlichen Kosten orientierten Vorgehensweise fordert.⁶ Als Konsequenz daraus ist die Entwicklung eines neuen Bepreisungsmodells erforderlich, das die rechtlichen Rahmenbedingungen erfüllt.

kommunikationsnutzung auf das wirtschaftliche Wachstum in Deutschland siehe Abschnitt D in *Welfens/Jungmittag*, Internet, Telekomliberalisierung und Wirtschaftswachstum, 2002.

³ Siehe dazu z.B. *Norton*, Transaction Costs, Telecommunications, and the Microeconomics of Macroeconomic Growth, in: *Economic Development and Cultural Change*, 1992, S. 175-196.

⁴ Für einen umfassenden Überblick zu dieser Problematik siehe insbesondere Kapitel 2 in *Baake/Haucap/Kühling/Loetz/Wey*, Effiziente Regulierung in dynamischen Märkten, 2007.

⁵ Zum bisher vorherrschenden Konzept der Bepreisung auf Basis von Wiederbeschaffungskosten siehe *Schweitzer/Küpper*, Systeme der Kosten- und Erlösrechnung, 9. Auflage 2008, S. 774-775.

⁶ Dazu unten C.II.

II. Hintergrund des Gutachtens

Der Wandel des ordnungspolitischen Rahmens in den Telekommunikationsindustrien der meisten entwickelten Staaten in den letzten 25 Jahren ist im Vergleich zu anderen Branchen wohl ohne entsprechendes Beispiel.⁷ Um diesen ordnungspolitischen Wandel korrekt zu erfassen, ist es wichtig den Begriff der Liberalisierung vom Begriff der Deregulierung zu unterscheiden. Während unter Liberalisierung die Öffnung des Marktes für andere Anbieter verstanden wird, fasst Deregulierung den Abbau staatlicher Vorschriften zusammen.⁸ Nun ist Liberalisierung nicht immer mit Deregulierung verbunden. Im Gegenteil, um wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen, bedarf es staatlicher Regulierung. Somit muss im Zusammenhang mit Liberalisierungsprozessen von einer Re-Regulierung gesprochen werden.⁹ Ein bedeutender Bestandteil dieser Re-Regulierung ist das Prinzip des „Open Access“.¹⁰

Das „Open Access Prinzip“, also der diskriminierungsfreie Zugang der Wettbewerber zu Netzteilen eines etablierten Anbieters, welche die so genannten Bottleneck-Eigenschaften erfüllen, gehört zu den Kernprinzipien einer jeden Regulierung in Netzindustrien, um ein angemessenes Verhältnis von Dienste- und Infrastrukturwettbewerb bzw. um überhaupt Wettbewerb zu gewährleisten.¹¹ Es geht also darum, diejenigen Bereiche eines Netzes zu identifizieren, in denen Wettbewerb nicht möglich erscheint und folglich den Wettbewerbern des etablierten Anbieters zu angemessenen Entgelten Zugang gewährt werden muss.¹² In diesem Kontext bedarf der Begriff der „angemessenen Entgelte“ weiterer Konkretisierung. In den gesetzlichen Vorgaben und im Rahmen der regulatorischen Praxis hat sich hier der Begriff der Kosten der effizienten Leistungserstellung (KeL) herauskristallisiert.

Regulierungsbehörden ermitteln die KeL regelmäßig mit Hilfe so genannter analytischer Kostenmodelle, die zum Ziel haben, eine effiziente Netzinfrastruktur abzubilden, um dem Erfordernis

⁷ Vergleiche dazu Kapitel 1 in *Nuechterlein/Weiser*, Digital Crossroads, 2005.

⁸ Vgl. *Haucap/Heimeshoff/Uhde*, Credible Threats as an Instrument of Regulation for Network Industries, in: Welfens/Weske (Hrsg.), Digital Economic Dynamics, 2007, S. 173-174.

⁹ Siehe dazu *Haucap/Heimeshoff*: Open Access als Prinzip der Wettbewerbspolitik, in: Hartwig/Knorr (Hrsg.), Neue Entwicklungen in der Infrastrukturpolitik, 2005, S. 267.

¹⁰ Zu den Zielen der Regulierung von Netzindustrien sowie der Re-Regulierung siehe auch *Haucap/Heimeshoff/Uhde*, Credible Threats as an Instrument of Regulation for Network Industries, in: Welfens/Weske (Hrsg.), Digital Economic Dynamics, 2005, S. 173-176.

¹¹ Die Bottleneck-Eigenschaft erfüllen so genannte wesentliche Einrichtungen, welche zum Einen unabdingbar sind, um Kunden zu erreichen, und zum Anderen nicht mit angemessenen Mitteln dupliziert werden können. Vergleiche dazu *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 2. Auflage 2006, S. 102-103.

¹² Zur Theorie natürlicher Monopole vergleiche allgemein *Wigger*, Grundzüge der Finanzwissenschaft, 2. Auflage 2006, S. 87-95.

der Effizienz im Rahmen der KeL-Ermittlung nachzukommen. Dies geschieht durch die Ermittlung der entscheidungsrelevanten langfristigen Zusatzkosten.¹³ Dabei wird eine „vorausschauende“ Perspektive eingenommen. Folglich wird gefragt, welche Kosten entstehen würden, wenn ein effizientes Netz aktuell neu aufgebaut würde. Somit werden in der KeL-Ermittlung keine historischen Kosten der Netzerstellung, sondern Wiederbeschaffungskosten berücksichtigt. Damit sollen dem Infrastrukturbetreiber ausreichend Mittel und Anreize gewährt werden, sein Netz Instand zu halten und darüber hinaus auf den jeweils neuesten technischen Stand zu bringen. Zugleich verfolgt diese Strategie ein weiteres Ziel: Es soll gewährleistet werden, dass ausschließlich Unternehmen in den Markt eintreten, die in der Lage sind, solche Entgelte für den Netzzugang zu zahlen, die „effizient“ sind, um ineffizienten Marktzutritt zu verhindern.

Die Verwendung analytischer Kostenmodelle bei der Ermittlung von Netzzugangsentgelten ist in der Literatur kontrovers diskutiert worden.¹⁴ Insbesondere ist das Fehlen einer Berücksichtigung von Pfadabhängigkeiten zu nennen. Die Entwicklung einer realen Netzarchitektur ist ein evolutiver Prozess, der nicht im Rahmen eines hypothetischen effizienten Netzes im Rahmen analytischer Kostenmodelle abgebildet werden kann. Nach Knieps können analytische Kostenmodelle die realen Entscheidungssituationen der Netzbetreiber nicht adäquat abbilden.¹⁵ Es sollte allerdings klar verdeutlicht werden, dass analytische Kostenmodelle für eine effiziente Regulierung unabdingbar sind, weil Regulierung anhand existierender Netzinfrastrukturen lediglich Ineffizienzen beibehalten würde. Anders ausgedrückt würden Ineffizienzen des etablierten Anbieters den Zugangersuchenden aufgebürdet. Die Abbildung effizienter Netzstrukturen anhand analytischer Kostenmodelle ist somit unverzichtbar. Die Berücksichtigung realer Kosten muss somit immer auf der Basis effizienter Netzstrukturen erfolgen, weil eine stärker am tatsächlichen Investitionsverhalten orientierte Bepreisung des Netzzugangs nicht dazu führen darf, dass Ineffizienzen aufrecht erhalten werden. Daraus folgt unmittelbar, dass auch die Berücksichtigung realer Kosten innerhalb von analytischen Kostenmodellen erfolgen wird, weil diese ein unverzichtbares Instrument zur Abbildung effizienter Netzstrukturen darstellen.¹⁶

¹³ Zur Diskussion möglicher Kostenstandards in der Telekommunikationsregulierung siehe *Vogelsang/Mitchell*, *Telecommunications Competition: The Last Ten Miles*, 1997, S. 237-250.

¹⁴ Vergleiche dazu die Ausführungen in *Knieps*, *Netzökonomie*, 2007 S. 171-172.

¹⁵ A.a.O.

¹⁶ Siehe *Sharkey*, *Representation of Technology and Production*, in: *Cave/Majumdar/Vogelsang* (Hrsg.), *Handbook of Telecommunications Economics*, 2002, Vol. 1, S. 204-205.

Genau dies fordert die neueste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EUGH) und des Verwaltungsgerichts Köln (VG Köln). Im Folgenden wird herausgestellt, dass eine Entgeltberechnung anhand eines hypothetischen Netzes unter Zugrundelegung von Wiederbeschaffungskosten nicht dem geltenden Recht entspricht. Darüber hinaus wird ausgeführt, dass eine Berechnung der Entgelte auf der Basis reiner historischer Kosten (nach tatsächlicher Abschreibung) ebenso wenig den rechtlichen Anforderungen genügt.¹⁷ Folglich ist ein Maßstab zu finden, der zwischen den beiden Extremen, historische Kosten und Wiederbeschaffungskosten, liegt und außerdem den tatsächlichen Gegebenheiten besser Rechnung trägt.

III. Marktsituation und Investitionsverhalten auf dem deutschen Markt für Festnetztelefonie

1. Die aktuelle Situation

Festnetz Wettbewerber der DTAG zahlten im Jahre 2008 durchschnittlich 25% bis fast 50% ihres Umsatzes mit Vollanschlüssen¹⁸ in Form von Überlassungskosten für die Teilnehmeranschlussleitung (TAL) an die DTAG.¹⁹ Somit stellen die Vorleistungsentgelte einen bedeutenden Anteil der Kosten eines Wettbewerbers mit eigener Infrastruktur dar. Die DTAG selbst muss dagegen intern nicht mit den TAL-Entgelten kalkulieren, sondern nur noch mit den verbliebenen Abschreibungen und den Betriebskosten. Zugleich verstärken aktuell die Kabelnetzbetreiber den Wettbewerbsdruck im Breitbandmarkt durch niedrige Preise.²⁰ Kabelnetzbetreiber benötigen aufgrund ihres unterschiedlichen Geschäftsmodells und ihrer unterschiedlichen infrastrukturellen Ausgangssituation nicht die TAL der DTAG und zahlen aus diesem Grund auch keine TAL-Entgelte. Neben anderen Gründen hat dieser Wettbewerbsvorteil die Kabelnetzbetreiber dazu angeregt, vermehrt in ihre Infrastruktur zu investieren, um den Konsumenten Telekommunikationsdienste anbieten zu können. Allerdings beruhen die Investitionsentscheidungen der Kabelnetzbetreiber zu einem größeren Teil auch auf der Tatsache, dass sie eine Verbindung bis in die ein-

¹⁷ Eine detaillierte Analyse der Entscheidungen findet sich unten unter C.II.

¹⁸ Siehe dazu die Ausführungen in *DIALOG CONSULT*, Zusammenhänge zwischen Endkundenpreisentwicklungen bei Breitbandanschlüssen und dem Vorleistungsentgelt für die Teilnehmeranschlussleitung im Zeitraum Januar 2006 bis Dezember 2008, 2009.

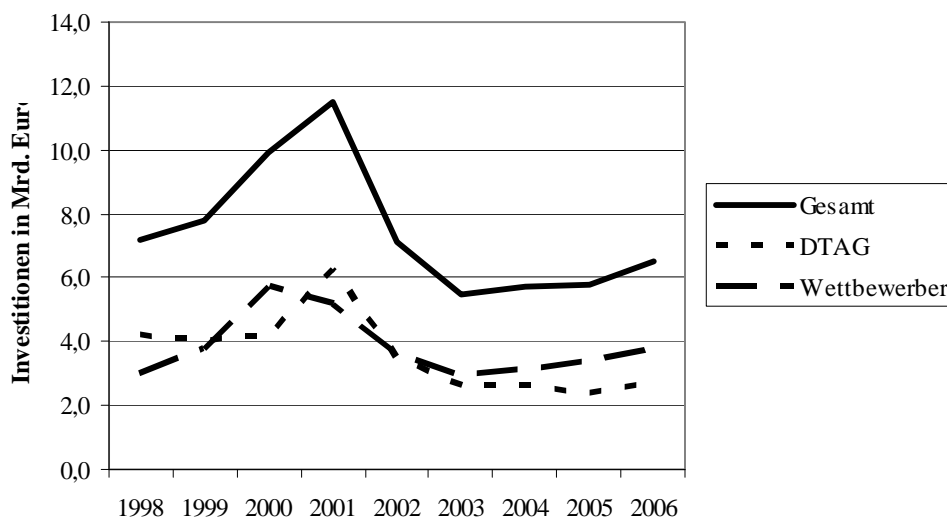
¹⁹ Vgl. *DIALOG CONSULT GmbH/VATM*, Zehnte gemeinsame Marktanalyse 2008, Abbildung 3.

²⁰ Siehe dazu die Ausführungen in *DIALOG CONSULT*, Zusammenhänge zwischen Endkundenpreisentwicklungen bei Breitbandanschlüssen und dem Vorleistungsentgelt für die Teilnehmeranschlussleitung im Zeitraum Januar 2006 bis Dezember 2008, 2009, S. 11.

zelen Haushalte in Kabelform besitzen und sich weitere Anwendungen des daraus resultierenden Potenzials anbieten. Die Bedeutung der TAL-Entgelte bzw. deren Höhe sollte aus diesem Grund auch nicht zu hoch eingeschätzt werden. Folge der Entwicklung der Preise der Kabelnetzbetreiber ist jedenfalls ein Margin Squeeze auf Seiten der Wettbewerber mit eigener Infrastruktur, die auf Vorleistungen der DTAG (in Form der entbündelten TAL) angewiesen sind. Dieser Margin Squeeze kann ihre Rentabilität und Wettbewerbsfähigkeit künftig stark beeinflussen.

Jene Marktentwicklung wird im Folgenden dem Investitionsverhalten der Akteure gegenübergestellt. Die folgende Abbildung stellt dabei das Investitionsverhalten der DTAG sowie der Wettbewerber seit Beginn der Liberalisierung im Jahre 1998 dar.

Abbildung 1: Investitionsverhalten in Sachanlagen der DTAG und der Wettbewerber



Quelle: Bundesnetzagentur: Jahresbericht 2007, S. 68.

Seit dem Jahr 2002 investieren die Wettbewerber der DTAG in der Summe mehr als die DTAG, wodurch die Bedeutung adäquater Investitionsanreize nicht nur für die DTAG, sondern auch für ihre Wettbewerber unterstrichen wird. Darüber hinaus belegt diese Entwicklung, dass die Wettbewerber eigene Infrastrukturen aufbauen wollen und auch aufbauen.²¹

²¹ Siehe dazu auch die Ausführungen in *Bundesnetzagentur*, Jahresbericht 2007, 2007, S. 68-69.

Daraus kann die Prognose abgeleitet werden, dass diese Unternehmen auch in der Zukunft in neue Glasfasernetze investieren werden, um in den Netzbereichen, in denen es aus ökonomischer Perspektive sinnvoll erscheint, eigene Netzinfrastrukturen aufzubauen, um somit dort unabhängig von der DTAG zu werden. Damit werden die Wettbewerber in die Lage versetzt, aus eigener Kraft innovative Produkte für die Konsumenten anzubieten.²²

In diesem Kontext stellt sich allerdings die Frage, ob höhere Investitionen prinzipiell mit einer Zunahme der gesellschaftlichen Wohlfahrt verbunden sind. Diese Aussage muss klar verneint werden, da in gewissen Bereichen eine Duplikation existierender Infrastrukturen aus Effizienzgesichtspunkten schädlich sein kann.²³ Daher ist es an dieser Stelle sinnvoll zu analysieren, in welchen Netzteilen Investitionen Effizienz fördernd sind. Es kann mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, dass Investitionen bis zum Hauptverteiler (HVT) der DTAG ökonomisch sinnvoll sind, da hier nicht von monopolistischen Bottleneck-Bereichen gesprochen werden kann. Ob diese Argumentation auch für weiter reichende Investitionen als die der DTAG (also in nicht migrierten Regionen oder hinter dem KVZ) gilt, ist hingegen nicht sicher.

Dies zeigt sich auch dadurch, dass die DTAG im Rahmen ihrer VDSL-Investitionen in 51 deutschen Großstädten Fibre to the Curb (FTTC) aufbaut und somit die so genannte „letzte Meile“ hinter dem KVZ – zumindest vorläufig – weiterhin auf Kupferbasis betreibt.²⁴ Das WIK geht anhand von Schätzungen im Rahmen einer Studie im Übrigen davon aus, dass von Seiten der DTAG maximal knapp 70% der Bevölkerung profitabel mit VDSL bzw. FTTC versorgt werden können. Somit wäre eine Situation mit 70% Glasfasernetzen und 30% konventionellen Kupfernetzen als Zukunftsszenario auf der HVT-Ebene denkbar.²⁵ Der Großteil der Investitionen der Wettbewerber bezieht sich bislang aber gerade auf Netzbereiche vor dem HVT, wodurch verdeutlicht wird, dass es sich hierbei mit großer Sicherheit um ökonomisch erwünschte Investitionen handelt. Unter Umständen könnten aber breitbandige Infrastrukturen in Gebieten, die die DTAG nicht profitabel bedienen kann, von Seiten der Wettbewerber etwa durch neuartige Wireless-Technologien ermöglicht werden. Somit bestünde die Möglichkeit, den Grad der Versorgung mit hohen Bandbreiten auf über 70% auszudehnen. Vollkommen unklar ist gegenwärtig, in welchem

²² Hierzu ist anzumerken, dass die Glasfasertechnologie die Netzbetreiber in die Lage versetzt, bessere Produkte als mit Hilfe von Kupfernetzen anzubieten. Vgl. *Jeroschewski*, Regulatory challenges of Next Generation Access Networks in telecommunications in Europe, Working Paper, 2008, S. 1.

²³ Vgl. *Knieps*, Netzökonomie, 2007, S. 162-163.

²⁴ Siehe *Woehrl*, The FTTC Project of Deutsche Telekom, Präsentation im Rahmen der Tagung Infraday 2006 an der Technischen Universität Berlin, http://www.infraday.tu-berlin.de/fileadmin/documents/infraday/2006/papers/02_Woehrl.pdf.

²⁵ Siehe *Elixmann/Ilic/Neuman/Plückebaum*, The Economics of Next Generation Access, Final Report, 2008, S. 111.

Umfang die Wettbewerber der DTAG (oder später möglicherweise auch die DTAG) mit FTTB- und FTTH-Lösungen Glasfaser näher an Endkunden bringen werden.

Dabei zeigt sich zugleich, dass gegenwärtig unsicher ist, in welchem Umfang (HVT/KVZ bzw. FTTX) und zu welchem Zeitpunkt eine Kupfer-Substitution durch Glasfaser stattfinden wird.

2. Migration in Next Generation Access und Investitionsanreize

Spätestens seit der Ankündigung der DTAG, in insgesamt 51 deutschen Städten VDSL in Form von FTTC einzuführen, hat die Migration in Glasfasernetze in Deutschland begonnen. Die Diskussion einer adäquaten Regulierung neuer Netze hat sowohl in der Wissenschaft als auch in der regulatorischen Praxis bereits seit geraumer Zeit einen breiten Raum eingenommen. Eine Diskussion der Konsequenzen der Migration in NGA für die Regulierung existierender Infrastrukturen hat bemerkenswerterweise kaum stattgefunden.

Dies ist umso erstaunlicher, als die NGA-Migration gerade für die Entgeltregulierung bestehender Kupferinfrastrukturen dringende Fragen aufwirft. Durch die Migration in NGA ändert sich das Investitionsverhalten bezüglich bestehender Infrastrukturen zum Teil dramatisch. Netzteile, die künftig nicht mehr benötigt werden, bedürfen keiner umfangreichen Erhaltungs- und Erweiterungsinvestitionen, sondern werden lediglich insoweit erhalten, dass ihr Betrieb für die Dauer einer Übergangsperiode bis zu ihrer Abschaltung gesichert bleibt. Diese Entwicklung stellt die bislang angewandte Logik zur Ermittlung der Entgelte für die TAL in Frage, da diese bisher, auch im Rahmen analytischer Kostenmodelle, auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten berechnet wurden.²⁶

Die beginnende NGA-Migration bedingt, dass das TAL-Potenzial in Deutschland im Laufe der Zeit abnehmen wird, weil in Gebieten mit NGA-Migration die HVT langfristig abgebaut bzw. reduziert werden und den Wettbewerbern weniger Zugangspunkte zum Netz der DTAG zur Verfügung stehen. Folge dieser Entwicklung wird sein, dass die Wettbewerber darauf angewiesen sein werden, in ihre Infrastruktur zu investieren, um ihre Netze an den KVZ der DTAG heranzuführen, also in FTTC zu investieren, um nicht auf Wholesale-Produkte wie Bitstream setzen zu

²⁶ Vgl. dazu exemplarisch *Schmidt/Gonzalez Lopez*, Bottom-up Kostenmodell für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, WIK, 2000, S. 2.

müssen.²⁷ In Bereichen, in denen es aus ökonomischer Sichtweise effizient ist, können auch Investitionen in FTTB bzw. FTTH erforderlich werden. Diese Herausforderungen erfordern, dass die Wettbewerber in der Migrationsphase ausreichende Margen erzielen können, um zu diesen Investitionen überhaupt in der Lage zu sein. In diesem Zusammenhang ist die Frage der Entgelte für die bestehende Kupfer-TAL für faire Wettbewerbschancen von großer Bedeutung.

²⁷ Siehe *Elixmann/Kühling/Marcus/Ilic/Plückebaum/Vogelsang*, Anforderung der Next Generation Networks an Politik und Regulierung, Teil 2: Geschäftsmodelle im NGN und Auswirkungen auf bestehende Geschäftsmodelle, 2008, S. 7.

B. Die gutachterlich zu klärenden Fragen

Ausgehend von dieser Situation sind folgende Fragen zu prüfen²⁸:

1. Welche ökonomischen Folgen ergeben sich aus der NGA-Migration für die Entgeltregulierung der Kupfer-TAL?
 - a) Muss insbesondere ein Wechsel im analytischen Kostenmodell von einer Berechnung auf Basis von Wiederbeschaffungswerten hin zu einer Berechnung auf Basis der historischen Kosten oder zu einer anderen Berechnungsgrundlage hin erfolgen?
 - b) Muss insoweit zwischen dem Hauptverteilternetz und dem Kabelverzweigernetz differenziert werden?
 - c) Muss differenziert werden nach Regionen, für die schon eine Migration erfolgt bzw. zumindest angekündigt ist, und solchen Gebieten, in denen dies nicht der Fall ist?

2. Wäre ein solcher Wechsel rechtlich zulässig oder gar vorgegeben?
 - a) Welche Konsequenzen ergeben sich aus der neuesten Rechtsprechung des EuGH im Arcor-Fall und des VG Köln im Fall der Klägerinnen EWE-TEL und Versatel für die künftige Berechnung der TAL-Entgelte? Gelten die Aussagen der Urteile auch unter dem TKG 2004 bzw. dem geltenden EG-Richtlinienpaket?

²⁸ Das vorliegende Gutachten ist eine Gemeinschaftsarbeit und sämtliche Ergebnisse werden von beiden Verfassern getragen, auch wenn der Erstautor, *Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.*, für die juristische Analyse in den Teilen C.II. ausschließlich C.II.2.e.bb. und der Zweitautor, *Dr. Ulrich Heimeshoff*, für die übrigen ökonomischen Teile die primäre Verantwortung tragen.

- b) Verlangen insbesondere die Zugangsrichtlinie und § 31 TKG eine Berechnung auf Basis von Wiederbeschaffungswerten oder auf Basis historischer Kosten oder eine dritte Berechnungsgrundlage?
- c) Verstieße ein entsprechender Wechsel innerhalb des analytischen Kostenmodells gegen etwaige Grundrechtspositionen oder den Vertrauensschutz der regulierten Unternehmen?
- d) Besteht ein gerichtlich nicht nachprüfbarer Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur bei ihrer Entscheidung darüber, ob die Berechnung auf Basis der historischen Kosten oder von Wiederbeschaffungskosten oder anderweitig erfolgt?

C. Gutachterliche Bewertung

In einem ersten Schritt (I.) ist eine ökonomische Bewertung erforderlich, die Grundlage der anschließenden juristischen Bewertung der aufgeworfenen Fragen ist (II.).

I. Ökonomische Bewertung

Mit Blick auf die ökonomische Bewertung stellt sich zunächst die Frage nach den Auswirkungen einer Absenkung der Entgelte für die bestehende Kupfer-TAL auf das Investitionsverhalten der Marktakteure (1.), bevor davon ausgehend ein modifizierter Ansatz zur Ermittlung der TAL-Entgelte entwickelt werden soll (2.).

1. Auswirkungen einer Absenkung der TAL-Entgelte auf das Investitionsverhalten

a. Generelle Erwägungen

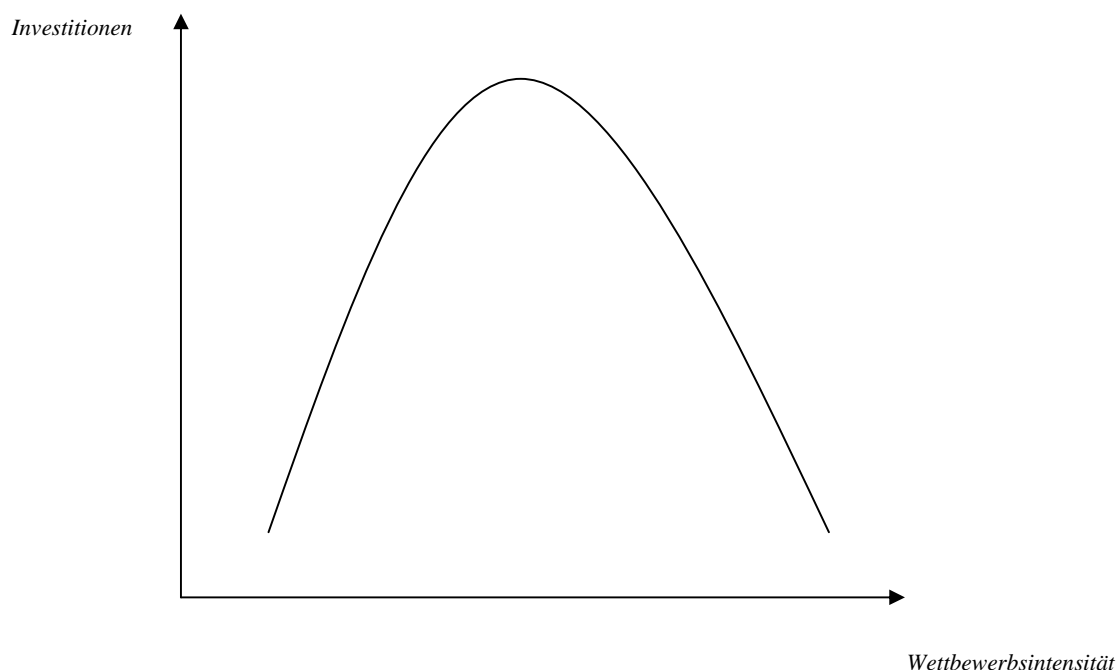
Bislang wurde von Seiten der DTAG und Teilen der Wissenschaft tendenziell die These vertreten, dass hohe TAL-Entgelte die Möglichkeit eröffnen, in neue Infrastruktur zu investieren, weil dadurch dem Infrastrukturbetreiber ausreichende Mittel für künftige Infrastrukturinvestitionen durch die Zuflüsse an Zugangsentgelten zur Verfügung gestellt werden.²⁹ Zugleich werde damit Wettbewerb simuliert und somit die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung abgebildet, weil davon ausgegangen wird, dass ein Unternehmen in einer Wettbewerbssituation seinen Zugangsentgelten Kosten in Höhe der relevanten Wiederbeschaffung des Netzes zugrunde legen würde, da ansonsten eine vollständige Neubeschaffung des Netzes zu aktuellen Preisen nicht möglich wäre. Diese Betrachtungsweise impliziert weiter, dass niedrige TAL-Entgelte im Umkehrschluss niedrige Investitionen bedingen könnten. Gleichzeitig kann man jedoch festhalten, dass hohe TAL-Entgelte den Wettbewerb einschränken, weil damit die am Endkundenmarkt wieder zu erlösenden Kosten der infrastrukturbasierten und der Dienstewettbewerber erhöht werden. Sowohl der Dienstewettbewerb als auch die infrastrukturbasierten Wettbewerber profitieren dagegen unmittelbar von niedrigen TAL-Entgelten, da es ihre Marktposition am Endkundenmarkt

²⁹ Zum Zusammenhang zwischen Innovationen und Pionierrenten siehe *Vogelsang*, Die regulatorische Behandlung neuer Märkte in der Telekommunikation, Gutachten für den Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., 2006, S. 27-28.

verbessert und durch höhere Kundenzahlen eine bessere Auslastung der aufgebauten Infrastruktur direkt oder indirekt – zum Beispiel durch Reseller – ermöglicht. In der Industrieökonomik sowie der Wachstumsökonomik existieren zahlreiche empirische Untersuchungen, die zeigen, dass dieser Zusammenhang nicht so einfach zu erfassen ist.³⁰

Insbesondere der Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Investitionsverhalten bzw. Innovationen nimmt regelmäßig die Form eines umgekehrten U an.

Abbildung 2: Zusammenhang zwischen Wettbewerbsintensität und Investitionsniveau



Dies bedeutet, dass mit zunehmendem Wettbewerb die Investitionsanreize zunächst steigen, um dann ab einem gewissen Punkt wieder abzunehmen.³¹ Das deutet darauf hin, dass weder eine reine Berücksichtigung historischer Kosten noch eine Berechnung der TAL-Entgelte auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten zu einem effizienten Ergebnis führen werden. Dies liegt daran, dass TAL-Entgelte auf Basis reiner historischer Kosten, jedenfalls im Falle eines Abstellens auf die im Wesentlichen bereits erfolgten Abschreibungen, den Dienstewettbewerb und damit den Kampf um Marktanteile wesentlich fördern würden, während effiziente Infrastrukturinvestitionen nicht notwendigerweise verhindert werden. Denn die reinen Dienstewettbewerber (Reseller) tragen durch den Einkauf von Kapazitäten bei infrastrukturbasierten Wettbewerbern maßgeblich zu

³⁰ Siehe z.B. *Martin*, *Advanced Industrial Economics*, 2002, 2. Auflage, 472-474.

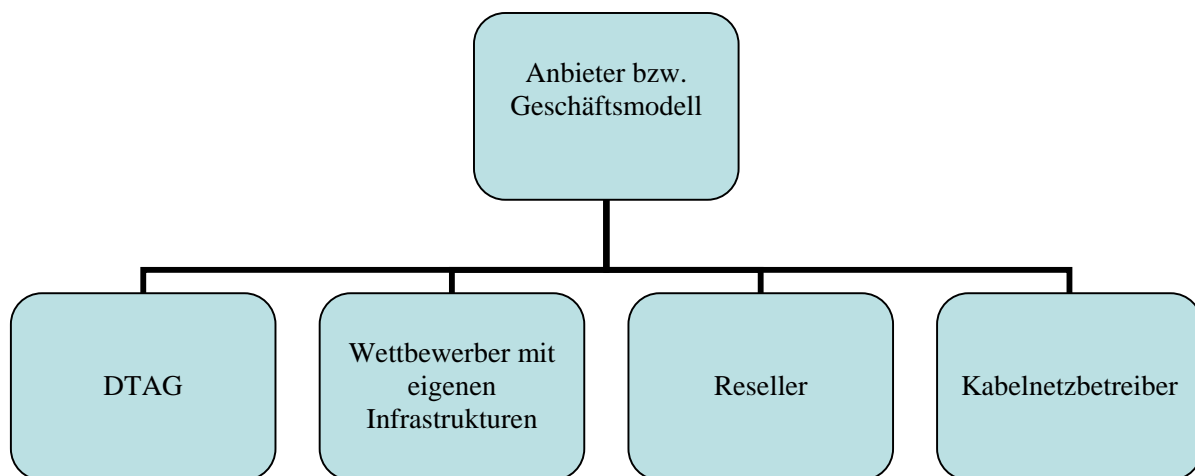
³¹ Vgl. dazu *Aghion/Griffith*, *Competition and Growth*, 2005, S. 61-63.

einer höheren Auslastung und damit zu weiteren Investitionen in Infrastrukturen bei. Dagegen erschweren TAL-Entgelte auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten Infrastrukturinvestitionen der Wettbewerber und geben gleichzeitig der DTAG zu starke Anreize, in der alten Infrastruktur zu verbleiben. Eine adäquate Lösung dürfte somit in Form eines stärker auf den unteren Rand gerichteten Mittelwegs zu finden sein.³² Im folgenden Abschnitt sollen zunächst die Auswirkungen einer TAL-Absenkung auf das Investitionsverhalten der Marktakteure analysiert werden.

b. Akteursanalyse

Im Rahmen der Analyse möglicher Auswirkungen der Absenkung der TAL-Entgelte auf das Investitionsverhalten der Marktakteure ist es wichtig, unterschiedliche Geschäftsmodelle zu unterscheiden. Die in den folgenden Abschnitten berücksichtigten Geschäftsmodelle sind in Abbildung 2 dargestellt.

Abbildung 3: Geschäftsmodelle im Festnetzmarkt



Neben der DTAG spielen insbesondere die Kabelnetzbetreiber im aktuellen Marktgeschehen eine bedeutende Rolle, weil sie im Gegensatz zu den übrigen Wettbewerbern der DTAG nicht auf die TAL angewiesen sind, damit nicht der Gefahr überhöhter TAL-Entgelte ausgesetzt sind und somit per se einen gewissen Wettbewerbsvorteil haben und maßgeblich für die deutlichen Preissen-

³² Der Zusammenhang zwischen Netzzugangsregulierung, unterschiedlich hohen Entgelten und Investitionsanreizen wird diskutiert in *Friederiszick/Grajek/Röller, Analyzing the Relationship between Regulation and Investment in the Telecom Sector, 2008, S. 5-8.*

kungen der letzten Zeit verantwortlich sind.³³ Reseller spielen im Rahmen der weiteren Analyse nur eine geringe Bedeutung, weil von ihnen keine Investitionen in größerem Umfang zu erwarten sind. Wettbewerber mit eigenen Infrastrukturen (beispielsweise nationale Teilnehmernetzbetreiber oder Stadtnetzbetreiber) sind Unternehmen, die eigene Infrastrukturen in Glasfaser ausgebaut haben. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die überwiegende Mehrheit der infrastrukturbasier-ten Wettbewerber einen FTTC-Ausbau vornehmen wird, auch wenn sich dies regional verteilen wird und es in einer Region jeweils nur begrenzt zu konkurrierenden FTTC-Infrastrukturen kommen wird.

aa. DTAG

Zunächst ist zu betonen, dass es bei der Ermittlung von Investitionsanreizen und der diesbezüglichen Austarierung der Regulierung v.a. um Investitionen gehen muss, die nach dem Beginn der Liberalisierung im Jahre 1998 durchgeführt wurden bzw. durchgeführt werden sollen, da nur diese besonders schutzbedürftig sind und zwar unabhängig vom investierenden Unternehmen. Diese Schutzbedürftigkeit kann hingegen nicht in gleichem Maße für vor dem Jahr 1998 getätigte Altinvestitionen gelten, die weder unter Regulierungs- noch unter Wettbewerbsbedingungen erfolgt sind. Selbst bei Zugrundelegung einer dynamischen Betrachtungsweise³⁴ sind insoweit Überlegungen zu Investitionsanreizen also nicht von vergleichbarer Relevanz. Ein großer Teil der Investitionen in die TAL in Deutschland sind aber nicht in einer Wettbewerbs- und Regulierungssituation entstanden. So ist die DTAG mit diesen in großen Teilen betriebswirtschaftlich bereits abgeschriebenen Assets in den Wettbewerb gestartet. Im Fokus des Regulierungsinteresses sollten künftig im Übrigen insbesondere Investitionen in Glasfaser und somit in neueste Technologien stehen. Die Förderung solcher Investitionen kann aber besser durch neuartige Regulierungsverfahren für die neuen Netze erfolgen. Solche Regulierungsverfahren wurden in der Wissenschaft in den letzten Jahren entwickelt und es stehen auch erste Vorschläge zu ihrer Implementierung zur Verfügung.³⁵

³³ Zur Marktpreisentwicklung auf dem Endkundenmarkt und deren Zusammenhang zu den TAL-Entgelten siehe *DI-ALOG CONSULT*, Zusammenhänge zwischen Endkundenpreisentwicklung bei Breitbandanschlüssen und dem Vorleistungsentgelt für die Teilnehmeranschlussleitung im Zeitraum Januar 2006 bis Dezember 2008, 2009.

³⁴ Siehe *Baake/Haucap/Kühling/Loetz/Wey*, Effiziente Regulierung in dynamischen Märkten, 2007, S. 37-40.

³⁵ Vgl. *Haucap/Heimeshoff*, Open Access als Prinzip der Wettbewerbspolitik: Diskriminierungsgefahr und regulatorischer Eingriffsbedarf, in: Hartwig und Knorr (Hrsg.), Neuere Entwicklungen in der Infrastrukturpolitik, 2005, S. 298 und die dort angegebene Literatur.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen wird deutlich, dass eine Absenkung der TAL-Entgelte für existierende Kupferinfrastrukturen keine relevanten negativen Einflüsse auf die Investitionsanreize der DTAG haben sollte. Mit Blick auf die Schaffung neuer Glasfasernetze kann eine Absenkung der TAL-Entgelte auf Seiten der DTAG gerade umgekehrt effiziente Investitionsanreize generieren. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Migration in NGA auf Seiten der DTAG durch relativ hohe Einnahmen aus Netzzugangsentgelten, die aus der Kupferinfrastruktur generiert werden, konterkariert wird. Sinken diese Einnahmen, besteht die Möglichkeit, dass effiziente Investitionen in Glasfasernetze über das bisher angekündigte Maß hinaus ausgelöst werden.

Auch das Argument, dass die sinkenden Einnahmen aus den TAL-Entgelten der DTAG Mittel für die Investitionen in neue Infrastrukturen entzieht, greift nicht durch. Zum einen liefe dies tendenziell auf eine unerwünschte Quersubventionierung der neuen Glasfaser-Infrastrukturen aus Einnahmen für die alte Kupfer-TAL hinaus. Zum anderen liegt insoweit ein Nullsummenspiel vor, da die entsprechenden Minderbeträge den Wettbewerbern zur Verfügung stehen. Dies setzt wiederum die Annahme voraus, dass der Marktpreis unabhängig von den Vorleistungsentgelten ist. Diese Unabhängigkeit der Endkundenentgelte von den Vorleistungsentgelten wird in einer Studie von Prof. Dr. Gerpott und Prof. Dr. Winzer deutlich herausgearbeitet. Während von Januar 2006 bis Dezember 2008 die Endkundenpreise für Breitband-Doppelflat-Bündel um mehr als ein Drittel gesunken sind, ist das TAL-Entgelt nur um 1,4% zurückgegangen.³⁶ Daran wird deutlich, dass es nur um angemessene Entgelte und nicht darum gehen kann, aus Gründen der Setzung von Infrastrukturinvestitionsanreizen, künstlich überhöhte oder künstlich zu niedrig gehaltene Entgelte festzulegen.

bb. Wettbewerber mit eigenen Infrastrukturen

Unter der Bezeichnung „Wettbewerber mit eigenen Infrastrukturen“ sollen Anbieter gefasst werden, die bereits über eigene (Glasfaser-/Kupfer-) Infrastrukturen verfügen und weitere Investitionen in der Migrationsphase und darüber hinaus planen. Solche Unternehmen haben insbesondere ihre Netze bis zum HVT der DTAG ausgebaut und sind somit von der Höhe der TAL-Entgelte

³⁶ Vgl. *DIALOG CONSULT*, Zusammenhänge zwischen Endkundenpreisentwicklung bei Breitbandanschlüssen und dem Vorleistungsentgelt für die Teilnehmeranschlussleitung im Zeitraum Januar 2006 bis Dezember 2008, 2009, S. 11.

unmittelbar betroffen. Welche Auswirkungen könnte aber nun eine Absenkung der TAL-Entgelte auf Investitionsanreize der Wettbewerber haben?

Zunächst ist zu betonen, dass der eingangs angesprochene Margin Squeeze es den infrastruktur-basierten Wettbewerber zunehmend erschwert, hinreichende Einnahmen für Investitionen in den notwendigen Prozess des „Mitmigrierens“ zu generieren. Ein zu hoher TAL-Preis läuft damit Gefahr, in einer entscheidenden Investitionsphase den Wettbewerbern hinreichende Investitionsmittel zu entziehen und damit eine signifikant asymmetrische investive Ausgangssituation zu generieren, die Gefahr läuft, „Monopolverhältnisse mitzumigrieren“, jedenfalls aber zu stützen. Darüber hinaus ist in der aktuellen Lage die Generierung positiver Cash Flows für künftige Investitionsprojekte von besonderer Bedeutung, weil die Aufnahme von Fremdkapital stark von Ratings abhängt und diese auf gesunkene Vorleistungsentgelte ebenfalls positiv reagieren könnten.

Zwar darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass ein niedrigeres TAL-Entgelt dafür sorgt, dass den infrastruktur-basierten Unternehmen eine kostengünstigere Zugangsmöglichkeit als bisher zur Verfügung steht. Dadurch könnten Investitionsanreize gesenkt werden, weil eigene Investitionen in exakt dieselbe Technologie unattraktiver werden. Auf der anderen Seite haben die Wettbewerber aber bereits bislang erhebliche Summen in eigene Infrastrukturen investiert und es erscheint plausibel, dass dieser Weg fortgesetzt wird, um künftig so unabhängig wie möglich von der DTAG agieren zu können. Darüber hinaus werden nach dem Abbau von Hauptverteilern im Rahmen der NGA-Migration zwangsläufig weitere Netzinvestitionen erforderlich, um einen geeigneten Zugangspunkt zum Netz der DTAG im Rahmen der Heranführung des eigenen Netzes an den KVZ der DTAG zu sichern. Es ist davon auszugehen, dass diese Investitionen auch getätigt werden, da ansonsten die Nutzbarkeit der eigenen Infrastrukturen nicht mehr gegeben wäre. Vor dem Hintergrund der von den Unternehmen getätigten Sunk Costs erscheint dieses Argument noch plausibler.³⁷ Denn letztlich sprechen die in der Forschung bekannten Lock-in-Effekte von irreversiblen Investitionen dafür, dass weitere Investitionen in eigene Infrastrukturen zu erwarten sind.³⁸

Im Weiteren ist danach zu unterscheiden, ob die Wettbewerber in FTTB oder FTTC investieren. Zu niedrige Kosten der Kupfer-KVZ-TAL können nun dazu führen, dass keine Anreize in einen volkswirtschaftlich möglicherweise sinnvollen FTTB-Ausbau der Wettbewerber bestehen. Inso-

³⁷ Zur Problematik von irreversiblen Investitionen siehe *Dixit/Pindyck*, Investment under Uncertainty, 1994, S. 3.

³⁸ Zum Lock-in-Effekt siehe *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 3. Auflage 2003, S. 160.

weit ist darauf zu achten, dass kein künstlich zu niedriger Preis für die Kupfer-KVZ-TAL berechnet wird.

Schließlich ist in der Phase des „Mitmigrierens“ der Wettbewerber auch der Spread zwischen der Kupfer-HVT- und der Kupfer-KVZ-TAL von Bedeutung und ein sehr niedriger Preis der Kupfer-HVT-TAL wird das „Mitmigrieren“ der infrastrukturinvestierenden Unternehmen erschweren. Ist dieser Spread zu gering, wird dies die betriebswirtschaftliche Darstellbarkeit von Investitionen im Rahmen von FTTB und FTTC ernsthaft in Frage stellen. Aus diesem Grund ist ein ausreichender Abstand der TAL-Entgelte für die HVT-TAL sowie die KVZ-TAL von entscheidender Bedeutung für FTTX-Wettbewerber. Die Konsequenz hieraus darf jedoch nicht sein, dass die HVT-TAL künstlich teuer gehalten wird, sondern dass die KVZ-TAL mit der HVT-TAL abgesenkt wird.

cc. Reseller

Reseller besitzen keine eigenen Infrastrukturen und auch im Rahmen der NGA-Migration ist wohl kaum mit nennenswerten Investitionen der Reseller in eigene Infrastrukturen zu rechnen, da dies nicht Inhalt ihres Geschäftsmodells ist. Konsequenterweise kann auch eine Absenkung der TAL-Entgelte keine erwähnenswerten Auswirkungen auf direkte Investitionen bzw. Investitionsanreize von Resellern haben. Andererseits sind die Reseller durch ihre Nutzung von Kapazitäten bei infrastrukturbasierten Wettbewerbern indirekt in maßgeblichem Umfang verantwortlich. Eine gute Marktposition der Reseller gegenüber DTAG und Kabelnetzbetreibern wirkt sich somit dezidiert positiv auf die Infrastrukturinvestitionen der infrastrukturbasierten Wettbewerber aus, weil sie ein notwendiges Kundenpotenzial für die Auslastung der neu zu schaffenden Netze mitbringen.

Zu beachten ist ferner, dass Reseller ihre Infrastrukturvorleistungen bei Netzbetreibern einkaufen. Sollten die TAL-Entgelte erhöht werden und die DTAG gleichzeitig ein günstiges VDSL-Resale anbieten, würden die Reseller den TAL-Anbietern die Wholesale-Nachfrage entziehen und stattdessen VDSL-Resale einkaufen. Folglich können Reseller Konsistenzprobleme bei falschen regulatorischen Entscheidungen beschleunigen.

dd. Kabelnetzbetreiber

Der Wettbewerb auf den Festnetzmärkten wird in jüngster Zeit in nicht zu vernachlässigendem Umfang von den Kabelnetzbetreibern forciert. Diese haben massiv in den Ausbau ihrer Netze investiert, um Sprachtelefonie sowie Internetdienste anbieten zu können.³⁹ Ein Wettbewerbsvorteil im Rahmen dieses Geschäftsmodells besteht ohne Zweifel darin, dass die Kabelnetzbetreiber im Gegensatz zu den übrigen Wettbewerbern der DTAG, die ein eigenes Netz betreiben, nicht auf die TAL angewiesen sind und als Konsequenz daraus die TAL-Entgelte nicht zu entrichten haben. Eine Absenkung der TAL-Entgelte würde ihre Wettbewerbsposition schwächen, da die zu erwarteten Renditen in der Zukunft sinken werden. Andererseits sind die von den Kabelnetzbetreibern durch ihre Investitionen möglichen Endkundenprodukte den auf der HVT-TAL technisch möglichen Produkten insoweit überlegen, dass negative Anreizwirkungen auf die Kabelnetze nur bei zu niedrigen Entgelten für vergleichbare Zugangsleistungen (z.B. entbündelte Glasfaser) zu befürchten sind. Davon ausgehend, dass der jetzige TAL-Preis zu hoch ist, würde eine Absenkung die Wettbewerbsbedingungen also lediglich ins Lot bringen. Die Gefahr, dass insoweit in der Zukunft die Investitionsanreize der Kabelnetzbetreiber im Falle einer TAL-Absenkung relevant abnehmen, sehen wir im Übrigen auch angesichts der „Lock-In“-Effekte der bereits getätigten Investitionen und des zu vermutenden Spielraums der Kabelnetzbetreiber als nicht gravierend an.

Als Konsequenz daraus ist im Rahmen eines geänderten Kostenmaßstabs zur Entgeltberechnung jedoch darauf zu achten, dass nicht plötzlich eine dramatische Absenkung der TAL-Entgelte im Vergleich zum Status quo erfolgt. Dann würde auch für die Kabelnetzbetreiber ein angemessener Spielraum für weitere Investitionen verbleiben, zumal künftig auch die Kosten einer gegebenenfalls zu entbündelnden Glasfaser-TAL von größerer Relevanz sein werden. Eine angemessene und deutliche Absenkung der TAL-Entgelte würde die Kabelnetzbetreiber nicht in Bedrängnis bringen, sondern wie bereits erwähnt für ausgeglichene Wettbewerbschancen sorgen.

³⁹ Vgl. dazu *Elixmann/Ilic/Neumann/Plückebaum*, The Economics of Next Generation Access, Final Report, 2008, S. 105.

ee. Fazit

Insgesamt erscheinen die Auswirkungen einer Absenkung der TAL-Entgelte auf die Investitionsanreize aus einer gesamtwirtschaftlichen Perspektive positiv. Gewisse negative Effekte können zwar im Rahmen regulatorischer Entscheidungen nicht in Gänze ausgeschlossen werden, allerdings überwiegen im analysierten Szenario die positiven Einflüsse deutlich. In diesem Kontext soll noch einmal betont werden, dass ein hoher TAL-Preis nicht automatisch mit effizienten Investitionsanreizen einhergeht. Stattdessen muss im Detail analysiert werden, welche Effekte die Höhe der TAL-Entgelte auf die einzelnen Marktakteure hat. Vor dem Hintergrund des hohen Investitionsanteils der Wettbewerber der DTAG gewinnt dieses Argument zusätzlich an Bedeutung. Ein Absenken der TAL-Entgelte wird auf Seiten der DTAG die Anreize zu Investitionen in Glasfaser eher erhöhen. Auf Seiten der Wettbewerber überwiegen bei einem angemessenen Absenken der TAL-Entgelte gleichermaßen die Vorteile für die Investitionstätigkeit. Es hat sich zudem gezeigt, dass die überwiegenden Argumente für ein deutliches, aber gleichmäßiges Absenken des TAL-Entgeltes spricht, d.h. ein Spread zwischen der HVT- und der KVZ-Kupfer-TAL sollte gewahrt bleiben.

2. Ein modifizierter Ansatz zur Ermittlung der TAL-Entgelte

a. Das Konzept der modifizierten Realkapitalerhaltung

Wie unten näher dargelegt wird (dazu C.II.1.a.), verlangt die Rechtsprechung des EuGH einen Kostenmaßstab, der stärker als bisher den tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung trägt, aber weder allein auf historische Kosten noch einzig auf Wiederbeschaffungskosten abstellt. Ein angemessener Ansatz könnte auf dem Konzept der Realkapitalerhaltung aufbauen, das historische Kosten zugrunde legt. Auch im Handels- und Steuerrecht ist eine Bewertung zu historischen Kosten (dort Anschaffungs- und Herstellungskosten genannt) vorgeschrieben.⁴⁰ Dies würde aber keine Erhaltung der Substanz des Anlagegutes gewährleisten, da keinerlei Aufschläge für inflationäre Tendenzen vorgenommen werden. Aus diesem Grund ist auf das Konzept der Realkapitalerhaltung zurückzugreifen, das solche Aufschläge ausdrücklich erlaubt.⁴¹ Dabei würden die KeL auf der Basis einer effizienten Infrastruktur berechnet, aber abweichend von der bisherigen Vorgehensweise würden keine Wiederbeschaffungskosten, sondern historische Kosten die Basis der Entgeltberechnung sein. Somit könnte die im Rahmen des analytischen Kostenmodells herausgearbeitete hypothetische Netzstruktur beibehalten werden.

Eine solche Vorgehensweise würde aber allein noch nicht der Rechtsprechung des EuGH sowie des VG Köln genügen. Aus diesem Grund ist ein modifiziertes Konzept der Realkapitalerhaltung angezeigt. Die Modifikation besteht darin, dass neben den historischen Kosten ein Wiederbeschaffungskostenanteil eingerechnet wird, der aber nicht pauschal für eine hypothetische Wiederbeschaffung eines Netzes gewährt wird, sondern auf Basis der real zu erwartenden Wiederbeschaffung bestimmt wird. Eine solche real zu erwartende Wiederbeschaffung könnte durchschnittlich für eine TAL von Seiten der Regulierungsbehörde berechnet werden. Dieses Konzept bietet den Vorteil, dass es hinreichend flexibel ist, auch den Erfordernissen der Entgeltberechnung in der Migrationsphase Rechnung zu tragen.

⁴⁰ Vgl. zur Pflicht des Ansatzes von Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten im Steuerrecht *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 19. Auflage 2008, und hier insbesondere das Kapitel Unternehmensbesteuerung. Für entsprechende Regelungen im Handelsrecht sowie in der internationalen Rechnungslegung siehe *Pellens/Fülber/Gassen*, Internationale Rechnungslegung, 5. Auflage 2004, S. 283-285.

⁴¹ Zum Konzept der Substanzerhaltung vgl. *Wöhe*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 19. Auflage 1996, S. 1036-1037.

b. Die Frage nach einer Differenzierung zwischen HVT- und KVZ-TAL

Ferner stellt sich im Rahmen der Entwicklung eines neuen Bepreisungsmodells die Frage, ob zwischen der Bepreisung der HVT- und der KVZ-TAL in migrierten Gebieten unterschieden werden muss. Auf den ersten Blick spricht für diesen Ansatz, dass sich die zu erwartenden Nutzungsdauern sowie das Investitionsverhalten in Bezug auf diese beiden Anlagegegenstände stark unterscheiden. Während die HVT in den VDSL-Regionen in absehbarer Zukunft abgebaut werden, benötigt man die KVZ auf längere Zeit weiter, weil ab dem KVZ bei einem VDSL (FTTC)-Ansatz keine Glasfaser verlegt, sondern die bestehende Kupferinfrastruktur weiterverwendet wird.

Es sprechen allerdings gewichtigere Gründe gegen eine unterschiedliche Behandlung von HVT- und KVZ-TAL in migrierten Regionen. Insbesondere ist hervorzuheben, dass die regulatorische Behandlung des HVT in einem solchen Szenario von den Investitionsankündigungen der Unternehmen abhängen würde. Dies kann aber keine Basis für eine verlässliche und konsistente Regulierung sein, da selbst bei Ankündigung von Infrastrukturinvestitionen eine große Unsicherheit bezüglich der tatsächlichen Restnutzungsdauer der jeweiligen Netzkomponenten verbleibt. Darüber hinaus impliziert eine Unterscheidung der beiden Netzelemente auch die Notwendigkeit der Regionalisierung, die im folgenden Abschnitt als im gegenwärtigen Stadium noch nicht sinnvoll bewertet wird (dazu c.). Außerdem wird ohne eine entsprechende Differenzierung ein höheres Maß an regulatorischer Stabilität gewährleistet, da auch bislang der Bepreisung der TAL ein einheitliches Bepreisungsmodell zugrunde lag. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass ein allzu starkes Auseinanderdriften der Bepreisung für den HVT und die KVZ das „Mitmigrieren“ der Wettbewerber erschweren könnte. Ein gemeinsames Bepreisungsmodell für HVT und KVZ gewährleistet aber tendenziell, dass der bislang bestehende Spread zwischen den TAL-Entgelten dieser Netzelemente auch in Zukunft bestehen bleibt.

Aus diesem Grund ist ein gemeinsamer Ansatz für HVT- und KVZ-TAL unabhängig von der jeweiligen Migrationssituation mit entsprechenden Durchmischungseffekten sinnvoller. Damit bleibt der Spread zwischen den Preisen für die HVT- und KVZ-TAL aufrechterhalten.

c. Die Frage der Regionalisierung

Würde man auf die oben genannte Durchschnittsbildung verzichten, würden die so ermittelten Kosten sich in einer Migrationsphase zwischen Netzelementen, die nur noch vorübergehend genutzt werden, und Netzelementen in nicht migrierten Gebieten, die zunächst unbestimmt weiter genutzt werden, unterscheiden. Der Hauptunterschied liegt in der Höhe des Wiederbeschaffungskostenanteils. Während in Gebieten mit Migration für z.B. die HVT-TAL keine nennenswerten Wiederbeschaffungen zu erwarten sind, kann dies in anderen Bereichen, in denen keine Glasfasermigration durchgeführt wurde, anders aussehen.

Dies wirft die Frage nach einer Regionalisierung auf. Für eine Regionalisierung könnte sprechen, dass so eine Preisdifferenzierung erfolgt, die gegebenenfalls passgenau dort finanzielle Spielräume für die Wettbewerber generiert, wo auch die Kosten für das „Mitmigrieren“ entstehen.

Zunächst spricht die regulatorische Stabilität gegen einen Wechsel hin zu einer entsprechenden Regionalisierung. Eine solche wurde auch bislang nicht vorgenommen, obwohl die Kostensituation regional differierte. Auch Gründe der Praktikabilität sprechen gegen eine derartige regionale Differenzierung, zumal eine solche Regionalisierung noch nicht in allen regulatorischen Bereichen vorliegt. Darüber hinaus kann noch nicht einmal mit Sicherheit gesagt werden, in welchen Bereichen und Regionen eine Migration in Glasfaser künftig durchgeführt wird. Eine Regionalisierung der Entgelte setzt aber zumindest voraus, dass dies mit hinreichender Sicherheit bestimmt werden kann.⁴² Mit absoluter Sicherheit kann bisher nur festgestellt werden, dass im Bereich der HVT-TAL in den VDSL-Regionen eine Migration stattfindet; wobei auch hier der Zeitpunkt nicht vollständig klar ist. Ob später auch in bislang nicht migrierten Gebieten eine Migration erfolgt oder ob sogar der Glasfaserausbau weiter vorangetrieben wird und damit auch im Bereich des KVZ eine Migration in Glasfaser erfolgt, kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht mit ausreichender Sicherheit beurteilt werden. Es wurde außerdem gezeigt, dass die Reichweite der Migration gerade auch von der Fixierung der Kupfer-TAL-Entgelte abhängt und hohe Entgelte hier die DTAG von einer weiteren Migration abhalten können.

Die unterschiedlichen Charakteristika der jeweiligen regionalen Netzelemente können im vorgeschlagenen Ansatz aber durch den variablen Wiederbeschaffungskostenanteil berücksichtigt werden und darüber hinaus sind durchschnittliche ökonomische Nutzungsdauern für die TAL zu ermitteln. Die bisher veranschlagte Nutzungsdauer für die Kupferkabel von 20 Jahren wird bei ei-

⁴² Siehe *von Weizsäcker*, Regionalisierung der Regulierung im Bitstromzugangs-Markt?, Discussion Paper C189, 2008, und dort insbesondere die Beispiele aus Großbritannien.

nem an der tatsächlichen Nutzungsdauer orientierten Ansatz tendenziell höher ausfallen. Auch wenn im Rahmen einer Durchschnittsbetrachtung im Zuge der Migration abzubauenende Netzelemente die durchschnittliche Nutzungsdauer eher senken, wird dieser Effekt in der Summe durch die längere reale Nutzungsdauer überkompensiert. Daraus folgt, dass eine Aufteilung der Kosten auf einen längeren Nutzungszeitraum erfolgt und als Resultat, im Zusammenhang mit dem modifizierten Konzept der Realkapitalerhaltung, deutlich niedrigere Entgelte zu erwarten sind. Dies impliziert allerdings nicht regional unterschiedliche TAL-Entgelte. Stattdessen müssen bei den jeweils ermittelten Bestandteilen des Entgeltmodells (z.B. Abschreibungsdauern) Durchschnittswerte gebildet werden, um diese im Rahmen der weiteren Entgeltberechnung zu verwenden.

Der Verzicht auf eine Regionalisierung der Entgelte dient somit der Sicherung der regulatorischen Kontinuität und der Komplexitätsreduktion der Regulierung, die eine Regionalisierung vor dem Hintergrund der mit der NGA-Migration verbundenen Unsicherheit zweifellos mit sich bringen würde. Zudem können so negative Investitionsanreize der DTAG insoweit vermieden werden, dass durch eine Migration anschließend die Monopolrenten der Kupfer-TAL entfallen (dazu auch sogleich c.). Insgesamt vermeidet ein bundesweit einheitliches TAL-Entgelt zudem eine Verstärkung des Stadt-Land-Gefälles.

II. Rechtliche Bewertung

1. Vorgaben des Gemeinschaftsrechts

Die rechtlichen Vorgaben für die TAL-Entgeltregulierung in der NGA-Migrationsphase hängen maßgeblich von der diesbezüglichen Vorsteuerung im Gemeinschaftsrecht ab. Die TAL-Verordnung (TAL-VO)⁴³ war bislang im vorliegend relevanten Bereich der Entgeltregulierung des Zugangs zur Kupfer-TAL⁴⁴ als gegenüber der allgemeinen Zugangsrichtlinie (ZRL)⁴⁵ speziellere Norm relevant und auch Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH im hier einschlägigen Arcor-Urteil⁴⁶. Der diesbezüglich einschlägige Maßstab soll daher zunächst skizziert werden (a.), auch wenn die Verordnung nach Durchführung des entsprechenden Marktanalyseverfahrens gemäß Art. 27 Abs. 2 Rahmenrichtlinie (RRL)⁴⁷ künftig nicht mehr greift, da die Betreiber nicht mehr als „gemeldete Betreiber“ im Sinne der Verordnung gelten. Die TAL-VO wird daher folgerichtig im künftigen Review auch außer Kraft treten.⁴⁸ Mit ihrer Ablösung gemäß Art. 27 Abs. 2 RRL sind die Vorschriften der ZRL relevant, die sodann mit dem Ziel analysiert werden sollen, ob sich insoweit abweichende Vorgaben ergeben (b.). Zu berücksichtigen ist ferner der Entwurf einer Empfehlung der Kommission für eine NGA-Regulierung⁴⁹, der künftig für die Konkretisierung der TAL-Entgelte von Bedeutung sein wird (c.).

⁴³ Verordnung (EG) 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl. EG 2002, L 336/4.

⁴⁴ Die TAL-VO ist nach der Begriffsdefinition des Teilnehmeranschlusses in Art. 2 lit. c der TAL-VO nur auf den Zugang zur „Doppelader-Metalleitung“ und damit nicht auf die Glasfaser-TAL anwendbar.

⁴⁵ Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. EG 2002, L 108/7.

⁴⁶ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland (Urteil abrufbar unter: <http://curia.europa.eu>).

⁴⁷ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG 2002, L 108/33.

⁴⁸ Siehe Art. 4 der geplanten Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, KOM(2007) 697 endg. = Ratsdok. 15379/07 = BR-Drs. 861/07.

⁴⁹ Commission Recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (Draft), abrufbar unter der URL: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/doc/library/public_consult/nga/dr_recomm_nga.pdf.

a. TAL-Verordnung 2887/2000/EG

Gemäß Art. 3 Abs. 3 TAL-VO müssen sich die SMP-Betreiber bezüglich der Preise für den Zugang zu ihrer TAL an den Kosten orientieren. Der *Entgeltmaßstab* der Kostenorientierung ist damit derselbe wie in Art. 13 Abs. 1 S. 1 ZRL. Eine explizite Definition oder Ausdifferenzierung der Kosten erfolgt jedoch – wie auch bei der ZRL – nicht. Die erforderliche Konkretisierung des Grundsatzes der Kostenorientierung muss sich daher vor allem am Kontext und den Zielen der TAL-VO ausrichten.⁵⁰ Insoweit finden sich zunächst in den Erwägungsgründen der TAL-VO einige allgemeinere Hinweise. So muss nach Erwägungsgrund 11 S. 2 TAL-VO gewährleistet sein, dass der SMP-Betreiber mit den Preisen seine ihm entstandenen Kosten für die Herstellung der TAL decken kann. Außerdem muss die Entgeltregulierung gemäß Erwägungsgrund 11 S. 3 TAL-VO verhindern, dass Preis-Kosten-Scheren entstehen. Zudem sind bei der Preisbildung auch die Ziele des Art. 1 Abs. 1 TAL-VO zu berücksichtigen, d.h. die Preise müssen so angesetzt werden, dass einerseits eine Intensivierung des (Dienste-)Wettbewerbs ermöglicht wird, aber andererseits noch genügend Anreize für technologische Innovationen, z. B. in alternative Infrastrukturen, bestehen bleiben.⁵¹ Hierbei muss darüber hinaus berücksichtigt werden, dass eine Duplizierung einer TAL-Infrastruktur neuer Marktteilnehmer oftmals wirtschaftlich nicht sinnvoll ist.⁵²

Von diesen Überlegungen ausgehend hat sich der EuGH im hier einschlägigen Arcor-Urteil v.a. mit der Frage befasst, welche Kosten im Rahmen der Bepreisung eines effizienten TAL-Netzes zugrunde zu legen sind. Dabei hat der EuGH zunächst betont, dass die Preise so angesetzt werden müssen, dass der SMP-Betreiber die ordnungsgemäße Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der lokalen Infrastruktur gewährleisten kann.⁵³ Der EuGH hat ferner ausdrücklich anerkannt, dass Zinsen für das eingesetzte Kapital und Abschreibungen der Anlagegüter zu diesen Kosten gehören.⁵⁴ Den Ausbau und die Verbesserung der Infrastruktur soll der SMP-Betreiber hingegen nach der Konzeption der TAL-VO aus einem angemessenen Gewinn vornehmen können.⁵⁵

⁵⁰ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 57.

⁵¹ Vgl. dazu auch Erwägungsgrund 11 S. 3 TAL-VO.

⁵² Erwägungsgrund 6 TAL-VO.

⁵³ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 68.

⁵⁴ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 77 f. (Zinsen) und Rn. 79 f. (Abschreibungen).

⁵⁵ Erwägungsgrund 11 S. 2 TAL-VO; EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 67.

Im Übrigen geht der EuGH davon aus, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber den Mitgliedsstaaten⁵⁶ bzw. den nationalen Regulierungsbehörden (NRBen) bei der konkreten Ausgestaltung des Entgeltmaßstabes der Kostenorientierung einen gewissen Entscheidungsspielraum einräumt, der jedoch im Einklang mit den vorstehenden Vorgaben ausgefüllt werden muss.⁵⁷ Dabei ist der Entgeltmaßstab dem Ansatz nach auf eine Kompensation für tatsächlich entstandene Kosten ausgerichtet.

Hinsichtlich der *Berechnungsgrundlage* der Kosten fehlen im Gemeinschaftsrecht explizite Vorgaben.⁵⁸ In Betracht kommt insbesondere eine Berechnung auf Grundlage der Wiederbeschaffungskosten und eine solche auf Basis von historischen Kosten. Während erstere auf die Kosten abstellt, die einem idealisierten Betreiber für die Errichtung einer vollständig neuen TAL-Infrastruktur aktuell entstehen würden, basiert das letztere Modell auf den bislang vom SMP-Betreiber getätigten Ausgaben unter Berücksichtigung bereits erfolgter Abschreibungen.⁵⁹ Der EuGH hat dazu entschieden, dass keine der beiden Methoden pauschal den Vorzug verdient und eine ausschließlich auf einer der beiden Modelle beruhende Berechnung die Ziele der TAL-VO gefährden könne.⁶⁰ So ergebe sich aus dem Sinn und Zweck der Entgeltbestimmungen in der TAL-VO unter Berücksichtigung der Empfehlung 2000/417/EG⁶¹, dass ein vorausschauendes Entgeltkonzept greifen soll, das auch Anreize in den Ausbau alternativer Infrastrukturen setzt. Dies spricht jedoch nicht zwingend für eine Kostenrechnung ausschließlich auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten, sondern verlangt gleichermaßen die Berücksichtigung der historischen Kosten. In jedem Fall muss die NRB im Rahmen ihres Entscheidungsspielraums der jeweiligen Wettbewerbssituation Rechnung tragen.⁶² Als teleologische Leitparameter für diesen Be-

⁵⁶ Nach Art. 1 Abs. 4 TAL-VO können die Mitgliedsstaaten „eingehendere Bestimmungen“ als in der TAL-VO erlassen.

⁵⁷ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 135-150 zum Entscheidungsspielraum der Mitgliedsstaaten sowie Rn. 116 und 151-159 bezüglich eines Entscheidungsspielraumes der NRBen.

⁵⁸ Vgl. auch EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 87.

⁵⁹ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 86.

⁶⁰ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 109.

⁶¹ Empfehlung 2000/417/EG der Kommission vom 25. Mai 2000 betreffend den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette elektronischer Kommunikationsdienste einschließlich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste, ABl. EG, L 156/44; siehe insbesondere Art. 1 Abs. 6 der Empfehlung, der in S. 2 zwar grundsätzlich von den „derzeitigen Kosten“ im Sinn der „heutigen Kosten für den Aufbau einer effizienten und modernen gleichwertigen Infrastruktur und die Bereitstellung eines entsprechenden Dienstes“ (vgl. die dortige Fn. 15) ausgeht, in S. 3 jedoch alternative Berechnungsgrundlagen dann für angezeigt hält, wenn dies erforderlich ist, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.

⁶² EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 94 f.

gründungsschritt verweist der EuGH auf die Notwendigkeit, „zu einem gerechten und dauerhaften Wettbewerb“ beizutragen und für „alternative Investitionsanreize“ zu sorgen.⁶³

Sodann setzt der EuGH zu seinen Kernüberlegungen an, die er allerdings weit gehend von den eingangs skizzierten besonderen Vorgaben der TAL-VO löst und auf allgemeine teleologische Erwägungen zur Bestimmung des Kostengrundsatzes stützt. Danach scheidet eine Berechnung ausschließlich auf der Basis der aktuellen (Wiederbeschaffungs-)Kosten deshalb aus, weil es dem zugangsregulierten Unternehmen die Möglichkeit gibt, die Kosten auf dem „höchsten Niveau festzusetzen“⁶⁴. Eine Berechnung nur anhand von Wiederbeschaffungskosten ist daher nicht das angemessenste Modell zur Festlegung der TAL-Preise.⁶⁵ Ebenso ausgeschlossen ist jedoch eine Orientierung allein an den historischen Kosten, da dies nach Ansicht des EuGH den SMP-Betreiber „ungerechtfertigt benachteiligt“, v.a. weil er die langfristige Entwicklung und Verbesserung der lokalen Infrastruktur nicht sichern könne.⁶⁶ Insoweit verweist der EuGH zur Begründung auf die Preisbildungsregel des Art. 3 Abs. 3 TAL-VO der Kostenorientierung.⁶⁷

Dies entspricht auch dem Grundansatz in den Schlussanträgen von Generalanwalt Maduro, der betont, dass die Entgeltfestsetzung der im Wesentlichen buchhalterisch bereits abbeschriebenen TAL-Infrastrukturen einerseits nicht dazu führen dürfe, dass letztlich eine „entschädigungslose Enteignung“⁶⁸ erfolgt, andererseits aber auch den Wettbewerb beflügeln soll^{69, 70}.

Als *Kostenberechnungsmethode* können nach der Rechtsprechung des EuGH im Übrigen auch analytische Kostenmodelle und „Bottom-up“-Berechnungen erfolgen, solange dies mit den dargelegten Vorgaben im Einklang steht.⁷¹ Art. 4 Abs. 2 lit. b TAL-VO gibt den NRBen insoweit lediglich eine Befugnis an die Hand, (Kosten-)Informationen des regulierten Unternehmens anzufordern, ohne dass hiermit zwingend die Methode der Entgeltermittlung mittels Kostennachwei-

⁶³ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 94.

⁶⁴ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 98.

⁶⁵ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 99.

⁶⁶ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 104-106.

⁶⁷ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 104. In Rn. 109 fasst der EuGH das Ergebnis noch einmal zusammen.

⁶⁸ Schlussanträge des Generalanwalts *M. Poiares Maduro* vom 18. Juli 2007 in der Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland (abrufbar unter: <http://curia.europa.eu>), Rn. 28.

⁶⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *M. Poiares Maduro* vom 18. Juli 2007 in der Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland (abrufbar unter: <http://curia.europa.eu>), Rn. 51.

⁷⁰ Diese Schlussanträge können im Übrigen nur sehr begrenzt im Rahmen der näheren Analyse des EuGH-Urteils herangezogen werden, da der EuGH gerade zu der hier entscheidenden dritten Frage eine anders nuancierte Entscheidung getroffen hat als vom Generalanwalt vorgeschlagen.

⁷¹ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 122 ff.

sen vorgeschrieben wird. Insbesondere hat der EuGH ausdrücklich bestätigt, dass es allein Sache der NRBen ist, zu prüfen, ob die angeforderten Kostenunterlagen geeignet und ausreichend sind oder ob auf analytische Kostenmodelle zurückgegriffen werden sollte.⁷²

Ausgehend von den Vorgaben der TAL-VO und letztlich v.a. des dort vorgegebenen Maßstabs der Kostenorientierung und darauf bezogenen allgemeinen teleologischen Erwägungen zur Angemessenheit und zur Schaffung von Wettbewerb kommt die Rechtsprechung des EuGH zu folgenden Ergebnissen: Die NRBen verfügen über einen Spielraum bei einer Bestimmung der Kosten eines effizienten Netzes auf der Basis historischer und aktueller Kosten. Die nähere Fixierung der Berechnungsgrundlage hängt von der konkreten Wettbewerbssituation ab. Dabei sind sowohl die Interessen des zugangsregulierten Unternehmens als auch der Wettbewerber angemessen zu berücksichtigen. Abzustellen ist dabei auf die „tatsächlichen Kosten“, die sich grundsätzlich aus den historischen Kosten und den „aufgrund des Wiederbeschaffungswerts des Netzes oder bestimmter Teile davon kalkulierten Kosten“ ergeben.⁷³ Auf dieser Grundlage können dann auch entsprechende Abschreibungen kalkuliert werden.⁷⁴ Die tatsächlichen Kosten sind demnach aus den historischen Kosten und den voraussichtlichen Kosten zu bestimmen. Insoweit kann gegebenenfalls auch auf Wiederbeschaffungskosten abgestellt werden.⁷⁵ Letztlich kommt es dabei aber auf die tatsächliche Investitionstätigkeit in das bestehende Netz an. Eine ausschließliche Orientierung an historischen oder aktuellen Kosten scheidet aus. Die Fixierung der anrechenbaren historischen Investitionskosten und insbesondere der Kosten für Reinvestitionen dient dabei der Sicherung und Ergänzung des bestehenden Netzes. Die Festsetzung der Rendite muss darüber hinaus die Möglichkeit eröffnen, zu innovieren.

Auffallend ist schließlich, dass der EuGH bei der Konkretisierung der Vorgaben zur Entgeltregulierung stark auf den Inhalt der Kommissions-Empfehlungen abstellt.

⁷² EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 127 und 134.

⁷³ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 115.

⁷⁴ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 116.

⁷⁵ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 117 und Rn. 119.

b. Art. 13 Zugangsrichtlinie 2002/19/EG

Die ZRL enthält keine darüber hinaus gehenden und auch keine abweichenden Vorgaben. So definiert Art. 13 ZRL die Befugnisse, die den NRBen von den Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt werden müssen. Dazu gehört nach Art. 13 Abs. 1 S. 1 ZRL, dass die NRB dem SMP-Netzbetreiber eine Preiskontrolle einschließlich *kostenorientierter Preise* auferlegen kann. Insofern greift ein gegenüber Art. 3 Abs. 3 TAL-VO identischer *Entgeltmaßstab*. Dieser Maßstab soll vor allem eine wirtschaftliche Effizienz sicherstellen und einen für die Verbraucher möglichst vorteilhaften nachhaltigen Wettbewerb fördern (Art. 13 Abs. 2 S. 1 ZRL). Dabei dürfen jedoch die Interessen der zugangsverpflichteten SMP-Netzbetreiber nicht aus den Augen verloren werden. Daher müssen deren (Infrastruktur-)Investitionen bei den preispolitischen Maßnahmen der NRBen ebenfalls Berücksichtigung finden, indem ihnen eine – unter Berücksichtigung der mit den Investitionen verbundenen Risiken – angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital ermöglicht werden soll (Art. 13 Abs. 1 S. 2 ZRL). Das entspricht den allgemeinen Zielvorgaben für die Regulierung wie sie in Art. 8 Abs. 2 der RRL formuliert sind. So sollen effiziente Infrastrukturinvestitionen gefördert und die Innovation unterstützt werden (lit. c), Wettbewerbsverzerrungen verhindert (lit. b) und allgemein die Nutzerwohlfahrt gesteigert werden (lit. a). Die Erwägungen verlaufen insoweit auch parallel zu den Vorgaben im Rahmen der TAL-VO.

Die *Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung* (KeL) wie sie als Entgeltgenehmigungsmaßstab – letztlich synonym zum Begriff der Kostenorientierung – in Art. 13 Abs. 3 S. 2 ZRL ausdrücklich bezeichnet werden, setzen sich aus den *Kosten* des Produkts sowie einer *angemessenen Investitionsrendite*⁷⁶ zusammen (Art. 13 Abs. 3 S. 1 ZRL). Hinsichtlich der näheren Aufschlüsselung der Kosten macht Art. 13 ZRL jedoch keine weiteren Angaben. In Erwägungsgrund 20 der ZRL findet sich lediglich ein Hinweis darauf, dass ein angemessener Betrag für Arbeits- und Aufbaukosten zu berücksichtigen ist. Insoweit besteht also bei der Frage, welche Kosten für eine effiziente Bereitstellung eines Produkts/Dienstes notwendig sind, aus Sicht der ZRL ein Spielraum für die Mitgliedsstaaten bzw. die NRBen.

Einen solchen Spielraum überlässt die ZRL den Mitgliedstaaten bzw. NRBen grundsätzlich auch bei der Wahl der Nachweise bzw. der *methodischen Hilfsmittel* zur Entgeltermittlung. So können die NRBen gem. Art. 13 Abs. 3 S. 3 ZRL vom SMP-Betreiber eine umfassende Rechtfertigung seiner Preise verlangen. Die NRBen können aber auch eine vom regulierten Unternehmen losge-

⁷⁶ Vgl. dazu auch Erwägungsgrund 20 S. 4 der ZRL der von einer „angemessene[n] Rendite für das eingesetzte Kapital“ spricht.

löste unabhängige Kostenberechnung, z.B. mittels analytischer Kostenmodelle, anstellen (Art. 13 Abs. 3 S. 2 ZRL). Bei der Auswahl der Methode trifft die ZRL lediglich insoweit Vorgaben, als die Methode auf die näheren Umstände abgestimmt und von den Zielen einer wirtschaftlichen effizienten Leistungsbereitstellung und einem nachhaltigen (Dienste- und Infrastruktur-)Wettbewerb geleitet werden soll.⁷⁷ Dies entspricht den bereits erwähnten allgemeinen Zielvorgaben für die Auferlegung von Regulierungsinstrumenten nach Art. 8 Abs. 2 RRL und den Vorgaben der TAL-VO.

Ebenso wenig legt sich die ZRL bei der Entgeltregulierung auf eine bestimmte *Berechnungsgrundlage* für die Errechnung der KeL fest. Erwägungsgrund 20 S. 4 der ZRL gibt hier lediglich vor, dass „*erforderlichenfalls* eine Anpassung des Kapitalwerts vorgenommen wird, um die aktuelle Bewertung der Vermögenswerte und die betriebliche Effizienz widerzuspiegeln“⁷⁸. Dies dürfte – gerade unter Berücksichtigung der englischen Sprachversion⁷⁹ – als Verweis auf eine Methodik verstanden werden, die von historischen Kosten ausgeht und diese gegebenenfalls unter Berücksichtigung aktueller (Wiederbeschaffungs-)Kosten einerseits und Effizienzaspekten andererseits anpasst. Schon der Zusatz „erforderlichenfalls“, erst recht aber der Folgesatz, der auf eine Methodenwahl verweist, welche die Ziele der optimalen Förderung von Dienste- und Infrastrukturwettbewerb, Investitionen und Konsumentenwohlfahrt vorgibt, verdeutlicht jedoch, dass jedenfalls kein Ansatz ausschließlich oder zwingend zur Anwendung gelangt. Insofern ist zu konstatieren, dass die ZRL und insbesondere deren Art. 13 keine Berechnungsgrundlage hinsichtlich der KeL zwingend vorschreibt und daher auch einem etwaigen Wechsel von der bisherigen Berechnung auf Basis von Wiederbeschaffungswerten hin zu einer Berechnung auf Basis historischer Kosten oder aber einer anderweitigen Berechnungsgrundlage nicht im Wege stünde.

Bei der Beantwortung der Fragen, welche Berechnungsgrundlage konkret angewandt werden soll und ob insoweit ein Wechsel vollzogen werden muss oder ganz allgemein, welche Grundlage besser zur Ermittlung der effizienten Kosten geeignet ist, muss sich die NRB wie auch im Rahmen der TAL-VO von teleologischen Aspekten und dabei insbesondere vom Ziel der Förderung eines nachhaltigen Dienste- und Infrastrukturwettbewerbs nach Art. 1 Abs. 1, Art. 13 Abs. 2 S. 1

⁷⁷ Erwägungsgrund 20 S. 5 der ZRL.

⁷⁸ Im Original nicht kursiv.

⁷⁹ Dort heißt es: „When a national regulatory authority calculates costs incurred in establishing a service mandated under this Directive, it is appropriate to allow a reasonable return on the capital employed including appropriate labour and building costs, with the value of capital adjusted where necessary to reflect the current valuation of assets and efficiency of operations.“

ZRL und Art. 8 Abs. 2 lit. b RRL leiten lassen. Ein pauschaler Vorzug einer Berechnungsgrundlage bzw. eines Modells ist dabei in der ZRL nicht angelegt. Ein solcher verbietet sich auch, da gerade in den dynamischen Telekommunikationsmärkten eine hinreichende Flexibilität der NRBen bestehen muss, um im Hinblick auf die Verwirklichung der genannten Ziele angemessen auf Veränderungen reagieren zu können. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass der EuGH mit denselben teleologischen Erwägungen wie bei der Auslegung der TAL-VO auch die Vorgaben der ZRL interpretieren wird und folglich eine ausschließliche Berechnung auf der Grundlage der historischen oder der aktuellen Kosten grundsätzlich als unzulässig erachten und statt dessen die tatsächlichen Kosten im oben dargelegten Sinne als Richtpunkt definieren wird. Denn insoweit gibt es keine normativen Anhaltspunkte, die ZRL anders zu interpretieren als die Vorgaben der TAL-VO.

Fest steht im Übrigen, dass sich angesichts der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben die Regulierungskomplexität steigern wird. So ist eine pauschale Bepreisung eines effizienten Netzes auf der Basis von Wiederbeschaffungswerten nicht mehr zulässig, da dies die Zugangsberechtigten benachteiligen würde. Aber auch der Wechsel auf eine ausschließliche Bepreisung auf der Basis von historischen Kosten ist grundsätzlich verschlossen. Stattdessen ist eine komplexer zu modellierende Bepreisung erforderlich, die den tatsächlichen Kosten bei der Schaffung, Aufrechterhaltung sowie Ergänzung der Infrastruktur Rechnung trägt. Diese muss für die Nutzung des bestehenden Netzes auf die historischen Kosten abstellen, zugleich aber angesichts künftig erforderlicher Investitionen auch aktuelle Kosten beachten.

c. Empfehlung der Kommission bezüglich einer NGA-Regulierung

Für die Fragestellung der Entgeltregulierung der TAL vor dem Hintergrund einer voranschreitenden NGA-Migration wird künftig auch die Empfehlung der Kommission für eine Regulierung des NGA zu berücksichtigen sein, die gegenwärtig im Entwurfsstadium vorliegt.⁸⁰ Diese ist nicht zuletzt deshalb von großer Relevanz, weil sich der EuGH in seinem Arcor-Urteil bei der Konkretisierung der entgeltregulatorischen Vorgaben sehr deutlich an den Kommissions-Empfehlungen orientiert hat und dies auch für künftige Empfehlungen zu erwarten ist.

⁸⁰ Commission Recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (Draft), abrufbar unter der URL:http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/comm/doc/library/public_consult/nga/dr_recomm_nga.pdf.

In Punkt 5 des Empfehlungsentwurfs spricht sich die Kommission dafür aus, dass die Entgeltregulierung im Bereich des Zugangs zu bestehender passiver Netzinfrastruktur insbesondere das Ausmaß der Abschreibungen der vorhandenen Einrichtungen und die Betriebskosten eines effizienten Betreibers berücksichtigen soll. Genauer werden die anzuwendenden Prinzipien in Annex I dieses Empfehlungsentwurfs festgelegt. Nummer 2 des Annexes I des Empfehlungsentwurfs bezieht sich auf den vorliegend relevanten Fall der Bepreisung vorhandener passiver Infrastruktur, wie z. B. der Kupfer-TAL. Danach sollten die Kosten auf der Basis historischer Kosten abzüglich der bereits getätigten Abschreibungen berechnet werden. Nur in den Fällen, in denen die benötigten Informationen nicht zur Verfügung stehen, soll mit den aktuellen Kosten gerechnet werden, allerdings auch hier abzüglich tatsächlicher Abschreibungen. D.h. auch im Falle fehlender Kostenunterlagen ist nicht auf Basis einer hypothetischen Wiederbeschaffung, sondern auf der Grundlage eines tatsächlichen Abschreibungsszenarios zu kalkulieren. Nur als kalkulatorischer Ausgangsfaktor wird demnach nicht auf historische, sondern auf heutige Kosten abgestellt. Dabei kann es allerdings nicht in das Belieben des regulierten Unternehmens gestellt werden, als Kostenbasis historische oder aktuelle Kosten zugrunde zu legen, indem es etwa die Herausgabe entsprechender Informationen zu historischen Kosten verweigert. Denn dies könnte bei deutlich gestiegenen Kosten erhebliche Auswirkungen zu Lasten der Zugangspetenten haben. Es muss vielmehr auf das objektive Fehlen entsprechender Informationen ankommen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass grundsätzlich die Preise über die historischen Kosten periodisiert nach Restabschreibungsdauern zuzüglich der laufenden Betriebskosten zu berechnen sind. Nur im Ausnahmefall der tatsächlichen Unmöglichkeit für das Unternehmen einer derartigen Kostenberechnung ist eine Berechnung auf Basis der heutigen Kosten abzüglich der Abschreibungen subsidiär zulässig.⁸¹

Sollte der Entwurf nach der Konsultation unverändert übernommen werden, würde mit dieser Empfehlung und der darin enthaltenen Regel-Vorgabe für eine Kostenberechnung auf historischer Kostengrundlage der gemeinschaftsrechtlich bestehende – durch die Zielvorgaben bereits eingeengte – Spielraum der NRBen bei der Wahl des spezifischen Berechnungsmodells bzw. -mixes zwischen historischen und aktuellen Kosten zur Ermittlung der tatsächlichen Kosten der TAL im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung des EuGH weiter eingeschränkt. Denn diese Empfehlung wird auf der Grundlage von Art. 19 Abs. 1 RRL erlassen und wäre somit gemäß je-

⁸¹ Das Unternehmen muss also objektive Umstände darlegen, die eine solche Berechnung unmöglich machen. Derartige Gründe sind gegenwärtig nicht ersichtlich.

ner Norm von den NRBen weitestgehend zu berücksichtigen. Zudem ist zu erwarten, dass sich auch der EuGH bei der Konkretisierung der gemeinschaftsrechtlichen Entgeltregulierungsvorgaben stark an dieser Empfehlung orientieren werden wird, so wie er dies auch bei den bisherigen Kommissionsempfehlungen im Arcor-Urteil getan hat (siehe a.)

Nach der Empfehlung wären als Berechnungsgrundlage für die TAL die historischen Kosten abzüglich Abschreibungen zuzüglich der Betriebskosten eines effizienten Netzbetreibers zugrunde zu legen. Sind historische Kosten objektiv nicht verfügbar, kann diese Kostenposition ausnahmsweise durch heutige Kosten substituiert werden, von denen sodann entsprechende Abschreibungen zu subtrahieren und effiziente Betriebskosten zu addieren sind.

Da die Empfehlung aber bislang nur im Entwurfsstadium vorliegt, kann sie bei der Interpretation des geltenden Rechts lediglich perspektivisch berücksichtigt werden.

2. Vorgaben des § 31 TKG

Im Lichte der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben lassen sich sodann die Bestimmungen des deutschen Rechts analysieren. Dabei kommt es vom Wortlaut ausgehend (a.) angesichts der fehlenden aussagekräftigen Hinweise im Rahmen der genetischen (b.) und systematischen (c.) Analyse vor allem auf die teleologische Auslegung (e.) an, wobei zugleich eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation erfolgen muss. Angesichts der hier vorliegenden starken Überlagerung durch das Gemeinschaftsrecht, sollen jene aussagekräftigen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts daher der teleologischen Interpretation vorangestellt werden (d.).

a. Wortlaut

Ausgangspunkt der Wortlautauslegung ist § 31 Abs. 1 S. 1 TKG. Danach sind genehmigungsbedürftige Entgelte dann genehmigungsfähig, wenn sie die KeL nicht überschreiten. *Entgeltgenehmigungsmaßstab* sind daher immer⁸² die KeL. Die KeL setzen sich gem. § 31 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 TKG aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemess-

⁸² Groebel, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 1. Auflage 2006, § 31, Rn. 16 f.; Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG-Kommentar, 1. Auflage 2008, § 31, Rn. 22; a. A. dagegen Schuster/Ruhle, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage 2006, § 31, Rn. 13 und Rn. 27 ff., die in § 31 Abs. 1 S. 2 TKG entgegen der h. M. nicht nur eine Methodenänderung der Entgeltermittlung, sondern einen eigenständigen Entgeltgenehmigungsmaßstab sehen.

senen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals zusammen.⁸³ § 31 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 TKG verdeutlicht dabei nochmals explizit den Grundsatz der „effizienten“ Leistungsbereitstellung, indem er vorgibt, dass die genannten Posten nur insoweit Berücksichtigung finden sollen, als sie für die Leistungsbereitstellung notwendig sind.

Während die „zusätzlichen Kosten“⁸⁴ der Leistungsbereitstellung auf jene Einzelkosten abstellen, die einer bestimmten Leistung konkret zugerechnet werden können, wie z. B. Kapital-, Betriebs- sowie Produkt- und Angebotskosten⁸⁵, impliziert der Wortlaut des § 31 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 TKG mit der Referenzierung auf eine langfristige Betrachtungsweise („langfristige zusätzliche Kosten“) einen „Forward-looking“-Ansatz. Mit diesem vorausschauenden („forward-looking“) Kostenbegriff sollen alle Produktionsfaktoren, insbesondere die Kapitalkosten variabel gestellt werden.⁸⁶

Auf eine konkrete *Berechnungsgrundlage* im Sinne der historischen Kosten oder der Wiederbeschaffungskosten wird damit dem Wortlaut nach nicht verwiesen. Insbesondere impliziert eine langfristige Betrachtung keinesfalls, dass unabhängig von tatsächlichen Investitionsszenarien automatisch von einer Wiederbeschaffung auszugehen und diese im Rahmen einer Berechnung auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten zugrunde zu legen ist.⁸⁷ Gerade im jetzigen Migrationsszenario mit Blick auf die bereits migrierten Bereiche wird ja deutlich, dass es eben nicht einer langfristigen Betrachtung entspricht, Kosten auf der Basis hypothetischer Wiederbeschaffungswerte zu berechnen, wenn diese tatsächlich nicht anfallen. Ferner würde ein effizienter Investor gerade nicht mehr in alte Kupfer-Infrastrukturen investieren, wenn und soweit er dabei ist, ein paralleles neues Glasfaser-Netz aufzubauen. Auch die Zuschlüsselung von Investitionskosten in eine alternative Glasfaser-Infrastruktur bei der Bepreisung der bestehenden Kupfer-Infrastruktur erscheint unangemessen. Insbesondere verbietet sich eine Berechnung der KeL für die Kupfer-TAL anhand von hypothetischen Wiederbeschaffungswerten für eine Glasfaser-TAL.

⁸³ So auch schon die Definition in § 3 Abs. 2 Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (TEntgV).

⁸⁴ Auch inkrementelle Kosten genannt.

⁸⁵ *Groebel*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 1. Auflage 2006, § 31, Rn. 26; *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG-Kommentar, 1. Auflage 2008, § 31, Rn. 26.

⁸⁶ *Groebel*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 1. Auflage 2006, § 31, Rn. 27; *Schuster/Ruhle*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage 2006, § 31, Rn. 35; *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG-Kommentar, 1. Auflage 2008, § 31, Rn. 28 f.

⁸⁷ Vgl. *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG-Kommentar, 1. Auflage 2008, § 31, Rn. 29, welcher der Ansicht ist, dass § 31 Abs. 2 TKG mit dem forward-looking-approach einer Berechnung der KeL auf Grundlage der historischen Kosten entgegensteht. Nicht so eindeutig *Groebel*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 1. Auflage 2006, § 31, Rn. 28, bei der unklar bleibt, ob damit nur die bisherige Praxis der Bundesnetzagentur wiedergegeben wird oder vielmehr ein zwingender Maßstab gemeint ist.

Zwar sollen mit dem Berechnungsmodell auf Basis von Wiederbeschaffungskosten die aktuellen Kosten eines Netzaufbaus durch einen effizienten Betreiber simuliert werden und damit dem technologischen Fortschritt, wie z.B. effizienteren Netzstrukturen, Rechnung getragen werden, doch findet diese Substitution des tatsächlich und in Rede stehenden Netzes durch ein hypothetisches effizientes Netz dort seine Grenze, wo es nicht mehr nur um die Berücksichtigung von Effizienzsteigerungen im Bereich der bisherigen Infrastruktur, sondern vielmehr um die Schaffung einer gänzlich neuen und anderen Infrastruktur geht. Schon dem Wortlaut nach geht es dann nämlich nicht mehr um die langfristigen zusätzlichen Kosten der effizienten Bereitstellung dieser Kupfer-TAL, sondern einer anderen Leistung, nämlich der Glasfaser-TAL.

Wenn es also jene langfristige Betrachtung erlaubt, eine Entscheidungssituation zum heutigen Zeitpunkt mit Blick in die Zukunft zu simulieren, d. h. zu extrapolieren, welche Kosten einem effizienten Anbieter in Bezug auf die in Rede stehende Leistung aktuell und zukünftig entstehen würden⁸⁸, dann ist das zwingende Abstellen auf eine bestimmte Berechnungsgrundlage wie die Wiederbeschaffungskosten im Fall der künftig nicht erfolgenden Wiederbeschaffung nicht mehr vom Wortlaut einer langfristigen Betrachtung gedeckt. Der Wortlaut impliziert nämlich letztlich die Ermittlung tatsächlicher (Investitions-)Werte. Diese können zwar unter Heranziehung hypothetischer Instrumentarien ermittelt werden, wie schon der Verweis auf die zulässigen methodischen Hilfsmittel einschließlich analytischer Kostenmodelle belegt (§ 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG). Gleichwohl dürfen dabei keine fiktiven Werte gebildet werden, die der tatsächlichen bzw. der zu erwartenden Investitionstätigkeit nicht entsprechen. Solche Kosten sind nämlich schon keine „langfristigen zusätzlichen Kosten“ eines effizienten Leistungsbereitstellers in einer konkreten Prüfsituation. Dem bloßen Wortlaut des TKG lassen sich im Übrigen keine weiter reichenden Hinweise zur Berechnungsgrundlage entnehmen.

Als Zwischenergebnis kann demnach festgehalten werden, dass der Wortlaut des § 31 Abs. 1 und 2 TKG lediglich einen Effizienzmaßstab und eine langfristige Betrachtungsweise vorgibt. Eine Entscheidung für eine spezifische Berechnungsgrundlage („historische Kosten“ oder „aktuelle Kosten“ o.ä.) ist dabei weder explizit vorgegeben noch indirekt impliziert. Wenn überhaupt, dann lässt sich dem Wortlaut – auch zu den methodischen Hilfsmitteln in § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG – entnehmen, dass zwar eine Extrapolation der künftigen Kosten erfolgen soll, dass diese jedoch

⁸⁸ Groebel, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 1. Auflage 2006, § 31, Rn. 28; Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG-Kommentar, 1. Auflage 2008, § 31, Rn. 29.

den tatsächlich zu erwartenden langfristigen zusätzlichen Kosten eines effizienten Diensteanbieters entsprechen müssen.

b. Genetische Auslegung

Aus der Genese der Entgeltregulierungsvorschriften des TKG 2004 und des TKG 1996 i. V. m. der Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (TEntgV)⁸⁹ lässt sich nicht entnehmen, dass sich der Gesetzgeber hinsichtlich eines konkreten Berechnungsmodells festlegen wollte bzw. eine bestimmte Berechnungsgrundlage für die Entgeltregulierung im Allgemeinen und die TAL im Besonderen beabsichtigt hat. Somit würde auch die genetische Auslegung einem Wechsel des Berechnungsmodells der KeL bei der TAL nicht entgegenstehen.

c. Systematische Auslegung

In systematischer Hinsicht sind zunächst die „benachbarten“ Vorschriften zur Entgeltregulierung in den §§ 30 ff. TKG zu analysieren, wobei v.a. die Vorgaben zu den methodischen Hilfsmitteln von Interesse sind.

Aufgrund der Tatsache, dass der Gesetzgeber in § 35 Abs. 1 S. 1 TKG grundsätzlich die Entgeltmittlungsmethode anhand von Kostenunterlagen vorgibt und solche Kostenunterlagen die Kosten ausweisen, die dem regulierten Unternehmen entstanden sind, kann man durchaus darauf schließen, dass grundsätzlich, zumindest im Hinblick auf die Herstellungs- bzw. Anschaffungskosten, eine Berechnung unter Heranziehung historischer Kosten erfolgen soll. Neben der die Kostenunterlagen ergänzenden Anwendung des Vergleichsmarktprinzips bzw. der analytischen Kostenmodelle gem. § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 TKG ist es jedoch auch möglich, dass eine Entgeltentscheidung gem. § 31 Abs. 1 S. 2 TKG bzw. § 35 Abs. 1 S. 2 TKG ausschließlich anhand dieser Methoden ergeht.⁹⁰

Weitere Hinweise lassen sich der systematischen Betrachtung nicht entnehmen. Auch insoweit bestätigt sich also lediglich der Wortlautbefund, dass sowohl eine Orientierung an historischen

⁸⁹ BGBl. I S. 1492.

⁹⁰ Schuster/Ruhle, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage 2006, § 35, Rn. 12 ff. und Rn. 40; Groebel/Seifert, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 1. Auflage 2006, § 35, Rn. 11 und Rn. 38.

als auch an aktuellen Kosten mit den weiteren Normformulierungen im TKG grundsätzlich vereinbar sind.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch aus einer netzwirtschaftsvergleichenden Perspektive heraus keine darüber hinaus gehenden systematischen Erkenntnisse gewonnen werden können. Das gilt insbesondere für einen Vergleich mit der Regelungssystematik in der Energieordnung, die eine wesentlich ausgeprägtere normative Vorstrukturierung erlangt hat. Aus den dortigen ausdifferenzierten Vorgaben für Alt- und Neuanlagen (vgl. etwa § 6 Stromnetzentgeltverordnung) lassen sich jedoch weder in Analogie noch im Umkehrschluss Erkenntnisse für das TKG ableiten, da die Entscheidungen über die Entgeltberechnung hoch normativ und sehr umstritten sowie von der spezifischen Wettbewerbssituation abhängig sind, so dass nicht kurzerhand aus der Lösung in einem Sektor auf einen anderen Sektor geschlossen werden kann. Eine weitere diesbezügliche Analyse erübrigt sich daher.

d. Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung/Konsequenzen

Das so erzielte Ergebnis muss schließlich den oben dargelegten Vorgaben aus dem EG-Telekommunikationsrecht im Rahmen einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung entsprechen. Dabei sind die Ausführungen des EuGH zwar zu der TAL-VO ergangen. Es wurde jedoch gezeigt, dass sie gleichermaßen für die ZRL gelten, so dass sie unabhängig davon zu berücksichtigen sind, ob es um die Entgeltregulierung nach dem TKG 1996 oder nach dem TKG 2004 geht und dass angesichts der Durchführung eines Marktdefinitions- und -analyseverfahrens die TAL-VO wegen Art. 27 Abs. 2 RRL nicht mehr anwendbar ist. Insoweit ist die Formulierung des VG Köln im aktuellen Urteil zu den TAL-Entgelten von 1999, dass sich die Begründung des EuGH-Urteils maßgeblich auf den alten europäischen TK-Rechtsrahmen stützt, missverständlich.⁹¹ Letztlich beziehen sich die entscheidenden Passagen des EuGH-Urteils – wie dargelegt – auf allgemeine teleologische Erwägungen zum Maßstab der Kostenorientierung im Rahmen der TAL-VO⁹², ohne dass insoweit Änderungen gegenüber der Rechtslage nach der ZRL (bzw. RRL) be-

⁹¹ VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, Az.: 1 K 1749/99, S. 16 des Entscheidungsumdrucks.

⁹² EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 47 – 69 *direkt zur TAL-VO*; Rn. 97 – 109 zu *allgemeinen teleologischen Erwägungen* - teilweise mit Bezug zur TAL-VO - die das Herzstück für die Ablehnung einer ausschließlich historischen und einer ausschließlich auf aktuellen Kosten beruhenden Bepreisung darstellen („tatsächliche Kosten“ – nochmals deutlich Rn. 154!); sowie Rn. 94 *zur Empfehlung 2000/417*; erst im Folgenden stellt der EuGH auf *Erwägungen der nicht mehr gültigen Richtlinie 97/33/EG* ab (vgl. insbesondere Rn. 111 – 117).

stunden. Es ist nochmals zu betonen, dass für einen Wandel in der Entgeltregulierung von der TAL-VO zur ZRL auch keinerlei sachliche Gründe bestünden und sich auch diesbezüglich nichts im Geneseprozess erkennen lässt. Wäre ein Wandel gewollt gewesen, hätte dies deutlich gemacht werden müssen. Ganz im Gegenteil ging es ja darum, für den spezifischen und wettbewerblich besonders relevanten Bereich der TAL zügig einen Zugang im Rahmen einer unmittelbar wirkenden Verordnung zu realisieren, ohne das Prozedere der Umsetzung der ZRL abzuwarten. Ein Wechsel in der Entgeltregulierung war damit nicht gewollt und wäre auch nicht sinnvoll. Auch das VG Köln stellt daher im Übrigen fest, dass die Ausführungen des EuGH letztlich aus einer Anwendung des Grundsatzes der Kostenorientierung nach Art. 3 Abs. 3 der TAL-VO ergeben.⁹³ Insoweit bestehen aber eben keine Unterschiede zu den Vorgaben im EG-Richtlinienpaket. Sodann wendet das VG Köln den vom EuGH aus dem Grundsatz der Kostenorientierung entwickelten Maßstab der tatsächlichen Kosten konsequent an.⁹⁴ Er geht dabei davon aus, dass sich die tatsächlichen Kosten im Sinne der EuGH-Rechtsprechung aus zwei Elementen zusammensetzen: aus den „historischen Kosten, was die Berücksichtigung der Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten als Bezugsgrundlage voraussetzt, sowie den voraussichtlichen Kosten, welche gegebenenfalls aufgrund des Wiederbeschaffungswerts des Netzes oder bestimmter Teile davon zu kalkulieren sind“.⁹⁵ Damit destilliert das VG Köln zutreffend ein Verständnis heraus, das die tatsächlichen Kosten einerseits an den historischen Kosten und andererseits vorausschauend an den voraussichtlichen weiteren Kosten (wobei hier die beabsichtigten Investitionen sodann auf der Basis der Wiederbeschaffung relevant sind) orientiert.

Damit ergibt sich aus der hier indizierten teleologischen Betrachtung, den zwingenden Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, wie sie vom EuGH im Rahmen der TAL-VO entwickelt worden und auf die ZRL übertragbar sind, sowie der strikten Anwendung dieser Grundsätze durch das VG Köln die Notwendigkeit einer Änderung der Berechnungsgrundlagen für die TAL und demnach eine Änderung der Entgeltregulierungspraxis durch die BNetzA.

So hat die BNetzA ihre Entscheidungen über die TAL-Entgelte mangels ausreichender bzw. plausibler Kostenunterlagen bisher regelmäßig gem. § 35 Abs. 1 S. 2 TKG allein auf ein analytisches Kostenmodell des Wissenschaftlichen Instituts für Infrastruktur und Kommunikations-

⁹³ VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, Az.: 1 K 1749/99, S. 18 des Entscheidungsumdrucks.

⁹⁴ VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, Az.: 1 K 1749/99, S. 20 ff. des Entscheidungsumdrucks.

⁹⁵ VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, Az.: 1 K 1749/99, S. 21 des Entscheidungsumdrucks unter Verweis auf EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 115, 117, 119 und 154.

dienste (WIK) gestützt⁹⁶, d. h. eine von den tatsächlichen Kosten des regulierten Unternehmens unabhängige Kostenrechnung angestellt. Dieses analytische Kostenmodell basierte auf Wiederbeschaffungswerten.⁹⁷ Eine solche ausschließliche Berechnung auf der Basis von Wiederbeschaffungswerten ist aber nach der Rechtsprechung des EuGH ausgeschlossen, wie das VG Köln zu Recht bestätigte.⁹⁸

Damit muss eine neue Berechnungsgrundlage identifiziert werden, die deutlicher auf die tatsächliche Investitionstätigkeit in Bezug auf die TAL und den Umstand abstellt, inwiefern tatsächlich eine Wiederbeschaffung erfolgt. Die Investitionskosten sind dabei unter Berücksichtigung der historischen Kosten abzüglich einer tatsächlichen (nicht bloß buchhalterischen) Abschreibung unter Maßgabe tatsächlicher Abschreibungsdauern einerseits und tatsächlichen effizienten Investitionskosten auf der Basis von Wiederbeschaffungswerten andererseits zu berechnen.⁹⁹ Im Fall fehlender oder geringer Wiederbeschaffungstätigkeit ist dieser Kostenbestandteil entsprechend gering.

e. Teleologische Auslegung

Angesichts dieses grammatischen, genetischen und systematischen Befunds kommt es entscheidend auf eine teleologische Betrachtung vor dem Hintergrund der dargelegten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben an.

aa. Abstrakte Zielanalyse

Auszugehen ist dabei zunächst von § 27 TKG, der speziell – neben § 2 Abs. 2 TKG – die Ziele der Entgeltregulierung vorgibt. So soll gem. § 27 Abs. 1 TKG eine missbräuchliche Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder von Wettbewerbern durch preispolitische Maßnahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verhindert werden. Damit möchte der Gesetzgeber den Preissetzungsspielraum der SMP-Betreiber dahingehend begrenzen, dass sich langfristig für das betreffende Produkt solche Preise einstellen, die beim Idealzustand

⁹⁶ Analytisches Kostenmodell Anschlussnetz, Referenzdokument 2.0 (abrufbar auf der Homepage der BNetzA).

⁹⁷ Analytisches Kostenmodell Anschlussnetz, Referenzdokument 2.0, S. 24, Punkt 4.

⁹⁸ VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, Az.: 1 K 1749/99, S. 21 ff. des Entscheidungsumdrucks.

⁹⁹ Die effizienten Kosten für einen Betrieb entsprechend der tatsächlichen Umstände sind zusätzlich einzupreisen, sollen aber vorliegend nicht näher analysiert werden, da diese nicht in Streit stehen.

eines von Wettbewerb geprägten Marktes entstehen würden. Nicht vom Markt kontrollierte Gewinnmaximierungsstrategien bzw. unkontrollierte Ineffizienzen müssen dabei zugunsten kostenorientierter Preise beseitigt werden.¹⁰⁰ Daraus lässt sich allerdings kaum eine weitere Orientierung für die Ermittlung der Kosten-Berechnungsgrundlage und -methodik ableiten, die insbesondere über die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hinaus geht. So findet sich aber beispielsweise das bereits im Rahmen des Gemeinschaftsrechts identifizierte Ziel wieder, Preis-Kosten-Scheren zu verhindern (als Missbrauchsfall im Sinne des § 27 Abs. 1 Var. 2 TKG über § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG).

Auch aus einer abstrakten Analyse der allgemeinen Ziele in § 2 Abs. 2 TKG, die den gemeinschaftsrechtlichen Zielen des Art. 8 Abs. 2 RRL entsprechen, lassen sich keine wesentlich konkreteren Hinweise für eine spezifische Kosten-Berechnungsgrundlage und -methodik entnehmen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass vorliegend v.a. die Sicherung und Förderung eines (chancengleichen) Wettbewerbs als wesentliches Ziel von Interesse ist (Nr. 2). Dieses bezieht sich jedoch sowohl auf den Infrastruktur- als auch auf den Dienstewettbewerb, so dass schon insoweit das Design der Entgeltregulierung partiell konfligierende Ziele zum Ausgleich bringen muss. Auch das hier einschlägige Ziel der Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen enthält Ambivalenzen (Nr. 3). So ist es gerade vor dem Hintergrund der von der Europäischen Kommission regelmäßig als Indikator bemühten Investitionssummen wichtig zu betonen, dass es im TKG – wie auch im Gemeinschaftsrecht – um die Förderung *effizienter* Infrastrukturinvestitionen geht.¹⁰¹ Ziel ist es also nicht, ein Maximum an Infrastrukturinvestitionen zu erreichen, sondern ein Optimum. So ist insbesondere darauf zu achten, keine ineffizienten Investitionen in volkswirtschaftlich unnötige Infrastrukturduplikationen regulatorisch zu induzieren.¹⁰² Eine an diesen Zielen ausgerichtete Regulierung wird im Zweifel auch das weitere Ziel der Wahrung des Verbraucherinteresses nach Nr. 1 bestmöglich erreichen.

bb. Förderung von Infrastruktur- und Dienstewettbewerb und Investitionen in concreto

Maßgeblich ist somit eine konkrete Analyse, welches Entgeltregulierungsmodell den Infrastruktur- und Dienstewettbewerb und Anreize zu effizienten Infrastrukturinvestitionen im TAL-

¹⁰⁰ Kühling/Elbracht, Telekommunikationsrecht, 1. Auflage 2008, Rn. 178 m. w. N.

¹⁰¹ Vgl. Säcker, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 1. Auflage 2006, § 2, Rn. 8, der von „förderungswürdigen“ Investitionen i. S. v. „zukunftsweisenden Beiträgen zum technischen Fortschritt“ spricht.

¹⁰² Vgl. die Darstellung bei Groebel, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 1. Auflage 2006, § 31, Rn. 30 f.

Bereich maximal fördert und damit zugleich die Konsumentenwohlfahrt maximal erhöht und daher dem Verbrauchernutzen optimal dient.

Insoweit ist an die oben dargelegten ökonomischen Ausführungen anzuknüpfen (dazu C.I.2.).

Da die HVT in absehbarer Zukunft teilweise abgebaut werden, kommt zur Berechnung der Entgelte für die HVT-TAL das Konzept der modifizierten Realkapitalerhaltung in Betracht, wobei berücksichtigt wird, dass für dieses Anlagegut keine nennenswerten Investitionen mehr erforderlich sein werden. Dies äußert sich in einem entsprechend geringen Wiederbeschaffungskostenanteil. Analysiert man hingegen den Fall der KVZ-TAL, gestaltet sich die Lage anders. Hier muss von einer längerfristigen Weiternutzung dieses Anlagegutes ausgegangen werden. Allerdings ist auch hier fraglich, ob weiterhin so umfangreiche Investitionen erforderlich sind, dass die Verwendung des Konzeptes der Wiederbeschaffungskosten angemessen ist. Um Nachteile für die Wettbewerber mit eigener Infrastruktur zu vermeiden, erscheint die Verwendung eines modifizierten Konzeptes der Realkapitalerhaltung auch insoweit angemessen.

Die historischen Kosten werden hier weiterhin als Differenz der Anschaffungskosten und der getätigten Abschreibungen zuzüglich eines angemessenen Inflationsausgleichs berechnet. Dabei ist die gemeinsame Berechnung eines Wiederbeschaffungskostenanteils für alle HVT-TAL (in migrierten und nicht migrierten Regionen) sowie für die KVZ-TAL sinnvoller als eine diesbezügliche Differenzierung, um so ein komplexitätsangemessenes, kontinuierliches und anreizoptimales Gesamtmodell zu gewährleisten. Für die Berechnung des Wiederbeschaffungsanteils müssten von Seiten der Regulierungsbehörde entsprechende Bestandsaufnahmen der tatsächlichen Wiederbeschaffung durchgeführt werden. Ferner muss eine entsprechende Neufixierung der tatsächlichen Abschreibungsdauer erfolgen, für die gleichermaßen eine durchschnittliche Berechnung bzw. Mittelung für migrierte und nicht migrierte Bereiche sowie für die HVT- und KVZ-TAL-Bereiche überzeugender ist. Damit wird im Ergebnis tendenziell ein Spread zwischen der HVT- und KVZ-TAL trotz deutlicher Preissenkung wie bisher aufrecht erhalten.

Der grundlegende Zusammenhang zwischen dem entsprechenden Kostenmaßstab und den daraus resultierenden Entgelten wird in Abbildung 4 dargestellt.

Abbildung 4: Kostenmaßstab und Entgelthöhe

Entgelthöhe in Abhängigkeit des zugrunde gelegten Kostenmaßstabs	↑	Substanzwerterhaltung auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten
		Modifizierte Realkapitalerhaltung auf der Basis historischer Kosten unter Berücksichti- gung tatsächlicher Wiederbeschaffung
		Realkapitalerhaltung auf Basis historischer Kosten und betriebswirtschaftlicher Ab- schreibung

Legt man zur Ermittlung der Entgelte für die TAL das Konzept der Realkapitalerhaltung zugrunde und modifiziert dieses Konzept durch einen Aufschlag für die tatsächliche Wiederbeschaffung, erhält man Entgelte, die von der Höhe zwischen Entgelten auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten und solchen auf der Basis des reinen Konzeptes der historischen Kosten auf Grundlage der im Wesentlichen bereits erfolgten betriebswirtschaftlichen Abschreibung liegen. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Realkapitalerhaltungsmethode im Gegensatz zur Methode der Substanzerhaltung (Wiederbeschaffungskosten) statt des Realzinses ein etwas höherer Zinssatz u.U. in Höhe des Nominalzinses als Rendite gewährt werden kann.¹⁰³

Insofern würde ein solches Entgeltmodell stärker als bisher das tatsächliche Investitionsverhalten der Marktakteure berücksichtigen und somit nicht mehr ein hypothetisches Ideal in das Zentrum der Entgeltberechnung stellen. Diese Vorgehensweise trägt darüber hinaus den Anforderungen der neueren Rechtsprechung Rechnung, die eine stärkere Orientierung der Entgeltberechnung an tatsächlichen Investitionsaktivitäten fordert. Als Konsequenz dieses Modells wird den Wettbewerbern stärker als bisher die Möglichkeit gegeben, ihre Produkte genauso effizient anzubieten wie dies der DTAG möglich ist. Dabei soll der Grad an eigener Wertschöpfung möglichst so hoch sein, wie es aus volkswirtschaftlicher Perspektive wünschenswert ist. Akzeptiert man die Eingangsaufgestellte Hypothese, dass staatliche Regulierung immer auf die ein oder andere Weise das Investitionsverhalten der Marktakteure beeinflusst, so sollte ein angemessener Regulie-

¹⁰³ Hier sind allerdings Werte zwischen Real- und Nominalzins anzusetzen, da durch die Berücksichtigung von Wiederbeschaffungskostenanteilen bereits ein gewisser Aufschlag auf die historischen Kosten gewährt wurde. Beim Konzept der Wiederbeschaffungskosten verwendet man hingegen den Realzins, da hier aufgrund der „forward-looking“ Kalkulation bereits ein Inflationsausgleich in der Kostenkalkulation enthalten ist.

rungsrahmen zumindest so ausgestaltet sein, dass effiziente Investitionen stimuliert und ineffiziente Infrastrukturduplikationen vermieden werden.

Vor dem Hintergrund der Erkenntnisse der neueren ökonomischen Forschung, die belegen dass ein Maximum an Investitionen und Innovationen eben nicht an den Extrempunkten von vollkommener Konkurrenz und Monopol erzielt werden, kann man im Rückschluss darauf Analogien zu möglichen Kostenkonzepten ziehen. Historische Kosten würden tendenziell extrem den Wettbewerbern zu Gute kommen, die keine weiteren Investitionen tätigen wollen und sicherlich hohe Effekte auf den Dienstewettbewerb auslösen. Wiederbeschaffungskosten hingegen, würden den Spielraum der Wettbewerber einschränken und der DTAG Vorteile verschaffen. In diesem Fall ist aber damit zurechnen, dass die DTAG von Investitionen in neue Glasfaserinfrastruktur abgehalten wird, da hohe Einnahmen durch Netzzugangsentgelte beim Festhalten an alter Kupferinfrastruktur erzielt werden können.

Diese Gegenüberstellung zeigt, dass beide Kostenmaßstäbe nicht dazu geeignet sind, effiziente Investitionsniveaus zu gewährleisten. Stattdessen muss ein angemessener Mittelweg gefunden werden. Dieser liegt in Form des hier vorgeschlagenen modifizierten Realkapitalerhaltungskonzepts vor, das Entgelte liefert, die zwischen den beiden Extremwerten liegen werden. Zwar lässt sich nicht mit absoluter Sicherheit sagen, welches Entgeltniveau zu effizienten Investitionen führen wird, aber aufgrund der diskutierten Argumente kann das vorgeschlagene Konzept zumindest eine vielversprechende Annäherung an ein Entgelt liefern, das effiziente Infrastrukturinvestitionen gewährleistet.

Darüber hinaus gewährleistet das Konzept der modifizierten Realkapitalerhaltung die Investitionssicherheit der Marktakteure. Investitionen, die von Wettbewerbern nach der Liberalisierung getätigt wurden und die im Zuge der NGA-Migration weiter in ihre Netze investieren, werden durch dieses Konzept angemessen geschützt. Außerdem wird durch die einheitliche Einführung dieses Konzepts sowohl für die HVT-TAL als auch für die KVZ-TAL grundsätzlich eine gleichmäßige Absenkung der Entgelte beider Elemente erreicht und somit bleibt die gewohnte Bepreisungsstruktur erhalten. Auf diese Weise werden künftige Investitionen von Wettbewerbern in FTTB bzw. FTTH aufgrund stabiler Bepreisungsstrukturen nicht negativ beeinflusst. Außerdem können durch dieses Konzept Anreize für die DTAG gesetzt werden, in Regionen in neue Glasfasernetze zu migrieren, in denen dies bisher ineffizient durch Renten aus Netzzugangsentgelten verhindert wird.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass durch ausreichende Margen den Wettbewerbern angemessene Investitionsanreize zur Migration bzw. zum Ausbau neuer Glasfasernetze gegeben werden und darüber hinaus auf Seiten der DTAG Migration in NGA stimuliert wird, in Fällen, in denen dies bislang durch hohe TAL-Entgelte verhindert wurde. Gerade diese effizienten Investitionen in neue Glasfasertechnologien müssen das Ziel einer angemessenen Regulierung sein und nicht der Verbleib in existierenden Kupfernetzen.

3. Vertrauensschutzaspekte und Grundrechte

Vor dem Hintergrund der Notwendigkeit eines Wechsels in der Entgeltberechnung soll kurz auf die Frage eingegangen werden, ob einem solchen Wechsel des Bepreisungsmodells Grundrechtspositionen bzw. Vertrauensschutzaspekte der regulierten Unternehmen (d.h. vorliegend v.a. der DTAG) entgegenstehen.

a. Entgeltregulierung als tripolarer Grundrechtskonflikt und Reichweite deutscher Grundrechte

Dabei ist zunächst ein Blick auf die regulatorische Ausgangslage zu werfen, die seit der vollständigen Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes als tri- bzw. multipolares Rechtsverhältnis zwischen dem regulierenden Staat, in Form der BNetzA, dem regulierten, d. h. zugangspflichteten Unternehmen und den Zugangspetenten charakterisiert werden kann.¹⁰⁴ Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die Grundrechte der verschiedenen Akteure in ihren unterschiedlichen Dimensionen regelmäßig miteinander kollidieren. So haben die Grundrechte der Zugangspetenten in ihrer Ausprägung als Schutzpflichten¹⁰⁵ des regulierenden Staates eine gewisse regulierungsbegründende Funktion, wohingegen die Grundrechte der Zugangsverpflichteten in ihrer Dimension als Abwehrrechte gegenüber dem Staat regulierungsbeschränkend wirken.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Dazu und zum Folgenden grundlegend *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 470; vgl. zu diesem Thema im Bereich der NGA-Regulierung auch *Gersdorf*, Verfassungsrechtlicher Schutz der Wettbewerber beim Netzzugang – Grundgesetzliche Rahmenbedingungen des Zugangs alternativer Teilnehmernetzbetreiber zum Zugangsnetz der DTAG während der Migration zum Next Generation Access Network, S. 19 ff. (abrufbar unter der URL: http://www.brekoverband.de/breko08/auto_cms/original/verfassungsrechtlich.pdf); zum mehrpoligen Rechtsverhältnis speziell im Bereich der Entgeltgenehmigung auch BVerfG, Beschluss v. 14.03.2006, Az.: 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03, Rn. 94 = BVerfGE 115, 205 (232 f.).

¹⁰⁵ Zu den Schutzpflichten im Bereich der Zugangsregulierung zuletzt *Gersdorf*, a. a. O., S. 38 ff.

¹⁰⁶ Siehe statt vieler *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 469.

Diese Konfliktlage manifestiert sich besonders im Bereich der Zugangsregulierung. Von der BNetzA auferlegte Zugangsverpflichtungen greifen als Inhalts- und Schrankenbestimmungen insbesondere in das Eigentumsgrundrecht der zugangsverpflichteten Netzbetreiber aus Art. 14 GG ein. Ein solcher Eingriff kann aber aufgrund der hohen Sozialpflichtigkeit und Situationsgebundenheit des Netzeigentums und mit Blick auf das verfolgte Ziel der Wettbewerbsförderung sowie den Schutzpflichten des Staates gegenüber den Zugangspetenten, v.a. aus Art. 12 GG (gestärkt durch Art. 87 Abs. 2 GG), gerechtfertigt werden.¹⁰⁷

Diese komplexe Abwägungssituation¹⁰⁸ setzt sich im Bereich der Entgeltregulierung als wesentliches Element einer Zugangsregulierung fort. So ist es im Interesse des Zugangsverpflichteten ein möglichst hohes Entgelt – als Ausgleich für den Eingriff in sein Eigentum – von der BNetzA genehmigt zu bekommen, während die Zugangspetenten ein Interesse daran haben diese Vorleistungen für ein möglichst niedriges Entgelt zu erlangen.

Der Gesetzgeber hat mit den KeL einen Kostenmaßstab normiert, der verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist¹⁰⁹ und sich im Übrigen aufgrund des auch gegenüber den deutschen Grundrechten greifenden Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts (auf dem der KeL-Maßstab beruht), einer Überprüfung anhand deutscher Grundrechte durch das BVerfG und die einfache Gerichtsbarkeit entzieht.¹¹⁰ Dasselbe gilt für die gemeinschaftsrechtlich näher vorgegebene Ausgestaltung der KeL und deren Berechnung.¹¹¹ Nur soweit den Mitgliedsstaaten und deren Regulierungsbehörden also ein Gestaltungsspielraum zur näheren Ausgestaltung und Berechnung der KeL eingeräumt wird, kommt überhaupt eine Überprüfung anhand von Grundrechten der Betroffenen in Betracht.

Aufgrund der Tatsache, dass das Gemeinschaftsrecht im Rahmen der TAL-VO und ihrer Auslegung durch den EuGH die pauschale Anwendung eines bestimmten Berechnungsmodells verbietet, es aber ansonsten lediglich vorgibt, dass bei der Berechnung auf die „tatsächlichen“ Kosten abzustellen ist, die sich aus historischen und aktuellen Kosten zusammensetzen können¹¹², kann

¹⁰⁷ Siehe erneut *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 486 ff.

¹⁰⁸ Vgl. insbesondere zur Abwägung zwischen dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einerseits und einem effektiven Rechtsschutz andererseits BVerfG, Beschluss v. 14.03.2006, Az.: 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03, Rn. 97 ff.

¹⁰⁹ Siehe nochmals *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 500.

¹¹⁰ Vgl. dazu die Solange-Rechtsprechung BVerfGE 73, 339 und BVerfGE 102, 147; und zur Kontrollreichweite zuletzt BVerwGE 124, 47 (Urteil v. 30.06.2005, 7 C 26/04, Rn. 31 f.); siehe auch den Beschluss des BVerfG v. 11. März 2008, 1 BvR 256/08.

¹¹¹ Vgl. dazu C.II.1.

¹¹² Vgl. C.II.1.a./b. und C.II.2.d./e.

festgehalten werden, dass hinsichtlich der konkreten Bepreisung im Einzelfall ein gewisser Spielraum der Regulierungsbehörden bestehen bleibt¹¹³ und insoweit eine Überprüfung ihrer Entscheidung am Verfassungsrecht möglich ist.

b. Kein Grundrechtsverstoß durch Wechsel der entgeltregulatorischen Berechnungsgrundlage

Erfolgt daher ein Wechsel weg von einem Modell basierend auf Wiederbeschaffungskosten hin zu einem Modell auf Basis der tatsächlichen Kosten, stellt sich die Frage, ob dem nicht das Eigentumsgrundrecht des regulierten Unternehmens aus Art. 14 GG entgegensteht. Ein solcher Wechsel hätte nämlich zur Folge, dass die Höhe der genehmigungsfähigen Entgelte für die schon zu großen Teilen abgeschriebene TAL erheblich sinken würden, wie bereits in der ersten Entscheidung des VG Köln unter Anwendung des Modells der tatsächlichen Kosten deutlich wurde.¹¹⁴ Es liegt daher ein Eingriff in Art. 14 GG in Form einer Inhalts- und Schrankenbestimmung i. S. d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG vor, der daraus resultiert, dass dem Zugangsverpflichteten auferlegt wird, für den Zugang zu seinem Eigentum ein (erheblich) geringeres Entgelt zu verlangen als bisher. Denn von der Eigentumsfreiheit wird das Recht mit umfasst, Dritte von der Nutzung seines Eigentums auszuschließen bzw. diese Nutzung nur unter bestimmten Bedingungen, d. h. vorliegend gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts, zuzulassen.

Es ist jedoch zu prüfen, ob dieser Eingriff nicht gerechtfertigt ist. Mit dem Wechsel des Berechnungsmodells und der damit verbundenen Absenkung der Preise für den Zugang zur TAL würde – das in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG normierte – legitime Ziel verfolgt werden, den Dienstewettbewerb aber partiell auch den Infrastrukturwettbewerb zu fördern, das wiederum auf dem Grundrecht der Berufsfreiheit der Wettbewerber aus Art. 12 GG fußt. Jene Maßnahme ist auch geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen, und es ist keine gleich geeignete weniger eingriffsintensive Maßnahme ersichtlich.

Letztlich hängt somit die Entscheidung, ob der Zugangsverpflichtete in Art. 14 GG verletzt ist, davon ab, ob der mit dem Modellwechsel hin zu historischen Kosten verbundene Eingriff im Hinblick auf diesen Zweck verhältnismäßig i. e. S., d. h. angemessen ist.

¹¹³ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 159.

¹¹⁴ VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, Az.: 1 K 1749/99, S. 24.

Hierbei könnte berücksichtigt werden, dass sich durch die jahrelange Regulierungspraxis der Berechnung auf Wiederbeschaffungskosten beim regulierten Unternehmen ein Vertrauen in die Beibehaltung dieses Bepreisungsmodells gebildet hat. Dieser Vertrauensschutzaspekt wird jedoch schon dadurch relativiert, dass jene Bepreisung stets umstritten war und das VG Köln sie im anhängigen Rechtsstreit zumindest zum Teil als rechtswidrig und unvereinbar mit dem Maßstab der tatsächlichen Kosten eingestuft hat. Im Übrigen stellt die sich abzeichnende NGA-Migration eine deutliche (technologische) Zäsur gegenüber der bisherigen Situation dar, die zudem von der DTAG selbst angestoßen wurde. Eine Berufung auf Vertrauensschutz ist unter diesen Gesichtspunkten daher nicht möglich. Zudem ist zu konstatieren, dass dem Gesetzgeber bzw. der Exekutive bei der Ausführung der Gesetze hinsichtlich der Auflösung solcher Grundrechtskollision eine erhebliche Einschätzungsprärogative zukommt.

Dabei muss insbesondere die BNetzA bei der Entscheidung über die Entgelte für den Zugang zur TAL die genauen Umstände des Einzelfalls berücksichtigen. Steht daher beispielsweise fest, dass bestimmte Infrastrukturen in naher Zukunft abgebaut werden, so kann die bisherige Regulierungspraxis bei der Berechnung der KeL nicht unter Berufung auf Art. 14 GG und Vertrauensschutzaspekte des regulierten Unternehmens beibehalten werden. Es muss vielmehr regulatorisch angemessen auf die neue Situation reagiert werden. Dies erfordert das Grundrecht der Berufsfreiheit der Wettbewerber aus Art. 12 GG, das unter anderem auch das Recht umfasst, am Markt aufzutreten und mit anderen in Konkurrenz zu treten. Die Wettbewerber können jedoch nur dann mit der DTAG in Wettbewerb treten, wenn deren Vorleistungspreise angemessen sind, d. h. den tatsächlichen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung des Zugangsverpflichteten entsprechen. Dies wäre bei einer Beibehaltung der Berechnung auf Basis von Wiederbeschaffungswerten aber gerade nicht der Fall. Einem Wechsel zu einer Berechnung auf Basis tatsächlicher Kosten stehen folglich auch keine Investitionsschutzaspekte des regulierten Netzbetreibers entgegen.

Erfolgt daher ein Wechsel des Berechnungsmodells unter stärkerer Berücksichtigung historischer Kosten oder auch ein anderweitiges Abrücken von der bisherigen Bepreisung auf der Basis von Kosten einer hypothetischen Wiederbeschaffung, um gegebenenfalls der veränderten Situation einer tatsächlich nicht erfolgenden Wiederbeschaffung Rechnung zu tragen, stellt dies solange keinen Verstoß gegen Grundrechtspositionen des regulierten Unternehmens dar, wie gewährleistet wird, dass auch bei diesem Modell die voraussichtlichen Kosten für den weiteren Netzbetrieb

angemessene Berücksichtigung finden. Derartige Wechsel der Entgeltberechnungsmethoden sind daher von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, zumal sie vorliegend ohnehin weit gehend gemeinschaftsrechtsdeterminiert und daher frei von einer Kontrolle an deutschen Grundrechten sind. Die komplexe Austarierung der konfligierenden Interessen ist im Übrigen im Wesentlichen der Legislative und Exekutive vorbehalten und lässt sich nicht detailscharf aus der Verfassung ableiten.¹¹⁵ Kontrolliert wird insoweit lediglich, ob grundrechtliche Wertungen bei der Konkretisierung der Entgeltberechnung nicht hinreichend berücksichtigt wurden. Dies ist bei den hier diskutierten Modifikationen der Entgeltregulierung jedoch nicht der Fall.

4. Gerichtliche Kontrolldichte und Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur

Abschließend soll erörtert werden, wieweit eine entsprechende Entgeltregulierungsentscheidung der BNetzA einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt und ob die Frage, inwiefern dabei die TAL-Entgelte anhand von historischen Kosten oder auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten oder auf der Grundlage einer Mischung aus diesen beiden Berechnungsarten erfolgen soll, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist (dazu a.). Insbesondere ist auch zu überprüfen, ob – selbst bei Annahme eines solchen Beurteilungsspielraums – die Beibehaltung der bisherigen Regulierungspraxis mit der Berechnung ausschließlich anhand von Wiederbeschaffungswerten an einem gerichtlich feststellbaren Beurteilungsfehler leiden würde (dazu b.).

a. Grundsätzliche Anerkennung eines Beurteilungsspielraums im Rahmen der Entgeltregulierung

Die Frage, ob die BNetzA bei ihren Entscheidungen über einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum bezüglich der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe im deutschen Telekommunikationsrecht verfügt, ist in der Literatur hoch umstritten. Ein Teil der Literatur lehnt einen solchen Beurteilungsspielraum außerhalb des explizit in § 10 Abs. 2 S. 2 TKG normierten Falles ab.¹¹⁶ Dabei wird darauf verwiesen, dass eine volle gerichtliche Überprüfung

¹¹⁵ Zur Begründung ausführlich Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 499 und S. 501 f.

¹¹⁶ Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG-Kommentar, 1. Auflage 2008, § 31, Rn. 20 und Rn. 48 ff., insbesondere Rn. 52; von Danwitz, DVBl. 2003, 1405 (1417 f.).

unbestimmter Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite wegen des Gebots des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG der Regelfall¹¹⁷ und im Bereich des Telekommunikationsrechts keine der von der Rechtsprechung entwickelten gefestigten Fallgruppen eines Beurteilungsspielraumes¹¹⁸ einschlägig sei.¹¹⁹ Vor diesem Hintergrund müsse der Ausnahmefall eines Beurteilungsspielraums hinreichend deutlich aus den Normen ableitbar sein. Ein dahingehender Wille des Gesetzgebers sei aus den betreffenden Normen aber im Wege der Auslegung nicht ermittelbar.¹²⁰ Diese Ansicht kann sich auch auf einen Umkehrschluss zu § 10 Abs. 2 S. 2 TKG stützen, da dort der BNetzA ausdrücklich vom Gesetzgeber ein solcher Beurteilungsspielraum im Bereich der Marktdefinition eingeräumt worden ist. Daraus könne geschlossen werden, dass er im Übrigen nicht gegeben sei.

Die BNetzA selbst¹²¹ und eine Reihe von Autoren in der Literatur gehen hingegen besonders im Rahmen des § 31 (Abs. 4) TKG unter Hinweis auf die in der Regel sehr komplexen und schwierigen (wirtschaftlichen) Fragen und dem Fehlen präziser rechtlicher Maßstäbe von einem gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbareren Beurteilungsspielraum aus.¹²² So wird es auch vor dem Hintergrund eines effektiven Rechtsschutzes als nicht sinnvoll und nötig angesehen, sämtliche regulatorische Entscheidungen der BNetzA einer vollumfänglichen gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen, zumal solche Entscheidungen ohnehin schon in einem gerichtsähnlichen Beschlusskammerverfahren von einem Expertengremium getroffen werden.¹²³ Ein vom Gesetzgeber gewollter Beurteilungsspielraum kann danach vor allem im Bereich der Entgeltregulierung mit seinen betriebswirtschaftlich komplexen und nicht immer eindeutigen Fragen auch ohne ausdrückliche Normierung angenommen werden.¹²⁴

¹¹⁷ Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG-Kommentar, 1. Auflage 2008, § 31, Rn. 50.

¹¹⁸ Vgl. allgemein zu den entwickelten Fallgruppen eines Beurteilungsspielraumes Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 2008, Rn. 362 ff.; Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage 2008, § 40, Rn. 71 ff.

¹¹⁹ Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG-Kommentar, 1. Auflage, § 31, Rn. 51 f.

¹²⁰ Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG-Kommentar, 1. Auflage 2008, § 31, Rn. 51.

¹²¹ BNetzA, Beschluss v. 28.05.2005, Az.: BK 4a/b-05/004, S. 17 des amtlichen Umdrucks; BNetzA, Beschluss v. 30.03.2007, Az.: BK 4b-07-001, S. 25 des amtlichen Umdrucks.

¹²² Vgl. Groebel, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 1. Auflage 2006, § 31, Rn. 40; zum alten TK-Rechtsrahmen vgl. Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, § 24, Rn. 8 und § 27, Rn. 30; Koenig/Braun, MMR 2001, 563 (566 ff.); Trute, in: Schmidt-Aßmann/Sellner/Hirsch/Kemper/Lehmann-Grube (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 857 (860 ff.).

¹²³ Zum Beschlusskammerverfahren Kühling/Elbracht, Telekommunikationsrecht, 1. Auflage 2008, Rn. 436 und R. 449 ff.

¹²⁴ Im Ergebnis auch Groebel, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 1. Auflage 2006, § 31, Rn. 40; zum alten TK-Rechtsrahmen Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, § 24, Rn. 8 und § 27, Rn. 30; Koenig/Braun, MMR 2001, 563 (566 ff.); Trute, in: Schmidt-Aßmann/Sellner/Hirsch/Kemper/Lehmann-Grube (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 857 (866 f.).

So umstritten die Frage in der Literatur ist, so divergent haben bislang auch die Gerichte entschieden. So hat einerseits das VG Köln in verschiedenen Urteilen zur Entgeltregulierung regelmäßig einen Beurteilungsspielraum der BNetzA, insbesondere bei der Festlegung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals im Sinne des § 31 Abs. 4 TKG angenommen.¹²⁵ Ebenso hat das BVerwG im Hinblick auf Regulierungsverfügungen nach § 13 Abs. 1 TKG einen Beurteilungsspielraum der BNetzA bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe bejaht, der im engen Zusammenhang mit dem sich anschließenden Auswahlermessen bei der Auferlegung von Abhilfemaßnahmen steht.¹²⁶ Andererseits tendierte das OVG Münster in einem Eilbeschluss zum alten TK-Rechtsrahmen eher dazu, einen solchen Beurteilungsspielraum zu verneinen, ließ diese Frage dann aber letztlich offen.¹²⁷

Im vorliegenden Zusammenhang des Entgeltberechnungsmodells zur Ermittlung der KeL ist die jüngste Entscheidung des VG Köln zu den TAL-Entgelten von 1999 von entscheidender Bedeutung. Das Gericht führt in diesem Urteil aus, dass der BNetzA „bei der Beurteilung der Kostenorientierung nach Art. 3 Abs. 3 Verordnung 2887/2000 [TAL-VO] sowie des daran inhaltlich anknüpfenden KeL-Maßstabes nach § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996 i. V. m. § 3 Abs. 2 TEntgV¹²⁸ [...] grundsätzlich ein nur eingeschränkt überprüfbarer Spielraum zusteht“¹²⁹. Das VG Köln setzt sich dabei nicht näher damit auseinander, ob ein solcher Beurteilungsspielraum ohne entsprechende ausdrückliche Normierung – wie in § 10 Abs. 2 S. 2 TKG – dem innerstaatlichen Telekommunikationsrecht entnommen werden kann.¹³⁰ Der Beurteilungsspielraum, so das Gericht, ergebe sich vielmehr aus dem Gemeinschaftsrecht, wie es vom EuGH namentlich im Arcor-Urteil interpretiert werde.¹³¹ Diese Ansicht des VG Köln ist zwar im Ergebnis gut vertretbar, jedoch ist die Begründung eines mit einer nur beschränkten gerichtlichen Kontrolle einhergehenden Beurteilungsspielraumes *aufgrund von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben* nicht unproblematisch. Zwar hat der EuGH im Arcor-Urteil in der Tat entschieden, dass die Regulierungsbehörde über „weit reichende Befugnisse“ bei der Festsetzung der berücksichtigungsfähigen Kosten, deren Be-

¹²⁵ Die Urteile betrafen jedoch i. d. R. den alten TK-Rechtsrahmen und dabei insbesondere den § 3 Abs. 2 TEntgV: vgl. VG Köln, Urteil v. 17.02.2005, Az.: 1 K 8312/01, Rn. 60 ff.; VG Köln, Urteil v. 06.02.2003, Az.: 1 K 8003/98, Rn. 131 ff. sowie VG Köln, Urteil v. 07.07.2005, Az.: 1 K 10240/02, Rn. 18 ff.; nicht so eindeutig, da letztlich offen gelassen, aber trotzdem tendenziell für eine Beibehaltung dieser Rechtsprechung im Rahmen des § 31 TKG 2004 vgl. VG Köln, Beschluss v. 19.12.2005, Az.: 1 L 1586/05, Rn. 17 ff.

¹²⁶ BVerwG, Urteil v. 28.11.2007, Az.: 6 C 42.06, Rn. 28, 29 und 31.

¹²⁷ OVG Münster, Beschluss v. 19.08.2005, Az.: 13 A 1521/03, Rn. 39.

¹²⁸ Jetzt § 31 Abs. 2 TKG.

¹²⁹ VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, Az.: 1 K 1749/99, S. 21 sowie dieses Ergebnis wiederholend S. 24 des Entscheidungsumdrucks.

¹³⁰ VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, Az.: 1 K 1749/99, S. 26 des Entscheidungsumdrucks.

¹³¹ VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, Az.: 1 K 1749/99, S. 24 f. des Entscheidungsumdrucks.

rechnungsgrundlage sowie der Kostenrechnungsmodelle verfügt¹³² und ihr bei der Festlegung der Berechnungsgrundlage der Abschreibungen aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht ein „Ermessen“ zusteht¹³³. Die daraus gezogene Schlussfolgerung seitens des VG Köln, dass der EuGH mit diesen Formulierungen einen Beurteilungsspielraum *i. S. d. deutschen Verwaltungsrechts* meint¹³⁴, der zwangsläufig mit einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle einhergeht, erscheint dagegen fraglich, da doch der EuGH im selben Urteil ausdrücklich zu verstehen gibt, dass es in Ermangelung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben bezüglich der gerichtlichen Kontrolldichte im Einzelfall „allein Sache der Mitgliedsstaaten ist, im Rahmen ihrer Verfahrenautonomie unter Wahrung der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes [...] die Art und Weise der richterlichen Kontrolle von Entscheidungen der NRB über die Genehmigung der Preise der gemeldeten Betreiber für den entbündelten Zugang zu ihren Teilnehmeranschlüssen zu bestimmen“¹³⁵.

Auch die Argumentation des VG Köln, dass für einen Beurteilungsspielraum die ständige Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf ein behördliches Ermessen bei komplexen wirtschaftlichen Bewertungen spricht, die dazu führt, dass – ähnlich wie bei einem Beurteilungsspielraum nach deutschem Recht – die Ermessensentscheidung nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt¹³⁶, greift vorliegend nicht. Diese EuGH-Rechtsprechung bezieht sich nämlich ausdrücklich nur auf die Kontrolldichte *durch den EuGH* in Fällen, in denen das Gemeinschaftsrecht *den Gemeinschaftsorganen wie der Kommission* wegen der komplexen wirtschaftlichen Fragen ein weites Ermessen einräumt.¹³⁷

In Betracht kommt allenfalls eine entsprechende Anwendung dieser Rechtsprechung auf nationaler Ebene, wenn es um die Kontrolldichte *nationaler Gerichte* in den Fällen geht, in denen das Gemeinschaftsrecht *den nationalen Behörden* ein Ermessen bei komplexen wirtschaftlichen Fragen einräumt.¹³⁸ Eine solche Anwendung dieser Rechtsprechung ist aber gemeinschaftsrechtlich letztlich nicht indiziert. Zu Recht stellt der EuGH ja vielmehr fest, dass die Kontrolldichte von Entscheidungen, die komplexe wirtschaftliche Bewertungen erfordern, den Mitgliedsstaaten im

¹³² EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 156.

¹³³ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 116.

¹³⁴ Vgl. die Interpretation des VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, Az.: 1 K 1749/99, S. 25 des Entscheidungsumdrucks.

¹³⁵ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 170.

¹³⁶ VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, Az.: 1 K 1749/99, S. 25 mit Hinweisen auf die EuGH-Rechtsprechung.

¹³⁷ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 164 m. w. N.; Vgl. auch EuGH, Urteil v. 2.10.2003, C-194/99 P, Thyssen Stahl AG/Kommission, Rn. 78.

¹³⁸ Vgl. so die Argumentation der Bundesregierung, der BNetzA sowie der DTAG im Arcor-Urteil (vgl. EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 164 f.).

Rahmen ihrer Verfahrensautonomie überlassen ist.¹³⁹ Insofern ist die Frage der Reichweite des Beurteilungsspielraums letztlich anhand nationaler Verfahrensparameter zu entscheiden.

Auch wenn dies weder gemeinschaftsrechtlich zwingend ist noch eindeutig aus dem nationalen Recht folgt, kann festgehalten werden, dass nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur und der Rechtsprechung des VG Köln die BNetzA bei der Festlegung des konkreten Berechnungsmodells der KeL über einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum verfügt.

b. Festhalten an der Berechnung auf Basis von Wiederbeschaffungskosten als Beurteilungsfehler

Daher stellt sich die Folgefrage, ob sich angesichts eines unterstellten Beurteilungsspielraums die Beibehaltung des bisherigen Modells für die Berechnung der TAL ausschließlich anhand von Wiederbeschaffungskosten einer gerichtlichen Kontrolle entziehen oder ob insoweit ein gerichtlich feststellbarer Beurteilungsfehler vorliegen würde.

Die richterliche Kontrolle beschränkt sich bei Vorliegen eines Beurteilungsspielraumes auf die Prüfung, „ob die Bundesnetzagentur (1) etwaige Verfahrensbestimmungen eingehalten, (2) ihrer Entscheidung einen zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt zugrunde gelegt, (3) sich an allgemeingültige Bewertungsgrundsätze und -maßstäbe gehalten, (4) bei ihrer Entscheidung die konkurrierenden Belange nicht krass, d. h. in einer zur objektiven Gewichtigkeit dieser Belange außer Verhältnis stehenden Weise fehlgewichtet, (5) objektive Kriterien zugrunde gelegt und das Willkürverbot nicht verletzt und (6) die Beurteilung so ausführlich begründet hat, dass dem Gericht die ihm obliegende beschränkte inhaltliche Kontrolle (Punkte 2 bis 5) möglich wird“¹⁴⁰.

Sofern die BNetzA unter Beibehaltung der bisherigen Regulierungspraxis weiter die KeL ausschließlich anhand von Wiederbeschaffungskosten ermitteln würde, läge aber nach der Acor-Entscheidung und dem insoweit eindeutigen Urteil des VG Köln zu den TAL-Entgelten von 1999 ein gerichtlich feststellbarer Beurteilungsfehler in Form einer Überschreitung des Beurteilungs-

¹³⁹ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 166 und 170.

¹⁴⁰ VG Köln, Urteil v. 08.03.2007, Az.: 1 K 3918/06, Rn. 39 ff.; VG Köln, Urteil v. 01.03.2007, Az.: 1 K 4148/06, Rn. 58 ff.

spielraums vor¹⁴¹. Eine derartige Überschreitung des Beurteilungsspielraums ist immer dann anzunehmen, wenn die Behörde eine Entscheidung trifft, die außerhalb des gesetzlich abgesteckten Rahmens liegt¹⁴². Dieser gesetzliche Rahmen, innerhalb dessen der BNetzA ein Beurteilungsspielraum zusteht, wurde vom EuGH explizit vorgegeben¹⁴³, und hat sich von der TAL-VO gegenüber der ZRL und RRL – wie dargelegt (vgl. II.1.b.) – nicht geändert. Eine ausschließliche Berechnung der KeL anhand von Wiederbeschaffungskosten (aktuellen Kosten) würde daher den vom EuGH vorgegebenen Maßstab der tatsächlichen Kosten – wie oben bereits aufgezeigt (vgl. II.1.a.) – nicht gerecht werden, da bei der Ermittlung der tatsächlichen Kosten die historischen Kosten, d. h. insbesondere die Anschaffungs- und Herstellungskosten des Betreibers als Bezugsgrundlage *zwingend* zu berücksichtigen sind, während eine Berücksichtigung von Wiederbeschaffungskosten *allenfalls im Rahmen der voraussichtlichen Kosten* in Betracht kommt.¹⁴⁴

Auch bei Annahme eines Beurteilungsspielraumes der BNetzA bei den hier relevanten Fragen der Entgeltregulierung und der damit einhergehenden eingeschränkten gerichtlichen Kontroll-dichte könnte und müsste die Beibehaltung der bisherigen Entscheidungspraxis bei der Berechnung der KeL vom VG Köln nach der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts und angesichts der Vorgaben des EuGH aufgrund eines Beurteilungsfehlers als rechtswidrig beanstandet werden.

¹⁴¹ So VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, Az.: 1 K 1749/99, S. 21 des Entscheidungsumdrucks; im Ergebnis ebenso EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 117 und 154.

¹⁴² Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 2008, Rn. 378 m. w. N.; zu den Beurteilungsfehlern auch *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage 2008, § 40, Rn. 87 ff.

¹⁴³ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 117, 119 und 154.

¹⁴⁴ EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 117.

D. Ergebnisse

I. Ökonomische Bewertung

1. Spätestens seit der Ankündigung der DTAG, in insgesamt 51 deutschen Städten VDSL in Form von FTTC einzuführen, hat die Migration in Glasfasernetze in Deutschland begonnen. Jener Beginn der NGA-Migration wirft insbesondere für die Entgeltregulierung bestehender Kupferinfrastrukturen dringende Fragen auf. Durch die Migration in NGA ändert sich das Investitionsverhalten bezüglich bestehender Infrastrukturen zum Teil dramatisch. Netzteile, die künftig nicht mehr benötigt werden, bedürfen keiner umfangreichen Erhaltungs- und Erweiterungsinvestitionen, sondern werden lediglich insoweit erhalten, dass ihr Betrieb für die Dauer einer Übergangsperiode bis zu ihrer Abschaltung gesichert bleibt. Diese Entwicklung stellt die bislang angewandte Logik zur Ermittlung der Entgelte für die Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung (TAL) in Frage, da diese bisher, auch im Rahmen analytischer Kostenmodelle, auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten berechnet wurden. Darüber hinaus ist anzumerken, dass die Entwicklung der Endkundenpreise aktuell stark von den Kabelnetzbetreibern getrieben wird, die aufgrund ihrer Infrastruktur unabhängig von der TAL der DTAG sind und aufgrund dessen einen Wettbewerbsvorteil besitzen. Somit kommt der künftigen Bepreisung der Kupfer-TAL eine noch größere Bedeutung als bislang zu.
2. Staatliche Regulierung wird immer in irgendeiner Art und Weise Einfluss auf das Investitionsverhalten von Marktakteuren haben.
3. Investitionen dürfen nicht per se Ziel der Regulierung sein. Stattdessen müssen effiziente Investitionen im Fokus regulatorischer Maßnahmen stehen.
4. Die These „hohe TAL-Entgelte bedingen hohe Investitionen“ ist wenig überzeugend. Aber auch zu niedrige TAL-Entgelte werden kein effizientes Investitionsniveau ermöglichen.
5. Für die Bepreisung der Kupfer-TAL muss somit ein Modell gefunden werden, das möglichst genau die Investitionen stimuliert, die aus ökonomischer Sicht vorteilhaft sind.

6. Insoweit bietet sich ein Konzept der modifizierten Realkapitalerhaltung an. Dabei müssen tatsächliche Nutzungsdauern im Rahmen der Abschreibungen berücksichtigt werden. Darüber hinaus ist ein Aufschlag für tatsächlich zu tätigende Wiederbeschaffung vorzunehmen. Konsequenz daraus wäre eine Entgelthöhe, die zwischen Entgelten auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten und Entgelten auf der Basis klassischer historischer Kosten liegen würde. Das würde zu einer deutlichen Absenkung der Entgelte für die Kupfer-TAL führen.
7. Um Wettbewerbern der DTAG künftig die Heranführung ihres Netzes an die KVZ zu erleichtern, können mit niedrigeren TAL-Entgelten Investitionsanreize geschaffen werden. Darüber hinaus würde sich das vorgeschlagene Bepreisungsmodell stärker als bisher am tatsächlichen Investitionsverhalten bzw. an tatsächlichen Kosten orientieren. Ein weiterer Vorteil des Modells wäre, dass auf Seiten der DTAG Anreize für eine effiziente weitere Migration in Glasfaser geschaffen würde, die bislang von vergleichsweise hohen TAL-Entgelten unter Umständen verhindert wird. Damit wird das hier vorgeschlagene Modell insgesamt dem Ziel der Wettbewerbs- und Investitionsförderung sowie dem Konsumentenschutz am besten gerecht.
8. Von einer regionalen Differenzierung der Entgelte in solchen Regionen, in denen eine Migration bereits durchgeführt wurde, und solchen, in denen dies nicht der Fall bzw. nicht zu erwarten ist, sollte in der aktuellen Situation abgesehen werden. Auf den ersten Blick spricht für diesen Ansatz zwar, dass sich die zu erwartenden Nutzungsdauern sowie das Investitionsverhalten in Bezug auf jene Regionen unterscheiden werden. Darüber hinaus könnte durch eine entsprechende Differenzierung gegebenenfalls auch eine passgenauere Entlastung der infrastrukturbasierten Wettbewerber dort erfolgen, wo diese „mitmigrieren“ und daher investieren müssen.
9. Es streiten allerdings gewichtigere Gründe gegen eine unterschiedliche Behandlung. Zunächst wäre schon unklar, zwischen welchen Regionen zu differenzieren ist. Sollte auf die Migrationsankündigung oder auf tatsächliche Migrationsmaßnahmen abgestellt werden? Im ersten Fall würde die entgeltregulatorische Behandlung der TAL von den Investitionsankündigungen der regulierten Unternehmen abhängen. Dies kann aber keine Basis für eine verlässliche und konsistente Regulierung sein. Im Übrigen bleibt selbst bei Ankündigung von Infrastrukturinvestitionen eine große Unsicherheit bezüglich der tatsächlichen

Restnutzungsdauer der jeweiligen Netzkomponenten. Ferner stellt sich die Frage, ob die Gebiete, in denen eine weitere Migration zeitnah zu erwarten ist, anders behandelt werden sollten gegenüber jenen Gebieten, in denen dies nicht der Fall ist. Neben diesen Unsicherheiten würde ohne eine entsprechende Differenzierung auch insoweit ein höheres Maß an regulatorischer Stabilität gewährleistet werden, als der Bepreisung der TAL auch bislang ein einheitliches Bepreisungsmodell zugrunde lag. Schließlich könnten andernfalls negative Anreize für die DTAG gesetzt werden, von weiteren Migrationen ineffizient abzusehen, da die Preise nach einer Migrationsankündigung oder einer tatsächlichen Migration sinken.

10. Mit denselben Argumenten ist auch eine differenzierende Bepreisung zwischen der HVT- und der KVZ-TAL abzulehnen. Hinzu kommt hier, dass eine unterschiedliche Bepreisung für die HVT- und die KVZ-TAL das „Mitmigrieren“ der Wettbewerber erschweren kann.
11. Vor diesem Hintergrund ist eine Durchschnittsbetrachtung der tatsächlichen Wiederbeschaffungsinvestitionen und der tatsächlichen Abschreibungsdauern im Rahmen des hier entwickelten Konzepts der modifizierten Kapitalerhaltung überzeugender. Damit wird der Spread zwischen KVZ- und HVT-TAL grundsätzlich wie bisher beibehalten.

II. Rechtliche Bewertung

1. Vorgaben im Gemeinschaftsrecht

12. Die rechtlichen Vorgaben für die TAL-Entgeltregulierung in der NGA-Migrationsphase hängen maßgeblich von der diesbezüglichen Vorsteuerung im Gemeinschaftsrecht ab. Die TAL-Verordnung (TAL-VO) war bislang im vorliegend relevanten Bereich der Entgeltregulierung des Zugangs zur Kupfer-TAL als gegenüber der allgemeinen Zugangsrichtlinie (ZRL) speziellere Norm relevant und auch Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH im hier einschlägigen Arcor-Urteil vom 22. April 2008 (Rs. C-55/06). Der im Rahmen der TAL-VO anzuwendende Maßstab ist daher relevant, auch wenn die TAL-VO angesichts der Durchführung der entsprechenden Markanalyseverfahren gemäß Art. 27 Abs. 2 Rahmenrichtlinie (RRL) nicht mehr greift, da die Betreiber nicht mehr als „gemeldete Betreiber“ im Sinne der TAL-VO gelten. Mit ihrer Ablösung gemäß Art. 27 Abs. 2 RRL sind vielmehr die Vorschriften der ZRL einschlägig. Zu berücksichtigen ist ferner der Entwurf

einer Empfehlung der Kommission für eine Regulierung des NGA, der künftig für die Konkretisierung der TAL-Entgelte von entscheidender Bedeutung sein wird.

a. Vorgaben in der TAL-VO

13. Ausgehend von den Vorgaben der TAL-VO und letztlich angesichts des in Art. 3 Abs. 3 der VO vorgegebenen Maßstabs der Kostenorientierung und darauf bezogenen allgemeinen teleologischen Erwägungen zur Angemessenheit und zur Schaffung von Wettbewerb kommt der EuGH zu folgenden Ergebnissen: Die NRBen verfügen über einen Spielraum bei einer Bepreisung auf der Basis historischer und aktueller Kosten. Die nähere Fixierung der Berechnungsgrundlage hängt von der konkreten Wettbewerbssituation ab. Dabei sind sowohl die Interessen des zugangsregulierten Unternehmens als auch der Wettbewerber angemessen zu berücksichtigen. Abzustellen ist auf die „tatsächlichen Kosten“, die sich grundsätzlich aus den historischen Kosten und den „aufgrund des Wiederbeschaffungswerts des Netzes oder bestimmter Teile davon kalkulierten Kosten“ ergeben. Auf dieser Grundlage können dann auch entsprechende Abschreibungen kalkuliert werden. Die tatsächlichen Kosten sind demnach aus den historischen Kosten und den voraussichtlichen Kosten zu bestimmen. Insoweit kann gegebenenfalls auch auf Wiederbeschaffungskosten abgestellt werden. Letztlich kommt es aber auf die tatsächliche Investitionstätigkeit in das bestehende Netz an. Eine ausschließliche Orientierung an historischen oder aktuellen Kosten scheidet aus. Die Fixierung der anrechenbaren historischen Investitionskosten und insbesondere der Reinvestitionskosten dient dabei der Sicherung und Ergänzung des bestehenden Netzes. Die Festsetzung der Rendite muss darüber hinaus die Möglichkeit eröffnen, zu innovieren.

14. Auffallend ist, dass sich der EuGH bei der Konkretisierung der Vorgaben zur Entgeltregulierung stark am Inhalt der Kommissions-Empfehlungen orientiert.

b. Vorgaben in der RRL

15. Aus der RRL lassen sich bezüglich der TAL-Entgeltregulierung dieselben Vorgaben ableiten wie sie der EuGH aus der TAL-VO ermittelt hat. Bei der Beantwortung der Fragen, welche Berechnungsgrundlage konkret angewandt werden soll und ob insoweit ein Wechsel vollzogen werden sollte oder ganz allgemein, welche Grundlage besser zur Ermittlung der effizienten Kosten geeignet ist, muss sich die NRB – wie auch im Rahmen der TAL-

VO – von teleologischen Aspekten und insbesondere vom Ziel der Förderung eines nachhaltigen Dienste- und Infrastrukturwettbewerbs nach Art. 1 Abs. 1, Art. 13 Abs. 2 S. 1 ZRL und Art. 8 Abs. 2 lit. b RRL leiten lassen. Ein pauschaler Vorzug einer Berechnungsgrundlage bzw. eines Modells ist dabei in der ZRL nicht angelegt. Ein solcher verbietet sich auch, da gerade in den dynamischen Telekommunikationsmärkten eine hinreichende Flexibilität der NRB bestehen muss, um im Hinblick auf die Verwirklichung der Ziele des Art. 1 Abs. 1 ZRL angemessen auf Veränderungen reagieren zu können.

16. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass der EuGH mit denselben teleologischen Erwägungen wie bei der Auslegung der TAL-VO auch die Vorgaben der ZRL interpretieren wird und also eine ausschließliche Berechnung auf der Grundlage der historischen oder der aktuellen Kosten grundsätzlich als unzulässig erachten und statt dessen die tatsächlichen Kosten im oben dargelegten Sinne als Richtpunkt definieren wird. Denn insoweit gibt es keine normativen Anhaltspunkte, die ZRL anders zu interpretieren als die Vorgaben der TAL-VO. Vielmehr sind die jeweiligen Vorgaben – und insbesondere der Kostenmaßstab – identisch. Durch die Ablösung der TAL-VO und den Übergang in die ZRL war auch keine Änderung der Bepreisungsregeln beabsichtigt.

c. Konsequenzen für die Berechnungsgrundlage

17. Feststeht, dass sich angesichts dieser Konkretisierung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben durch den EuGH, die vom VG Köln penibel umgesetzt werden, die Komplexität der Bepreisung der Kupfer-TAL steigern wird. So ist eine pauschale Bepreisung auf der Basis von Wiederbeschaffungswerten nicht mehr zulässig, da dies die Zugangsverpflichteten benachteiligen würde. Aber auch der Wechsel auf eine Bepreisung auf der Basis von historischen Kosten ist grundsätzlich verschlossen. Stattdessen ist eine komplexer zu modellierende Bepreisung erforderlich, die den tatsächlichen (effizienten) Kosten bei der Schaffung, Aufrechterhaltung sowie Ergänzung der Infrastruktur Rechnung trägt. Diese muss für die Nutzung des bestehenden Netzes auf die historischen Kosten abstellen, zugleich aber angesichts künftig erforderlicher Investitionen auch aktuelle Kosten beachten. Das im Einzelnen zu konkretisieren, obliegt den NRBen, die sich dabei an den genannten Zielvorgaben zu orientieren haben.

d. Ausblick: Vorgaben in der Kommissionsempfehlung zu NGA

18. Sollte der Empfehlungs-Entwurf der Kommission zu NGA unverändert übernommen werden, würde mit dieser Empfehlung und der darin enthaltenen Regel-Vorgabe für eine Kostenberechnung auf historischer Kostengrundlage der gemeinschaftsrechtlich bestehende – lediglich von den Zielvorgaben her determinierte – Spielraum der NRBen bei der Wahl des spezifischen Berechnungsmodells bzw. -mixes zwischen historischen und aktuellen Kosten, um die tatsächlichen Kosten zu ermitteln, im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung des EuGH deutlich weiter eingeschränkt werden. Denn diese Empfehlung wird auf der Grundlage von Art. 19 Abs. 1 RRL erlassen und wäre daher von den NRBen weitestgehend zu berücksichtigen und auch der EuGH hat sich im Arcor-Urteil bei der Konkretisierung der gemeinschaftsrechtlichen Entgeltregulierungsvorgaben stark an den Kommissionsempfehlungen orientiert.
19. Nach der Empfehlung wären als Berechnungsgrundlage für die bestehenden TAL-Infrastrukturen die historischen Kosten abzüglich Abschreibungen zuzüglich den Betriebskosten eines effizienten Netzbetreibers zugrunde zu legen. Sind historische Kosten objektiv nicht verfügbar, kann diese Kostenposition ausnahmsweise durch heutige Kosten substituiert werden, von denen sodann entsprechende Abschreibungen zu subtrahieren sind.
20. Da die Empfehlung aber bislang nur im Entwurfsstadium vorliegt, ist sie bei der Interpretation des geltenden Rechts lediglich perspektivisch zu berücksichtigen.

2. Vorgaben im TKG

21. Vor dem Hintergrund dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, stellt sich die Frage wie das TKG auszulegen ist. Dabei ist ausgehend von einer Interpretation des Wortlauts eine genetische, systematische, teleologische und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung erforderlich.

a. Wortlaut des § 31 Abs. 1 und 2 TKG

22. Mit Blick auf die Vorgaben im TKG ist zunächst zu betonen, dass der Wortlaut des § 31 Abs. 1 und 2 TKG lediglich einen Effizienzmaßstab und eine langfristige Betrachtungsweise vorgibt. Eine Entscheidung für eine spezifische Berechnungsgrundlage („histori-

sche Kosten“ oder „aktuelle Kosten“ o.ä.) ist dabei weder explizit vorgegeben noch indirekt impliziert. Insbesondere impliziert eine langfristige Betrachtung keinesfalls, dass unabhängig von tatsächlichen Investitionsszenarien automatisch von einer Wiederbeschaffung auszugehen und diese im Rahmen einer Berechnung auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten zugrunde zu legen ist. Gerade im jetzigen Migrationsszenario wird ja mit Blick auf die bereits migrierten Bereiche deutlich, dass es eben nicht einer langfristigen Betrachtung entspricht, Kosten auf der Basis hypothetischer Wiederbeschaffungswerte zu berechnen, wenn diese tatsächlich nicht anfallen. Auch ein effizienter Investor würde ja in alte Kupfer-Infrastrukturen gerade nicht mehr investieren, wenn und soweit er dabei ist, ein paralleles neues Glasfaser-Netz aufzubauen. Wenn es also jene langfristige Betrachtung erlaubt, eine Entscheidungssituation zum heutigen Zeitpunkt mit Blick in die Zukunft zu simulieren, d. h. zu extrapolieren, welche Kosten einem effizienten Anbieter in Bezug auf die in Rede stehende Leistung aktuell und zukünftig entstehen würden, dann ist das zwingende Abstellen auf eine bestimmte Berechnungsgrundlage wie die Wiederbeschaffungskosten im Fall der künftig nicht erfolgenden Wiederbeschaffung sogar nicht mehr vom Wortlaut einer langfristigen Betrachtung gedeckt. Der Wortlaut impliziert nämlich letztlich die Ermittlung tatsächlicher (Investitions-)Werte. Diese können zwar unter Heranziehung hypothetischer Instrumentarien ermittelt werden, wie schon der Verweis auf die zulässigen methodischen Hilfsmittel einschließlich analytischer Kostenmodelle belegt (§ 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG). Gleichwohl dürfen dabei keine fiktiven Werte gebildet werden, die der tatsächlichen zu erwartenden Investitionstätigkeit nicht entsprechen. Solche Kosten sind nämlich schon keine „langfristigen zusätzlichen Kosten“ eines effizienten Leistungsbereitstellers in einer konkreten Prüfsituation. Wenn überhaupt, dann lässt sich dem Wortlaut – auch zu den methodischen Hilfsmitteln in § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG – also nur entnehmen, dass zwar eine Extrapolation der künftigen Kosten erfolgen soll, dass diese jedoch den tatsächlich zu erwartenden langfristigen zusätzlichen Kosten eines effizienten Diensteanbieters entsprechen müssen.

b. Genetische und systematische Interpretation

23. Aus der Genesis und der systematischen Betrachtung lassen sich keine weiter führenden Hinweise entnehmen.

*c. Teleologische und gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation:
maßgebliche Berechnungsgrundlage*

24. Angesichts des wenig aussagekräftigen grammatischen, genetischen und systematischen Befunds kommt es entscheidend auf eine teleologische Betrachtung vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben an.
25. Der abstrakten Zielanalyse (insbesondere des § 2 Abs. 2 TKG) lässt sich dabei nur entnehmen, dass es darauf ankommt, optimale Anreize für effiziente (nicht maximale) Infrastrukturinvestitionen zu setzen und dabei zugleich ein Optimum an Infrastruktur- und Dienstewettbewerb zu stimulieren.
26. Letztlich ergibt sich dabei auf der Basis einer konkreten Analyse der wettbewerblichen Implikationen, welches Bepreisungsmodell das am besten Geeignete ist. Dabei müssen die skizzierten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben beachtet werden, die ausgehend von historischen Kosten eine Bepreisung auf der Basis tatsächlicher Investitionen ermöglichen sollen. Eine Bepreisung ausschließlich auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten ist dabei ausgeschlossen.
27. Daraus folgt, dass ein neues Bepreisungsmodell entwickelt werden muss, da das von der Bundesnetzagentur verwendete analytische Kostenmodell bislang primär auf Wiederbeschaffungskosten abgestellt hat.
28. Da es auf die tatsächliche Investitionstätigkeit ankommt, wird auf die tatsächliche Wiederbeschaffung abzustellen sein.
29. Orientiert an den Zielen der Schaffung von Wettbewerb auf der Infrastruktur- und Diensteebene und einer Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen streiten die besseren Argumente für eine Bepreisung in Form einer modifizierten Realkapitalerhaltung auf der Basis historischer Kosten unter Berücksichtigung einer angepassten tatsächlichen Nutzungsdauer. Diese Methode wird auch den gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Entgeltvorgaben gerecht. Sie wird zu einer relevanten Absenkung der Entgelte für die Kupfer-TAL führen.
30. Ob daraus zugleich eine preisliche Differenzierung folgt zwischen einem ersten Bereich, in dem eine Migration bereits läuft (also die von der DTAG für die HVT-TAL-Migration angekündigten Gebiete), einem zweiten Bereich, in dem dies alsbald zu erwarten ist (die

70 % erwarteten „Migrationsbereiche“) und einem dritten Bereich, in dem dies vorläufig nicht zu erwarten steht, ist letztlich eine Frage der Praktikabilität und der ökonomischen Detail-Bewertung. So ist v.a. denkbar, dass im ersten Bereich im Wesentlichen auf die historischen Kosten abgestellt wird. Dies würde der Logik des Ansatzes des EuGH durchaus gerecht, der auf eine Orientierung an den tatsächlichen Investitionskosten abzielt. Allerdings ist zu betonen, dass sich der EuGH in seiner Entscheidung nicht zu den Konsequenzen seines Ansatzes im Fall einer fehlenden Wiederbeschaffung geäußert hat. Eine solche deutliche Orientierung an den historischen Kosten in jenem ersten Bereich entspricht im Übrigen der NGA-Empfehlung in ihrer jetzigen Entwurfsfassung. Angesichts der angeführten ökonomischen Argumente, spricht aber mehr für eine entsprechende Durchmischung der Bepreisung und eine einheitliche Bepreisungsmethode für die gesamte TAL.

31. Damit wird der Spread zwischen KVZ- und HVT-TAL grundsätzlich wie bisher beibehalten.
32. Einer Änderung hin zu einer solchen Bepreisung stehen weder Grundrechte des zugangsregulierten Unternehmens noch Vertrauensschutzgesichtspunkte entgegen.
33. Allerdings ist zu betonen, dass die Bundesnetzagentur nach der jüngsten Rechtsprechung des VG Köln hinsichtlich der Ausdifferenzierung der diesbezüglichen Berechnungsmethode über einen Beurteilungsspielraum verfügt, sofern sie die skizzierten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben einhält. Ein Festhalten an einer Berechnung auf Basis der Wiederbeschaffung würde nach derselben Rechtsprechung diesen Beurteilungsspielraum jedoch überschreiten und einen Beurteilungsfehler darstellen, da dies nicht mehr mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

Regensburg/Nürnberg, den 27. Januar 2009



Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.



Dr. rer. pol. Ulrich Heimeshoff