

RECHTSGUTACHTEN

**„REGULATORISCHE RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DIE ENTWICKLUNG
MODERNER BREITBANDINFRASTRUKTUREN“**

PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M.

LEHRSTUHL FÜR ÖFFENTLICHES RECHT UND IMMOBILIENRECHT
UNIVERSITÄT REGENSBURG

DR. RER. POL. ULRICH HEIMESHOFF

DÜSSELDORF INSTITUTE FOR COMPETITION ECONOMICS (DICE - PROF. DR. JUSTUS HAUCAP)
HEINRICH-HEINE-UNIVERSITÄT DÜSSELDORF

ERSTELLT

IM AUFTRAG DES

VATM

30. JULI 2009

EXECUTIVE SUMMARY

- I. Im Zusammenhang mit der Förderung von Investitionen in neue Breitbandinfrastrukturen sind von verschiedener Seite und insbesondere von der DTAG teils weit reichende Vorschläge für eine Änderung des Telekommunikations-Regulierungsrahmens vorgebracht worden. Allgemein lässt sich festhalten, dass grundlegende Modifikationen der Regulierungspraxis und erst recht des gesetzlichen Rahmens eher skeptisch zu betrachten sind, da sie ihrerseits die Rechts- und Planungsunsicherheit eher steigern als verringern. Der *bisherige Regulierungsrahmen* hat sich im Übrigen *bewährt*. Er hat auch erhebliche Investitionen ausgelöst und zwar seit dem Jahr 2002 sogar dauerhaft in größerem Umfang bei den Wettbewerbern als bei der DTAG.
- II. Der Vorschlag einer *Verlängerung der Regulierungsperioden* auf bis zu fünf Jahre ist *abzulehnen*. Diese wäre *de lege lata* hinsichtlich der Marktdefinition, der Marktanalyse und wohl auch in Bezug auf die Auferlegung von Regulierungsverfügungen rechtlich unzulässig und mit Blick auf verlängerte Befristungen von *Entgeltgenehmigungen* über zwei Jahre hinaus jedenfalls nur unter einem Änderungs- bzw. Widerrufsvorbehalt zulässig, der die notwendige Regulierungsflexibilität einschränken würde, ohne dabei zu einer spürbaren Steigerung der Rechts- und Planungssicherheit zu führen.
- III. *De lege ferenda* ist es sachgerecht, die bisherige Befristungsdauer von ein bis zwei oder künftig gegebenenfalls drei Jahren als Regelfall beizubehalten und im Falle fehlender Änderungen nach Fristablauf die Entgeltgenehmigung zu den gleichen Bedingungen erneut zu erlassen. Davon unabhängig muss im Rahmen der Umsetzung des künftigen Gemeinschaftsrechts das „3 + 3“-Modell verwirklicht werden und es müssen in Abstimmung mit der Kommission Steuerungskriterien für die – ausnahmsweise mögliche – Verlängerung der Perioden für die Marktanalyse und die Auferlegung von Regulierungsverfügungen um bis zu drei Jahre entwickelt werden. Im Übrigen sorgt die seit zehn Jahren verlässliche Entwicklung der Telekommunikationsregulierung durch die Bundesnetzagentur für eine hinreichende Investitionssicherheit.
- IV. *Risikoprämien* lassen sich problemlos im geltenden Regulierungssystem berücksichtigen.
- V. Wesentlich kritischer sind dagegen die derzeit diskutierten „*Risk-sharing*“-Modelle zu bewerten. Bei ihrer Beurteilung darf nicht nur auf das abgenommene Risiko seitens des Investors abgestellt werden. Vielmehr ist auch danach zu differenzieren, welche Risiken durch die Mitinvestoren abgenommen werden können. Zudem müssen die Auswirkungen auf den Dienste- und den Infrastrukturwettbewerb im Auge behalten werden. Vor diesem Hintergrund sind solche Preisdifferenzierungen grundsätzlich abzulehnen, die letztlich Unternehmen mit großen Abnahmemengen begünstigen oder die zu einer Sogwirkung auf die Netzplattform des marktmächtigen Unternehmens führen mit nachteiligen Folgen auch für den Infrastrukturwettbewerb. Andernfalls ist mit einer unerwünschten Konsolidierung oder gar mit einer (Re-)Monopolisierung der Dienstmärkte ebenso wie mit einer Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs zu rechnen. Daher wäre die absolute Höhe der Anfangszahlung im Rahmen eines

„*upfront payments*“ kein sachgerechtes Preisdifferenzierungskriterium und somit missbräuchlich i. S. d. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG. Dasselbe gilt für eine Preisdifferenzierung nach *Abnahmemengen*.

- VI. Preisdifferenzierungen nach *Vertragslaufzeiten* erscheinen dagegen per se rechtlich und ökonomisch unbedenklich. Allerdings ist eine Langfristbindung dann problematisch, wenn zugleich wichtige Bedingungen für den Aufbau alternativer FTTX-Infrastrukturen ungeklärt sind (wie die Konditionen für den Zugang zu Leerrohren).
- VII. Die dargelegten neuen „Risk-sharing“-Modelle können, auch soweit sie rechtlich zulässig sind, nicht im Sinne einer verbindlichen „*Vorabfestlegung*“ durch die Bundesnetzagentur im Vorhinein „abgesegnet“ werden. Eine solche „Vorabfestlegung“ fügt sich in das etablierte und sehr komplex aufeinander abgestimmte Regulierungsverfahren *de lege lata* an vielen Stellen nicht ein und ist auch *de lege ferenda* nicht zu empfehlen. Sinnvoll ist dagegen eine, wenn auch unverbindliche, so doch hinreichend Rechtssicherheit vermittelnde Bewertung entsprechender Modelle im Rahmen von *Eckpunkten*, so wie sie gegenwärtig von der Bundesnetzagentur angestrebt wird.
- VIII. Diese Eckpunkte sollten zugleich Grundlage für die Bewertung entsprechender Zugangsregeln im Rahmen von Kooperationsmodellen im Festnetzbereich sein und können in Abstimmung mit dem Bundeskartellamt zur Freistellung diesbezüglicher *Gebietskartelle* nach § 2 GWB führen, sofern im Einzelfall gezeigt werden kann, dass andernfalls voraussichtlich gar keine Infrastrukturinvestitionen erfolgen würden.
- IX. Der teilweise geforderte pauschale *Vorrang einer Ex-post-Regulierung* für Entgelte, die für Zugangsleistungen zu neuen (schnellen) Breitbandnetzen verlangt werden, ist mit dem geltendem Recht nur schwer vereinbar und auch *de lege ferenda abzulehnen*. Eine entsprechende behördliche „Vorabfestlegung“ ist angesichts der notwendigen Regulierungsflexibilität gleichermaßen abzulehnen. Selbst wenn eine *Aufweichung des Maßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung* (KeL) *de lege ferenda* gemeinschaftsrechtlich zulässig wäre, sind bisher keine hinreichenden ökonomischen Gründe erkennbar, die dafür sprechen, vom bewährten KeL-Maßstab abzurücken. Dieser hat sich vielmehr als hinreichend flexibel erwiesen, um auf Veränderungen am Markt oder auf praktische Bedürfnisse zu reagieren. Genau aus diesen Gründen wird auch in der Regulierung in anderen Netzwirtschaften wie der Energieordnung ein solches Abrücken von der etablierten Effizienzorientierung keineswegs angestrebt. Eine Aufweichung ist daher *abzulehnen*.
- X. Eine *Regionalisierung* der Regulierung ist rechtlich zulässig und grundsätzlich angezeigt, wenn sich die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen in den einzelnen Regionen deutlich unterschiedlich entwickelt. Sie sollte gleichwohl nur dann erfolgen, wenn sie auf der Basis eines stimmigen und konsistenten Modells unter Berücksichtigung sämtlicher Auswirkungen auf alle Wertschöpfungsketten entwickelt wird. Dabei sollten die Erfahrungen aus anderen Mitgliedstaaten der EG (also v. a. aus Österreich und dem Vereinigten Königreich) einbezogen werden. Da ein derartiges schlüssiges Konzept bislang in Deutschland nicht ersichtlich ist, kann von einem übereilten Wechsel in eine regionalisierte Regulierung *gegenwärtig* nur *abgeraten* werden.

GLIEDERUNG

A. GEGENWÄRTIGE REGULATORISCHE AUSGANGSSITUATION / VORBEMERKUNGEN	7
B. ÖKONOMISCHER HINTERGRUND	11
C. DIE GUTACHTERLICH ZU KLÄRENDE FRAGEN	17
D. GUTACHTERLICHE BEWERTUNG	19
I. Verlängerung der Regulierungsperioden	19
1. Vereinbarkeit einer Änderung der bisherigen Regulierungspraxis mit dem TKG .	19
a. Verlängerung der Perioden zur Überprüfung von Marktdefinition und Marktanalyse...	20
b. Verlängerung der Zeiträume für eine Überprüfung von Regulierungsverfügungen..	20
c. Verlängerung der Befristung für Entgeltgenehmigungen	21
2. Rechtliche Bewertung der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen	23
a. Rechtliche Bewertung der Änderungsvorschläge mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben de lege ferenda.....	24
b. Rechtliche Bewertung der Änderungsvorschläge mit den g emeinschaftsrechtlichen Vorgaben de lege lata	26
3. Zwischenergebnis/Rechtspolitische Bewertung der vorgeschlagenen Fristverlängerung	26
II. Risikoprämien und „Risk-sharing“-Modelle	29
1. Investitionsanreize durch die Gewährung von Risikoprämien und die Anwendung von „Risk-sharing“-Modellen	29
2. Materiell-rechtliche Bewertung dieser Ansätze	32
a. Risikoprämien	32
aa. Materiell-rechtliche Zulässigkeit de lege lata.....	32
bb. Materiell-rechtliche Zulässigkeit de lege ferenda	33
b. „Risk-sharing“-Modelle	34
aa. Materiell-rechtliche Bewertung de lege lata.....	34
(1) Höhe der Anfangszahlung als Preisdifferenzierungskriterium	35

(2)	Größe des nachgefragten Kontingents als Preisdifferenzierungskriterium....	36
(3)	Dauer der vertraglichen Vereinbarung als Preisdifferenzierungskriterium ...	38
bb.	De lege ferenda.....	40
(1)	Hinweise im laufenden TK-Review	40
(2)	Hinweise in der NGA-Empfehlung.....	42
3.	Implementierung dieser Ansätze in das Entgeltregulierungsverfahren	45
a.	Risikoprämien	45
b.	„Risk-Sharing“-Modelle.....	45
aa.	Implementierung de lege lata	45
(1)	„Risk-sharing“-Modelle und Ex-ante-Entgeltregulierung	46
(2)	„Risk-sharing“-Modelle und Ex-post-Entgeltregulierung	47
bb.	Implementierung de lege ferenda	50
III.	Rechtliche Bewertung von Kooperationsmodellen.....	53
1.	Vereinbarkeit mit den §§ 1 und 2 GWB	54
a.	Kooperationsmodelle als Kartelle i. S. d. § 1 GWB	54
aa.	Geschriebene Tatbestandvoraussetzungen des § 1 GWB.....	54
(1)	Vereinbarung zwischen Unternehmen	55
(2)	Wettbewerbsbeschränkende Wirkung.....	55
(a)	Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs	55
(b)	Beschränkung des Dienstewettbewerbs	56
(3)	Bezwecken bzw. Bewirken der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung.....	56
(4)	Zwischenergebnis.....	57
bb.	Ungeschriebene Tatbestandsrestriktionen des § 1 GWB	57
(1)	„Spürbarkeit“	57
(2)	Anderweitige Tatbestandsrestriktionen.....	58
(a)	„Rule of reason“ bzw. immanente Wettbewerbsbeschränkungen	59
(b)	„Rule of reason“ bzw. immanente Wettbewerbsbeschränkungen bei Gebietsabsprachen.....	59
b.	Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen nach § 2 GWB.....	60
aa.	Effizienzvorteile durch Gebietsabsprachen	61
bb.	Beteiligung der Marktgegenseite an den Effizienzvorteilen	61
cc.	Keine Ausschaltung eines wesentlichen Teils des Wettbewerbs	61

<i>Kühling/Heimeshoff, Regulatorische Rahmenbedingungen für moderne Breitbandinfrastrukturen</i>	6
dd. Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen	62
2. Flankierende regulatorische Vorgaben aus dem Telekommunikationsrecht.....	63
IV. Modifikationen bei der Entgeltregulierung.....	65
1. Verzicht auf eine Ex-ante-Entgeltregulierung zugunsten einer Ex-post-Regulierung	65
a. Vereinbarkeit eines Vorrangs der Ex-post-Entgeltregulierung mit dem TKG	65
b. Vereinbarkeit eines Vorrangs der Ex-post-Entgeltregulierung mit dem Gemeinschaftsrecht.....	68
2. Abkehr vom KeL-Maßstab als fester Obergrenze für die Entgelthöhe.....	69
V. Möglichkeiten einer regionalisierten Regulierung	72
1. Rechtliche Bewertung	72
2. Ökonomische Bewertung.....	74
E. ERGEBNISSE	76

A. Gegenwärtige regulatorische Ausgangssituation / Vorbemerkungen

Mitte Februar 2009 hat die Bundesregierung eine Breitbandstrategie¹ beschlossen, die federführend vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie erarbeitet wurde. Vor dem Hintergrund, dass Breitbandnetze mittlerweile eine ebenso wichtige volkswirtschaftliche und regionalpolitische Bedeutung zukommt wie anderen Netzen, namentlich Straßen-, Schienen- und Versorgungsnetzen², steckt sich die Bundesregierung mit dieser Breitbandstrategie zwei sehr weitreichende und ehrgeizige Ziele. Als kurzfristiges Ziel sollen bis Ende 2010 die Lücken in der Breitbandversorgung geschlossen werden und flächendeckend leistungsfähige Breitbandanschlüsse zur Verfügung stehen.³ Langfristig sollen zudem bis 2014 bereits 75 % der deutschen Haushalte mit schnellen Breitbandanschlüssen von mindestens 50 Mbits/s Sekunde erschlossen sein.⁴ Zur Verwirklichung dieser Ziele sind in den nächsten Jahren Investitionen in Höhe von mehreren Milliarden Euro in die Breitbandinfrastruktur erforderlich. Um solche Investitionen zu generieren bzw. zu fördern, formuliert die Bundesregierung unter anderem ein Maßnahmenbündel „Wachstums- und innovationsorientierte Regulierung“⁵, das sich aus drei Maßnahmen zusammensetzt: Neben dem Ziel der Bundesregierung, auf anreizorientierte und investitionsfördernde Vorgaben im künftigen EU-Rechtsrahmen hinzuwirken, steht vor allem die Verbesserung der Planungssicherheit für die in Breitbandinfrastrukturen investierenden Unternehmen im Vordergrund. Daneben sollen von der Bundesnetzagentur „Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur“ erarbeitet werden.⁶

¹ Die Breitbandstrategie der Bundesregierung ist abrufbar im WWW über das Breitbandportal des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie unter der URL: <http://www.zukunft-breitband.de/BBA/Navigation/Service/publikationen,did=290026.html> (Stand: 20.07.2009).

² Vgl. zu weiteren maßgeblichen Hintergründen die Breitbandstrategie der Bundesregierung (Fn. 1), S. 6.

³ Vgl. Breitbandstrategie der Bundesregierung (Fn. 1), S. 5 und S. 8.

⁴ Vgl. Breitbandstrategie der Bundesregierung (Fn. 1.), S. 5 und S. 8.

⁵ Neben diesen Maßnahmenbündel formuliert die Bundesregierung drei weitere Säulen, die zur Verwirklichung der Ziele beitragen sollen: So soll 1) die Nutzung von Synergien beim Infrastrukturausbau vorangetrieben werden, 2) eine unterstützende Frequenzpolitik gewährleistet werden und 3) finanzielle Fördermaßnahmen bereitgestellt werden, vgl. Breitbandstrategie der Bundesregierung (Fn. 1), S. 5 und 10.

⁶ Vgl. zu den Maßnahmen im Bereich der Regulierung die Breitbandstrategie der Bundesregierung (Fn. 1), S. 18 ff.

Dieser Aufforderung ist die Bundesnetzagentur nachgekommen, indem sie Mitte Mai 2009 einen Konsultationsentwurf⁷ zu diesen Eckpunkten erarbeitet hat, der nun öffentlich zur Diskussion steht.

Die Deutsche Telekom AG (DTAG) hat sich bei verschiedenen Gelegenheiten bereits für grundlegende Änderungen des bisherigen Regulierungsregimes ausgesprochen.⁸ Ferner hat Prof. Dr. Dr. *Kirchner* ein Gutachten im Auftrag des Deutschen Städte- und Gemeindebundes angefertigt⁹, in dem er sich ebenfalls für eine Reform der geltenden Regulierungspraxis einschließlich entsprechender Anpassungen des Rechtsrahmens ausspricht und dazu konkrete Änderungsvorschläge formuliert.

Was die bisherige VDSL-Regulierung anbelangt, so gibt es bisher kein reguliertes Zugangsprodukt zur VDSL-Infrastruktur der DTAG, so dass faktisch bis heute gleichsam „Regulierungsferien“ herrschen. Allerdings hat die DTAG Anfang Juli 2009 ein Bitstromzugangsprodukt und ein Resaleprodukt über die VDSL-Infrastruktur auf freiwilliger Basis vorgelegt. Es ist gleichwohl nicht ausgeschlossen, dass insoweit eine Verfügung nach § 25 TKG erforderlich werden wird, sollten die Vertragsverhandlungen scheitern oder die Angebote missbräuchliche oder wettbewerbsschädigende Bestandteile enthalten.

Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens wird überprüft, ob die geforderten Änderungen der Regulierungspraxis für die Verwirklichung des Ziels, mehr Anreize in Breitbandinfrastrukturinvestitionen zu setzen, notwendig, rechtlich zulässig und ökonomisch sinnvoll sind. Gerade weil man sich aktuell in einer entscheidenden Phase der Weichenstellung für die Regulierung von Netzen der nächsten Generation (Next Generation Networks, NGN) befindet, müssen etwaige Änderungen eines bewährten und bereits sehr flexiblen Regulierungssystems wohl durchdacht sein und dürfen nicht auf rechtlich unsicheren Beinen stehen. Dies gilt umso mehr, als das Telekommuni-

⁷ Der Konsultationsentwurf (Stand: 13.05.2009) ist abrufbar unter der URL: <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/16268.pdf> (Stand: 20.07.2009).

⁸ Vgl. dazu die Präsentation der DTAG im Rahmen des ZFTM Workshops mit dem Titel „Regulatorische und betriebswirtschaftliche Grundlagen für Investitionen in NGA – die Sicht der DTAG“, sowie die dazugehörigen Positionspapiere „Neuausrichtung des Marktregulierungsprozesses zur Förderung von Investitionen und Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit“ und „Neuausrichtung der Entgeltregulierung zur Schaffung von Investitionsanreizen“.

⁹ Gutachten „Beseitigung regulatorischer und wettbewerbsrechtlicher Hindernisse für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum“ von Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. *Christian Kirchner, LL. M.*, abrufbar im WWW unter der URL

http://www.dstgb.de/homepage/artikel/schwerpunkte/mehr_breitband_fuer_deutschland/materialien/beseitigung_regulatorischer_und_wettbewerbsrechtlicher_hindernisse_fuer_den_ausbau_der_breitbandinfrastruktur_im_laendlichen_raum_pdf_dokument/kirchner_gutachten.pdf (Stand: 20.07.2009).

kationsrecht weit gehend gemeinschaftsrechtlich vorstrukturiert ist und sich diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des TK-Richtlinienpakets gegenwärtig in einem noch nicht abgeschlossenen Review-Prozess befinden. Das Review Paket besteht dabei aus zwei Richtlinien mit materiell-rechtlichen Vorgaben¹⁰ und einer Verordnung zur Schaffung einer Gemeinschaftsagentur.¹¹ Nachdem das Europäische Parlament nach der zweiten Lesung am 6. Mai 2009 die gemeinsamen Standpunkte des Rates zu den drei Vorhaben nur mit Änderungen gebilligt hat, zeichnet sich ab, dass die Vorhaben nach der nächsten Ratssitzung gemäß Art. 251 Abs. 3 S. 2 EG in den Vermittlungsausschuss müssen, was zu weiteren Verzögerungen führen würde.¹²

Vor diesem Hintergrund ist ein gesetzgeberischer „Schnellschuss“ mit dem Ziel, Anreize für Investitionen und Innovationen zu setzen, gerade wegen der fraglichen Vereinbarkeit mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben eher geeignet, Rechts- und Planungsunsicherheit denn Rechts- und Planungssicherheit zu generieren. Den begrenzten Spielraum der mitgliedstaatlichen Legislative in diesem Bereich führt im Übrigen das gegenwärtige Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Deutschland wegen der Regelung für neue Märkte in § 9a TKG¹³ besonders plastisch vor Augen. Bei dem Verfahren ist angesichts der Schlussanträge des Generalanwalts Maduro vom 23. April 2009 die Möglichkeit einer Niederlage Deutschlands vor dem EuGH offensichtlich geworden.¹⁴ Sollte sich der EuGH dem Generalanwalt anschließen¹⁵, würde der Raum für nationale legislative Vorstrukturierungen künftig empfindlich eingeschränkt.

Daher ist bei der Analyse, ob die vorgeschlagenen Änderungen im Regulierungssystem rechtlich zulässig sind, ein besonderes Augenmerk auf die Vereinbarkeit mit den gemeinschaftsrechtlichen

¹⁰ Nämlich einerseits der Richtlinie des Europäischen Parlaments 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 (Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“), und andererseits der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (URL), der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (Richtlinie „Rechte der Bürger“).

¹¹ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung der Europäischen Behörde für die Märkte der elektronischen Kommunikation („GEREK-VO“).

¹² Die verschiedenen Dokumente sowie der aktuelle Stand des Gesetzgebungsverfahrens sind abrufbar im WWW unter der URL http://ec.europa.eu/prelex/rech_avancee.cfm?CL=de (Stand: 20.07.2009).

¹³ Rechtssache C-424/07; vgl. zu den Klagegründen Abl. EG 2007 Nr. C 283/19.

¹⁴ Vgl. dazu die Schlussanträge des Generalanwalts M. Poiares Maduro in Rechtssache C-424/07, der in Rn. 71 dem Gerichtshof vorschlägt festzustellen, dass § 3 Nr. 12b und § 9a TKG gegen Verpflichtungen aus der Rahmen-, Zugangs- und Universaldiensterichtlinie verstoßen. Die Schlussanträge sind abrufbar im WWW unter der URL http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/startseite (Stand: 20.07.2009).

¹⁵ Kritisch dazu Kühling, in: Manssen (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimediarecht, Kommentar, Loseblatt, 2009 (im Erscheinen), § 9a TKG, Rn. 22a f.

Vorgaben zu richten. Dabei ist eine Bewertung der Vorschläge sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* erforderlich.

B. Ökonomischer Hintergrund

Staatliche Regulierung in Netzindustrien wird immer Auswirkungen auf das Investitionsverhalten der Marktakteure und somit auch auf den Einsatz neuer Technologien sowie den Netzausbau haben.¹⁶ 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. Dies zeigt sich dadurch, dass neben der Infrastruktur der DTAG weitere Infrastrukturen der Wettbewerber existieren. Seit einiger Zeit investieren die Kabelnetzbetreiber massiv in ihre Netze, um Telekommunikationsdienste über ihre Infrastruktur anbieten zu können.¹⁷ Außerdem ist in absehbarer Zeit auch weiterer intermodaler Wettbewerb durch die Mobilfunkbetreiber oder andere Unternehmen denkbar, die in der Lage sind, kabellose Lösungen anzubieten. 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.¹⁸ Um aber effizienten Infrastrukturwettbewerb in der Zukunft zu erreichen bzw. zu sichern, sind gegebenenfalls neue regulatorische Vorgehensweisen notwendig.

Zurzeit werden mögliche Ausgestaltungsformen eines angemessenen Regulierungsrahmens für künftige Telekommunikationsinfrastrukturen 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 Wachs-

¹⁶ Vgl. hierzu und zum Folgenden Kühling/Heimeshoff, Die Entgeltregulierung der Kupfer-TAL vor dem Hintergrund der NGA-Migration, abrufbar im WWW unter der URL: http://www.vatm.de/uploads/media/27-01-2009_01.pdf, S. 10 ff. (Stand: 20.07.2009)

¹⁷ Für eine Diskussion des Infrastrukturwettbewerbs in der Telekommunikation in Deutschland siehe bereits Neumann, Die Zukunft des Infrastrukturwettbewerbs, in: WIK-Newsletter 51/2003, S. 1 f.

¹⁸ Bereits hier zeigt sich, dass das viel zitierte „Trittbrettfahrerproblem“ oftmals überbewertet wird und die Konkurrenten der DTAG selbst intensiv in neue Netze investieren.

tum inzwischen eindeutig nachgewiesen ist.¹⁹ Dieser positive Einfluss wird insbesondere durch vereinfachte Kommunikationsmöglichkeiten und die daraus resultierenden sinkenden Transaktionskosten generiert.²⁰ Inzwischen wurden mögliche Lösungen zur Stimulierung von effizienten Investitionen in dynamischen Märkten identifiziert und Implementationsschemata vorgeschlagen.²¹

Als mögliches Ziel eines neuen Regulierungsrahmens wird regelmäßig die Schließung der so genannten „weißen Flecken“, also der Lücken in der Breitbandabdeckung, insbesondere in ländlichen Gebieten genannt.²² Generell ist die Erweiterung der Breitbandabdeckung zwar positiv zu bewerten, aber auch hier ist zu beachten, dass effiziente Investitionen im Fokus der Regulierung stehen sollen und nicht per se angenommen werden kann, dass mehr Breitbandabdeckung in ländlichen Gebieten in allen Fällen effizient ist.

Im Rahmen des einschneidenden Wandels der Telekommunikationsmärkte in den letzten 15 Jahren ist insbesondere die Unterscheidung von Liberalisierung und Deregulierung wichtig. Während unter Liberalisierung die Öffnung des Marktes für andere Anbieter verstanden wird, fasst Deregulierung den Abbau staatlicher Vorschriften zusammen.²³ Nun ist Liberalisierung nicht immer mit Deregulierung verbunden. Im Gegenteil, um wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen, bedarf es staatlicher Regulierung, die im Zusammenhang mit Liberalisierungsprozessen als Re-Regulierung bezeichnet wird.²⁴

Die Zugangsregulierung als bedeutender Bestandteil der Regulierung der Telekommunikationsmärkte gewährleistet, dass Wettbewerber freien Zugang zur Infrastruktur des etablierten Anbieters erhalten und für diesen Zugang angemessene Entgelte festgelegt werden. Festnetz Wettbewerber der DTAG zahlten im Jahre 2008 durchschnittlich 25 % bis fast 50 % ihres Umsatzes mit

¹⁹ 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 ff. Für eine Analyse der Auswirkungen der Telekommunikationsinfrastruktur und Telekommunikationsnutzung auf das wirtschaftliche Wachstum in Deutschland siehe auch Abschnitt D in *Welfens/Jungmittag*, Internet, Telekomliberalisierung und Wirtschaftswachstum, 2002.

²⁰ Siehe dazu z. B. *Norton*, Transaction Costs, Telecommunications, and the Microeconomics of Macroeconomic Growth, in: Economic Development and Cultural Change, 1992, S. 175 ff.

²¹ Für einen umfassenden Überblick zu dieser Problematik siehe insbesondere Kapitel 2 in *Baake/Haucap/Kühling/Loetz/Wey*, Effiziente Regulierung in dynamischen Märkten, 2007.

²² *Kirchner* (Fn. 9), S. 1.

²³ Vgl. *Haucap/Heimeshoff/Uhde*, Credible Threats as an Instrument of Regulation for Network Industries, in: Welfens/Weske (Hrsg.), Digital Economic Dynamics, 2007, S. 173 f.

²⁴ Siehe dazu grundlegend *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 31 ff. und *passim*.

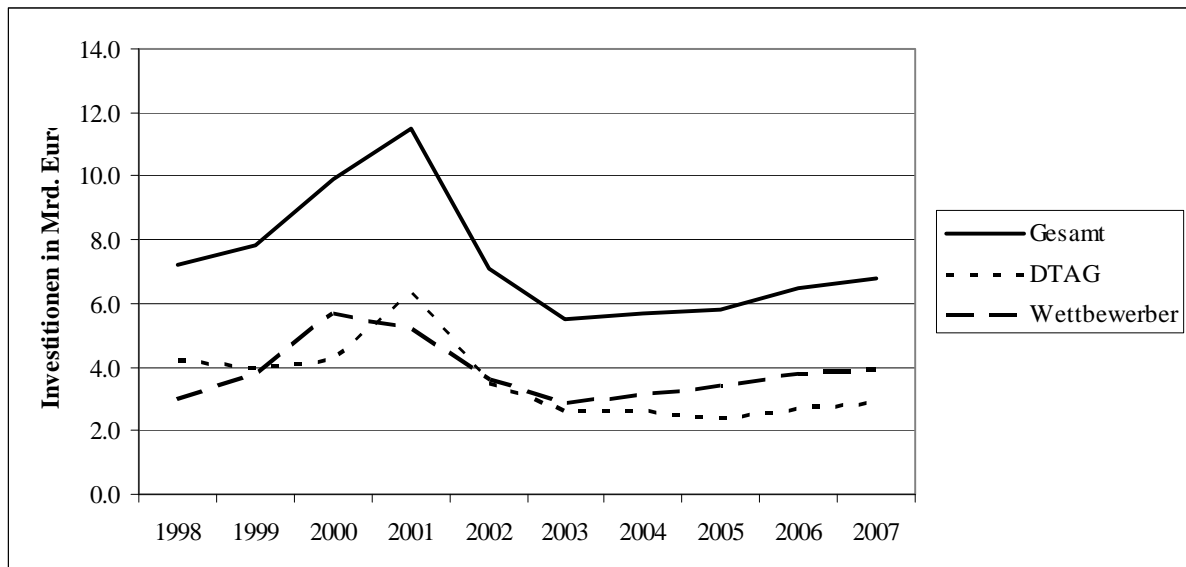
Vollanschlüssen²⁵ in Form von Überlassungskosten für die Teilnehmeranschlussleitung (TAL) an die DTAG.²⁶ Somit stellen die Vorleistungsentgelte einen bedeutenden Anteil der Kosten eines Wettbewerbers mit eigener Infrastruktur dar. Dieser Prozess wird sich mit großer Wahrscheinlichkeit sich bei VDSL-Anschlüssen nur geringfügig verändert fortsetzen. Die DTAG selbst muss dagegen intern nicht mit den TAL-Entgelten kalkulieren, sondern nur noch mit den verbliebenen Abschreibungen und den Betriebskosten. Zugleich verstärken die Kabelnetzbetreiber aktuell den Wettbewerbsdruck im durch niedrige Preise geprägten Breitbandmarkt.²⁷ 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 einzelnen Haushalte in Kabelform besitzen und sich weitere Anwendungen des daraus resultierenden Potenzials anbieten. Folge der Entwicklung der Preise der Kabelnetzbetreiber ist jedenfalls ein Abnehmen der Margen 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. Die folgende Abbildung stellt dabei das Investitionsverhalten der DTAG sowie der Wettbewerber seit Beginn der Liberalisierung im Jahre 1998 dar und zeigt den bedeutenden Anteil der Wettbewerber an den Gesamtinvestitionen.

²⁵ 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.

²⁶ Vgl. *DIALOG CONSULT GmbH/VATM*, Zehnte gemeinsame Marktanalyse 2008, Abbildung 3.

²⁷ Siehe dazu die Ausführungen in *DIALOG CONSULT* (Fn. 25), S. 11.

Abbildung 1: Investitionsverhalten in Sachanlagen der DTAG und der Wettbewerber



Quelle: Bundesnetzagentur: Jahresbericht 2008, S. 63.

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 und somit dort von der DTAG unabhängig zu werden.²⁸ Diese Entwicklung bestätigt eindeutig, dass die Konkurrenten der DTAG keineswegs nur „Trittbrettfahrer“ sind, die lediglich die Infrastruktur der DTAG nutzen, um so ohne nennenswerte Investitionsrisiken in Telekommunikationsmärkte eintreten zu können. Vielmehr haben die Wettbewerber massiv investiert, um von der DTAG soweit wie möglich unabhängig zu werden und auf der Basis eigener Infrastrukturen Dienste anbieten zu können. Diese Entwicklung bestätigt die Prognosen der „Ladder of Investment-Theorie“, die genau diesen stufenweisen Aufbau von Infrastrukturen seitens der Wettbewerber vorhersagt.²⁹ Darüber hinaus ist zu betonen, dass Dienstewettbewerb keineswegs, wie gelegentlich postuliert, schlechter als Infrastrukturwettbewerb zu beurteilen ist. Dienstewettbewerb nimmt eine zentrale Stellung auf Telekommunikationsmärkten ein und ohne die Möglichkeit des Dienstewettbewerbs wäre Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten niemals möglich gewesen. Man kann somit

²⁸ 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.

²⁹ Vgl. *Cave*, Making the Ladder of Investment operational, 2001 und *Cave/Prosperetti*, European Telecommunications Infrastructures, 2001, S. 416-431.

davon ausgehen, dass der Dienstwettbewerb auch in Zukunft eine wichtige Aufgabe erfüllen und nicht verschwinden wird.

In diesem Kontext stellt sich darüber hinaus 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 sogar schädlich sein kann.³⁰ 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. Würden beispielsweise mehrere Unternehmen parallel FTTH-Netze errichten, bestünden mehrere Glasfaserzugänge innerhalb eines Hauses. Eine analoge Situation wäre gegeben, wenn ein Kunde durch mehr als eine Kupfer-TAL mit den Telefonnetzen der DTAG und ihrer Wettbewerber verbunden wäre. Aus ökonomischer Sicht ist es sehr zweifelhaft, ob eine solche Situation effizient sein kann. Vielmehr kann es aus einer Effizienzperspektive gegebenenfalls wünschenswert sein, wenn ein Infrastrukturzugang existiert, der durch mehrere Wettbewerber genutzt werden kann. Somit ist für Infrastrukturinvestitionen hinter dem KVZ die ökonomische Vorteilhaftigkeit nicht per se gegeben und erscheint aus Plausibilitätsüberlegungen eher fraglich.

Dies zeigt sich auch daran, 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.³¹ 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 (die dann zwischen KVZ und Endkunde aber immer noch über Kupfer laufen) und 30 % vollständig konventionellen Kupfernetzen als Zukunftsszenario auf der HVT-Ebene denkbar.³² Der Großteil der Investitionen der Wettbewerber bezieht sich bislang aber gerade auf Netzbereiche vor dem HVT, wodurch verdeutlicht wird,

³⁰ Vgl. *Knieps*, Netzökonomie, 2007, S. 162 f.

³¹ Siehe *Woehrl*, The FTTC Project of Deutsche Telekom, Präsentation im Rahmen der Tagung Infraday 2006 an der Technischen Universität Berlin, abrufbar im WWW unter der URL: http://www.infraday.tu-berlin.de/fileadmin/documents/infraday/2006/papers/02_Woehrl.pdf.

³² Siehe *Elixmann/Ilic/Neuman/Plückebaum*, The Economics of Next Generation Access, Final Report, 2008, S. 111.

dass es sich hierbei mit großer Sicherheit um ökonomisch erwünschte Investitionen handelt, die dementsprechend in der Vergangenheit neben dem Dienstewettbewerb die positive Wettbewerbsentwicklung vorangetrieben haben. 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. Die Idee liegt darin, dass die Wettbewerber aufgrund technischen Fortschritts in die Lage versetzt werden, mit Hilfe solcher Wireless-Technologien Breitbandnetze aufzubauen, weil diese unter Umständen kostengünstiger zu errichten sind als herkömmliche Glasfasernetze. Wie eine solche Lösung in der Praxis genau aussehen wird und welche Bandbreiten mit Hilfe derartiger technischer Lösungen realisiert werden können, ist vorliegend nicht weiter zu beurteilen. Vollkommen unklar ist gegenwärtig im Übrigen, in welchem Umfang die Wettbewerber der DTAG (oder später möglicherweise auch die DTAG selbst) mit FTTB- und FTTH-Lösungen Glasfaser näher an Endkunden bringen werden.

Es sollte allerdings auch betont werden, dass nicht mit absoluter Sicherheit bestimmt werden kann, welcher Ausbaugrad ökonomisch effizient ist. Die Ausstattung extrem dünn besiedelter Gebiete mit der am weitesten entwickelten Technik muss nicht automatisch Effizienz steigernd bzw. wachstumsfördernd sein.³³

³³ Inzwischen haben empirische Studien einen positiven Effekt zwischen der Breitbandversorgung in ökonomisch schwächer entwickelten Regionen in den USA und dem Wachstum festgestellt, aber dieser Wachstumsprozess ist sicherlich auf viele Faktoren und nicht allein auf neue Telekommunikationsnetze zurückzuführen; vgl. *Gillett/Lehr/Osorio*, *Measuring the Economic Impact of Broadband Deployment*, 2006, S. 3.

C. Die gutachterlich zu klärenden Fragen

Ausgehend von dieser Situation sind folgende Fragen gutachterlich zu prüfen³⁴:

1. Ist eine Fristverlängerung auf bis zu fünf Jahre beim Marktregulierungsverfahren bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen und/oder bei Entgeltgenehmigungen *de lege lata/de lege ferenda* zulässig und ökonomisch sinnvoll?
2. Inwieweit sind die Gewährung einer Risikoprämie sowie neue „Risk-sharing“-Modelle bei der Regulierung des Zugangs zur Breitbandinfrastruktur rechtlich zulässig und ökonomisch sinnvoll?

Insbesondere:

- a) Inwiefern sind Risikoprämien ökonomisch sinnvoll?
 - b) Inwieweit sind Risikoprämien mit dem geltenden TK-Recht vereinbar?
 - c) Wie sind „Risk-sharing“-Modelle rechtlich und ökonomisch zu bewerten?
 - d) Inwieweit ließen sich „Risk-sharing“-Modelle *de lege ferenda* normieren?
3. Sind Kooperationen zwischen Anbietern beim Ausbau von Breitbandinfrastruktur rechtlich zulässig? Welche Anforderungen sind gegebenenfalls an solche Kooperationsmodelle zu stellen?
 4. Ist eine Änderung der bisherigen Entgeltregulierung erforderlich und rechtlich zulässig?

Insbesondere:

- a) Ist der Vorrang einer Ex-post-Entgeltregulierung rechtlich zulässig und auch sinnvoll?

³⁴ 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 und der Zweitautor, *Dr. Ulrich Heimeshoff*, für die übrigen ökonomischen Teile die primäre Verantwortung tragen.

- b) Sollten die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als feste Obergrenze im Rahmen der Ex-ante-Entgeltregulierung aufgegeben werden? Wäre dies gemeinschaftsrechtlich zulässig?
 - c) Welche Änderungen der bisherigen Methodenfestlegungen sind angezeigt?
5. Wie ist die Forderung nach einer Regionalisierung der Regulierung, d. h. eine regional differenzierte Marktdefinition und Marktanalyse in rechtlicher und ökonomischer Hinsicht zu bewerten?

D. Gutachterliche Bewertung

Im Kern geht es bei den verschiedenen Reformvorschlägen um fünf Bereiche, nämlich

- erstens, um die Frage nach den Verlängerungsmöglichkeiten der Regulierungsperioden (dazu I.),
- zweitens, um die Möglichkeiten von Risikoprämien und „Risk-sharing“-Modellen (II.),
- drittens um die grundsätzliche Billigung von Kooperationen (III.),
- viertens um etwaige Modifikationen bei der Entgeltregulierung (IV.) und schließlich
- fünftens um eine stärkere Regionalisierung in der Regulierung (V.).

I. Verlängerung der Regulierungsperioden

Im Folgenden wird zunächst untersucht, ob die unter anderem von der DTAG geforderte Verlängerung der Regulierungsperioden³⁵ auf bis zu fünf Jahre zur Schaffung von mehr Rechts- und Planungssicherheit rechtlich zulässig und auch rechtspolitisch sinnvoll ist. Dabei ist zunächst zu überprüfen, ob eine Änderung der bisherigen Regulierungspraxis mit dem geltenden TKG vereinbar wäre (1.) bevor eine rechtliche Bewertung gesetzlicher Änderungsvorschläge zu dieser Thematik erfolgt (2.) und eine abschließende Zweckmäßigkeitsbewertung möglich ist (3.).

1. Vereinbarkeit einer Änderung der bisherigen Regulierungspraxis mit dem TKG

Fraglich ist zunächst, ob eine Verlängerung der Regulierungsperioden mit den Vorgaben des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vereinbar ist. Dabei ist zu unterscheiden zwischen einer Verlängerung der Perioden zur Überprüfung der Marktdefinition und Marktanalyse (a.), der Verlängerung der Zeiträume für eine Überprüfung von Regulierungsverfügungen mit den darin enthal-

³⁵ Vgl. dazu die Präsentation der DTAG (Fn. 8), S. 7 in der sogar eine Verlängerung der Regulierungsentscheidungen auf bis zu zehn Jahre gefordert wird, sowie das dazugehörige Positionspapier „Neuaufrichtung des Marktregulierungsprozesses zur Förderung von Investitionen und Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit“, Punkt 8. Explizit für eine Verlängerung der Befristung von Entgeltgenehmigungen auf fünf Jahre Kirchner (Fn. 9), S. 8 und S. 14 f. Vgl. allgemein zu diesem Punkt BNetzA (Fn. 7), S. 2 Eckpunkt 4 sowie S. 30 ff.

tenen Abhilfemaßnahmen („remedies“) (b.) sowie einer Verlängerung der Befristung für Entgeltgenehmigungen (c.).

a. Verlängerung der Perioden zur Überprüfung von Marktdefinition und Marktanalyse

Eine Verlängerung der Perioden zur regelmäßigen Überprüfung von Marktdefinition (§ 10 TKG) und Marktanalyse (§ 11 TKG) auf bis zu fünf Jahre wäre in jedem Fall rechtswidrig, da § 14 Abs. 2 TKG anordnet, dass die Ergebnisse einer Überprüfung der Marktdefinition und Marktanalyse von der Bundesnetzagentur *alle zwei Jahre* vorzulegen sind.

b. Verlängerung der Zeiträume für eine Überprüfung von Regulierungsverfügungen

Auf den ersten Blick nicht so eindeutig beantworten lässt sich die Frage, ob die Zeiträume für die Überprüfung von Regulierungsverfügungen auf bis zu fünf Jahre ausgedehnt werden können, da sich § 14 Abs. 2 TKG seinem Wortlaut nach explizit nur auf die „Ergebnisse einer Überprüfung der Marktdefinition nach § 10 TKG und der Marktanalyse nach § 11 TKG“ bezieht und nicht etwa auch auf die auferlegten Regulierungsverfügungen mit den darin enthaltenen Abhilfemaßnahmen nach § 13 Abs. 1 S. 1 TKG. Auch in den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich diesbezüglich nichts finden. Vor allem die systematische Auslegung des § 14 Abs. 2 TKG spricht aber dafür, dass die Verpflichtung zur regelmäßigen Überprüfung nach § 14 Abs. 2 TKG auch für die Überprüfung von Regulierungsverfügungen nach § 13 Abs. 1 S. 1 TKG gilt.³⁶ § 9 Abs. 2 TKG i. V. m. § 13 Abs. 1 S. 1 TKG macht nämlich deutlich, dass die Ergebnisse der Marktanalyse und die Auferlegung von Abhilfemaßnahmen im Rahmen der Regulierungsverfügungen nicht abstrakt nebeneinander stehen, sondern eng miteinander verzahnt sind. Diese Zusammengehörigkeit wird verfahrenstechnisch nochmals durch die Vorschrift des § 13 Abs. 3 TKG bekräftigt, nach der die Auferlegung von Regulierungsverfügungen zusammen mit den Ergebnissen der Marktdefinition und Marktanalyse als einheitlicher Verwaltungsakt erfolgt. Somit hat es schon aus diesem Grund keiner ausdrücklichen Normierung für die regelmäßige Überprüfung von Regulierungsverfügungen in § 14 Abs. 2 TKG bedurft, da eine Mitüberprüfung der Regulierungsverfügungen aufgrund der soeben genannten Vorschriften der Überprüfung der Marktanalyse immanent ist.³⁷ Zudem sprechen auch pragmatische Erwägungen gegen eine anderweitige Auslegung der Norm. Würde man nämlich eine Verlängerung der Perioden zur Überprüfung der Regulierungsverfügungen

³⁶ So tendenziell auch schon die *BNetzA* (Fn. 7), S. 30.

³⁷ Im Ergebnis ebenso *Geers*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer* (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz Kommentar*, 2008, § 14, Rn. 10.

über zwei Jahre hinaus als zulässig ansehen, so müsste man die Regulierungsverfügungen mit einem Änderungs- oder Widerrufsvorbehalt erlassen, um so eine Rückkopplung der Regulierungsverfügungen an die sich gegebenenfalls – nach einer Überprüfung nach § 14 Abs. 2 TKG – geänderten Ergebnisse der Marktanalyse zu gewährleisten. Eine solche Auslegung würde daher ihrem eigenen Ziel – nämlich der Schaffung von mehr Planungs- und Rechtssicherheit – nicht gerecht werden, da ein Mehrwert an Sicherheit trotz eines längeren Überprüfungszeitraums de facto nicht erreicht werden kann.³⁸

Eine Verlängerung der Zeiträume für die Überprüfung von Regulierungsverfügungen ist daher nach hier vertretener Ansicht³⁹ rechtlich schon nicht zulässig und vermag vor dem Hintergrund der gewünschten Erhöhung der Rechts- und Planungssicherheit angesichts der jedenfalls erforderlichen Änderungs- und Widerrufsvorbehalte auch keinen Beitrag zu diesem Ziel zu leisten.

c. Verlängerung der Befristung für Entgeltgenehmigungen

Angesichts dieser de lege lata unüberbrückbaren rechtlichen Hürden auf der Ebene des Marktregulierungsverfahrens und der Regulierungsverfügungen wurde von *Kirchner* vorgeschlagen, die Befristung für Entgeltgenehmigungen über die bisher üblichen zwei Jahre hinaus auf fünf Jahre vorzunehmen.⁴⁰ Jedoch ist auch hier die Vereinbarkeit einer solchen Änderung der bisherigen Regulierungspraxis mit dem TKG de lege lata nicht unproblematisch. Nach § 35 Abs. 4 TKG soll die Bundesnetzagentur eine Entgeltgenehmigung mit einer Befristung versehen. Der Bundesnetzagentur steht also nach dieser Regelung im Hinblick auf das „Ob“ einer Befristung ein intendiertes Ermessen zu, d. h. sie hat im Regelfall eine Entgeltgenehmigung zu befristen. Nur bei begründeten atypischen Sachverhalten kann sich die Bundesnetzagentur entscheiden, die Entgeltgenehmigung ohne Befristung zu erlassen.⁴¹ Im Hinblick auf das „Wie“ der Befristung, also insbesondere den Befristungszeitraum, enthält § 35 Abs. 4 TKG hingegen explizit keine Vorgaben. Auch die Genese dieser Vorschrift lässt keine Rückschlüsse auf eine bestimmte vom Gesetzgeber intendierte Höchstbefristung zu.

Jedoch ergibt auch hier die systematische Auslegung, dass eine Verlängerung der Befristung über die gängige Praxis von (ein bis) zwei Jahren hinaus zumindest nicht sinnvoll ist. Zum einen greift

³⁸ Vgl. dazu auch *BNetzA* (Fn. 7), S. 30.

³⁹ So im Ergebnis auch *Geers*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer* (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz Kommentar*, 2008, § 14, Rn. 10, der ebenfalls davon ausgeht, dass die Regulierungsverfügungen neben der Marktdefinition und der Marktanalyse mit überprüft wird.

⁴⁰ *Kirchner* (Fn. 9), S. 14 f.

⁴¹ *Groebel/Seifert*, in: *Säcker* (Hrsg.), *Berliner TKG-Kommentar*, 2. Auflage 2009, § 35, Rn. 55.

erneut das Argument der engen Verzahnung zwischen den Ergebnissen der (Marktdefinition), Marktanalyse, Zugangsregulierung und Entgeltregulierung. Dies zeigt sich besonders deutlich daran, dass die Entscheidung zwischen einer Ex-ante- und einer Ex-post-Entgeltregulierung im Rahmen des § 30 TKG gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 TKG Bestandteil der Regulierungsverfügung ist. Die Entscheidung zwischen einer Ex-ante- und einer Ex-post-Entgeltregulierung muss daher nach der aktuellen Gesetzeslage alle zwei Jahre zusammen mit den Ergebnissen der Marktdefinition und Marktanalyse erneut überprüft werden.⁴² Schon aus diesem Grund ist es unzumutbar, die konkrete Entgeltgenehmigung, die ja auf der Entscheidung für eine Ex-ante-Regulierung aufbaut, länger als zwei Jahre zu befristen.

Dieses Argument kann in systematischer Hinsicht noch durch die Vorschrift des § 33 Abs. 1 Nr. 3 TKG verstärkt werden. Nach jener Norm hat das eine Entgeltgenehmigung beantragende Unternehmen zusammen mit dem Entgeltantrag nach § 31 Abs. 5 und Abs. 6 TKG die zur Prüfung des Antrags erforderlichen Unterlagen vorzulegen, wozu insbesondere auch „Angaben über den Umsatz, Absatzmengen, die Höhe der einzelnen Kosten nach Absatz 2 und der Deckungsbeiträge sowie die Entwicklung der Nachfragerstrukturen bei der beantragten Dienstleistung für die zwei zurückliegenden Jahre sowie das *Antragsjahr und die darauf folgenden zwei Jahre*“⁴³ gehören. Diese Regelung impliziert damit eine Befristung der Entgeltgenehmigung *auf zwei Jahre*.⁴⁴ Auch wenn man trotz dieser Vorgaben eine längere Befristung der Entgeltgenehmigungen über zwei Jahre hinaus als rechtlich zulässig ansieht, so wird man gleichwohl nicht darauf verzichten können, die längere Befristung auf Kosten eines Änderungs- bzw. Widerrufsvorbehalts zu erlassen, um so auf etwaige Änderungen bei der Marktanalyse, den Zugangsverpflichtungen – einschließlich der Entscheidung für eine Ex-ante- oder Ex-post-Entgeltregulierung – oder den Kostenunterlagen reagieren zu können, die im zweijährigen Turnus überprüft bzw. vorgelegt werden müssen.⁴⁵ Dadurch kommt zu der bestehenden Rechtsunsicherheit auch noch eine gewisse Planungsunsicherheit hinzu, so dass auch diese Ansicht zu dem Schluss kommen muss, dass eine Verlängerung der Entgeltgenehmigungsbefristungen unter Vorbehalt letzten Endes die Rechts-

⁴² Vgl. dazu Punkt D. I. 1. b.

⁴³ Im Original nicht kursiv.

⁴⁴ Vgl. zu diesem Argument auch schon *BNetzA* (Fn. 7), S. 30.

⁴⁵ Vgl. *BNetzA* (Fn. 7), S. 30 f., die ferner darauf hinweist, dass Entgeltgenehmigungen „in hohem Maße auf Faktoren beruhen, die ständigen Änderungen unterworfen werden“. Ähnlich auch *Mayen/Liinenbürger*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz Kommentar*, 2. Auflage 2008, § 35, Rn. 76, die darauf hinweisen, dass die Befristung der Entgeltgenehmigung den Umstand Rechnung tragen soll, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Laufe der Zeit z. B. durch zunehmende Produktivitätssteigerungen der Telekommunikationsunternehmen sinken können und daher die bisherige Genehmigung an Aktualität verliert und deswegen der Anpassung bedarf; ähnlich *Groebel/Seifert*, in: Sacker (Hrsg.), *Berliner TKG-Kommentar*, 2. Auflage 2009, § 35, Rn. 56 f.

und Planungssicherheit nicht steigern kann.⁴⁶ Letztlich ist darauf hinzuweisen, dass eine Befristung auch nur solange sinnvoll ist, wie ein sinnvoller Prognosezeitraum und damit die Möglichkeit, künftige Entwicklungen einzuschätzen, reicht. Auch das spricht jedenfalls gegen eine pauschale Verlängerung der Frist auf mehr als zwei Jahre insbesondere in jenen Bereichen, in denen die Entwicklung noch starken Schwankungen unterworfen ist wie etwa im VDSL-Bereich. Auch die Unsicherheit hinsichtlich der ökonomischen und rechtlichen Bewertung einzelner Bepreisungsmechanismen und deren Auswirkungen auf die Marktentwicklung (vgl. dazu sogleich II.) spricht gerade hier gegen langfristige Entgeltgenehmigungen.

Es lässt sich daher resümieren, dass eine Verlängerung der Befristung von Entgeltgenehmigungen über zwei Jahre hinaus *de lege lata* wenn überhaupt dann grundsätzlich nur unter einem Änderungs- bzw. Widerrufsvorbehalt in zwei- bzw. dreifacher Hinsicht zulässig wäre, der gewährleistet, dass:

1. eine Rückanbindung an die sich gegebenenfalls geänderten Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse erfolgt,
2. einem zwischenzeitlichen Wechsel der Entgeltregulierung weg von einer Ex-ante- hin zu einer Ex-post-Regulierung Rechnung getragen wird sowie
3. etwaige Änderungen bei den Kostenunterlagen bzw. der Kostensituation berücksichtigt werden.

Angesichts der zwingenden Notwendigkeit eines solchen Änderungs- bzw. Widerrufsvorbehalts kann daher auch eine Fristverlängerung nicht mehr Rechts- und Planungssicherheit gewährleisten als die bisherige Praxis mit einer Befristung der Genehmigung auf (ein bis) zwei Jahre gepaart mit einer konstanten Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur im Bereich der Entgeltgenehmigungen. Vor diesem Hintergrund ist eine Verlängerung der Entgeltgenehmigungen *de lege lata* abzulehnen.

2. Rechtliche Bewertung der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen

Aufgrund der Tatsache, dass die Verlängerung von Regulierungsperioden in jeglicher Gestalt mit dem TKG *de lege lata* unvereinbar bzw. zumindest nicht sinnvoll ist, müsste daher das TKG an den entsprechenden Stellen, wie z. B. bei § 14 Abs. 2 TKG, geändert werden bzw. es müsste eine gesetzliche Klarstellung in § 35 Abs. 4 TKG aufgenommen werden, um der Unzulässigkeit re-

⁴⁶ Vgl. zu diesen Zweifeln auch *BNetzA* (Fn. 7), S. 30 ff.

spektive zumindest der Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Verlängerung der Regulierungsperioden und insbesondere der Entgeltgenehmigungsfristen *de lege lata* zu begegnen. *Kirchner* schlägt dazu vor, dass die Bundesnetzagentur gesetzlich verpflichtet werden soll, die Befristung bei Entgeltgenehmigungen für den Zugang zu neuen Breitbandnetzen entsprechend dem Antrag des regulierten Unternehmens festzulegen, jedoch begrenzt auf eine Höchstdauer von fünf Jahren.⁴⁷ Fraglich ist aber, ob dieser Änderungsvorschlag sowohl mit den (noch) geltenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (b.) als auch mit den geplanten Änderungen, die der TK-Review mit sich bringt (a.), vereinbar ist. Aufgrund der möglichen vorgehenden Auslegung des bisherigen Gemeinschaftsrechts im Lichte des zukünftigen Gemeinschaftsrechts wird vorliegend allerdings zunächst auf die vorrangig relevante Vereinbarkeit mit dem künftigen gemeinschaftsrechtlichen Telekommunikationspaket abgestellt.

a. Rechtliche Bewertung der Änderungsvorschläge mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben *de lege ferenda*

Art. 1 Nr. 18 lit. b des Gemeinsamen Standpunktes des Rates zur geplanten Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“⁴⁸ enthält konkrete Vorgaben zur Dauer von Regulierungsperioden. Demnach müssen die nationalen Regulierungsbehörden gemäß Art. 16 Abs. 6 Rahmenrichtlinie (RRL⁴⁹)-Novellierungsentwurf grundsätzlich *innerhalb von drei Jahren* nach Verabschiedung einer Abhilfemaßnahme im Zusammenhang mit einem bestimmten Markt erneut eine Marktanalyse des relevanten Marktes durchführen und einen Maßnahmeentwurf gemäß Art. 7 RRL notifizieren (Art. 16 Abs. 6 lit. a S. 1 RRL-Novellierungsentwurf). Diese Dreijahresfrist kann in Ausnahmefällen gemäß Art. 16 Abs. 6 lit. a S. 2 RRL-Novellierungsentwurf bis auf maximal sechs Jahre⁵⁰ verlängert werden, sofern die Regulierungsbehörde der Kommission einen begründeten Vorschlag zur Verlängerung der Dreijahresfrist gemeldet und die Kommission dagegen nicht binnen eines Monats Einwände erhoben hat. Die Frist verkürzt sich dagegen auf zwei Jahre für den Fall, dass eine neue Märkteempfehlung erlassen wurde und die Kommission zu einem darin enthalte-

⁴⁷ *Kirchner* (Fn. 9), S. 14 f.

⁴⁸ Abl. EG 2009 Nr. C 103 E/1.

⁴⁹ Abl. EG 2002 Nr. L 108/33.

⁵⁰ Dieser Passus einer Verlängerung „um bis zu drei weitere[n] Jahre[n]“ war in Art. 1 Nr. 18 lit. b des Gemeinsamen Standpunktes des Rates zur Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“ (Abl. EG 2009 Nr. C 103 E/1) noch nicht enthalten. Die Ergänzung bzw. Änderung hat das Europäische Parlament in der zweiten Lesung am 6. Mai 2009 beschlossen. Vgl. dazu und zu allen anderen Änderungsvorschlägen am Gemeinsamen Standpunkt des Rates die fett markierten Passagen der konsolidierten Fassung des Gemeinsamen Standpunktes abrufbar im WWW unter der URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0361+0+DOC+XML+V0//DE#BKMD-22> (Stand: 20.07.2009).

nen (neuen) relevanten Markt bisher noch keine Notifizierung der Regulierungsbehörde erhalten hat (Art. 16 Abs. 6 lit. b RRL-Novellierungsentwurf). Diese Fristvorgaben beziehen sich dabei sowohl auf die Durchführung einer Marktanalyse als auch auf die Auferlegung von konkreten Abhilfemaßnahmen im Rahmen der Regulierungsverfügung. Zu diesen Abhilfemaßnahmen gehört gemäß Art. 16 Abs. 6, 16 Abs. 4, 16 Abs. 2 RRL-Novellierungsentwurf i. V. m. Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie (ZRL)⁵¹ i. V. m. Art. 13 Abs. S. 1 ZRL-Novellierungsentwurf auch die Auferlegung von „Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich [der Auferlegung] kostenorientierter Preise“. Dem Gemeinschaftsrecht liegt daher sinnvoller Weise ein einheitliches Fristenkonzept bezüglich der Überprüfung des Marktregulierungsverfahrens und der Regulierungsverfügungen zugrunde. Auch wenn sich die Richtlinie nicht explizit auf die konkreten Entgeltgenehmigungen bezieht, die keiner Notifizierung nach Art. 7 RRL bedürfen, so erscheint ein Abweichen von diesen Fristvorgaben bei den Entgeltgenehmigungsfristen zumindest nicht sinnvoll, da aufgrund der engen Verzahnung zwischen dem Marktanalyseverfahren, der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen und der *Genehmigung der Entgelte für diese aufgrund der Marktanalyse auferlegten Zugangsverpflichtungen* zwingend eine anderweitige Verknüpfung dieser Instrumente sichergestellt werden muss. Ein solches Mittel, wie etwa ein Änderungs- bzw. Widerrufsvorbehalt, könnte jedoch auch nicht mehr Sicherheit gewährleisten als die Beibehaltung einer gleichmäßigen und konsistenten Entgeltregulierungspraxis bei gleichlaufenden Fristen.

Der Gesetzgebungsvorschlag *Kirchners* ist daher zwar nicht gemeinschaftsrechtswidrig, dafür aber vor dem Hintergrund des verfolgten Zwecks wenig sinnvoll, da er kein „Mehr“ an Planungssicherheit gewährleisten kann.

Sofern das TK-Review-Paket in dieser Form verabschiedet wird, sind zur Umsetzung diese sehr konkreten Vorgaben im Bereich der Fristen für die Durchführung der Marktanalyse Änderungen, insbesondere an § 14 Abs. 2 TKG, angezeigt. In diesem Rahmen sollte auch eine Klarstellung in § 35 Abs. 4 TKG erfolgen, um auch weiterhin den sinnvollen Gleichlauf aller Fristen zu gewährleisten.

⁵¹ Abl. EG 2002 Nr. L 108/7.

b. Rechtliche Bewertung der Änderungsvorschläge mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben de lege lata

Ähnliches gilt hinsichtlich der Vereinbarkeit der Änderungsvorschläge mit dem bisher geltenden Gemeinschaftsrecht. So haben gemäß Art. 7 Abs. 3 ZRL, der nach Art. 2 Nr. 5 des Gemeinsamen Standpunktes des Rates zur Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“ künftig wegfallen soll, die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden „in *regelmäßigen Abständen* eine Marktanalyse nach Art. 16 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) vornehmen, um festzustellen, ob *diese Verpflichtungen* beibehalten, geändert oder aufgehoben werden sollen“⁵². Damit bezieht sich die Notwendigkeit einer regelmäßigen Überprüfung jedenfalls auf die schon vor dem Inkrafttreten der ZRL geltenden Zugangsverpflichtungen, etwa im TAL-Bereich.⁵³ Für die konkrete Dauer der turnusgemäßen Überprüfung lässt sich der Bestimmung jedoch nichts entnehmen. Sie könnte durchaus auch höher als die Zwei-Jahresfrist nach deutschem Recht liegen. Bei einer Interpretation im Lichte des künftigen Gemeinschaftsrechts wäre wohl von einer Dauer von drei Jahren auszugehen. Eine pauschale Verlängerung auf fünf Jahre bei den Befristungen der konkreten Entgeltgenehmigungen wäre zwar denkbar, da die konkreten Entgeltmaßnahmen nicht von dieser Vorschrift erfasst sind. Die Verlängerung wäre jedoch aus oben genannten Gründen nicht sinnvoll.

3. Zwischenergebnis/Rechtspolitische Bewertung der vorgeschlagenen Fristverlängerung

Der Vorschlag einer Fristverlängerung erscheint bisher rechtlich und insbesondere rechtspolitisch nicht hinreichend abgesichert.

Resümierend lässt sich nämlich festhalten, dass der Vorschlag einer ratione materiae beschränkten Pauschalverlängerung der *Fristen zur Überprüfung von Marktanalysen sowie Regulierungsverfügungen* de lege lata rechtswidrig wäre. Eine *Verlängerung der Befristungen von Entgeltgenehmigungen* – mag sie auch rechtlich zulässig sein – ist zumindest nicht sinnvoll, da Marktdefinition, Marktanalyse und Regulierungsverfügung sowie Entgeltregulierungsentscheidung aufgrund ihrer engen Verzahnung auch in zeitlicher Hinsicht eine Einheit bilden müssen. Alle vier Schritte müssen aufeinander abgestimmt werden und beziehen sich argumentativ aufeinander, so

⁵² Im Original nicht kursiv.

⁵³ Geers, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz Kommentar, 2008, § 14, Rn. 9, geht dabei ohne weiteres davon aus, dass sich Art. 7 Abs. 3 ZRL auch auf eine regelmäßige Marktanalyse zur Überprüfung von bestehenden Verpflichtungen aus Art. 9 ff. ZRL bezieht und nicht nur auf die Überprüfung von Verpflichtungen i. S. d. Art. 7 Abs. 1 TKG. Ebenso Kirchner/Käseberg, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz Kommentar, 2. Auflage 2008, § 14, Rn. 3.

dass auch für eine Entgeltregulierungsentscheidung mit einer längeren Laufzeit zumindest ein Änderungs- oder Widerrufsvorbehalt erforderlich wäre.

De lege ferenda wäre jener Vorschlag mit dem geltenden Gemeinschaftsrecht rechtlich zwar noch in Einklang zu bringen. Er würde jedoch auch nicht zu mehr Rechts- und Planungssicherheit führen, da wegen der damit einhergehenden Durchbrechung des Gleichlaufs der Fristen⁵⁴ die Verzahnung zwischen den sich gegebenenfalls geänderten Ergebnissen der Marktanalyse, der damit verbundenen Auferlegung von Zugangsverpflichtungen sowie der wiederum daran ansetzenden Entgeltregulierung anderweitig hergestellt werden müsste. Das „Mehr“ an Planungssicherheit durch die Fristverlängerung müsste den Unternehmen im gleichen Moment durch einen Änderungs- bzw. Widerrufsvorbehalt der Entgeltgenehmigung für etwaige zwischenzeitliche Änderungen wieder genommen werden.⁵⁵

In diesem Zusammenhang ist zudem festzuhalten, dass die gewünschte Rechts- und Planungssicherheit bereits heute durch eine kontinuierliche und konsistente⁵⁶ Entgeltregulierungspraxis der Bundesnetzagentur gewährleistet wird. Nach mehr als zehn Jahren Regulierungspraxis lässt sich feststellen, dass die Bundesnetzagentur verlässlich, organisch und wenig sprunghaft die Entwicklung der Telekommunikationsmärkte regulatorisch begleitet hat. Jene, in Einzelfällen vielleicht sogar zu weit reichende Regulierungskontinuität⁵⁷ ist für die Planungs- und Investitionssicherheit wesentlich wichtiger als eine starre Fristenlösung, die eine flexible regulatorische Reaktion in den dynamischen Telekommunikationsmärkten ausschließt, sollte sie denn dringend erforderlich sein. Bedarf es einer derartigen Reaktion nicht, wird es auch nicht zu einer Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen kommen. Die eingangs dargelegten Investitionen, die seit 2002 bei den Wettbewerbern dauerhaft höher sind als bei der DTAG, fußt im Übrigen auch ausschließlich auf dem Vertrauen in die Regulierungskontinuität und -rationalität der deutschen Regulierungsbehörde sowie auf ihrer betriebswirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit für die Unternehmen, und nicht auf langfristigen Verwaltungsakten. Im Übrigen korreliert eine Fristverlängerung auf fünf Jahre ohnehin nicht mit den im FTTX-Bereich relevanten Investitionszyklen.

⁵⁴ Die regelmäßige Überprüfung der Marktanalyse und der Abhilfemaßnahmen müsste ja gemäß Art. 16 Abs. 6 lit. a S. 1 RRL-Novellierungsentwurf grundsätzlich alle drei Jahre erfolgen.

⁵⁵ So auch *BNetzA* (Fn. 7), S. 31.

⁵⁶ Gemäß § 27 Abs. 2 S. 1 TKG hat die „Bundesnetzagentur hat darauf zu achten, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind (Konsistenzgebot).“

⁵⁷ Zu rechtlichen Bedenken gegen die Fortschreibung der bisherigen Entgelt-Regulierungsmethodik im TAL-Bereich Kühling, Die Regulierung der Entgelte für die Kupfer-TAL im Zeitalter der NGA-Migration, K&R 2009, S. 243 ff.

Daher ist es sachgerechter, die bisherige Befristungsdauer von (ein bis) zwei oder künftig gegebenenfalls drei Jahren als Regelfall beizubehalten und im Falle von fehlenden Änderungen nach Fristablauf die Entgeltgenehmigungen zu den gleichen Bedingungen erneut zu erlassen. Davon unabhängig muss im Rahmen der Umsetzung des künftigen Gemeinschaftsrechts das „3 + 3“-Modell verwirklicht werden und es müssen in Abstimmung mit der Kommission Steuerungskriterien für die – ausnahmsweise mögliche – Verlängerung der Perioden für die Marktanalyse und die Auferlegung von Regulierungsverfügungen um bis zu drei Jahre entwickelt werden.

II. Risikoprämien und „Risk-sharing“-Modelle

Neben der Verlängerung von Regulierungsperioden wird von einzelnen Marktteilnehmern ein spezifischer, stärker anreizorientierter Regulierungsmechanismus gefordert, um so die notwendigen Investitionen in den Ausbau (schneller) Breitbandnetze zu fördern.⁵⁸ Mittels verschiedener regulatorischer Mechanismen soll dabei versucht werden, das Investitionsrisiko des Investors beim Aufbau von breitbandigen Infrastrukturen zu minimieren bzw. angemessen auf die verschiedenen späteren Nutzer zu verteilen, um so eine regulatorische „Initialzündung“ für weitere Investitionen in diesem Bereich zu setzen. Innerhalb dieser anreizorientierten Regulierungsmechanismen kann grob zwischen Risikoprämien und so genannten „Risk-sharing“-Modellen⁵⁹ unterschieden werden, die ihre anreizorientierte Wirkung auf zum Teil unterschiedliche Art und Weise entfalten sollen. Im Folgenden wird zunächst kurz aufgezeigt, wie mit diesen Mechanismen bzw. Modellen mehr Anreize für Investitionen in Breitbandnetze geschaffen werden sollen (1.), bevor eine materiell-rechtliche Bewertung dieser zum Teil neuen Konzepte vorgenommen (2.) und abschließend die Frage nach der Implementierung dieser Ansätze und Modelle in das Entgeltregulierungsverfahren näher beleuchtet wird. Dabei wird auch auf die aktuellen diesbezüglichen Empfehlungen der Kommission in ihrem nunmehr 2. Entwurf für eine Empfehlung zur regulatorischen Behandlung von NGA⁶⁰ eingegangen.

1. Investitionsanreize durch die Gewährung von Risikoprämien und die Anwendung von „Risk-sharing“-Modellen

Unter einer Risikoprämie versteht man eine angemessene Berücksichtigung des (spezifischen) Investitionsrisikos bei der Fixierung der Entgelthöhe für regulierte Zugangsleistungen und eine entsprechende Verteilung dieses Investitionsrisikos *gleichmäßig (pro Einheit)* auf die Zugangspe-

⁵⁸ So beispielsweise *Kirchner* (Fn. 9), S. 6 ff. sowie S. 12 und S. 14; ebenso die *DTAG*, Regulatorische und betriebswirtschaftliche Grundlagen für Investitionen in NGA – die Sicht der DTAG (Fn. 8), S. 10 sowie *DTAG*, Neuausrichtung des Marktregulierungsprozesses zur Förderung von Investitionen und Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit (Fn. 8), Punkt 7.

⁵⁹ Vgl. dazu *Kirchner* (Fn. 9), S. 6 ff.; *DTAG*, Regulatorische und betriebswirtschaftliche Grundlagen für Investitionen in NGA – die Sicht der DTAG (Fn. 8), S. 10 sowie *DTAG*, Neuausrichtung des Marktregulierungsprozesses zur Förderung von Investitionen und Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit (Fn. 8), Punkt 7. Dazu auch *BNetzA* (Fn. 7), S. 16 f.

⁶⁰ Der 2. Entwurf ist abrufbar im WWW unter der URL: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/public_consult/nga_2/090611_nga_recommendation_spc.pdf (Stand: 20.07.2009).

tenten.⁶¹ Berücksichtigt werden kann dieser Entgeltzuschlag insbesondere im Rahmen der Festsetzung einer angemessenen Rendite für das eingesetzte Kapital.⁶² Der Anreiz, in Breitbandnetze zu investieren, besteht bei diesem System darin, dass der Investor nach Errichtung seiner Infrastruktur für den Zugang zu dieser Infrastruktur bzw. darauf aufsetzenden Diensten ein um diesen Risikozuschlag erhöhtes Entgelt verlangen kann. Sofern also die Infrastruktur bzw. die darüber angebotenen Dienste von den Endnutzern stark nachgefragt werden und dementsprechend auch die Nachfrage nach den entsprechenden Vorleistungsprodukten groß ist und sich daher das Investitionsrisiko (= fehlende Netzauslastung, „sunk costs“) nicht bestätigt hat, erhöht die Risikoprämie den Gewinn des investierenden Unternehmens. Als eine dynamisierte Art der Risikoprämie im soeben dargelegten Sinne ist auch das unter anderem von der DTAG vorgeschlagene Modell der Koppelung der Vorleistungspreise an die Gesamtmarktentwicklung zu verstehen.⁶³ Bei diesem Modell wird ebenfalls das Investitionsrisiko auf alle Zugangspetenten *gleich* verteilt, d. h. alle Marktteilnehmer partizipieren gleichermaßen – unabhängig von der individuellen Abnahmemenge⁶⁴ – über niedrigere Vorleistungsentgelte an einer positiven bzw. über steigende Vorleistungspreise an einer negativen Entwicklung der Marktgegebenheiten.⁶⁵ Hierbei ist jedoch anzumerken, dass bereits jetzt die Entgeltregulierung und die darin enthaltene Festsetzung von Risikoprämien aufgrund der regelmäßigen Befristung auf zwei Jahre keinesfalls statisch und unflexibel ist. Mit diesem Modell soll vielmehr eine (noch) stärkere Abhängigkeit von der Gesamtmarktentwicklung durch häufigere Anpassungen an aktuelle Marktgegebenheiten erreicht werden.⁶⁶

Das System der Gewährung von Risikoprämien kommt jedoch dann nicht zum Tragen, wenn die Endkunden die Dienste, die über die neue Breitbandinfrastruktur erbracht werden, nicht hinreichend benötigen bzw. nachfragen. In diesem Fall ist auch das entsprechende Vorleistungsprodukt für alternative Anbieter weniger interessant, so dass diese das Produkt nicht oder weniger stark nachfragen werden. In einem solchen Fall verbleibt das Investitionsrisiko (zum Großteil) beim

⁶¹ Vgl. zur Terminologie der spezifischen höheren Risikoprämie bei Investitionen in NGN der 2. Entwurf einer Empfehlung der Kommission zur regulatorischen Behandlung von NGA (Fn. 60), Annex I, Punkt 1 und Punkt 6.

⁶² So der Ansatz in Art. 13 Abs. 1 S. 2 ZRL-Novellierungsentwurf, vgl. dazu Art. 2 Nr. 9 des Gemeinsamen Standpunktes des Rates zur Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“ in der konsolidierten Fassung vom 6. Mai 2009, Fn. 50. Ebenso, jedoch explizit nur für NGN, der 2. Entwurf einer Empfehlung der Kommission zur regulatorischen Behandlung von NGA (Fn. 60), Annex I, Punkt 1 und Punkt 6.

⁶³ Vgl. zu diesem Modell DTAG, Regulatorische und betriebswirtschaftliche Grundlagen für Investitionen in NGA – die Sicht der DTAG (Fn. 8), S. 10 sowie BNetzA (Fn. 7), S. 17.

⁶⁴ So explizit auch die DTAG, Regulatorische und betriebswirtschaftliche Grundlagen für Investitionen in NGA – die Sicht der DTAG (Fn. 8), S. 10.

⁶⁵ Vgl. BNetzA (Fn. 7), S. 17.

⁶⁶ Vgl. dazu schon die Diskussion um eine Verlängerung der Regulierungsperioden unter D. I.

Investor, der mangels Nachfrage keine bzw. nur eine geringe Risikoprämie erhält.⁶⁷ Deshalb ist die Anreizwirkung von Risikoprämien zwar vorhanden, aber aufgrund des verbleibenden Restrisikos limitiert.

Daher fordert vor allem die DTAG über diese Risikoprämie hinausgehende neue Regulierungsmechanismen und die Etablierung von „Risk-sharing“-Modellen.⁶⁸ Mit diesen „Risk-sharing“-Modellen soll eine andersartige Risikoverteilung zwischen dem investierenden Unternehmen und den Zugang begehrenden Unternehmen erzielt werden, so dass nicht mehr ausschließlich das investierende Unternehmen im Falle einer ausbleibenden (oder unzureichenden) Endkundennachfrage das Investitionsrisiko trägt. Dies soll dadurch erreicht werden, dass sich die künftigen Zugangspetenten möglichst schon bei Beginn bzw. vor Abschluss der Investitionen⁶⁹ in neue Breitbandinfrastrukturen am Investitionsrisiko des investierenden Unternehmens beteiligen, indem sie mit dem Investor vorweg so genannte Risikoverteilungsverträge über die späteren Zugangsbedingungen und Entgelte abschließen. Die Entgelthöhe und der darin enthaltene Risikoaufschlag sollen zudem das abgenommene bzw. mit übernommene Risiko widerspiegeln, was dazu führt, dass die Entgelthöhe nicht mehr für alle Zugangspetenten gleich ist, sondern je nach Risikoübernahme divergiert.

Die Risikoübernahme soll dabei auf verschiedene Arten möglich sein. So können die Unternehmen 1) Anfangszahlungen („upfront payments“) an den Investor zum Ausbau der Breitbandinfrastruktur leisten, 2) Langzeitverträge mit dem Investor schließen oder 3) sich verpflichten, bestimmte Mengen oder Kontingente abzunehmen.⁷⁰ Je höher die Anfangszahlung, je länger der Vertrag geschlossen oder je höher die Abnahmeverpflichtungen ist, umso mehr beteiligt sich nach diesen Modellen das zugangsbegehrende Unternehmen am Risiko des Investors. Die Höhe des übernommenen Investitionsrisikos soll sich dann im Gegenzug bei der – ebenfalls bereits in Risikoverteilungsverträgen festgelegten – Entgelthöhe für die späteren Zugangsleistungen widerspiegeln. Je höher die Risikobeteiligung ist, desto niedriger soll also das Zugangsentgelt ausfal-

⁶⁷ Vgl. zu diesem Problem *Kirchner* (Fn. 9), S. 5 ff.

⁶⁸ Vgl. *DTAG*, Regulatorische und betriebswirtschaftliche Grundlagen für Investitionen in NGA – die Sicht der DTAG (Fn. 8), S. 10 sowie *DTAG*, Neuausrichtung des Marktregulierungsprozesses zur Förderung von Investitionen und Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit (Fn. 8), Punkt 7. Vgl. zu solchen „Risk-sharing“-Modellen im Bereich von NGN auch den 2. Entwurf einer Empfehlung der Kommission zur regulatorischen Behandlung von NGA (Fn.), Erwägungsgrund 26 sowie Annex I, Punkt 1 sowie Punkt 7 und 8.

⁶⁹ Vgl. *Kirchner* (Fn. 9), S. 7.

⁷⁰ Vgl. zu diesen drei Varianten auch *BNetzA* (Fn. 7), Eckpunkt 10, S. 16 f. sowie explizit für den NGN-Bereich die Kommission in ihrem 2. Entwurf einer Empfehlung zur regulatorischen Behandlung von NGA (Fn. 60), Erwägungsgrund 26 sowie Annex I, Punkt 7 und 8.

len.⁷¹ Die Anreizwirkung für Investitionen wird bei diesen regelmäßig bereits im *Vorfeld*⁷² der Investition ansetzenden „Risk-sharing“-Modellen aufgrund der erhöhten Planungssicherheit daher höher sein als bei der erst im Nachhinein ansetzenden Gewährung von Risikoprämien im Rahmen der Entgeltfestsetzung. Auf der anderen Seite muss jedoch gesehen werden, dass die Implementierung solcher „Risk-sharing“-Modelle in das bewährte und weit reichend gemeinschaftsrechtlich vorstrukturierte Marktregulierungsverfahren rechtliche Probleme bereitet⁷³, was zu Rechtsunsicherheiten und damit auch zu mangelnder Planungssicherheit führen kann und damit die stärkere Anreizwirkung wieder relativiert.

In jedem Fall erfolgt die folgende Bewertung unter der Prämisse, dass entsprechende „Risk-sharing“-Modelle für künftige Infrastrukturinvestitionen erfolgen sollen, also insbesondere über die bereits von DTAG getätigten VDSL-Investitionen hinaus gehende Investitionen.

2. Materiell-rechtliche Bewertung dieser Ansätze

Nachfolgend soll analysiert werden, ob und inwieweit diese beiden anreizorientierten Regulierungsansätze materiell-rechtlich zulässig bzw. sogar im deutschen Telekommunikationsrecht oder im gemeinschaftsrechtlichen Telekommunikationsrechtsrahmen angelegt sind. Dabei wird zunächst auf die rechtlich unbedenklicheren Risikoprämien eingegangen (a.), um anschließend umfassend die rechtlich problematischeren „Risk-sharing“-Modelle zu prüfen (b.).

a. Risikoprämien

Mit Blick auf die Analyse der materiell-rechtlichen Zulässigkeit einer Gewährung von Risikoprämien ist sowohl eine Überprüfung anhand des aktuellen (aa.) als auch anhand des künftigen nationalen sowie gemeinschaftsrechtlichen Telekommunikationsrechts erforderlich (bb.).

aa. Materiell-rechtliche Zulässigkeit de lege lata

Vor dem Hintergrund, dass eine Risikoprämie vor allem im Falle einer Entgeltgenehmigung, also einer Ex-ante-Entgeltregulierung mit dem strengeren KeL-Maßstab relevant wird, kommt es darauf an, ob die Gewährung einer Risikoprämie mit den Vorgaben des § 31 TKG zu vereinbaren

⁷¹ Vgl. zum Ganzen *Kirchner* (Fn. 9), S. 6 f.; *DTAG*, Regulatorische und betriebswirtschaftliche Grundlagen für Investitionen in NGA – die Sicht der DTAG (Fn. 8), S. 10 sowie *DTAG*, Neuausrichtung des Marktregulierungsprozesses zur Förderung von Investitionen und Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit (Fn. 8), Punkt 7.

⁷² In dieser zeitlichen Komponente liegt der Hauptmehrwert der „Risk-sharing“-Modelle gegenüber dem Ansatz der Risikoprämie. Unabhängig davon sind „Risk-sharing“-Modelle jedoch auch im Nachhinein, also nach der Investition denkbar. Mit diesen Modellen kann so die Risikoprämie differenziert nach dem – im Nachhinein – abgenommenen Restrisiko durch den jeweiligen Zugangspotenten verteilt werden.

⁷³ Vgl. dazu unten Punkt D. II. 2. b.

ist. Nach § 31 Abs. 1 S. 1 TKG ist ein genehmigungsbedürftiges Entgelt dann genehmigungsfähig, wenn es die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, die in Abs. 2 legal definiert werden, nicht überschreitet. Zu diesen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gehört unter anderem auch „eine angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals“. Bei der Festsetzung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals berücksichtigt die Bundesnetzagentur unter anderem gemäß § 31 Abs. 4 Nr. 3 TKG auch „die Erfordernisse hinsichtlich der Rendite für das eingesetzte Eigenkapital, wobei auch die *leistungsspezifischen Risiken des eingesetzten Eigenkapitals*⁷⁴ gewürdigt werden können“.⁷⁵ Die Berücksichtigung einer Risikoprämie im Rahmen der angemessenen Kapitalverzinsung innerhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ist daher rechtlich nicht zu beanstanden und sogar in § 31 Abs. 4 Nr. 3 TKG explizit angelegt.⁷⁶ Auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht ist die Gewährung einer Risikoprämie nicht zu beanstanden. Ähnlich wie § 31 Abs. 4 Nr. 3 TKG gibt Art. 13 Abs. 1 S. 2 ZRL vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Preiskontrolle den Investitionen des Betreibers Rechnung tragen und ihm „eine angemessene Rendite für das entsprechend eingesetzte Kapital“ ermöglichen, „wobei die damit verbundenen Risiken zu berücksichtigen sind“.

bb. Materiell-rechtliche Zulässigkeit de lege ferenda

De lege ferenda ergeben sich aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht keine Veränderungen. Die in Art. 13 Abs. 1 S. 2 ZRL-Novellierungsentwurf aufgenommenen Ergänzungen machen deutlich, dass die Gewährung einer angemessenen Rendite für das eingesetzte Kapital und die darin „gegebenenfalls [zu berücksichtigenden] spezifischen Risiken im Zusammenhang mit einem bestimmten neuen Netzprojekt, in das investiert wird“ gerade dazu dienen soll, „Investitionen der Betreiber *auch*⁷⁷ in Netze der nächsten Generation anzuregen“.⁷⁸ Bei diesen geringfügigen Änderungen gegenüber der aktuellen Fassung des Art. 13 Abs. 1 S. 2 ZRL handelt es sich letztlich nur um Klarstellungen. Eine Beschränkung der Risikoprämie auf den Rollout von NGN-Infrastruktur ist damit nicht bezweckt. *Speziell für NGN* sieht auch die Empfehlung der Kommission bezüglich der regulatorischen Behandlung von NGA⁷⁹, die sich gegenwärtig immer noch im Entwurfstadi-

⁷⁴ Im Original nicht kursiv.

⁷⁵ Zu der sich daran anschließenden Frage, welche Methode zur Ermittlung einer risikoadäquaten Eigenkapitalverzinsung beim Breitbandausbau angewendet werden soll oder muss vgl. *BNetzA* (Fn. 7), S. 26 f.

⁷⁶ Auf diese Norm nimmt auch die Bundesregierung in ihrer Breitbandstrategie (Fn. 1) auf S. 18 Bezug.

⁷⁷ Im Original nicht kursiv.

⁷⁸ Siehe Art. 2 Nr. 9 der konsolidierten Fassung des Gemeinsamen Standpunktes des Rates zur Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“ nach der 2. Lesung des Europäischen Parlaments am 6. Mai 2009, Fn. 50.

⁷⁹ Vgl. dazu Fn. 60).

um befindet, explizit eine „spezifische Risikoprämie“ bei der Bepreisung neuer (FTTX-)Infrastrukturen vor.⁸⁰

b. „Risk-sharing“-Modelle

Auch die materiell-rechtliche Bewertung von neuen „Risk-sharing“-Modellen ist sowohl de lege lata (aa.) als auch de lege ferenda (bb.) vorzunehmen. Dabei wird insbesondere auf die von der DTAG und von *Kirchner* vorgeschlagenen „Risk-sharing“-Modelle Bezug genommen.⁸¹

aa. Materiell-rechtliche Bewertung de lege lata

Konkrete Hinweise auf die materiell-rechtliche (Nicht-)Zulässigkeit der diskutierten „Risk-sharing“-Modelle⁸² lassen sich derzeit im Gesetz nicht finden. Aus materieller-rechtlicher Sicht können solche Modelle grundsätzlich nur dann Bestand haben, wenn die mit ihnen einhergehenden Preisdifferenzierungen und die damit immanente Ungleichbehandlung der Zugangspetenen bei der Entgeltbepreisung gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG sachlich zu rechtfertigen ist.⁸³ Dies gilt unabhängig davon, ob die betreffenden Vorleistungsentgelte ex ante oder ex post reguliert werden, da der Missbrauchsmaßstab des § 28 TKG mit dem Diskriminierungsverbot in dessen Abs. 1 S. 2 Nr. 3 auch bei einer Ex-ante-Entgeltregulierung greift (§ 35 Abs. 2 S. 1 TKG).

Die Bundesnetzagentur muss bei der Abwägung im Rahmen der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung solcher Preisdifferenzierungen unter anderem die allgemeinen und daher stets greifenden regulatorischen Zielvorgaben des § 2 Abs. 2 TKG berücksichtigen. So muss einerseits überprüft werden, ob die Risiko- bzw. die Preisdifferenzierungsparameter geeignet sind, maximale und effiziente Investitionsanreize in effiziente Infrastrukturen zu setzen und Innovationen zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Investitionen in neue Breitbandinfrastrukturen mit einem besonderen bzw. größeren Investitionsrisiko behaftet sein können, das es angemessen zu verteilen gilt, um so die Investitionsbereitschaft zu erhöhen.

Andererseits muss dabei aber auch ein chancengleicher Dienstewettbewerb sichergestellt bzw. aufrechterhalten bleiben (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), d. h. es dürfen durch solche Preisdifferenzie-

⁸⁰ Vgl. dazu Annex I, Punkt 1 und 6 des 2. Empfehlungsentwurfs (Fn. 60).

⁸¹ Vgl. *DTAG*, Regulatorische und betriebswirtschaftliche Grundlagen für Investitionen in NGA – die Sicht der DTAG (Fn. 8), S. 10 sowie *DTAG*, Neuausrichtung des Marktregulierungsprozesses zur Förderung von Investitionen und Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit (Fn. 8), Punkt 7; ebenso *Kirchner* (Fn. 9), S. 6 ff.

⁸² Vgl. zu den Modellen *DTAG*, Regulatorische und betriebswirtschaftliche Grundlagen für Investitionen in NGA – die Sicht der DTAG (Fn. 8), S. 10 sowie *DTAG*, Neuausrichtung des Marktregulierungsprozesses zur Förderung von Investitionen und Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit (Fn. 8), Punkt 7; ebenso *Kirchner* (Fn. 9), S. 6 ff.

⁸³ Vgl. dazu auch *BNetzA* (Fn. 7), Eckpunkt 10, S. 16, die darauf hinweist, dass neue Tarifstrukturen nicht zu sachlich ungerechtfertigten Diskriminierungen oder Wettbewerbsbeeinträchtigungen führen dürfen.

rungen im Rahmen von „Risk-sharing“-Modellen keine (Re-)Monopolisierungs- bzw. Oligopolisierungsszenarien generiert werden.

Vor dem Hintergrund dieser Zielvorgaben werden im Folgenden die konkret vorgeschlagenen Preisdifferenzierungskriterien, namentlich die Höhe der Anfangszahlung [(1)], die Größe des nachgefragten Kontingents [(2)] sowie die Dauer der vertraglichen Vereinbarung [(3)] auf ihre rechtliche Zulässigkeit hin überprüft.

(1) Höhe der Anfangszahlung als Preisdifferenzierungskriterium

Fraglich ist zunächst, ob die Höhe einer etwaig geleisteten Anfangszahlung an den Investor als sachgerechtes Preisdifferenzierungskriterium fungieren kann. Durch eine solche Anfangszahlung nimmt der Zugangspetent dem Investor einen Teil seines Investitionsrisikos, insbesondere auch das Ausfall- bzw. Insolvenzrisiko ab. Zudem wird durch solche „upfront payments“ dem Investor benötigtes Kapital zeitnah zur Verfügung gestellt und so die Kreditbelastung verteilt. Dabei kann es sachgerecht sein, auf das Investitionsrisiko des konkreten Projekts abzustellen und keine Gesamtbetrachtung aller Ausbauprojekte durchzuführen, da diese mit unterschiedlichen Risiken behaftet sein können.⁸⁴ Fraglich ist jedoch, ob die Höhe der Anfangszahlung an den Investor sachgerecht ist, um das mitübernommene Risiko des Zugangspetenten abzubilden, was wiederum der Indikator sein soll für die Abschläge bei den Entgelten. Eine solch absolute Betrachtungsweise beim „upfront payment“, die *nur auf die Investitionskosten des Investors* als „Risiko“ abstellt, würde dazu führen, dass derjenige Zugangspetent, der absolut gesehen die höchste Anfangszahlung leistet, das niedrigste Entgelt bezahlen müsste. Dies erscheint auf den ersten Blick, vor dem Hintergrund des Ziels, Investitionsanreize in effiziente Infrastrukturen durch die Verringerung der Investitionsrisiken zu setzen, sachgerecht. Ein solcher Ansatz berücksichtigt aber nicht das spezifische mit der Anfangszahlung verbundene Risiko *des zugangsbegehrenden Unternehmens in der Relation zum Risiko des Investors und der anderen mitinvestierenden Wettbewerber*. Dieses von den zugangsbegehrenden Unternehmen übernommene Risiko spiegelt nicht eindeutig das Risiko wider, das dem Investor abgenommen wurde. Das *übernommene* Risiko des Zugangspetenten ist nicht wie das dem Investor *abgenommene* Risiko lediglich von der Höhe der Zahlung abhängig, sondern wird vielmehr maßgeblich durch die Größe des Kundenstamms und dessen Migrationswilligkeit und Bereitschaft, gegebenenfalls entsprechend höhere Entgelte zu entrichten, beeinflusst. Eine primäre Fokussierung auf die absolute Höhe der Anfangszahlung vermag

⁸⁴ Allgemein dazu *DTAG*, Neuausrichtung des Marktregulierungsprozesses zur Förderung von Investitionen und Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit (Fn. 8), Punkt 3.

dementsprechend zwar das Risiko des Investors zu minimieren und dient daher auch der Förderung von Investitionen in neue Infrastrukturen. Eine sinnvolle, optimale und effiziente Investitionsförderung und Risikoverteilung bei gleichzeitiger Sicherstellung eines chancengleichen Dienstewettbewerbs wird mit einer solchen Differenzierung beim „upfront payment“ jedoch nicht erreicht. Ein solches Preisdifferenzierungsmodell hätte nämlich zur Folge, dass Unternehmen mit einem vergleichsweise kleinen migrationsbereiten Kundenstamm im Gegensatz zu einem großen Unternehmen mit vielen (migrationsbereiten) Endkunden bei gleich hoher Anfangszahlung immer ein ungleich höheres Risiko eingehen müssten, um dieselben Entgeltabschläge zu erhalten. Dies würde dazu führen, dass vor allem kleinere TK-Anbieter vom Markt verdrängt werden, da diese überproportionale Risiken eingehen müssten, um am Markt konkurrenzfähig zu bleiben. Dadurch würde letzten Endes ein Mono- bzw. Oligopol aus großen Unternehmen auf dem entsprechenden Dienstemarkt entstehen, was eindeutig dem Ziel des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG zuwiderläuft.

Die absolute Höhe der Anfangszahlung⁸⁵ im Rahmen eines „upfront payments“ ist folglich kein sachgerechtes Kriterium, um die Risikobeteiligung des Zugangspetenten sachgerecht abzubilden. Es ist daher als Preisdifferenzierungskriterium nicht sachgerecht und würde folglich eine Preisdifferenzierung nicht rechtfertigen und daher einen Missbrauch i. S. d. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG begründen.

(2) Größe des nachgefragten Kontingents als Preisdifferenzierungskriterium

Vergleichbares gilt für die ebenfalls vorgeschlagene Preisdifferenzierung nach der Höhe von (Mindest-)Absatzmengen. Auch hier wird fälschlicherweise die Abnahme einer großen Mindestabnahmemenge mit einer großen Risikobeteiligung gleichgesetzt.⁸⁶ Es wird dabei wie bei der Entgeltdifferenzierung nach der Höhe der Anfangszahlung wieder lediglich auf das *dem Investor abgenommene Risiko* abgestellt, ohne dabei auf weitere Kriterien, wie etwa die Größe und Struktur des Endkundenstamms der betreffenden Zugangspetenten einzugehen. Dies sind jedoch entscheidende Faktoren bei der „Berechnung“ der Risikobeteiligung, also des *tatsächlich übernommenen Risikos des Zugangspetenten*. Ein Unternehmen, das wie die DTAG einen relativ großen Stamm an DSL-Kunden mitbringt, die potentiell auf die neue Infrastruktur bzw. die neuen Dienste migrieren können/wollen und dafür höhere Entgelte zu entrichten bereit sind, kann dement-

⁸⁵ Vgl. zur Beurteilung eines anderen Preisdifferenzierungsmodells im Rahmen eines „upfront payments“ mit einer Differenzierung nach Entgeltvorauszahlungen Punkt D. II. 2. b. aa. (3).

⁸⁶ Vgl. *Kirchner* (Fn. 9), S. 7.

sprechend auch größere Mindestabnahmemengen vereinbaren und dem Investor mehr Risiko *abnehmen*, ohne dabei aber ein größeres Risiko *inzugehen* als ein Zugangspetent, der nur über einen vergleichsweise kleinen Kundenstamm verfügt und deshalb dementsprechend kleinere Mindestabsatzmengen vereinbart und daher dem Investor zwar weniger Risiko *abnimmt*, in der Relation aber trotzdem genauso viel Risiko *auf sich nimmt*. Dies gilt nicht nur im Verhältnis zwischen den Zugangspetenten, sondern auch gegenüber dem Investor. Wenn etwa die DTAG einen weiteren VDSL-Ausbau an einem bestimmten Standort plant, kann es sein, dass ihr Investitionsrisiko (= fehlende Netzauslastung) aufgrund ihres hohen Endkundenstammes, der potentiell auf die neue Infrastruktur migrieren kann, nicht größer ist als das Investitionsrisiko eines entsprechenden Zugangspetenten, der nur eine relativ kleine Mindestabsatzmenge vereinbart hat, dafür jedoch auch nur einen vergleichsweise kleineren Kundenstamm hat, der potentiell bereit ist, auf das neue Produkt umzusteigen.

Eine Preisdifferenzierung allein nach der Größe des nachgefragten Kontingents ist daher ebenfalls nicht sachgerecht, da es zu einer ungerechtfertigten Bevorteilung größerer Anbieter mit einem größeren Kundenstamm führen würde. Anders ausgedrückt: Ein kleinerer Anbieter müsste, um gleiche Konditionen wie ein größerer Anbieter zu erhalten, die gleiche Abnahmemenge wie dieser vereinbaren, dafür jedoch ein in der Relation zu diesem Anbieter größeres Risiko eingehen. Eine solche Preisdifferenzierung wäre schädlich für den Wettbewerb, da kleinere Anbieter, gehen sie ein ihren Verhältnissen entsprechendes Risiko ein, mit einem größeren Unternehmen nicht konkurrieren können. Denn sie erhalten für die entsprechenden Vorleistungen wegen der absolut gesehen geringeren Nachfragemenge weniger Preisabschläge und müssen daher mehr bezahlen. Um konkurrenzfähig zu bleiben, müssten sie daher ein überproportionales Risiko eingehen. Eine optimale Risikoübernahme bzw. Risikoverteilung wird so nicht generiert. Im Gegenteil, es würden durch eine solche Preisdifferenzierung, sollte sie als mit § 28 TKG vereinbar eingestuft werden, falsche Investitions- und Abnahmeanreize gesetzt. Anstatt auf eine angemessene Verteilung des Investitionsrisikos nach dem tatsächlich übernommenen Risiko hinzuwirken, würden mit einer solchen Regulierung kleinere Unternehmen vom betreffenden Dienstemarkt verdrängt bzw. alternativ in eine überproportionale Risikotragung gedrängt. Letztendlich würde es so zu einer Perpetuierung und Verfestigung von hohen Marktanteilen bei großen Unternehmen kommen. Schließlich besteht die Gefahr, dass eine gezielt skalierte VDSL-Plattform Infrastrukturanbietern, die ebenfalls in VDSL am KVZ investieren wollen oder in FTTB, einen Markteintritt erschwert.

Wie problematisch solche Mengenrabattmodelle vor diesem Hintergrund sind, zeigt nicht zuletzt auch die Entscheidung der Bundesnetzagentur zu den DSL-NetRental-Entgelten, in der eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung kleiner Reseller gegenüber größeren festgestellt und dieses Entgeltmodell deshalb letztlich untersagt wurde.⁸⁷

Folglich ist auch eine Preisdifferenzierung nach Abnahmemengen ohne jede weitere Ausdifferenzierung bzw. Konkretisierung des tatsächlich übernommenen Risikos des Zugangspetenten vor dem Hintergrund der oben genannten Ziele de lege lata als unzulässige Preisdiskriminierung i. S. d. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG einzustufen.

(3) Dauer der vertraglichen Vereinbarung als Preisdifferenzierungskriterium

Preisdifferenzierungen nach Vertragslaufzeiten erscheinen dagegen de lege lata grundsätzlich rechtlich und ökonomisch unbedenklich.⁸⁸

Hier erfolgt über das Kriterium der Langfristigkeit eine Risikoverteilung, wenn sich die Zugangspetenten über längere Zeiträume hinweg verpflichten, jeweilige Einheiten über einen längeren Zeitraum abzunehmen. Je länger man sich in einem solchen Fall verpflichtet, desto günstiger wird eine Einheit des betreffenden Produktes. Eine solche Ausgestaltung führt zu einer sachgerechten Risikoverteilung, da bei längerer Vertragslaufzeit dem Investor mehr Planungssicherheit hinsichtlich der Auslastung seines Netzes gegeben und ihm daher mehr Risiko abgenommen wird als bei einer kürzeren Laufzeit. Auch korreliert bei diesem Entgeltdifferenzierungsmodell die *Risikoabnahme beim Investor* mit der *Risikoübernahme beim Zugangspetenten*, da die Preisabschlüsse lediglich zeit- und nicht mengenabhängig und somit abgekoppelt von weiteren Faktoren wie dem eigenen migrationsfähigen Kundenstamm gewährt werden.

Allerdings besteht zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Gefahr, dass Langfristrabatte insofern eine wettbewerbsschädliche Wirkung erzeugen, als die DTAG VDSL-Bitstream bereits jetzt anbietet, bevor die Konditionen für den KVZ-Zugang und Leerrohre feststehen. Wenn die DTAG auf diese Weise die größten Interessenten bindet, sinkt die Wahrscheinlichkeit alternativer Investitionen mit der Folge eines verringerten Infrastrukturwettbewerbs.

⁸⁷ Vgl. BNetzA, Beschl. vom 22. Mai 2006 – BK 3–06/003, S. 3 und S. 18 ff. Der Beschluss ist abrufbar im WWW unter der URL: <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/7107.pdf> (Stand: 20.07.2009).

⁸⁸ Vgl. zu diesem Modell und etwaigen Bedenken dazu auch die Kommission in ihrem 2. Entwurf für eine Empfehlung zur regulatorischen Behandlung von NGA (Fn. 60), Annex I, Punkt 7, jedoch explizit nur für den FTTH- und grundsätzlich nicht für den FTTC/N-Breitbandzugang (Annex I, Punkt 6).

Unabhängig davon könnte bei einer solchen Preisdifferenzierung nach Vertragslaufzeiten zusätzlich nach dem Zeitpunkt der Vereinbarung differenziert werden. So ist es im Rahmen von § 28 TKG grundsätzlich nicht zu beanstanden, einem Zugangspetenten, der sich z. B. bereits bei Beginn der Investition für fünf Jahre bindet, höhere Preisabschläge zu gewähren als einem Unternehmen, das sich erst nachdem sich der Erfolg des Produkts eingestellt hat, für ebenfalls fünf Jahre zur Abnahme einer bestimmten Menge verpflichten möchte.

Gerechtfertigt werden kann dies damit, dass letzteres Unternehmen trotz gleicher Vertragslaufzeit aufgrund der besseren Prognosemöglichkeit ein geringeres Risiko trägt als das Unternehmen, das sich bereits zu Beginn der Investition verpflichtet. Außerdem nimmt der Zugangspetent so dem Infrastrukturunternehmen mehr Risiko ab. Fraglich kann allenfalls sein, ob eine solche Unterdifferenzierung nach dem Zeitpunkt des commitments volkswirtschaftlich sinnvoll ist. Aus ökonomischer Perspektive scheint diese Differenzierung zunächst grundsätzlich sinnvoll zu sein, weil ein Unternehmen, das sich zu einem früheren Zeitpunkt an einem Projekt beteiligt, auf die so genannte „Wartoption“ verzichtet, die an sich bereits einen beachtlichen Wert besitzen kann.⁸⁹ Allerdings ist nochmals darauf hinzuweisen, dass mit diesen „Risk-sharing“-Modellen Anreize gerade für sinnvolle und daher nicht notwendig die größten und risikobehaftetsten Investitionen gesetzt werden sollen. Die volkswirtschaftliche Sinnhaftigkeit einer solchen Preisdifferenzierung kann daher immer dann in Zweifel gezogen werden, wenn zum Zeitpunkt der Vereinbarung noch gar keine speziellen Produkte marktreif entwickelt sind, die auf eine neue schnelle Infrastruktur wie FTTH angewiesen sind. Beim Ausbau von ADSL2+ zur Schließung „weißer Flecken“ sowie bei VDSL-Ausbau bestehen dagegen regelmäßig keine solchen ökonomischen Bedenken, da hier bereits jetzt Produkte vorhanden sind, die solche Bandbreiten benötigen. Allerdings besteht insoweit eine hohe Unsicherheit, so dass vieles dafür spricht, entsprechende Preisdifferenzierungen für die Übernahme höherer Risiken zuzulassen.

Ferner ist in diesem Zusammenhang denkbar, die während der Vertragslaufzeit geschuldeten Entgelte teilweise oder ganz bereits zu Beginn der Investition als Anfangszahlung zu entrichten und entsprechend der Vorauszahlungsdauer – nicht der Vorauszahlungshöhe – zu rabattieren. Eine solche Preisdifferenzierung im Rahmen eines „upfront payments“ generiert zusätzliche An-

⁸⁹ Der Wert des „Wartens“ im Rahmen von Investitionsprojekten wurde insbesondere im Rahmen der Realoptionstheorie herausgearbeitet. Dort wurde gezeigt, dass durch das Warten der Informationsstand wesentlich verbessert wird und sinnvollere Entscheidungen getroffen werden können. Somit wird der Wartoption im Rahmen von Investitionskalkülen eine besondere Bedeutung eingeräumt. Vgl. dazu *Pindyck/Rubinfeld, Investment under Uncertainty*, 1994, S. 258-260.

reize für einen Investor, in neue Breitbandnetze zu investieren, da dieser gerade zu Beginn der Investition viel Kapital benötigt, das er unter Umständen nicht alleine aufbringen kann und er zudem zumindest teilweise vom Insolvenzrisiko der sich langfristig verpflichteten Zugangspetenten befreit ist. Durch die Gewährung von Skonti bei solchen „upfront payments“ werden zudem Anreize für die Zugangspetenten gesetzt, solche Anfangszahlungen zu leisten und dem Investor so Risiken abzunehmen. Da die Höhe der Skonti nur nach der Vorauszahlungsdauer und nicht auch nach der abgenommenen Menge⁹⁰ bzw. pauschal der Höhe der Anfangszahlung divergieren würde, wäre auch eine angemessene Risikoverteilung nach dem tatsächlich übernommenen Risiko des jeweiligen Zugangspetenten gewährleistet.

Eine Preisdifferenzierung nach Vertragslaufzeiten sowie weitere Unterdifferenzierungen wie z. B. eine Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Vereinbarung oder der etwaigen Vorauszahlungsdauer sind daher rechtlich und ökonomisch grundsätzlich als unproblematisch einzustufen, da sie grundsätzlich eine sinnvolle, gleichmäßige und angemessene Verteilung der Risiken fördern. Probleme bereiten sie allerdings dann und soweit sie zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem für alternative Infrastrukturbetreiber die Konditionen für wesentliche Vor- bzw. Zugangsleistungen (KVZ-Zugang und Leerrohre) noch nicht geklärt sind.

bb. De lege ferenda

Fraglich ist, ob die soeben herausgearbeitete materiell-rechtliche Bewertung der vorgeschlagenen „Risk-sharing“-Modelle in Zukunft anders ausfallen wird. Bei der materiell-rechtlichen Bewertung dieser Modelle de lege ferenda sind dabei insbesondere die diesbezüglichen Vorgaben der geplanten neuen Rahmenrichtlinie sowie speziell für NGN konkretisierend die geplante NGA-Empfehlung⁹¹ der Kommission zu berücksichtigen.

(1) Hinweise im laufenden TK-Review

Im Rahmen des TK-Reviews sind mit der zweiten Lesung des Parlaments am 6. Mai 2009 Vorschriften in den Gemeinsamen Standpunkt zur Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“ aufgenommen worden, mit denen noch stärkere Impulse zur regulatorischen Förderung von Infrastrukturinvestitionen insbesondere in neue und verbesserte Infrastrukturen gesetzt werden sollen.⁹² In Erwä-

⁹⁰ Bei diesem Modell wird der Preisnachlass gleichermaßen auf jede einzelne Einheit verteilt. Die abgenommene Menge ist daher für die Höhe des Preisnachlasses irrelevant. Ausschlaggebend für den Preisabschlag pro Einheit ist allein die vertragliche Bindungsdauer und die etwaige Vorauszahlungsdauer.

⁹¹ Vgl. zum diesbezüglichen NGA-Empfehlungsentwurf Fn. 60.

⁹² Vgl. dazu und zu allen anderen Änderungsvorschlägen am Gemeinsamen Standpunkt des Rates Fn. 50.

gungsgrund 43b ist unter anderem geregelt, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sein sollen, zur Schaffung von Planungssicherheit für die Investoren „gegebenenfalls die Grundregeln und Bedingungen für den Zugang festzulegen, die während angemessener Überprüfungszeiträume konsistent bleiben. Diese Grundregeln und Bedingungen können von Umfang oder Geltungsdauer des Vertrags abhängige Preisfestsetzungsvereinbarungen im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht beinhalten, sofern diese Vereinbarungen keine diskriminierenden Auswirkungen haben.“⁹³ Mit diesem Erwägungsgrund korrespondiert Art. 1 Nr. 8 lit. g des Gemeinsamen Standpunktes des Rates zur Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“ in der konsolidierten Fassung nach der zweiten Lesung des Europäischen Parlaments am 6. Mai 2009 mit dem ein neuer Art. 8 Abs. 5 lit. d RRL-Novellierungsentwurf eingefügt werden soll. Dieser normiert, dass die nationalen Regulierungsbehörden zur Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen auch dafür sorgen sollen, „dass bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird, und dass sie verschiedene Vereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangswerbern⁹⁴ zulassen, während sie gleichzeitig gewährleisten, dass der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden“⁹⁵. Materiell-rechtlich ergeben sich insoweit im Vergleich zur derzeitigen Rechtslage keine Änderungen. So können Preissetzungsvereinbarungen zwischen dem Investor und den Zugangspetenten vom „Umfang“ oder der „Geltungsdauer“ des Vertrages abhängig sein. Diese Preisdifferenzierungen dürfen jedoch zum einen nicht diskriminierend sein und müssen zum anderen zu einem effektiven Dienstewettbewerb beitragen bzw. einen solchen aufrechterhalten. Von daher ist es zwar zunächst denkbar, das vorgeschlagene „Risk-sharing“-Modell mit einer Preisdifferenzierung nach der Höhe der Abnahmemenge unter eine Preissetzungsvereinbarung abhängig vom „Umfang des Vertrags“ zu subsumieren. Jedoch wäre dieses Modell auch de lege ferenda unzulässig, da es zum einen diskriminierend ist und zum anderen auch nicht zu einem effektiven Dienstewettbewerb beiträgt.⁹⁶ Selbiges gilt für eine Preisdifferenzierung nach der absoluten Höhe eines „upfront payments“.⁹⁷ Im Gegensatz dazu erscheinen de lege ferenda auch die Modelle einer Preisdifferenzierung nach Vertragslaufzeiten oder nach der Vorauszahlungsdauer, d. h. nach der relativen

⁹³ Im Original nicht kursiv.

⁹⁴ Sic!

⁹⁵ Im Original nicht kursiv.

⁹⁶ Vgl. dazu bereits Punkt D. II. 2. b. aa. (2).

⁹⁷ Vgl. dazu bereits Punkt D. II. 2. b. aa. (1).

Höhe eines „upfront payments“ prinzipiell zulässig, da diese grundsätzlich eine angemessene gleichmäßige Risikoverteilung pro Einheit und daher auch einen effektiven Dienstewettbewerb gewährleisten, ohne dabei größere bzw. etabliertere Unternehmen zu bevorzugen.⁹⁸

(2) Hinweise in der NGA-Empfehlung

Speziell für den NGA-Bereich müssen auch die künftigen Vorgaben der Kommission in der geplanten NGA-Empfehlung⁹⁹ beachtet werden. Auch diese Empfehlung geht im Wesentlichen auf die „Risk-Sharing“-Modelle mit Vorab-Abnahmeverpflichtungen¹⁰⁰ mit einer Preisdifferenzierung nach Abnahmemengen oder Vertragslaufzeiten ein.¹⁰¹ Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die Kommission im Hinblick auf die Anwendbarkeit dieser „Risk-sharing“-Modelle strikt zwischen FTTH und FTTN/C unterscheidet. Während sie die Anwendung dieser beiden „Risk-sharing“-Modelle im Falle eines *FTTH-Ausbaus* unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig ansieht¹⁰², empfiehlt sie im Gegenzug, solche „Risk-sharing“-Modelle im Falle eines *FTTN/C-Ausbaus* grundsätzlich nicht anzuwenden, und stattdessen eine „gewöhnliche“ (spezifische) Risikoprämie zu gewähren.¹⁰³

Gegen die diesbezüglichen Empfehlungen bestehen jedoch erhebliche Bedenken. Dies betrifft zum einen die pauschale und harte Differenzierung zwischen einem FTTH- und einem FTTN/C-Ausbau bei der Frage der Anwendbarkeit von „Risk-sharing“-Modellen. Zwar ist der Kommission beizupflichten, dass der FTTN/C-Ausbau im Vergleich zum FTTH-Ausbau mit deutlich niedrigeren Risiken behaftet sein dürfte. Die Kommission verkennt dabei jedoch nicht zuletzt wegen der vergleichenden Betrachtung zu FTTH, dass auch der FTTN/C-Ausbau für sich genommen mit hohen Investition und Risiken verbunden ist. Auch beim FTTN/C-Ausbau kann daher durchaus ein berechtigtes Interesse an solchen „Risk-sharing“-Modellen bestehen. Außerdem dürften die spezifischen Risiken von FTTH und FTTN/C innerhalb einzelner Mitgliedstaaten und erst recht im Vergleich der verschiedenen Regionen der 27 Mitgliedstaaten der EG erheblich divergieren, so dass der Ausbau von FTTN in einer Region im Mitgliedstaat X erheblich risikobehafteter sein kann als ein FTTH-Ausbau in einer Region im Mitgliedstaat Y.

⁹⁸ Vgl. dazu bereits Punkt D. II. 2. b. aa. (3).

⁹⁹ Vgl. zu dem diesbezüglichen 2. Entwurf einer NGA-Empfehlung Fn. 60.

¹⁰⁰ „Up-front commitments“, vgl. Erwägungsgrund 26 der 2. Entwurf einer NGA-Empfehlung (Fn. 60).

¹⁰¹ Vgl. zu den Modellen „long-term access pricing“ und „volume discounts“ den 2. Entwurf einer NGA-Empfehlung (Fn. 60), Erwägungsgrund 26 sowie Annex I, Punkte 1., 7 und 8.

¹⁰² Vgl. dazu den 2. Entwurf einer NGA-Empfehlung (Fn. 60), Annex I, Punkte 1,7 und 8.

¹⁰³ Vgl. dazu die Formulierung „NRAs should give due consideration to these factors when calculating any risk premium for WBA based on VDSL and, in this case, should not in principle approve of the pricing schemes set out in sections 7 and 8 below“ im 2. Entwurf einer NGA-Empfehlung (Fn. 60), Annex I, Punkt 6.

Noch schwerwiegendere Bedenken bestehen gegen die Empfehlung der Kommission, ein „Risk-sharing“-Modell mit einer Preisdifferenzierung nach Abnahmemengen unter gewissen Voraussetzungen zuzulassen.¹⁰⁴ Dieser Empfehlung liegt die allgemein falsche Auffassung der Kommission zugrunde, bei diesen „Risk-sharing“-Modellen und der damit einhergehenden Preisdifferenzierung lediglich auf die Reduzierung des Investitionsrisikos beim Investor abzustellen¹⁰⁵, ohne dabei auch den Blick auf das mit der Vorab-Abnahmeverpflichtung übernommene Risiko des Zugangspetenten zu richten. Eine solche Ansicht führt jedoch – wie oben unter D. II. 2. b. aa. (2) its erläutert – de facto zu einer Privilegierung großer Anbieter, die vor dem Hintergrund des Ziels der Schaffung bzw. Aufrechterhaltung eines effektiven nachgelagerten Dienstewettbewerbs nicht zu rechtfertigen ist. Aus einer ökonomischen Perspektive erscheint es wenig sinnvoll, nur die Risiken des investierenden Unternehmens in die Beurteilung mit aufzunehmen, weil regulatorische Entscheidungen immer aus einer Effizienzperspektive getroffen werden müssen. Dazu gehört auch die Betrachtung der Risiken der Wettbewerber. Dies ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil die Wettbewerber, wie eingangs bereits diskutiert, inzwischen mehr in Telekommunikationssachanlagen investieren als die DTAG. Es bleibt daher zu hoffen, dass die Kommission nach der Konsultation zu diesem 2. Entwurf der NGA-Empfehlung die betreffenden Empfehlungen ändert. Doch selbst wenn dies nicht geschieht und die NGA-Empfehlung mit diesem Inhalt endgültig erlassen werden würde und daher gemäß Art. 19 Abs. 2 S. 2 RRL von der Bundesnetzagentur weitestgehend zu berücksichtigen wäre, würden triftige Gründe dafür sprechen, von den Empfehlungen abzuweichen.

De lege ferenda ergäbe sich daher aktuell aus materiell-rechtlicher Sicht folgendes Bild:

- 1) Im Hinblick auf „Risk-sharing“-Modelle beim ADSL-Breitbandausbau zur Erschließung der sogenannten „weißen Flecken“ würden dieselben Voraussetzungen und Ergebnisse gelten, die bereits de lege lata gelten und unter Punkt D. II. 2. b. aa. herausgearbeitet wurden.
- 2) Beim FTTN/C-Ausbau sollten solche „Risk-sharing“-Modelle dagegen nach dem aktuellen NGA-Empfehlungsentwurf der Kommission grundsätzlich gar nicht angewandt werden.
- 3) Beim FTTH-Ausbau sind dagegen „Risk-sharing“-Modelle mit Preisdifferenzierungen nach Vertragslaufzeiten sowie Abnahmemengen nach dem aktuellen NGA-Empfehlungsentwurf der

¹⁰⁴ Vgl. den 2. Entwurf einer NGA-Empfehlung (Fn. 60), Annex I, Punkt 8; vgl. zu den diesbezüglichen Bedenken bereits grundlegend Punkt D. II. 2. b. aa. (2).

¹⁰⁵ Vgl. den 2. Entwurf einer NGA-Empfehlung (Fn. 60), Annex I, Punkte 7 und 8, in denen jeweils formuliert wird: „Long-term commitment prices/Volume discounts only reflect the reduction of risk for the investor“.

Kommission grundsätzlich erlaubt, sofern sichergestellt wird, dass keine Preis-Kosten-Schere entsteht.¹⁰⁶

Es bestehen jedoch gewichtige Gründe, von 2) und 3) derart abzuweichen, dass zum einen „Risk-sharing“-Modelle grundsätzlich auch beim FTTN/C-Ausbau als zulässig erachtet werden und zum anderen „Risk-sharing“-Modelle mit Mengenrabatten als diskriminierend und daher unzulässig eingestuft werden.

Bei dieser Analyse de lege ferenda ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die relevanten Normierungsverfahren (des Richtlinienpakets und der NGA-Empfehlung) derzeit noch nicht abgeschlossen sind und die hier vorgenommene rechtliche Bewertung lediglich eine aktuelle „Momentaufnahme“ darstellt.

Als abschließendes Gesamtfazit der materiell-rechtlichen Bewertung kann daher festgehalten werden, dass die Bundesnetzagentur bei der Überprüfung von Entgeltdifferenzierungen und der dazu verwendeten Kriterien genau darauf zu achten hat, dass diese zu einer geeigneten Risikoverteilung und zu – in Relation zu dem übernommenen Risiko – angemessenen Abschlägen bei den Entgelten führen. In diesem Zusammenhang erweist sich von den drei vorgeschlagenen Modellen für den *weiteren* FTTX-Ausbau nur die „Risk-sharing“-Variante mit einer Preisdifferenzierung nach der Vertragslaufzeit sowie darauf aufbauenden weitergehenden Unterdifferenzierungen als grundsätzlich mit § 28 TKG vereinbar. Hinsichtlich einer starken und pauschalen Gewichtung der Faktoren „Höhe der Anfangszahlung“ und „abgenommene Mengen“ bestehen hingegen starke rechtliche Bedenken. Selbst wenn – im Bereich von NGN – die aktuellen Ausführungen des Entwurfs einer NGA-Empfehlung der Kommission zu den „Risk-sharing“-Modellen insoweit zum Teil anders ausfallen, bestehen für die Bundesnetzagentur gewichtige Gründe von den diesbezüglichen – soeben kritisierten – Empfehlungen abzuweichen, d. h. eine Preisdifferenzierung nach Abnahmemengen trotzdem als unzulässig anzusehen und gegebenenfalls trotzdem auch beim FTTN/C-Ausbau solche Modelle überhaupt zuzulassen.

Unabhängig davon ist darauf zu achten, dass durch entsprechende Preisdifferenzierungen keine rechtswidrige „Preis-Kosten-Schere“ i. S. d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG entsteht.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Vgl. den 2. Entwurf einer NGA-Empfehlung (Fn. 60), Annex I, Punkte 7 und 8, in denen jeweils formuliert wird: „There is a sufficient margin between wholesale and retail prices to allow for market entry by an efficient competitor in the downstream market“.

¹⁰⁷ Dies betont auch die *BNetzA* (Fn. 7), Eckpunkt 10, S. 16 sowie die *Kommission* in ihrem 2. Entwurf einer Empfehlung zur regulatorischen Behandlung von NGA (Fn. 60), Annex I, Punkt 7 und 8.

3. Implementierung dieser Ansätze in das Entgeltregulierungsverfahren

Neben der materiell-rechtlichen Bewertung muss zudem hinterfragt werden, ob und gegebenenfalls wie Risikoprämien (a.) und „Risk-sharing“-Modelle (b.) in das Verfahren der Entgeltregulierung implementiert werden können.

a. Risikoprämien

Hinsichtlich der Implementierung von Risikoprämien ergeben sich sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* keine rechtlichen Probleme. Hier lässt sich der „Standort“ solcher Risikoprämien im TKG sowie im geltenden und künftigen TK-Gemeinschaftsrecht bei der Festsetzung einer angemessenen risikospezifischen Rendite für das eingesetzte Kapital verorten.¹⁰⁸

b. „Risk-Sharing“-Modelle

Schwieriger ist dagegen die Frage nach der rechtlichen Implementierbarkeit von „Risk-sharing“-Modellen in das Verfahren der Entgeltregulierung zu beantworten. Hier ist zunächst zu überprüfen, ob sich die neuen „Risk-sharing“-Modelle in den aktuellen Rechtsrahmen des TKG einfügen lassen (aa.), bevor dann auf geplante bzw. vorgeschlagene rechtliche Änderungen *de lege ferenda* eingegangen wird (bb.)

aa. Implementierung *de lege lata*

Bevor überprüft werden kann, ob und gegebenenfalls wie sich solche „Risk-sharing“-Modelle in das aktuelle Verfahren der Entgeltregulierung einfügen lassen, muss man sich zunächst noch einmal die Wirkungsweise der „Risk-sharing“-Modelle vor Augen führen. Die „Risk-sharing“-Modelle sollen in der Regel bereits im Vorfeld von Investitionen über das Instrument freiwilliger Risikoverteilungsverträge zwischen dem Investor und den zugangsbegehrenden Wettbewerbern greifen. In diesen Risikoverteilungsverträgen wird dazu unter anderem im Voraus für den später gewährten Zugang eine Entgeltvereinbarung geschlossen.¹⁰⁹ Die Entgelthöhe soll dabei das von den Wettbewerbern mitübernommene Investitionsrisiko widerspiegeln. Solche Risikoverteilungsverträge und die darin angelegte Entgeltdifferenzierung binden zum einen die Vertragsparteien, haben aber insoweit gleichzeitig auch Auswirkungen auf die spätere Entgeltregulierung für Zugangsleistungen, die von Wettbewerbern ohne Risikoverteilungsverträge erst nach der Investition begehrt werden, als einerseits deren Entgelte entsprechend höher ausfallen müssen, andererseits dabei auch etwaige Risikominimierungen beim Investor nicht unberücksichtigt bleiben dür-

¹⁰⁸ Vgl. dazu bereits Punkt D. II. 2. a.

¹⁰⁹ Vgl. *Kirchner* (Fn. 9), S. 6 f.

fen. Die Entgelte der Wettbewerber mit und ohne Risikoverteilungsverträge stehen demnach in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis.

Vor diesem Hintergrund ist zu hinterfragen, ob die vorgeschlagenen „Risk-sharing“-Modelle mit einer Ex-ante- [(1)] oder eine Ex-post-Entgeltregulierung [(2)] nach dem TKG in Einklang zu bringen sind.

(1) „Risk-sharing“-Modelle und Ex-ante-Entgeltregulierung

Im Falle einer Ex-ante-Entgeltgenehmigung sind die Entgelte der Zugangspetenten ohne Risikoverteilungsverträge gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 31 Abs. 2 TKG anhand des *festen* KeL-Maßstabs festzulegen. Dieses Entgelt, das die Zugangspetenten ohne Risikoverteilungsverträge an den Investor entrichten müssen, würde sodann den Maßstab bilden für die entsprechend niedriger ausfallenden Entgelte der Zugangspetenten mit Risikoverteilungsverträgen. Da aber solche Risikoverteilungsverträge mit den entsprechenden Entgeltvereinbarungen bereits *vor* einer geplanten Investition geschlossen werden, eine Entgeltgenehmigung nach § 31 TKG aber wegen der zu diesem Zeitpunkt noch nicht verfügbaren Kostenunterlagen nach § 31 Abs. 5 und Abs. 6 i. V. m. § 33 TKG erst *nach* der getätigten Investition erteilt werden kann, können die Entgeltvereinbarungen somit keine konkrete Entgelthöhe beinhalten bzw. müssten, sofern sie dies doch tun, unter dem Vorbehalt einer Anpassung stehen.

In den Risikoverteilungsverträgen können daher bei einer Ex-ante-Entgeltregulierung schon deshalb allenfalls die Entgeltdifferenzierungsparameter bzw. Abschläge eines später erst einzufügenden Ausgangspreises verbindlich vereinbart werden, nicht jedoch schon das konkrete Entgelt selbst. Denn dieses ist von dem von der Bundesnetzagentur genehmigten Preis abhängig. Schon von daher sind „Risk-sharing“-Modelle im Falle einer Ex-ante-Entgeltregulierung nur als grobe Richtschnur sinnvoll. Sie können eine anschließende Entgeltregulierung nicht aushebeln¹¹⁰.

Es ließe sich gleichwohl an eine Vorabfeststellung der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Nichtmissbräuchlichkeit der *Entgeltdifferenzierungskriterien* nach § 28 TKG denken.¹¹¹ Ein entsprechendes Antragsrecht auf eine solche Feststellung fehlt jedoch im TKG, so dass die Bundesnetzagentur jedenfalls nicht zu einer entsprechenden Bescheidung verpflichtet wäre. In diesem

¹¹⁰ In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der Abschluss umstrittenerer skaliertes Verträge mit großen Abnehmern keinesfalls die Notwendigkeit einer Zugangsregulierung nach § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TKG mit dem Argument des Vorliegens freiwilliger Angebote entfallen lassen kann, weil insoweit dieser Abwägungsparameter (Annahme „von einem großen Teil des Marktes“) nicht vorläge, vgl. dazu *Thomaschki/Neumann*, in: Sacker (Hrsg.), *Berliner TKG-Kommentar*, 2. Auflage 2009, § 21, Rn. 110.

¹¹¹ Vgl. zur materiell-rechtlichen Bewertung der vorgeschlagenen Entgeltdifferenzierungskriterien Punkt D. II. 2. b. aa.

Zusammenhang muss berücksichtigt werden, dass das TKG bisher keine Norm vorsieht, die der Bundesnetzagentur die Möglichkeit einräumt, (Vorab-)Teilverwaltungsakte bzw. Teilentgeltgenehmigungen z. B. im Hinblick auf die Zulässigkeit von Entgeltdifferenzierungsparametern zu erlassen. Eine solche Rechtsgrundlage wäre jedoch nicht zuletzt wegen der Grundrechtsrelevanz und der Drittschutzproblematik bei einer solchen Vorab-Genehmigung von „Risk-sharing“-Modellen zwingend erforderlich.

Noch grundlegender bestehen an solchen Vorabfestlegungen im Rahmen einer Ex-ante-Regulierung jedoch insoweit erhebliche Bedenken, als diese Differenzierungen ja auch am KeL-Maßstab gemessen werden müssten. Das bedeutet aber, dass sie kostenorientiert begründet werden müssten. Wie im Rahmen der „Risikoprämien“ dargelegt, wäre der Faktor, der hier zwar variiert, letztlich aber doch der des vom Investor übernommenen Risikos. Dies wird durch etwaige „Mit-Investitionen“ des kooperierenden Unternehmens reduziert, so dass das Zugangsentgelt gegenüber diesem Unternehmen reduziert werden könnte. Eine solche Entscheidung könnte jedoch letztlich in ihrer konkreten Höhe erst im Rahmen der Ex-ante-Entgeltentscheidung erfolgen, da erst zu diesem Zeitpunkt entsprechende Entscheidungen über Risikobewertungen und Renditen erfolgen können. Letztlich könnten daher im Vorfeld nur sehr grobe Parameter mit Blick auf eine unzulässige Diskriminierung benannt werden, soll nicht eine partielle Ex-ante-Entgeltgenehmigung außerhalb des eigentlichen Verfahrens der Ex-ante-Entgeltgenehmigung erfolgen.

Damit bestehen erhebliche Bedenken und Inkompatibilitäten bei der Implementierung einer „Vorab-Genehmigung“ von „Risk-sharing“-Vereinbarungen im Falle einer Ex-ante-Entgeltregulierung.

(2) „Risk-sharing“-Modelle und Ex-post-Entgeltregulierung

Im Rahmen einer Ex-post-Entgeltregulierung nach § 38 TKG erscheint ein solches „Risk-sharing“-Modell dagegen grundsätzlich besser implementierbar, da hier mit dem Missbrauchsmaßstab nach § 28 TKG ein weniger strenger Entgeltmaßstab anzulegen ist als bei Entgeltgenehmigungen. Zudem müssen die Entgeltdifferenzierungen zwischen den Zugangspetenten mit Risikoverteilungsverträgen mittels der Risikoparameter ohnehin schon den Anforderungen des § 28 TKG genügen. Sofern also die Risiko- und damit auch die Differenzierungsparameter für die Entgelthöhe insbesondere den Anforderungen der § 28 Abs. 1 S. 1 TKG i. V. m. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG genügen, erscheint dieses Modell auch rechtlich zulässig. Der Investor muss aufgrund

des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen der Entgelthöhe von Zugangspeten mit und ohne Risikoverteilungsverträge die Entgelte als Maßstab heranziehen, die er später von Zugangspeten ohne Risikoverträge verlangen möchte, um insbesondere diese an den Erfordernissen des § 28 TKG auszurichten, um dann anschließend von diesen Entgelten ausgehend, entsprechende Abschläge bezüglich der Entgelte der Zugangspeten mit Risikoverträgen vornehmen zu können und gegebenenfalls kompensatorische Aufschläge für die übrigen Zugangspeten vorzusehen. Verfahrenstechnisch wäre auch eine Vorabfeststellung der Nichtmissbräulichkeit der Entgelte(differenzierungen) nach § 28 TKG i. V. m. § 38 TKG durch die Bundesnetzagentur *de lege lata* zumindest theoretisch denkbar. Allerdings würde dies voraussetzen, dass der Bundesnetzagentur bereits zu diesem Zeitpunkt (= Abschluss des Risikoverteilungsvertrages in der Regel vor Beginn der Investition!) die notwendigen Informationen zur Überprüfung der Nichtmissbräulichkeit der Entgeltdifferenzierungskriterien und *vor allem der späteren Entgelte* vorgelegt werden können.

Ein obligatorisches Antragsrecht zur Erzwingung einer Vorabfeststellung der Nichtmissbräulichkeit von Entgeltdifferenzierungskriterien und der späteren Entgelte besteht dabei *de lege lata* nicht. Eine frühe *Befassung*, jedoch keine Erzwingung einer positiven Vorabfeststellung der Nichtmissbräulichkeit der Entgelte durch die Bundesnetzagentur, kann lediglich durch eine frühzeitige Vorlage im Rahmen einer dilatorischen Vorlageverpflichtung nach § 38 Abs. 1 TKG erreicht werden.

Es kann somit festgehalten werden, dass „Risk-sharing“-Modelle mit einer Ex-post-Regulierung *de lege lata* grundsätzlich eher in Einklang gebracht werden können. Dabei erscheint es grundsätzlich auch zulässig, dass die Bundesnetzagentur Vorabfeststellungen zur Nichtmissbräulichkeit der Entgelte und damit einhergehend der Entgeltdifferenzierungsparameter trifft, um so für mehr Planungssicherheit zu sorgen. Voraussetzung ist dafür jedoch, dass die Bundesnetzagentur bereits in diesem Stadium zu einer rechtlichen Bewertung in der Lage ist, was wiederum voraussetzt, dass die Bundesnetzagentur auf eine Vergleichsmarktanalyse zurückgreifen kann bzw. der Investor schon zu diesem Zeitpunkt konkrete Kosteninformationen vorlegen kann. Insbesondere letzteres kann jedoch – wie schon bei der Ex-ante-Entgeltregulierung – bezweifelt werden.

Abschließend kann festgehalten werden, dass sich die Implementierung der neuen „Risk-sharing“-Modelle im Sinne einer verbindlichen „Vorabfestlegung“ durch die Bundesnetzagentur in das etablierte und sehr komplex aufeinander abgestimmte Regulierungsverfahren *de lege lata*

an vielen Stellen als schwierig erweist. So ist ein „Risk sharing“ vor dem Hintergrund der bisher überwiegenden Ex-ante-Entgeltregulierung von Zugangsleistungen in der Regel nicht sinnvoll, gerade auch wegen der Abhängigkeit zwischen der Entgelthöhe der Zugangspetenten mit und ohne Risikoverteilungsverträge. Im Falle einer Ex-post-Regulierung erscheint die Anwendung von „Risk-sharing“-Modellen dagegen grundsätzlich eher denkbar. Dabei muss jedoch berücksichtigt werden, dass die Entscheidung über eine Ex-ante- oder Ex-post-Entgeltregulierung gemäß § 13 Abs. 1 TKG i. V. m. § 30 TKG erst im Rahmen einer konkreten Regulierungsverfügung ergeht und daher regelmäßig von der Bundesnetzagentur überprüft werden muss¹¹² und etwaige „Risk-sharing“-Modelle daher gegebenenfalls angepasst werden müssen.

Eine Vorabfeststellung der Nichtmissbräuchlichkeit der Entgelte nach § 28 TKG durch die Bundesnetzagentur erscheint unter gewissen Voraussetzungen rechtlich zulässig. Hier fehlt jedoch bisher ein entsprechendes Antragsrecht der Parteien. Im Übrigen bedarf es für solche Entscheidungen einer hinreichenden Informationssituation bei der Bundesnetzagentur. Verbindliche Vorabfestlegungen „ins Blaue hinein“ wären rechtlich unzulässig.

Aufgrund der Tatsache, dass die genaue Ermittlung und Festlegung des übernommenen Risikos eine sehr komplexe und im Einzelfall sehr schwierige Aufgabe darstellt, sollte in diesem Bereich jedoch keine voreilige verbindliche Vorabfixierung auf bestimmte Modelle bzw. Differenzierungskriterien erfolgen, zumal es für solche Teilverwaltungsakte im Rahmen der Entgeltregulierung bisher im TKG ohnehin keine Rechtsgrundlage gibt.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass mit dem Modell der reinen Risikoprämie ein de lege lata weitaus leichter handhabbares Instrument zur Verfügung steht, das zugegebenermaßen auch seine Schwächen hat.¹¹³ Angesichts dieser Bedenken hinsichtlich der Praktikabilität und Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht sind daher sämtliche Varianten einer „Vorabfeststellung“ der Rechtmäßigkeit bestimmter Modelle gegenwärtig grundsätzlich abzulehnen. Sinnvoll ist dagegen eine, wenn auch unverbindliche, so doch hinreichende Rechtssicherheit vermittelnde Ausdifferenzierung im Rahmen entsprechender Eckpunkte, so wie sie gegenwärtig von der Bundesnetzagentur angestrebt wird. Diese sind zugleich Grundlage für die Bewertung entsprechender Zugangsregeln im Rahmen von Kooperationsmodellen (dazu sogleich III.).

¹¹² Vgl. dazu bereits Punkt D. I. 1. b.

¹¹³ Vgl. dazu bereits Punkt D. II. 1.

bb. Implementierung de lege ferenda

In seinem Gutachten schlägt *Kirchner* vor, § 28 TKG um einen Abs. 3 zu ergänzen, in welchem der in neue Breitbandnetze investierende Unternehmer¹¹⁴ auf Antrag die Nichtmissbräuchlichkeit eines Entgelts, das er in einem Risikoverteilungsvertrag¹¹⁵ vereinbart hat, von der Bundesnetzagentur feststellen lassen kann.¹¹⁶ Ein solches Antragsrecht fehlt bisher im TKG. Die (Vorab-)Feststellung der Nichtmissbräuchlichkeit der vereinbarten Entgelte nach § 28 TKG ist – bereits de lege lata – im Rahmen einer Ex-post-Entgeltregulierung denkbar. Dabei muss jedoch sichergestellt werden, dass die Bundesnetzagentur die Überprüfung auf eine Nichtmissbräuchlichkeit auch tatsächlich gewährleisten kann¹¹⁷, da gerade hier ein enormes Missbrauchspotential besteht, was die Untersuchung unter Punkt D. II. 2. b. aa. gezeigt hat. Es muss also gewährleistet sein, dass es insbesondere nicht zu Preisdiskriminierungen gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG, zu einem Preishöhenmissbrauch gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG oder zu einer Preis-Kosten-Schere i. S. d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG kommt. Bei einer Ex-ante-Entgeltregulierung ist dieser Vorschlag dagegen nicht sinnvoll, da hier ohnehin noch einmal eine und zudem an einem strengeren Maßstab orientierte Prüfung im Rahmen der Entgeltgenehmigung der Zugangsentgelte für Zugangspetenten ohne Risikoverteilungsverträge zu erfolgen hat, die wiederum rückwirkend die Entgelthöhe der Zugangspetenten mit einem Risikoverteilungsvertrag beeinflusst.¹¹⁸

Insgesamt haftet solchen (Vorab-)Feststellungen der Nichtmissbräuchlichkeit der Entgelte bzw. der diesen Entgelten zugrundeliegenden Entgeltdifferenzierungsparametern das Problem der unsicheren Informationslage zum Zeitpunkt des Abschlusses solcher Risikoverteilungsverträge an. Aus diesem Grund sowie aufgrund der Tatsache, dass die Entgelte der Zugangspetenten mit und

¹¹⁴ Unter Investitionen in neue Breitbandnetze werden sowohl solche „für den Neubau von Netzen mit einer Übertragungsrate von mindestens 1 MBit/s verstanden als auch solche, die für die Umrüstung alter Netze auf eine solche Übertragungsrate getätigt werden.“, vgl. dazu die Pressemitteilung des DStGB, in der alle Gesetzesänderungsvorschläge *Kirchners* noch einmal vollständig abgedruckt sind, abrufbar im WWW unter der URL: http://www.dstgb.de/homepage/pressemitteilungen/dstgb_legt_rechtsgutachten_zur_breitband_offensive_vor/index.html (Stand: 20.07.2009).

¹¹⁵ Risikoverteilungsverträge werden nach diesem Vorschlag definiert als „insbesondere solche Verträge, in denen entweder eine Anfangszahlung für die Übernahme des Investitionsrisikos geleistet wird, oder solche, die für einen längeren Zeitraum abgeschlossen werden, oder solche, in denen Mindestabnahmemengen vorgesehen sind“, vgl. dazu die Pressemitteilung des DStGB, in der alle Gesetzesänderungsvorschläge *Kirchners* noch einmal vollständig abgedruckt sind (Fn. 114) sowie *Kirchner* (Fn. 9), S. 14 jedoch unvollständig.

¹¹⁶ Vgl. zum vollständigen Änderungsvorschlag eines neuen § 28 Abs. 3 TKG die Pressemitteilung des DStGB (Fn. 114); unvollständig dagegen der Abdruck im Gutachten von *Kirchner* (Fn. 9), S. 14.

¹¹⁷ Vgl. dazu bereits Punkt D. II. 3. b. aa. (2).

¹¹⁸ Vgl. dazu bereits Punkt D. II. 3. b. aa. (1). Bei *Kirchner* ist dieses Problem insoweit etwas entschärft, als neben diesem Änderungsvorschlag zugleich auch eine „Aufweichung“ des KeL-Maßstabes im Rahmen einer Ex-ante-Entgeltgenehmigung vorgeschlagen wird, vgl. dazu *Kirchner* (Fn. 9), S. 14.

ohne Risikoverteilungsverträge genauestens aufeinander abgestimmt sein müssen, bestehen erhebliche Bedenken gegen solche verbindliche Vorabfeststellungen.¹¹⁹

Der Gesetzgebungsvorschlag *Kirchners* bezüglich eines neuen § 28 Abs. 3 TKG ist daher zumindest in seiner Pauschalität abzulehnen, da keine Differenzierung zwischen Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung erfolgt und zudem keine konkretisierenden Vorgaben hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Anforderungen an eine (Vorab-)Feststellung der Nichtmissbräuchlichkeit nach § 28 TKG gemacht werden.

Wie bereits unter D. II. 2. b. bb. (1) im Rahmen der materiell-rechtlichen Bewertung *de lege ferenda* erwähnt, sind im Rahmen des TK-Reviews mit der zweiten Lesung des Parlaments am 6. Mai 2009 Vorschriften zu „Risk-sharing“-Modellen in den Gemeinsamen Standpunkt zur Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“ aufgenommen worden. In Erwägungsgrund 43b ist unter anderem geregelt, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sein sollen, zur Schaffung von Planungssicherheit für die Investoren *„gegebenenfalls die Grundregeln und Bedingungen für den Zugang festzulegen, die während angemessener Überprüfungszeiträume konsistent bleiben*. Diese Grundregeln und Bedingungen können von Umfang oder Geltungsdauer des Vertrags abhängige Preisfestsetzungsvereinbarungen im Einklang, mit dem Gemeinschaftsrecht beinhalten [...].“¹²⁰ Mit diesem Erwägungsgrund korrespondiert Art. 1 Nr. 8 lit. g des Gemeinsamen Standpunktes des Rates zur Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“ in der konsolidierten Fassung nach der zweiten Lesung des Europäischen Parlaments am 6. Mai 2009, mit dem ein neuer Art. 8 Abs. 5 lit. d RRL-Novellierungsentwurf eingefügt werden soll. Dieser normiert, dass die nationalen Regulierungsbehörden zur Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen auch dafür sorgen sollen, *„dass bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird, und dass sie verschiedene Vereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangswerbern“¹²¹ zulassen [...].“¹²²*

Gemeinschaftsrechtlich wird jedoch insoweit nur vorgegeben, dass die nationalen Regulierungsbehörden solche Modelle zulassen sollen. Die Festlegung der „Grundregeln und Bedingungen“, zu denen auch solche „Risk-sharing“-Preisdifferenzierungsmodelle gehören, muss gemein-

¹¹⁹ Schließlich kommt noch das grundlegende Problem derartiger Antragsrechte hinzu, dass sie die Möglichkeit eröffnen, die Missbrauchsschwelle durch eine Vielzahl von Anträgen sukzessive bis an deren Grenze auszuloten.

¹²⁰ Im Original nicht kursiv.

¹²¹ Sic!

¹²² Im Original nicht kursiv.

schaftsrechtlich nicht durch verbindliche Vorabfeststellungen der nationalen Regulierungsbehörden erfolgen. Vielmehr kann dies auch „weicher“ und daher flexibler – wie gegenwärtig geplant – durch die Festlegung von regulatorischen Eckpunkten erfolgen, die nur grob vorgeben, welche Preisdifferenzierungen künftig als (un)zulässig eingestuft werden. Ein solcher Ansatz hat den Vorteil, dass er flexibler ist und man etwaige Fehlentwicklungen schneller korrigieren kann als im Falle einer verbindlichen, womöglich sogar gesetzlich fixierten Festlegung auf bestimmte Modelle. Man sollte es gerade in der jetzigen Situation tunlichst vermeiden, durch vereinzelte Gesetzänderungen in das komplex aufeinander abgestimmte Verfahren der Marktregulierung und insbesondere der Entgeltregulierung einzugreifen, da gerade dies zum jetzigen Zeitpunkt aufgrund der noch sehr unausgereiften und zum Teil sehr schwer implementierbaren „Risk-sharing“-Modelle eher zu Inkonsistenzen und zu Rechts- und Planungsunsicherheit führen würde. Solche Rechts- und Planungsunsicherheiten würden die Investitionsentscheidungen der beteiligten Unternehmen wahrscheinlich negativ beeinflussen.¹²³ Durch die grobe Vorstrukturierung der künftigen Regulierung im Rahmen von unverbindlichen Eckpunkten kann hingegen ein „Mehr“ an Planungssicherheit generiert werden.

Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht besteht daher kein Umsetzungsbedarf, da eine Implementierung einer Vorabkontrolle der „Risk-sharing“-Vereinbarungen im Gemeinschaftsrecht nicht verlangt wird. Eine Fixierung der grundlegenden Vorgaben in diesbezüglichen Eckpunkten, wie dies gegenwärtig von der Bundesnetzagentur erfolgt, ist dagegen sinnvoll.

¹²³ Vgl. zu den Wirkungen von Unsicherheit auf Telekommunikationsinvestitionen *Heimeshoff*, Essays in Telecommunications Economics, 2008, abrufbar im www unter der URL: <http://www.opus.ub.uni-erlangen.de/opus/volltexte/2008/1204/pdf/GerritUlrichHeimeshoffDissertation.pdf>, S. 73-75 und 83-87.

III. Rechtliche Bewertung von Kooperationsmodellen

Eine weitere Möglichkeit, Investitionskosten und Investitionsrisiken zu minimieren bzw. zu verteilen, um dadurch die Investitionsbereitschaft in (neue) Breitbandnetze zu erhöhen, besteht darin, dass die miteinander in Wettbewerb stehenden TK-Anbieter Kooperationen beim Aus- bzw. Aufbau neuer Breitbandinfrastrukturen eingehen.¹²⁴ Dabei geht es vorliegend ausschließlich um *Festnetz*-NGA. Die hier vorgeschlagen Kooperationsmodelle bzw. Kooperationsmöglichkeiten reichen vom Infrastruktur-Sharing, d. h. der gemeinsamen Nutzung von Netzelementen, über den gemeinsamen (parallelen) Rollout von neuer Infrastruktur bis hin zu Kooperationen, die darauf gerichtet sind, die infrastrukturelle Erschließung verschiedener Städte oder Stadtgebiete aufzuteilen.¹²⁵ Der Bundesnetzagentur kommt dabei in Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt die Aufgabe zu, derartige Kooperationsmodelle auf ihre regulatorische und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit hin zu überprüfen. Dabei sollen nach Möglichkeit diesbezüglich getroffene Positionen und Feststellungen dieser Behörden verallgemeinert werden, so dass für die kooperationswilligen Unternehmen eine hinreichende Planungs- und Rechtssicherheit betreffend ihrer angestrebten Kooperationen besteht.¹²⁶

Nachfolgend werden daher solche Kooperationsmodelle auf ihre rechtliche Vereinbarkeit mit dem (sektorspezifischen) Kartellrecht überprüft. Dabei werden vorwiegend die Kooperationen mit Beteiligung der DTAG als (grundsätzlich) marktbeherrschendem Unternehmen in den Fokus genommen, bei denen Gebietsabsprachen erfolgen. D. h. es geht um jene Modelle, bei denen die kooperierenden Unternehmen die Breitbanderschließung eines/mehrerer Ausbaugebiete/s untereinander aufteilen und sich gegenseitig Zugang zu bestimmten, in der Kooperationsvereinbarung festgelegten Konditionen gewähren. Derartige Vereinbarungen erscheinen auf den ersten Blick rechtlich problematischer als jene Kooperationen, die sich auf den gemeinsamen Rollout von neuen Infrastrukturen oder lediglich auf ein Infrastruktur-Sharing beschränken. Sofern gewährleistet wird, dass diese beiden Kooperationsformen (zumindest bis zu einem gewissen Zeitpunkt) für weitere kooperationswillige Unternehmen diskriminierungsfrei offen stehen, erscheinen sie tendenziell rechtlich weniger problematisch. Dies zeigt sich auch daran, dass ein Infrastruktur-

¹²⁴ Vgl. dazu die Breitbandstrategie der Bundesregierung (Fn. 1), Maßnahme 4 auf S. 12 sowie Maßnahme 10 auf S. 20 sowie die *BNetzA* (Fn. 7), Eckpunkt 3, S. 13 ff.; vgl. zu diesem Punkt besonders im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit auch *Kirchner* (Fn. 9), S. 8 ff.

¹²⁵ Vgl. *BNetzA* (Fn. 7), Eckpunkt 3, S. 13 f.

¹²⁶ Vgl. dazu die Breitbandstrategie der Bundesregierung (Fn. 1), S. 20 sowie die *BNetzA* (Fn. 7), Eckpunkt 3, S. 14.

Sharing im Mobilfunkbereich bereits seit längerem erfolgt und von der Bundesnetzagentur akzeptiert wird.¹²⁷ Zudem erscheinen Kooperationen jeglicher Art, die zwischen kleineren Unternehmen ohne die Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens erfolgen, tendenziell – unabhängig von der Kooperationsform – kartellrechtlich unbedenklich.

Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Kooperationsmodellen in Form von Gebietsabsprachen ist zunächst festzustellen, dass sich insoweit keine spezifischen Hinweise im geltenden Telekommunikationsrecht der EG bzw. des TKG finden lassen. Es kommt daher maßgeblich darauf an, ob solche Kooperationen mit dem GWB, insbesondere dessen §§ 1 und 2 vereinbar sind (1.). Diese kartellrechtliche Beurteilung kann jedoch nicht isoliert vorgenommen werden, sondern hat mit Blick auf die regulatorische Behandlung der mit solchen Kooperationen etwaig einhergehenden Zugangs- und Preisdifferenzierungen¹²⁸ zu erfolgen (2.). Gerade deshalb ist in diesem Bereich eine koordinierte enge Zusammenarbeit zwischen der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt erforderlich, wie sie in § 123 TKG angelegt ist.

1. Vereinbarkeit mit den §§ 1 und 2 GWB

Bei der kartellrechtlichen Beurteilung muss zunächst untersucht werden, ob die Kooperationen im Bereich des Breitbandausbaus überhaupt unter das allgemeine Kartellverbot des § 1 GWB fallen (a.). Sofern das Kartellverbot des § 1 GWB grundsätzlich greifen würde, muss überprüft werden, ob solche Kooperationen nicht als freigestellte Vereinbarungen i. S. d. § 2 GWB anzusehen sind (b.).

a. Kooperationsmodelle als Kartelle i. S. d. § 1 GWB

Zunächst ist zu untersuchen, ob die geschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 GWB erfüllt sind (aa.), bevor etwaige ungeschriebene Tatbestandsrestriktionen des § 1 GWB analysiert werden können (bb.).

aa. Geschriebene Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 GWB

Nach § 1 GWB sind „Vereinbarungen zwischen Unternehmen [...], die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken [...] verboten.“

¹²⁷ Vgl. dazu *BNetzA* (Fn. 7), S. 15.

¹²⁸ Vgl. dazu bereits Punkt D. II. 2.

(1) Vereinbarung zwischen Unternehmen

Eine Kooperation in Form einer Gebietsabsprache zwischen Telekommunikationsunternehmen, die miteinander im Infrastruktur- bzw. zumindest im nachgelagerten Dienstewettbewerb stehen, stellt ein „Vereinbarung“ bzw. zumindest eine „aufeinander abgestimmte Verhaltensweise[n]“ zwischen Unternehmen i. S. d. § 1 GWB dar.

(2) Wettbewerbsbeschränkende Wirkung

Fraglich ist, ob solchen Kooperationsvereinbarungen in Form von Gebietsabsprachen eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung¹²⁹ zukommt. Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung liegt vor, wenn die wettbewerbliche Handlungsfreiheit eines an der Vereinbarung beteiligten Unternehmens und/oder¹³⁰ unbeteiligter Dritter, wie z. B. der Mitwettbewerber oder der Verbraucher¹³¹ beeinträchtigt wird.¹³² Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung respektive der Einschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit wird dabei sehr weit ausgelegt, was zu einem weitem und umfassendem Kartellverbot führt.¹³³ Eine Einschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit und damit eine tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung werden dabei in jeder bezweckten oder bewirkten Veränderung der Marktbedingungen gesehen.¹³⁴

(a) Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs

Im Rahmen solcher Gebietsabsprachen verpflichten sich die Unternehmen, die Breitbanderschließung in einer Region untereinander aufzuteilen. Während ein Unternehmen den Breitbandausbau im Gebiet A vornimmt, übernimmt das andere kooperierende Unternehmen den Ausbau im Gebiet B. Mit der Verpflichtung, sich gegenseitig auf Ebene des Infrastrukturwettbewerbs in

¹²⁹ Die in § 1 GWB aufgezählten Alternativen „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ gehen in dem umfassenden Oberbegriff der „Wettbewerbsbeschränkung“ auf. Eine strikte Trennung der Begriffe ist daher nicht nötig; s. *Bechtold*, in: *Bechtold* (Hrsg.), *GWB Kommentar*, 4. Auflage 2006, § 1, Rn. 23.

¹³⁰ Ob eine Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit Dritter, an der Vereinbarung Unbeteiligter, ausreichend ist, oder ob eine solche kumulativ zur Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit eines der Partner der Vereinbarung vorliegen muss, ist in der Literatur umstritten und wird auch in der Entscheidungspraxis nicht einheitlich gehandhabt. Vgl. dazu *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV Kommentar*, 3. Auflage 2007, Art. 81 EGV, Rn. 83 und Rn. 96 ff. sowie *Bechtold*, in: *Bechtold* (Hrsg.), *GWB Kommentar*, 4. Auflage 2006, § 1, Rn. 25. Darüber, dass eine solche Außen- bzw. Drittwirkung vorliegen muss, besteht Einigkeit. Während manche diese Voraussetzung bereits innerhalb des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeeinträchtigung kumulativ oder alternativ neben einer Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit der Partner der Vereinbarung fordern, sehen andere diese Voraussetzung als gesondertes ungeschriebenes und dem § 1 GWB immanentes Tatbestandsmerkmal an. Zu letzterer Ansicht vgl. *Bechtold*, in: *Bechtold* (Hrsg.), *GWB Kommentar*, 4. Auflage 2006, § 1, Rn. 30.

¹³¹ Vgl. *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV Kommentar*, 3. Auflage 2007, Art. 81 EGV, Rn. 83.

¹³² Vgl. *Bechtold*, in: *Bechtold* (Hrsg.), *GWB Kommentar*, 4. Auflage 2006, § 1, Rn. 24 ff.

¹³³ Vgl. *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV Kommentar*, 3. Auflage 2007, Art. 81 EGV, Rn. 84 und Rn. 98.

¹³⁴ Vgl. *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV Kommentar*, 3. Auflage 2007, Art. 81 EGV, Rn. 84.

einem Gebiet keine Konkurrenz zu machen, ist immer eine Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit der an der Kooperation beteiligten Unternehmen verbunden.

Spiegelbildlich geht mit dieser Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit der Vorteil für die beteiligten Unternehmen einher, zumindest keine Konkurrenz von dem kooperierenden Unternehmen in „ihrem Gebiet“ befürchten zu müssen.

Somit liegt auf der *Ebene des Infrastrukturwettbewerbs* eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung sowohl für die an der Kooperation beteiligten Unternehmen als auch für dritte (potenzielle) Infrastrukturwettbewerber vor.

(b) Beschränkung des Dienstewettbewerbs

Eine solche Kooperation mit Gebietsabsprachen hat nicht nur Auswirkungen auf den Infrastrukturwettbewerb, sondern wird regelmäßig auch Ausstrahlungen auf die nachgelagerten, auf dieser Infrastruktur aufsetzenden Dienstmärkte haben. Insbesondere soll in diesen Kooperationsvereinbarungen regelmäßig vereinbart werden, dass sich die Partner gegenseitig Zugang zu – gegenüber sonstigen Zugangspetenten – vergünstigten Bedingungen einräumen, um so trotz der Ausbaubeschränkung auch im Ausbaugbiet des Partners dem eigenen Kundenstamm Dienste über die neue Breitbandinfrastruktur zu lukrativen Preisen anbieten zu können. Die Bindung der Beteiligten bei den Modalitäten der gegenseitigen Zugangsgewährung hat wiederum mittelbar – vergleichbar mit den Risk-sharing-Modellen – Auswirkungen auf die Zugangsmodalitäten und somit auch auf die Zugangsbegehren außenstehender Zugangspetenten gegenüber den kooperierenden Unternehmen.

Folglich liegt auch auf den nachgelagerten Märkten eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung einer solchen Kooperation mit Gebietsabsprachen vor, die zudem Außen- bzw. Drittwirkung hat.

(3) Bezwecken bzw. Bewirken der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung

Die Kooperationsvereinbarungen „bewirken“ daher zumindest objektiv die soeben dargelegten Wettbewerbsbeschränkungen i. S. d. § 1 GWB. Ob diese auch „bezweckt“ sind, kann aufgrund der Alternativität dieser Tatbestandmerkmale dahingestellt bleiben.¹³⁵

¹³⁵ Zur Differenzierung zwischen „bezwecken“ und „bewirken“ vgl. *Bechtold*, in: *Bechtold* (Hrsg.), *GWB Kommentar*, 4. Auflage 2006, § 1, Rn. 26 sowie *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV Kommentar*, 3. Auflage 2007, Art. 81 EGV, Rn. 103 ff.

(4) Zwischenergebnis

Aufgrund des Vorliegens der geschriebenen Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB müssten solche Kooperationsmodelle grundsätzlich als verbotene *horizontale Gebietskartelle* eingestuft werden. Bereits in diesem Zusammenhang ist jedoch anzumerken, dass insbesondere durch eine sachgerechte Festlegung der Zugangsbedingungen für Dritte die wettbewerbsbeschränkende Wirkung und dabei insbesondere die negative Ausstrahlungswirkung der Infrastrukturkooperationen auf die nachgelagerten Dienstmärkte durchaus minimiert bzw. vollständig aufgehoben werden kann.¹³⁶

bb. Ungeschriebene Tatbestandsrestriktionen des § 1 GWB

Aufgrund der sehr weiten Interpretation des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung und des daher grundsätzlich sehr weitreichenden Kartellverbots nach § 1 GWB wird versucht, dessen Anwendungsbereich durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der „spürbaren Außenwirkung“ [(1.)] bzw. durch anderweitige Tatbestandsrestriktionen [(2.)] wieder einzuschränken.¹³⁷

(1) „Spürbarkeit“

Einigkeit besteht darin, dass das Kartellverbot nur bei Wettbewerbsbeschränkungen mit spürbarer Außenwirkung greift. Mit diesem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal soll erreicht werden, dass Vereinbarungen, Beschlüsse, etc., die nur Wettbewerbsbeschränkungen mit theoretischer oder geringfügiger und unbedeutender Außenwirkung zur Folge haben, nicht vom Kartellverbot erfasst werden.¹³⁸ Zur Konkretisierung dieser unbestimmten Formulierungen kann dabei auf die Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamts zurückgegriffen werden.¹³⁹ Darin wird vorwiegend auf die Marktanteile der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen auf den betroffenen Märkten abgestellt.¹⁴⁰ Bei Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die diese Marktanteile nicht erreichen, wird daher das Bundeskartellamt gemäß Nr. 7 der Bagatellbekanntmachung regelmäßig kein Verfahren nach § 1 GWB einleiten, da die Auswirkungen dieser Vereinbarungen regel-

¹³⁶ Vgl. dazu Punkt D. III. 1. b. dd. sowie Punkt D. III. 2.

¹³⁷ Vgl. zu den Restriktionen Weiß, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, 3. Auflage 2007, Art. 81 EGV, Rn. 99 und Rn. 108 ff.

¹³⁸ Vgl. zu diesem Kriterium der „Spürbarkeit“ Bechtold, in: Bechtold (Hrsg.), GWB Kommentar, 4. Auflage 2006, § 1, Rn. 31 f. m. w. H.

¹³⁹ Die aktuelle Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamtes ist abrufbar im WWW unter der URL: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07Bagatellbekanntmachung.pdf (Stand: 20.07.2009).

¹⁴⁰ Vgl. Nr. 8 ff. der Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamtes.

mäßig als geringfügig einzustufen sind (Nr. 6 Bagatellbekanntmachung). Zu beachten ist jedoch, dass diese Bagatellbekanntmachung nicht für Kernbeschränkungen i. S. d. Nr. 13 – 15 der Bagatellbekanntmachung gilt. Eine Kooperation mit einer Gebietsabsprache beim Breitbandausbau kann, wie soeben aufgezeigt, zumindest mittelbar eine Beschränkung der „Produktion von Dienstleistungen“ durch eine „Aufteilung von Märkten“ bewirken. Es liegt daher eine Kernbeschränkung i. S. d. Nr. 15 der Bagatellbekanntmachung vor, mit der Folge, dass die Bagatellbekanntmachung in diesem Fall gar nicht anwendbar ist (Nr. 13 Bagatellbekanntmachung).

Solche Kooperationen mit Gebietsabsprachen sind daher regelmäßig unabhängig von den Marktanteilen der beteiligten Unternehmen als spürbar einzustufen.

(2) Anderweitige Tatbestandsrestriktionen

Neben dem einschränkenden Kriterium der „spürbaren Außenwirkung“ wird auch eine Tatbestandsrestriktion durch eine „rule of reason“ bzw. immanente Wettbewerbsbeschränkungen diskutiert.¹⁴¹ Unter einer – ursprünglich dem amerikanischen Kartellrecht entstammenden – „rule of reason“ versteht man eine Abwägung zwischen den wettbewerbshemmenden und wettbewerbsfördernden Aspekten einer Vereinbarung bereits auf Ebene des Tatbestandes.¹⁴² Sofern die wettbewerbsfördernden Aspekte die gleichzeitig mit einer Vereinbarung einhergehenden wettbewerbsbeeinträchtigenden Aspekte aufwiegen können, letztere also lediglich (notwendige) „Begleiterscheinungen“ der Wettbewerbsförderung sind, soll nach diesem Ansatz bereits der Tatbestand des § 1 GWB verneint werden.¹⁴³

Bevor dabei überprüft werden kann, ob die Voraussetzungen für eine Tatbestandsrestriktion im Wege einer „rule of reason“ bzw. einer immanenten Wettbewerbsbeschränkungen für die grundsätzlich als Gebietskartelle einzustufenden Kooperationen konkret vorliegen [(b)], muss geklärt werden, ob eine „rule of reason“ im deutschen bzw. europäischen Kartellrecht überhaupt anerkannt ist [(a)].

¹⁴¹ Vgl. dazu *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, 3. Auflage 2007, Art. 81 EGV, Rn. 108 ff.

¹⁴² Vgl. dazu *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, 3. Auflage 2007, Art. 81 EGV, Rn. 113. Die weitere – gleichfalls umstrittene – Fallgruppe einer „rule of reason“ angesichts der Funktionswendigkeit einer spezifischen Vereinbarung ist vorliegend nicht einschlägig. Ihre Berechtigung soll daher vorliegend nicht weiter analysiert werden.

¹⁴³ Eine solche Abwägung ist gesetzlich eigentlich erst in § 2 Abs. 1 Nr. 1 GWB vorgesehen. Insoweit werden systematische Bedenken gegen eine solche „rule of reason“ vorgebracht; vgl. dazu auch D. III. 1. a. bb. (2) (a).

(a) „Rule of reason“ bzw. immanente Wettbewerbsbeschränkungen

Bei einem solchen Ansatz muss berücksichtigt werden, dass die (grundsätzliche) Anwendbarkeit einer „rule of reason“ bzw. die Akzeptanz immanenter Wettbewerbsbeschränkungen im deutschen und europäischen Kartellrecht umstritten ist. Zwar wird in der Entscheidungspraxis versucht, den weiten Tatbestand des § 1 GWB bzw. des Art. 81 Abs. 1 EG einzuschränken. So hat der EuGH bereits in vereinzelt Entscheidungen eine Tatbestandsrestriktion bei einer grundsätzlich wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung mit der *Förderung neuen Wettbewerbs* begründet.¹⁴⁴ Auch wurden Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen nicht unter den Tatbestand des Kartellverbots subsumiert, wenn sie für die *Ermöglichung des Marktzutritts erforderlich* sind, weil ansonsten – ohne diese Kooperationen – die Entwicklungsaufwendungen für ein einzelnes Unternehmen zu groß gewesen wären.¹⁴⁵ Dabei ist jedoch umstritten, ob diese tatbestandlichen Restriktionen Resultat der Anwendung einer „rule of reason“ sind oder ob sie vielmehr als dem Tatbestand des § 1 GWB bzw. Art. 81 Abs. 1 EG immanente Schranken anzusehen sind, die sich aus der teleologischen Auslegung des Tatbestandes ergeben.¹⁴⁶ Doch selbst wenn man darin noch *keine generelle Abwägung* zwischen wettbewerbsbeschränkenden und wettbewerbsfördernden Aspekten im Rahmen einer „rule of reason“ sieht¹⁴⁷, besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, dass das weitreichende Kartellverbot aufgrund des relativ eng umrissenen Freistellungstatbestandes des § 2 GWB bereits auf der Ebene des Tatbestandes von § 1 GWB eingeschränkt werden muss.¹⁴⁸

Im Folgenden wird daher im Grundsatz von der Anwendbarkeit einer „rule of reason“ bzw. immanenter Wettbewerbsbeschränkungen als Tatbestandsrestriktion ausgegangen, wobei jedoch im Rahmen der konkreten „rule of reason“-Abwägung eine Abgrenzung zur Abwägung innerhalb der Freistellungsnorm des § 2 Abs. 1 GWB erfolgen muss.

(b) „Rule of reason“ bzw. immanente Wettbewerbsbeschränkungen bei Gebietsabsprachen

Unter dem Gesichtspunkt einer „rule of reason“ bzw. immanenter Wettbewerbsbeschränkungen könnte man daran denken, Kooperationsvereinbarungen mit Gebietsabsprachen schon tatbestandlich nicht unter § 1 GWB zu subsumieren, da auch mit einem so ausgestalteten Kooperationsmo-

¹⁴⁴ EuGH, Urteil vom 8. Juni 1982, Rs. 258/78, Slg. 1982, 2015, Rn. 57 f.

¹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 30. Juni 1966, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281, S. 304.

¹⁴⁶ Vgl. dazu *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, 3. Auflage 2007, Art. 81 EGV, Rn. 108 ff. und dabei insbesondere Rn. 112 ff.

¹⁴⁷ So *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, 3. Auflage 2007, Art. 81 EGV, Rn. 114 f.

¹⁴⁸ Die dogmatische Frage, ob diese Tatbestandsrestriktionen letztlich auf einer „rule of reason“ beruht oder durch eine einschränkende teleologische Auslegung des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung erfolgt, kann hier letztlich offen gelassen werden.

dell eine Risikominimierung bzw. Risikoverteilung beim Aufbau von Breitbandinfrastrukturen bezweckt wird, was wiederum mehr Anreize erzeugen soll, in solche Infrastrukturen zu investieren. Man könnte daher argumentieren, dass mit solchen Gebietsabsprachen der Grundstein für Investitionen in neue Breitbandinfrastrukturen und damit auch für den darauf aufsetzenden neuen Dienstewettbewerb gelegt werden soll¹⁴⁹ und sie daher – trotz der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen – für den Marktzutritt erforderlich sind. Ferner könnte dargelegt werden, dass durch die Investitionen die Wettbewerbsintensität zwischen Infrastrukturen steigen wird, da durch die Kooperation eine bereits bestehende Kabelinfrastruktur wettbewerbsseitig „angegriffen“ werden kann. Um jedoch eine sinnvolle Abgrenzung zur Abwägung im Rahmen des § 2 Abs. 1 GWB zu gewährleisten, kann eine solche Tatbestandsrestriktion nur dann angenommen werden, wenn *hinreichend klar* ist, dass ohne dieses Kooperationsmodell *überhaupt keine (Erst-)Investitionen erfolgen* werden bzw. die Wettbewerbsintensität zwischen den Infrastrukturen gerade durch die Kooperationen nachhaltig gesteigert wird. Sofern lediglich zu befürchten ist, dass es *vielleicht nicht zu (parallelen) Investitionen* ohne ein solches Kooperationsmodell kommen wird, erscheint dagegen eine Tatbestandsrestriktion unangemessen. In diesem Fall muss geprüft werden, ob nicht gegebenenfalls eine Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB erfolgen kann.

Aufgrund der unsicheren Prognoseentscheidung kann jedenfalls nicht pauschal eine Tatbestandsrestriktion im Sinne einer „rule of reason“ bzw. immanenter Wettbewerbsbeschränkungen – ihre prinzipielle Anerkennung unterstellt – für das hier geprüfte horizontale und gebietsbezogene Kooperationsmodell angenommen werden.

b. Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen nach § 2 GWB

Daher muss also überprüft werden, ob nicht zumindest eine Freistellung solcher Kooperationen nach § 2 Abs. 1 GWB in Betracht zu ziehen ist. Demnach sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen dann vom Verbot nach § 1 GWB freigestellt, wenn sie „unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen 1. Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder 2. Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.“

¹⁴⁹ Vgl. zu diesem Gesichtspunkt bereits *Kirchner* (Fn. 9), S. 9 f.

aa. Effizienzvorteile durch Gebietsabsprachen

Durch die im Grundsatz wettbewerbsbeschränkenden Gebietsabsprachen müssten demnach zunächst Effizienzvorteile entstehen.¹⁵⁰ Durch Kooperationen in Form von Gebietsabsprachen beim Infrastrukturaufbau vermindert sich das Investitionsrisiko bei den beteiligten Unternehmen, indem sie einen kostengünstigeren Zugang zu Breitbandinfrastrukturen in verschiedenen Gebieten aufbauen können, jedoch dafür nur einen beschränkten Anteil der Gebiete selbst erschließen müssen. Durch diese Kosteneinsparungen beim Netzaufbau und die dadurch generierten Anreize, in moderne Breitbandinfrastrukturen zu investieren, wird allgemein der technische Fortschritt gefördert, da in kürzerer Zeit und in größerer Flächenabdeckung den Konsumenten breitbandige Infrastrukturen bereit gestellt werden können. Allerdings wird hier je nach Region zu differenzieren sein, in welchem Umfang welche breitbandigen Alternativen (etwa der Kabelnetzbetreiber) bereits bestehen und welche zusätzlichen Investitionen gerade durch die Kooperation ausgelöst werden.

bb. Beteiligung der Marktgegenseite an den Effizienzvorteilen

Die Marktgegenseite, insbesondere die Diensteanbieter und Endkunden, profitieren dabei letztlich insoweit von diesen Vorteilen, als sie nun auf ein leistungsfähigeres Produkt mit neuen verbesserten Merkmalen zugreifen können und somit am technischen Fortschritt partizipieren.¹⁵¹

cc. Keine Ausschaltung eines wesentlichen Teils des Wettbewerbs

Des Weiteren dürfte für eine Freistellung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 GWB der Wettbewerb für die betreffenden Waren oder Dienstleistungen¹⁵² bzw. ein wesentlicher Teil dieses Wettbewerbs durch die Kooperationsvereinbarung nicht ausgeschaltet sein. Entscheidend kommt es darauf an, dass auf dem räumlich und sachlich relevanten Markt weiter wirksamer Wettbewerb besteht. Dies ist wiederum im Wesentlichen vom Marktanteil der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen abhängig.¹⁵³ Im Falle von Kooperationen in Form von Gebietsabsprachen beim Infrastrukturaufbau hängt eine solche Beurteilung also nicht zuletzt davon ab, ob künftig eine Regionalisierung bei der räumlichen Marktabgrenzung vorgenommen wird oder nicht.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Vgl. zu diesen beiden Voraussetzungen *Bechtold*, in: *Bechtold* (Hrsg.), *GWB Kommentar*, 4. Auflage 2006, § 2, Rn. 11 – 16.

¹⁵¹ Vgl. dazu schon *Kirchner* (Fn. 9), S. 11. Allgemein zum Merkmal der „Beteiligung am Gewinn“ vgl. auch *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV Kommentar*, 3. Auflage 2007, Art. 81 EGV, Rn. 162.

¹⁵² Vgl. zur Gleichstellung von Waren und Dienstleistungen *Bechtold*, in: *Bechtold* (Hrsg.), *GWB Kommentar*, 4. Auflage 2006, § 2, Rn. 21.

¹⁵³ Vgl. dazu *Bechtold*, in: *Bechtold* (Hrsg.), *GWB Kommentar*, 4. Auflage 2006, § 2, Rn. 21.

¹⁵⁴ Vgl. dazu Punkt V.

Gebietsabsprachen zwischen kleineren nicht marktbeherrschenden Unternehmen sind diesbezüglich unbedenklich, so dass grundsätzlich eine Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB in Betracht kommt.¹⁵⁵

Dagegen sind Gebietsabsprachen zwischen Unternehmen mit höheren Marktanteilen und insbesondere Kooperationen mit einem SMP-Unternehmen im Grundsatz kritischer zu bewerten.¹⁵⁶

Auch wenn den an der Kooperation beteiligten Unternehmen allein oder insgesamt eine marktbeherrschende Stellung auf den betreffenden Markt zukommt, muss dies jedoch nicht zwangsläufig mit einem Ausschluss des Wettbewerbs verbunden sein.¹⁵⁷ Hierbei ist insbesondere darzulegen, dass durch solche Kooperationen (gegebenenfalls) ja gerade erst neue Infrastrukturen aufgebaut werden sollen, welche die Grundlage bilden für den darauf aufbauenden Dienstewettbewerb mit neuen Produkten, der sonst unter Umständen mangels entsprechender Infrastrukturen erst gar nicht entstehen würde.

Zudem kann der Wettbewerb durch eine flankierende Zugangs- und Entgeltregulierung sichergestellt werden, so dass der Ausschlussstatbestand des § 2 Abs. 1 Nr. 2 GWB regelmäßig nicht greift.

dd. Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen

Als letzte Voraussetzung für eine Freistellung vom Kartellverbot müssen die mit der Gebietsabsprache einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen zur Verwirklichung der verfolgten Ziele (Reduzierung der Investitionsrisiken, technischer Fortschritt) unerlässlich sein (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Es ist also zu prüfen, ob die Wettbewerbsbeschränkungen verhältnismäßig sind.¹⁵⁸ Eine Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen kann nur dann angenommen werden, wenn die damit verfolgten Ziele bzw. die Vorteile anders nicht erreicht werden können, es also an einer weniger bzw. gar nicht wettbewerbsbeschränkenden Alternative fehlt. Dies hängt letztlich wieder von der unsicheren Prognose ab, ob ohne eine solche Kooperation gar keine bzw. aus volkswirtschaftlicher Sicht nur unzureichende Investitionen in neue Infrastrukturen getätigt würden.

¹⁵⁵ So im vorliegenden Zusammenhang auch die *BNetzA* (Fn. 7), S. 13. Vgl. dazu allgemein auch *Bechtold*, in: Bechtold (Hrsg.), *GWB Kommentar*, 4. Auflage 2006, § 2, Rn. 23, der sogar von einer Verbesserung der strukturellen Voraussetzungen für den Wettbewerb ausgeht, wenn der Markt von einem nicht am Kartell beteiligten Unternehmen beherrscht wird und sich ausschließlich Wettbewerber des Marktbeherrschers zu einem Kartell zusammenschließen.

¹⁵⁶ Vgl. zu den diesbezüglichen Marktanteilsschwellen *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV Kommentar*, 3. Auflage 2007, Art. 81 EGV, Rn. 166.

¹⁵⁷ Vgl. *Bechtold*, in: *Bechtold* (Hrsg.), *GWB Kommentar*, 4. Auflage 2006, § 2, Rn. 23.

¹⁵⁸ Vgl. *Bechtold*, in: *Bechtold* (Hrsg.), *GWB Kommentar*, 4. Auflage 2006, § 2, Rn. 17; *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV Kommentar*, 3. Auflage 2007, Art. 81 EGV, Rn. 164.

Insgesamt erscheint es daher sinnvoll, neben den Ausprägungen des Infrastruktur-Sharings sowie des gemeinsamen Rollouts von neuen Netzen auch Kooperationen mit Gebietsabsprachen grundsätzlich als freigestellte Vereinbarungen anzusehen, soweit sie mit Blick auf die Investitionsschwierigkeiten gerechtfertigt sind und sofern deren konkrete Ausgestaltung den telekommunikationsrechtlichen Anforderungen der Zugangs- und Entgeltregulierung genügt¹⁵⁹, da dann sichergestellt ist, dass die wettbewerbsbeschränkenden Effekte der Vereinbarung auf ein erträgliches Maß neutralisiert werden. Deshalb ist besonders an dieser „Nahtstelle“ zwischen allgemeinem und sektorspezifischem Kartellrecht eine enge Zusammenarbeit zwischen Bundeskartellamt und der Bundesnetzagentur erforderlich, z. B. in Form einer gemeinsamen Ausformulierung von „Eckpunkten“ bezüglich solcher Kooperationsmodelle.

2. Flankierende regulatorische Vorgaben aus dem Telekommunikationsrecht

Kooperationsmodelle mit Gebietsabsprachen können – wie soeben dargestellt – nur dann als freistellungsfähige Vereinbarungen i. S. d. § 2 Abs. 1 TKG angesehen werden, wenn schon in den jeweiligen Vereinbarungen sichergestellt wird, dass die von diesen Kooperationen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen durch eine effektive telekommunikationsrechtliche Zugangs- und Entgeltregulierung kompensiert werden. So müssen solche Kooperationsmodelle grundsätzlich (bis zu einem bestimmten Zeitpunkt) hinreichend offen sein für den Beitritt weiterer Unternehmen. Zudem muss auch der Zugang zu den durch Kooperationen errichteten Netzen für Dritte, d. h. nicht an der Kooperation beteiligte Unternehmen, offen und nicht diskriminierend möglich bleiben, damit es nicht zu Wettbewerbsverschlüssen auf den nachgelagerten Dienstemärkten kommt. Dies gilt ebenfalls für die Entgeltfixierung als zentralem Bestandteil eines effektiven Zugangsrechts.

Insbesondere kooperationsbedingte Preisdifferenzierungen müssen sich an dem bereits bei den „Risk-sharing“-Modellen erörterten Grundsatz der Nichtdiskriminierung des § 28 TKG messen lassen. Die Intensität der sektorspezifischen Zugangs- und Entgeltregulierung kann dabei durchaus je nach konkreter Kooperationsvereinbarung variieren, z. B. je nachdem wie notwendig eine solche Kooperation für (Erst-)Investitionen in neue Breitbandinfrastrukturen ist bzw. je nachdem welche Unternehmen an der Kooperation beteiligt sind.

¹⁵⁹ Vgl. dazu sogleich unter Punkt D. III. 2.

Unter Wahrung dieser Kriterien dürften die Voraussetzungen einer kartellrechtlichen Freistellung im Sinne des § 2 GWB durchaus angenommen werden können und es gelten im Übrigen die dargelegten Anforderungen an entsprechende Modelle aus regulatorischer Sicht¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Siehe dazu soeben unter Punkt D. II.

IV. Modifikationen bei der Entgeltregulierung

Neben der Einführung von „Risk-sharing“-Modellen wurde von der DTAG vor allem eine Neuausrichtung der Entgeltregulierung im Rahmen des NGA gefordert, die für mehr Investitionsanreize sorgen soll.¹⁶¹ Dazu werden verschiedene – zum Teil gravierende – Änderungen am gegenwärtigen Entgeltregulierungsregime vorgeschlagen. Zu diesen gehören zum einen der Verzicht auf eine Ex-ante-Entgeltregulierung zugunsten einer Ex-post-Entgeltregulierung¹⁶² (dazu 1.) und zum anderen eine Abkehr vom KeL¹⁶³-Maßstab als fester Obergrenze für Entgelte¹⁶⁴ (bei einer Ex-ante-Entgeltregulierung) (dazu 2.). Diese Vorschläge sollen nachfolgend auf ihre rechtliche Vereinbarkeit mit dem TKG und dem EG-Telekommunikationsrecht sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* überprüft werden.

1. Verzicht auf eine Ex-ante-Entgeltregulierung zugunsten einer Ex-post-Regulierung

Fraglich ist, ob eine Abkehr von der bisher im Vorleistungsbereich überwiegend praktizierten Ex-ante-Entgeltregulierung¹⁶⁵ hin zu einer pauschalen Ex-post-Entgeltregulierung im Bereich neuer Breitbandnetze rechtlich zulässig wäre. Dazu ist zunächst zu untersuchen, ob eine solch rigide und pauschale Änderung der Regulierungspraxis mit den gegenwärtigen Vorgaben des TKG in Einklang zu bringen wäre (a.). Anschließend wird überprüft, ob solche Änderungen und Festlegungen in der Regulierungspraxis in diesem Bereich mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vereinbar wären (b.).

a. Vereinbarkeit eines Vorrangs der Ex-post-Entgeltregulierung mit dem TKG

Bei der Frage nach der Vereinbarkeit eines künftigen Vorrangs der Ex-post-Entgeltregulierung mit dem TKG ist maßgeblich auf die Vorschrift des § 30 TKG abzustellen, der die entscheidende Stellschraube ist für die Entscheidung, ob die betroffenen Vorleistungen einer Ex-ante- oder einer

¹⁶¹ Vgl. DTAG, Neuausrichtung der Entgeltregulierung zur Schaffung von Investitionsanreizen (Fn. 8) sowie DTAG, Regulatorische und betriebswirtschaftliche Grundlagen für Investitionen in NGA – Die Sicht der DTAG (Fn. 8), S. 11.

¹⁶² Vgl. DTAG, Regulatorische und betriebswirtschaftliche Grundlagen für Investitionen in NGA – Die Sicht der DTAG (Fn. 8), S. 11.

¹⁶³ Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.

¹⁶⁴ Vgl. DTAG, Neuausrichtung der Entgeltregulierung zur Schaffung von Investitionsanreizen (Fn. 8), Punkt 13 sowie DTAG, Regulatorische und betriebswirtschaftliche Grundlagen für Investitionen in NGA – Die Sicht der DTAG (Fn. 8), S. 11.

¹⁶⁵ Einen kurzen Überblick über die gegenwärtige Entgeltregulierungspraxis bietet die BNetzA, Tischvorlage zu Tagesordnungspunkt 2 der 68. Sitzung des Beirates – Entwicklung einer Wettbewerbskonzeption, S. 4.

Ex-post-Entgeltregulierung zu unterwerfen sind. § 30 TKG enthält dabei für die verschiedenen Konstellationen im Bereich der Vorleistungsentgeltregulierung ein ausdifferenziertes System. Innerhalb dieser möglichen Konstellationen gibt der Gesetzgeber der Bundesnetzagentur ein Regel-Ausnahme-Verhältnis für ihre Entscheidung vor, ob die Entgelte für die in Rede stehenden Zugangsleistungen ex ante oder ex post reguliert werden sollen.

Die Forderung eines Vorrangs der Ex-post-Entgeltregulierung für Zugangsleistungen zu neuen (schnellen) breitbandigen Infrastrukturen ist daher in ihrer Pauschalität vor dem Hintergrund dieser ausdifferenzierten Regelungen des § 30 TKG auf den ersten Blick nicht tragbar. Sie wäre allenfalls dann mit § 30 TKG vereinbar, wenn bei neuen Breitbandinfrastrukturen keine Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG auferlegt werden würden¹⁶⁶, da in einem solchen Fall die Regelung des § 30 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 TKG mit dem Grundsatz der Ex-post-Regulierung greifen würde. Aber natürlich müssten auch hier weiterhin Ausnahmen gemäß § 30 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 TKG zulässig sein.

Zumindest im Falle von – nach der gegenwärtigen Gesetzeslage sehr wahrscheinlich – auferlegten Zugangsverpflichtungen nach § 21 Abs. 3 TKG¹⁶⁷ ist diese Forderung streng nach dem Wortlaut des § 30 TKG nicht erfüllbar, da sie das vom Gesetzgeber vorgegebene Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen § 30 Abs. 1 S. 1 TKG und der §§ 30 Abs. 1 S. 2, 30 Abs. 3 S. 2 TKG ins Gegenteil verkehren würde, wonach eine Ex-post-Entgeltregulierung nur „ausnahmsweise“ (§ 30 Abs. 3 S. 2 TKG) oder unter den kumulativen Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 S. 2 TKG erfolgen soll.¹⁶⁸ Auch wenn man diese *gesetzgeberische Vorstrukturierung* als gemeinschaftsrechtswidrig, insbesondere als mit den Art. 8 und 13 ZRL unvereinbar einstuft, und man im Rahmen einer gemeinschaftskonformen Auslegung versucht, die „Ausnahmen“ weit zu interpretieren, um so das Regel-Ausnahme-Verhältnis zu neutralisieren, bestehen immer noch erhebliche rechtspolitische Bedenken gegen die geforderte pauschale Vorabfestlegung der Bundesnetzagentur z. B. in

¹⁶⁶ Vgl. zu dieser weiteren Forderung *DTAG*, Neuausrichtung des Marktregulierungsprozesses zur Förderung von Investitionen und Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit (Fn. 8), Punkt 5.

¹⁶⁷ Zwar kann die Bundesnetzagentur auch von diesen Zugangsverpflichtungen absehen. Ein Abweichen von diesen Soll-Verpflichtungen ist jedoch aufgrund des intendierten Ermessens auf atypische Fallkonstellationen beschränkt und bedarf einer Rechtfertigung. Vgl. dazu *Scherer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz Kommentar, 2008, § 21, Rn. 41. Zu den Bedenken hinsichtlich der Gemeinschaftsrechtskonformität dieser „Soll“-Zugangsverpflichtungen *Thomaschki/Neumann*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner TKG-Kommentar, 2. Auflage 2009, § 21, Rn. 188 ff., die jedoch im Ergebnis die gesetzliche Vorstrukturierung des behördlichen Ermessens in § 21 Abs. 3 TKG als zulässig ansehen (Rn. 190).

¹⁶⁸ Zu den gemeinschaftsrechtlichen Bedenken hinsichtlich einer solchen gesetzgeberischen Vorstrukturierung des behördlichen Ermessens *Schuster/Ruhle*, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage 2006, § 30, Rn. 20 f. sowie *Mayen*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz Kommentar, 2. Auflage 2008, § 30, Rn. 40 ff.

Form einer Verwaltungsvorschrift, dass Zugangsleistungen zu (schnellen) Breitbandinfrastrukturen einen Fall des § 30 Abs. 1 S. 2 TKG bzw. eine solche „Ausnahme“ i. S. d. § 30 Abs. 3 S. 2 TKG bilden und daher nur einer Ex-post-Entgeltregulierung zu unterwerfen sind. Denn auch hier wäre die Ermessensausübung der Bundesnetzagentur – wenn auch diesmal nicht durch den Gesetzgeber – wieder pauschal in eine Richtung festgelegt. In diesem Bereich sollte jedoch eine Entscheidung im Einzelfall getroffen werden¹⁶⁹, zumal die Entscheidung über eine Ex-ante- oder Ex-post-Regulierung ohnehin gemäß § 30 TKG i. V. m. § 13 Abs. 1 S. 1 TKG Bestandteil der Regulierungsverfügung ist, die im Rahmen des § 14 Abs. 2 TKG regelmäßig (mit) zu überprüfen ist.¹⁷⁰ Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Bundesnetzagentur eine solche Entscheidung in der Regel auch gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 TKG i. V. m. § 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG an die Kommission und an die anderen nationalen Regulierungsbehörden weiterleiten muss, deren Stellungnahme sie weitestgehend zu berücksichtigen hat (§ 12 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Das ist mit einer pauschalen Festlegung auf ein Regulierungsmodell aber nicht in Einklang zu bringen.

Der geforderte pauschale Vorrang einer Ex-post-Regulierung für Entgelte, die für Zugangsleistungen zu neuen (schnellen) Breitbandnetzen erhoben werden, ist daher mit dem geltendem Recht, insbesondere mit dem – gemeinschaftsrechtskonform ausgelegten – § 30 TKG nur schwer vereinbar, da eine solche Entscheidung nach dieser Vorschrift insbesondere von einer Abwägung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG abhängig ist, die jedoch sinnvollerweise im konkreten Einzelfall zu erfolgen hat. Eine pauschale Vorabfestlegung des Abwägungsergebnisses zugunsten einer Ex-post-Entgeltregulierung begegnet dabei denselben (rechtspolitischen) Bedenken wie eine Verlängerung der Regulierungsperioden, da auch hier ein Abweichen von einer solchen Vorabfeststellung nötig wäre, wenn sich aufgrund der Ex-post-Entgeltregulierung Fehlentwicklungen am Markt einstellen würden. Aus Gründen der Regulierungsflexibilität können daher auch solche behördlichen Vorabfestlegungen kein „Mehr“ an Rechts- und Planungssicherheit gewährleisten. Neben diesen mehr verfahrensrechtlichen Bedenken bestehen auch inhaltliche Bedenken gegen eine pauschale Festlegung auf eine Ex-post-Entgeltregulierung in diesem Bereich. So würde man die bisherige Regulierungspraxis weitgehend umkehren und die Rechtsgedanken des Gesetzgebers¹⁷¹, die hinter dieser ausdifferenzierten Regelung des § 30 TKG stehen, außer Acht lassen.

¹⁶⁹ So auch die *BNetzA* (Fn. 7), S. 26.

¹⁷⁰ Vgl. dazu bereits Punkt D. I. b.

¹⁷¹ Dem gesetzgeberischen Regel-Ausnahme-Verhältnis liegt die Erwägung zugrunde, dass Zugangsverpflichtungen, die nach § 21 TKG auferlegt wurden, „wesentlich“ für die Nachfrager sind, da es sich bei diesen Leistungen um

b. Vereinbarkeit eines Vorrangs der Ex-post-Entgeltregulierung mit dem Gemeinschaftsrecht

Auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht ergibt sich keine andere Bewertung. Konkrete Vorgaben hinsichtlich der Frage, ob Entgelte ex post oder ex ante reguliert werden sollen, enthalten die gemeinschaftsrechtlichen TK-Richtlinien nicht. In Erwägungsgrund 20 ZRL wird bestimmt, dass eine Preiskontrolle notwendig sein kann, „wenn die Marktanalyse ergibt, dass auf bestimmten Märkten der Wettbewerb unzureichend ist“. Mit diesem Erwägungsgrund korrespondiert Art. 13 Abs. 1 S. 1 ZRL, wonach einem Betreiber die Verpflichtung zur Preiskontrolle auferlegt werden kann, wenn die Marktanalyse darauf hinweist, „dass ein Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamen Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte“. Auch Art. 8 Abs. 5 lit. f. RRL-Novellierungsentwurf macht bezüglich der Auferlegung von regulatorischen Ex-ante-Verpflichtungen Vorgaben. Demnach sollen regulatorische Ex-ante-Verpflichtungen nur dann auferlegt werden, wenn es keinen „wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb“ gibt. Zudem sollen solche bereits auferlegten Verpflichtungen gelockert oder aufgehoben werden, wenn ein solcher wirksamer und nachhaltiger Wettbewerb erreicht ist. An diesen Formulierungen zeigt sich deutlich, dass die Grundvoraussetzung für eine Ex-ante-Entgeltkontrolle das Fehlen von wirksamem Wettbewerb auf dem betreffenden Markt ist. Weitere zusätzliche einschränkende Vorgaben für eine Ex-ante-Preiskontrolle enthält die ZRL dagegen nicht. Die Entscheidung über das konkret anzuwendende Entgeltregulierungsregime steht vielmehr grundsätzlich im *Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde*¹⁷². Die Auferlegung einer Ex-ante-Preiskontrolle muss dabei jedoch – wie auch die sonstigen (Zugangs-)Verpflichtungen – gemäß Art. 8 Abs. 4 ZRL „im Hinblick auf die Ziele des Artikels 8 [RRL] [...] angemessen und gerechtfertigt sein“. Diese Angemessenheitsprüfung anhand der Regulierungsziele ist nun auch im 2007 neu eingefügten § 30 Abs. 3 S. 2 TKG angelegt.¹⁷³ Den fortbestehenden gemeinschaftsrechtlichen Bedenken gegen die *gesetzliche Vorstrukturierung* dieser Ermessenentscheidung („ausnahmsweise“) kann dabei mit einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des § 30 Abs. 3 S. 2 TKG begegnet werden.

solche handelt, bei den der SMP-Betreiber eine faktische Alleinstellung hat und daher eine negative Wettbewerbsprognose besteht, die es rechtfertigt, die Entgelte für diese Zugangsleistungen grundsätzlich ex ante zu regulieren. Vgl. dazu die Gesetzesbegründung zum damaligen § 28 TKG 2004, BT-Drs. 755/03.

¹⁷² Gerade deshalb wird eine Vorstrukturierung dieses Ermessens durch den Gesetzgeber als gemeinschaftsrechtlich unzulässig angesehen.

¹⁷³ Vgl. Scherer, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG Kommentar, 2008, § 30, Rn. 8 und Rn. 35 ff.

Gegen eine *behördliche Vorstrukturierung* dieser Ermessensentscheidung in Form einer Festlegung auf eine Ex-post-Entgeltregulierung für Zugangsleistungen zu neuen Breitbandnetzen durch die Bundesnetzagentur selbst bestehen zwar diese institutionell-rechtlichen Probleme nicht. Es bestehen jedoch insoweit auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht materiell-rechtliche Bedenken, als hier pauschal einem Regulierungsziel, nämlich der Förderung von Infrastrukturinvestitionen und der Unterstützung von Innovationen, sehr einseitig der Vorzug gegeben wird und die Gefahr besteht, dass die anderen Regulierungsziele aus Art. 8 Abs. 2 RRL aus den Augen verloren werden. Insbesondere erscheint eine Abwägung im Einzelfall, wie sie bereits insbesondere in § 30 Abs. 3 S. 2 TKG angelegt ist, besser geeignet, auf etwaige Änderungen zu reagieren, als eine pauschale behördliche Festlegung auf ein Modell.

Zumindest im Bereich der NGA-Regulierung wird auch diesbezüglich künftig die NGA-Empfehlung der Kommission zu beachten sein. Diese enthält in der derzeitigen Fassung¹⁷⁴ ein sehr ausdifferenziertes System, das ebenfalls der pauschalen Festlegung auf eine Ex-post-Regulierung zumindest bei NGA widerspricht. Insbesondere sollen im Bereich des Breitbandzugangs für Großkunden (Markt 5), zu dem auch der Bitstream-Access gehört, zumindest bei FTTN/C (VDSL) grundsätzlich *kostenorientierte Preise* auferlegt werden, was wiederum nach dem gegenwärtigen deutschen Rechtsrahmen des TKG mit einer Ex-ante-Entgeltregulierung verbunden wäre.¹⁷⁵

2. Abkehr vom KeL-Maßstab als fester Obergrenze für die Entgelthöhe

Eine weitere von der DTAG angestrebte Änderung ist die Aufhebung des KeL-Maßstabes als feste Obergrenze für die Entgelthöhe bei Zugangsleistungen zu neuen Breitbandnetzen.¹⁷⁶ Dazu müsste § 31 Abs. 1 S. 1 TKG geändert bzw. aufgehoben werden, da dieser ausdrücklich die KeL als Obergrenze für die Entgelte im Rahmen der Ex-ante-Entgeltregulierung normiert. Einen entsprechenden Änderungsvorschlag hat in diesem Zusammenhang *Kirchner* vorgebracht, demzufolge in § 31 TKG ein neuer Absatz 7 mit folgendem Wortlaut eingefügt werden soll: „Bei der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit eines nach Maßgabe des § 30 Abs. 1 S. 1 genehmigungsbedürftigen Entgelts ist die Bundesnetzagentur nicht an die Obergrenze der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung [...] gebunden, wenn das Netz, zu dem der Antrag auf Zugang im Sinn

¹⁷⁴ Vgl. Fn. 60.

¹⁷⁵ Vgl. dazu Empfehlung Nr. 36 des 2. Entwurf einer NGA-Empfehlung (Fn. 60).

¹⁷⁶ Vgl. DTAG, Neuausrichtung der Entgeltregulierung zur Schaffung von Investitionsanreizen (Fn. 8), Punkt 13.

von § 21 Abs. 1 gestellt wird, ein neues Breitbandnetz¹⁷⁷ [...] ist. Wird der Antrag von einem Unternehmen das keinen Risikoverteilungsvertrag im Sinne von § 28 Abs. 3 abgeschlossen hat, gestellt, so berücksichtigt die Bundesnetzagentur bei der Genehmigung des Entgelts einen Zuschlag, der unter der Annahme des vollen Investitionsrisikos und unter Berücksichtigung einer langfristigen Risikoverteilung durch den Netzbetreiber errechnet wird.¹⁷⁸

Fraglich ist daher, ob eine solche Abkehr vom KeL-Maßstab mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbaren wäre. Art. 13 Abs. 1 S. 1 ZRL spricht bezüglich des Entgeltmaßstabes von „kostenorientierten Preisen“. Dies würde vom Wortlaut her zunächst für einen weicheren Maßstab sprechen als er in Deutschland mit § 31 Abs. 1 S. 1 TKG vorgegeben ist. Jedoch ist in diesem Zusammenhang auch die Regelung des Art. 13 Abs. 3 S. 1 ZRL zu sehen, wonach sich die Preise des regulierten Betreibers bei einer Verpflichtung zur Kostenorientierung aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite „errechnen“. Hierin könnte man einen strengen Kostenmaßstab mit einer festen Obergrenze erblicken. In Art. 13 Abs. 3 S. 2 ZRL werden sodann die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung genannt, jedoch ohne Hinweis darauf, ob diese Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung eine feste Obergrenze bilden sollen oder lediglich eine Orientierung daran erfolgen soll.

Auch wenn die Bewertung damit gemeinschaftsrechtlich offen sein mag, stellt sich die Frage, ob eine solche Aufweichung des KeL-Maßstabs ökonomisch sinnvoll ist. Bisher sind keine guten Gründe ersichtlich, die dafür sprechen, vom bewährten KeL-Maßstab abzurücken bzw. diesen zu modifizieren, da sich dieser als hinreichend flexibel erweist, um auf Veränderungen am Markt oder praktische Bedürfnisse zu reagieren. Diese Flexibilität des KeL-Maßstabes zeigt sich an verschiedenen Stellen, wie beispielsweise bei der Berücksichtigung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals gemäß § 31 Abs. 2 TKG i. V. m. § 31 Abs. 4 TKG, der eine nicht abschließende Aufzählung („insbesondere“) verschiedener berücksichtigungsfähiger und berücksichtigungspflichtiger Kriterien normiert. Weitere Flexibilität ist über § 31 Abs. 3 S. 1 TKG gewährleistet, der insoweit die ohnehin schon hinreichend flexible Kostenobergrenze der KeL in gerechtfertigten Fällen (weiter) nach oben „aufweicht“.

¹⁷⁷ Ein neues Breitbandnetz ist danach ein Netz mit einer Übertragungsrates von mindestens 1 Mbit/s, vgl. *Kirchner* (Fn. 9), S. 14.

¹⁷⁸ Vgl. dazu *Kirchner* (Fn. 9), S. 14.

Genau aus diesen Gründen wird auch in der Regulierung anderer Netzwirtschaften wie der Energieordnung¹⁷⁹ ein solches Abrücken von der etablierten Effizienzorientierung keineswegs angestrebt.

Solange also nicht hinreichend starke Gründe für eine Abkehr von dem bewährten Maßstab ersichtlich sind, ist von einem solchen Wandel abzuraten, zumal im Rahmen der Ex-post-Entgeltregulierung ja ohnehin der KeL-Maßstab schon relativiert ist. Ferner wäre eine Abkehr von der schon jetzt hinreichend flexiblen Kostenobergrenze der KeL mit einer erheblichen Rechts- und Planungsunsicherheit behaftet, da keine bestimmten Anhaltspunkte – abgesehen von der Missbrauchsgrenze des § 28 TKG – für eine Preisfestsetzung mehr bestehen würden.

¹⁷⁹ Vgl. zur unlängst erfolgten Implementierung einer effizienzorientierten Anreizregulierung *Koenig/Kühling/Rasbach*, *Energierrecht*, 2. Aufl. 2008, S. 127 ff.

V. Möglichkeiten einer regionalisierten Regulierung

Gegenstand der gegenwärtigen Debatte über die Ausrichtung bzw. Ausgestaltung der Regulierung zur Förderung von Infrastrukturinvestitionen ist auch das in jüngerer Zeit häufig diskutierte Thema der Regionalisierung.¹⁸⁰ Darunter versteht man grob eine stärker räumlich differenzierte Marktdefinition/Marktanalyse, die letztlich mit einer stärkeren Differenzierung bei der Anwendung der Regulierungsinstrumente verbunden ist. Damit soll erreicht werden, dass die Regulierung besser auf etwaig bestehende unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse eingeht, die aus dem unterschiedlich schnellen und intensiven Infrastrukturausbau in verschiedenen Gebieten resultieren.¹⁸¹ Nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass andere EG-Mitgliedsstaaten bereits zum Teil eine regionalisierte Regulierung praktizieren¹⁸², stellt sich auch für die künftige Regulierung des deutschen Telekommunikationsmarktes die Frage, wie ein solcher Ansatz vor dem Hintergrund der damit einhergehenden Umsetzungs- bzw. Ausgestaltungsschwierigkeiten und den damit verbundenen Konsistenzproblemen¹⁸³ rechtlich (1.) und ökonomisch (2.) zu bewerten ist.

1. Rechtliche Bewertung

Bei der rechtlichen Bewertung kann zunächst festgehalten werden, dass sich im gegenwärtigen gemeinschaftsrechtlichen und deutschen Telekommunikationsrecht kaum explizite Hinweise auf eine Regionalisierung der Regulierung finden lassen. Lediglich in Nr. 60 der Marktanalyseleitlinien der Kommission¹⁸⁴ wird erwähnt, dass im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung neben nationalen Märkten auch lokale und regionale Märkte festgelegt werden können. Eine Regionalisierung der Regulierung ist aber im Kern bereits bei der räumlichen Marktabgrenzung im Rahmen der Marktdefinition nach § 10 TKG bzw. Art. 15 RRL angelegt. Ein räumlich relevanter Markt umfasst nach Nr. 58 der Marktanalyseleitlinien der Kommission – die auch bei einer räumlichen Marktabgrenzung gemäß Art. 15 Abs. 3 S. 1 RRL weitestgehend zu berücksichtigen ist –

¹⁸⁰ Vgl. dazu zuletzt die *DTAG*, Neuausrichtung des Marktregulierungsprozesses zur Förderung von Investitionen und Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit (Fn. 8), Punkt 3 sowie *Kirchner* (Fn. 9), S. 18.

¹⁸¹ Vgl. *DTAG*, Neuausrichtung des Marktregulierungsprozesses zur Förderung von Investitionen und Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit (Fn. 8), Punkt 3.

¹⁸² Vgl. dazu die Präsentation der *Ehrler*, Regionalisierung in der Regulierung – Geographische Segmentierung von Märkten am Beispiel der Breitbandmärkte in England und Österreich. Die Präsentation ist abrufbar im WWW unter der URL: http://www.sbr-net.com/fileadmin/sbr-group/pdf/juconomy/aktuelles/Regionalisierung_in_der_Regulierung_Vortrag_SBR_Juconomy_15072008.pdf (Stand: 20.07.2009).

¹⁸³ Insgesamt eher kritisch gegenüber dem Punkt der Regionalisierung die *BNetzA* (Fn. 7), Eckpunkt 13, S. 28 f.

¹⁸⁴ Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, Abl. EG Nr. C 165/6.

ein Gebiet in dem „[...] die Wettbewerbsbedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind und von Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen“. Je höher die Anforderungen der Regulierungsbehörde für die Annahme einer „hinreichenden Homogenität“ der Wettbewerbsbedingungen sind, desto eher werden kleinere regionale bzw. lokale Märkte definiert und damit eine „Regionalisierung“ vollzogen.

Diese bereits im gelten Telekommunikationsrechtsrahmen angelegte Möglichkeit einer Regionalisierung soll nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers in Zukunft stärker von den Regulierungsbehörden in den Fokus genommen und angewendet werden. So soll nach Art. 1 Nr. 8 lit. g der aktuellen Fassung der Review-Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“ ein neuer Art. 8 Abs. 5 lit. e RRL eingefügt werden, der vorgibt, dass die Regulierungsbehörden unter anderem „die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit Wettbewerb und Verbrauchern, die in den verschiedenen geographischen Gebieten innerhalb der Mitgliedsstaaten herrschen, gebührend berücksichtigen“ sollen. Damit korrespondiert auch der Erwägungsgrund 43c der Richtlinie „Bessere Rechtsetzung“, wonach die nationalen Regulierungsbehörden „bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der aufzuerlegenden Verpflichtungen und Bedingungen die unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse in den einzelnen Gebieten der betreffenden Mitgliedsstaaten berücksichtigen“ sollten. Dies wird in Bezug auf die Preisfestsetzung noch weiter konkretisiert durch Annex I Nr. 1 der geplanten NGA-Empfehlung, wonach der Vorleistungspreis für den physischen Zugang zu Netzinfrastrukturen kein einheitlicher Durchschnittspreis sein soll, sofern beträchtliche Kostenunterschiede zwischen verschiedenen Gebieten bestehen. Eine solche Preisdifferenzierung bzw. allgemein eine Differenzierung der Regulierungsmaßnahmen ist dabei jedoch nur Ausfluss und logische Folge einer stärker ausdifferenzierten und kleinräumigeren räumlichen Marktabgrenzung bei der Marktdefinition.

Es kann daher resümiert werden, dass bereits unter dem geltenden Telekommunikationsrechtsrahmen eine Regionalisierung der Regulierung grundsätzlich möglich ist. Eine solche Regionalisierung beinhaltet eine ausdifferenzierte Marktdefinition im Wege einer strengeren Anwendung des „Homogenitätsmerkmals“ zur Ermittlung des gleichen Marktes mit einer daraus resultierenden Differenzierung zwischen den verschiedenen subnationalen Märkten bei der Marktanalyse, der Auferlegung von „remedies“ und der konkreten Entgeltfestsetzung.

Von dieser bereits jetzt bestehenden Möglichkeit der Regionalisierung der Regulierung soll nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers künftig (mehr) Gebrauch gemacht werden.

Letztlich verbleibt die Entscheidung darüber jedoch bei der Bundesnetzagentur, die sich mit der Ausgangsfrage der Regionalisierung befassen muss, nämlich ob und wann auf einem (bisher nationalem) Markt keine hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen (mehr) herrschen und daher eine Unterteilung in mehrere subnationale Märkte erfolgen muss. Dabei muss sie auch die Zielvorgaben des § 2 Abs. 2 TKG im Blick haben, einschließlich des Ziels einer flächendeckenden Grundversorgung bei erschwinglichen Preisen, das gegebenenfalls für eine weit reichende Aufrechterhaltung der Tarifeinheit im Raum spricht. Dies wird jedoch bei der Konkretisierung eines Regionalisierungskonzepts im Einzelnen zu prüfen sein.

2. Ökonomische Bewertung

Die Diskussion um eine regionalisierte Regulierung ist demnach insgesamt weniger rechtlich geprägt, sondern erfordert letztlich vor allem eine grundsätzliche regulatorische Weichenstellung¹⁸⁵. Aus regulierungsökonomischer Sicht ist eine Regionalisierung der Regulierung grundsätzlich sehr gut denkbar. Allerdings müssen dazu einige Voraussetzungen gegeben sein. Gegenwärtig können aus einer Regionalisierung auch erhebliche regulatorische Risiken, insbesondere mit Blick auf die Planungs- und Investitionssicherheit, erwachsen.

Für eine Regionalisierung in der Entgeltregulierung kann zunächst sprechen, dass so eine Preisdifferenzierung erfolgt, die v. a. in der gegenwärtigen Investitionssituation einer Migration ins Glasfasernetz passgenau dort finanzielle Spielräume für die Wettbewerber generiert, wo auch die Kosten für das „Mitmigrieren“ (im Falle des NGA-Ausbaus) entstehen.¹⁸⁶

Gegen einen Wechsel hin zu einer entsprechenden Regionalisierung sprechen jedoch eine Reihe von Gründen und zwar allen voran die regulatorische Kontinuität. Denn eine Regionalisierung wurde auch bislang nicht vorgenommen, obwohl die Kostensituation regional differierte. Ferner sprechen Gründe der Praktikabilität eher gegen eine derartige regionale Differenzierung, zumal eine solche Regionalisierung in allen regulatorischen Bereichen erfolgen müsste. Darüber hinaus kann etwa bezogen auf die künftige Glasfaser-Regulierung noch nicht einmal mit Sicherheit gesagt werden, in welchen Bereichen und Regionen eine Migration in Glasfaser künftig durchge-

¹⁸⁵ Daher kann vorliegend auch keine umfassende Bewertung erfolgen.

¹⁸⁶ Vgl. dazu bereits Kühling/Heimeshoff, Die Entgeltregulierung der Kupfer-TAL vor dem Hintergrund der NGA-Migration (Fn. 16), S. 28.

führt wird und folglich Regionalisierungsbedarf bestehen wird. Eine Regionalisierung der Entgelte setzt aber zumindest voraus, dass dies mit hinreichender Sicherheit bestimmt werden kann.¹⁸⁷ 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. Im Übrigen hängt die Reichweite der Migration gerade auch von der Fixierung der Kupfer-TAL-Entgelte ab und hohe Entgelte können hier die DTAG von einer weiteren Migration abhalten. Eine Regionalisierung der Regulierung bzw. der Entgelte ist schließlich nur dann sinnvoll, wenn diese auch auf der gesamten Wertschöpfungskette erfolgen kann.

Es lässt sich demnach zusammenfassend festhalten, dass eine Regionalisierung nur dann erfolgen sollte, wenn diese auf der Basis eines stimmigen und konsistenten Modells unter Berücksichtigung sämtlicher Auswirkungen auf alle Wertschöpfungsketten entwickelt wird. Dabei sollten die Erfahrungen in anderen Mitgliedstaaten der EG (also v. a. Österreich und das Vereinigte Königreich) einbezogen werden. Da ein derartiges schlüssiges Konzept bislang in Deutschland nicht ersichtlich ist, kann von einem übereilten Wechsel in eine regionalisierte Regulierung gegenwärtig nur abgeraten werden.

¹⁸⁷ Siehe von Weizsäcker, Regionalisierung der Regulierung im Bitstromzugangs-Markt?, Discussion Paper C189, 2008, und dort insbesondere die Beispiele aus Großbritannien.

E. Ergebnisse

Ausgangssituation

1. Mitte Februar 2009 hat die Bundesregierung eine Breitbandstrategie beschlossen mit dem kurzfristigen Ziel, bis Ende 2010 die Lücken in der Breitbandversorgung zu schließen. Langfristig sollen zudem bis 2014 bereits 75 % der deutschen Haushalte mit schnellen Breitbandanschlüssen von mindestens 50 Mbits/s Sekunde erschlossen sein. Zur Verwirklichung dieser Ziele sind in den nächsten Jahren Investitionen in Höhe von mehreren Milliarden Euro in die Breitbandinfrastruktur erforderlich. Um solche Investitionen zu generieren bzw. zu fördern, sieht die Bundesregierung unter anderem ein Maßnahmenbündel zur Verbesserung der Planungssicherheit für die in Breitbandinfrastrukturen investierenden Unternehmen als wichtig an. Daneben sollen von der Bundesnetzagentur „Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur“ erarbeitet werden. Im Zusammenhang mit der künftigen Regulierung sind zudem von verschiedener Seite und insbesondere von der DTAG teils weit reichende Vorschläge für eine Änderung des Regulierungsrahmens vorgebracht worden, deren zentralen Elemente Gegenstand der vorliegenden juristisch-ökonomischen Untersuchung sind. Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass allzu weit reichende Änderungen der Regulierungspraxis und erst recht des gesetzlichen Rahmens eher skeptisch zu betrachten sind, da sie ihrerseits die Rechts- und Planungsunsicherheit eher steigern als sie zu verringern.
2. Im Kern sind fünf Stoßrichtungen in der Debatte zu unterscheiden, nämlich
 - erstens, der Vorschlag einer Verlängerung der Regulierungsperioden,
 - zweitens, die Einführung bzw. Anerkennung von Risikoprämien und „Risk-sharing“-Modellen,
 - drittens, die großzügige Billigung von Kooperationen,
 - viertens, Modifikationen bei der Entgeltregulierung und schließlich
 - fünftens, eine stärkere Regionalisierung in der Regulierung.

Verlängerung der Regulierungsperioden

Vereinbarkeit einer Änderung der bisherigen Regulierungspraxis mit dem TKG

3. Die Perioden zur regelmäßigen Überprüfung von *Marktdefinition* (§ 10 TKG) und *Marktanalyse* (§ 11 TKG) auf bis zu fünf Jahre zu verlängern, wäre in jedem Fall rechtswidrig, da § 14 Abs. 2 TKG anordnet, dass die Ergebnisse einer Überprüfung der Marktdefinition und Marktanalyse von der Bundesnetzagentur alle zwei Jahre vorzulegen sind.
4. Eine Verlängerung der Zeiträume für die Überprüfung von *Regulierungsverfügungen* ist rechtlich problematisch und vermag angesichts der jedenfalls erforderlichen Änderungs- und Widerrufsvorbehalte auch keinen Beitrag zu dem Ziel einer erhöhten Rechts- und Planungssicherheit zu leisten.
5. Die Befristung von *Entgeltgenehmigungen* über zwei Jahre hinaus zu verlängern, wäre de lege lata wenn überhaupt nur unter einem Änderungs- bzw. Widerrufsvorbehalt zulässig, der gewährleistet, dass:

erstens, eine Rückanbindung an die sich gegebenenfalls geänderten Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse erfolgt,

zweitens, einem zwischenzeitlichen Wechsel der Entgeltregulierung weg von einer Ex-ante- hin zu einer Ex-post-Regulierung Rechnung getragen wird sowie

drittens, etwaige Änderungen bei den Kostenunterlagen bzw. Kostenstrukturen berücksichtigt werden.

Angesichts der zwingenden Notwendigkeit eines solchen Änderungs- bzw. Widerrufsvorbehalts kann auch eine diesbezügliche Fristverlängerung nicht mehr Rechts- und Planungssicherheit gewährleisten als die bisherige Praxis mit einer Befristung der Genehmigung auf (ein bis) zwei Jahre gepaart mit einer konstanten Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur im Bereich der Entgeltgenehmigungen. Vor diesem Hintergrund ist eine Verlängerung der Entgeltgenehmigungen de lege lata abzulehnen.

Rechtliche Bewertung der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen

6. De lege ferenda wären entsprechende Änderungsvorschläge des TKG und insbesondere eine pauschale Verlängerung des Zeitraums von Entgeltgenehmigungen mit dem geltenden Gemeinschaftsrecht rechtlich zwar noch in Einklang zu bringen. Sie würden jedoch ebenso wenig zu mehr Rechts- und Planungssicherheit führen, da wegen der damit einhergehenden Durchbrechung des Gleichlaufs der Fristen die Verzahnung zwischen den sich gegebenenfalls geänderten Ergebnissen der Marktanalyse, der damit verbundenen Auferlegung von Zugangsverpflichtungen sowie der wiederum daran ansetzenden Entgeltregulierung einschließlich entsprechender Genehmigungsentscheidungen anderweitig hergestellt werden müsste. Das „Mehr“ an Planungssicherheit durch die Fristverlängerung müsste den Unternehmen im gleichen Moment durch einen Änderungs- bzw. Widerrufsvorbehalt der Entgeltgenehmigung für etwaige zwischenzeitliche Änderungen wieder genommen werden.

Rechtspolitische Gesamtbewertung

7. Die gewünschte Rechts- und Planungssicherheit wird im Übrigen bereits heute durch eine kontinuierliche und konsistente Entgeltregulierungspraxis der Bundesnetzagentur gewährleistet. Nach mehr als zehn Jahren Regulierungspraxis lässt sich feststellen, dass die Bundesnetzagentur verlässlich, organisch und wenig sprunghaft die Entwicklung der Telekommunikationsmärkte regulatorisch begleitet hat. Jene Regulierungskontinuität ist für die Planungs- und Investitionssicherheit wesentlich wichtiger als eine starre Fristenlösung, die eine flexible regulatorische Reaktion in den dynamischen Telekommunikationsmärkten ausschließt, sollte sie denn dringend erforderlich sein. Bedarf es einer derartigen Reaktion nicht, wird es auch nicht zu einer Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen kommen. Die erhebliche Investitionstätigkeit, die seit 2002 bei den Wettbewerbern dauerhaft höher ist als bei der DTAG, fußt im Übrigen auch ausschließlich auf dem Vertrauen in die Regulierungskontinuität und -rationalität der deutschen Regulierungsbehörde und ihrer betriebswirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit für die Unternehmen, und nicht auf langfristigen Verwaltungsakten. Im Übrigen korreliert eine Frist-

verlängerung auf fünf Jahre ohnehin nicht mit den im FTTX-Bereich relevanten Investitionszyklen.

8. Daher ist es sachgerechter, die bisherige Befristungsdauer von (ein bis) zwei Jahren oder künftig gegebenenfalls drei Jahren als Regelfall beizubehalten und im Falle von fehlenden Änderungen nach zwei bzw. drei Jahren die Entgeltgenehmigungen zu den gleichen Bedingungen erneut zu erlassen. Davon unabhängig muss im Rahmen der Umsetzung des künftigen Gemeinschaftsrechts das „3 + 3“-Modell verwirklicht werden und es müssen in Abstimmung mit der Kommission Steuerungskriterien für die – ausnahmsweise mögliche – Verlängerung der Perioden für die Marktanalyse und die Auferlegung von Regulierungsverfügungen um bis zu drei Jahre um bis zu drei Jahre entwickelt werden.

Risikoprämien und „Risk-sharing“-Modelle

Risikoprämien

9. *Risikoprämien* lassen sich problemlos im geltenden Regulierungssystem berücksichtigen. Auch das künftige Gemeinschaftsrecht stützt dies. *Speziell für NGN* sieht die NGA-Empfehlung der Kommission im gegenwärtigen Entwurfstadium explizit eine „spezifische Risikoprämie“ vor, wobei diese bei FTTH-Infrastrukturen höher ausfallen soll als bei FTTC/N-Infrastrukturen.

„Risk-sharing“-Modelle

10. Wesentlich kritischer sind dagegen die derzeit diskutierten „Risk-sharing“-Modelle zu bewerten. Bei ihrer Beurteilung darf nicht nur auf das abgenommene Risiko seitens des Investors abgestellt werden. Vielmehr ist auch danach zu differenzieren, welche Risiken durch die Mitinvestoren abgenommen werden können. Zudem müssen die Auswirkungen auf dem nachgelagerten Dienstewettbewerb im Auge behalten werden. Vor diesem Hintergrund sind solche Preisdifferenzierungen grundsätzlich abzulehnen, die letztlich Unternehmen mit großen Abnahmemengen begünstigen. Andernfalls ist mit einer uner-

wünschten Konsolidierung oder gar (Re-)Monopolisierung der Dienstmärkte zu rechnen. Dieses Problem würdigt auch die Kommission in ihrem aktuellen Entwurf einer NGA-Empfehlung nicht hinreichend. Sie fokussiert in der gegenwärtigen Fassung ihrer Empfehlung einerseits zu stark auf FTTH-Infrastrukturen, bei denen allein „Risk-sharing“-Modelle zulässig sein sollen. Andererseits ist die Kommission dort bei der Anerkennung mengenabhängiger Preisdifferenzierungen zu unkritisch.

11. Im Einzelnen ist im Übrigen festzustellen, dass die absolute Höhe der Anfangszahlung im Rahmen eines „*upfront payments*“ kein sachgerechtes Kriterium darstellt, um die Risikobeteiligung des Investors *und* der Zugangspetenten sachgerecht abzubilden. Es ist deswegen als Preisdifferenzierungskriterium nicht sachgerecht und würde folglich eine Preisdifferenzierung nicht rechtfertigen und daher einen Missbrauch i. S. d. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG begründen.
12. Auch eine Preisdifferenzierung nach *Abnahmemengen* ist ohne jede weitere Ausdifferenzierung bzw. Konkretisierung des tatsächlich übernommenen Risikos durch die Zugangspetenten vor dem Hintergrund der Ziele des § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG, effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und gleichzeitig den Dienstwettbewerb zu schützen, als unzulässige Preisdiskriminierung i. S. d. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG einzustufen.
13. Preisdifferenzierungen nach *Vertragslaufzeiten* erscheinen dagegen per se rechtlich und ökonomisch unbedenklich. Probleme bereiten sie allerdings dann und soweit sie zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem für Infrastrukturbetreiber die Konditionen für wesentliche Zugangs- bzw. Vorleistungen für die Bereitstellung eines alternativen FTTX-Angebots (insbesondere die Konditionen für den Zugang zum KVZ und zu Leerrohren) noch nicht bekannt sind. Im Übrigen könnte noch zusätzlich nach dem *Zeitpunkt der Vereinbarung* differenziert werden. So ist es im Rahmen von § 28 TKG grundsätzlich nicht zu beanstanden, einem Zugangspetenten, der sich z. B. bereits bei Beginn der Investition für fünf Jahre bindet, höhere Preisabschläge zu gewähren als einem Unternehmen, das sich erst nachdem sich der Erfolg des Produkts eingestellt hat, für ebenfalls fünf Jahre zur Abnahme einer bestimmten Menge verpflichten möchte.
14. Selbst wenn es bei den gegenwärtigen Ausführungen der Kommission in der NGA-Empfehlung zu den „Risk-sharing“-Modellen bliebe, bestünden für die Bundesnetz-

agentur gewichtige Gründe von den diesbezüglichen Empfehlungen abzuweichen, d. h. eine Preisdifferenzierung nach Abnahmemengen als unzulässig anzusehen und gegebenenfalls auch beim FTTN/C-Ausbau solche Modelle überhaupt zuzulassen.

15. Unabhängig davon ist darauf zu achten, dass durch entsprechende Preisdifferenzierungen keine rechtswidrige „Preis-Kosten-Schere“ i. S. d. § 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG entstehen.

Orientierung durch „Eckpunkte“ statt verbindlicher „Vorabfestlegung“

16. Die hier dargelegten neuen „Risk-sharing“-Modelle können, auch soweit sie rechtlich zulässig sind, nicht im Sinne einer verbindlichen „Vorabfestlegung“ durch die Bundesnetzagentur im Vorhinein „abgesegnet“ werden. Eine solche „Vorabfestlegung“ fügt sich in das etablierte und sehr komplex aufeinander abgestimmte Regulierungsverfahren de lege lata an vielen Stellen nicht ein. So ist eine abstrakte „Vorabgenehmigung“ von „Risk-sharing“-Modellen vor dem Hintergrund der bisher überwiegenden Ex-ante-Entgeltregulierung von Zugangsleistungen in der Regel nicht sinnvoll bzw. nicht möglich, gerade auch wegen der Abhängigkeit zwischen der Entgelthöhe der Zugangspotenten mit und ohne Risikoverteilungsverträge.
17. Im Falle einer Ex-post-Regulierung erscheint eine Vorabbewertung von „Risk-sharing“-Modellen dagegen grundsätzlich eher denkbar. Dabei muss jedoch berücksichtigt werden, dass die Entscheidung über eine Ex-ante- oder Ex-post-Entgeltregulierung gemäß § 13 Abs. 1 TKG i. V. m. § 30 TKG erst im Rahmen einer konkreten Regulierungsverfügung ergeht und daher regelmäßig von der Bundesnetzagentur überprüft werden muss und etwaige Vorabbewertungen zu „Risk-sharing“-Modellen daher gegebenenfalls angepasst werden müssen. Ferner fehlt es bisher auch an einem entsprechenden Antragsrecht der Parteien für eine etwaige Vorabbewertung bzw. -festlegung der Nichtmissbräuchlichkeit der Entgelte/Entgeltdifferenzierungsparameter nach § 28 TKG durch die Bundesnetzagentur. Im Übrigen bedarf es für solche Entscheidungen einer hinreichenden Informationsgrundlage bei der Bundesnetzagentur. Verbindliche Vorabfestlegungen „ins Blaue hinein“ wären rechtlich unzulässig

18. Aufgrund der Tatsache, dass die genaue Bewertung des übernommenen Risikos eine komplexe und im Einzelfall schwierige Aufgabe darstellt, sollte in diesem Bereich im Übrigen keine voreilige, rechtlich verbindliche Vorabfixierung auf bestimmte Modelle bzw. Differenzierungskriterien erfolgen, zumal es für solche Teilverwaltungsakte im Rahmen der Entgeltregulierung bisher im TKG ohnehin keine Rechtsgrundlage gibt.
19. Angesichts dieser Bedenken hinsichtlich der Praktikabilität und Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht sind daher sämtliche Varianten einer „Vorabfeststellung“ der Rechtmäßigkeit bestimmter Modelle gegenwärtig eher abzulehnen. Auch de lege ferenda ist eine entsprechende Gesetzesänderung, mit dem Ziel, die erforderliche Rechtsgrundlage für Vorabfestlegungen zu schaffen, aus den genannten Gründen nicht zu empfehlen, da dies nicht zu dem etablierten gestuften Regulierungssystem passt.
20. Sinnvoll ist dagegen eine, wenn auch unverbindliche, so doch hinreichend Rechtssicherheit vermittelnde Bewertung entsprechender Modelle im Rahmen von Eckpunkten, so wie sie gegenwärtig von der Bundesnetzagentur angestrebt wird. Diese sollten zugleich Grundlage für die Bewertung entsprechender Zugangsregeln im Rahmen von Kooperationsmodellen sein.

Rechtliche Bewertung von Kooperationsmodellen

21. Etwaige Kooperationsmodelle für NGA-Netze im Festnetzbereich sind im Übrigen an den kartellrechtlichen Anforderungen der §§ 1 und 2 GWB zu prüfen. Dabei gehen von horizontalen Kooperationen im Sinne von Absprachen zwischen Investoren, in welchen Gebieten jeweils investiert werden soll, die deutlichsten Gefahren für Wettbewerbsbeschränkungen mit Blick auf den Infrastrukturwettbewerb, aber auch in Bezug auf den nachgelagerten Dienstewettbewerb aus.
22. Aufgrund der unsicheren Prognoseentscheidung kann jedenfalls nicht pauschal eine Tatbestandsrestriktion im Sinne einer „rule of reason“ – ihre prinzipielle Anerkennung unterstellt – für die hier geprüften horizontalen Kooperationsmodelle angenommen werden, da der durch solche Modelle bewirkte positive Einfluss auf die Entwicklung des Wettbewerbs nicht überall gleichermaßen auf der Hand liegt. Bereits in diesem Zusammenhang ist jedoch anzumerken, dass insbesondere durch eine sachgerechte Festle-

gung der Zugangsbedingungen für Dritte die wettbewerbsbeschränkende Wirkung und dabei insbesondere die negative Ausstrahlungswirkung der Infrastrukturkooperationen auf die nachgelagerten Dienstmärkte durchaus minimiert bzw. vollständig aufgehoben werden kann.

23. Grundsätzlich kommt sodann eine Freistellung derartiger Kooperationen nach § 2 GWB im Einzelfall in Betracht.
24. Dazu ist die Effizienzsteigerung durch die jeweilige Gebietsabsprache jeweils einzeln nachzuweisen. Diese kann v. a. darin gesehen werden, dass andernfalls gar keine Infrastrukturinvestition erfolgen würde und so der Infrastrukturwettbewerb gegenüber den etablierten Infrastrukturbetreibern (insbesondere der Kabelnetzbetreiber) gefördert wird und/oder leistungsfähigere Produkte für die Kunden angeboten werden können.
25. Insbesondere Kooperationen mit einem SMP-Unternehmen sind im Weiteren grundsätzlich kritischer zu bewerten. Gleichwohl erscheint es prinzipiell vertretbar, Kooperationen mit Gebietsabsprachen grundsätzlich als freigestellte Vereinbarungen anzusehen, soweit sie mit Blick auf die Investitionsschwierigkeiten gerechtfertigt sind und sofern deren konkrete Ausgestaltung den telekommunikationsrechtlichen Anforderungen der Zugangs- und Entgeltregulierung genügt, da und soweit sichergestellt ist, dass die wettbewerbsbeschränkenden Effekte der Vereinbarung auf ein erträgliches Maß reduziert werden. Deshalb ist besonders an dieser „Nahtstelle“ zwischen allgemeinem und sektorspezifischem Kartellrecht eine enge Zusammenarbeit zwischen dem Bundeskartellamt und der Bundesnetzagentur erforderlich, z. B. in Form einer gemeinsamen Abstimmung von „Eckpunkten“ bezüglich solcher Kooperationsmodelle.
26. Insbesondere kooperationsbedingte Preisdifferenzierungen müssen sich an dem bereits bei den „Risk-sharing“-Modellen erörterten Grundsatz der Nichtdiskriminierung des § 28 TKG messen lassen. Die Intensität der sektorspezifischen Zugangs- und Entgeltregulierung kann dabei durchaus je nach konkreter Kooperationsvereinbarung variieren, z. B. je nachdem wie notwendig eine solche Kooperation für (Erst-)Investitionen in neue Breitbandinfrastrukturen ist bzw. je nachdem, welche Unternehmen an der Kooperation beteiligt sind. Im Übrigen gilt bezüglich der im Rahmen von Kooperationen vereinbarten „Risk-sharing“-Modelle die entsprechende telekommunikationsrechtliche Bewertung (siehe Ergebnisse Ziff. 10-13).

Modifikationen bei der Entgeltregulierung

Kein pauschaler Vorrang der Ex-post-Regulierung

27. Der teilweise geforderte pauschale Vorrang einer Ex-post-Regulierung für Entgelte, die für Zugangsleistungen zu neuen (schnellen) Breitbandnetzen verlangt werden, ist mit dem geltendem Recht, insbesondere mit dem – gemeinschaftsrechtskonform ausgelegten – § 30 TKG nur schwer vereinbar, da eine solche Entscheidung nach dieser Vorschrift insbesondere von einer Abwägung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG abhängig ist, die jedoch sinnvollerweise im konkreten Einzelfall zu erfolgen hat.
28. Eine pauschale Vorabfestlegung des Abwägungsergebnisses zugunsten einer Ex-post-Entgeltregulierung begegnet im Übrigen denselben (rechtspolitischen) Bedenken wie eine Verlängerung der Regulierungsperioden, da auch hier ein Abweichen von einer solchen Vorabfeststellung nötig wäre, wenn sich aufgrund der Ex-post-Entgeltregulierung Fehlentwicklungen am Markt einstellen würden. Darüber hinaus wirft eine solche Regelung gemeinschaftsrechtliche Bedenken auf, da sie die notwendige Einzelfallabwägung – auch vor dem Hintergrund konfligierender Regulierungsziele – unmöglich macht. Eine entsprechende behördliche Vorabfestlegung ist angesichts der notwendigen Regulierungsflexibilität daher abzulehnen.

Keine Abkehr vom KeL-Maßstab

29. Selbst wenn eine Aufweichung des Maßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) de lege ferenda gemeinschaftsrechtlich zulässig wäre, sind bisher keine hinreichenden ökonomischen Gründe erkennbar, die dafür sprechen, vom bewährten KeL-Maßstab abzurücken. Dieser hat sich vielmehr als hinreichend flexibel erwiesen, um auf Veränderungen am Markt oder praktische Bedürfnisse zu reagieren. Genau aus diesen Gründen wird auch in der Regulierung in anderen Netzwirtschaften wie der Energie ein solches Abrücken von der etablierten Effizienzorientierung keineswegs angestrebt.

Keine überstürzter Wechsel in eine regionalisierte Regulierung

30. Eine Regionalisierung der Regulierung ist rechtlich zulässig und grundsätzlich angezeigt, wenn sich die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen in den einzelnen Regionen deutlich unterschiedlich entwickeln. Sie sollte gleichwohl nur dann erfolgen, wenn sie auf der Basis eines stimmigen und konsistenten Modells unter Berücksichtigung sämtlicher Auswirkungen auf alle Wertschöpfungsketten entwickelt wird. Dabei sollten die Erfahrungen aus anderen Mitgliedstaaten der EG (also v. a. aus Österreich und dem Vereinigten Königreich) einbezogen werden. Da ein derartiges schlüssiges Konzept bislang in Deutschland nicht ersichtlich ist, kann von einem übereilten Wechsel in eine regionalisierte Regulierung gegenwärtig nur abgeraten werden.

Regensburg/Düsseldorf, den 30. Juli 2009



Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.



Dr. rer. pol. Ulrich Heimeshoff