

CHRISTIAN KOENIG / MARION SENGER

Methoden und Maßstäbe der ex ante-Entgeltregulierung nach dem TKG

Anwendung der Vergleichsmarktmethode im Vorabgenehmigungsverfahren

Die Vorleistungsentgeltregulierung nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG) ist von zentraler Bedeutung für die Entstehung und den Fortbestand des Wettbewerbs auf den TK-Märkten. Das Gesetz sieht dafür ein komplexes Regelwerk an Verfahren und Maßstäben vor, deren richtige methodische Anwendung für eine konsistente Entgeltregulierung elementar wichtig ist.

Der nachfolgende Beitrag erläutert zunächst das Erfordernis einer Unterscheidung zwischen Maßstab und Methode (I.). Nach einer kurzen Darstellung des Genehmigungsmaßstabs im ex ante-Verfahren (II.) wird die ge-

setzlich vorgesehene Methodenreihenfolge des § 35 Abs. 1 TKG innerhalb des Einzelgenehmigungsverfahrens (III.) untersucht. Im Anschluss daran wird aufgezeigt, dass § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG eine Änderung dieser Methodenreihenfolge zu Gunsten der Vergleichsmarktbetrachtung beinhaltet, aber keine Änderung vom Maßstab des § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG bedeutet (IV.). Letztlich wird auf die besonderen Anforderungen eingegangen, die an die Anwendung der Vergleichsmarktbetrachtung im Vorabgenehmigungsverfahren zu stellen sind (V.).

I. Einführung

Wurde einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch eine Regulierungsverfügung die Pflicht zur Genehmigung bestimmter Vorleistungsentgelte auferlegt, richtet sich die konkrete Prüfung des Entgelts nach den §§ 30 ff. TKG. Nach § 31 Abs. 1 TKG sind genehmigungsbedürftige Entgelte dann genehmigungsfähig, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) nicht überschreiten. Neben diesem zentralen Genehmigungsmaßstab der Vorabregulierung hat die *Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA)* nach § 35 Abs. 3 TKG zudem die Vorgaben aus den allgemeinen Entgeltmissbrauchsverboten des § 28 TKG zu beachten. Während es sich bei den Vorgaben aus § 31 Abs. 1 TKG und § 28 TKG allein um den Prüfungsmaßstab handelt, sind davon die Methoden der Entgeltprüfung zu unterscheiden. Der Maßstab gibt die ökonomischen Kalkulationsparameter vor, die Methode stellt demgegenüber das zur Entgeltermittlung anzuwendende Verfahren dar.¹ Maßstab und Methode sind daher streng zu trennen.

Als Prüfungsmethoden kommen nach dem TKG die Kostennachweisprüfung (§ 35 Abs. 1 Satz 1 TKG), die Vergleichsmarktbetrachtung (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG), Kostenmodelle (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TKG) und die sog. „Retail-Minus“-Methode (§ 30 Abs. 5 TKG) in Betracht, wobei letztere Vorschrift als *lex specialis* für die Überprüfung eines Resale-Entgelts einschlägig ist. In Abweichung zu § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG macht § 30 Abs. 5 TKG nicht nur

Vorgaben hinsichtlich der anzuwendenden Methode, sondern auch bezüglich des materiellen Maßstabs in Abweichung von den KeL. Eine weitere Methode stellt das Price-Cap-Verfahren nach § 32 Nr. 2 i.V.m. § 34 TKG dar. Dieses Verfahren ist zunächst als Art des Genehmigungsverfahrens vom Einzelgenehmigungsverfahren nach § 32 Nr. 1 TKG zu unterscheiden. Die Methode des Price-Cap-Verfahrens ist in § 34 TKG geregelt; Vorgaben hinsichtlich des Maßstabs beinhaltet § 35 Abs. 2 Satz 2 TKG. Danach gilt hinsichtlich der Einhaltung des Genehmigungsmaßstabs eine gesetzliche Fiktion: Die Voraussetzungen des § 28 und § 31 TKG gelten als erfüllt, wenn die nach den jeweiligen Körben vorgegebenen Maßgrößen des Price-Cap-Verfahrens eingehalten werden.

II. Genehmigungsmaßstab im ex ante-Verfahren

Vorrangiger Prüfungsmaßstab i.R.d. ex ante-Entgeltregulierung ist stets § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG. Die Vorschrift wird deshalb auch als Zentralnorm der ex ante-Entgeltregulie-

¹) Vgl. *Groebel*, in: Sacker (Hrsg.), Berliner Komm. zum Telekommunikationsrecht, 2006, § 31 Rdnr. 16.

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (London), ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Marion Senger, LL.M. (Informationsrecht), ist dort wissenschaftliche Referentin.

rung bezeichnet.² Danach ist ein Entgelt, das nach § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG genehmigungsbedürftig ist, dann genehmigungsfähig, wenn es die KeL nicht überschreitet. Darüber hinaus regelt § 35 Abs. 3 Satz 1 TKG, dass die Genehmigung ganz oder teilweise zu erteilen ist, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 nach Maßgabe des Abs. 2 entsprechen und keine Versagungsgründe nach Satz 2 oder 3 vorliegen. Eine Versagung kommt nach Satz 2 in Betracht, wenn die Entgelte mit dem TKG, insbesondere mit § 28, nicht in Einklang stehen oder das betroffene Unternehmen die in § 33 genannten Unterlagen nicht vollständig vorgelegt hat. Systematisch ist insofern zu differenzieren: Während § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG den konkreten Maßstab der Genehmigungsfähigkeit darstellt, bestimmt § 35 Abs. 3 Satz 1 TKG, unter welchen weiteren Voraussetzungen eine Genehmigung zu erteilen ist.

Nach § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG ist ein Entgelt dann genehmigungsfähig, wenn es die KeL nicht überschreitet. Dadurch wird folglich zunächst allein die Obergrenze der Genehmigungsfähigkeit ermittelt.³ Da es dem Unternehmen aber grundsätzlich frei steht, niedrigere Entgelte zu verlangen, solange die Missbrauchskriterien des § 28 TKG dadurch nicht erfüllt werden,⁴ enthält das TKG in Ergänzung zu einer zulässigen Preisobergrenze eine Preisuntergrenze.⁵ Nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG ist ein Entgelt als missbräuchlich anzusehen, „wenn [...] das Entgelt der betreffenden Leistung deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt.“

In der Regel wird das betroffene Unternehmen ein Interesse an möglichst hohen Entgelten haben. Bestehen demgegenüber jedoch Anhaltspunkte für eine die KeL wesentlich unterschreitende Entgeltfestsetzung i.S.e. Preisdumpings, ist nach der Bestimmung der Obergrenze nach den KeL in einem zweiten Schritt das Entgelt am Preisuntergrenzetest nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG zu überprüfen.⁶ Der ebenfalls kostenbasierte Maßstab des Untergrenzetestes dient damit der Bestimmung eines Genehmigungskorridors, in dem sich ein Entgelt bewegen muss, um mit den gesetzlichen Vorgaben in Einklang zu stehen. Im Einzelgenehmigungsverfahren dürfte bei Prüfung der Einhaltung der Maßstäbe des § 28 TKG daher vorrangig der Preisuntergrenzetest von Bedeutung sein.

Festzuhalten bleibt folglich, dass i.R.d. ex ante-Entgeltregulierung sowohl der Maßstab des § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG als auch der des § 28 TKG Anwendung findet, wobei der vorrangige KeL-Maßstab und damit die Einhaltung der Obergrenze zunächst der Überprüfung bedarf.

III. Methodenreihenfolge nach § 35 Abs. 1 TKG

Hinsichtlich der Methodik der Entgeltüberprüfung stellt sich die Frage, in welcher Reihenfolge die in § 35 Abs. 1

TKG normierten Prüfungsmethoden von der *BNetzA* anzuwenden sind. Vorangestellt sei, dass in einem ersten Schritt die Art des Genehmigungsverfahrens festgelegt werden muss (§ 32 TKG). Insofern hat die *BNetzA* die Wahl zwischen dem Einzelgenehmigungsverfahren (§ 32 Nr. 1 TKG) und dem Price-Cap-Verfahren (§ 32 Nr. 2 TKG). Nur wenn sie sich für ersteres Verfahren entscheidet, erfolgt in einem zweiten Schritt die Methodenauswahl nach § 35 Abs. 1 TKG, da das Einzelgenehmigungsverfahren allein zunächst nur bestimmt, dass die auf die einzelnen Dienste entfallenden KeL zu überprüfen sind. Nach § 35 Abs. 1 TKG sind „neben“ einer Kostenprüfung (§ 35 Abs. 1 Satz 1 TKG) eine Vergleichsmarktbetrachtung (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG) und eine Heranziehung von Kostenmodellen (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TKG) möglich. Der Wortlaut selbst lässt die vorgesehene Reihenfolge bereits erkennen: „Neben den der Regulierungsbehörde vorliegenden Kosteninformationen kann sie zusätzlich“ Nr. 1 „und“ Nr. 2 „heranziehen“. Die Vorschrift impliziert damit den Vorrang der Prüfung von Kostenunterlagen nach § 33 TKG vor den beiden weiteren Methoden. So wird auch in der Begründung zum Gesetzentwurf betont, dass Abs. 1 der Vorschrift deutlich mache, dass den „Kostenunterlagen des regulierten Unternehmens i.R.v. Entgeltgenehmigungsverfahren eine besondere Bedeutung zukommt“.⁷ Darin heißt es weiter: „Mit Blick auf bestehende Informationsasymmetrien zwischen Regulierer und regulierten Unternehmen [...] ist es sinnvoll und zweckmäßig, den Aussagegehalt der vorgelegten Kostenunterlagen durch Vergleichsmarktuntersuchungen und ggf. auch durch Kostenmodelle einer weiteren Überprüfung zu unterziehen.“⁸ Damit ist zunächst Sinn und Zweck der Vorschrift die Verifizierung von über die Kostenunterlagen hinausgehenden Methoden zur Entgeltüberprüfung. Ein Bezug darauf findet sich deshalb in jeder Vorschrift, die sich auf die Methode der Vergleichsmarktbetrachtung bezieht, wie z.B. in § 38 Abs. 2 Satz 3 TKG und auch in § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG.

Vergleichsmarktbetrachtung und Kostenmodell als Methode der Entgeltüberprüfung sind nach § 35 Abs. 1 Satz 1 TKG im Verhältnis zueinander gleichrangig. Diese Methoden kommen nur dann zur Anwendung, wenn die eingereichten Kostenunterlagen des betroffenen Unternehmens für eine abschließende Bewertung nicht ausreichend sein sollten (§ 35 Abs. 1 Satz 2 TKG).⁹ Darüber hinaus regelt § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG eine isolierte Anwendung der Methoden nach Satz 1 der Vorschrift. Danach kann die *BNetzA* die Vergleichsmarktmethode sowie Kostenmodelle bei unzureichenden Kostenunterlagen auch unabhängig von diesen anwenden.

IV. Methodenänderung zu Gunsten der Vergleichsmarktbetrachtung nach § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG

Vor dem Hintergrund, dass nach § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG die Vergleichsmarktmethode auch unabhängig von den vorgelegten Kostenunterlagen zur Anwendung kommen kann, stellt sich die Frage nach dem Regelungsgehalt des § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG. Danach kann die *BNetzA* „in begründeten Einzelfällen [...] eine Überprüfung der Genehmigungsfähigkeit nach dem Vergleichsmerktpinzip [...] vornehmen“. Nach dem Wortlaut des § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG kann die *BNetzA* sich in begründeten Einzelfällen für eine Vergleichsmarktbetrachtung zur Überprüfung der Genehmigungsfähigkeit entscheiden. Damit ist zu betonen, dass grundsätzlich eine Befugnis und keine Verpflichtung

2) So *Groebel* (o. Fußn. 1), § 31 Rdnr. 1.

3) BR-Drs. 755/03, S. 94; *Busse von Colbe*, in: Säcker (o. Fußn. 1), Vor § 27 Rdnr. 37; *Vogelsang*, MMR 2003, 509, 511.

4) BR-Drs. 755/03, S. 94.

5) BT-Drs. 15/2316, S. 67.

6) Dies war z.B. i.R.d. Mobilfunkregulierung bei den Terminierungsentgelten für die Homezone-Produkte der Mobilfunkunternehmen erforderlich. Vgl. *BNetzA*, B. v. 8.11.2006 – BK3a/b-06-008/E.30.08.06, S. 38 f. des amtl. Umdr.; dazu jüngst *VG Köln*, U. v. 1.3.2007 – 1 K 4148/06.

7) BT-Drs. 15/2316, S. 69.

8) BT-Drs. 15/2316, S. 69.

9) In diesem Sinne legt auch die *BNetzA* die Vorschrift aus, wenn sie festhält, dass die *Behörde* bei einer ex ante-Genehmigung selbst zwischen der Vergleichsmarktbetrachtung und der Anwendung von Kostenmodellen wählen darf, falls die Kostenunterlagen unzureichend sind; vgl. *Reg TP*, B. v. 28.4.2005 – BK 4a-05/004, N&R 2005, 122, 123.

zung der *BNetzA* zur Entscheidung auf Basis der Vergleichsmarktbetrachtung begründet wird¹⁰ und auch hier die Methodenauswahl im Ermessen der Behörde steht.

Fraglich ist aber, ob die Norm nur eine Änderung der Methodenrangfolge dahingehend bewirkt, dass die Vergleichsmarktbetrachtung vorrangig angewendet werden kann, oder weitergehend auch einen anderen materiellen Prüfungsmaßstab statuiert.

1. Genetische Auslegung

Die Vorschrift des § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG war weder im Referentenentwurf¹¹ noch im Gesetzentwurf der *Bundesregierung*¹² enthalten und wurde erst in der Sitzung des *Vermittlungsausschusses* v. 5.5.2004 eingefügt,¹³ sodass eine Begründung zu dieser Vorschrift in den Gesetzesmaterialien nicht zu finden ist. Thematisiert wurde die Aufnahme einer weiteren Prüfungsmethode neben der Überprüfung von Kostenunterlagen erstmals in einer schriftlichen Stellungnahme im *Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit*¹⁴ anlässlich einer Anhörung v. 9.2.2004. Da jedoch weder die erwähnten Stellungnahmen noch die Gesetzesänderung des *Vermittlungsausschusses* eine Begründung enthalten, ergibt eine genetische Untersuchung der Vorschrift keine weiteren Hinweise für deren Auslegung.

2. Systematischer Vergleich von § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG und § 35 Abs. 1 Satz 1 TKG

Aus einer systematischen Betrachtung ergibt sich jedoch, dass § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG eine reine Änderung der Methodenreihenfolge im Hinblick auf § 31 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 1 TKG enthält.¹⁵ Maßstab und Methode sind insofern auch innerhalb dieser Vorschrift streng voneinander zu trennen.

§ 31 Abs. 1 Satz 2 und § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG sind durch unterschiedliche Anwendungsvoraussetzungen gekennzeichnet. § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG ist dann anzuwenden, wenn die Behörde die vom Unternehmen vorgelegten Kostenunterlagen für unzureichend erachtet, eine Genehmigungsversagung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 TKG jedoch nicht aussprechen will. Sollten die Kostenunterlagen trotz Nachforderung unter Fristsetzung (§ 33 Abs. 5 Satz 2 TKG) immer noch unzureichend sein, hat die *BNetzA* zwei Möglichkeiten: Sie kann zum einen auf Grund der unzureichenden Unterlagen für eine Kostenprüfung die Genehmigung der Entgelte nach § 35 Abs. 3 Satz 3 TKG versagen, zum anderen kann sie aber auch gem. § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG die Verfahren nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (Vergleichsmarktbetrachtung) und Nr. 2 (Kostenmodelle) heranziehen.¹⁶ Aus dieser Zusammenschau erschließt sich der Anwendungsbereich des § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG als vorzugswürdige Alternative i.S.e. milderer Mittels, da die Versagung einer Genehmigung die wesentlich eingriffintensivere Maßnahme darstellt.¹⁷ Der Anwendungsbereich des § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG setzt demgegenüber unmittelbar bei Vorliegen der darin normierten Voraussetzungen ein. Danach kann die Vergleichsmarktbetrachtung bereits unabhängig von der Überprüfung der Kostenunterlagen erfolgen, nämlich dann, wenn ein „begründeter Einzelfall“ i.S.d. Vorschrift vorliegt.

Teilweise wird die Vorschrift des § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG nicht als reine Methodenänderung, sondern als Modifizierung bzw. Abweichung des für die ex ante-Entgeltregulierung geltenden Prüfungsmaßstabs verstanden, wonach ausdrücklich vom Maßstab der KeL abgewichen werden könne.¹⁸ Hätte der Gesetzgeber jedoch mit § 31 Abs. 1

Satz 2 TKG nicht nur eine Methodenänderung, sondern eine Abweichung vom Prüfungsmaßstab der KeL einführen wollen, hätte er dies nicht nur kenntlich machen müssen, auch der damit verbundene Maßstab wäre erläuterebedürftig. Die Vorschrift zur Ermittlung des Resale-Entgelts belegt, dass der Gesetzgeber eine solche Konstellation durchaus bedacht hat. So wird z.B. in § 30 Abs. 5 TKG ausdrücklich eine Abweichung vom Entgeltmaßstab der KeL des § 31 Abs. 1 TKG i.S.d. Formel Retailminus normiert. Danach ergeben sich „Entgelte [...] für Zugangsleistungen [...] zu Großhandelsbedingungen, die Dritten den Weitertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ermöglichen sollen, [...] abweichend von § 31 Abs. 1 aus einem Abschlag auf den Endnutzerpreis [...]“. Eine Abweichung vom Prüfungsmaßstab des § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG ist also in § 30 Abs. 5 TKG ausdrücklich geregelt worden. Da eine solche Klarstellung in § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG fehlt, spricht die konkrete Regelung gegen eine Änderung des Prüfungsmaßstabs des § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG. Systematisch mag zwar gegen diese Sicht streiten, dass § 31 Abs. 1 TKG grundsätzlich den Prüfungsmaßstab, § 35 Abs. 1 TKG demgegenüber Prüfungsmethoden normiert. Ein dahingehendes Verständnis, § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG bringe eine Änderung des Prüfungsmaßstabs mit sich, würde jedoch den elementaren Unterschied von Maßstab und Methode zur Entgeltüberprüfung verkennen. Bei der Vergleichsmarktbetrachtung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG handelt es sich nämlich allein um eine Methode zur Entgeltüberprüfung, nicht aber gleichzeitig auch um einen Entgeltmaßstab. Das Verfahren nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG beinhaltet einen solchen gerade nicht. Gesetzlich vorgesehen sind insofern nur die Maßstäbe des § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG und die des § 28 TKG. Eine Abweichung davon hätte einer konkreten Normierung bedurft, wie sie in § 30 Abs. 5 TKG erfolgt ist. Folglich kann § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG nur eine Änderung der Methodenrangfolge und nicht einen anderen materiellen Prüfungsmaßstab meinen.

3. Anwendungsbereich der Norm

Die *BNetzA* hatte sich erstmalig i.R.d. Mobilfunkterminierungsentgelte mit der Anwendung des § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG auseinander zu setzen.¹⁹ Dabei wurde ausdrücklich

10) Vgl. *Mayen*, CR 2005, 21, 29.

11) Abrufbar unter: http://www.tkrecht.de/tkg_novelle/2003/material/Referentenentwurf_TKG_Stand_30-04-03.pdf.

12) BT-Drs. 15/2316; abrufbar unter: http://www.tkrecht.de/tkg_novelle/2003/material/Kabinettsentwurf_TKG_2003-10-15.pdf.

13) S. Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, BT-Drs. 15/3063 v. 5.5.2004, S. 4, abrufbar unter: http://www1.bundesrat.de/coremedia/generator/Inhalt/DE/2_20Bundesrat/2.5_20Vermittlungsausschuss/2.5.4_20Terminne_20und_20Ergebnisse/Sitzungsergebnisse/Beschluss_20_20TelekommunikationsG_property=Dokument.pdf.

14) Vgl. schriftliche Stellungnahme der *Vodafone D2 GmbH* anlässlich der Anhörung des *Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit* v. 9.2.2004, BT-Ausschuss-Drs. 15(9)952, S. 178 sowie von *E-Plus*, S. 184, abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/ausschuesse/archiv15/a09/eAnhoerungen/TKKG/bmaterialeingeladene.pdf>.

15) So auch *BNetzA*, B. v. 8.11.2006 – BK 3a/b-06-008/E 30.08.06, S. 29; *Groebel* (o. Fußn. 1), § 31 Rdnr. 16.

16) Das strenge Mittel der Genehmigungsversagung erklärt sich vor dem Hintergrund, dass die *BNetzA* innerhalb einer Frist von zehn Wochen nach Antragseinreichung oder Einleitung von Amts wegen über einen Entgeltantrag zu entscheiden hat (§ 35 Abs. 6 TKG).

17) So auch *BNetzA*, B. v. 8.11.2006 – BK 3a/b-06-008/E 30.08.06, S. 29 mit ausf. Begr., warum die Versagung einer Genehmigung unverhältnismäßig wäre.

18) So wohl *Schütz*, Kommunikationsrecht, 2005, Rdnr. 686, der § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG als „Abweichung vom Maßstab“ der KeL umschreibt. Ausdrücklich *Lundborg/Ruhle/Schlipp*, CR 2006, 21, 23; *Schuster/Ruhle*, in: Beck'scher TKG-Komm., 3. Aufl. 2006, § 31 Rdnr. 27 ff.; offen *Holznapel/Enaux/Nienhaus*, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2006, § 8 Rdnr. 287.

19) S. *BNetzA*, B. v. 8.11.2006 – BK 3a/b-06-008/E 30.8.6, S. 29.

offen gelassen, ob ein begründeter Einzelfall deshalb vorliege, weil die Mobilfunkterminierungsentgelte erstmalig der Entgeltenehmigungspflicht unterfielen. Dies könne letztlich dahinstehen, da auch § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG die Möglichkeit einer von den Kostenunterlagen unabhängigen Vergleichsmarktbetrachtung eröffne. Da nach Ansicht der *BNetzA* die Kostenunterlagen der Mobilfunkunternehmen nicht ausreichend gewesen seien, um danach eine Entscheidung zu treffen, müsse die Vorschrift des § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG nicht herangezogen werden. Die Genehmigungserteilung anhand einer Vergleichsmarktbetrachtung wurde daher auf § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG gestützt.

Diese Vorgehensweise legt nahe, dass der Anwendungsbereich des § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG gering sein wird. Die Vorschrift legt der *BNetzA* hinsichtlich des Vorliegens eines begründeten Einzelfalls einen erhöhten Begründungsbedarf auf, den § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG bei ähnlichem Regelungsgehalt nicht mit sich bringt. Insofern wäre die Normierung von Regelbeispielen, wie dies z.B. in § 58 TKG erfolgt ist, wünschenswert gewesen. Auch dort wurde die Formulierung „in begründeten Einzelfällen“ verwandt, jedoch unter Anführung zweier Beispiele, wann „insbesondere“ eine von den Frequenzzuweisungs- oder Frequenznutzungsplänen abweichende Frequenzzuteilung erfolgen kann. Eine vorrangige, von der Prüfung der Kostenunterlagen unabhängige Anwendung der Vergleichsmarktbetrachtung führt letztlich auch nicht zu einer Befreiung von der Vorlage der entsprechenden Kostenunterlagen. Diese hat das betroffene Unternehmen nämlich in jedem Falle mit Antragseinreichung vorzulegen (§ 33 Abs. 1 TKG). Vor diesem Hintergrund erscheint die Regelung des § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG nicht nur fragwürdig, sondern auch gesetzestechisch nicht sonderlich geglückt.

4. Zusammenfassung

Die in § 35 Abs. 1 TKG vorgesehene Methodenreihenfolge wird durch § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG dahingehend verändert, dass in „begründeten Einzelfällen“ ohne vorherige Durchführung der nach § 35 Abs. 1 Satz 1 TKG vorgesehenen Kostenprüfung direkt das Vergleichsmarktprinzip angewendet werden kann. Die *BNetzA* hat somit bei Auswahl der Methode, anhand derer sie ein konkretes Entgelt überprüfen will, in einem ersten Schritt zu ermitteln, ob ein begründeter Einzelfall i.S.d. § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG vorliegt. Kommt sie dabei zu dem Ergebnis, dass das nicht der Fall ist, richtet sich die weitere Reihenfolge der anzuwendenden Methoden nach § 35 Abs. 1 TKG. Der gesamten ex ante-Entgeltregulierung liegt – bis auf die Ausnahme des § 30 Abs. 5 TKG – der Prüfungsmaßstab der KeL nach § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG zu Grunde. Eine Änderung des Prüfungsmaßstabs beinhaltet § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG jedoch nicht.

20) So auch *Groebell/Seifert*, in: Säcker (o. Fußn. 1), § 35 Rdnr. 22.

21) Vgl. zu den Anforderungen des Konsistenzgebots *Nett/Neumann/Vogelsang*, Geschäftsmodelle und konsistente Entgeltregulierung, 2004; *Nolte/König*, MMR 2005, 512 ff.; *Senger*, N&R 2005, 138 ff.; *Gerpott*, K&R 2005, 112 ff.; MMR-Beil. 6/2005 passim.

22) Die Vorgängernorm des § 3 TEntgV bezog sich demgegenüber noch auf „Preise und Kosten“; vgl. zur Vorgehensweise insofern *Becker*, K&R 1999, 112, 118 ff.

23) Krit. insofern *Schuster/Ruhle* (o. Fußn. 18), § 35 Rdnr. 18.

24) *BNetzA*, B. v. 8.11.2006 – BK 3a/b-06-008/E 30.08.06, S. 31.

25) *BNetzA*, B. v. 8.11.2006 – BK 3a/b-06-008/E 30.08.06, S. 33; *Groebell/Seifert*, in: Säcker (o. Fußn. 1), § 35 Rdnr. 22.

26) So *Nolte/König*, MMR 2005, 512, 516.

27) Ähnlich *Gerpott*, K&R 2005, 108, 112, der allein einen Rückgriff auf den niedrigsten „Best-Practice-Preis“ für ausgeschlossen hält; a.A. *Lundborg/Ruhle/Schlipp*, CR 2006, 21, 26.

V. Effizienzkostenermittlung anhand der Vergleichsmarktmethode

Während die Vergleichsmarktmethode im Vorabgenehmigungsverfahren der Bestimmung des kosteneffizienten Preises dient²⁰ und angewendet werden kann, wird sie im ex post-Verfahren allein für eine Prüfung der Maßstabsgerechtigkeit nach § 28 TKG herangezogen und stellt nach § 38 Abs. 2 TKG den Regelfall dar. Im Vorabgenehmigungsverfahren sind besondere Anforderungen an das methodische Vorgehen zu stellen, um den strengeren KeL-Vorgaben gerecht zu werden und sicherzustellen, dass der kosteneffiziente Preis ermittelt wird.

Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG ist das Verfahren der Vergleichsmarktbetrachtung so ausgestaltet, dass die *BNetzA* „Preise solcher Unternehmen als Vergleich heranziehen [kann], die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten anbieten“, wobei die „Besonderheiten der Vergleichsmärkte zu berücksichtigen“ sind. Das Verfahren basiert damit auf einer Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe, die der Ausfüllung durch die Behörde bedürfen und bei uneinheitlicher Anwendung ein großes Potenzial an Unsicherheitsfaktoren mit sich bringen. Eine einheitlich methodische Vorgehensweise ist aber nicht nur im Hinblick auf die Ermittlung des kosteneffizienten Preises von erheblicher Bedeutung, sondern ist auch Voraussetzung einer konsistenten Entgeltregulierung i.S.d. Konsistenzgebots nach § 27 Abs. 2 TKG.²¹

1. Preisermittlung

Obwohl der Maßstab des § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG auf einer reinen Kostenbetrachtung basiert, verlangt § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG einen Vergleich von Preisen der entsprechenden Leistung. Betrachtet wird damit das Entgelt der konkreten Leistung.²² Damit hat sich der Gesetzgeber gegen die Heranziehung eines wichtigen Vergleichsparameters in Form einer Kostenbetrachtung entschieden.²³ Das Bedürfnis eines Preisvergleichs gegenüber einem Kostenvergleich ergibt sich aber bereits aus Praktikabilitäts Erwägungen: So wird es bei einem internationalen Vergleich kaum möglich sein, sämtliche Kosteneinflussgrößen der in Vergleich zu ziehenden Unternehmen berücksichtigen zu können. Sobald entsprechendes Datenmaterial als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis eingestuft wurde, ist es schlichtweg für die Behörde nicht ermittelbar und ein internationaler Vergleich demnach nicht durchführbar.²⁴

Zielgröße der Preis- bzw. der dadurch implizierten Effizienzkostenermittlung sollte in jedem Falle der theoretische Gleichgewichtspreis sein, der mittels eines sog. Best-Practice-Ansatzes zu ermitteln ist.²⁵ Die Heranziehung eines Best-Practice-Ansatzes ist vorzuziehen, weil er den Effizienzpreis am deutlichsten abzubilden vermag. Eine „Bestenbetrachtung“ führt bereits per definitionem zur Einbeziehung der Entgelte besonders effizienter Anbieter.²⁶ Dies ist bei einer Preisermittlung mittels einer Durchschnittsbetrachtung gerade nicht gegeben. Auch wenn § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG nach seinem Wortlaut offenzulassen scheint, in welcher Weise die *BNetzA* „Preise solcher Unternehmen“ zu ermitteln hat, „die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten anbieten“, kann nur ein Rückgriff auf einen „Best-Practice“-Preis sicherstellen, dass ein Entgelt ermittelt wird, das den KeL möglichst nahe kommt. Demgegenüber ist i.R.d. ex post-Betrachtung grundsätzlich die Bildung eines Mittelwerts ausreichend,²⁷ da der Maßstab des § 28 TKG inso-

fern milder ausgestaltet ist und unterhalb der strengeren Anforderungen des § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG liegt.

2. Vergleichbarkeit der Input-Parameter

Eine Annäherung an die Effizienzkosten erfordert zudem einen Induktionsprozess, der die Heranziehung möglichst vergleichbarer Input-Parameter voraussetzt. Hinsichtlich der „vergleichbaren Leistung“ bedeutet dies z.B. eine möglichst große Vergleichbarkeit in Bezug auf den Leistungsumfang sowie die Technologie, auf die der entsprechende Dienst aufsetzt. Im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Märkte ist nicht nur die Länderauswahl und die jeweils auf dem Markt herrschende Wettbewerbsintensität entscheidend, sondern auch, wieweit die Liberalisierung des Wettbewerbs dort fortgeschritten ist. Da die Märkte nach der gesetzlichen Vorgabe nur dem „Wettbewerb geöffnet“ sein müssen, wird auch ein Einbezug regulierter Märkte in das Vergleichsverfahren ermöglicht.²⁸ In der Regel wird die Vergleichbarkeit hinsichtlich der Ermittlung eines Als-ob-Wettbewerbspreises dort am größten sein, wo der Zeitraum der Regulierung etwa gleichlaufend ist.²⁹ Insbesondere im Hinblick darauf, dass auf Preise zurückgegriffen werden kann, die anhand von Kostendaten oder Kostenmodellen festgesetzt wurden, erscheint die Effizienzkostenannäherung noch größer. Letztlich richtet sich die Vergleichbarkeit vorrangig nach der Vergleichbarkeit der Anbieter auf dem entsprechenden Markt. Größe und Netzinfrastruktur sind insofern zwei entscheidende Faktoren.³⁰

I.R.d. Anwendung der Vergleichsmarktbetrachtung bei der ex ante-Entgeltregulierung ist die Praxis der *BNetzA* sowohl im Hinblick auf die Bildung des Best-Practice-Werts als auch auf die Auswahl der Inputparameter nicht einheitlich.³¹ Ob der vergleichbare Preis tatsächlich die KeL abzubilden vermag, bestimmt sich aber gerade nach den Ausgangskriterien bzw. Inputparametern des Benchmarks: Je höher die Vergleichbarkeit der ausgewählten Inputparameter ist, desto

höher ist auch die Wahrscheinlichkeit der Effizienzkostenabbildung. Betrachtet man die Vielzahl der Inputparameter, die für die Behörde bei der Entscheidung relevant werden können, zeigt sich die mit dem Verfahren verbundene Schwierigkeit einer konsistenten Vorgehensweise. Entscheidend ist daher, dass die *BNetzA* den Induktionsprozess möglichst einheitlich anwendet und sich i.R.d. ex ante-Regulierung stets am Best-Practice-Wert orientiert, um dem Maßstab des § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG gerecht zu werden.

VI. Zusammenfassung

I.R.d. ex ante-Entgeltregulierung ist die Vergleichsmarktbetrachtung unter den Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 Satz 2 TKG vorrangig. Ansonsten kommt sie dann zur Anwendung, wenn die Kostenunterlagen nicht ausreichend sind (§ 35 Abs. 1 Satz 2 TKG) oder wenn sie zur Kostenprüfung zusätzlich herangezogen wird (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG). Wie die Kostenprüfung dient auch die Vergleichsmarktbetrachtung i.R.d. ex ante-Entgeltregulierung der Ermittlung des Effizienzpreises nach § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG. Dieser ist anhand eines Best-Practice-Ansatzes zu ermitteln, wobei die Auswahl der Eingangsparameter von maßgeblicher Bedeutung ist. Eine konsistente Vorgehensweise der *BNetzA* im Hinblick auf die Bestimmung der Eingangsparameter erscheint nicht nur wünschenswert, sondern vor dem Hintergrund des Konsistenzgebots aus § 27 Abs. 2 TKG auch geboten.

²⁸ So ausdrücklich die Begr. zum Gesetzentwurf zu § 33; BT-Drs. 15/2361, S. 69.

²⁹ Vgl. insofern die Auswahl der *BNetzA*, B. v. 8.11.2006 – BK 3a/b-06-008/E 30.8.6, S. 32.

³⁰ Vgl. die weitere Auflistung relevanter Faktoren bei *Schuster/Ruhle* (o. Fußn. 18), § 35 Rdnr. 24 ff.

³¹ Vgl. zu den unterschiedlichen Herangehensweisen der Beschlusskammern *Brandenburg*, N&R 2005, 42 ff.; *Lundborg/Ruhle/Schlipp*, CR 2006, 21, 23 ff.; *Sommerberg*, N&R 2005, 129 ff.; *Nolte/König*, MMR 2005, 512, 516 sowie die Darstellung bei *Schütz* (o. Fußn. 18), Rdnr. 737.