

# DIE ENTGELTREGULIERUNG IM TKG 2004, INSBESONDERE DIE ENDKUNDENENTGELTREGULIERUNG

## Kurzbeschreibung

Diese Ausarbeitung, der für das Zentrum für Angewandte Rechtswissenschaften (Prof. Kühling) erstellten Seminararbeit, gibt meine Sichtweise auf die Entgeltregulierungskomponente des [TKG04] wieder, wobei ich versuche, das Thema für Nicht-Juristen freundlich zusammengefasst aufzubereiten. Mit diesem Anliegen habe ich versucht, die §§ 27 bis 39 die zum Abschnitt 3 Entgeltregulierung des Gesetzes gehören zu beleuchten, und die sich mir aufdrängenden Fragestellungen wiederzugeben. In diese Ausarbeitung sind auch die Folien des zugehörigen Seminarvortrags eingeflochten, um die Konsistenz des Vortrags und dieser textuellen Wissensmaterialie aufzuzeigen und zu gewährleisten.

## Schlüsselwörter

TKG 2004, Entgeltregulierung, Endkundenentgeltregulierung, Entgeltgenehmigung, nachträgliche Entgeltregulierung

- (1) Ziele der Entgeltregulierung
- (2) Die Genehmigung (Ex-ante-Regulierung) von Entgelten
- (3) Die nachträgliche Regulierung (Ex-post-Regulierung) von Entgelten
- (4) Die Endkunden-Entgeltregulierung

## **Information 1: DIE ENTGELTREGULIERUNG IM TKG 2004, INSBESONDERE DIE ENDKUNDENENTGELTREGULIERUNG**

## Inhaltsverzeichnis

1	Grundgedanken zur Entgeltregulierung.....	3
1.1	Ziele der Entgeltregulierung.....	4
1.2	Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht	5
1.2.1	Ausbeutung.....	6
1.2.2	Behinderung .....	6
1.2.3	Diskriminierung.....	7
1.3	Arten der Entgeltregulierung.....	8
1.3.1	Anwendungsbedingungen der Regulierungsarten.....	9
2	Die Genehmigung (Ex-ante-Regulierung) von Entgelten.....	10
2.1	Verfahren der Entgeltgenehmigung .....	11
2.1.1	Arten der Entgeltgenehmigung.....	13

2.1.2	Entgeltgenehmigung nach dem Vergleichsmarktprinzip .....	17
2.1.3	Anwendung analytischer Kostenmodelle .....	18
2.2	Abweichung von genehmigten Entgelten .....	19
2.3	Beispiel zur Entgeltgenehmigung .....	19
2.3.1	Entgelte für Breitbandzusammenschaltung .....	20
3	Die nachträgliche Regulierung (Ex-post-Regulierung) von Entgelten .....	20
3.1	Prüfungsmaßstäbe und Grundlagen der Ex-post-Regulierung .....	21
3.2	Ein- oder zweistufiges Regulierungsverfahren .....	22
3.3	Besonderheiten der „unechten“ nachträglichen Entgeltregulierung .....	23
4	Die Endkunden-Entgeltregulierung .....	24
4.1	Entgelte mit nachträglicher Regulierung .....	24
4.2	Genehmigungspflichtige Entgelte .....	25
4.3	Pflicht zum Vorleistungsangebot .....	26
4.4	Beispiel zur Endkundenentgeltregulierung .....	26
4.4.1	Genehmigung des Optionstarifs "AktivPlus xxl sunday" .....	27
4.4.2	Portierungsentgelte für Mobilfunknummern .....	27
	VERZEICHNISSE .....	28
	Abkürzungen und Glossar .....	28
	Index .....	28
	Informationen und Interaktionen .....	29
	Literatur .....	29

# 1 Grundgedanken zur Entgeltregulierung

- (1) Demonopolisierung des Telekommunikationssektors
- (2) Geprägt durch Europäische Gesetzgebung
- (3) Spezialrecht gegenüber dem allgemeinen GWB
- (4) Regulierungsgegenstand: Das Entgelt ↔ Der Preis

## Information 2: Grundgedanken zur Entgeltregulierung

Das heutige TKG (das [TKG04], im Folgenden als TKG bezeichnet) und die darin niedergeschriebene und auch durch die RegTP praktizierte Entgeltregulierung sind Schritte und Produkte einer sich über Jahrzehnte hinweg ziehenden Demonopolisierung des Post- und Telekommunikationssektors, die mit der Postreform I im Jahre 1989 begonnen wurde. Auch wenn das Ziel weitgehend unregulierte Märkte mit funktionierendem Wettbewerb sind, ist zunächst eine weitgehende Regulierung und damit auch eine entsprechende Normenflut von Nöten, um neben dem Ex-Monopolisten überhaupt Platz und Möglichkeiten für Konkurrenz zu schaffen. So auch vor allem im Bereich der von Telekommunikations-Unternehmen geforderten Entgelte, da diese einen wesentlichen Aspekt der unternehmerischen Wirtschaftlichkeit ausmachen und dadurch eine hervorragende Plattform zur Steuerung eines Marktes bieten. Einstweilen ist die Entgeltregulierung also geeignet, den funktionierenden Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten zu ersetzen.<sup>1</sup>

Auch dem europäischen Wunsch einer weitergehenden Annäherung der internationalen Telekommunikationsgesetzgebung trägt das TKG durch die Umsetzung zahlreicher Richtlinien Rechnung.<sup>2</sup> In der Entgeltregulierung selbst wird auch im [TKG96] schon eine Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu Grunde gelegt, die auf das Unionsrecht zurückgeht.<sup>3</sup> In die Sammlung nationaler Gesetze des speziellen Verwaltungsrechts reiht sich das TKG als telekommunikationsfachliche Sonderregulierung gegenüber dem allgemeinen [GWB98] ein, wobei jedoch umstritten ist, ob die strenge spezielle Entgeltregulierung des TKG gegenüber den stärker beschränkten kartellrechtlichen Regelungen des [GWB98] abschließend sind.<sup>4</sup>

Der eigentliche Regulierungsgegenstand der Entgeltregulierung ist wie der Name schon sagt das Entgelt. Das Entgelt im Sinne des TKG ist die für eine Leistung, zumeist eine

---

<sup>1</sup> Vergleiche *Spoerr* in [TSB01] S. 220 Rn. 2

<sup>2</sup> Umgesetzt werden laut Gesetzgeber die Richtlinien EGRL 21/2002 (CELEX Nr: 302L0021), EGRL 20/2002 (CELEX Nr: 302L0020), EGRL 19/2002 (CELEX Nr: 302L0019), EGRL 22/2002 (CELEX Nr: 302L0022) und EGRL 58/2002 (CELEX Nr: 302L0058)

<sup>3</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 220 Rn. 2

<sup>4</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 222 Rn. 8

Telekommunikationsdienstleistung, zu entrichtende Gegenleistung und kann auch Preis genannt werden.<sup>5</sup> Wesentlich ist dabei, dass es sich bei dem Entgelt regelmäßig um kalkulierte, einheitliche Preise handeln muss, die nicht nach dem individuellen Aufwand für einen speziellen Dienstnehmer berechnet werden.<sup>6</sup>

## 1.1 Ziele der Entgeltregulierung

- (1) Verhinderung der...
  - (1) Ausbeutung
  - (2) Behinderung
  - (3) Diskriminierung
- ...von...
  - (1) Wettbewerbern
  - (2) Endnutzern
- ...durch missbräuchliche Preispolitik eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht. (Abs.1)
- (1) In sich stimmiges Gesamtkonzept der Entgeltregulierung (Abs.2)
- (2) Verwirklichung der allgemeinen Ziele des TKG (Abs.2) u.a.
  - (1) Ermöglichung eines Wettbewerbs mit gleichen Chancen
  - (2) Wahrung der Verbraucherinteressen

### Information 3: Ziele der Entgeltregulierung (§27)

Erklärtes Ziel der Entgeltregulierung in § 27 ist es, den sich in preispolitischen Maßnahmen manifestierenden Machtmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen zu verhindern (1.2). Dieser Missbrauchsschutz soll nicht nur gegenüber alleinigen Monopolisten bzw. Ex-Monopolisten greifen, es reicht aus wenn ein Unternehmen – unter möglicherweise mehreren – eine beträchtliche Macht auf dem zu regulierenden Markt besitzt. Als konkrete Missbrauchsszenarien werden dabei „Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder von Wettbewerbern“ genannt. Der Begriff der „beträchtlichen Marktmacht“ wird in § 2 Nr. 4 iVm § 11 Abs. 1 Satz 3 bis 5 definiert und legt eine Orientierung an der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments zu Grunde. Das Gesetz nennt explizit „Wettbewerber“ und „Endnutzer“ als schutzbedürftige Rollen, was als Anzeige einer drittschützenden Wirkung der Entgeltregulierung verstanden werden kann.<sup>7</sup>

Die im Zuge der Regulierung getroffenen Maßnahmen sollen als Ganzes gesehen in Anbetracht ihrer Inhalte und ihrer zeitlichen Wirkung stimmig, also konsistent sein<sup>8</sup> und selbstverständlich den allgemeinen Regulierungszielen des TKG aus § 2 Abs. 2 gerecht werden. So sollen dabei unter anderem ein Wettbewerb mit gleichen Chancen auf dem

<sup>5</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 222 Rn. 9 und *Kühling* in [JK04] S. 284 Teil 2 Kapitel 3 C. I.

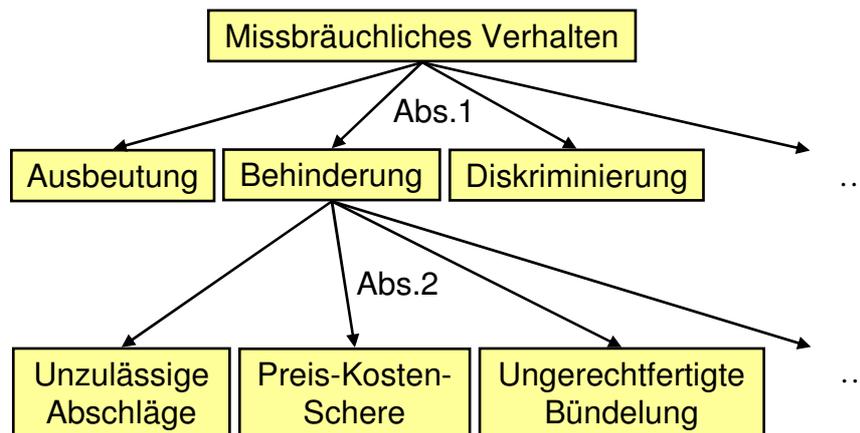
<sup>6</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 222 Rn. 13

<sup>7</sup> So z.B. von *Spoerr/Sellmann* in [SS04] S. 105 III.3. Abs. 1

<sup>8</sup> Ausführlich zur Konsistenz in der Entgeltregulierung schreiben *Nett/Neumann/Vogelsang* in [NNV04]

regulierten Markt ermöglicht werden und die Interessen der Verbraucher der Telekommunikationsdienste gewahrt werden. Für die Wahrung des Konsistenzgebotes wird auch vertreten, dass diese – über den Wortlaut des Gesetzes hinaus – auch das Verhältnis zwischen Entgeltregulierung und Zugangsregulierung berücksichtigen muss.<sup>9</sup>

## 1.2 Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht



**Information 4: Missbräuchliches Verhalten (§28)**

Ein zentraler Aspekt der Entgeltregulierung durch die RegTP ist der Begriff des „missbräuchlichen Verhaltens“, der bereits in der Zielformulierung der Entgeltregulierung Anklang findet und im § 28 genauer bestimmt wird. Dieser verbietet Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht diese bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten für angebotene Telekommunikationsdienste missbräuchlich auszunutzen. Zur Konkretisierung des Begriffs werden in Abs. 1 die drei Szenarien Ausbeutung, Behinderung und Diskriminierung aus der Zieldefinition genauer ausgeführt und als missbräuchliches Verhalten ausgezeichnet sofern keine sachliche Rechtfertigung dafür nachgewiesen werden kann. Eine sachliche Rechtfertigung ist vom regulierten Unternehmen vorzuweisen und erfordert in ihrer Beurteilung durch die RegTP eine Abwägung der Nutzer-, Wettbewerber- und Unternehmensinteressen für den jeweiligen Einzelfall.<sup>10</sup> Beispiel für einen Rechtfertigungsgrund könnten Altlasten aus dem Beschäftigungsgefüge des Ex-Monopolisten, aber unter Umständen auch die Anpassung der Entgelte an niedrigere Preise der Wettbewerber sein. Inwiefern diese Praxis zulässig ist, ist jedoch umstritten.

Die nun folgende Konkretisierung des Missbrauchs ist keinesfalls in einem abschließenden Sinne gemeint, so dass der Anwendung des § 28 Abs. 1 auch bei anderen als den explizit genannten Tatbeständen nichts im Wege steht.

<sup>9</sup> So *Spoerr/Sellmann* in [SS04] S. 105 III.1. Abs. 2

<sup>10</sup> Dazu *Spoerr* in [TSB01] S. 236 Rn. 80 und *Kühling* in [JK04] S. 311 Abs. 2, Teil 2 Kapitel 3 C. III. 5. d)

### 1.2.1 Ausbeutung

Bei der Ausbeutung handelt es sich nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 um Entgelte, die sich auf dem Markt nur durch die beträchtliche Macht des Diensteanbieters durchsetzen lassen. Auch wenn es im Text nicht explizit genannt wird, sind hier hauptsächlich überhöhte Preise gemeint. Man spricht insofern auch vom Preishöhenmissbrauch. Zur Überprüfung der Kausalität kann hier ein Vergleich mit einem Als-Ob-Wettbewerbspreis angestellt werden, aber auch eine wertende Zurechnungsbetrachtung wird befürwortet.<sup>11</sup> Für Entgelte, die einer Genehmigung unterliegen, ist die Prüfung dieses Tatbestandes weniger relevant, da die Entgelte mit durchgesetzten Aufschlägen in der Regel die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung übersteigen.<sup>12</sup>

### 1.2.2 Behinderung

Behinderung der Konkurrenten auf dem Markt kann von Unternehmen dazu genutzt werden, die eigene marktbeherrschende Stellung zu halten oder gar auszubauen, indem der Marktzutritt für Wettbewerber erschwert wird. Dies widerspricht dem zu erreichenden Ziel des chancengleichen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten und ist deshalb ebenfalls unzulässig. Als Behinderung im Sinne des § 28 zählt jegliche erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf **einem** Telekommunikationsmarkt. Es muss sich also nicht zwangsläufig um den Markt handeln, für den Entgelte zur Prüfung ausstehen. Insbesondere wird eine Behinderung bei der Erfüllung mindestens eines der folgenden drei Tatbestände vermutet:

#### Unzulässige Abschläge

Unzulässige Abschläge sind gegeben, wenn das geforderte Entgelt geringer ist, als die langfristigen zusätzlichen Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Damit wird teilweise auf dieselben Bewertungsmerkmale abgestellt wie bei der Definition der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, unter Auf Grundlage der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung beschrieben. Durch diese Regelung soll verhindert werden, dass Unternehmen mittels Preis-*Dumping*, das durch Mischkalkulationen wie Quersubventionierung oder später eintretende Skalenvorteile finanziert wird, die Wettbewerbschancen der Konkurrenten erheblich beeinträchtigen. Durch kostenunterdeckende Entgelte im Zugangsmarkt kann ein ehemaliger Monopolist auch eine verbotene Verringerung der Preis-Kosten-Schere erwirken.

#### Preis-Kosten-Schere

Unter Preis-Kosten-Schere versteht man die Differenz zwischen einem Endnutzerentgelt und dem Entgelt für die der Endnutzerleistung vorgelagerten Zugangsleistung eines vertikal integrierten Unternehmens. Diese Preisspanne soll Wettbewerbern ermöglichen, durch Inanspruchnahme der Vorleistung eine Endnutzerleistung gegebenenfalls zu geringeren Preisen als der Marktbeherrscher anzubieten. Eine geöffnete Preis-Kosten-Schere ist vor allem für den Marktzutritt neuer Unternehmen interessant und muss daher gesichert werden.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 233 Rn. 66

<sup>12</sup> So *Kühling* in [JK04] S. 302 Abs. 1, Teil 2 Kapitel 3 C. III. 5. a)

<sup>13</sup> Vergleiche *Kühling* in [JK04] S. 83 Abs. 1

Der Begriff der Preis-Kosten-Schere wurde in der aktuellen Version erstmals explizit in das TKG mit aufgenommen und präzisiert. Darin heißt es, dass die Preisspanne die ein Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht zwischen Zugangsleistung und Endnutzerleistung zur Verfügung stellt, einem effizienten Unternehmen mindestens eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermöglichen muss.<sup>14</sup>

### **Ungerechtfertigte Bündelung**

Laut § 28 Abs. 2 Nr. 3 darf ein Unternehmen bei seinem Produktangebot keine Bündelung ohne sachliche Rechtfertigung vornehmen. Bei Bündelprodukten handelt es sich um Leistungen, die nur zusammen bezogen werden können. Solche Kopplungen unterschiedlicher Leistungen können zur Behinderung des Wettbewerbs führen; so ist beispielsweise die Kopplung des T-DSL-Anschlusses an einen T-Net oder T-ISDN-Anschluss durch die T-Com deren Wettbewerbern im gerade rasant wachsenden Voice-over-IP-Sektor verständlicherweise ein Dorn im Auge. Aber nicht alle Bündelprodukte sollen verboten werden, da viele sich auf Nachfrageseite großer Beliebtheit erfreuen. Bei der Prüfung der Tatbestandsmerkmale ist durch die Regulierungsbehörde nach Satz 2 unter anderem zu prüfen, ob effiziente Wettbewerber das Bündelprodukt zu vergleichbaren Konditionen anbieten könnten oder nicht. Kann dies bejaht werden, so liegt regelmäßig eine gerechtfertigte Bündelung iSd Satz 1 vor.<sup>15</sup>

### **1.2.3 Diskriminierung**

Der letzte der explizit genannten, aber nicht abschließenden Missbrauchsfälle ist die Diskriminierung. Eine Diskriminierung nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 liegt vor, wenn Entgelte gefordert werden, „die einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienste einräumen“. Daraus folgt zum einen, dass dieselbe Leistung für alle denselben Preis haben muss, also keine Einzelab-sprachen für Preise zulässig sind. Zum anderen müssen verschiedene Dienste, die sich in ihrer Qualität und Leistung nur unwesentlich unterscheiden, etwa gleich teuer sein.<sup>16</sup> Des Weiteren ist durch diese Regelung in gewissen Grenzen auch ein gesetzlicher Kon-trahierungszwang gegeben. Beispiel für eine Diskriminierung auf dem Vorleistungsmarkt sind volumenabhängige Rabatte, die die eigene Tochtergesellschaft bevorzugen, da diese als einzige das höchste Abnahmevermögen generieren kann.

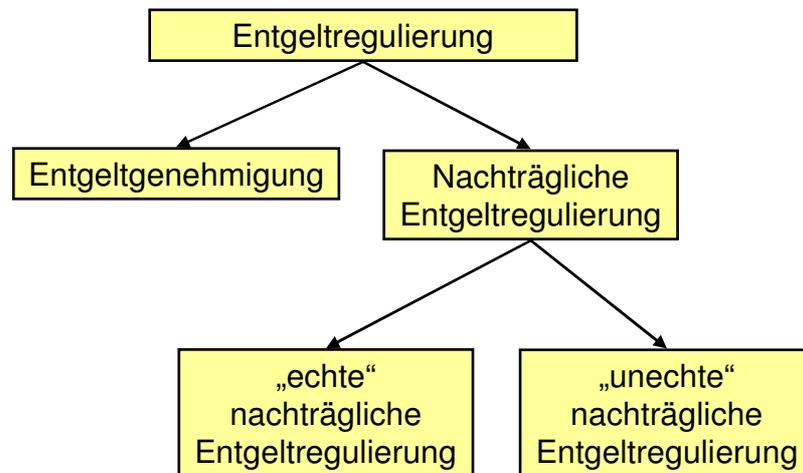
---

<sup>14</sup> Zur „angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals“ schreibt *Kühling* in [JK04] S. 297 Abs. 2, Teil 2 Kapitel 3 C. III. 4. a)

<sup>15</sup> So [TKG-E03] S. 92 Zu § 26 Abs. 10

<sup>16</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 235 Rn. 76ff

### 1.3 Arten der Entgeltregulierung



**Information 5: Arten der Entgeltregulierung (§§31, 38)**

Vom Gesetzgeber werden in den §§ 31 und 38 zwei Regulierungsarten für die zu fordernden Entgelte der Telekommunikationsdienstleister unterschieden. Zum einen Genehmigung (Ex-ante-Regulierung) (2), zum anderen die nachträgliche Regulierung (Ex-post-Regulierung) von Entgelten (3), die im Vergleich zur ersteren weniger strenge Bewertungsrichtlinien zu Grunde legt. Erstere stellt einen wesentlichen Eingriff in die Preispolitik des Unternehmens dar und ist für die Regulierungsbehörde mit einem beträchtlichen Arbeitsaufwand verbunden, während die nachträgliche Regulierung dem regulierten Unternehmen mehr Freiheiten lässt und eine Beschleunigung der Regulierungsprozesse mit sich bringt. Die nachträgliche Entgeltregulierung kann nochmals in eine „echte“ nachträgliche Regulierung, wie sie in vielen Fällen zum Einsatz kommt, und eine „unechte“ nachträgliche Regulierung unterschieden werden. Die wesentliche Differenz der beiden liegt darin, dass Entgelte, die der „unechten“ nachträglichen Regulierung unterworfen sind, nach § 38 Abs. 1 der RegTP zwei Monate vor Inkrafttreten anzuzeigen sind und von der Behörde in eingeschränktem Maße vorab verboten werden können (3.3), wohingegen bei der „echten“ keine Schritte des Unternehmens vorab notwendig sind, sondern die Regulierungsbehörde von sich aus eine Regulierung anstößt, sollte ihr der Verdacht oder auch ein Hinweis auf ein missbräuchliches Verhalten bezüglich der geforderten Entgelte kommen.

### 1.3.1 Anwendungsbedingungen der Regulierungsarten

Freiwillige Zugangsleistung	(1) „Unechte“ nachträgliche Entgeltregulierung
Verpflichtende Zugangsleistung	(2) Entgeltgenehmigung  (3) „Echte“ nachträgliche Entgeltregulierung bei einigen Ausnahmen
Endnutzer- Leistung	(4) „Echte“ nachträgliche Entgeltregulierung  (5) Wenn nicht ausreichend „Unechte“ oder Genehmigung

#### Information 6: Anwendungsbedingungen der Regulierungsarten (§§30, 39)

Bis auf wenige Ausnahmen, bei denen im Folgenden explizit darauf hingewiesen wird, unterliegen nur die Entgelte von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einer Regulierung, so dass kleinere Unternehmen nicht durch zusätzliche Bürokratie belastet werden. Es wird also die Marktbeherrschung nach dem Marktanalyseverfahren des § 11 als Rechtfertigung für den Eingriff in die unternehmerische Selbstbestimmung durch die Entgeltregulierung angeführt.<sup>17</sup> Nach einem Urteil des VG Köln vom 6. 9. 2004<sup>18</sup> unterliegen nicht nur die Entgelte, sondern auch die nach Revision des TKG nicht mehr explizit aufgeführten entgeltrelevanten Bestandteile von AGBs der Regulierung.<sup>19</sup>

Nicht einfach zu beantworten ist die Frage, welche Regulierungsart und damit welche Paragraphen für ein zu forderndes Entgelt einschlägig sind. Das TKG verzichtet soweit wie möglich auf die eingriffsintensive Entgeltgenehmigung, es gibt aber dennoch Fälle, in denen die Effekte des ehemaligen Monopols fortwirken und daher eine Vorab-Entgeltregulierung erforderlich ist.<sup>20</sup> Regelungspunkte sind der durch seine vielen Verweise und Ausnahmen recht unübersichtliche § 30, der die Regelungsart für Zugangsleistungen vorgibt. Für Endnutzerleistungen gibt § 39 die anzuwendende Regulierungsart an. Darüber hinaus ist zu beachten, dass für genehmigungspflichtige Entgelte die erfolgte Genehmigung nicht das letzte aller Worte ist, denn über § 38 Abs. 2 lässt sich die nachträgliche Regulierung durchaus auf bereits genehmigte Entgelte anwenden, so dass die Regulierungsbehörde ein Mittel an der Hand hat, um auf geänderte Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt seit der erfolgten Entgeltgenehmigung reagieren zu können.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 239 Rn. 3

<sup>18</sup> VG Köln, 6.9.2004, - 1 L 1832/04 Abs. 8

<sup>19</sup> *Nacimiento* in [GN05] S. 4 III.1.a) aa)

<sup>20</sup> Vergleiche *Spoerr* in [TSB01] S. 239 Rn. 4

<sup>21</sup> *Kühling* in [JK04] S. 84 Abs. 1

Hier nun eine Übersicht welche Regulierungsart vom Gesetz für welche Fälle vorgesehen ist:

### Entgelte für Zugangsleistungen

Entgelte für die durch einen Netzbetreiber freiwillig angebotenen Zugangsleistungen unterliegen einer „unechten“ nachträglichen Regulierung, wohingegen sich die Zuordnung der Zugangsleistungen, zu denen ein Netzbetreiber durch die Regulierungsbehörde verpflichtet wurde, weitaus komplizierter gestaltet. Diese sind laut § 30 Abs. 1 regelmäßig einer Genehmigung zu unterziehen, wobei jedoch einige Ausnahmefälle ausgezeichnet werden. § 30 Abs. 1 Satz 2 sieht vor, dass die Entgelte eines Netzbetreibers, der keine beträchtliche Macht auf dem Endkundenmarkt hat und dessen beträchtliche Marktmacht auf dem Markt der Zugangsleistung erst nach dem Inkrafttreten des TKG festgestellt wurde, ersatzweise einer „echten“ nachträglichen Regulierung unterzogen werden können, wenn diese Art der Regulierung ausreicht, um den Regulierungszielen des TKG aus § 2 Abs. 2 gerecht zu werden. In diesem Punkt hat also die zuständige Regulierungsbehörde einen wesentlichen Spielraum zur Ausgestaltung ihrer Regulierungspraxis.<sup>22</sup> Wird ein Netzbetreiber nach § 21 Abs. 2 Nr. 7 verpflichtet, Zugang zum Dienstbereich der einheitlichen Rechnungsstellung zu gewähren, so werden die in diesem Rahmen fälligen Entgelte **immer** einer „echten“ nachträglichen Regulierung unterzogen. Gleiches gilt für die Entgelte verpflichtender Dienste nach § 18, welcher der Regulierungsbehörde ermöglicht, Netzbetreiber mit Kontrolle über den Netzzugang von Endnutzern zu Zugangsleistungen für andere Netzbetreiber zu verpflichten, auch wenn **keine** beträchtliche Marktmacht seitens des kontrollierenden Betreibers vorliegt.

### Entgelte für Endnutzerleistungen

Prinzipiell unterliegen die Entgelte für Endnutzerleistungen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht einer „echten“ nachträglichen Regulierung. Dies gilt auch für die Universaldienste telefonische Auskunft und öffentliche Münz- und Kartentelefone unbeachtet der Marktmacht des erbringenden Unternehmens. Zusätzlich ist für die Endkundenentgelte der RegTP die Möglichkeit gegeben, in **Ausnahmefällen** auf die strengeren Regulierungsarten der „unechten“ nachträglichen Entgeltregulierung oder gar Entgeltgenehmigung zurückzugreifen.<sup>23</sup> Ausführlichere Informationen dazu finden Sie in 4 Die Endkunden-Entgeltregulierung.

## 2 Die Genehmigung (Ex-ante-Regulierung) von Entgelten

Genehmigungspflichtige Entgelte müssen, bevor sie von Unternehmen für ihre Leistungen verlangt werden dürfen, durch die Regulierungsbehörde überprüft und genehmigt werden. Mit der Ex-Ante-Regulierung liegt folglich ein intensiver Eingriff in die preispolitische Autorität des Telekommunikationsdiensteanbieters vor, so dass die Preise auf dem regulierten Markt von der Behörde weitgehend gesteuert werden können. Die von der Regulierungsbehörde eingesetzten Arten der Entgeltgenehmigung und ergänzenden

---

<sup>22</sup> Vergleiche *Spoerr/Sellmann* in [SS04] S. 105 III.2. Abs. 3

<sup>23</sup> Was *Spoerr/Sellmann* in [SS04] S. 105 III.2. Abs. 1 unerwähnt lässt im Gegensatz zu *Kühling* in [JK04] S. 85 Abs. 2

Bewertungsverfahren sind von der Ausführung gesehen unterschiedlich komplex. Daraus ergibt sich auch eine Diversität in der nötigen Bearbeitungszeit. Auch haben die verschiedenen Genehmigungsarten unterschiedliche Auswirkungen auf den Spielraum, der dem regulierten Unternehmen für seine Preisgestaltung bleibt.

Eine weitere interessante Frage ist, in welchen Fällen überhaupt ein Entgelt genehmigt werden muss. Sicherlich ist dies der Fall, wenn eine Leistung vom Unternehmen erstmals angeboten wird oder wenn sich das Entgelt für eine bereits existierende Dienstleistung ändern soll. Aber auch wenn die Merkmale einer existenten Dienstleistung bezüglich der angebotenen Funktionalität oder Qualität für den Nutzer erkennbar wesentlich modifiziert werden, kann ein neues Produkt angenommen werden, was eine wiederholte Beantragungspflicht für eine Genehmigung zur Folge hat.<sup>24</sup>

Bei einer Verwendung nicht genehmigter Entgelte drohen die in 2.2 beschriebenen Konsequenzen; sie kann aber unter Umständen auch Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz<sup>25</sup> sowie eine Bußgeldforderung<sup>26</sup> nach sich ziehen.

Die Entgeltgenehmigung läuft nach dem unten beschriebenen Verfahren ab und kann auf mehrere verschiedene Arten vollzogen werden. Diese sind in 2.1.1 erläutert.

- (1) Intensiver Eingriff in die unternehmerische Preispolitik
  
- (2) Verfahren
  - (1) Fristgerechte Vorlage der geplanten Entgelte zur Genehmigung inklusive einer Vielzahl von Kostenunterlagen
  - (2) Veröffentlichung der geplanten Entgelte durch die RegTP
  - (3) Anwendung der geforderten Genehmigungsart durch die Behörde wahlweise unter Zuhilfenahme zusätzlicher Bewertungsrichtgrößen
  - (4) Mitteilung und Veröffentlichung der befristeten Genehmigung oder Versagen der Genehmigung

### **Information 7: Die Genehmigung von Entgelten (§§31, 35)**

## **2.1 Verfahren der Entgeltgenehmigung**

Für genehmigungsbedürftige Entgelte muss das regulierte Unternehmen nach § 31 Abs. 5 und 6 bei der Regulierungsbehörde auf deren Aufforderung hin oder zumindest vor dem geplanten Inkrafttreten der Entgelte einen Antrag auf Genehmigung stellen, mit dem auch benötigte Kostenunterlagen der Behörde bekannt gegeben werden. Bei einer Neuvorlage befristeter Entgelte muss der Antrag mindestens zehn Wochen vor Fristablauf gestellt werden. Erhält die Regulierungsbehörde einen Genehmigungsantrag nach den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung wie unten beschrieben oder leitet selbst ein solches Verfahren ein, so veröffentlicht sie die beantragten Entgeltabsichten

---

<sup>24</sup> Vergleiche *Spoerr* in [TSB01] S. 222 Rn. 10

<sup>25</sup> § 44 [TKG04]

<sup>26</sup> § 149 [TKG04]

bzw. die vorgesehenen Entgelte<sup>27</sup>. Anschließend wendet sie die dem Antrag entsprechende Genehmigungsart an und kann dabei nach eigenem Ermessen zusätzliche Bewertungsrichtgrößen aus einem Marktvergleich (2.1.2) oder einem analytischen Kostenmodell (0) heranziehen. Sollten die für die Regulierung zur Verfügung stehenden Kostenunterlagen des Unternehmens für eine Prüfung nicht ausreichen, so kann sie im Genehmigungsverfahren auch vollständig basierend auf den zusätzlichen Bewertungsrichtgrößen entscheiden.<sup>28</sup> Sollten die geforderten Kostenunterlagen nicht vollständig vom antragenden Unternehmen vorgelegt worden sein, steht es der Regulierungsbehörde nach § 35 Abs. 3 Satz 3 frei die Genehmigung zu versagen. Im Falle eines positiven Ausgangs der Prüfung muss eine Genehmigung erfolgen; das regulierte Unternehmen hat aus § 35 Abs. 3 einen Anspruch auf deren Erteilung. Sie erfolgt vollständig oder teilweise<sup>29</sup>, wird mit einer Befristung versehen<sup>30</sup> und die darin regulierten Entgelte veröffentlicht<sup>31</sup>. Es ist nach § 35 Abs. 5 auch möglich, eine Entgeltgenehmigung rückwirkend zu erteilen.<sup>32</sup> Die Entscheidungsfristen für die Prüfung durch die Regulierungsbehörde sind fest und durch § 31 Abs. 6 Satz 3 und 4 gegeben. Für eine Einzelgenehmigung (Auf Grundlage der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung) muss eine Frist von zehn Wochen eingehalten werden, für eine Prüfung Durch das Price-Cap-Verfahren bleiben der RegTP lediglich zwei Wochen.

## Kostenunterlagen

- (1) Aktuelle Kostennachweise
  - (1) Einzelkosten
  - (2) Gesamtkosten
  - (3) Einsatzmengen, Preise und Kapazitätsauslastung
  - (4) Kostenermittlungsmethode und Kostenzuschlüsselung
- (2) Detaillierte Leistungsbeschreibung incl. Qualitätsangaben
- (3) Angaben über
  - (1) Umsatz
  - (2) Absatzmengen
  - (3) Entwicklung der Nachfragestruktur über 5 Jahre
- (4) Qualität, Einheitliche Kostenrechnungsmethode, Folgeauskunft

### Information 8: Kostenunterlagen (§33)

In § 33 wird genau geregelt, welche für die Prüfung notwendigen Unterlagen über die Zusammensetzung der betrieblichen Kosten der Regulierungsbehörde mit einem zu genehmigenden Entgelt vorzulegen sind. Zu diesen zählen aktuelle Kostennachweise, eine detaillierte Leistungsbeschreibung mit Qualitätsangaben, sowie Angaben über den Um-

<sup>27</sup> § 36 Abs. 2 [TKG04]

<sup>28</sup> § 35 Abs. 1 Satz 2 [TKG04]

<sup>29</sup> § 35 Abs. 3 [TKG04]

<sup>30</sup> § 35 Abs. 4 [TKG04] dazu auch *Spoerr* in [TSB01] S. 254 Rn. 8

<sup>31</sup> § 35 Abs. 6 [TKG04]

<sup>32</sup> Dazu [TKG-E03] S. 95 Zu § 33 Abs. 7

satz, Absatzmengen, die Höhe der einzelnen Kosten und der Deckungsbeiträge und die Entwicklung der Nachfragestruktur der Dienstleistung über fünf Jahre. Die Qualität der Unterlagen muss dabei für eine fristgemäße Bearbeitung durch die Regulierungsbehörde ausreichen.

Die Kostennachweise sind sowohl für Einzelkosten als auch für Gemeinkosten in digitaler Form vorzulegen und müssen die Grundlagen der Kostenrechnung, die erzielte und erwartete Kapazitätsauslastung beinhalten und sie müssen Angaben zur eingesetzten Kostenermittlungsmethode, vor allem eine plausible Zuschlüsselung der entstandenen Kosten zu den angebotenen Diensten darlegen.

Das beantragte Unternehmen wird durch § 33 Abs. 3 weiterhin verpflichtet, jährlich eine Folgeauskunft über die entstandenen Kosten gegenüber der Regulierungsbehörde zu erteilen, wobei nach Abs. 6, der auch für getrennte Genehmigungsanträge gilt, einheitliche Kostenrechnungsmethoden anzuwenden sind.

### 2.1.1 Arten der Entgeltgenehmigung

Durch den § 32 werden zwei grundlegend unterschiedliche Genehmigungsarten für Entgelte angelegt. Das eine Verfahren sieht die Genehmigung der Entgelte „auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ vor, wohingegen die auch unter dem Namen *Price-Cap*-Verfahren bekannte zweite Vorgehensweise aufgrund der durchschnittlichen Änderungsraten der Entgelte der in Körben zusammengefassten Dienste operiert.

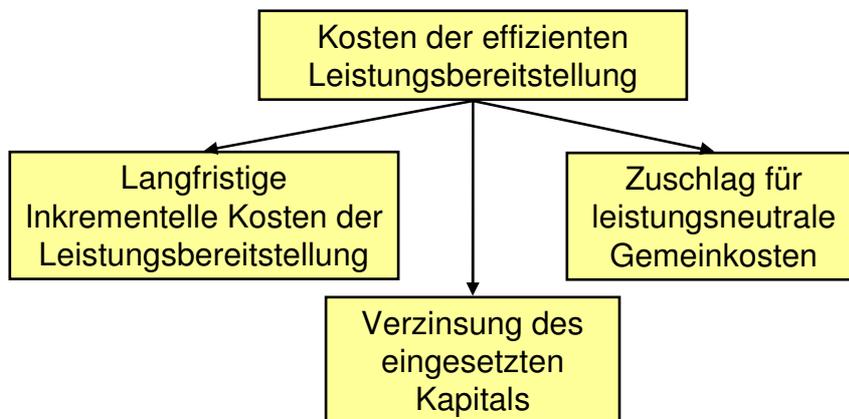
Beide Verfahren werden vom TKG als gleichwertig nebeneinander gestellt, womit sich vom Tenor eine Änderung zum bisher gültigen § 2 Abs. 1 [TEntgV96] ergibt, der die Anwendung des *Price-Cap*-Verfahrens vorrangig behandelt. Ob diese Änderung der Präferenz eine Änderung der Praxis der Regulierung durch die RegTP nach sich zieht, ist jedoch unklar, zumal die Frage, welches Verfahren Anwendung finden soll, auch bisher schon strittig war.<sup>33</sup>

Bei der Genehmigung anhand eines *Price-Caps* entfällt das missbräuchliche Verhalten als Prüfungsmaßstab; die Einhaltung des § 28 wird fingiert. Bei der anderen Genehmigungsart hingegen muss dessen Einhaltung eigentlich zusätzlich geprüft werden, ist aber oft durch die Einhaltung der effizienten Leistungsbereitstellung bereits erfüllt ist.

---

<sup>33</sup> Vergleiche Kühling in [JK04] S. 84 Abs. 2

## Auf Grundlage der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung



- (1) Nur Kosten mit engem Bezug zur Leistungsbereitstellung von Interesse
- (2) Berücksichtigung der aktuellen Kosten und Strukturen des regulierten Unternehmens

### Information 9: Entgeltgenehmigung auf der Grundlage der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (§§32 Abs. 1, 31 Abs. 2)

Wann Entgelte nach dieser Regulierungsart genehmigungsfähig sind, regelt § 31. Hier heißt es in Absatz 1, dass die Entgelte die „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten“ dürfen. Dies ist von der Regulierungsbehörde für jedes einzelne Entgelt zu prüfen.<sup>34</sup> Der Begriff der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ist jedoch noch sehr allgemein formuliert und bedarf daher zunächst einer weiteren Auslegung, die durch die weiteren Absätze des § 31 jedoch eingeschränkt wird.

Zunächst müsste geklärt werden, was genau unter dem Begriff der Kosten zu verstehen ist. Dies soll hier jedoch nicht ausgeführt werden. *Spoerr* sieht als Kosten die realen Kosten des Unternehmens an.<sup>35</sup>

Zu ergründen ist weiterhin, was eine effiziente Leistungsbereitstellung bedeutet und welche Kosten dieser zugerechnet werden können. Die Antwort auf letztere Fragestellung wird durch Abs. 2 und 3 teilweise gegeben: So können ohne eine zusätzliche gesetzliche Verpflichtung oder sachliche Rechtfertigung des regulierten Unternehmens<sup>36</sup> im Wesentlichen nur solche Kosten in das Verfahren miteinbezogen werden, „die sich aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten“ ergeben. Dazu kommt noch eine durch Abs. 4 geregelte angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals.<sup>37</sup>

Unter zusätzlichen Kosten sind iSd Abs. 2 entgegen des deutschen Begriffsverständnisses der Betriebswirtschaft die inkrementellen Kosten für die zusätzliche Leistung bzw.

<sup>34</sup> § 35 Abs. 2 [TKG04]

<sup>35</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 228 Rn. 37 und S. 223 Rn. 14ff

<sup>36</sup> Dazu *Kühling* in [JK04] S. 298 Abs. 2, Teil 2 Kapitel 3 C. III. 4. b)

<sup>37</sup> Dazu *Kühling* in [JK04] S. 297 Abs. 2, Teil 2 Kapitel 3 C. III. 4. a)

die Grenzkosten zu verstehen.<sup>38</sup> Der Begrifflichkeit des Gesetzestextes kann jedenfalls entnommen werden, dass nur Kosten einberechnet werden sollen, die eng mit der Leistungsbereitstellung verknüpft sind.<sup>39</sup> Dieser Effekt wird durch den eher theoretischen Ansatz der „Langfristigkeit“ noch verstärkt und viele Kostenanteile werden entscheidungsdisponibel. Da die dafür notwendige Transzendenz in der Realität nicht existiert, bleibt nur eine Einschränkung des betrachteten Zukunftszeitraums. Aber diese Praxis ist gleichwohl umstritten.<sup>40</sup>

Auch zur Bestimmung des Effizienzbegriffs bietet das TKG einen weiteren Anhaltspunkt. Da durch § 35 die Anwendung analytischer Kostenmodelle als zusätzliche Entscheidungshilfe ausgezeichnet wird, ist bei der Auslegung der effizienten Leistungsbereitstellung des § 31 nicht das Minimalprinzip, welches durch die analytischen Modelle ausreichend in die Entscheidung einfließt, sondern eher ein an den aktuellen Kostenunterlagen und Strukturen des regulierten Unternehmens anzulehnendes Prüfungsverfahren heranzuziehen. Diesbezüglich weist das TKG eine erweiterte Differenzierung der Normierung im Vergleich zu seinem Vorgänger auf.<sup>41</sup> Für die Bestimmung der Effizienz der Leistungsbereitstellung eines aktuell zu regulierenden Unternehmens sollten also dessen bestehende Verhältnisse, wie die vorhandene Netzstruktur, tatsächliche Lohnhöhen und andere reale Faktoreinsatzkosten berücksichtigt werden, um eine starke Beeinflussung des betrieblichen Leistungsgeschehens durch die Regulierung zu vermeiden.<sup>42</sup> Zwar bietet der in § 31 Abs. 1 verwendete Effizienzbegriff und dessen genauere Definition in Abs.2 der RegTP nach dem Wortlaut die Möglichkeit, sich in der Bewertung weitgehend von der Kostenrechnung des Unternehmens zu lösen, die Anwendung eines verengten Effizienzbegriffs wäre allerdings verfassungsrechtlich bedenklich.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> Vergleiche *Spoerr* in [TSB01] S. 226 Rn. 26

<sup>39</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 221 Rn. 6

<sup>40</sup> Vergleiche *Kühling* in [JK04] S. 291 Abs. 2, Teil 2 Kapitel 3 C. III. 3. a)

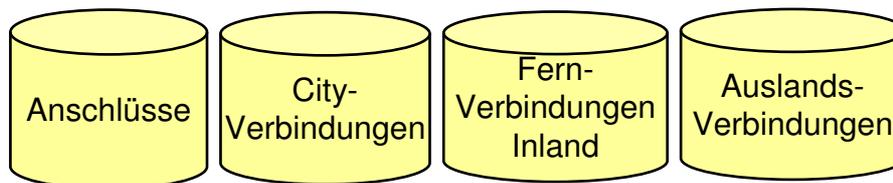
<sup>41</sup> Vergleiche *Spoerr* in [TSB01] S. 225 Rn. 25

<sup>42</sup> Vergleiche *Spoerr* in [TSB01] S. 225 Rn. 23

<sup>43</sup> Vergleiche *Spoerr* in [TSB01] S. 225 Rn. 22 und S. 229 Rn. 45f

## Durch das Price-Cap-Verfahren

- (1) Die zu regulierenden Leistungen werden in Körbe zusammengefasst
- (2) Genehmigung erfolgt bei Einhaltung der durch die RegTP festgelegten Änderungsraten für den Korb
- (3) Weniger eingriffsintensiv, da Freiheit in der Preisgestaltung innerhalb eines Korbes
- (4) Beispiel-Körbe Sprachtelefondienst 2002:



### Information 10: Entgeltgenehmigung durch das Price-Cap-Verfahren (§§32 Abs. 2, 34)

Beim *Price-Cap*-Verfahren, das durch § 34 geregelt ist, wird nicht jedes Entgelt einzeln geprüft, sondern die Entgelte mehrerer in einem Korb zusammengefasster Leistungen gemeinsam. Dabei wird die Entgeltänderung mit von der Regulierungsbehörde vorgegebenen Maßgrößen für die durchschnittlichen Änderungsraten des Korbes verglichen, so dass dem regulierten Unternehmen weitestgehend freigestellt ist, wie es die Entgelte auf die Leistungen im Korb verteilt. War der Vergleich erfolgreich, so gilt nach § 35 Abs. 2 Satz 2 missbräuchliches Verhalten automatisch als **nicht** gegeben.

Welche Leistungen in diesem Verfahren prüfbar sind, und welche Leistungen gemeinsam einen Korb ausmachen, wird unter Einhaltung der Regelungen im TKG durch die Regulierungsbehörde bestimmt.<sup>44</sup> Einschränkungen in der Korbgestaltung bietet § 34 Abs. 1 durch die Vorgabe, dass Zugangsdienste nur dann zusammengefasst werden dürfen, wenn bei diesen nur ein unwesentlicher Unterschied in der Stärke des Wettbewerbs zu erwarten ist. Diese Einschränkung soll die Gefahr der Quersubventionierung von Leistungen innerhalb eines Korbes dämmen.<sup>45</sup> Darüber hinaus dürfen nach § 39 Abs. 1 Satz 4 Zugangsleistungen nicht mit Endnutzerleistungen in einem Korb zusammengefasst werden.

Auch über die Zusammensetzung der Körbe hinaus hat die Regulierungsbehörde weit reichenden Spielraum bei der Ausgestaltung des Verfahrens. Sie stellt ausgehend von bereits genehmigten Entgelten das Ausgangsentgeltniveau der zusammengefassten Leistungen fest und gibt die Maßgrößen für die Prüfung vor. Nach § 34 Abs. 3 umfassen die Maßgrößen neben der zu erwartenden Produktivitätsfortschrittsrate des regulierten Unternehmens auch eine auf die gesamte Wirtschaft bezogene Preissteigerungsrate und Nebenbedingungen, die missbräuchliches Verhalten verhindern. Die Absätze 4 und 5 geben weitere Angaben zur Festsetzung der Maßgrößen. Zum einen soll bei der Ermitt-

<sup>44</sup> § 34 Abs. 1 und Abs. 6 [TKG04]

<sup>45</sup> Vergleiche *Spoerr* in [TSB01] S. 247 Rn. 5

lung der Maßgrößen, insbesondere der Produktionsfortschrittsrate, das Verhältnis des Ausgangsentgelt-niveaus zu den bereits oben diskutierten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung berücksichtigt werden, zum anderen ist für die Festlegung der Produktionsfortschrittsrate ein Marktvergleich (2.1.2) einzubeziehen. Die Bestimmung dieser Größen ist eine durch die RegTP sorgfältig angestellte Zukunftsprognose, deren zeitlicher Horizont nicht genauer bestimmt ist.<sup>46</sup>

Die geringe Komplexität in der Durchführung der Prüfung hat also auch ihren Preis in erhöhtem Aufwand im Vorfeld. So kann das *Price-Cap*-Verfahren nur in Fällen angewandt werden, in denen sowohl die Körbe, als auch die nötigen Maßgrößen bereits durch die Regulierungsbehörde ermittelt und festgelegt wurden. Die Möglichkeit, eine solche Festlegung des *Price-Cap*-Konzeptes einzuklagen wird vertreten.<sup>47</sup> Sie ist allerdings für neuartige Leistungen erst dann möglich wenn bereits Wirtschaftsdaten vorliegen, die nach der Einzelgenehmigung Zustande gekommen sind. Dies wird von der RegTP auch für neue Tarifoptionen und neue Bündelangebote so gehandhabt.<sup>48</sup>

Als Beispiel für eine Korbeinteilung durch die Regulierungsbehörde kann die Korbeinteilung für Sprachtelefondienste aus dem Jahr 2002 angeführt werden. In dieser wurden die Dienste der DT AG in die Körbe Anschlüsse, City-Verbindungen, Fern-Verbindungen Inland und Auslands-Verbindungen eingeteilt.<sup>49</sup>

## 2.1.2 Entgeltgenehmigung nach dem Vergleichsmarktprinzip

Als zusätzliche Richt- bzw. Vergleichsgröße für die Entgeltgenehmigung können nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 die Preise anderer Unternehmen herangezogen werden. Dies ist jedoch nur eingeschränkt möglich. Um einen sinnvollen Vergleich herstellen zu können, müssen selbstverständlich die angebotenen Leistungen einander entsprechen und der Vergleich bleibt auf die Preise beschränkt. Laut Gesetz dürfen auch nur vergleichbare, dem Wettbewerb geöffnete Märkte untersucht werden, da die Entgeltregulierung wettbewerbsnahe Bedingungen und damit auch Preise schaffen will. „Dem Wettbewerb geöffnet“ setzt allerdings nicht voraus, dass tatsächlich ein Wettbewerb stattfindet, es reicht also auch ein ebenfalls regulierter Vergleichsmarkt aus, wenn er prinzipiell für Wettbewerber zugänglich ist.<sup>50</sup> Gleichwohl ist es sinnvoll, in der Vergleichsbetrachtung einen passenden Markt mit wirksamem Wettbewerb einem regulierten Markt vorzuziehen, da dieser eher wettbewerbsorientierte Preisvergleiche liefern kann.<sup>51</sup> Als „vergleichbar“ kann ein Markt dann eingestuft werden, wenn die Verhältnisse auf dem regulierten Markt denjenigen auf dem Vergleichsmarkt hinreichend ähneln.<sup>52</sup> Bei der Wahl eines Vergleichsmarktes sollte zunächst auf inländische Märkte zurückgegriffen werden, was im Telekommunikationssektor in aller Regel nicht möglich ist, da keine regionalen Märkte bestehen, die deutschlandweiten Märkte durch den Ex-Monopolisten Deutsche Telekom AG beherrscht werden und der regulierte Markt durch den Wortlaut „vergleichbarer Markt“ ausgeschlossen wird. Weiterhin wichtig, besonders bei auslän-

<sup>46</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 248 Rn. 13

<sup>47</sup> Und zwar von *Spoerr* in [TSB01] S. 249 Rn. 18

<sup>48</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 248 Rn. 19f

<sup>49</sup> Amtsblatt der RegTP Nr. 2/2002 vom 06.02.2003 Mitteilungsnummer 75/2002

<sup>50</sup> Vergleiche [TKG-E03] S. 95 Zu § 33 Abs. 1

<sup>51</sup> Vergleiche *Kühling* in [JK04] S. 320 Abs. 2, Teil 2 Kapitel 3 C. III. 6. c)

<sup>52</sup> So *Kühling* in [JK04] S. 319 Abs. 2, Teil 2 Kapitel 3 C. III. 6. c)

dischen Vergleichsmärkten, ist es, immer die Besonderheiten des jeweiligen Vergleichsmarktes zu berücksichtigen. Dazu zählen unter anderem volkswirtschaftliche und regulatorische Besonderheiten des betrachteten Marktes.<sup>53</sup> Die RegTP hat bereits einige internationale Vergleiche für Telekommunikationsdienste durchgeführt.<sup>54</sup>

Mit der TKG-Novelle 2004 wurde auch die zuvor umstrittene Möglichkeit eingeführt, Genehmigungen vollständig auf der Basis von Vergleichsmarktbetrachtungen zu erteilen.

- (1) Zusätzliche Anhaltspunkte für die Entgeltfestsetzung
- (2) Bei Informationsmangel auch alleinige Entscheidungsgrundlage
- (3) Vergleichsmarktbetrachtung
  - (1) Preise auf vergleichbaren Märkten als Anhaltspunkte
  - (2) Im TK-Bereich oft ausländische Märkte
  - (3) „reale“ Vergleichswerte
- (4) Analytische Kostenrechnungsmodelle
  - (1) Meist theoretische Vergleichswerte
  - (2) Oft Bottom-Up-Ansatz

#### **Information 11: Marktvergleich und analytische Kostenmodelle (§35 Abs. 1)**

### **2.1.3 Anwendung analytischer Kostenmodelle**

Durch § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 wird die Regulierungsbehörde ermächtigt, unabhängig von der Entgeltregulierung Kostenmodelle zu entwickeln und diese im Rahmen einer Entgeltgenehmigung in einer eigenen Kostenberechnung der effizienten Leistungsbereitstellung einzubringen, um einen Vergleichswert zur Kostenberechnung des regulierten Unternehmens zu ermitteln. Dabei handelt es sich oftmals um idealisierende Kostenberechnungsmodelle, die durch einen *Bottom-Up*-Ansatz, der die zu erbringende Leistung aus seinen Einzelbestandteilen heraus modelliert, die zu erwartenden Kosten für eine Leistungsbereitstellung berechnen. Dabei werden in der Regel die zukünftig zu erwartenden Kosten (*forward-looking costing*) bei einer Neuerstellung der Leistung und gerade nicht die tatsächlichen Strukturen und entstandenen Kosten eines Telekommunikationsunternehmens zu Grunde gelegt.<sup>55</sup>

Obwohl die Verankerung dieser Kostenmodelle erst 2004 in das TKG eingeführt wurde, hat die RegTP bereits zuvor die Entwicklung von Kostenmodellen befürwortet. In diesem Rahmen sind Modelle für das Ortsnetz und das nationale Verbindungsnetz entstanden.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> So Kühling in [JK04] S. 323 Abs. 2, Teil 2 Kapitel 3 C. III. 6. c)

<sup>54</sup> Vergleiche Internetauftritt der RegTP <http://www.regtp.de/>

<sup>55</sup> Dazu Kühling in [JK04] S. 316 Abs. 1, Teil 2 Kapitel 3 C. III. 6. b)

<sup>56</sup> Kühling in [JK04] S. 316 Abs. 2, Teil 2 Kapitel 3 C. III. 6. b) und Internetauftritt der RegTP <http://www.regtp.de/>

## 2.2 Abweichung von genehmigten Entgelten

- (1) Komplexe Thematik im öffentl. und priv. Recht
- (2) Nur genehmigte Entgelte dürfen verlangt werden, Leistungspflicht bleibt aber unter Umständen bestehen
- (3) Substitution vereinbartes Entgelt durch genehmigtes Entgelt
- (4) Untersagungsbefugnis der Regulierungsbehörde

### Information 12: Abweichung von genehmigten Entgelten (§ 37)

Die Rechtsfolgen einer Abweichung von genehmigten oder gerade noch nicht genehmigten Entgelten ist eine komplexe Thematik, die privat- sowie öffentlich-rechtliche Fragestellungen vereint.<sup>57</sup> Eine ausführlichere Behandlung dieses Themas bietet *Spoerr* in [TSB01] § 29 Seite 256. Hier werden nur einige Grundgedanken zur gesetzlichen Regelung zusammengefasst.

§ 37 Abs. 1 untersagt Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, das Verlangen anderer Entgelte als den genehmigten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass alle Verträge die andere Entgeltvereinbarungen enthalten, automatisch unwirksam werden. Zum einen kann streitig sein, ob im gegebenen Fall überhaupt eine Genehmigungspflicht vorliegt, zum anderen legt Absatz 2 für tatsächlich genehmigungspflichtige Entgelte anderes fest:

Liegt eine anders lautende Genehmigung durch die RegTP vor, so bleibt der Vertrag gültig, das ursprünglich vereinbarte Entgelt wird jedoch durch das genehmigte substituiert.

Liegt hingegen noch keine Genehmigung vor, so bleibt der Dienstbringer nach § 36 Abs. 3 Satz 1 weiterhin zur Leistung verpflichtet, darf aber wegen Abs. 1 zunächst keine Entgelte verlangen. Wird durch die RegTP keine rückwirkende Genehmigung erteilt, so greift § 30 [TKV98] und der Vertrag ist endgültig unwirksam. Die bisher erbrachte Leistung wird dann nach Bereicherungsrecht ausgeglichen.<sup>58</sup>

Zusätzlich wird durch Abs. 3 Satz 2 der Regulierungsbehörde eine Untersagungsbefugnis eingeräumt: Sie kann Werbung für den Abschluss, die Vorbereitung und die Anbahnung von Rechtsgeschäften mit genehmigungspflichtigen Entgelten ohne bereits erteilte Genehmigung verbieten.

## 2.3 Beispiel zur Entgeltgenehmigung

Da das neue TKG erst seit August 2004 Gültigkeit erlangt hat und außerdem Übergangsvorschriften existieren, die teilweise eine Fortgeltung des alten Rechts nach [TKG96] vorsehen, ist es nicht einfach Regulierungsverfahren, oder noch schwieriger Gerichtsverfahren, zum neuen TKG zu finden. *Nacimiento* schreibt in [GN05] über einige Fälle von denen einer hier rekapituliert wird.

---

<sup>57</sup> Vergleiche *Spoerr* in [TSB01] S. 257 Rn. 6

<sup>58</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 258 Rn. 7

### 2.3.1 Entgelte für Breitbandzusammenschaltung

- (1) Entgelt für Breitbandzusammenschaltung
- (2) Erstes Verfahren das auf Genehmigung wegen § 30 Abs. 1 beruht
  
- (3) Beantragt: 1,55 € je 10 kbit/s
- (4) Genehmigt: 0,52 € je 10 kbit/s
  
- (5) Entscheidungsgrundlagen
  - (1) 1. Priorität: Kostenunterlagen
  - (2) 2. Priorität: Vergleichsmarktbetrachtung

#### **Information 13: Beispiel: T-DSL ZISP**

Mit ihrem Beschluss vom 29.9. 2004 hat die RegTP das Breitbandprodukt T-DSL ZISP Basic der DT AG genehmigt. Das derzeit wichtigste Produkt dieser Art ermöglicht Diensteanbietern DSL-Verbindungen zu Teilnehmern im DSL-Netz der DT AG.<sup>59</sup> In seinem Beschluss vollzog die Regulierungsbehörde eine Teilgenehmigung und reduzierte das beantragte Entgelt von 1,55 € je 10 kbit/s auf den nach ihrer Prüfung genehmigungsfähigen Wert von 0,52 €.

Es handelt sich in diesem Fall um das erste Genehmigungsverfahren, in dem eine Genehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 angenommen wurde.

In die Entscheidung der RegTP floss neben den Kostenunterlagen auch eine internationale Vergleichsmarktbetrachtung und eine Studie zu den ZISP-Preisen mit ein, wobei die Behörde jedoch klarstellte, dass die Prüfung der Kostenunterlagen einen höheren Stellenwert gegenüber den zusätzlichen Bewertungsmöglichkeiten aus § 35 Abs. 1 habe.

## 3 Die nachträgliche Regulierung (Ex-post-Regulierung) von Entgelten

- (1) Zwei Variationen unterschiedlicher Eingriffsintensität:
  - (1) „echte“ nachträgliche Entgeltregulierung
  - (2) „unechte“ nachträgliche Entgeltregulierung
  
- (2) In wenigen Spezialfällen selbst für Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht

#### **Information 14: Die nachträgliche Regulierung von Entgelten (§38)**

Die Ex-post-Entgeltregulierung wird wie bereits angedeutet durch § 38 in eine „echte“ und eine „unechte“ nachträgliche Entgeltregulierung unterteilt, wobei die „Unechte“ die

---

<sup>59</sup> Dazu *Nacimiento* in [GN05] S. 5 III.1.b) aa)

Bezeichnung Ex-post-Regulierung nicht wert ist, da für diese einige weiter unten genannte Besonderheiten gelten. Auch wenn die Formulierungen in § 38 vermuten lassen, dass ausschließlich Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einer nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen, findet sie in einigen Fällen allerdings auch auf Unternehmen Anwendung, bei denen keine beträchtliche Marktmacht festgestellt wurde. In diesen Fällen sind die einschlägigen Vorschriften der §§ 28, 38 entsprechend anzuwenden und deren Einhaltung sicherzustellen, auch wenn sie sich im eigentlichen Wortlaut nur auf marktbeherrschende Unternehmen beziehen. Für marktbeherrschende Unternehmen ist sie jedoch nach Unionsrecht zwingend erforderlich.<sup>60</sup>

Die nachträgliche Entgeltregulierung ist eine zentrale Vorschrift bei der Verhinderung von Störungen des Gleichgewichts auf den Telekommunikationsmärkten.<sup>61</sup> Dadurch, dass sie bei jedem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und gegebenem Anlass praktikierbar ist, ist sie ein universelles Instrument der Entgeltregulierung.

Bei der nachträglichen Entgeltregulierung werden teilweise andere Regelungsmaßstäbe zu Grunde gelegt als die bereits von Genehmigung bekannten (3.1) und sie verwendet ein ein- oder zweistufiges Regulierungsverfahren (0).

### **3.1 Prüfungsmaßstäbe und Grundlagen der Ex-post-Regulierung**

Die Maßstäbe, an denen die Entgelte in der nachträglichen Regulierung gemessen werden, sind schwächer als diejenigen der Ex-ante-Regulierung. Eine Überprüfung auf Grundlage der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung oder durch das Price-Cap-Verfahren fließen nur unter Umständen in die Entscheidung mit ein. Stattdessen soll die Prüfung lediglich die Einhaltung der Regelungen des § 28 sicherstellen, und dadurch ein Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht verhindern. Dies bedeutet für die nachträgliche Entgeltregulierung im Gegensatz zum [TKG96] eine bewusste Aufweichung des materiellen Entscheidungsprogramms gegenüber der Entgeltgenehmigung, welche die realen Probleme der Entgeltpraxis in beherrschten Märkten besser adressieren kann.<sup>62</sup>

Die Basis, auf der die nachträgliche Prüfung durchgeführt wird, soll laut § 38 Abs. 2 Satz 3 vorrangig das Vergleichsmarktprinzip sein (2.1.2). Wenn eine Regulierung auf dieser Grundlage nicht möglich ist, soll laut Gesetz nach § 33 vorgegangen werden. § 33 beschreibt allerdings die bei einem Genehmigungsantrag vorzulegenden Kostenunterlagen und keine tatsächliche Regulierungspraxis, so dass das Gesetz hier keine abschließenden Vorgaben für das anzuwendende Verfahren bietet und dadurch der RegTP weit reichenden Interpretationsspielraum eröffnet. Denkbar wäre beispielsweise das in der Genehmigung einschlägige mit den in § 33 definierten Kostenunterlagen verknüpfte Verfahren, das auf Grundlage der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung operiert, anzuwenden. Dagegen spräche allerdings der durch dieses Verfahren vorgegebene starke Eingriff in die unternehmerische Preispolitik, der ja in der nachträglichen Entgeltregulierung durch explizites Abstellen auf die wesentlich laxeren Kriterien der Miss-

---

<sup>60</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 261 Rn. 5

<sup>61</sup> *Spoerr* in [TSB01] S. 261 Rn. 4

<sup>62</sup> So *Spoerr/Sellmann* in [SS04] S. 105 III.1. Abs. 1, und zum [TKG96] *Spoerr* in [TSB01] S. 264 Rn. 18

brauchsverhinderung aus § 28 eigentlich gerade außen vor bleiben soll. Auch in der Begründung heißt es, dass nur nach den Maßgaben des §28, aber anhand der Kostenunterlagen geprüft werde soll.<sup>63</sup>

- (1) Nur Missbrauchsaufsicht nach §28 und damit bewusst schwächere Kriterien als bei der Genehmigung
- (2) Prüfung vorrangig anhand Vergleichsmarktbetrachtung oder Kostenunterlagen (Abs. 2)
- (3) Einleitung des Verfahrens bei gerechtfertigter Annahme eines Missbrauchs, auch bei zuvor genehmigten Entgelten möglich
- (4) Ein- oder Zweistufiges Verfahren
- (5) Für als missbräuchlich befundene Entgelte gelten die gleichen Einschränkungen wie für nicht genehmigte Entgelte

#### **Information 15: Maßstäbe und Verfahren (§ 38 Abs. 2 und 4)**

### **3.2 Ein- oder zweistufiges Regulierungsverfahren**

Wann eine „echte“ nachträgliche Entgeltregulierung eingeleitet wird, geht aus § 38 Abs. 2 Satz 1 hervor: Eine Regulierung muss unverzüglich eingeleitet werden, „wenn der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht“ ein Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht darstellen. Aus dieser Formulierung ist auch erkennbar, dass die nachträgliche Entgeltregulierung auch ergänzend zu einer bereits erfolgten Entgeltgenehmigung eingesetzt werden kann und muss.

Als verfahrensauslösendes Element wird das Bekanntwerden von Tatsachen genannt, welche z.B. ein Verdacht eines Verstoßes oder Erkenntnisse aus einer Marktanalyse sein können. Hierzu wird die Meinung vertreten, dass die Regulierungsbehörde dadurch einen Beurteilungsspielraum bekommt, ob sie ein Verfahren einleitet oder nicht.<sup>64</sup> Die Einleitung der Überprüfung muss dem betroffenen Unternehmen schriftlich mitgeteilt werden und die Prüfung selbst darf maximal zwei Monate dauern.

Das anzuwendende Regulierungsverfahren ist iterativ und kann in einer oder zwei Stufen durchgeführt werden. Fällt die Entgeltregulierung positiv aus, so wird das Verfahren eingestellt. Stellen sich die Entgelte jedoch als Verstoß gegen § 28 heraus, so muss die RegTP die Entgelte ab dem Feststellungszeitpunkt für unwirksam erklären und kann Entgelte anordnen, die mit § 28 konform sind um „eine Phase zu vermeiden, in der das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Leistungen erbringen muss, ohne dafür ein Entgelt zu erhalten“.<sup>65</sup> Diese angeordneten Entgelte können vom regulierten Unterneh-

---

<sup>63</sup> Vergleiche [TKG-E03] S. 96 Zu § 36 Abs. 2

<sup>64</sup> Vergleiche *Spoerr* in [TSB01] S. 262 Rn. 11

<sup>65</sup> So [TKG-E03] S. 96 Zu § 36 Abs. 5

men in dieser Höhe akzeptiert werden, dann wäre das Verfahren nach der ersten Stufe beendet.

Das Unternehmen kann aber alternativ die zweite Regulierungsstufe initiieren, indem es einen zweiten Entgeltvorschlag macht, der durch die RegTP binnen eines Monats daraufhin zu überprüfen ist, ob die vormals festgestellten Verstöße gegen § 28 durch die Neuauflage beseitigt wurden. Diese Formulierung aus dem Gesetz erscheint allerdings etwas einseitig, da sie nach dem Wortlaut nicht ausschließt, dass zwar die alten Verstöße abgestellt wurden, aber das Entgelt neuerdings einen anderen Missbrauchstatbestand verwirklicht. Nach meiner Meinung sollte die RegTP daher regelmäßig erneut die komplette Einhaltung des § 28 prüfen. Alternativ wäre denkbar, dass in diesem Fall ein erneutes nachträgliches Regulierungsverfahren in der ersten Stufe begonnen wird. Für die von der Regulierungsbehörde als missbräuchlich befundenen Entgelte finden die gleichen Regelungen wie bei der Abweichung von genehmigten Entgelten Anwendung (2.2).

### 3.3 Besonderheiten der „unechten“ nachträglichen Entgeltregulierung

- (1) Geplante Entgeltmaßnahmen sind zwei Monate im voraus der Regulierungsbehörde anzuzeigen
- (2) Offenkundigkeitsprüfung auf Missbrauch und eventuell Untersagung vorab
- (3) Offenkundigkeitsmaßstab umstritten

#### **Information 16: Besonderheiten der „unechten“ Nachträglichen (§ 38 Abs. 1)**

Diese Art der Entgeltregulierung ist zunächst nicht wirklich nachträglich. Entgelte, die einer solchen Regulierung unterliegen, müssen nach § 38 Abs. 1 der Regulierungsbehörde zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten angezeigt werden. Die RegTP hat den Auftrag, innerhalb von zwei Wochen eine Überprüfung einzuleiten und die Entgeltmaßnahme zumindest über die Prüfungsdauer zu untersagen, wenn die Maßnahme offenkundig nicht mit § 28 vereinbar wäre, also ein Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht darstellte. Im Vergleich zur Regulierungsart der Entgeltgenehmigung hat diese kurzfristige Vorab-Kontrolle jedoch eine recht eingeschränkte Macht. Es werden nur Verstöße gegen missbräuchliches Verhalten einbezogen und die Kontrolle ist auf eine Offenkundigkeitsprüfung beschränkt, um die kurze Reaktionszeit von zwei Wochen zu ermöglichen.

Strittig ist der Offenkundigkeitsmaßstab selbst. Die RegTP vertritt die Meinung, dass Offensichtlichkeit bereits vorliegt, wenn ihr auf Grund ihrer vorliegenden Daten der Verstoß ohne weiteres ersichtlich ist und sie zuvor keine weiteren Informationen ermitteln muss, wohingegen nach dem Amtsermittlungsgrundsatz Offenkundigkeit vorliegt, wenn ein verständiger Verfahrensbeteiligter die Nichteinhaltung der Maßstäbe ohne weiteres erkennen muss.<sup>66</sup>

Die Offenkundigkeit ist jedoch nur für die Einleitung der Prüfung durch die Regulierungsbehörde interessant. Die eigentliche Prüfung wird nach denselben Richtlinien wie

---

<sup>66</sup> Vergleiche *Spoerr* in [TSB01] S. 250 Rn. 25

bei der „echten“ nachträglichen Entgeltregulierung vollzogen. Auch zu beachten ist, dass die Vorab-Anteile der „unechten“ nachträglichen Entgeltregulierung zusätzlich und nicht substituierend sind; es kann für die regulierten Leistungen unter den oben genannten Umständen später auch eine „echte“ nachträgliche Entgeltregulierung eingeleitet werden.

## 4 Die Endkunden-Entgeltregulierung

- (1) Erstmals im TKG explizit geregelt
- (2) Minimale Eingriffsintensität durch „echte“ nachträgliche Regulierung
- (3) Nur in Ausnahmefällen andere Regulierungsarten (Abs. 1 und 2)
- (4) Verpflichtung zum Vorleistungsangebot (Abs. 4)

### Information 17: Die Endkunden-Entgeltregulierung (§39)

Die Endkundenentgeltregulierung ist mit dem Inkrafttreten des [TKG04] durch § 39 erstmals explizit gesetzlich geregelt. Dies dient auch der verlangten Umsetzung der europäischen Universaldienstrichtlinie.<sup>67</sup> Bisher fanden für Endnutzerleistungen und deren Entgelte die allgemeinen Entgeltregulierungsmechanismen Anwendung. Im Gegensatz dazu bietet der Regulierungsansatz des neuen TKG maximale Flexibilität für die regulierten Unternehmen, da er im Wesentlichen auf die nachträgliche Entgeltregulierung mit ihren zwei Abstufungen zurückgreift. Besonders wichtig in der Endkundenentgeltregulierung ist es, zu verhindern, dass Entgelte Unzulässige Abschläge enthalten, da durch diese auch das wettbewerbsfeindliche Zuschnappen der Preis-Kosten-Schere ermöglicht wird.

### 4.1 Entgelte mit nachträglicher Regulierung

Telefonische Auskunft,  
Öffentl. Telefone

- (1) „Echte“ nachträgliche Regulierung unabhängig von der Marktmacht des Leistungserbringers

Unternehmen mit  
beträchtlicher  
Marktmacht

- (2) Regelmäßig „echte“ nachträgliche Regulierung

### Information 18: Entgelte mit nachträglicher Regulierung (§ 39 Abs. 2 und 3)

<sup>67</sup> So [TKG-E03] S. 96 Zu § 37

Die Entgeltregulierung für Endnutzerleistungen ist prinzipiell für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durchzuführen, wobei drei verschiedene Intensivitätsstufen unterschieden werden können. Regelmäßig unterliegen die Entgelte einer „echten“ nachträglichen Entgeltregulierung (3). Unter besonders wettbewerbsfeindlichen Bedingungen jedoch (4.2) kann die Regulierungsbehörde das striktere Vorgehen der „unechten“ nachträglichen Entgeltregulierung (3.3) oder der Entgeltgenehmigung (2) vorschreiben.

Laut § 39 Abs. 2 unterliegen die Entgelte für die Universaldienstleistungen telefonische Auskunft und öffentliche Münz- und Kartentelefone aus § 78 Abs. 2 Nr. 3 und 4 einer „echten“ nachträglichen Regulierung. Universaldienstleistungen müssen nach § 78 Abs. 1 zu einem erschwinglichen Preis angeboten werden. IVm § 79 Abs. 2 ergibt sich, dass dies für die oben genannten Leistungen erfüllt ist, wenn die Entgelte den Maßgaben des § 28 genügen, so dass in diesem Fall über die gewöhnliche Ex-post-Regulierung hinaus keine Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Da § 39 Abs. 2 unabhängig von einer beträchtlichen Marktmacht des Leistungserbringers eine Entgeltregulierung zulässt und auch um der besonderen Schutzwürdigkeit der Universaldienstleistungen gerecht zu werden, ist anzunehmen, dass bei einer Anwendung der §§ 38 und 28 im Regulierungsverfahren für Universaldienstleistungen auf eine Prüfung des Tatbestandsmerkmals der beträchtlichen Marktmacht zu verzichten ist.

## 4.2 Genehmigungspflichtige Entgelte

- (1) Verschärfung der Eingriffsintensität möglich
- (2) Genehmigung aber nur als „letztes“ Mittel
- (3) Voraussetzungen für „unechte“ nachträgliche Regulierung:
  - (1) Berechtigte Annahme, dass Ziele des TKG nicht durch Verpflichtungen
  - (2) im Zugangsbereich
  - (3) Betreiber Auswahl, -vorauswahl erreicht werden können.
- (4) Zusatzvoraussetzung für Entgeltgenehmigung:
  - (1) Es ist in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung eines nachhaltigen wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen

### Information 19: Genehmigungspflichtige Entgelte (§39 Abs. 1)

Durch § 39 Abs. 1 hat der Gesetzgeber die Regulierungsbehörde in Fällen einer starken Schieflage des Wettbewerbes ermächtigt, strengere Regulierungsarten zur Anwendung zu bringen. Dies komme für die Entgeltgenehmigung jedoch nur als „letztes Mittel“ in Betracht, da eine nachträgliche Entgeltregulierung in der Regel ausreicht, findet der Gesetzgeber<sup>68</sup>, und macht dies in seinen Formulierungen des Abs. 1 deutlich: Es bedarf der berechtigten „Annahme, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 führen würden“, um die Regulierungsart hochzustufen. Zu

<sup>68</sup> [TKG-E03] S. 96 Zu § 37 Abs. 1

den „Verpflichtungen im Zugangsbereich“ sind dabei auch Entgeltregulierungsmaßnahmen zu zählen, die im Zugangsbereich auferlegt werden können, um somit eine strikte Maßnahme im Endkundenbereich zu vermeiden. Sind die Bedingungen jedoch erfüllt, so kann die Regulierungsbehörde eine „unechte“ nachträgliche Regulierung anordnen. Die Wahl der Genehmigung als anzuwendende Regulierungsart durch die Regulierungsbehörde bleibt zusätzlich zu den oben genannten Einschränkungen auf Märkte beschränkt, „auf denen in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung eines nachhaltigen wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist“. Es bedarf also der Erstellung und Bewertung einer Zukunftsprognose des betroffenen Marktes, bevor auf die Entgeltgenehmigung zurückgegriffen werden kann. Die sehr engen Grenzen für die Notwendigkeit einer Genehmigung für Endnutzerentgelte wurden auch in einem Urteil des VG Köln vom 14.10.2004 bestätigt.<sup>69</sup>

### 4.3 Pflicht zum Vorleistungsangebot

- (1) Ein Endkundenentgelt kann ohne Prüfung untersagt werden wenn
  - (1) es von einem marktbeherrschenden Unternehmen verlangt wird,
  - (2) das zur Zugangsgewährung für eine Zugangsleistung verpflichtet wurde,
  - (3) die Zugangsleistung wesentliche Bestandteile der Endkundenleistung enthält
  - (4) und das Unternehmen nicht zeitgleich ein mit § 28 im Einklang stehendes Entgelt für die Zugangsleistung vorlegt.

#### **Information 20: Pflicht zum Vorleistungsangebot**

Eine weitere Besonderheit der Entgeltregulierung im Endkundenbereich ist, dass in manchen Fällen die Forderung eines Endkundenentgelts ohne Prüfung untersagt werden kann, wenn das regulierte Unternehmen nicht gleichzeitig ein mit § 28 konformes Angebot für die vorgelagerte Zugangsleistung vorlegt. Dazu müssen die folgenden Tatbestände erfüllt sein: 1. Das Unternehmen muss auf einem beliebigen Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügen. 2. Das Unternehmen muss verpflichtet worden sein, nach § 21 einen Zugang zu einer Zugangsleistung zu gewähren. 3. Die Zugangsleistung muss wesentliche Bestandteile für ein Angebot auf dem Endkundenmarkt enthalten. Durch diese Regelung kann auf Unternehmen der Druck ausgeübt werden, zu allen Endkundenleistungen auch die jeweils benötigten Zugangsleistungen anzubieten. Die Kontrolle der Entgelte an § 28 stellt dabei sicher, dass kein Missbrauch und insbesondere die Preis-Kosten-Schere erhalten bleibt. Die Pflicht zum Vorleistungsangebot an sich soll Wettbewerbern ermöglichen, ohne zeitliche Verzögerung vergleichbare Angebote am Endnutzermarkt anzubieten.<sup>70</sup>

### 4.4 Beispiel zur Endkundenentgeltregulierung

Fallbeispiele im Endkundenbereich, die nach dem neuen TKG beurteilt werden, lassen sich noch schwerer finden als solche für Zugangsentgelte, da für Endkundenentgelte die

<sup>69</sup> Dazu *Nacimiento* in [GN05] S. 4 III.1.a) bb)

<sup>70</sup> So die Presseabteilung der RegTP in [RN04] S. 3 Abs. 2

Genehmigungspflicht weitestgehend weggefallen ist und für nachträglich regulierte Entgelte keine Veröffentlichungspflichten bestehen. In Ermangelung des Amtsblatts der RegTP muss auch auf die sonstigen Nachrichten der Regulierungsbehörde zurückgegriffen werden. Aus diesem Grunde können hier nur wenige Beispiele gegeben werden.

- (1) Antrag auf Genehmigung des Tarifes AktivPlus xxl sunday der T-Com am 17.09.2004 abgelehnt, da Endkundenentgelte keiner Genehmigungspflicht mehr unterliegen.
  
- (2) Nachträgliche Entgeltregulierung der Gebühren für die Rufnummernmitnahme beim Providerwechsel kam durch eine Vergleichsmarktbetrachtung am 29.11.2004 zu dem Ergebnis, dass die Gebühr von 116 € missbräuchlich war.

### **Information 21: Beispiele: AktivPlus xxl sunday und Portierungsentgelte**

#### **4.4.1 Genehmigung des Optionstarifs "AktivPlus xxl sunday"**

Die DT AG-Tochter T-Com hat mit einem Schreiben am 09.07.2004 bei der RegTP die Verlängerung ihres Tarifes AktivPlus xxl sunday zur Genehmigung eingereicht. Die Beschlusskammer 2 hat daraufhin am 17.09.2004 die Genehmigung abgelehnt, da diese Endkundenentgelte seit der Novellierung des TKG keiner Genehmigungspflicht mehr unterliegen. Auf für weitere eingegangene Genehmigungsanträge der DT AG folgte keine Genehmigung mehr.<sup>71</sup>

#### **4.4.2 Portierungsentgelte für Mobilfunknummern**

Am 29.11.2004 gab die Regulierungsbehörde das Ergebnis einer Ex-post-Entgeltregulierung bekannt, dass auf Grund einer Beschwerde eingeleitet wurde. Bemängelt wurden die Entgelte für die Rufnummernmitnahme beim Providerwechsel zweier Mobilfunk-Dienstanbieter in Höhe von 116 €. Die RegTP teilte die Meinung der Beschwerdeführer, dass die geforderten Entgelte missbräuchlich überhöht waren und damit den Maßstäben des § 28 widersprachen. Sie gelangte durch einen Vergleich mit Preisen im In- und Ausland zu dem Entschluss, dass ein solches Entgelt den Betrag von 29,95 € nicht überschreiten dürfe, sah aber von einer Anordnung des Entgelts mangels Kostenunterlagen zur genaueren Prüfung ab.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Vergleiche RegTP Veröffentlichungen nach § 36 vom 11.08.2004 Mitteilung Nr. 256/2004 und vom 06.10.2004 Mitteilung Nr. 302/2004

<sup>72</sup> Vergleiche RegTP Pressemitteilung vom 01.12.2004 und *Nacimiento* in [GN05] S. 6 III.1.b) dd)

## VERZEICHNISSE

### Abkürzungen und Glossar

<b>Abkürzung oder Begriff</b>	<b>Langbezeichnung und/oder Begriffserklärung</b>
DT AG	Deutsche Telekom AG Friedrich-Ebert-Alle 140 53113 Bonn Die Deutsche Telekom AG, die in die Tochtergesellschaften T-Com, T-Systems, T-Online und T-Mobile aufgespalten ist, hat in vielen Märkten einen Status mit beträchtlicher Marktmacht. Unter anderem im Bereich des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung und im Bereich der Verbindungsleistungen im Festtelefonnetz.
Inkrementelle Kosten	Als inkrementelle Kosten für die Bereitstellung einer Leistung bezeichnet man die zusätzlichen Kosten, die anfallen, wenn die Leistung zusätzlich zu den bisherigen Leistungen eines Unternehmens angeboten wird. Sie sind also die Differenz zwischen den Kosten für das neue komplette Leistungspaket und den Kosten, die ohne die Aufnahme der neuen Leistung entstanden wären.
RegTP	Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post ist die mit der Regulierung der Telekommunikationsmärkte und des Postwesens beauftragte öffentliche Einrichtung. <a href="http://www.regtp.de">http://www.regtp.de</a>
ZAR	Abkürzung des an der Universität Karlsruhe (TH) angesiedelten Zentrums für Angewandte Rechtswissenschaften <a href="http://www.z-a-r.de">http://www.z-a-r.de</a>
Zugangsleistung	§ 3 Abs. 1 Nr. 30 definiert „Zugang“ als... „die Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen zum Zwecke der Erbringung von Telekommunikationsdiensten“ Gewährt ein Unternehmen einem anderen Unternehmen einen Zugang gegen Entgelt, so kann man also von einer Zugangsleistung sprechen.

### Index

Drittschutz 4	Kosten der effizienten
Entgelt 3	Leistungsbereitstellung 3, 6, 11, 13,
Grenzkosten 15	<b>14</b> , 17, 18, 21
inkrementelle Kosten 14, <b>28</b>	Kostenunterlagen 12, 15
Konsistenzgebot 4, 5	missbräuchliches Verhalten <b>5</b> , 8, 13,
	16, 17, 21, 22, 23, 26

Preis-Kosten-Schere	6	Unternehmen mit beträchtlicher	
RegTP	28, <i>Siehe</i> Regulierungsbehörde	Marktmacht	4, 5, 7, 9, 10, 19, 21, 22, 25, 26
Regulierungsbehörde	3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28	Zentrum für Angewandte	
		Rechtswissenschaften	1, 28
		Zugangsleistung	10, 28
		Zugangsregulierung	5

## Informationen und Interaktionen

Information 1: DIE ENTGELTREGULIERUNG IM TKG 2004, INSBESONDERE DIE ENDKUNDENENTGELTREGULIERUNG .....	1
Information 2: Grundgedanken zur Entgeltregulierung .....	3
Information 3: Ziele der Entgeltregulierung (§27) .....	4
Information 4: Missbräuchliches Verhalten (§28).....	5
Information 5: Arten der Entgeltregulierung (§§31, 38) .....	8
Information 6: Anwendungsbedingungen der Regulierungsarten (§§30, 39) .....	9
Information 7: Die Genehmigung von Entgelten (§§31, 35).....	11
Information 8: Kostenunterlagen (§33) .....	12
Information 9: Entgeltgenehmigung auf der Grundlage der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (§§32 Abs. 1, 31 Abs. 2).....	14
Information 10: Entgeltgenehmigung durch das Price-Cap-Verfahren (§§32 Abs. 2, 34) .....	16
Information 11: Marktvergleich und analytische Kostenmodelle (§35 Abs. 1).....	18
Information 12: Abweichung von genehmigten Entgelten (§ 37).....	19
Information 13: Beispiel: T-DSL ZISP .....	20
Information 14: Die nachträgliche Regulierung von Entgelten (§38).....	20
Information 15: Maßstäbe und Verfahren (§ 38 Abs. 2 und 4) .....	22
Information 16: Besonderheiten der „unechten“ Nachträglichen (§ 38 Abs. 1) .....	23
Information 17: Die Endkunden-Entgeltregulierung (§39) .....	24
Information 18: Entgelte mit nachträglicher Regulierung (§ 39 Abs. 2 und 3).....	24
Information 19: Genehmigungspflichtige Entgelte (§39 Abs. 1) .....	25
Information 20: Pflicht zum Vorleistungsangebot .....	26
Information 21: Beispiele: AktivPlus xxl sunday und Portierungsentgelte .....	27

## Literatur

- [GN05] *Naciminto, Grace*  
Telekommunikationsrecht: Rechtsprechungs- und Praxisübersicht  
2003/2004, Das TKG zwischen alt und neu  
Kommunikation & Recht 1/2005 S. 1
- [GWB98] *Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit*  
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  
26. August 1998  
<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/gwb/>
- [JK04] *Kühling, Jürgen*  
Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften

C. H. Beck 2004 München

- [NNV04] *Nett/Neumann/Vogelsang*  
Geschäftsmodelle und konsistente Entgeltregulierung  
Studie für die RegTP 2004  
[http://www.regtp.de/imperia/md/content/reg\\_tele/konsistenzgebot/wik-gutachten.pdf](http://www.regtp.de/imperia/md/content/reg_tele/konsistenzgebot/wik-gutachten.pdf)
- [RN04] *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post*  
RegTP News Nr. 02/2004  
Juli 2004  
<http://www.regtp.de/imperia/md/content/aktuelles/regtpnews/02-2004.pdf>
- [SS04] *Spoerr/Sellmann*  
Zugangsregulierung, Entgeltregulierung und Missbrauchsaufsicht vom  
TKG 1996 bis zum TKG 2004  
N&R 2004 S. 98
- [TEntgV96] *Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit*  
Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung  
1. Oktober 1996  
<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/tentgv/>
- [TKG04] *Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit*  
Telekommunikationsgesetz TKG  
22. Juni 2004  
[http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/tkg\\_2004/](http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/tkg_2004/)
- [TKG96] *Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit*  
Telekommunikationsgesetz TKG  
25. Juli 1996  
<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/tkg/>
- [TKG-E03] *Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit*  
Telekommunikationsgesetz - Entwurf mit Begründung (TKG-E)  
15. Oktober 2003  
<http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Service/Gesetze/rechtsgrundlagen-telekommunikationspolitik.did=26500.html>
- [TKV98] *Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit*  
Telekommunikations-Kundenschutzverordnung  
11. Dezember 1997  
[http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/tkv\\_1998/](http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/tkv_1998/)
- [TSB01] *Trute/Spoerr/Bosch*  
Telekommunikationsgesetz mit FTEG  
Walter de Gruyter 2001 Berlin