



Gutachten

**Vorgaben des Gemeinschaftsrechts
zur Festsetzung des TAL-Preises**

Robert Klotz

Dr. Alexandra Brandenburg, LL.M.

Hunton & Williams LLP, Brüssel

**im Auftrag des
Bundesverbands Breitbandkommunikation
BREKO e.V.**

24. Februar 2009

Gliederung

Zusammenfassung der Ergebnisse.....	3
A. Gegenstand und Gang der Untersuchung	5
I. Aktuelles Verfahren zur Genehmigung des TAL-Entgelts	5
II. Bedeutung der Höhe des TAL-Entgelts	5
III. Notwendigkeit eines Paradigmenwechsels.....	7
IV. Konsistenzgebot.....	8
V. Gang der Untersuchung.....	8
B. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für den Kostenmaßstab.....	9
I. Rechtsgrundlagen zur Festsetzung des TAL-Entgelts	9
II. Rechtsprechung des EuGH zum Kostenmaßstab für das TAL-Entgelt	12
1. Ausgangslage	12
2. Vorgaben der TAL-Verordnung	13
3. Vorgaben des EuGH	14
a) Unzulässigkeit der ausschließlichen Verwendung aktueller Kosten....	15
b) Notwendigkeit der Ermittlung der tatsächlichen Kosten	16
III. Anwendung der Vorgaben zum Kostenmaßstab im vorliegenden Fall	18
1. Auswirkungen der Migration zu Glasfasernetzen	18
2. Vorgaben der Kommission zum Kostenmaßstab in der NGA-Migration..	22
IV. Übertragung der Grundsätze des EuGH-Urteils in das aktuelle Gemeinschaftsrecht	23
C. Bindungswirkung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben	27
I. Allgemeine Grundsätze.....	27
II. Bindungswirkung der Urteile des EuGH in Vorabentscheidungsverfahren	28
1. Bindungswirkung im Ausgangsverfahren	28
2. Bindung anderer Gerichte und Behörden.....	29
3. Bindungswirkung trotz formell veränderter Rechtslage zum Ausgangsrechtsstreit	31
D. Beachtung des Konsistenzgebots	33
I. Vermeidung der Preis-Kosten-Schere als Folge inkonsistenter Entgeltregulierung.....	33
II. Rechtsprechung des EuG zur Preis-Kosten-Schere	35
III. Auswirkungen auf das aktuelle TAL-Verfahren der BNetzA	36

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die ausschließliche Verwendung der aktuellen Kosten bzw. der Wiederbeschaffungskosten als Kostenmaßstab der nationalen Regulierungsbehörden bei der Festsetzung des Entgelts für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist im Licht der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht zulässig. Dies folgt unmittelbar aus dem Urteil des EuGH vom 24. April 2008 in der Rechtssache C-55/06.
2. Die Regulierungsbehörden haben bei der Festsetzung des Entgelts für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung vielmehr die tatsächlichen Kosten zu ermitteln. Diese setzen sich aus den historischen Kosten und den voraussichtlichen Kosten zusammen, so dass die historischen Kosten von den Regulierern bei der Festsetzung des TAL-Entgelts stets zu berücksichtigen sind. Die ausschließliche Verwendung der Wiederbeschaffungskosten verstieße somit gegen die beschriebenen Grundsätze des EuGH-Urteils.
3. Obgleich sich diese Kernaussagen des Urteils auf gemeinschaftsrechtliche Vorgaben beziehen, die gegenwärtig nicht mehr in Kraft sind, lassen sie sich auf die aktuelle Rechtslage vollständig übertragen. Denn die Rechtsgrundlage hat sich im Hinblick auf den Kostenmaßstab nur in formeller Hinsicht geändert, ist in materieller Hinsicht dagegen identisch geblieben.
4. Die Bundesnetzagentur ist in dem aktuell zu entscheidenden Verfahren bereits vollumfänglich an die beschriebenen Vorgaben des EuGH zum Kostenmaßstab gebunden. Dies folgt aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts und aus der Pflicht der Mitgliedstaaten zu gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung der nationalen Bestimmungen, insbesondere wenn jene - wie im vorliegenden Fall - in Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Rahmenbestimmungen erlassen wurden.

5. Darüber hinaus ist auch angesichts der aktuellen Wettbewerbssituation auf dem Markt für den Vorleistungszugang zum Kupferkabelnetz seitens der Bundesnetzagentur eine Berücksichtigung der historischen Kosten notwendig. Dies folgt aus dem zunehmenden Rückbau des Kupferkabelnetzes sowie aus der voranschreitenden Migration der DTAG zu Glasfasernetzen.

6. Zudem hat die Bundesnetzagentur eine strikte Prüfung der Konsistenz zwischen dem Vorleistungsentgelt der Deutschen Telekom AG für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung und den - nach Anschlussvarianten und Kundenzahlen gewichteten - Endkundenentgelten der Deutschen Telekom AG für den Zugang zum Kupferkabelnetz vorzunehmen. Das Auftreten einer Preis-Kosten-Schere ist in jedem Fall zu verhindern, damit die Möglichkeit einer Quersubventionierung zu Lasten der Wettbewerber ausgeschlossen wird. Diese Pflicht der Behörde ergibt sich aus dem Urteil des EuG vom 10. April 2008 in der Rechtsache T-271/03.

A. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Gegenstand des Gutachtens ist die Frage, inwieweit aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben zur sektorspezifischen Netzzugangsentgeltregulierung eine Absenkung des aktuell genehmigten Vorleistungsentgeltes, welches die Wettbewerber pro Monat für den vollständig entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung an die Deutsche Telekom AG (DTAG) zu entrichten haben (TAL-Entgelt), geboten ist. In diesem Zusammenhang sind die Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 24. April 2008¹ und des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG) vom 10. April 2008² von zentraler Bedeutung.

I. Aktuelles Verfahren zur Genehmigung des TAL-Entgelts

Die DTAG stellte am 20. Januar 2009 bei der Bundesnetzagentur (BNetzA) einen Genehmigungsantrag für das ab 1. April 2009 geltende TAL-Entgelt. Die DTAG beantragte ein monatliches Entgelt in Höhe von 12,90 Euro pro Anschluss bei einem Festlegungszeitraum von fünf Jahren. Über diesen Antrag hat die BNetzA bis zum 31.3.2009 zu entscheiden, da sodann die Genehmigung des derzeitig erhobenen TAL-Entgelts von 10,50 Euro pro Monat ausläuft.

II. Bedeutung der Höhe des TAL-Entgelts

Die Entscheidung der BNetzA über die Höhe des TAL-Vorleistungsentgelts hat unmittelbare Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation im Festnetz. Die Vermietung der TAL durch die DTAG an alternative Teilnehmernetzbetreiber ist von besonderer Wichtigkeit, da es sich dabei um ein bedeutendes Vorleistungsprodukt handelt. Mit rund 8 Millionen vermieteten Teilnehmeranschlussleitungen liegt Deutschland im europäischen

¹ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG / Bundesrepublik Deutschland, n.n.v.

² EuG, Urteil v. 10.4.2008, Rs. T-271/03, Deutsche Telekom / Kommission, MMR 2008, 385 m. Anm. *Klotz*; anhängig beim EuGH als Rs. C-280/08 P.

Vergleich an vorderster Stelle.³ Die Geschäftsmodelle der meisten Wettbewerber bauen, neben eigenen Verteilernetzen, maßgeblich auf dem Kundenzugang über die TAL der DTAG auf.

Das aktuell festgelegte TAL-Entgelt in Höhe von 10,50 Euro pro Monat ist im europäischen Vergleich der vierthöchste Entgeltsatz.⁴ Das TAL-Entgelt stellt für die Wettbewerber die größte Kostenposition in der Kalkulation der Endkundenprodukte dar. Es macht circa 50 % des monatlichen Nettoumsatzes mit dem Endkunden aus. Die Endkundenpreise für den Zugang zum Festnetz liegen derzeit bei ungefähr 20 Euro im Monat.⁵

Für die im aktuellen Genehmigungsverfahren beantragte Erhöhung des TAL-Entgelts um fast 23 % auf 12,90 Euro gibt die DTAG als Begründung an, dass die Kosten pro Anschluss gestiegen seien und der Betrieb sowie die Bereitstellung einer flächen-deckenden Infrastruktur eine Anhebung des Entgeltes erforderlich machen. Um Anreize für weitere Infrastrukturinvestitionen zu setzen, sei ein zu niedriges Entgelt schädlich.⁶

BREKO führt hingegen an, dass durch die niedrigen Endkundenpreise und den hohen regulierten Kostenanteil der TAL die Investitionskraft der Wettbewerbsunternehmen geschwächt werde. Nur durch die Senkung der TAL-Entgelte könnten Wettbewerber kurzfristig und umfassend Investitionen in moderne Glasfasernetze tätigen. BREKO

³ DTAG, Pressemitteilung v. 20.1.2009, abrufbar unter www.telekom.com/dtag/cms/content/dt/de/51236?archivArticleID=611448.

⁴ BREKO, Stellungnahme vom 11.2.2009 zum Antrag der DTAG auf Genehmigung der monatlichen Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, BK 3c-09-005, S. 7, abrufbar unter http://www.brekoverband.de/breko08/auto_cms/original/stellungnahmetal-110_2.pdf

⁵ Ein DSL-Anschluss mit Telefon- und Internetflatrate kostet derzeit im Schnitt ca. 23 €, d.h. nach Abzug der USt 19,30 € pro Monat, vgl. BREKO-Positionspapier: Monatliche TAL-Entgelte müssen sinken (Jan. 2009), S. 1, abrufbar unter http://www.brekoverband.de/breko08/auto_cms/original/tal_positionspapier.pdf

⁶ DTAG, Pressemitteilung v. 20.1.2009, abrufbar unter www.telekom.com/dtag/cms/content/dt/de/51236?archivArticleID=611448.

fordert eine deutliche Absenkung des aktuellen TAL-Preises von 10,50 Euro auf weniger als 9 Euro pro Monat.⁷

III. Notwendigkeit eines Paradigmenwechsels

Im Gutachten wird dargelegt, dass aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben ein Paradigmenwechsel bei der regulatorischen Ermittlung des TAL-Entgelts durch die BNetzA in Form eines Übergangs von den Wiederbeschaffungskosten zu den historischen Kosten zu erfolgen hat. Ein solcher Methodenwechsel dürfte im Ergebnis zu einer deutlichen Senkung des TAL-Entgelts führen. Die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zum Kostenmaßstab bei der Berechnung des TAL-Entgelts folgen maßgeblich aus der Rechtsprechung des EuGH in seinem Urteil vom 24. April 2008.⁸

Unter Bezugnahme auf dieses Urteil des EuGH hob das VG Köln die Entscheidung der Regulierungsbehörde zum TAL-Entgelt des Jahres 1999 mit Urteil vom 27. November 2008 auf.⁹ Mit einer Nichtzulassungsbeschwerde streben die DTAG und die BNetzA nunmehr gegen dieses Urteil die Revision durch das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) an. Im Gutachten wird dargelegt, dass die BNetzA, ungeachtet dieses nationalen Verfahrens, und damit schon vor Rechtskraft des Urteils des VG Köln, die Rechtsprechung des EuGH bereits in der aktuell zu treffenden Entscheidung über das TAL-Entgelt des Jahres 2009 umfänglich zu beachten hat.

Der Methodenwechsel ist darüber hinaus auch aufgrund der aktuellen Entwicklungen im Markt geboten. Durch die zunehmende Migration von Kupfer- in Glasfasernetze sowie den Ausbau des VDSL-Netzes der DTAG ändert sich das Investitionsverhalten bezüglich bestehender Infrastrukturen. Netzteile, die künftig nicht mehr benötigt werden, bedürfen keiner umfangreichen Erhaltungs- und Erweiterungsinvestitionen, sondern

⁷ BREKO, Stellungnahme vom 11.2.2009 zum Antrag der DTAG auf Genehmigung der monatlichen Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, BK 3c-09-005, S. 1, abrufbar unter http://www.brekoverband.de/breko08/auto_cms/original/stellungnahmetal-110_2.pdf

⁸ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG / Bundesrepublik Deutschland.

⁹ VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, Az. 1 K 1749/99; K&R 2009, 138 m. Anm. *Ufer*.

werden lediglich insoweit erhalten, dass ihr Betrieb für die Dauer einer Übergangsperiode bis zu ihrer Abschaltung gesichert bleibt. So hat die DTAG angekündigt, im Rahmen ihres Glasfasernetzausbaus eine große Anzahl von Hauptverteilern (HVT) abzubauen.

IV. Konsistenzgebot

Weitere Vorgaben, die von der BNetzA bei der Entgeltfestsetzung zu berücksichtigen sind, folgen aus dem Konsistenzgebot und hierzu speziell aus dem Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG) vom 10. April 2008.¹⁰ Hierin stellte das Gericht hinsichtlich der Entscheidungen der Regulierungsbehörde über die TAL-Entgelte in den Jahren 1999, 2001 und 2003 fest, dass die Prüfung der Preis-Kosten-Schere entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nicht mit einem vertretbaren Ergebnis erfolgt war.¹¹ Aus diesen Feststellungen folgt eine Pflicht der Behörde zur eingehenden Prüfung dieses Kriteriums im aktuellen Verfahren.

V. Gang der Untersuchung

Zum Nachweis dafür, dass eine Absenkung des TAL-Entgelts in dem gegenwärtig bei der BNetzA anhängigen Verfahren rechtlich geboten ist, wird zunächst eine Analyse des Kostenberechnungsmaßstabs nach den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vorgenommen. Dabei wird insbesondere dargelegt, dass die Vorgaben des EuGH zur Ermittlung des TAL-Entgelts einen Methodenwechsel erfordern (B.). Sodann wird die Rechtsverbindlichkeit dieser Vorgaben des EuGH zur ursprünglichen Rechtslage für die von der BNetzA anhand der aktuellen Regelungen vorzunehmenden Entgeltfestsetzung aufgezeigt (C.). Schließlich werden die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für das TAL-Entgelt anhand des Konsistenzgebots im Verhältnis zum Endkundenpreis für den Zugang zum Kupferkabelnetz beschrieben (D.).

¹⁰ EuG, Urteil v. 10.4.2008, Rs. T-271/03, DTAG/Kommission, MMR 2008, 385 m. Anm. *Klotz*; anhängig beim EuGH als Rs. C-280/08 P.

¹¹ EuG, Urteil v. 10.4.2008, Rs. T-271/03, Rz. 119.

B. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für den Kostenmaßstab

Im Zusammenhang mit der Entgeltfestsetzung geht es maßgeblich um Aspekte des Kostenmaßstabs und der Kostenmethode. Der Kostenmaßstab gibt die ökonomischen Berechnungsparameter vor, während die Kostenmethode das zur Entgeltbestimmung angewendete Ermittlungsverfahren beschreibt. Die vorliegend relevante Fragestellung einer Absenkung des TAL-Entgelts aufgrund geltender gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben betrifft ausschließlich den Kostenmaßstab.

I. Rechtsgrundlagen zur Festsetzung des TAL-Entgelts

Nach geltendem Gemeinschaftsrecht enthalten Art. 13 und die Erwägungsgründe 14, 20 und 21 der Zugangsrichtlinie¹² rechtliche Vorgaben zur Entgeltregulierung von Zugangsleistungen. Nach Art. 13 Abs. 1 Zugangsrichtlinie müssen die Regulierungsbehörden die Möglichkeit haben, Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungen betreffend der Kostendeckung und Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise für Zugangs- und Zusammenschaltungsleistungen aufzuerlegen. Diese Kostenkontrolle verfolgt nach Art. 13 Abs. 2 Zugangsrichtlinie das Ziel, die wirtschaftliche Effizienz und einen möglichst nachhaltigen Wettbewerb zu fördern.

Bei der Berechnung des TAL-Entgelts nach den nationalen Regelungen im TKG hat die BNetzA diese Vorgaben im Rahmen einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung zu beachten.¹³ Die Zugangsrichtlinie enthält insbesondere Vorgaben zu §§ 31 und 35 TKG.¹⁴ Für die Festsetzung des TAL-Entgelts hat die BNetzA § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG zu beachten. Der darin geregelte Kostenmaßstab stellt auf die Kosten der effizienten

¹² Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, ABl. EU Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 7 ff.

¹³ *Ludwigs*, NVwZ 2008, S. 954, 956.

¹⁴ *Busse von Colbe*, in: *BerlKommTKG*, 2006, Vor § 27, Rz. 16; *Groebel/Seifert*, in: *BerlKommTKG*, 2006, § 31, Rz. 14 und § 35, Rz. 6.

Leistungsbereitstellung (KeL) ab. Die BNetzA ermittelt die KeL regelmäßig mit Hilfe eines analytischen Kostenmodells als Kostenmethode i.S.d. § 35 Abs. 1 TKG, wobei es sich um ein vom Wissenschaftlichen Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste erarbeitetes Kostenmodell (WIK-Modell) handelt.

Als Kostenmaßstab wird in Art. 13 Abs. 3 Zugangsrichtlinie der KeL-Begriff ausdrücklich verwandt, der in § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG eine Entsprechung findet.¹⁵ Gemäß 13 Abs. 3 Zugangsrichtlinie sind die Preise eines zur Kostenorientierung verpflichteten Betreibers aus den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung und einer angemessenen Investitionsrendite zu errechnen. Auch in Art. 13 Abs. 1 Zugangsrichtlinie heißt es, dass dem verpflichteten Betreiber eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals unter Berücksichtigung seiner unternehmerischen Risiken sowie seiner Investitionen ermöglicht werden soll. Ausgangspunkt der Leistungsbereitstellung sind als Maßstab nur wirtschaftlich effiziente Kosten, die dann auch Grundlage der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals sind.¹⁶ Die Kosten einer ineffizienten Leistungsbereitstellung, d.h. solche, die für die Bereitstellung der Leistung nicht notwendig sind, finden keine Beachtung.¹⁷

Trotz der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ist der KeL-Begriff unbestimmt. Er sagt nichts darüber aus, welche Berechnungsgrundlage den Maßstab für die Preisbestimmung bilden soll.¹⁸ Im nationalen Recht findet der in § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG geregelte KeL-Maßstab in § 32 Abs. 2 TKG eine Konkretisierung, wonach auf die langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag der leistungsmengenneutralen Gemeinkosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten für die Leistungsbereitstellung notwendig sind, abzustellen ist. Die Regelung ist fast wörtlich aus dem früheren § 3 Abs. 2 Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung

¹⁵ *Groebel/Seifert*, in: *BerlKommTKG*, 2006, § 31, Rz. 14 und § 35, Rz. 6.

¹⁶ Dazu auch Erwägungsgrund 20 ZRL.

¹⁷ *Fetzer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer* (Hrsg.), *TKG-Kommentar*, 2008, § 31, Rz. 27. Im Einzelnen dazu auch *Schuster/Ruhle*, *BeckKommTKG*, 3. Aufl., § 31, Rz. 16 ff.

¹⁸ *Schuster/Ruhle*, *BeckKommTKG*, 3. Aufl., § 31, Rz. 15.

(TEntgV) übernommen worden.¹⁹ Im geltenden Gemeinschaftsrecht finden sich keine entsprechenden konkretisierenden Vorgaben.²⁰

Mit dem in § 31 Abs. 2 TKG genannten Kriterium der Langfristigkeit wird eine vorausschauende Perspektive, sog. „forward-looking“-Ansatz, zu Grunde gelegt.²¹ Damit sollen die Produktionsfaktoren, insbesondere die Kapitalkosten variabel gestellt werden.²² Die BNetzA legt bei der Berechnung des TAL-Entgelts auf Grundlage des WIK-Modells im Hinblick auf den „forward-looking“-Ansatz die sog. Wiederbeschaffungskosten zu Grunde. Historische Kosten bleiben dabei unberücksichtigt.²³ Bei Verwendung eines historischen Ansatzes zur Berechnung der KeL würden die bereits erfolgten Investitionsentscheidungen des regulierten Betreibers auf Grundlage der seinerzeit geltenden Tageszeitwerte berücksichtigt.²⁴

Bei der Zugrundelegung von Wiederbeschaffungswerten werden hingegen die Kosten eines Netzes ermittelt, das ein effizienter Netzbetreiber zum gegenwärtigen Zeitpunkt errichten würde.²⁵ Es wird gefragt, welche Kosten entstehen würden, wenn ein effizientes Netz aktuell neu aufgebaut würde. Dabei sind die tagesaktuellen Preise für Wirtschaftsgüter gleicher Art oder für zweckidentische Wirtschaftsgüter zu Grunde zu legen. Der so ermittelte Investitionswert wird um die bereits erfolgten Abschreibungen reduziert. Anschließend werden Zuschläge für Betriebskosten, ein angemessener Renditezins sowie ein Zuschlag für Gemeinkosten erhoben. Nach Durchführung dieser Schritte sowie einer Verteilung auf 12 Monate ergibt sich das monatliche

¹⁹ *Busse von Colbe*, in: *BerlKommTKG*, 2006, Vor § 27, Rz. 15.

²⁰ *Busse von Colbe*, in: *BerlKommTKG*, 2006, Vor § 27, Rz. 16, der jedoch auf die Empfehlung 98/195/EG zu Richtlinie 97/33/EG verweist, wonach Entgelte anhand von „zukunftsrelevanten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten“ ermittelt werden sollen. Die Empfehlung hat aufgrund der Aufhebung der Richtlinie 97/33/EG gemäß Art. 26 Richtlinie 2002/21/EG jedoch keine weitere Geltung.

²¹ *Groebel*, in: *BerlKommTKG*, 2006, § 31, Rz. 28.

²² *Schuster/Ruhle*, in: *BeckKommTKG*, 3. Aufl., § 31, Rz. 35.

²³ BNetzA, Beschluss zur TAL-Entgeltgenehmigung v. 28.5.2005, Az. BK 4a/b-05/004, S. 17 des amtlichen Umdrucks.

²⁴ *Fetzer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer* (Hrsg.), *TKG-Kommentar*, 2008, § 31, Rz. 29.

²⁵ *Groebel*, in: *BerlKommTKG*, 2006, § 31, Rz. 28.

Überlassungsentgelt für die TAL. Dadurch sollen dem Infrastrukturbetreiber ausreichend Mittel und Anreize gewährt werden, das Netz Instand zu halten und auf den jeweils neuesten technischen Stand zu bringen.

II. Rechtsprechung des EuGH zum Kostenmaßstab für das TAL-Entgelt

Die Anwendung einer Berechnungsgrundlage, die allein auf Wiederbeschaffungskosten abstellt, wie es die BNetzA im Rahmen der TAL-Entgeltfestsetzung bislang auf Grundlage des WIK-Modells vorgenommen hat, ist mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts nicht vereinbar. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Urteil des EuGH vom 24. April 2008.²⁶

1. Ausgangslage

Das Urteil erging in einem Vorabentscheidungsverfahren, in dem der Gerichtshof über mehrere Vorlagefragen des VG Köln vom 26. Januar 2006 u.a. zum Kostenmaßstab und zum Kostenmodell bei der Ermittlung des TAL-Entgeltes zu entscheiden hatte. Gegenstand des Ausgangsverfahrens war das von der Regulierungsbehörde im Jahr 2001 genehmigte TAL-Entgelt. Die Klägerin im Ausgangsverfahren (Arcor) stellte die Kalkulation der genehmigungsfähigen TAL-Entgelthöhe auf Grundlage des WIK-Kostenmodells in Frage.²⁷ Sie trug vor, dass die genehmigten Entgelte deshalb zu hoch seien, weil der Investitionswert der TAL falsch ermittelt worden sei. Das von der Regulierungsbehörde herangezogene analytische Kostenmodell bestimme die Abschreibungsdauer und die Kapitalkosten ausschließlich auf Grundlage von Wiederbeschaffungszeitwerten. Die Klägerin war der Auffassung, dass im Rahmen einer kalkulatorischen Kostenermittlung der Grad der bereits erfolgten Abschreibung wertmindernd zu berücksichtigen sei.²⁸

²⁶ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Arcor AG & Co. KG / Bundesrepublik Deutschland, n.n.v.

²⁷ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 37.

²⁸ Siehe dazu auch *Schütze/Salevic*, CR 2008, S. 630, 631.

Die TAL-Entgeltgenehmigung aus dem Jahr 2001 beruhte auf der damaligen Rechtsgrundlage. Dies waren einerseits die Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 (TAL-Verordnung)²⁹ und andererseits das TKG 1996. Die Feststellungen des EuGH beziehen sich im Wesentlichen auf die TAL-Verordnung in Verbindung mit den Richtlinien 90/387/EWG³⁰, 97/33/EG³¹, 98/10/EG³² sowie auf verschiedene Empfehlungen der Europäischen Kommission. Das Urteil des EuGH ist jedoch auch für die Auslegung der aktuellen Rechtslage maßgeblich, soweit es Grundsätze enthält, die sich im Vergleich zum ursprünglichen Rechtsrahmen nicht geändert haben.³³

2. Vorgaben der TAL-Verordnung

Die für das EuGH-Urteil maßgebliche gemeinschaftsrechtliche Grundlage ist die TAL-Verordnung. Sie enthält Regelungen über die Festsetzung der Entgelte für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. In Art. 3 Abs. 3 TAL-Verordnung wird als relevanter Kostenmaßstab der Grundsatz der Kostenorientierung der Preise angeordnet. Demnach hat der verpflichtete Betreiber seine Entgelte für den entbündelten TAL-Zugang an den Kosten zu orientieren. Eine weitere Konkretisierung des Grundsatzes sowie Regelungen zur Kostenmethode erfolgten in der TAL-Verordnung nicht.³⁴ Sie soll nach ihrem Erwägungsgrund 15 TAL-Verordnung den ursprünglichen Rechtsrahmen ergänzen, insbesondere die Richtlinien 97/33/EG und 98/10/EG. Auch diese enthalten jedoch keine konkretisierenden Angaben zum

²⁹ Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 v. 18.12.2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl. EG Nr. L 336 v. 30.12.2000, S. 4 ff.

³⁰ Richtlinie 90/387/EWG v. 28.6.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP), ABl. EG Nr. L 192 v. 24.7.1990, S. 1 ff.

³¹ Richtlinie 97/33/EG v. 30.6.1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl. EG L 141 v. 13.5.1998, S. 6 ff.

³² Richtlinie 98/10/EG v. 26.2.1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld, ABl. EG Nr. L 101 v. 1.4.1998, S. 24 ff.

³³ Dazu im Einzelnen unten Abschnitt B.IV.

³⁴ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 48.

Grundsatz der Kostenorientierung.³⁵ Daraus ergibt sich, dass das sektorspezifische Gemeinschaftsrecht von Beginn an den Grundsatz der Orientierung der Preise an den Kosten vorsah, ohne ihn für die betreffenden Bereiche, wie den TAL-Zugang oder die Zusammenschaltung, inhaltlich zu präzisieren. Mit diesem Umstand hatte sich der EuGH in seinem Urteil zu befassen.

3. Vorgaben des EuGH

Die für dieses Gutachten relevanten Darlegungen des EuGH zum Kostenmaßstab erfolgen im Kontext einer konkreten Vorlagefrage des VG Köln, welches den EuGH mit der Klärung der Frage ersucht hatte, ob für die Berechnungsgrundlage des TAL-Entgelts auf die aktuellen oder auf die historischen Kosten abzustellen ist.

Die historischen Kosten definiert der EuGH als die dem Betreiber tatsächlich entstandenen Kosten unter Berücksichtigung der bereits erfolgten Abschreibungen.³⁶ Als aktuelle Kosten bezeichnet er solche Kosten, die einem anderen Betreiber als dem gemeldeten Betreiber für die Errichtung einer vollständig neuen Ortsanschlußinfrastruktur zur Erbringung gleichwertiger Telekommunikationsdienste entstehen würden.³⁷ Die aktuellen Kosten sind aus der Sicht des regulierten Betreibers mit dem sog. Wiederbeschaffungszeitwert gleichzusetzen, den das vorliegende Gericht in diesem Kontext verwendet.³⁸ Der EuGH kommt zu diesem Schluss, indem er die Vorlagefrage des VG Köln umformuliert, wie es in Vorabentscheidungsverfahren häufig erfolgt. Das im Wesentlichen auf den unterschiedlichen Sprachfassungen des Urteils beruhende Argument der DTAG, beide Begriffe seien nicht notwendig deckungsgleich,³⁹ ist angesichts dieser eindeutigen Feststellung des EuGH somit nicht stichhaltig.

³⁵ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 55.

³⁶ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 86.

³⁷ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 86.

³⁸ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 85 f.

³⁹ *Knoben/Hölscher*, Investitionsfördernde Entgeltregulierung bei der Teilnehmeranschlussleitung, Gutachten vom 9.2.2009, S. 14 f.

a) Unzulässigkeit der ausschließlichen Verwendung aktueller Kosten

Hinsichtlich der Vorlagefrage kommt der EuGH mangels ausdrücklicher Regelungen in der für das Urteil maßgeblichen TAL-Verordnung zunächst zu dem Ergebnis, dass der ursprüngliche Rechtsrahmen keinen Anhaltspunkt enthielt, der für eine ausschließlich auf den aktuellen Kosten oder ausschließlich auf den historischen Kosten beruhende Berechnungsmethode spricht. Auf dieser Grundlage entschied der EuGH, „dass die ausschließliche Heranziehung einer der beiden Kostenberechnungsmethoden das mit der Verordnung verfolgte Ziel, den Wettbewerb durch die Festlegung harmonisierter Bedingungen für den entbündelten TAL-Zugang zu intensivieren, um so die wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer breiten Palette von Diensten im Bereich der elektronischen Kommunikation zu begünstigen, gefährden kann.“⁴⁰ Aufgrund dieser Feststellung darf also weder eine nationale gesetzliche Regelung noch die Anwendungspraxis einer nationalen Regulierungsbehörde von vornherein so angelegt sein, dass ausschließlich aktuelle Kosten oder ausschließlich historische Kosten angesetzt werden.

Zu dem - bislang in der deutschen Regulierungspraxis zum TAL-Entgelt verwendeten - Ansatz der ausschließlichen Berücksichtigung der aktuellen Kosten stellt der EuGH fest, dass diese Methode die Gefahr überhöhter Entgelte berge.⁴¹ Der Gerichtshof führt aus, „dass der gemeldete Betreiber, wenn er die Möglichkeit hätte, der Kostenberechnung ausschließlich die aktuellen Kosten seiner Investitionen zugrunde zu legen, damit diejenigen Kosten wählen könnte, die es ihm erlauben würden, die Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss auf dem höchsten Niveau festzusetzen und die für die Begünstigten vorteilhaften Preisbildungselemente außer Acht zu lassen.“ Damit könne der gemeldete Betreiber die Regeln über die Festsetzung der Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss anhand der Kosten umgehen.⁴² Deswegen kommt der EuGH zu dem Schluss, „dass eine ausschließlich auf den

⁴⁰ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 109.

⁴¹ Vgl. in diesem Sinne schon: *Klotz/Delgado/Fehrenbach*, WuW 2003, 346 (355).

⁴² EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 98.

aktuellen Kosten beruhende Kostenberechnungsmethode nicht die im Rahmen der Anwendung des Grundsatzes der Kostenorientierung auf das Entgelt für den entbündelten TAL-Zugang angemessenste Methode ist.“⁴³

Der EuGH stellt in seinem Urteil allerdings auch fest, dass eine ausschließlich an den historischen Kosten orientierte Berechnungsgrundlage die Amortisierung der Unterhaltung und Verbesserung der lokalen Infrastruktur gefährden kann, wenn und soweit der regulierte Betreiber mit den festgesetzten Preisen keinen angemessenen Gewinn erzielen kann.⁴⁴ In diesem Zusammenhang führt der Gerichtshof aus, dass die Kosten der Unterhaltung und Verbesserung der lokalen Infrastruktur auf jeden Fall anhand des tatsächlichen Werts der Anlagegüter des gemeldeten Betreibers zu berechnen sind.⁴⁵

b) Notwendigkeit der Ermittlung der tatsächlichen Kosten

Anhand dieser Feststellungen wäre es durchaus möglich gewesen, dass der EuGH den Regulierungsbehörden für die Anwendung dieser Grundsätze in Regulierungsverfahren auf nationaler Ebene keine weiteren Vorgaben macht. Dieses Vorgehen hatte Generalanwalt *Poiares Maduro* in seinen Schlussanträgen in diesem Verfahren auch vorgeschlagen.⁴⁶ Der EuGH hat sich jedoch anders entschieden, denn aufgrund des Urteils verfügen die Regulierer für die Auswahl des in jedem Einzelfall am besten geeigneten bzw. angemessenen Kostenmaßstabs nunmehr über keinen derartigen unbegrenzten Beurteilungsspielraum. Der EuGH ist in seinem Urteil nämlich einen Schritt weiter gegangen und hat einen wichtigen Grundsatz festgelegt, den die Regulierer bei der Ausübung ihres Beurteilungsspielraums zu beachten haben. Sie haben demnach nicht in erster Linie einen bestimmten vorab definierten Kostenmaßstab anzusetzen, sondern vielmehr die „tatsächlichen Kosten“ der betroffenen

⁴³ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 99.

⁴⁴ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 69, 103 und 106.

⁴⁵ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 107.

⁴⁶ Rs. C-55/06, Schlussanträge v. 18.7.2007 (<http://curia.europa.eu>), Rz. 120. 5.

Vorleistung des TAL-Zugangs zu ermitteln.⁴⁷ Die tatsächlichen Kosten stellen in der Tat keinen betriebswirtschaftlich anerkannten theoretisch-abstrakten Kostenbegriff dar, sondern beruhen auf einer Betrachtung der wirtschaftlichen und wettbewerblichen Situation des regulierten Unternehmens und seiner Wettbewerber zum Zeitpunkt der Entgeltgenehmigung. Im Vergleich zu den betriebswirtschaftlich definierten Kostenbegriffen enthalten die tatsächlichen Kosten einen stärker dynamischen Ansatz, der sich den Entwicklungen in dem betroffenen Markt besser anpasst.

Das Abstellen auf die tatsächlichen Kosten bei der Berechnung des TAL-Entgelts stellt zweifelsohne eine Kernaussage des Urteils dar.⁴⁸ Demnach müssen die Regulierer zur Anwendung des Grundsatzes der Kostenorientierung der Entgelte für den entbündelten TAL-Zugang die tatsächlichen Kosten berücksichtigen, die bei dem gemeldeten Betreiber in der gegenwärtigen Situation für den Unterhalt bzw. notwendigen Ausbau des Netzes entstehen, zu dem die Wettbewerber Zugang verlangen. Dies ist in Deutschland unstreitig das bestehende Kupferkabelnetz der DTAG, nicht dagegen das Glasfasernetz.

Der EuGH führt aus, dass die tatsächlichen Kosten des gemeldeten Betreibers nicht aus einem einzigen Kostenmaßstab abzuleiten sind. Vielmehr muss der Regulierer im Rahmen der Anwendung des Grundsatzes der Kostenorientierung der Preise für den entbündelten Zugang zur TAL die historischen Kosten des gemeldeten Betreibers sowie die voraussichtlichen Kosten berücksichtigen.⁴⁹ Die historischen Kosten setzen nach Auffassung des EuGH die Berücksichtigung der Anschaffungs- und Herstellungskosten als Bezugsgrundlage voraus.⁵⁰ Der Begriff der voraussichtlichen Kosten wird dagegen nicht ausdrücklich definiert. Der EuGH führt lediglich aus, dass bei der Berechnung der voraussichtlichen Kosten die Berücksichtigung der Wiederbeschaffungskosten als

⁴⁷ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 115 ff.

⁴⁸ Siehe dazu auch *Schütze/Salevic*, CR 2008, S. 630 und 632.

⁴⁹ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 119.

⁵⁰ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 86, 117.

Bezugsgrundlage nicht ausgeschlossen ist.⁵¹ Damit sind voraussichtliche Kosten nicht gleichzusetzen mit Wiederbeschaffungskosten.

Das Konzept der tatsächlichen Kosten des EuGH verdeutlicht explizit, dass eine ausschließliche Verwendung der aktuellen Kosten (d.h. der Wiederbeschaffungskosten) bei der Berechnung des TAL-Entgelts nicht zulässig ist. Die aktuellen Kosten können nach Auffassung des EuGH „gegebenenfalls“ im Rahmen der voraussichtlichen Kosten, neben der Berücksichtigung historischer Kosten, als Bezugsgrundlage Beachtung finden. Daraus folgt, dass bei der Berechnung des TAL-Entgelts historische *und* voraussichtliche Kosten in Betracht kommen können. Kommt die Berücksichtigung von Wiederbeschaffungskosten als Teil der voraussichtlichen Kosten in Betracht, dürfen sie nach den Darlegungen des EuGH nicht ausschließlich, sondern allenfalls neben den historischen Kosten angesetzt werden.⁵²

III. Anwendung der Vorgaben zum Kostenmaßstab im vorliegenden Fall

Auch infolge des voran schreitenden Ausbaus von Anschlussnetzen der nächsten Generation (Next Generation Access, NGA) und dem damit verbundenen sich ändernden Investitionsverhalten hinsichtlich bestehender Netzinfrastrukturen, sowie infolge des Rückbaus vieler Hauptverteiler durch die DTAG ist die ausschließliche Berücksichtigung von Wiederbeschaffungskosten nicht zulässig. Aufgrund der Endlichkeit des HVT-TAL-Modells ist ein entscheidender Parameter, nämlich die Langfristperspektive im Sinne des § 31 Abs. 2 TKG, nicht gegeben.

1. Auswirkungen der Migration zu Glasfasernetzen

Die in Deutschland zunehmend stattfindende und vor allem durch den Ausbau des Glasfasernetzes der DTAG veranlasste NGA-Migration stellt zweifelsohne eine Wettbewerbssituation dar, die die BNetzA bei der Auswahl der Berechnungsgrundlage

⁵¹ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 117.

⁵² EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 119.

zur Festsetzung der TAL-Entgelte im Hinblick auf die vom EuGH geforderte Betrachtung der „tatsächlichen Kosten“ bereits jetzt umfassend zu berücksichtigen hat. Der von der BNetzA bisher verwendete Ansatz der ausschließlichen Berücksichtigung von Wiederbeschaffungswerten als Berechnungsgrundlage ist neben den bereits ausgeführten rechtlichen Argumenten auch angesichts der aktuellen Markt- und Wettbewerbssituation nicht gerechtfertigt. Diese Entwicklungen führen vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils dazu, dass die BNetzA in der Entscheidung über die TAL-Entgelte einen weitestgehend historischen Kostenansatz zugrunde zu legen hat.

Nach dem Konzept der tatsächlichen Kosten des EuGH stellen Wiederbeschaffungskosten allenfalls im Rahmen der „voraussichtlichen Kosten“, und dort nur „gegebenenfalls“ berücksichtigungsfähige Kosten dar. Der berücksichtigungsfähige Anteil ist als gering zu bewerten, wenn der regulierte Betreiber das betreffende Netz nicht neu erbaut, sondern im Wesentlichen nur noch eine Wartung, Instandhaltung und Nachbesserung vornimmt. In einem solchen Fall ist vielmehr die weitestgehende Berücksichtigung historischer Kosten angezeigt.

Eine derartige Bewertung ist bereits deshalb geboten, weil das Kupferkabelnetz der DTAG weitgehend abgeschrieben ist. Darüber hinaus soll dieses Netz innerhalb der kommenden Regulierungsperiode nach den Planungen der DTAG nicht weiter ausgebaut, sondern sogar zurückgebaut werden. Es ist davon auszugehen, dass die DTAG als effizienter Netzbetreiber gerade nicht mehr in das bereits vorhandene Kupferkabelnetz investiert, wenn und soweit ein neues Glasfasernetz aufgebaut wird. In dieser Situation entspricht es nicht den aktuellen Marktgegebenheiten, wenn die BNetzA bei jedem Verfahren zur Festsetzung des TAL-Entgelts erneut unterstellt, dass die DTAG das Anschlussnetz neu aufbaut und damit alle zwei Jahre die Wiederbeschaffung des Anschlussnetzes und die anschließende Verwendung des Netzes fingiert. Die bisher veranschlagte durchschnittliche ökonomische Nutzungsdauer für Kupferkabel beträgt 20 Jahre. Dies entsprach bereits in der Vergangenheit nicht der tatsächlichen Nutzungsdauer, die 40 Jahre und mehr beträgt. Die BNetzA selbst legt bei der

Regulierung der Stromnetzentgelte gemäß Anlage 1 zu § 6 Abs. 1 Satz 5 StromNEV eine Nutzungsdauer von 30 bis 40 Jahren für Fernsprechleitungen zugrunde.

Das Argument, die voraussichtlichen Kosten für den Ausbau des Glasfasernetzes seien für die Berechnung des TAL-Entgelts relevant, da das Glasfasernetz das herkömmliche Kupferkabelnetz ergänze bzw. vervollständige, so dass beide als eine gemeinsame Infrastruktur für den Zugang zu den Ortsnetzen darstellten,⁵³ wäre als unzulässig zurückzuweisen. Denn es geht in dem aktuellen Verfahren nur um den Zugang zur Kupfer-TAL, nicht jedoch zur Glasfaser-TAL. Für eine derartige Regulierung bedürfte es zunächst einer entsprechenden Marktanalyse, da die Produkte heute unterschiedlichen Märkten zugeordnet sind. Daher sind lediglich die langfristigen zusätzlichen KeL der Kupferinfrastruktur maßgeblich, nicht jedoch diejenigen Kosten für eine andere Leistung, nämlich den Zugang zum Glasfasernetz. Durch ein solches Vorbringen würde sich die DTAG zudem in krassen Widerspruch zu ihrer eigenen Argumentation setzen, die darauf abzielt, dass das Glasfasernetz als neue Infrastruktur und den Zugang dazu als neuen Markt anerkannt wird.

Zur Förderung des Wettbewerbs muss die BNetzA in der konkreten Situation somit bei der Festsetzung des TAL-Entgelts einen eindeutigen Schwerpunkt auf die historischen Kosten legen. Folge der NGA-Migration und des damit verbundenen Rückbaus der Kupferinfrastruktur dürfte sein, dass den Wettbewerbern weniger Zugangspunkte zum Netz der DTAG zur Verfügung stehen. Aus diesem Grund müssen Wettbewerber ihr Netz entsprechend diesen Veränderungen anpassen und zusätzliche Investitionen in eigene Infrastruktur tätigen, um ihre Netze an die Kabelverzweiger (KVZ) der DTAG heranzuführen und um nicht ausschließlich auf Vorleistungs-Produkte mit geringerer Wertschöpfungsmöglichkeit, wie z.B. Bitstream Access, angewiesen zu sein. Mittels der Höhe von Vorleistungsentgelten ordnungspolitische Anreize für bestimmte Infrastrukturmodelle zu setzen, ist nicht Aufgabe der Regulierungsbehörde. Es wäre verfehlt, über die Höhe des TAL-Entgelts dem marktbeherrschenden Infrastrukturbetreiber

⁵³ Dieses Argument wird zwar, soweit erkennbar, von der DTAG in dem aktuellen Verfahren nicht formell vorgebracht, jedoch wird es indirekt verwendet: *Knoben/Hölscher*, Investitionsfördernde Entgeltregulierung bei der Teilnehmeranschlussleitung, Gutachten vom 9.2.2009, S. 43, 49.

ausreichend Mittel und Anreize zu gewähren, sein Glasfasernetz weiter auszubauen und sich so Wettbewerbsvorteile gegenüber den Wettbewerbern, die weiterhin auf das Kupferkabelnetz setzen, zu verschaffen. Dies würde mittelfristig zu einer Remonopolisierung führen.

Der Ansatz der historischen Kosten wird auch in dem EuGH-Urteil vom 24. April 2008 eindeutig hervorgehoben. Demnach müssen bei der Berechnung quantitative Elemente berücksichtigt werden, die in Zusammenhang mit den Kosten stehen, die dem markt-mächtigen Betreiber für die Herstellung der Teilnehmeranschlüsse entstanden sind. Darüber hinaus kann der Betreiber einen angemessenen Gewinn für die langfristige Weiterentwicklung und Verbesserung der Ortsanschlußinfrastruktur verlangen.⁵⁴

Überträgt man diese Aussagen des EuGH auf das beschriebene NGA-Szenario in Deutschland, sind sowohl die Kosten, die der DTAG für die Herstellung der Teilnehmeranschlüsse, als auch solche für den Erhalt und Ausbau des Kupferkabelnetzes, als gering einzustufen. Es ist davon auszugehen, dass in absehbarer Zeit keine nennenswerten Investitionen mehr in die Kupfernetze erfolgen, wenn diese nach und nach abgebaut werden. Netzteile, die künftig nicht mehr benötigt werden, bedürfen keiner umfangreichen Erhaltungs- und Erweiterungsinvestitionen, sondern werden lediglich insoweit erhalten, dass ihr Betrieb für die Dauer einer Übergangsperiode bis zu ihrer Abschaltung gesichert bleibt.

Diese Umstände müssen im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Kostenorientierung Berücksichtigung finden. Im Hinblick auf die relevante Berechnungsgrundlage ist die bislang vorherrschende Berechnung des TAL-Entgelts auf der Basis von Wiederbeschaffungskosten nicht zu rechtfertigen. Wettbewerbsverzerrungen können nur durch eine umfangreiche Beachtung der historischen Kosten vermieden werden. Zudem ist zu verhindern, dass die DTAG, ohne tatsächliche Investitionen in das HVT-Netz vorzunehmen, überhöhte Gewinne aus der Vorleistung TAL-Zugang abschöpfen kann, um damit ihr neues Glasfasernetz zu subventionieren.

⁵⁴ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 66f.

2. Vorgaben der Kommission zum Kostenmaßstab in der NGA-Migration

Die Notwendigkeit einer verstärkten Beachtung der historischen Kosten im Rahmen der Berechnung des TAL-Entgeltes durch die BNetzA wird des Weiteren durch den Entwurf der Europäischen Kommission vom 18. September 2008 für eine Empfehlung über die Regulierung von NGA gestützt.⁵⁵ Darin wird zur Kostenermittlung für den Zugang der Wettbewerber zu NGA Stellung genommen. Nach dem Empfehlungsentwurf sind als Berechnungsgrundlage für die TAL grundsätzlich die historischen Kosten abzüglich Abschreibungen zuzüglich der Betriebskosten eines effizienten Netzbetreibers zugrunde zu legen.⁵⁶

Im Rahmen der aktuellen Überarbeitung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation (TK-Review) findet der NGA-Empfehlungsentwurf der Kommission Unterstützung durch die anderen gesetzgebenden Institutionen.⁵⁷ In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass hinsichtlich der neuen NGA-Infrastruktur im Rahmen der TK-Review ausdrücklich auf Netze der nächsten Generation Bezug genommen werden soll. Es ist geplant, in Art. 13 Abs. 1 Zugangsrichtlinie die Regelung einzufügen, wonach die nationalen Regulierungsbehörden die Investitionen des Netzbetreibers zu beachten und diesem unter Berücksichtigung der eingegangenen Risiken eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital zu gewähren haben, um Investitionen von Netzbetreibern, unter anderem in Netze der nächsten Generation, zu fördern.⁵⁸

Da das neue TK-Richtlinienpaket und die NGA-Empfehlung bisher erst im Entwurfsstadium vorliegen, entfalten sie zwar noch keine rechtliche Bindungswirkung, können

⁵⁵ Commission Recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (Draft), http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/public_consult/nga/dr_recomm_nga.pdf

⁵⁶ Annex I Nr. 2 des NGA-Empfehlungsentwurfs, S. 10.

⁵⁷ Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union v. 27.11.2008, 16326/1//08 REV 1 (Presse 345), S. 15 ff.

⁵⁸ Rat der Europäischen Union, Beschluss der Ratssitzung v. 27.11.2008, Dokument 15695/08, S. 19 f.

jedoch bereits perspektivisch Berücksichtigung finden. Dadurch wird bereits heute die Notwendigkeit aufgezeigt, eine Differenzierung der Berechnungsgrundlagen hinsichtlich der bisherigen Kupfer-TAL und dem neuen Glasfasernetz vorzunehmen. Für die bisherige Kupferinfrastruktur ist dabei, anders als beim Glasfaserausbau, maßgeblich ein historischer Ansatz beachtlich. Auf EU-Ebene im Rahmen der TK-Review wird diese Unterscheidung deutlich aufgezeigt.

Die NGA-Empfehlung wird auf der Grundlage von Art. 19 Abs. 1 Rahmenrichtlinie⁵⁹ erlassen und ist von den Mitgliedstaaten, und damit auch den nationalen Regulierern, weitestgehend zu berücksichtigen. Gleiches gilt auch für die nationalen Gerichte, die über entsprechende Fragen zu entscheiden haben.⁶⁰ Zudem ist zu erwarten, dass sich der EuGH bei der Konkretisierung der gemeinschaftsrechtlichen Entgeltregulierungsvorgaben an dieser Empfehlung orientieren wird, so wie er dies in seinem Urteil vom 24. April 2008 im Hinblick auf frühere Kommissionsempfehlungen zu Regulierungsgrundsätzen im Telekommunikationssektor getan hat.⁶¹

IV. Übertragung der Grundsätze des EuGH-Urteils in das aktuelle Gemeinschaftsrecht

Das EuGH-Urteil vom 24. April 2008 betrifft den ursprünglichen Rechtsrahmen zur elektronischen Kommunikation, bestehend aus der TAL-Verordnung sowie den Richtlinien 98/10/EG und 97/33/EG. Beide Richtlinien wurden im Jahre 2002 gemäß Art. 26 Rahmenrichtlinie aufgehoben. Die TAL-Verordnung ist zwar bisher weiterhin in Kraft, hat jedoch im Hinblick auf die hier relevanten Entgeltbestimmungen keinen praktischen Anwendungsbereich mehr. Gemäß Art. 27 Rahmenrichtlinie werden nach Durchführung des ersten Marktanalyseverfahrens gemäß Art. 16 Rahmenrichtlinie die verpflichteten Unternehmen nicht mehr als „gemeldete Betreiber“ i.S.d. TAL-Verordnung angesehen.

⁵⁹ Richtlinie 2002/21/EG v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 33 ff.

⁶⁰ EuGH, Urteil v. 13.12.1989, Grimaldi, Rs. C-322/88, Slg. 1989, 4407, Rz. 18; Urteil v. 11.9.2003, Altair Chimica, Rs. C207/01, Slg. 2003, I-8875, Rz. 41.

⁶¹ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 63 und 90 ff. unter Verweis auf die Empfehlungen 98/195, 98/322, 2000/C272/10 und 2000/417.

Nach Abschluss der ersten nationalen Marktanalyse durch die BNetzA zu Markt Nr. 11 (TAL-Zugang) im Jahr 2005 sind die Verpflichtungen, die den „angemeldeten Betreiber“ betreffen, somit nicht mehr beachtlich. Die TAL-Verordnung wird mit Erlass des neuen Rechtsrahmens zur elektronischen Kommunikation zudem auch rechtlich außer Kraft treten.⁶²

Schlussfolgerungen für die Anwendung der für die ursprüngliche Rechtslage festgelegten Grundsätze auf die geltende Rechtslage hat der EuGH nicht vorgenommen. Die Entscheidungsgründe sind jedoch auf die gegenwärtige Rechtslage, und damit auch auf die aktuell von der BNetzA zu treffende Entscheidung über das TAL-Entgelt anwendbar, soweit trotz formeller Änderung der Rechtslage die durch den EuGH ausgelegten Vorschriften materiell gleich geblieben ist. Maßgeblich ist dabei nicht die formelle Norm, sondern ein identischer Inhalt der Bestimmung, so dass es sich materiell um dieselbe Vorgabe handelt.⁶³ In einem solchen Fall hat eine Vorabentscheidung des EuGH, die zu einer früheren Rechtslage ergangen ist, auch für die aktuelle Rechtslage eine „Leitfunktion für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts“.⁶⁴

Vorliegend geht es maßgeblich um die Ausführungen des EuGH zum Kostenmaßstab bei der Berechnung des TAL-Entgelts. Dabei nimmt der EuGH zentrale Wertungen vor, die den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Kostenorientierung betreffen. Dieser Grundsatz war im ursprünglichen Rechtsrahmen in Art. 3 Abs. 3 TAL-Verordnung ebenso geregelt wie dies im aktuellen Rechtsrahmen in Art. 13 Abs. 3 Zugangsrichtlinie der Fall ist.⁶⁵ Demnach sind die Preise eines zur Kostenorientierung verpflichteten Betreibers aus den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung und einer angemessenen Investitionsrendite zu errechnen. Konkretisierende Vorgaben zu den jeweiligen Berechnungsgrundlagen im Sinne der historischen, aktuellen und

⁶² Siehe dazu Entwurf der Kommission v. 13.11.2007, KOM(2007)697 entg., S. 8.

⁶³ EuGH, Beschluss vom 27.11.2008, Rs. C-156/08, *Vollkommer*, n.n.v., Rn. 27.

⁶⁴ EuGH, Beschluss vom 27.11.2008, Rs. C-156/08, *Vollkommer*, n.n.v., Rn. 20; EuGH, Urteil v. 6.10.1982, Rs. 283/81, *CILFIT/Ministero della Sanità*, Slg. 1982, 3415, Rn. 21; vgl. auch *Schwarze* in *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 234 EGV, Rn. 66, m.w.N.

⁶⁵ Siehe dazu Abschnitt B.I.

tatsächlichen Kosten sind in der Zugangsrichtlinie, ebenso wie zur alten Rechtslage, nicht enthalten. Somit wird keiner Berechnungsgrundlage der Vorrang gegenüber einer anderen eingeräumt. Materiell ergeben sich zwischen der ursprünglichen und der aktuellen Regelung somit keinerlei Abweichungen. Eine weitergehende „Flexibilisierung der behördlichen Entscheidungsbefugnisse“ über den Kostenmaßstab, wie von der DTAG angenommen wird,⁶⁶ erfolgte somit nicht.

Dass der Grundsatz der Kostenorientierung nach Art. 13 Zugangsrichtlinie weiterhin auf den grundlegenden Prinzipien der ursprünglichen Rechtslage beruht, zeigt sich insbesondere anhand des Erwägungsgrunds 14 der Zugangsrichtlinie. Danach heißt es, dass die in der Richtlinie 97/33/EG festgelegten Verpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wozu auch der Grundsatz der Kostenorientierung zählt, als Möglichkeit beibehalten, gleichzeitig aber auch als Obergrenze der Auflagen für Unternehmen festgeschrieben werden soll, um eine Überregulierung zu vermeiden. Zur Konkretisierung des Kostenmaßstabs für die Berechnung des TAL-Entgelts hat der EuGH in seinem Urteil vom 24. April 2008 umfangreich auf die Richtlinie 97/33/EG Bezug genommen. Insbesondere die Herleitung der Berechnungsgrundlage der tatsächlichen Kosten, die eine ausgewogene Berücksichtigung von historischen und voraussichtlichen Kosten umfasst, wird maßgeblich auf die Richtlinie 97/33/EG gestützt.⁶⁷ Die TAL-Verordnung, die Grundlage des EuGH-Urteils ist, enthält inhaltliche Klarstellungen zur Richtlinie 97/33/EG, ändert den darin enthaltenen Grundsatz der Kostenorientierung jedoch in materieller Hinsicht nicht.

Auf Grundlage der Ziele der TAL-Verordnung leitet der EuGH die Definition der Kostenorientierung ab, wonach die TAL-Preise an den bei der Herstellung der Teilnehmeranschlüsse entstandenen Kosten zu orientieren sind und der Betreiber mit den festgesetzten Preisen einen angemessenen Gewinn erzielen muss, um die langfristige Weiterentwicklung und Verbesserung der vorhandenen Telekommunikations-

⁶⁶ *Knoben/Hölscher*, Investitionsfördernde Entgeltregulierung bei der Teilnehmeranschlussleitung, Gutachten vom 9.2.2009, S. 11.

⁶⁷ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 111 ff.

infrastrukturen zu ermöglichen.⁶⁸ Die TAL-Verordnung bezweckt gemäß Art. 1 Abs. 1 eine Intensivierung und Förderung des Wettbewerbs, um so die wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer breiten Palette von Diensten im Bereich der elektronischen Kommunikation zu begünstigen. Diese Ansätze werden durch die geltenden Regelungen des Gemeinschaftsrechts nicht modifiziert, wie anhand von Art. 1 Abs. 1, Art. 13 Abs. 2 Satz 1 und Erwägungsgrund 14 der Zugangsrichtlinie erkennbar wird.

Es liegen somit keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, die inhaltlichen Vorgaben der Zugangsrichtlinie zum Kostenmaßstab anders zu interpretieren als die Vorgaben der TAL-Verordnung. Das Prinzip der Kostenorientierung ist weiterhin dasselbe. Damit ist die teleologische Auslegung des EuGH zur ursprünglichen Rechtslage im Hinblick auf den Kostenmaßstab auf die aktuelle Rechtslage vollständig übertragbar. Das Urteil des EuGH zur ursprünglichen Rechtslage hat somit eine „Leitfunktion für die Anwendung des aktuellen Gemeinschaftsrechts“. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der EuGH mit denselben teleologischen Erwägungen, wie bei der Auslegung der TAL-Verordnung, auch die Vorgaben der Zugangsrichtlinie interpretieren dürfte.

⁶⁸ EuGH, Urteil v. 24.4.2008, Rs. C-55/06, Rz. 69

C. Bindungswirkung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben

Die BNetzA hat die Vorgaben des EuGH-Urteils vom 24. April 2008 bereits in dem aktuell zu entscheidenden Verfahren umfassend zu berücksichtigen und darf keine Entscheidung treffen, die gegen die darin enthaltenen Vorgaben für den Kostenmaßstab verstoßen würden.

I. Allgemeine Grundsätze

Gemäß Art. 220 EGV ist der EuGH zur „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung“ des EGV berufen. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung Grundsätze entwickelt, die die einheitliche Geltung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts sicherstellen sollen. So genießt das gesamte Gemeinschaftsrecht Vorrang vor dem gesamten nationalen Recht.⁶⁹ Gemeinschaftsrecht ist außerdem unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich im Falle seiner Unbedingtheit und ausreichenden Bestimmtheit, unmittelbar anwendbar.⁷⁰ Nationale Behörden haben dem Gemeinschaftsrecht widersprechendes nationales Recht unangewendet zu lassen (Anwendungsvorrang)⁷¹ und unmittelbar geltendes Gemeinschaftsrecht anzuwenden. Ist das Gemeinschaftsrecht nicht unmittelbar anwendbar, so ist nationales Recht soweit wie möglich im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht auszulegen (gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts).⁷²

⁶⁹ EuGH, Urteil v. 15.7.1964, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251; hinsichtlich nationalen Verfassungsrechts: EuGH, Urteil v. 17.12.1970, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125.

⁷⁰ EuGH, Urteil v. 5.2.1963, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 3.

⁷¹ EuGH, Urteil v. 9.3.1978, Rs. 106/77, *Simmenthal II*, Slg. 1978, 629.

⁷² EuGH, Urteil v. 10.4.1984, Rs. 14/83, *von Colson und Kamann*, Slg. 1984, 1891, Rn. 26; Urteil v. 13.11.1990, Rs. C-106/89, *Marleasing*, Slg. 1990, I-4135, Rn. 8; Urteil v. 16.12.1993, Rs. C-334/92, *Wagner Miret*, Slg. 1993, I-6911, Rn. 20; Urteil v. 14.7.1994, Rs. C-91/92, *Faccini Dori*, Slg. 1994, I-3325, Rn. 26.

Der EuGH leitet diese Pflichten vor allem aus dem in Art. 10 EGV verankerten Grundsatz der Gemeinschaftstreue ab, der die Legislative, die Exekutive und die Judikative der Mitgliedstaaten bindet.⁷³ Kommen mitgliedstaatliche Behörden der Verpflichtung, dem Gemeinschaftsrecht in vollem Umfang zur Wirksamkeit zu verhelfen, nicht nach, liegt eine Vertragsverletzung des betroffenen Mitgliedstaats vor, die in einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 und 227 EGV geahndet werden kann. Außerdem ist ein Mitgliedstaat zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Einzelnen infolge eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht entsteht.⁷⁴ Ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ist insbesondere dann als hinreichend qualifiziert anzusehen, wenn eine Entscheidung einer mitgliedstaatlichen Behörde die einschlägige Rechtsprechung des EuGH offenkundig verkennt.⁷⁵

II. Bindungswirkung der Urteile des EuGH in Vorabentscheidungsverfahren

Aus den vorstehenden Feststellungen folgt eine Bindungswirkung der Urteile des EuGH in Vorabentscheidungsverfahren. Dabei ist zum einen zwischen Gerichten im Ausgangsverfahren und anderen Gerichten zu unterscheiden. Zum anderen ist die Frage zu untersuchen, ob auch nationale Behörden, die nicht Gerichte im Sinne des Art. 234 EGV sind, an Urteile des EuGH in Vorabentscheidungsverfahren gebunden sind.

1. Bindungswirkung im Ausgangsverfahren

Unproblematisch ist die Frage der Bindung der nationalen Gerichte im Ausgangsverfahren. Die Bindungswirkung der Vorabentscheidungsurteile des EuGH erstreckt sich auf das vorliegende Gericht sowie alle mit dem Ausgangsverfahren befassten

⁷³ Siehe etwa *Hatje* in Schwarze, EU-Kommentar, Art. 10 EGV, Rn. 6.

⁷⁴ EuGH, Urteil v. 5.3.1996, verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93, *Brasserie du pêcheur u. Factortame*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 36.

⁷⁵ EuGH, Urteil v. 30.9.2003, Rs. C-224/01, *Köbler*, Slg. 2003, I-10239, Rn. 56.

innerstaatlichen Gerichte, einschließlich weiterer Instanzen, die in der derselben Rechtssache zu entscheiden haben (Bindungswirkung „*inter partes*“).⁷⁶

2. Bindung anderer Gerichte und Behörden

Die Frage der Bindungswirkung von Urteilen in Vorabentscheidungsverfahren für andere Gerichte und Behörden („*erga omnes*“) betreffend die Auslegung von Gemeinschaftsrecht (Art. 234 lit. a EGV) stellt sich in vergleichbarer Weise dar. Der EuGH geht auch hier von einer allgemeinen Bindungswirkung aus. Hierzu führt er aus, dass *„[d]urch die Auslegung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die der Gerichtshof in Ausübung seiner Befugnisse aus Artikel 177 EWG-Vertrag vornimmt, [...] erläutert und erforderlichenfalls verdeutlicht [wird], in welchem Sinn und mit welcher Tragweite diese Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre. Daraus folgt, dass die Gerichte die Vorschrift in dieser Auslegung auch auf Rechtsverhältnisse, die vor Erlass des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden sind, anwenden können und müssen, wenn alle sonstigen Voraussetzungen für die Anrufung der zuständigen Gerichte in einem die Anwendung dieser Vorschriften betreffenden Streit vorliegen.“*⁷⁷

Zudem ist davon auszugehen, dass den Vorabentscheidungsurteilen auch außerhalb des Ausgangsrechtsstreits eine „Leitfunktion für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts“⁷⁸ und damit *de facto* rechtsbildende Kraft⁷⁹ zukommt. Als Argument dafür lässt sich die CILFIT-Rechtsprechung des EuGH anführen, der zufolge ein letztinstanzliches nationales Gericht eine Auslegungsfrage nur dann nicht vorlegen muss, „*wenn die betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung*

⁷⁶ EuGH, Urteil v. 24.6.1969, Rs. 29/68, *Milch-, Fett- und Eierkontor/Hauptzollamt Saarbrücken*, Slg. 1969, 165, Rn. 3; Rs. 52/76, *Benedetti*, Urteil v. 3.2.1977, Slg. 1977, 163, Rn. 26,27; siehe Schwarze in Schwarze, EU-Kommentar, Art. 234 EGV, Rn. 63.

⁷⁷ Siehe EuGH, Urteil v. 27.3.1980, verb. Rs. 66, 127 und 128/79, *Amministrazione delle Finanze dello Stato/Salumi*, Slg. 1980, 1237, Rn. 9; siehe auch EuGH, Urteil v. 22.10.1998, verb. Rs. 10/97 bis 22/97, *IN.CO.GE'90 u.a.*, Slg. 1998, I-6307, Rn. 23.

⁷⁸ Schwarze in Schwarze, EU-Kommentar, Art. 234 EGV, Rn. 66 m.w.N.

⁷⁹ *Gaitanides* in von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV-Kommentar, Art. 234, Rn. 93.

durch den Gerichtshof war“.⁸⁰ Eine Pflicht zur erneuten Vorlage durch das letztinstanzliche Gericht besteht daher nur dann, wenn das Gericht von der Auslegung des EuGH abweichen will. Für eine Bindungswirkung spricht auch das Bestehen eines Staatshaftungsanspruchs in dem Fall, dass ein Mitgliedstaat hinreichend qualifiziert gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen hat.

Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH in Vorabentscheidungsverfahren erstreckt sich auch auf nationale Behörden, die keine Gerichte im Sinne des Art. 234 EGV sind. Dies folgt aus dem in Art. 10 Abs. 1 EGV verankerten, an alle mitgliedstaatlichen Stellen gerichteten Gebot, alles zu unternehmen, um der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zum Durchbruch zu verhelfen, sowie aus dem Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens, die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.⁸¹

Die BNetzA ist als Verwaltungsbehörde somit an das Auslegungsurteil des EuGH in dem relevanten Vorabentscheidungsverfahren gebunden. Diese Bindung an das EuGH-Urteil vom 24. April 2008 wird durch das Urteil des VG Köln vom 27. November 2008 zu einer Entscheidung der BNetzA im TAL-Entgeltgenehmigungsverfahren des Jahres 1999 eindeutig bestätigt. Das VG Köln führte in diesem Urteil aus, dass das innerstaatliche Recht gemeinschaftsrechtskonform anzuwenden sei, „*was im Konfliktfall sogar zur richterlichen Verwerfung eindeutig anderslautenden innerstaatlichen Rechts führen müsste*“.⁸² Das erkennende Gericht sei außerdem an die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH „*faktisch gebunden*“.⁸³ Aus dieser faktischen Bindungswirkung ergebe sich, dass „*der Regulierungsbehörde [...] hinsichtlich der Prüfung, ob die Entgelte Aufschläge enthalten [...], ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu [kommt]*“.⁸⁴

⁸⁰ EuGH, Urteil v. 6.10.1982, Rs. 283/81, *CILFIT/Ministero della Sanità*, Slg. 1982, 3415, Rn. 21.

⁸¹ Siehe *Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht, Rn. 862; *Thiele*, Europäisches Prozessrecht, § 9, Rn. 104.

⁸² VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, AZ 1 K 1749/99, K&R 2009, 138 m. Anm. *Ufer*, Rn. 80.

⁸³ VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, AZ 1 K 1749/99, Rn. 102.

⁸⁴ VG Köln, Urteil v. 27.11.2008, AZ 1 K 1749/99, Rn. 119.

Auf die mangelnde Rechtskraft des Urteils des VG Köln kann sich die DTAG⁸⁵ bzw. die BNetzA nicht berufen, um die bisherige Genehmigungspraxis unverändert fortzuführen. Jenes Urteil bezieht sich inhaltlich in vollem Umfang auf das Urteil des EuGH vom 24. April 2008, welches die BNetzA wie beschrieben umfassend zu beachten hat. Aus diesem Grund wäre ein Festhalten der BNetzA an dem ursprünglichen WIK-Modell, sofern dieses ausschließlich auf den Wiederbeschaffungskosten beruht, unter Verweis auf eine mögliche Revision oder auf die noch ausstehende Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde nicht zulässig.

3. Bindungswirkung trotz formell veränderter Rechtslage zum Ausgangsrechtsstreit

Es stellt sich schließlich die Frage, ob eine Bindungswirkung auch dann anzunehmen ist, wenn sich die Rechtslage seit dem relevanten Vorabentscheidungsurteil zugrunde liegenden Rechtsstreit, wie im vorliegenden Fall, geändert hat. Die Frage ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn sich die Rechtslage seit dem Urteil des EuGH nur formell geändert hat und der durch den EuGH ausgelegte Aspekt materiell derselbe bleibt. Auch dies ergibt sich aus der CILFIT-Rechtsprechung des EuGH, wonach die Vorlagepflicht eines letztinstanzlichen Gerichts entfällt, „*wenn die betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war*“.⁸⁶

Dass dabei unter dem Begriff „*betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung*“ nicht die vollkommen identische, jeglicher Änderung entbehrende Bestimmung, sondern ihr materieller Gehalt gemeint ist, ergibt sich aus der Rs. *Vollkommer*. Der EuGH entschied hier nach Art. 104 Abs. 3 der Verfahrensordnung des EuGH durch Beschluss über ein Vorabentscheidungsersuchen eines deutschen Finanzgerichtes, da die „*zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage offensichtlich mit einer Frage übereinstimmt[e], über die*

⁸⁵ So aber *Knoben/Hölscher*, Investitionsfördernde Entgeltregulierung bei der Teilnehmeranschlussleitung, Gutachten vom 9.2.2009, S. 15 f.

⁸⁶ EuGH, Urteil v. 6.10.1982, Rs. 283/81, *CILFIT/Ministero della Sanità*, Slg. 1982, 3415, Rn. 21.

[der Gerichtshof] bereits entschieden hat[te].⁸⁷ Der EuGH wandte Art. 104 Abs. 3 der Verfahrensordnung an, obwohl sich die Rechtslage seit dem Ausgangsrechtsstreit des zuvor ergangenen Vorabentscheidungsurteils geändert hatte. Der Gerichtshof begründete dies damit, dass der Inhalt der Bestimmung gleich geblieben sei,⁸⁸ es sich materiell also um dieselbe Vorschrift handelte. Der EuGH stellt daher auf den materiellen Gehalt der auszulegenden Bestimmung ab. Daraus folgt, dass einem Vorabentscheidungsurteil auch in Fällen formell geänderter, materiell aber gleich bleibender Rechtslage eine „Leitfunktion für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts“⁸⁹ und damit faktische Bindungswirkung zukommt.

⁸⁷ EuGH, Beschluss v. 27.11.2008, Rs. C-156/08, *Vollkommer*, n.n.v., Rn. 20.

⁸⁸ EuGH, Beschluss v. 27.11.2008, Rs. C-156/08, *Vollkommer*, n.n.v., Rn. 27.

⁸⁹ *Schwarze* in *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 234 EGV, Rn. 66, m.w.N.

D. Beachtung des Konsistenzgebots

I. Vermeidung der Preis-Kosten-Schere als Folge inkonsistenter Entgeltregulierung

Bei der Festsetzung des TAL-Entgelts ist zudem das Konsistenzgebot zu beachten. Dieses folgt im Gemeinschaftsrecht aus den Vorgaben der Zugangsrichtlinie⁹⁰ sowie aus dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EG.⁹¹ Im deutschen Recht ist das Konsistenzgebot in § 27 Abs. 2 TKG festgelegt. Danach haben die Regulierungsbehörden generell darauf zu achten, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind. Ein Aspekt dieses Gebotes ist die Konsistenz der Regulierung entlang der Wertschöpfungskette. Das Konsistenzgebot führt so zu einer systematischen Verknüpfung der Entgeltregulierung auf der Vorleistungs- und auf der Endkundenebene.⁹²

Das Konsistenzgebot spielt insbesondere im Rahmen der Feststellung von Preis-Kosten-Scheren eine bedeutende Rolle, da in diesem Fall stets zwei Preise zu einander in Verhältnis zu setzen sind. Eine konsistente Regulierung von Vorleistungsentgelten und Endkundenpreisen trägt dazu bei, das Auftreten von Kosten-Preis-Scheren zu verhindern. Für diese Fallgestaltung enthält § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG eine widerlegbare Vermutung für ein missbräuchliches Verhalten eines Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht. Diese Vorgabe dient der Vermeidung einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere bzw. einer Quersubvention durch die vertikal integrierten Netzbetreiber zum Nachteil der Wettbewerber.⁹³

⁹⁰ Erwägungsgrund 20 ZRL; vgl. dazu BerIKommTKG/*Klotz*, Einl. II, Rn. 150.

⁹¹ Vgl. dazu BerIKommTKG/*Klotz*, Anh. II, Art. 82 EG, Rn. 52 ff.

⁹² BerIKommTKG/*Groebe*, § 27, Rn. 25.

⁹³ BerIKommTKG/*Groebe*, § 28, Rn. 55.

Die Festsetzung des TAL-Entgelts verstieße dann gegen das Konsistenzverbot, wenn es höher wäre als der Preis der DTAG für eine vergleichbare Endkundenleistung, oder wenn die Gewinnspanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreis nicht ausreichend wäre, um die produktspezifischen Kosten der eigenen Endkundensparte der DTAG oder alternativ eines hypothetischen durchschnittlich effizienten Wettbewerbers zu decken und somit Wettbewerb auf dem Markt für den Endkundenzugang zum Festnetz zuzulassen.

Preis-Kosten-Scheren treten typischerweise bei vertikal integrierten Unternehmen auf, die sowohl Vorleistungen als auch entsprechende Endkundenleistungen anbieten. Ein solches Unternehmen ist unter Umständen in der Lage, die Spanne zwischen den Vorleistungs- und den Endkundenpreise derart zu reduzieren („squeezing“), dass sie nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen eine Teilnahme am Wettbewerb zu ermöglichen. Als Folge einer Preis-Kosten-Schere werden Wettbewerber somit in der Regel vom Markt ausgeschlossen bzw. vom Markt verdrängt.⁹⁴ Die Ursachen für Preis-Kosten-Scheren sind dabei entweder zu hohe Vorleistungsentgelte, zu niedrige Endkundenentgelte, oder aber eine Kombination aus den beiden vorgenannten Ursachen.⁹⁵

Sind die Vorleistungspreise höher als die Endkundenpreise (negative Spanne), so ist stets von einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere auszugehen. Nur im Fall einer positiven Spanne, wenn also die Endkundenpreise über den entsprechenden Vorleistungspreisen liegen, kommt es auch hier auf die produktspezifischen Kosten entweder des integrierten Unternehmens oder eines ebenso effizienten Wettbewerbers für die Erbringung der Endkundendienste an. Eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere liegt in einer solchen Fallgestaltung dann vor, wenn die Vorleistungspreise zuzüglich der produktspezifischen Kosten höher sind als die Endkundenpreise des vertikal integrierten Betreibers.

⁹⁴ BerlKommTKG/*Groebel*, § 28, Rn. 55.

⁹⁵ BerlKommTKG/*Groebel*, § 28, Rn. 60.

II. Rechtsprechung des EuG zur Preis-Kosten-Schere

Die grundlegende Bedeutung einer konsistenten Entgeltregulierung wird anhand der Entscheidung der Kommission vom 21. Mai 2003 gegen die DTAG deutlich. Darin stellte die Kommission fest, dass die DTAG mit ihrer Preisgestaltung beim Zugang zu den Ortsnetzen gegen Art. 82 EGV verstoßen hat, indem sie ihren Wettbewerbern Vorleistungsentgelte berechnete, die im Vergleich zu den entsprechenden Endkundenentgelten keinen Wettbewerb zuließen.⁹⁶ Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass die Spanne zwischen den Endkunden- und den Vorleistungsentgelten zwischen 1998 und 2001 negativ war, da die Wettbewerber mehr an die DTAG zu zahlen hatten als deren eigene Endkunden. Ab 2002 war die Spanne zwar positiv, jedoch nicht ausreichend groß, um die produktspezifischen Kosten der DTAG für die Erbringung ihrer eigenen Endkundendienste abzudecken.

Im konkreten Fall definierte die Kommission eine Preis-Kosten-Schere folgendermaßen: *„Eine Preis-Kosten-Schere liegt dann vor, wenn die Summe der monatlichen und einmaligen an DT für den Vorleistungszugang zu entrichtenden Entgelte die Wettbewerber zwingt, ihren Endkunden höhere Entgelte zu berechnen als DT ihren eigenen Endkunden für entsprechende Dienstleistungen in Rechnung stellt. Sind die Vorleistungsentgelte höher als die Endkundenentgelte, können die Wettbewerber der DT unter keinen Umständen Gewinne erzielen, selbst wenn sie zumindest ebenso effizient wie DT sind, da sie neben den Vorleistungsentgelten noch zusätzliche Kosten, z.B. für Marketing, Rechnungsstellung, Inkasso usw. haben.“*⁹⁷

Der von der Kommission angelegte relevante Maßstab war somit die Endkundensparte der DTAG als „hypothetischer Wettbewerber“ anstelle eines Dritten als „ebenso effizienter Wettbewerber“. Da die in Frage stehende Vorleistung, nämlich der Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung, den Wettbewerbern nicht nur einen bestimmten Endkundendienst, sondern eine Reihe unterschiedlicher Dienste

⁹⁶ Sache COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Deutsche Telekom, ABl. 2003 Nr. L 263, S. 9.

⁹⁷ Sache COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Deutsche Telekom, ABl. 2003 Nr. L 263, S. 9, Rn. 102.

ermöglichte, wie etwa Schmal- und Breitbandanschlüsse, ermittelte die Kommission zum Zwecke der Vergleichbarkeit der Vorleistungs- und der Endkundenebene einen durchschnittlichen Endkundenpreis der DTAG, welcher sich für jedes Jahr im Betrachtungszeitraum aus den jeweiligen Kundenzahlen und den Entgelten für jede relevante Anschlussvariante ergab.

Für den Zeitraum von Anfang 1998 bis Ende 2001 stellte die Kommission einen schweren Verstoß und für den Zeitraum ab Anfang 2002 einen minder schweren Verstoß fest und verhängte eine Geldbuße in Höhe von 12,6 Millionen Euro.⁹⁸ Als Folge der Entscheidung wurden noch im Jahr 2003 die Vorleistungsentgelte durch die Regulierungsbehörde auf Antrag der DTAG gesenkt und die Endkundenentgelte von der DTAG erhöht. Dadurch wurden die Markteintrittsmöglichkeiten der Wettbewerber verbessert. Einige von ihnen erhoben dennoch Klage vor den zuständigen Zivilgerichten mit dem Ziel, den in der Vergangenheit aufgrund des festgestellten missbräuchlichen Verhaltens der DTAG erlittenen wirtschaftlichen Schaden ersetzt zu bekommen.

Die Entscheidung der Kommission wurde am 10. April 2008 durch das EuG in vollem Umfang bestätigt.⁹⁹ Das EuG bestätigte insbesondere die von der Kommission gewählte Methode zur Feststellung der Preis-Kosten-Schere in Form eines Abgleichs von Preisen, welche ein und dasselbe Unternehmen für vergleichbare Leistungen von seinen Wettbewerbern und seinen Endkunden verlangt. Gegen dieses Urteil legte die DTAG Berufung beim EuGH ein. Die gerichtliche Entscheidung über die Schadensersatzansprüche der Wettbewerber wurde daraufhin weiter zurückgestellt.

III. Auswirkungen auf das aktuelle TAL-Verfahren der BNetzA

Aufgrund des in den vergangenen Jahren erheblich gesunkenen Endkundenpreisniveaus der DTAG für den Zugang zum Kupferkabelnetz und der aktuellen

⁹⁸ Mit Entscheidung vom 2.7.2007 verhängte die Kommission gegen Telefónica für einen ähnlichen Verstoß auf dem spanischen Markt für Breitbandzugang ein Bußgeld in Höhe von 152 Millionen Euro.

⁹⁹ EuG, Urteil v. 10.4.2008, Rs. T-271/03, DTAG/Kommission, MMR 2008, 385 m. Anm. *Klotz*; anhängig beim EuGH als Rs. C-280/08 P.

Forderungen der DTAG nach einer deutlichen Erhöhung des TAL-Entgelts ist in dem anhängigen Verfahren aus Konsistenzgründen eine detaillierte Untersuchung der den Wettbewerbern verbleibenden Gewinnspanne durch die BNetzA rechtlich geboten und in der Sache dringend erforderlich.

In seinem Urteil vom 10. April 2008 stellte das EuG hinsichtlich der Entscheidungen der Regulierungsbehörde über die TAL-Entgelte in den Jahren 1999, 2001 und 2003 nachdrücklich fest, dass die Prüfung der Preis-Kosten-Schere entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nicht mit einem vertretbaren Ergebnis erfolgt war.¹⁰⁰ Ohne hierüber eine inhaltliche Aussage zu machen, da diese Frage nicht Gegenstand der Klage und damit des Verfahrens war, lässt das EuG in seinem Urteil ausdrücklich erkennen, dass diese Regulierungspraxis einen Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben darstellen könnte, gegen den die Kommission im Weg eines Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 226 EGV hätte vorgehen können.¹⁰¹ Aus diesen Feststellungen folgt nunmehr die Pflicht der BNetzA zu einer eingehenden Prüfung der Entgeltkonsistenz in dem aktuellen Verfahren.

¹⁰⁰ EuG, Urteil v. 10.4.2008, Rs. T-271/03, Rz. 119, hierzu *Klotz*, MMR 2008, 650 (655).

¹⁰¹ EuG, Urteil v. 10.4.2008, Rs. T-271/03, Rz. 265, 271.