



INITIATIVE  
EUROPÄISCHER  
NETZBETREIBER

IEN · Dorotheenstrasse 54 · 10117 Berlin

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,  
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen  
Referat 114  
Tulpenfeld 4  
**53113 Bonn**

**Per Email an: 114-Postfach@bnetza.de**

**Konsultationsentwurf: Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur**

Berlin, den

02.07.2009

**Stellungnahme der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN)**

Sehr geehrte Frau Dr. Schwarz-Schilling,  
sehr geehrte Damen und Herren,

die BNetzA hat auf Basis der am 18.02.2009 veröffentlichten Breitbandstrategie der Bundesregierung am 20.05.2009 den o.g. Konsultationsentwurf im Amtsblatt (Nr. 9/2009) veröffentlicht. In diesem definiert die BNetzA 15 Eckpunkte, welche auf einer Vier-Säulen-Strategie von Zielen basieren und mögliche regulatorische Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze sowie die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur aufzeigen sollen. Insbesondere sollen Risiken reduziert und die Investitions- und Innovationskraft der beteiligten Unternehmen gesichert werden. Weitere Ziele sind die Schaffung von Planungssicherheit und Transparenz.

Interessierten Parteien wurde die Möglichkeit eingeräumt, die Eckpunkte bis zu kommentieren. Die IEN bedankt sich für diese Möglichkeit und möchte sich für die krankheitsbedingte Verzögerung nochmals entschuldigen.

**MITGLIEDER**

Airdata  
BT  
Cable & Wireless  
Colt Telecom  
Orange Business  
Verizon Business

**SITZ UND BÜRO**

Dorotheenstrasse 54  
10117 Berlin

**GESCHÄFTSFÜHRUNG**

RAin Malini Nanda

**VORSTAND**

Sabine Hennig  
Dr. Jutta Merkt  
Dr. Andreas Peya  
Andreas Schweizer

**KONTAKTE**

Telefon +49 30 3253 8066  
Telefax +49 30 3253 8067  
info@ien-berlin.com  
www.ien-berlin.com

## I. Allgemeine Anmerkungen

Die IEN begrüßt zunächst die Absicht der BNetzA, einen regulatorischen Ansatz schaffen zu wollen, der hinreichend flexibel ist, um den Anforderungen eines technologischen Wandels und den damit verbundenen Besonderheiten gerecht zu werden. Die angewandte Vier-Säulen-Strategie von Zielen wird von der IEN ebenfalls als sinnvoller Ansatz zur Implementierung eines leistungs- und wettbewerbsfähigen Breitbandkonzepts für die Zukunft erachtet.

Allerdings hat die IEN Zweifel, ob das nunmehr zur Konsultation stehende Eckpunktekonzept in seiner Gesamtheit sowie auch einige Eckpunkte im einzelnen dazu geeignet sind, die notwendigen Konzepte für einen die Breitbandstrategie der Bundesregierung umsetzenden Regulierungsrahmen zu liefern.

In ihrem Gesamtkontext steuern die von der BNetzA angeführten Eckpunkte auf eine zunehmende Deregulierung hin und die angeführten Maßnahmen sind vielfach dazu geeignet, (Re-)Monopolisierungen herbeizuführen. Die IEN möchte vorliegend ausdrücklich darauf hinweisen, dass allein die Schaffung von hinreichendem Wettbewerbsdruck geeignet ist, Investitionen und Innovationen zu schaffen, nicht aber die Herbeiführung von Exklusivität.

Das vorliegende Papier greift eine Vielzahl von aktuellen Themen und Problemfeldern auf, ohne diese jedoch zuvor verbindlich zu definieren. Dies geschieht etwa bei der Frage der tatsächlichen Festlegung, was genau als „weißer Fleck“ gelten soll oder beim Thema „Open Access“. Auch andersorts sind diese Begriffe bislang nicht definitorisch untermauert. Es ist aus Sicht der IEN ein weiteres Anzeichen dafür, dass eine Vielzahl der aktuellen Ideen im Breitbandbereich sich erst konkretisieren müssen und dann im Wege weiterer Studien auf Ihre Berücksichtigung in der Marktregulierung geprüft werden sollten, bevor sie möglicherweise als konkrete Instrumente zur Marktsteuerung angewendet werden können.

Aus Sicht der IEN besteht derzeit die Gefahr, dass die Vielzahl von für sich genommen interessanten Ansätzen im Rahmen einer überhasteten Umsetzung zu einem unübersichtlichen Politikcocktail mutieren, widersprüchliche Maßnahmen ergriffen werden und zu einem kontraproduktiven Gesamter-

gebnis führen. Diese Befürchtung hegt die IEN insbesondere im Hinblick auf mögliche Gefahren für die Rahmenbedingungen auf (Zugangs-) Märkten, die weniger im Zentrum des Interesses stehen, aber für die Anbieter von Unternehmenskundenprodukten wesentlich sind.

Kritisch bewertet die IEN zudem die fehlende angemessene Berücksichtigung der Vorleistungsprodukte als notwendige Sprossen auf der Investitionsleiter für alternative Netzbetreiber. Wie die BNetzA bereits in ihrer Einleitung zutreffend wiedergibt, ist auch die Unterstützung von Innovationen eine zentrale Zielvorgabe des TKG. In diesem Zusammenhang ist erneut darauf hinzuweisen, dass auch breitbandbasierte Dienstleistungen Gegenstand dieser Zielsetzung sind. Zudem bedauert die IEN, dass die Äußerungen vielfach zu vage bleiben, als dass tatsächlich bereits aus den Eckpunkten und deren Erläuterungen die intendierte Steigerung von Planungs- und Investitionssicherheiten gegeben ist.

Auch die von der BNetzA hinsichtlich der möglichen künftigen Entgeltregulierung aufgeworfenen Themen werden von der IEN als überaus kritisch angesehen. Ohne konsistente und im Einklang mit den gesetzlichen Grundlagen des TKG vereinbare Remedies werden erhebliche Missbrauchspotentiale für marktbeherrschende Unternehmen geschaffen. Gerade die jüngsten Entwicklungen im Bereich Interconnection zeigen die Problemfelder auf, welche mit einem solchen Ansatz entstehen können.

Grundsätzlich müssen sich die einzelnen Eckpunkte aus Sicht der IEN an den folgenden Maßstäben messen lassen.

- Primäres Mittel zur Erreichung der mit dem Eckpunktepapier verfolgten Ziele muss die Schaffung von effektivem Wettbewerb bleiben. Nur der Wettbewerbsdruck führt zu langfristig funktionierenden Märkten und entsprechenden Investitionen, nicht aber die Schaffung oder Gewährung von Monopolen.
- Die BNetzA muss auch künftig entsprechend den gemeinschaftsrechtlichen sowie den nationalen gesetzlichen Vorgaben zwingend vor Ergreifung beziehungsweise vor Absehen von bestimmten Regulierungsmaßnahmen das Marktanalyseverfahren durchführen und bei Feststellung des Marktversagens unverzüglich entsprechend geeignete Abhilfemaßnahmen ergreifen.

- Die bisherige Marktentwicklung macht deutlich, dass der bislang beschrittene regulatorische Weg bei konsequenter Anwendung geeignet ist, bestehende Monopole zu beseitigen oder deren Entstehung zu verhindern. Die Vielzahl der erwogenen zukünftige Abweichungen von diesem im Grundsatz funktionierenden und auf fundierten Erkenntnissen basierendem System müssen sorgfältig auf ihre sinnvolle Einordnungsfähigkeit in das Gesamtgefüge des regulatorischen Rechtsrahmens geprüft und hinreichend definiert werden. Sie dürfen nicht zur bloßen Erreichung kurzfristiger Erfolge im Breitbandinfrastrukturausbau angewendet werden.
- Um Rechts- und Planungssicherheit zu gewährleisten bedarf es Regulierungsmaßnahmen, die sich klar an den bestehenden verfahrensrechtlichen Vorschriften orientieren. Ansätze, die in Sonderfällen regulatorische Maßnahmen für ungerechtfertigt halten, obwohl kein funktionierender Wettbewerb gegeben ist, führen im Ergebnis nicht nur zu Einschränkungen der Planungssicherheit sondern es wird dadurch vielmehr in Kauf genommen, dass auf Dauer kein freier Wettbewerb ermöglicht wird.

## II. Zu den Eckpunkten im Einzelnen

### 1. ***Regionale Projekte zur Errichtung hochleistungsfähiger Telekommunikations-Infrastruktur und Open Access zu diesen Netzen. Absehen von einer Regulierung in diesen Fällen.***

Die Förderung einer hochleistungsfähigen Telekommunikations-Infrastruktur, die sich am Prinzip des Open Access orientiert, kann aus Sicht der IEN dem Grunde nach ein sinnvolles Mittel zur Gewährleistung einer funktionsfähigen Breitbandinfrastruktur sein.

Allerdings stellt die IEN insoweit ausdrücklich klar, dass zunächst eindeutige Rahmenbedingungen für die Akzeptanz etwaiger Open Access Regelungen zwingend notwendig sind. So lange nicht hinreichend geklärt ist, unter welchen Bedingungen eine etwaige Zugangsgewährung tatsächlich als „Open Access“ zu betrachten ist, kann ein entsprechender Regulierungswegfall nicht gerechtfertigt sein. Insbesondere ist es nicht ausreichend, abstrakt Ideen eines möglichen Zugangs zu diskutieren. Die Zu-

gangsbedingungen sind vielmehr zunächst entsprechend einem Standardangebot gemäß § 23 TKG zu definieren bevor von einer Regulierung abgesehen werden kann.

In diesem Zusammenhang ist auf die sowohl in den Europäischen Rahmenbedingungen als auch im TKG fest verankerten Grundsätze der Marktanalyseverfahren zu verweisen. Erst wenn anhand konkreter Maßgaben ein funktionierender Wettbewerb und damit einhergehend das Fehlen eines Marktversagens festgestellt wurde, kann die Regulierung des jeweiligen Marktes entfallen. Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu untersuchen, inwieweit sich die bislang lediglich pauschale Formulierung „Open Access“ in dieses System sinnvoll einfügen kann. Gerade hinsichtlich der Umsetzung des Open Access im bestehenden TKG sind aus Sicht der IEN zunächst noch viele Unsicherheiten auszuräumen, da das bisherige Gesetzssystem eine solche Ausnahme nicht vorsieht.

Soweit man unterstellt, dass die genannten Konkretisierungen der Rahmenbedingungen und Definition für Open Access hinreichend geklärt wurden, ist die IEN hinsichtlich der angedachten Projekte des Infrastrukturausbaus durch Kommunen oder Stadtwerke, bei welchen Infrastruktur und Dienst natürlicherweise voneinander getrennt sind, der Auffassung, dass ein solcher Ansatz möglicherweise eine sinnvolle Ergänzung zum sonstigen Breitbandausbau sein kann. Kritischer – auch in kartellrechtlicher Hinsicht - ist dieser Ansatz jedoch bei Telekommunikationsanbietern, die regional bzw. lokal Anschlussnetze errichten, zu bewerten. Dabei gilt es immer zu berücksichtigen, dass gerade für überregional tätige Anbieter regionale Einzellösungen die Erbringung national einheitlicher Dienstleistungen gegenüber ihren Kunden erschweren können. Dies gilt in besonderer Hinsicht für die Bedürfnisse von Unternehmenskunden an modernen, nachfragegerechten Telekommunikationsdiensten.

Die bisherigen Diskussionen zum Thema Open Access erfolgten zumeist mit Blick auf Produkte die Verbraucher und kleinere Unternehmen (Anwälte, Ärzte etc.) adressieren. Gänzlich unbeachtet blieben die Bedürfnisse des produzierenden Gewerbes und der öffentlichen Einrichtungen. Es steht in soweit zu befürchten, dass die gut gemeinte Fokussierung auf Privatkunden und eine auf dieser Basis erfolgte Reduktion der Regulierung zu einem Nachteil für Unternehmenskunden wird und damit dem ursprünglichen Ziel der Standortförderung entgegenwirkt. Statt einer Förderung von

Unternehmen wäre vielmehr mit einer weiteren Schwächung ländlicher Regionen zu rechnen.

Die Fokussierung auf derartige regionale Angebote setzen zwingend auch einen regionalisierten Regulierungsansatz voraus. Ein solcher ist aus Sicht der IEN kritisch zu bewerten (vgl. Ausführungen zu Eckpunkt 13). Vor diesem Hintergrund können einzelne Projekte des regionalen Ausbaus stets eine sinnvolle Ergänzung des flächendeckenden Ausbaus einer Breitbandinfrastruktur sein - dies kann jedoch nicht zu einer Implementierung eines generellen Regulierungsausfalls unter bestimmten, noch erheblich zu konkretisierenden Bedingungen führen, da dies zwingend auch zur Einführung der geographischen Differenzierung bei der Regulierung führt.

Somit ist im Ergebnis vor einer Diskussion einer möglichen Veränderung der Beschlusspraxis der BNetzA sicherzustellen, dass

- der Begriff „Open Access“ in einer Weise definiert wird, die alle Nachfrager von Telekommunikationsdiensten umfasst – insbesondere auch Unternehmenskunden;
- nicht nur Lippenbekenntnisse abgegeben werden, sondern die betrachteten Unternehmen Vorleistungen anbieten, die den Vorgaben des TKG, insbesondere der §§ 23 und 27 ff TKG entsprechen;
- nicht nur Angebote für Verbraucher und Selbständige in die Betrachtung einbezogen werden.

## **2. *Bevorzugung freiwilliger und diskriminierungsfreier nachfragegerechter Zugangsprodukte zu angemessenen Entgelten.***

In Bezug auf freiwillige nachfragegerechte Zugangsprodukte sind die Erläuterungen der BNetzA noch zu vage, um eine Akzeptanz dieses Ansatzes zu erreichen.

Auch in diesem Zusammenhang verweist die IEN auf die klaren Vorgaben des Marktanalyseverfahrens. Soweit die BNetzA den freiwilligen Angeboten

Vorrang einzuräumen erwägt, so sind an die entsprechenden freiwilligen Angebote zum Ausgleich eines etwaigen Marktversagens die gleichen Prüfungsmaßstäbe anzusetzen, die auch im Übrigen bei der Marktuntersuchung anzuwenden sind.

Die Erfahrungen in der Vergangenheit, etwa mit dem freiwilligen Angebot des „Premium-Bitstream-Access“ (P-BSA) der DTAG haben gezeigt, dass freiwillige Angebote keinesfalls immer geeignet sind, das regulierte Zugangsprodukt zu ersetzen. Insoweit ist die BNetzA gehalten, als Minimalvorgabe an die freiwilligen Angebote einen sorgfältigen Prüfungsmaßstab anzusetzen und insbesondere das in den Erläuterungen angeführte Kriterium der „Nachfragegerechtigkeit“ eines solchen Angebots sorgfältig zu prüfen.

Bei der Prüfung der Nachfragegerechtigkeit sind aus Sicht der IEN zudem weitere Ausführungen notwendig, nach welchen Kriterien die Nachfragegerechtigkeit eines Angebotes festgestellt werden soll. Insbesondere muss die BNetzA bei ihren Erwägungen sicherstellen, dass nicht nur Breitbandinvestitionen für Endkunden sondern auch Breitbandinvestitionen für Unternehmenskundenbedürfnisse angemessen berücksichtigt werden.

Schließlich möchte die IEN den Ausführungen der BNetzA widersprechen, dass seit März 2009 ein Zugangsprodukt und ein Resaleprodukt über die VDSL-Zugangsinfrastruktur der DTAG existieren. Diese Ausführungen stehen im Widerspruch zu den Erfahrungen der IEN-Mitgliedsunternehmen, deren diesbezügliche Anfragen im Mai 2009 seitens der DTAG mit der fehlenden Verfügbarkeit derartiger Angebote beantwortet wurden.

Demzufolge ist

- das aktuell existierende Maß an Wettbewerb eher als Ansporn für die BNetzA zu verstehen, den eingeschlagenen Weg entschlossen weiterzugehen, als sich von den bisherigen guten Erfahrungen abzuwenden
- und wie bislang im Rahmen der Marktanalyseverfahren zu prüfen, ob ein Bedarf eines Einschreitens der BNetzA besteht oder der betrachtete Markt bereits wettbewerblich strukturiert ist.

**3. *Unterstützung von wettbewerbskonformem Infrastruktur-Sharing. Begrüßung nicht-diskriminierender Implementierung von Kooperationsmodellen zwischen Wettbewerbern sowie mit der DTAG, insbesondere soweit Open-Access-Netze entstehen.***

Die IEN erachtet das Modell des Infrastruktur-Sharings als ein zwar möglicherweise sinnvolles Mittel zur Erreichung eines möglichst flächendeckenden Breitbandausbaus, jedoch werden erhebliche Zweifel erhoben, inwieweit solche Modelle den kartellrechtlichen Anforderungen in der Praxis genügen können. In diesem Zusammenhang bleibt die BNetzA Ausführungen dazu schuldig, welche Instrumente sie einzusetzen gedenkt, um möglichen Duopolisierungen oder Remonopolisierungen infolge der Einräumung einer Sonderrolle zu begegnen. Notwendig ist in diesem Zusammenhang die Schaffung konkreter Rahmenbedingungen, um der Schaffung neuer Monopolsituationen, etwa infolge von wettbewerbsfeindlichen Preisstrategien, entgegenzuwirken. Dies gilt insbesondere für etwaige Kooperationen, die die DTAG mit einzelnen alternativen Netzbetreibern eingeht. In diesem Zusammenhang verweist die IEN auch auf die kritische Betrachtungen der aktuellen Empfehlung der EU Kommission zur Regulierung von NGA hinsichtlich der Annahme fehlender marktbeherrschender Stellungen (vgl. Ausführungen zu Eckpunkt 5).

Die Erwägungen der BNetzA, anhand Vereinbarungen zum Infrastrukturausbau zwischen den Marktbeteiligten die grundlegenden regulatorischen und wettbewerbsrechtlichen Fragen mit den entsprechenden Beteiligten zu klären und die daraus erzielten Ergebnisse für weitere Kooperationen verallgemeinernd zu Grunde zu legen, werden seitens der IEN zudem gerade unter dem zeitlichen Aspekt als kritisch betrachtet. In diesem Zusammenhang sei insbesondere auch auf die Feststellung der BNetzA verwiesen, dass es hinsichtlich der einzelnen konkreten Verpflichtungen mit Blick auf eine zeitnahe Implementierung wettbewerbskonformer Kooperationsmodelle der jeweiligen Entscheidung durch die Beschlusskammer bedürfe.

Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen und insbesondere der Frage der praktischen Ausgestaltung der kartellrechtskonformen Anforderungen an derartige Kooperationsmodelle, kann das Infrastruktur-Sharing und die Un-

terstützung entsprechender Kooperationsmodelle kein primäres Mittel zur Erreichung eines flächendeckenden Breitbandausbaus sein, da mit dieser Maßnahme aufgrund der zahlreichen Unwägbarkeiten kaum Rechts- und Planungssicherheit für die Marktbeteiligten erreicht werden dürfte.

Somit hat die BNetzA vor einer Bewertung von Infrastruktur-Sharing zunächst

- zu definieren, was unter „Open-Access-Netzen“ zu verstehen ist,
- die fraglichen Kooperationen entsprechend dem zweiten Teil des TKG zu analysieren,

bevor sie über die Zulässigkeit von Kooperationsmodellen entscheidet.

**4. *Zukünftig möglichst lange Zeiträume bei der Festlegung der Dauer von Regulierungsperioden, sofern dies im Einzelfall zu einer erhöhten Planungssicherheit beitragen kann und rechtlich zulässig ist.***

Hinsichtlich der Erweiterung von Regulierungsperioden stimmt die IEN mit der BNetzA überein, dass eine jeweilige Einzelfallbetrachtung zwingend erforderlich ist. Dies gilt gerade vor dem Hintergrund der Tatsache, dass es auch nach Erlass der Regulierungsverfügung für den jeweiligen Markt zu meist noch einige Zeit dauert, bis die auferlegten Verpflichtungen tatsächlich auf dem Markt ihre Wirkung entfalten. Häufig entstehen im Anschluss weitere Diskussionen über technische Details, wie beispielsweise Schnittstellen. Zudem nehmen auch die Entgeltkontrollverfahren eine erhebliche Zeitdauer in Anspruch. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Marktuntersuchung bereits nach zwei Jahren häufig verfrüht.

Andererseits zeigt jedoch gerade das Beispiel des Marktes 5 (ehemals Markt 12), dass die dort ergangene Marktanalyse und insbesondere die Regulierungsverfügung für den Markt für ATM-Bitstrom infolge der zeitlichen Dauer und dem damit einhergehenden technologischen Wandel eine Umstellung auf ethernetbasierten Qualitäts-Bitstrom/Layer 2-Bitstrom durch

eine neue Marktanalyse und Regulierungsverfügung dringend und schnellstmöglich erforderlich ist.

Auch hinsichtlich der ordnungsrechtlichen Einschätzung teilt die IEN die Befürchtung der BNetzA, dass die Unsicherheit der rechtlichen Zulässigkeit eines verlängerten Zeitraums auch zu Unsicherheiten auf dem Markt führen kann. Insbesondere spricht derzeit aus Sicht der IEN neben den von der BNetzA bereits angeführten Erwägungen auch, dass die Kommission die BNetzA bereits mehrfach dafür kritisiert hat, dass diese die Marktuntersuchung und die Regulierungsverfügung grundsätzlich getrennt notifiziert. Die Marktanalyse und die Regulierungsverfügung sind eng miteinander verzahnt. Dafür spricht insbesondere der § 13 Abs. 3 TKG, nach welchem die Regulierungsverfügung als einheitlicher Verwaltungsakt zusammen mit den Ergebnissen der Marktanalyse ergehen.

Bezüglich der Erteilung von Entgeltgenehmigungen vertritt die IEN ebenfalls die Auffassung, dass eine Verlängerung der Genehmigungszeiträume zu keiner weitergehenden Planungssicherheit führt. Die für die Entgeltentscheidung maßgeblichen Kostenunterlagen sind entsprechend des § 33 Abs. 1 Nr. 3 TKG für zwei auf das Antragsjahr folgenden Jahre vorzulegen. Gerade in dem für den Markt so sensiblen Thema der Entgelte ist es jedoch aus Sicht der IEN unerlässlich, dass die jeweiligen Entgeltgenehmigungen stets auf aktuellen Kostenunterlagen beruhen. Zudem weist die IEN darauf hin, dass auch die Entscheidung über eine ex-ante oder ex-post Entgeltgenehmigung im Rahmen der Regulierungsverfügung getroffen wird und mithin auch eine indirekte Verzahnung zu der dort anzunehmenden zweijährigen Frist gegeben ist. Vor diesem Hintergrund bewertet die IEN auch die Erwägungen der Bundesregierung, die Frist des § 14 Abs. 2 auf drei Jahre zu erhöhen, als kritisch.

Schließlich möchte die IEN gerade vor dem bereits genannten Beispiel des Layer 2-Bitstrommarktes die Bedenken der BNetzA hinsichtlich der Gefahr der fehlenden Flexibilität bei längeren Geltungszeiten unterstützen. Gerade auf den vom ständigen Technologiewandel geprägten Telekommunikationsmärkten ist die Gewährleistung von flexibler Regulierung für den funktionierenden Wettbewerb unerlässlich. Daher sollte zunächst sichergestellt sein, dass überarbeitete Marktanalysen, Regulierungsverfügungen und Standardangebote rechtzeitig nach Ablauf der in §§ 14 Abs. 2 und § 23 Abs. 4 TKG genannten Fristen zur Verfügung stehen um zunächst das be-

reits heute vom Gesetz vorgeschriebene Niveau an Planungssicherheit zu erreichen.

Demzufolge muss

- einerseits die BNetzA die lange geforderte parallele (oder zusammenhängende) Durchführung von Marktanalyse und Regulierungsverfügung umsetzen und
- die gesetzlichen Fristen der vom TKG vorgeschriebenen Verfahren (Marktanalyse, Standardangebot etc.) einhalten.
- Andererseits muss der Gesetzgeber zunächst einen Rahmen schaffen, der die geforderte Planungssicherheit ermöglicht und
- die BNetzA mit den notwendigen Mitteln ausstatten, die heutigen und Zukünftigen gesetzlichen Vorgaben fristgerecht umzusetzen zu können.

**5. *Mögliche Planungs- und Rechtssicherheit durch Vorabfeststellungen oder Verwaltungsvorschriften zu Teilfragen der Marktregulierung vor beabsichtigten Investitionen im Fall der Vereinbarkeit mit nationalen und europarechtlichen Verfahrensvorschriften.***

Die IEN steht auf dem Standpunkt, dass Planungssicherheit für die Unternehmen das Kernkriterium für Investitionen und die Unternehmensentwicklung ist. Vor diesem Hintergrund ist die Erwägung der BNetzA zu begrüßen. Die IEN hegt jedoch Zweifel, ob ein solcher Ansatz tatsächlich geeignet sein könnte, das erhoffte Vertrauen zu schaffen.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass etwa Vorabfeststellungen in Form von Verwaltungsakten von den betreffenden Marktbeteiligten bereits während des Marktanalyseverfahrens angegriffen werden könnten. Soweit dann im Rahmen des Marktanalyseverfahrens die jeweilige gerichtliche Entscheidung abgewartet wird, könnte dies somit möglicherweise auch zu einer weiteren Verzögerung des Marktanalyseverfahrens an sich

führen. In diesem Fall wäre gerade das Gegenteil erreicht: die Marktteilnehmer müssten mit erheblicher Verzögerung auf eine verbindliche Entscheidung warten und ihre Planungsstrategien insoweit zurückstellen.

Zudem bezweifelt die IEN, dass ein solches Vorgehen mit den gemeinschaftsrechtlichen und nationalen gesetzlichen Grundlagen vereinbar ist.

Vor diesem Hintergrund ist insbesondere auch die aktuell zur Konsultation gestellte Empfehlung zur Regulierung von NGA der EU-Kommission vom 12.06.2009 kritisch zu bewerten. Das Verfahren aus Marktdefinition, Marktanalyse, Regulierungsverfügung und Einzelentscheidung wird durch die Art. 14 ff Rahmenrichtlinie (RLL) vorgegeben und durch §§ 9 ff TKG auf nationaler Ebene umgesetzt. Die derzeit seitens der Kommission erwogene Regulierungsstrategie zu NGA ist geeignet, die gegenwärtigen rechtlichen Rahmenbedingungen aufzuweichen und somit der Verwirklichung eines effektiven Wettbewerbs entgegenzustehen.

Gemäß Annex III dieser Empfehlung sollen wesentliche Grundsätze der sektorspezifischen Regulierung angesichts der Förderung von NGAs eingeschränkt werden. Die erwogenen Vorabfestsetzungen erfolgen in zweifacher Hinsicht. Unter bestimmten Umständen sollen zum einen Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung nur beschränkt einer Entgeltregulierung unterliegen; zum anderen wird unabhängig vom Ergebnis einer Marktanalyse das Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung angenommen.

Hinsichtlich der einschränkenden Regulierung von Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung heißt es schon in Punkt 34 der Empfehlung, dass Maßnahmen der Kostenorientierung gegenüber Unternehmen mit einer marktdominierenden Stellung dort nicht ergehen sollen, wo deren Angebot auf mehrfaserigen FTTH-Netzen beruht und soweit mindestens einem Mitbewerber im nachgelagerten Markt ein gleichwertiger Zugang zu diesen Netzen verschafft wurde. Die Kostenorientierung an der effizienten Leistungsbereitstellung soll gemäß Punkt 38. auch dann nicht erfolgen, wenn ein Unternehmen mit marktdominierender Position ein FTTH-Netz zusammen mit einem Mitbewerber im nachgelagerten Markt einsetzt. Annex III, Nr. 1 beinhaltet weitere Erläuterungen, wann eine Regulierung dieser Art eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht nicht erfolgen soll.

Diese Erwägungen stehen im Widerspruch zu den bestehenden Vorgaben der Art. 14 und 16 RLL. Das Marktanalyseverfahren stellt den Kernpunkt des sektorspezifischen Regulierungsrechts dar, indem es die Frage der Ergreifung von Regulierungsmaßnahmen davon abhängig macht, ob ein oder mehrerer Unternehmen im Markt eine beherrschende Stellung einnehmen. Dies soll gleichzeitig ein Indikator dafür sein, dass kein funktionierender Wettbewerb stattfindet. Gemäß Annex III, Nr. 1 der Empfehlung sollen Regulierungsmaßnahmen aber trotz des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung als ungerechtfertigt erscheinen.

Zudem weicht die Empfehlung auch Art. 13 ZRL auf, der als zentraler Maßstab der Kostenregulierung Entgelte grundsätzlich nur dann für genehmigungsfähig erklärt, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Da nach Annex III, Nr. 1 eine Orientierung der Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für bestimmte Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung nicht gelten soll, wird das gesamte Entgeltgenehmigungsverfahren für diese Unternehmen in Frage gestellt.

Eine weitere kritische Abweichung vom Marktanalyseverfahren kommt im zweiten Teil des Annex III zum Ausdruck. Gemäß Annex III, Nr. 2 soll unabhängig davon, ob nach dem Ergebnis des Marktanalyseverfahrens eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, diese ignoriert werden, wenn - zusammengefasst - mehrere Betreiber ein mehrfaseriges FTTH-Netzwerk betreiben und diese Betreiber untereinander etwa gleichen Wettbewerbsbedingungen ausgesetzt sind. Diese Erwägung widerspricht ebenfalls den bisherigen Grundsätzen. In Annex II der RLL werden Kriterien genannt, die darlegen, wann mehrere Unternehmen gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Dementsprechend gibt es eine Vielfalt von fundierten kartellrechtlichen Faktoren, die eine marktbeherrschende Stellung mehrerer Unternehmen begründen können. Vor diesem Hintergrund kann seitens des IEN nicht nachvollzogen werden, weshalb angesichts der kurzen Aufzählung in Annex III, Nr. 2 der aktuellen Empfehlung nunmehr davon abgewichen werden soll und unter Umständen keine beträchtliche Marktmacht gegeben sein soll, sondern das Vorliegen freien Wettbewerbs fingiert wird, der eine sektorspezifische Regulierung entbehrlich machen würde.

Annex III, Nr. 2 bewirkt darüber hinaus eine weitere eingeschränkte Anwendung des Art. 7 RLL, der von der BNetzA als wichtiger Maßstab zur Bemessung der Vereinbarkeit einer Maßnahme mit EU-rechtlichen Vorgaben benannt wird. Art. 7 RLL sieht vor, dass die Kommission und die Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten unter anderem zu konsultieren sind, wenn unter bestimmten Umständen eine Festlegung erfolgt, ob ein Unternehmen allein oder zusammen mit anderen eine gewisse Marktmacht hat. Somit werden die Kommission und die anderen Regulierer an den Ergebnissen der Marktanalyse und Marktdefinition beteiligt. Diese Beteiligung wird jedoch umgangen, wenn die Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt nach den in Annex III, Nr. 2 der Empfehlung benannten Kriterien erfolgt und nicht anhand einer Marktanalyse.

Eine derart zentrale Abweichung von den bisherigen, erfolgreichen Bewertungsmaßstäben ist aus Sicht der IEN generell als kritisch zu betrachten. Die bestehenden Bewertungsmaßstäbe wurden vor dem Hintergrund der zutreffenden Annahme festgelegt, dass jegliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung eine schädliche Wirkung auf die Entwicklung des freien Wettbewerbs haben kann, die möglicherweise auch nicht nur nationale Auswirkungen entfaltet. Dieser Grundsatz hat aus Sicht der IEN seine Gültigkeit nicht verloren und muss auch im Hinblick auf künftige Investitionen berücksichtigt werden. Nicht die Schaffung neuer Monopole ist geeignet, Investitionen voranzutreiben, sondern die Gewährleistung von funktionierendem Wettbewerb.

Somit ist die Überprüfung der Möglichkeit von Vorabfeststellungen grundsätzlich zu begrüßen, jedoch ist

- zu prüfen ob, soweit solche rechtlich überhaupt zulässig sein sollten, nicht die Wirklichkeit der Regulierungsverfahren dem angestrebten Ziel entgegenwirkt
- und dabei insbesondere auch die Erwägungen der EU Kommission kritisch zu bewerten.

**6. Förderung flächendeckender Breitbandversorgung durch angemessene Zugangsregulierung**

In ihren Erläuterungen zu diesem Eckpunkt führt die BNetzA aus, dass nach ihrer Auffassung ein Zusammenhang zwischen Wettbewerb und der Breitbandpenetrationsrate besteht.

Diesbezüglich ist zunächst festzustellen, dass ein Zusammenhang nicht direkt zwischen dem Wettbewerb und der Breitbandpenetrationsrate besteht, sondern hauptsächlich die Maßnahmen der BNetzA der vergangenen Jahre erst den Wettbewerb und somit die Breitbandpenetration ermöglicht haben. Insbesondere das Engagement für einen bundesweiten Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten ist hier zu unterstreichen.

Die angemessene Zugangsregulierung stellt aus Sicht der IEN die wesentliche Basis für den in den vergangenen Jahren hergestellten Wettbewerb auf sämtlichen Telekommunikationsmärkten dar. Vor diesem Hintergrund begrüßt die IEN die Feststellung der BNetzA, dass eine angemessene Zugangsregulierung notwendig ist, um den Wettbewerb auch auf dem Breitbandmarkt weiter zu fördern.

Die IEN möchte in diesem Zusammenhang jedoch darauf hinweisen, dass gerade auch der Dienstewettbewerb auf breitbandigen Netzen nicht in den Hintergrund gedrängt werden darf. Erst ein funktionsfähiger bundesweiter Dienstewettbewerb schafft eine Nachfrage, die Investitionen in Infrastruktur erst wirtschaftlich sinnvoll machen. Nur eine organische Nachfrage nach Vorleistungsprodukten stellt den notwendigen Anreiz dar, (außenstehende) Unternehmen dazu zu veranlassen, in weitere Infrastrukturen zu investieren und hiermit den erhofften kommerziellen Erfolg dieses Investments zu erzielen.

Bislang fehlt es jedoch an einer hinreichend großen Nachfrage. Demzufolge muss die BNetzA z.B. durch die Verpflichtung zu Vorleistungsangeboten wie Bitstream und Telefonanschlüssen zu Vorleistungsbedingungen sicherstellen, dass sich die Nachfrager hinsichtlich ihrer möglichen Investitionen entwickeln können. Dies gilt nicht nur hinsichtlich solcher Vorleistungen die im Rahmen von Telekommunikationsdiensten für Verbraucher und Selbständige Verwendung finden, sondern insbesondere für solche Vorleistungsangebote, die im Rahmen von Telekommunikationsdiensten für Un-

ternehmenskunden Verwendung finden (z.B. QoS-Bitstream, Mietleitungen, Telefonanschlüsse zu Vorleistungsbedingungen).

Zudem ist die IEN der Auffassung, dass die aktuelle Breitbanddebatte eine Vielzahl von Vorschlägen enthält, die in ihrer jetzigen Form und Kombination einen Politikcocktail darstellen, von dem absehbar ist, dass damit ineffiziente Parallelinvestitionen getätigt werden, Regulierungskonzepte ihre Allgemeingültigkeit verlieren und bestimmte Anbieter Nutznießer einer intransparenten Mehrfachförderung werden. Im Konzert der Maßnahmen der Breitbandförderungen werden Subventionen für bestimmte Infrastrukturmaßnahmen genannt, werden die Kommunen im Zusammenspiel mit lokalen Bürgerinitiativen auch finanziell tätig, und von Seiten der DTAG zusätzlich noch Forderungen nach Regulierungsferien und nach einer risiko(erhöhten) angemessenen Kapitalverzinsung ins Spiel gebracht.

Wesentlich ist, dass die einzelnen Regulierungselemente in ihrem Gesamtkontext sinnvoll nebeneinander eingesetzt werden müssen um die aktuellen Ziele einer effizienten Breitbandinfrastruktur mit darauf basierendem funktionierendem Wettbewerb erreichen zu können.

Vor diesem Hintergrund vertritt die IEN die Auffassung, dass insbesondere Subventionen transparent und eindeutig wahrnehmbar sein müssen. Soweit eine Förderung auf kommunaler Ebene (Sei es durch direkte Beteiligung an den Kosten des Ausbaus oder in Form der Garantie einer bestimmten Anzahl von Abnehmern) erfolgt, ist es essentiell, dass diese entsprechend von der BNetzA registriert und geprüft werden und langfristig nicht im Rahmen der Preisgenehmigung der nutznießenden Unternehmen angesetzt werden dürfen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass sich das Unternehmen, welches eine Kostenübernahme oder Abnahmegarantie durch die Kommunen zur Voraussetzung eines Ausbaus macht, diesen Ausbau dann gegenüber der BNetzA als freiwillige Investition geltend macht und hierfür Vergünstigungen fordert.

Zudem erachtet die IEN, wie auch im Rahmen der Debatte um § 9a TKG bereits vielfach ausgeführt, Ansätze etwaiger Regulierungsferien als grundsätzlich verfehlt, um einen funktionsfähigen Wettbewerb auf den neuen Breitbandinfrastrukturen erreichen zu können. Auch Ansätze einer geänderten Entgeltregulierung sind in diesem Zusammenhang kritisch zu erwägen und müssen den funktionierenden Vorleistungswettbewerb berücksich-

tigen. Fehl gehen dabei nach Auffassung der IEN die Überlegungen zur Anpassung einer am möglicherweise erhöhten Risiko angemessenen Kapitalverzinsung. Eine solche Überlegung impliziert, dass bislang gewährte Kapitalverzinsungen nicht angemessen waren. Die Frage eines etwaigen weitergehenden (zweifelhaften) Risikos ist in diesem Zusammenhang nicht relevant, da eine solche Betrachtung von der Bewertung der Angemessenheit umfasst ist.

Somit ist festzuhalten, dass

- die BNetzA immer Wechselwirkungen verschiedener Maßnahmen vor deren Erlass berücksichtigen muss, um ungewollte Interferenzen zu vermeiden;
- im Rahmen von Maßnahmen zur Infrastrukturförderung prüfen muss, ob einem Unternehmen nicht bereits andere Fördermittel zugute gekommen sind, um somit eine Mehrfachförderung – die eine Wettbewerbsverzerrung darstellen kann – zu vermeiden und
- vor der Forderung geprüft wird, ob der geplante Netzausbau auch allen potentiellen Nachfragern (insbesondere den Unternehmenskunden) zugute kommen kann.

**7. *Unterstützung des weiteren NGA-Netz-Ausbaus mit geeigneten Zugangsprodukten auf der Vorleistungsebene. Zur Stimulierung des erstmaligen Ausbaus daher Unterstützung nachhaltiger und wirtschaftlich tragfähiger Geschäftsmodelle.***

Auch dieser Ansatz der BNetzA ist aus Sicht der IEN im Grundsatz zu begrüßen. Die IEN hat sich bereits im Rahmen der Diskussion um die Implementierung des § 9a in das TKG dafür ausgesprochen, dass die Gewährleistung von Zugang zu den neuen Breitbandnetzen ein sinnvoller Weg zur Reduzierung des Investitionsrisikos darstellen kann. Nur so kann langfristig eine Nachfrage nach Vorleistungsprodukten geschaffen werden, die einen Anreiz für eine Investition in neue Infrastrukturen schaffen kann.

Maßgeblich für die Gewährleistung geeigneter Zugangsprodukte auf der Vorleistungsebene ist die Sicherstellung eines vollwertigen Entbündelungskonzepts, welches es den nachfragenden Unternehmen ermöglicht, entsprechend ihrer eigenen Geschäftsstrategien Zugang zum Netz zu erhalten. Ohne die Anordnung geeigneter Zugangsprodukte sieht die IEN ebenso wie die BNetzA die Gefahr einer Remonopolisierung auf weiten Teilen der Anschlussmärkte.

Die IEN stimmt mit der BNetzA überein, dass langfristige und klare Regulierungsvorgaben notwendig sind, um den Investoren Planungssicherheit zu geben. Es wird jedoch nachdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Sicherheit auch diejenigen Anbieter berücksichtigen muss, welche infolge ihres Geschäftsmodells zunächst darauf angewiesen sind, einen fairen Zugang zu den Netzen der aktuell investierenden Anbieter zu bekommen, um dann im Fall des Erreichens einer bestimmten Kundenzahl ebenfalls selbst wieder zu investieren.

Im Rahmen der Vorleistungsprodukte muss die BNetzA jedoch die Nachfrage der Unternehmenskunden nach Telekommunikationsdiensten in gleichem Maße berücksichtigen, wie sie es in der Vergangenheit erfolgreich hinsichtlich der Nachfrage von Privatkunden und Selbständigen (Ärzte, Anwälte etc.) der Fall war. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Nachfrage von Unternehmenskunden regelmäßig auf eine bundesweite Verfügbarkeit von Diensten gerichtet ist und sich auch nicht durch Rabattaktionen, wie es im Bereich der Privatkundenprodukte zu beobachten ist, steuern lässt. Ein solches Unternehmen, wird sich erfahrungsgemäß gegen die Investition in einen Standort entscheiden, an dem nachfragegerechte Dienste nicht zur Verfügung stehen.

Daher gelten auch bei Vorleistungsprodukten für Unternehmenskunden andere Mechanismen als bei solchen Angeboten für Privatkunden. Anders als bei Geschäftsmodellen, die mit Massenmarktprodukten auf Privatkunden abzielen und somit möglicherweise schneller eine kritische Masse an Kunden gewinnen können, beobachten die IEN-Unternehmen bei ihren Kunden regelmäßig eine bundesweit einheitliche Nachfrage. Dies macht es hinsichtlich der nachgefragten Dienste für Unternehmenskunden auch unmöglich, eine umfassende eigene Infrastruktur aufzubauen, da ein sukzessives Wachsen mit der Nachfrage – im Gegensatz zu den Angeboten für Privatkunden und Selbständige – nicht möglich ist.

Demzufolge ist der Ansatz der BNetzA zu begrüßen, jedoch ist darauf zu achten, dass

- die Interessen der Unternehmenskunden, nicht vernachlässigt werden und sich dies zu einem Standortnachteil entwickelt. Auch nachfragegerechte Telekommunikationsdienste stellen für diese Unternehmen einen Kostenfaktor dar, der für den Bestand eines Standorts entscheidend sein kann.

**8. *Berücksichtigung des HVt-Abbaus. Vorleistungsprodukte müssen so beschaffen sein, dass das durch den TAL-Zugang erreichte Wettbewerbsniveau nicht in Frage gestellt wird.***

Die IEN stimmt den Ausführungen der BNetzA hinsichtlich der Entwicklung der Teilnehmeranschlussleitung (TAL) zu. Es ist abzusehen, dass die TAL, wie sie heute auf Vorleistungsebene angeboten wird, in Zukunft nur noch eingeschränkt zur Verfügung stehen wird. Vor diesem Hintergrund ist es unerlässlich, mit einem Bitstromzugang ein weiteres Vorleistungsprodukt zu etablieren, welches einerseits eine Alternative zum heutigen, durch die BNetzA angeordneten TAL-Angebot der DTAG darstellt. Andererseits gewährt der Bitstromzugang heutigen Nachfragern der TAL die Sicherheit, dass auch bei einer erheblichen Veränderung der Netzstruktur immer ein Zugang zum Endnutzer zur Verfügung steht.

Allerdings sieht die IEN die Absicht der BNetzA, „dass das durch den TAL-Zugang erreichte Wettbewerbsniveau nicht in Frage gestellt werden soll“, kritisch. Obgleich die IEN der Auffassung ist, dass es auch weiterhin Vorleistungsprodukte wie die TAL geben sollte, so kann dies nicht eine Zementierung aktueller Angebote bedeuten. Wesentliches und zentrales Ziel einer angemessenen Regulierung sollte die Erhaltung der Wettbewerbsintensität sein, nicht aber die Erhaltung von einzelnen ausgewählten Geschäftsmodellen, wie solcher die auf der TAL basieren.

Andernfalls wäre ein solcher Ansatz geeignet, die Geschäftsmodelle anderer alternativer Netzbetreiber, deren Strategien nicht auf dem TAL-Modell aufsetzen und die ebenfalls Investitionen getätigt haben, nachhaltig zu beeinflussen. Es gilt hier vielmehr einen technologieneutralen Ansatz zu fin-

den, welcher zwar einerseits geeignet ist, eine Berücksichtigung bisher getätigter Investitionen zuzulassen, andererseits jedoch auch die technische Weiterentwicklung zu beachten. Primäres Ziel muss es daher sein, das mittlerweile durch das engagierte Eingreifen der BNetzA erreichte Wettbewerbsniveau zu erhalten und nicht die konkreten Wettbewerbsverhältnisse der Anbieter zueinander.

Vor diesem Hintergrund sind auch die von der BNetzA zitierten Erwägungen der OfCom heranzuziehen, welche ausdrücklich festgestellt hat, dass es nicht die Aufgabe der OfCom sei, die Anbieter vor den Auswirkungen des technologischen Wandels zu schützen (Vgl. Ziff. 2.2.2, S. 12 des Eckpunktepapiers).

Die BNetzA gibt ferner an, die Vorleistungsentgelte für den Bitstromzugang weiterhin nach den Maßgaben des Konsistenzgebotes unter Berücksichtigung der Endkundenpreise sowie auch der alternativen Vorleistungsprodukte zur Schaffung einer Balance zwischen Infrastruktur- und Dienstewettbewerb einerseits sowie Investitionsanreizen andererseits, festlegen zu wollen. Obgleich die IEN selbstverständlich anerkennt, dass Entgelte grundsätzlich an den Maßstäben der Konsistenz zu messen sind, so weist die IEN doch nachdrücklich darauf hin, dass die Endkundenpreise gerade aufgrund der Breite der anzubietenden Produkte nicht pauschal bestimmbar sind und daher nur bedingt zur Preisbestimmung herangezogen werden können.

Somit muss die BNetzA

- den Bitstromzugang – sowohl in der Ausprägung als Vorleistungsprodukt für den Massenmarkt, als auch als Vorleistungsprodukt für das Angebot von Unternehmensprodukten – weiterentwickeln;
- sicherstellen, dass die Angebote nachfragegerecht auf verschiedenen Zusammenschaltungsebenen angeboten werden um auch innerhalb der einzelnen Produkte eine Weiterentwicklung der Unternehmen zuzulassen;
- sicherstellen, dass die Angebote zu Preisen angeboten werden, die keine Marktzutrittschürden darstellen.

**9. Das Ziel der Förderung effizienter Investitionen sowie der Unterstützung von Innovationen wird bei der Abwägungsentscheidung zwischen Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung berücksichtigt. Wesentlich ist hohes Maß an Preissetzungsflexibilität.**

Seite 21 | 29  
02.07.2009

Soweit die BNetzA erwägt, hinsichtlich der Weiterentwicklung moderner Breitbandnetze systematisch einen milderen Entgeltregulierungsmaßstab zur Anwendung zu bringen, so steht die IEN diesem Ansatz ablehnend gegenüber.

Zwar ist der BNetzA dahingehend zuzustimmen, dass die strikte sektorspezifische ex-ante-Regulierung im Hinblick auf ein historisch gewachsenes Monopol konzipiert war. Jedoch ist auch im Hinblick auf die bereits getätigten und künftigen Infrastrukturinvestitionen zu berücksichtigen, dass diese zum größten Teil von der DTAG als größtes aber auch marktbeherrschendes Unternehmen durchgeführt wurden und werden. Dies kann jedoch nicht unreflektiert der DTAG allein zugute kommen. Denn einerseits stellen sich die so genannten Investitionen zumeist als normales branchenübliches Vorgehen am Ende der „Lebenszeit“ eines Gerätes dar (z.B. Ersetzung des ADSL DSLAM, der Ende der 90er Jahre angeschafft wurde, gegen ein neues Modell mit heute standardmäßigen ADSL2+/VDSL2-Fähigkeiten aus Erwägungen der Systemstabilität). Andererseits sind Weiterentwicklungen des Netzes nur dann möglich, wenn bereits die Grundlage, die Netzinfrastruktur, existiert. Diese wurde größtenteils zu Monopolzeiten mit Steuermitteln errichtet.

Ungeachtet der Frage der angemessenen Risikoverteilung für Investitionen gilt jedoch zumindest, dass bei fehlender effektiver Entgeltregulierung auch auf den neuen Breitbandnetzen die Gefahr einer Remonopolisierung drohen kann.

Aus Sicht der IEN geht jedenfalls das Argument fehl, dass eine ex-post-Regulierung zu einer schnelleren Amortisation der getätigten Investitionen infolge größerer Freiheitsgrade führen würde. Nach dieser Logik müssten dann überhöhte, missbräuchliche Entgelte im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB noch besser geeignet sein, den Infrastrukturausbau zu fördern. Diese Argumentation entwertet die Leistungen der BNetzA in den vergangenen Jahren und würde zwingend wieder in die Remonopolisierung führen.

Vielmehr ist, wie die BNetzA selbst ausführt, der im Rahmen der ex-ante Entgeltkontrolle anzusetzende KeL-Maßstab hinreichend flexibel, um alle relevanten Risiken abzubilden. Bereits heute werden marktbeherrschenden Unternehmen so hohe Kapitalverzinsungsraten gewährt, die nur schwer mit der aktuellen Marktsituation in Einklang zu bringen sind. Die Entscheidung hinsichtlich der Anwendung eines ex-ante oder ex-post Maßstabs muss aus Sicht der IEN immer der sorgfältigen Prüfung im Einzelfall am Maßstab des § 30 TKG überlassen bleiben und ist nicht verallgemeinerungsfähig.

Die IEN ist davon überzeugt, dass das Ziel der Erreichung einer effizienten Breitbandinfrastruktur und Innovationen nur mit Hilfe der KeL auf Basis langfristiger Zusatzkosten richtig aufgelöst werden kann. Die Erfahrung zeigt, dass dieses Konzept das am besten geeignete Mittel zur Feinsteuerung der Markteffekte ist. Ein absichtlich oder unabsichtlich überhöhtes Entgelt gewährt – insbesondere in Verbindung mit einer Ausdehnung der Regulierungsperioden – die Möglichkeit rechtswidriger Quersubventionen und birgt somit eher die Gefahr einer Wettbewerbsschädigung als einer Förderung des Wettbewerbs.

Somit sollte die BNetzA

- weiterhin im Einzelfall zunächst die Anwendung eines Maßstabes gemessen an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf Basis langfristiger Zusatzkosten prüfen
- und nicht überhöhte Entgelte als Anreiz für Investitionen in Infrastruktur gewähren, somit wettbewerbswidriges Verhalten legitimieren und eine Remonopolisierung zu fördern.

**10. Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen durch neue Tarifstrukturen. Vereinbarkeit mit dem Konzept der KeL auf Basis der langfristigen Zusatzkosten.**

Etwaige neue Tarifstrukturen sollen das Ziel haben, das Risiko des investierenden Unternehmens durch eine anteilige Übernahme des Risikos durch die Zugangsbegehrenden zu senken. Dabei sind sowohl laufzeitabhängige Entgelte, als auch Vorabzahlungen oder mengenabhängige Entgelte in der Diskussion. Wie die BNetzA selbst richtigerweise ausführt, dür-

fen solche Entgelte jedoch nicht dazu führen, dass Wettbewerbsbeeinträchtigungen infolge von Diskriminierungen oder Preis-Kosten-Scheren entstehen. Die genannten Konzepte stellen letztlich einen Mindestumsatz für das regulierte Unternehmen sicher. Mindestumsätze sind aber nicht geeignet, die einer Investition inhärenten Risiken auf den gesamten Markt zu verteilen oder zu sozialisieren sondern verschieben vielmehr die Risiken von der einen Ebene auf die nächste Ebene. Dabei gehen die Unternehmen, die den Zugang bedürfen hier das Problem der nachfrageunabhängigen Zahlungsverpflichtung ein und haben darüber hinaus auch ein Informationsproblem. Eine Abschätzung der Nachfrage für eine Teilmenge der Gesamtnachfrage ist stets schwieriger als die Abschätzung von effizienten Investitionen für eine sämtliche Nachfragen vereinbarende Einheit.

Zudem ist fraglich, ob die sogenannten „Risk-Sharing-Modelle“ auch rechtlich zulässig sind. Dies dürfte davon abhängen, ob bei der jeweiligen Entgeltgenehmigungsentscheidung von der BNetzA ein ex-ante- oder ex-post-Ansatz zugrundegelegt wurde. Zudem ist zu berücksichtigen, dass diese Entscheidung im Rahmen einer neuen Regulierungsverfügung auch erneut überprüft wird und Risk-Sharing-Modelle in diesem Zusammenhang anzupassen sind.

Auch in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Ziel der Erreichung einer effizienten Breitbandinfrastruktur und Innovationen nur mit Hilfe der KeL auf Basis langfristiger Zusatzkosten erreicht werden kann. Die Erfahrung zeigt, dass dieses Konzept das am besten geeignete Mittel zur Feinsteuerung der Markteffekte ist.

Die IEN erachtet grundsätzlich die Ansetzung von Risk-Sharing-Entgelten im Rahmen einer ex-ante Entgeltregulierung als rechtlich bedenklich. Die Implementierung von Risk-Sharing-Entgelten im Rahmen einer ex-post Entgeltregulierung setzt voraus, dass die BNetzA bereits im Stadium der Genehmigung auf Vergleichsmarktbetrachtungen zurückgreifen kann oder konkrete Kostenunterlagen vom investierenden Unternehmen erhalten hat. Letzteres erscheint derzeit zweifelhaft, so dass der BNetzA lediglich eine Vorabfeststellung über die Missbräuchlichkeit der jeweiligen Preisdifferenzierungskriterien verbleibt.

Hinsichtlich der Preisdifferenzierungskriterien ist aus Sicht der IEN zwingend sicherzustellen, dass eine geeignete Risikoverteilung erreicht wird.

Grundsätzlich spricht sich die IEN gegen die Implementierung von Vorauszahlungen aus, da diese einen zu starken pauschalisierenden Charakter aufweist. Zudem haben die Erfahrungen aus der Vergangenheit gezeigt, dass häufig Verletzungen der vertraglichen Pflichten beispielsweise durch Bereitstellungsverzögerungen, Schlechtleistungen, kurzfristiger technische Wartungen eintreten. Vor diesem Hintergrund wird ungeachtet der Frage der Risikoaufteilung das nachfragende Unternehmen benachteiligt, da es gezwungen ist die durch Vorauszahlung für eine 100%-Vertragserfüllung entrichteten Entgelte bei etwaiger Schlechtleistungen in mühsamen Rückerstattungsverfahren wieder zurückzufordern und trägt somit letztendlich das Insolvenzrisiko des Lieferanten.

Demzufolge ist der Einführung weiterer, neuer Tarifstrukturen nicht zu widersprechen

- sofern nicht den Vorgaben des TKG und des Europäischen Rechtsrahmens zuwider gehandelt wird.

#### **11. Prüfung der Anpassung der bisherigen Methode im Hinblick auf eine risikoadäquate Eigenkapitalverzinsung beim Breitbandausbau.**

Soweit eine Entgeltregulierung von Zugangsleistungen vorgenommen werden soll, ist eine angemessene Eigenkapitalverzinsung, die den Risiken des Breitbandausbaus Rechnung trägt, vorgesehen. Die BNetzA wird dabei die Bilanzmethode anwenden. Dabei fließen in die Berechnung des gewichteten Kapitalkostensatzes die Eigen- und Fremdkapitalquote (verzinslich), die Eigenkapitalrisikoprämie, der unternehmensspezifische Fremdkapitalrisikozuschlag, die Inflationsrate sowie die Unternehmenssteuern ein. Mit diesen Parametern wird das klassische Risiko des investierenden Unternehmens widergespiegelt.

Aus Sicht der IEN ist es fraglich, inwieweit durch die Gewährleistung anderer derzeit erwogener risikoabsichernder Maßnahmen tatsächlich weitergehende Investitionsrisiken verbleiben und in welcher Höhe diese Risiken noch zum Ansatz gebracht werden können. Darüber hinaus ist sogar festzustellen, dass die regionale Förderung des Aufbaus von Breitbandinfrastrukturen kommunaler Ebene (sei es durch direkte Beteiligung an den Kos-

ten des Ausbaus oder in Form der Garantie einer bestimmten Anzahl von Abnehmern) bislang unberücksichtigt blieb.

Vielmehr ist die IEN der Auffassung, dass eine Anpassung der Ermittlung der Kapitalkosten nicht notwendig ist. Bereits das bestehende Konzept sieht eine finanzmarktfundierte Ermittlung der Kapitalkosten aufgrund der Risikoeinschätzung der DTAG vor, so dass dieser Aspekt bereits derzeit hinreichend berücksichtigt wird. Zudem setzt das derzeitige System zusätzlich Sicherheitszuschläge an, die vor dem Hintergrund der aktuellen Veränderungen auf den Finanzmärkten und der starken Absenkung der Leitzinsen als überhöht anzusetzen sein.

Demzufolge muss die BNetzA

- konsequent den eingeschlagenen Weg weitergehen
- und gegebenenfalls prüfen inwieweit kommunale Zuschüsse bei der Ermittlung der Kosten in Abzug gebracht werden.

## **12. Prüfung der Rechtfertigung höherer Entgelte für Terminierung in FTTB-Netzen unter Kostengesichtspunkten.**

Die IEN spricht sich grundsätzlich gegen eine Erhöhung der Terminierungsentgelte in FTTB-Netzen aus. Dies begründet sich bereits damit, dass sich insbesondere bei der DTAG infolge erheblicher Synergien aus der Konsolidierung der bislang existierenden Netze zu einer (gegebenenfalls teilweise FTTB-basierten) NGN/NGA Infrastruktur Kosten in erheblichem Umfang reduzieren. Demzufolge würde sich ein solches Vorgehen in den vollständigen Widerspruch zur Systematik des § 30 TKG stellen.

Insoweit ist die Skepsis der BNetzA hinsichtlich der Förderung neuer Asymmetrien in der Entgeltregulierung zu unterstützen. Aus Sicht der IEN kann der Kostenmaßstab für FTTB-Netze nur der Gleiche sein, der auch bei anderen Zugangsprodukten zur Anwendung gebracht wird.

Zudem macht es die Trennung zwischen Dienst und Netz infolge der VoIP-Technologie zunehmend schwerer zu prüfen, auf der Grundlage welcher Technologie ein Teilnehmeranschluss tatsächlich realisiert ist.

Demzufolge muss

- die BNetzA bei der Überprüfung und Genehmigung von Entgelten immer die gesamte Kostensituation des jeweiligen Unternehmens im Auge behalten.

**13. *Priorisierung des weiteren Ausbaus innovativer, hochleistungsfähiger Breitbandnetze. Regionalisierte Regulierung wird im Rahmen der jeweiligen Marktanalyse entschieden.***

Die IEN begrüßt auch hier den Ansatz der BNetzA, eine sorgfältige Einzelfallprüfung hinsichtlich der Entscheidung über etwaige Vorteile einer regionalisierten Regulierung vornehmen zu wollen.

Die IEN stimmt mit der BNetzA weiterhin dahingehend überein, dass ein direkter Einfluss auf die Erschließung bisher nicht DSL-versorgter Gebiete durch regional differenzierte Regulierung schwer herzuleiten ist. Gerade in diesen Gebieten ist kaum Wettbewerb vorhanden, so dass eine Deregulierung, wie sie bei Anwendung dieses Konzepts gegebenenfalls in Ballungsräumen auftreten könnte, in ländlicheren Gebieten ohnehin nicht zu erwarten ist.

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, ob eine solche Differenzierung im Hinblick auf die künftige Entwicklung der Netze auch nachfragegerecht ist. Soweit man etwa den Markt 5 als Beispiel für eine deartige Betrachtung heranziehen möchte, gilt etwa, dass die BNetzA den Markt richtigerweise in zwei Submärkte, einerseits ATM-Bitstromzugang (Layer 2-Bitstromzugang) und andererseits IP-Bitstromzugang (Layer 3-Bitstromzugang), unterteilt hat. Dies trägt den unterschiedlichen Anforderungen der Nachfrager an unterschiedliche Serviceparameter Rechnung. Vor diesem Hintergrund möchte die IEN klarstellen, dass im Unterschied zu Layer 3-Bitstromzugang die abgeleitete Nachfrage für Layer 2-Bitstromzugang, welche überwiegend die Geschäftskundentelekommunikation betrifft, zumeist regional übergreifend (national) ist. So ist es für die betreffenden Unternehmen beispielsweise nicht relevant, wie viele Kunden im Einzugsbereich eines HVt angeschlossen werden können, da gerade Unternehmenskunden bundesweit agieren. Eine geographische Marktdifferenzierung birgt für diese Nachfragergruppe, und damit auch für die Anbieter, das Risiko, dass Differenzie-

...

rungen in den Regionen zwischen den Quality-of-Service (QoS) Parametern die Folge sind und mithin die Anbieter daran gehindert sind, national einheitliche Produkte für einen national agierenden Endnutzer anzubieten.

Eine Regionalisierung der Regulierung wird zudem, etwa vor dem Hintergrund der bisherigen Dauer der Implementierung von Bitstromzugang, auch das Risiko der Verzögerung der Implementierung weiterer Vorleistungsprodukte auf dem Breitbandmarkt mit sich bringen. Zu befürchten stehen vor allem auch verlängerte Bearbeitungszeiten für die teilregulierten Nationalmärkte, was einen erheblichen administrativen Aufwand bedeutet.

Somit darf die BNetzA hinsichtlich einer regionalisierten Regulierung

- keinesfalls vorschnell handeln
- und muss im Falle des Befürwortens einer solchen Marktabgrenzung die Wechselwirkung mit anderen Märkten (z.B. im Fall der Festnetzsubstitution durch Mobilfunkangebote) analysieren auch auf diese Märkte anwenden.

#### **14. *Herstellung von Transparenz in den Unternehmen – Gründung eines NGA-Forums zur Förderung des Dialogs zwischen Regulierer, Netzbetreibern, Herstellern, Ländern und Kommunen***

Das Prinzip der Transparenz wird von der IEN als wichtiger Bestandteil im Zusammenhang mit der Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze erachtet. Erfahrungen aus der Vergangenheit haben jedoch immer wieder gezeigt, dass die DTAG sich häufig weigert, diesbezüglich hinreichende Auskünfte zu geben. Die IEN setzt sich bereits seit einiger Zeit dafür ein, dass die DTAG ihre Netzkonfigurationspläne weiter konkretisiert, um auch den unstreitig von ihr abhängigen alternativen Betreibern die Planung ihrer eigenen Strategien zu ermöglichen. Die Einrichtung eines NGA-Forums wird daher ausdrücklich begrüßt.

Die IEN möchte jedoch darauf hinweisen, dass es zur Gewährleistung der Effektivität dieses Forums als unerlässlich erachtet wird, einen transparente Plattform für einen Dialog zwischen Regulierer, Netzbetreibern, Herstellern,

Ländern und Kommunen zu schaffen. Demzufolge muss dieses NGA-Forum unbeschränkt für alle Parteien frei zugänglich sein, die ein Interesse an der Teilnahme haben.

Die BNetzA muss mithin sicherstellen, dass

- für alle Interessierten Parteien die Möglichkeit der Teilnahme geschaffen wird
- und nicht durch die Vorfestlegung auf besonders ausgewählte Teilnehmer der Eindruck der Voreingenommenheit entsteht.

**15. Konzernbeauftragter für alle Fragen rund um den Breitbandausbau bei der DTAG.**

Die IEN stimmt mit der BNetzA dahingehend überein, dass die DTAG nach wie vor für die zentralen Vorleistungsprodukte ein Monopol hat und sich diese Situation in absehbarer Zeit auch nicht ändern wird. Vor diesem Hintergrund ist dafür Sorge zu tragen, dass sowohl für die Migrationsphase, jedoch auch für die Zeit danach, die wettbewerbskonforme Bereitstellung der Vorleistungsprodukte unerlässlich ist.

Die Bestellung eines Konzernbeauftragten der DTAG für alle Fragen rund um den Breitbandausbau wird grundsätzlich als positiv erachtet. Eine solche Position kann jedoch nur dann zu einer sinnvollen Förderung des Ausbaus eines modernen Telekommunikationsnetzes unter gleicher Schaffung eines effektiven Wettbewerbs beitragen, wenn seine Pflichten klar festgelegt werden. Für seine Tätigkeit sollten klare Richtlinien geschaffen werden, die die Richtigkeit und Objektivität seiner Auskünfte garantieren und eine transparente Gestaltung des Wettbewerbs erlauben. Darüber hinaus muss bestimmt werden, in welchen Fällen Wettbewerber einen Anspruch auf Erteilung einer Auskunft haben. Die Arbeit des Konzernbeauftragten sollte der Überprüfung durch den Regulierer zugänglich sein.

\*\*\*\*

...



INITIATIVE  
EUROPÄISCHER  
NETZBETREIBER

Für Rückfragen stehen die Vertreter der Mitgliedsunternehmen der IEN sowie die Unterzeichnerin gern zur Verfügung. Die Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und einer Veröffentlichung durch die BNetzA wird zugestimmt.

Seite 29 | 29  
02.07.2009

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Nanda', with a long horizontal flourish extending to the right.

Malini Nanda, Rechtsanwältin  
Geschäftsführerin der IEN