

Zu den ‚Eckpunkten über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur‘ der Bundesnetzagentur vom 13. Mai 2009^{*)}

1. Ein neues Regulierungskonzept für neue Netze

Die am 18. Februar dieses Jahres von der Bundesregierung vorgestellte ‚Breitbandstrategie‘¹ sieht als Maßnahme 10 die Festlegung von Grundzügen einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung vor. Die Bundesnetzagentur sollte dazu Eckpunkte erarbeiten. Diese Vorgehensweise ist nicht frei von Widersprüchen. Sollen Grundzüge einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung erarbeitet werden, ist daraus zu schließen, daß die derzeitige Regulierung diesen Anforderungen nicht gerecht wird. Diese alte Regulierung ist von der Bundesnetzagentur nicht nur umgesetzt worden, sondern auch maßgeblich geprägt worden. Wird diese Behörde nunmehr mit der Erarbeitung einer neuen Regulierungskonzeption beauftragt, ist dies für sie ein heikles Unterfangen. Sie läuft Gefahr, ein Papier vorzulegen, das in sich widersprüchlich ist, oder das weitgehend an der alten Regulierung festhält und somit die beabsichtigte Zielsetzung verfehlt, oder das so allgemein gehalten ist, das es gerade nicht die notwendigen Anreize für den zügigen Ausbau der neuen Breitbandinfrastruktur setzt.

Das Eckpunktepapier der BNetzA vom 13. Mai ist daran zu messen, ob es diese Fehler vermeidet und tatsächlich eine neue Regulierungskonzeption entwirft, die geeignet ist, Anreize für Wachstum und Innovation zu setzen. Diese Anreize sind für einen zügigen Ausbau der Breitbandinfrastruktur erforderlich, der nicht mehr auf die Ballungsgebiete beschränkt sein darf, sondern der auch den

^{*)} Quelle: <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/15746.pdf>

1 Quelle: <http://www.zukunft-breitband.de/Dateien/BBA/PDF/breitbandstrategie-der-bundesregierung,property=pdf,bereich=bba,sprache=de,rwb=true.pdf>

Haushalten im ländlichen Bereich zugute kommt. Es geht um die Schließung der gefährlichen Lücke in der Breitbandversorgung zwischen Agglomerationszentren auf der einen Seite und dem ländlichen Raum auf der anderen Seite.

Die Herausforderungen an eine ‚wachstums- und innovationsorientierte Regulierung‘ leiten sich aus einem fundamentalen Funktionswandel der Regulierung der Telekommunikationsmärkte im letzten Jahrzehnt ab: Ging es nach Privatisierung und Liberalisierung im Telekommunikationssektor anfangs um die Schaffung von Wettbewerb durch regulierten Netzzugang zu dem existierenden Netz der Deutschen Telekom AG, so hat sich die Lage heute grundlegend geändert: Es sind Anreize für Investitionen in die künftige Kommunikationsinfrastruktur zu schaffen. Überträgt man den alten Regulierungsansatz – Regulierung des Zugangs zum Netz – auf die neue Situation, wirkt dieser beim Ausbau neuer Netze kontraproduktiv. Ein Unternehmen, das unter erheblichen Unsicherheiten in neue Netze investiert, wird sich dann zurückhalten, wenn es damit rechnen muß, daß im Augenblick der Fertigstellung des Netzes Unternehmen, die kein Investitionsrisiko auf sich genommen haben (Spätkommer), zu Entgelten, die die Regulierungsbehörde nach Maßstäben festsetzt, die für die alte Regulierung entwickelt worden sind, Netzzugang erhalten. In einem solchen Szenario lohnt es sich, darauf zu warten, daß ein anderes Unternehmen investiert, um dann als Trittbrettfahrer vom neuen Netz zu profitieren. Von dieser Art der Regulierung gehen negative Anreize für Netzinvestitionen aus. Hier ist umzudenken. Es reichen nicht kleine Korrekturen des alten Regulierungsregimes. Es ist ein Neuansatz erforderlich. Das kommt im Begriff einer ‚wachstums- und innovationsorientierten Regulierung‘ zum Ausdruck. Dieser Regulierungsansatz ist notwendig, wenn der Ausbau des Breitbandnetzes auch den ländlichen Raum erreichen soll. Es geht dann darum, attraktive Risikoteilungsmodelle zu ermöglichen, die den Unternehmen, die sich am Risiko des Netzausbaus beteiligen, einen günstigeren Zugang zum neuen Netz gewährt als Spätkommern. Es geht um die Ermöglichung von Infrastruktur-Sharing-Konzepten. Unternehmen, die sich in den Ausbau der neuen Infrastruktur teilen, entweder in Gestalt der gemeinsamen Nutzung von Infrastrukturkomponenten, die in Kooperation erstellt worden sind (etwa gemeinsame Leerrohre), oder in Gestalt von Konzentration der Beteiligten auf je gesonderte Ausbaugelände mit der Gewährung gegenseitigen Netzzugangs. Insbesondere geht es um den Übergang von der Ex-

ante-Regulierung zur Ex-post-Regulierung für die Regulierung neuer Netze. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbssituation einerseits von stark zunehmendem Infrastrukturwettbewerb gekennzeichnet ist (Kabelnetzbetreiber, City- und Regionalcarrier). Dieser Infrastrukturaufbau findet auf lokaler Ebene differenziert statt, so dass es regional sehr unterschiedliche Wettbewerbsintensitäten beim Aufbau von neuer Breitbandinfrastruktur geben wird. Grundsätzlich muß für alle neuen Netze der Gleichbehandlungsgrundsatz gelten. Eine solche symmetrische Regulierung wird sinnvollerweise mildere Mittel einsetzen als das bestehende Regulierungsregime.

2. Der Ansatz im Eckpunktepapier

In ihrem Eckpunktepapier will die BNetzA das Konzept einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung in Gestalt einer Vier-Säulen-Strategie umsetzen: Es sollen die Risiken reduziert werden; die Investitions- und Innovationskraft der beteiligten Unternehmen soll durch eine angemessene Zugangsgewährung und Entgeltgestaltung gesichert werden; es soll eine möglichst hohe Planungssicherheit gewährt werden, und schließlich soll Transparenz geschaffen werden.

Die Säulen dieser Strategie stellen notwendige Bedingungen für die Neuausrichtung der Regulierung für neue Netze dar. Insbesondere der hohen Planungssicherheit für investierende Unternehmen kommt große Bedeutung zu. Es fehlt aber die Fokussierung auf die erforderlichen Investitionsanreize. ‚Sicherung der Investitions- und Innovationskraft‘ greift zu kurz. Die Regulierung muß die Investitionshemmnisse der alten Regulierung beseitigen. Es ist auszuloten, wieweit für neue Netze das Konzept der Ex-ante-Regulierung durch Ex-post-Regulierung zu ersetzen ist, um die erforderlichen Investitionsanreize zu setzen. Risikoteilungslösungen und Infrastruktur-Sharing sind zu ermöglichen.

Wenn allgemein von einer ‚angemessenen Zugangsgewährung und Entgeltgestaltung‘ gesprochen wird, bleibt das zu vage. Dem investierenden Unternehmen wird kein hinreichender Schutz gegenüber Trittbrettfahrern gegeben.

Die Vier-Säulen-Strategie umgeht den Kernpunkt eines wirklich neuen Regulierungsansatzes. Immerhin wird eine fünfte Säule hinzugefügt, wenn Kooperationen, die den Ausbau breitbandiger Netze zum Ziel haben, ‚grundsätzlich begrüßt‘ werden. Allerdings ist auch dies vage. Hier geht das Papier aber vorsichtig einen Schritt nach vorn.

Insgesamt nennen das Eckpunktepapier notwendige Bedingungen für den Netzausbau, ohne sicherstellen zu können, daß dieses auch hinreichende Bedingungen sind. Ist das nicht gewährleistet, verbleiben Investitionshemmnisse. Der zügige flächendeckende Breitbandausbau ist nicht gewährleistet. Das trifft insbesondere den ländlichen Raum.

3. Kritische Eckpunkte

3.1 Eckpunkt 10

Eckpunkt 10 stellt auf die mögliche Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen durch ‚neue Tarifstrukturen‘ ab und stellt die Behauptung auf, daß dies ‚grundsätzlich mit dem Konzept der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) auf der Basis langfristiger Zusatzkosten vereinbar‘ sei. Man kann daraus den Schluß ziehen, daß Risikoteilungsmodelle, in denen ja ‚neue Tarifstrukturen‘ verwendet werden, nur unter der Bedingung einer Ex-ante-Regulierung des Zugangs zum neuen Netz nach KeL-Grundsätzen ermöglicht werden sollten. In den Ausführungen zu diesem Eckpunkt in Abschnitt 3.2 (S. 16 f.) wird genau dieses bestätigt. Vom Übergang zu einer Ex-post-Regulierung ist hier nicht die Rede. Es wird an einer Entgeltregulierung nach KeL-Grundsätzen festgehalten. Damit werden im Ergebnis solche Risikoteilungsmodelle verhindert, in denen Unternehmen, die sich ex ante am Investitionsrisiko beteiligen, zu Sonderbedingungen Netzzugang erhalten und damit besser gestellt werden als Spätkommer. Die BNetzA hält an einer Privilegierung dieser Spätkommer fest. Damit wird das Trittbrettfahrerproblem, das derzeit wichtigste Investitionshemmnis, nicht gelöst.

3.2 Eckpunkt 3

Eckpunkt 3 zufolge unterstützt die Bundesnetzagentur ein ‚geeignetes und wettbewerbskonformes Infrastruktur-Sharing‘. Das ist eine zielführende Aussage.

Ob Infrastruktur-Sharing-Modelle verwendet werden können, um insbesondere den Breitbandausbau in ländlichen Regionen voranzutreiben, hängt davon ab, ob die kooperierenden Unternehmen, die ins Risiko gehen, dieses aber durch die Kooperation senken, vor Trittbrettfahrern geschützt werden, die als Spätkommer erst dann Netzzugang begehren, wenn sich gezeigt hat, daß die Investition in das neue Netz erfolgreich war. Es geht – wie in Eckpunkt 10 – darum, ob das Investitionshemmnis, das mit der alten Regulierung verbunden ist, nämlich das Trittbrettfahrerproblem, gelöst wird.

In den Erläuterungen zu Eckpunkt 3 (Abschnitt 3.2 auf den S. 13 – 15) wird deutlich, daß die BNetzA einen späteren Eintritt in bestehende Kooperationen ermöglichen will (S. 14 letzter Absatz). Sie entwickelt keine eigene Position, ob dies zu regulierten Konditionen der Fall sein soll. Sie verweist auf Vorschläge aus Teilen des Marktes zum ‚Co-Investment‘ (S. 15 oben), ohne auf das Problem einzugehen, daß dieses erst dann stattfindet, wenn andere zuvor das Investitionsrisiko getragen haben und sich die Investition als erfolgreich erwiesen hat. In Eckpunkt 3 wird also – wie in Eckpunkt 10 – der entscheidende Punkt ausgeklammert, wie das Trittbrettfahrerproblem gelöst werden soll. Hinter der Leerformel ‚geeignetes und wettbewerbskonformes Infrastruktur-Sharing‘ verbirgt sich eine Position, die an den bestehenden Investitionshemmnissen festhält. Das gilt auch für die Frage, welche Kooperationen wettbewerbskonform sind. Die an einer Kooperation beteiligten Unternehmen müssen vor der Investition abschätzen können, ob ihre Vereinbarung wettbewerbsrechtlich zulässig ist oder nicht. Das Eckpunktepapier verweist hier auf konkrete Beschlußkammerverfahren (S. 15, dritter Absatz). Das wird nicht ausreichen. Es ist vorher Klarheit zu schaffen, wie eine Kooperationsvereinbarung gestaltet sein muß, damit sie wettbewerbsrechtlich unbedenklich ist. Auf die parallele Problematik im Mobilfunkbereich wird verwiesen, auch auf die Unterschiede in den Problemlösungsansätzen. Es wird aber offen gelassen, wie ein solcher konkret im Festnetzbereich auszusehen hat. Damit werden den Kooperationspartnern Steine statt Brot gegeben.

3.3 Eckpunkte 4 und 5

Nach Eckpunkt 4 wird die BNetzA ‚bei der Festlegung der Dauer von Regulierungsperioden zukünftig möglichst lange Zeiträume bestimmen‘. Nach Eckpunkt

5 prüft sie, ‚inwieweit durch Vorabfeststellung oder Verwaltungsvorschriften zu Teilfragen der Marktregulierung vor beabsichtigten Investitionen zu mehr Planungs- und Rechtssicherheit beigetragen werden könnte‘. Beide Absichtsbekundungen können dazu beitragen, dort Investitionen in den Breitbandausbau zu fördern, wo sie bisher wegen mangelnder Rechts- und Planungssicherheit unterlassen werden.

In den Erläuterungen der beiden Eckpunkte in Abschnitt 5 (S. 29 – 32) erörtert das Eckpunktepapier die rechtlichen Probleme insbesondere einer längeren Dauer der Regulierungsperioden ein und verweist auf Schranken im europäischen Gemeinschaftsrecht, aber auch im TKG. Auf Vorschläge, etwa § 35 Abs. 4 TKG zu ändern, wie dies in einem Papier des Deutschen Städte- und Gemeindebundes gefordert worden ist, geht das Eckpunktepapier nicht ein.

3.4 Eckpunkt 6

In Eckpunkt 6 heißt es, daß eine angemessene Zugangsregulierung im Hinblick auf die weitere Förderung flächendeckender Breitbandversorgung unterstützend wirken könne. Sie ermögliche der Deutschen Telekom und alternativen Breitbandanbietern gleichermaßen, den Ausbau von Breitbandnetzen in der Fläche voranzutreiben. Leider bleibt das Eckpunktepapier die Antwort darauf schuldig, was eine ‚angemessene Zugangsregulierung‘ im einzelnen ist (oder sein sollte). Die Erläuterungen (Abschnitt 4.2.1 auf den S. 18 – 20) erschöpfen sich auf Ausführungen zu positiven Wirkungen der Zugangsregulierung der BNetzA auf den Breitbandausbau, ohne kritisch zu fragen, ob dieser Ausbau bei einer konzeptionellen Änderung der Regulierung, nämlich hin zu einer wachstums- und innovationsfördernden Regulierung, hätte beschleunigt werden können. Das Eckpunktepapier erscheint hier merkwürdig defensiv. Die Tatsache, daß etwa in den USA gezielte Änderungen in der Regulierung erheblich zur Stimulierung des Breitbandausbaus beigetragen haben, wird nicht erwähnt. Der Blick auf den ‚internationalen Bereich (Abschnitt 2.2 auf den S. 10 – 13) bleibt auf Europa beschränkt. Damit verbaut sich die BNetzA mögliche Lernchancen.

3.5 Eckpunkt 9

Nach Eckpunkt 9 wird die BNetzA bei einer Abwägungsentscheidung zwischen Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung neben der Sicherstellung eines nachhaltigen und changengleichen Wettbewerbs insbesondere das Ziel der Förderung effizienter Investitionen sowie der Unterstützung von Innovationen berücksichtigen. Soweit wird im ersten Satz dieses Eckpunkts lediglich die geltende Rechtslage referiert (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG). Es wird dem aber in Satz 2 hinzugefügt, daß die BNetzA dabei – nicht zuletzt mit Blick auf neu entstehende Infrastrukturen – dem Erfordernis eines hohen Maßes an Preissetzungsflexibilität Rechnung tragen werde.

In den Erläuterungen (Abschnitt 4.3.1 auf den S. 24 – 26) wird bezüglich der Preishöhenkontrolle auf den nach dem TKG bereits gegebenen Spielraum der Behörde verwiesen: Bei der Ex-ante-Regulierung legt § 31 Abs. 1 TKG die Behörde (nach der heutigen Rechtslage) auf den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) fest. Bei der Ex-post-Regulierung ist der Spielraum der Behörde erheblich größer, da die Preissetzung gem. § 28 Abs. 1 Satz 1 TKG auf ihre Nicht-Mißbräuchlichkeit zu überprüfen ist. Solange § 31 Abs. 1 TKG nicht – wie in einem Papier des Deutschen Städte- und Gemeindebundes gefordert – bezüglich der Preishöhenkontrolle für die Regulierung des Zugangs zu neuen Netzen novelliert wird, bleiben der Preissetzungsflexibilität der BNetzA enge Grenzen gesetzt. Die Preishöhenkontrolle erfolgt zudem im Beschlußkammerverfahren. Der Spielraum der Behörde kann dann nur durch eine Novellierung von § 31 TKG erreicht werden oder über den Übergang von der Ex-ante-Regulierung zur Ex-post-Regulierung. Novellierungsmöglichkeiten werden im Eckpunktepapier ausgeklammert, obwohl diese zur Zeit der Abfassung des Papiers bereits in der Diskussion waren. Unter welchen Bedingungen die BNetzA bei der Regulierung neuer Netze zu einer Ex-post-Regulierung übergehen wird, ist im Eckpunktepapier nicht angegeben. Man könnte die Aussage im zweiten Satz von Eckpunkt 9, in dem die BNetzA dem Erfordernis eines hohen Maßes an Preissetzungsflexibilität Rechnung

tragen will, um den Infrastrukturausbau zu fördern, immerhin so verstehen, daß hier eine Selbstverpflichtung der Behörde für künftige Entscheidungen erfolgt. Ob eine solche Selbstverpflichtung glaubhaft ist, hängt von der rechtlichen Verbindlichkeit einer solchen Selbstverpflichtung ab. Diese ist aber nicht gegeben. Damit handelt es sich bei der Zusage im zweiten Satz von Eckpunkt 9 um eine Bemühenszusage der BNetzA. Deren Belastbarkeit ist schwer abzuschätzen.

4. Ausblick

Mit den vorgelegten Eckpunkten öffnet die BNetzA das existierende Regulierungskonzept ein Stück weit in Richtung einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung. Es wird eine Reihe von zielführenden Vorschlägen gemacht. Im Ergebnis leisten die Eckpunkte aber nur einen recht kleinen Beitrag zur flächendeckenden Förderung des Breitbandausbaus. Die BNetzA hält im Ergebnis am alten Regulierungskonzept fest, das eben nicht wachstums- und innovationsorientiert ist und von seiner Grundstruktur her auch nicht sein kann. Sie verfehlt damit den Auftrag der Bundesregierung, ein solch neues Regulierungskonzept zu entwerfen. Ein solches Konzept kann gerade nicht darin bestehen, funktionelle Separierung als quasi-Voraussetzung für eine wachstums- und innovationsorientierte Regulierung vorzusehen.

Es bleiben dann nur zwei alternative Lösungswege: (1) Eine grundlegende Überarbeitung Eckpunkte. (2) Die Entwicklung eines neuen wachstums- und innovationsorientierten Regulierungskonzepts ohne Beteiligung der BNetzA. Der erste Weg hat den Vorteil, daß die Behörde an der Entwicklung des Regulierungskonzepts beteiligt ist, das sie dann in die Praxis umzusetzen hat.