



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

**März 2010**

## Vorwort

Weltweit werden in einer Vielzahl von Ländern nationale Breitband-Ausbauprogramme diskutiert. In diesem Zusammenhang geht es um konkrete Ziele und Ausgestaltungsmerkmale, Fragen der Implementierung, die Adressierung un- und unterversorgter Gebiete, Regulierungsaspekte sowie Kosten- und Finanzierungsparameter.

Auch die Breitbandstrategie der Bundesregierung spiegelt diese Diskussion wider. Danach soll es bis 2010 eine flächendeckende Versorgung mit 1 Mbit/s und bis 2014 für 75 % der Haushalte eine Versorgung mit 50 Mbit/s und mehr geben. Voraussetzung hierfür ist ein entsprechender Ausbau mit Glasfaser näher zum Endkunden hin.

Um die genannten Ziele zu erreichen, sind erhebliche Investitionen in bestehende bzw. in neue Netze zu finanzieren. Investitionen in einem solchen Umfang sind nicht durch ein einzelnes Unternehmen zu bewältigen, sondern nur durch Anstrengungen einer Vielzahl von – zum Teil auch mittelständischen – Unternehmen. Hier sind am Markt verschiedene Ausbaustrategien zu beobachten, die sich insbesondere durch den Umfang des Einsatzes von Glasfaser unterscheiden. Um die Finanzierung der notwendigen Investitionen zu erleichtern, gibt es potentiell verschiedene Möglichkeiten, die auch in den einzelnen Ländern genutzt werden; so die Vergabe von öffentlichen Mitteln (des jeweiligen Landes oder der EU), die Finanzierung durch gesonderte Fonds (wie etwa in Großbritannien oder Australien) und eine begünstigte Kreditaufnahme.

In der Breitbandstrategie wurde der Bundesnetzagentur unter anderem die Aufgabe zugewiesen, durch die Erarbeitung von Eckpunkten über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung dieser modernen Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur die Grundzüge einer wachstums- und innovatorientierten Regulierung festzulegen. Mit den nachfolgenden Eckpunkten setzt die Bundesnetzagentur dies um. Auch der Markt hat sich dankenswerterweise im Rahmen der Konsultation eines Entwurfs der Eckpunkte an dieser Diskussion beteiligt.

Die Bundesnetzagentur ist sich der Bedeutung des Glasfaserausbaus für die Entwicklung und Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Volkswirtschaft bewusst. Sie möchte insofern im Rahmen ihrer Möglichkeiten alle Initiativen unterstützen, die hier einen Beitrag leisten, und vor allem die diesbezüglich richtigen Anreize setzen. Dabei sollten sich diese Anreize konsistent in den bestehenden bzw. weiter zu entwickelnden Regulierungsrahmen einfügen.

Der Ausbau von Breitbandnetzen ist vor allem durch das Phänomen der Vielfalt gekennzeichnet – und dies gleich in mehreren Dimensionen.

Vielfältig sind die Faktoren, die einen Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit des Breitbandausbaus haben. Hier sind vor allem Besiedlungsdichte, Topographie, Nachfragepotential, Wettbewerbssituation und infrastrukturelle Voraussetzungen (Stichwort: Leerrohre) relevant.

Vielfalt besteht hinsichtlich der Möglichkeiten der technischen Realisierung des Breitbandausbaus. Zu nennen sind dabei im Wesentlichen folgende Optionen:

- Erstmaliger Ausbau einer DSL-Infrastruktur, gegebenenfalls auf Basis herkömmlicher Kupfer-Anschlussleitungen,
- Glasfaserausbau bis zum Kabelverzweiger,
- Glasfaserausbau bis in den Keller eines Gebäudes,
- Glasfaserausbau bis zum Endkundenanschluss,
- Ausbau der Kabelnetze und
- Funklösungen (WiMAX, LTE, etc.).

In der Regel hängt die Auswahl der Ausbautechnik von der Struktur der bestehenden Infrastruktur, den oben genannten Wirtschaftlichkeitsfaktoren, der Einschätzung der Zukunftsfähigkeit unterschiedlicher Techniken und dem Bedarf ab. Ein wesentlicher Faktor ist dabei auch die Wettbewerbssituation auf dem Breitbandmarkt; denn will man als Anbieter bestehen, muss man konkurrenzfähige Angebote machen.

Vielfalt gibt es letztlich auch bei den Investoren. Neben der Deutschen Telekom AG sind alternative Telekommunikationsanbieter, Kabelnetzbetreiber, Energieversorger, Initiativen von Gebietskörperschaften sowie Stadtwerke aktiv.

Auch alternative Anbieter aus der Privatwirtschaft können grundsätzlich „Erstinvestor“ für ein Glasfasernetz sein, wenn sie in ihren Ausbauregionen über hohe Marktanteile und/oder möglicherweise über Leerrohrzugang verfügen. Dies belegen erste Beispiele hinsichtlich des Glasfaserausbau in Deutschland. Dennoch sind im Hinblick auf einen flächendeckenden Ausbau von NGA-Infrastrukturen Kosten für den etablierten Betreiber tendenziell geringer als für andere Anbieter, da er bereits über geeignete Infrastrukturen (z. B. Gebäude, Kabelschächte etc.) und hohe Marktanteile verfügt. Eine große bestehende Kundenbasis, die auf das NGA-Netz migriert werden kann, erlaubt eine deutliche Reduzierung des Auslastungsrisikos, das wegen der großen Skalenvorteile mit NGA-Netzen verbunden ist. Darüber hinaus kann Zugangsgewährung durch freiwillige *Open-Access*-Regelungen zur Reduzierung des Auslastungsrisikos im Interesse der investierenden Unternehmen sein. Auch die Möglichkeit der Mitnutzung vorhandener Leitungsnetze, etwa wo Leerrohre vorhanden sind, ebenso wie die simultane Investition für mehrere Infrastrukturen (Wasser, Strom, Gas etc.) wirkt tendenziell kostensenkend und kann gegebenenfalls einen Glasfaserausbau wirtschaftlich machen, wo dies ansonsten nicht der Fall wäre.

Darüber hinaus stellt sich die Frage der Wirtschaftlichkeit des Ausbaus aus Sicht eines reinen Telekommunikationsdiensteanbieters gegebenenfalls anders dar als aus Sicht einer Gebietskörperschaft. Letztere wird wahrscheinlich zusätzlich externe Effekte hinsichtlich der Attraktivität ihres Standortes, etwa für gewerbliche Ansiedlungen, in eine Kosten-Nutzen-Analyse mit einbeziehen.

Möglicherweise wird die Vielfalt der Ausbaustrategien und –initiativen und ihre regionale Ausrichtung dazu führen, dass die Marktstruktur im Breitbandanschlussmarkt zukünftig fragmentierter wird und sich in Deutschland tendenziell der Struktur der lokalen Energieversorger annähert.

In diesem Zusammenhang sollte auch darauf geachtet werden, dass die notwendige Interoperabilität gewährleistet wird und damit moderne TK-Dienstleistungen von Anfang an netzübergreifend realisiert werden können. Auf diese Weise können die entsprechenden Entwicklungen im Sinne der Verbraucherinteressen einen optimalen Nutzen entfalten; gleichzeitig können kostspielige (technische) Nachrüstungen vermieden werden. Insofern besteht ein hohes Interesse der Verbraucher bzw. Nutzer an zukunftsgerichteten offenen Netzarchitekturen.

Die Bundesnetzagentur will daher in einem Dialog im Rahmen eines Forums zunächst ausloten, wie groß und wahrscheinlich die Bereitschaft aller Akteure vorhanden ist, zu freiwilligen Branchenlösungen zu kommen. Im Interesse der Verbraucher und Nutzer wird die Bundesnetzagentur gegebenenfalls durch Entscheidungen dazu beitragen, dass auch über Netzgrenzen hinweg moderne Dienste, wie z. B. hochauflösendes Internetfernsehen oder *Video on Demand*, möglich sind und ohne unüberwindbare Hürden funktionieren. Wie ein offenes und „neutrales“ Netz erhalten und in Zukunft gesichert werden kann, ist daher auch eine Priorität der Bundesnetzagentur.

Die oben skizzierte Vielfalt lässt sich auch in vielen anderen EU-Mitgliedsstaaten feststellen: Einen Einheitsansatz („One size fits all“) gibt es nirgendwo, wie die Europäischen Regulierungsbehörden in verschiedenen Untersuchungen dokumentiert haben. Es ist die Aufgabe der Bundesnetzagentur, der Vielfalt der Ausbaustrategien Rechnung zu tragen und durch Schaffung eines geeigneten regulatorischen Ordnungsrahmens für alle Marktbeteiligten zu Investitionssicherheit und fairen Wettbewerbsbedingungen beizutragen.

Dabei handelt die Bundesnetzagentur auf der Basis des Europäischen Rechtsrahmens, der die Grundzüge des Regulierungsansatzes festlegt. Im November 2009 ist ein überarbeiteter Rechtsrahmen verabschiedet worden, der auch dem Breitbandausbau besonders Rechnung trägt. Er soll zügig in geltendes deutsches Recht umgesetzt werden. Weiterhin plant die Kommission bis Mitte 2010, eine Empfehlung zu Next Generation Access zu veröffentlichen. Auf dieser Grundlage kann der Breitbandausbau in adäquater Weise vorangetrieben werden.

Dies gilt nicht nur für den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen, sondern auch für die Beseitigung weißer Flecken. Eine angemessene Zugangsregulierung kann hinsichtlich einer flächendeckenden Breitbandversorgung unterstützend wirken. Als ein konkretes Beispiel sei hier auf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung am Schaltverteiler hingewiesen, den die Bundesnetzagentur im März 2009 angeordnet hat. Hiermit wird ein kostensparender Breitbandausbau auch in bisher nicht oder nur unzureichend versorgten ländlichen Gebieten erleichtert. Dies zeigt, dass sich bei diesen zunehmend lokalen Ansätzen auch kleine und mittelständische Unternehmen aktiv am Ausbau einzelner Regionen beteiligen können. Dies ist umso wichtiger, als die genannten Ziele des Breitbandausbaus nur durch eine gemeinsame Anstrengung aller Unternehmen zu erreichen sind.

Die Bundesnetzagentur ist sich dabei der Bedeutung von Planungs- und Investitionssicherheit für die Unternehmen bewusst. Sie muss die regulatorischen Rahmenbedingungen so gestalten, dass sich der gesamte Bereich der Telekommunikation auch künftig unter wettbewerblichen Bedingungen positiv weiterentwickelt. Hier gilt der Grundsatz: so viel Regulierung wie nötig und so wenig Regulierung wie möglich.

Wie in der Breitbandstrategie angeregt, hat die Bundesnetzagentur zunächst eine entsprechende Fassung der Eckpunkte zur öffentlichen Kommentierung gestellt. In der Folge wurden die zahlreichen und zum Teil umfangreichen Kommentare analysiert und bewertet. Danach ergibt sich zusammengefasst die folgende überarbeitete Fassung der Eckpunkte:

**I. Die Bundesnetzagentur begrüßt Projekte zur Errichtung hochleistungsfähiger Telekommunikations-Infrastrukturen, die Dritten offenen Zugang gewähren (*Open Access*).**

**Freiwillige *Open-Access*-Angebote von Unternehmen, die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, unterliegen grundsätzlich keiner Regulierung. Unternehmen sollten bei der Gestaltung ihrer *Open-Access*-Netze darauf achten, dass die Bedingungen und Entgelte des Netzzugangs angemessen bzw. marktüblich sind und entsprechende Angebote transparent und nachvollziehbar gestaltet werden. Allerdings können im Einzelfall kartell- bzw. beihilfenrechtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sein.**

**Weitere Details im Zusammenhang mit *Open-Access*-Modellen sollten im Rahmen des *NGA*-Forums diskutiert werden.**

**II. Nachfragegerechte Zugangsprodukte können von der *Deutschen Telekom* freiwillig angeboten werden. Wenn diese freiwilligen Angebote diskriminierungsfrei gestaltet sind, von einem Großteil des Marktes angenommen werden und die Entgelte der Leistungen angemessen sind, ist eine solche Lösung regulatorischen Eingriffen vorzuziehen.**

**III. Die Bundesnetzagentur unterstützt ein geeignetes und wettbewerbskonformes Infrastruktur-*Sharing*.**

Eine nicht-diskriminierende Implementierung von Kooperationsmodellen der Wettbewerber untereinander oder mit der *Deutschen Telekom* (einschließlich sachgerechter Kostenteilungsprinzipien) wird von der Bundesnetzagentur im Grundsatz begrüßt, insbesondere dann, wenn sie zu *Open-Access-Netzen* führen.

**IV. Die Bundesnetzagentur befürwortet eine Verlängerung gesetzlicher Regulierungsperioden für Marktanalysen und Regulierungsverfügungen von zwei auf drei Jahre. Eine solche Gesetzesänderung würde der Bundesnetzagentur die Möglichkeit geben, einzelne Entscheidungenauf drei Jahre zu befristen, zum Beispiel um die Investitionstätigkeit zu erhöhen.**

Planungs- und Rechtssicherheit wird durch die schnelle Klärung offener Fragen und eine konsistente Regulierungspraxis begünstigt. Die Bundesnetzagentur wird auch hierdurch ihren Beitrag zu mehr Planungssicherheit leisten.

**V. Die Bundesnetzagentur legt großen Wert auf Rechts- und Planungssicherheit.**

Rechts- und Planungssicherheit ergeben sich insbesondere aus einer gefestigten Spruchpraxis, die verwaltungsgerichtlich bestätigt wird. Dies führt zu einer impliziten längerfristigen Selbstbindung der Behörde. Hierzu tragen auch die Grundsatzpapiere der Behörde zu Regulierungsfragen bei. In Eckpunkten, Hinweispapieren und Auslegungsgrundsätzen werden frühzeitig Grundsatzfragen geklärt. Auch wenn sie keinen verbindlichen Rechtscharakter haben, tragen sie zur behördlichen Meinungsbildung in einem transparenten Verfahren bei und dienen in der Praxis regelmäßig als Grundlage für spätere Entscheidungen der Bundesnetzagentur.

**VI. Eine angemessene Zugangsregulierung kann im Hinblick auf die weitere Förderung flächendeckender Breitbandversorgung unterstützend wirken. Sie ermöglicht der *Deutschen Telekom* und alternativen Breitbandanbietern gleichermaßen, den Ausbau von Breitbandnetzen in der Fläche voranzutreiben.**

**VII. Die Bundesnetzagentur sieht es als erforderlich an, auch künftig den weiteren Ausbau von *NGA*-Netzen mit geeigneten Zugangsprodukten auf der Vorleistungsebene zu unterstützen. Zur Stimulierung des erstmaligen Ausbaus geht es daher um die Förderung möglichst nachhaltiger und wirtschaftlich tragfähiger Geschäftsmodelle. Regulierung hat gerade vor dem Hintergrund zukünftig heterogener werdender Netztopologien dem Postulat der Technologieneutralität Rechnung zu tragen.**

**VIII. Im Zusammenhang mit dem Ausbau von Glasfaser ist auch der Aspekt des HVt-Abbaus zu berücksichtigen. Ob Anbieter entweder mit eigenen *FTTx*-Netzen näher zum Kunden gehen oder ihre Angebote ganz oder teilweise durch Bitstromzugang realisieren, hängt auch von der Gestaltung der entsprechenden Vorleistungsprodukte ab. Diese müssen so beschaffen sein, dass auch im Rahmen der *NGA*-Migration mindestens das derzeit erreichte Niveau infrastrukturasierten Wettbewerbs möglich bleibt. Um sicherzustellen, dass Wettbewerber auch im *NGA*-Kontext mit dem marktmächtigen Unternehmen konkurrieren können und keine Remonopolisierung entsteht, müssen adäquate Übergangsperioden definiert werden. So sollte die Aufgabe des TAL-Zugangs am HVt erst dann möglich**

sein, wenn geeignete Vorleistungsalternativen bestehen und diese tatsächlich auch nutzbar sind.

- IX. Bei der Abwägungsentscheidung zwischen Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung berücksichtigt die Bundesnetzagentur neben der Sicherstellung eines nachhaltigen und chancengleichen Wettbewerbs insbesondere das Ziel der Förderung effizienter Investitionen sowie der Unterstützung von Innovationen. Dabei wird sie nicht zuletzt mit Blick auf neu entstehende Infrastrukturen dem Erfordernis eines hohen Maßes an Preissetzungsflexibilität Rechnung tragen. Eine Ex-post-Kontrolle erscheint vor diesem Hintergrund ausreichend, wenn Preisüberhöhungen auf Grundlage der Wettbewerbsentwicklung nur noch punktuell und nicht anhaltend zu erwarten sind. Der Gefahr etwaiger Wettbewerbsverzerrungen durch ein Nebeneinander von ex ante und ex post regulierten Leistungen kann durch eine analoge Anwendung von Preis-Kosten-Scheren- und Kosten-Kosten-Scheren-Tests begegnet werden.
- X. Effiziente Infrastrukturinvestitionen und Innovationen können durch neue Tarifstrukturen gefördert werden. Dies ist grundsätzlich mit dem Konzept der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf Basis der langfristigen Zusatzkosten unter Einhaltung der Konsistenz vereinbar. Dabei dürfen neue Tarifstrukturen nicht zu Preis-Kosten-Scheren, Kosten-Kosten-Scheren oder Diskriminierungen führen.
- XI. Die Bundesnetzagentur wird kurzfristig überprüfen, ob und in welchem Umfang eine Anpassung ihrer bisherigen Methode im Hinblick auf eine risikoadäquate Eigenkapitalverzinsung beim Breitbandausbau erforderlich ist. Dazu hat sie bereits ein entsprechendes Gutachten vergeben.
- XII. Vor dem Hintergrund der zu erwartenden Kostenänderungen im Rahmen der Einführung von *NGNs* und unterschiedlicher Ausbauszenarien kann die Bundesnetzagentur auf Basis der bislang bekannten Fakten nicht beurteilen, ob ein reziprokes Terminierungsentgelt oder Terminierungsentgelte, die die jeweils effiziente *FTTx*-Variante berücksichtigen, angemessen sind. In jedem Fall muss das Terminierungsentgelt den Maßstäben des TKG genügen und geeignete Anreize für effiziente Investitionen und Wettbewerb setzen. Darüber hinaus müssten der zu erwartende Nutzen einer solchen Regelung und der damit verbundene Aufwand seitens der Unternehmen und der Behörde in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.
- XIII. Der weitere Ausbau innovativer, hochleistungsfähiger Breitbandnetze hat unter Berücksichtigung der Regulierungsziele der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte erste Priorität. Ob eine regionalisierte Regulierung unter diesem Aspekt vorteilhaft oder nachteilig ist, wird im Rahmen der jeweiligen Marktanalyse sorgfältig erwogen und entschieden werden.
- XIV. Transparenz ist ein wesentlicher Baustein für einen erfolgreichen Ausbau der Breitbandnetze. Um dies zu unterstützen, hat die Bundesnetzagentur die Absicht, ein hochrangig besetztes *NGA*-Forum zu initiieren, mit dem der Dialog zwischen Regulierer, Netzbetreibern, Herstellern, Ländern und Kommunen gefördert wird.

Die Bundesnetzagentur wird den Infrastrukturatlas gemeinsam mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Industrievertretern, Ländern sowie den Kommunalen Spitzenverbänden zügig weiterentwickeln. Die ersten Erfahrungen zeigen, dass ein großer Bedarf an der Nutzung des Infrastrukturatlas

**besteht. Die Bundesnetzagentur wird sich dabei weiterhin dafür einsetzen, dass sich möglichst viele Infrastrukturinhaber am Infrastrukturatlas beteiligen und Daten über ihre Infrastruktur zur Verfügung stellen. Dies ist die Voraussetzung, dass sich der Infrastrukturatlas langfristig als Hilfsmittel bei der Erschließung weißer Flecken und dem Ausbau mit Breitbandnetzen etablieren kann.**

In den sich nun anschließenden Ausführungen wird im Einzelnen dargelegt, warum die ursprünglichen Eckpunkte an einzelnen Stellen modifiziert wurden.

## Einleitung

### 1. Verfahrensablauf

Breitbandnetze sind ein wesentliches Fundament für wirtschaftliches Wachstum. Aus diesem Grund wurden in der am 18.02.2009 veröffentlichten Breitbandstrategie der Bundesregierung 15 Maßnahmen verkündet, die unter anderem durch die Nutzung von Synergien beim Infrastrukturausbau sowie eine investitions- und wachstumsorientierte Regulierung dazu beitragen sollen, gemeinsam mit Ländern, Kommunen und der Wirtschaft den Breitbandausbau in Deutschland massiv voranzutreiben.

Als Maßnahme 10 sieht die Breitbandstrategie die Festlegung von Grundzügen einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung durch die Erarbeitung von Eckpunkten über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur vor.

Mit den nachfolgenden Eckpunkten, die im Rahmen einer Konsultation mit der Öffentlichkeit diskutiert wurden, setzt die Bundesnetzagentur dies um.

Zunächst war im Mai 2009 ein Entwurf der Eckpunkte zur Konsultation veröffentlicht worden. Es sind 23 Stellungnahmen eingegangen, die sorgfältig ausgewertet wurden. Kommentiert haben:

- 1&1 Internet AG (*1&1*)
- ANGA – Verband deutscher Kabelnetzbetreiber e.V. (*ANGA*)
- Appenzeller, Christian (*Appenzeller*)
- Arbeitskreis „Regulierung“ der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V. (*Arbeitskreis Regulierung*)
- BITKOM – Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (*BITKOM*)
- BREKO – Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. (*BREKO*)
- BUGLAS – Bundesverband Glasfaseranschluss e.V. (*BUGLAS*)
- Bundeskartellamt (*Bundeskartellamt*)
- Deutscher Landkreistag (*DLT*)
- Deutsche Telekom AG (*DT AG*)
- DIHK – Deutscher Industrie- und Handelskammertag (*DIHK*)
- ECTA – European Competitive Telecommunication Association (*ECTA*)
- E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG (*E-Plus*)
- IEN – Initiative Europäischer Netzbetreiber (*IEN*)
- IfKom – Ingenieure für Kommunikation e.V. (*Ifkom*)
- Jeroschewski, Arne (*Jeroschewski*)
- QSC AG (*QSC*)
- Telefónica O<sub>2</sub> Germany & Co. OHG / Telefónica Deutschland GmbH (*Telefónica*)
- VATM – Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. (*VATM*)
- ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (*ver.di*)
- Versatel AG (*Versatel*)
- Vodafone D2 GmbH / Arcor AG & Co. KG (*Vodafone*)
- WAR – Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Bundesnetzagentur (*WAR*)

Darüber hinaus sind der Bundesnetzagentur zwei Rechtsgutachten übermittelt worden, die thematisch in engem Zusammenhang mit den Eckpunkten stehen und daher im Rahmen der Auswertung von der Bundesnetzagentur ebenfalls berücksichtigt wurden:

- Beseitigung regulatorischer und wettbewerbsrechtlicher Hindernisse für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum – Rechtsgutachten für den Deutschen Städte- und Gemeindebund von Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Christian Kirchner, LL. M. (*Kirchner*)
- Regulatorische Rahmenbedingungen für die Entwicklung moderner Breitbandinfrastrukturen – Rechtsgutachten von Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL. M. und Dr. rer. pol. Ulrich Heimeshoff, erstellt im Auftrag des VATM (*Kühling/Heimeshoff*)

Schließlich konnte das am 14.12.2009 veröffentlichte Sondergutachten der Monopolkommission „Telekommunikation 2009“<sup>1</sup> berücksichtigt werden.

Wesentliche Themen der Anhörung waren die Relevanz und begriffliche Fassung von *Open-Access-Gewährung* im Rahmen von regionalen Ausbauprojekten, von Kooperationsprojekten der Wettbewerber untereinander oder mit der *DT AG* sowie die Zugangsgewährung der *DT AG* als Maßnahmen der Reduzierung von Risiken. Weitere Schwerpunkte der Anhörung lagen auf den Themen der Gewährung möglichst hoher Planungssicherheit, der Sicherung der Investitions- und Innovationskraft der beteiligten Unternehmen durch eine angemessene Zugangsgewährung und Entgeltgestaltung, der regionalisierten Regulierung sowie der Rolle der Transparenz.

Bevor auf diese Themen im Einzelnen eingegangen wird, erscheint es sinnvoll, die Herausforderungen des Breitbandausbaus zu *Next Generation Access (NGA)* -Netzen in den Gesamtkontext der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte zu stellen, die in den vergangenen mehr als zehn Jahren zu Wettbewerb und Innovation auf diesen Märkten wesentlich beitragen konnte:

## 2. Ausgangspunkt 1998

Ausgangspunkt der Wettbewerbskonzeption des Telekommunikationsgesetzes (TKG) ist der Übergang von zuvor staatlichen Monopolen zum Wettbewerb in einem liberalisierten und harmonisierten europäischen Binnenmarkt durch Schaffung von Zugang zu Engpassfaktoren zu angemessenen Bedingungen, da sonst wegen der zugrunde liegenden Ökonomien kein nachhaltiger Wettbewerb entstehen kann.

Die Bundesnetzagentur (vormals Regulierungsbehörde) hat mit dem TKG 1996 den gesetzlichen Auftrag erhalten, im Telekommunikationsbereich durch Regulierungsmaßnahmen Wettbewerb zu schaffen. In diesem Bereich herrschen die für Netzindustrien typischen Kostenstrukturen hoher Anfangsinvestitionen, fallender Durchschnittskosten aufgrund von Größen- und Verbundvorteilen und damit verbunden strukturelle Marktzutrittsbarrieren, die Wettbewerbsvorteile für das ehemalige Monopolunternehmen begründeten. Angesichts dieser Ausgangslage konnte Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten zunächst nur durch Zugangs- und Entgeltregulierung zur Infrastruktur des etablierten Betreibers entstehen.

Die Liberalisierung erfolgte gerade im dynamischen Telekommunikationsbereich vor dem Hintergrund, dass wettbewerbsfähige Systeme über eine höhere Innovationsfähigkeit verfügen als Monopole und auch eine wesentliche Rolle als Anreizmechanismus innerhalb von Organisationen spielen. Daher standen von Anfang an nicht nur die allokativen, sondern auch die dynamischen Vorteile des Wettbewerbs im Vordergrund.

---

<sup>1</sup> Monopolkommission, Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten; Sondergutachten gemäß § 121 Abs. 2 TKG.

### 3. Erfolgsbilanz nach über zehn Jahren Regulierung

Seit der Liberalisierung haben in der Tat auch die Wettbewerber der *DT AG* in erheblichem Umfang eigene Infrastrukturen aufgebaut. Dies hat dazu geführt, dass Deutschland heute über eine ausgesprochen leistungsfähige Telekommunikationsinfrastruktur verfügt und der Telekommunikationsmarkt daher in vielen Bereichen durch eine hohe Wettbewerbsdynamik gekennzeichnet ist.

Wettbewerber erzielen einen erheblichen Anteil an der Wertschöpfung auf den Telekommunikationsmärkten. Im Breitbandbereich liegt der Wettbewerberanteil gemessen in Absätzen sogar über 50 %. Seit 2007 hat die *DT AG* jedoch ihren Marktanteil bei knapp unter 50 % stabilisiert.

Bislang wurden einerseits durch die Entscheidungen der Bundesnetzagentur sowohl die erforderlichen Voraussetzungen für komplementäre Investitionen der Wettbewerber auf nachgelagerten Wertschöpfungsstufen geschaffen als auch die „richtigen“ Preissignale für Investitionsentscheidungen im Hinblick auf alternative Infrastrukturen zu denen der *DT AG* gesetzt. Andererseits werden aber auch dem regulierten Unternehmen angemessene Renditen zugestanden und dessen Sonderbelastungen gegebenenfalls berücksichtigt. Dadurch ist sichergestellt, dass auch dem etablierten Betreiber ausreichende Mittel für den Aus- und Umbau seiner Netze zur Verfügung stehen. Diese Einschätzungen werden durch die Erfahrungen der letzten zwölf Jahre bestätigt, in denen aufgrund der Implementierung vielfältiger Netzzugangsoptionen eine rege Investitionstätigkeit sowohl der neu in den Markt getretenen Unternehmen als auch der *DT AG* zu beobachten war.

Seit 2002 haben Wettbewerber regelmäßig über 50 % der Sachinvestitionen auf den deutschen Telekommunikationsmärkten getätigt und damit ebenso wie die *DT AG* ihren Anteil zum Infrastrukturausbau im Telekommunikationssektor beigetragen<sup>2</sup>.

Dies zeigt, dass die Regulierungsziele der Wettbewerbsintensivierung und Investitionsförderung nicht im Widerspruch zueinander stehen und ein direkter Zusammenhang von Deregulierung und der Förderung des Infrastrukturausbaus nicht ableitbar ist. Wettbewerb ist einer der wichtigen Motoren für Investitionen. Auch darum war der Sektor liberalisiert worden. Überall dort, wo effiziente Regulierung den Wettbewerb voranbringt, gibt es deshalb keinen Konflikt zwischen Regulierung und Investitionen.

Die Konzeption des TKG 2004 auf der Basis des Europäischen Rechtsrahmens sieht den Übergang von wettbewerblichen Märkten aus der sektorspezifischen Regulierung in das Kartellrecht für solche Märkte vor, die im Rahmen der in der Marktregulierung vorgesehenen Marktanalyseverfahren als nicht mehr regulierungsbedürftig eingestuft werden (Drei-Kriterien-Test). Die regelmäßige Durchführung dieses Tests im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt vor Entscheidungen der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Auferlegung und Fortführung von Maßnahmen und damit das stetige Infragestellen von Regulierung trägt dem Übergangscharakter von sektorspezifischer Regulierung grundsätzlich hinreichend Rechnung.

Dem auf den Endkundenmärkten entstandenen Wettbewerb hat die Bundesnetzagentur dadurch Rechnung getragen, dass sie alle ehemals regulierten Endkundenmärkte aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen hat bzw. nur noch einer Ex-post-Regulierung unterwirft (Anschlussmarkt).

---

<sup>2</sup> Vgl. Jahresbericht 2008, S. 63.

Allerdings hängt dieser Wettbewerb auf den aus der Regulierung entlassenen Märkten noch von einer Regulierung der Vorleistungsmärkte ab und ist insofern als regulierungsbedingt anzusehen. Bereits deshalb ist eine weitgehende Deregulierung der Vorleistungsmärkte aktuell nicht absehbar, auch wenn partiell eine Rückführung der Intensität der Regulierung bereits eingeleitet wurde (z. B. mehr Ex-post-Entgeltregulierung). Dies kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass noch immer etwa ein Drittel der Wettbewerberumsätze über die Zahlung von Vorleistungsentgelten der *DT AG* zugute kommt.

Die Regulierung des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) führte dazu, dass Teilnehmernetzbetreiber zwischenzeitlich etwa 3.800 Hauptverteilerstandorte erschlossen haben und relativ umfassend in eigene Kern- und Konzentratornetze investiert haben und weiter investieren. Damit sind sie in der Lage, etwa drei Vierteln der Bevölkerung Deutschlands alternative Komplettangebote „aus einer Hand“ anzubieten. Bedingt durch das Wachstum im Breitbandbereich haben Wettbewerber zunehmend mit der TAL dasjenige Vorleistungsprodukt genutzt, das von ihnen selber den höchsten Teil an eigenen Investitionen in Netzinfrastruktur erfordert, um den Verkehr vom Hauptverteiler (HVt) zu übernehmen. Insofern hat sich gezeigt, dass das Konzept der Investitionsleiter trägt: Der Anteil von Wettbewerb auf Basis der TAL ist bis 2008 kontinuierlich gestiegen. Da die Replizierbarkeit des Netzes auf der letzten Meile am wenigsten gegeben ist, haben Wettbewerber in diesem Bereich mit der Anmietung der TAL fast ausnahmslos auf Vorleistungen der *DT AG* zurückgegriffen und nicht selber in die letzte Meile investiert. Ohne solche Vorleistungsprodukte hätten die Investitions- und auch die Innovationskraft des Wettbewerbs jedoch nicht gehoben werden können.

#### **4. Neue Herausforderungen durch Breitbandanschlussnetze der nächsten Generation**

Zwar sind im Telekommunikationssektor mit seiner hohen Innovationsrate Ersatzinvestitionen immer zu einem *Upgrade* des Netzes genutzt worden, jedoch stehen mit der Notwendigkeit, die Anschlussnetze durch die Ermöglichung hoher Bandbreiten zukunftssicher zu machen, Investitionen durch Wettbewerber und die *DT AG* in einer seit der Liberalisierung nicht gekannten Größenordnung an.

Heute wird nicht mehr – wie vor 1998 – nur von einem Unternehmen unter den Bedingungen eines geschützten Monopols investiert, sondern in einem liberalisierten Markt, der der sektorspezifischen Regulierung unterliegt, sowohl von der *DT AG*, als dem im Anschlussbereich marktbeherrschenden Unternehmen, als auch von ihren Wettbewerbern.

Die Investitionen fallen vor allem im teilnehmernahen Bereich auf der letzten Meile an, der wegen Dichte- und Größenvorteilen durch hohe Markteintrittshürden und einen ausgeprägten *Bottleneck*-Charakter gekennzeichnet ist.

Aufgabe der Regulierung ist es unter anderem, Anreize für effiziente Investitionen in eine zukunftsfähige Infrastruktur zu setzen und im Rahmen der Migration zu *NGA* das bisher erreichte Niveau des infrastrukturbasierten Wettbewerbs durch geeignete Zugangsprodukte auch weiterhin zu ermöglichen, insbesondere angesichts der noch zunehmenden Engpasseigenschaft zukünftiger Netze.

##### **a) „Ökonomie der Breitbandnetze“**

Investitionen in *NGA* werden nach aller Voraussicht die Bedeutung von Skalen- und Dichtevorteilen weiter verstärken, damit die Replizierbarkeit reduzieren und weiterhin zu nachhalti-

gen *Bottlenecks* im Anschlussbereich führen und diese *Bottlenecks* gegebenenfalls noch verstärken<sup>3</sup>.

Verschiedene Studien zeigen<sup>4</sup>, dass Glasfasernetze wie sie für *NGA* benötigt werden, wirtschaftlich vor allem in städtischen Regionen ausgebaut werden können und die Möglichkeit der Duplizierung dieser Netze durch alternative Anbieter eher beschränkt ist. Dies gilt – in graduellen Unterschieden – sowohl für *Fiber to the Home (FTTH)*, *Fiber to the Building (FTTB)* als auch für *Fiber to the Cabinet (FTTC)* -Infrastrukturen. Ein zweiter Anbieter muss demnach über hohe Marktanteile verfügen, wenn er neben dem Erstinvestor eine zweite Glasfaserinfrastruktur näher zum Endkunden ausbauen will. Auch bei einer *NGA*-Umgebung ist der Teilnehmeranschlussbereich als *Bottleneck* anzusehen.

Alternative Anbieter aus der Privatwirtschaft können grundsätzlich auch „Erstinvestor“ für ein Glasfasernetz sein, wenn sie in ihren Ausbauregionen über hohe Marktanteile und/oder möglicherweise über Leerrohrzugang verfügen. Dies belegen erste Beispiele hinsichtlich des Glasfaserausbau in Deutschland, dennoch sind im Hinblick auf einen flächendeckenden Ausbau von *NGA*-Infrastrukturen Kosten für den etablierten Betreiber tendenziell geringer als für andere Anbieter, da er bereits über geeignete Infrastrukturen (z. B. Gebäude, Kabelschächte etc.) und hohe Marktanteile verfügt. Eine große bestehende Kundenbasis, die auf das *NGA*-Netz migriert werden kann, erlaubt eine deutliche Reduzierung des Auslastungsrisikos, das wegen der großen Skalenvorteile mit *NGA*-Netzen verbunden ist.

Die Zugangsgewährung durch freiwillige *Open-Access*-Regelungen sollte zur Reduzierung des Auslastungsrisikos im Interesse der investierenden Unternehmen sein.

Die Möglichkeit der Mitnutzung vorhandener Leitungsnetze, etwa wo Leerrohre vorhanden sind, ebenso wie die simultane Investition für mehrere Infrastrukturen (Wasser, Strom, Gas etc.) wirkt tendenziell kostensenkend und kann gegebenenfalls einen Glasfaserausbau wirtschaftlich machen, wo dies ansonsten nicht der Fall wäre. Eine gemeinsame Nutzung von Anlagen und Infrastruktur ist insofern ökonomisch sinnvoll.

Gegebenenfalls ist auch zu beachten, dass die Frage der Wirtschaftlichkeit des Ausbaus aus Sicht eines reinen Telekommunikationsdiensteanbieters und einer Gebietskörperschaft nicht unbedingt gleich beantwortet werden muss, weil Gebietskörperschaften eventuell externe Effekte hinsichtlich der Attraktivität ihres Standortes, etwa für gewerbliche Ansiedlungen, in ihre Kosten-Nutzen-Analyse mit einbeziehen.

## **b) Status quo des Ausbaus**

Die *DT AG* hat mittlerweile in etwa 50 Städten den Glasfaserausbau in Richtung Endkunden bis zum Kabelverzweiger (KVz) vorangetrieben und dort *VDSL*-Infrastruktur installiert, die es ihr erlaubt, ihren Endkunden *DSL*-Anschlüsse mit einem Download von bis zu 50 Mbit/s und einem Upload von bis zu 10 Mbit/s anzubieten. Mit dieser bereits installierten Infrastruktur haben etwa 20 bis 25 % aller Haushalte Zugang zu einer *NGA*-Infrastruktur.

<sup>3</sup> Etwa *JPMorgan* (2006), *The Fibre Battle – Changing Dynamics in European wireline*, October 4, 2006; *Analysys* (2007), *The business case for sub-loop unbundling in the Netherlands, Final Report for OPTA*, January 26, 2007; *Analysys Mason* (2008), *The costs of deploying fibre-based next-generation broadband infra-structure, Final report for the Broadband Stakeholder Group*, September 8, 2008; *WIK-Consult GmbH* (2008), *Study for the European Competitive Telecommunication Association, The Economics of Next Generation Access – Final Report*, September 10, 2008, [http://www.ectaportal.com/en/upload/ECTA%20NGA\\_masterfile\\_2008\\_09\\_15\\_V1.zip](http://www.ectaportal.com/en/upload/ECTA%20NGA_masterfile_2008_09_15_V1.zip); *ERG* (2007), *ERG Opinion on Regulatory Principles of NGA*, *ERG* (07) 16rev2, [http://www.erg.eu.int/documents/docs/index\\_en.htm](http://www.erg.eu.int/documents/docs/index_en.htm); *ERG* 2007, *ERG* (09) 17, *Report on Next Generation Access – Economic analysis and Regulatory Principles*, June 2009.

<sup>4</sup> Verschiedene Studien für die Regulierungsbehörden in den Niederlanden, Belgien und Irland sowie die Studie von *wik consult* im Auftrag von *ECTA: The Economics of Next Generation Networks* (September 2008).

Daneben haben alternative Betreiber (*City Carrier*, Stadtwerke, Energieversorger) in einzelnen Städten, dabei nicht unbedingt immer in hoch verdichteten Großstädten, eigene *FTTH*- oder *FTTB*-Netze ausgebaut oder sind dabei dies zu tun. Zunehmend treten Stadtwerke und Energieversorger als Infrastrukturbereitsteller auf den Plan, da sie durch Verbundvorteile vermutlich in der Lage sind, passive *NGA*-Netze am günstigsten aufzubauen.

Darüber hinaus entwickeln Netzbetreiber derzeit gemeinsam mit der *DT AG* Kooperationsmodelle, nach denen sie beim *NGA*-Ausbau zusammenarbeiten wollen. Dabei ist beabsichtigt, dass jeder Kooperationspartner in einer bestimmten Region den *VDSL*-Ausbau bestimmter Städte übernimmt und beide Partner sich gegenseitig Zugang zum erschlossenen *VDSL*-Netz geben werden, um bei allen Kunden der Region *VDSL*-Anschlüsse vermarkten zu können. Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur sind bei der Klärung der grundlegenden wettbewerbsrechtlichen und regulatorischen Fragestellungen vorangekommen. So beabsichtigt das Bundeskartellamt in Abstimmung mit der Bundesnetzagentur die Veröffentlichung von Hinweisen zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland.

Für alle Netze gilt, dass sie insbesondere durch eine schnell erreichte hohe Auslastung rentabel werden. Daher wird die Bedeutung freiwilliger *Open-Access*-Möglichkeiten zunehmen.

Auch die Betreiber alternativer Infrastrukturen investieren in leistungsfähige Breitbandnetze, damit ihre Endkunden besonders breitbandige Anwendungen komfortabel nutzen können. Im Bereich der breitbandigen TV-Kabelanschlüsse (*HFC*-Infrastruktur) zeichnet sich ein Wechsel der Transporttechnologie vom *DOCSIS-2.0*- auf den *DOCSIS-3.0*-Standard ab. Dieser erlaubt eine effizientere Nutzung der gesamten Bandbreite des Kabels und somit höhere Bandbreiten für jeden einzelnen Kunden.

Gerade im Hinblick auf *NGA* zeigt sich, dass die etablierten Betreiber vor allem in denjenigen Ländern in *NGA*-Infrastrukturen investieren, wo sie durch intermodalen Wettbewerb dazu gezwungen werden (hohe Marktanteile für Kabelnetze in den Niederlanden und der Schweiz; dort zusätzlicher Wettbewerbsdruck durch Energieversorger). Diese Rolle konnten die Kabelnetze in Deutschland aufgrund verschiedener Probleme (Rückkanalfähigkeit, Trennung der Netzebenen 3 und 4, die den Kabelnetzbetreibern nur teilweise Zugang zu ihren Endkunden ermöglicht) nur mit großer Verzögerung spielen; sie sind nun allerdings erfolgreich dabei, den Rückstand aufzuholen, wenn auch von einem niedrigen Ausgangsniveau herkommend in einem sich der Sättigungsgrenze nähernden Markt.

Neue Technologien machen auch Mobilfunknetze zunehmend geeigneter für die Nutzung breitbandiger Datenübertragungen. So ist 2013 in Europa mit einer umfassenderen kommerziellen Nutzung der Mobilfunktechnologie der vierten Generation zu rechnen.

Wenn man es mit der Erwartung vergleicht, die Ende der 90er Jahre mit der zunehmenden Marktpenetration der Mobilfunknetzbetreiber verbunden war, hat das Festnetz jedoch durch die steigende Bedeutung der Bandbreite für moderne und zukunftsgerichtete Telekommunikationsdienste seinen Vorsprung gegenüber dem Mobilfunk behaupten können.

### **c) Konkrete Investitionsentscheidung**

Mit einer Investition in *NGA*-Infrastruktur im Anschlussbereich sind – wie mit jeder Investition – Unsicherheiten verbunden. Aus der Unsicherheit ergeben sich Chancen und Risiken. Wegen der Kapitalintensität des *NGA*-Ausbaus spielen die Kapitalkosten eine wesentliche Rolle. Investitionen werden nur getätigt, wenn vor dem Hintergrund der Chancen und Risiken eine entsprechende Eigenkapitalverzinsung erreicht werden kann. Konkret müssen die Unternehmen vor ihrer Ausbauentscheidungen eine interne Verzinsung kalkulieren, die mindestens erreicht werden muss, um ein Projekt tragfähig zu machen. Wo ein höheres Risiko zu erwarten ist, muss die erwartete Ertragsrate entsprechend höher sein.

Chancen entstehen durch die Möglichkeit, neue Dienste anbieten zu können, darüber höhere Umsätze zu generieren und dabei gleichzeitig Betriebskosten einzusparen. Die Unsicherheit über die folgenden Faktoren beeinflusst das Risiko eines Investitionsprojektes:

Es stellt sich die Frage, ob die neuen Dienste tatsächlich nachgefragt werden. Weiterhin besteht Unsicherheit über zusätzlich erzielbare Umsätze, d. h. wie sieht die Zahlungsbereitschaft der Nachfrager für neue Dienste aus? Es besteht Unsicherheit über die zukünftige Wettbewerbssituation auf dem Markt, etwa den Status des intermodalen Wettbewerbs oder die Möglichkeit drohenden Marktzutritts. Die allgemeine wirtschaftliche Lage (Konjunktur etc.) muss über den Amortisationszeitraum des Projekts abgeschätzt werden. Unsicherheit besteht auch darüber, ob die aktuell geplante Ausbautechnologie durch eine leistungsfähigere Technologie überholt wird, bevor die Investition sich amortisiert hat und wie sich die Ausbaukosten entwickeln (etwa Löhne für den Tiefbau).

Nicht alle Risiken sind exogen. Der Investor kann die Risiken des Infrastrukturausbaus beispielsweise durch folgende Maßnahmen reduzieren:

Investitionen können durch Vorabzahlungen finanziert werden. Dies senkt die Kapitalkosten über die Zeit und reduziert das Investitionsrisiko. Damit trägt der Investor das Risiko beim Ausbau neuer Infrastruktur nicht allein. Der Investor kann zunächst die Nachfrage bündeln und erst dann mit dem Ausbau beginnen, wenn eine bestimmte Penetrationsrate durch Vorab-Verträge mit Endkunden gesichert ist. Der Ausbau kann projektweise vorangetrieben werden, wobei nachfolgende Projekte erst in Angriff genommen werden, wenn das vorherige Projekt erfolgreich war. Anreizsysteme zur schnelleren Markterschließung können in die Preisgestaltung von Vorleistungsprodukten aufgenommen werden (etwa ausgerichtet an der Gesamtabsatzmenge auf dem Markt). Grabungskosten von Ausbauprojekten etwa des etablierten Betreibers und von alternativen Wettbewerbern können durch Infrastruktur-*Sharing* geteilt werden. Mit anderen Marktteilnehmern können vertraglich Abnahmeverpflichtungen abgeschlossen werden, bevor mit dem Ausbau tatsächlich begonnen wird, um das Auslastungsrisiko zu reduzieren. Der Netzbetreiber kann seine vorhandene Kundenbasis aus dem bestehenden Netz auf die neue Infrastruktur migrieren und damit deren Auslastung erhöhen. Damit lässt sich das Auslastungsrisiko vor allem dann deutlich senken, wenn der Investor über eine große Kundenbasis und entsprechende Marktanteile am Endkundenmarkt verfügt.

## 5. Regulatorische Herausforderungen durch NGA

Mit dem NGA-Ausbau kann sich die Flexibilität des bestehenden Regulierungsrahmens zeigen, auch in einem dynamischen, von technischem Fortschritt geprägten Wettbewerbsumfeld adäquat auf die aktuelle Situation zu reagieren, um Investitionen und Wettbewerb zu sichern.

Im Hinblick auf die Relevanz aller Maßnahmen zur Erhöhung der Auslastung von NGA-Netzen sowie Maßnahmen des Infrastruktur-*Sharings* zur Risikosenkung werden in den Eckpunkten 1 bis 3 besonders Aspekte von *Open-Access*-Netzen und Kooperationen thematisiert. Dabei ist der Begriff von *Open-Access*-Netzen weiter zu konkretisieren und soll mit den Marktteilnehmern in dem von der Bundesnetzagentur zu gründenden NGA-Forum diskutiert werden.

Wie bei jeder Investition bestehen Chancen und Risiken, die mit der Unsicherheit von Infrastrukturinvestitionen verbunden sind. In einem regulierten Umfeld muss auch analysiert werden, ob und auf welche Weise die beschriebenen Risiken durch die Regulierung beeinflusst werden. Dabei gilt es zu bedenken, dass der Einfluss der Regulierung begrenzt ist und wesentliche Faktoren aus der kommerziellen Strategie der Marktparteien resultieren. Um Investitionsentscheidungen nicht zu verzerren, sollte sich die Bundesnetzagentur so „risiko-

neutral“ wie möglich verhalten und die erwartete Ertragsrate im Verhältnis zum Marktergebnis nicht verzerren. Dazu kann die Bundesnetzagentur auch beitragen, indem sie Maßnahmen zur Erhöhung der Prognostizierbarkeit ihrer Handlungen ergreift (siehe Eckpunkte 4 und 5 – Dauer der Regulierungsperioden, Prüfung von Vorabfestlegungen).

Bei einer NGA-Umgebung ist der *Bottleneck*-Charakter des Teilnehmeranschlussbereichs als noch ausgeprägter anzusehen als in bisherigen Telekommunikationsnetzen. Vor diesem Hintergrund ist ein wesentliches Thema der Eckpunkte, zur Sicherung der Investitions- und Innovationskraft der beteiligten Unternehmen durch eine angemessene Zugangsgewährung und Entgeltgestaltung beizutragen, die es erlaubt, auch im Rahmen der Migration zu NGA das erreichte Niveau des infrastrukturbasierten Wettbewerbs zu ermöglichen.

Hierbei ist hinsichtlich der Ziele, weiße Flecken in der Breitbandversorgung zu schließen bzw. die Verfügbarkeit von Anschlüssen mit mehr als 50 Mbit/s zu erhöhen, wo bereits eine Breitbandversorgung bereit steht, zu unterscheiden.

Zwar kann Zugangsregulierung beim Schließen der weißen Flecken unterstützend wirken (Eckpunkt 6, insbesondere Schaltverteiler), allerdings ist nicht davon auszugehen, dass allein durch Zugangsregulierung eine flächendeckende Breitbandversorgung zu erreichen ist. Wo sich der Ausbau auch für ein einzelnes Telekommunikationsunternehmen nicht lohnt, ist eine Breitbandversorgung gegebenenfalls nur durch staatliche Finanzhilfen möglich, wie sie derzeit vor allem über kommunale Gebietskörperschaften (u. a. aus dem Konjunkturprogramm der Bundesregierung) bereitgestellt werden.

Die Einbeziehung auch des Mobilfunks kann im Rahmen des flächendeckenden Breitbandausbaus von erheblicher Bedeutung im Sinn einer Erstversorgung bestimmter, bislang nicht abgedeckter Gebiete sein. Darüber hinaus kann die mobile Breitbandversorgung in der Fläche im Sinne einer Zweitversorgung eine wichtige Rolle für die wirtschaftliche Entwicklung spielen. Eine wesentliche Voraussetzung hierfür ist auch die Verfügbarkeit geeigneter Frequenzen unterhalb von 1 GHz. Die Bundesnetzagentur hat hierzu die entsprechenden Verfahren zur Frequenzvergabe festgelegt. Durch die für 2010 geplante Versteigerung von insgesamt 360 MHz Spektrum, darunter das für die flächendeckende Versorgung mit breitbandigen Mobilfunkdiensten hoch attraktive Spektrum der Digitalen Dividende, soll die Versorgung ländlicher Gebiete mit Breitband vorangetrieben werden.

Hinsichtlich der Möglichkeiten, die Versorgung mit Anschlüssen über 50 Mbit/s in solchen Regionen zu unterstützen, in denen bereits ein oder mehrere Wettbewerber am Markt sind, kann Regulierung vermutlich durch Förderung wettbewerblicher Strukturen mehr bewirken.

Es geht darum, angemessene Zugangsprodukte zu entwickeln (Eckpunkte 7 und 8), insbesondere solche, die als adäquater Ersatz für den Zugang am HVt fungieren können, wenn der HVt-Abbau einsetzt.

Mit der Flexibilisierung der Entgeltregulierung beschäftigen sich die Eckpunkte 9 und 10. Im Eckpunkt 9 werden Ausführungen zur Ermessensausübung zwischen Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung gemacht. In Eckpunkt 10 werden neue Tarifstrukturen diskutiert, die einerseits zusätzliche Flexibilität erlauben sollen und einen Beitrag zur besseren Verteilung der oben aufgeführten Investitionsrisiken leisten sollen, andererseits jedoch mit dem dem TKG zugrunde liegenden Konzept der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) sowie dem Nichtdiskriminierungsgebot vereinbar sind und keinen Anlass zu Preis-Kosten-Scheren und Kosten-Kosten-Scheren geben.

Um effiziente Infrastrukturinvestitionen der Marktparteien zu erzielen, ist es wie bisher erforderlich, eine angemessene Eigenkapitalverzinsung zu kalkulieren, die die eingegangenen Risiken adäquat reflektiert und insoweit eine Risikoprämie enthält. Viel spricht dafür, dass die bestehende Praxis zur Kalkulation der Eigenkapitalverzinsung auch in einer NGA-Umgebung

prinzipiell ihre Gültigkeit behält. Für das im Eckpunkt 11 angekündigte Gutachten zur Ermittlung der risikoadäquaten Verzinsung und die Klärung der Frage, inwieweit projektspezifische Risiken zu berücksichtigen sind, ist die Vergabe eines entsprechenden Gutachtens bereits erfolgt.

Überlegungen zu den Kosten und ihrer Allokation auf verschiedene Anschluss- und Transportleistungen sind Gegenstand von Eckpunkt 12.

Auf die Frage der Regionalisierung bei der Marktabgrenzung wird in Eckpunkt 13 eingegangen.

Maßnahmen zur Steigerung der Transparenz im Markt sind Gegenstand von Eckpunkt 14. Dies betrifft insbesondere die Gründung eines *NGA*-Forums. Darüber hinaus hat am 08.12.2009 die Startphase des Infrastrukturatlases begonnen. Seither erhalten Abfrage- und Nutzungsberechtigte auf Antrag von der Bundesnetzagentur Auskunft über in ihrer Region vorhandene Infrastruktur, die gegebenenfalls zur Mitnutzung geeignet sein könnte.

Insgesamt enthält das TKG überwiegend hinreichende Grundlagen, um den Herausforderungen des *NGA*-Ausbaus in regulatorischer Hinsicht zu genügen. Im Hinblick auf die Investitionstätigkeit der Wettbewerber wie auch des marktbeherrschenden Unternehmens, das im bestehenden Regulierungsrahmen das eigene Breitbandnetz weiter ausgebaut, dieses mittlerweile auf die modernere *Ethernet*-Technologie migriert und immerhin knapp 25 % der Haushalte mit VDSL-Infrastruktur versorgt hat, erzeugt die Entgeltregulierung folglich zum einen adäquate Anreize und bietet zum anderen hinreichende Handlungsspielräume. Der Bundesnetzagentur ist es insbesondere in der Anwendung der Regulierungsinstrumente daher möglich, auf sich wandelnde Bedingungen und neue Herausforderungen angemessen zu reagieren.

## Eckpunkte 1 bis 3

Die Bundesnetzagentur begrüßt Projekte, wie sie aktuell z.B. von regionalen Unternehmen oder öffentlichen Trägern durchgeführt und geplant werden, die die Errichtung hochleistungsfähiger Telekommunikations-Infrastruktur umfassen und Dritten den Zugang zu diesem Netz diskriminierungsfrei, transparent und offen zur Verfügung stellen (*Open Access*). Die Bundesnetzagentur kann in diesem Fall von einer Regulierung absehen.

Nachfragegerechte Zugangsprodukte können von der *Deutschen Telekom* freiwillig angeboten werden. Wenn diese freiwilligen Angebote diskriminierungsfrei gestaltet sind und die Entgelte der Leistungen angemessen sind, ist eine solche Lösung regulatorischen Eingriffen vorzuziehen.

Die Bundesnetzagentur unterstützt ein geeignetes und wettbewerbskonformes Infrastruktur-*Sharing*.

Eine nicht-diskriminierende Implementierung von Kooperationsmodellen der Wettbewerber untereinander oder mit der *Deutschen Telekom* (einschließlich sachgerechter Kostenteilungsprinzipien) wird von der Bundesnetzagentur im Grundsatz begrüßt, insbesondere dann, wenn sie zu *Open-Access*-Netzen führen.

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahmen

#### a) Eckpunkt 1

Die Kommentierenden stimmen den Ausführungen in Eckpunkt 1 überwiegend zu und weisen zugleich auf die Notwendigkeit hin, ein gemeinsames Verständnis des Begriffs „*Open Access*“ herbeizuführen. Für *Open Access* seien derzeit Interpretationen von einem *Resale*-Modell bis zu einem Zugang zur entbündelten Glasfaser in der Diskussion. Solange nicht hinreichend geklärt sei, unter welchen Bedingungen eine etwaige Zugangsgewährung tatsächlich als *Open Access* zu betrachten ist, könne ein entsprechender Regulierungsverzicht nicht gerechtfertigt sein.

Der *VATM* betont, dass die Frage der Regulierungsbedürftigkeit aller Netzinfrastrukturen weiterhin anhand der gängigen telekommunikationsrechtlichen Instrumentarien beantwortet werden müsse. Möglicherweise könne darüber nachgedacht werden, ein „Muster-Standardangebot“ entsprechend § 23 TKG für *Open-Access*-Netze zu entwickeln und die einzelnen Angebote hieran zu messen.

Nach Auffassung des *BREKO* wäre z.B. zu diskutieren, ob *Open Access* notwendigerweise eine Desintegration der verschiedenen Wertschöpfungsebenen voraussetze und ob die Freiwilligkeit eines gewährten Netzzugangs für *Open Access* kennzeichnend sei. Zudem sei die Frage zu klären, ob ein Zugang an allen technisch möglichen und nachgefragten Ebenen bzw. Zugangspunkten erforderlich sei, um ein Modell als *Open Access* zu qualifizieren.

Nach Auffassung von *Vodafone* müssten lokale Glasfasernetze im Rahmen des Art.-7-RRL-Verfahrens auf Marktbeherrschung durch die Bundesnetzagentur untersucht werden. Denn eine auf diesem Wege festgestellte Marktbeherrschung sei eine Grundvoraussetzung, damit es im Ermessen der Behörde liege, auf eine Regulierung verzichten zu können, soweit die Infrastruktur diskriminierungsfrei, transparent und offen zur Verfügung gestellt werde.

*Telefónica* spricht sich dafür aus, dass jegliche *Open-Access*-Verpflichtungen solchen Märkten vorbehalten werden, in denen *Bottleneck*-Ressourcen bestünden, die dazu führten, dass nicht mehr als ein bis zwei Anbieter in einem Markt tätig werden könnten.

*Appenzeller* hebt die Bedeutung des Diskriminierungsverbots, der Transparenzverpflichtung und der Zugangsverpflichtungen gemäß TKG hervor und warnt davor, zu früh auf Regulierung zu verzichten.

*BUGLAS* fordert die Einbeziehung funkgestützter Technologien in ein Gesamtkonzept des Eckpunktepapiers.

Nach Auffassung von *1&1* darf der *Open-Access*-Ansatz keine Präferenz von Infrastruktur- vor Dienstewettbewerb implizieren.

Den Ausführungen des *ANGA* zufolge sollten *Open-Access*-Netze in *Point-to-Point*-Technologien errichtet werden, um dritten Nachfragern auch die Möglichkeit der Anmietung eigener Infrastruktur zu ermöglichen. Dies fördere in solchen Fällen einen Wettbewerb über eigene Infrastrukturen und nicht einen deutlich weniger nachhaltigen Dienstewettbewerb auf einer Infrastruktur.

*Jeroschewski* plädiert in seiner Stellungnahme dafür, die Zugangsregulierung auf aktive Zugangsprodukte (wie z.B. Bitstromzugang) zu beschränken, um eine effiziente Preissetzung im Endkundenmarkt und eine effiziente Technologiewahl für *NGA* anzustreben.

Aus Sicht der *DT AG* bedeutet *Open Access*, dass unabhängig von der Anbieterstruktur sowie technischer und vertragsrechtlicher Ausgestaltungsform entscheidend sei, dass diskriminierungsfreier Zugang zur Netzinfrastruktur gewährt werde.

Nach Ansicht des *WAR* ist die Gewährleistung eines freien Netzzugangs für alle (*Open Access*) von essentieller Bedeutung.

## **b) Eckpunkt 2**

Der *VATM* hebt die Bedeutung des bestehenden rechtlichen Instrumentariums hervor und betont den Vorrang freiwilliger Angebote und Verhandlungen zwischen den Marktbeteiligten gegenüber regulatorischen Eingriffen. Dieser Vorrang folge aus dem TKG. Zugleich sei sicherzustellen, dass keine wettbewerbsverzerrenden Marktbedingungen resultierten.

Die *DT AG* äußert die Sorge, dass auf Seiten der Bundesnetzagentur die Ansicht vorherrschende, eine strenge Zugangs- und Entgeltregulierung sei auch im Hinblick auf die weitere Förderung einer flächendeckenden Breitbandversorgung hilfreich.

*ver.di* und die *IEN* fordern Klarstellungen im Hinblick auf den Begriff „nachfragegerechte Zugangsprodukte“.

*ANGA* kommentiert zustimmend.

Im Zusammenhang mit freiwilligen Angeboten sehen einige Kommentierende (*Appenzeller, BREKO, BUGLAS, ECTA, E-Plus, QSC, Telefónica, Versatel*) die Gefahr von Diskriminierungspotenzialen durch die *DT AG*. Die „Angemessenheit“ von Zugangsentgelten sei zudem zu konkretisieren. Es bestehe ferner die Gefahr, dass freiwillige Angebote ausschließlich an den strategischen Interessen des marktmächtigen Unternehmens ausgerichtet seien. Der *BREKO* schlägt diesbezüglich vor, das marktbeherrschende Unternehmen könnte ein entsprechendes Angebot vorab einer freiwilligen PKS- und KKS-Prüfung durch die Bundesnetzagentur unterziehen; diese Vorgehensweise sei ebenso bei beabsichtigten Veränderungen der Entgelte für derartige Angebote zu wählen.

*Vodafone* schlägt vor, den diskriminierungsfreien und transparenten Zugang zur NGA-Infrastruktur aufzuerlegen, sofern es innerhalb einer angemessenen Zeit nicht zu freiwilligen Zugangsvereinbarungen komme.

Nach Auffassung des *WAR* kann die Bundesnetzagentur die vorhandenen Instrumente des § 21 TKG auf eine Weise kombinieren, die den Zielen der Breitbandstrategie und dabei vor allem dem Anspruch auf offenen Zugang bestmöglich Rechnung trägt. So weise bereits das geltende TKG „freiwilligen“ Zugangsverpflichtungen Vorrang vor behördlichen Anordnungen (gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht) zu. Der *WAR* hebt ferner die Bedeutung von *Open-Access*-Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Gewährung von Beihilfen für den Breitbandausbau hervor.

Den Ausführungen des *Bundeskartellamtes* zufolge bezieht sich dieser Eckpunkt auf alle Zugangsprodukte im Zusammenhang mit dem Glasfaserausbau, insbesondere auf den Zugang zur TAL am Hauptverteiler und am Kabelverzweiger sowie auf den VDSL-Bitstromzugang. Ein Absehen von einer Zugangsverpflichtung zur TAL am KVz erscheine indes angesichts der hierbei bestehenden Schwierigkeiten fragwürdig, zumal hierin die zentrale Verpflichtung für den von der Bundesnetzagentur priorisierten infrastrukturbasierten Wettbewerb liege.

Nach Ansicht von *ver.di* müsse der Terminus „nachfragegerecht“ hinreichend genau definiert sein, ansonsten würde der *DT AG* als größtem potenziellem Investor beim Glasfaserausbau der Boden der Planungssicherheit komplett entzogen.

Nach Auffassung des *Arbeitskreises Regulierung* sollten die Möglichkeiten von Verhandlungen im Markt und freiwilligen Zugangsangeboten offen gehalten werden, um nicht Gefahr zu laufen, Marktergebnisse zu früh zu determinieren.

### **c) Eckpunkt 3**

Die meisten Kommentierenden begrüßen die Aussage der Bundesnetzagentur, ein geeignetes und wettbewerbskonformes Infrastruktur-*Sharing* zu unterstützen.

Der *VATM* sieht die Gefahr der Bildung von Duopolen und spricht sich für eine regulatorische sowie kartellrechtliche Flankierung von Modellen aus, die wettbewerbsfördernden Charakter aufweisen.

Nach Auffassung der *DT AG* wären Leitlinien wünschenswert, welche die Förderung von Kooperationen zum Ausbau von Breitband-Infrastrukturen klarstellten. Zudem messe die Bundesnetzagentur privatwirtschaftlichen Kooperationsformen nur nachrangige Bedeutung bei, da in Eckpunkt 1 Projekte regionaler Unternehmen und öffentlicher Träger als besonders förderungswürdig hervorgehoben würden. *ver.di* fordert gleichfalls eine Ausformulierung von Bedingungen, unter denen solche Kooperationen zulässig seien. *BUGLAS* hält es für problematisch, dass die grundlegenden regulatorischen und wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen erst bei der Prüfung eines konkreten Vorhabens mit den Betroffenen geklärt und sodann für weitere Kooperationen verallgemeinert werden.

Die *IEN* äußert Zweifel im Hinblick auf die kartellrechtliche Zulässigkeit derartiger Kooperationen.

Der Verband *BITKOM* sieht Vorteile der Kooperationsmodelle und hebt zugleich die Notwendigkeit hervor, das Investitionsrisiko fair und diskriminierungsfrei zwischen Investoren und Dritten zu verteilen sowie der Gefahr von neuen Monopolen oder Duopolen entgegenzuwirken.

ANGA schlägt vor, solche Modelle zu entwickeln, die abgestufte Anreize danach schaffen, wie hoch die Beteiligung einzelner Partner beim Aufbau der Infrastrukturen ist.

QSC hebt die Unterschiede zum Mobilfunkbereich hervor, die darin zu sehen seien, dass im Festnetzbereich erhebliche Informationsdefizite zu Lasten der Wettbewerber existierten. Insofern seien derartige Kooperationsprojekte besonders intensiv zu prüfen. Nach Auffassung von *Telefónica* besteht der Unterschied darin, dass im Mobilfunkbereich vier Netzbetreiber tätig sind, von denen kein Unternehmen als marktbeherrschend auf den Endkundenmärkten eingestuft sei. Im Mobilfunk werde angestrebt, über Kooperationsmodelle Netze effizienter zu gestalten und Kosten einzusparen. *E-Plus* betont diesbezüglich, dass im Mobilfunk ein Duopol zwischen *T-Mobile* und *Vodafone* vorliege.

In Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung der Kooperationsprojekte sind nach Auffassung des *Bundeskartellamtes* sowohl regulatorisch als auch wettbewerbsrechtlich andere Maßstäbe anzulegen. Das *Bundeskartellamt* betrachtet zum einen Kooperationsprojekte, in denen es um nicht hinreichend duplizierbare Infrastruktur geht, wobei die gemeinsame Nutzung dieser Infrastruktur die Grundlage für Marktzutritte von Wettbewerbern darstelle. Diese Fallkonstellation sei wettbewerbsrechtlich an Missbrauchsmaßstäben im Sinne der *essential-facilities-doctrine* bzw. im Hinblick auf die regulatorische Notwendigkeit von laufend überwachten Zugangsverpflichtungen zur Marktöffnung zu messen. Zwar würden hier Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern geschlossen, die jedoch regelmäßig mangels Wettbewerbsbeschränkung nicht dem Kartellverbot unterlägen, da Folge dieser Zugangsvereinbarungen eine Wettbewerbsbelebung sei. Zum anderen gehe es aus Effizienzgründen um die gemeinsame Nutzung oder den Aufbau von Infrastruktur; hierbei seien andere Maßstäbe anzulegen. Denn hier komme nach kartellrechtlichen Maßstäben eine Beschränkung von Infrastrukturwettbewerb auf den betroffenen Märkten grundsätzlich in Betracht, die nur dann freistellbar sei, wenn sie u.a. für die Erreichung der Effizienzen unerlässlich sei und Wettbewerb nicht ausgeschlossen werde.

Nach Auffassung des *BREKO* sollten derartige Kooperationsmodelle z.B. nach der gewählten Kooperationsform, der Marktposition der beteiligten Partner und der Offenheit der Kooperation für Dritte unterschieden werden und der jeweils angemessene wettbewerbsrechtlich-regulatorische Rahmen geprüft werden.

*Vodafone* betont die Vorteilhaftigkeit eines Co-Investments mit mindestens drei Kooperationspartnern.

Nach Ansicht von *Appenzeller* beinhalte eine Bevorzugung von Kooperationspartnern gegenüber Drittanbietern erhebliche Risiken.

Der *DIHK* bittet um eine technologieoffene Formulierung anstelle einer Fokussierung auf den Ausbau von Glasfasernetzen.

Der Auffassung von *1&1* zufolge sollten Kooperationsprojekte auch für weitere Investoren wie *1&1* offen sein sowie für Dienstwettbewerb. Das Unternehmen schlägt die finanzielle Beteiligung z.B. eines Diensteanbieters an den Investitionskosten vor, womit der „virtuelle“ Erwerb eines Anteils der Infrastruktur erfolge. Das sich beteiligende Unternehmen erhalte dafür Zugangs- bzw. Nutzungsrechte für das neu errichtete Netz.

Der *WAR* schlägt vor, die für den Mobilfunkbereich bereits bewährten Regeln der Bundesnetzagentur für ein Infrastruktur-*Sharing* zu verallgemeinern bzw. weiterzuentwickeln. Im Hinblick auf Kooperationsmodelle seien vornehmlich kartellrechtliche Fragen zu klären, so dass eine präzise Zuständigkeitsabgrenzung erfolgen solle.

## 2. Bewertung

Der überwiegende Teil der Kommentare hat die Notwendigkeit einer Begriffsklärung für den Terminus *Open Access* betont. Die Bundesnetzagentur teilt die Auffassung, dass zunächst ein gemeinsames Verständnis des Begriffs *Open Access* herbeizuführen ist. Zu diesem Zweck werden wesentliche Aspekte, die im Zusammenhang mit dieser Fragestellung relevant erscheinen, im Folgenden adressiert. Die Bundesnetzagentur wird die Thematik auch im Rahmen des zu gründenden NGA-Forums diskutieren, um weitergehende Details und technische Spezifikationen klären zu können.

Freiwillige *Open-Access*-Angebote von Unternehmen, die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, unterliegen grundsätzlich keiner Regulierung. Allerdings sieht § 18 TKG für bestimmte Fallkonstellationen Möglichkeiten vor, auch Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen stellen jedoch eine hohe Hürde dar und die Bundesnetzagentur hat die Vorschrift bislang noch nie angewendet.

Auch wird für solche Situationen die Einführung einer symmetrischen Regulierung aller Netze diskutiert. Die Bundesnetzagentur hält diese Diskussion, zumal losgelöst von Marktanalyseverfahren für voreilig. Sie betrachtet diese Netze zunächst als erwünschte Belebung des Wettbewerbs.

Unternehmen sollten bei der Gestaltung ihrer *Open-Access*-Netze darauf achten, dass die Bedingungen und Entgelte des Netzzugangs angemessen bzw. marktüblich sind und entsprechende Angebote transparent und nachvollziehbar gestaltet werden.

Bei *Open-Access*-Modellen auf freiwilliger Basis von Unternehmen, die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, sind verschiedene Ausgestaltungsformen denkbar. Allerdings liegen hierzu bislang kaum Erfahrungen vor und auch die Konsultation der Eckpunkte hat hierzu nur wenige Erkenntnisse geliefert. Nachfolgend werden daher verschiedene denkbare *Open-Access*-Konstellationen dargestellt. Sie reichen von Modellen, die freiwillig auf funktionaler Separierung beruhen und auf eine vollständige Trennung von Netz und Dienst setzen, bis hin zu freiwilligen *Open-Access*-Angeboten regulierter Unternehmen zur Vermeidung regulatorischer Anordnungen.

### a) **Open Access auf Basis freiwilliger funktionaler Separierung**

Wenn breitbandige Anschlussnetze von Unternehmen errichtet und betrieben werden, die keine Endkundendienste anbieten, sondern das Netz zu diesem Zweck Dritten diskriminierungsfrei zur Nutzung anbieten, liegt in jedem Fall eine Form von *Open-Access* vor. Diese Form der funktionalen Separierung wird in der Regel auf Initiative der Gebietskörperschaften durch neu gegründete Betreibergesellschaften oder lokale Versorgungsbetriebe praktiziert.

Dabei sind unterschiedliche Varianten denkbar: Der Betrieb einer passiven Infrastruktur mit Zugangsmöglichkeiten für Betreiber einer aktiven Infrastruktur oder der Betrieb einer aktiven Infrastruktur mit Zugangsmöglichkeiten für Diensteanbieter.

Diese Formen freiwilliger funktionaler Separierung setzen den *Open-Access*-Gedanken am konsequentesten um. Denn die Betreiber der Netze haben ein Interesse daran, dass Anbieter den Zugang zu ihren Netzen tatsächlich nutzen, um das Netz mit Diensten zu füllen und die Investition in die Errichtung und den Betrieb des Netzes zu amortisieren. Anreize zur Diskriminierung sind daher in dieser Konstellation deutlich weniger vorhanden<sup>5</sup>. Insofern sollten

---

<sup>5</sup> so auch die Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Fn. 57.

entsprechende Angebote so gestaltet werden, dass sie vom Markt auch angenommen werden und diskriminierungsfrei allen Anbietern offen stehen, um Regulierung zu vermeiden.

**b) Sonstige *Open Access*-Modelle in Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht**

Wenn breitbandige Anschlussnetze von Unternehmen errichtet und betrieben werden, die gleichzeitig Endkundendienste anbieten, sind *Open-Access*-Angebote ebenfalls denkbar. Auch hier gilt: sofern die Bundesnetzagentur hinsichtlich einzelner Märkte oder Unternehmen keine beträchtliche Marktmacht feststellt, sind die jeweiligen Anbieter grundsätzlich frei in ihrer Entscheidung über die Gewährung von Zugang zu ihrem Netz. Gemäß der Konzeption des TKG bleibt die Regulierung dieser Anbieter der gesetzliche Ausnahmefall.

Da die Betreiber dieser Netze als vertikal integriertes Unternehmen selbst Endkundendienste anbieten, sind unterschiedliche *Open-Access*-Konstellationen denkbar. Differenzierungen können sich insbesondere daraus ergeben, wie weitgehend Zugangsmöglichkeiten eingeräumt werden. So ist es einerseits denkbar, dass Netzbetreiber diskriminierungsfrei Zugang auf mehreren Wertschöpfungsebenen und beispielsweise sowohl den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, Bitstromzugang und Resale ermöglichen. Andere Anbieter werden es vorziehen, sich auf ein oder zwei Zugangsvarianten festzulegen. Darüber hinaus sind Konstellationen denkbar, bei denen zwar grundsätzlich Zugang gewährt wird, dieser jedoch auf einige Anbieter beschränkt bleibt.

Generell gilt, dass angemessene bzw. marktübliche Bedingungen und Entgelte für den Zugang sowie Diskriminierungsfreiheit bei der Gestaltung der *Open-Access*-Modelle die besten Maßnahmen sind, um eine Regulierung dieser Anbieter auf der Basis des § 18 TKG zu vermeiden. Zu diesem Ergebnis kommt auch die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten 2009<sup>6</sup>.

Das TKG sieht in § 18 TKG die Möglichkeit vor, auch Netzbetreibern ohne beträchtliche Marktmacht unter bestimmten Voraussetzungen Verpflichtungen aufzuerlegen. Gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren und die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, in begründeten Fällen verpflichtet, auf entsprechende Nachfrage ihre Netze mit denen von Betreibern anderer öffentlicher Telekommunikationsnetze zusammenzuschalten, soweit dies erforderlich ist, um die Kommunikation der Nutzer und die Bereitstellung von Diensten sowie deren Interoperabilität zu gewährleisten. Hierzu kann einer der an der zu schließenden Zugangsvereinbarung Beteiligten die Bundesnetzagentur gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 TKG anrufen. Die entsprechende Maßnahme muss gemäß § 18 Abs. 3 TKG objektiv, transparent und nichtdiskriminierend sein.

Die Möglichkeit der Regulierung regionaler Netzbetreiber ohne beträchtliche Marktmacht stellt somit im TKG einen Ausnahmefall dar. Daher erhält die Bundesnetzagentur ihren in den Eckpunkten enthaltenen Appell zur Errichtung von *Open-Access*-Netzen auf freiwilliger Basis aufrecht, weil diese einen Beitrag zur Förderung von nachhaltigem Wettbewerb und effizienter Nutzung von Netzkapazitäten leisten. Nachfragegerechte Zugangsleistungen tragen dazu bei, auch dauerhaft eine Regulierung dieser regional bzw. punktuell ausgebauten, besonders hochbitratigen Anschlussnetze zu vermeiden.

**c) *Open Access* als kartell- oder beihilfenrechtliche Auflage für nicht marktmächtige Unternehmen**

*Open Access* kann auch nicht marktmächtigen Unternehmen als Verpflichtung oder Auflage im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Beurteilung von Kooperationsprojekten oder im Zuge der Gewährung von Beihilfen auferlegt werden. Als Gegenleistung für die gewährte Beihilfe oder um die Freistellung eines Kartells zu ermöglichen, müssen die Unternehmen entsprechende – verbindliche – Verpflichtungen eingehen.

<sup>6</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 2009, Ziffern 221f. und 292.

### - **Open Access im Zusammenhang mit Kooperationsprojekten**

Im Hinblick auf die kartellrechtliche Zulässigkeit von Kooperationsprojekten zum gemeinsamen Ausbau und zur gemeinsamen Nutzung von Breitband-Infrastruktur, die von einigen Kommentierenden in Zweifel gezogen wird, ist die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes gegeben. Das Amt behandelt diese Thematik aufgrund der engen Verknüpfung mit regulatorischen Fragestellungen – wie in der Breitbandstrategie der Bundesregierung gefordert – in Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur. In seiner Stellungnahme zu den Eckpunkten hat das Kartellamt die Unterschiede hinsichtlich der kartellrechtlichen Zulässigkeit hervorgehoben, die in Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung der Projekte (vgl. Zusammenfassung zu Eckpunkt 3) resultieren. Im Rahmen von Gesprächen zwischen Bundeskartellamt, Bundesnetzagentur und den involvierten Unternehmen wurden diese Aspekte im Vorfeld bereits adressiert.

Die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt sind dabei, die grundlegenden regulatorischen und wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen mit den betroffenen Unternehmen zu erörtern. Das Bundeskartellamt hat umfangreiche Auskunftersuchen an die betroffenen Unternehmen gerichtet und beabsichtigt in Abstimmung mit der Bundesnetzagentur die Veröffentlichung von Hinweisen zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland.

Neben der konkreten Ausgestaltungsform ist für die Beurteilung der kartellrechtlichen Zulässigkeit ferner relevant, welche Unternehmen in diese Projekte eingebunden sind. Falls Projekte durch Kooperationen von Wettbewerbern initiiert werden, die aufgrund ihrer in der Regel anzunehmenden Effizienzen gemäß Art. 81 Abs. 3 EG und § 2 GWB freigestellt wären, wäre das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot nach § 20 Abs. 1 GWB zu beachten. Danach ist es Wettbewerbern, die an einem freigestellten Kartell beteiligt sind, verboten, andere Unternehmen unbillig zu behindern oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich zu behandeln. Ein diskriminierungsfreier Zugang ist den Ausführungen des Bundeskartellamtes zufolge in diesen Fällen unmittelbar gesetzlich geboten.

Im Falle der Beteiligung des marktmächtigen Unternehmens an derartigen Kooperationsprojekten würden die Regulierungsvorschriften sowie Missbrauchsvorschriften nach allgemeinem Kartellrecht zur Anwendung gelangen. Kooperationen sind in derartigen Fällen anhand des Kartellverbots gemäß § 1 GWB und Art. 81 EG zu prüfen, wobei die Freistellungsvoraussetzungen nach § 2 GWB und Art. 81 Abs. 3 EG von den Unternehmen nachzuweisen sind (vgl. auch Stellungnahme des *Bundeskartellamtes* zu Eckpunkt 1).

### - **Open Access in den Beihilfeleitlinien**

In den von der Europäischen Kommission am 17.09.2009 veröffentlichten Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau<sup>7</sup> werden zugleich mit der Gewährung von Beihilfen Auflagen adressiert. Diese Maßnahmen beinhalten auch sogenannte *Open-Access-Auflagen*. Danach sollen die begünstigten Unternehmen als Gegenleistung für die staatliche Unterstützung verpflichtet werden, „Dritten in einem Zeitraum von mindestens sieben Jahren tatsächlichen Zugang auf Vorleistungsebene zu gewähren“<sup>8</sup>. Die auferlegte Verpflichtung zur Zugangsgewährung sollte insbesondere auch die Berechtigung zur Nutzung von Leerrohren und/oder Straßenverteilerkästen beinhalten, damit Dritte nicht nur Zugang zur aktiven, sondern auch zur passiven Infrastruktur erhalten<sup>9</sup>. Bei der Festlegung der Bedingungen für den

<sup>7</sup> [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/guidelines\\_broadband\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/guidelines_broadband_de.pdf).

<sup>8</sup> Beihilfeleitlinien, S. 27.

<sup>9</sup> Hinweis: die deutsche Fassung der Beihilfeleitlinien beruht an dieser Stelle in Rz. 79 offensichtlich auf einer fehlerhaften Übersetzung. So steht in der englischen Fassung „in order to allow third parties to have access to passive and not only active infrastructure“ und in der deutschen Fassung „damit Dritte nicht nur Zugang zur passiven, sondern auch zur aktiven Infrastruktur erhalten.“

Netzzugang auf Vorleistungsebene sollten die Mitgliedstaaten gemäß den Leitlinien die zuständigen nationalen Regulierungsbehörden konsultieren.

Hierzu ist anzumerken, dass durch diese Leitlinien keinerlei regulatorische Entscheidungen präjudiziert werden. Entscheidungen über die Gewährung staatlicher Beihilfen sollten formal und inhaltlich von Entscheidungen nach den Vorschriften des TKG getrennt werden. Gleichwohl können zwischen beiden Entscheidungsformen inhaltliche Berührungspunkte bestehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn im Rahmen von Beihilfeentscheidungen Aussagen zur wettbewerblichen Situation erforderlich sind oder Auflagen zur Zugangsgewährung und Entgeltfestsetzung beabsichtigt sind.

**d) Zugang im Falle von Regulierungsbedürftigkeit und dem Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht**

Das TKG verwendet im Bereich der Marktregulierung nicht die Formulierung *Open Access*, sondern spricht generell von Zugang. Im Rahmen des Marktdefinitions- und –analyseverfahrens sind die sachlich und räumlich relevanten Märkte festzulegen, die für eine Regulierung gemäß Teil 2 TKG in Betracht kommen und auf denen kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Auf diesen Märkten werden Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Rahmen einer Regulierungsverfügung gemäß § 13 Abs. 1 TKG Verpflichtungen auferlegt. Hierzu zählen u.a. Zugangsverpflichtungen, das Diskriminierungsverbot, die Transparenzverpflichtung, das Standardangebot sowie die Entgeltregulierung.

Zugang wird in § 3 Nr. 32 TKG als die Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten definiert. Die Vorschriften über die Zugangsregulierung enthalten in § 21 TKG einen nicht abschließenden Katalog von Zugangsvarianten. Erlegt die Bundesnetzagentur einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Zugangsverpflichtung auf, so soll sie bei bestehender allgemeiner Nachfrage das Unternehmen grundsätzlich auch dazu verpflichten, innerhalb von drei Monaten ein Standardangebot für die Zugangsleistung zu veröffentlichen.

Gemäß dem in § 19 TKG geregelten Diskriminierungsverbot müssen Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen. Die Gleichbehandlungsverpflichtungen nach § 19 Abs. 2 TKG stellen insbesondere sicher, dass der betreffende Netzbetreiber anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Produkte oder die seiner Tochter- oder Partnerunternehmen.

Gemäß § 20 TKG kann die Bundesnetzagentur eine Transparenzverpflichtung auferlegen. Transparenz des Zugangs kann sich hierbei auf die Veröffentlichung von Informationen und Beschreibungen über das Telekommunikationsnetz beziehen, zu dem Zugang begehrt wird. Dies betrifft beispielsweise die Struktur des Netzes, Netzmerkmale – wie Art und Anzahl der Zusammenschaltungs- oder Übergabepunkte -, Schnittstellen, Schutzvorrichtungen, örtliche Lage der Netzelemente und Gebäude, technische und räumliche Ausstattung von Kollokationsflächen sowie technische Spezifikationen. Des Weiteren kann sich die Transparenz auf die Veröffentlichung der Bedingungen für die Inanspruchnahme der Zugangsleistungen, einschließlich der zu zahlenden Entgelte (Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen) beziehen.

Eine wichtige Bedeutung kommt im Zusammenhang mit der Diskussion über *Open Access* der Vorschrift des § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG zu. Hiernach kann von einer Zugangsverpflichtung abgesehen werden, wenn freiwillige Angebote zur Sicherstellung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreichen. *Open-Access-Modelle* von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht werden im Rahmen von Verfahren zum Erlass einer Regulierungs-

verfügung dahingehend zu untersuchen sein, ob sie die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen überflüssig machen können. Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass das Vorliegen freiwilliger Angebote kein Ausschlusskriterium für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen darstellt, sondern im Rahmen des § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG einen von mehreren Abwägungsgesichtspunkten darstellt<sup>10</sup>. Das marktmächtige Unternehmen hat entsprechende Anreize, ein solches Angebot abzugeben. So kann der Verzicht auf eine Zugangsverpflichtung zugleich auch einen Verzicht auf Entgeltgenehmigung nach sich ziehen. Die Verpflichtung zur Auferlegung eines Standardangebots kann ebenfalls entfallen. Ein notwendiges Korrektiv bildet insofern das Kriterium, dass das Angebot von einem großen Teil des Marktes angenommen worden sein muss. Ein freiwilliges Angebot, das nur von einzelnen Nachfragern in Anspruch genommen wird, wird den Verzicht auf eine Zugangsverpflichtung in der Regel nicht rechtfertigen. Allerdings sind Konstellationen denkbar, in denen Vorleistungsprodukte aus strukturellen Gründen nur für eine gewisse Anzahl von Nachfragern in Betracht kommen. Die Annahme durch einen Großteil des Marktes bildet aber auf jeden Fall ein Indiz dafür, dass das Angebot hinsichtlich Produkt- und Preisgestaltung den Nachfragerpräferenzen entspricht und insofern nicht diskriminierend wirkt oder – wie von einigen Kommentierenden befürchtet – ausschließlich strategischen Interessen des marktmächtigen Unternehmens dient.

Für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sieht Art. 13a des Entwurfs einer neuen Zugangsrichtlinie eine funktionelle Separierung vor, falls die in den Art. 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie adressierten Maßnahmen nicht zu wirksamem Wettbewerb geführt haben, bedeutende und nachhaltige Wettbewerbsprobleme und/oder Marktversagen vorliegen. Die Auferlegung dieser Maßnahme soll insbesondere nicht dazu führen, Investitionsanreize zu hemmen oder die Konsumentenwohlfahrt zu beeinträchtigen. Die Auferlegung erfordert daher eine Analyse verschiedener relevanter Märkte, wobei die nationalen Regulierungsbehörden ihre Aufmerksamkeit auf das Ausmaß des Netzausbaus und das Ausmaß des technologischen Fortschritts richten sollten. Seitens der Europäischen Kommission wird funktionelle Separierung folglich nicht als „Allheilmittel“, sondern lediglich als letzte Maßnahme bei ernsthaften Wettbewerbsproblemen vorgesehen.

Die Maßnahme zielt bei Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht darauf ab, einer bestehenden vertikalen Konzentration auf zwei oder mehreren verbundenen Märkten entgegenzuwirken. Der vertikal integrierte Netzbetreiber kann verpflichtet werden, den Netzbetrieb in eine eigenständige Unternehmenseinheit auszulagern. Diese Unternehmenseinheit soll Zugangsprodukte und –dienstleistungen gegenüber allen Unternehmen, d.h. sowohl gegenüber eigenen Unternehmenseinheiten als auch gegenüber anderen Unternehmen, zu exakt denselben Konditionen und Bedingungen bereitstellen. Damit wird angestrebt, das Diskriminierungspotenzial gegenüber Zugang begehrenden Unternehmen zu verringern, indem die Unabhängigkeit der Netzinfrastruktur von anderen Unternehmensteilen gestärkt wird. Eine funktionelle Separierung kann insofern geeignet sein, einen diskriminierungsfreien Netzzugang sicherzustellen.

---

<sup>10</sup> Vgl. hierzu auch BVerwG, Urteil v. 02.04.2008, 6 C 15.07, Randziffer 50.

### 3. Fazit

Vor diesem Hintergrund wird Eckpunkt 1 wie folgt formuliert:

**Die Bundesnetzagentur begrüßt Projekte zur Errichtung hochleistungsfähiger Telekommunikations-Infrastrukturen, die Dritten offenen Zugang gewähren (*Open Access*).**

**Freiwillige *Open-Access*-Angebote von Unternehmen, die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, unterliegen grundsätzlich keiner Regulierung. Unternehmen sollten bei der Gestaltung ihrer *Open-Access*-Netze darauf achten, dass die Bedingungen und Entgelte des Netzzugangs angemessen bzw. marktüblich sind und entsprechende Angebote transparent und nachvollziehbar gestaltet werden. Allerdings können im Einzelfall kartell- bzw. beihilfenrechtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sein.**

**Weitere Details im Zusammenhang mit *Open-Access*-Modellen sollten im Rahmen des NGA-Forums diskutiert werden.**

Aus hiesiger Sicht erscheint es nur erforderlich, Eckpunkt 2 geringfügig zu ändern; Eckpunkt 3 kann unverändert beibehalten werden.

**Nachfragegerechte Zugangsprodukte können von der *Deutschen Telekom* freiwillig angeboten werden. Wenn diese freiwilligen Angebote diskriminierungsfrei gestaltet sind, von einem Großteil des Marktes angenommen werden und die Entgelte der Leistungen angemessen sind, ist eine solche Lösung regulatorischen Eingriffen vorzuziehen.**

**Die Bundesnetzagentur unterstützt ein geeignetes und wettbewerbskonformes Infrastruktur-*Sharing*.**

**Eine nicht-diskriminierende Implementierung von Kooperationsmodellen der Wettbewerber untereinander oder mit der *Deutschen Telekom* (einschließlich sachgerechter Kostenteilungsprinzipien) wird von der Bundesnetzagentur im Grundsatz begrüßt, insbesondere dann, wenn sie zu *Open-Access*-Netzen führen.**

## Eckpunkt 4

**Die Bundesnetzagentur wird bei der Festlegung der Dauer von Regulierungsperioden zukünftig möglichst lange Zeiträume bestimmen, sofern dies im Einzelfall zu einer erhöhten Planungssicherheit beitragen kann und rechtlich zulässig ist.**

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahmen

Der Eckpunkt wurde in 19 von 23 Stellungnahmen kommentiert. Häufig wird eine Verlängerung der Dauer von Regulierungsperioden ganz (*1&1, Appenzeller, BREKO, IEN, Versatel*) oder überwiegend (*DIHK, Vodafone*) abgelehnt. Einige Kommentare können sich zumindest eine moderate Verlängerung von zwei auf drei Jahre vorstellen. *ANGA, BITKOM, ECTA, E-Plus, QSC, Telefónica* und *ver.di* legen sich diesbezüglich nicht fest. Die *DT AG* fordert deutliche Verlängerungen.

In der Diskussion werden überwiegend einheitliche Argumente vorgetragen. Gegen eine Verlängerung spreche die Dynamik der Märkte, die zu Unsicherheiten bei den erforderlichen Prognosen führe. Zu berücksichtigen sei auch, dass Prognosen umso ungenauer würden, je weiter sie in die Zukunft gerichtet seien. Hinzu käme auf einem Zukunftsmarkt wie *NGA* eine schwer prognostizierbare Marktentwicklung. Insofern seien solche Märkte gerade nicht für längere Regulierungsperioden geeignet, sondern eher solche Märkte, bei denen es bereits lange Erfahrungen gebe, wie etwa die Zusammenschaltungsmärkte.

Ferner wird die Notwendigkeit gesehen, gegebenenfalls während der Laufzeit einer Entscheidung auf Änderungen reagieren zu können. Insofern führten längere Laufzeiten nicht notwendigerweise zu mehr Planungssicherheit sondern eher zu einer „Schein-Planungssicherheit“.

Für längere Regulierungsperioden wird vorgetragen, dass diese sinnvoll seien, wenn es um die Notwendigkeit hoher Investitionen in den Auf- oder Ausbau von Infrastrukturen gehe und die regulatorischen Rahmenbedingungen gerade unter dem Gesichtspunkt gesetzt würden, Anreize für Investitionen in eigene Infrastrukturen zu schaffen. Da Investitionen in neue Netze sich durch einen typischerweise langen Amortisationszeitraum auszeichneten, benötigten Investoren eine verlässliche Grundlage dafür, dass regulatorische Rahmenbedingungen und Entscheidungen stabil bleiben.

Als Kompromiss wird der Ansatz des Entwurfs einer neuen Rahmenrichtlinie (Art. 16 Abs. 6 RRL-Novellierungsentwurf) gesehen, der im Regelfall eine Geltungsdauer der Abhilfemaßnahmen von drei Jahren vorsieht.

Teilweise wird vorgetragen, dass Planungssicherheit in erster Linie durch eine schnelle Klärung offener Fragen und eine konsistente Regulierungspraxis begünstigt würde. Ferner sollte sichergestellt werden, dass überarbeitete Marktanalysen, Regulierungsverfügungen und Standardangebote rechtzeitig nach Ablauf der in §§ 14 Abs. 2, 23 Abs. 4 TKG genannten Fristen zur Verfügung stünden um zunächst das bereits heute vom Gesetz vorgeschriebene Niveau an Planungssicherheit zu erreichen.

Häufig wird auf die Notwendigkeit einer Gesetzesänderung hingewiesen.

## 2. Bewertung

Die Bundesnetzagentur sieht die Kommentierung überwiegend als Bestätigung der Argumente in der Begründung zu den Eckpunkten. Demnach ist davon auszugehen, dass eine moderate Ausdehnung der Regulierungsperioden einen Beitrag zu mehr Planungssicherheit leisten kann. Allerdings verlaufen die Verlängerung von Regulierungsperioden und die Zunahme der Planungssicherheit nicht parallel.

Dies liegt einerseits daran, dass jede Regulierungsentscheidung zumindest teilweise auf Prognosen beruht, etwa über die erwartete Entwicklung des Marktes, des Verkehrsvolumens oder der Kostenstruktur des regulierten Unternehmens. Diese Prognosen werden jedoch zwangsläufig ungenauer, je weiter sie in die Zukunft gerichtet sind. Längere Prognosezeiträume führen somit zu einer erhöhten Prognoseunsicherheit. Hierunter leidet die Qualität einer Entscheidung, was auch zu Lasten des Investors gehen kann.

Dabei kommt gerade der zeitlichen Konsistenz eine bedeutende Rolle zu. Die Bundesnetzagentur hat gute Erfahrungen mit der regelmäßigen Überprüfung ihrer Entscheidungen gemacht. Eine Festlegung des TAL-Preises im Jahr 1998 für fünf Jahre wäre nicht angemessen gewesen. Mit einer regelmäßigen moderaten Anpassung aufgrund neuer Erkenntnisse und Entwicklungen wird den Bedürfnissen des Marktes einschließlich des regulierten Unternehmens besser Rechnung getragen. Kontinuität und Konsistenz der Regulierung leisten daher einen wichtigen Beitrag zu Rechts- und Planungssicherheit.

Für einen längeren Zeitraum angeordnete Regulierungsmaßnahmen müssten andererseits Änderungsvorbehalte enthalten, um bei einer Fehleinschätzung nachbessern zu können. Über die Erforderlichkeit derartiger Änderungsvorbehalte besteht in den Stellungnahmen Einigkeit; auch die Befürworter längerer Regulierungsperioden hatten hierauf hingewiesen. Dies wiederum wirkt der gewünschten Planungssicherheit entgegen. Die Bundesnetzagentur hatte dies bereits im Entwurf der Eckpunkte betont. Längere Regulierungsperioden, die unter einem Änderungsvorbehalt stehen, wirken aber kontraproduktiv, weil sie im Ergebnis die erhöhte Planungssicherheit wieder relativieren und tatsächlich, wie vorgetragen, eher zu einer „Schein-Planungssicherheit“ führen.

Ferner ist zu beachten, dass gerade im Bereich *NGA* die Marktentwicklung schwer prognostizierbar ist. Würde man für einen solchen, schwer einzuschätzenden, Markt längerfristige Regulierungsmaßnahmen auferlegen, so ist zu befürchten, dass diese bei einer falschen Einschätzung des Marktes zu unerwarteten Marktreaktionen führen und dadurch die mit den Regulierungsmaßnahmen erhofften Regulierungsziele erheblich gefährdet werden. Wegen der Unsicherheiten rund um *NGA* spricht Einiges dafür, dass dieser Bereich gerade nicht für längere Phasen geeignet sein könnte.

Die Bundesnetzagentur sieht daher in der in einigen Kommentaren unterstützten Verlängerung von Regulierungsperioden für Marktanalysen und Regulierungsverfügungen von zwei auf drei Jahre eine geeignete Kompromisslösung und wird sich auch weiterhin dafür einsetzen, dass dies gesetzlich umgesetzt wird.

Eine solche Gesetzesänderung würde der Bundesnetzagentur die Möglichkeit geben, einzelne Entscheidungen nicht auf zwei, sondern auf drei Jahre zu befristen, z. B. um die Investitionssicherheit zu vergrößern.

Die schnelle Klärung offener Fragen und eine konsistente Regulierungspraxis bieten ebenfalls Planungssicherheit; womöglich noch in größerem Umfang als es eine rein zeitliche Verlängerung einzelner Regulierungsperioden kann. *Kühling/Heimeshoff* attestieren der Bundesnetzagentur diesbezüglich, dass sie bereits heute durch eine kontinuierliche und konsistente Entgeltregulierungspraxis Rechts- und Planungssicherheit gewährleiste. Die Bundesnetzagentur wird dies jedoch zukünftig vor dem Hintergrund der erforderlichen hohen Investi-

tionen in neue Anschlussinfrastrukturen noch stärker beachten, um die berechtigte Forderung nach Planungssicherheit weitestgehend zu erfüllen.

### **3. Fazit**

Vor diesem Hintergrund wird der Eckpunkt wie folgt formuliert:

**Die Bundesnetzagentur befürwortet eine Verlängerung gesetzlicher Regulierungsperioden für Marktanalysen und Verfügungsverfügungen von zwei auf drei Jahre. Eine solche Gesetzesänderung würde der Bundesnetzagentur die Möglichkeit geben, einzelne Entscheidungen auf drei Jahre zu befristen, zum Beispiel um die Investitionstätigkeit zu erhöhen.**

**Planungs- und Rechtssicherheit wird durch die schnelle Klärung offener Fragen und eine konsistente Regulierungspraxis begünstigt. Die Bundesnetzagentur wird auch hierdurch ihren Beitrag zu mehr Planungssicherheit leisten.**

## Eckpunkt 5

**Die Bundesnetzagentur prüft, inwieweit durch Vorabfeststellungen oder Verwaltungsvorschriften zu Teilfragen der Marktregulierung vor beabsichtigten Investitionen zu mehr Planungs- und Rechtssicherheit beigetragen werden könnte. Dabei wird insbesondere zu berücksichtigen sein, inwieweit dies mit den nationalen und europarechtlichen Verfahrensvorschriften (Beschlusskammerverfahren, Art.-7-RRL-Verfahren) vereinbar ist.**

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahmen

Der Eckpunkt wurde in 13 von 23 Stellungnahmen kommentiert. Die meisten Kommentare dazu sind sehr knapp und in der Regel ohne Äußerung einer Rechtsauffassung. Die *DT AG* hat sehr ausführlich die verschiedenen, aus Ihrer Sicht möglichen Instrumente dargestellt (Verwaltungsvorschriften; Vorabfeststellungen: Negativ-Attest, Teil-Regulierungsverfügung, Vorbescheid).

Grundsätzlich positiv äußerten sich *ANGA*, *Arbeitskreis Regulierung*, *BITKOM*, *BREKO*, *BUGLAS*, *DIHK* sowie *QSC*.

Ablehnend äußern sich *ECTA*, *E-Plus* sowie die *IEN*.

Die Äußerungen von *Telefónica* und *ver.di* enthalten keine klaren Meinungsäußerungen zum Thema.

Kernpunkt der Prüfung sind daher überwiegend die Thesen der *DT AG*. (Vgl. hierzu im Einzelnen die Zusammenfassung im Annex).

### 2. Bewertung

Entsprechend ihrer Ankündigung in den Eckpunkten hat die Bundesnetzagentur geprüft, inwieweit es recht- und zweckmäßig wäre, Verwaltungsvorschriften oder Vorabfeststellungen zu Teilfragen der Regulierung zu erlassen, um damit einen Beitrag zu mehr Planungssicherheit zu leisten. Die rechtliche Prüfung findet sich als Annex am Ende dieses Dokuments.

Die Bundesnetzagentur legt seit jeher sehr großen Wert auf Rechts- und Planungssicherheit. Dies gewährleistet sie durch verschiedene Maßnahmen, die sich teilweise unmittelbar aus der gesetzlichen Grundlage ergeben.

Die Marktregulierung gestaltet sich gemäß Teil 2 TKG nach sehr detaillierten gesetzlichen Vorgaben. Grundlage aller Einzelentscheidungen sind Marktanalysen und Regulierungsverfügungen. Darin werden grundsätzliche Fragen der Marktregulierung vorab geklärt. So legt die Marktanalyse fest, welche Telekommunikationsmärkte für eine Regulierung in Betracht kommen. In der Regulierungsverfügung werden Regulierungsmaßnahmen abstrakt aufgelegt. Beides unterfällt dem Konsultations- und Konsolidierungsverfahren gemäß § 12 TKG.

Auf der Grundlage der Regulierungsverfügung können dann konkrete Einzelentscheidungen der Zugangs- und Entgeltregulierung getroffen werden. Das Prinzip des „vor-die-Klammerziehens“ ist somit im TKG bereits angelegt. Dies trägt sowohl für das regulierte Unternehmen als auch die übrigen Marktteilnehmer zu mehr Rechts- und Planungssicherheit bei.

Die rechtliche Systematik der Marktregulierung folgt aus dem europäischen Rechtsrahmen und dessen Umsetzung in nationales Recht. Dort, wo die Bundesnetzagentur diesen Rahmen mit ihren Entscheidungen ausfüllt, hat sie in den letzten Jahren durch einen konsequent ausgewogenen Weg eine gefestigte Spruchpraxis entwickelt, die auch die mittlerweile vorliegende höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts berücksichtigt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht die bisherigen Entscheidungen der Bundesnetzagentur überwiegend bestätigt hat. Insofern gewährleistet die gefestigte und gerichtlich bestätigte Spruchpraxis der Bundesnetzagentur mittlerweile ein hohes Maß an Rechtssicherheit.

Die gefestigte Spruchpraxis der Bundesnetzagentur führt zu einer impliziten längerfristigen Selbstbindung der Behörde. Hierzu tragen insbesondere auch die Grundsatzpapiere der Behörde zu Regulierungsfragen bei. In Eckpunkten, Hinweispapieren und Auslegungsgrundsätzen werden frühzeitig Grundsatzfragen geklärt. Die Papiere basieren jeweils auf umfangreichen Konsultationen mit dem Markt. Auch wenn sie keinen verbindlichen Rechtscharakter haben, dienen sie in der Praxis regelmäßig als Grundlage für spätere Entscheidungen der Bundesnetzagentur und tragen somit zur behördlichen Meinungsbildung in einem transparenten Verfahren bei.

Aus Sicht der Bundesnetzagentur ist es daher zielführender, die Entscheidungspraxis auch weiterhin durch Veröffentlichungen wie Eckpunkte, Hinweise oder Auslegungsgrundsätze zu begleiten, die in einem engen Dialog mit dem Markt erarbeitet werden.

So hat die Bundesnetzagentur mit den Hinweisen zu sachlich ungerechtfertigter Bündelung (August 2005), den Hinweisen zu Preis-Kosten-Scheren (November 2007) sowie den Hinweisen zur konsistenten Entgeltregulierung (November 2009) wesentlich zur Schaffung einer verlässlichen Entgeltregulierung beigetragen. Diese Veröffentlichungen der Bundesnetzagentur erzeugen auch ohne rechtliche Bindung eine tatsächliche Auswirkung auf konkrete Regulierungsverfahren, in dem sie dort berücksichtigt werden und auch in die verwaltungsgerichtlichen Verfahren einbezogen werden. Dies trägt zu mehr Planungssicherheit und Transparenz und über die Bezugnahme in Beschlusskammer- und Gerichtsentscheidungen auch zu mehr Rechtssicherheit bei. Die Bundesnetzagentur wird diesen Weg weiter verfolgen und vergleichbare Papiere auch zukünftig erarbeiten, konsultieren und veröffentlichen.

Ein weiterer Garant für die Planbarkeit der Regulierung ist die Kontinuität der Methodik der Entgeltregulierung (z. B. durch den regelmäßigen Einsatz eines Kostenmodells). Dies wird insbesondere durch die Historie der Entgeltentscheidungen über den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung deutlich.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Bundesnetzagentur seit Jahren eine konstante Linie der Deregulierung verfolgt und sukzessive Märkte aus der Regulierung entlässt. Auch dies trägt zu Planungs- und Rechtssicherheit bei, weil sich derartige Entscheidungen in der Regel am Markt ankündigen und von der Bundesnetzagentur nicht verfrüht getroffen werden.

Wenn es geeignete Fälle geben sollte, in denen durch Vorabfeststellungen oder Verwaltungsvorschriften ein Beitrag zu mehr Planungs- und Rechtssicherheit geleistet werden kann, wird die Bundesnetzagentur diese Mittel anwenden. Dabei ist jedoch davon auszugehen, dass der Anwendungsbereich vor dem Hintergrund der Ausführungen im Annex und dem stark formalisierten Verfahren überschaubar bleibt.

### 3. Fazit

Der Eckpunkt wird unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen wie folgt konkretisiert:

**Die Bundesnetzagentur legt großen Wert auf Rechts- und Planungssicherheit.**

**Rechts- und Planungssicherheit ergeben sich insbesondere aus einer gefestigten Spruchpraxis, die verwaltungsgerichtlich bestätigt wird. Dies führt zu einer impliziten längerfristigen Selbstbindung der Behörde. Hierzu tragen auch die Grundsatzpapiere der Behörde zu Regulierungsfragen bei. In Eckpunkten, Hinweispapieren und Auslegungsgrundsätzen werden frühzeitig Grundsatzfragen geklärt. Auch wenn sie keinen verbindlichen Rechtscharakter haben, tragen sie zur behördlichen Meinungsbildung in einem transparenten Verfahren bei und dienen in der Praxis regelmäßig als Grundlage für spätere Entscheidungen der Bundesnetzagentur.**

## Eckpunkt 6

**Eine angemessene Zugangsregulierung kann im Hinblick auf die weitere Förderung flächendeckender Breitbandversorgung unterstützend wirken. Sie ermöglicht der Deutschen Telekom und alternativen Breitbandanbietern gleichermaßen, den Ausbau von Breitbandnetzen in der Fläche voranzutreiben.**

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahmen

Die Mehrzahl der Stellungnahmen bestätigt die Bedeutung einer angemessenen Zugangsregulierung im Hinblick auf den Breitbandausbau in der Fläche (*1&1, Appenzeller, BREKO, Bundeskartellamt, DIHK, ECTA, QSC, Telefónica, VATM, WAR*; eher implizit – generell die Bedeutung der Zugangsregulierung betonend – *E-Plus, IEN*).

Dabei wird u.a. argumentiert, dass ein frühzeitiger Verzicht auf Regulierung fehl am Platz sei (*1&1*). Es solle nicht – wie in Eckpunkt 2 angedeutet – vorab von regulatorischen Eingriffen abgesehen werden, vielmehr sei die Feststellung der Diskriminierungsfreiheit und Angemessenheit von Entgelten im Rahmen einer Überprüfung festzustellen (*E-Plus*). Eine Stellungnahme stellt fest, dass Zugangsregulierung Marktpotentiale eröffnen könne, wichtig sei jedoch die Angemessenheit von Regulierungsmaßnahmen und keine schematische Anwendung der Zugangsregulierung (*BUGLAS*). Ferner seien die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Zugangsentscheidungen und die Möglichkeit von Verbandsklagen notwendig. Wettbewerb und Zugangsregulierung als Grundprinzipien, so ein Kommentar, müssten auch für Hochgeschwindigkeitsnetze gelten (*DIHK*).

Eine wirksame Zugangsregulierung stimuliere Investitionen und Nachfrage (*ECTA*, ähnlich  *IEN*). Breitbandpenetration stelle ein Ergebnis des Wettbewerbs dar (*Bundeskartellamt*). Eine konsequente Zugangsregulierung sei ein starker Treiber der Breitbandpenetration (*VATM*). Ferner belege die Blockadehaltung der *DT AG* beim Schaltverteiler-Zugang die Regulierungsnotwendigkeit. Es dürfe jedoch nicht, so ein anderer Kommentar ( *IEN*), der Dienstewettbewerb in den Hintergrund gedrängt werden, da dieser Nachfrage schaffe und so weitere Investitionen sinnvoll mache.

Eine bloße Missbrauchsaufsicht greife zu kurz, da sie Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht einen Zeitgewinn verschaffe (*E-Plus*). Eine andere Stellungnahme (*Bundeskartellamt*) hebt hervor, dass eine Sicherstellung des Zugangs zur TAL und eines Bitstromzugangs auf Grundlage des allgemeinen Wettbewerbsrechts weiterhin nicht ausreichend erscheine.

Gefordert wird eine schnelle Zurverfügungstellung der Digitalen Dividende (*Telefónica*, ähnlich *QSC, VATM*).

Mehrere Stellungnahmen betonen – insbesondere im Hinblick auf die Schließung weißer Flecken – dass nicht nur Festnetzinfrastrukturen, sondern etwa auch der Mobilfunk eine wichtige Rolle spielen (*DIHK, E-Plus, Telefónica, VATM, WAR*).

Einige Kommentare äußern sich generell kritisch zur bisherigen Zugangsregulierung und ihrer Wirksamkeit (*Arbeitskreis Regulierung, BITKOM, DLT, DT AG, ver.di*). Eine Stellungnahme fordert seitens der Bundesnetzagentur ein Bekenntnis zum Primat freiwilliger Angebote sowie zur Nicht-Diskriminierung und Missbrauchsaufsicht (*DT AG*). Insofern stehe Eckpunkt 6 im Widerspruch zum Tenor von Eckpunkt 2. Kritische Stimmen bezweifeln, dass Regulierung Investitionen und Breitbandpenetration fördere, vielmehr bestehe ein positiver Zusammenhang zwischen Deregulierung und Investitionen (*Arbeitskreis Regulierung, BITKOM, DT AG*).

## 2. Bewertung

### a) Zugangsregulierung und flächendeckende Breitbandversorgung

Die Bundesnetzagentur sieht sich insgesamt durch die Stellungnahmen in ihrer Position bestätigt, dass eine angemessene Zugangsregulierung hinsichtlich einer flächendeckenden Breitbandversorgung unterstützend wirken kann. Als ein konkretes Beispiel kann hier auf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung am Schaltverteiler hingewiesen werden, den die Bundesnetzagentur im März 2009 angeordnet hat. Hiermit wird ein kostensparender Breitbandausbau auch in bisher nicht oder nur unzureichend versorgten ländlichen Gebieten erleichtert.

### b) Zusammenhang (De-)Regulierung und Investitionen

Kommentierende, die der Regulierung grundsätzlich kritisch gegenüber stehen (insbes. DT AG) postulieren einen negativen Zusammenhang zwischen Regulierung und Investitionen. Aus Sicht der Bundesnetzagentur führt Deregulierung in Netzwirtschaften jedoch nicht automatisch zu Investitionen. Vielmehr zielt die Regulierung der Bundesnetzagentur darauf ab, den Wettbewerb zu fördern. Daraus wiederum ergeben sich Impulse und Anreize für Investitionen. Regulierung dient somit dem Ziel, effiziente Investitionen zu induzieren. Dabei ist von der Bundesnetzagentur das gesamte Spektrum der Marktakteure zu berücksichtigen.

Auf diese Zusammenhänge zwischen Regulierung, Wettbewerb und Investitionen war die Bundesnetzagentur bereits in ihrem Jahresbericht 2007 ausführlich eingegangen (S. 19). Demnach besteht eine positive Korrelation zwischen Regulierung und Investition, wenn eine „richtige“ Regulierung den Wettbewerb voranbringt. Auch lässt sich ein Konflikt zwischen den Zielen der Wettbewerbsförderung und der Investitionsförderung in Infrastrukturen weder empirisch belegen noch ökonomisch plausibel begründen.

### c) Freiwillige Angebote versus Zugangsregulierung

Sowohl Befürworter als auch Kritiker der Zugangsregulierung adressieren das Verhältnis zwischen freiwilligen Angeboten (s. Eckpunkt 2) und regulatorisch angeordneten Zugangsverpflichtungen. Während erstere das Primat freiwilliger Verhandlungen quasi als *a priori* Verzicht auf Regulierung interpretieren, sehen letztere die Zugangsregulierung als im Widerspruch zu freiwilligen Angeboten an. Auf den ersten Blick scheint ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen Freiwilligkeit und Regulierung zu bestehen, gleichwohl hat die Bundesnetzagentur bereits in Abschnitt 4.2.2 der Eckpunkte explizit hervorgehoben, dass ein Vorrang freiwilliger Angebote besteht, und sich dies aus § 21 Art 1 Nr. 7 TKG ableitet, wonach bereits auferlegte Verpflichtungen oder freiwillige Angebote am Markt, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreichen. Ein solches Primat geht selbstverständlich davon aus, dass entsprechende Angebote nicht diskriminierend oder die Entgelte unangemessen sein dürfen.

### d) Bedeutung von Mobilfunk zur Schließung weißer Flecken

Mehrere Stellungnahmen betonen, dass zur Schließung weißer Flecken neben Festnetzinfrastrukturen beispielsweise auch der Mobilfunk eine wichtige Rolle spielen wird. Dem ist insofern zuzustimmen, als dass eine profitable Erschließung mittels Festnetzinfrastrukturen oftmals nicht möglich ist. Vor diesem Hintergrund kann der Mobilfunk im Rahmen des flächendeckenden Breitbandausbaus von erheblicher Bedeutung im Sinn einer Erstversorgung bestimmter, bislang nicht abgedeckter Gebiete sein. Aus Sicht der Bundesnetzagentur ist hervorzuheben, dass die Entscheidung, welche Technologien in diesen Gebieten zum Einsatz kommen, von den Unternehmen zu treffen ist.

### 3. Fazit

Vor diesem Hintergrund bleibt der Eckpunkt unverändert:

**Eine angemessene Zugangsregulierung kann im Hinblick auf die weitere Förderung flächendeckender Breitbandversorgung unterstützend wirken. Sie ermöglicht der *Deutschen Telekom* und alternativen Breitbandanbietern gleichermaßen, den Ausbau von Breitbandnetzen in der Fläche voranzutreiben.**

## Eckpunkt 7

**Die Bundesnetzagentur unterstützt den weiteren Ausbau von NGA-Netzen mit geeigneten Zugangsprodukten auf der Vorleistungsebene. Zur Stimulierung des erstmaligen Ausbaus geht es daher um die Unterstützung möglichst nachhaltiger und wirtschaftlich tragfähiger Geschäftsmodelle.**

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahmen

Generell zustimmend wird in einer Stellungnahme festgestellt, dass wirksame Zugangsregulierung Investitionen und Nachfrage stimuliere (*ECTA*). Ein Kommentar sieht in der Zugangsgewährung zu Breitbandnetzen einen sinnvollen Weg zur Reduzierung des Investitionsrisikos (*IEN*). Andere heben die Bedeutung angemessener Zugangsprodukte zur Vermeidung von Remonopolisierungstendenzen hervor (*Bundeskartellamt, IEN, Versatel*; ähnlich *QSC*, die stärkere *Bottleneck*-Eigenschaft von NGA-Netzen bestätigend). Zwei Stellungnahmen halten die Ausführungen zu diesem Eckpunkt für zu abstrakt (*QSC, Telefónica*). Es sei kurzfristig zu adressieren, welche Zugangsprodukte zukünftig anzubieten seien – zu begrüßen seien hier Zugangsmöglichkeiten an möglichst vielen Netzebenen – und auch, ob es volkswirtschaftlich sinnvoll sei, Standards vorzugeben (*Telefónica*). Wenn freiwillige Zugangsvereinbarungen nicht in angemessener Zeit zustande kämen, seien Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen (*Vodafone*, ähnlich *Bundeskartellamt*). Auch andere Kommentare fordern eine schnelle Einführung bedarfsgerechter Vorleistungsprodukte (*BREKO, Versatel*). Demgegenüber heben diejenigen, die Zugangsregulierung kritisch betrachten, hervor, dass die Schaffung geeigneter Vorleistungsprodukte und Geschäftsmodelle zunächst Aufgabe der Anbieter und Netzbetreiber sei (*ver.di*, ähnlich *DT AG*).

Im Zusammenhang mit dem Aufbau von Glasfasernetzen wird von einem Kommentar dafür votiert, Anreize für den Aufbau von *Point-to-Point*-Netzen zu setzen und dem entsprechend eine Entbündelung am *ODF* gefordert (*QSC*). Demgegenüber spricht sich ein anderer Kommentar für ein auf *FTTC*-Netze ausgerichtetes Regulierungskonzept aus, da für *FTTH* nur eine komplementäre Rolle gesehen wird (*Bundeskartellamt*). Insofern komme insbesondere einem *IP*-fähigen Bitstromprodukt aber auch dem *TAL*-Zugang am *KVz* eine wichtige Rolle zu (*Bundeskartellamt*; ähnlich *QSC*, den Bitstrom jedoch nicht als hinreichenden Ersatz für *TAL*-Enbündelung sehend). Vorleistungsprodukte, so ein Kommentar, hätten auch die Nachfrage von Unternehmenskunden nach Telekommunikationsdiensten zu berücksichtigen (*IEN*). Planungssicherheit sei auch für die Anbieter notwendig, deren Geschäftsmodell zunächst auf Netzzugangsprodukten basiere, bevor dann – ab einer bestimmten Kundenzahl – selbst investiert werde (*IEN*).

Mehre Stellungnahmen weisen auf die Bedeutung insbesondere des Mobilfunks hin und fordern zum Teil explizit dessen Einbeziehung in die Eckpunkte (*E-Plus, Telefónica, VATM, WAR*) bzw. die Bereitstellung von Mobilfunk-Zugangsprodukten (*BUGLAS*). Das Wettbewerbspotenzial der Kabelnetze wird nicht ausreichend für eine umfassende Duplizierung des NGA-Netzes der *DT AG* eingestuft (*Bundeskartellamt*).

Durch Betonung von *FTTx*-Infrastrukturen versuche die Bundesnetzagentur die Sonderposition der *DT AG* zu begründen (*VATM*). Eine weitere Stimme sieht – allgemeiner formulierend – eine angedeutete Unterstützung bestimmter Geschäftsmodelle. Dies sei nicht wettbewerbsneutral (*1&1*).

## 2. Bewertung

Die Bundesnetzagentur ist mit dem Eckpunktepapier in einen Diskussionsprozess mit dem Markt zu den adäquaten regulatorischen Rahmenbedingungen im Zuge der Weiterentwicklung der Telekommunikationsnetze getreten. Gleichwohl kann und soll damit konkreten Entscheidungen, die im Rahmen von Beschlusskammerentscheidungen zu treffen sind, nicht vorweg gegriffen werden. Da die Netzmigration Richtung *NGA* nach wie vor im Gange ist, ist hier auch das Spannungsverhältnis zwischen frühzeitiger Gewährleistung von Planungssicherheit einerseits und Erhaltung von Flexibilität zu berücksichtigen (vgl. Ausführungen zu Eckpunkt 4).

Grundsätzlich behält auch das Konzept der Investitionsleiter im *NGA*-Kontext weiterhin Gültigkeit. Dieses Konzept unterstellt, dass Unternehmen schrittweise in den Markt eintreten und graduell in eigene Infrastrukturen investieren. Voraussetzung hierfür ist, dass eine Kette zueinander komplementärer Zugangsprodukte existiert, die entsprechend der Maßgabe des Konsistenzgebotes aufeinander abzustimmen sind. Neben der Möglichkeit eines zeitlich graduellen Markteinstiegs ist es darüber hinaus auch möglich, dass ein Unternehmen entsprechend der unterschiedlichen ökonomischen Rahmenbedingungen eines bestimmten Gebietes (z.B. bedingt durch Unterschiede bei der Bevölkerungsverteilung und -dichte) unterschiedliche Zugangsprodukte in Anspruch nimmt.

Wie sich bereits heute abzeichnet, werden zukünftige Anschlussinfrastrukturen deutlich heterogener sein als heutzutage. Die unterschiedlichen Ausbauszenarien – *FTTC*, *FTTB* oder *FTTH* – führen im Ergebnis dazu, dass das Konzept der Investitionsleiter im *NGA*-Kontext tendenziell weiter ausdifferenziert wird und sich die relative Bedeutung der verschiedenen Stufen der Investitionsleiter verändert, was wiederum die Balance zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb verändern kann. Auch wenn sich die Ökonomie von Anschlussnetzen nicht grundlegend durch eine Entwicklung in Richtung *NGA* verändert, werden jedoch Größen- und Verbundvorteile bedeutsamer werden, was den Engpasscharakter von Anschlussinfrastrukturen verstärkt und ihre Nachbildbarkeit erschwert.

Je nach Ausbauszenario – *FTTC*, *FTTB* oder *FTTH* – sind unterschiedliche Vorleistungsprodukte erforderlich. So erfordert der mit dem Ausbau der Glasfaserinfrastruktur bis zum KVz verbundene Aufbau einer VDSL-Infrastruktur durch die *DT AG* einen Zugang zur TAL am KVz. Ergänzend hierzu wurden im Jahr 2007 im Rahmen der Regulierungsverfügung zur Teilnehmeranschlussleitung Zugangsverpflichtungen auferlegt, mit denen ein Wettbewerber diesen Zugangspunkt am KVz erreichen kann. Die *DT AG* wurde verpflichtet, den Wettbewerbern den Zugang zu ihren Kabelkanälen zwischen KVz und HVt bzw., sofern dies nicht möglich ist, den Zugang zu unbeschalteten Glasfaserleitungen zu gewähren. Entsprechende Anordnungsverfahren, in denen es um die konkrete Umsetzung und Ausgestaltung der zunächst abstrakt angeordneten Zugangsverpflichtung ging, wurden mittlerweile von der Bundesnetzagentur entschieden<sup>11</sup>.

Vergleicht man die Ausbauszenarien *FTTC*, *FTTB* und *FTTH*, so unterscheiden sie sich insbesondere durch die Unterschiede bei der Länge der dedizierten Teilnehmeranschlussleitung. Damit gehen auch unterschiedliche Zugangspunkte entlang der Wertschöpfungskette für die Übernahme einer entbündelten Teilnehmeranschlussleitung sowie eine unterschiedliche Wertschöpfungstiefe seitens des Vorleistungsnachfragers einher<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> BK3d-09-051 vom 04.12.2009.

<sup>12</sup> Während Entbündelung bei *FTTC* am KVz und bei *FTTB* noch weiter in Richtung Endkunde (an der *Optical Network Unit* – *ONU*) möglich ist, kann bei *FTTH* (in der Variante *Point-to-Point*) die Entbündelung am *Optical Distribution Frame* (*ODF*) realisiert werden, der sich – im Vergleich zur heutigen Entbündelung am HVt – weiter oben im Netz befindet.

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer größer werdenden Relevanz von Größen- und Verbundvorteilen werden im *NGA*-Kontext Bitstromzugangszugangsprodukte an Bedeutung gewinnen. Eine wichtige Rolle spielt aber auch der in einigen Jahren zu erwartende großflächige HVt-Abbau, durch den das bisherige, auf der TAL-Entbündelung am HVt basierende Geschäftsmodell in Frage gestellt wird (s. Eckpunkt 8 zu den sich daraus ergebenden Herausforderungen für den Migrationsprozess). Je nach Lage des Bitstromübergabepunktes können bisherige TAL-Nutzer Wertschöpfungspotential verlieren, wenn sie auch aktive Netzkapazität – und nicht mehr nur passive Infrastrukturleistungen – einkaufen müssen. Wenn ein Bitstromzugang am HVt bzw. ersten Aggregationspunkt des Konzentratornetzes möglich ist, können sie so zumindest den Wert ihrer bisherigen Infrastrukturinvestitionen erhalten, anderenfalls wären die Netzinvestitionen zwischen Breitband-*PoP* und HVt versunken. Bildlich gesprochen müssen die alternativen Anbieter eine Entscheidung treffen, ob sie auf der Infrastrukturleiter „nach oben“, also näher zum Endkunden, oder „nach unten“ gehen wollen, wobei der Weg nach oben die Erschließung von deutlich mehr KVz erfordert als in einem am HVt endenden Kupferanschlussnetz.

Berücksichtigt man, dass auf Basis von *NGA* mit seinen sehr schnellen Breitbandanschlüssen bandbreitenintensive Nutzungen wie z.B. *IPTV*, *Video on Demand* oder *Streaming*-Dienste möglich sind, resultieren hieraus auch erweiterte Anforderungen an ein Bitstromzugangszugangsprodukt. Die Realisierung derartiger bandbreitenintensiver Anwendungen stellt zum einen höhere Qualitätsansprüche an ein Bitstromzugangszugangsprodukt. Da der Kostentreiber für die Transportleistung eines Bitstromzugangszugangsproduktes die genutzte Bandbreite im Netz-*Peak* ist, sollte es zum anderen auch eine möglichst effiziente Netznutzung erlauben (z. B. über *Multicast*-Funktionalitäten).

Der Bitstromzugang stellt zudem eine Voraussetzung für zeitlich gestaffelte Investitions- und Kooperationsmodelle dar. Aufgabe der Bundesnetzagentur wird es sein, die entsprechenden Vorleistungsentgelte nach den Maßgaben des Konsistenzgebotes aufeinander abzustimmen. Dies betrifft sowohl das Verhältnis des Bitstrom-Entgelts zu den Endkundenentgelten als auch gegenüber anderen Vorleistungsprodukten. Die Gewährleistung von Konsistenz dient einerseits dazu, die Balance zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb aufrecht zu erhalten und andererseits ausreichende Anreize für effiziente Infrastrukturinvestitionen zu setzen.

#### **a) Fokussierung des Regulierungsansatzes**

Im Hinblick auf die Fokussierung des Regulierungsansatzes werden zum Teil gegensätzliche Positionen vertreten. Einerseits werden explizite Anreize für den Aufbau von *P2P*-Netzen gefordert (*QSC*), andererseits solle das Regulierungskonzept auf *FTTC* fokussieren (*Bundeskartellamt*). Grundsätzlich ist die Entscheidung über die „richtige“ *NGA-Rollout*-Strategie von den Unternehmen zu treffen. Eine einseitige Fokussierung der Regulierung auf eine bestimmte Technologie oder Geschäftsmodelle würde die unternehmerische Entscheidungssituation verzerren und auch der Neutralität in Bezug auf Technologien und Geschäftsmodelle widersprechen.

Die Bundesnetzagentur hat in ihren *Hinweisen zur konsistenten Entgeltregulierung* verdeutlicht, dass zukünftige Netztopologien „deutlich heterogener“ sein werden und dass es zu einem „Mix an Technologien“ kommen kann (Abschnitt 6.1.1). Regulierung hat trotz zukünftig heterogener werdender Netztopologien dem Postulat der Technologieneutralität Rechnung zu tragen.

#### **b) Berücksichtigung von Unternehmenskunden**

In einer Stellungnahme wird gefordert, Vorleistungsprodukte, mit denen Geschäftskunden adressiert werden, nicht zu vernachlässigen. Dies steht nicht im Widerspruch zur Zugangsregulierung der Bundesnetzagentur. Der Hinweis auf geeignete Zugangsprodukte in Eckpunkt 7 erstreckt sich nicht ausschließlich auf Vorleistungsprodukte zur Erschließung des

Massenmarktes. Vielmehr sind Zugangsprodukte so auszugestalten, dass sie auch den spezifischen Bedürfnissen von Geschäftskunden gerecht werden.

### 3. Fazit

Vor dem Hintergrund der vorgetragenen Argumente wird Eckpunkt 7 wie folgt formuliert:

**Die Bundesnetzagentur sieht es als erforderlich an, auch künftig den weiteren Ausbau von NGA-Netzen mit geeigneten Zugangsprodukten auf der Vorleistungsebene zu unterstützen. Zur Stimulierung des erstmaligen Ausbaus geht es daher um die Förderung möglichst nachhaltiger und wirtschaftlich tragfähiger Geschäftsmodelle. Regulierung hat gerade vor dem Hintergrund zukünftig heterogener werdender Netztopologien dem Postulat der Technologieneutralität Rechnung zu tragen.**

## Eckpunkt 8

**Im Zusammenhang mit dem Ausbau von Glasfaser ist auch der Aspekt des HVt-Abbaus zu berücksichtigen. Ob Anbieter entweder mit eigenen *FTTx*-Netzen näher zum Kunden gehen oder ihre Angebote ganz oder teilweise durch Bitstromzugang realisieren, hängt auch von der Gestaltung der entsprechenden Vorleistungsprodukte ab. Diese müssen so beschaffen sein, dass das durch den TAL-Zugang erreichte Wettbewerbsniveau nicht in Frage gestellt wird.**

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahmen

Einige Stellungnahmen betonen die Bedeutung von Konsistenz zwischen Bitstrom- und anderen Zugangsprodukten (*QSC*, *Telefónica*, *VATM*, *Versatel*; ähnlich in Bezug auf Kabelanbieter *ANGA*). Mehrere Kommentierende befürworten das Prinzip der Sicherstellung des erreichten Wettbewerbs (z.B. *BREKO*, *BUGLAS*, *Bundeskartellamt*, *ECTA*, *Versatel*), ein Kommentar betont jedoch, dass es dabei nicht um die Erhaltung einzelner Geschäftsmodelle gehe (*IEN*). Andere gehen einen Schritt weiter, und argumentieren, dass angesichts zu beobachtender Marktanteilsrückgewinnung durch die *DT AG*, vielmehr eine höhere Wettbewerbsintensität anzustreben sei, zumal die Bundesnetzagentur selbst die größere Bedeutung von Marktanteilen im *NGA*-Kontext sehe (*Telefónica*, ähnlich *QSC*, *VATM*).

Teilweise wird gefordert in Bezug auf den HVt-Abbau in einem ersten Schritt zunächst zukünftige Vorleistungsprodukte mit allen Rahmenparametern sowie klare Regelungen für den KVz-Ausbau festzulegen (*QSC*, *Telefónica*, *VATM*).

Zweitens seien Konditionen für den HVt-Abbau und Kündigungsfristen (zum Teil werden explizit fünf bis sieben Jahre genannt) vorzusehen (ähnlich auch *BREKO*, *BUGLAS*, *Versatel*). Vertragsstrafen, so einer dieser Kommentare (*QSC*) sollten dabei strategisches Verhalten seitens der *DT AG* (z.B. Rücknahme von HVt-Kündigungen) verhindern. Eine weitere Stellungnahme stellt in Bezug auf die Herausforderungen des HVt-Abbaus fest, dass ein *NGA*-Bitstromprodukt existieren und reibungslos funktionieren müsse, wenn der HVt-Abbau einsetze (*Bundeskartellamt*). Zu überlegen sei jedoch, ob das langwierige Standardangebotsverfahren das geeignete Verfahren zur Behandlung des Übergangs Richtung *NGA* darstelle. Auch aus dem wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsverbot ergäbe sich eine Verpflichtung zu einer angemessenen Übergangsregelung.

Drittens sei operativ die Kundenmigration ohne Kundenbeeinträchtigungen und unter Kostentragung durch die *DT AG* sicherzustellen (letzteres auch *BUGLAS*, *Versatel* sowie ähnlich *ECTA*).

Ein *VDSL*-Bitstromprodukt solle nicht nur an den bisherigen 73 Zugangspunkten oder gegebenenfalls nur einem Zugangspunkt möglich sein, vielmehr sollten mindestens auch die 900 konzentrierenden Zugangspunkte möglich sein. Dabei seien für diese *Metro Core Locations* die derzeitigen HVt-Standorte zu nutzen, um so bereits getätigte Investitionen zu sichern (*VATM*, *Versatel*; allgemeiner die Bedeutung von Bitstrom betonend: etwa *Bundeskartellamt*, *IEN*; *Ifkom*, allgemeiner die Gefahr der Entwertung bisheriger Investitionen betonend). Einer dieser Kommentare zweifelt darüber hinaus – unter Bezug auf die Sozialbindung – die rechtliche Zulässigkeit des HVt-Abbaus an (*Versatel*).

Zwei Stellungnahmen stellen insbesondere eine aus ihrer Sicht erforderliche investitionsfördernde Regulierung ins Zentrum ihrer Argumentation (*DT AG*, *ver.di*).

## 2. Bewertung

### a) Infrastrukturwettbewerb im NGA-Kontext

Einige Stellungnahmen betonen ausdrücklich das Ziel eines höheren als des heutigen Wettbewerbsniveaus. Letzteres dürfte insbesondere vor dem Hintergrund befürchteter Re-monopolisierungstendenzen zu sehen sein. Die Bundesnetzagentur hat selbst die stärkere Engpass-Charakteristik zukünftiger Netze und eine größere Relevanz von Marktanteilen im NGA-Kontext betont. Insofern ist es wichtig, geeignete Zugangsprodukte zu schaffen, die auch weiterhin infrastrukturbasierten Wettbewerb ermöglichen.

### b) Migrationsprozess

Migration ist aufgrund der komplexen technischen Zusammenhänge und Unsicherheiten für die Anbieter, sowohl für das regulierte Unternehmen als auch für dessen Wettbewerber, eine Herausforderung. Die Bundesnetzagentur nimmt diese Sorgen ernst und wird durch ihre Entscheidungen eine transparente Migration ermöglichen, damit kein Stillstand entsteht, der die Entwicklung innovativer Netze und Dienste verhindert.

In mehreren Stellungnahmen steht die Befürchtung im Mittelpunkt, dass zumindest für den Zeitraum eines HVt-Abbaus keine hinreichenden Alternativen zur Verfügung stehen. Aus Sicht der Bundesnetzagentur erfordert ein mit derartigen Veränderungen einhergehender Migrationsprozess in jedem Fall abgestimmte Prozesse zwischen allen beteiligten Parteien. Im Hinblick auf eine praxisgerechte Ausgestaltung des Migrationsprozesses stellt sich angesichts des HVt-Abbaus die Frage, inwieweit bisherige Dienste, die auf Basis regulierter Vorleistungen erbracht werden, auch im NGA-Kontext realisierbar sind und damit auch, wie lange das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zum Angebot dieser Vorleistung zu verpflichten wäre.

Sowohl im Rahmen des Beschlusses der Bundesnetzagentur zum sog. Migrationsnachteilsausgleich<sup>13</sup> als auch zum TAL-Standardangebot<sup>14</sup> wurde festgestellt, dass nach der derzeitigen Rechtslage die DT AG nicht berechtigt ist, TAL-Kollokationsstandorte ersatzlos zu streichen.

Um sicherzustellen, dass Wettbewerber auch im NGA-Kontext mit dem marktmächtigen Unternehmen konkurrieren können, sollte die Aufgabe des TAL-Zugangs am HVt erst dann möglich sein, wenn adäquate Vorleistungsalternativen bestehen und diese tatsächlich auch nutzbar sind.

Generell ist zu berücksichtigen, dass der Übergang zeitlich so auszugestalten ist, dass er von den Wettbewerbern auch administrativ-organisatorisch zu bewältigen ist. Dabei sollte die Migration so ausgestaltet sein, dass alle Marktteilnehmer ihren Kunden möglichst unterbrechungsfrei Leistungen anbieten können. Neben dieser Zielsetzung eines reibungslosen Übergangs ist jedoch gleichzeitig sicherzustellen, dass die mit dem Übergang zu NGA verbundenen Effizienzsteigerungs- und Kostensenkungspotentiale auch realisiert werden können. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich die Bundesnetzagentur im Rahmen des nächsten Beschlusskammerverfahrens zum TAL-Standardangebot erneut mit dieser Thematik befassen wird.

Ferner ist seitens der Bundesnetzagentur auch darauf zu achten, dass ein angekündigter Übergang von bisherigen Anschlussnetzen zu NGA keine unerwünschten Effekte in Bezug auf den TAL-basierten Wettbewerb hat. Einerseits hat ein reguliertes Unternehmen ein Recht, sein Netz umzugestalten, andererseits darf dies nicht dazu führen, weitere TAL-Investitionen von Wettbewerbern unattraktiv zu machen, sollte sich herausstellen, dass eine NGA-Migration viel länger als ursprünglich angekündigt dauert. So ist beispielsweise zum

<sup>13</sup> BK 3b-08/087 vom 28.11.2008.

<sup>14</sup> BK 4a-05/101 S vom 21.12.2007.

derzeitigen Zeitpunkt nicht klar, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Wettbewerber, die den Zugang zur TAL nutzen, nach dem Rechtsgedanken der §§ 1004, 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ausgleichspflichtige Nachteile durch Standortschließungen der DT AG entstehen werden. Im Rahmen des Beschlusses der Bundesnetzagentur zum Migrationsnachteilsausgleich konnte für die bis zum damaligen Zeitpunkt durchgeführten Migrationen kein ausreichender Zurechnungszusammenhang mit dem künftigen Umbau der Anschlussnetze durch die DT AG nachgewiesen werden. Allerdings war ausdrücklich nicht ausgeschlossen worden, dass künftige Migrationen auf Glasfaserinfrastruktur bei der Ausgestaltung der Bedingungen einer Standortschließung berücksichtigt werden. Diejenigen Unternehmen, die auch in eigene Glasfaseranschlüsse investieren, sollen bei der anstehenden Ausgestaltung des Migrationspfades nicht gegenüber denjenigen Unternehmen ungerechtfertigt zurückstehen, die weiterhin ausschließlich die Infrastruktur der DT AG mitnutzen wollen.

Seitens der Bundesnetzagentur müssen daher adäquate Übergangsperioden definiert, angekündigte Netzumgestaltungen an angemessene Bedingungen geknüpft sowie angemessene Transparenzverpflichtungen in Bezug auf diese Umgestaltung auferlegt werden.

Insgesamt erfordert der Migrationsprozess auch ein hohes Maß an Transparenz (s. hierzu Eckpunkt 14). Dies wird auch deutlich in der Regulierungsverfügung zur Teilnehmeranschlussleitung (BK 4a-07-002/R vom 27.06.2007, S. 42 des amtlichen Umdrucks), wonach angesichts eines noch fehlenden konkreten Umstellungskonzeptes sich die Bundesnetzagentur nicht in der Lage sah „*jetzt schon Vorgaben für einen Migrationspfad zu machen, um nicht die technischen und betriebswirtschaftlichen Entscheidungen der Betroffenen unangemessen zu behindern. Ein solche Anordnung könnte etwa verlängerte Kündigungsfristen oder eine Transparenzverpflichtung hinsichtlich des Auflösungszeitplans der einzelnen Hauptverteiler beinhalten*“.

Konkrete Fragen im Zusammenhang mit dem Migrationsprozess werden auch im Rahmen des NGA-Forums zu adressieren sein.

### c) Bitstromzugangsprodukt

Mehrere Stellungnahmen heben – insbesondere vor dem Hintergrund eines HVt-Abbaus – die zunehmende Bedeutung von Bitstromzugangsprodukten hervor. Die Bundesnetzagentur sieht sich insofern in Bezug auf ihre Einschätzung bestätigt, dass der Bitstromzugang zukünftig an Bedeutung gewinnt, was insbesondere auf die steigende Relevanz von Skalen- und Größenvorteilen in NGAs zurückzuführen ist (vgl. Eckpunkt 7).

## 3. Fazit

Vor dem Hintergrund der vorgetragenen Argumente wird Eckpunkt 8 wie folgt formuliert:

**Im Zusammenhang mit dem Ausbau von Glasfaser ist auch der Aspekt des HVt-Abbaus zu berücksichtigen. Ob Anbieter entweder mit eigenen FTTx-Netzen näher zum Kunden gehen oder ihre Angebote ganz oder teilweise durch Bitstromzugang realisieren, hängt auch von der Gestaltung der entsprechenden Vorleistungsprodukte ab. Diese müssen so beschaffen sein, dass auch im Rahmen der NGA-Migration mindestens das derzeit erreichte Niveau infrastrukturbasierten Wettbewerbs möglich bleibt. Um sicherzustellen, dass Wettbewerber auch im NGA-Kontext mit dem marktmächtigen Unternehmen konkurrieren können und keine Remonopolisierung entsteht, müssen adäquate Übergangsperioden definiert werden. So sollte die Aufgabe des TAL-Zugangs am HVt erst dann möglich sein, wenn geeignete Vorleistungsalternativen bestehen und diese tatsächlich auch nutzbar sind.**

## Eckpunkt 9

**Bei der Abwägungsentscheidung zwischen Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung berücksichtigt die Bundesnetzagentur neben der Sicherstellung eines nachhaltigen und chancengleichen Wettbewerbs insbesondere das Ziel der Förderung effizienter Investitionen sowie der Unterstützung von Innovationen. Dabei wird sie nicht zuletzt mit Blick auf neu entstehende Infrastrukturen dem Erfordernis eines hohen Maßes an Preissetzungsflexibilität Rechnung tragen.**

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahmen

In verschiedenen Stellungnahmen wird betont, dass die Entscheidung zwischen Ex-ante- und Ex-post-Regulierung im Einzelfall und unter Berücksichtigung der Bedeutung der auferlegten Zugangsverpflichtung für den Wettbewerb sowie sämtlicher Regulierungsziele zu treffen sei (*Bundeskartellamt, IEN, Versatel, Vodafone*). Nur so könne die erforderliche Flexibilität gewahrt werden, um im Einzelfall auf eingetretene Änderungen der Marktgegebenheiten reagieren zu können (*Versatel*).

Einige Kommentatoren postulieren jedoch, dass durch die Abwägungsentscheidung die vorrangige Anwendung des KeL-Maßstabes nicht in Frage gestellt werden dürfe (*1&1, IEN, Jeroschewski*). Insbesondere für die Vorleistungen „KVz-Zugang“ sowie „Zugang zu Leerrohren und *Dark Fibre*“ müsse der KeL-Maßstab weiterhin den Regelfall darstellen (*BREKO, Telefónica*). Abweichungen hiervon bedürften einer besonderen Begründung, die im NGA-Bereich nicht zu erkennen sei (*BREKO*). Eine KeL-Regulierung stelle sicher, dass keine Quersubventionierungspotenziale entstünden (*BREKO, IEN*). Andernfalls, so die *IEN*, bestehe die Gefahr von Wettbewerbsschädigungen und einer Remonopolisierung.

Auf der Basis einer Ex-ante-Regulierung von „KVz-Zugang“ sowie „Zugang zu Leerrohren und *Dark Fibre*“ kann nach Ansicht des *BREKO und Telefónica* anschließend entschieden werden, ob im Sinne der Konsistenz VDSL-Bitstrom-Produkte besser nach dem Ex-ante- oder dem Ex-post-Maßstab beurteilt würden. Zunächst aber sollten nach Ansicht von *Telefónica* die Infrastruktur-Zugangsprodukte verbindlich festgelegt werden, um feststellen zu können, welche Preismodelle und –methoden für VDSL-Bitstrom/*Wholesale* zulässig sind oder nicht.

*Vodafone* hält eine Ex-post-Regulierung für ausreichend, solange Wettbewerber hierdurch nicht aus dem Markt gedrängt würden. *Vodafone* sieht die Gefahr, dass das marktbeherrschende Unternehmen, um möglichst viel Wertschöpfung selbst realisieren zu können, geneigt sein könnte, aktive Infrastrukturleistungen (wie z.B. Bitstrom) relativ günstiger anzubieten als passive Vorleistungen (wie die entbündelte Glasfaser).

Aus Sicht des *Bundeskartellamts* ist die Gewährung von Preiserhöhungsspielräumen zugunsten des Marktbeherrschers zur Erzielung eines investitionsfördernden Effektes mit Wettbewerbsgrundsätzen nicht vereinbar (ähnlich auch die *IEN*). Die mildere Ex-post-Kontrolle dürfe nicht der Erleichterung von Preisüberhöhungen zur Erwirtschaftung von Monopolrenditen dienen. Die Ex-post-Missbrauchsaufsicht sei dann ausreichend, wenn Preisüberhöhungen zulasten der Marktgegenseite zwar noch punktuell zu erwarten seien, eine dauerhafte Preisüberhöhungsstrategie aber in Anbetracht der Wettbewerbsbedingungen nicht zu erwarten sei.

Zugangspreisregulierung sollte nach *ECTA* sicherstellen, dass Investoren eine angemessene Verzinsung unter Berücksichtigung möglicher Risiken erzielen können, gleichzeitig aber

gewährleisten, dass der Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird und es zu unangemessenen Vorteilen des Infrastrukturbetreibers kommt.

Der *BUGLAS* betont, dass sich das seitens der Bundesnetzagentur adressierte Erfordernis eines hohen Maßes an Preissetzungsflexibilität auf neu entstehende Infrastrukturen beschränke und nicht für bestehende Infrastrukturen gelten dürfe (denn hier sei der bestehende Umfang ausreichend).

Die *IKT* betont, dass die strikte Ex-ante-Regulierung zwar für ein historisch gewachsenes Monopol konzipiert gewesen sei. Jedoch dürfe eine Abkehr von diesem Ansatz nicht unreflektiert allein der *DT AG* zugute kommen. Denn Weiterentwicklungen eines Netzes seien nur dann möglich, wenn bereits die Grundlage, die Netzinfrastruktur, existiere, welche wiederum größtenteils zu Monopolzeiten mit Steuermitteln errichtet worden sei. Ähnlich argumentieren *Telefónica* und *VATM*, wenn sie betonen, dass für die Frage der Intensität der Entgeltregulierung die Frage, ob eine Vorleistung zu einem bestimmten Anteil auf *Bottleneck*-Ressourcen aufsetzt, entscheidend sei.

#### **a) Entgeltregulierung und Investitionstätigkeit**

*BITKOM* und *DT AG* betonen Unterschiede zwischen der Situation heute und der zu Beginn der Liberalisierung und sehen investitionsfördernde Effekte bei größeren Freiheitsgraden im Rahmen der Entgeltfestsetzung. In diesem Sinne beklagt die *DT AG* eine Priorisierung der herkömmlichen statischen Regulierungslogik. Laut *BITKOM* hätten Studien belegt, dass die relativ geringen Pro-Kopf-Investitionen im Telekommunikationssektor in Europa auf vergleichsweise strenge Regulierungsregimes zurückzuführen seien. Aus Sicht der *DT AG* setzt anreizorientierte Regulierung beim Primat der freiwilligen Vereinbarungen an und beschränkt sich auf das Instrument der Nicht-Diskriminierung und entgeltrelevanten Missbrauchsaufsicht (ähnlich auch der *Arbeitskreis Regulierung*).

*E-Plus* und *VATM* betonen, dass die Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs der einzige Garant für effiziente Investitionen sei. Überlegungen, wie durch regulatorische Zugeständnisse an die *DT AG* Investitionen gefördert werden könnten, widersprächen hingegen sämtlichen regulatorischen Erfahrungen und seien daher abzulehnen. Beide Kommentare heben hervor, dass es sich bei Wettbewerbs- und Investitionsförderung nicht um konkurrierende, sondern um komplementäre Ziele handle.

Das *Bundeskartellamt* stützt die Argumentation der Bundesnetzagentur, dass etwaige mittel- und langfristig erzielbare gesamtwirtschaftliche Vorteile nur schwer zu ermitteln sind, um sie als Ausgleich für den aus der Wettbewerbsbeschränkung folgenden volkswirtschaftlichen Schaden in Betracht ziehen zu können.

Die Genehmigung überhöhter Vorleistungsentgelte ist nach Ansicht des *WAR* nicht Aufgabe des Regulierers. Sofern seitens der Politik die Generierung von zusätzlichen Investitionsmitteln für Breitbandinfrastruktur etwa für schlecht oder unversorgte ländliche Gebiete angestrebt werde, müsse der Gesetzgeber andere Quellen prüfen, z.B. Anliegerabgaben, Bauauflagen, „Breitbandsolidarzuschläge“, Sonderprogramme, Universaldienstverpflichtungen.

Die *IKT* betont zudem – wie auch in den Eckpunkten ausgeführt –, dass der KeL-Maßstab hinreichend flexibel zur Abbildung aller relevanten Risiken und somit auch zur Erreichung einer effizienten Breitbandinfrastruktur und von Innovationen sei (ähnlich auch der *WAR*).

Allerdings sei, so der *Arbeitskreis Regulierung*, die Ex-post-Regulierung besser geeignet, um die erforderliche Flexibilität der Preisgestaltung im Rahmen von Kooperations- und Vertragsmodellen zu ermöglichen.

## b) Erwägungen zu Konsistenz, zeitlichen Aspekten sowie zur Praktikabilität

Nach Auffassung des *BREKO* ist die Wahrung der Konsistenz von noch zentralerer Bedeutung als die Frage des Maßstabes als solche (ähnlich *QSC*). Hierbei sei insbesondere auch die Kostensituation eines Unternehmens einzubeziehen, welches – vollständig unabhängig von Vorleistungen der *DT AG* – eigene *FTTB/FTTH*-Lösungen umsetzt.

Aus Sicht des *BUGLAS* schaffen in zeitlicher Hinsicht „ex ante“ getroffene Entgeltrahmenbedingungen ein investitionsfreundlicheres Klima als „ex post“ vorgenommene Korrekturen, weil diesen oftmals längere Phasen mit Auseinandersetzungen zwischen den Marktbeteiligten und daraus resultierenden Unsicherheiten vorausgehen würden. *BUGLAS* hält „ex ante“ gesetzte Rahmenbedingungen mit dem typischerweise für die Ex-post-Regulierung geltenden Maßstab für durchaus denkbar, fordert die Bundesnetzagentur aber auf, hier entsprechende Klarstellungen vorzunehmen, ob jeweils Zeitpunkt oder Maßstab gemeint sind.

*BREKO* betont praktische Probleme aufgrund fehlender Vergleichsmärkte im Rahmen einer etwaigen Ex-post-Regulierung.

## 2. Bewertung

Zunächst ist zuzustimmen, wenn in einigen Kommentaren ausdrücklich hervorgehoben wird, dass die Entscheidung zwischen Ex-ante- und Ex-post-Regulierung im Einzelfall zu treffen ist. Die Abwägungsentscheidung sollte anhand der im Rahmen der Marktanalyse festgestellten (und prognostizierten) Wettbewerbsverhältnisse (bzw. des Grades des Marktversagens) sowie der Wirkungsweisen der im Rahmen der Ex-ante- und Ex-post-Regulierung jeweils zur Verfügung stehenden Instrumente getroffen werden. Hierbei können Erwägungen hinsichtlich der zu erwartenden Effektivität von Preis-Kosten-Scheren- und Kosten-Kosten-Scheren-Prüfungen auf dem jeweiligen Markt eine erhebliche Rolle spielen. Hinsichtlich dieser Abwägungsentscheidung gilt grundsätzlich: Je ausgeprägter die disziplinierende Wirkung der Marktkräfte auf die Verhaltensspielräume des marktbeherrschenden Unternehmens, je geringer die Bedeutung eines Zugangsproduktes für den Wettbewerb auf den nachgelagerten Endnutzermärkten und je wirksamer die Begrenzung von Preissetzungsspielräumen durch Preis-Kosten-Scheren- und Kosten-Kosten-Scheren-Prüfungen, desto eher ist das Instrument einer strikten Preishöhenkontrolle im Sinne des Ex-ante-Maßstabes verzichtbar.

Es ist auch aus hiesiger Sicht plausibel, tendenziell zwischen verschiedenen Wertschöpfungsebenen zu differenzieren und insbesondere für solche Vorleistungen die Ex-ante-Regulierung zu implementieren, die auf passiver Infrastruktur basieren. Die Forderung einiger Unternehmen, auf dieser Grundlage die Entgelte für Vorleistungen, die weniger eigene Infrastruktur des Nachfragers bedingen, vorrangig mit Blick auf die Sicherstellung von Konsistenz zu kontrollieren, ist zwar ebenfalls nachvollziehbar. Hieraus lassen sich aber keine eindeutigen Schlüsse zugunsten einer Ex-ante- oder Ex-post-Regulierung ableiten, da davon auszugehen ist, dass sich konsistente Entgelte in beiden Alternativen gewährleisten lassen.

Denn im Rahmen der Ex-ante- und der Ex-post-Regulierung ist die Maßgabe des § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG in gleicher Weise zu beachten. Danach gilt eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt durch Entgelte des Marktbeherrschers als missbräuchlich. Auf dieser Grundlage sind Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren-Tests analog anzuwenden, unabhängig davon, ob es sich um ex ante oder ex post regulierte Vorleistungsprodukte bzw. deren Verhältnis zueinander handelt. Das bedeutet, dass das Potenzial für Wettbewerbsverzerrungen hierdurch insbesondere dann eng begrenzt wird, wenn Kosten-Kosten-Scheren-Tests im Verhältnis zu anderen kostenbasiert bepreisten (bzw. nach KeL-Maßstab regulierten) Vorleistungsprodukten durchgeführt werden. Durch diese Vorgehensweise wird der Spielraum für die Entgelte (auch) einer (ex post regulierten) Zugangsleistung vor allem unter der Prämisse stark eingeschränkt, dass Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren-Prüfungen entlang der

Wertschöpfungskette in beide Richtungen praktiziert werden und die entsprechenden Entgelte jeweils auf Wettbewerbsniveau liegen.

Das vom *Bundeskartellamt* genannte Kriterium, wonach die Ex-post-Missbrauchsaufsicht immer dann ausreiche, wenn Preisüberhöhungen zulasten der Marktgegenseite zwar noch punktuell zu erwarten seien, die Wettbewerbsbedingungen aber den Schluss zuließen, dass eine dauerhafte Preisüberhöhungsstrategie mittel- und langfristig nicht stattfinden werde, erscheint auch aus hiesiger Sicht sachgerecht. Allerdings dürften sich in der Praxis nicht unerhebliche Schwierigkeiten hinsichtlich der Definition ergeben, welche Preisüberhöhungen als punktuell bzw. transitorisch zu charakterisieren sind. Hinzu kommt die Problematik, aus den zu beobachtenden Wettbewerbsbedingungen hinreichend valide Prognosen über künftige Preis(überhöhungs)strategien des marktbeherrschenden Unternehmens abzuleiten. Schließlich ist auch die Frage jeweils zu erwartender Wettbewerbswirkungen einzubeziehen, deren Beantwortung wiederum eine Abschätzung über die Bedeutung gegebenenfalls erst kurzfristig am Markt befindlicher Vorleistungsprodukte erforderlich macht.

Das Argument, dass sich das Erfordernis eines hohen Maßes an Preissetzungsflexibilität auf Vorleistungsprodukte auf Basis neu entstehender Infrastrukturen beschränken solle, wird insoweit grundsätzlich geteilt, als es bei Vorleistungen, die auf bereits existierender Infrastruktur basieren, weit weniger Bedarf für innovative, beispielsweise dem Gedanken der Risikoteilung Rechnung tragende Tarifmodelle geben dürfte.

Denjenigen Unternehmen, die betonen, dass eine Abkehr von der Ex-ante-Regulierung nicht unreflektiert zugunsten der *DT AG* vollzogen werden dürfe, ist aus hiesiger Sicht zuzustimmen. Der Hinweis darauf, dass Weiterentwicklungen eines Netzes nur dann möglich seien, wenn hierfür bereits eine Grundlage, wie z.B. eine Netzinfrastruktur aus Monopolzeiten, existiere, zielt auf einen entscheidenden Umstand ab. Wenn nämlich Vorleistungen zu einem bestimmten Anteil auf bestehenden *Bottleneck*-Ressourcen aufsetzen, ergeben sich hieraus erhebliche Asymmetrien, aus denen wiederum strukturelle Marktzutrittschancen resultieren können. Insoweit sind bei der Frage nach der erforderlichen Intensität der Entgeltregulierung insbesondere auch solche Interdependenzen zwischen den aus dem ehemaligen Monopol stammenden Infrastrukturen und den aktuellen bzw. entstehenden Netzen zu berücksichtigen.

#### **a) Entgeltregulierung und Investitionstätigkeit**

Prinzipiell ist auch denjenigen Stellungnahmen beizupflichten, in denen die Unterschiede zwischen der Situation heute und der zu Beginn der Liberalisierung betont werden. Denn insbesondere die vorliegend zu beobachtende Kombination aus hohen versunkenen Investitionskosten einerseits und marktlichen Unsicherheiten andererseits stellt ein Spezifikum dar, dem die Regulierung in angemessener Weise Rechnung tragen muss. Dementsprechend wird von der Bundesnetzagentur – entgegen der vereinzelt unterstellten Priorisierung einer „statischen Regulierungslogik“ – anerkannt, dass die auf Grundlage nachhaltiger Wettbewerbsstrukturen in dynamischer Hinsicht zu erwartenden positiven Effizienz- und Wohlfahrtseffekte im Rahmen der Entgeltregulierung angemessen zu berücksichtigen sind.

Gleichwohl ist dem *Bundeskartellamt* dahingehend zuzustimmen, dass die Gewährung von Preiserhöhungsspielräumen zugunsten des Marktbeherrschers zur Erzielung eines investitionsfördernden Effektes mit Wettbewerbsgrundsätzen nicht vereinbar wäre. Schließlich darf die Ex-post-Kontrolle – so ist ebenfalls in Übereinstimmung mit dem *Bundeskartellamt* festzustellen – nicht der Erleichterung von Preisüberhöhungen zur Erwirtschaftung von Monopolrenditen dienen. Ein derartiger Ansatz wäre schon deshalb hoch problematisch, weil etwaige mittel- und langfristig erzielbare gesamtwirtschaftliche Vorteile nur schwer zu ermitteln sind und insoweit als Ausgleich für den aus der Wettbewerbsbeschränkung folgenden volkswirtschaftlichen Schaden nur sehr bedingt in Betracht gezogen werden können.

Darüber hinaus geht die Bundesnetzagentur in Übereinstimmung mit verschiedenen Stellungnahmen davon aus, dass es sich bei Wettbewerbs- und Investitionsförderung nicht um konkurrierende, sondern um komplementäre Ziele handelt.

Schließlich ist zu betonen, dass die Behörde den KeL-Maßstab als hinreichend flexibel zur Abbildung aller relevanten Risiken und somit auch zur Erreichung einer effizienten Breitbandinfrastruktur und von Innovationen erachtet. Insoweit ist zwar im Rahmen der Ex-post-Regulierung gegebenenfalls von einer höheren Flexibilität hinsichtlich der Einführung innovativer Tarifstrukturen auszugehen. Gleichwohl bestehen auch bei Anwendung der Ex-ante-Regulierung hinreichend Möglichkeiten, Risiken (beispielsweise im Rahmen von Kooperations- und Vertragsmodellen) durch innovative Tarifstrukturen sachgerecht zu verteilen und hierdurch investitionsfördernde Effekte zu erzielen.

### **b) Erwägungen zu Konsistenz, zeitlichen Aspekten sowie zur Praktikabilität**

Die Bundesnetzagentur teilt die Auffassung einiger Unternehmen, dass die Sicherstellung von Konsistenz bei der Entgeltregulierung von großer Bedeutung ist und verweist auf die am 04.11.2009 veröffentlichten Hinweise zu einer konsistenten Entgeltregulierung. Allerdings ist derzeit nicht ohne weiteres ersichtlich, in welcher Weise in diese Prüfung auch die Kostenkalkulationen von Unternehmen, die – vollständig unabhängig von Vorleistungen der *DT AG* – eigene *FTTB/FTTH*-Lösungen umsetzen, einzubeziehen sind. Denn die Durchführung eines Kosten-Kosten-Scheren-Tests im engeren Sinn setzt typischerweise eine technisch vergleichbare (Realisierung einer bestimmten) Leistung voraus, sodass beispielsweise Konsistenzprobleme zwischen *FTTB/FTTH*-Lösungen einerseits und *VDSL*-Vorleistungsprodukten andererseits mit den bestehenden Regeln nur bedingt adressierbar sein dürften.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass auch die Behörde insbesondere im Hinblick auf Preis-Kosten-Scheren- und Kosten-Kosten-Scheren-Prüfungen die in der Kommentierung adressierten praktischen Schwierigkeiten bei der Durchführung von Vergleichsmarktbetrachtungen, wie sie im Rahmen der Ex-post-Regulierung vorrangig vorgesehen sind, sieht. Diese könnten insbesondere im Hinblick auf die Berücksichtigung von Besonderheiten internationaler Vergleichsmärkte auftreten.

### **3. Fazit**

Vor diesem Hintergrund wird der Eckpunkt wie folgt gefasst:

**Bei der Abwägungsentscheidung zwischen Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung berücksichtigt die Bundesnetzagentur neben der Sicherstellung eines nachhaltigen und chancengleichen Wettbewerbs insbesondere das Ziel der Förderung effizienter Investitionen sowie der Unterstützung von Innovationen. Dabei wird sie nicht zuletzt mit Blick auf neu entstehende Infrastrukturen dem Erfordernis eines hohen Maßes an Preissetzungsflexibilität Rechnung tragen. Eine Ex-post-Kontrolle erscheint vor diesem Hintergrund ausreichend, wenn Preisüberhöhungen auf Grundlage der Wettbewerbsentwicklung nur noch punktuell und nicht anhaltend zu erwarten sind. Der Gefahr etwaiger Wettbewerbsverzerrungen durch ein Nebeneinander von ex ante und ex post regulierten Leistungen kann durch eine analoge Anwendung von Preis-Kosten-Scheren- und Kosten-Kosten-Scheren-Tests begegnet werden.**

## Eckpunkt 10

**Effiziente Infrastrukturinvestitionen und Innovationen können durch neue Tarifstrukturen gefördert werden. Dies ist grundsätzlich mit dem Konzept der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) auf Basis der langfristigen Zusatzkosten vereinbar.**

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahmen

Die Möglichkeit der Einführung neuer Tarifstrukturen wird von den Kommentierenden kontrovers diskutiert. Ein Teil der Kommentierenden (*1&1, Appenzeller, Arbeitskreis Regulierung, BITKOM, BUGLAS, Bundeskartellamt, DT AG, ECTA, QSC, Vodafone, WAR*) begrüßt neue Tarifstrukturen grundsätzlich. Andere möchten neue Tarifstrukturen unter den Vorbehalt der Prüfung im Einzelfall gestellt haben. Sie müssten im Einzelfall vorab auf ihre Wettbewerbswirkung bewertet werden (*BREKO, Telefónica, VATM*). *BITKOM* und *Vodafone* halten es für wichtig, dass die Zugang begehrenden Unternehmen die Freiheit erhielten, die Methode ihrer Risikoübernahme auszuwählen und dadurch mit der strategischen Ausrichtung des Unternehmens in Einklang zu bringen. Aus Sicht des *WAR* sei davon auszugehen, dass ein Betreiber/Anbieter, der von vornherein Risiko mit trägt, bei der Nutzung der Infrastruktur über einen gewissen Zeitraum günstiger gestellt werden kann als ein Mitbewerber, der später ad hoc Leistungen nachfragt. Damit keine Wettbewerbsverzerrungen entstünden, dürfe die Preisdifferenzierung der Vorleistungsentgelte jedoch nicht über das Wertäquivalent des übernommenen Risikos gehen.

#### a) KeL-Maßstab

Der *VATM* hält eine künftige Modifikation oder eine Abkehr vom bestehenden KeL-Maßstab für nicht sinnvoll. Die KeL hätten sich als geeigneter Bezugspunkt erwiesen, um auf Veränderungen des Marktgefüges flexibel zu reagieren. Es seien bislang keine Gründe ersichtlich, die für eine Aufgabe des bewährten Maßstabes sprechen. Es sei vielmehr Wert darauf zu legen, dass die KeL sachgemäß berechnet würden. Dies sei z.B. im TAL-Verfahren nicht der Fall. Hier führe die Berechnung auf Basis einer mit dem KeL-Maßstab gerechtfertigten Wiederbeschaffungsbetrachtung gerade dazu, dass die *DT AG* höhere Entgelte von den Wettbewerbern verlangen kann als sie tatsächliche Kosten habe. Auch die *IEN* weist darauf hin, dass das Ziel der Erreichung einer effizienten Breitbandinfrastruktur und von Innovationen nur mit Hilfe der KeL auf Basis langfristiger Zusatzkosten erreicht werden könne. Die Erfahrungen hätten gezeigt, dass dieses Konzept das am besten geeignete Mittel zur Feinsteuerung der Markteffekte sei. Auch *ANGA* vertritt die Ansicht, dass das Konzept der KeL dazu geeignet ist, die Investitionsrisiken auch beim Ausbau von *NGAs* marktgerecht abzubilden. Die KeL sollten insbesondere auch bei der Festsetzung der Zugangsentgelte zu *NGAs* zur Anwendung kommen. Kostengrundlage für die Zugangsentgelte sollten die Wiederbeschaffungskosten bzw. Errichtungs- und Betriebskosten sein. Im Bereich von *NGAs* sieht *ANGA* keinen Raum für die Kalkulation der Zugangsentgelte auf Grundlage historischer Wiederbeschaffungskosten.

Aus Sicht der *DT AG* sei die Einführung eines Risikoteilungskonzeptes nur möglich, wenn den Wirtschaftsteilnehmern auch entsprechende Flexibilität zu privatwirtschaftlichen Vereinbarungen bliebe. Unter einem strengen Ex-ante-Regulierungsregime sei dies nicht möglich. Indem die Bundesnetzagentur das Risikoteilungskonzept am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung messen wolle, führe sie ein solches Konzept *ad absurdum*.

*BITKOM* vertritt die Ansicht, dass das Konzept der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung mit der Maßgabe der Anerkennung von Risikoteilungsmechanismen zugrunde gelegt werden müsse. Die Übertragung eines starren Kostenregulierungssystems auf ein innovatives Bepreisungsmodell, mit dem gerade die unternehmerische Flexibilität gefördert werden soll, wäre kontrainduziert. Die Risikoverteilungsmechanismen sollten gerade Unsicherheiten

etwa hinsichtlich der künftigen Nachfrage nach neuen Diensten, der Nachfrageentwicklung im Zeitverlauf, des Preisrisikos und der Unsicherheit über die Entwicklung anderer Technologien auffangen.

Für andere Kommentierende (*BREKO*, *Versatel*) stellt sich die praktische Frage, wie bei einer Entgeltprüfung nach KeL die Risikobeteiligung für unterschiedliche Nachfrager ermittelt und über die Festlegung unterschiedlich hoher Entgelte abgebildet werden soll.

Aus Sicht der *IEN* ist es fraglich, ob Risikoteilungsmodelle rechtlich zulässig seien. Dies dürfte davon abhängen, ob bei der jeweiligen Entgeltgenehmigungsentscheidung ein Ex-ante- oder ein Ex-post-Ansatz zugrunde gelegt würde. Die *IEN* erachte grundsätzlich die Ansetzung von risikoabhängigen Entgelten im Rahmen einer Ex-ante-Genehmigung für rechtlich bedenklich. Die Implementierung im Rahmen einer Ex-post-Entgeltregulierung setze voraus, dass die Bundesnetzagentur bereits im Stadium der Genehmigung auf Vergleichsmarktbeurteilungen zurückgreifen könne oder konkrete Kostenunterlagen vom investierenden Unternehmen erhalten habe. Letzteres erscheine derzeit zweifelhaft, so dass der Bundesnetzagentur lediglich eine Vorabfeststellung über die Missbräuchlichkeit der jeweiligen Preisdifferenzierungskriterien verbleibe. Im Rahmen einer neuen Regulierungsverfügung müsse die Entscheidung erneut überprüft werden und Risikoteilungsmodelle angepasst werden.

*Telefónica* und der *VATM* führen aus, dass zunächst die grundsätzlichen Zugangsentgelte rund um den KVz feststehen sollten. Anschließend könne diskutiert werden, ob neue Tarifstrukturen in Kooperationen oder VDSL-Bitstrom/*Wholesale*-Modellen denkbar und in der konkreten Ausgestaltung auch zulässig seien. *Appenzeller* regt an, dass ein Wechsel zu neuen Tarifstrukturen nur unter enger Einbeziehung der Marktbeteiligten bzw. Anhörung erfolgen solle.

#### **b) Investitionsförderung durch neue Tarifstrukturen**

Die pauschale Aussage, dass neue Tarifstrukturen Infrastrukturinvestitionen und Innovationen fördern, wird (*BREKO*, *VATM*) für nicht tragfähig gehalten. So könnten laufzeitabhängige Entgelte im Gegenteil auch dazu führen, wettbewerbliche Infrastrukturinvestitionen zumindest zu verzögern, da es bei einer langen Vertragsbindung an einem Anreiz fehlt, die beim regulierten Unternehmen bezogenen Vorleistungen sukzessive durch den Aufbau eigener Infrastruktur zu substituieren. Die Balance zwischen Infrastruktur- und Dienstewettbewerb könne je nach Tarifstruktur erheblich gestört werden. *BREKO* und *Versatel* halten die Einführung solcher Tarifstrukturen für bedenklich, da darüber Unternehmen begünstigt werden könnten, die weder in der Vergangenheit noch in der Zukunft in Infrastruktur investiert haben bzw. investieren werden, sondern sich daran lediglich finanziell beteiligen. Denn eine Begünstigung solcher rein finanziellen Beteiligungen diene gerade nicht dem Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen und nachhaltigen Wettbewerbs. Sollte die Bundesnetzagentur die Einführung von Risikoverteilungsmechanismen tatsächlich für erforderlich halten, würde aus Sicht von *Versatel* zur Abdeckung eventueller Investitionsrisiken allein die Einführung eines einheitlichen und damit diskriminierungsfreien Entgeltaufschlages zu einer gerechten Risikoverteilung führen. Ein solcher Entgeltaufschlag wäre viel geeigneter, dem Risikoziel der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen gerecht werden und eine Begünstigung von Diensteanbietern verhindern.

Die *DT AG* hält das Bekenntnis der Bundesnetzagentur zur Zulässigkeit von Risikoteilungsmechanismen für nicht ausreichend, da die Bundesnetzagentur die Vorteilhaftigkeit von Risikoteilungsmechanismen nur in Erwägung ziehe und ein solches Modell für möglicherweise vorteilhaft halte. Dieses sei aber zwingend erforderlich, um die richtigen Investitionsanreize zu setzen. Aus Sicht des *Arbeitskreises Regulierung*, des *BITKOM* und der *DT AG* bestünden Seitens des Investors erhebliche Unsicherheiten im Hinblick auf die zu tätigende Investition, wie der künftigen Nachfrage des Dienstes, der Nachfrageentwicklung im Zeitablauf, dem Preisrisiko sowie der Entwicklung anderer Technologien. Demgegenüber sei der Markteintritt für einen Nichtinvestor auf Basis von Vorleistungen zu jeder Zeit und mit jeder

Menge möglich. Dabei finde eine volle Beteiligung am Erfolg, aber keine Risikobeteiligung der Zugangsbegehrenden statt. Um dem entgegenzuwirken, bedürfe es eines fairen Risikobeteiligungskonzeptes, welches die Interessen beider Wirtschaftsteilnehmer zu einem Ausgleich führen könne.

Die *DT AG* vertritt die Ansicht, dass die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur den Zielen der Breitbandstrategie der Bundesregierung widerspreche. Diese spreche sich für die Einführung anreizorientierter und investitionsfördernder Kooperationsmechanismen zur Aufteilung des Investitionsrisikos nicht nur zwischen Netzbetreibern, sondern auch zwischen den Netzbetreibern und Zugangssuchenden aus. Hierunter könne nicht die schlichte Übertragung der Entgeltregulierungssystematik nach bestehender Regulierungslogik zur Behandlung von bereits lange existierenden Netzen gemeint sein.

Ein diskriminierungsfreies Konzept liege dann vor, wenn die Aufteilung des Investitionsrisikos im Vordergrund der Vertragsausgestaltung stehe und entsprechende Preis- und Vertragsgestaltungsflexibilität beim Unternehmen verbleibe. Ein stärker anreiz- und risikoorientiertes Konzept müsse sicherstellen, dass Zugang begehrende Unternehmen einen angemessenen und fairen Teil des Investitionsrisikos übernehmen. Kernattribute dieses Konzeptes seien Langfristigkeit von Kontrakten, Übertragung der Preis- und Produktflexibilität von der *Retail*- auf die *Wholesale*-Ebene, die Kontingentierung und *Upfront-Payment*.

### c) Nicht-Diskriminierung

Ein Weiteres in den Stellungnahmen diskutiertes Thema ist das Problem der Diskriminierung durch neue Tarifstrukturen. Einige Kommentierende (*1&1*, *Bundeskartellamt*, *ECTA*, *Vodafone*, *WAR*) halten neue Tarifstrukturen nur für vorteilhaft, wenn sie nicht zu Diskriminierungen oder der Ausschließung Dritter führen. *BREKO* und *Versatel* sehen bei einer Genehmigung unterschiedlicher Entgelte für ein und dieselbe Leistung einen Verstoß gegen das in § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG geregelte Diskriminierungsverbot. Denn zumindest bei einer Differenzierung der Entgelte entsprechend der Höhe der Vorabzahlung oder der abgenommenen Menge würden kleinere Nachfrager bspw. aufgrund einer kleineren Abnahmemenge und den daraus resultierenden höheren Entgelten benachteiligt. Da sie damit aber gegebenenfalls sogar höhere Risiken übernähmen, seien unterschiedliche Entgelte mangels sachgerechter Risikoverteilung und damit auch mangels sachlicher Rechtfertigung keinesfalls genehmigungsfähig (*Versatel*). Auch andere Kommentierende (*Appenzeller*, *ECTA*, *Telefónica*, *VATM*) sprechen an, dass bestimmte Tarifstrukturen z.B. für Großabnehmer attraktiv sein könnten, sich aber die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer Unternehmen negativ auswirkten.

### d) Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung

Es wird von einem Großteil der Kommentierenden (*1&1*, *BITKOM*, *Bundeskartellamt*, *IEN*, *Vodafone*, *WAR*) darauf hin gewiesen, dass es durch neue Tarifstrukturen keinesfalls zu Preis-Kosten-Scheren oder Kosten-Kosten-Scheren komme dürfe. *BREKO* führt aus, dass die Preis-Kosten-Scheren- bzw. die Kosten-Kosten-Scheren-Prüfungen erheblich komplexer würden und die Spielräume des regulierten Unternehmens für eine strategische Preissetzung erheblich erweitert würden. *BITKOM* vertritt die Ansicht, dass eine stärker ökonomisch und langfristig ausgerichtete Konsistenzprüfung erforderlich sei, um innovative Risikoteilungskonzepte abzubilden und zu ermöglichen.

Für die *DT AG* ist die Neuausrichtung des Preis-Kosten-Scheren- sowie des Kosten-Kosten-Scheren-Tests von essentieller Bedeutung. Es sei im Rahmen der Prüfung zwingend erforderlich, dass strukturell vergleichbare Größen in der Rechenlogik herangezogen werden, d.h. die Unterschiede in der Bereitschaft zur Risikoübernahme vollumfänglich berücksichtigt würden. Wenn dies nicht gewährleistet sei, könne eine ungerechtfertigte Diskriminierung vermutet werden, die aber tatsächlich nur dadurch bedingt ist, dass das nicht-investierende Unternehmen risikoscheuer sei als der Investor. Würde dies nicht in die Prüfung einbezogen, liefe der Vergleich letztlich immer darauf hinaus, dass der Investor strukturell gegenüber jedem Zugangsnachfrager benachteiligt sei und im Extremfall von einer Investition absehe. Bei

der Prüfung der Nachbildbarkeit müsse daher der unterschiedliche Charakter und der Grad der Risikoübernahme beider Unternehmen, Investor auf der einen und Nicht-Investor auf der anderen Seite, berücksichtigt werden. Dies führe dazu, dass der Preis des Vertrages mit der größten Risikobeteiligung Maßstab für den Preis-Kosten-Scheren-Test sein müsse. Darüber hinaus sei es wesentlich, dass die Durchführung des Preis-Kosten-Scheren-Tests nicht ausschließlich einer formal rechnerischen Betrachtung folge. Diese könne die langfristig aus dem Infrastrukturaufbau resultierenden prokompetitiven Effekte nicht berücksichtigen. Daher müsse bei der Untersuchung eines Preis-Kosten-Scheren-Tests die prokompetitive Wirkung des *Risk-Sharing*-Modells, welches in nichtdiskriminierender Weise Anreize zum Infrastrukturausbau setzt, berücksichtigt werden.

#### e) Weitere Aspekte

*BUGLAS* hält die Überlegungen betreffend langer Regulierungsperioden und die Erwägungen, Vorleistungspreise häufiger an die aktuellen Marktgegebenheiten anzupassen, widersprüchlich. Durch die Anpassung an die aktuellen Marktgegebenheiten sei eine unangemessene Planungsunsicherheit zu erwarten. *BUGLAS* hält die Festlegung von laufzeitabhängigen Entgelten für vorzugswürdig, da durch diese Tarifstruktur die Stabilität und Langfristigkeit der Geschäftsplanungen zwischen den Partnern am besten gestützt würden.

*IEN* spricht sich gegen die Implementierung von Vorauszahlungen aus, da diese einen zu starken pauschalierenden Charakter aufwiesen. Zudem hätten die Erfahrungen aus der Vergangenheit gezeigt, dass häufig Verletzungen der vertraglichen Pflichten bspw. durch Bereitstellungsverzögerungen, Schlechtleistungen, kurzfristige technische Wartungen eintreten. Das nachfragende Unternehmen werde unabhängig der Risikoaufteilung benachteiligt, da es gezwungen sei, die durch die Vorauszahlung für eine 100 %-Vertragserfüllung entrichteten Entgelte bei etwaiger Schlechtleistung in mühsamen Rückerstattungsverfahren wieder zurückzufordern und trage somit das Insolvenzrisiko des Lieferanten.

## 2. Bewertung

### a) KeL-Maßstab

Eine Abkehr vom KeL-Maßstab ist im Rahmen der Ex-ante-Regulierung nicht mit § 31 Abs. 1 TKG („Entgelte [...] sind genehmigungsfähig, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten.“) vereinbar. Es ist daher im Konsultationsentwurf der Eckpunkte betont worden, dass sowohl die Preise für die längeren als auch für die kürzeren Kontrakte im Falle der Genehmigungspflicht den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 31 Abs. 1 TKG entsprechen müssen. Die KeL haben sich bewährt und die richtigen Investitionsanreize gesetzt. Vor allem aber sind die KeL hinreichend flexibel, um neue Tarifstrukturen zu ermöglichen.

Die KeL setzen sich nach § 31 Abs. 2 TKG aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungserstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals zusammen. Bei der Festlegung der angemessenen Verzinsung hat die Bundesnetzagentur nach § 31 Abs. 4 Nr. 3 TKG unter anderem die Erfordernisse hinsichtlich der Rendite für das eingesetzte Eigenkapital, wobei auch die leistungsspezifischen Risiken des eingesetzten Eigenkapitals gewürdigt werden können, zu berücksichtigen. Die verschiedenen Entgelte für ein Vorleistungsprodukt unterscheiden sich durch das von den Nachfragern übernommene Risiko. Daher können die KeL auch je nach übernommenem Risiko unterschiedlich hoch sein. Die Unterschiede in der Entgelthöhe spiegeln ausschließlich das unterschiedliche Risiko wider. Risikoteilungskonzepte sind daher auch unter einem Ex-ante-Regulierungsregime möglich und werden durch die Messung des Konzeptes am Maßstab der KeL nicht *ad absurdum* geführt. Solange die Entgelte den KeL entsprechen, sind sie auch zulässig.

Die große Herausforderung bei den neuen Tarifstrukturen besteht darin, die Risikobeteiligung für unterschiedliche Nachfrager zu ermitteln und in unterschiedlich hohen Entgelten abzubilden. Die unterschiedlich hohe Risikobeteiligung muss quantifiziert werden. Dies bleibt aber einer Einzelfallprüfung vorbehalten.

Generell kann auch nicht gesagt werden, dass neue Tarifmodelle immer zulässig sind. Sie sind im konkreten Einzelfall im Rahmen des Genehmigungsverfahrens festzulegen oder im Rahmen eines Ex-post-Verfahrens auf ihre Vereinbarkeit mit § 28 TKG zu überprüfen.

Die Bundesnetzagentur geht dabei nicht davon aus, dass zunächst die grundsätzlichen Zugangsentgelte rund um den KVz feststehen sollten und erst anschließend über neue Tarifstrukturen in Kooperationen oder VDSL-Bitstrom/*Wholesale*-Modellen diskutiert werden sollte. Neue Tarifmodelle können auch im Rahmen von Ex-ante-Genehmigungsverfahren angewendet werden.

#### **b) Investitionsförderung durch neue Tarifstrukturen**

Im Rahmen von Eckpunkten besteht nur die Möglichkeit grundsätzlich festzustellen, dass neue Tarifstrukturen vorteilhaft sein können. Es ist jeweils im konkreten Einzelfall zu überprüfen, wie die Wettbewerbswirkungen sind, ob sie diskriminierend sind und ob sie zu Kosten-Kosten-Scheren oder Preis-Kosten-Scheren führen. Unabhängig von neuen Tarifstrukturen wird überprüft, ob höhere Risiken vorliegen, die im Rahmen der Kapitalverzinsung berücksichtigt würden.

Aus hiesiger Sicht wird sowohl die Einführung von Verträgen mit unterschiedlich langen Laufzeiten als auch die Möglichkeit von Vorauszahlungen in Erwägung gezogen. Es dürfte grundsätzlich auch die Möglichkeit bestehen, unterschiedliche Entgelte in Abhängigkeit davon anzusetzen, ob ein Unternehmen zuvor eine Mengenzusage macht oder nicht. Allerdings darf die Höhe der Mengenzusage kein Differenzierungskriterium sein, da hierdurch kleine Unternehmen benachteiligt würden. Problematischer sieht es mit der Übertragung von Preis- und Produktflexibilität von der Endkunden- auf die Vorleistungsebene aus. Die *DT AG* möchte die Vorleistungspreise am Kundennutzen ausgerichtet haben. Im Rahmen der Genehmigungspflicht ist es nicht möglich, die Vorleistungsentgelte nach dem Kundennutzen auszurichten, da die Preise der einzelnen Vorleistungsprodukte den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Bei ex post regulierten Vorleistungsentgelten kann das marktbeherrschende Unternehmen die Vorleistungsentgelte nach dem Kundennutzen ausrichten solange sie nicht nach § 28 TKG missbräuchlich sind.

Die Bundesnetzagentur geht nicht davon aus, dass laufzeitabhängige Entgelte dazu führen könnten, wettbewerbliche Infrastrukturinvestitionen zu verzögern. Die Unternehmen haben zum einen die Möglichkeit zwischen einer kurzen und einer langen Laufzeit zu wählen und können die Entscheidung von ihrer strategischen Unternehmensausrichtung abhängig machen. Wenn sie sich für die kurze Vertragslaufzeit entscheiden, haben sie die Möglichkeit, zeitnah auf eigene Infrastruktur umzusteigen. Zum anderen dürfte das kurzfristige Umsteigen auf eigene Infrastrukturen nur für einen Teil der Vorleistungsprodukte relevant sein.

Grundsätzlich bevorzugen die neuen Tarifstrukturen weder Unternehmen, die viel investiert haben noch diejenigen, die wenig investiert haben; dies gilt bei „korrekter“ Berechnung der jeweiligen Entgelte unter Einbeziehung des „richtigen“ Risikos. Jedes Unternehmen kann sich in Abhängigkeit seiner strategischen Unternehmensausrichtung entscheiden, wie viel Risiko es übernehmen möchte. Es ist durch konsistente und nicht diskriminierende Entgelte sicher zu stellen, dass nicht Unternehmen bevorzugt werden, die wenig in eigene Infrastruktur investiert haben.

Sofern zur Abdeckung eventueller Investitionsrisiken teilweise ein einheitlicher und damit diskriminierungsfreier Entgeltzuschlag gefordert wird, wird die Bundesnetzagentur unabhängig von neuen Tarifstrukturen die Frage beantworten, ob durch die Investition in den flä-

chendeckenden NGA-Ausbau für Unternehmen ein besonderes Risiko besteht. Diese würde im Rahmen der Kapitalverzinsung berücksichtigt werden. Hierzu wird ein Gutachten erstellt. Die neuen Tarifstrukturen sollen zum einen den einzelnen Unternehmen die Möglichkeit geben, sich je nach ihrer strategischen Ausrichtung mehr oder weniger am Risiko zu beteiligen und daraus folgend höhere oder niedrigere Entgelte zu zahlen. Zum anderen soll hierdurch das Risiko des investierenden Unternehmens gesenkt werden, indem z. B. durch Vorauszahlungen ein früher Beitrag zur Deckung der Investitionskosten durch die Wettbewerber geleistet wird.

### **c) Nicht-Diskriminierung**

Für die Bundesnetzagentur ist die Grundvoraussetzung für die Einführung neuer Tarifstrukturen, dass es dadurch nicht zu Diskriminierungen und Ausschließung Dritter kommt. Bei den neuen Tarifstrukturen ergeben sich für dasselbe Produkt unterschiedliche Entgelte aufgrund unterschiedlich hoher Risikoübernahmen. Dies ist grundsätzlich nicht diskriminierend. Jedes Unternehmen kann für sich entscheiden, welche Risikobeteiligung es in Abhängigkeit seines Geschäftsmodells wählt. Auch Tarife, die von der abgenommenen Menge abhängig sind, sind grundsätzlich nicht diskriminierend, wenn sie kostenmäßig gerechtfertigt sind. Es dürfen allerdings nicht, wie z. B. im Fall *Net Rental*, einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern eingeräumt werden, ohne dass hierfür eine sachliche Rechtfertigung vorliegt.

### **d) Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung**

Die Bundesnetzagentur vertritt die Ansicht, dass es durch neue Tarifstrukturen nicht zu Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren kommen darf. Das Nichtvorliegen von Preis-Kosten- und Kosten-Kosten-Scheren ist eine Grundvoraussetzung für die Einführung neuer Tarifstrukturen. Dies ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Die Prüfungen werden durch neue Tarifstrukturen deutlich komplexer, weil sich bei der Prüfung neue Fragen stellen. Dies dürfte vor allem durch verschieden lange Vertragslaufzeiten desselben Produktes hervorgerufen werden, da dies zu der Situation führt, dass es für ein Vorleistungsprodukt verschiedene Preise gibt, die sich durch die Höhe des übernommenen Risikos unterscheiden. So korrespondiert ein niedrigeres Vorleistungsentgelt typischerweise mit einer längeren Vertragsdauer und daher auch einem höheren durch den Nachfrager übernommenen Risiko, ein höheres dementsprechend mit einer kürzeren Vertragsdauer und einem geringeren übernommenen Risiko. Es ist zwischen der Preis-Kosten und der Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung zu unterscheiden.

Dabei ist von zentraler Bedeutung, dass die Bundesnetzagentur Entgelte für Zugänge mit Blick auf Verstöße gegen die in § 28 TKG enthaltenen Verbote überprüfen kann. Voraussetzung hierfür ist, dass das regulierte Unternehmen die Preise auf den fraglichen Zugangs- und Endkundenmärkten sowie die internen Verrechnungspreise für die entsprechenden intern genutzten Leistungen hinreichend transparent gestaltet.

Im Rahmen der Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung sind verschiedene Vorleistungsprodukte auf ihre Konsistenz hin zu überprüfen. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Zum einen können alle für die jeweilige Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung relevanten Vorleistungsentgelte in verschiedenen Varianten, die sich durch die Risikoübernahme unterscheiden, vorliegen. Zum anderen ist auch der Fall denkbar, dass es für einen Teil der in die Prüfung einzubeziehenden Vorleistungsprodukte ein Entgelt gibt, das nicht für verschiedene Vertragslaufzeiten angeboten wird, und andere Vorleistungsprodukte mit verschiedenen Entgelten für verschiedenen lange Vertragslaufzeiten. Im ersten Fall sind jeweils die Vorleistungsentgelte im Rahmen der Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung miteinander zu vergleichen, die dieselbe Vertragslaufzeit und damit dieselbe Risikoübernahme haben. Im zweiten Fall ist dies nicht so einfach möglich. Grundsätzlich ist eine Kosten-Kosten-Scheren-Prüfung in der Form durchzuführen, dass ein Geschäftsmodell, welches auf höheren eigenen Investitionen basiert, nicht mit höheren Kosten belastet werden darf als das Geschäftsmodell eines Wettbewerbers, das geringere Investitionen erfordert. Daher dürfte für diesen Fall die sachgerechte Vorgehenswei-

se darin bestehen, dass bei der Vorleistung, die weniger eigene Investitionen erfordert, das niedrigste Entgelt und bei der Vorleistung, die höhere eigene Investitionen erfordert, das höchste Vorleistungsentgelt gegenübergestellt werden. So wird sichergestellt, dass das Unternehmen, das höhere eigene Investitionen getätigt hat, unabhängig von der gewählten Risikovariante nicht schlechter gestellt wird als ein Unternehmen, das weniger investiert hat.

Im Rahmen der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung kann das Problem auftauchen, dass es für ein Vorleistungsprodukt zwei oder mehr Vorleistungsentgelte geben kann, die sich durch die Höhe des übernommenen Risikos vor allem durch unterschiedliche Laufzeiten von Verträgen unterscheiden, diese Vorleistungsentgelte aber mit nur einem (gewichteten) Endkundenpreis verglichen werden müssen. Grundsätzlich bestehen die Optionen, bei der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung das niedrigere Vorleistungsentgelt, das höhere Vorleistungsentgelt oder einen Wert dazwischen anzusetzen.

Würde das niedrigere Vorleistungsentgelt beim Preis-Kosten-Scheren-Test angesetzt werden, könnte sich fälschlicherweise durch den großzügigeren Prüfmaßstab für ein effizientes Unternehmen gegebenenfalls die Gefahr ergeben, keine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt erzielen zu können. Dazu käme es nämlich dann, wenn sich das Unternehmen für die Variante einer kürzeren Vertragslaufzeit und damit einem niedrigeren übernommenen Risiko entscheidet, für dieses höhere Entgelt aber eine Preis-Kosten-Schere vorläge. Die Unternehmen wären damit aufgrund regulatorischer Entscheidungen gezwungen, wenn sie für das Produkt eine angemessene Verzinsung erzielen wollen, die längere Vertragslaufzeit zu wählen. Dies betrifft unter bestimmten Annahmen auch dienstorientierte Anbieter, vor allem aber haben infrastrukturorientierte Wettbewerber gegebenenfalls einen Anreiz, die kürzere Vertragslaufzeit zu wählen, um kurzfristig bzw. sukzessive selbst investieren zu können.

Würde hingegen das höhere Vorleistungsentgelt für die Preis-Kosten-Scheren-Berechnung angesetzt werden, wäre gegebenenfalls das marktbeherrschende Unternehmen benachteiligt. Denn Wettbewerber, die sich für die risikoreichere Variante entscheiden, könnten das entsprechende Endkundenprodukt dann eventuell zu einem niedrigeren Preis anbieten als das durch den Preis-Kosten-Scheren-Test gebundene regulierte Unternehmen. Voraussetzung hierfür wäre allerdings, dass effiziente Wettbewerber die eigene Wertschöpfung ansonsten ebenso günstig wie das marktbeherrschende Unternehmen kalkulieren könnten. Unter dieser Annahme dürfte eine solche Vorgehensweise die Investitionsanreize des marktbeherrschenden Unternehmens senken.

Die beiden beschriebenen unerwünschten Effekte sollten bestmöglich vermieden werden. Das im Rahmen einer derartigen Preis-Kosten-Scheren-Prüfung anzusetzende Vorleistungsentgelt sollte sich hierbei an dem tatsächlich im Markt zu beobachtenden Verhalten orientieren. Für einen effizienten Wettbewerber ist eine Form der Risikobeteiligung zu unterstellen, die die jeweils relevanten Marktgegebenheiten angemessen reflektiert. Konkret bedeutet dies, dass schließlich sowohl eine der beiden Tarifoptionen als auch eine Mischung der in Betracht kommenden Entgelte zur Anwendung kommen kann. Bei dieser Herangehensweise wird nicht abstrakt ein bestimmtes Maß an Risiko(beteiligung) eines effizienten Wettbewerbers vorab regulatorisch festgelegt, sondern aus dem Markt selbst hergeleitet. Insofern wird dem Erfordernis Rechnung getragen, im Preis-Kosten-Scheren-Test für eine relevante Vorleistung einen bestimmten Wert anzusetzen zu müssen, der implizit Auskunft über die zu unterstellende Risikobeteiligung gibt. Die hier skizzierten Überlegungen stellen daher eine Erweiterung des bereits in anderen Zusammenhängen praktizierten Vorgehens dar, bei dem ebenfalls eine Bestimmung des effizienten Wettbewerbers unter Berücksichtigung der jeweiligen tatsächlichen Marktgegebenheiten erfolgt. Dieses Vorgehen liegt konsequent in dem durch § 28 TKG beschriebenen Abwägungsspielraum.

### e) Weitere Aspekte

Sowohl laufzeitabhängige Entgelte als auch (Teil)Vorabzahlungen beeinträchtigen die Planungssicherheit der Unternehmen nicht. Anders sieht dies bei einer Anpassung der Vorleistungspreise an die aktuellen Marktgegebenheiten aus. Es besteht ein *Trade-Off* zwischen der Planungssicherheit und der Flexibilität, auf geänderte Marktgegebenheiten zu reagieren. In einem wachsenden Markt können sich die Marktgegebenheiten kurzfristig ändern, was zur Folge hat, dass eine Entscheidung nicht mehr den aktuellen Gegebenheiten entspricht und somit nicht mehr die richtigen Anreize setzt. Die Unternehmen benötigen aber auch für ihre Ausbauaktivitäten Planungssicherheit. Es ist eine Balance zwischen Flexibilität und Planungssicherheit zu wahren.

Hinsichtlich der Vorauszahlungen werden auch Teilvorauszahlungen in Erwägung gezogen. Dabei stellt sich das von der *IEV* vorgetragene Problem bei etwaigen Schlechtleistungen nicht. Zum anderen sind die Interessenlagen der *DT AG*, die durch (Teil)Vorauszahlungen den Vorteil hat, dass ihr Investitionsrisiko gesenkt würde und sie zeitnah Liquidität für weitere Investitionen hat, und die der Wettbewerber abzuwägen. Die zu erbringenden Leistungen sind vertraglich geregelt, so dass die Unternehmen zumindest die Möglichkeit haben, das Geld zurückzufordern.

### 3. Fazit

Vor dem Hintergrund der vorgetragenen Argumente wird der Eckpunkt wie folgt formuliert:

**Effiziente Infrastrukturinvestitionen und Innovationen können durch neue Tarifstrukturen gefördert werden. Dies ist grundsätzlich mit dem Konzept der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf Basis der langfristigen Zusatzkosten unter Einhaltung der Konsistenz vereinbar. Dabei dürfen neue Tarifstrukturen nicht zu Preis-Kosten-Scheren, Kosten-Kosten-Scheren oder Diskriminierungen führen.**

## Eckpunkt 11

**Die Bundesnetzagentur wird kurzfristig überprüfen, ob und in welchem Umfang eine Anpassung ihrer bisherigen Methode im Hinblick auf eine risikoadäquate Eigenkapitalverzinsung beim Breitbandausbau erforderlich ist. Dazu wird sie baldmöglichst ein Gutachten vergeben.**

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahmen

In sieben der insgesamt 23 Stellungnahmen wurde Eckpunkt 11 nicht angesprochen. In den verbleibenden 16 Stellungnahmen werden die mit dem Breitbandausbau verbundenen Chancen und Risiken unterschiedlich gesehen. In acht Stellungnahmen wird von einer Risikoerhöhung und in dreien von einer Risikominderung mit entsprechender Anpassung des Eigenkapitalzinssatzes ausgegangen. In vier Stellungnahmen wird die Meinung vertreten, dass bei der Festlegung der Eigenkapitalrendite neben den risikoerhöhenden auch die risikomindernden Faktoren zu berücksichtigen sind. In einer Stellungnahme wird hierzu keine Aussage getroffen.

#### a) Breitbandausbau führt zu einer Risikoerhöhung

In acht Stellungnahmen (*ANGA, Arbeitskreis Regulierung, BUGLAS, DLT, DT AG, ECTA, ver.di, Versatel*) stellen die Beteiligten fest, dass durch den Breitbandausbau für den Investor im Wesentlichen durch ein erhöhtes Nachfragerisiko Risiken entstünden, die durch eine angemessene Eigenkapitalverzinsung zu decken sei. Weitere Erläuterungen hinsichtlich der Erhöhung der Risiken lassen sich den Stellungnahmen nicht entnehmen.

#### b) Breitbandausbau führt zu einer Risikominderung

In drei Stellungnahmen (*IEN, QSC, Vodafone*) wird dargestellt, dass durch den Breitbandausbau die Risiken für die *DT AG* sanken. So wird vorgetragen, dass die Betriebskosten erheblich zurückgingen und zusätzliche Erlöse aus Immobilienverkäufen realisiert werden könnten. Außerdem seien die kommunalen Zuschüsse, die für den Breitbandausbau zur Verfügung gestellt werden, bei der Risikobeurteilung zu berücksichtigen.

#### c) Breitbandausbau führt zur Beibehaltung des Zinssatzes

Schließlich wird in vier Stellungnahmen (*BREKO, Telefónica, VATM, WAR*) die Meinung vertreten, dass sowohl die risikoerhöhenden als auch die risikomindernden Faktoren bei der Festlegung der Eigenkapitalrendite abgewogen werden müssten. So gehen die Beteiligten einerseits davon aus, dass die tatsächlich bestehenden Risiken angemessen zu verzinsen seien, aber andererseits sich der große Marktanteil der *DT AG* bei den Endkunden- und Breitbandanschlüssen risikomindernd auswirke. Auch hier wird vorgetragen, dass sich die Betriebskosten deutlich verringern würden.

#### d) Bilanzwertmethode

In 22 von 23 Stellungnahmen wird die von der Bundesnetzagentur verwendete und gerichtlich anerkannte Bilanzwertmethode nicht kritisiert. Lediglich die *DT AG* bezeichnet die Bilanzmethode als grundsätzlich ungeeignet zur Bestimmung der Kapitalgewichte.

### 2. Bewertung

Die Bundesnetzagentur fühlt sich durch die eingegangenen Stellungnahmen in ihrer im Eckpunkt 11 geäußerten Einschätzung bestätigt, dass bei der Bestimmung eines risikoadäquaten Eigenkapitalzinssatzes sowohl risikoerhöhende als auch risikomindernde Faktoren zu beachten sind. Die vorgebrachten Argumente sollen deshalb im Rahmen der Erstellung ei-

nes wissenschaftlichen Gutachtens angemessen berücksichtigt werden. Dabei wird insbesondere zu prüfen sein,

- ob die Bilanzwertmethode auf den Breitbandausbau übertragbar (Konsistenzgebot) ist,
- welcher Eigen- und Fremdkapitalzins für den Breitbandausbau heranzuziehen ist,
- ob es ökonomisch angezeigt ist, einen speziellen durchschnittlichen Kalkulationszins für den Breitbandausbau festzulegen oder ob es nur einen durchschnittlichen Kalkulationszins für alle Vorleistungsprodukte geben sollte und
- welcher Abschlag sich aus allen risikomindernden Maßnahmen ergibt?

### 3. Fazit

Der Eckpunkt wird wie folgt angepasst:

**Die Bundesnetzagentur wird kurzfristig überprüfen, ob und in welchem Umfang eine Anpassung ihrer bisherigen Methode im Hinblick auf eine risikoadäquate Eigenkapitalverzinsung beim Breitbandausbau erforderlich ist. Dazu hat sie bereits ein entsprechendes Gutachten vergeben.**

## Eckpunkt 12

**Die Bundesnetzagentur wird prüfen, ob für die Terminierung in *FTTB*-Netzen unter Kostengesichtspunkten höhere Entgelte gerechtfertigt sind. Soweit dies zu bejahen wäre, könnte dies die Anreize für solche Investitionen erhöhen.**

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahmen

Das Thema Terminierungsentgelte in *FTTB*-Netzen wird kontrovers diskutiert. *BREKO* und *Telefónica* vertreten die Ansicht, dass die für die Terminierung in *FTTB*-Netzen notwendigen Netzelemente zu erfassen und mit Kosten zu bewerten seien. Die Diskussion sei ergebnisoffen zu führen. Die Terminierungsleistung in einem *FTTB*-Netz könne aufgrund unterschiedlicher Netzstruktur nicht mit der bisher üblichen Terminierung verglichen werden. Es müsse zunächst ein eigener (Teil-)Markt für die Terminierung in einem *FTTB*-Netz definiert und analysiert werden. Es müsse auch im Detail geprüft werden, ob eine Verkürzung des kundenduzierten Teilnehmeranschlusses vorliege oder ob gerade in *P2P*-Strukturen das Gegenteil vorliege. Darüber hinaus solle berücksichtigt werden, dass *NGA*-Investitionen erfolgen, um höhere Bandbreiten für Datendienste zu realisieren und die Netze gleichzeitig auf effiziente *IP*-Technologie zu migrieren. Beide Investitionsgründe deuteten nicht auf höhere Terminierungsentgelte für Sprachdienste im *NGA* hin.

Aus Sicht des *BUGLAS* unterscheiden sich die Kosten der Terminierung von Sprachverkehr in *FTTB*-Netze von denen für *PSTN*-Netze in vielerlei Hinsicht. Neben kostensenkenden Effekten im Bereich von Betriebskosten beständen in *FTTB*-Netzen kostenerhöhend wirkende Faktoren, die insbesondere darin zu sehen wären, dass breitbandige Infrastrukturen über die bisherigen Konzentrationspunkte hinaus bis zu dem Gebäude der Endkunden verlegt werden müssten. Es wäre nicht sachgerecht, undifferenziert eine Symmetrie von Terminierungsentgelten vorzuschreiben, während sich die Grundlagen der Leistungserbringung fundamental ändern würden. Die in Folge des Technologiewechsels eingetretenen Kostenstrukturänderungen seien folglich entsprechend in den Entgelten zu berücksichtigen.

Andere Kommentierende sprechen sich gegen eine Erhöhung der Terminierungsentgelte in *FTTB*-Netzen aus (*Appenzeller, IEN, VATM*). Aus Sicht des *IEN* würden sich insbesondere bei der *DT AG* infolge erheblicher Synergien aus der Konsolidierung der bislang existierenden Netze zu einer *NGN/NGA*-Infrastruktur Kosten in erheblichem Umfang reduzieren. Demzufolge widerspreche ein solches Vorgehen der Systematik des § 30 TKG. Zudem mache es die Trennung zwischen Dienst und Netz infolge der *VoIP*-Technologie zunehmend schwerer zu prüfen, auf der Grundlage welcher Technologie ein Teilnehmeranschluss tatsächlich realisiert werde. Die Bundesnetzagentur müsse bei der Überprüfung und Genehmigung von Entgelten immer die gesamte Kostensituation des jeweiligen Unternehmens im Auge behalten. Der *VATM* weist darauf hin, dass der Umbau der *DT AG*-Netze hin zu einer einheitlichen *NGN/NGA*-Infrastruktur vornehmlich von dem erheblichen Einsparungspotential dieser neuen einheitlichen Infrastruktur getrieben sei. In einer solchen Situation dem ehemaligen Monopolisten noch erhöhte Terminierungsentgelte im Falle der Nutzung dieser kostengünstigeren Infrastruktur zu gewähren, sei mit den Grundsätzen des § 2 TKG nicht vereinbar. Zudem würden nach dem jeweiligen Anschlussnetz differierende Terminierungsentgelte die Komplexität signifikant erhöhen und wären dem Endkunden nicht vermittelbar. *Appenzeller* nennt verschiedene Gründe, wieso es keine höheren Terminierungsentgelte für *FTTB*-Netze geben sollte. Erstens würden *FTTB*-Netze weniger für Sprachdienste aufgebaut werden, sondern für schnelle Internet- und Datendienste. Sprachübertragungen würden eine geringere Bedeutung haben. Zweitens dürften Telefondienste meist mit *VoIP* erfolgen und könnten mit geringeren Kosten angeboten werden. Drittens sollte die Vereinheitlichung der Terminierungsentgelte nicht wieder umgekehrt werden. Viertens würden hauptsächlich *Flatrate*-Tarife für die Telefonie vermarktet. Terminierungsentgelte sollten nicht zur heimlichen Quersubventionie-

rung und als Ersatz-Geldquelle entfremdet werden. Vielmehr solle überlegt werden, ob bei einer wachsenden Integration von Sprach- und Datendiensten nicht auch ein neues *IC*-Regime denkbar wäre.

Die *DT AG* kritisiert, dass nur auf die Terminierung in *FTTB*-Netze abgestellt werde. *FTTB* stelle nur eine Variante möglicher Ausbauvarianten dar. Neue Anschlussnetze könnten auch in Form von *FTTH* und *FTTC* entstehen. Es sollte von *FTTx* als Synonym für die Varianten *FTTH*, *FTTC* und *FTTB* gesprochen werden. Die *DT AG* habe stets betont, dass neue Infrastrukturen große Investitionen erfordern und die damit verbundenen Risiken angemessen zu berücksichtigen seien. Das Aufgreifen der Thematik sei eine Bestätigung des Zusammenhangs zwischen der Höhe der Vorleistungsentgelte und den Investitionen in neue Netze. Solch eine anreizorientierte Lösung müsse dann aber für alle Anbieter neuer Infrastrukturen gleichermaßen gelten. Höhere Tarife für die Terminierung von Verbindungen könnten nicht einseitig nur für die Infrastrukturen von Wettbewerbern diskutiert werden. Jede denkbare Lösung müsse auf Basis eines reziproken Mechanismus betrachtet werden.

Aus Sicht von *ANGA* stellten erhöhte Terminierungsentgelte einen zusätzlichen Anreiz für die hohen Investitionen in *NGA*-Netze dar. Wenn die Bundesnetzagentur zu dem Schluss kommen sollte, dass dies für *FTTB*-Netze gerecht fertigt sei, sollte ähnliches auch für die Investitionen in den Ausbau von *DOCSIS-2.0*-Netzen auf *DOCSIS-3.0*-Netzen gelten.

Aus Sicht von *QSC* ergäben sich zwar im Gegensatz zu einem klassischen leitungsvermittelten Netz gegebenenfalls andere Netzstrukturen, die andere Kostenverteilungsmechanismen rechtfertigen würden. Dieses sei aber kein exklusives Kennzeichen von *NGA*-Infrastrukturen, sondern lasse sich auch schon in heutigen *NGN* erkennen. Zudem bestehe die Terminierungsleistung auch in *NGA*-Infrastrukturen sowohl aus der Leitungs- wie aus der Vermittlungskomponente. Beide Komponenten zusammen ergäben die Kosten der Terminierungsleistung. Das Ergebnis sei offen. Selbst wenn die Bundesnetzagentur zu der Erkenntnis komme sollte, dass für *NGA*-Netze (*FTTC*, *FTTB*, *FTTH*) ein – gegebenenfalls jeweils anderes – höheres Terminierungsentgelt in Frage komme, müssten zusätzliche Schwierigkeiten überwunden werden. Netze der neuen Generation zeichneten sich gerade dadurch aus, dass Sprache nur noch eine Applikation von vielen auf dem betreffenden Anschluss sei, die problemlos auch von anderen Anbietern als dem technischen Realisierer des Breitbanddienstes erbracht werden könne. Es gebe daher mehrere Gründe, warum eine solche Maßnahme neben erhöhtem Aufwand bei allen Beteiligten nur geringe positive Effekte auf Investitionen in *NGA* hätte. Erstens würden keine Investitionen angereizt, wenn der Vertragspartner des Endkunden den *NGA*-Zugang und die *TNB*-Funktionalität bei verschiedenen Anbietern realisiere. Denn der Betreiber des *NGA*-Netzes sei gegebenenfalls kein *TNB*, so dass ihn keine Terminierungsentgelte erreichen. Der Betreiber des Teilnehmernetzes wiederum habe keine Berechtigung, die höheren Entgelte zu veranschlagen, da er kein *NGA* hat. Zum zweiten gebe es keine Differenzierung zwischen Anschlussstypen in der Portierungsdatenbank. Drittens wäre der Kontrollaufwand sehr groß.

Bei der Überlegung, ob eine Differenzierung der Entgelte für Gespräche ins Festnetz sinnvoll sei, könnte sich die Bundesnetzagentur nach Ansicht von *E-Plus* an ihren Entscheidungen zum Mobilfunk orientieren. Hier sei keine Unterscheidung zwischen den Technologien *GSM* und *UMTS* getroffen worden. Sofern die Bundesnetzagentur zu dem Ergebnis komme, dass diese Vergünstigungen sinnvoll und notwendig seien, sei darauf zu achten, dass diese technologie-neutral, also beispielsweise auch für alternative Technologien wie *LTE* zur Anwendung kommen.

Nach Ansicht von *ver.di* sei die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur nicht investitionsanreizend, da die *First-Mover* beim *FTTB*-Ausbau nicht in den Genuss der Transparenz bezüglich der Ausgestaltung der zukünftigen Terminierungsentgelte kommen würden, da die Bundesnetzagentur etwaige Terminierungsentgelte erst dann anpassen könnte, wenn signifikante Bereiche bis zur Glasfaserausbaustufe in den Gebäuden (*FTTB*) ausgebaut seien. Damit

wären dann eine entsprechende Marktanalyse und ein daran anschließendes Beschlusskammerverfahren möglich.

Aus Sicht von 1&1 wären nicht-reziproke Entgelte für *FTTB* nicht technologieneutral.

## 2. Bewertung:

Wie bereits zu Beginn dargelegt werden in einer Vielzahl von Ländern derzeit nationale Breitband-Ausbauprogramme diskutiert. Diese Diskussion findet in Deutschland ihren Niederschlag in der Breitbandstrategie der Bundesregierung.

Um die Ziele der Breitbandstrategie zu erreichen, sind die Verlegung von Glasfaser näher zum Endkunden hin und damit erhebliche Investitionen in bestehende bzw. in neue Netze zu finanzieren. Die am Markt beobachtbaren Ausbaustrategien unterscheiden sich insbesondere durch den Umfang des Einsatzes von Glasfaser. Um die Finanzierung der notwendigen Investitionen zu erleichtern, gibt es, wie ebenfalls bereits ausgeführt, potentiell verschiedene Möglichkeiten.

Die Bundesnetzagentur möchte im Rahmen ihrer Möglichkeiten alle Initiativen unterstützen, die hier einen Beitrag leisten und vor allem die diesbezüglich richtigen Anreize setzen. Diese Anreize sollen sich konsistent in den bestehenden bzw. weiter zu entwickelnden Regulierungsrahmen einfügen.

Die Bundesnetzagentur erkennt darüber hinaus an, dass der Glasfaserausbau der Telekommunikationsnetze bei den Beteiligten erhebliche Kosten bzw. Finanzierungsvolumina verursacht. Um die besonderen Belastungen der Finanzierung abzufedern, wurden in der Vergangenheit – neben den o. g. Möglichkeiten – bereits unterschiedliche Vorschläge diskutiert; so etwa konkret im Rahmen eines Beschlusskammerverfahrens der sog. Migrationsnachteilsausgleich (vgl. hierzu auch Eckpunkt 8). In jüngster Vergangenheit ist in diesem Zusammenhang von Marktteilnehmern auch der Vorschlag unterbreitet worden, die Höhe der Terminierungsentgelte in Abhängigkeit vom Umfang des Glasfaserausbau zu gestalten.

Bezüglich der Terminierungsentgelte sind grundsätzlich zwei Fragestellungen zu unterscheiden. Zum einen stellt sich die Frage, ob bzw. inwieweit sich die Kosten für Terminierungsleistungen in den verschiedenen Varianten von *FTTx*-Ausbauszenarien (*FTTC*-, *FTTB*- und *FTTH*-Ausbau) von denjenigen im *PSTN* unterscheiden. Zum anderen ist gegebenenfalls der Frage nachzugehen, in welcher Form sich unterschiedliche Terminierungskosten in den Terminierungsentgelten widerspiegeln sollten.

Grundsätzlich ist zu erwarten, dass *NGNs* eine höhere Effizienz aufweisen als das *PSTN*. Die Zahl der Zusammenschaltungspunkte wird in vermittelnden Netzen im Vergleich zu leitungsvermittelnden Netzen tendenziell sinken. Kostensenkend dürften sich insbesondere drei Faktoren auswirken: Zum einen werden in einem *NGN* verschiedene Dienste über dasselbe Netz angeboten (*Multi-Service-Netz*), auf die sich die Kosten verteilen. Zum zweiten wirken sich eine tendenziell flachere Netzhierarchie und insbesondere eine höhere Verarbeitungskapazität der aktiven Vermittlungstechnik tendenziell kostensenkend aus. Zum dritten haben Sprachübertragungen in *NGNs* eine mit Blick auf den Bandbreitenbedarf relativ geringe Bedeutung.

Kostenerhöhend gegenüber der heutigen *PSTN*-Terminierung dürfte sich jedoch auswirken, dass durch den *FTTx*-Ausbau die Grenze zwischen Anschluss- und Kernnetz verschoben wird. Im *FTTC*- und *FTTB*-Ausbau wird der Teil des Verbindungsnetzes, der für die Terminierungsleistung relevant ist, länger. Dies gilt allerdings nicht für das *FTTH*-Netz<sup>15</sup>. Denn hier

<sup>15</sup> In *Point-to-Point*-Architektur oder *PON*-Architektur mit Lichtwellenmultiplexing (*DWDM*).

fällt der dedizierte Teil des Netzes gegebenenfalls sogar länger aus. Folglich ist der für die Terminierung relevante Teil des Verbindungsnetzes gegebenenfalls eher kürzer oder gleich lang.

Der Saldoeffekt aus kostensenkenden und kostenerhöhenden Effekten kann auf Basis der bislang bekannten Fakten nicht abschließend beurteilt werden, weil dies eine eindeutige Kostenzurechnung von Netzelementen zum Anschluss- bzw. dem Konzentrations- und Kernnetz voraussetzt. Ob und in welchem Umfang sich die zu erwartenden Kostenänderungen auch konkret auf die Höhe und Struktur der Terminierungsentgelte der verschiedenen *FTTx*-Varianten niederschlagen und in welcher Weise sie sich von den Terminierungskosten im *PSTN* unterscheiden, kann erst eine entsprechende Kostenprüfung ergeben<sup>16</sup>. Im Rahmen dieser Prüfung sind die Maßstäbe des TKG zu berücksichtigen. Darüber hinaus ist sicherzustellen, dass es nicht zu Doppelverrechnungen bestimmter Netzkosten (etwa durch eine parallele Zuordnung zu verschiedenen Leistungen) kommt.

Für den Fall, dass für unterschiedliche *FTTx*-Varianten entsprechend unterschiedliche Terminierungsentgelte anzusetzen wären, könnte an anschlussbezogene oder unternehmensspezifische Entgelte gedacht werden.

Anschlussbezogene Terminierungsentgelte dürften aufgrund hoher Komplexität unverhältnismäßig sein. Denn die Unternehmen müssten diese Entgelte gegebenenfalls für jeden Anschluss in ihr Abrechnungssystem implementieren und entsprechende Kontrollmechanismen einführen. Des Weiteren müsste den Endkunden vermittelt werden, dass sie je nachdem, was für einen Anschluss sie anrufen, eventuell unterschiedliche Minutenpreise haben. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der Angerufene von der Qualität seines Anschlusses profitiert, der Anrufer aber dafür zahlen müsste.

Bei unternehmensspezifischen Terminierungsentgelten stellt sich die Frage, inwieweit diese im konkreten Fall mit dem Effizienzmaßstab des TKG vereinbar wären. Darüber hinaus würden auch unternehmensspezifische Terminierungsentgelte zu einem hohen Aufwand sowohl für die Bundesnetzagentur als auch für die Unternehmen führen. Denn im Fall der Festlegung unternehmensspezifischer Terminierungsentgelte müsste für jedes einzelne Unternehmen die Aufteilung je nach genutzter Anschlussnetzarchitektur (*PSTN*, *FTTC*, *FTTB* und *FTTH*) für den Genehmigungszeitraum prognostiziert werden. Bei diesem Ansatz wären gegebenenfalls je nach Aufteilung jedem Unternehmen unterschiedliche Terminierungsentgelte zuzugestehen. Es sollte berücksichtigt werden, dass der zu erwartende Nutzen einer solchen Regelung und der damit verbundene Aufwand seitens der Unternehmen und der Behörde in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen sollten.

Wenn sich jedoch herausstellen sollte, dass sich die Terminierungskosten für verschiedene *FTTx*-Varianten nicht sehr unterscheiden, könnte ein reziprokes Terminierungsentgelt für alle Unternehmen angemessen sein. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass auf der Endkundenebene Entgelte zunehmend pauschaliert in Form von *Flatrates* angeboten werden. Dies könnte dafür sprechen, auch auf der Vorleistungsebene zu pauschalieren. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Netzbetreiber auf dem Endkundenmarkt gegeneinander konkurrieren. Für reziproke Entgelte spricht in jedem Fall, dass auf lange Sicht im Wettbewerb kein Unternehmen bestehen kann, das höhere Kosten als seine Konkurrenten hat.

---

<sup>16</sup> So auch Monopolkommission, Sondergutachten 2009, Ziffer 235.

### 3. Fazit

Vor diesem Hintergrund wird der Eckpunkt wie folgt formuliert:

**Vor dem Hintergrund der zu erwartenden Kostenänderungen im Rahmen der Einführung von *NGNs* und unterschiedlicher Ausbauszenarien kann die Bundesnetzagentur auf Basis der bislang bekannten Fakten nicht beurteilen, ob ein reziprokes Terminierungsentgelt oder Terminierungsentgelte, die die jeweils effiziente *FTTx*-Variante berücksichtigen, angemessen sind. In jedem Fall muss das Terminierungsentgelt den Maßstäben des TKG genügen und geeignete Anreize für effiziente Investitionen und Wettbewerb setzen. Darüber hinaus müssten der zu erwartende Nutzen einer solchen Regelung und der damit verbundene Aufwand seitens der Unternehmen und der Behörde in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.**

## Eckpunkt 13

**Der weitere Ausbau innovativer, hochleistungsfähiger Breitbandnetze hat erste Priorität. Ob eine regionalisierte Regulierung unter diesem Aspekt vorteilhaft oder nachteilig ist, wird im Rahmen der jeweiligen Marktanalyse sorgfältig erwogen und entschieden werden.**

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahmen

Von den 23 Kommentatoren, die Stellungnahmen zum Konsultationsentwurf des Eckpunkte-papiers abgegeben haben, haben 15 den Eckpunkt 13 kommentiert. Dabei zeigte sich, dass sich ähnlich wie schon bei der Anhörung zur regionalisierten Regulierung lediglich ein Beitrag, der der *DT AG*, uneingeschränkt für die Regionalisierung – insbesondere des Bitstrom-zugangsmarktes – aussprach.

#### a) Grundsatzentscheidung über Regionalisierung oder Einzelfallentscheidung im Rahmen von Marktanalysen

Die *DT AG* fordert überdies, die Zulässigkeit einer (regional) differenzierten Betrachtungsweise in den Eckpunkten in Form einer Verwaltungsvorschrift festzulegen. Ein weiterer Kommentator (*BUGLAS*) fordert, dass die Entscheidung über eine Regionalisierung von Märkten nicht im Rahmen von Marktanalysen getroffen werden können, sondern in einem grundsätzlichen Ansatz übergreifend betrachtet werden müsse.

Andere Kommentatoren (*ECTA, IEN, QSC, Telefónica, Versatel*) sprechen sich dafür aus, über die Regionalisierung von Märkten im Rahmen einer Einzelfallentscheidung im Rahmen eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens zu befinden. Im Rahmen der Marktuntersuchung sei auch die Auswirkung auf andere Märkte zu würdigen. Dies auch deshalb, weil manche Märkte für eine regionalisierte Betrachtung geeigneter seien als andere. Eine Einschätzung, die im Übrigen auch die *DT AG* teilt, die insbesondere den Markt Nr. 4 nicht für eine Regionalisierung geeignet hält.

#### b) Förderung der Flächendeckung und NGA-Ausbau

Nach Auffassung der *DT AG* erlaube die Regionalisierung detailliertere und wettbewerbskonformere Festlegungen und erleichtere so die zielgerichtete Regulierung. Der Netzausbau werde von ökonomischen, technischen und regulatorischen Rahmenbedingungen bestimmt. Insbesondere der *NGA*-Ausbau erfordere in sachlicher und geografischer Hinsicht eine differenziertere Betrachtungsweise. Das Unternehmen schlägt hinsichtlich zukünftiger *NGA*-Netze die Einführung eines Drei-Regionen-Modells vor, mit der Bildung dreier Märkte, die sich durch unterschiedliche Wettbewerbsintensitäten unterscheiden sollen. Auf diese Art und Weise werde die Bildung investitionsfreundlicher Rahmenbedingungen für den Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze geschaffen. Auch der *WAR* glaubt, dass mit der Einführung von *NGA* die Wettbewerbsbedingungen auseinanderdriften werden.

Viele Kommentatoren erwarten im günstigsten Falle eine neutrale Wirkung (*ANGA, BREKO*) regionalisierter Regulierung auf den Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze. Vielfach (*BREKO, Versatel, Vodafone, WAR*) befürchten sie eher eine Behinderung dieser Investitionsaktivitäten, da die Regionalisierung und die damit verbundene regionale Freistellung von Regulierung in erster Linie der *DT AG* strategische Spielräume eröffne. Diese könne sie nutzen, um mit strategischen Preisfestsetzungen entweder mehr dienstbasierte Anbieter oder eher infrastrukturbasierte Anbieter zu bedrängen. *NGA*-Ausbauinvestitionen würden jedoch auch von alternativen Anbietern vorgenommen. Insbesondere *Versatel* befürchtet schwerwiegende Konsequenzen für den Wettbewerb, wenn vor allem in den Städten Regulierung zurückgenommen würde. Dies obwohl mit dem *NGA*-Ausbau, der vor allem in Ballungszent-

ren stattfinden, ein HVt-Abbau einhergehe. Die hierdurch zu erwartende Gefährdung des TAL-basierten Zugangs mache angemessene Alternativangebote erforderlich. Dies sei in erster Linie ein reguliertes Bitstromzugangsprodukt. Auch sei davon auszugehen (*ECTA*), dass die Skaleneffekte in *NGA* eher höher seien als in herkömmlichen Anschlussnetzen, so dass hier eine regionale Segmentierung eher weniger zu rechtfertigen sei. Bei der Regulierung müsse die Entwicklung des Wettbewerbs erste Priorität haben. Nur dadurch würde ein effizienter Ausbau hochleistungsfähiger Netze erreicht (*QSC*). Das *Bundeskartellamt* bezweifelt, ob durch Regionalisierung der Bitstromzugangsmärkte effiziente Investitionen gefördert werden könnten.

### **c) Sicherung konsistenter Regulierung**

Viele der Kommentatoren (*BREKO*, *BUGLAS*, *Versatel*, *Vodafone*) erwarten, dass durch die Regionalisierung einzelner Märkte die Konsistenzproblematik verschärft werde. Auch fürchten sie (*1&1*, *BREKO*, *BUGLAS*), dass durch Regionalisierung zusätzliche Entscheidungsunsicherheit entstehe, da hierdurch die Komplexität der Regulierungsverfahren erhöht würde, was sich auch in einer höheren Anzahl von Verwaltungsgerichtsverfahren manifestiere.

### **d) Nationale Abgrenzung von Geschäftskundenmärkten**

Insbesondere die Anbieter von Diensten für Geschäftskunden (*ECTA*, *IEN*) weisen darauf hin, dass Geschäftskundenmärkte wegen der extensiven Netzabdeckung der Geschäftskundenanbieter und der nationalen Nachfrage ihrer Kunden nationale Märkte seien. Regionale Angebote erschwerten national einheitliche Produkte.

### **e) Berücksichtigung der Entwicklung im Ausland**

Einige Kommentatoren (*BUGLAS*, *DT AG*) raten vor einer (übereilten) Entscheidung hinsichtlich der Regionalisierung der Regulierung die Entwicklung im Ausland zu beobachten bzw. verweisen auf die dortigen Erfahrungen mit der Abgrenzung subnationaler Märkte.

## **2. Bewertung**

### **a) Grundsatzentscheidung über Regionalisierung oder Einzelfallentscheidung im Rahmen von Marktanalysen**

Den meisten Kommentaren ist zu entnehmen, dass die Frage der Regionalisierung als eine Einzelfallentscheidung im Rahmen von Marktanalyseverfahren geklärt werden müsse. Die Bundesnetzagentur teilt diese Einschätzung. Die Entscheidung, ob ein Markt national oder subnational abgegrenzt werden muss, kann nur im Rahmen eines speziellen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens geklärt werden. Grundlage für die Definition von Märkten sind Substitutionsprüfungen und die Untersuchung der Wettbewerbsbedingungen als klassische Methoden der Marktdefinition und -analyse. Dies muss für jeden Markt einzeln untersucht werden; selbst die *DT AG* erkennt an, dass von Markt zu Markt unterschiedlich zu bewerten ist. Eine Grundsatzentscheidung kann hier nicht weiterhelfen und ist vor dem bestehenden Rechtrahmen auch nicht erforderlich, da er beide Möglichkeiten vorsieht.

In diesem Zusammenhang hat die *ERG* im September 2008 eine *Common Position*<sup>17</sup> erarbeitet, die die verschiedenen Möglichkeiten nationaler und regionalisierter Regulierung beleuchtet. Auch hier wird davon ausgegangen, dass die Frage, ob Märkte national oder regional zu definieren sind, als Einzelfallentscheidung im Rahmen eines Marktanalyseverfahrens zu klären ist.

Insofern kann dem Vorschlag der *DT AG* nicht gefolgt werden, die auf der Grundlage ihres „Drei-Regionen-Modells“ bezüglich *NGA*-Netzen auf Basis verschiedener Infrastrukturen grundsätzlich drei Märkte abgegrenzt sehen möchte, um hier unterschiedliche Regulierungs-

<sup>17</sup> *ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies)*, *ERG* (08) 20; [http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg\\_08\\_20\\_final\\_cp\\_geog\\_aspects\\_081016.pdf](http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg_08_20_final_cp_geog_aspects_081016.pdf).

intensitäten anzuwenden. Dieser Vorschlag übersieht, dass nur Märkte und nicht Infrastrukturen reguliert werden. Die Märkte werden über Substitutionsprüfungen bestimmt. Dies kann zum einen dazu führen, dass Produkte einer Infrastruktur in einem Markt zusammengefasst werden. Zum anderen – dies ist der häufigere Fall – können Produkte verschiedener Infrastrukturen einen Markt bilden, deren Verwendungszwecke so ähnlich sind, dass sie austauschbar sind und oder die Wettbewerbsbedingungen sich nicht unterscheiden. Dies muss auch im Hinblick auf die NGA-Migration für jeden einzelnen Markt geprüft werden.

#### **b) Förderung der Flächendeckung und NGA-Ausbau**

Die Bundesnetzagentur sieht sich durch die meisten Kommentare in ihrer Einschätzung bestätigt, dass ein direkter Einfluss auf die Erschließung bisher nicht DSL-versorgter Gebiete durch regional differenzierte Regulierung schwer herzuleiten ist.

Die Entscheidung über die Bildung subnationaler Märkte bzw. die Anordnung geografisch differenzierter Verpflichtungen beruht auf der Einschätzung historischer und zukünftiger Wettbewerbsbedingungen. Entscheidungen über regionale Differenzierung der Regulierung können möglicherweise weitere Spielräume für preisliche Differenzierung eröffnen. Ob und in welchem Umfang hierdurch Anreize für weiteren Infrastrukturausbau in Regionen mit Größenachteilen entstehen, ist schwer prognostizierbar. Wettbewerb kann indirekt die Flächenexploration – sofern sie wirtschaftlich tragfähig ist – fördern. Dies sieht man auch an den immer wieder auftretenden Fällen, bei denen zunächst kein DSL-Ausbau wirtschaftlich darstellbar schien, bis bei konkreten Explorationsplänen, z. B. eines Anbieters mit Funkinfrastruktur, ein „Überdenken“ der Ausbauentscheidungen der DT AG in dieser Region einsetzte. Da Regulierung Wettbewerb fördert, fördert sie indirekt auch den Flächenausbau, unabhängig davon, ob die Regulierung auf einen nationalen oder subnationalen Markt zielt.

Die zu erwartende Migration der Zugangsnetze zu einer NGA-Infrastruktur wird Auswirkungen auf die Wettbewerbsbedingungen auch im Bitstromzugangsmarkt haben, vor allem, wenn dies von einem HVt-Abbau begleitet werden wird. Ausmaß und Umfang dieser Entwicklung sind derzeit noch schwer abzuschätzen. In jedem Falle ist bei einer zukunftsgerichteten Analyse und Bestimmung der Regulierungsbedürftigkeit der Bitstromzugangsmärkte auf diese Entwicklung einzugehen. Zum jetzigen Zeitpunkt dürfte die Entscheidung für eine Regionalisierung des Bitstromzugangsmarktes zu einer Deregulierung insbesondere in den Ballungsräumen führen

Dort ist der NGA-Ausbau aber schon weit fortgeschritten. Der weitere NGA-Ausbau muss zukünftig in Gebieten mit deutlich geringerer Zahl erreichbarer Kunden erfolgen. Dort ist die Anzahl wettbewerblicher Anbieter erheblich niedriger als in Ballungszentren. Es ist zu vermuten, dass bei einer regionalisierten Betrachtung von Märkten hier eine Fortführung der Regulierung zu erwarten ist<sup>18</sup>. Die (vermeintlichen) Anreize von Regulierungsfreiheit kommen daher hier ohnehin nicht zum Tragen. Regionalisierte Regulierung ist insofern nicht zielgerichteter als Regulierung nationaler Märkte und kann in keiner Weise dem weiteren Ausbau von NGA förderlich sein.

Die Bundesnetzagentur nimmt den Einwand eines Kommentators auf, dass der Eckpunkt 13 missverständlich formuliert sein könnte, wenn es dort heißt: „*Der weitere Ausbau innovativer, hochleistungsfähiger Breitbandnetze hat erste Priorität.*“ Auch nach ihrem Verständnis ist es unbestritten, dass ein wesentliches Ziel der Regulierung die Sicherstellung von chancengleichem Wettbewerb und dieser wiederum langfristig der beste Garant für effiziente Investitionen ist.

<sup>18</sup> Die Bundesnetzagentur hat am 23.10.2009 den Konsultationsentwurf der Marktanalyse zu Markt 5 veröffentlicht und behandelt darin ausführlich die Frage einer möglichen regionalisierten Betrachtung.

### c) **Sicherung konsistenter Regulierung bei regionalisierter Regulierung**

Die Bundesnetzagentur sieht auch die Gefahr, dass regionalisierte Regulierung, wenn sie zu einem Nebeneinander von regulierten und deregulierten Regionen führt, die Chance auf die Bereitstellung möglichst konsistent bepreister Vorleistungsprodukte verringert. Schon heute gibt es Klagen, dass regulierte und nicht-regulierte Vorleistungsprodukte, die verschiedene Wertschöpfungsebenen bedienen, Konsistenzprobleme erzeugen. Ein missbräuchliches Ausnutzen strategischer Freiräume durch eine regional differenzierte Rückführung von Regulierung kann nur verhindert werden, wenn in diesen Regionen nachhaltiger Wettbewerb existiert und alternative Anbieter genügend Ausweichmöglichkeiten anbieten, so dass wettbewerbsbeschränkende Verhaltensspielräume nicht ausgenutzt werden können.

### d) **Nationale Abgrenzung von Geschäftskundenmärkten**

Die Bundesnetzagentur hat bisher keine spezifischen Geschäftskundenmärkte abgegrenzt. Dies erfolgte jeweils auf der Basis einer sorgfältigen Marktanalyse. Gleichwohl kann es nach Substitutionsprüfungen Märkte geben, die vor allem hochwertige, auf Geschäftskunden abzielende Produkte umfassen. Die räumliche Abgrenzung der Märkte wird, wie oben beschrieben, von den Substitutionsprüfungen und der Prüfung der Wettbewerbsbedingungen des jeweils zu untersuchenden, sachlich abgegrenzten Marktes abhängen. Die Bundesnetzagentur sieht auch, dass Zugangsprodukte, die vor allem für gewerbliche Endkunden mit hohen Qualitätsanforderungen eingesetzt werden, eher auf nationale Leistungsbeziehungen abzielen.

### e) **Berücksichtigung der Entwicklung im Ausland**

Die Bundesnetzagentur verfolgt im Detail die Entscheidungen der europäischen Regulierungsbehörden hinsichtlich der Untersuchungen der Märkte der Empfehlung. Dabei hat sie zur Kenntnis genommen, dass die Mehrheit der europäischen Regulierungsbehörden bisher nationale Märkte – insbesondere beim TAL-Zugang und Bitstromzugang – definiert hat. Gleichwohl wird die Entscheidung der Bundesnetzagentur hinsichtlich möglicher regionalisierter Regulierung allein von den Bedingungen und Prüfergebnissen des jeweiligen deutschen Marktes abhängen.

## 3. **Fazit**

Unter Würdigung und Bewertung der vorgetragenen Kommentare zu diesem Eckpunkt ergänzt die Bundesnetzagentur den Eckpunkt 13, um eindeutig darzulegen, dass innovativer Netzausbau selbstverständlich mit den in § 2 TKG festgelegten Zielen der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte in Einklang sein muss:

**Der weitere Ausbau innovativer, hochleistungsfähiger Breitbandnetze hat unter Berücksichtigung der Regulierungsziele der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte erste Priorität. Ob eine regionalisierte Regulierung unter diesem Aspekt vorteilhaft oder nachteilig ist, wird im Rahmen der jeweiligen Marktanalyse sorgfältig erwogen und entschieden werden.**

## Eckpunkt 14

**Transparenz ist ein wesentlicher Baustein für einen erfolgreichen Ausbau der Breitbandnetze. Sie muss zuerst von den Unternehmen selbst hergestellt werden. Die Bundesnetzagentur beabsichtigt, ein hochrangig besetztes NGA-Forum zu gründen, mit dem der Dialog zwischen Regulierer, Netzbetreibern, Herstellern, Ländern und Kommunen gefördert wird.**

**Die Bundesnetzagentur arbeitet darüber hinaus mit Hochdruck an dem in der Breitbandstrategie der Bundesregierung angekündigten Infrastrukturatlas. Die Bundesnetzagentur fordert die Unternehmen auf, sich an diesen Vorhaben aktiv zu beteiligen.**

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahmen

Der Eckpunkt wurde in 16 von 23 Stellungnahmen kommentiert. Im Mittelpunkt stand dabei die angekündigte Gründung eines NGA-Forums. Die Kommentatoren haben sich hierzu fast ausschließlich positiv geäußert. Die Themen Transparenz und Infrastrukturatlas wurden nur am Rande erörtert.

In einigen Stellungnahmen wurde ausdrücklich die Mitarbeit im NGA-Forum angeboten (*ANGA, DLT, E-Plus, VATM, ver.di*).

Die einzigen kritischen Töne zum NGA-Forum weisen darauf hin, dass das Gremium nicht „hinter verschlossenen Türen“ mit wenigen ausgewählten Teilnehmern arbeiten (*Appenzeller, ähnlich Ifkom*), bzw. grundsätzlich für alle Marktteilnehmer geöffnet sein sollte (*BREKO, Versatel, noch weitgehender IEN* „Teilnahmemöglichkeit für alle interessierten Parteien“); Themen und Ergebnisse sollten öffentlich kommuniziert werden.

Ferner wird von QSC darauf hingewiesen, dass das Gremium die Aufgaben der Bundesnetzagentur nicht substituieren. Die konkrete Arbeit der Bundesnetzagentur könne nicht durch ein Gremium ersetzt werden.

Das Thema Transparenz wurde vom *BUGLAS* mit einem Hinweis auf die Informationspolitik der *DT AG* beim Thema HVt-Abbau erörtert. Die *DT AG* verweigere sich Transparenz deutlich mehr als die Wettbewerber (ähnlich *IEN*).

Hierzu argumentiert die *DT AG*, dass es nicht sein könne, dass Transparenz nur von ihr gefordert werde. Vielmehr habe sich diese Forderung in der Migrationsphase eines gesamten Marktes auf alle Marktteilnehmer zu beziehen.

Der Aufbau des Infrastrukturatlases durch die Bundesnetzagentur wird begrüßt (*Appenzeller, BREKO, DIHK*). Einige Kommentare verweisen auf ihre Stellungnahme im Rahmen der Konsultation des Entwurfs der Rahmenbedingungen für den Infrastrukturatlas.

### 2. Bewertung:

Aufgrund der herausragenden Bedeutung des Breitbandausbaus und der breiten Zustimmung für das vorgeschlagene NGA-Forum hat die Bundesnetzagentur die Absicht, kurzfristig ein solches NGA-Forum zu initiieren.

In dem Forum sollen unter der Leitung der Bundesnetzagentur hochrangige Vertreter der Telekommunikationsbranche, der Energieversorger sowie der kommunalen Spitzenverbände gemeinsam weitere Schritte entwickeln, um den in der Breitbandstrategie der Bundesregierung aufgezeichneten Plan des flächendeckenden Ausbaus der Bundesrepublik Deutschland mit hochleistungsfähigen Breitbandnetzen umzusetzen und zentrale Probleme der praktischen Umsetzung zu lösen.

Das NGA-Forum hat einen beratenden Auftrag und soll den konsensualen Prozess in der Branche mit Entscheidungen und Beschlüssen vorantreiben. Es kann allerdings keine rechtlich verbindlichen Entscheidungen treffen; diese bleiben den formalen Verfahren des TKG vorbehalten. Im Interesse der Handlungsfähigkeit ist eine Auswahl und Beschränkung der Teilnehmer erforderlich. Die Bundesnetzagentur behält sich vor, im Rahmen der Arbeit des Forums ergänzend Experten zu bestimmten Themen hinzuzuziehen.

Das NGA-Forum wird transparent arbeiten und alle Ergebnisse und Präsentationen – soweit möglich – auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlichen.

#### **a) Auftrag des NGA-Forums**

Der Ausbau der Breitbandnetze in Deutschland wird zu einer weitgehenden Umgestaltung der heutigen Telekommunikationsnetze und der Marktstrukturen führen und insbesondere während des Migrationszeitraums eine Fülle von praktischen Fragen in unterschiedlichen Themenkomplexen aufwerfen. Damit diese Fragen die Umsetzung der Ziele der Breitbandstrategie nicht verzögern, ist es von entscheidender Bedeutung, sie in einem Gremium zu konzentrieren. Das NGA-Forum soll diese Themen frühzeitig aufgreifen, um den Breitbandausbau in Deutschland, der gewaltige Investitionen erfordert, voranzutreiben und Probleme der praktischen Umsetzung zu lösen.

Dazu gehört auch, dass in der öffentlichen Diskussion seit der Veröffentlichung der Breitbandstrategie zwischen dem Ziel der erstmaligen Versorgung sog. weißer Flecken mit leistungsfähigen Breitbandanschlüssen und dem Ziel der Versorgung bereits erschlossener Gebiete mit hochleistungsfähigen Breitbandanschlüssen nicht immer ausreichend differenziert wird. Aus diesem Grund soll das NGA-Forum möglichst rasch untersuchen, inwieweit sich aus diesen beiden Zielsetzungen gemeinsame und unterschiedliche Fragestellungen für die weitere Entwicklung der Breitbandversorgung ergeben und welche dies im Einzelnen sind.

Darauf aufbauend soll das NGA-Forum klären, welche Lösungsansätze jeweils für die Verbesserung der Breitbandversorgung gesehen werden und Priorisierungen der identifizierten Fragen entwickeln.

Die Konsultation der Eckpunkte hat gezeigt, dass einige konkrete Themen für den Aufbau von NGA-Netzen eine besondere Rolle spielen und daher auf jeden Fall im Rahmen des NGA-Forums behandelt werden sollten:

So ist der Begriff *Open Access* von zentraler Bedeutung beim Aufbau von NGA-Netzen; gleichzeitig sind hierzu noch viele Fragen offen. Zahlreiche Kommentatoren haben angemerkt, dass in einem ersten Schritt zunächst ein gemeinsames Verständnis des Begriffs *Open Access* erarbeitet werden müsse. Darauf aufbauend müsse geprüft werden, unter welchen Voraussetzungen und zu welchen Bedingungen *Open Access* den Breitbandausbau positiv stimulieren kann.

In diesem Zusammenhang sollen auch technische und operationale Aspekte des Zugangs zu Glasfasernetzen und anderen NGA-Netzen behandelt werden. Hier hat die Konsultation der Eckpunkte gezeigt, dass der Markt eine frühzeitige Festlegung von Standards als Voraussetzung für einen flächendeckenden NGA-Ausbau sieht. Dabei verfolgt das NGA-Forum einen technologieneutralen Ansatz und betrachtet im Sinne der Anlage 1 zur Breitbandstra-

tegie verschiedene Techniken als grundsätzlich geeignet, einen Beitrag zum flächendeckenden Breitbandausbau zu leisten.

Dabei könnten auch Versorger eingebunden werden, um deren Rolle beim Ausbau zu erörtern. Die Bundesnetzagentur kann hier eine Vermittlerfunktion übernehmen mit dem Ziel, tragfähige Kompromisse zu finden. Darüber hinaus können im Rahmen des *NGA-Forums* erste Erfahrungen aus der Anfangsphase des Infrastrukturatlases reflektiert werden, der Ende 2009 in Betrieb genommen wurde und an dem sich ebenfalls zahlreiche Energieversorger beteiligen.

Grundsätzlich ist das Thema *NGA-Ausbau* eng verknüpft mit Fragestellungen rund um die Gewährung staatlicher Fördermittel für den Breitbandausbau besonders in ländlichen Gebieten. Aus Sicht der Bundesnetzagentur sollte dieser Themenkomplex jedoch außerhalb des *NGA-Forums* behandelt werden, weil die Bundesnetzagentur über keine diesbezüglichen Zuständigkeiten verfügt. Hier dürfte es zielführend sein, diese Fragen unmittelbar durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) zu klären. Um den unmittelbaren Transfer von fördermittelspezifischen Fragen aus dem *NGA-Forum* in das BMWi zu gewährleisten, ist es zweckmäßig, dass das BMWi auch unmittelbar am *NGA-Forum* teilnimmt.

Die Bundesnetzagentur wird als Grundlage der Arbeit des *NGA-Forums* einen Fragenkatalog entwickeln.

Das *NGA-Forum* wird regelmäßig über seine Arbeit berichten.

#### **b) Infrastrukturatlas**

Am 08.12.2009 hat die Startphase des Infrastrukturatlas begonnen. Seither erhalten Abfrage- und Nutzungsberechtigte auf Antrag von der Bundesnetzagentur Auskunft über die in ihrer Region vorhandene Infrastruktur, die gegebenenfalls zur Mitnutzung geeignet sein könnte. Die ersten Erfahrungen zeigen, dass ein großer Bedarf an der Nutzung des Infrastrukturatlas besteht. Insofern gilt es, den Atlas weiterzuentwickeln und diesem Bedürfnis unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen aller Beteiligten weiterzuentwickeln.

Die Bundesnetzagentur wird sich weiterhin dafür einsetzen, dass sich möglichst viele Infrastrukturihaber am Infrastrukturatlas beteiligen und Daten über ihre Infrastruktur zur Verfügung stellen. Dies ist die Voraussetzung, dass sich der Infrastrukturatlas langfristig als Hilfsmittel bei der Erschließung weißer Flecken und dem Ausbau mit Breitbandnetzen etablieren kann.

### 3. Fazit

Der Eckpunkt wird wie folgt angepasst:

**Transparenz ist ein wesentlicher Baustein für einen erfolgreichen Ausbau der Breitbandnetze. Um dies zu unterstützen, hat die Bundesnetzagentur die Absicht, ein hochrangig besetztes *NGA*-Forum zu initiieren, mit dem der Dialog zwischen Regulierer, Netzbetreibern, Herstellern, Ländern und Kommunen gefördert wird.**

**Die Bundesnetzagentur wird den Infrastrukturatlas gemeinsam mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Industrievertretern, Ländern sowie den Kommunalen Spitzenverbänden zügig weiterentwickeln. Die ersten Erfahrungen zeigen, dass ein großer Bedarf an der Nutzung des Infrastrukturatlas besteht. Die Bundesnetzagentur wird sich dabei weiterhin dafür einsetzen, dass sich möglichst viele Infrastrukturinhaber am Infrastrukturatlas beteiligen und Daten über ihre Infrastruktur zur Verfügung stellen. Dies ist die Voraussetzung, dass sich der Infrastrukturatlas langfristig als Hilfsmittel bei der Erschließung weißer Flecken und dem Ausbau mit Breitbandnetzen etablieren kann.**

## Eckpunkt 15

Um der Bedeutung des Breitbandausbaus gerecht zu werden, regt die Bundesnetzagentur an, bei der *Deutschen Telekom* einen Konzernbeauftragten für alle Fragen rund um den Breitbandausbau zu benennen, der direkt an den Konzernvorstand berichtet und insbesondere als Ansprechpartner für Kommunen und Wettbewerber zu Fragen des Breitbandausbaus dienen könnte.

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahmen

Der Eckpunkt wurde in elf von 23 Stellungnahmen kommentiert und überwiegend abgelehnt.

Hauptkritikpunkt ist das falsche Signal, dass von diesem Eckpunkt ausgehe, weil der Eindruck entstehen könnte, die *DT AG* sei das einzig wichtige Unternehmen für den Breitbandausbau (*ANGA, DIHK, E-Plus, VATM*).

*QSC* sieht in dem Vorschlag die Gefahr eines kritisch zu sehenden Informationsflusses zwischen *Wholesale-* und *Retail-Bereich* bei der *DT AG*.

Allenfalls bezogen auf die Bereitstellung von Vorleistungen, also ohne die Kompetenzen hinsichtlich des Themas Breitbandausbau können sich Kommentatoren mit dem Vorschlag anfreunden (*BREKO, QSC*).

Positiv äußert sich der *DLT*, weil dies den Kommunikationsprozess vereinfache. Die *IEN* begrüßt den Vorschlag ebenfalls, wünscht sich jedoch die Überprüfung der Arbeit des Konzernbeauftragten durch die Bundesnetzagentur. Positiv, jedoch ohne Begründung äußert sich *Appenzeller*.

### 2. Bewertung und Fazit

Angesichts der geringen Resonanz wird der Eckpunkt gestrichen. Er war nur als Anregung gedacht und sollte keinen verbindlichen Charakter haben. Allerdings stellt die Bundesnetzagentur der *DT AG* anheim, durch geeignete organisatorische Maßnahmen bei der Bereitstellung von Vorleistungsprodukten und den hierfür notwendigen Prozessabläufen die Bedeutung des flächendeckenden Breitbandausbaus noch stärker zu berücksichtigen.

## **Annex: Die rechtliche Zulässigkeit von Verwaltungsvorschriften und Vorabfeststellungen im Bereich der Marktregulierung gemäß Teil 2 TKG**

### **1. Zusammenfassung der Stellungnahmen**

Verwaltungsvorschriften könnten nach Auffassung der *DT AG* sowohl für das Verfahren auf Erlass von Regulierungsverfügungen als auch für die Durchführung von Regulierung innerhalb des durch eine bestehende Regulierungsverfügung erlassenen Rahmens (z.B. Erteilung von Genehmigungen oder Durchführung von Missbrauchsverfahren) vorgesehen werden. Das vorliegend vorgestellte Regulierungskonzept der Eckpunkte könnte folglich umfassend innerhalb von Verwaltungsvorschriften festgelegt werden. Das durch Art. 7 Rahmenrichtlinie vorgeschriebene Konsultationsverfahren, wonach die anderen nationalen Regulierungsbehörden einzubeziehen sind, sei dann zu beachten, wenn die Verwaltungsvorschriften das Marktregulierungsverfahren nach den §§ 9ff. TKG betreffen.

Behördliche Vorabfeststellungen sollten laut *DT AG* zunächst weiter ausdifferenziert werden. Vorbilder könnten sich hierbei etwa aus dem Bereich des Bau- und des Umweltrechts ergeben, wo angesichts hoher Investitionssummen ebenfalls die Notwendigkeit besteht, Rechts- und Planungssicherheit herzustellen. In Anlehnung an die dort bewährten Instrumente von Vorbescheid und Teil-Genehmigung sowie Negativ-Attest (d.h. der verbindlichen Feststellung, dass dem Vorhaben keine Verbote entgegenstehen) sollte man auch im Telekommunikationssektor – neben der ohnehin schon zulässigen Negativ-Atteste – die Einführung des TK-Vorbescheids und der Teil-Regulierungsverfügung vorsehen.

Das Negativ-Attest sei im Umwelt- und Bauplanungsrecht ein herkömmliches Mittel, um Investitionssicherheit herzustellen. Es handele sich dabei um eine regelnde (und damit rechtverbindliche) Feststellung i.S.v. § 35 Satz 1 VwVfG. Anhand dessen könne festgestellt werden, dass bestimmte das Investitionsvorhaben potenziell einschränkende Verbote und/oder Verpflichtungen nicht bestehen. Einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung bedürfe es zum Erlass eines Negativ-Attestes nicht. Es liege vielmehr im Ermessen der Behörde, ob sie von dieser Befugnis Gebrauch macht und ein Verfahren mit dem Ziel einer solchen Feststellung einleitet. Das Negativ-Attest sei daher schon nach geltendem TKG ein mögliches und zulässiges Instrument. Im Zusammenhang mit dem Aufbau von *NGA* könnten solche Negativ-Atteste sinnvoll sein etwa in Bezug auf Teilfragen des Marktregulierungsverfahrens (z.B. das Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht) oder auch – unter der Geltung einer bestehenden Regulierungsverfügung – ob ein bestimmtes Geschäfts- oder Entgeltmodell dem Missbrauchsverbot nach den §§ 28 oder 42 TKG unterfalle. So könnte beispielsweise ein *Risk-Sharing*-Geschäftsmodell vor dem Angebot dessen im Markt auf seine Nicht-Missbräuchlichkeit hin überprüft werden. Bei Negativ-Attesten über Teilfragen des Marktregulierungsverfahrens (z.B. das Nichtvorliegen einer beträchtlichen Marktmacht i.S.v. § 11 TKG) wäre das Konsultationsverfahren nach Art. 7 Rahmenrichtlinie zu beachten.

Mit dem Erlass einer Teil-Regulierungsverfügung könne Rechtssicherheit für die regulatorische Behandlung des gesamten *NGA*-Marktes erreicht werden. Die Teil-Regulierungsverfügung gestalte – im Unterschied zum Vorbescheid – unmittelbar die Rechtslage. Sie sei also nicht auf Feststellungen beschränkt und ähnelte insoweit dem Instrument der Teil-Genehmigung, die für einzelne abtrennbare Teile eines Vorhabens bereits die Gestattung für die Vorhabensausführung enthalte.

Sinn machen würde der Teil-Verwaltungsakt bei der Regulierungsverfügung. Nach vorliegendem Regulierungskonzept und der differenzierten sachlichen Marktbetrachtung bilde *NGA* einen (unselbständigen) Teilmarkt, der einem größeren Markt (z.B. Markt 5) zugeordnet sei. Über eine Teil-Regulierungsverfügung könnte vorab Klarheit über den Teilmarkt für *NGA* gewonnen werden. Verbinde man dies sodann mit einer längeren Laufzeit der Regulierungsverfügung, könnte so speziell für *NGA* mehr Sicherheit über die rechtlichen Rahmenbedingungen hergestellt werden.

Ferner solle für die Gewährleistung der erforderlichen Investitions- und Planungssicherheit ein TK-Vorbescheid eingeführt werden, mit dem schon vor Beginn der anstehenden Investition über Teilfragen verbindlich entschieden werden könne. Anders als das Negativ-Attest käme ein solcher nur für Entgelte zur Anwendung, die zuvor einer Ex-ante-Regulierung unterworfen wurden.

Gegenstand des Vorbescheids sei die positive Feststellung, dass für ein genehmigungspflichtiges Vorhaben einzelne der gesetzlich vorgesehenen Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen. Der Erlass von Vorbescheiden werde als von der gesetzlichen Ermächtigung zur Genehmigung mit umfasst angesehen und bedürfe daher keiner gesonderten gesetzlichen Ermächtigung. Der TK-Vorbescheid würde jedoch nur für Entgelte greifen, die der Ex-ante-Regulierung unterworfen sind. Nach dem vorliegend zugrundeliegenden Regulierungskonzept dürfte der Anwendungsbereich daher gering sein.

Gegenstand des TK-Vorbescheides wäre die verbindliche Feststellung über das Vorliegen einzelner Genehmigungsvoraussetzungen (etwa die Wahrung der Anforderungen des § 31 Abs. 4 TKG über die zulässige Eigenkapitalverzinsung) oder die Vereinbarkeit des geplanten Entgelts mit dem Maßstab des § 31 Abs. 1 TKG.

Ein weiteres, häufig vorgetragenes Argument für derartige Instrumente ist, dass der Markt ein Mehr an Rechts- und Planungssicherheit erhalte.

Einschränkend wird dagegen vorgetragen, dass eine zu starke Selbstbindung der Behörde den im TKG und im europäischen Rechtsrahmen angelegten notwendigen flexiblen Handlungsrahmen des Regulierers nicht über Gebühr beschränke.

Feststellende Verwaltungsakte seien nicht stets geeignet, ein Mehr an Planungs- und Rechtssicherheit herzustellen, wie das Beispiel hinsichtlich der Feststellung einer Entgeltgenehmigungsverpflichtung für sog. TDN-Verträge zeige (vierjähriges Gerichtsverfahren).

Darüber hinaus sei auch hier in erster Linie eine konsistente Regulierungspraxis das besser geeignete Mittel, um Planungs- und Rechtssicherheit herzustellen.

Ablehnend wird insbesondere vorgetragen, dass eine solche Vorgehensweise gegen EU-Recht verstoße.

Daneben wird die Gefahr gesehen, dass durch die gerichtliche Überprüfung der Vorabfeststellungen Entscheidungen des Hauptverfahrens verzögert oder verhindert würden, und sich die Verfahren somit insgesamt noch stärker verzögern würden.

Als Beispiele für solche Vorhaben werden genannt (neben den von der *DT AG* genannten):

- Konsistenzkonzept
- Vorabfeststellung von Bundesnetzagentur / Bundeskartellamt zu Unternehmenskooperationen
- Vorhabenplan (durch Beimessung von erheblich größerem Gewicht)
- Projektplan

## 2. Bewertung

Bei der Prüfung ist zunächst zwischen Verwaltungsvorschriften und Vorabfeststellungen zu unterscheiden.

### a) Verwaltungsvorschriften

Verwaltungsvorschriften sind generell-abstrakte Anordnungen einer Behörde an nachgeordnete Behörden oder eines Vorgesetzten an die ihm unterstellten Verwaltungsbediensteten.

Sie betreffen entweder die innere Ordnung einer Behörde oder das sachliche Verwaltungshandeln. Vorliegend könnte es sich lediglich um Anordnungen eines Vorgesetzten an die ihm unterstellten Verwaltungsbediensteten handeln, die das sachliche Verwaltungshandeln betrifft.

Die Rechtsnatur der Verwaltungsvorschriften ist immer noch umstritten. Dennoch besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass es sich dabei um rechtliche Regelungen handelt, weil sie für Behörden und deren Bedienstete verbindlich sind. Es sind allerdings lediglich verwaltungsinterne Regelungen und als solche dem staatlichen Innenraum zuzuordnen. Sie sind demnach Innenrechtssätze, aber keine Rechtsnormen (Außenrechtssätze). Allerdings können sie infolge ihrer Anwendung eine mittelbare Außenwirkung entfalten, sind dadurch aber noch nicht dem Außenrecht zuzuordnen.

Es gibt verschiedene Arten von Verwaltungsvorschriften:

- Organisations- und Dienstvorschriften; sie betreffen die innere Organisation und den Dienstbetrieb einer Behörde.
- Gesetzesauslegende oder norminterpretierende Verwaltungsvorschriften; sie bestimmen die Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen, insbesondere bei Vorliegen unbestimmter Rechtsbegriffe. Sie geben Interpretationshilfen und gewährleisten eine einheitliche Anwendung der Gesetze.
- Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften; sie füllen aufgrund gesetzlicher Ermächtigung unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. offene gesetzliche Tatbestände in rechtssatzmäßiger Weise aus.
- Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften; sie bestimmen, in welcher Weise von dem der Verwaltung eingeräumten Ermessen Gebrauch gemacht werden soll, um eine einheitliche und gleichmäßige Ermessensausübung sicherzustellen.
- Gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften; sie werden dann erlassen, wenn für bestimmte, normbedürftige Bereiche gesetzliche Regelungen fehlen.

Im Bereich der Marktregulierung nach Teil 2 TKG ist allenfalls an norminterpretierende oder ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften zu denken.

Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften entfalten in der Regel keine Außenwirkung, weil es an einem eigenen Entscheidungsspielraum der Behörde fehlt. Bei einer zutreffenden Auslegung des Gesetzes bestimmen sie lediglich das, was gesetzlich bereits festgelegt ist. Der Betroffene kann sich unmittelbar auf das Gesetz berufen.

Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften können hingegen eine mittelbare Außenwirkung entfalten, weil die Behörde hier ihr Ermessen durch eine Verwaltungsvorschrift konkretisiert und die Vorschrift in der Praxis anwendet.

Verwaltungsvorschriften benötigen – abgesehen von den hier nicht relevanten normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften – keine spezialgesetzliche Ermächtigung.

Somit wäre es aus formellen Gesichtspunkten grundsätzlich denkbar, zumindest norminterpretierende oder ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften zu erlassen.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich in materieller Hinsicht hierfür geeignete Anwendungsbereiche finden.

Seitens der *DT AG* wurde vorgeschlagen, die Eckpunkte insgesamt als Verwaltungsvorschrift zu veröffentlichen, um ihnen dadurch eine größere Verbindlichkeit einzuräumen (so auch *Kirchner*). Die Bundesnetzagentur hält diesen Vorschlag jedoch angesichts des eingangs dargestellten Charakters der Verwaltungsvorschriften für nicht praktikabel.

Die Eckpunkte thematisieren eine Vielzahl von Einzelvorschriften aus Teil 2 TKG. Darüber hinaus behandeln die Eckpunkte Aspekte, die mit dem TKG nur mittelbar in Verbindung stehen, aber durch den Bezug zum Breitbandausbau insgesamt in einem Gesamtzusammenhang mit der Marktregulierung zu sehen sind. Die Eckpunkte könnten daher als Gesamtkonzept allenfalls punktuell eine verbindliche, norminterpretierende oder ermessenslenkende Funktion ausüben. Im Sinne der Transparenz erscheint es daher geeigneter, Verwaltungsvorschriften gegebenenfalls separat und anlass- und themenbezogen zu veröffentlichen, sofern sich ein entsprechender Anwendungsbereich finden sollte.

Von der *DT AG* wurden folgende potentielle Anwendungsbereiche genannt:

- Anerkennung der Priorität freiwilliger Vereinbarungen
- Ermöglichung von Preis- und Vertragsgestaltungsflexibilität durch die Auferlegung angemessener Regulierungsinstrumente
- Verfahren auf Erlass von Regulierungsverfügungen
- Durchführung von Regulierung innerhalb des durch eine bestehende Regulierungsverfügung erlassenen Rahmens (z.B. Erteilung von Genehmigungen oder Durchführung von Missbrauchsverfahren)

- **Anerkennung der Priorität freiwilliger Vereinbarungen:**

Hierzu findet sich eine Regelung in § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG, mit der sich im Übrigen Eckpunkt 2 befasst. Im vorliegenden Zusammenfassung stellt sich die Frage, inwieweit im Rahmen einer Verwaltungsvorschrift des Präsidiums der Bundesnetzagentur an die Beschlusskammern norminterpretierend oder ermessenslenkend Festlegungen darüber getroffen werden könnten, inwieweit freiwillige Angebote, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreichen.

Bereits bei diesem Thema zeigt sich ein wesentliches Problem etwaiger Verwaltungsvorschriften. Entscheidungen der Marktregulierung sind Einzelfallentscheidungen, die in hohem Maße von sehr dynamischen Faktoren (Marktentwicklung, technologische Weiterentwicklung, Kostenstrukturen) abhängen. Das wesentliche Ziel einer Verwaltungsvorschrift, die Vereinheitlichung der Normanwendung zu gewährleisten, kann für solche speziellen und häufig nicht vergleichbaren Einzelfallentscheidungen kaum erreicht werden. So lässt sich etwa die Frage, wann ein freiwilliges Angebot von einem großen Teil des Marktes angenommen wird, nicht pauschaliert beantworten, sondern hängt von der Art der Zugangsleistung ab. Für einzelne spezialisierte Zugangsleistungen mag es ausreichend sein, wenn zwei oder drei Anbieter ein freiwilliges Angebot annehmen. Würde man sich ein freiwilliges Angebot über den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung vorstellen, wäre ein Vielfaches an tatsächlichen Nachfragern erforderlich. Dies verdeutlicht, dass eine Verwaltungsvorschrift zu dieser Norm wenig hilfreich wäre.

- **Ermöglichung von Preis- und Vertragsgestaltungsflexibilität durch die Auferlegung angemessener Regulierungsinstrumente:**

Gegenstand einer entsprechenden Verwaltungsvorschrift wäre § 13 TKG in Verbindung mit den dort aufgeführten Normen über mögliche Verpflichtungen. Hierbei bleibt jedoch unklar, was konkret im Rahmen einer Verwaltungsvorschrift zu regeln wäre. Da bei den einzelnen Regulierungsmaßnahmen jeweils ein Ermessen auszuüben ist, könnte gegebenenfalls über eine ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift eine gewisse Vorstrukturierung erreicht werden. Allerdings begegnet man auch hier der Problematik, dass es sich bei Regulierungsverfügungen um Einzelfallentscheidungen handelt, die jeweils ganz unterschiedliche Märkte betreffen und darüber hinaus häufig ein komplexes Zusammenspiel verschiedener Regulierungsmaßnahmen erfordern. Abgesehen davon müssen die im Rahmen der Regulierungsverfügung auferlegten Maßnahmen dem im Rahmen der Marktanalyse festgestellten Marktversagen entsprechen und geeignet sein, die festgestellten Defizite auszugleichen. Welche

Maßnahmen im Rahmen der Regulierungsverfügung auferlegt werden, hängt also von den konkreten Ergebnissen der Marktanalyse ab. Dies kann abstrakt im Rahmen von Verwaltungsvorschriften nicht hinreichend vorstrukturiert werden. Insofern ist nicht ersichtlich, welchen konkreten Beitrag eine Verwaltungsvorschrift hier leisten könnte. Aus diesem Grund hält die Bundesnetzagentur den Erlass einer diesbezüglichen Verwaltungsvorschrift für nicht zweckmäßig, weil die Verfahren der Marktregulierung in der Regel zu einzelfallbezogen sind und somit nicht dem üblichen Anwendungsbereich von Verwaltungsvorschriften (vereinheitlichte Behandlung von Massenverfahren) entsprechen. Aus Sicht der Bundesnetzagentur ist es daher zielführender, die Entscheidungspraxis auch weiterhin durch Veröffentlichungen wie Eckpunkte, Hinweise oder Auslegungsgrundsätze zu begleiten, die in einem engen Dialog mit dem Markt erarbeitet werden.

- **Verfahren auf Erlass von Regulierungsverfügungen:**

Hierzu kann auf die obigen Ausführungen zur Regulierungsverfügung verwiesen werden. Ergänzend kann gesagt werden, dass für formale Verfahrensfragen keine Notwendigkeit einer Verwaltungsvorschrift gesehen wird. So dürften beispielsweise Fragen zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung keinen wesentlichen Beitrag zu einer erhöhten Investitionsbereitschaft durch verbesserte Planungssicherheit leisten.

- **Durchführung von Regulierung innerhalb des durch eine bestehende Regulierungsverfügung erlassenen Rahmens (z.B. Erteilung von Genehmigungen oder Durchführung von Missbrauchsverfahren):**

Für konkrete Verfahren der Entgeltgenehmigung oder der nachträglichen Entgeltregulierung ist es am ehesten denkbar, Verwaltungsvorschriften zu erlassen. Die Bundesnetzagentur ist in der Vergangenheit bereits ähnlich verfahren, mit Veröffentlichungen wie den Hinweisen zu sachlich ungerechtfertigter Bündelung (August 2005), den Hinweisen zu Preis-Kostenschere (November 2007) sowie den Hinweisen zur konsistenten Entgeltregulierung (November 2009).

Zwar sind diese Papiere nicht als Verwaltungsvorschriften konzipiert, es wäre jedoch grundsätzlich denkbar dies zu tun bzw. zumindest gewisse Bestandteile in Verwaltungsvorschriften zu fassen. Die Bundesnetzagentur hält dies jedoch für nicht zweckmäßig. Die Veröffentlichungen der Bundesnetzagentur existieren und erzeugen auch ohne rechtliche Bindung eine tatsächliche Auswirkung auf konkrete Regulierungsverfahren, in dem sie dort berücksichtigt werden und auch in die bisherigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren einbezogen werden. Dies trägt zu mehr Planungssicherheit und Transparenz und über die Bezugnahme in Beschlusskammer- und Gerichtsentscheidungen auch zu mehr Rechtssicherheit bei. Die Bundesnetzagentur wird diesen Weg weitergehen und vergleichbare Papiere auch zukünftig erarbeiten, konsultieren und veröffentlichen.

Beschränkt man den denkbaren Anwendungsbereich für den Erlass von Verwaltungsvorschriften auf Einzelfragen im Rahmen der Umsetzung von Regulierungsverfügungen bestehen keine Berührungspunkte zum Art.-7-Verfahren.

**b) Vorabfeststellungen**

Inwieweit Vorabfeststellungen im Bereich der Regulierung grundsätzlich möglich wären, bedarf einer differenzierten Betrachtung, insbesondere weil der Begriff nicht einheitlich definiert ist. Entsprechend verwendet auch die DT AG den Begriff als Überbegriff für die von ihr genannten Beispiele Negativ-Attest, Teil-Regulierungsverfügung sowie TK-Vorbescheid. Im Gegensatz zur Verwaltungsvorschrift sollen hier keine Entscheidungen vorstrukturiert werden, indem Normen interpretiert werden oder Ermessen gelenkt wird, sondern Teile einer Entscheidung abgetrennt und vor die Klammer gezogen entschieden werden.

Nachfolgend wird daher im Einzelnen geprüft, inwieweit die einzelnen Vorabfeststellungen im Rahmen von Entscheidungen der Marktregulierung für eine Anwendung in Betracht kommen.

Die Idee des Negativattests entstammt dem Umwelt- und Bauplanungsrecht, ist aber auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich auch auf andere Bereiche des Verwaltungsrechts übertragbar. Negativatteste sind in der Regel antragsbedürftige Verwaltungsakte und stellen mit Bindungswirkung fest, dass eine Genehmigung oder eine Erlaubnis nicht benötigt wird. Eine gesetzliche Ermächtigung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht erforderlich.

Von der *DT AG* wurden folgende potentielle Anwendungsbereiche genannt:

- Teilfragen des Marktregulierungsverfahrens (z.B. das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht)
- unter der Geltung einer bestehenden Regulierungsverfügung: Feststellung, dass ein bestimmtes Geschäfts- oder Entgeltmodell nicht dem Missbrauchsverbot nach den §§ 28, 42 TKG unterfällt

- **Teilfragen des Marktregulierungsverfahrens (z.B. das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht)**

Das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht lässt sich nach Auffassung der Bundesnetzagentur nicht als Teilfrage des Marktregulierungsverfahrens bezeichnen, weil die Fragestellung im Rahmen einer Marktanalyse nicht losgelöst von der Marktdefinition betrachtet werden kann. Die Prüfung, ob auf einem Markt wirksamer Wettbewerb herrscht erfordert zunächst eine exakte Marktabgrenzung und Bestimmung des sachlich und räumlich relevanten Marktes. Aus diesem Grund sieht die Bundesnetzagentur hier keinen praktikablen Anwendungsbereich für ein Negativattest. Sollte darin festgestellt werden, dass ein Antragsteller auf einem bestimmten Markt über keine beträchtliche Marktmacht verfügt, ergibt sich dies entweder bereits aus der vorliegenden Marktanalyse des entsprechenden Marktes oder die Antwort erfordert eine neue Marktanalyse. Ein Negativattest könnte in beiden Fällen nicht weiterhelfen.

- **Feststellung, dass ein bestimmtes Geschäfts- oder Entgeltmodell nicht dem Missbrauchsverbot nach den §§ 28, 42 TKG unterfällt**

Ein Negativattest über die Frage, ob ein bestimmtes Geschäfts- oder Entgeltmodell dem Missbrauchsverbot nach den §§ 28 oder 42 TKG unterfällt, weist gewisse Parallelen zu den Kenntnispflichtungen in § 38 Abs. 1 Satz 1 und 2 TKG sowie § 39 Abs. 3 Satz 2 und 3 TKG auf. Die im Rahmen des Kenntnispflichtverfahrens durchzuführende Offenkundigkeitsprüfung kann gegebenenfalls zu einer Untersagung eines angezeigten Tarifs führen.

Aus der Vergleichbarkeit mit den genannten Kenntnispflichtungen folgt allerdings auch ein wesentliches Hindernis für ein Negativattest in diesem Bereich. Sowohl die Offenkundigkeitsprüfung als auch eine vergleichbare Prüfung im Rahmen eines Antrags auf Erteilung eines Negativattests können hinsichtlich etwaiger Missbrauchstatbestände lediglich eine Momentaufnahme abbilden.

So verhindert etwa eine unterbliebene Untersagung im Rahmen der Zweiwochenfrist nicht die Einleitung eines späteren Missbrauchsverfahrens. Dies muss angesichts der dynamischen Wettbewerbsverhältnisse auch für ein Negativattest gelten. Wenn einem solchen Negativattest jedoch Bindungswirkung zukommt, könnte die Bundesnetzagentur kein Missbrauchsverfahren mehr eröffnen und käme somit in eine Situation, die der gesetzlichen Intention hier eindeutig entgegenstünde. Ohne Bindungswirkung ist das Negativattest hingegen wertlos. Aus diesem Grund sieht die Bundesnetzagentur vorliegend keine Möglichkeit, entsprechende Negativatteste zu erteilen.

Die von der *DT AG* vorgeschlagene Teil-Regulierungsverfügung bezieht sich auf § 13 TKG und wird rechtstheoretisch von der Teilgenehmigung abgeleitet. Die Teilgenehmigung ist ein

Endbescheid (in Abgrenzung zum nachfolgend behandelten Vorbescheid), der beschränkt auf einen Teil des gesamten Verwaltungsverfahrens eine abschließende Entscheidung trifft.

Die Bundesnetzagentur versteht diesen Vorschlag dahingehend, dass einzelne Teil- oder Submärkte einer Marktanalyse in mehreren Teil-Regulierungsverfügungen behandelt werden sollen und nicht, dass innerhalb der insgesamt möglichen Regulierungsmaßnahmen differenziert wird, also beispielsweise zunächst über Zugangsverpflichtungen und nachgelagert über Entgeltregulierungsmaßnahmen entschieden wird.

Während der letztgenannte Vorschlag aus den oben genannten Gründen, dass die Regulierungsmaßnahmen dem festgestellten Marktversagen entsprechen und daher abschließend behandelt werden müssen, als nicht zulässig erscheint, hat die Bundesnetzagentur auf Teilmärkte bezogene Teil-Regulierungsverfügungen in der Vergangenheit bereits erlassen. So wurde etwa der ehemalige Markt Nr. 12 (Bitstromzugang), bei dem zwei Teilmärkte abgegrenzt wurden, in zwei separaten und zeitlich getrennt voneinander verhandelten Regulierungsverfügungen behandelt.

Die Bundesnetzagentur behält sich derartige Vorgehensweisen auch zukünftig vor, sofern sich Teilbereiche im Rahmen des Verfahrens zum Erlass einer Regulierungsverfügung sinnvoll abtrennen lassen und das Vorgehen zu einem effizienteren Verwaltungshandeln führt. Allerdings handelt es sich bei *NGA* nach derzeitiger Betrachtungsweise nicht wie von der *DT AG* vorgetragen um einen „(unselbständigen) Teilmarkt“.

Die Teil-Regulierungsverfügung ist somit ein grundsätzlich zulässiges Mittel, das von der Bundesnetzagentur auch bereits angewendet wurde.

Schließlich ist der von der *DT AG* so genannte TK-Vorbescheid zu prüfen. Ein Vorbescheid ist im allgemeinen Verwaltungsrecht eine abschließende, verbindliche Regelung, die als Verwaltungsakt einen Teil des zur Genehmigung gestellten Antrags oder nur einzelne Genehmigungsvoraussetzungen betrifft. Voraussetzung ist somit die Teilbarkeit des Verfahrensgegenstands. Vorbescheide sind grundsätzlich auch ohne gesetzliche Regelung zulässig, da die Gestaltung des Verfahrens einschließlich einer abschnittsweisen Aufgliederung im Regelfall im Ermessen der Behörde liegt.

Der *DT AG* ist insoweit zuzustimmen, dass ein TK-Vorbescheid als Bestandteil einer Genehmigung nur im Zusammenhang mit einer Entgeltgenehmigung zur Anwendung kommen könnte. Als Beispiel nennt die *DT AG*

- die verbindliche Feststellung über das Vorliegen einzelner Genehmigungsvoraussetzungen (etwa die Wahrung der Anforderungen des § 31 Abs. 4 TKG über die zulässige Eigenkapitalverzinsung),
- die Vereinbarkeit eines geplanten Entgelts mit dem Maßstab des § 31 Abs. 1 TKG.

- **Feststellung über das Vorliegen einzelner Genehmigungsvoraussetzungen (§ 31 Abs. 4 TKG, zulässige Eigenkapitalverzinsung)**

Das TKG enthält keine Vorschriften, die ausdrücklich zum Erlass von Vorbescheiden ermächtigen. Wenngleich dies aus verwaltungsverfahrensrechtlicher Sicht auch nicht erforderlich ist, so ist doch zu konstatieren, dass es angesichts der sehr detaillierten Verfahrensvorschriften für Verfahren der Entgeltgenehmigung (§§ 31ff. TKG) sowie für Beschlusskammerverfahren allgemein (§§ 132ff. TKG) schwer fällt, sich ein quasi vor die Klammer gezogenes Vorverfahren vorzustellen. Ein solches Vorverfahren zur abschließenden Behandlung einer Teilfrage müsste selbstverständlich die gleichen Verfahrensschritte durchlaufen wie ein späteres Hauptsacheverfahren. Dies würde in der Konsequenz zu zwei zeitlich auseinander liegenden Beschlusskammerverfahren führen. Beide Entscheidungen unterlägen zudem als (Teil-)Verwaltungsakt der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung. Dies könnte dazu führen, dass bei der Behandlung der „Hauptsache“ die vorab geklärte Teilfrage zwar entschieden ist,

aber die verwaltungsgerichtliche Überprüfung noch aussteht. Hiergegen könnte eingewendet werden, dass sich die Bundesnetzagentur sowie die Verfahrensbeteiligten dieser Situation aufgrund zahlreicher anhängiger Gerichtsverfahren auch heute schon ausgesetzt sehen. Bedenkt man jedoch die Intention des Vorschlags (ein höheres Maß an Planungs- und Rechtssicherheit), so scheint dieses Ziel mit dem vorgeschlagenen Mittel nicht zu erreichen.

Die Bundesnetzagentur hält das von der *DT AG* genannte Beispiel daher für nicht zweckmäßig. Ferner erscheint es auch aus verfahrensökonomischen Gründen als wenig effizient, zwei Teilverfahren mit allen formalen Erfordernissen (Beiladungen, mündliche Verhandlung etc.) zeitlich nacheinander durchzuführen.

Abgesehen davon ist gerade für das genannte Beispiel der Eigenkapitalverzinsung anzumerken, dass hier die regulatorische Praxis bereits für Planungssicherheit sorgt, indem turnusmäßig etwa alle zwei Jahre im Rahmen der Entgeltgenehmigung für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung über die Höhe der Eigenkapitalverzinsung entschieden wird und diese Entscheidung in den darauf folgenden Entgeltgenehmigungen für andere Zugangsleistungen zugrunde gelegt wird. Dadurch wird das von der *DT AG* genannte Ziel ohne zusätzliche Verfahren und somit auf effizientere Weise erreicht.

#### - **Vereinbarkeit eines geplanten Entgelts mit dem Maßstab des § 31 Abs. 1 TKG**

Bei diesem Vorschlag sieht die Bundesnetzagentur neben den gleichsam geltenden, bereits dargelegten Zweckmäßigkeitserwägungen bereits die Voraussetzung der Teilbarkeit als nicht gegeben. Wenn vorab über die Vereinbarkeit eines Entgelts mit den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (§ 31 Abs. 1 TKG) entschieden werden sollte, wird damit die Hauptsacheentscheidung weitgehend vorweggenommen. Dies ist insbesondere deshalb der Fall, weil die Folgevorschriften des § 31 Abs. 2 und 3 TKG auf Absatz 1 aufsetzen und diese konkretisieren. Eine solche Vorabentscheidung könnte sich damit nicht allein auf § 31 Abs. 1 TKG beziehen. Aus diesem Grund sieht die Bundesnetzagentur hier die Voraussetzung der Teilbarkeit als nicht gegeben.

#### **c) Zusammenfassung**

Aus formellen Gesichtspunkten ist es grundsätzlich denkbar, zumindest norminterpretierende oder ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften zu erlassen. Die Bundesnetzagentur hält dies jedoch aus heutiger Sicht für nicht zweckmäßig, weil die Verfahren der Marktregulierung in der Regel zu einzelfallbezogen sind und somit nicht dem üblichen Anwendungsbereich von Verwaltungsvorschriften (vereinheitlichte Behandlung von Massenverfahren) entsprechen. Aus Sicht der Bundesnetzagentur ist es daher zielführender, die Entscheidungspraxis auch weiterhin durch Veröffentlichungen wie Eckpunkte, Hinweise oder Auslegungsgrundsätze zu begleiten, die in einem engen Dialog mit dem Markt erarbeitet werden.

Bei Vorabfestlegungen ist zu differenzieren. Die Bundesnetzagentur sieht vorliegend keine Möglichkeit, Negativatteste, wie von der *DT AG* vorgeschlagen, zu erteilen, weil entweder die Möglichkeit der Abtrennbarkeit der Frage nicht möglich ist (Beispiel beträchtliche Marktmacht), oder die erforderliche Bindungswirkung nicht gesetzeskonform eingeräumt werden könnte (Feststellung, dass Entgelte nicht missbräuchlich sind).

Teil-Regulierungsverfügungen wurden von der Bundesnetzagentur bereits erlassen und sind auch zukünftig ein grundsätzlich geeignetes Mittel, durch Abschichtung zu effizienten Verfahrensabläufen und dadurch zu einer verbesserten Planungssicherheit beizutragen.

Bei TK-Vorbescheiden sieht die Bundesnetzagentur die grundsätzlichen verwahrungsverfahrensrechtlichen Möglichkeiten durch die Gegebenheiten des Telekommunikationsrechts eingeschränkt. Eine Duplizierung von Verfahren, die hier aufgrund der Anforderungen des TKG unumgänglich wäre, erscheint als nicht zweckmäßig und wenig geeignet, für mehr Rechts- und Planungssicherheit beizutragen. Ferner stellt sich, wie dargelegt, häufig das Problem der Teilbarkeit.