

Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR)
bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation,
Post und Eisenbahnen

Juli 2009

**Stellungnahme des WAR zum Konsultationsentwurf der BNetzA
„Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung
moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitband-
infrastruktur
vom 13.05.2009“**

1. Die Bundesnetzagentur hat sehr rasch nach Verabschiedung der Breitbandstrategie der Bundesregierung eine überaus wichtige ihr darin gestellte Aufgabe in Angriff genommen, nämlich die Ausschöpfung der regulatorischen Rahmenbedingungen im Sinne einer Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und der Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur. Sie legt mit dem Eckpunktepapier zur Breitbandstrategie der Bundesregierung die ihr im Rahmen der bestehenden Gesetzgebung verfügbaren Handlungsspielräume sowie die Leitlinien zu deren Nutzung vor.

I. Rolle der BNetzA innerhalb der Breitbandstrategie der Bundesregierung

2. Vor dem Hintergrund der kaum zu überschätzenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedeutung eines flächendeckenden Ausbaus mit hochleistungsfähiger Breitbandinfrastruktur kann und soll die BNetzA im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgaben und Zuständigkeiten nach besten Kräften zum Erfolg der Breitbandstrategie der Bundesregierung beitragen.

- Ein Schwerpunkt der „Eckpunkte“ muss daher die wesentlichen, von der BNetzA adressierbaren Aspekte einer „wachstums- und innovationsorientierten Regulierung“ verdeutlichen, insbesondere im Kontext der Zugangs- und Entgeltregulierung, aber auch im Hinblick auf die Kooperation mit anderen staatlichen Institutionen.
- Darüber hinaus ist die Klarstellung von zielführenden Aktivitäten innerhalb weiterer „Säulen“ der Strategie erforderlich, besonders bei der Frequenzpolitik, der Mitnutzung bestehender Infrastrukturen und der Unterstützung der Förderung des Infrastrukturausbaus.

II. Weiterentwicklung des Regulierungsrahmens

3. Das TKG enthält weit überwiegend hinreichende Grundlagen für eine angemessene Umsetzung der Aufgaben, welche der BNetzA durch die Breitbandstrategie zugewiesen wurden. Eine gesetzliche **Änderung oder Ergänzung der Regulierungsinstrumente** ist deshalb **allenfalls im Bereich der Verbesserung von Informationsgrundlagen für Politik, Regulierung und Unternehmen** in Betracht zu ziehen. Generell bedarf es einer größeren Transparenz für alle Beteiligten für eine bessere Verwirklichung der Ziele der Strategie, etwa durch informatorische Unterstützung von Kommunen, insbesondere auch in „weißen“ und „grauen“ Flecken der Breit-

bandversorgung. Wichtig ist es, in diesem Zusammenhang den freien Netzzugang für alle zu gewährleisten („open access“).

4. Das Desideratum der Planungssicherheit auf Seiten der Infrastrukturinvestoren im Bereich von Breitband erfordert nicht automatisch eine Verlängerung der **Regulierungsperioden**, wie hier und da gefordert wird. Regulierung darf nämlich – auch im Interesse von Investoren – sich nicht vorhersehbaren Anpassungsnotwendigkeiten gegenüber nicht verschließen. Auch Investoren halten nicht stets an ihren ursprünglichen Businessplänen fest, wenn sich wesentliche Rahmendaten ihrer Erstellung im Laufe der Zeit verändert haben, sondern passen diese an die neuen Gegebenheiten an. Die laut Eckpunktepapier angestrebte Verlängerung relevanter Regulierungsperioden von zwei auf drei Jahre erscheint in dem Zusammenhang für einige Märkte als ein akzeptabler Kompromiss.

5. Regulierung allein kann „weiße Flecken“, d.h. Gebiete ohne Breitbandversorgung, nicht schließen, wohl aber dafür sorgen, dass die Innovations- und Wettbewerbskräfte bestmöglich für die Breitbandausbreitung eingesetzt werden. Ein Übergang zur **Regionalisierung** der zu regulierenden Märkte stellt zumindest **keine sofortige Alternative** bzw. Abhilfemaßnahme dar, auch weil damit kurzfristig nur schwer handhabbare Effekte für die Konsistenz der Regulierung, für die Erschwinglichkeit von Breitbandzugängen in unterschiedlichen Regionen sowie für die flächendeckende Versorgung einhergehen können. Allerdings wird sich die Regulierung mittelfristig darauf einstellen müssen, dass insbesondere mit der Einführung von hochleistungsfähigen Breitbandzugängen (Next Generation Network / Next Generation Network Access - NGN/NGA) die regionalen Wettbewerbsbedingungen erheblich auseinanderdriften dürften.

6. Die **Einbeziehung** auch **des Mobilfunks** in die Eckpunkte der BNetzA ist in der Übergangs- und Ausbreitungsphase des flächendeckenden Breitbandausbaus von erheblicher Bedeutung im Sinn einer Erstversorgung bestimmter, bislang nicht abgedeckter Gebiete. 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. In die Kompetenz der BNetzA fällt die Frequenzvergabe und damit auch die Festlegung der Modalitäten der Nutzung, etwa in Form von flächendeckenden Versorgungsaufgaben; auch hier erwächst die Notwendigkeit einer Koordination mit dem 3-Gebiete-Modell (weiß/grau/schwarz) des EU-

Beihilfenrechts einschließlich geeigneter prozeduraler Regeln. Die für diesen Sektor bereits bewährten Regeln der BNetzA für ein Infrastruktur-Sharing könnten verallgemeinert bzw. weiterentwickelt werden.

7. **Kooperationsmodelle** (z.B. regionale Absprachen, von Wettbewerbern gemeinsam betriebene Netze) werfen primär kartellrechtliche Fragen auf. Vordringlich ist eine präzise Zuständigkeitsabgrenzung zu und Zusammenarbeit mit den Kartellbehörden (vor allem dem Bundeskartellamt und der Europäischen Kommission). Dies ist insbesondere erforderlich im Hinblick auf TK-spezifische „Nebenbestimmungen“ zu kartellbehördlichen Entscheidungen (auch bei Unternehmenszusammenschlüssen) oder von diesen Stellen vertraglich auferlegten Verpflichtungen (als Gegenleistung für die Erteilung von Erlaubnissen). **Risikoteilungsmodelle** (z.B. Joint Ventures, Beteiligung von Kunden am Investitionsrisiko durch Investitionszuschüsse, Abnahmeverpflichtungen oder Mengenrabatte) sind dann förderlich, wenn die entsprechenden Konditionen von vornherein transparent festgelegt und bekannt gemacht werden und keine unzulässige Diskriminierung oder Ausschließung Dritter nach sich ziehen; dabei ist davon auszugehen, dass ein Betreiber/Anbieter, der von vornherein Risiko mitträgt, 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 entstehen, darf die Preisdifferenzierung der Vorleistungsentgelte jedoch nicht über das Wertäquivalent des übernommenen Risikos hinausgehen.

8. Bereits das geltende TKG weist „freiwilligen“ **Zugangsverpflichtungen** im Rahmen von § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TKG **Vorrang** vor behördlichen Anordnungen (gegenüber Unternehmen mit erheblicher Marktmacht) zu; darüber hinaus kann die BNetzA die vorhandenen Instrumente des § 21 TKG insgesamt auf eine Weise kombinieren, die den Zielen der Breitbandstrategie und dabei vor allem dem Anspruch auf offenen Zugang bestmöglich Rechnung trägt.

III. Risiko und Preissetzung bei hochleistungsfähigen Breitbandzugängen

9. Es wird eine herausfordernde Aufgabe für die BNetzA werden, bei ihrer wettbewerbsorientierten Regulierung das Risiko von Investitionen in hochleistungsfähige (vor allem Glasfaser) Breitbandzugangsnetze (NGA) richtig einzuschätzen. Wird das Risiko unterschätzt, wird es zu wenig Investitionen in Glasfasernetze geben. Wird das Risiko überschätzt, wird es hingegen zu

wenig Wettbewerb geben. Die Bundesnetzagentur muss sich dieser Frage zuvorderst bei der Festlegung der für NGA relevanten Vorleistungspreise stellen und mit ihrer Entscheidung frühzeitig sicherstellen, dass hinsichtlich der Zugangsbedingungen für alle Interessenten Transparenz und Stabilität besteht. Die adäquate Berücksichtigung des **NGA-spezifischen Risikos** sollte bei der Festlegung des **Zinssatzes** erfolgen, mit dem die Kapitalkosten der für Glasfasernetze zu tätigen Investitionen, und nur mit diesen, bestimmt werden.

10. Bereits die Bestimmung der heutigen Vorleistungspreise berücksichtigt das Investitionsrisiko im jeweils von der BNetzA festgelegten Zinssatz. Diese Risikokomponente ist aus dem allgemeinen Unternehmensrisiko des regulierten marktbeherrschenden Unternehmens abgeleitet. In der Sache geht es darum zu prüfen, ob es ein quantifizierbares **projektspezifisches Risiko von Investitionen in NGA** gibt, das höher ist als das bereits abgebildete allgemeine Unternehmensrisiko des regulierten Unternehmens. Erst dann, wenn dies der Fall ist, sind besondere Risikozuschläge oder Risikoprämien für NGA-Investitionen gerechtfertigt und geboten, die über die Berücksichtigung des allgemeinen Unternehmensrisikos hinausgehen.

11. Es sind im Kern zwei Aspekte, die heute für NGA-Investitionen höhere Risiken beinhalten können als für das bestehende Netz:

- Einerseits: NGA-Netze benötigen für ihren wirtschaftlichen Betrieb große Kundenzahlen bzw. eine hohe Ausschöpfung des Kundenpotentials in jeder Region, in der diese Netze ausgerollt werden. Insofern besteht ein besonderes **Risiko, dass die erforderlichen Penetrationsraten für diese Netze auch erreicht werden**. Dieses Risiko besteht für die bestehenden Netze nicht mehr. NGA-Netze sind wesentlich leistungstärker als das bestehende Kupfernetz. Sie werden eine wesentlich bessere Qualität für heutige Dienste ermöglichen und eine exzellente Plattform für neue Dienste bieten.
- Andererseits: Weniger sicher ist aus heutiger Sicht, ob NGA-Nutzer für die bessere Qualität und die neuen Dienste auch eine höhere **Zahlungsbereitschaft** als für heutige Dienste zeigen werden. Wenn der Netz-Rollout für NGA in bestimmten Regionen nicht nur als Ersatzinvestition, sondern zudem in der Erwartung stattfindet, dass höhere Umsatzerlöse erzielbar sind, dann erfolgt der Netzausbau unter dem besonderen Risiko, dass diese Erwartung auch eintrifft.

12. Aus Sicht des WAR ist bezüglich der Risikofrage folgendes festzustellen:

- NGA-Investitionen sind nicht per se risikoreicher als andere Investitionen im gewerblichen Bereich, nur weil sie einen besonderen Umfang und eine bestimmte Investitionshöhe einnehmen.
- Auch hängt das projektspezifische NGA-Risiko von der gewählten **Netzarchitektur** ab. Investitionen in Leerrohre sind etwa mit nahezu keinen (zusätzlichen) Risiken verbunden. Das Risiko von Investitionen in VDSL sollte wesentlich geringer sein als das Risiko von Investitionen in FTTH.
- Auch der gewählte **Geschäftsansatz** hat Einfluss auf das Risiko: Die Migration einer (großen) Kundenbasis auf ein NGA-Netz weist geringere Risiken auf als die Etablierung von NGA durch neue Anbieter mit allenfalls kleinem Kundenbestand. Das reine Wholesale-Modell weist geringere Risiken auf als das integrierte Wholesale/Retail-Geschäftsmodell. Für die Bestimmung der projektspezifischen Risiken von NGA für regulatorische Zwecke kommt es aber ausschließlich auf **das Risiko des Wholesale-Geschäfts** an.

In der konkreten Regulierungspraxis der BNetzA wird darauf zu achten sein, diese Abwägung in jedem Einzelfall vorzunehmen und nicht die Gefahr von Fehlentscheidungen durch pauschale Festlegungen zu erhöhen.

13. Der WAR hält die Abbildung des projektspezifischen Risikos von NGA im regulatorisch festgelegten Zins zur Bestimmung der Kapitalkosten nach wie vor für den richtigen Ansatz der Risikoteilung zwischen Investor und Vorleistungsnachfrager. Darüber hinausgehender „Risikozuschläge“ bedarf es nicht, wenn die Risikokomponente im Zins projektspezifisch adäquat bestimmt wird. Andernfalls würden Zugangsprodukte ungerechtfertigt überteuert, die Kosten des Wettbewerbs würden steigen, die Investitionsbereitschaft auf Seiten der Wettbewerber und der Wettbewerb insgesamt würden geschwächt.

14. Grundsätzlich gibt es im Rahmen des § 31 TKG schon heute ausreichende Möglichkeiten einer **angemessenen Berücksichtigung spezifischer Investitionsrisiken innerhalb der geltenden ex ante-Entgeltregulierung**. Die Aufbringung von Investitionsmitteln mit Hilfe eines ansonsten ungerechtfertigt hoch angesetzten Kapitalkostensatzes und die Durchsetzung sich daraus ergebender überhöhter Vorleistungspreise sind nicht Aufgabe der Regulierung bzw. der BNetzA.

Sofern seitens der Politik die Generierung von zusätzlichen Investitionsmitteln für Breitbandinfrastruktur etwa für schlecht oder unversorgte ländliche Gebiet angestrebt wird, muss der Gesetzgeber andere Quellen prüfen, z.B. Anliegerabgaben, Bauauflagen, „Breitbandsolidarzuschläge“, Sonderprogramme, Universaldienstverpflichtungen, o.ä., wobei – je nach verfolgtem Ansatz – die beihilfenrechtliche Zulässigkeit im Blick zu behalten ist.

IV. Weitere Maßnahmen der BNetzA

15. Um den Netzausbau möglichst effizient und **transparent** zu gestalten, ist ein **Infrastrukturatlas** von großem Nutzen. Es ist daher zu begrüßen, dass sich die BNetzA um eine Bestandsaufnahme der vorhandenen Netze und Ausbauplanungen bemüht. Der Erfolg dieses Vorhabens hängt jedoch maßgeblich davon ab, ob Unternehmen und Gemeinden freiwillig die hierfür erforderlichen Informationen bereitstellen. Sollte dies nicht der Fall sein, ist unverzüglich eine ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zu schaffen. Zudem müssen die zur Realisierung des Projektes erforderlichen technischen und finanziellen Mittel verfügbar gemacht werden.

16. Informationen über mitbenutzbare Infrastrukturelemente sind allerdings nicht die einzigen und vermutlich auch nicht die relevantesten Daten, um Investitionsentscheidungen für bisher nicht versorgte Gebiete zu treffen. Potenzielle Investoren sind auch an Angaben über die bereits geschalteten Anschlüsse, die Anzahl noch nicht versorgter Haushalte und die zu erwartende Nachfrage interessiert. Dabei können Daten über Bevölkerungsdichte, Einkommen, PC-Ausstattung u.a. hilfreich sein, wie sie in den USA in Zukunft die FCC zur Verfügung stellen soll. **Bestrebungen zu einer abgestimmten integrierten Breitbandberichterstattung** könnten von der BNetzA dadurch gefördert werden, dass diese, wenn sie nun einen Infrastrukturatlas auf einem aufwendigen Geo-Informationssystem aufbaut, das System technisch so anlegt, dass weitere sogenannte Layer mit Daten zu Anschlusszahlen oder sozioökonomischen Daten auf dieselben räumlichen Einheiten bezogen werden können. Auf diese Weise könnten nachhaltige Voraussetzungen für eine bundesweite Überwindung der oftmals beklagten Informationsdefizite z.B. hinsichtlich Anschluss- und Verfügbarkeitszahlen unterhalb der Gemeindeebene verwirklicht werden.

17. Die Aufgaben der Bundesnetzagentur überschneiden sich in vielfältiger Weise mit den nicht direkt regulierungsbezogenen Handlungsfeldern der Breitbandstrategie der Bundesregierung (etwa: Vorantreiben der Nutzung von Synergien beim Infrastrukturausbau, unterstützende Frequenzpolitik, finanzielle Förderung, auch von Telekommunikationsdiensten bei öffentlichen Einrichtungen, § 2 Abs. 2 Nr. 6 TKG). Überall dort, wo es auf absehbare Zeit unüberwindliche Wirtschaftlichkeitslücken für einen kommerziellen Netzaufbau gibt, sind **staatliche Fördermaßnahmen** geboten, um das öffentliche Gut „Elektronische Zugangsmöglichkeit zu Informations- und Kommunikationsressourcen“ auf gewünschtem Niveau bereitzustellen. Dafür können z.B. verschiedene Formen einer Public Private Partnership in Betracht kommen. Es ist davon auszugehen, dass hiervon in den nächsten Jahren eine große Zahl von Landkreisen, Gemeinden oder Subregionen betroffen sein werden. Eine solche Förderung unterliegt allerdings einer strikten **Beihilfenkontrolle** durch die Europäische Kommission. Sowohl die Beihilfenkontrolle als auch die anderen staatlichen Maßnahmen zum Aufbau von Breitbandnetzen sind in vielfältiger Weise mit der nationalen Regulierung (durch die BNetzA) **abzustimmen**; wichtig ist auch eine Operationalisierung der Zusammenarbeit durch geeignete Verfahrensregeln.

Handlungsbedarf gibt es insbesondere in den folgenden Bereichen:

- a. Die Kommission unterscheidet in ihrer Beihilfenempfehlung weiße, graue und schwarze Gebiete, je nachdem ob dort kein, ein oder mehrere Breitbandnetze verfügbar sind. Die beihilfenrechtlichen Anforderungen für eine finanzielle Förderung durch Länder und Kommunen sind am strengsten in den schwarzen Gebieten und am geringsten in den weißen Gebieten. Derzeit wird die Gebietseinstufung von den zukünftigen Ausbauplanungen der TK-Unternehmen abhängig gemacht. Zeigt ein Unternehmen eine Investition an, „ergraut“ ein weißes Gebiet. Eine gleichgelagerte Auskunft von einem Wettbewerber „schwärzt“ das Gebiet. Später können die Unternehmen aber von den Planungen abweichen, ohne Sanktionen befürchten zu müssen. Um die staatliche Förderung nicht von einem strategischen Verhalten der Unternehmen abhängig zu machen, könnte die **Gebietseinstufung** von der BNetzA vorgenommen bzw. von ihrer Zustimmung abhängig gemacht werden. Hierzu sollte die BNetzA ein geeignetes datengestütztes Beurteilungsverfahren entwickeln.
- b. Die staatliche Förderung setzt regelmäßig voraus, dass die lokalen Marktbedingungen detailliert untersucht werden. Eine derartige **Analyse** überfordert die Kommunen zumeist

erheblich. Häufig sind Informationen z.B. über Trassenverläufe, Speicherzähler der DT AG sowie über die Kosten symmetrischer Anschlüsse für Gewerbekunden nicht verfügbar. Hier kann die BNetzA wichtige Hilfestellungen bieten. Sie ist daher mit den notwendigen Ermächtigungsgrundlagen auszustatten, um die geforderten Daten erheben und weitergeben zu können. Auch Kommunen sollten eigene **Auskunftsrechte** gegen Netzbetreiber erhalten, damit sie über die Voraussetzungen verfügen, um selbst oder gemeinsam mit interessierten Unternehmen Maßnahmen des Netzausbaus voranzutreiben. Diese Informationen sind Wettbewerbern zugänglich zu machen.

- c. Die Europäische Kommission stuft die Förderung des Ausbaus und die Anordnung der Öffnung von **Leerrohren** durch die nationalen Regulierungsbehörden nicht als Beihilfen i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EG ein und nimmt sie damit von der Beihilfenkontrolle aus. Die BNetzA sollte daher deutlich machen, ob sie § 70 TKG als hinreichende Ermächtigungsgrundlage ansieht, um eine Mitbenutzung von Leerrohren anzuordnen. Ggf. ist im TKG klar zu stellen, dass eine solche symmetrische, unabhängig von beträchtlicher Marktmacht bestehende Regulierungsverpflichtung zulässig ist.
- d. Als „Preis“ für eine staatliche Förderung wird häufig eine **Open-Access-Verpflichtung** seitens der Netzausbauer und -betreiber eingefordert. Eine solche Maßnahme kann auch als „Auflage“ oder als vertragliche (Gegen-)Leistung im Rahmen eines beihilfen- oder kartellrechtlichen Verfahrens angeordnet werden. Sie sollte in enger **Kooperation** mit der BNetzA erfolgen (§ 123 Abs. 1 TKG). Die BNetzA verfügt auch über hinreichende Erfahrungen, um die Einhaltung einer Open-Access-Verpflichtung zu überwachen, und könnte daher mit einer solchen Aufgabe betraut werden.

18. Neben der Förderung von Infrastrukturinvestitionen ist auch eine gezielte Förderung der Nachfrage von öffentlichen Einrichtungen im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 6 TKG angezeigt, wie sie in den USA gerade im Broadband Technology Opportunities Act in Höhe von 200 Mio. US-\$ beschlossen worden ist, um insbesondere auch Schulen, Bibliotheken, Gemeindezentren, Jugendheime und ähnliche Einrichtungen beim Anschluss an Breitbandnetze sowie der Schaffung und Erneuerung interner Zugangseinrichtungen zu unterstützen. Auf diese Weise könnten etwa die nötigen Weiterentwicklungsimpulse für Programme wie „Schulen ans Netz“ und „Jugend ans Netz“ gegeben werden. Ziel ist, die in Teilen der Bevölkerung und der Erwerbstätigen noch

bestehende Zurückhaltung gegenüber der Internet-Nutzung zu überwinden; eine „digitale Ungleichheit“ wäre ökonomisch und gesellschaftlich eine gravierende Fehlentwicklung.

V. Europäischer und internationaler Kontext der Regulierung

19. Sämtliche Aktivitäten der BNetzA, der Bundesregierung, wie der gesetzgebenden Instanzen (Bundestag, Bundesrat) müssen dem noch geltenden wie dem künftigen EG-rechtlichen Rahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste Rechnung tragen, zumal die Novellierung auf EG-Ebene inhaltlich im Wesentlichen abgeschlossen erscheint. Eine wichtige, ebenfalls nur auf europäischer Ebene zu leistende Aufgabe ist die bestmögliche Abstimmung zwischen (TK-)Infrastruktur- und Beihilfenrecht, um materielle wie prozedurale Konflikte weitestgehend zu vermeiden oder zu verringern.

*Arnold Picot (Vorsitzender), Juergen B. Donges (stellv. Vorsitzender),
Wolfgang Ballwieser, Charles B. Blankart, Torsten J. Gerpott,
Ludwig Gramlich, Hans-Jürgen Haubrich, Bernd Holznagel,
Herbert Kubicek, Karl-Heinz Neumann, Franz Jürgen Säcker,
Wolfgang Ströbele, Peter Vary*