



INITIATIVE
EUROPÄISCHER
NETZBETREIBER

IEN · Dorotheenstrasse 54 · 10117 Berlin

An die
Monopolkommission
Heilbachstr. 15

53123 Bonn

Per Email an: info@monopolkommission.bund.de

Anhörung zur Vorbereitung des Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 121 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz zur Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten 2009

Berlin, den

11.09.2009

Sehr geehrte Herr Prof. Dr. Haucap,
sehr geehrte Damen und Herren,

die Monopolkommission hat anlässlich der Erstellung des Sondergutachtens gemäß § 121 Abs. 2 TKG zur Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten 2009 am 15. Mai 2009 eine Anhörung mit den Marktteilnehmern und Verbänden abgehalten. Neben einer mündlichen Stellungnahme vor Ort wurde den Teilnehmern die Möglichkeit eingeräumt, bis zum Ende der Sommerpause auch eine schriftliche Stellungnahme einzureichen. Die IEN bedankt sich nochmals für die Einladung und möchte nachfolgend die Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gerne wahrnehmen. Dabei hält sich die IEN im Aufbau an den Fragenkatalog der Monopolkommission, welchen diese im Vorfeld zur Anhörung versandt hat.

MITGLIEDER

Airdata
BT
Cable & Wireless
COLT
Orange Business
Verizon Business

SITZ UND BÜRO

Dorotheenstrasse 54
10117 Berlin

GESCHÄFTSFÜHRUNG

RAin Malini Nanda

VORSTAND

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

KONTAKTE

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

I. Allgemeine Anmerkungen

Die aktuelle Wettbewerbssituation auf den Telekommunikationsmärkten ist aus Sicht der IEN als recht uneinheitlich zu bewerten. Während es sich zunehmend abzeichnet, dass insbesondere bei Mobilfunk- und Festnetzanschlüssen im Privatkundensektor ein zunehmender Wettbewerb herrscht, bestehen in anderen Bereichen immer noch Marktzutrittsbarrieren, die alternativen Wettbewerbern einen Marktzugang mit neuen, innovativen Produkten nahezu unmöglich machen. Dies gilt insbesondere auf den Märkten für Vorleistungsprodukte und Telekommunikationsdienstleistungen für Unternehmenskunden.

Auch über zehn Jahre nach der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes gibt es angesichts der noch immer bestehenden umfänglichen Marktzutrittsschranken im Bereich der Vorleistungsprodukte weiterhin einen Bedarf nach flexiblerer und effektiverer Regulierung. Der Umstand, dass im Privatkundenbereich größtenteils eine Stabilisierung des Wettbewerbs erfolgt ist, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Deutsche Telekom AG (DTAG) in anderen Bereichen noch immer ein strukturell oder rechtlich bedingtes Monopol innehat.

Vor diesem Hintergrund sind der deutsche und der europäische Gesetzgeber nach wie vor gefragt die rechtlichen Voraussetzungen zu schaffen, um eine wirksame Zugangsregulierung im Bereich der Vorleistungsprodukte zu ermöglichen und somit den unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen zu begegnen.

Die IEN beobachtet derzeit mit Sorge, dass sich in der aktuellen politischen Diskussion um die Zukunft der Breitbandinfrastruktur und in dem Zusammenhang mit der sektorspezifischen Regulierung viele Fragestellungen vermischen. Dies gilt einerseits für eine Vielzahl neuer Begrifflichkeiten, wie etwa Open Access, welche nunmehr schon beinahe selbstverständlich gebraucht werden, ohne dass diese bislang eine hinreichende Konkretisierung erfahren hätten, als auch für grundsätzliche Fragen der Regulierung.

Während der Abbau von Monopolen im Bereich der Endkundenmärkte daran denken lässt, dass die sektorspezifische Regulierung überflüssig wird, stellen sich mit dem Ziel des flächendeckenden Breitbandausbaus wieder Versorgungsaufgaben, von denen die Regierung scheinbar gerne hätte, dass sie der ursprüngliche Monopolist wieder wahrnimmt. Die IEN warnt ausdrücklich davor, diese beiden Sachverhalte zu vermengen, wie es zum Teil in den von der IEN kommentierten Entwürfen der BNetzA und der EU-Kommission zum Ausbau der NGA geschehen ist. In diesen Papieren wird eine Deregulierungsstrategie verfolgt, die neue Privilegien für Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung erlaubt. Unter dem Eindruck eines teilweise funktionierenden Wettbewerbs kann leicht der Anschein entstehen, dass das Absehen von Regulierung auch durch die Wettbewerbsentwicklung gerechtfertigt ist. Richtigerweise muss sich das Verfahren aus Marktdefinition, Marktanalyse und Abhilfemaßnahmen erst jetzt richtig bewähren. Dies erfordert von den Regulierungsbehörden insbesondere eine stringenter Anwendung des § 10 Abs. 2 TKG, um beurteilen zu können, welche Märkte längerfristig nicht zu einem wirksamen Wettbewerb tendieren.

Da die Wettbewerbssituation in den verschiedenen Märkten stark variiert, andererseits jedoch unstreitig in den letzten Jahren auf vielen Märkten erhebliche Verbesserungen eingetroffen sind, ist die IEN der Auffassung, dass weiterhin an dem durch Artikel 14 und 16 der Rahmenrechtsrichtlinie (RRL) etablierten Marktanalyseverfahren festgehalten werden sollte, um jeweils im Einzelfall zu beurteilen, ob wirksamer Wettbewerb vorliegt oder nicht. Allein dieser Ausgangspunkt ist nach Ansicht des IEN relevant für die Frage, ob Regulierungsmaßnahmen erlassen werden müssen. Der europäische Gesetzgeber ist in diesem Zusammenhang auch weiterhin gefordert, nationale Unterschiede in der Anwendung der Regulierungsverfügungen und damit verbundene Rechtsunsicherheiten für europaweit tätige Unternehmen zu beheben und damit weiterhin an der Schaffung eines level playing fields zu arbeiten.

Für Unternehmen, die auf neue innovative Technologien setzen und noch nicht im Wettbewerb etabliert sind, stellen zudem die langen Verfahrensdauern insbesondere deswegen einen Wettbewerbsnachteil dar, weil diese Unternehmen üblicherweise während des Genehmigungszeitraums noch keine Einnahmen aus anderen Dienstleistungen generieren, wie es bei Incumbents regelmäßig der Fall ist.

II. Regulierung der Telekommunikationsmärkte

1. Stand und Ergebnisse der Marktanalyseverfahren sowie der Verfahren zur Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen bzw. deren Aufhebung

Im Bereich der Marktanalyseverfahren wird seitens der IEN insbesondere auf zwei Aspekte hingewiesen.

Zunächst bemängelt die IEN, dass nach wie vor eine zu starke Fokussierung des Regulierers auf Privatkunden stattfindet. Die IEN hat bereits seit langem gefordert, dass Marktanalyseverfahren vermehrt dem Bereich der Unternehmenskunden Beachtung schenken müssen, um zu vermeiden, dass das Wettbewerbsniveau in diesem Bereich immer stärker hinter dem Wettbewerbsniveau des Privatkundensektors zurückfällt. Des Weiteren wird nach Auffassung der IEN noch zu wenig für die tatsächliche, effektive und zügige Durchsetzung der Regulierungsverfügungen auf den jeweiligen Märkten getan.

In der Vergangenheit stand der Privatkunde im Fokus der Regulierung. Ziel war es, immer günstigere DSL-Anschlüsse, Internetanschlüsse und Telefonie (z.B. CbC) zur Verfügung zu stellen, um dem Verbraucher die günstige und sichere Nutzung der Telekommunikation zu ermöglichen. In diesem Bereich wurden durch die Bundesnetzagentur auch gute Ergebnisse erzielt. Wie aus dem letzten Sondergutachten der Monopolkommission aus dem

Jahr 2007 hervorgeht, hat der Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten im Festnetzbereich zugenommen und sich weiter verfestigt. Dies zeigt, dass die konsequente Anwendung der sektorspezifischen Regulierungsverfügungen grundsätzlich ein effektives Instrument zur Förderung nachhaltigen Wettbewerbs darstellt.

Das letzte Sondergutachten der Monopolkommission kam jedoch auch zu dem Ergebnis, dass es in den vergangenen Jahren nicht gelungen sei, Erfolge dieser Art auf den Märkten für Vorleistungsprodukte zu realisieren. Eine wesentliche Verbesserung dieses Missstandes ist nach Auffassung der IEN auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht ersichtlich. Nachteile ergeben sich insoweit insbesondere für alternative Anbieter, die Unternehmenskunden bedienen, da ihre Kunden besondere und umfangreichere Produkthanforderungen stellen.

Unternehmenskunden bedürfen stabiler, leistungsfähiger Anschlüsse, die die Nutzung neuartiger Technologien ermöglicht. Dabei steht für diese Kunden weniger der Kostenaspekt im Vordergrund als vielmehr das Bedürfnis nach überregional verfügbaren, hochwertigen Produkten. Um die Kompatibilität der internen Telekommunikationsanlagen an verschiedenen Standorten zu gewährleisten, kommt es darauf an, dass hochleistungsfähige Anschlüsse an verschiedenen Orten zu gleichen Konditionen bereitgestellt werden. Insbesondere für europaweit tätige Unternehmen ist es von großer Bedeutung, an sämtlichen nationalen Standorten insoweit über gleiche Bedingungen zu verfügen, um eine reibungslose Kommunikation zwischen ihren Standorten zu ermöglichen. Darüber hinaus ist es aus wirtschaftlicher Sicht nicht sinnvoll, wenn Großkonzerne für jeden Standort gesonderte Telekommunikationsanlagen und Kommunikationswege entwickeln müssen.

Obgleich die BNetzA im August vergangenen Jahres etwa eine Entscheidung im Überprüfungsverfahren zum ATM-Standardangebot der DTAG gefällt hat, so ist dennoch zu bemängeln, dass diese Durchsetzung nicht

nur um Jahre zu spät ergangen ist – die Technologie galt zu diesem Zeitpunkt bereits als überholt und die Kunden verlangten längst nach ethernet-basierten Angeboten. Zudem wurde mit dieser Entscheidung ein Standardangebot zugelassen, welches nicht geeignet ist, die Anforderungen an ein Qualitäts-Bitstromprodukt in der Praxis tatsächlich zu erfüllen. Die maßgeblichen Qualitätsparameter, wie beispielsweise Jitter, Packet loss oder Delay wurden offen gelassen, so dass das Angebot zuverlässiger, hochqualitativer Produkte über ATM-Bitstrom nach wie vor unmöglich ist.

Teure Mietleitungen stellen somit auch heute noch das einzig verfügbare und regulierte Anschlussprodukt für Geschäftskunden dar, während neue, kostengünstigere und effizientere Vorleistungsprodukte wie Ethernet P2P, P2MP und MPLS bislang nicht Gegenstand einer Regulierung waren. Das regulierte ATM-Produkt erfüllt nicht die Nachfrage der Unternehmenskunden, da neben den bereits genannten Problemfeldern weder die ex-ante Regulierung noch die festgelegten Preise dieses Produkts als wirtschaftliche Substitution zu anderen Produkten zulassen.

Dies kann gleichzeitig als Beispiel dafür dienen, dass die Regulierungsmaßnahmen infolge ungenauer Standardangebote erst mit erheblicher Verzögerung tatsächlich auf den Märkten ankommen. Langwierige Missbrauchsverfahren hinsichtlich Zugangsspezifikationen oder Entgelte führen zu andauernden Rechts- und Planungsunsicherheiten auf den Märkten.

Die IEN fordert daher neben einer stärkeren Fokussierung auf Geschäftskunden, die zeitnahe Einführung eines bundesweit verfügbaren Layer 2-Qualitätsbitstromzugangs (Vorleistungsprodukt), welcher hinsichtlich der Kosten und des Leistungsumfangs den Ansprüchen der Unternehmenskunden entspricht.

Zudem ermuntert die IEN die BNetzA, bei der Überprüfung der Standardangebote ihr Augenmerk stärker auf die tatsächliche praktische Durchsetzbarkeit der Angebote zu richten.

2. Folgen der zunehmenden Deregulierung für den Wettbewerb

Die IEN lehnt den Ansatz der fortlaufenden Deregulierung nicht grundsätzlich ab.

An dieser Stelle soll jedoch darauf hingewiesen werden, dass Deregulierung immer nur dann sinnvoll sein kann, wenn sie das Ergebnis einer sorgfältigen Prüfung der Wettbewerbssituation ist. Nur wenn anhand des Marktanalyseverfahrens festgestellt wird, dass ein Markt als nachhaltig wettbewerbsorientiert im Sinne von § 3 Nr. 12 TKG bezeichnet werden kann, kann eine Deregulierung im Hinblick auf die Aufgabe einer sektorspezifischen Regulierung gerechtfertigt sein.

Gerade im Bereich der Vorleistungsprodukte sind diese Voraussetzungen, wie oben erwähnt, noch nicht hinreichend erfüllt, so dass ein diesbezüglicher Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht als verfrüht zu betrachten ist. Die Planungsrisiken, die in diesem Fall auftreten können, sind derzeit an den Beispielen aus dem Transit-Bereich und dem Wholesale Line Rental zu beobachten. Gerade die Unwägbarkeiten in der künftigen Preisstrategie der DTAG im Transit-Bereich führen für die Wettbewerber, die selbst Infrastrukturausbau betrieben haben und bislang in der Lage waren, Transitverkehr zu günstigen Preisen anzubieten, nunmehr zu erheblichen Unsicherheiten hinsichtlich ihrer eigenen strategischen Planungen.

Die IEN geht insofern davon aus, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht unter einer allgemeinen Missbrauchsaufsicht (noch) nicht in der Lage ist, diese spezifischen Probleme des Telekommunikationssektors zu beheben. Eine vorzeitige Deregulierung würde verhindern, dass etablierte Anbieter in näherer Zukunft effizientere Vorleistungsprodukte zu fairen Konditionen zur Verfügung stellen. In der Folge besteht die Gefahr einer Remonopolisierung.

3. Konsequenzen der Abgrenzung subnationaler Märkte und der Regionalisierung der Regulierung

Hinsichtlich einer regional differenzierten Regulierung ist nach Ansicht der IEN Zurückhaltung geboten. Diese sollte nur dann vorgenommen werden, wenn zuvor eine sorgfältige Prüfung ihrer Auswirkungen auf die insoweit betroffenen Märkte durchgeführt wurde. Insbesondere muss jeweils untersucht werden, ob eine regional differenzierte Regulierung etwa im Hinblick auf künftige Entwicklungen der Netze überhaupt nachfragegerecht sein kann.

Die BNetzA hat im vergangenen Jahr eine Konsultation¹ über die Möglichkeit der regionalisierten Regulierung auf Markt 5 (bisheriger Markt 12) für Bitstromzugang durchgeführt. Gerade auf diesem Markt können die Voraussetzungen beispielsweise nicht erfüllt werden. Richtigerweise ging die BNetzA zwar davon aus, dass der Markt auch diesbezüglich zunächst in zwei Submärkte zu unterteilen sei (einerseits ATM Bitstromzugang (Layer 2) und andererseits IP-Bitstromzugang (Layer 3)). Es wurde aus Sicht der IEN jedoch nicht hinreichend berücksichtigt, dass im Unterschied zu Layer 3-Bitstromzugang, die abgeleitete Nachfrage für Layer 2-Bitstromzugang, welche überwiegend die Geschäftskundentelekommunikation betrifft, zumeist regional übergreifend ist.

Für Unternehmen, die den Geschäftskundenmarkt bedienen, ist es im Gegensatz zu anderen Anbietern nicht relevant, wie viele Kunden im Einzugsbereich eines HVt angeschlossen werden können. Im Vordergrund steht für sie, dass flächendeckend Bitstrom zu gleichen qualitativen und konditionellen Bedingungen angeboten werden kann. Die Nachfrage von Geschäftskunden ist gerade nicht auf bestimmte Regionen beschränkbar, denn diese richtet sich vielmehr auf einen bestimmten physischen Anschluss, der am

¹ Mitteilung Nr. 446/2008, Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 16/2008 vom 27.08.2008. Sh.: <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/14327.pdf>.

Unternehmensstandort oder eben an verschiedenen Standorten gleichermaßen präsent sein muss. Da Unternehmenskunden häufig überregional tätig sind, führt eine regional differenzierte Regulierung des ATM-Bitstromzugangs für diese Anbieter insgesamt zu einem Wettbewerbsnachteil, während andererseits ein struktureller Kostenvorteil für die DTAG entstehen könnte.

Ein weiterer Nachteil besteht darin, dass zusätzliche Integrationsleistungen durch eine Regionalisierung erforderlich wären, wodurch wiederum das Dienstangebot in der Fläche teurer würde. Darüber hinaus steht zu erwarten, dass durch eine regionalisierte Regulierung Qualitätsparameter verschieden festgeschrieben werden. Dies führt dazu, dass Anbieter keine national einheitlichen Angebote machen können. Genau dies wird jedoch von Unternehmen, die an verschiedenen Standorten die gleichen Produkte zu den gleichen Konditionen nutzen möchten, gefordert.

Eine Regionalisierung hat auf der Vorleistungsebene auch hinsichtlich der Entgelte große Relevanz für alternative Anbieter. Bisher differenzierte die BNetzA bei der Kalkulation der Kosten für Teilnehmeranschlüsse nicht zwischen ländlichen Regionen und Ballungsräumen. Würde nun die Durchschnittsentgeltbildung entfallen, so könnte die DTAG ihre Preise in Ballungsgebieten senken, um damit den Ausbau eigener FTTx-Strukturen alternativer Netzbetreiber sowie den intermodalen Wettbewerb durch Breitband zu beeinträchtigen. Nach Ansicht der IEN könnte hieraus im Ergebnis die Aufgabe der Tarifeinheit im Raum sowohl auf der regionalisierten, wie auch auf allen nachgelagerten Wettbewerbsstufen resultieren.

Als Folge dieser Entwicklung, wären auch Entgeltmaßnahmen nach § 31 TKG und Überprüfungen nach § 28 TKG nur noch regionalisiert möglich.

Zu befürchten ist überdies, dass eine Regionalisierung eine weitere Verzögerung der Implementierung weiterer Vorleistungsprodukte auf dem Breitbandmarkt bewirkt.

4. Probleme der Entgeltregulierung (Kostenmaßstab, Konsistenz der Entgelte)

Ein zentrales Problem im Bereich der Entgeltregulierung ergibt sich nach Ansicht der IEN daraus, dass zugunsten der Förderung des Breitbandausbaus in der Fläche ein milderer Regulierungsmaßstab Anwendung finden soll. Dies könnte etwa dazu führen, dass investierenden Unternehmen eine Mehrfachförderung zu Teil wird, die zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führt.

In diesem Zusammenhang möchte die IEN auch auf den Konsultationsentwurf² der BNetzA vom 13. Mai 2009 zur Breitbandbandstrategie der Bundesregierung hinweisen. In Eckpunkt 10 dieses Entwurfes erwägt die BNetzA, neue Tarifstrukturen einzuführen, um Investitionen beim Ausbau von Glasernetzen zu fördern. Dabei zieht die BNetzA sowohl laufzeitabhängige Entgelte als auch Vorabzahlungen sowie mengenabhängige Entgelte in Betracht, um das finanzielle Risiko für die investierenden Betreiber zu minimieren.

Die IEN steht diesem Ansatz kritisch gegenüber. Im Hinblick auf die bereits getätigten Investitionen ist zu berücksichtigen, dass diese zum größten Teil von der DTAG als größtem und marktbeherrschendem Unternehmen durchgeführt wurden und werden. Dies kann jedoch nicht dazu führen, dass diese Investitionsbereitschaft der DTAG pauschal durch eine mildere Entgeltregulierung honoriert wird.

Zum einen stellen die Investitionen der DTAG teilweise ein branchenübliches Vorgehen dar, um überkommene Technologien zu ersetzen. In diesem Zusammenhang erfolgen Investitionen, die der Telekom unmittelbar

²Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur: <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/16268.pdf>

zugute kommen, weil neue Technologien effektiver sind und die Nachfrage der Kunden bedienen. Darüber hinaus wird der Infrastrukturausbau auf kommunaler Ebene bereits durch finanzielle Mittel und Begünstigungen für investierende Unternehmen gefördert. Zudem ist zu berücksichtigen, dass lediglich der Incumbent bereits über die zu Monopolzeiten angeschafften Voraussetzungen (Leerrohre, Kabeltrassen und insbesondere die kritische Masse an Endkunden) verfügt, um in sinnvoller Weise entsprechende Investitionen zu tätigen. Aus diesem Grund besteht kein Bedarf solche Investitionen zusätzlich durch neue Preisstrukturen zu honorieren.

Zum anderen ist nicht ersichtlich, dass mit dem Ausbau der Infrastruktur notwendigerweise finanzielle Risiken einhergehen. Die Investition in hochleistungsfähige Netze stellt für das investierende Unternehmen auf lange Sicht sogar einen Wettbewerbsvorteil dar, da eine eigene Infrastruktur geschaffen wird. Diese Möglichkeit kann aus wirtschaftlichen Gründen nicht von allen Unternehmen genutzt werden, da eine Verdopplung der Infrastruktur generell nicht wünschenswert ist und weil die Geschäftsmodelle vieler Unternehmen Investitionen in flächendeckende Glasfasernetze nicht zulassen.

Insbesondere die von der IEN vertretenen Unternehmen stehen angesichts der Förderung von NGAs nicht vor der „Make or Buy“ Entscheidung, weil der flächendeckende Infrastrukturausbau überhaupt nur für Privatkundenanbieter in Frage kommt. Unternehmen, die Geschäftskunden bedienen, werden weiter auf den Zugang zu den Netzen derjenigen Unternehmen angewiesen sein, deren Investitionsbereitschaft derzeit gefördert werden soll.

Aus Sicht der IEN wird hier deutlich, dass in dieser Situation das Instrument der Entgeltregulierung verstärkt dazu genutzt werden sollte, um zu verhindern, dass die DTAG ihren verstärkten infrastrukturellen Vorteil nutzt, um durch überhöhte Entgelte für Vorleistungsprodukte den Markteintritt von potenziellen Mitbewerbern zu verhindern. Als Folge würde die Entwicklung

innovativer Technologien gehemmt, da sich zu hohe Entgelte verstärkt auf die Wettbewerbsfähigkeit von New Entrants auswirken.

Die IEN fordert daher, an den geltenden Entgeltregulierungsmaßnahmen festzuhalten. Das Ziel der Erreichung einer effizienten Breitbandstruktur lässt sich bereits mit Hilfe der KeL auf Basis der langfristigen Zusatzkosten verwirklichen. Auf diesem Weg wird auch die Innovationsbereitschaft der Unternehmen gefördert. Zudem hat sich der KeL als hinreichend flexibles Instrument zur Feinsteuerung der Markteffekte erwiesen.

Sollte das Verfahren der Entgeltregulierung überarbeitet werden, so muss insbesondere hinsichtlich der verstärkten Anwendung von ex-post Entgeltregulierungsmaßnahmen, die Vereinbarkeit mit § 30 TKG sowie Art 13 der Zugangsrichtlinie überprüft werden. Eine Ausnahme von der in § 30 Abs. 1 TKG vorgesehen ex-ante Regulierung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für Zugangsleistungen nach § 21 TKG soll nur in drei Ausnahmefällen erfolgen. Diese Tatbestände müssen kumulativ vorliegen. Eine weitere Ausnahme von der ex-ante Regulierung ist derzeit gesetzlich nicht vorgesehen und sollte daher nur mit höchster Sorgfalt in Betracht gezogen werden.

III. Breitband: Schließen der Versorgungslücken, Erhöhung der Bandbreiten, Überwindung der digitalen Spaltung („digital divide“)

1. Mit welchen Strategien können die Ziele effektiv und mit möglichst wenigen Wettbewerbsverzerrungen erreicht werden? Wettbewerb der Unternehmen und Technologien, Kooperationen, staatliche Eingriffe und staatliche Förderung.

Die IEN begrüßt die aktuelle Diskussion um die flächendeckende Breitbandversorgung in Deutschland sowie auf europäischer Ebene. Den Zugriff auf moderne Kommunikationstechnologien für alle Teile der Bevölkerung

zu gewährleisten, stellt eine wichtige Aufgabe dar. In diesem Kontext möchte die IEN jedoch nachdrücklich darauf hinweisen, dass der Ausbau moderner Telekommunikationsinfrastrukturen immer nur im Zusammenhang mit der Förderung effektiven Wettbewerbs erfolgen kann. Ansätze, die den Ausbau der Infrastruktur über die Förderung effektiven Wettbewerbs stellen, hält die IEN für kontraproduktiv.

Der Gesetzgeber ist in diesem Zusammenhang gefordert, Strategien zu entwickeln, die die Bedürfnisse aller Interessengruppen berücksichtigen.

Die IEN beobachtet zum gegenwärtigen Zeitpunkt, dass sich die Diskussion um den Breitbandausbau in der Fläche nach wie vor zu stark am Interesse der Privatkunden orientiert. Als Folge dieser einseitigen Betrachtung privilegieren die aktuellen Regulierungsansätze Anbieter, die eben diesen Markt bedienen. Um hieraus resultierende Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, ist es aus Sicht der IEN auch für diesen Bereich unerlässlich, den Fokus mehr auf Unternehmenskunden zu richten, um diesen moderne, hochleistungsfähige Telekommunikationsdienstleistungen bereitstellen zu können. Gerade in diesem Bereich ist die Entwicklung innovativer Dienste unter Bereitstellung der entsprechenden Vorleistungsprodukte zu erwarten.

Die IEN vertritt die Auffassung, dass allein die Schaffung von hinreichendem Wettbewerbsdruck geeignet ist, Investitionen und Innovationen zu fördern. Unter diesem Aspekt scheint es dringend geboten, an den sektorspezifischen Marktanalyseverfahren und Regulierungsverfügungen festzuhalten, die durch die Rahmenrechtsrichtlinie und das TKG vorgeschrieben werden. Große Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der angemessenen Zugangsregulierung zu, die in den vergangenen Jahren den Boden für die Förderung des Wettbewerbs geschaffen hat. Darüber hinaus muss durch einen funktionsfähigen Dienstwettbewerb eine Nachfrage geschaffen werden, die Investitionen in die Infrastruktur erst möglich machen. Eine hinreichend große Nachfrage kann im Bereich der Vorleistungsprodukte jedoch erst vorliegen, wenn durch die BNetzA die Verpflichtung zu

marktgerechten Vorleistungsprodukten zu marktgerechten Konditionen geschaffen wird.

Neben einer stringenten Anwendung der sektorspezifischen Regulierungsprinzipien muss nach Ansicht der IEN gewährleistet bleiben, dass die einzelnen Regulierungselemente aufeinander abgestimmt werden. Dies setzt wiederum voraus, dass die BNetzA über die nötigen Informationen verfügt, um ihre Maßnahmen koordinieren zu können. Transparenz muss daher als weitere Grundvoraussetzung einer effektiven Wettbewerbsförderung, auch unter dem Aspekt des Ausbaus der Breitbandnetze, gelten.

Die IEN möchte schließlich in diesem Zusammenhang noch darauf verweisen, dass die flächendeckende Ausbreitung von Glasfaserkabelnetzen nicht als alleiniger Weg erachtet werden sollte, um eine möglichst hohe Breitbandabdeckung zu gewährleisten. Die Versorgung ländlicher Regionen kann ebenfalls über mobile Technologien erfolgen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die entsprechenden Frequenzen für die Versorgung genutzt werden können und dass den Betreibern eine gewisse Planungssicherheit geboten wird³.

2. Wie bewerten Sie die Breitbandstrategie der Bundesregierung, insbesondere das Konzept einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung?

Die IEN erachtet die Breitbandstrategie der Bundesregierung im Grundsatz als begrüßenswerten Ansatz. Die BNetzA hat in Umsetzung der Breitbandstrategie der Bundesregierung ein Eckpunktepapier zur Konsultation gestellt, welches von der IEN umfassend kommentiert wurde. Zur Vermeidung von Wiederholungen erlaubt sich die IEN, in dieser Stellungnahme lediglich eine Zusammenfassung der IEN-Positionen vorzutragen und der Monopol-

³ Dazu unter Punkt IV, 1.

kommission die ausführliche Kommentierung zum Eckpunktepapier als Anlage zur Verfügung zu stellen.

a. Zugangsfragen

Die Bundesregierung und die BNetzA verfolgen gegenwärtig eine Deregulierungsstrategie, die sich vornehmlich an der Förderung eines flächenmäßigen Breitbandinfrastrukturausbaus orientiert. Die Innovationsbereitschaft der Betreiber soll gestärkt werden indem den investierenden Unternehmen in gewissen Bereichen erhebliche Regulierungsfreiheit geboten wird. Die Deregulierung soll dabei unabhängig davon erfolgen, ob in den entsprechenden Märkten bereits effektiver Wettbewerb besteht oder nicht. Durch diesen Ansatz werden Erfolge gefährdet, die bisher durch sektorspezifische Regulierungsmaßnahmen erzielt wurden und die Gefahr einer (Re-) Monopolisierung in Kauf genommen. Darüber hinaus werden Unternehmen diskriminiert, für die eine Investition in neue Netze aufgrund ihres Geschäftsmodells nicht in Frage kommt, während anderen Unternehmen bewusst eine Sonderstellung eingeräumt wird.

Es wird vor diesem Hintergrund positiv bewertet, dass die BNetzA die Gewährleistung eines Zugangs zu den neuen Breitbandnetzen als sinnvollen Weg zur Reduzierung des Investitionsrisikos darstellt. Wesentlich für den Erfolg dieses Ansatzes ist, dass in diesem Kontext nicht nur die Belange der investierenden Unternehmen zu beachten sind. Zur Förderung nachhaltigen Wettbewerbs muss durch klare Regulierungsvorgaben gewährleistet werden, dass auch die Interessen alternativer Anbieter, die auf einen fairen Zugang zu diesen Netzen angewiesen sind, Berücksichtigung finden. Denn auch wenn diese Unternehmen Investitionen in gewissem Umfang in die eigene Infrastruktur getätigt haben und weiter tätigen werden, muss in der Fläche sichergestellt werden, dass ein Zugang zur Infrastruktur anderer Unternehmen zu fairen Preisen besteht.

Die IEN sieht es in diesem Zusammenhang auch als problematisch an, dass seitens der BNetzA ein Absehen von Regulierung erwogen wird,

wenn „Open Access“ zu neu errichteten Telekommunikationsinfrastrukturen angeboten wird. Der Begriff des Open Access ist viel zu vage definiert, als dass durch einen pauschalen Verweis eine Remonopolisierung vermieden werden könnte.

Zudem ist es wenig überzeugend, wenn „freiwilligen nachfragerechten Zugangsprodukten zu angemessenen Entgelten“, ohne detaillierte vorherige Prüfung, Vorrang gegenüber regulatorischen Maßnahmen eingeräumt werden soll. Das Beispiel aus der Vergangenheit über das von der DTAG freiwillig angebotene „Premium-Bitstream-Access“ zeigt deutlich, dass freiwillige Angebote nicht notwendigerweise das regulierte Zugangsprodukt zu ersetzen vermögen.

Hinsichtlich des Modells des Infrastruktursharings, das von der BNetzA unterstützt werden soll, fordert die IEN die Schaffung konkreter Rahmenbedingungen. Nur auf diese Weise kann eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs verhindert werden, die durch wettbewerbsfeindliche Preisstrategien – insbesondere im Zusammenhang mit der DTAG als Investitionspartner – entstehen könnten.

b. Änderungen der Regulierungsdauer

Hinsichtlich der Frage der Verlängerung der Regulierungsperioden gilt es nach Einschätzung der IEN zu vermeiden, neue Unsicherheiten auf den Märkten zu verursachen. Das Beispiel des Marktes 5 (ehemals Markt 12 der Märkteempfehlung) hat gezeigt, dass die dort ergangene Regulierungsverfügung aufgrund der zeitlichen Dauer die technische Umstellung von ATM- auf Ethernet-Bitstrom nicht erfassen konnte. Auch Entgeltgenehmigungen sind deshalb in relativ kurzen Zeiträumen durchzuführen, um möglichst aktuelle Kostenunterlagen einbeziehen zu können und somit verfälschte Ergebnisse zu vermeiden. Auch weitere Vorabfeststellungen, die von der BNetzA in Erwägung gezogen werden, führen nach Auffassung der IEN zu einer weiteren Verzögerung des Marktanalyseverfahrens. Diese

bewirkt, dass die konkret notwendigen Regulierungsmaßnahmen nicht rechtzeitig getroffen werden können.

c. Entgeltregulierung

Die IEN sieht die Erwägungen der BNetzA als äußerst kritisch an, zur Förderung des Breitbandausbaus einen weniger strengen Entgeltregulierungsmaßstab anzulegen. Ein Wandel von der sektorspezifischen ex-ante hin zu einer ex-post Regulierung sollte erst erfolgen, wenn gesichert ist, dass innerhalb eines Marktes effektiver Wettbewerb herrscht. Eine hinreichende Flexibilität wird darüber hinaus auch bisher durch den KeL-Maßstab gewährleistet. Die BNetzA sollte davon Abstand nehmen, durch überhöhte Entgelte einen Anreiz für Investitionen zu gewähren und dadurch wettbewerbswidriges Verhalten zu legitimieren.

Aus der Sicht der IEN erscheint es zudem nicht geboten, eine Anpassung der bisherigen Methode der Ermittlung der Kapitalkosten durchzuführen, da insoweit schon eine Risikoeinschätzung der DTAG vorliegt. In Erwägung gezogen werden sollte, inwieweit kommunale Zuschüsse bei der Ermittlung der Kosten in Abzug gebracht werden können.

Die IEN spricht sich in diesem Zusammenhang gegen eine Erhöhung der Terminierungsentgelte in FTTB-Netzen aus, denn die Konsolidierung bestehender Netze zu einer NGN/NGA Infrastruktur kann insbesondere für die DTAG zu Kostenvorteilen führen.

3. Welche Anforderungen sind an die EU-Kommission oder den Gemeinschaftsgesetzgeber zu richten?

a. Harmonisierung und Durchsetzbarkeit

Die IEN, als Zusammenschluss pan-europäisch agierender Telekommunikationsunternehmen, erwartet von der EU-Kommission und dem Gemeinschaftsgesetzgeber in erster Linie, dass sich diese weiterhin für einheitliche

Wettbewerbsbedingungen in allen europäischen Märkten einsetzen. Ähnliche Wettbewerbschancen in allen europäischen Märkten sind für pan-europäische Betreiber der Schlüssel, um Produkte europaweit zu gleichen Konditionen anbieten zu können,

Gegenwärtig bestehen für die IEN-Mitgliedsunternehmen zum Teil zu hohe Barrieren, um ihre Geschäftsmodelle national übergreifend anbieten zu können. Grund hierfür sind die von Land zu Land verschiedenen Regulierungsansätze und der Umstand, dass europaweit einheitliche Vorgaben auf nationaler Ebene oftmals nicht konsequent umgesetzt werden. Obgleich die IEN im Grundsatz akzeptiert, dass es nationale Besonderheiten in jedem Mitgliedstaat geben kann, begründet die aktuelle Situation häufig erhebliche Rechts- und Planungsunsicherheiten. Überdies gehen mit den variierenden Regulierungsansätzen auch unterschiedliche technische Standards einher, die es den Betreibern von vornherein unmöglich machen, europaweit eine homogene Produktpalette anbieten zu können. Eine Kombination dieser Faktoren führt im Ergebnis dazu, dass pan-europäische Betreiber alles andere als einen einheitlichen Binnenmarkt vorfinden.

Um dieser Problematik entgegenzuwirken sollte seitens des Gemeinschaftsgesetzgebers zwei zentralen Prinzipien mehr Beachtung geschenkt werden: Harmonisierung und Durchsetzbarkeit. Die IEN möchte ausdrücklich darauf hinweisen, dass diese Prinzipien allerdings nicht isoliert betrachtet werden können, sondern dass erst ihre Wechselwirkung den Weg zu vergleichbaren Wettbewerbschancen pan-europäischer Betreiber ebnet.

Im Bereich der Harmonisierung sieht die IEN weniger die Notwendigkeit, neue gesetzliche Vorgaben zu schaffen. Vielmehr ist durch Leitlinien der Kommission und Vorschläge der European Regulators Group (ERG) eine einheitliche Umsetzung der bestehenden Vorgaben auf europäischer Ebene anzustreben. Insbesondere die Dauer der Regulierungsverfahren, die Zugangsregulierung, sowie die Anwendung des SMP-Tests bedürfen einer

Angleichung, da Unterschiede in diesen Bereichen einen enormen Einfluss auf die Entwicklung des Wettbewerbs haben.

Darüber hinaus steht, wie oben erwähnt, auch die Forderung nach einer größeren Durchsetzbarkeit der geltenden Vorgaben unter dem Aspekt der Harmonisierung. So können die gegenwärtig bestehenden Marktzugangsschranken nur behoben werden, wenn die nationalen Regulierer gezwungen sind, europäische Vorgaben in einer zeitnahen und vorhersehbaren Weise umzusetzen. Dies gilt insbesondere im Bereich der Regulierungsverfügungen bei Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung.

Wenngleich die IEN keinen Bedarf sieht, neue gesetzliche Regelungen zu fordern, um Marktbarrieren abzubauen, so müssen zu diesem Zweck doch verbindliche Vorgaben gemacht werden. Wie die Vergangenheit gezeigt hat, ist der Verweis auf unbestimmte Prinzipien wie „fairer Zugang“ oder „Angemessenheit“ nicht geeignet, die nationalen Regulierer effektiv an Vorgaben zu binden. Die IEN schlägt vor, dass sich die Mitglieder der ERG im Rahmen einer Selbstverpflichtung auf eine gemeinsame Vorgehensweise einigen und somit bindende Standards für die nationalen Regulierer schaffen.

Die IEN geht auch davon aus, dass ein Veto-Recht der EU Kommission eine Vereinheitlichung der Regulierungsstrategie bewirkt, die von Unternehmenskunden begrüßt würde. Es steht nicht zu befürchten, dass durch ein solches Veto-Recht die Flexibilität des Regulierers unangemessen eingeschränkt würde, denn die Harmonisierung des europäischen Marktes ist schließlich die Grundlage der RRL. Maßnahmen, die diesem Gedanken zuwiderlaufen, sollten grundsätzlich von der Kommission auf ihre Vereinbarkeit mit der RRL hin überprüft werden.

b. Konsequente Anwendung der sektorspezifischen Regulierungsvorgaben

Wie eingangs erwähnt, haben sektorspezifische Regulierungsvorgaben auf dem Privatkundensektor bereits die Herbeiführung eines effektiven Wettbewerbs bewirkt. Die IEN fordert daher, dass weiterhin an diesen Instrumenten festgehalten wird, um auch in anderen Märkten auf lange Sicht einen funktionierenden Wettbewerb zu etablieren.

In diesem Zusammenhang möchte die IEN auf gegenläufige Ansätze der EU Kommission verweisen, deren Deregulierungstendenz nicht im Einklang mit den gegenwärtigen und funktionierenden Vorgaben der RRL steht. Zum Ausdruck kommt dies insbesondere in Annex III, der von der Kommission am 12. Juni vorgelegten überarbeiteten Empfehlung zur Regulierung von NGA („Empfehlung“)⁴. Gemäß Annex III der Empfehlung sollen wesentliche Grundsätze der sektorspezifischen Regulierung aufgeweicht werden, um die Investitionsbereitschaft von Unternehmen beim Ausbau von Glasfaserkabelnetzen zu fördern.

Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung sollen gemäß Annex III, Nr. 1 der Empfehlung nur eingeschränkt einer Entgeltregulierung unterliegen, wenn sie – zusammengefasst – mit einem Mitbewerber im nachgelagerten Markt ein FTTH Netz betreiben. Darüber hinaus bestimmt Annex III, Nr. 2 der Empfehlung, dass unabhängig von dem Ergebnis einer Marktanalyse eine marktbeherrschende Stellung nicht festgestellt werden soll, wenn unter anderem mindestens drei Betreiber zusätzlich zu dem Unternehmen, dass zum Zeitpunkt der Marktanalyse eine marktbeherrschenden Stellung hatte, zusammen ein FTTH Netz betreiben und kontrollieren.

⁴ Commission 2nd public consultation on a revised draft Recommendation on regulated access to Next Generation Access networks.

http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/public_consult/nga_2/090611_nga_recommendation_spc.pdf

Die IEN hat besagte Empfehlung der EU Kommission umfassend kommentiert und dabei dringend angeregt, Annex III der Empfehlung zurückzunehmen oder zumindest noch einmal im Hinblick auf die geäußerten Bedenken zu überarbeiten. Bisher ist nicht ersichtlich, dass die in Annex III benannten Gründe, die sich hauptsächlich auf die an der Kooperation beteiligten Unternehmen beziehen, ein marktbeherrschendes Unternehmen davon abhalten könnten, seine dominierende Position auszunutzen um den Wettbewerb zu seinen Gunsten zu verzerren.

In Annex III, Nr. 2 der Empfehlung ist darüber hinaus vorgesehen, dass Artikel 7 der RRL nicht zur Anwendung kommt, wenn ein Unternehmen nach den in Annex III, Nr. 2 der Empfehlung benannten Voraussetzungen keine marktdominierende Stellung haben soll. Somit wird die Beteiligung der EU Kommission und der Regulierungsbehörden anderer Länder umgangen. Diese Beteiligung ist jedoch wünschenswert, um auf europäischer Ebene eine einheitliche Regulierungsstrategie durchsetzen zu können. Dies wäre vor allem für Betreiber von Vorteil, die ihre Dienste in mehreren europäischen Ländern anbieten wollen und deren Kunden europaweit einheitliche Angebote erwarten. Diese Betreiber werden benachteiligt, wenn über Annex III, Nr. 2 der Empfehlung Artikel 7 der RRL umgangen wird.

Die IEN erwartet, dass die Kommission von dem Konzept „Investitionsförderung durch Regulierungsfreiheit“ Abstand nimmt, wenn ersichtlich ist, dass die Regulierungsfreiheit zu einer dauerhaften Verfestigung der marktbeherrschenden Stellung eines oder mehrerer Unternehmen führt. Darüber hinaus sollte die Kommission die Geeignetheit sogenannter „Risk Premiums“ überdenken, die dem investierenden Unternehmen einen weiteren Anreiz bieten sollen.

Wie bereits ausführlich unter Punkt III, 2, c hinsichtlich der Breitbandstrategie der Bundesregierung ausgeführt, bedeuten Investitionen in den Infrastrukturausbau nicht notwendigerweise einen finanziellen Nachteil für das

investierende Unternehmen. Investitionen sollten daher auch nicht pauschal durch finanzielle Anreize oder „Regulierungsferien“ gefördert werden, da die etablierten Betreiber andernfalls dazu übergehen könnten, ihren infrastrukturellen Vorteil auszunutzen, um Markteintritte neuer Unternehmen, die auf den Zugang zu deren Infrastruktur angewiesen sind, zu verhindern oder bestehende Wettbewerber aus dem Markt zu verdrängen.

Schließlich findet sich nunmehr auch wissenschaftlich bestätigt, dass die Performance eines Incumbents nicht etwa von dem Grad der Regulierung in dem jeweiligen Mitgliedsland abhängig ist. So findet das Wissenschaftliche Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK) gerade keine Anhaltspunkte für die These, dass ein zurückhaltendes Regulierungsregime die Performance eines Incumbents begünstigt bzw. eine notwendige Voraussetzung ist.⁵ Es bleiben vielmehr die unternehmerischen Entscheidungen bzw. Strategien, die den Erfolg eines Incumbents ausmachen.⁶

Um eine als Folge dieser Entwicklung drohende Remonopolisierung zu verhindern, ist die EU gefragt, weiter an dem in Erwägungsgrund 27 der RLL explizit niedergelegtem 3-Kriterien Test festzuhalten und dessen einheitliche Anwendung zu kontrollieren. Gerade in Anbetracht der Tatsache, dass die Wettbewerbssituation in den Märkten stark variiert, ist es erforderlich, sorgfältiger als zuvor zu überprüfen, wo noch Bedarf nach sektorspezifischer Regulierung besteht.

Während zu Beginn der Regulierung noch regelmäßig angenommen werden konnte, dass ein Monopol besteht, stellt sich nun die Aufgabe noch eingehender, zwischen den Märkten zu differenzieren und die Märkte sorgfältiger zu analysieren.

⁵ WIK, Unternehmensperformance führender TK-Anbieter in Europa, August 2009, S. VII, 40 ff., 77 ff. (80).

⁶ WIK, a.a.O., S. 80

IV. Digitale Dividende: Öffnung des Frequenzbereichs zwischen 790 und 862 MHz für breitbandige Mobilfunkanwendungen

Die IEN erachtet die geplante Nutzung der digitalen Dividende durch Öffnung des Frequenzbereichs für breitbandige Mobilfunkanwendungen in der gegenwärtigen Form als problematisch. Es wird insbesondere die Gefahr gesehen, dass die Vorgehensweise in Deutschland im Widerspruch zu den Bestrebungen des europäischen Gesetzgebers steht.

Die aktuelle Diskussion um die Nutzung der im Rahmen der digitalen Dividende freiwerdenden Frequenzen sollte auch den Zugang zu Frequenzen in niedrigeren Bereichen für Neueinsteiger hinreichend berücksichtigen. Eine Möglichkeit zur angemessenen Berücksichtigung von Neueinsteigern besteht in der Anwendung des § 61 Abs. 3 TKG. Dadurch könnten Unternehmen, die bereits über Frequenzen unter 1 GHz verfügen, von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Sie verfügen bereits über einen erheblichen zeitlichen Vorteil auf diesem Markt.

Die IEN ist in diesem Zusammenhang der Auffassung, dass die von der BNetzA in der Vfg. 2/2009⁷ vorgeschlagene Abweichung der Mobilfunkdefinition im FreqNP von der in der FreqBZPV rechtlich unzulässig ist. Dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit im Markt bezüglich der Nutzungsmöglichkeiten von Frequenzen, da auf dieser Grundlage bestimmte Dienste oder Diensteanbieter vom Markt ausgeschlossen werden. Die Folge sind – wie die Praxis zeigt – jahrelange Rechtsstreite zwischen der BNetzA und solchen Unternehmen, die den Zugang zum Markt suchen.

⁷ BNetzA, Vfg. Nr. 2/2009 - Aufstellung des Frequenznutzungsplans gemäß § 54 TKG; Umsetzung internationaler Vorgaben und von Flexibilisierungsvorhaben für die Pakete „Drahtloser Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten“ in den Bereichen 450 - 470 MHz und 3400 - 3800 MHz, Ermöglichung der „Mobilen Komponente“ im Bereich 3400 – 3800 MHz, „Fester Funkdienst im Bereich 26 GHz“ und „IST in den Bereichen 5,9 GHz und 63 GHz.

Markantes Beispiel für die von der BNetzA geschaffene Rechtsunsicherheit ist die genannte Abweichung der Mobilfunkdefinition durch die BNetzA: Gemäß § 54 Abs. 2 TKG konkretisiert der Frequenznutzungsplan die Festsetzungen des Frequenzbereichszuweisungsplans (vgl. *Berliner Kommentar zum TKG*, § 54 Rn. 19). Grundlage des Frequenznutzungsplans ist der Frequenzzuweisungsplan, dessen Festsetzungen für die Regulierungsbehörde aufgrund des Verordnungscharakters verbindlich sind (vgl. *Berliner Kommentar*, a.a.O, Rn. 23). Die verordnungsrechtlich vorgeschriebenen Legaldefinitionen der FreqBZPV entfalten mithin eine Bindungswirkung für untergeordnete Ausgestaltungen im Frequenznutzungsplan. Somit ist auch die BNetzA an diese gebunden und eine „neue“ Definition für den Begriff der Mobilfunkdienste im FreqNP ist mit den Vorgaben der FreqBZPV nicht vereinbar.

Die IEN weist ferner darauf hin, dass gerade auch aufgrund der Erläuterungen im allgemeinen Teil dieses Entwurfes der BNetzA hinsichtlich der zusätzlichen Ausweisung des 3,5 GHz-Bereiches für den Mobilfunkdienst neben dem festen Funkdienst die Widersprüchlichkeit einer solchen Definition verdeutlicht wird. Die BNetzA führt diesbezüglich aus, dass die zusätzliche Zuweisung für den Mobilfunkdienst aufgrund der planungsrechtlichen Vorgaben in der Verordnung nunmehr auch "mobile Anwendungen" in diesem Bereich erlaubt. Diese waren bislang aufgrund der ausschließlichen Zuweisung für den Festen Funkdienst ausgeschlossen (vgl. Allgemeiner Teil, S. 2). Unter Heranziehung der verordnungsrechtlichen Vorgaben werden jedoch im Umkehrschluss durch eine ausschließliche Zuweisung für den "Mobilfunkdienst" feste Anwendungen und somit Feste Funkdienste ausgeschlossen.

1. Wahl des Vergabeverfahrens

Die IEN möchte hinsichtlich des Ansatzes der Versteigerung der Frequenzen nach § 61 Abs. 5 TKG zunächst ihre Bedenken dahingehend zum Ausdruck bringen, als dass in einem solchen Verfahren ein erhebliches

Risiko besteht, dass kleine und mittlere Unternehmen keine oder nur geringe Chancen auf Erfolg haben. Dies steht im Gegensatz zur intendierten Förderung von Neueinsteigern, die nicht die Finanzkraft der etablierten Betreiber haben. Soweit die Versteigerung der Frequenzen der einzige Weg zum Markteintritt ist, ist in geeigneter Weise dafür Sorge zu tragen, dass auch kleine und mittlere Unternehmen eine reale Chance auf einen Zuschlag erhalten. Nur auf diese Weise könnten auch Betreiber mit neuen alternativen Geschäftsmodellen in den Markt eintreten, wodurch die Entwicklung zukunftsfähiger Technologien gefordert würde.

Die IEN weist darüber hinaus darauf hin, dass eine Vergabe der Frequenzbereiche von 790 bis 862 MHz erst dann erfolgen sollte, wenn die rechtlichen Voraussetzungen hierfür auf europäischer und nationaler Ebene abschließend geklärt sind. In diesem Zusammenhang soll vor allem einem von der EU Kommission eingeleiteten Konsultationsverfahren zur digitalen Dividende⁸ Beachtung geschenkt werden.

In dem Konsultationsentwurf der Kommission zu diesem Thema wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Vergabe der Frequenzen in diesem Bereich zur Förderung der Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit des europäischen Marktes beitragen soll. Die Kommission weist auch ausdrücklich darauf hin, dass diese positiven Aspekte nur erzielt werden könnten, wenn auf europäischer Ebene ein einheitlicher Ansatz in Bezug auf die digitale Dividende verfolgt werde. Es wird betont, dass die Vergabe der Frequenzen technische Neutralität wahren sollte, indem nicht bestimmte Techniken von vornherein bevorzugt behandelt werden.

Durch eine flexible Frequenznutzung wäre es nach Ansicht der Kommission möglich, dass die Betreiber innovative Technologien und Dienste schnell einführen können. Auf diesem Weg könnte zum Beispiel auch über

⁸http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/radio_spectrum/topics/reorg/pubcons_digdiv_200907/index_en.htm

die freigewordenen Frequenzen ein drahtloser Breitbandinternetzugang für Personen in ländlichen Regionen gewährleistet werden, wo die Verlegung neuer Glasfasernetze aus ökonomischer Sicht nicht in Frage kommt.

Auf diesem Gedanken beruht auch die neue „GSM-Richtlinie“, die voraussichtlich im Oktober diesen Jahres in Kraft treten wird. Sie sieht vor, dass die Nutzung des 900-MHz-Bands nicht länger allein GSM Diensten vorbehalten bleibt. Durch diese Reform sollen Anbieter motiviert werden mobile Breitbandtechnologien zu entwickeln. Der EU Kommission verspricht sich hieraus einen enormen Vorteil für die Entwicklung hin zu einem „digitalen Europa“.

Die IEN kritisiert vor diesem Hintergrund insbesondere die Praxis der BNetzA, freie, wirtschaftlich hoch attraktive Frequenzen außerhalb der gesetzlichen Vergabeverfahren und gebührenfrei an bereits im Markt etablierte Mobilfunknetzbetreiber zu vergeben. Anderen Marktteilnehmern wird der Zugang zu diesen freien Ressourcen verwehrt. Stattdessen werden Neueinsteiger auf Minderwertigere Frequenzen verwiesen, die zeitlich später im Rahmen eines Bietwettbewerbs gegen die etablierten Mobilfunknetzbetreiber vergeben werden sollen. Mit einem solchen Vorgehen werden nach Auffassung der IEN die Marktverhältnisse verfestigt und der Markt zugunsten der etablierten Netzbetreibern abgeschottet.

Stattdessen sollte sich eine Vergabe streng nach den Vorgaben der §§ 55, 61 TKG richten. Im Einklang mit § 55 Abs. 9 TKG soll bei einem potenziellen Nachfrageüberhang ein formalisiertes und transparentes Bedarfsermittlungsverfahren durchgeführt werden. Bewahrheitet sich der Nachfrageüberhang, so hat die Behörde ein Vergabeverfahren nach § 61 TKG anzuordnen. Der nach dem Wortlaut der Norm eingeräumte Ermessensspielraum ist hinsichtlich der Anordnung bei verfassungskonformer Auslegung auf Null reduziert, wenn die Frequenzen für eine berufliche Tätigkeit genutzt werden sollen (*Wegmann* in Berliner Kommentar zum TKG § 55, Rn.

52) Jede andere Entscheidung eines Vergabeverfahren wäre daher als ermessensfehlerhaft zu werten.

Seite 27 | 34
11.09.2009

2. Sollen die Frequenzen mit Auflagen vergeben werden, etwa im Hinblick auf die ausschließlich Nutzung für die Versorgung ländlicher Räume?

Die Vergabe der Digitalen Dividende muss in jedem Fall mit Versorgungsaufgaben für den ländlichen Raum einhergehen. Das Vergabeverfahren hat nicht nur den Zweck den Antragssteller zu bestimmen, der potenziell die zu vergebenden Frequenzen effektiv nutzen kann. Darüber hinaus sollen auch die Nutzerbedürfnisse für einen Breitband Internetzugang optimal befriedigt werden. Um zu gewährleisten, dass diese beiden Zwecke erfüllt werden, ist es notwendig die Vergabe an Versorgungsaufgaben zu knüpfen. Dabei ist seitens der BNetzA auch sicherzustellen, dass die Auflagen durch die Frequenzen der Digitalen Dividende erfüllt werden. Dies ist auch angemessen, da es sich hier um knappe Ressourcen handelt, die im öffentlichen Interesse vergeben werden müssen. Eine solche Auflage kann den Betreibern im Rahmen von § 61 Abs. 7 TKG auferlegt werden. Die zur Anhörung gestellten Entwürfe der BNetzA sehen jedoch die Erfüllung dieser Versorgungsaufgaben durch die zur Vergabe gestellten Frequenzen gerade nicht vor.

3. Sollte es eine Koordination mit der geplanten Vergabe anderen Spektrums aus dem GSM-1800-Band oder den UMTS-Bändern geben?

Nach Ansicht der IEN ist eine Verbindung der Vergabe der Digitalen Dividende mit der Vergabe anderer Frequenzbereiche nicht als vorteilhaft zu sehen. Derzeit stehen Frequenzen in einem Umfang von rund 360 MHz zur Verfügung. Dieser beträchtliche Umfang resultiert daraus, dass die BNetzA seit Jahren freie Frequenzen dem Markt nicht zur Verfügung gestellt hat. Dadurch war kein Zutritt zum Markt möglich, wodurch allein die etablierten Mobilfunknetzbetreiber profitieren.

Die BNetzA plant die Vergabe von 4 unterschiedlichen Frequenzbändern in einem Vergabeverfahren. Dies führt zu folgenden Problemen:

Seite 28 | 34
11.09.2009

1. Es existieren wirtschaftlich und technisch völlig unterschiedliche Frequenzen, die für unterschiedliche Geschäftsmodelle geeignet sind. Dies erfordert entsprechend unterschiedliche Vergabe- und Nutzungsbedingungen z.B. bei der Beschränkung der Bietrechte. Ohne eine Beschränkung besteht die Gefahr, dass die etablierten Marktteilnehmer alle Frequenzen vom Markt wegkaufen.
2. In den Bereichen 1,8 und 2,0 und 2,6 gibt es jeweils spezifische Probleme, die Gegenstand einzelner, von einander unabhängiger Gerichtsverfahren sind.
 - Im Bereich 1,8 GHz wird um die außergesetzliche Vergabe freier Frequenzen gestritten
 - Im Bereich 2,0 GHz wird um den Widerruf einer UMTS-Lizenz gestritten.
 - Im Bereich 2,6 GHz wird um die Verlängerung von Frequenznutzungsrechten gestritten, die nach Auffassung der BNetzA unzulässig sein soll, da die Nutzung der Frequenzen mit einer Mobilfunktechnologie für das Angebot eines portablen Breitband Internetzugangsdienstes (Festen Funkdienst) nicht zulässig sein soll. Das bedeutet für das betroffene IEN-Mitgliedsunternehmen, dass die bereits errichtete Breitbandinfrastruktur seit Jahren nicht effizient genutzt und weiter ausgebaut werden kann.
3. Gemäß der neuen Entscheidung des BVerwG, ist Rechtsschutz gegen einzelne Vergabeentscheidungen gewährleistet (AZ BVerwG 6 C 4.09 - Urteil vom 1. September 2009). Bei einzelnen Vergabeanordnungen können somit die einzelnen Entscheidungen angegriffen werden. Bei einer Verbindung der Verfahren besteht daher ein hohes Risiko,

dass alle Frequenzbereiche aufgrund eines einzelnen Problems in Mitleidenschaft gezogen werden (unabhängig davon ob die anderen Frequenzbereiche von dem spezifischen Problem überhaupt betroffen sind).

Die IEN vertritt vor diesem Hintergrund die Auffassung, dass für jedes Spektrum ein gesondertes Verfahren durchgeführt werden sollte, welches die unterschiedlichen Bedingungen für jeden Frequenzbereich angemessen beurteilt und die Probleme einer Streitbefangenheit auf den jeweiligen Frequenzbereich beschränkt bleiben.

Die IEN möchte in diesem Zusammenhang auch auf einen bereits bestehenden Entwurf der BNetzA zu einer Entscheidung über die Verbindung dieser Verfahren hinweisen.⁹ Anlässlich dieses Entwurfes stellt sich die grundsätzliche Frage, wie sich die Verbindung der Verfahren auf die beiden bereits erlassenen Entscheidungen auswirken wird. Denn es bleibt unklar, was mit den vorangegangenen, bereits wirksam erlassenen Entscheidungen geschehen soll und welche Konsequenzen aus den derzeit anhängigen Gerichtsverfahren folgen.

Durch die beabsichtigte Verbindung der Vergabe der Digitalen Dividende mit dem bereits angeordneten Vergabeverfahren für die anderen Frequenzbereiche ergibt sich mithin eine erhebliche zusätzliche Planungs- und Rechtsunsicherheit für die betroffenen Marktteilnehmer.

Insgesamt ist festzustellen, dass die Praxis der BNetzA im Bereich der Frequenzverwaltung in den letzten Jahren keine Wettbewerbsförderung

⁹ Entwurf einer Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen über die Verbindung der Verfahren zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 790 bis 862 MHz sowie 1710 bis 1725 MHz und 1805 bis 1820 MHz mit dem Verfahren zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten (Aktenzeichen: BK 1a-09/002): <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/16304.pdf>

durch Marktöffnung zugelassen hat. Während die BNetzA zugunsten der etablierten Betreiber eine Reihe von Einzelmaßnahmen (Neuzuteilung und Verlängerung) erlassen hat, wurden Vergabeverfahren für den Marktzutritt neuer Anbieter über Jahre verzögert und sind bis heute nicht durchgeführt.

V. Zur Weiterentwicklung des europäischen Rechtsrahmens für Telekommunikationsmärkte

Der Prozess des TK-Reviews aus dem Jahr 2006 auf europäischer Ebene ist bis heute noch nicht abgeschlossen. Das Europäische Parlament hat das Reformpaket am 6. Mai 2009 beschlossen und die im Parlament vorgenommenen Änderungen wurden am 29. Juli 2009 von der Kommission in ihren ursprünglichen Vorschlag aufgenommen. In dieser Form muss das Reformvorhaben nun im Herbst diesen Jahres dem Rat vorgelegt werden. Anschließend wird voraussichtlich am 15.12.2009 eine dritte Lesung im Europäischen Parlament stattfinden.¹⁰

Die IEN hat von Beginn des Reformprozesses an die Möglichkeit wahrgenommen, an zahlreichen Konsultationen zu diesem Reformpaket teilzunehmen. Dabei wurde zunächst darauf hingewiesen, dass aus Sicht der IEN die Überarbeitung des Rechtsrahmens zu früh eingeleitet wurde.

Während unstrittig ein gewisser Bedarf bestand und besteht, eine größere Harmonisierung der Anwendung des bestehenden rechtlichen Rahmens durchzusetzen, erscheint eine grundlegende Reform voreilig. Gerade in Deutschland hat die Durchführung der Marktanalyseverfahren einen langen Zeitraum eingenommen und zumindest auf einigen Märkten gerade erst Ergebnisse erzielt.

¹⁰

<http://www.europarl.europa.eu/oeil/FindByProcnum.do?lang=en&procnum=COD/2007/0247>

Aus Sicht der IEN ist das gesamte Reformpaket daran zu messen, inwieweit es die gegenwärtig größten Probleme der sektorspezifischen Regulierung anzusprechen und zu beheben vermag. Als Hauptprobleme wurden schon an früherer Stelle die mangelnde Harmonisierung und die unzureichende Durchsetzbarkeit der Regulierungsverfügungen benannt. Diese Schwachstellen werden von der EU auch aufgegriffen. Die IEN kritisiert jedoch, dass aufgrund einer zunehmenden Bürokratisierung keine wesentlichen Verbesserungen zu erwarten sind.

1. Harmonisierung

Der stärkeren Harmonisierung der Regulierung soll zunächst die Errichtung einer Europäischen Telekom-Behörde dienen. Diese Behörde soll Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) heißen und die ERG ersetzen. GEREK soll aus einem Rat, zusammengesetzt aus den 27 nationalen Regulierungsbehörden, bestehen und als unabhängiges Expertengremium Empfehlungen zu Regulierungsmaßnahmen geben. Ziel ist die einheitliche Anwendung des europäischen Rechtsrahmens.

Aus Sicht der IEN geht die Errichtung einer neuen Verwaltungsbehörde nicht notwendig mit einer Harmonisierung des Regulierungsverfahrens einher. Schon jetzt wird deutlich, dass bereits die Frage, wo diese Behörde errichtet werden soll, sowie weitere organisatorische Details, zu großen Diskussionen führen. Es ist daher nicht zu erwarten, dass von dieser Behörde in naher Zukunft ein Harmonisierungsprozess ausgehen wird.

Die IEN hätte es daher bevorzugt, wenn die ERG mit stärkeren Befugnissen ausgestattet worden wäre, die es ihr erlaubt hätten, gemeinsam mit der Kommission auf eine einheitlichere Rechtsanwendung hinzuwirken.

Gemäß dem Reformvorschlag soll eine Harmonisierung im Bereich der Abhilfemaßnahmen durch ein neues Konsolidierungsverfahren erreicht werden. An diesem Verfahren zur einheitlichen Anwendung von Abhilfe-

maßnahmen, sollen die nationalen Regulierer, die Kommission und GEREK beteiligt sein.

Die IEN möchte auch im Zusammenhang darauf hinweisen, dass sorgfältig geprüft werden muss, ob diese Verfahren nicht zu einer Verlängerung von Genehmigungsverfahren führen. Zum einen ist es gerade für pan-europäische Dienstleister von Bedeutung, dass gemeinsame Nutzungsbedingungen und Genehmigungsregelungen vorliegen. Zum anderen sollte dies aber nicht zu einem erhöhten verwaltungstechnischen Aufwand führen, da dadurch die Wettbewerbschancen wiederum eingeschränkt würden.

Insgesamt erscheint es aus Sicht der IEN nicht zielführend, das Konsolidierungsverfahren durch neue Verwaltungsinstanzen abzuändern. Es wird nun wieder erhebliche Zeit dauern, bis sich die neuen Verfahrenswege eingespielt und Kompetenzen herausgebildet haben. Die Übergangsphase geht jedoch mit einer verstärkten Rechts- und somit Planungsunsicherheit einher, die sich gerade auf kleinere Wettbewerber nachteilig auswirken wird.

Um auf europäischer Ebene eine verstärkte Harmonisierung im Bereich der Regulierungsverfügungen zu bewirken, wäre aus Sicht des IEN ein anderes Vorgehen effektiver gewesen: im Rahmen des Artikel 7-Verfahrens der RRL hätte das Veto-Recht der Kommission auf die Remedies erweitert werden sollen, um nationale Unterschiede hinsichtlich der Abhilfemaßnahmen zu beheben. Außerdem wäre darauf hinzuwirken gewesen, dass Unterschiede in der Dauer der Regulierungsverfahren aufgehoben werden.

2. Abhilfemaßnahmen

Der Reformvorschlag beinhaltet Ansätze, die darauf schließen lassen, dass auch die EU Handlungsbedarf auf dem Gebiet der Abhilfemaßnahmen sieht. Die IEN bemängelt jedoch, dass auch hier durch die Einführung neuer Verfahren, die positiven Aspekte der beabsichtigten Maßnahmen zunichte gemacht werden könnten.

Während der neue Rechtsrahmen der Kommission selbst die Befugnis einräumen soll, Harmonisierungsmaßnahmen in Form von Änderungen oder Aufhebungen zu erlassen, wäre es nach Auffassung der IEN angebracht gewesen, die nationalen Behörden zu einer harmonisierten Anwendung der bestehenden Vorschriften anzuleiten. Für Unternehmen, die europaweit agieren, bietet sich vor allem dann ein großes Maß an Planungssicherheit, wenn die Regulierungsentscheidungen vorhersehbar sind und sich an klaren Vorgaben orientieren.

Positiv beurteilt die IEN, dass der europäische Gesetzgeber die nationalen Behörden ermächtigen will, Telekommunikationsunternehmen zu verpflichten, Netzbetrieb und Dienstleistungen innerhalb des Unternehmens voneinander zu trennen. Allein die Möglichkeit einer solchen funktionalen Trennung ist in der Regel geeignet, Unternehmen dazu zu bewegen, Wettbewerbern Zugang zu angemessenen Konditionen zu gewähren. Der Umstand, dass diese Maßnahme neu eingeführt wurde, zeigt jedoch auch deutlich, dass integrierte Unternehmen gegenwärtig in der Lage sind, den Zugang zu ihren Netzen zu Konditionen anzubieten, die völlig unabhängig von ihren Wettbewerbern und der Marktsituation sind. In diesem Bereich gibt es folglich einen erhöhten Bedarf durch Regulierungsverfügungen die Entwicklung des Wettbewerbs voranzutreiben.



INITIATIVE
EUROPÄISCHER
NETZBETREIBER

Für weitere Rückfragen und Informationen stehen die Unterzeichnerin sowie die Vertreter der IEN-Mitgliedsunternehmen jederzeit gern zur Verfügung. Diese Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

Seite 34 | 34
11.09.2009

Mit freundlichen Grüßen

Malini Nanda, Rechtsanwältin

Geschäftsführerin der IEN

Anlage:

Stellungnahme der IEN zum Konsultationsentwurf der BNetzA: *Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur*