

PROFESSOR DR. IUR. DR. RER. POL. CHRISTIAN KIRCHNER, LL.M. (HARVARD)
HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN
JURISTISCHE FAKULTÄT / WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften“ vom 17. Juni 2006 (Bundestagsdrucksache 16/2581 vom 14.09.2006) anlässlich der Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages am 23. Oktober 2006 in Berlin

I. Einführung und Kurzfassung

§ 9 TKG (2004) soll ein § 9 a zugefügt werden, der für die Einbeziehung ‚neuer Märkte‘ in die Marktregulierung nach den Vorschriften des Zweiten Teils des Gesetzes eine Sonderregelung einführt, um Anreize zu Investitionen zu schaffen und Innovationen zu fördern. Um diese Ziele zu erreichen, beabsichtigt der Gesetzgeber, neue Märkte erst mit einer zeitlichen Verzögerung in die sektorspezifische Regulierung einzubeziehen, zugleich aber sicherzustellen, daß die Herausnahme dieser Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung nicht zur Behinderung der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes führt.

Der Zielsetzung des Gesetzgebers ist vollständig, der Wahl der Instrumente ist eingeschränkt zuzustimmen. Die im TKG verankerte sektorspezifische Regulierung hat dem Ziel zu dienen, intensiven Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten zu ermöglichen und zu sichern und dabei zugleich Anreize für Investitionen und Innovationen zu setzen. Würden neue Märkte im Augenblick ihrer Entstehung der Marktregulierung unterworfen, würde der Wettbewerbsvorsprung des Unternehmens, das durch Investitionen in die Infrastruktur die Entstehung dieser Märkte ermöglicht, auf Null reduziert. Das würde ein Unternehmen, das solche Investitionen plant, bereits im Planungszeitraum der Investitionen antizipierend in Rechnung stellen und dann von diesen Investitionen Abstand nehmen, wenn den Investitionskosten nicht erwartete Vorteile aus dem Wettbewerbsvorsprung gegenüberstünden. Also wäre es investitions- und innovationsschädlich, neue Märkte vom Augenblick ihrer Entstehung an der sektorspezifischen Marktregulierung zu unterwerfen.

Indem der vom Gesetzgeber geplante § 9a TKG die Einbeziehung neuer Märkte in die Marktregulierung zur Ausnahme macht und für die Regulierungsbedürftigkeit die Ziele, effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen, zum Maßstab macht, geht er in die richtige Richtung. Es wird mit der derzeitigen Fassung der Vorschrift aber nicht das notwendige Maß an Rechtssicherheit geschaffen, das für die betreffenden Infrastrukturinvestitionen erforderlich ist. Und der Gesetzgeber läßt unberücksichtigt, daß zwischen ‚neu entstehenden Märkten‘ (emerging

markets) und ‚neuen Märkten‘ zu unterscheiden ist. Es ist deshalb erforderlich, für eine textliche Überarbeitung des Novellierungsvorschlags des TKG **Eckwerte** aufzustellen, der vorgebrachten Kritik Rechnung tragen. Zugleich sind eine Reihe von Mißverständnissen aufzuklären, von denen die Diskussion um die Novellierung des TKG belastet wird.

2. Richtiger Ansatz von § 9a TKG

Der Gesetzgeber sieht richtig, daß zur Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und zur Unterstützung von Innovationen eine zeitlich begrenzte Regulierungsfreistellung ‚neuer Märkte‘ notwendig ist. Die zu fördernden Innovationen liegen im Bereich neuer Dienstleistungen und Produkte für Endkunden. Neue Infrastrukturen (‚neue Netze‘) können erforderlich sein, um die Entstehung solcher neuer Märkte zu ermöglichen. Regulierungsfreistellung bezieht sich auf die Zugangsregulierung zu diesen ‚neuen Netzen‘. Das Unternehmen, das Innovationen vorantreibt, soll sicher sein können, daß sein Wettbewerbsvorsprung nicht dadurch regulatorisch zunichte gemacht wird, daß Wettbewerber dank regulierten Netzzugangs sofort nach Eröffnung dieser Märkte dort mit dem Innovator in Wettbewerb treten können. Regulierungsfreistellung ermöglicht dem Innovator, die Früchte seiner Innovationen und der dafür notwendigen Infrastrukturinvestitionen zu ernten. Würde für Wettbewerber zeitgleich mit der Eröffnung neuer Märkte qua Regulierung der Zugang zu diesen eröffnet und der Innovator lediglich über einen Risikozuschlag bei den Zugangsentgelten entschädigt, wäre dies dennoch ein Eingriff, der die Investitionsanreize entscheidend schwächen würde. Denn für den Fall einer erfolgreichen Innovation erhielte der Innovator gleichsam eine Prämie. Das Risiko einer nicht erfolgreichen Innovation hätte er aber vollumfänglich zu tragen. Zugleich wäre er angesichts hoher (regulierter) Netzzugangsentgelte in seiner Preisgestaltungsfreiheit in Bezug auf die angebotenen Dienstleistungen und Produkte beschränkt. Eine solch asymmetrischer Umgang mit Investitionsrisiken reduziert Innovationsanreize beträchtlich. Eine Regulierungsfreistellung, die diese Asymmetrie beseitigt, ist keine regulatorische Wohltat gegenüber dem Innovator. Sie erlaubt es ihm lediglich, die Früchte seiner in die Ermöglichung von Produkt- und Dienstleistungsinnovationen getätigten Investitionen zu ernten. Eine Regulierung hingegen würde ihn dieser Früchte berauben. Es ist nicht die Regulierungsfreistellung, die zu rechtfertigen ist, sondern die Regulierung. Das ist im Europäischen Rechtsrahmen für die Regulierung von Telekommunikationsmärkten richtig gesehen worden: Damit Märkte entstehen können, nämlich ‚neu entstehende Märkte‘ (*emerging markets*), muß hier zeitlich befristet auf Zugangsregulierung zu den Netzen verzichtet werden, die geschaffen werden, um die Innovationen zu schaffen.

3. Klärungsbedürftige Punkte: Eckpunkte für die Neufassung von §§ 3 und 9 a TKG

Der Gesetzgeber hat mit seiner Formulierung in § 9 a TKG die **Entstehung** ‚neuer Märkte‘ im Auge. Um eben diese Entstehung geht es. Diese ist aber im Zeitpunkt der Investitionen in die dafür erforderlichen Infrastrukturinvestitionen noch nicht mit Sicherheit absehbar. Im Zeitpunkt dieser

Investitionen gibt es die ‚neuen Märkte‘ noch nicht. Diese befinden sich in der Phase der Entstehung. Deshalb erscheint es richtig, zwischen ‚neu entstehenden Märkten‘ (*emerging markets*) und ‚neuen Märkten‘ (*new markets*) zu unterscheiden. Der Verzicht auf eine sektorspezifische Vorabzugsregulierung zu den Netzen, die für die Entstehung neuer Märkte erforderlich sind, ist also bereits in einem Zeitpunkt erforderlich, in dem sich ‚neu entwickelnde Märkte‘ abzeichnen. Die Freistellung von der Regulierung muß für einen Zeitraum erfolgen, der dem Unternehmen, das in die erforderliche Infrastruktur investiert, einen Anreiz gibt, diese Investitionen zu leisten, um aus dem dadurch bewirkten Wettbewerbsvorsprung auf den dann entstehenden neuen Märkten Vorreiter Vorteile zu ziehen. Es sind diese Vorreitervorteile, auf die auch in Erwägungsgrund 15 der Märkteempfehlung Bezug genommen wird, die Motor von Innovationen sind. Ein Verzicht auf eine Regulierungsfreistellung würde diesen Mechanismus zerstören. Folglich muß der Gesetzgeber die Regulierungsfreistellung sowohl für ‚neu entstehende Märkte‘ wie dann in der Folge für ‚neue Märkte‘ gewährleisten.

Entscheidend für das Vorliegen eines ‚neuen Marktes‘ ist daß die auf diesen Märkten angebotenen Dienstleistungen und Produkte sich von den vorhandenen Marktangeboten unterscheiden (Nicht-Substituierbarkeit). Das gilt sowohl in Bezug auf die Leistungsfähigkeit, die Reichweite, die Verfügbarkeit für größere Benutzerkreise als auch für die Qualität. Ein ‚neu entstehender Markt‘ ist dann gleichsam die Vorphase eines solchen ‚neuen Marktes‘. Der letztere ist noch nicht entstanden, Es liegen aber nachprüfbar Anhaltspunkte für seine mögliche Entstehung vor. Dies ist in Definitionen von ‚neuen Märkten‘ und ‚neu entstehenden Märkten‘, die in § 3 TKG (Begriffsbestimmungen) aufzunehmen ist.

Die vom Gesetzgeber ins Auge gefaßte Formulierung von § 9 a TKG setzt bezüglich der Einbeziehung ‚neuer Märkte‘ in die Marktregulierung nach dem zweiten Abschnitt des TKG an materiellen Kriterien an. Es muß sich um ‚neue Märkte‘ handeln. Bei der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit ist auf die „Verhältnismäßigkeit der Festlegungen unter besonderer Berücksichtigung der Ziele, effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen“, abzustellen, zugleich auch darauf, ob eine Nichtregulierung die „Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Bereich der Telekommunikationsdienste oder –netze langfristig behindert“. Die Entscheidung einer Regulierungsfreistellung liegt dann in den Händen der Bundesnetzagentur, deren Entscheidungen gerichtlich nachprüfbar sind. Für ein Unternehmen, das zum Zweck der Ermöglichung neuer Märkte in neue Netze investiert, schafft dies dann Unsicherheiten, wenn es an präzise formulierten rechtlichen Vorgaben mangelt. Juristisch geht es um Rechtsunsicherheit, ökonomisch um Planungsunsicherheit. Damit erscheint fraglich, ob die Neuregelung ihre selbst gesetzten Ziele verwirklichen kann. Aus Gründen von Rechts- und Planungssicherheit sollte die Norm dahingehend modifiziert werden, daß bereits im Zeitpunkt der Vornahme der erforderlichen Infrastrukturinvestitionen das Unternehmen, das die betreffenden Investitionen zu tätigen beabsichtigt, einen Antrag bei der Bundesnetzagentur auf Regulierungsfreistellung stellen kann. Über diesen Antrag ist in kurzer Frist zu entscheiden. Die Entscheidung muß dann für einen festen Zeitraum bindend sein, um dann im Lichte der Marktentwicklung revidiert werden zu können. Dies ist in

einer Neuformulierung von § 9 a TKG zu verankern. Mit europäischem Gemeinschaftsrecht ist eine solche gesetzliche Regelung in Bezug auf ‚neue Märkte‘ und ‚neu entstehende Märkte‘ vereinbar.

4. Zu Mißverständnissen in der Diskussion

Es wird in der Diskussion immer wieder das Argument ins Feld geführt, daß durch entsprechende Risikoaufschläge bei den Netzzugangsentgelten auf eine zeitlich befristete Regulierungsfreistellung für neue Märkte verzichtet werden könnte. Dabei wird gern auf das japanische Beispiel verwiesen. Das Argument ist theoretisch nicht haltbar und praktisch nicht begründbar. Risikoaufschläge greifen nur im Fall erfolgreicher Innovationen, belassen aber dem Investor das Risiko, daß Investitionen möglicherweise nicht von Erfolg gekrönt sind (Asymmetrie-Argument). Der Hinweis auf die japanische Regulierung übersieht, daß hier von staatlicher Seite eine vollumfängliche Risikoabsicherung durch den Staat stattfindet. Das liegt in der japanischen Tradition von *gyôsei shido* (informelles Verwaltungshandeln), entspricht aber nicht dem Leitbild einer Wettbewerbswirtschaft im Bereich der Telekommunikation.

Es wird in der Diskussion die Leerrohrproblematik ins Spiel gebracht. Es wäre sinnvoll, Wettbewerbern den Zugang zu Leerrohren und zum KVZ zu ermöglichen. Dabei wird übersehen, daß es sich hier um eine inhaltlich getrennte Diskussion von der um eine Regulierungsfreistellung neuer und neu sich entwickelnder Märkte handelt. Die Marktregulierung setzt nach dem Europäischen Rechtsrahmen für die Regulierung von Telekommunikationsmärkten – und nach der Umsetzung der Richtlinien in das nationale Recht der Mitgliedstaaten – an dem Phänomen beträchtlicher Marktmacht auf Endkundenmärkten an. Wenn hier mit dem Instrument des Marktanalyseverfahrens und des Tests, ob das Problem mit Hilfe des allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrechts gelöst werden kann, festgestellt worden ist, daß Regulierungsbedarf besteht, ist Netzzugang durch Regulierung zu eröffnen. Dann – und zwar erst dann – ist zu bestimmen, wo beim Netzzugang die Flaschenhälse (*bottlenecks*) liegen. Die Leerrohrthematik wird durch § 70 TKG abgedeckt.

Bezüglich des Problems, die sektorspezifische Regulierung für neue und neu entstehende Märkte mit Blick auf entsprechende Innovationsanreize auszugestalten, besteht weitgehend Einigkeit. Unterschiede werden dann aber bezüglich der Frage gemacht, ob eine modifizierte Regulierungsgestaltung die entsprechenden Anreize schaffen kann, oder ob eine zeitlich begrenzte Regulierungsfreistellung geboten ist. Die Vorschläge zur Modifizierung der Regulierung bleiben zumeist im Allgemeinen stecken und gehen am Kernproblem vorbei: Welches Kalkül ist für das Unternehmen maßgeblich, das eine mit Unsicherheit belastete Infrastrukturinvestition tätigt, die sich durch erwartete Erträge aus Innovationen auf den Produkt- und Dienstleistungsmärkten amortisieren soll? Eine leichte Modifizierung einer Netzzugangsregulierung erweist sich hier als untaugliches Mittel, da sie immer nur im Fall einer erfolgreichen, am Markt durchgesetzten Innovation ansetzt. Gerade das aber ist im Zeitpunkt der Investition unsicher. Es geht nicht um Modifizierung der Regulierung,

sondern um ihre zeitliche Aussetzung, um Wettbewerbsvorsprünge des Innovators nicht zu zerstören.

In der Diskussion wird angemerkt, daß § 9 a TKG allein auf Infrastrukturinvestitionen der Deutschen Telekom AG zugeschnitten sei (Vorwurf der „Lex Telekom“). Eine solche Überlegung geht am Konzept der Regulierung von Telekommunikationsmärkten durch den Europäischen Rechtsrahmen (und seiner Umsetzung in deutsches Recht im TKG) vorbei. Adressat der Zugangsregulierung ist ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf nachgelagerten Märkten dann, wenn das Regulierungsziel sich nicht mit den Instrumenten des allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrechts erreichen läßt. Diese Regelung gilt für all solche Unternehmen. Ziel ist es, daß solchen Unternehmen nicht durch die im Zeitpunkt der Schaffung eines neuen Markts einsetzenden Zugangsregulierung die Anreize für die erforderlichen Infrastrukturinvestitionen genommen werden. Wäre das nämlich der Fall, resultierte eine Innovationslähmung. Das betreffende Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht würde von der Investition und damit von der Innovation abgehalten, zugleich aber auch dessen Wettbewerber. Denn diese sähen als Alternative für eigene – riskante – Investitionen die Chance, die Netze des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht nutzen zu können. Folglich ist es wenig lohnend, eigene Investitionen zu tätigen. Die Folge ist ein Innovationsstau. Also gilt es, diesen gordischen Knoten zu zerschlagen, indem die Androhung der Eröffnung des Marktzugangs für Wettbewerber im Zeitpunkt der Innovation durch eine zeitlich befristete Regulierungssperre beseitigt wird. Dies ist ein Mechanismus, der unabhängig davon greift, wer im speziellen Fall Adressat der Netzzugangsregulierung ist.

5. Konsequenzen

§ 9 a TKG ist eine Vorschrift, die Klarheit zu bringen hat, wie eine Marktregulierung neuer und neu entstehender Märkte auszugestalten ist. An einer entsprechenden Klärung fehlt es bisher im TKG, obwohl sich im Europäischen Rechtsrahmen für die Regulierung von Telekommunikationsmärkten entsprechende Anhaltspunkte für die Freistellung solcher Märkte von der Zugangsregulierung befinden. § 9 a TKG stellt den Zusammenhang zwischen einer zeitlich befristeten Regulierungsfreistellung – bezogen auf den Zugang zu den Netzen, in die investiert wird, um die Entstehung neuer Märkte zu ermöglichen – und den notwendigen Investitions- und Innovationsanreizen richtig dar.

Um dennoch bestehende Rechtsunsicherheiten zu beheben, wird vorgeschlagen, sowohl ‚neue Märkte‘ als auch ‚neu entstehende Märkte‘ in den Begriffsbestimmungen in § 3 TKG zu definieren und Unternehmen, die zum Zwecke von Innovationen auf Dienstemärkten in die dafür erforderlichen Netze investieren, ein Antragsrecht auf zeitlich befristete Regulierungsfreistellung zu gewähren. Entscheidungen der Bundesnetzagentur in Bezug auf solche Anträge dürfen erst nach einer festzulegenden zeitlichen Frist für eine Überprüfung offen sein.