

**Prof. Dr. Dres. h.c. Arnold Picot**

Institut für Information, Organisation und Management  
Ludwig-Maximilians-Universität München  
und  
Vorsitzender des Wissenschaftlichen Arbeitskreises für Regulierungsfragen der  
Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bonn

Stellungnahme zu § 9a TKGE<sup>\*)</sup>  
anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie  
des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung  
„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften – Drucksache  
16/2581“  
am 23. Oktober 2006 in Berlin

*1. Einführung und Überblick*

*Der Text des als neue Einfügung in das TKG vorgeschlagenen § 9a geht von der Vermutung aus, dass eine Marktregulierung gemäß TKG im Falle neuer Märkte für die wirtschaftliche Entwicklung (insbesondere hinsichtlich effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen) hinderlich sein könne und daher nur bei anzunehmender langfristiger Wettbewerbsbehinderung erwogen werden dürfe. Ziel einer solchen Regelung sei es, dass „Anreize zu Investitionen geschaffen und Innovationen gefördert werden“ (S. 37 der Drucksache). Die Beurteilung einer derartigen gesetzlichen Bestimmung erfordert insbesondere die Erörterung,*

- was neue von anderen Märkte unterscheidet,*
- inwiefern Regulierung sich auf die Hervorbringung von Neuem auswirkt,*
- in welcher Weise neue Märkte und Innovation zusammenhängen,*
- ob und welche Besonderheiten in dieser Hinsicht in der Telekommunikation bei Infrastruktur- und Kundenmärkten bestehen,*
- wie hier jeweils Regelungsbedarf festgestellt werden kann,*
- ob, auch mit Blick in andere Länder, im Rahmen von Regulierung Investitionsanreize für innovative Infrastrukturen geschaffen werden können.*

*Als Fazit ergibt sich, dass § 9a TKGE zur Erreichung der proklamierten Ziele weder notwendig noch praktikabel anwendbar ist – ganz abgesehen von der Frage, ob die Regelung mit dem EU-Rechtsrahmen verträglich ist.*

*2. Zur Bestimmung neuer Märkte allgemein*

Die Abgrenzung eines neuen gegenüber einem „alten“ Markt ist ausgesprochen schwierig. Weder § 9a TKGE noch die EU-Richtlinien geben dazu praktikable Kriterien oder Merkmalslisten an die Hand. Auf Märkten probieren Unternehmer ständig Veränderungen ihres Produktangebots

---

<sup>\*)</sup> Zu Verbraucherschutz und sonstigen Neuregelungen nehme ich auf Wunsch gern mündlich Stellung.

und der zugehörigen Konditionen aus, um die Zahlungsbereitschaft von Nachfragern zu erkunden und im Wettbewerb erfolgreicher zu sein. Welche Art von verändertem Marktverhalten als „neu“ im Sinne von besonders attraktiv für den Kunden, also neue Marktsegmente oder gar ganze neue Märkte schaffend, einzustufen ist, lässt sich nicht im Vorhinein, sondern erst geraume Zeit nach Einführung und Erprobung veränderter Angebote erkennen. Würde man mit der Prüfung der Marktabgrenzung und der Regulierungsbedürftigkeit erst z.B. Jahre nach Produkteinführung beginnen, so bestünde die Gefahr, dass sich Marktstrukturen etablieren, die nicht der Regulierung zugeführt und damit nicht für den Wettbewerb geöffnet werden können, obwohl sie eigentlich die erforderlichen Eigenschaften aufweisen.

### 3. Rolle der Regulierung bei Hervorbringung von Neuem

Die generalisierende, implizite Annahme in §9a TKGE, dass Regulierung Infrastrukturinvestitionen behindern und Innovationen nicht fördern könne, ist nicht haltbar:

- Regulierung kann dadurch Infrastrukturinvestitionen fördern, dass sie die Höhe der Zugangspreise zu einer bestehenden regulierungsbedürftigen Infrastruktur so ansetzt, dass Anreiz zur Errichtung alternativer Infrastruktur gegeben wird (Beispiel: ladder of investment)
- Infrastrukturinvestitionen bedürfen nicht selten der regulatorischen Flankierung (Beispiel: Mobilfunknetze, Citynetze)
- Nach gängiger Ansicht ist die Entdeckung von Neuem und die Herausbildung von Innovationen eine wesentliche Funktion von effektivem, dynamischem Wettbewerb. Das gilt für Kunden- und Vorleistungsmärkte gleichermaßen.
- Wo ein solcher Wettbewerb ohne Regulierung möglich ist, fördert er selbstverständlich Innovationen.
- In dem Maße wie Regulierung Wettbewerb eröffnet und sichert, dient sie auch der Förderung von Innovationen. Die Entwicklung der Telekommunikationsmärkte hat dies in den Jahren seit Einführung der Liberalisierung gezeigt.
- Zudem kann das durch den europäischen Regelungsrahmen verankerte Prinzip der Technologieneutralität selbst als Innovationsanreiz interpretiert werden.

Förderung von Infrastrukturen, Innovation und Wettbewerb ist bereits jetzt ständige Aufgabe der Regulierung, die im bestehenden TKG (z.B. §2 Abs.2 Ziff. 2. und 3. und §21 Abs. 1) sowie in den EU-Richtlinien verankert ist. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass nicht die Aussetzung von Regulierung, sondern die Regulierung selbst die Innovationen unterstützen soll (§ 2 Abs 2 Ziff. 3) - daraus lässt sich schließen, dass der Gesetzgeber regulatorischen Eingriffen durchaus potentiell innovationsfördernden Charakter beimisst.

Gemäß § 14 TKG kann der Regulierer auf Marktentwicklungen, welche die Ergebnisse der aktuell gültigen Feststellungen zu Marktdefinition und Regulierungsbedarf in Frage stellen, unverzüglich reagieren und muss spätestens alle zwei Jahre eine Überprüfung vorlegen. Damit besteht bereits im derzeit gültigen Gesetz die Möglichkeit und Notwendigkeit, relevante Neuerungen im Markgeschehen zeitnah zu berücksichtigen, sei es durch Reduktion, durch Präzisierung oder auch durch Ergänzung der Regulierung.

### 4. Neue Märkte und Innovation

Nicht jede Innovation erzeugt einen neuen Markt, und es gibt neue Märkte, die nicht auf klassischer Innovation beruhen. Innovation lässt sich als die Durchsetzung von etwas Neuem verste-

hen. Sie kann sich auf Produkte oder Prozesse beziehen. Innovation kann schrittweise/inkrementell oder radikal/schöpferisch-zerstörerisch auftreten. Innovationen entwickeln nicht selten bestehende („alte“) Märkte weiter (z.B. Übergang von analogen zu ISDN- und schließlich Breitband-DSL-Netzen; Zusatzdienste und neue Funktionalitäten in der Telekommunikation), ohne dass von neuen Märkte zu sprechen wäre. Bestimmte Innovationen erweisen sich als radikal; sie schaffen neue und zerstören teilweise alte Märkte (z.B. Mobilfunk). Andererseits gibt es neue Märkte, die nicht durch typische Innovation entstanden sind (z.B. Ausdehnung von Telekommunikationsdiensten in neue regionale Märkte).

Zu den Schwierigkeiten der Abgrenzung von neuen gegenüber alten Märkten tritt noch die Bestimmung in § 9a, dass Regulierung neuer Märkte nur bei tatsächengestützter Annahme einer langfristigen Behinderung des Wettbewerbs erfolgen kann. Eine solche auf die lange Frist zielende Feststellung dürfte im Falle von neuen Angebotsformen besonders problematisch sein. Je nach sich herausbildender Praxis von Regulierung und Rechtsprechung können sich hier lang anhaltende Streitigkeiten ergeben mit der möglichen Konsequenz, dass die Handlungsmöglichkeit der Regulierungsbehörde in Bezug auf solche Märkte eingeschränkt wird.

## 5. Kunden- und Vorleistungsmärkte (B2C und B2B)

Das Marktgeschehen in der Telekommunikation ist mehrstufig. Vereinfacht lassen sich zwei Ebenen unterscheiden: Vorleistungsmärkte (B2B) und Kundenmärkte (B2C). Innovationen können auf jeder Marktebene entstehen und vor- bzw. nachgelagerte Ebenen beeinflussen. Innovationen entstehen meistens nicht auf beiden Ebenen simultan und müssen nicht denselben Charakter aufweisen. Beispielsweise ließe sich das Handy-Fernsehen auf Basis von UMTS als radikale Innovation beim Endkunden (B2C) einstufen, während es im Vorleistungsbereich (Infrastruktur) nur inkrementeller Veränderungen bedarf. Auf der anderen Seite lässt sich Internettelephonie (Voice over IP) aus Endkundensicht eher als inkrementelle Innovation ansehen, während sie auf Vorleistungsseite einen radikalen Wandel bei der Dienstleistungsmöglichkeit für Geschäfts- wie für Privatkunden bedeutet. Aus Innovation und temporärer Monopolstellung auf B2C-Ebene folgt also nicht das Erfordernis einer Exklusivität auf der B2B-Ebene und umgekehrt. Aus bestimmten Vorleistungs-Innovationen (z.B. Bereitstellung von besonders leistungsfähigen Internetzugängen, Mobilfunknetze) können sehr unterschiedliche B2C-Innovationen entstehen (z.B. diverse, teilweise im Wettbewerb stehende neuartige Internet- oder Mobilfunkdienste).

## 6. Feststellung von Regulierungsbedarf auf Kunden- und Vorleistungs- bzw. Infrastrukturmärkten

Das (auch von den EU-Richtlinien geforderte) *Bedarfsmarktkonzept* des Wettbewerbsrechts dient dazu, den relevanten *Kundenmarkt* mit Hilfe bestimmter Methoden der Substitutionsanalyse technologieunabhängig abzugrenzen. Wird für einen derart abgegrenzten Kundenmarkt Regulierungsbedürftigkeit und beträchtliche Marktmacht konstatiert, erfolgt eine entsprechende Marktregulierung.

Die Diskussion um die Regulierung neuer Märkte entzündet sich gegenwärtig vor allem im *Vorleistungs- bzw. Infrastrukturbereich*. Auf diesen ist das Bedarfsmarktkonzept jedoch nicht unmittelbar anwendbar. Infrastrukturen werden in aller Regel nicht exklusiv für eine bestimmte Kundenanwendung installiert, sondern sie eröffnen einen Möglichkeitsraum für (bestehende oder auch neuartige) Endkundendienste. Eine inkrementelle oder auch radikale Infrastrukturinnovation kann volkswirtschaftlich sehr nützlich sein, z.B. weil sie höhere Kapazitäten bereitstellt, größere Dienstvielfalt oder die Erbringung von Diensten zu geringeren Kosten ermöglicht. Oftmals

lässt sich mit Hilfe einer innovativen Infrastruktur eine effizientere Netzarchitektur verwirklichen, die dann die bisherige Netztopologie ablöst. Das ist namentlich beim Übergang von klassischen Vermittlungsnetzen mit Kupferleitungen zu IP-Netzen der nächsten Generation mit hohem Glasfaseranteil der Fall.

Bei derartigen Investitionen in innovative Infrastrukturen bzw. Infrastrukturkomponenten ist für die Frage einer wettbewerbsbezogenen Regulierung entscheidend, ob es sich um ein sog. *bottle neck (essential facility)* handelt. Dieses liegt vor, wenn einem Wettbewerber für die Realisierung seines Geschäftsmodells keine funktionsähnliche Alternative zur Verfügung steht und die neue Infrastruktur nicht bzw. nicht zu zumutbaren Kosten vom Wettbewerber dupliziert werden kann. Sofern dies der Fall ist, ist mit Hilfe von Regulierung diskriminierungsfreier Zugang zu einer (teilweise) neuen Infrastruktur zu eröffnen. Anderenfalls besteht kein Regulierungsbedarf. Diese Fragen lassen sich mit dem bestehenden Recht klären.

## 7. Investitionsanreize für innovative Infrastrukturen unter Regulierungsbedingungen

Es trifft nicht zu, dass im Falle von Regulierung keine attraktiven Anreize zur Investition in neuartige Infrastruktur bestünden. Beispiele anderer Länder belegen, dass angemessen regulierter Zugang zu innovativen Infrastrukturen und beträchtliche Investition in solche Infrastrukturen sich nicht ausschließen, sondern sich sogar gegenseitig bedingen können. In so bedeutenden Ländern wie Großbritannien, Japan, Niederlande oder Irland ist der Zugang zu neuen wie alten Zugangsnetzen der Telekommunikation reguliert, zugleich ist das Investitionsniveau in moderne, großteils glasfaserbasierte All-IP-Infrastruktur hoch, teils deutlich höher als in der Bundesrepublik Deutschland. So hält z.B. die British Telecom an ihrem Investitionsplan in Höhe von rd. 10 Mrd. GBP für das neue All-IP-Netz fest – trotz (vielleicht sogar wegen) der Separierung von Infrastruktur und Endkundengeschäft („Openreach“) mit reguliertem Zugang für Wettbewerber.

Die regulierten Zugangspreise zu den Infrastrukturen sind dabei so ausgelegt, dass sie die Kapitalkosten des Investors einschließlich des Risikos der Investition in innovative Infrastrukturen angemessen berücksichtigen. Dadurch hat das Unternehmen ausreichenden Anreiz zur Investition in neuartige Infrastrukturen, zugleich wird die Auslastung des Netzes durch die Mitnutzung der Wettbewerber verbessert, was wiederum die Effizienz des Netzes steigert. Alle haben transparente Konditionen der Netznutzung, was Qualitäts- und Innovationswettbewerb auf dem Endkundenmarkt zugute kommt. Schließlich dürfte es für den europäischen Binnenmarkt von erheblicher Bedeutung sein, dass Telekommunikationsunternehmen, die in mehreren Ländern Dienste anbieten möchten, aber nicht in allen Ländern eigene Infrastrukturen aufbauen können, in den jeweiligen Ländern zu vergleichbaren Bedingungen alte *und* neue Netze bzw. Netzkomponenten für die Verwirklichung ihrer Geschäftsmodelle nutzen können, solange Infrastrukturalternativen nicht ausreichend zur Verfügung stehen.

## 8. Fazit

Das proklamierte Ziel des vorgeschlagenen § 9a TKGE, Anreize zu Investitionen und Innovationen zu schaffen, lässt sich bereits durch das bestehende Telekommunikations- und Wettbewerbsrecht hinreichend verfolgen. Die durch den neuen Paragraphen grundsätzlich ermöglichte Herausnahme neuer Märkte aus der Regulierung („regulatory holidays“) erweist sich als kaum praktikabel sowie als fachlich wenig überzeugend. Anscheinend liegt diesem Vorhaben ein einseitiges Verständnis von Regulierung zugrunde. Erfahrungen in bedeutenden Ländern zeigen, dass auch unter den Bedingungen von (fachlich begründeter) Regulierung erhebliche Anreize zu Investitionen in innovative Infrastrukturen bestehen und somit die Modernisierung von Tele-

kommunikationsnetzen vorangetrieben wird. Die Gesetzesergänzung in Form des § 9a bringt keinen praktikablen Fortschritt, birgt aber das Risiko von langwierigen Streitigkeiten.