

## NEWSLETTER

Nr. 53 - November 2007

### Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	1
Vorwort.....	1
Neue EU-Reformvorschläge von der EU-Kommission vorgestellt .....	1
Was bewegt Incumbents? – Bericht von der ETNO Annual Conference .....	8
BVerwG zum Rechtsschutz gegen TAL-Regulierungsverfügung .....	10
Endgültiges Hinweispapier der BNetzA zu Preis-Kosten-Scheren .....	12
Duct Sharing in Frankreich .....	13
Bill-and-Keep-Workshop der österreichischen Regulierungsbehörde .....	15
Termine .....	16
Impressum.....	17

### Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

mit der vorliegenden Ausgabe des Newsletters 53 möchten wir Ihnen aus gegebenem Anlass einen besonders ausführlichen Überblick über die aktuellen Reformvorschläge der EU-Kommission verschaffen. Außerdem berichten wir erneut über Veranstaltungen, an denen die Kollegen unseres Teams teilgenommen haben, und stellen brandaktuelle behördliche sowie gerichtliche Entscheidungen vor.

**Last but not least wünschen wir allen Leserinnen und Lesern ein Frohes Weihnachtsfest sowie Alles Gute im Neuen Jahr!**

Sie erreichen uns mit Anfragen, Kritik und Anregungen gerne unter [newsletter@juconomy.com](mailto:newsletter@juconomy.com)  
Nach einer Weihnachtspause erscheint unser nächster Newsletter Nr. 54 Anfang Februar 2008.

### Telekommunikation (Recht, Ökonomie, Technik)

#### Neue EU-Reformvorschläge von der EU-Kommission vorgestellt

Am 13. November 2007 hat die EU-Kommission ihr Reformpaket für die Änderung des regulatorischen Rahmens im Bereich der elektronischen Kommunikation vorgestellt. Auf der Basis von Vorschlägen aus den Jahren 2005 und 2006 und umfangreichen Konsultationen sind nunmehr die legislativen Vorschläge erarbeitet worden, wie die EU-Kommission beabsichtigt, ab dem Jahr 2010 den europäischen Telekommunikationsmarkt regulatorisch zu gestalten.

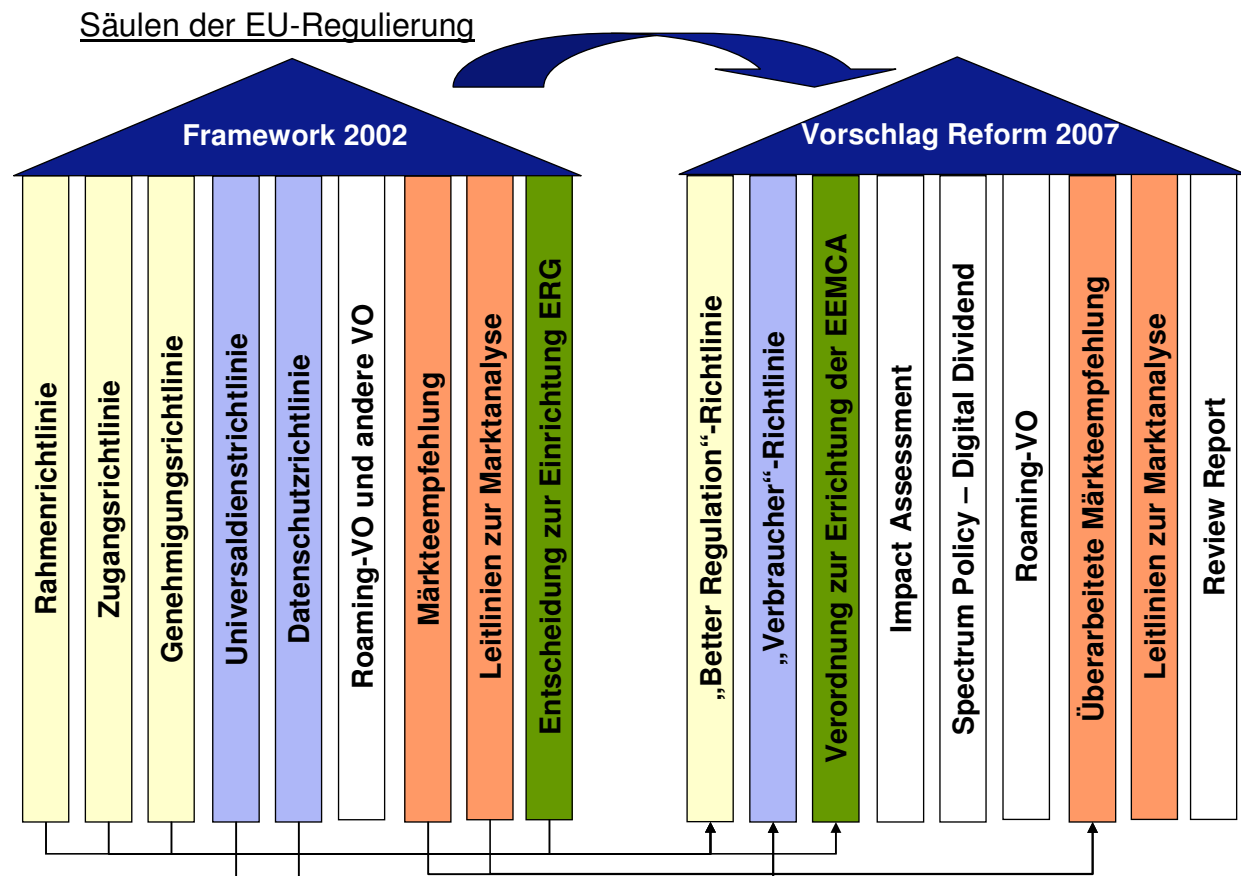
## HEUTIGER RAHMEN

Um den Gesamtfumfang der Vorschläge und der damit einhergehenden Änderungen zu verstehen, ist es wichtig, sich in Erinnerung zu rufen, auf welchen Säulen die Regulierung des europäischen Telekommunikationsmarktes heute beruht. Dies sind

- die fünf wesentlichen Richtlinien (Rahmenrichtlinie, Zugangsrichtlinie, Universaldienstrichtlinie, Genehmigungsrichtlinie, Datenschutzrichtlinie)
- einzelne Verordnungen (wie z.B. die Roaming-Verordnung)
- die Empfehlung der EU-Kommission über die relevanten Produkt- und Dienstmärkte sowie
- die Leitlinien zur Marktanalyse.

Zu diesen Texten sind von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union jeweils nationale Umsetzungs Vorschriften erlassen worden und die Mitgliedstaaten haben – auf der Grundlage einer Entscheidung der EU-Kommission aus dem Jahr 2002 – die ERG (Gruppe europäischer Regulierungsbehörden) eingerichtet, welcher eine wichtige Rolle im Zusammenhang mit der Kommunikation zwischen Regulierungsbehörden und EU-Kommission zukommt.

Die Vorschläge der EU-Kommission, die jetzt bekannt geworden sind, beinhalten viele Ideen, die im Markt bereits kontrovers diskutiert wurden. Zunächst sollen die neuen Säulen der Regulierung betrachtet werden. Die folgende Graphik zeigt dabei die Elemente des bestehenden Rahmens auf der linken Seite während die neuen, geplanten Säulen auf der rechten Seite dargestellt sind.



## ÜBERARBEITUNG BESTEHENDER RICHTLINIEN

Es ist beabsichtigt, die Zahl der Richtlinien von 5 auf 2 zu reduzieren und dabei in einer Richtlinie die bisherige Rahmenrichtlinie, die Zugangsrichtlinie sowie die Genehmigungsrichtlinie miteinander zu

verknüpfen und zum anderen in einer weiteren Richtlinie die bisherige Universaldienstrichtlinie sowie die Datenschutzrichtlinie zu kombinieren. Die erste Richtlinie soll vor allem die Thematik von Wettbewerb, Zugang und Frequenzregulierung adressieren, die zweite Richtlinie vor allem Verbraucherschutz und Sicherheit. Diese Richtlinienvorschläge enthalten eine Reihe von Einzelmaßnahmen und Ansätzen, wie das „Regulierungshandwerk“ abgeändert werden soll. Darauf wird weiter unten eingegangen. Daneben wird der Einführung einer „Europäischen Regulierungsbehörde“ unter dem Namen European Electronic Communications Market Authority (EECMA) eigens eine Verordnung gewidmet. Damit soll die bisherige Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden (ERG) zu einer stärker formalisierten und in die Entscheidungszüge einbezogenen werden (formell wird sie abgeschafft und durch die EECMA ersetzt), zum anderen beinhaltet dies aber natürlich auch eine gewisse Zentralisierung, da bestimmte Aufgaben und Funktionen bei dieser neuen Regulierungsinstanz angesiedelt werden sollen (dazu im Detail noch unten).

## EFFIZIENTERE MARKTREGULIERUNG DURCH FOKUS AUF WENIGER MÄRKTE

Dazu beabsichtigt die EU-Kommission, bestehende Regulierung partiell abzubauen. Zu diesem Zweck ist vorgesehen, die Zahl der „Kandidatenmärkte“, die für eine Ex-ante-Regulierung in Betracht kommen, von derzeit 18 auf nurmehr 7 zu reduzieren. Dies würde bedeuten, dass die heute durchgeführten Marktdefinitionen sowie die Marktanalyse und Verfahren zu Regulierungsverfügungen (Remedies) in ihrer Zahl deutlich reduziert werden. Des Weiteren beabsichtigt die EU-Kommission – und auch dafür hat sie ein eigenes Dokument mit entsprechenden Begründungen und Herleitungen erstellt – die „digitale Dividende“ auszuschöpfen. Dazu legt sie ein Konzept vor, mit dem Frequenzen, die bisher für analoges Fernsehen genutzt wurden, für elektronische Kommunikationsdienste zugänglich werden sollen.

Insgesamt kann man daher sagen, dass die „neue Regulierung“ aus Sicht der EU-Kommission auf vier wesentlichen Säulen beruht, nämlich zwei Richtlinien, der Märkteempfehlung in überarbeiteter Form sowie dem Dokument zur Errichtung einer europäischen Regulierungsbehörde. Neben diesen „tragenden“ Säulen gibt es noch eine Reihe informeller Dokumente, welche argumentative Grundlagen für den Reformvorschlag bilden sollen.

## EINZELMASSNAHMEN IN RICHTLINIENENTWÜRFEN

In den Richtlinienvorschlägen „verstecken“ sich eine Reihe von Einzelmaßnahmen, die das Gesicht der Regulierung massiv verändern werden und die im Folgenden noch näher zu beleuchten sind:

- Im Bereich des Frequenzmanagements werden die Zielsetzungen und Voraussetzungen für die Regulierung neu gestaltet. Zentral ist dabei die Betonung der Prinzipien der Technologie-neutralität und der Diensteneutralität (Änderung von Artikel 9 Abs. 3 und 9 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie) mit dem letztendlichen Ziel, den größtmöglichen wirtschaftlichen Nutzen aus der Vergabe und Nutzung von Frequenzen zu ziehen. Dazu gehört auch die Einführung des Frequenzhandels, welcher bisher zwar in Artikel 9 der Rahmenrichtlinie enthalten war, allerdings nur als eine Option der nationalen Gesetzgebung. Nunmehr soll es möglich sein, das Prinzip des Frequenzhandels auch in den gemeinsam definierten Bändern als verpflichtendes Instrument der nationalen Regelung einzuführen (Artikel 9b). Einschränkungen im Hinblick auf die Technologie- und Diensteneutralität sollen von den Mitgliedstaaten nur noch auferlegt werden können, wenn diese Maßnahmen dazu dienen, Interferenzen zu unterbinden, die öffentliche Sicherheit und Gesundheit zu gewährleisten und den Erhalt einer Allgemeingenehmigung zur Auflage zu machen, wenn es um die maximale Nutzung von Frequenzen geht. Mit der Technologie- und Diensteneutralität soll grundsätzlich erreicht werden, dass alle Technologien und Dienste unabhängig vom jeweiligen Frequenzspektrum genutzt werden können. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass zudem die Entscheidungsgewalt über bestimmte Frequenzbereiche auf die EECMA übergeht und somit den nationalen Regulierungsbehörden

entzogen wird. Ergänzend hierzu wurde das Dokument „Reaping the Full Benefits of the Digital Dividend in Europe: A Common Approach to the Use of Spectrum released by the Digital Switch Over“ verfasst.

- Eine massive Veränderung sollen auch die Verfahren zur Marktdefinition und -analyse und zur Auflage von Vorabverpflichtungen (Remedies) erfahren. Zunächst soll die bisher geltende Trennung der Eingriffsmöglichkeiten der EU-Kommission in Bezug auf Marktanalysefeststellungen und Vorabverpflichtungen überwunden werden. Bisher war es der EU-Kommission nur gegen Marktanalyseergebnisse der nationalen Regulierungsbehörden möglich, ein Veto einzulegen (also in Bezug auf die Marktdefinition und die Feststellung beträchtlicher Marktmacht). In Bezug auf die Auswahl von Vorabverpflichtungen im Fall festgestellter beträchtlicher Marktmacht hatte die EU-Kommission zwar ein Recht zur Kommentierung, jedoch keine Möglichkeit, gegen die geplanten „Remedies“ per Veto vorzugehen. Dies soll sich mit der Änderung von Artikel 7 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie nunmehr ändern. Zu den neuen Verfahrenselementen gehört auch, dass es der EU-Kommission obliegen soll, für den Fall, dass sie die Maßnahme der nationalen Regulierungsbehörde für ungeeignet hält, spezifische Vorabverpflichtungen aus dem Katalog von Artikel 9 bis Artikel 13 a der neuen Richtlinie (alte Zugangsrichtlinie) aufzuerlegen.
- Zum Reformpaket gehört auch ein vereinfachtes Notifizierungsverfahren, falls nationale Regulierungsbehörden in einer „neuen Runde“ der Marktdefinition und Marktanalyse zu einem ähnlichen Ergebnis kommen wie bisher und damit im Wesentlichen die bisherige Regulierung fortschreiben wollen (dies ist z.B. auf resistenten Monopolmärkten sehr wahrscheinlich). In diesem Fall soll es ein vereinfachtes Verfahren geben, das die Komplexität der internationalen Koordinierung reduziert und auch die Fristen verkürzt.
- Gestärkt wird die Rolle der EU-Kommission im Hinblick auf transnationale Märkte, wo es für die Durchführung der Marktanalyse einen Auftrag an die EECMA geben soll.
- Eine weitere Reihe von Maßnahmen zielt auf die Stärkung der Unabhängigkeit nationaler Regulierungsbehörden. In einigen Ländern gibt es diesbezüglich Bedenken im Hinblick auf mögliche Einwirkungsmöglichkeiten staatlicher Stellen vor allem dort, wo der Staat noch Anteile am früher monopolistischen Betreiber (Incumbent) hält. Daher werden in Artikel 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie Mindestvorgaben für die Aufhebung von Maßnahmen bzw. Entscheidungen nationaler Regulierungsbehörden gemacht. Darüber hinaus wird ein Informationsrecht der nationalen Regulierungsbehörden im Hinblick auf die Entwicklungen neuer Netze (NGN) aufgenommen. In dem neuen Artikel 5 Abs. 1 heißt es dazu:  
*„Those undertakings [gemeint sind Anbieter von elektronischen Kommunikationsdiensten] shall also be required to submit information concerning future network or service developments that could have an impact on the wholesale services made available to competitors. These undertakings shall provide such information promptly on request and to the time scales and level of detail required by the national regulatory authority. The information requested by the national regulatory authority shall be proportionate to the performance of that task. The national regulatory authority shall give the reasons justifying its request for information.“*
- Ergänzend gibt es eine interessante Änderung in Artikel 12 der Richtlinie, wonach den nationalen Regulierungsbehörden ermöglicht wird, Duct Sharing sowie Zugang zu Gebäuden zu regulieren. Der Zweck dieser Änderung ist die Vereinfachung von Investitionen in Glasfasernetze, insbesondere außerhalb von Verdichtungsräumen.

- In der Zugangsrichtlinie, die im Wesentlichen die Maßnahmen enthält, welche in den „Werkzeugkasten“ der nationalen Regulierungsbehörden gehören, ist als wesentliche Änderung die neue mögliche Auflage zur sogenannten funktionellen Separierung vorgesehen. Dazu wird eigens ein Artikel 13 a in die Richtlinie eingeführt, der sich mit unterschiedlichen Formen der Separierung auseinandersetzt. Mit dieser Maßnahme zielt die EU-Kommission vor allem auf Länder, mit anhaltend wenig Anschlusswettbewerb wegen vertikalen Integration des marktbeherrschenden Unternehmens. Diese Auflage kann allerdings nur unter relativ eng begrenzten Voraussetzungen auferlegt werden. Funktionale Separierung heißt dabei die Ausgliederung von den Geschäftsaktivitäten zum Angebot von Vorleistungen im Anschlussnetzbereich in eine unabhängige „Business Unit“:  
*„That business unit shall supply access products and services to all undertakings, including other business units within the parent company, on the same time scales, terms and conditions, including with regard to price and service levels and by means of the same systems and processes.“* (Artikel 13 a Nr. 1, Abs. 2.)
- Bevor es zu einer entsprechenden Auflage kommt, muss die nationale Regulierungsbehörde allerdings eine Anfrage an die EU-Kommission richten, um darzulegen, dass alle anderen Maßnahmen der möglichen Auflagen gem. Art. 9-13 der Zugangsrichtlinie sich als nicht ausreichend erweisen, sowie ein entsprechendes Impact Assessment vorlegen, das die Auswirkungen der Maßnahme aufzeigt – insbesondere im Hinblick auf Anreize für Investitionen in das Netz des „separierten Unternehmens“ und den Infrastrukturwettbewerb. Dazu gehört auch die Vorlage eines Entwurfs einer entsprechenden Regulierungsmaßnahme, welcher eine Reihe von Angaben enthalten muss, nämlich
  - (a) den genauen Inhalt und den Detaillierungsgrad der Separierung,
  - (b) die Identifikation von Anlagengütern für diese separate Business Unit und die Produkte und Dienste, die durch sie erbracht werden sollen,
  - (c) die Prinzipien der Unternehmensleitung (Governance Arrangements), um die Unabhängigkeit der Beschäftigten in der neuen Einheit sicherzustellen und auch eine Anreizstruktur zu geben, die sich auf die Ziele des separierten Unternehmens richtet,
  - (d) Regeln für die Sicherstellung der Einhaltung der Auflagen,
  - (e) Regeln für die Sicherstellung der Transparenz der betrieblichen Abläufe,
  - (f) ein Monitoring-Programm zur Sicherstellung der Einhaltung, einschließlich der Veröffentlichung von Jahresberichten.
- Schließlich sind auch Änderungen in der Genehmigungsrichtlinie vorgesehen. Hier steht vor allem die Implementierung der Reformbemühungen für den Zugang zum Spektrum im Mittelpunkt. Daneben werden Regelungen getroffen, um die Durchsetzungsmöglichkeiten der nationalen Regulierungsbehörde zu stärken, ebenso wie eine Reihe von Verbraucherschutzbestimmungen, nämlich im Hinblick auf den verbesserten Zugang zu elektronischen Kommunikationsdiensten für behinderte Nutzer, verbesserte Notrufe bzw. Notrufabwicklung und vereinfachte Maßnahmen für den Anbieterwechsel, u.a. die Möglichkeit zur Portierung einer Nummer binnen eines Arbeitstages.

Eine gelungene Zusammenfassung der jeweiligen Politikziele enthält das Dokument „Report on the Outcome of the Review of the EU Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services in Accordance with Directive 2002/21/EC and Summary of the 2007 Reform Proposals“, welches für die einzelnen Bereiche („refocused regulation on remaining market competition problems“/“spectrum“/“internal market“/“consumer protection“/“privacy and security“) die jeweiligen zentralen Aspekte beleuchtet.

## EUROPÄISCHER “SUPERREGULIERER” ?

Als ein weiteres grundlegendes Dokument erweist sich der Vorschlag der EU-Kommission zur Errichtung der EECMA. Damit beabsichtigt die EU-Kommission auf der europäischen Ebene eine Behörde zu etablieren, die den Harmonisierungsprozess insbesondere im Hinblick auf gemeinsame Regulierungsmaßnahmen innerhalb der EU verstärkt. Die Behörde würde dabei formell in den Behördenapparat der EU eingegliedert und würde die bisher bestehende Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden ersetzen. Die Etablierung der EECMA würde dabei auf einer Verordnung beruhen („Regulation“), die direkt anwendbar ist – d.h. analog zur Roaming-Verordnung wären keine Umsetzungsgesetze der Mitgliedstaaten erforderlich.

Als Aufgaben für die Behörde im weiteren Sinne zählt die Verordnung auf (Artikel 3 und 4):

- (1) die Bündelung von Erfahrungen und Expertise aus den nationalen Regulierungsbehörden,
- (2) Unabhängigkeit der Behörde in Bezug auf technische Sachverhalte und Ausstattung mit rechtlicher, administrativer und finanzieller Autonomie,
- (3) enge Kooperation mit den nationalen Regulierungsbehörden und der EU-Kommission,
- (4) Einnahme einer formellen Vermittlerrolle bzw. einer aktiven Rolle im Hinblick auf die Mechanismen in Bezug auf die Konsolidierung des internen Marktes,
- (5) Unterstützung der EU-Kommission und der nationalen Regulierungsbehörden im Hinblick auf die effektive Umsetzung von Maßnahmen,
- (6) Unterstützung der Kommission bei der Erweiterung von Auflagen z.B. im Hinblick auf Nummernportabilität,
- (7) Unterstützung und Abgabe von Expertisen und Ratschlägen im Hinblick auf Netzwerksicherheit und Integrität.

Letztlich sind alle Bestimmungen zu den Aufgaben der EECMA in Artikel 3 und 4 sehr ungenau formuliert, was die wirklichen Entscheidungskompetenzen angeht. Die darauf folgenden Artikel 5-14 definieren die Aufgaben der EECMA weiter im Detail. Als wichtigste Aufgaben zu nennen sind

- Konsultation mit der Kommission über Marktanalysen und Vorabverpflichtungen in Mitgliedstaaten in Einzelfällen sowie Überprüfungen nationaler Verfahren (Artikel 5 und 6). Beide Maßnahmen dienen der Sicherstellung harmonisierter Vorgehensweisen
- Definition und Analyse transnationaler Märkte (Artikel 7; offenbar eine Lehre aus dem Roaming-Markt)
- Verwaltung des europäischen harmonisierten Nummernraums inkl. Entscheidungsbefugnis (Artikel 8 Abs. 2)
- Ratgeberfunktion der EU-Kommission in Frequenzfragen (Artikel 10)
- Harmonisierung der Bedingungen und Verfahren in Bezug auf Allgemeingenehmigungen und Nutzungsrechten – eine Maßnahme die der Schaffung gleichartiger Zutrittsbedingungen und dem Entstehen transnationaler Anbieter dient (Artikel 11)
- Auswahl von Unternehmen in Verfahren zur Gewährung von Nutzungsrechten einschließlich Entzug von Frequenzen und Nummern, die unter einem harmonisierten Verfahren vergeben wurden (Artikel 12, 13). Hier kann die EECMA damit direkt auf nationaler Ebene eingreifen und Aufgaben ausführen, die bisher die nationalen Behörden ausgeführt haben.

## MARKTREGULIERUNG MIT WENIGER KANDIDATENMÄRKTEN

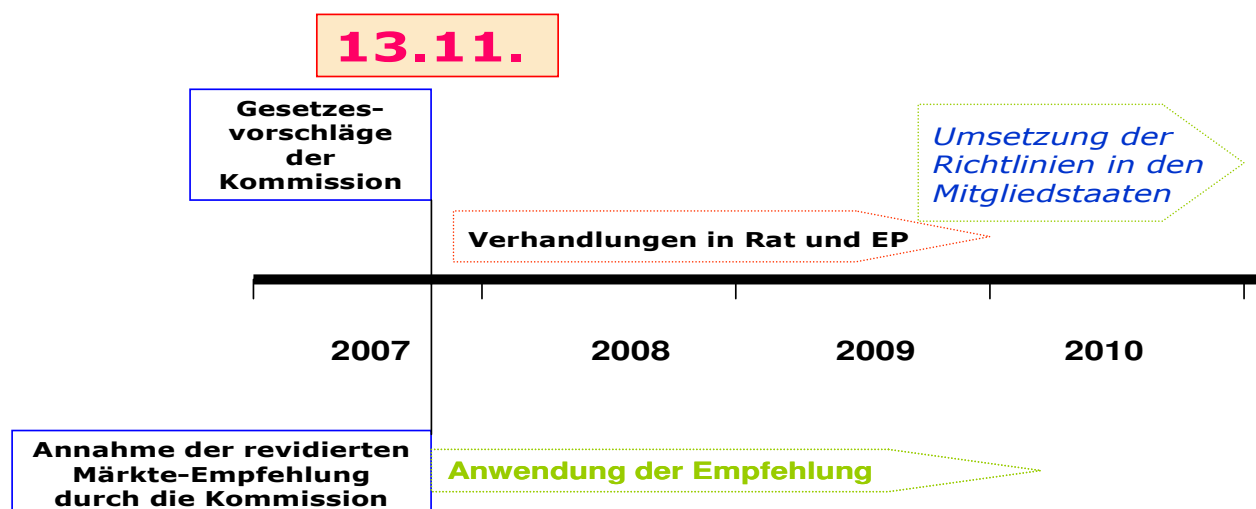
Ein weiteres wichtiges Element des europäischen Regulierungsrahmens ist die Empfehlung der Kommission über die relevanten Produkt- und Dienstmärkte, die für sektorspezifische Regulierung in Frage kommen. Bisher waren dies 18 Märkte, und in gegenwärtig ca. 700 Notifikationen der Mitgliedstaaten sind die meisten dieser Märkte in der ersten und teilweise auch in der zweiten Runde einer entsprechenden Analyse unterzogen worden. Auf den meisten Märkten ist beträchtliche Marktmacht

festgestellt worden und die Unternehmen mit entsprechender Marktmacht wurden von den nationalen Regulierungsbehörden mit bestimmten Auflagen / Verpflichtungen versehen.

Die 18 bisher als Kandidatenmärkte eingestuft Märkte für elektronische Kommunikation bestanden aus sieben Endkunden und 11 Vorleistungsmärkten. Die sieben Endkundenmärkte werden nunmehr auf einen Markt reduziert. Dieser Markt umfasst den Anschluss an das öffentliche Telefonnetz von einem festen Ort für Geschäfts- und Nicht-Geschäftskunden. Dies beinhaltet die früher getrennten Märkte 1 und 2 (Anschlussmärkte). Auf eine Einstufung aller Verbindungsmärkte (für nationale und internationale Verbindungen von Geschäfts- und Nicht-Geschäftskunden sowie auf einen Markt für Mietleitungen für Endkunden) verzichtet die EU-Kommission.

Die früheren Zusammenschaltungsmärkte (Originierung, Transit und Terminierung) werden ebenfalls (um einen Markt) reduziert. Die EU-Kommission sieht den Transitmarkt nicht mehr als regelmäßig regulierungsbedürftig an. Die Originierungsmärkte verbleiben in der Empfehlung ebenso wie die netzindividuellen Terminierungsmärkte. Die Märkte 11 und 12, die zum einen auf die Entbündelung abstellen, zum anderen auf den Breitbandzugang für Endkunden, bleiben ebenfalls bestehen. Dabei wird der Entbündelungsmarkt nun technologieneutral definiert und kann somit andere als die bisher umfassten Kupfer(teil-)leitungen ebenfalls beinhalten. Des Weiteren verbleiben in der Empfehlung die Märkte 13 und 16, dabei handelt es sich um die terminierenden Segmente von Mietleitungen und die netzbetreiberindividuellen Märkte für Mobilfunkterminierung. Die Fernübertragungssegmente von Mietleitungen sowie der Markt für Originierung aus Mobilfunknetzen (Märkte 14 und 15) werden aus der Empfehlung gestrichen, ebenso die Märkte 17 (Wholesale International Roaming, dies wurde Gegenstand der separaten Roaming-Verordnung) sowie der Markt für Rundfunkübertragungsdienste (Markt 18).

Zwei wichtige Aspekte sind noch zu erwähnen: Zum einen schafft die neue Empfehlung erstmals die Möglichkeit, Märkte auf kleinerer Granularität als „national“ bzw. „netzbetreiberindividuell“ zu betrachten. Es wird ausdrücklich ausgeführt, dass eine geographische Differenzierung möglich ist, was bedeutet, dass regional unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnissen, z.B. in Anschlussmärkten Rechnung getragen werden kann. Zum anderen ist der Wirkungsbeginn der Empfehlung bedeutsam. Hier ist zu beachten, dass die EU-Kommission die revidierte Empfehlung am 13.11.2007 angenommen hat und sie damit sofort zur Anwendung gelangt. Den gesamten Ablauf zeigt die folgende Übersicht (Quelle: EU-Kommission):



## ERSTE REAKTIONEN

Die Vorschläge der EU-Kommission werden nun mit dem Rat und dem Parlament sicherlich kontrovers diskutiert werden. Schon im Vorfeld hat es um die Einführung von Maßnahmen wie funktionelle Separierung, die Errichtung einer europäischen Regulierungsbehörde und die Flexibilisierung der Frequenzregulierung intensive öffentliche Auseinandersetzungen gegeben. Interessanterweise hat sich auch die Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden zu Wort gemeldet. Sie ist nicht mit allen Maßnahmen einverstanden, so insbesondere mit einem erweiterten Recht der EU-Kommission für Veto-Entscheidungen bzgl. der Auflage von Vorabverpflichtungen. Die Gruppe der Europäischen Regulierungsbehörden scheint auch der Errichtung einer Europäischen Regulierungsbehörde skeptisch gegenüber zu stehen. So ist auch die Pressemeldung vom 13.11.2007 „ERG ready for extended role“ zu verstehen, die vor allem auf die Möglichkeiten der ERG, in einem geänderten regulatorischen Umfeld aktiv zu werden, abstellt. Zuständigkeitserweiterungen, die diese Gruppe für sich selbst vorschlägt (ohne dass es hierzu einer Konsolidierung im Rahmen einer Europäischen Regulierungsbehörde bedürfte) fokussieren auf

- (1) eine Vertiefung der Zusammenarbeit der Artikel-7-Task Force (Kommission) und der ERG-Artikel-7-Expertengruppe,
- (2) der Möglichkeit einer Konsultation der ERG in Schlüsselbereichen,
- (3) eine weitere Einbeziehung der ERG bei der Implementierung des Rechtsrahmens sowie
- (4) eine frühere Einbeziehung der Kommission bei der Entwicklung des jährlichen ERG-Arbeitsprogramms.

Insofern ist bereits angestoßen durch die ERG viel Diskussionsstoff vorhanden, der die EU-Kommission und alle, die hier mitdiskutieren, über die nächsten Monate, wenn nicht gar Jahre beschäftigen dürfte.

### **Weitere Informationen:**

**Dipl.-Ökon. Dr. Ernst-Olav Ruhle, Tel.: +49 (211) 68 78 88-48, Email: [ruhle@juconomy.com](mailto:ruhle@juconomy.com)**

## Was bewegt Incumbents? – Bericht von der ETNO Annual Conference

Am 22.11.2007 fand in Brüssel die fünfte ETNO Jahreskonferenz mit dem Titel „Finding the Right Balance“ statt. Die ETNO ist der Verband der ehemals marktbeherrschenden Unternehmen (Incumbents). Die jährliche Zusammenkunft dient zur Diskussion innerhalb der Branche sowie mit Vertretern aus Politik und EU-Kommission und findet daher in Brüssel statt. Der Zeitpunkt der diesjährigen Konferenz war ausgesprochen gut gewählt, hatte doch die EU-Kommission erst neun Tage zuvor ihre Reformvorschläge für ein neues Richtlinienpaket vorgestellt. Daher konnte die Thematik der zukünftigen Regulierung in Europa intensiv diskutiert werden. Nicht zuletzt deshalb dürfte auch die hohe Teilnehmerzahl von annähernd 300 Personen zustande gekommen sein.

Die Tagung beinhaltete eine Reihe einzelner Vorträge von Unternehmensvertretern und Persönlichkeiten aus der europäischen bzw. der nationalen Politik – vor allem auch drei Panel-Sessions, die auf spezifische Themen fokussierten.

In der ersten Panel-Session ging es um das Thema „Setting the Scene – New Market Trends and Technologies“. Die Teilnehmer kamen sowohl aus der Industrie als auch aus Wissenschaft und Forschung und stellten dabei darauf ab, dass die Entwicklung zu breitbandigen Netzen und die verstärkte Penetration mit Breitbanddiensten der wesentliche Treiber aller weiteren marktlichen und auch regulatorischen Entwicklungen darstelle. Dabei wurde auch zu den Vorschlägen der EU-Kommission für das Reformpaket Stellung bezogen. Vodafone begrüßte einen Großteil der gefundenen Regelungen, zeig-

te sich aber auch teilweise zu einzelnen Aspekten, so zum Beispiel zu den Kompetenzen der europäischen Marktaufsicht, kritisch. Telefónica begrüßte auch einen nicht unerheblichen Teil der Vorschläge, stellte aber zusätzlich darauf ab, dass die Verwendung von geografischer Differenzierung/Segmentierung bei der Marktanalyse und das Definieren und separate Analysieren von subnationalen Märkten ein wesentlicher Baustein der zukünftigen Regulierung sein sollte, um regional differenzierte Markt- und Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigen.

In der zweiten Panel-Session diskutierten Vertreter von EU-Kommission, Regulierungsbehörden, Wissenschaft und Praxis über das Thema „Future Policy Vision“. Zentrales Thema war dabei, wie der Rechtsrahmen letztendlich Investitionen in Telekommunikationsnetze anreizen und damit zu einer volkswirtschaftlichen Wohlfahrtssteigerung beitragen kann. In diesem Zusammenhang ging es zentral um die Fragen von Regulierungsfreiheit für einzelne Bereiche sowie um die Wirksamkeit einzelner Maßnahmen als Beitrag zur Erreichung bestimmter politischer Ziele. Fabio Colasanti von der Generaldirektion Informationsgesellschaft und Medien der EU-Kommission vertrat dabei die Ansicht, dass die vorgeschlagene zusätzliche Auflage zur Möglichkeit der Einführung der funktionellen Separierung (Artikel 13 a der Rahmenrichtlinie (Entwurf)) anzusehen sei wie eine „Medizin“. Diese Medizin solle nur dann verabreicht werden, wenn keine anderen Maßnahmen helfen und auch nur dann, wenn sich zeigt, dass die sonst angewendeten Remedies zu keiner Lösung des Wettbewerbsproblems beitragen. Insgesamt ging vom Panel aber die Meinung aus, dass die Anwendung der Auflage zur funktionellen Separierung wenig wahrscheinlich sei. Wahrscheinlicher sei beim Auftreten entsprechender Wettbewerbsprobleme, dass es zu einer freiwilligen Separierung durch das regulierte Unternehmen komme.

Der Nachmittag war dann den konkreten regulatorischen Themen und den Inhalten des Reformpakets gewidmet. Dabei wurde von Frau Catherine Trautmann als Mitglied des Europäischen Parlaments vorgetragen, dass das Parlament einige der Vorschläge der EU-Kommission sehr kritisch sehen wird. Ausgehend von den guten Wirkungen des heutigen Rechtsrahmens wird der Änderungsbedarf nicht so umfassend gesehen bzw. die Richtung, die die EU-Kommission vorschlägt, teilweise als kontraproduktiv bewertet. Dies betrifft auch und vor allem die Rolle der nationalen Regulierungsbehörden sowie die Funktion der Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden (ERG) im heutigen Umfeld, das ausgesprochen positiv gesehen wird. Auch zur Auflage der funktionellen Separierung wird sich sicherlich das Europaparlament umfassend einlassen, und bei diesen beiden letztgenannten schwergewichtigen Themen des Reformpakets wird es zu intensiven Diskussionen zwischen Kommission und Parlament kommen.

Anschließend stellte Peter Scott von der Generaldirektion Informationsgesellschaft und Medien die wesentlichen Bausteine des Reformpaketes vor und ging dabei vor allem auch auf die spezifischen Änderungen im Hinblick auf Marktanalyse und Vorabverpflichtungen ein. Roberto Viola, gegenwärtiger ERG Chairman, betonte die proaktive Rolle der Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden und ihre Bereitschaft zu weiterer Zusammenarbeit mit der EU-Kommission. Angesichts des Briefes, den die ERG an die zuständige EU-Kommissarin gerichtet hat, darf man aber davon ausgehen, dass eine Integration der ERG in den Apparat der EU-Kommission eher skeptisch gesehen wird. Rudolf Fischer von der Telekom Austria verwies auf die Entwicklung des österreichischen Marktes, insbesondere die starke Fest-Mobil-Substitution, die mittlerweile auch im Breitbandbereich um sich greift (27 % der Breitbandanschlüsse in Österreich sind Mobilanschlüsse) und die neue Fragen im Hinblick auf die Freiheit von Regulierung sowie die Zukunft des Festnetzes aufwirft.

Abschließend stellte Scott Marcus vom WIK dar, wie sich die Telekommunikationsmärkte in Europa im Vergleich zu den USA entwickeln und wo Parallelen im Hinblick auf die Anwendung von Elementen der jeweiligen Rechtsrahmen in der anderen Region gezogen werden können. Er empfahl, dass Europa die neuesten Entwicklungen in den USA nicht als Beispiel nehmen sollte, da er die Gefahr sieht,

dass bei einer nachhaltigen Aufgabe des Regulierungsinstrumentariums sich kein Duopol entwickeln würde wie in den USA, sondern pro Land in Europa ein Monopol entstehen könnte. Die meisten guten Elemente des US-Rechtsrahmens habe Europa ohnehin bereits übernommen.

Die Konferenz erbrachte insgesamt einige interessante Erkenntnisse im Hinblick auf die Positionierung von Incumbents in der zukünftigen Regulierungsdiskussion. Das Reformpaket der EU, das ebenfalls intensiv diskutiert wurde, wird sicherlich nicht so bleiben wie in den gegenwärtigen Vorschlägen skizziert, sondern wird im Prozess der Diskussion im Europaparlament umfangreiche Änderungen erfahren, auf die man gespannt sein darf.

**Weitere Informationen:**

**Dipl.-Ökon. Dr. Ernst-Olav Ruhle, Tel.: +49 (211) 68 78 88-48, Email: [ruhle@juconomy.com](mailto:ruhle@juconomy.com)**

**RA Prof. Dr. Fabian Schuster, Tel.: +49 (211) 68 78 88-28, Email: [schuster@juconomy.com](mailto:schuster@juconomy.com)**

## BVerwG zum Rechtsschutz gegen TAL-Regulierungsverfügung

Am 28.11.2007 wurde vor dem BVerwG mündlich über die Revision einiger alternativer Teilnehmernetzbetreiber betreffend die erste TAL-Regulierungsverfügung der BNetzA vom 20.04.2005 verhandelt. JUCONOMY Rechtsanwälte hatte diese Teilnehmernetzbetreiber im Gerichtsverfahren vertreten. In seiner mit Spannung erwarteten Entscheidung hatte sich das BVerwG vor allem mit grundlegenden Rechtsschutzmöglichkeiten von Wettbewerbern des regulierten Unternehmens DTAG auseinanderzusetzen. In der mündlichen Verhandlung zeichneten sich einige Überlegungen des Senats ab, welche im Folgenden vorbehaltlich der endgültigen Revisionsbegründung zusammengefasst werden sollen.

Auf die zuletzt von der BNetzA vorgebrachte vermeintliche Erledigung der Regulierungsverfügung mit Inkrafttreten der nachfolgenden TAL-Regulierungsverfügung vom 27.06.2007 ging das BVerwG kaum ein. Eine derartige Erledigung scheiterte vorliegend daran, dass auch die DTAG als reguliertes Unternehmen bereits gegen diese neue Regulierungsverfügung geklagt habe. Unter diesen Umständen sei nicht auszuschließen, dass die neue Regulierungsverfügung gerichtlich aufgehoben werde und dann die streitgegenständliche vorangegangene Regulierungsverfügung weiter gelte.

Ebenso wenig problematisierte der Senat eine eventuelle Versäumung der Klagefrist, da die Klagefristen mangels förmlicher Bekanntgabe gegenüber den Klägerinnen nicht zu laufen begonnen hätten. Für eine fristauslösende öffentliche Bekanntgabe sei die Veröffentlichung im Amtsblatt der BNetzA nicht ausreichend, diese erfolge nur zur Unterrichtung der interessierten Öffentlichkeit. Lediglich einer Veröffentlichung im Bundesanzeiger könne eine förmliche Bekanntgabe zugemessen werden.

Folglich widmete sich das Gericht den zentralen und seit langem umstrittenen Drittschutzfragen, welche das VG Köln erstinstanzlich durch seine Klageabweisung aufgeworfen hatte. Insofern vermochte der Senat in mehrfacher Hinsicht nicht der Auffassung des VG Köln zu folgen, obwohl in dessen erstinstanzlicher Urteilsgründen vor allem die grundlegende Entscheidung des Senats aus dem Jahre 2002 zum Rechtsschutz gegen Rundfunk-Einspeisegebühren herangezogen worden war. Das BVerwG tendierte diesbezüglich zu folgenden wichtigen Klarstellungen, zumindest was den verfahrensgegenständlichen Kreis konkreter TAL-Zugangsnachfrager angeht:

- Es gelte uneingeschränkt die allgemeine Schutznormtheorie – das Kriterium der unmittelbaren Privatrechtsgestaltung stehe selbständig neben deren Voraussetzungen und dürfe nicht, wie vom VG Köln, mit diesen kumuliert werden.

- Eine Individualisierung gegenüber der Allgemeinheit sei für das 1. Kriterium der Schutznormtheorie ausreichend, selbst wenn die verbleibende Gruppe Normbegünstigter groß sei – anders noch das VG Köln.
- Bei den geschützten Belangen der Norm im Sinne des 2. Kriteriums reiche es aus, wenn neben objektiv-rechtlichen auch subjektiv-rechtliche Belange geschützt seien.
- Davon sei regelmäßig bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen aller Art auszugehen (gesamter „Werkzeugkasten“ der §§ 19 ff. TKG).
- An geschützten Rechtspositionen Einzelner fehle es hingegen im vorgeschalteten Verfahren der Marktdefinition.
- Im Verfahrensstadium der Marktanalyse kämen subjektive Rechte wiederum möglicherweise in Betracht.
- Ausnahmsweise könnten subjektive Rechte von Zugangsnachfragern in allen drei Verfahrensstadien – Marktdefinition, -analyse sowie Verpflichtungen – betroffen sein, soweit deren bereits realisiertem Zugang die Rechtsgrundlage durch Widerruf oder Aufhebung von Zugangsverpflichtungen entzogen werde. Dann könne nämlich auch von Bestandschutzinteressen ausgegangen werden.

Zu Lasten der Klägerinnen tendierte der Senat allerdings hinsichtlich des Erfordernisses eines formellen Antrags im Verfahren vor der BNetzA. Das VG Köln bezeichnete eine derartige Klagevoraussetzungen unter den Streitgegenständlichen Umständen noch als „ungerechtfertigte Förmelerei“, da dem Sinn und Zweck eines solchen Antrages dadurch genügt werde, dass die Behörde im Bescheid (S. 11, 16, 18 und 19) eindeutig zum Ausdruck gebracht habe, dass und aus welchen Gründen sie die nunmehr eingeklagten Regelungen nicht für gerechtfertigt halte. Außerdem habe sich die Behörde im Klageverfahren zur Sache eingelassen und dabei sogar die Auffassung vertreten, dass ein zusätzlicher förmlicher Antrag neben der Anhörung im Konsultationsverfahren auf eine ineffiziente Verfahrensausgestaltung hinausliefe.

Das BVerwG zeigte sich von dieser Vorgeschichte ebenso unbeeindruckt, wie von der einhergehenden Tatsache, dass die BNetzA förmlich beantragte Beiladungen der Klägerinnen im Verwaltungsverfahren abgelehnt hat. Der erforderliche Antrag könne auch nicht in Stellungnahmen von Wirtschaftsverbänden gesehen werden, selbst wenn die Klägerinnen von der BNetzA „im Sinne einer effizienten Verfahrensgestaltung“ auf die Gelegenheit zur Stellungnahme über ihre Verbände verwiesen worden seien. Seine streng formelle Antragswürdigung begründete der Senat in der mündlichen Verhandlung damit, dass die von der BNetzA zu treffenden Ermessensentscheidungen über Verpflichtungen des regulierten Unternehmens eine hinreichende Information der Behörde voraussetzten, welche zumindest grundsätzlich nicht allein über Verbandsstimmungen erfolgen könne. Im gerichtlichen Verfahren habe die BNetzA nur begrenzte Möglichkeiten, neue Erkenntnisse in die Entscheidungsfindung mit einfließen zu lassen, so dass – auch aus Gewaltenteilungsgründen – ein großes Interesse daran bestehe, dass entscheidungserhebliche Informationen von den betroffenen Parteien schon im Verwaltungsverfahren eingebracht würden.

Gleichwohl nutzte der Senat im Folgenden noch die mündliche Verhandlung für einige richtungsweisende Überlegungen zur materiellen Rechtmäßigkeit der Ablehnung von den im Klagewege beantragten Verpflichtungen. Die beantragte Verpflichtung zum Kapazitätsausbau bei Engpässen im TAL-Zugang sah das BVerwG als gesetzlich prinzipiell zulässig an – allerdings nur in „Rand- bzw. Übergangsbereichen“, falls ansonsten die Zugangsverpflichtung ins Leere liefe. Angesichts des kategorischen Ausschlusses solcher Ausbaupflichtungen in der Regulierungsverfügung stellte der Senat einige kritischen Fragen an die BNetzA nach der Rechtfertigung für Ausbauperweigerungen selbst in extremen Einzelfällen (ohne Ausbau kein Zugang möglich und nur geringe Investitionen für DTAG zum Ausbau erforderlich). Hierauf konnte die BNetzA nur mit einer vermeintlich statistisch vernachlässigbaren Grö-

Benordnung von Engpässen beim TAL-Zugang antworten. Der Senat schien von dieser Begründung nicht sonderlich überzeugt.

Ähnlich kritisch äußerte sich das BVerwG zur Argumentation der BNetzA, der zufolge eine Verpflichtung zu getrennter Rechnungsführung entbehrlich sei, da die DTAG bereits im Rahmen der Vorabgenehmigungspflicht von Entgelten zur Vorlage von Kostenunterlagen verpflichtet sei. Der Senat wies insbesondere darauf hin, dass getrennte Rechnungsführung gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 TKG bei verbundenen Unternehmen „in der Regel“ aufzuerlegen sei. Schließlich betonte das BVerwG auch im Zusammenhang mit den beantragten Kooperations- und Nutzungsmöglichkeiten gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG sowie der Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG, dass sich insoweit „Rechtsfragen“ stellten, welche das Gericht gegebenenfalls zu entscheiden hätte.

Zu diesen wichtigen Entscheidungen in der Sache wird es nun voraussichtlich frühestens in Klageverfahren gegen die neue Regulierungsverfügung vom 27.06.2007 kommen, da der Senat vorliegend auf das Fehlen von Anträgen im Verwaltungsverfahren abstellen und die Revision deshalb insgesamt zurückgewiesen hat. Zusammenfassend lassen sich bereits heute zwei grundsätzliche Lehren aus der Revisionsbegründung des Senats antizipieren: Zum Einen ist Rechtsschutz der Wettbewerber gegen die TAL-Regulierungsverfügung nicht chancenlos, insbesondere hat sich der Senat deutlich für den subjektiv-rechtlichen Schutzgehalt von regulatorischen Verpflichtungen ausgesprochen und einige materiellrechtliche Schwachpunkte der auferlegten Verpflichtungen benannt, die auch auf die neue Regulierungsverfügung übertragbar sein dürften.

Zum anderen ist – gleichsam als Kehrseite dieser einklagbaren Rechtspositionen von Zugangsnachfragern – streng auf verfahrensrechtliche Obliegenheiten wie die rechtzeitige Stellung entsprechender Anträge schon im Verwaltungsverfahren vor der BNetzA zu achten. Auf die Einhaltung von Formalitäten im Verwaltungsverfahren sollten die interessierten Unternehmen also verstärkt achten – auch wenn Ihnen von Seiten der BNetzA einmal anderes suggeriert wird. Dies gilt im Übrigen nicht nur für das Verfahren bis zur Regulierungsverfügung, sondern auch für alle anderen regulatorischen Verfahren, wie etwa zu Standardangeboten gemäß § 23 TKG.

**Weitere Informationen:**

**RA Dr. Martin Geppert, Tel.: +49 (211) 68 78 88-38, Email: [geppert@juconomy.com](mailto:geppert@juconomy.com)**

**RA Marc Salevic, Tel.: +49 (211) 68 78 88-18, Email: [salevic@juconomy.com](mailto:salevic@juconomy.com)**

## Endgültiges Hinweispapier der BNetzA zu Preis-Kosten-Scheren

Am 14. November 2007 hat die BNetzA die Endfassung des Leitliniendokuments „Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG“ veröffentlicht. Motiv der BNetzA ist es, ein gemeinsames Verständnis über die zugrunde liegende Problematik zu leisten sowie Leitlinien für die Anwendung von Preis-Kosten-Scheren-Tests darzulegen. Das Dokument wurde in einer ersten Version Anfang diesen Jahres zur nationalen Konsultation veröffentlicht und basierend auf den Kommentaren der Marktteilnehmer zur vorliegenden Endfassung überarbeitet.

Die Erstellung eines Leitliniendokuments bringt den Vorteil für die Regulierungsbehörde, dass sie Kenntnisse über die Sichtweise der Marktparteien vertiefen kann, bevor sie förmliche Verfahren eröffnet. Das Dokument stellt an sich keine Entscheidung dar, kann aber die Ermessensausübung der BNetzA in zukünftigen Verfahren erahnen lassen und gegebenenfalls (als „Selbstbindung der Verwaltung“?) Entscheidungen determinieren.

Die Endfassung behandelt viele relevante Aspekte – bezieht aber wenig eindeutige Positionen. Entweder sind die Aussagen sehr allgemein gehalten oder die Schlussfolgerungen bestehen aus „Ja, aber...“-Aussagen. Auf der einen Seite stellt die Behörde fest, dass die Wettbewerber im Vergleich zum marktbeherrschenden Unternehmen (z.B. die DTAG) kurz- und mittelfristig höhere Kosten haben können. Auf der anderen Seite befindet sie aber, dass diese höheren Kosten nie von langer Dauer sein könnten und dass eine regulatorische Berücksichtigung nur in gravierenden Ausnahmefällen angezeigt sei, weil sie zu einer Erhöhung von Endkundertarifen führen würde und dadurch indirekt zu kurzfristigen Wohlfahrtsverlusten auf Kosten der Endverbraucher.

Ein anderes Beispiel für eine „Ja, aber...“ Regelung ist die Aussage, dass die Tarife des marktbeherrschenden Unternehmens von den Wettbewerbern flächendeckend abgebildet werden können müssen, aber dies wiederum nicht so zu interpretieren sei, dass mit jedem Geschäftsmodell die Tarife flächendeckend abgebildet werden könnten. Wichtig ist dabei auch die Aussage der BNetzA, dass die Preis-Kosten-Scheren-Tests geschäftsmodellneutral durchzuführen sind und eine besondere Berücksichtigung von Infrastrukturbewerbern grundsätzlich nicht vorgenommen werde!

Zu der Frage, ob Marktvergleiche oder Kostenunterlagen zur Anwendung kommen soll, wird die BNetzA präziser, indem sie feststellt, dass die Anwendung von Marktvergleichen sehr problematisch ist. Ein Grund dafür ist, dass die Wettbewerber unabhängig von der Existenz einer Preis-Kosten-Schere die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens (kurz- bzw. mittelfristig) auf jeden Fall unterbieten müssen – auch wenn es dabei zu Kostenunterdeckung kommt.

Unter dem Strich ist die Initiative der BNetzA, ein Leitlinienpapier zu veröffentlichen, begrüßenswert. Da die Schlussfolgerungen aber eher ambivalent gehalten und viele Türen noch offen gelassen wurden, ist das Potenzial eines solchen Papiers nur begrenzt ausgeschöpft. Trotzdem wird dieses Dokument mit großer Wahrscheinlichkeit bei jedem Preis-Kosten-Scheren-Verfahren vor der BNetzA eine bedeutende Rolle spielen.

**Weitere Informationen:**

**Martin Lundborg, Tel.: +49 (211) 68 78 88-31, Email: [lundborg@juconomy.com](mailto:lundborg@juconomy.com)**

## Duct Sharing in Frankreich

ARCEP, die französische Regulierungsbehörde, hat jüngst die zusammenfassenden Ergebnisse ihrer Konsultation betreffend Zugang zur Leerverrohrung auf öffentlichem Gut von France Telecom auf ihrer Homepage veröffentlicht. Die Konsultation ist der erste Schritt in Richtung einer Regulierungsverfügung durch ARCEP auf diesem Markt. In ihrem Konsultationsdokument analysiert ARCEP, dass es sich hierbei um einen nationalen Markt handle, und sieht einen Zeithorizont von 3 Jahren für eine etwaige Regulierung des Marktes vor. Begleitend zur Konsultation betreffend Leerverrohrung auf öffentlichem Gut hat ARCEP eine Konsultation über den Zugang zur Telekommunikationsinfrastruktur in Gebäuden veröffentlicht. Beide Konsultationen bilden im großen Kontext FTTH (fiber to the home) eine notwendige Einheit, um in Frankreich Glasfasernetzwerke für die Kommunikation ausrollen und hierüber den Kunden neue Dienste (IP-TV, interaktive Spiele, etc.) anbieten zu können.

ARCEP sieht in den Kosten der Verlegung von Rohren die größten Wettbewerbshemmnisse für infrastrukturbasierten Wettbewerb. Zur Abhilfe sieht die Behörde zwei Möglichkeiten:

1. strukturelle Separierung oder
2. Erweiterung der Märkte 11 und 12 betreffend Glasfaser (FTTx).

Als einziges Unternehmen verfügt France Telecom über eine nationale Infrastruktur an Leerrohren. Die Behörde kommt daher zu dem Schluss, dass eine Verpflichtung der France Telecom zum Angebot des Zugangs zur Leerverrohrung die beste Lösung darstelle. Diese stelle den geringsten Eingriff gegenüber dem regulierten Unternehmen dar und eröffne die besten Möglichkeiten für Investitionen aller Betreiber.

Der Zugang zu diesen Rohrsystemen von France Telecom würde es anderen Anbietern wesentlich rascher ermöglichen, eigene Glasfasernetze auszurollen und damit einerseits den Wettbewerb zu erhöhen und andererseits die neuen Dienstleistungen schneller flächendeckend Endkunden anzubieten. Dadurch würde die Implementierung einer derartigen Regelung den wettbewerblichen Vorsprung von France Telecom schmälern und zu einheitlichen Wettbewerbsbedingungen – vor allem im Zugangsnetz – führen. Außerdem würden etwaige Risiken von Fehlinvestitionen durch Gemeinden oder anderen Institutionen in derartige Infrastruktur vermieden werden.

Im Konsultationsdokument führt ARCEP folgende Vorabverpflichtungen exemplarisch auf:

- Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes
- Nichtdiskriminierung
- Konkrete Angebotslegung und Informationspflicht auf Nachfrage
- Kostenorientierung
- Getrennte Buchführung und Kostenrechnung

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist, dass France Telecom bereits für Teilbereiche ihres Rohrnetzes ein Angebot zur Verfügung stellt. Dieses ist jedoch kein Standardangebot und auch nicht öffentlich zugänglich. Daher war dessen Existenz auch einigen Mitbewerbern nicht bekannt. Die angebotenen Preise werden von der Regulierungsbehörde als nicht den Kosten entsprechend kritisiert.

Zusammenfassend meint die Regulierungsbehörde, dass sie mit diesem Ansatz eine gemeinsame Anstrengung aller Marktbeteiligten bewirken könne, das große Projekt NGA mit FTTH unter fairen Wettbewerbsbedingungen stattfinden zu lassen. ARCEP sieht jedenfalls beim Zugang zur Leerverrohrung eine asymmetrische Regulierung lediglich für France Telecom vor. Im Falle der ergänzenden Regulierung für den Zugang zu den Einrichtungen im jeweiligen Gebäude sieht ARCEP eine symmetrische Regulierung für alle Betreiber vor, um gegebenenfalls lokale Mini-Monopole zu vermeiden.

Durch diesen Ansatz versucht ARCEP möglicherweise, die Anstrengungen der einzelnen Betreiber bündeln zu können. Damit wären gemeinsame Investitionen für die Erschließung von Kabelverzweigungen zur Entbündelung von Glasfasern möglich.

Eine wesentliche Frage, nämlich die der Operationalisierung des Standardangebotes – respektive Implementierung der Prozesse für den Zugang zu den Leerrohren und den dazugehörigen Einrichtungen –, ist in dieser Konsultation noch nicht behandelt worden. Diese Prozesse werden jedoch maßgeblich für das Gelingen einer derartigen Maßnahme sein.

In Deutschland ist bereits ein erster regulatorischer Schritt mit der Verpflichtung der DTAG zum Angebot von Leerverrohrungen zum KVz unter bestimmten Umständen getan. Die Regulierungsbehörde in Österreich sonnt sich im Erfolg des mobilen Breitbandes. Ob dies langfristigen Kommunikationsbedürfnissen genügen wird, wird sich zeigen müssen – jedenfalls scheint sich der Festnetzmarkt in Österreich in einer technologischen Erstarrung zu befinden, wie es auch beim letzten Regulierungswerkshop zum Ausdruck gekommen ist. Dass die Themen NGN und NGA insoweit die Diskussion – und vor allem die Investitionen der alternativen Betreiber – wieder anreizen werden, ist zum Vorteil der österreichischen Kommunikationsinfrastruktur zu hoffen.

**Weitere Informationen:**

**Mag. Jörg Kittl, Tel.: +43 (1) 513 5140-50, Email: [kittl@juconomy.com](mailto:kittl@juconomy.com)**

## Bill-and-Keep-Workshop der österreichischen Regulierungsbehörde

Die österreichische Regulierungsbehörde kümmert sich um viele zukunftsweisende und wichtige Fragestellungen und hat in diesem Jahr nicht nur die bisherigen 10 Jahre der Liberalisierung reflektiert, sondern auch mit Papieren über funktionelle Separierung und Next Generation Networks die Zukunftsdiskussion eingeläutet. Zu dieser Thematik gehört ein möglicher Paradigmenwechsel der Abrechnungsregime im Telekommunikationsbereich, welcher mit dem Stichwort „Bill and Keep“ verbunden wird. Dazu fand am 28.11.2007 in Wien ein Workshop mit der österreichischen Telekommunikationsbranche statt.

Der Workshop bestand aus drei Vorträgen und einer anschließenden Diskussion. Zunächst führte Herr Dr. Felder von der Regulierungsbehörde in das Thema Bill and Keep ein und beschrieb den Status quo mit Calling Party Pays und Calling Party Network Pays als konstituierenden Elementen der Interconnection-Abrechnung. Danach beschrieb er diverse Formen von Bill and Keep, z.B. Peering, CO-BAK, Bill and Keep im Mobilfunk sowie hybride Modelle und stellte die Vor- und Nachteile gegenüber. Als Vorteile von Bill and Keep sieht die Regulierungsbehörde in Österreich vor allem die Möglichkeit,

- die Terminierungsmonopole zu überwinden und damit Marktmacht zu beseitigen,
- den Wegfall regulatorischer Kosten,
- die Berücksichtigung der Anruferexternalität bei der Abrechnung von Gesprächen (d.h. die Berücksichtigung des Nutzens des Angerufenen durch die jeweilige Verbindung),
- die steigende Flexibilität bei den Preismodellen aufgrund der Tatsache, dass Flatrates leichter möglich werden, weil diese nicht mehr von der nachgefragten Menge und damit einhergehenden Terminierungsminuten (und –kosten) abhängig sind,
- niedrigere interne und externe Kosten sowie eine Absenkung der Transaktionskosten z.B. für das Verkehrsdaten-Monitoring und das Billing.

Auf der Negativseite stehen aber Fragen wie

- die ungeklärte Entwicklung und Bewertung der Nutzenverteilung,
- die Gefahr des Hot Potato Routing (d.h. die schnelle Weiterleitung von Verbindungen in andere Netze, damit die Netzkosten von anderen getragen werden),
- möglicherweise sinkende Anreize zu Investitionen (aufgrund des Hot Potato Routings),
- die Gefahr sinkender Penetrationsraten aufgrund der Tatsache, dass Endkunden ihr Telefon abschalten, um nicht an den Kosten von Passivrufen beteiligt zu werden,
- die Frage nach dem Fortbestand bestimmter Geschäftsmodelle, vor allem in Bezug auf Verbindungsnetzbetrieb und dienstebasierte Geschäftsmodelle,
- die Gefahr der Kollusion am Endkundenmarkt der Mobilfunknetzbetreiber,
- die Arbitragemöglichkeiten durch Tromboning sowie
- möglicherweise eine zunehmende Zahl von Spam/Spit.

Offene Fragen sind für die Regulierungsbehörde vor allem die Implementierungsvoraussetzungen für Bill & Keep, die Konsequenzen, die sich aus einer Anwendung ergeben, die Lehre, die aus internationalen Vorbildern (die es kaum gibt) gezogen werden können, das Management in der Übergangszeit von CPP auf Bill & Keep sowie die Auswirkungen auf Endkundenprodukte, auf die Endkunden und auf die Voraussetzungen zur Einführung auf der Endkundenebene. Bill & Keep wird mit einer nicht unerheblichen „Verwirrung“ der Kunden verbunden sein, insbesondere wenn es ein Element des Receiving Party Pays (also eine Beteiligung des angerufenen Kunden an den Entgelten) implizieren würde. Dies wäre ein Kulturwandel, der erklärt und motiviert werden müsste.

Es folgten zwei Vorträge von Unternehmen, die Bill & Keep unterschiedlich beurteilen. Hutchison 3G, der vierte Mobilfunknetzbetreiber in Österreich sieht uneingeschränkt positive Aspekte und möchte Bill & Keep als konstituierendes Prinzip einführen. Bereits in einem jüngst abgeschlossenen Zusammenschaltungsstreitverfahren hatte Hutchison 3G dies gefordert und dazu auch eine Studie von Prof. Vogelsang von der Boston University vorgelegt. In Österreich sind die Mobilfunkterminierungsentgelte bis zum Jahr 2009 reguliert, und dabei wird ein Gleitpfad angewendet, bis es zu einem einheitlichen Entgelt für alle Netzbetreiber von 5,72 Cent/Minute kommt. Hutchison möchte diesen Trend fortsetzen, bis quasi ein Terminierungspreis von 0 erreicht ist. Hutchison sieht zwar noch nicht alle Probleme von Bill & Keep als gelöst an, allerdings glaubt Hutchison, dass auf alle Fragen eine Antwort gefunden werden kann. Das wesentliche Argument für einen Übergang zu Bill & Keep sieht Hutchison vor allem in der Überwindung der Wettbewerbsprobleme, die heute zu einer Regulierung der Terminierungsentgelte aufgrund der definierten Monopolmärkte führen.

Die Gegenposition wurde von der Mobilkom, dem größten Mobilfunknetzbetreiber in Österreich, vertreten. Die Mobilkom stellte grundsätzlich in Frage, ob die Wettbewerbsprobleme mit Bill & Keep tatsächlich gelöst werden können – insbesondere, ob sich nicht auch andere regulatorische Probleme ergeben, z.B. höhere Regulierungskosten durch das Erfordernis der Festlegung von Points of Interconnection, Routing Pfaden, Quality of Service etc., aber auch eine mögliche Marktmachtverschiebung und damit erforderlich einhergehender Regulierung auf der Transitebene. Auch viele der anderen positiven Aspekte bei Bill & Keep wurden hier deutlich relativiert und insgesamt eine negative Bewertung vorgenommen. Dieser ablehnenden Position gegenüber Bill & Keep schlossen sich auch einige andere Netzbetreiber an, so insbesondere T-Mobile, aber auch die Telekom Austria. Insofern ist in höchstem Maße unsicher, ob und inwieweit Bill & Keep in Österreich eine Chance hat. Allerdings setzt sich Hutchison 3G stark dafür ein, eine Arbeitsgruppe einzurichten, in der diese Themen besprochen werden können. Die sehr interessanten Vorträge und Unterlagen sind auf <http://www.rtr.at> verfügbar. Downloaden kann man dort die drei Vorträge sowie die Studie von Prof. Vogelsang.

#### **Weitere Informationen:**

**Dipl.-Ökon. Dr. Ernst-Olav Ruhle, Tel.: +49 (211) 68 78 88-48, Email: [ruhle@juconomy.com](mailto:ruhle@juconomy.com)**

## Veranstaltungshinweise

### Termine

- 10.12.2007 BME-Thementag „Einkauf von Kurier-Express-Paket- und Briefleistungen“, Referent u.a. RA Jens Eckhardt, JUCONOMY Rechtsanwälte, zum Thema „Optimale Vertragsgestaltung und Vermeidung von Fallstricken“  
Ort: Frankfurt, Dorint Frankfurt am Main-Taunus-Zentrum  
Internet: <http://www.bme.de>
- 13.12.2007 Anhörung BNetzA BK 3 zu Standardangebot IP-Bitstream  
Ort: Bonn, BNetzA  
Internet: [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de) → Termine → Termine der Beschlusskammern
- 24.-27.06.2008 International Telecommunications Society, 17th Biennial Conference  
Ort: Montreal, Canada  
Internet: <http://www.itsworld.org/Montreal2008/>

## Impressum

JUCONOMY Rechtsanwälte  
Graf-Recke-Straße 82, 40239 Düsseldorf  
Tel: ++49-(0)211-687888-0, Fax: ++49-(0)211-687888-68

und

JUCONOMY Consulting AG  
Graf-Recke-Straße 82, 40239 Düsseldorf  
Tel: ++49-(0)211-687888-0, Fax: ++49-(0)211-687888-33  
Sitz der Gesellschaft: Düsseldorf  
Vorstand: Dr. Ernst-Olav Ruhle  
Aufsichtsratsvorsitzender: Prof. Dr. Fabian Schuster  
Amtsgericht Düsseldorf HRB: 49559

eMail: [newsletter@juconomy.com](mailto:newsletter@juconomy.com), URL: <http://www.juconomy.com>

Die Rechtsanwälte der Sozietät JUCONOMY sind Mitglieder der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf. Sie sind durch den Präsidenten des Landgerichts Düsseldorf bzw. durch die Rechtsanwaltskammer Düsseldorf als Rechtsanwälte zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in der Bundesrepublik Deutschland zugelassen. Sie unterliegen berufsrechtlichen Regelungen, deren Einhaltung von der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf überwacht wird. Zu den berufsrechtlichen Regelungen gehören u.a. die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), das Vergütungsgesetz für Rechtsanwälte (RVG), die Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), die Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) sowie die Fachanwaltsordnung, deren Texte u.a. auf der Homepage der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) abgerufen werden können.

Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge wird für deren Inhalt keine Haftung übernommen.