

Telekommunikation und Post 2003:
Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation –
Zementierung des Postmonopols

Sondergutachten der Monopolkommission
gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	1
Teil I: Intensivierung des Wettbewerbs in den Telekommunikationsmärkten.....	3
1. Gesetzlicher Auftrag und methodischer Rahmen der Untersuchung.....	5
1.1 Zum Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs.....	5
1.2 Methodisches Vorgehen.....	6
1.3 Deregulierung einzelner Bereiche und Teilmärkte?	7
1.4 Die Stellungnahme der Monopolkommission vom Dezember 2001.....	7
2. Marktstruktur und Wettbewerbsintensität im Festnetz.....	10
2.1 Entwicklung der Märkte für Telekommunikationsdienste	10
2.2 Sprachtelefondienste im Festnetz.....	13
2.2.1 Teilnehmeranschlüsse.....	14
2.2.2 Ortsgespräche.....	16
2.2.3 Fern- und Auslandsgespräche.....	17
2.3 Internetzugänge.....	21
2.4 Entwicklung der Preise.....	22
2.5 Fortgang der Konsolidierung.....	24
3. Abhängigkeit der Wettbewerber von Vorleistungen der DTAG.....	26
3.1 Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung.....	26
3.2 Zusammenschaltung.....	26
3.3 Mietleitungen.....	28
3.4 Fakturierung und Inkasso.....	29
4. Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und Rückführungspotentiale der Regulierung.....	31
4.1 Vorleistungen.....	31
4.2 Endkundenleistungen.....	33
4.2.1 Teilnehmeranschlüsse	33
4.2.2 Ortsgespräche.....	34
4.2.3 Fern- und Auslandsgespräche.....	34
5. Entscheidungspraxis der Regulierungsbehörde und der Gerichte.....	37
5.1 Entgeltregulierung bei Vorleistungen.....	37
5.1.1 Aufschlag auf die Zusammenschaltungsentgelte (Anschlusskostenbeitrag).....	37
5.1.2 Miete für die Teilnehmeranschlussleitung.....	39
5.2 Entgeltregulierung bei Endkundenleistungen.....	42
5.2.1 Teilnehmeranschluss	42
5.2.2 Ortsgespräche	43
5.2.3 Fern- und Auslandsgespräche.....	44
5.2.4 Entgeltregulierung bei geschlossenen Benutzergruppen.....	44
5.3 Missbrauchsaufsicht.....	45
5.3.1 Einstellung des zweiten T-DSL-Verfahrens.....	45
5.3.2 Zugangsregelungen für Mietleitungen.....	47

II

5.3.3 Bedingungen der TAL- und Kollokationsbereitstellung.....	49
5.3.4 Rahmenbedingungen zum Resale	51
5.4 Marktabgrenzung und Marktbeherrschung.....	53
5.4.1 Geschäftskunden in Berlin.....	53
5.4.2 Auslandsgespräche	53
5.5 Bündelprodukte und Optionstarife.....	55
5.6 Fakturierung und Inkasso.....	57
6. Grundsätzliche Fragen der Regulierung und Missbrauchsaufsicht	59
6.1 Inkonsistenzen der Entgeltregulierung.....	59
6.1.1 Kosten-Preis-Schere.....	59
6.1.2 Methodik der Kostenermittlung.....	60
6.2 Price-Cap-Regulierung versus Einzelpreisregulierung.....	61
7. Maßstäbe einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals.....	63
7.1 Die Auseinandersetzung zwischen DTAG und RegTP.....	63
7.2 Bestimmung von Risikoprämien.....	65
7.2.1 Erfordernis der Spezifität der Risikozumessung.....	65
7.2.2 Risikomaß und Risikobewertung: Begriffliche Aspekte und Verfahrensfragen.....	67
7.2.3 Zur Bestimmung des Risikos bei der Teilnehmeranschlussleitung.....	71
7.2.4 Stabilität der regulatorischen Rahmenbedingungen	73
7.3 Angemessene Berücksichtigung der Besteuerung.....	74
7.3.1 Bilanzwertmethode versus Marktwertmethode der Eigenkapitalgewichtung.....	74
7.3.2 Vernachlässigung der Bedeutung von Steuern für die Portfoliowahl der Kapitalgeber als methodischer Fehler.....	75
7.3.3 Praktische Probleme einer angemessenen Behandlung der Steuerproblematik.....	79
7.3.4 Implikationen der Steuerproblematik für eine anlagespezifische Kapitalkosten- rechnung.....	81
7.4 Fazit.....	82
8. Marktentwicklungen und Regulierungsoptionen im Mobilfunk.....	83
8.1 Marktentwicklungen und Konsolidierungsbedarf.....	83
8.2 Frequenzregulierung	85
8.3 Regulierung von Vorleistungen.....	87
8.3.1 Zugang und Zuführung	88
8.3.2 Terminierung.....	89
9. Zusammenfassung der Einschätzungen und Empfehlungen.....	99
Teil II: Zementierung des Postmonopols.....	105
1. Vorbemerkungen.....	107
2. Regulatorische Rahmenbedingungen.....	108
2.1 Umfang der Exklusivlizenz.....	109
2.2 Grundsätze der Entgeltregulierung.....	109
2.3 Regelung des Universaldienstangebots	110

III

3. Marktentwicklung in der Briefbeförderung.....	111
3.1 Befund.....	111
3.2 Ursachen der schwachen Wettbewerbsentwicklung.....	115
4. Wettbewerbsprobleme.....	118
4.1 Auswirkungen der Monopolisierung.....	118
4.2 Höherwertige Dienstleistungen	119
4.3 Umsatzsteuerbefreiung.....	121
4.4 Gewerbliche Postvorbereitung und Exklusivlizenz	123
4.5 Remailing.....	123
5. Subventionierung und Quersubventionierung.....	126
5.1 Subventionierung und Quersubventionierung des Paketbereiches.....	126
5.2 Quersubventionierung der Deutschen Postbank AG.....	127
6. Entscheidungspraxis.....	129
6.1 Price-Cap-Regulierung für Briefsendungen	129
6.2 Teilleistungszugang.....	134
6.3 Missbrauchsaufsicht.....	138
7. Universaldienst und Exklusivlizenz: Zweite Novelle des Postgesetzes und Beschluss des	140
Bundesverfassungsgerichts.....	140
7.1 Zweite Novelle des Postgesetzes.....	140
7.2 Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Oktober 2003.....	141
8. Fazit und Empfehlungen.....	146

Vorwort

1. Nach § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz (TKG) legt die Monopolkommission alle zwei Jahre einen Bericht zu der Frage vor, ob auf den Märkten der Telekommunikation funktionsfähiger Wettbewerb herrscht. Dabei kann sie auf aus ihrer Sicht notwendige Konsequenzen für einzelne Bestimmungen des TKG hinweisen. Sie soll insbesondere darlegen, ob die Vorschriften zur Entgeltregulierung weiterhin erforderlich sind.

Im Mittelpunkt der Untersuchung stehen wie bisher die Vorleistungs- und Endkundenmärkte für Sprachtelefondienste im Festnetz. Hier findet die eingriffsintensive präventive Entgeltregulierung statt, die aus ordnungspolitischer Sicht besonders umstritten ist. Das Gutachten behandelt darüber hinaus wesentliche Entscheidungen der Regulierungsbehörde und diskutiert Marktentwicklungen und Regulierungsoptionen für den Mobilfunk.

2. In die Zeit der Vorbereitung dieses Gutachtens fällt auch die Diskussion um die Anpassung des TKG an den veränderten europäischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste. Hier stellen sich Fragen, die von der vorzunehmenden Beurteilung der Wettbewerbssituation auf den Telekommunikations- und Postmärkten nach § 81 Abs. 3 TKG und § 44 Postgesetz (PostG) so weit abweichen, dass die Monopolkommission ihre Stellungnahme zu den Reformvorschlägen in einem eigenen Sondergutachten veröffentlichen wird.

3. Zur Vorbereitung ihres Berichts nach § 81 Abs. 3 TKG hat die Monopolkommission einen Gutachtenauftrag "Regulierungspolitische Perspektiven für den deutschen Mobilfunkmarkt" an die wik-Consult GmbH erteilt. Die Arbeitsergebnisse wurden mit den Autoren auf der Sitzung der Monopolkommission am 15. September 2003 diskutiert.

4. In zwei getrennten Anhörungen hat die Monopolkommission am 27. Juni 2003 mit Vertretern der Wettbewerber und ihren Verbänden sowie mit Vertretern der Deutschen Telekom AG (DTAG) über deren Einschätzung der Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten diskutiert. Teilnehmer seitens der Wettbewerber waren :

- Arcor AG & Co.,
- AOL Deutschland,
- E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG,
- NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH,
- QSC AG,
- Tele2 Telecommunication Services GmbH,
- TROPOLYS GmbH,
- 01051 Telecom.

Folgende Verbände waren vertreten:

- breko, Bundesverband der regionalen und lokalen Telefongesellschaften e.V.,
- vatm, Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V.

Einige der angehörten Wettbewerber und Verbände haben ihre mündlichen Diskussionsbeiträge durch schriftliche Stellungnahmen ergänzt. Weitere schriftliche Stellungnahmen sind von der debitel AG und der Vodafone D2 GmbH eingegangen.

5. Der Präsident der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP), Herr Matthias Kurth, die Vizepräsidenten, Herr Gerhard Harms und Herr Dr. Jörg Sander, sowie weitere Mitarbei-

ter der Behörde haben mit der Monopolkommission am 21. August 2003 Fragen der Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten der Telekommunikation und der Post und insbesondere Fragen der Anwendung des Telekommunikations- und des Postgesetzes durch die Regulierungsbehörde und die Gerichte diskutiert.

Darüber hinaus gab es vielfältige Kontakte zwischen den zuständigen Mitarbeitern der Monopolkommission und Mitarbeitern der Regulierungsbehörde, des Bundeskartellamtes, des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, der Unternehmen und der Verbände. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

6. Nach § 44 PostG in Verbindung mit § 81 Abs. 3 TKG umfasst der Untersuchungsauftrag der Monopolkommission auch die Märkte für Postdienstleistungen. Im zweiten Teil des Sondergutachtens steht daher die Frage im Vordergrund, ob auf den Märkten des Postwesens bereits ein funktionsfähiger Wettbewerb erreicht worden ist.

Zur Vorbereitung ihrer Stellungnahme hat die Monopolkommission 18 Wettbewerber und Verbände schriftlich befragt. Stellungnahmen aus der Sicht der Wettbewerber gingen ein von der Deutschen Post AG, der Kommanditgesellschaft HERMES Versand Service GmbH & Co. KG, der Punkt Direkt Vertriebs GmbH, der DER KURIER GmbH & Co. KG, der Morgenpost Briefservice GmbH, der TNT Express GmbH, der DPD Deutscher Paket Dienst GmbH & Co. KG und der United Parcel Service Deutschland Inc. & Co. KG. Von Seiten der Verbände äußerten sich der Deutsche Verband für Post und Telekommunikation e.V. (DVPT), der Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienst e.V. (BIEK), der Bundesverband Spedition und Logistik e.V., der Bundesverband der Kurier-Express-Paket-Dienste e.V. (BdKEP), der Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e.V. (BDZV), der Deutsche Direktmarketing Verband (DDV), der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., der Bundesverband des Deutschen Versandhandels e.V. (BVH) und der Bundesverband Deutsche Postdienstleister e.V. (BvDP). Außerdem ging der Monopolkommission eine Stellungnahme von Herrn Wilhelm Hübner, dem ehemaligen Vorsitzenden des DVPT, ein.

7. Die Monopolkommission bedankt sich bei ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern Herrn Dr. Klaus Holthoff-Frank und Herrn Dr. Wolfgang Elsenbast, die die Stellungnahmen der Monopolkommission zur Entwicklung des Wettbewerbs in der Telekommunikation und im Bereich der Postdienste federführend betreut haben.

Teil I

Intensivierung des Wettbewerbs in den Telekommunikationsmärkten

1. Gesetzlicher Auftrag und methodischer Rahmen der Untersuchung

1.1 Zum Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs

8. Mit dem Auftrag des Gesetzgebers an die Monopolkommission nach § 81 Abs. 3 TKG, alle zwei Jahre über die Entwicklung des Wettbewerbs bei der Telekommunikation zu berichten, ist die Erwartung verbunden, dass der Sektor bei funktionsfähigem Wettbewerb deutlich weniger Regulierung benötigt als zu Beginn der Liberalisierung. Die zunächst vorherrschende Vorstellung, mit der Zeit könne die sektorspezifische Regulierung vollständig entfallen und die Zuständigkeit für die wettbewerbliche Aufsicht über den Telekommunikationssektor auf die Kartellbehörden übergehen, ist aus heutiger Sicht wenig realistisch. Im Bereich des Netzzugangs und der Zusammenschaltung wird es nach Auffassung der Monopolkommission eine sektorspezifische Regulierung auf Dauer geben. Darüber, ob Teilbereiche der Telekommunikation aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen werden, entscheidet nach geltendem Recht der Gesetzgeber. Die wettbewerbspolitische Stellungnahme der Monopolkommission nach § 81 Abs. 3 TKG soll dazu die notwendigen wissenschaftlich und empirisch begründeten Einschätzungen und darauf beruhende Empfehlungen liefern.

9. In Anlehnung an den legislativen Zweck des § 81 Abs. 3 TKG interpretiert die Monopolkommission "funktionsfähigen Wettbewerb" als strukturell gesicherten Wettbewerb, der auch dann fortbesteht, wenn die sektorspezifische Regulierung zurückgeführt wird. Dabei geht es nicht nur darum zu erfassen, welche Wettbewerbsprozesse tatsächlich stattfinden, sondern vor allem auch darum einzuschätzen, welche Wettbewerbsprozesse im Falle der Rückführung der sektorspezifischen Regulierung weiterhin stattfinden werden. Dies erfordert eine Prognose darüber, inwiefern die tatsächlichen Wettbewerbsprozesse in den Teilbereichen der Telekommunikation strukturell und inwiefern Wettbewerbsprozesse regulatorisch bedingt sind. Ein noch so intensiver Wettbewerb in einem Markt ist nicht "funktionsfähig" im Sinne von § 81 Abs. 3 TKG, wenn er allein auf der bestehenden Regulierung beruht.

10. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist im Rahmen einer Markt- und Strukturanalyse zu beurteilen. Dabei kommt es grundsätzlich auf dieselben Dinge an wie bei der Beurteilung der Marktbeherrschung nach § 19 Abs. 2 GWB oder Art. 82 EGV. Marktanteile, Finanzkraft, Zugangsmöglichkeiten zu Absatz- und Beschaffungsmärkten, Marktzutrittschancen usw. liefern Anhaltspunkte darüber, welche Entwicklungen bei einer Rückführung der Regulierung zu erwarten sind.

Gleichwohl ist die "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs" im Sinne von § 81 Abs. 3 TKG nicht gleichzusetzen mit der Abwesenheit von Marktbeherrschung. Dies ergibt sich bereits daraus, dass es viele Sektoren gibt, in denen trotz der Existenz von Marktbeherrschung keine sektorspezifische Regulierung notwendig ist. In diesen Sektoren reicht das allgemeine Wettbewerbsrecht aus, die Verhaltensspielräume der marktbeherrschenden Unternehmen wirksam zu kontrollieren.

Umgekehrt ist aus dem Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung nicht notwendigerweise auf die Existenz funktionsfähigen Wettbewerbs im Sinne von § 81 Abs. 3 TKG zu schließen. Lassen z. B. wichtige Aspekte der Marktstruktur darauf schließen, dass sich die Wettbewerbsentwicklung wieder umkehrt, wenn die sektorspezifische Regulierung entfällt, und ist zu vermuten, dass die Mittel des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreichen, die dann wieder entstehenden wettbewerblichen Verhaltensspielräume der marktbeherrschenden Unternehmen wirksam zu kontrollieren, kann nicht geraten werden, die sektorspezifische Regulierung zurückzuführen, obwohl zu dem ge-

gebenen Zeitpunkt keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 19 Abs. 2 GWB zu belegen ist.

11. Der Begriff des "funktionsfähigen Wettbewerbs" ist selbst nicht wohl definiert und als Gegenstand einer Sachverhaltssubsumtion nicht oder nur eingeschränkt geeignet.¹ Die wirtschaftswissenschaftliche Literatur verbindet mit "funktionsfähigem Wettbewerb" bestimmte Funktionen, wie Allokationsfunktion, Anpassungsfunktion, Freiheitsfunktion, Kontrollfunktion, Innovationsfunktion oder Verteilungsfunktion, die der Wettbewerb auf Märkten erfüllt. Da bei der Förderung der verschiedenen Wettbewerbsfunktionen durch die Wettbewerbspolitik mit Zielkonflikten zu rechnen ist, muss die Wettbewerbspolitik gegebenenfalls zwischen den verschiedenen Wettbewerbsfunktionen abwägen. Dies geschieht am besten in Abhängigkeit der jeweiligen Gegebenheiten und unter Gewichtung der einzelnen Funktionen im jeweiligen Kontext. Dementsprechend hält es die Monopolkommission weder für sinnvoll noch für möglich, im Vorhinein definitive Kriterien für eine Feststellung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nach § 81 Abs. 3 TKG anzugeben und festzulegen, bei welchen Marktstrukturen eine Rückführung der sektorspezifischen Regulierung zu empfehlen ist. Das Problem einer gerichtlichen Überprüfbarkeit des Bestehens oder der Abwesenheit von funktionsfähigem Wettbewerb stellt sich nach geltendem Recht nicht. Die Entscheidung über eine Rückführung der sektorspezifischen Regulierung liegt beim Gesetzgeber; einen diesbezüglichen Rechtsanspruch gibt es nicht.

1.2 Methodisches Vorgehen

12. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist, wie bereits oben festgestellt, im Rahmen einer Markt- und Strukturanalyse zu beurteilen, bei der es grundsätzlich auf dieselben Dinge ankommt wie bei der Beurteilung der Marktbeherrschung nach § 19 Abs. 2 GWB oder Art. 82 EGV. In der vorliegenden Stellungnahme verwendet die Monopolkommission dasselbe Argumentationsmuster wie in den beiden vorangegangenen Gutachten nach § 81 Abs. 3 TKG. Sie versucht, anhand der empirischen Daten die strukturellen Aspekte der Entwicklung auf den Telekommunikationsmärkten zu erfassen und daraus Anhaltspunkte zu gewinnen für die Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bei einer Rückführung der sektorspezifischen Regulierung. Verwendet wird dabei wie bisher die Einteilung der Märkte für Sprachtelefonie im Festnetz in die Bereiche Teilnehmeranschlüsse, Ortsgespräche, Fern- und Auslandsgespräche, Mobilfunk und Vorleistungen. Wie bisher auch beruht diese Einteilung auf traditionellen Überlegungen zur Abgrenzung von Märkten nach dem Bedarfsmarktkonzept und auf einer Einschätzung der jeweiligen Rahmenbedingungen der Märkte.

13. Der Mobilfunk wird weiterhin als eigenständiges Marktsegment und nicht als Teil eines einheitlichen Marktes für (Festnetz- und Mobilfunk-)Sprachtelefonie behandelt. Nach den Feststellungen der Monopolkommission nehmen die Substitutionsbeziehungen zwischen Mobilfunk und Festnetz zwar weiter zu. Dies scheint aber vor allem für die Gespräche und weniger für die Anschlüsse zu gelten. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte diese Entwicklung weiter beobachtet werden. Im Moment ist die Reaktionsverbundenheit der Nachfrage in den beiden Bereichen jedenfalls noch nicht von der Qualität, dass Verhaltensspielräume der DTAG bei der Preis- und Produktpolitik im Festnetz durch den Wettbewerb im Mobilfunk wirksam eingengt werden.

¹ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002, Tz. 13 f.

Bei der Erfassung der strukturellen Aspekte der Märkte stützt sich die Monopolkommission, wie bereits weiter oben erwähnt, auf die Kriterien des allgemeinen Wettbewerbsrechts zur Feststellung von Marktbeherrschung, ohne dass eine Gleichsetzung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs mit der Abwesenheit von Marktbeherrschung erfolgt. Die Monopolkommission geht vielmehr davon aus, dass eine "Als-ob-Beurteilung" der Funktionsweise des Wettbewerbs bei geänderten regulatorischen Rahmenbedingungen ebenso bei der Analyse der Marktstrukturen ansetzen muss wie die Analyse der Marktbeherrschung, auch wenn die Analyseziele unterschiedlich sind.

1.3 Deregulierung einzelner Bereiche und Teilmärkte?

14. Die weiterhin festzustellende Unterschiedlichkeit der Wettbewerbsentwicklungen in der Telekommunikation wirft die Frage nach der angemessenen Deregulierungsstrategie auf. Die Monopolkommission hat dieses Problem in ihrem letzten Sondergutachten ausführlich behandelt und eine "bereichsweise" statt einer "marktweisen" Rückführung der sektorspezifischen Regulierung vorgeschlagen.² Eine bereichsweise Rückführung der Regulierung bezieht sich auf Funktionsbereiche wie die Märkte für Fern- und Auslandsgespräche, für Ortsgespräche oder für Teilnehmeranschlüsse. Nach Vorstellung der Monopolkommission ist eine Deregulierung der Märkte für Fern- und Auslandsgespräche unter Beibehaltung der Regulierung der Märkte für Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche vorstellbar. Nicht vorstellbar dagegen ist die Deregulierung einzelner Teilmärkte innerhalb eines Funktionsbereichs, etwa eines Marktes für Auslandsgespräche in die USA oder eines Marktes für Ortsgespräche in Oldenburg.

Die Skepsis der Monopolkommission im Hinblick auf eine "marktweise" Rückführung der sektorspezifischen Regulierung gründet sich auf die Erwägung, dass es keine zuverlässigen Verfahren zur Verhinderung von Quersubventionierungen zwischen Telekommunikationsdienstleistungen auf Märkten mit unterschiedlich ausgeprägter Wettbewerbsintensität gibt. Werden gleichartige Telekommunikationsdienste unterschiedlichen Regulierungsregimes unterworfen, die einen mit, die anderen ohne eine Ex-ante-Entgeltregulierung, bei einer weitgehend willkürlichen Zuordnung von Gemeinkostenelementen, sind regulatorisch bedingte Wettbewerbsverzerrungen kaum zu vermeiden.

15. Da nach dem neuen europäischen Telekommunikationsrecht die sachliche Abgrenzung der sektorspezifisch zu regulierenden Märkte weitestgehend von der Europäischen Kommission vorgegeben wird, stellt sich dieses Problem zukünftig immer dann, wenn sich die Empfehlungen der EU-Kommission nicht auf Funktionsbereiche der Telekommunikation, sondern auf einzelne Marktbereiche beziehen. Nach den Vorstellungen des Regierungsentwurfs für ein Telekommunikationsgesetz vom 15. Oktober 2003 (§ 10 TKG-RE) soll die RegTP allerdings einen Beurteilungsspielraum bei der Frage besitzen, welche Telekommunikationsdienste im Inland der sektorspezifischen Regulierung unterliegen. Dieser schließt die Definition und Abgrenzung von Märkten ein, die nicht durch die Empfehlungen der EU-Kommission vorgegeben sind.

1.4 Die Stellungnahme der Monopolkommission vom Dezember 2001

16. In ihrem zweiten Sondergutachten nach § 81 Abs. 3 TKG vom Dezember 2001 hatte die Monopolkommission ambivalente Wettbewerbsentwicklungen festgestellt und sah die weitere Entwicklung des Wettbewerbs durch erhebliche Unsicherheiten belastet. Kennzeichnend für die Jahre 1999 bis Mitte 2001 war, dass es auf der einen Seite positive Entwicklungen für den Wettbewerb, wie den weiter voranschreitenden Aufbau alternativer Netzinfrastrukturen und einen intakten Preiswett-

² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 38 ff.

bewerb, gab, dass auf der anderen Seite aber negative Erscheinungen, wie eine stagnierende Wettbewerbsentwicklung bei den Fern- und Auslandsgesprächen, der beharrliche Fortbestand des Quasimonopols der DTAG im Bereich der Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche sowie das Entstehen neuer Monopolstrukturen auf dem sich entwickelnden Markt für breitbandige Internetzugänge, zu verzeichnen waren. Im Einzelnen kam die Monopolkommission zu folgenden Feststellungen und Empfehlungen:

- Bei den Teilnehmeranschlüssen und Ortsgesprächen gab es keinen nennenswerten Wettbewerb. Die Marktanteile der DTAG lagen weiterhin deutlich über 95 %.
- Auf den Märkten für Fern- und Auslandsgespräche war der Wettbewerb deutlich intensiver, hatte sich aber in den vergangenen zwei Jahren nicht wesentlich weiterentwickelt. Die Marktanteile der DTAG lagen gemessen am Umsatz in der Größenordnung von 70 % bei den Ferngesprächen und 63 % bei den Auslandsgesprächen.
- Bei den Vorleistungen waren die Wettbewerber weiterhin in starkem Maße von der DTAG abhängig. Dies galt insbesondere für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, bei den regionalen und lokalen Zusammenschaltungsleistungen, bei den lokalen Mietleitungen und bei den Fakturierungs- und Inkassoleistungen. Bei Vorleistungen, die auf der Grundlage des Fernverbindungsnetzes erbracht werden, wie der Zusammenschaltung auf der Fernverkehrsebene, den Mietleitungen auf dieser Netzebene und den Zuführungsleistungen in Mobilfunknetze, nahm die Abhängigkeit der Wettbewerber von der DTAG in dem Maße ab, in dem der Aufbau alternativer Netzinfrastrukturen vorangetrieben wurde.
- Die Wettbewerbsverhältnisse auf den Endkundenmärkten des Mobilfunks wurden von der Monopolkommission nicht weiter untersucht. Die Kommission geht hier, wie die RegTP und das Bundeskartellamt, von einem funktionsfähigen Wettbewerb aus. Untersucht wurde allerdings, ob der Wettbewerb im Mobilfunk auf das Festnetz ausstrahlt und dort die Verhaltensspielräume der DTAG wirksam begrenzt. Dies war nach den Feststellungen der Monopolkommission nicht der Fall. Bei den Anschlüssen waren so gut wie keine, bei den Verbindungen lediglich geringe Substitutionsbeziehungen feststellbar.

17. Aufgrund dieses Befundes stellte die Monopolkommission fest, dass bei Teilnehmeranschlüssen, Ortsgesprächen und den meisten Vorleistungen kein funktionsfähiger Wettbewerb bestand und demzufolge eine Aufhebung der Ex-ante-Entgeltregulierung nicht in Betracht komme. Weniger eindeutig zu beurteilen waren die Wettbewerbsverhältnisse bei den Fern- und Auslandsgesprächen. Einerseits sprach der Aufbau zusätzlicher Netzinfrastrukturen durch die Wettbewerber für eine weiter zunehmende Verfestigung des Wettbewerbs bei den Fern- und Auslandsgesprächen, andererseits bestanden Bedenken wegen der schlechten Ertragssituation der alternativen Anbieter und der Unsicherheit über den weiteren Verlauf des Konsolidierungsprozesses. Im Übrigen kam eine Rückführung der präventiven Entgeltregulierung bei Fern- und Auslandsgesprächen Ende des Jahres 2001 für die Monopolkommission nur in Betracht, wenn gleichzeitig durch flankierende Maßnahmen sichergestellt würde, dass die DTAG ihre weiterhin überragende Marktstellung insbesondere bei den Teilnehmeranschlüssen nicht dazu nutzen könnte, die Wettbewerbsverhältnisse auf dem gerade deregulierten Markt wieder zu ihren Gunsten zu ändern. Eine Möglichkeit, dies sicherzustellen, sah die Monopolkommission darin, eine strukturelle Trennung der Geschäftsaktivitäten der DTAG in unabhängige Fern- und Ortsnetzgesellschaften vorzunehmen. Die Initiative dazu müsste allerdings

von der DTAG selber ausgehen, da es keine rechtlichen Möglichkeiten gibt, das Unternehmen zu einer solchen Maßnahme zu zwingen.

18. Die Regulierung der Vorleistungen wurde von der Monopolkommission in weiten Teilen weiterhin für unverzichtbar gehalten. Dort, wo die Abhängigkeiten von Vorleistungen der DTAG wegen des Aufbaus alternativer Netzinfrastrukturen im Fernbereich bereits zurückgegangen waren, konnte eine isolierte Rückführung der Entgeltregulierung bei einzelnen Vorleistungen nicht empfohlen werden, da dies zu Problemen bei der Handhabung der Regulierung der sonstigen Vorleistungen und ihrer Entgelte geführt hätte.

19. Die Monopolkommission sah in ihrem Gutachten einen Reformbedarf auf der Gesetzesebene in Einzelpunkten. Dazu gehörte die Aufhebung der unterschiedlichen regulatorischen Behandlung von Sprach- und Datenkommunikation, die Regulierung von Terminierungsentgelten in Teilnehmernetzen, insbesondere beim Mobilfunk, sowie die Durchsetzung eines effektiven und zeitnahen Rechtsschutzes durch die Änderung von Verfahrensregelungen. Sie befasste sich darüber hinaus mit aktuellen Problemen der Regulierungspraxis, insbesondere mit der Entgeltregulierung. Die Monopolkommission vertrat weiterhin die Auffassung, dass die Entwicklung des Wettbewerbs im Ortsnetz maßgeblich durch die Regulierung behindert wird, die zu einer Kosten-Preis-Schere bei den Vorleistungs- und Endkundenentgelten für den Teilnehmeranschluss geführt hat. Die Tolerierung einer Preisdumpingstrategie der DTAG bei den DSL-Anschlüssen durch die Regulierungsbehörde hat den Aufbau einer Quasimonopolstellung der DTAG beim breitbandigen Internetzugang begünstigt.

20. Die Bundesregierung stimmte in ihrer Stellungnahme zu dem Tätigkeitsbericht der RegTP 2000/2001 und zum Sondergutachten der Monopolkommission vom 18. Dezember 2002 im Wesentlichen der Marktanalyse und den Folgerungen der Monopolkommission im Hinblick auf die Möglichkeiten für eine Rückführung der sektorspezifischen Regulierung zu. Einen Auffassungsunterschied von Gewicht gibt es bei der Frage einer Regulierung der Terminierungsentgelte von Teilnehmernetzbetreibern. Die Bundesregierung lehnt eine Ausdehnung der präventiven Regulierung der Terminierungsentgelte auf die Mobilfunknetzbetreiber und die alternativen Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz mit dem Argument ab, sie sei unverhältnismäßig und in Anbetracht der verhältnismäßig großen Anzahl von Teilnehmernetzbetreibern im Festnetz unpraktikabel. Trotz des bisherigen Verzichts auf eine Entgeltregulierung weist der deutsche Mobilfunkmarkt im internationalen Vergleich eine hohe Wettbewerbsintensität mit vergleichsweise niedrigen Terminierungsentgelten auf. Vor diesem Hintergrund schätzt die Bundesregierung die Missbrauchsaufsicht durch die RegTP als ausreichend ein.

21. Kritisch sieht die Monopolkommission den Zeitraum von gut einem Jahr, den die Bundesregierung für ihre Stellungnahme zu den Berichten von Regulierungsbehörde und Monopolkommission gebraucht hat. Nach § 81 Abs. 3 Satz 4 TKG soll die Stellungnahme der Bundesregierung gegenüber den gesetzgebenden Körperschaften in "angemessener" Frist erfolgen. In einem Sektor wie der Telekommunikation, der durch schnelle technologische und markstrukturelle Entwicklungen gekennzeichnet ist, wird die "Reaktionszeit" von einem Jahr kaum mehr als angemessen zu bezeichnen sein.

2. Marktstruktur und Wettbewerbsintensität im Festnetz

2.1 Entwicklung der Märkte für Telekommunikationsdienste

22. Die Umsatzerlöse mit Telekommunikationsdiensten in Deutschland sind in den Jahren 2001 und 2002 absolut weiter gestiegen (vgl. *Tabelle 1*), dies allerdings mit rückläufigen Wachstumsraten. Während das Wachstum im Jahr 2001 mit 6,6 % noch überdurchschnittlich war, fiel die Zuwachsrate im Jahr 2002 mit 2,3 % nur noch moderat aus. Der von der RegTP für das Jahr 2003 prognostizierte Wert von 2,8 % deutet auf wieder zunehmende Zuwachsraten des Umsatzes hin, dies aber auf einem für die Branche vergleichsweise niedrigem Niveau.

Tabelle 1:

Entwicklung der Umsätze für Telekommunikationsdienste (Mrd. €)¹

	1998	1999	2000	2001	2002	2003 ²
Gesamtmarkt	44,2	48,1	56,2	59,9	61,3	63,0
Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen ³	23,4	21,9	21,2	21,0	22,1	23,4
Mobiltelefondienst ⁴	9,5	13,1	18,0	19,2	19,9	21,3
Mietleitungen	1,1	1,2	1,2	1,2	1,0	0,9
Carriergeschäft (Interconnection) ⁵	1,8	4,6	6,2	6,6	6,4	6,6
Kabelfernsehen	2,3	2,5	2,6	2,7	2,8	2,8
Sonstige ⁶	6,1	4,9	6,9	9,2	9,2	8,0

¹ Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002, S. 39) durch Neuberechnung der RegTP.

² Prognose auf der Grundlage der erhobenen Umsatzdaten für das 1. Quartal 2003.

³ Der Markt für Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen beinhaltet sämtliche Festnetzdienstleistungen der Lizenznehmer mit Endkunden und Wiederverkäufern, insbesondere die Bereitstellung des Anschlusses und das Herstellen von Wahlverbindungen im Rahmen des Sprachtelefondienstes und des Internetzugangs. Wahlverbindungen zu Mehrwertdiensten und in das Internet schließen Leistungen ein, die über das bloße Herstellen der Verbindung hinausgehen (Informationsinhalte). Die Umsatzerlöse der Wiederverkäufer sind eingeschlossen.

⁴ Umsatzerlöse der Netzbetreiber und der Service-Provider, ohne Carriergeschäft.

⁵ Zusammenschaltungsleistungen, Anmietung von Teilnehmeranschlussleitungen, Inkassoleistungen und Preselectionleistungen.

⁶ Datenkommunikationsdienste, Leistungen für Corporate Networks, Rundfunkübertragungsdienste, Multimediadienste, Funkdienste, Mehrwertdienste. Enthalten sind unter anderem auch Leistungen der Netzbetreiber wie Kollokationsleistungen (gemeinsame Nutzung von Gebäuden).

Quelle: RegTP

Umsatzzuwächse sind weiterhin vor allem im Mobilfunk und in der Datenkommunikation festzustellen. Erstmals seit der Liberalisierung der Telekommunikation im Jahr 1998 verzeichnet das Segment "Leistungen für Festnetzanschlüsse", welches vor allem die Endkundendienste Festnetztelefonie und Bereitstellung von Teilnehmeranschlüssen enthält, wieder einen Anstieg der Umsätze. Dafür verantwortlich zeichnen primär zwei Faktoren: erstens Umsatzsteigerungen durch die Vermarktung höherwertiger Teilnehmeranschlüsse und zweitens die Konsolidierung der Preise für Festnetztelefonie im Fernbereich und Preiserhöhungen bei den analogen Teilnehmeranschlüssen.

23. Tabelle 2 weist den Umsatzanteil der Wettbewerber der DTAG im Gesamtmarkt für Telekommunikationsdienste und in den einzelnen Marktsegmenten aus. Bezogen auf den Gesamtmarkt steigt der Marktanteil der Wettbewerber weiterhin an und hat Ende des Jahres 2002 42 % erreicht. Der steigende Wettbewerbermarktanteil ist auf drei Faktoren zurückzuführen: (i) das vergleichsweise starke Wachstum der Mobilfunkmärkte relativ zu den Märkten der Festnetzkommunikation, (ii) Marktanteilsgewinne der Wettbewerber bei den Vorleistungen Mietleitungen und Carrier-Geschäft sowie (iii) die nahezu vollständige Veräußerung des Fernsehkabelnetzes durch die Deutsche Telekom AG.

Tabelle 2:

Umsatzanteile der Wettbewerber bei Telekommunikationsdiensten (%)¹

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>2003²</i>
Gesamtmarkt	26	35	41	41	42	44
Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen	6	16	20	20	21	21
Mobiltelefondienst	68	70	70	72	68	67
Mietleitungen	10	30	42	54	60	61
Carriergeschäft (Interconnection)	54	38	40	39	44	45
Kabelfernsehen	41	45	55	68	68	92
Sonstige	24	19	24	18	26	26

¹ Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., S. 40) durch Neuberechnungen der RegTP.

² Prognose der RegTP auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2003 erhobenen Marktdaten.

Quelle: RegTP

24. Die Umsätze der Netzbetreiber und Service-Provider im Mobilfunk wachsen weiterhin kontinuierlich an, während die Umsätze im Festnetz bis Ende 2001 laufend abnahmen und erst seit 2002 wieder moderat ansteigen. Zwar ist auch im Mobilfunk ein deutlicher Rückgang der jährlichen Wachstumsraten des Umsatzes zu verzeichnen – in den Jahren 1998 und 1999 lagen die Zuwächse jeweils bei ca. 37 %, im Jahr 2000 bei knapp 7 % und im Jahr 2001 bei weniger als 4 %, für 2002 ist nach den Umsatzprognosen der RegTP wiederum ein Ansteigen des Umsatzes um 7 % zu erwarten.

ten –; gleichwohl lagen diese bisher immer oberhalb der Wachstumsraten der Umsätze im Festnetz. Da der Mobilfunk von Beginn an wettbewerblich organisiert war und die Wettbewerber auch in der Expansionsphase ihren Marktanteil halten und zum Teil ausbauen konnten, beträgt der Wettbewerbermarktanteil im Mobilfunk Ende 2003 ca. 67 %. Der leichte Rückgang der Wettbewerbermarktanteile von 72 % im Jahr 2001 auf 67 % im Jahr 2003 spiegelt den zunehmenden Markterfolg der DTAG-Tochter T-Mobile in den vergangenen zwei Jahren wider, in denen Vodafone nach Umsatz überflügelt werden konnte und sich T-Mobile als alleiniger Marktführer etabliert hat. Nachdem der Mobilfunk bezogen auf die Anzahl der Anschlüsse das Festnetz bereits im Jahr 2001 überholt hat, gibt es nach der Prognose der RegTP Ende 2003 auch im Hinblick auf die Umsätze eine nahezu ausgeglichene Situation zwischen Mobilfunk und Festnetz.

25. Der Anteil der Wettbewerber an den Gesamtumsätzen für Telekommunikationsdienste steigt mit dem Verkauf weiterer wesentlicher Teile des Fernseekabelnetzes der DTAG. Das Unternehmen hatte mit dem Verkauf der Kabelnetze bereits im Jahr 2000 begonnen, als es Anteile an den regionalen Kabelgesellschaften in Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg und Hessen veräußerte. Nachdem der Verkauf der verbliebenen sechs regionalen Kabelgesellschaften an die Liberty Media Holding des US-Investors John Malone aus kartellrechtlichen Gründen gescheitert war³, erfolgte die vollständige Veräußerung an ein Finanzkonsortium aus Apax Partners, Goldman Sachs Capital Partners und Providence Equity schließlich Anfang des Jahres 2003. Die Minderheitsbeteiligung in Höhe von 40 % an der Kabelgesellschaft Baden-Württemberg wurde ebenfalls im Verlauf des Jahres 2003 verkauft. Übrig bleiben Beteiligungen an den Kabelgesellschaften in Nordrhein-Westfalen und Hessen, die allerdings ebenfalls veräußert werden sollen. Der Marktanteil der Wettbewerber im Kabelnetz wird damit nach Abschluss der Verkäufe bei 100 % liegen. Die Umsätze der Kabelnetzgesellschaften sind in den vergangenen Jahren vergleichsweise stabil (vgl. *Tabelle 1*). Umsatzwachstum für die kommenden Jahre ist vor allem dann zu erwarten, wenn die Fernseekabelnetze technisch aufgerüstet sind und zusätzlich für das Angebot von Kommunikationsdiensten wie Telefonie und schnellen Internetzugang genutzt werden. Dieser Ausbau der Infrastruktur ist bisher nicht entscheidend vorangetrieben und möglicherweise inzwischen sogar ausgesetzt worden. Investitionen der Kabelnetzgesellschaften fließen gegenwärtig primär in den Ausbau des Digitalfernsehens.

26. Von größerer Aussagekraft als die Gesamtmarkt Betrachtung ist im Hinblick auf die Frage einer möglichen Intensivierung des Wettbewerbs die Analyse der einzelnen Marktsegmente. Im Mittelpunkt des Interesses der Monopolkommission stehen dabei das zuletzt liberalisierte Festnetz und hier vor allem die Märkte für Sprachtelefonie. Die Monopolkommission behandelt die Märkte für Festnetz- und für Mobilfunktelefonie weiterhin getrennt.⁴ Die Zusammenfassung zu einem Markt kommt dann in Betracht, wenn die Substitution zwischen Mobil- und Festnetztelefonie zunimmt. In welchem Ausmaß das geschieht, ist aus heutiger Sicht offen. Es hat den Anschein, dass die Gespräche eher substituiert werden als die Anschlüsse. Bei den Gesprächen wird die Substitution dadurch beschleunigt, dass die Preisunterschiede zwischen Mobilfunk und Festnetz geringer werden oder sogar ganz verschwinden. Bei einzelnen Mobilfunkangeboten wie dem sog. Professional-Tarif von E-Plus, bei dem die Gesprächsminute ins Festnetz rund um die Uhr 3 Cent kostet, ist dies bereits der Fall. Bisher handelt es sich dabei allerdings um Einzelaktionen, deren Bedeutung für den Gesamtmarkt noch nicht abzusehen ist. Eine integrierte Behandlung von Festnetz- und Mobilfunktelefonie in einem gemeinsamen Markt ist damit weiterhin nicht angezeigt. Gleichwohl sollte diesem Punkt in Zukunft eine größere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

³ Vgl. Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 34 ff.

⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 42.

2.2 Sprachtelefondienste im Festnetz

27. Bei der Entwicklung von Umsätzen und Verbindungsminuten der Telekommunikationsdienste auf der Basis von Festnetzanschlüssen ist seit dem Jahr 2002 eine Trendumkehr zu beobachten. Während bis zum Jahr 2001 die Umsätze im Festnetz sanken und die Verbindungsminuten von Jahr zu Jahr deutlich zunahmen, stagniert die Menge der erbrachten Verbindungsminuten seit 2002 (vgl. *Tabelle 3*) und die Umsätze auf der Basis von Festnetzanschlüssen steigen erstmals seit der Liberalisierung des Festnetzes im Jahr 1998 wieder an (vgl. *Tabelle 1*).

Tabelle 3:

Verbindungsminuten für Festnetzdienste insgesamt (Mrd. Min.)

	1998	1999	2000	2001 ¹	2002	2003 ²
Gesamt	197	245	301	345	345	333
DTAG	185	192	210	232	211	190
Wettbewerber	12	53	91	114	134	143

¹ Nicht schlüssige Addition aufgrund von Rundungsfehlern.

² Prognose der RegTP auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2003 erhobenen Marktdaten.

Quelle: RegTP, Tätigkeitsbericht 2002/2003, S. 12

Die primäre Ursache dieser Entwicklung liegt bei der Verlagerung des Internetzugangsverkehrs von den schmalbandigen Wählanschlüssen des Festnetzes auf die breitbandigen DSL-Anschlüsse. Das enorme Wachstum der Verkehrsminuten für Festnetzdienste bis zum Jahr 2001 war vor allem auf eine starke Zunahme des Internetzugangsverkehrs über ISDN- und analoge Anschlüsse zu erklären. Mit der schnellen Verbreitung breitbandiger DSL-Anschlüsse wandert der Internetzugangsverkehr zunehmend von den schmalbandigen Anschlüssen zu den breitbandigen DSL-Anschlüssen.

28. Nach den Feststellungen der RegTP ist darüber hinaus ein signifikanter Rückgang des Gesprächsvolumens im Orts- und Nahverkehr zu beobachten, der von der Behörde mit einer zunehmenden Substitution von Orts- und Nahgesprächen durch Mobilfunk-zu-Mobilfunk-Gesprächen erklärt wird.⁵ Lediglich geringe Zuwachsraten hat der Verkehr vom Festnetz in die Mobilfunknetze, was ebenfalls auf zunehmende Substitutionseffekte zwischen Festnetz und Mobilfunk hindeutet, vielleicht aber auch die hohen Kosten dieser Gespräche reflektiert. Weiterhin ungebrochen ist dagegen das Volumenwachstum im Bereich der Fern- und Auslandsgespräche. Hier erscheint die Substitutionswirkung des Mobilfunks weniger stark ausgeprägt, was dadurch erklärt werden kann, dass Handynutzer vor allem mit Handynutzern in derselben Region telefonieren und/oder dass die Preisunterschiede der günstigsten Festnetzanbieter und der Mobilfunkanbieter im Fernverkehr bisher noch deutlicher sind als im – vergleichsweise teuren – Nah- und Ortsverkehr. Dies kann sich in Zukunft ändern, wenn der Wettbewerb im Ortsnetz zu Preissenkungen führt, die in jüngster Zeit bereits zu beobachten sind.

29. Die Marktanteile der Wettbewerber bei den Festnetzdiensten haben im Berichtszeitraum nach Verbindungsminuten deutlich zugenommen (vgl. *Tabelle 4*). Nach 32,9 % im Jahr 2001 erreichen

⁵ Der Unterschied zwischen Orts- und Nahgesprächen liegt darin, dass Nahgespräche innerhalb eines 20 km-Radius zwar mittels der Vorwahl einer Ortskennziffer beginnen, aber nach der Tarifierung für den Ortsverkehr abgerechnet werden.

die Wettbewerber im Jahr 2002 einen Marktanteil von knapp 39 % und Ende des Jahres 2003 von etwa 42 %. Die Marktanteile der Wettbewerber nach Umsätzen bleiben mit 20 % im ersten Quartal 2003 stabil (vgl. *Tabelle 4*). Ihr Anstieg von 19 % in den Jahren 2000 und 2001 auf 20 % in 2002 fällt, verglichen mit den Zuwächsen bei den Verbindungsminuten, gering aus. Dies spiegelt zum einen die erheblich günstigeren Gesprächstarife der Konkurrenten der DTAG, zum anderen kommt hier die starke Position der DTAG bei den fixen Entgelten für Anschlüsse und Optionstarifen mit monatlichen Pauschalentgelten zum Ausdruck. Nach den Feststellungen der RegTP beträgt der Umsatzanteil der Wettbewerber bei den Verbindungsentgelten im ersten Quartal 2003 32 % und bei den fixen Entgelten lediglich 3 %.

Tabelle 4:

**Anteile der Wettbewerber bei den Telekommunikationsdiensten
auf der Basis von Festnetzanschlüssen (%)**

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>2003¹</i>
Verbindungsminuten	6	22	30,3	32,9	38,8	42,1
Umsätze	6	15	19	19	20	20

¹ Prognose der RegTP auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2003 erhobenen Marktdaten.

Quelle: RegTP

30. Wie in den Jahren zuvor haben sich Marktstruktur und Wettbewerbsintensität in den Märkten für Festnetzdienste unterschiedlich entwickelt. Die Wettbewerbsintensität im Bereich der Fern- und Auslandsgespräche ist weiterhin deutlich höher als bei den Teilnehmeranschlüssen und bei den Ortsgesprächen. Gleichwohl deutet sich bei den Ortsgesprächen mit der Einführung der Betreiber-vorauswahl ab Ende April 2003 eine Intensivierung des Wettbewerbs an, die in den vorliegenden empirischen Daten, die lediglich bis zum Ende des ersten Quartals 2003 reichen, noch nicht abgebildet werden.

2.2.1 Teilnehmeranschlüsse

31. Die Gesamtzahl der Teilnehmeranschlüsse im Festnetz lag Ende des ersten Quartals 2003 bei 39,62 Mio., die sich zusammensetzen aus 28,87 Mio. Analoganschlüssen, 10,63 Mio. ISDN-Basisanschlüssen und 122.400 ISDN-Primärmultiplexanschlüssen. Bei der Analyse der Marktverhältnisse auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse wird, wie bereits in den früheren Gutachten der Monopolkommission, nicht auf die Anzahl der Anschlüsse, sondern auf die Anschlusskapazität in Form von Telefonkanälen abgestellt. Ein Analoganschluss verfügt über einen Sprechkanal, ein ISDN-Basisanschluss über zwei voneinander unabhängig nutzbare Kanäle und ein Primärmultiplexanschluss über 30 unabhängig nutzbare Sprechkanäle. Die Ende des ersten Quartals 2003 geschalteten 39,62 Mio. Teilnehmeranschlüsse entsprechen 53,9 Mio. Telefonkanälen. Der Marktanteil der Wettbewerber der DTAG an den Telefonkanälen lag Ende des ersten Quartals 2003 bei 4,3 % (vgl. *Tabelle 5*).

Tabelle 5:

Anzahl der Telefonkanäle (Mio.) und Marktanteile

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>1. Quartal 2003</i>
Gesamt	46,53	48,21	50,22	52,33	53,66	53,92
DTAG	46,37 (99,7 %)	47,81 (99,2 %)	49,36 (98,3 %)	50,83 (97,1 %)	51,51 (96 %)	51,58 (95,7 %)
Wettbewerber	0,16 (0,3 %)	0,4 (0,8 %)	0,86 (1,7 %)	1,5 (2,9 %)	2,15 (4 %)	2,34 (4,3 %)

Quelle: RegTP

32. Die Marktanteile der Wettbewerber liegen bei den höherwertigen Anschlussarten ISDN und den vorwiegend von Geschäftskunden genutzten Primärmultiplexanschlüssen deutlich höher als bei den Analoganschlüssen (vgl. *Tabelle 6*). Gleichwohl bleibt die Marktstellung der Wettbewerber bei den Festnetzanschlüssen insgesamt mit einem Marktanteil von unter 5 % außerordentlich schwach.

Tabelle 6:

Marktanteile der Wettbewerber bei den Telefonkanälen nach technischem Segmenten (%)

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>1. Quartal 2003</i>
Gesamt	0,3	0,8	1,7	2,9	4	4,3
Analog	-	0,2	0,5	0,6	0,8	0,9
ISDN-Basis	1	1,5	2,8	4,5	6,3	6,9
Primärmultiplex	2,1	5,9	9,3	14	16,3	16,7

Quelle: RegTP

Allerdings gibt es bei den Teilnehmeranschlüssen regional deutlich unterschiedliche Entwicklungen. So wird für die Stadt Köln ein Wettbewerbermarktanteil bei den Telefonkanälen von 21 %, für Oldenburg von 23 % und für Hamburg von 12 % ausgewiesen.⁶ Andererseits gibt es insbesondere in ländlichen Regionen sowie in kleinen und mittleren Städten häufig noch nicht die Möglichkeit, überhaupt einen alternativen Teilnehmernetzbetreiber zu wählen. Nach den Feststellungen der RegTP waren Ende 2002 2.600 der 7.900 Anschlussbereiche der DTAG über bereitgestellte Kollokation erreichbar.⁷ Auf dieser Grundlage besteht Ende 2002 für knapp 22 Mio. Anschlüsse

⁶ Vgl. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Tätigkeitsbericht 2002/2003.

⁷ Unter Kollokation ist die gemeinsame Nutzung von technischen Räumen und der Zugang zu den Hauptverteilern in den Teilnehmervermittlungsstellen der DTAG zu verstehen. Kollokation ist die Voraussetzung für den Zugang der Wettbewerber zu den Teilnehmeranschlussleitungen.

(16,1 Mio. analoge Anschlüsse, 5,4 Mio. ISDN-Basisanschlüsse und 80.000 Primärmultiplexanschlüsse) die technische Voraussetzung, dass die Endkunden zu einem alternativen Teilnehmernetzbetreiber wechseln können.⁸ Für diese Anschlüsse gilt, dass sie aufgrund der bestehenden Kollokation bei einer entsprechenden Anfrage eines Kunden vergleichsweise kurzfristig (innerhalb weniger Tage) auf einen alternativen Netzbetreiber umgeschaltet werden können. Soweit die DTAG die deutlich höhere Zahl von 30,91 Mio. Anschlüssen (77 % aller Anschlüsse) nennt, bei denen Anschlusswettbewerb bereits realisiert sei,⁹ beruht diese auf der Betrachtung von Ortsnetzen (statt Anschlussbereichen/Hauptverteilern), die über bereitgestellte Kollokation erreichbar sind. Entscheidend für eine kurzfristige Realisierung der Umschaltung eines Anschlusses ist aber die bereitgestellte Kollokation in einem Anschlussbereich. Soweit größere Ortsnetze mehrere Anschlussbereiche umfassen, die nur zum Teil über bereitgestellte Kollokation erreichbar sind, sind die auf die Betrachtung von Ortsnetzen bezogenen Angaben über bestehenden Anschlusswettbewerb überzogen.

33. Die Wettbewerber konzentrieren ihr Angebot auf ISDN-Anschlüsse (vgl. *Tabelle 7*). Dies liegt zum einen daran, dass die Nutzer von ISDN-Anschlüssen in aller Regel einen höheren Kommunikationsbedarf sowohl im Bereich der Sprach- als auch der Datenübertragung haben und daher attraktiv sind, weil sie einen höheren Umsatz generieren. Zum anderen wirkt die Kosten-Preis-Schere, die sich mindestens bis Herbst 2003 aus dem Endkundenpreis der DTAG für den Teilnehmeranschluss und dem Vorleistungspreis der Wettbewerber für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung ergab, bei den ISDN-Anschlüssen wegen der höheren Endkundenentgelte nicht in dem Maße wie beim Analoganschluss. Solange die Kosten-Preis-Schere besteht, haben die Wettbewerber keine Chance, auf der Basis einer gemieteten Teilnehmeranschlussleitung Analoganschlüsse kostendeckend anzubieten. Ob die zwischenzeitliche Erhöhung der Endkundenentgelte für den Analoganschluss durch die DTAG ausreicht, um die Kosten-Preis-Schere zu beseitigen, lässt sich ohne eine detaillierte Analyse nicht sagen.

Tabelle 7:

Verhältnis analoger Kanäle zu ISDN-Kanälen bei den Teilnehmeranschlüssen
(analog + ISDN = 100 %)

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>1. Quartal 2003</i>
Wettbewerber analog/ISDN	15/85	22/78	17/83	12/88	11/89	11/89
DTAG analog/ISDN	78/22	72/28	65/35	60/40	56/44	56/44

Quelle: RegTP

2.2.2 Ortsgespräche

34. Das Volumen der Ortsgespräche nimmt weiterhin kontinuierlich ab. Wurden 1999 im Rahmen von Ortsgesprächen noch 82,3 Mrd. Verbindungsminuten generiert, waren es 2002 lediglich noch 75,5 Mrd. Minuten. Die RegTP schätzt für das Jahr 2003 eine weitere Abnahme des Gesprächsvolumens auf 74,4 Mrd. Minuten. Als Ursache wird die Substitutionskonkurrenz des Mobilfunks genannt. Mobilkommunikation ersetzt in einem gewissen Umfang Festnetzkommunikation. Da Mobil-

⁸ Vgl. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Tätigkeitsbericht 2002/2003, S. 10 f.

⁹ Unterlagen der DTAG, präsentiert bei der Anhörung der Monopolkommission am 27. Juni 2003 in Bonn.

funkgespräche überwiegend zwischen Gesprächsteilnehmern innerhalb einer Region geführt werden, substituieren Mobilfunkgespräche vor allem Ortsgespräche.

35. Verbindungsnetzbetreiber können seit dem 25. April 2003 Ortsgespräche auf dem Wege des Call-by-Call und seit dem 9. Juli 2003 zusätzlich auf dem Wege der Preselection anbieten. Vor dieser Neuerung beschränkte sich der Wettbewerb bei den Ortsverbindungen auf die Anbieter, die den Kunden auch Teilnehmeranschlüsse bereitstellen. Unter der alten Rechtslage stieg der Marktanteil der Wettbewerber bei den Ortsverbindungen bis Ende des ersten Quartals 2003 auf 7,7 % bei den Verbindungsminuten und 4,9 % bei den Umsätzen (vgl. *Tabelle 8*). Aufgrund der geänderten Gesetzeslage rechnet die RegTP mit einer spürbaren weiteren Verschiebung der Marktanteile bei den Ortsgesprächen zugunsten der Wettbewerber. Sie prognostiziert für das Jahr 2003 einen Anstieg des Marktanteils der Wettbewerber auf 17 % bei den Verbindungsminuten. Diese Erwartung entspricht in etwa der Prognose der Marktstudie von Dialog Consult und VATM, die für das Jahr 2003 von einem Wettbewerbermarktanteil von 17,4 % bei den Ortsgesprächsminuten ausgeht.¹⁰

Tabelle 8:

Marktanteile der Wettbewerber bei Ortsgesprächen (%)

	1998	1999	2000	2001	2002	1. Quartal 2003	2003 ¹
Verbindungsminuten	-	1	2,3	4,7	6,4	7,7	17
Umsätze	-	0,8	1,8	3,4	4,3	4,9	-

¹ Prognose der RegTP auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2003 erhobenen Marktdaten.

Quelle: RegTP

Auch die Monopolkommission rechnet mit einer spürbaren Verschiebung von Marktanteilen zugunsten der Wettbewerber. Ob die alternativen Anbieter kurzfristig allerdings ähnliche Marktanteile wie bei den Ferngesprächen erreichen können, bleibt fraglich. Die DTAG hat anders als zum Zeitpunkt der Wettbewerbsöffnung bei den Fern- und Auslandsgesprächen frühzeitig mit Preissenkungen auf die Angebote der Wettbewerber reagiert. Zudem hat der ehemalige Monopolanbieter in den vergangenen zwei Jahren die Kundenbindung mit attraktiven Angebotsbündeln, zu denen auch Ortsgespräche gehören, merklich erhöht. Vor diesem Hintergrund wird es den Wettbewerbern bei den Ortsgesprächen deutlich schwerer fallen, der DTAG Marktanteile in Größenordnungen wie bei den Ferngesprächen abzunehmen.

2.2.3 Fern- und Auslandsgespräche

36. Die Entwicklungen bei den Umsätzen und Verbindungsminuten für Fern- und Auslandsgespräche zeigen, dass die vor zwei Jahren beobachtete Stagnation bei der Wettbewerbsintensivierung nicht lange angehalten hat.¹¹ Im Jahr 2002 konnten die Wettbewerber in allen Segmenten des Bereichs Fern- und Auslandsgespräche Marktanteile hinzugewinnen; Rückentwicklungen im Jahr

¹⁰ Vgl. Dialog Consult/VATM, Fünfte gemeinsame Marktanalyse zur Telekommunikation, Bonn, 29. Oktober 2003, Abb. 4.

¹¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 57, 189.

2001, etwa bei den Nahverbindungen und den Auslandsverbindungen (vgl. *Tabellen 9 und 10*) wurden dadurch mehr als kompensiert.

Tabelle 9:

Marktanteile der Wettbewerber im Fernnetz nach Verbindungsminuten (%)

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>1. Quartal 2003</i>
Nahverbindungen ¹	3	21	26	19	23	26
Fernverbindungen	16	34	41	40	42	45
Fernverbindungen inkl. Nahverbindungen ²	10,3	28,4	35,3	33,0	35,6	39,8 ³
Verbindungen ins Ausland	20	48	56	46	54	60
Verbindungen in Mobilfunknetze	9	25	33	30	34	40

¹ Nahverbindungen sind Verkehr in angrenzende Ortsnetze innerhalb eines Radius bis zu 20 km. Die Tarifierung der Nahzonengespräche entspricht bei der DTAG der Tarifierung bei Ortsgesprächen. Daher werden Nahzonengespräche häufig den Ortsgesprächen zugerechnet. Die Monopolkommission rechnet Nahverbindungen den Ferngesprächen zu, da diese mit einer Vorwahlnummer beginnen. Um die Vergleichbarkeit mit anderen Darstellungen zu gewährleisten, werden die Marktanteile der Wettbewerber bei den Fernverbindungen sowohl ohne Nahverbindungen als auch inklusive der Nahverbindungen ausgewiesen.

² Eigene Berechnungen auf der Grundlage von Daten der RegTP.

³ Prognosewert für das gesamte Jahr 2003.

Quelle: RegTP

Tabelle 10:

Marktanteile der Wettbewerber im Fernnetz nach Umsätzen (%)

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>1. Quartal 2003</i>
Nahverbindungen ¹	2	15	20	22	26	27
Fernverbindungen	11	28	35	36	38	38
Fernverbindungen inkl. Nahverbindungen ²	9,5	24,8	30,8	32,6	35,0	37,6 ³
Verbindungen ins Ausland	16	27	39	37	43	41
Verbindungen in Mobilfunknetze	8	22	27	29	31	34

¹ Nahverbindungen sind Verkehr in angrenzende Ortsnetze innerhalb eines Radius bis zu 20 km. Die Tarifierung der Nahzonengespräche entspricht bei der DTAG der Tarifierung bei Ortsgesprächen. Daher werden Nahzonengespräche häufig den Ortsgesprächen zugerechnet. Die Monopolkommission rechnet Nahverbindungen den Ferngesprächen zu, da diese mit einer Vorwahlnummer beginnen. Um die Vergleichbarkeit mit anderen Darstellungen zu gewährleisten, werden die Marktanteile der Wettbewerber bei den Fernverbindungen sowohl ohne Nahverbindungen und inklusive der Nahverbindungen ausgewiesen.

² Eigene Berechnungen auf der Grundlage von Daten der RegTP.

³ Prognosewert für das gesamte Jahr 2003.

Quelle: RegTP

Am Ende des ersten Quartals des Jahres 2003 zeigt sich für den gesamten Bereich der Fernverbindungen eine stabile Position der Wettbewerber. Ihre Marktanteile bei den Verbindungsminuten nehmen weiterhin zu. Bei den Ferngesprächen inklusive der Nahgespräche liegt der Anteil der Wettbewerber Ende 2002 bei knapp 36 % und wird nach der Prognose der RegTP im Jahr 2003 auf etwa 40 % ansteigen. Bei den Auslandsgesprächen halten die Wettbewerber Ende des ersten Quartals 2003 bereits 60 % der Marktanteile. Dabei sind allerdings je nach Zielland oder Zielregion sehr unterschiedliche Marktanteilsverteilungen zu beobachten.

37. Die Marktanteile der Wettbewerber bei den Fern- und Auslandsverbindungen nach Umsätzen nehmen ebenfalls weiter zu. Sie liegen zum Teil deutlich unterhalb der Marktanteile, die die Wettbewerber nach Verbindungsminuten erreichen. Hier spiegelt sich das niedrigere Preisniveau der Verbindungsnetzbetreiber im Vergleich zur DTAG wider. Besonders ausgeprägt ist der Unterschied bei den Auslandsgesprächen. Dem Marktanteil der Wettbewerber von 60 % nach Verbindungsminuten steht ein Marktanteil von lediglich 41 % nach Umsätzen gegenüber.

38. Nach wie vor gering ausgeprägt ist die unmittelbare Kundenbindung der Wettbewerber. Sie ist am geringsten beim sog. Call-by-Call, bei dem die Rechnungstellung und das erste Inkasso durch die DTAG erfolgt. Nach den Feststellungen der RegTP beruht weiterhin ein Großteil der Markterfolge der Wettbewerber auf Call-by-Call-Angeboten. Der Anteil des offenen und geschlossenen Call-by-Call an den insgesamt von den Wettbewerbern erbrachten Verbindungsminuten steigt von 33 % im Jahr 2001 auf 35 % im Jahr 2002 und 37 % im ersten Quartal 2003. Gleichzeitig sinkt die Bedeutung der Angebotsform Preselection, bei der eine feste Voreinstellung auf einen alternativen Betreiber erfolgt, auf zuletzt 11 % ab (vgl. *Tabelle 11*).¹²

Der zunehmende Anteil des sonstigen Verkehrs an den Zugangsvarianten ist vor allem auf Internet-Einwahlen zurückzuführen. Im Zusammenhang damit steht die Veränderung des Preselection-Verkehrs, der im Jahr 2001 im Vergleich zu 2000 einen starken Rückgang aufweist. Einwahlen zu Mehrwertdiensten und Internet-Einwahlen wurden in dieser Phase von der Betreibervorauswahl ausgenommen. Ein größerer Teil der bis dahin in der Zugangsvariante "Preselection" erfassten Verkehrsanteile werden seitdem unter "sonstigem Verkehr" erfasst. Das könnte den Unterschied der Zahlen für Preselection bis 2000 und ab 2001 erklären.

Zu einem in der Tendenz ähnlichen Ergebnis wie die Untersuchung der RegTP kommt die von Dialog Consult im Auftrag des VATM durchgeführte Unternehmensbefragung zu den Nutzungsformen der Dienste neuer Carrier.¹³ Danach bleibt der Anteil des Call-by-Call an den Verbindungsminuten mit 50,8 % im Jahr 2002 und 50,7 % in 2003 nahezu gleich. Gleichzeitig nimmt die Bedeutung der Preselection von 28,5 % im Jahr 2002 auf 26,2 % in 2003 ab. Auch wenn die Untersuchungen der RegTP und von Dialog Consult nicht miteinander vergleichbar sind – die Daten der RegTP basieren auf einer Zuordnung der erbrachten Verbindungsminuten auf die unterschiedlichen Angebotsformen durch die Anbieter, während die Ergebnisse von Dialog/VATM auf einer repräsentativen Kundenbefragung beruhen –, zeigt sich in beiden, dass sich die Annahme, Call-by-Call werde mit der Zeit an Bedeutung verlieren und Preselection werde für die Nachfrager wichtiger, aus heutiger Sicht nicht bestätigt. Die Wettbewerber der Telekom haben weiterhin bei dem überwiegenden Teil ihres

¹² Die in Tabelle 11 präsentierten Daten der RegTP für die Jahre 1998 bis 2001 sind nicht mit den älteren Angaben der RegTP über das Ausmaß der Kundenbindung vergleichbar, die die Monopolkommission in ihrem letzten Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten genannt hat. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., S. 53. Der Grund dafür ist, dass die Behörde aufgrund neuer Informationen über die Verkehrsströme beim Internetzugang eine komplette Neuberechnung der Daten vorgenommen hat.

¹³ Vgl. Dialog Consult/VATM: Fünfte gemeinsame Marktanalyse zur Telekommunikation, a.a.O., Abb. 8.

Geschäftsvolumens keinen direkten Kundenkontakt und können demzufolge auch keine Kundenbindung organisieren.

Tabelle 11:

Kundenbindung; relativer Anteil der Nutzungsformen an den Verbindungsminuten (%)

	1998	1999	2000	2001	2002	1. Quartal 2003
Offenes Call-by-Call ¹	60	40	31	24	29	32
Geschlossenes Call-by-Call ²	1	5	5	9	6	5
Preselection ³	35	30	31	12	13	11
Direkt ⁴	3	7	8	11	13	15
Sonstige ⁵	-	18	26	44	40	37

¹ Verbindungsnetzbetreiberauswahl per Vorwahl einer Netzbetreiberkennzahl ohne vorherige Anmeldung.

² Verbindungsnetzbetreiberauswahl per Vorwahl einer Netzbetreiberkennzahl mit vorheriger Anmeldung.

³ Dauerhafte Voreinstellung.

⁴ Eigene Anschlüsse.

⁵ Verbindungen, die den vorgenannten Zugangsvarianten nicht zuzuordnen sind. Betroffen ist die Einwahl zu Mehrwertdiensten (z.B. Auskunft, gebührenfreie Anrufe, Premium-Rate-Nummern) und die Internet-Einwahlen.

Quelle: RegTP

39. Die Monopolkommission hat in der Vergangenheit dem Ausmaß an Kundenbindung für die Stabilität des Wettbewerbs auf den Ferngesprächsmärkten eine hohe Bedeutung zugemessen.¹⁴ Fehlt es an Kundenbindung, wie bei den Call-by-Call-Gesprächen, bleibt der Wettbewerb instabil. Nachfrager von Call-by-Call-Angeboten bleiben letztlich Kunden der DTAG. Diese hat privilegierte Informationen über das Nachfrageverhalten der Kunden und kann ihnen entsprechend attraktive Zusatzangebote machen. Daher hat die Monopolkommission in ihrem letzten Sondergutachten die Vermutung geäußert, dass die Bindung dieser Kunden an alternative Anbieter im Call-by-Call-Bereich nicht sehr fest ist. Jedoch haben Call-by-Call-Anbieter bei der Anhörung der Monopolkommission zur Vorbereitung dieser Stellungnahme vorgetragen, dass sie über eine zunehmende Zahl von "Stammkunden" verfügen, die regelmäßig die Netzbetreibervorwahl ihres Unternehmens nutzen. Dies spricht für eine Bindung an einen Anbieter, die offenbar auch ohne einen direkten Kundenkontakt zustande kommt. Es spricht einiges dafür, dass einige Call-by-Call-Anbieter ein Image – vergleichbar einer Marke – aufgebaut haben, mit dem sie sich bei den Kunden als günstiger Anbieter etablieren konnten. Die Kunden verlassen sich bei der Wahl des Telefonanbieters auf dieses Image, statt permanent neu nach dem jeweils günstigsten Anbieter zu fahnden.

40. An Bedeutung verloren hat – anders als vor zwei Jahren erwartet – der Anteil der im Rahmen sog. Preselection-Vereinbarungen erbrachten Verbindungsminuten. Dabei findet eine feste Voreinstellung auf einen bestimmten Verbindungsnetzbetreiber statt, ohne dass der Kunde mit seinem Teilnehmeranschluss zu diesem Betreiber wechselt. Die unmittelbare Kundenbindung im Rahmen der Preselection ist deutlich höher, da Kunde und Netzbetreiber eine vertragliche Vereinbarung

¹⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 58.

schließen und auch die Rechnungsstellung und das Inkasso in aller Regel durch den Verbindungsnetzbetreiber erfolgen. Auf der Grundlage der Untersuchung von Dialog Consult/VATM hatte die Monopolkommission vor zwei Jahren mit einem abnehmenden Anteil von Call-by-Call-Verbindungen und einem Bedeutungszuwachs der Preselection gerechnet.¹⁵ Dies ist nicht eingetreten. Gleichwohl könnte es in der näheren Zukunft wegen der nunmehr möglichen Betreibervorauswahl im Ortsnetz wiederum einen Anstieg des Preselection-Anteils an den Verbindungsminuten geben. Da die Angebote der Verbindungsnetzbetreiber für Ortsgespräche noch vergleichsweise übersichtlich sind und die jeweils günstigsten Anbieter nicht über den Tag mehrfach wechseln, ist aus Sicht der Endkunden der Anreiz zum Abschluss eines Preselection-Vertrages für Ortsgespräche möglicherweise höher als bei den Fern- und Auslandsgesprächen.

41. Positiv für die Verstärkung des Wettbewerbs auf den Sprachtelefondienstmärkten im Festnetz ist die Zunahme des Anteils der über eigene Teilnehmeranschlüsse erbrachten Verbindungsminuten. Die RegTP weist hier am Ende des ersten Quartals 2003 gegenüber 2002 einen Anstieg von 14 % auf 16 % aus. Die Marktstudie von Dialog Consult/VATM geht für das Jahr 2003 sogar von einem Anteil von 23,1 % aus, den die über einen Komplettanschluss erbrachten Verbindungsminuten an den insgesamt von Wettbewerbern erbrachten Verbindungsminuten ausmachen.¹⁶

2.3 Internetzugänge

42. Der Zugang zum Internet erfolgt entweder "schmalbandig" über den analogen Teilnehmeranschluss in Verbindung mit einem Modem oder über den ISDN-Anschluss. "Breitbandiger" Zugang erfolgt über die Digital Subscriber Line (DSL). DSL ist ein hochbitratiger Anschluss, der auf der Kupferleitung von der Vermittlungsstelle zum Endkunden aufbaut. DSL kann sowohl auf der Basis des analogen als auch des ISDN-Teilnehmeranschlusses realisiert werden.¹⁷

Die Wettbewerbsintensität auf den Märkten für schmalbandigen und für breitbandigen Internetzugang unterscheidet sich in einem starken Maße. Während die Wettbewerber am Ende des ersten Quartals 2003 66 % der Verbindungsminuten und 50 % des Umsatzes beim schmalbandigen Internetzugang generieren (vgl. *Tabelle 12*), ist die Telekom beim breitbandigen Internetzugang über DSL weiterhin nahezu Monopolanbieter. Das Volumen des schmalbandigen Internetverkehrs ist in den vergangenen Jahren sowohl absolut als auch relativ zum Festnetzverkehr insgesamt deutlich angestiegen. Im Jahr 2001 erreichte der Anteil der Internetverkehrsminuten bereits 38 % der insgesamt im Festnetz erreichten Minuten. Ab dem Jahr 2002 geht der schmalbandige Verkehr absolut und relativ spürbar zurück. Der Anteil am gesamten Festnetzverkehr sinkt auf 33 %. Die Ursache dafür liegt in der zunehmenden Substitution des schmalbandigen durch breitbandigen Internetverkehr, der über die DSL-Anschlüsse generiert wird.

43. Ende des Jahres 2002 waren in Deutschland 3,2 Mio. DSL-Anschlüsse geschaltet. Davon entfallen nach Angaben der RegTP 2,97 Mio. Anschlüsse auf die DTAG, was einem Marktanteil von 94 % entspricht.¹⁸ Die verbleibenden 6 % Marktanteil (186.000 DSL-Anschlüsse) verteilen sich auf

¹⁵ Vgl. ebenda, Tz. 58 sowie die dort zitierte Studie: Dialog Consult/VATM, Dritte gemeinsame Marktanalyse zur Telekommunikation, Berlin, 25. Oktober 2001.

¹⁶ Vgl. Dialog Consult/VATM, Fünfte gemeinsame Marktanalyse zur Telekommunikation, a.a.O., Abb. 8.

¹⁷ Je nach Übertragungsraten lassen sich die DSL-Angebote ADSL (Asymmetric DSL), SDSL (Symmetric DSL) und HDSL (High Data Rate DSL) unterscheiden. Die DTAG vermarktet die verschiedenen DSL-Varianten unter der einheitlichen Bezeichnung T-DSL. Vgl. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Tätigkeitsbericht 2002/2003, S. 8.

¹⁸ Die von Dialog Consult/VATM genannten Zahlen von 3,3 Mio. DSL-Anschlüssen Ende 2002 und einem Marktanteil der

insgesamt 45 alternative DSL-Anbieter. Im Oktober 2003 hat die Telekom nach eigenen Angaben bereits 4 Mio. DSL-Anschlüsse geschaltet und die Zielmenge für das Jahr 2003 früher als erwartet erreicht.¹⁹ Für Ende des Jahres 2003 rechnet die Telekom nun damit, 4,2 Mio. DSL-Anschlüsse vermarktet zu haben. Die Grundlage dieser nahezu monopolistischen Marktposition der Telekom in einem der wichtigsten Zukunftsmärkte der Telekommunikation war eine regulierungsbehördlich nicht beanstandete Dumpingstrategie in der Expansionsphase des Marktes.²⁰ Hinzu kommt, dass konkurrierende DSL-Angebote der Wettbewerber weiterhin in aller Regel auf der Grundlage der Teilnehmeranschlüsse der Telekom realisiert werden. Die gemeinsame Nutzung der Teilnehmeranschlussleitung im Wege des sog. Line Sharing ist praktisch ohne Bedeutung geblieben. Das Quasimonopol der Telekom bei den Teilnehmeranschlüssen trägt damit weiterhin maßgeblich zu der Monopolisierung des DSL-Marktes bei. Gleichwohl rechnen die Wettbewerber im Jahr 2003 mit einem zunehmenden Marktanteil. Nach der Prognose von Dialog Consult/VATM wird der Anteil der Wettbewerber bei den DSL-Anschlüssen Ende 2003 bei 8,5 % liegen. Größenordnungsmäßig ist die Marktstruktur damit weiterhin der Marktstruktur bei den Teilnehmeranschlüssen ähnlich. Der erwarteten Verdoppelung der Anzahl der von Wettbewerbern betriebenen DSL-Anschlüsse von 200.000 auf 400.000 steht ein Wachstum der Zahl der DSL-Anschlüsse der DTAG im Jahr 2003 von mindestens 1,1 Mio. gegenüber.

Tabelle 12:

Anteile der Wettbewerber beim schmalbandigen Internetzugang (%)

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>1. Quartal 2003</i>
Verbindungsminuten	-	41	44	51	67	66
Umsatz	-	33	42	48	49	50

Quelle: RegTP

44. Die Nutzung des Internet über DSL-Anschlüsse wird nicht nach Minuten, sondern nach dem Volumen der heruntergeladenen Datenmengen gemessen. Ende 2001 lag dieses Volumen nach Berechnungen von Dialog/VATM bei 21,5 Mio. Gigabyte (GB).²¹ Davon entfielen 93,5 % auf die DTAG. Bis Ende 2002 nahm das Volumen um den Faktor neun auf 192 Mio. GB zu, mit einem Marktanteil der DTAG von 88,9 % und für Ende 2003 wird ein Volumen von 305 Mio. GB erwartet, bei dem die DTAG nach der Prognose einen Marktanteil von 85 % halten wird. Die RegTP nennt in ihrem aktuellen Tätigkeitsbericht höhere Werte: für 2001 25,2 GB, für 2002 216,8 GB und für das Jahr 2003 382,3 GB.

2.4 Entwicklung der Preise

45. Bei den Preisen für Telefondienstleistungen im Festnetz sind in den vergangenen zwei Jahren unterschiedliche Entwicklungen zu beobachten. Der ab Mitte des Jahres 2001 festzustellende Trend

DTAG von 93,9 % bestätigen die Zahlen der RegTP. Vgl. Dialog Consult/VATM, Fünfte gemeinsame Marktanalyse zur Telekommunikation, a.a.O., Abb. 10.

19 Telekom erreicht DSL-Zielmarke früher als geplant, in: Financial Times Deutschland Online vom 20. Oktober 2003.

20 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 60, 137 ff.

21 Vgl. Dialog Consult/VATM, Fünfte gemeinsame Marktanalyse zur Telekommunikation, a.a.O., Abb. 11.

moderater Preissteigerungen bei den Ferngesprächen hat sich im Jahr 2002 und der ersten Hälfte 2003 nicht fortgesetzt. Zwar hat es nach den Ermittlungen des Statistischen Bundesamtes in einzelnen Monaten des Berichtszeitraumes im Jahresvergleich leichte Preiserhöhungen gegeben.²² Über den gesamten Zweijahreszeitraum von Ende 2001 bis Ende 2003 sind die Preise für Ferngespräche jedoch weitestgehend stabil geblieben.

Eine ähnlich stabile Preisentwicklung gilt für Gespräche aus dem Festnetz in die Mobilfunknetze. Die Preise für Auslandsgespräche dagegen sinken weiterhin moderat. Dabei sind die Tarifentwicklungen je nach Zielland unterschiedlich. Die RegTP weist auf einzelne Tarife für Auslandsgespräche hin, die im Berichtszeitraum um bis zu 55 % gesunken sind.

46. Die Entwicklung der Preise bei der DTAG werden durch die Entgeltregulierung vorgegeben. Das gegenwärtige Price-Cap-Regime für Sprachtelefondienste gilt vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2004.²³ Es besteht aus vier Körben für Anschlüsse, City-Verbindungen, Fernverbindungen Inland und Auslandsverbindungen. Für die einzelnen Körbe gelten jährliche Preisänderungsvorgaben, deren Einhaltung von der RegTP überprüft wird. Die Entgelte für Verbindungen aus dem Festnetz in Mobilfunknetze unterliegen nicht der präventiven Entgeltregulierung, da die RegTP diese Leistung als Mobilfunktelefonie definiert, die wiederum aufgrund des dort herrschenden Wettbewerbs von der Regulierung freigestellt ist. Die Preissenkungen der Telekom bei Fern- (1, 22 %) und Auslandsgesprächen (0,2 %) zum 1. Februar 2003 ergaben sich aus Vorgaben der Price-Cap-Regulierung für das Jahr 2003.

47. Erhebliche Preisbewegungen sind bei den Anschlussgebühren und den Tarifen für Ortsgespräche zu beobachten. Auslöser für die deutlichen Preiserhöhungen beim analogen Teilnehmeranschluss der DTAG war einerseits ein Verfahren der Europäischen Kommission, in dem der Telekom die Begründung einer sog. Kosten-Preis-Schere vorgeworfen wurde, bei der die Endkundenpreise für den Teilnehmeranschluss niedriger liegen als das Vorleistungsentgelt, welches die DTAG von ihren Wettbewerbern für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung verlangt.²⁴ Andererseits stand die Einführung der Betreibervorauswahl für Ortsgespräche bevor, bei der Preissenkungen zu erwarten waren, die die Telekom durch ein sog. Rebalancing der Preise (Veränderung der Preisstruktur mit höheren Anschluss- und niedrigeren Ortsgesprächsgebühren) zu kompensieren sucht. Unter Ausschöpfung ihrer Preiserhöhungsspielräume des Price-Cap-Regimes für den Anschlusskorb für die Jahre 2002 und 2003 hat die Telekom das Entgelt für die Teilnehmeranschlüsse ab Mai 2002 um 0,56 € und für den analogen Teilnehmeranschluss ab Februar 2003 um 0,33 € erhöht. Um der Telekom den Ausgleich von Verlusten beim Angebot des analogen Teilnehmeranschlusses (Anschlusskostendefizit) zu gestatten, hat die RegTP das geltende Price-Cap-Regime insoweit modifiziert, als eine weitere deutliche Erhöhung des Entgeltes für den analogen Teilnehmeranschluss ab September 2003 um 1,68 € ermöglicht wurde.

48. Zu spürbaren Preissenkungen für Ortsgespräche hat die Einführung der Betreibervorauswahl für Ortsgespräche ab Ende April 2003 geführt. Das gegenwärtig günstigste Angebot für Ortsgespräche im Rahmen von Call-by-Call liegt bei 0,99 Cent pro Minute, während die DTAG im Standardtarif tagsüber für eine City-Verbindung weiterhin 4 Cent pro Minute verlangt.²⁵ Gleichwohl hat es bei der DTAG im Mai 2002 und im Februar 2003 bereits Preissenkungen für Ortsgespräche um 1,4 %

²² Vgl. Statistisches Bundesamt, Verbraucherpreisindex für Telekommunikationsdienstleistungen, erscheint monatlich, letzter Stand: November 2003, Pressemitteilung 483/03 vom 28. November 2003.

²³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz.123 ff.

²⁴ Vgl. dazu auch Tz. 98 ff. in diesem Gutachten.

²⁵ Vgl. Preisliste der DTAG vom Oktober 2003.

bzw. 4,2 % gegeben. Eine weitere Preissenkung um 4,36 % trat zum 1. September 2003 in Kraft. Teilweise waren diese Preissenkungen durch die Vorgaben des Price-Cap-Regimes notwendig, zum Teil gehen sie darüber hinaus und sind Reaktionen auf den Preiswettbewerb bei Ortsgesprächen am Markt.

Daneben finden sich bei den Ortsgesprächen Sondertarife, so bieten einige alternative Teilnehmer-netzbetreiber Ortsgespräche innerhalb des eigenen Netzes kostenlos an und die DTAG weitet ihr Angebot an Optionstarifen aus. Die RegTP hat Anfang September 2003 einen neuen Tarif "Aktiv plus XXL" befristet bis zum 30. Juni 2004 genehmigt. In diesem Tarif telefonieren Kunden gegen ein monatliches Pauschalentgelt von 9,22 € (inklusive Mehrwertsteuer) an Samstagen, Sonntagen und allen gesetzlichen Feiertagen bei allen City- und Fernverbindungen kostenlos.

49. Moderate Preissenkungen sind auch weiterhin beim schmalbandigen Internetzugang zu verzeichnen. Eine differenzierte Analyse der Preisentwicklungen beim breitbandigen Internetzugang liegt nicht vor. Anders als beim schmalbandigen Internet dominieren auf dem DSL-Markt sog. Volumen-Tarife, bei denen nicht nach Zeit, sondern nach transferiertem Datenvolumen abgerechnet wird. In aller Regel geschieht dies zu Pauschalentgelten.

2.5 Fortgang der Konsolidierung

50. Die Konsolidierung auf den Märkten für Telekommunikationsdienste ist in den vergangenen zwei Jahren vorangeschritten. Neben dem Festnetz ist inzwischen auch der Mobilfunk zunehmend betroffen.²⁶ Zum Zeitpunkt der Erstellung des letzten Sondergutachtens der Monopolkommission zur Telekommunikation im Herbst 2001 zeichnete sich auf dem Markt für Festnetztelefondienste eine umfassende Konsolidierung ab, deren Auswirkung auf die Marktstruktur nicht absehbar war.²⁷ Inzwischen deutet sich an, dass die Auswirkungen auf die Marktstrukturen und den Wettbewerb im Festnetz bisher weniger gravierend sind als zunächst befürchtet.

51. Nach den Feststellungen der RegTP ist die Anzahl der Anbieter von Sprachtelefondiensten per Call-by-Call, Preselection oder Direktanschluss von etwa 100 Ende des Jahres 2002 auf 89 Mitte des Jahres 2003 zurückgegangen. Hinzu kommen 50 Unternehmen, die den Wiederverkauf von Festnetzsprachdiensten auf der Basis einer Lizenz durchführen und 175 Reseller von Festnetzsprachdiensten ohne Lizenz. Auch wenn die Anzahl der Anbieter mit eigener Netzinfrastruktur leicht abnimmt, geben diese Zahlen keinen Anlass zu ernsthaften Bedenken. Die Befürchtung der Branche aus dem Jahr 2001, dass 80 % der Wettbewerber von der Insolvenz bedroht sind, hat sich bis heute nicht bestätigt und es liegen auch keine Anzeichen dafür vor, dass dies in absehbarer Zeit eintreten könnte.²⁸

52. Anders als vor zwei Jahren scheint die betriebswirtschaftliche Situation vieler Telekommunikationsanbieter inzwischen deutlich weniger kritisch zu sein. Einzelne Unternehmen aus dem Bereich der Verbindungsnetzbetreiber geben gegenüber der Monopolkommission an, durchaus im profitablen Bereich zu arbeiten und schwarze Zahlen zu schreiben. Allerdings ist ihr Geschäftsmodell als Call-by-Call-Anbieter in einem hohen Maße von der Regulierung abhängig. Ändern sich der Regulierungsrahmen oder die Entgeltstrukturen bei Vorleistungen, kann sich die betriebswirtschaftliche Situation der Unternehmen sehr schnell ins Negative verkehren.

²⁶ Vgl. Kapitel 8 in Teil I dieses Gutachtens.

²⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 66 ff.

²⁸ Vgl. ebenda, Tz. 66.

Weniger positiv im Hinblick auf ihre betriebswirtschaftliche Situation äußern sich gegenüber der Monopolkommission die City- und Regionalcarrier. Zwar gibt es auch hier Unternehmen und Geschäftsbereiche, die profitabel arbeiten. Dies gilt aber nicht für Anbieter, die ihren Schwerpunkt im Privatkundengeschäft haben und auf die Vermarktung von Teilnehmeranschlüssen und auf Festnetztelefonie setzen.

53. Der vor zwei Jahren festgestellte Trend zur Kooperation und zur Konzentration bei den City- und Regionalcarriern hält an. Die Anzahl der City- und Regionalcarrier, die zu der Verbundgruppe TROPOLYS gehören, ist in den vergangenen zwei Jahren von fünf auf 14 angestiegen. Für den Gesamtmarkt ist dagegen keine gravierende Zunahme der Konzentration festzustellen. Nach den Feststellungen der RegTP liegt der Marktanteil der zehn führenden Wettbewerber an dem insgesamt durch Wettbewerber erwirtschafteten Umsatzvolumen Ende 2002 bei 88 %, nach 91 % im Jahr 2001 und 86 % im Jahr 2000. In etwa gleichbleibende Konzentrationsraten werden auch für die sechs führenden (2002: 79 %) und die drei führenden Anbieter (2002: 58 %) festgestellt. Dies zeigt, dass es den Wettbewerbern der Telekom in den vergangenen zwei Jahren gelungen ist, ihre relative Marktposition untereinander zu behaupten. Nicht eingetreten ist hingegen die stärkere Konzentration des Wettbewerbermarktanteils auf weniger Unternehmen.

3. Abhängigkeit der Wettbewerber von Vorleistungen der DTAG

54. Die Monopolkommission hatte in ihrem letzten Sondergutachten gemäß § 81 Abs. 3 TKG eine umfassende Untersuchung der Abhängigkeiten der Wettbewerber auf den Festnetzmärkten von Vorleistungen der DTAG vorgelegt.²⁹ Sie kam dabei zu dem Ergebnis, dass der entbundelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, regionale und lokale Zusammenschaltungsleistungen, die Bereitstellung lokaler Mietleitungen sowie Fakturierungs- und Inkassoleistungen weiterhin Engpassressourcen sind, ohne die ein Angebot der Wettbewerber auf den Endkundenmärkten der Telekommunikation nicht möglich ist. An diesem Befund hat es auch in den vergangenen zwei Jahren keine grundlegende Veränderung gegeben. Zwar haben die alternativen Teilnehmernetz- und Verbindungsnetzbetreiber ihre Infrastrukturen weiter ausgebaut und damit die Abhängigkeit von der Telekom reduziert. Dieser Aufbau erfolgt aber nur langsam. Nach den Erhebungen der RegTP haben die Wettbewerber im Jahr 2002 etwa 2,3 Mrd. € für Vorleistungen an die Telekom gezahlt, was einem Anteil von knapp 50 % an dem von den Wettbewerbern im Jahr 2002 insgesamt erzielten Umsatz entspricht. Der betreffende Wert lag im Jahr 2001 noch bei etwa 60 %. Die Differenz lässt einen Rückgang der Abhängigkeit von der DTAG bei den Vorleistungen erkennen.

3.1 Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung

55. Für die Bereitstellung von Teilnehmeranschlüssen nutzen die Wettbewerber neben der Verlegung eigener Leitungen und der Nutzung von Funkanschlüssen die vorhandenen Teilnehmeranschlussleitungen der DTAG. Der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist als Möglichkeit für die Bereitstellung eigener Teilnehmeranschlüsse an ihre Endkunden weiterhin absolut dominierend. Ende 2002 basieren mehr als 90 % der von den Wettbewerbern realisierten Teilnehmeranschlüsse auf dem entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung der Telekom. Bis Mitte des Jahres 2003 hatte die DTAG 1,15 Mio. Teilnehmeranschlussleitungen an konkurrierende Teilnehmernetzbetreiber vermietet.

3.2 Zusammenschaltung

56. Immer dann, wenn eine Verbindung mehrere Telekommunikationsnetze berührt, werden Zusammenschaltungsleistungen erbracht. Dabei wird die Herstellung einer Verbindung von einem rufenden Anschluss zu einem Netzübergabepunkt (Zuführung) unterschieden von der Herstellung einer Verbindung von einem Netzübergabepunkt zu dem angerufenen Anschluss (Terminierung).³⁰ Je nachdem auf welcher Netzebene Zusammenschaltungsleistungen erbracht werden, wird zwischen Terminierung bzw. Zuführung (local) sowie regionalem (single) und nationalem Transit (double transit) unterschieden. Nach dem geltenden Zusammenschaltungsregime "element based charging" (EBC) legt die RegTP bei der Tarifierung der Zusammenschaltungsentgelte ein zweistufiges Netzmodell zugrunde, das aus 475 lokalen Einzugsbereichen und 23 Grundeinzugsbereichen besteht. Ist ein Wettbewerber an 23 Zusammenschaltungsorten mit dem Netz der DTAG zusammengeschlossen, müssen keine Zusammenschaltungsleistungen auf der obersten Netzebene (double transit) mehr nachgefragt werden. Nach den Ermittlungen der RegTP hatten im ersten Quartal 2003 19 Wettbewerber diesen Netzausbaustand erreicht. Im Jahr 2001 waren es 13 Unternehmen gewesen.

57. Ist ein Wettbewerber in allen 475 lokalen Einzugsbereichen mit dem Netz der DTAG zusammengeschlossen, nimmt er ausschließlich (lokale) Zuführungs- und Terminierungsleistungen in

²⁹ Vgl. ebenda, Tz. 70 ff.

³⁰ Vgl. dazu ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 73 ff.

Anspruch, für die der niedrigste Zusammenschaltungstarif (local) gilt. Mitte des Jahres 2001 – zum Zeitpunkt des letzten Sondergutachtens der Monopolkommission zur Telekommunikation – hatte noch kein Unternehmen aus dem Kreis der Wettbewerber den Netzausbau soweit vorangetrieben, dass es in sämtlichen der nach dem damals gängigen Netzmodell 293 Grundeinzugsbereiche mit dem Netz der DTAG zusammengeschaltet war.³¹ Im Herbst des Jahres 2003 hat sich diese Situation grundlegend geändert. Heute gibt es mindestens drei Verbindungsnetzbetreiber, die in allen 475 Einzugsbereichen mit dem Netz der Telekom verbunden sind oder kurz davor stehen, einen entsprechenden Netzausbau zu realisieren. Das wesentliche Motiv für den beschleunigten Netzausbau in der Fläche ist die Einführung der Netzbetreibervorauswahl für Ortsgespräche im April des Jahres 2003. Der Gesetzgeber hat als Voraussetzung für ein flächendeckendes Angebot von Ortsgesprächen durch alternative Verbindungsnetzbetreiber die "ortsnahe Zuführung" in Form der Einrichtung von Zusammenschaltungspunkten mit dem Netz der DTAG in allen lokalen Einzugsbereichen vorgeschrieben.³²

58. Mit dem zunehmenden Ausbau der alternativen Verbindungsnetze nimmt das Ausmaß an Abhängigkeit der Wettbewerber von Zusammenschaltungsleistungen der DTAG weiter ab. Dies betraf vor zwei Jahren insbesondere die Zusammenschaltungsleistungen im Fernbereich – heute "nationaler Transit" (double transit) –, deren Anteil an den insgesamt von der DTAG erbrachten Zusammenschaltungsleistungen bereits damals gering war,³³ und betrifft Ende 2003 zunehmend auch den regionalen Transit (single transit).

Was bedeutet dies für den Wettbewerb auf den Märkten für Zusammenschaltungsleistungen, den sog. Carrier-Märkten? Zunächst einmal, dass die Umsätze der DTAG und das Marktvolumen in den Marktsegmenten double und single transit zurückgehen.³⁴ Der Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt für Zusammenschaltungsleistungen wird allerdings nur dann berührt, wenn die Betreiber der nunmehr ausgebauten alternativen Verbindungsnetze auch tatsächlich Zusammenschaltungsleistungen für ihre Konkurrenten anbieten. Davon ist nicht in jedem Falle auszugehen. Die Monopolkommission hatte vor zwei Jahren festgestellt, dass die Wettbewerber der Telekom ihren Netzausbau primär am eigenen Bedarf orientieren und lediglich mit Überkapazitäten an Übertragungsleistungen am Markt für Zusammenschaltungsleistungen auftreten.³⁵ Der Grund für diese Zurückhaltung ist, dass der Aufbau einer nationalen Zusammenschaltungsplattform in Konkurrenz zur DTAG mit Risiken verbunden ist. Der Wechsel des Zusammenschaltungspartners bedeutet für Netzbetreiber unter Umständen erhebliche Wechselkosten. Es wären neue Zusammenschaltungspunkte mit dem Netz des anbietenden Betreibers zu realisieren und die dazu notwendigen Übertragungswege zu errichten oder anzumieten. Die bestehenden spezifischen Investitionen wären abzuschreiben. Darüber hinaus verfügt die DTAG bei den Betreibern alternativer Netze über eine hohe Reputation für die Qualität von Zusammenschaltungsleistungen, was die Konkurrenten auch weiterhin davon abhält, in Übertragungskapazitäten mit dem Ziel zu investieren, der DTAG auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen Konkurrenz zu machen.

Bleiben die zusätzlichen Angebote auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen aus, kommt es weder zu einer Intensivierung des Wettbewerbs in diesen Marktsegmenten noch nehmen die Ab-

31 Vgl. ebenda.

32 Vgl. § 43 Abs. 6 TKG und die Entschließung des Deutschen Bundestages zu § 43 Abs. 6 TKG vom 5. Juli 2003.

33 Im September 2001 entfielen noch lediglich 1 % der von der Telekom insgesamt erbrachten Zusammenschaltungsleistungen auf den Fernbereich. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 75.

34 Der Monopolkommission liegen allerdings keine hinreichend differenzierten Marktdaten für den Bereich der Zusammenschaltungsleistungen vor.

35 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 79 f.

hängigkeiten derjenigen Wettbewerber von der DTAG ab, die ihren Netzausbau nicht auf 23 bzw. 475 Zusammenschaltungspunkte mit dem Netz der DTAG vorangetrieben haben.

59. Nach den Feststellungen der RegTP wurden im Carrier-Geschäft insgesamt (ohne Mietleitungen) im Jahr 2002 6,1 Mrd. € umgesetzt. Enthalten sind dabei die Umsätze der Mobilfunk- und der Festnetzbetreiber.³⁶ Knapp 31 % der Carrier-Umsätze entfallen auf die Mobilfunknetzbetreiber (ohne T-Mobile), knapp 58 % auf die DTAG (inklusive T-Mobile) und knapp 12 % auf die Festnetzwettbewerber. Es liegen keine detaillierten Informationen darüber vor, welche Teile der Umsätze im Wettbewerb und welche auf nicht wettbewerblich organisierten Märkten erbracht werden. Terminierungsleistungen können ausschließlich von demjenigen Teilnehmernetzbetreiber erbracht werden, zu dessen Netz ein aus einem anderen Netz angewählter Teilnehmeranschluss gehört. Damit werden die gesamten Carrier-Umsätze der Mobilfunknetzbetreiber und ein – nicht näher quantifizierbarer – Teil der Umsätze der Festnetzbetreiber nicht im Wettbewerb, sondern auf Monopolemärkten erbracht. Die verbleibenden Carrier-Umsätze der Festnetzbetreiber werden im Prinzip im Wettbewerb erbracht, wobei die DTAG, wie oben ausgeführt, aller Voraussicht nach in den meisten Marktsegmenten weiterhin eine dominierende Stellung einnehmen wird. Eine größere Klarheit in dieser Frage werden die Untersuchungen der RegTP im Zusammenhang mit der Genehmigung neuer Zusammenschaltungstarife der DTAG erbringen. Die Genehmigung der laufenden Entgelte läuft Ende November 2003 aus.

3.3 Mietleitungen

60. Telekommunikationsnetze werden entweder auf der Grundlage eigener Übertragungswege oder auf der Grundlage von Mietleitungen realisiert. In aller Regel bestehen alternative Netze sowohl aus selbst verlegten als auch angemieteten Leitungen. Mietleitungen sind entweder analog oder digital. Letztere werden nach der Übertragungskapazität unterschieden, die von 64 kbit/s bis 155 Mbit/s reichen. Anbieter von Mietleitungen sind neben der DTAG die alternativen Teilnehmer- und Verbindungsnetzbetreiber. Ob alternative Netzbetreiber Übertragungswege auf dem Mietleitungsmarkt anbieten, hängt von den vorhandenen Kapazitäten und der Auslastung ab.

61. Die Monopolkommission hat in ihrer Stellungnahme vor zwei Jahren den Mietleitungsmarkt in die Segmente lokale Mietleitungen, Fernmietleitungen und internationale Mietleitungen unterteilt.³⁷ Die Abhängigkeit der Wettbewerber von den Mietleitungen der Telekom war im lokalen Bereich größer als bei den Fernmietleitungen, bei denen es alternative Anbieter gab. In den vergangenen zwei Jahren dürfte sich an diesem Befund nichts Entscheidendes geändert haben. Zwar ist der Aufbau der alternativen Netzinfrastrukturen im lokalen Bereich nach der Einführung der Betreiberwahl bei Ortsgesprächen deutlich vorangetrieben worden, es liegen allerdings keine Hinweise darauf vor, dass dieser Netzausbau dazu geführt hat, dass alternative Netzbetreiber mit zusätzlichen Angebotskapazitäten auf den Mietleitungsmarkt getreten sind.

62. Gleichwohl verändern sich die Wettbewerbsverhältnisse. In den Jahren 2001 und 2002 ist der Mietleitungsmarkt durch zwei Entwicklungen gekennzeichnet: (i) Das Marktvolumen nimmt ab und (ii) der Marktanteil der Wettbewerber steigt. Nach den Ermittlungen der RegTP lag der Umsatz mit Mietleitungen im Jahr 2001 bei 1,175 Mrd. € und sank 2002 um gut 15 % auf 0,992 Mrd. €. Die auf Werten für das erste Quartal beruhende Prognose für das Jahr 2003 weist einen weiteren Umsatzrückgang um 6,5 % auf 0,927 Mrd. € aus. Die Umsatzrückgänge sind bei den nach Übertragungska-

³⁶ Vgl. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Tätigkeitsbericht 2002/2003, S. 49 f.

³⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 83.

pazitäten differenzierten Marktsegmenten unterschiedlich groß. Besonders starke Rückgänge sind bei Umsätzen mit analogen (-20 %) und digitalen Mietleitungen größer als 155 Mbit/s (-26 %) zu verzeichnen. Zugenommen haben dagegen die Umsätze mit Mietleitungen im Bereich größer als 2 und kleiner als 155 Mbit/s. Der größte Anteil am Gesamtumsatz wird weiterhin mit Leitungen im Bereich bis 2 Mbit/s realisiert.

63. Die Umsatzrückgänge auf dem Mietleitungsmarkt reflektieren die zunehmende Verwendung selbst erstellter Infrastrukturen der Wettbewerber. Daher ist die Telekom von den Umsatzrückgängen in diesem Bereich stärker betroffen als ihre Konkurrenten. In der Folge steigt der Anteil der Wettbewerber an den gesamten Umsätzen mit Mietleitungen im Jahr 2001 von 42 % auf knapp 54 % und im Jahr 2002 auf gut 60 %. Für das Jahr 2003 rechnet die RegTP mit einem Anstieg des Marktanteils der Wettbewerber auf etwa 61 %. Während diese Zahlen auf einen Anstieg der Wettbewerbsintensität bei Mietleitungen schließen lassen, vermittelt die Betrachtung einzelner Marktsegmente ein weniger deutliches Bild. Die RegTP differenziert in ihren Untersuchungen den Mietleitungsmarkt nach Übertragungskapazitäten und stellt für die Bereiche der digitalen Übertragungswege kleiner/gleich 64 kbit/s und größer/gleich 2 Mbit/s weiterhin eine marktbeherrschende Position der DTAG fest. Dabei ist vor allem der Bereich der Mietleitungen kleiner/gleich 64 kbit/s Ende 2002 mit einem Marktanteil der DTAG von mehr als 80 % weiterhin stark dominiert.

64. Vor dem Hintergrund dieser Marktdaten fällt es schwer, den Grad der Abhängigkeit der Wettbewerber von den Vorleistungen der DTAG auf dem Mietleitungsmarkt näher zu bestimmen. Die Gesamtmarkt Betrachtung und die dort zu beobachtenden Marktanteilszuwächse der Wettbewerber spricht für abnehmende Abhängigkeiten. Die differenzierte Markt Betrachtung nach Übertragungskapazitäten zeigt weiterhin starke Abhängigkeiten im Bereich der Mietleitungen mit geringer Übertragungskapazität. Eine differenzierte Betrachtung nach den Bereichen lokale Mietleitungen, Fernmietleitungen und internationale Mietleitungen, die der Untersuchung des WIK für die Monopolkommission von vor zwei Jahren entspricht, liegt nicht vor.³⁸

3.4 Fakturierung und Inkasso

65. Werden im Rahmen der Betreibervorauswahl von alternativen Anbietern Telefondienste erbracht, geschieht dies nach unterschiedlichen Verfahren. Bei dem sog. offenen Call-by-Call gibt es keinerlei Anmeldeprozeduren und damit auch keinen direkten Kontakt zwischen dem Endkunden und dem anbietenden Verbindungsnetzbetreiber. Das Geschäftsmodell des offenen Call-by-Call setzt voraus, dass die DTAG für den Verbindungsbetreiber die Rechnungstellung und das Inkasso übernimmt. Der Preis für diese Leistung unterliegt der Entgeltregulierung. Mit Bescheid vom 21. Februar 2000 hat die RegTP entschieden, dass die Telekom im Rahmen ihrer Inkasso verpflichtung für Sprachtelefondienstleistungen, Auskunfts- und Mehrwertdienste sowie Internet-by-Call die Rechnungstellung und den Ersteinzug der Gesamtrechnungssumme zu erbringen hat. Davon ausgenommen ist das Reklamations- und Mahnwesen. Das Verwaltungsgericht (VG) Köln hat diese Rechtslage mit Beschluss vom 14. November 2002 für den Bereich der Sprachtelefondienstleistungen bestätigt.³⁹

66. Die Inkasso verpflichtungen der Telekom bestehen auch für Sprachtelefondienstleistungen im Wege des geschlossenen Call by-Call und im Wege der festen Voreinstellung auf die Betreiber-

³⁸ Vgl. Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste, Abhängigkeit der Wettbewerber von Vorleistungen der DTAG, Bad Honnef, August 2001.

³⁹ VG Köln, 1 K 2788/00, in: MultiMedia und Recht, Jg. 6, 2003, S. 284 ff.

kennzahl eines Verbindungsnetzbetreibers (Preselection). Bei beiden Geschäftsmodellen bestehen über die notwendigen Anmeldeprozeduren Kundenkontakte, die den Verbindungsnetzbetreiber grundsätzlich in die Lage versetzen, eine eigene Rechnungstellung und Inkasso zu organisieren. Mindestens ein alternativer Verbindungsnetzbetreiber organisiert ein solches System in Eigenregie. Daneben gibt es mit dem Dienstleister Nexnet GmbH, Berlin, ein Unternehmen, das ein alternatives Abrechnungssystem für Call-by-Call-Dienste anbietet. Der Dienstleister führt bisher bereits für eine größere Anzahl von Call-by-Call-Anbietern das Reklamations- und Mahnwesen durch, zu dem die Telekom bereits seit Anfang des Jahres 2001 nicht mehr verpflichtet ist. Seit Ende des Jahres 2001 hält das 100 %ige Tochterunternehmen der DTAG T-Venture eine 49 %-Beteiligung an Nexnet.

67. Das VG Köln hat in seinem Beschluss vom 14. November 2002 festgestellt, dass sich die Fakturierungs- und Inkassoverpflichtung der DTAG ausdrücklich nicht – wie von der RegTP festgestellt – auf Mehrwertdienste und Internet-by-Call erstreckt.⁴⁰ In beiden Fällen scheidet eine Verpflichtung der Telekom gemäß § 33 TKG bereits daran – so das VG Köln –, dass es sich sowohl bei zeittaktabhängigen Mehrwertdiensten als auch bei Internet-by-Call nicht um Telekommunikationsdienstleistungen handelt, sondern um Inhaltsleistungen, die über den technischen Vorgang der Nachrichtenübermittlung hinausgehen. In einem weiteren Beschluss vom 14. November 2002 bezieht das VG Köln auch die zeittaktunabhängigen (blocktarifierten) Mehrwertdienste und Internet-by-Call in diese Beurteilung ein.⁴¹ Beide Urteile des VG Köln sind noch nicht rechtskräftig, da unter anderem die RegTP Rechtsmittel eingelegt hat.

68. Sollte sich die Rechtsauffassung des VG Köln in den nachfolgenden Instanzen bestätigen, steht nach Auffassung von Marktteilnehmern das Angebot von Mehrwertdiensten durch alternative Diensteanbieter generell infrage. Ohne ein Inkasso der Telekom müssten zwischen Mehrwertdiensteanbieter und Endkunden explizite Vertragsverhältnisse treten. Um Rechnungen an die Kunden verschicken zu können, müssten diese Kundendaten und gegebenenfalls eine Bankverbindung offen legen. Dazu wäre wohl ein Großteil der Kunden nach Einschätzung der Mehrwertdiensteanbieter nur sehr eingeschränkt bereit. Die Monopolkommission erachtet eine uneingeschränkte Inkassoverpflichtung der DTAG für jedwede Mehrwertdienste für problematisch. Sie ist andererseits der Auffassung, dass eine Inkassoverpflichtung der DTAG bei solchen Mehrwertdiensten angebracht ist, die von der Telekom selbst angeboten werden, so dass die Frage nach dem diskriminierungsfreien Zugang im Raum steht.

⁴⁰ Vgl. dazu auch Tz. 138 ff. in diesem Gutachten.

⁴¹ VG Köln, 1 K 2532/00, in: MultiMedia und Recht, Jg. 6, 2003, S. 290 ff.

4. Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und Rückführungspotentiale der Regulierung

4.1 Vorleistungen

69. Die Regulierung der Vorleistungen ist unverzichtbar, solange das Angebot der Wettbewerber auf den Endkundenmärkten nur dann bestehen kann, wenn auf die Infrastruktur des dominierenden Unternehmens zurückgegriffen werden kann. Gegenwärtig und auf absehbare Zeit sind die Wettbewerber weiterhin in einem erheblichen Maße von den Vorleistungen der DTAG abhängig. Dies gilt ohne Einschränkungen für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, lokale und regionale Zusammenschaltungsleistungen sowie Fakturierungs- und Inkassoleistungen. Die Abhängigkeiten gehen dort zurück, wo die Wettbewerber eigene Infrastrukturen ausbauen. Dies geschieht weiterhin bei den Verbindungsnetzen auf der Fernebene, erfasst zunehmend aber auch den Ausbau regionaler Verbindungsnetze. Damit sinkt die Abhängigkeit der Wettbewerber bei den Zusammenschaltungsleistungen auf der Fernebene und bei den Mietleitungen.

70. Für ein flächendeckendes Angebot von Call-by-Call und Preselection im Ortsnetz müssen die Wettbewerber weitreichende Infrastrukturaufgaben beachten. Soweit die Verbindungsnetze auf 475 Zusammenschaltungspunkte mit dem Netz der DTAG ausgebaut sind, reduziert sich die Nachfrage nach Zusammenschaltungsleistungen auf lokale Terminierung und Zuführung. Die Leistungen "single transit" und "double transit" werden vollständig durch Eigenleistung substituiert. Dies trifft, wie erwähnt, derzeit auf mindestens drei Anbieter zu. Weitere 19 Unternehmen benötigen neben der lokalen Terminierung und Zuführung auch regionale Zusammenschaltung (single transit). Die übrigen Verbindungsnetzbetreiber sind weiterhin auf Zusammenschaltungsleistungen auf allen Netzebenen angewiesen. Auch wenn die Anzahl der Unternehmen mit einem entsprechenden Infrastrukturausbau steigt, bleiben die Anbieter weiterhin von der DTAG abhängig, da – wie bereits vor zwei Jahren festgestellt – kein von der Telekom unabhängiger Markt für Zusammenschaltungsleistungen existiert.⁴² Ein wesentlicher Grund dafür ist, dass der Wechsel des Anbieters von Zusammenschaltungsleistungen für die Nachfrager mit hohen Umstellungskosten verbunden ist.

71. Keine Substitutionsmöglichkeiten bestehen bei den Leistungen Zuführung und Terminierung. Diese können ausschließlich durch den Teilnehmernetzbetreiber erbracht werden, zu dessen Netz der anrufende bzw. angerufene Anschluss gehört. Eine Rückführung der präventiven Entgeltregulierung für Terminierungsleistungen der DTAG im Festnetz kommt daher nicht in Betracht. Die Monopolkommission sieht darüber hinaus einen potentiellen Regulierungsbedarf bei den alternativen Teilnehmernetzbetreibern, da diese, wie die DTAG, Alleinanbieter von Terminierungsleistungen in ihrem Netz sind. Bisher besteht kein aktueller Regulierungsbedarf, da die Zusammenschaltungsverträge der DTAG mit den alternativen Netzbetreibern reziproke Zusammenschaltungsentgelte vorsehen. Seit Mitte 2003 liegen der RegTP jedoch Anträge von alternativen Teilnehmernetzbetreibern wie NetCologne, Tesion, Versatel oder Komtel vor, in denen die Unternehmen individuelle und deutlich höherer Entgelte für die Terminierung von Gesprächen in ihren Netzen durchsetzen wollen. Die Entscheidung der RegTP in dieser Sache lag bis zum Abschluss dieses Gutachtens nicht vor.

72. Die Monopolkommission spricht sich in dieser Situation für die Beibehaltung der jetzigen Zusammenschaltungsregulierung aus. Dies gilt vor allem wegen der überragenden Bedeutung, die die Zusammenschaltung für den Wettbewerb bei den Verbindungsleistungen hat. Eine Beschränkung der Regulierung auf die lokale und regionale Zusammenschaltung würde diejenigen Anbieter ge-

⁴² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 178.

fährden, die ihren Infrastrukturausbau noch nicht vorangetrieben haben oder deren Geschäftsmodell keinen umfassenden Netzausbau vorsieht. Der Wettbewerb zwischen reinen Diensteanbietern und Netzbetreibern sollte nach Auffassung der Monopolkommission auch weiterhin in den Märkten stattfinden und nicht durch die Regulierung vorentschieden werden. Gegen eine teilweise Rückführung der Regulierung sprechen außerdem Probleme der Zurechnung von Gemeinkosten auf einzelne Zusammenschaltungsleistungen. Diese werden in einem hohem Maße durch die Kosten des Netzes bestimmt, die letztlich als eine Einheit zu betrachten sind.

73. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Sondergutachten zur Telekommunikation vor zwei Jahren einen funktionsfähigen Wettbewerb bei den Fernmietleitungen festgestellt.⁴³ Dies vor allem, da es insbesondere auf den Haupttrassen – d.h. zwischen und innerhalb von Großstädten und Ballungszentren – alternative Angebote und vermutlich sogar Überkapazitäten gab. Es spricht nichts dafür, dass sich an dieser Situation und der darauf fußenden Einschätzung in den vergangenen zwei Jahren etwas geändert hätte. Die Rückführung der präventiven Entgeltregulierung in diesem Marktsegment erscheint weiterhin möglich. Ob inzwischen weitere Segmente oder gar der gesamte Mietleitungsmarkt eine Wettbewerbsintensität erreicht haben, die eine regulatorische Absicherung durch präventive Entgeltregulierung überflüssig macht, vermag die Monopolkommission auf der Grundlage der vorliegenden Informationen über die Marktentwicklungen nicht mit abschließender Sicherheit zu sagen. Einen Handlungsbedarf für den Gesetzgeber sieht die Monopolkommission nicht, solange die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nicht für den gesamten Mietleitungsmarkt festgestellt ist.

74. Die alternativen Verbindungsnetzbetreiber sind weiterhin davon abhängig, dass die DTAG die Rechnungstellung und den Ersteinzug der Entgelte für sie übernimmt. Dies gilt insbesondere für die Anbieter von Verbindungsleistungen im Rahmen des offenen Call-by-Call. Da sie nicht über die notwendigen Kundendaten für die Ausstellung von eigenen Rechnungen verfügen, werden sie auf Dauer entweder auf die Rechnungstellung durch den Teilnehmernetzbetreiber oder auf die Weitergabe der entsprechenden Bestandsdaten angewiesen sein. Bei anderen Geschäftsmodellen, wie dem geschlossenen Call-by-Call und Preselection, sind bei den Anbietern eigene Kundendaten vorhanden. Die Abhängigkeit von Fakturierungs- und Inkassoleistungen der DTAG bleibt dann bestehen, wenn die monatlichen Umsätze in keinem angemessenen Verhältnis zu den Kosten einer selbst organisierten Rechnungstellung stehen. Gleichwohl geht die Monopolkommission nicht davon aus, dass die Inkassoobligationen der DTAG auf Dauer notwendig sein werden. Bereits jetzt gibt es auf dem Markt Unternehmen, deren Geschäftsmodell eine eigenes Inkasso explizit umfasst. Daneben gibt es Anbieter, die Fakturierungs- und Inkassoleistungen gewerblich anbieten, und nicht zuletzt bestehen Möglichkeiten, geringe monatliche Umsätze über längere Zeiträume anzusammeln, bis der Rechnungsbetrag in einem angemessenen Verhältnis zu den Kosten einer selbst organisierten Rechnungstellung steht.

4.2 Endkundenleistungen

4.2.1 Teilnehmeranschlüsse

75. Auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse ist auch in den vergangenen zwei Jahren kein nennenswerter Wettbewerb entstanden. Zwar ist die Anzahl der von den Wettbewerbern betriebenen Anschlüsse weiter gestiegen. Der Marktanteil der Telekom im Anschlussbereich liegt aber weiterhin bei mehr als 95 %. Auch wenn die Marktstellung alternativer Teilnehmernetzbetreiber in einzel-

⁴³ Vgl. ebenda, Tz. 180.

nen Städten wie Oldenburg, Köln oder Hamburg deutlich stärker ist als im gesamten Bundesgebiet, ändert dies nichts daran, dass auch in diesen regionalen Märkten für Teilnehmeranschlüsse kein funktionsfähiger Wettbewerb entstanden ist.

Die Gründe für den fehlenden Wettbewerb bei den Teilnehmeranschlüssen sind dieselben wie vor zwei Jahren: (i) das Quasimonopol der DTAG bei der regionalen Infrastruktur und (ii) die hohen Kosten der Wettbewerber für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Relation zu den Endkundenentgelten der Telekom für den analogen Teilnehmeranschluss.

76. Die Monopolkommission hatte in ihrem letzten Gutachten die Kosten-Preis-Schere, die darin besteht, dass der Preis für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung über dem Endkundenpreis der Telekom für den analogen Teilnehmeranschluss liegt, als ein wesentliches Wettbewerbshindernis bei den Teilnehmeranschlüssen genannt.⁴⁴ Dies war auch in den vergangenen zwei Jahren der Fall. Die schrittweise Anhebung der Entgelte für den analogen Teilnehmeranschluss in den Jahren 2002 und 2003 bei einer moderaten Absenkung der Miete für die Teilnehmeranschlussleitung im Frühjahr 2003 führt erst ab September 2003 zu höheren Endkunden- als Vorleistungspreisen. Ob die alternativen Teilnehmernetzbetreiber auf der Grundlage der nun geltenden Preisrelationen in der Lage sind, den Analoganschluss kostendeckend anzubieten, bleibt abzuwarten.

77. Der fehlende aktuelle Wettbewerb bei den Teilnehmeranschlüssen wird auch weiterhin nicht durch potentiellen Wettbewerb alternativer Zugangstechnologien kompensiert. Zwar sind die Chancen auf eine verstärkte Nutzung des Fernsehkabelnetzes als Zugangstechnologie für Telekommunikationsdienste mit der erfolgten vollständigen Veräußerung des Netzes gestiegen. Die DTAG hält lediglich noch Minderheitsbeteiligungen an den Kabelgesellschaften in Nordrhein-Westfalen (ish) und Baden-Württemberg (Kabel BW). Gleichwohl gibt es bislang keine Anzeichen dafür, dass die jetzigen Eigentümer des Fernsehkabelnetzes kurzfristig die notwendigen Investitionen in eine technische Aufrüstung des Netzes leisten werden. Dem steht unter anderem entgegen, dass das Fernsehkabelnetz als alternative breitbandige Zugangstechnologie vor allem für den schnellen Internetzugang infrage kommt. Dabei wird in Deutschland allerdings die DSL-Technologie bevorzugt, die bereits weit verbreitet ist und eine entsprechende Nutzung des Fernsehkabelnetzes überflüssig erscheinen lässt. Ende 2002 boten zwar zwei Dutzend Kabelnetzbetreiber Internetzugänge an, die allerdings lediglich von etwa 45.000 Haushalten genutzt wurden.⁴⁵ Das Potential ließe den Anschluss von etwa 1 Mio. Kabelnetzkunden zu. Andere alternative Zugangstechnologien wie die Nutzung des Stromnetzes (Powerline) und die funkgestützte Überbrückung der letzten Meile (wireless local loop) sind weiterhin nicht wettbewerbsfähig.

4.2.2 Ortsgespräche

78. Zugenommen hat mit der Einführung der Betreibervorauswahl im Ortsnetz ab Ende April 2003 die Chance für mehr Wettbewerb bei den Ortsgesprächen. Gegenwärtig zeichnen sich vergleichsweise rasche Marktanteilszuwächse bei den Wettbewerbern ab. Ob dies dazu führt, dass die Wettbewerber kurzfristig, wie von der Telekom behauptet, bei den Ortsgesprächen ähnlich hohe Marktanteile wie bei den Ferngesprächen erreichen, mag bezweifelt werden. Anders als bei der Wettbewerbsöffnung des Marktes für Fern- und Auslandsgespräche reagiert die DTAG bei den Ortsgesprächen vergleichsweise schnell sowohl mit Preissenkungen als auch mit neuen Bündelangeboten und Optionstarifen, die die Bindung ihrer Kunden an das Unternehmen weiter erhöhen werden.

⁴⁴ Vgl. ebenda, Tz. 181.

⁴⁵ Vgl. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Jahresbericht 2002, S. 22.

79. Hinzu kommt, dass für ein bundesweit flächendeckendes Angebot an Ortsgesprächen erhebliche Infrastrukturleistungen erforderlich sind. Diese zu realisieren, kostet Zeit. Auch der Umfang der notwendigen Investitionen – für ein bundesweit flächendeckendes Angebot ist die Zusammenschaltung mit dem Netz der DTAG an 475 Orten erforderlich – wird dafür sorgen, dass die Anzahl der Wettbewerber mit Call-by-Call- und Preselection-Angeboten im Ortsnetz deutlich geringer bleiben wird als im Fernnetz.

80. Nicht zuletzt erschwert die Regulierung das Entstehen von Wettbewerb bei den Ortsgesprächen, indem sie die Vorleistungen der Wettbewerber spürbar verteuert. Die RegTP hat mit ihrer Entscheidung vom 29. April 2003 der Telekom einen Aufschlag auf die lokalen Zuführungsentgelte in Höhe von 0,4 Cent zum Ausgleich von Verlusten im Anschlussbereich genehmigt.⁴⁶ Damit steigen die von einem Verbindungsnetzbetreiber zu leistenden Zusammenschaltungsentgelte für die Herstellung einer Ortsnetzverbindung an Werktagen tagsüber von 1,3 (je 0,65 Cent für Zuführung und Terminierung plus 0,4 Cent) auf 1,7 Cent und in den Nebenzeiten von 0,88 auf 1,28 Cent. Die Möglichkeiten der Wettbewerber, die Preise der Telekom spürbar zu unterbieten, bleiben mit diesen Zuschlägen begrenzt. Auch wenn das VG Köln den Vollzug der Entscheidung im Eilverfahren zunächst ausgesetzt hat, bleiben für die alternativen Verbindungsnetzbetreiber Unsicherheiten, die letztlich zulasten des Wettbewerbs bei den Ortsgesprächen gehen werden.

81. Die Monopolkommission geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass der Wettbewerb bei den Ortsgesprächen zwar zunimmt, auf absehbare Zeit aber nicht das Niveau bei den Fern- und Auslandsgesprächen erreichen wird. Der entstehende Wettbewerb ist maßgeblich auf die Betreibervorauswahl und die Zugangsregulierung gestützt und damit regulierungsbedingt. Eine Rückführung der präventiven Entgeltregulierung bei Ortsgesprächen kann in dieser frühen Phase der Wettbewerbsentwicklung nicht empfohlen werden.

4.2.3 Fern- und Auslandsgespräche

82. Die Monopolkommission hatte in ihrem vorhergehenden Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung in der Telekommunikation vor zwei Jahren festgestellt, dass trotz der erreichten Wettbewerbsintensität bei den Fern- und Auslandsgesprächen noch keine Gewähr dafür besteht, dass der erreichte Wettbewerb funktionsfähig im Sinne von § 81 Abs. 3 TKG ist. Gleichwohl erschien der Kommission eine Rückführung der präventiven Entgeltregulierung bei Fern- und Auslandsgesprächen unter zwei Voraussetzungen möglich: (i) Es müsse Klarheit darüber bestehen, dass der Konsolidierungsprozess in der Telekommunikation nicht zu einer Remonopolisierung der Märkte führt, und (ii) es müsse durch geeignete flankierende Maßnahmen sichergestellt werden, dass die Telekom ihr weiterhin bestehendes Quasimonopol bei den Teilnehmeranschlüssen nicht dazu nutzen kann, den Wettbewerb im Fernnetz wiederum zu reduzieren.

83. Die Frage nach der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs kann auch heute nicht mit Sicherheit beantwortet werden. Gleichwohl ist die Weiterentwicklung des Wettbewerbs bei den Fern- und Auslandsgesprächen heute mit weniger Unsicherheiten behaftet als vor zwei Jahren. Klar ist inzwischen, dass der Prozess der Marktanteilszuwächse bei den Wettbewerbern im Jahr 2001 zwar kurzzeitig ins Stocken geraten ist, in den Jahren 2002 und 2003 aber weiter fortschreitet. Verringert haben sich auch die Unsicherheiten in Bezug auf den Verlauf des Konsolidierungsprozesses. Zwar kommt es im Verlauf der Konsolidierung zu Fusionen und Marktaustritten, dabei scheint der größere Teil der Unternehmen allerdings am Markt zu verbleiben und es ist offenbar auch zu einer Stabi-

⁴⁶ Vgl. Tz. 87 ff. in diesem Gutachten.

lisierung der wirtschaftlichen Situation der Wettbewerber gekommen. Anders noch als vor zwei Jahren haben Wettbewerber gegenüber der Monopolkommission angegeben, dass sie mit dem Angebot von Sprachtelefondiensten im Festnetz schwarze Zahlen schreiben. Dies betrifft Call-by-Call- und Preselection-Anbieter, die weniger in eigene Netzinfrastrukturen investieren, ebenso wie City- und Regionalcarrier, die in einem weitaus höheren Maße Infrastrukturinvestitionen tätigen.

Hinzu kommt die weitere Stabilisierung des Wettbewerbs durch den weitergehenden Ausbau der alternativen Netzinfrastrukturen. Insbesondere die Einführung der Betreibervorauswahl bei Ortsgesprächen führt zu einem Schub beim Ausbau der alternativen Netze in der Fläche. Die Monopolkommission hat bereits vor zwei Jahren auf die Bedeutung dieses Argumentes hingewiesen: Je höher die "versunkenen" Kosten der Wettbewerber in spezifische Investitionen sind, desto weniger wird es dem ehemaligen Staatsunternehmen gelingen, sie vom Markt zu verdrängen.⁴⁷

84. Eine Reihe von Argumenten sprechen allerdings auch weiterhin dagegen, dass bei den Fernverbindungen bereits funktionsfähiger Wettbewerb besteht:

- Die bloße Betrachtung der absoluten und relativen Umsätze der Wettbewerber überzeichnet deren Marktbedeutung, da die Telekom einen großen Teil der Umsätze, die sie auf den Endkundenmärkten an ihre Wettbewerber verliert, auf den Vorleistungsmärkten zurückgewinnt. Auch wenn dieser Anteil in den vergangenen zwei Jahren von 60 % auf 50 % zurückgegangen ist, ist er immer noch hoch und bedeutet, dass letztlich immer noch mehr als 80 % der Wertschöpfung bei den Fern- und Auslandsverbindungen bei der Telekom verbleibt.
- Auch wenn einzelne Call-by-Call-Anbieter inzwischen davon sprechen, dass sie über Stammkunden verfügen, bleiben die Kundenbeziehungen bei dieser Angebotsform auch weiterhin in einem höheren Maße unsicher als bei Angebotsformen mit einem unmittelbaren Kundenkontakt. Im Vergleich zum Jahr 2000 ist der Anteil der Verbindungen im Rahmen von Preselection-Verträgen im Jahr 2001 zurückgegangen und hat sich seitdem auf einem niedrigen Niveau stabilisiert, während sich der Anteil der Gespräche im Rahmen des offenen Call-by-Call wieder erhöht hat. Damit überwiegen weiterhin bei dem größeren Teil der Umsätze der alternativen Anbieter von Fernverbindungen Unsicherheiten in den Kundenbeziehungen.
- Die Telekom hat in den vergangenen zwei Jahren das Angebot an Bündelprodukten weiter erhöht. Mit Bündelprodukten ist die Zusammenfassung von Einzelleistungen zu einem Produktbündel gemeint, welches zu einem Paketpreis angeboten wird. Bündelprodukte fassen in der Regel Leistungen von Märkten mit unterschiedlich hoher Wettbewerbsintensität zusammen und verhindern auf diese Weise ein Abwandern von Kunden ebenso, wie eine Sogwirkung auf neue Kunden entsteht. Bündelprodukte erhöhen die Gefahr von Verdrängungsstrategien seitens des beherrschenden Anbieters, da sie prinzipiell dazu geeignet sind, Marktmacht aus weniger wettbewerbsintensiven Märkten in wettbewerbsintensivere Märkte zu übertragen. Ein Beispiel dafür ist die Bündelung des weiterhin quasimonopolistisch angebotenen Teilnehmeranschlusses mit Verbindungsleistungen. Bestehen Bündelprodukte zudem aus regulierten und nicht regulierten Leistungen, wie bei der Bündelung von Festnetz- und Mobilfunkdiensten, entstehen Möglichkeiten für strategisches Preissetzungsverhalten und für strategische Behinderungen des Marktzutritts von Neulingen.

⁴⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 190.

85. Zusammenfassend stellt die Monopolkommission fest, dass das Bestehen eines funktionsfähigem Wettbewerbs bei Fern- und Auslandsgesprächen weiterhin nicht mit letzter Sicherheit festzustellen ist, dass die Unsicherheiten aber deutlich geringer sind als noch vor zwei Jahren. Die Monopolkommission kann aus heutiger Sicht die Rückführung der Ex-ante-Entgeltregulierung bei den Fern- und Auslandsgesprächen empfehlen. Gleichwohl sollte diese Maßnahme durch Mechanismen flankiert werden, die eine Quersubventionierung von Leistungen im Wettbewerbsbereich durch Leistungen in Monopolbereichen wirksam verhindern. Idealerweise wäre dies die von der Monopolkommission bereits vor zwei Jahren vorgeschlagene strukturelle Separierung der Geschäftsaktivitäten der DTAG. Darüber hinaus ist es nach Auffassung der Monopolkommission für eine Rückführung der Regulierung im Fernbereich unabdingbar, die regulatorischen Voraussetzungen für eine wirksame Kontrolle der Bündelproblematik zu schaffen.

5. Entscheidungspraxis der Regulierungsbehörde und der Gerichte

86. Die Monopolkommission hat in ihrem zweiten Sondergutachten gemäß § 81 Abs. 3 TKG damit begonnen, wichtige Entscheidungen der RegTP und der Gerichte sowie deren Auswirkungen auf den Wettbewerb zu kommentieren.⁴⁸ Dies soll im laufenden Gutachten fortgesetzt werden. In den Jahren 2002 und 2003 gab es wichtige Entscheidungen im Zusammenhang mit der Intensivierung des Wettbewerbs im Ortsnetz, im Rahmen der Missbrauchsaufsicht, zum Wettbewerb im Mobilfunk und im Bereich des Internetzugangs. Nachfolgend werden wichtige Entscheidungen dargestellt und kommentiert. Weiterhin wird das Problem der Konsistenz von Regulierungsentscheidungen behandelt. Bei den Anhörungen der Monopolkommission haben insbesondere die Wettbewerber der Deutschen Telekom AG beklagt, dass es im Bereich der Entgeltregulierung eine unzureichende Abstimmung zwischen Entscheidungen auf der Vorleistungs- und der Endkundenebene gibt. Mit diesem Problem befasst sich auch der Regierungsentwurf zur TKG-Novelle (TKG-RE) vom 15. Oktober 2003, der in § 25 Abs. 2 vorschreibt, dass die RegTP darauf zu achten hat, dass die Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind (Konsistenzgebot).

5.1 Entgeltregulierung bei Vorleistungen

5.1.1 Aufschlag auf die Zusammenschaltungsentgelte (Anschlusskostenbeitrag)

87. Im September 2002 hat der Gesetzgeber im Rahmen der sog. "kleinen TKG-Novelle" die Einführung der Betreiber(vor)auswahl im Ortsnetz zum 1. Dezember 2002 beschlossen. Nachdem die RegTP die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl wegen vorhandener technischer Umsetzungsprobleme zunächst bis Ende Februar 2003 ausgesetzt hatte, erfolgte die endgültige Einführung von Call-by-Call im Ortsnetz am 25. April 2003 und von Preselection am 9. Juli 2003.

Nach § 43 Abs. 6 TKG müssen marktbeherrschende Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze sicherstellen, dass die Möglichkeit von Call-by-Call und Preselection für Ortsgespräche gewährleistet ist. Bei der Ausgestaltung der Rahmenbedingungen für den Ortsnetzettbewerb hat die RegTP zu gewährleisten, "dass Anreize für effiziente Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig den Wettbewerb sichern, nicht entfallen und dass eine effiziente Nutzung des vorhandenen Netzes durch ortsnahe Zuführung erfolgt. Insbesondere ist sicherzustellen, dass der vom Nutzer ausgewählte Netzbetreiber angemessen an den Kosten des dem Nutzer bereitgestellten Teilnehmeranschlusses beteiligt wird."

88. Um die geforderte angemessene Beteiligung des vom Nutzer ausgewählten Netzbetreibers an den Kosten des Teilnehmeranschlusses sicherzustellen, hat die RegTP in einem Beschluss vom 29. April 2003 einen zunächst bis Ende November 2003 befristeten Aufschlag in Höhe von 0,4 Cent auf die Entgelte für lokale Zuführungsleistungen festgelegt. Die Grundlage für den Aufschlag ist nach Auffassung der Behörde die Existenz eines sog. Anschlusskostendefizits, welches sich aus einer Kostenunterdeckung bei den Teilnehmeranschlüssen im Durchschnitt über alle Anschlussarten in der Größenordnung von 1,41 € je Anschluss und Monat ergibt. Ermittelt wird das Anschlusskostendefizit durch eine Gegenüberstellung der durchschnittlichen Erlöse der Anschlussvarianten analoger Anschluss und ISDN-Basisanschluss sowie der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung des Teilnehmeranschlusses. Letztere setzen sich zusammen aus den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der Teilnehmeranschlussleitung und der darüber hinausgehenden spezifischen

⁴⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 100 ff.

Kosten des Teilnehmeranschlusses. Die weitergehenden Anträge der DTAG zur Genehmigung von Aufschlägen auf sämtliche Zuführungs- und Terminierungsleistungen inklusive der Zuführungsleistung bei der Einwahl ins Internet wurden seitens der RegTP abgelehnt, da sie in der Summe zu einer Überkompensierung des Anschlusskostendefizits führen würden.

89. Das VG Köln hat auf Antrag der Wettbewerber Tele 2 und 01051 Telecom im Rahmen von zwei Eilverfahren am 27. Juni 2003 beschlossen, dass die DTAG vorerst keinen Aufschlag auf die lokalen Zuführungsentgelte erheben darf. Begründet wird die Aussetzung der regulierungsbehördlichen Entscheidung damit, dass einerseits erhebliche rechtliche Bedenken gegen das Genehmigungsverfahren bestehen und dass andererseits bereits die dem Anschlusskostenbeitrag zugrunde gelegten Vorschriften des TKG erheblichen europarechtlichen Bedenken unterliegen. Die rechtlichen Bedenken gegen das Genehmigungsverfahren beziehen sich darauf, dass die RegTP den Anschlusskostenbeitrag als einen separaten Zuschlag zu der Zusammenschaltungsleistung "Zuführung Ort" genehmigt und kein Entgeltregulierungsverfahren gemäß § 39 in Verbindung mit §§ 24, 25, 27 Abs. 1 TKG durchgeführt hat. In einem solchen Verfahren wären der zu erhebende Zuschlag und der zugrunde liegende Anschlusskostenbeitrag gemäß § 27 Abs. 1 in Verbindung mit den Maßstäben des § 24 TKG zu prüfen gewesen. Die RegTP hatte die Durchführung eines Entgeltregulierungsverfahrens gemäß § 27 Abs. 1 TKG mit dem Argument abgelehnt, dass dabei lediglich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung berücksichtigt werden können, während der in Rede stehende Aufschlag über diese Kosten hinaus einen Deckungsbeitrag zu den Anschlusskosten liefern soll. Das VG Köln lehnt diese Sicht ab und stellt fest, dass es auch bei der Anwendung von § 43 Abs. 6 TKG keinen weiteren, von den Bestimmungen des Entgeltregulierungsregimes der §§ 39, 24, 25 und 27 TKG abweichenden Bemessungsmaßstab für Entgelte geben kann.

Dem Einwand, dass § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG bei einer solchen Auslegung leer läuft, begegnet das VG Köln mit dem Hinweis auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Die Richtlinie 98/61/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 1998 zur Änderung der Richtlinie 97/33/EG hinsichtlich der Übertragbarkeit von Nummern und der Betreiberwahl,⁴⁹ der mit der Neufassung des § 43 Abs. 6 TKG Rechnung getragen werden sollte, enthält das Gebot der Kostenorientierung. Bestätigt wird das Gebot der Kostenorientierung der Gebühren für Zugang und Zusammenschaltung durch Art. 19 Abs. 3 der Universaldienstrichtlinie (Richtlinie 2002/22/EG vom 7. März 2002).⁵⁰ Die Fristen wiederum, innerhalb derer die Europäische Kommission in ihren Empfehlungen zur Zusammenschaltung aus dem Jahre 1998 Ausgleichszahlungen für Zugangsdefizite erlaubte, sind bereits seit dem 1. Januar 2000 abgelaufen. Vor diesem Hintergrund ergeben sich nach Auffassung des VG Köln erhebliche Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG mit dem Gemeinschaftsrecht.

90. Die Monopolkommission teilt die Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit eines Anschlusskostenbeitrages. Nach § 24 Abs. 1 TKG haben sich die Entgelte der Zusammenschaltung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren. Dabei besteht kein Spielraum für eine Berücksichtigung von Kosten einer anderen Leistung wie der Teilnehmeranschlussleitung. Der Verzicht der RegTP auf ein Entgeltregulierungsverfahren nach den Vorschriften des TKG zeigt, dass sich die Behörde der rechtlichen Problematik der Entscheidung bewußt war.

Im Übrigen besteht das von der von der DTAG als Begründung für die Erhebung von Zuschlägen angeführte "Anschlussdefizit" nur deshalb, weil das von der RegTP genehmigte Endkundenentgelt

⁴⁹ ABl. EG Nr. L 268 vom 3. Oktober 1998, S. 37.

⁵⁰ ABl. EG Nr. L 249 vom 17. September 2002, S. 21.

für den analogen Teilnehmeranschluss unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegt und damit nicht den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG entspricht. Danach dürfen Entgelte keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt der Telekommunikation beeinträchtigen. Dies ist aber offenkundig der Fall, solange das Endkundenentgelt für den Analoganschluss der DTAG höher liegt als der Preis, den die Telekom ihren Wettbewerbern für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung in Rechnung stellt. Nach § 27 Abs. 3 TKG ist die Genehmigung eines solchen Entgelts auch im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens zu versagen.⁵¹ Das Bestehen eines auf wettbewerbswidrigen Preisabschlägen beruhenden Anschlussdefizits ließ sich in Deutschland so lange rechtfertigen, wie die Endkundenentgelte für Teilnehmeranschlüsse wegen der Übergangsbestimmungen des § 97 Abs. 3 TKG nicht den Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes entsprechen mussten. Diese Übergangsfrist ist bereits zum 31. Dezember 2002 abgelaufen. Seitdem ist das Anschlussdefizit mit dem Telekommunikationsgesetz nicht mehr vereinbar.

5.1.2 Miete für die Teilnehmeranschlussleitung

91. In einer Entscheidung vom 29. April 2003 hat die Regulierungsbehörde den monatlichen Mietpreis für die Teilnehmeranschlussleitung von 12,48 € auf 11,80 € gesenkt. Die Entgeltgenehmigung gilt für die Zeit vom 1. Mai 2003 bis zum 31. März 2005. Die zuständige Beschlusskammer hat die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zum einen auf der Grundlage des Kostenmodells für das Anschlussnetz der wik-consult GmbH, Bad Honnef, und zum anderen mit Hilfe eines internationalen Vergleichs der Entgelte für die Teilnehmeranschlussleitung ermittelt. Strittig bei der Kostenermittlung durch die RegTP im Rahmen des wik-Modells sind unter anderem die Bestimmung der kalkulatorischen Zinsen und die zugrunde gelegten Abschreibungsfristen für das Kupferkabel und die Kabelkanalanlagen.

92. Unter Rückgriff auf die Bilanzwertmethode nimmt die RegTP eine durchschnittliche kalkulatorische Verzinsung des insgesamt bei der DTAG eingesetzten Kapitals in Höhe von real 8 % an. Darin enthalten ist eine nach dem Individualansatz bestimmte Eigenkapitalverzinsung in Höhe von 20 % sowie eine nach dem Marktansatz bestimmte Fremdkapitalverzinsung in Höhe von 7,05 % jeweils vor Steuern. Die Eigenkapitalverzinsung in Höhe von 20 % entspricht der Verzinsung bei früheren Entgeltentscheidungen. Nach Meinung der RegTP repräsentiert dieser Wert eine langfristig konstante Risikoprämie für das Eigenkapital im regulierten Festnetzbereich. Zu den hier auftretenden Risiken gehört nach Meinung der Behörde eine etwaige Gefährdung der Finanzkapitalerhaltung bei sinkenden Wiederbeschaffungspreisen, etwa bei der Vermittlungstechnik. Im Übrigen entsprechen diese Verzinsung der Eigenkapitalrendite von 12 % nach Steuern, die die DAX-Unternehmen im langjährigen Durchschnitt der neunziger Jahre erzielt haben.⁵² Dieser Satz stellt nach Auffassung der Behörde weiterhin einen angemessenen, von kurzfristigen Kapitalschwankungen und von moderaten steuerlichen Änderungen unabhängigen stabilen Wert für die Eigenkapitalverzinsung dar.

93. In seiner Entscheidung zur Kalkulation des Zinssatzes vom 6. Februar 2003 räumt das VG Köln der RegTP in der Frage der Zinsfußbemessung einen verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Beurteilungsfreiraum ein.⁵³ Im Hinblick auf das methodische Vorgehen sieht das Gericht grundsätzlich die Notwendigkeit, betriebswirtschaftliche Maßstäbe anzulegen. Gleichzeitig sei jedoch die Zielsetzung des TKG zu beachten. Dies bedeute, dass die Verzinsung des Eigenkapitals nur dann

⁵¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 221.

⁵² Dabei berücksichtigt die RegTP einen Unternehmenssteuersatz von 40 %.

⁵³ VG Köln, 1 K 8003/98.

angemessen im Sinne von § 3 Abs. 2 Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (TEntgV) sei, wenn auch dem öffentlichen Interesse an der Herstellung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs Rechnung getragen werde. Die Regulierungsaufgabe unterscheide sich erheblich von der Bestimmung kalkulatorischer Kosten im Rahmen gebührenrechtlicher Bestimmungen, die den Kostenbegriff ausdrücklich auf die "nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten" beschränken.

Die RegTP schließt aus dieser Entscheidung, dass der Marktansatz für regulatorische Zwecke ungeeignet sei. Bei der Festlegung des Kalkulationszinssatzes sei der Rückgriff auf jeweils aktuelle Renditeerwartungen mit der Aufgabe, den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten durch stabile Rahmenbedingungen zu fördern, nicht zu vereinbaren. Die Monopolkommission kann dieser Auffassung nicht folgen. Sie steht im Gegensatz zu dem in § 24 Abs. 1 TKG verankerten und in § 3 Abs. 2 TEntgV konkretisierten Prinzip einer kostenbasierten Entgeltregulierung. Raum für eine Beachtung darüber hinausgehender regulatorischer Ziele bieten diese Vorschriften nicht.

Im Übrigen hält die Monopolkommission die Dauer des Verfahrens für bedenklich. Das Urteil des VG Köln vom 6. Februar 2003 betrifft Entscheidungen der RegTP in Entgeltregulierungsverfahren aus dem Jahre 1998. Bis zu einer endgültigen Entscheidung sind weitere ein oder zwei Instanzen zu durchlaufen. Derart lange Entscheidungsfristen führen in Verbindung mit der Möglichkeit rückwirkend anzupassender Entgelte zu Unsicherheiten, die den Wettbewerb in einem erheblichen Maße belasten.

94. Zu dem Sachproblem der kalkulatorischen Kapitalverzinsung nimmt die Monopolkommission ausführlich in Kapitel 7 des ersten Teils dieses Gutachtens Stellung. Das dort vorgeschlagene Verfahren beinhaltet allerdings erhebliche Modifikationen gegenüber der Marktwertmethode und dem Marktwertansatz, wie sie von der DTAG vorgeschlagen werden. Die Orientierung der kalkulatorischen Kapitalverzinsung an einer durchschnittlichen Risikoprämie für das Gesamtunternehmen DTAG steht nach Auffassung der Monopolkommission im Widerspruch zu dem Kostenmaßstab des TKG.⁵⁴ Nach § 24 Abs. 1 TKG haben sich die Entgelte des marktbeherrschenden Betreibers an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren. Nach diesem Kriterium ist die Angemessenheit einer Risikoprämie grundsätzlich *leistungsspezifisch* zu beurteilen. Dazu kommt es nicht auf das Gesamtrisiko des Unternehmens an, sondern auf das Risiko, dem der Kapitaleinsatz bei der für die Zusammenschaltung erforderlichen Anlage ausgesetzt ist. Ist das wirtschaftliche Risiko der betreffenden Anlage je eingesetzter Kapitaleinheit kleiner oder größer als im Durchschnitt des Unternehmens insgesamt, so liegt der angemessene Kapitalkostensatz entsprechend höher oder niedriger als der durchschnittliche Kapitalkostensatz des regulierten Unternehmens.

Nach Auffassung der Monopolkommission ist zu erwarten, dass die Risiken der DTAG im regulierten Festnetzbereich niedriger sind als in nicht regulierten Geschäftsbereichen, wie etwa dem Mobilfunk. Bei der Verwendung einer durchschnittlichen Risikoeinschätzung für das Gesamtunternehmen werden die Eigenkapitalkosten des regulierten Festnetzes und speziell der Teilnehmeranschlussleitung mit der Folge überschätzt, dass die auf dieser Grundlage ermittelten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ebenfalls zu hoch sind.

95. Die RegTP verwendet bei der Messung und Bewertung von Risiken die Bilanzwertmethode, bei der die Festlegung der Eigenkapitalverzinsung nach dem Individualansatz und die Gewichtung von Eigen- und Fremdkapital zur Feststellung eines Gesamtkapitalsatzes nach Bilanzwerten erfolgt. Sie

⁵⁴ Vgl. Tz. 156 ff. in diesem Gutachten.

begründet dies damit, dass eine an Marktwerten orientierte Eigenkapitalverzinsung stärkeren Schwankungen unterliegt und damit als Grundlage für Regulierungsentscheidungen ungeeignet sei.

Die Monopolkommission hält es für angebracht, mit Wirkung für die Zukunft Informationen aus Marktdaten heranzuziehen. Der Marktpreis des Risikos ist als Bewertungsfaktor vor allem deshalb angemessen, weil er das tatsächliche Verhalten der Anleger in den Kapitalmärkten widerspiegelt. Jeglicher Versuch der Bewertung des Risikos aufgrund anderer, nicht marktbezogener Größen birgt die Gefahr, dass die vorgenommene Bewertung mit dem Verhalten der Kapitalgeber und den Finanzierungsmöglichkeiten des Unternehmens nichts zu tun hat und insofern das Ziel des TKG verfehlt. Trägt eine Risikobewertung den Finanzierungsbedingungen am Markt nicht genügend Rechnung und liegt der Bewertungsfaktor für das Risiko über oder unter dem Marktpreis des Risikos, dann werden die Kapitalgeber des Unternehmens durch die Regulierung insgesamt besser oder schlechter gestellt, als das Gesetz es vorsieht.

Der Einwand der RegTP, dass der Marktpreis des Risikos im Zeitablauf schwankt, steht dem nicht entgegen. Wenn die RegTP Schwankungen des Marktpreises der Risikos im Rahmen ihrer Entscheidungspraxis als problematisch ansieht, so sollte sie diese Instabilität als solche thematisieren, ohne deshalb die grundsätzliche Angemessenheit der marktorientierten Bewertung des Risikos infrage zu stellen.

96. Die Monopolkommission begrüßt, dass die RegTP in Ergänzung zu der Ermittlung der Kosten der Teilnehmeranschlussleitung im Rahmen des wik-Modells eine internationale Vergleichsmarktbetrachtung angestellt hat. Dabei stellt die Behörde zunächst auf die "Top 10" europäischer Vergleichsmärkte ab. Im Ergebnis ergibt sich für diese Länder als Entgelt für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ein Durchschnittswert von 10,90 €. Da hier Märkte enthalten sind, bei denen die Miete der Teilnehmeranschlussleitung in Relation zu der Menge aller Teilnehmeranschlüsse kleiner als 0,1 % ist und damit kein ausreichend gefestigter Vergleichstarif vorliegt, berücksichtigt die RegTP letztlich lediglich die fünf Vergleichsländer Dänemark, Finnland, Italien, Niederlande und Österreich. Der daraus resultierende Durchschnittswert liegt mit 11,52 € in der Nähe des im Rahmen des wik-Modells ermittelten Wertes von 11,80 €.

97. Das bei der Vergleichsmarktbetrachtung gewählte methodische Vorgehen ist problematisch. Sowohl die nicht näher erläuterte Gruppe "Top 10" von europäischen Vergleichsmärkten als auch die schließlich relevante Gruppe von fünf Vergleichsmärkten mit "gefestigten" Vergleichstarifen erscheint willkürlich. Mit dem im allgemeinen Wettbewerbsrecht gebräuchlichen Vergleichsmarktkonzept am ehesten kompatibel wäre stattdessen der Vergleich mit einem strukturell möglichst gleichartigen Markt mit hoher Wettbewerbsintensität.⁵⁵ Da keiner der zur Verfügung stehenden Märkte über einen wettbewerblich organisierten Vorleistungsmarkt für Teilnehmeranschlussleitungen verfügt, müsste der Markt mit den niedrigsten Entgelten, ergänzt etwa um einen Sicherheitszuschlag, als Vergleichsmarkt herangezogen werden. Es ist zu vermuten, dass sich auch auf diese Weise ein niedrigeres Entgelt für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung ergeben hätte.

⁵⁵ Siehe dazu auch die Kritik des Bundeskartellamtes an der Entscheidung des Bundesministers für Post und Telekommunikation vom 12. September 1997 über die Netzzusammenschaltungsentgelte. Referiert in: Monopolkommission, Marktöffnung umfassend verwirklichen, Hauptgutachten 1996/1997, Baden-Baden 1998, Tz. 27 f.

5.2 Entgeltregulierung bei Endkundenleistungen

5.2.1 Teilnehmeranschluss

98. Die RegTP hat am 20. Dezember 2002 den Antrag der DTAG auf Erhöhung des monatlichen Entgeltes für den analogen Teilnehmeranschluss von 11,49 € (netto) um 0,99 € lediglich zum Teil in Höhe von 0,33 € auf 11,82 € (netto) ab 1. Februar 2003 genehmigt. Zur Begründung der Teilgenehmigung gibt die Beschlusskammer an, dass die von der Telekom beantragte Erhöhung die Vorgaben des geltenden Price-Cap-Regimes sprengen würde, da sie nicht durch entsprechend höhere Senkungsvorgaben in den übrigen Körben kompensiert werden könne, ohne dass das austarierte Verhältnis zwischen den einzelnen Warenkörben aus dem Gleichgewicht gebracht werde.

Der Entgeltantrag der Telekom ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass erstens gegen das Unternehmen seinerzeit bereits ein Verfahren der Europäischen Kommission nach Art. 82 EGV lief, in dem der DTAG vorgeworfen wird, von ihren Wettbewerbern und Endkunden unangemessene Entgelte in der Weise zu fordern, dass zwischen den Endkunden- und den Vorleistungsentgelten eine unzureichende Differenz besteht und damit eine Kosten-Preis-Schere begründet wird.⁵⁶ Zweitens stand die Einführung der Betreiberwahl im Ortsnetz bevor, die Preissenkungen bei den Ortsgesprächen erwarten lässt und die bisherige Praxis der Telekom, den analogen Teilnehmeranschluss durch überhöhte Ortsgesprächsgebühren zu subventionieren, infrage stellt.

99. Die RegTP sah sich in ihrer Entscheidung vom 20. Dezember 2002 nicht in der Lage, der beantragten Erhöhung der Entgelte in vollem Umfang zuzustimmen, da sie damit gegen die von ihr am 21. Dezember 2001 entschiedene Price-Cap-Regelung verstoßen hätte, die für den analogen Anschluss lediglich einen Preiserhöhungsspielraum von 1,86 % zuließ. Das Bundeskartellamt vertrat in seiner Stellungnahme zu dem Entscheidungsentwurf der RegTP dagegen die Auffassung, dass die vollständige Genehmigung der beantragten Entgelterhöhung abweichend von den Maßgrößen des Price-Cap-Regimes sogar zwingend geboten sei, da das genehmigte Endkundenentgelt für den analogen Teilnehmeranschluss missbräuchliche Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG enthalte und gegen Art. 82 EGV verstoße. Die Monopolkommission teilt diese Auffassung. Nach § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG dürfen Entgelte keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt der Telekommunikation beeinträchtigen. Dies war aber offenkundig der Fall, da das Endkundenentgelt für den Analoganschluss der Deutschen Telekom AG mit 11,82 € offenkundig unterhalb des Preises von 12,48 € lag, den die Telekom ihren Wettbewerbern für die Miete des Teilnehmeranschlusses in Rechnung stellt. Nach § 27 Abs. 3 TKG ist die Genehmigung eines solchen Entgelts auch im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens zu versagen. Entgelte, die nicht den Maßstäben des TKG entsprechen, ließen sich wegen der Übergangsbestimmungen des § 97 Abs. 3 TKG lediglich für eine Übergangsfrist rechtfertigen. Die Übergangsfrist ist zum 31. Dezember 2002 abgelaufen. In der Folge war die Entgeltgenehmigung der RegTP vom 20. Dezember 2002 nicht mit dem TKG vereinbar.

100. Die Monopolkommission hatte bereits in ihrem Sondergutachten aus dem Jahre 2001 auf die Probleme hingewiesen, die die Price-Cap-Regulierung im Zusammenhang mit der Auflösung der Kosten-Preis-Schere beim Teilnehmeranschluss hervorruft.⁵⁷ Nach ihrem Vorschlag hätte die Anpassung der Endkundenentgelte für den analogen Teilnehmeranschluss an das gesetzlich vorgeschriebene Niveau zwingend erfordert, dieses Entgelt aus dem Price-Cap-Regime herauszuneh-

⁵⁶ Am 21. Mai 2003 hat die EU-Kommission ein Bußgeld in Höhe von 12,6 Mio. € gegen die Telekom verhängt.

⁵⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz 127.

men und einer Einzelpreisgenehmigung zu unterwerfen. Dies hat die RegTP nicht gemacht, sondern stattdessen im Zusammenhang mit der Einführung der Betreiberwahl im Ortsnetz und der dabei vorgesehenen Beteiligung des Verbindungsnetzbetreibers an den Kosten des Teilnehmeranschlusses die Modifikation der bis Ende 2004 geltenden Price-Cap-Regulierung beschlossen. Der bisher für den Korb A (Anschlüsse) geltende X-Faktor von -1 %, der einen Spielraum für Preiserhöhungen im Korb Anschlüsse von knapp 2 % zuließ, wurde auf -5 % abgesenkt. Für die Jahre 2003 und 2004 ergeben sich daraus bei einer Inflationsrate von 1 % Preiserhöhungsspielräume von jeweils 6 %. Gleichzeitig wurde der DTAG die Möglichkeit eingeräumt, den Preiserhöhungsspielraum des Jahres 2004 auf das Jahr 2003 vorzuziehen. Abzüglich der bereits genehmigten Preiserhöhung für den analogen Teilnehmeranschluss in Höhe von 2 % (0,33 €) verblieb damit für das Jahr 2003 die Möglichkeit einer zusätzlichen Preiserhöhung bis zu 10 %.

101. Dem entsprach der Antrag der DTAG vom 23. Juli 2003, das monatliche Entgelt für den analogen Teilnehmeranschluss von 11,82 € (netto) ab 1. September 2003 auf 13,50 € (netto) zu erhöhen. Die RegTP hat diese Preisanpassung mit Beschluss vom 28. Juli 2003 genehmigt. Die Prüfung der Entgelte beschränkte sich im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens auf die Einhaltung der vorgegebenen Maßgrößen und Nebenbestimmungen sowie auf die Frage, ob offenkundig gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG verstoßen wird. Nach Auffassung der RegTP ist das nicht der Fall. Die Frage, ob damit das Problem der Kostenunterdeckung bei den analogen Teilnehmeranschlüssen gelöst ist, wird nicht überprüft. Die RegTP geht vielmehr davon aus, dass eine Kostenunterdeckung bei den analogen Teilnehmeranschlüssen nach der Preiserhöhung lediglich noch "marginal ausfallen" wird; die Feststellung, ob und in welchem Ausmaß weiterhin eine Kostenunterdeckung bestehe, könne allerdings nicht im Rahmen der Price-Cap-Regulierung erfolgen, sondern bedürfe einer detaillierten Überprüfung.

5.2.2 Ortsgespräche

102. Auf den mit der Einführung der Betreiberwahl bei Ortsgesprächen zunehmenden Preiswettbewerb bei Ortsgesprächen reagierte die Telekom mit zwei Anträgen auf eine Tarifsenkung. Gemäß der Price-Cap-Entscheidung der RegTP vom 21. Dezember 2001 besteht im Jahr 2003 für die Telekom die Verpflichtung, die Entgelte für Ortsgespräche um 4,15 % zu senken. Diese Vorgabe übertraf die Telekom durch zwei Preissenkungen mit einem Gesamtvolumen von 8,56 %. Beide Preisermäßigungen, die erste zum 1. Februar 2003 um durchschnittlich 4,2 % und die zweite zum 1. September 2003 um durchschnittlich 4,36 %, ergaben sich durch Änderungen bei der Minutentaktung. Im Tarifsystem der Telekom wird eine Ortsverbindung nicht im 1-Minutentakt abgerechnet, sondern in einem mehrere Minuten umfassenden Takt. Bei der Preissenkung zum 1. Februar 2003 wurde der bis dahin geltende 2,5-Minutentakt beim analogen Anschluss in der Zeit von 5 bis 8 Uhr auf einen 4-Minutentakt und beim ISDN-Anschluss für die Zeit von 7 bis 8 Uhr von einem 1,5-Minuten- auf einen 4-Minutentakt umgestellt. Die Tarifiermäßigung zum 1. September 2003 erfolgte durch eine Verlängerung des bisherigen 3-Minutentaktes beim Analoganschluss in der Zeit von 8 bis 9 Uhr und von 18 bis 21 Uhr auf vier Minuten sowie des 2-Minutentaktes beim ISDN-Anschluss in der Zeit von 8 bis 9 Uhr ebenfalls auf vier Minuten.

103. Im Rahmen der Price-Cap-Regulierung beschränkt sich die Prüfung der RegTP auf die Einhaltung der vorgegebenen Maßgrößen und Nebenbestimmungen. Zusätzlich ist zu prüfen, ob die Maßstäbe des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG (missbräuchliche Preisabschläge und Diskriminierung) offenkundig verletzt werden. Dies ist nach Auffassung der RegTP bei beiden Anträgen nicht der Fall, da sich die Endkundenentgelte für Ortsgespräche weiterhin in einem ausreichenden Abstand

von den Vorleistungsentgelten befinden. Maßgebend für diese Einschätzung ist die sog. IC+25 %-Regel, nach der ein Endkundenentgelt für Sprachtelefondienstleistungen mindestens um 25 % über dem Vorleistungsentgelt für die Zusammenschaltung liegen muss.

5.2.3 Fern- und Auslandsgespräche

104. Mit Wirkung ab dem 1. Februar 2003 hat die Telekom ihre Ferngespräche um 1,22 % und ihre Auslandsverbindungen um 0,2 % verbilligt. Beide Tarifmaßnahmen waren durch die Price-Cap-Entscheidung vom 21. Dezember 2001 vorgegeben und wurden von der RegTP mit Entscheidung vom 19. Dezember 2002 freigegeben. Die vorgeschriebene Absenkung der Auslandstarife um 0,2 % realisierte die DTAG durch eine Senkung der Gesprächsgebühren nach Brasilien von 0,853 € (netto) auf 0,681 € pro Minute.

5.2.4 Entgeltregulierung bei geschlossenen Benutzergruppen

105. In einem Verfahren wegen Feststellung der Genehmigungspflicht von Entgelten für die geschlossene Benutzergruppe Telekom Designed Network "Kommunen Baden-Württemberg" (TDN KomBW) ist die RegTP im Jahr 2001 der Frage nach der Reichweite des Begriffs "geschlossene Benutzergruppe" und dabei insbesondere der Abgrenzung zu den Begriffen "Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit" im Sinne von § 3 Nr. 19 TKG und "Angebot von Sprachtelefondienst" im Sinne von § 25 Abs. 1 TKG nachgegangen. Der überprüfte Vertrag wurde im August 1999 geschlossen und beinhaltet die Realisierung von Dienstleistungen für die Sprachkommunikation innerhalb einer geschlossenen Nutzergruppe. Als Nutzer des TDN KomBW kommen der Städtetag Baden-Württemberg, die kreisfreien und kreisangehörigen Städte, Landkreise, Gemeinden und Gemeindeverbände in Baden-Württemberg, deren Eigenbetriebe, wirtschaftliche Unternehmen und Datenzentralen, sonstige kommunale Zusammenschlüsse und sonstige Unternehmen, an denen die kommunalen Körperschaften mit mehr als 50 % beteiligt sind, in Betracht. Dabei muss laut Präambel des Rahmenvertrages jeweils ein Mindestverkehrsvolumen von 2.800 Minuten bzw. ein Mindestumsatzvolumen von 300,- DM erreicht werden. Nach Ermittlungen der RegTP sind unterhalb dieser Grenzwerte andere Angebote der geschlossenen Benutzergruppe verfügbar. Ausgangspunkt des Feststellungsverfahrens waren Beschwerden von Wettbewerbern, dass die Entgelte der TDN KomBW nicht den Maßstäben des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG (wettbewerbswidrige Abschläge) genügen und dass die DTAG mit ihrem Angebot an die Benutzergruppe nicht genehmigte Entgelte erhebt.

106. Am 15. Oktober 2001 hat die RegTP beschlossen, dass die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Angebot von Sprachkommunikation an Teilnehmer einer geschlossenen Benutzergruppe nur insoweit der Genehmigungspflicht unterliegen, wie Sprachkommunikation zwischen Teilnehmern der Benutzergruppe und Dritten (Außenkommunikation) erfolgt. Bei den Gesprächen innerhalb der Benutzergruppe (Binnenkommunikation) handelt es sich nicht um ein Angebot von Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit, so dass keine Genehmigungspflicht nach § 25 Abs. 1 TKG vorliegt.

107. Mit seiner Entscheidung vom 13. Dezember 2001 hat das VG Köln im einstweiligen Rechtschutzverfahren den Beschluss der RegTP mit der Begründung außer Vollzug gesetzt, dass die Behörde eine konkrete Entscheidung und nicht lediglich eine abstrakte Feststellung hätte treffen müssen. Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster folgt mit seinem Beschluss vom 13. März 2002 im Ergebnis dem VG Köln, begründet dies allerdings anders. Es äußert zur materiellen Rechtmäßigkeit

keit des Beschlusses der RegTP, dass keine Genehmigungspflicht vorliegt, soweit feststeht, dass die Bereitstellung von Sprachtransport und Sprachvermittlung nicht für beliebige natürliche oder juristische Personen, sondern für eine geschlossene Benutzergruppe erfolgt. Angebote für Sprachkommunikation an eine geschlossene Benutzergruppe sind kein Sprachtelefondienst im Sinne von § 3 Nr. 15 TKG. Dies gilt auch für die Sprachkommunikation von Teilnehmern der Benutzergruppe mit Dritten.

108. Ende des Jahres 2002 hat die RegTP daraufhin in zwei Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung die Tarife des TDN KomBW und des Telekom Virtual Private Network Gutberlet Stiftung & Co. (T-VPN tegut) auf ihre Vereinbarkeit mit den Maßstäben des TKG überprüft und mit Beschluss vom 9. Dezember 2002 festgestellt, dass eine Reihe von Einzelpreisen wettbewerbswidrige Abschläge gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG enthalten. Die Behörde folgt in diesem Verfahren der Rechtsauffassung des OVG Münster und bewertet das Angebot von Sprachkommunikation an die geschlossenen Benutzergruppen TDN KomBW und T-VPN tegut nicht als Sprachtelefondienst, sondern als Telekommunikationsdienstleistung, die einer nachträglichen Entgeltregulierung unterliegt. Die RegTP unterstellt, dass die DTAG auf dem sachlich relevanten Markt für Sprachtelefondienst, zu dem auch die Sprachkommunikation innerhalb geschlossener Benutzergruppen gehört, über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die beanstandeten Entgelte sind missbräuchlich, da sie die in ständiger Spruchpraxis der RegTP als Preisuntergrenze bei der Prüfung eines Abschlages nach § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG herangezogene Kostenuntergrenze der IC+25 %-Regel unterschreiten. Der Argumentation der Telekom, dass für TDN-Produkte aufgrund deren spezifischer Besonderheiten die Kosten für Marketing, Vertrieb usw. geringer ausfallen und dies zu einem deutlich geringeren Zuschlag als 25 % auf die Zusammenschaltungsentgelte führen, ist die Beschlusskammer nicht gefolgt.

Das VG Köln und das OVG Münster haben die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit der Beschlüsse der RegTP in den Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ausgesetzt. Nach Auffassung des OVG Münster ist die Marktabgrenzung der RegTP fehlerhaft, da die Behörde explizit hätte untersuchen müssen, ob nicht ein eigenständiger sachlich relevanter Markt für das Angebot von Sprachkommunikationsleistungen an geschlossene Nutzergruppen besteht.

109. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die bisherige Behandlung der Frage einer Einordnung geschlossener Benutzergruppen in das System der Entgeltregulierung durch die RegTP und die Gerichte problematisch. Es fehlt an einer klaren Abgrenzung, was genau unter einer geschlossenen Benutzergruppe zu verstehen ist. Die Monopolkommission hält hier eher eine enge Abgrenzung für angebracht. Dies sollte gegebenenfalls durch den Gesetzgeber klargestellt werden. Dabei sollte Maßstab der Abgrenzung die Frage sein, ob und in welchem Maße von einer geschlossenen Benutzergruppe wettbewerbsverfälschende Wirkungen ausgehen können. Die Praxis der Bildung möglichst unscharf definierter geschlossener Benutzergruppen zeigt, dass ein allzu lässiger Umgang mit diesem Thema kritisch wäre.

5.3 Missbrauchsaufsicht

5.3.1 Einstellung des zweiten T-DSL-Verfahrens

110. In der Entscheidung der RegTP zur Einstellung des nachträglichen Entgeltregulierungsverfahrens gegen die DTAG wegen Preisdumpings beim schnellen Internetzugang T-DSL vom 30. März 2001 hatte die Behörde unter anderem die Erwartung geäußert, dass der bestehende Lie-

ferstau bei Mietleitungen sowie die Bereitstellung des gemeinsamen Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (Line Sharing) möglichst bis Oktober 2001 beseitigt bzw. realisiert werden sollte.⁵⁸ Nachdem bei diesen Leistungen bis Dezember 2001 keine Fortschritte erkennbar waren, hat die RegTP am 18. Dezember 2001 erneut ein Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung gegen die Telekom eröffnet. Verfahrensgegenstände waren (i) der Verdacht missbräuchlicher Preisabschläge gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG bei den Bereitstellungs- und Überlassungsentgelten sowie (ii) mögliche Diskriminierungstatbestände nach § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG wegen unterschiedlicher Preise für T-DSL in Abhängigkeit davon, über welche Zugangsvariante der Teilnehmeranschluss genutzt wird bzw. innerhalb welchen Paketangebots T-DSL bestellt wird.

111. Das Verfahren wurde am 25. Januar 2002 eingestellt, nachdem die Telekom der RegTP am 15. Januar 2002 eine Erhöhung der einmaligen und laufenden T-DSL-Engelte im Verlauf des Jahres 2002 angekündigt hatte. Der Erhöhungsankündigung vorausgegangen war ein Schreiben des Bundesministers für Wirtschaft an den Vorstandsvorsitzenden der Telekom mit der dringenden Bitte, die zugesagten Preiserhöhungen möglichst umgehend umzusetzen, um den drohenden Konflikt mit der RegTP zu vermeiden. Im Gegenzug stellte die RegTP das Verfahren gegen die DTAG nur wenige Tage nach der Ankündigung von Preiserhöhungen ein. Eine Untersuchung, ob der Vorwurf des Preisdumpings mit der Preiserhöhung obsolet geworden ist oder ob die in der Beschlusseröffnung erwähnten Diskriminierungstatbestände zutreffen, ist der Verfahrenseinstellung nicht vorausgegangen.

112. Die Monopolkommission hat bereits in ihren letzten Sondergutachten bei der Kommentierung der DSL-Entscheidung vom 30. März 2001 darauf hingewiesen, dass es der Regulierungsbehörde nicht leicht fällt, Preiserhöhungen des Marktbeherrschers anzuordnen und diesen Beschluss im politischen Raum zu vertreten.⁵⁹ Das erneute Aufgreifen der Dumpingstrategie der DTAG bei den DSL-Anschlüssen war notwendig geworden, da das Unternehmen Zusagen gegenüber der RegTP, unter anderem im Hinblick auf freiwillige Preiserhöhungen, nicht eingehalten hatte. Das Missbrauchsverfahren gegen die DTAG wurde sehr rasch wieder eingestellt, nachdem der Bundeswirtschaftsminister "vermittelnd" eingegriffen hatte. Die Monopolkommission lehnt solche Eingriffe der Politik in die Regulierung ab, da sie die Unabhängigkeit der RegTP infrage stellt. Zwar hat der Minister in diesem Fall nicht, wie bei der Briefporto-Entscheidung im Jahr 2000, bei der Regulierungsbehörde direkt interveniert,⁶⁰ sondern bei dem regulierten Unternehmen. Gleichwohl wird auch die Behörde durch diesen Eingriff gebunden, wie die rasche Einstellung des Missbrauchsverfahrens nach der bloßen Ankündigung von Preissenkungen durch die DTAG zeigt. Die Unabhängigkeit der Regulierung ist nicht nur ein hohes wettbewerbspolitisches Gut, sondern auch europarechtlich geboten.

Der Eingriff des Ministers zeigt darüber hinaus die Notwendigkeit, die materielle Privatisierung der DTAG voranzutreiben. Nur auf diese Weise lassen sich die Interessenkonflikte des Bundes, auf der einen Seite als Regulierer und auf der anderen Seite als Eigentümer des regulierten Unternehmens, verhindern.

58 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 137 ff.

59 Vgl. ebenda, Tz. 142.

60 Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten 1998/1999, Baden-Baden 2000, Tz. 63 ff.

5.3.2 Zugangsregelungen für Mietleitungen

113. Nachdem die RegTP der DTAG bereits im Oktober 2001 detaillierte Regelungen, unter anderem Lieferfristen für die Bereitstellung von Carrier-Festverbindungen (CFV, Mietleitungen), vorgegeben hatte, wurden diese Beschlüsse am 31. Mai 2002 präzisiert und ergänzt. Angeregt durch Beschwerden von Wettbewerbern hat die Behörde am 1. Februar 2002 von Amts wegen ein Missbrauchsverfahren eingeleitet, in dem der Telekom vorgeworfen wurde, ihre Wettbewerber ohne sachlichen Grund dadurch zu diskriminieren, dass sie sich selbst intern günstigere Bedingungen bei der Bereitstellung von Mietleitungen einräumt. Die im Verlauf des Verfahrens festgestellten Missbräuche, insbesondere die zeitverzögerte Bereitstellung von CFV, sollen in Zukunft dadurch verhindert werden,

- dass die Bereitstellungszeiten für Mietleitungen je nach Bandbreite von 64 kbit/s, 128 kbit/s bis 2 Mbit/s und größer als 2 Mbit/s verbindlich auf maximal 12, 15 und 30 Arbeitstage festgesetzt werden.
- Im Falle von Terminüberschreitungen werden Vertragsstrafen in Höhe von 5 % des monatlichen Überlassungsentgeltes pro Tag der Fristüberschreitung fällig.
- Durch eine fortlaufende monatliche Berichterstattung der DTAG an die RegTP über die Bereitstellungssituation bei Mietleitungen soll sichergestellt werden, dass neu entstehende Engpässe rechtzeitig erkannt werden und Gegenmaßnahmen kurzfristig eingeleitet werden können.

114. Die Monopolkommission hatte bereits in ihrem letzten Sondergutachten zur Telekommunikation darauf hingewiesen, dass es zur Auflösung der Behinderungsproblematik durch zu lange Bereitstellungsfristen allgemeiner Verfahrensregelungen bedarf, die die Interessenstruktur der Telekom verändern.⁶¹ Dabei hatte die Kommission kritisiert, dass der Beschluss der RegTP vom 11. Oktober 2001 keine Sanktionsbestimmungen enthielt. Vorgeschlagen seitens der Monopolkommission wurden unmittelbar einsetzende, dynamisch wachsende Vertragsstrafen. Der Beschluss der RegTP vom 31. Mai 2002 geht in diese Richtung.

115. Im Juli 2002 hat die Telekom beim VG Köln einen Eilantrag auf die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen die Entscheidung der Regulierungsbehörde gestellt. Das VG Köln hat diesem Antrag mit Beschluss vom 15. Oktober 2002 stattgegeben, da es erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung der RegTP hat.⁶² Aus Sicht des VG kann die RegTP die marktbeherrschende Telekom im Rahmen der Missbrauchsaufsicht lediglich zu einem Verhalten oder Unterlassen auffordern, das den Wettbewerbern Zugangsleistungen zu Bedingungen einräumt, die sich der Marktbeherrscher *tatsächlich* selbst einräumt. Bei den Bereitstellungsfristen von 12, 15 oder 30 Arbeitstagen für Mietleitungen bestehen hieran Zweifel. Die RegTP ist nach Auffassung des VG Köln dagegen nicht befugt, Wettbewerbern den Zugang zu einer Leistung zu Bedingungen zu verschaffen, die der Marktbeherrscher sich – und sei es auf Grund von behebbaren Ineffizienzen in der Organisation seines Betriebs – intern *tatsächlich* nicht einräumt.

Mit hoher Wahrscheinlichkeit überschreite die Verpflichtung der Telekom, bestimmte Mietleitungen innerhalb bestimmter aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der DTAG abgeleiteter verbindlicher Fristen bereitzustellen, bereits die Grenzen der der RegTP in § 33 Abs. 2 Satz 2 TKG

⁶¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 219 f.

⁶² VG Köln, 1 L 1688/02, in: MultiMedia und Recht, Jg. 5, 2002, S. 839 f.

eingewäumten Ermächtigung. Damit läge ein Ermessensfehlgebrauch vor, der zur Rechtswidrigkeit des Beschlusses der RegTP führt.

Schließlich setzt die Befugnis des § 72 Abs. 1 TKG, von einem Kommunikationsunternehmen Auskunft über seine wirtschaftlichen Verhältnisse zu verlangen, nach Auffassung des VG Köln voraus, dass im Vorfeld der Einleitung eines Missbrauchsverfahrens zumindest ein Anfangsverdacht für missbräuchliches Verhalten besteht. Hieran fehlt es, da mit der angeordneten Berichtspflicht kein in der Vergangenheit liegendes Verhalten der Telekom untersucht werden soll, sondern vielmehr "präventiv" die Untersuchung ermöglicht oder erleichtert werden soll, ob die Telekom ihren Verpflichtungen aus der bereits ergangenen Missbrauchsverfügung in Zukunft nachkommen wird. Dieses Vorgehen – so das VG Köln – dürfte durch § 72 Abs. 2 TKG nicht gedeckt sein. Gegen den Beschluss hat die RegTP Beschwerde eingelegt.

116. Mit Beschluss vom 3. Februar 2003 hat das OVG Münster die Entscheidung des VG Köln weitgehend bestätigt.⁶³ Ein "diskriminierungsfreies Angebot" im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG ist nach Auffassung des OVG anders als der Begriff der "unbilligen Behinderung" nach § 20 Abs. 1 GWB zu interpretieren und liegt vor, wenn der Marktbeherrscher den Wettbewerbern die Leistung zu den gleichen Bedingungen anbietet, wie er sich intern die Leistung *tatsächlich* einräumt, unabhängig davon, wie er die Leistung anbieten *könnte*. Das Gericht betont, damit sei aber nicht "Tür und Tor" für einen Missbrauch durch den Marktbeherrscher geöffnet. Sollte sich bei der Bereitstellung der Leistung eine den Wettbewerb behindernde Praxis zeigen, so wäre nach Ansicht des OVG nicht die RegTP, sondern das Bundeskartellamt nach den Vorschriften des GWB zuständig. Dessen Anrufung sei den Wettbewerbern unbenommen, da das TKG keine spezialgesetzliche Vorschrift neben dem GWB sei, sondern dieses lediglich ergänze, so dass das Bundeskartellamt neben der RegTP bei Missbräuchen selbständig eingreifen könne. Der Eingriffsbereich der RegTP nach § 33 TKG wird damit vom OVG auf die formal ungleiche Bereitstellungspraxis begrenzt, die aber – anders als zu einem früheren Zeitpunkt – nicht mehr feststellbar sei. Eine gleichsam strafende Reaktion auf vergangenes Fehlverhalten erlaube die Vorschrift nicht.

Anders als das VG Köln sieht das OVG Münster die angeordnete laufende Berichterstattung der Telekom über die Bereitstellungssituation bei Mietleitungen als mit § 72 TKG vereinbar an. Wenn ein begründeter Verdacht besteht, dass sich ein früher gezeigtes missbräuchliches Verhalten wiederholt, kann eine aufklärende Auskunftsaufforderung zeitlich begrenzt angeordnet werden.

117. Von Bedeutung für die Rechtspraxis sind vor allem die Feststellungen des OVG Münster zu der Frage einer parallelen Anwendbarkeit von TKG und GWB. In der Praxis von Bundeskartellamt und Regulierungsbehörde geht man von einem spezialgesetzlichen Vorrang des TKG gegenüber dem GWB aus. Die Monopolkommission steht dieser These von Beginn des TKG an eher kritisch gegenüber.⁶⁴ Für eine parallele Anwendbarkeit von TKG und GWB spricht, dass sich die Anwendungsbereiche der Gesetze nicht in jedem Fall überlappen. Vor dem Hintergrund des gemeinsamen Ziels eines möglichst effektiven Wettbewerbsschutzes gibt es keinen Anlass, das GWB auch dann auszuschalten, wenn es nach eigenen Kriterien Wirkungskraft entfaltet.⁶⁵ Das gilt insbesondere für den Bereich der Verhaltenskontrolle. So bleibt das GWB anwendbar, wenn ein Sachverhalt, wie vorliegend, nicht durch den der Diskriminierungsbegriff des § 33 TKG erfasst wird. Anderenfalls

⁶³ OVG Münster, 13 B 2130/02, in: MultiMedia und Recht, Jg. 6, 2003, S. 355 ff.

⁶⁴ Vgl. Monopolkommission, Marktöffnung umfassend verwirklichen, Hauptgutachten 1996/1997, Baden-Baden 1998, Tz. 24 ff.

⁶⁵ Vgl. W. Möschel, Ist das Verhältnis von TKG und GWB neu zu durchdenken?, in: Kommunikation und Recht, Jg. 4, 2001, S. 619 ff., hier S. 620.

würde das TKG solchen Unternehmen – aus Sicht des GWB – kontrollfreie Verhaltensspielräume zubilligen. Nicht zuletzt spricht für eine parallele Zuständigkeit, dass die Anwendbarkeit europäischen Wettbewerbsrechts durch das TKG nicht berührt wird. Da in allen wesentlichen Sachverhalten das TKG und das europäische Wettbewerbsrecht nebeneinander anwendbar sind, macht die Vorstellung einer vollständigen Verdrängung des allgemeinen Wettbewerbsrechts durch das TKG wenig Sinn.

5.3.3 Bedingungen der TAL- und Kollokationsbereitstellung

118. Die RegTP hat mit Beschluss vom 1. Juli 2002 festgestellt, dass die DTAG ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt, indem sie ihren Wettbewerbern den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nur zu diskriminierenden Bedingungen anbietet. Zur Sicherstellung fairen Wettbewerbs und zur Abstellung des Missbrauchs wird die DTAG nach Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2887/2000 des europäischen Parlaments und des Rates über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss⁶⁶ (TAL-VO) in Verbindung mit § 33 Abs. 2 Satz 2 sowie nach § 33 Abs. 2 Satz 2 TKG aufgefordert, ihren Standardvertrag für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss unter anderem mit nachfolgenden Maßgaben zu ändern:

- Zur Gewährleistung einer zügigen Bereitstellung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung wird eine Bereitstellungsfrist von einem Monat vorgeschrieben.
- Zur Wahrung der vertraglichen Bereitstellungsfristen wird ein Entschädigungssystem eingeführt. Es sieht für den Fall von Abweichungen von vereinbarten Lieferfristen feste Vertragsstrafen vor. Sie betragen je Kalendertag 20 € für die Bereitstellung der Teilnehmeranschlussleitung und 250 € je Kalendertag für die Bereitstellung von Kollokationsräumen, es sei denn die Telekom kann nachweisen, dass die Terminüberschreitung nicht durch sie zu verantworten ist.
- Im Hinblick auf die Bestellung von Teilnehmeranschlussleitungen wird das Planungssystem modifiziert. Wettbewerber, die mehr als 100 TAL pro Monat bestellen, müssen diese Bestellung mit einer Toleranzgrenze von +/-20 % einhalten. Bei einer weitergehenden Unterschreitung der Bestellmenge, muss der Wettbewerber eine Abstandszahlung von 10 € für jede nicht abgenommene TAL zahlen.
- Die Telekom wird aufgefordert, binnen zwei Wochen ab Zugang des vorliegenden Beschlusses gegenüber der RegTP zu erklären, dass sie den genannten Anforderungen nachkommt.

Die DTAG hatte der RegTP am 15. Juli 2002 mitgeteilt, dass sie die in dem Beschluss geforderte "Unterwerfungserklärung" vorerst nicht abgeben wolle, da die festgelegten Umsetzungsfristen für die Änderung des Standardvertrages zu kurz seien. Daraufhin hat die RegTP am 19. Juli 2002 beschlossen, für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung zur Anpassung des Standardvertrages ein Zwangsgeld in Höhe von 1.000 € aufzuerlegen. Weiterhin weist die RegTP auf die Möglichkeit der Verhängung einer Geldbuße hin, die bis zu 500.000 € betragen kann.

119. Die DTAG hat Rechtsmittel gegen den Beschluss der RegTP eingelegt und im Eilverfahren vorläufigen Rechtsschutz beantragt. Das VG Köln hat daraufhin mit seinem Beschluss vom 12. November 2002 die aufschiebende Wirkung angeordnet, da gegen die Regelungen der RegTP erhebli-

66 ABl. EG Nr. L 336 vom 30. Dezember 2000, S. 4.

che rechtliche Bedenken bestünden.⁶⁷ Art. 4 Abs. 2 Buchst. a) TAL-VO enthalte zwar eine Befugnis der RegTP zur Änderung des Standardangebots für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, wenn diese Änderung gerechtfertigt sei. Gerechtfertigt sei allerdings lediglich eine Änderung des Standardangebots, die den Wettbewerbern den Zugang zu Leistungen des Betreibers zu denselben Bedingungen ermöglicht, die dieser sich *tatsächlich* selbst einräumt. Dies stehe für die Bereitstellungsfristen innerhalb des modifizierten Planungssystems infrage. Die Regelung verleihe der RegTP keine Befugnis, Wettbewerbern den Zugang zu einer Leistung zu Bedingungen zu verschaffen, die der Betreiber (DTAG) – und sei es aufgrund behebbarer Ineffizienzen in der Organisation seines Betriebs – sich selbst nicht einräumt. Unter welchen Bedingungen die DTAG ihren eigenen Endkunden die Teilnehmeranschlussleitung bereitstellt, habe die RegTP jedoch nicht ermittelt, obwohl es im Verwaltungsverfahren genügend Hinweise darauf gegeben habe, dass es bei der DTAG keine vergleichbaren Bereitstellungsfristen gebe und die angefochtenen Forderungen der RegTP damit über die von der DTAG selbst gehandhabten Bedingungen hinausgehen. Die Vertragsstrafenregelung finde zwar in der TAL-VO grundsätzlich eine ausreichende Rechtsgrundlage. Diese stehe aber in einem so engen Zusammenhang mit der Nichteinhaltung der Bereitstellungsfristen, dass sie deren rechtliches Schicksal teile.

Das OVG Münster bestätigt mit seiner Entscheidung vom 29. April 2003 den einstweiligen Rechtsschutz.⁶⁸ Eine Änderung des Standardvertrages müsse nach Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) TAL-VO gerechtfertigt sein. Als Grund für eine solche Rechtfertigung komme nur die Herbeiführung fairer Zugangsbedingungen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 TAL-VO in Betracht. Ob die bisherigen Regelungen des Standardvertrages zum Zeitpunkt der Entscheidung der RegTP eine unfaire Bedingungs-lage begründet hätten, könne – so das OVG Münster – dahingestellt bleiben. Jedenfalls dürfe die behördliche Standardvertragsänderung nicht ihrerseits zu einer dem Fairnessgebot widersprechenden Lage führen. Die angeordneten Bereitstellungsfristen seien dann rechtswidrig, wie von dem wertenden Senat angenommen, wenn sie zu einer überzogenen Belastung einer Vertragsseite führen. Dieselbe Unverhältnismäßigkeit und damit Rechtswidrigkeit sei gegeben, soweit die aufsichtsrechtliche Maßnahme auf § 33 Abs. 2 und Abs. 1 TKG gestützt sei. Im Hinblick auf die Vertragsstrafenregelung lässt das OVG offen, ob Art. 4 Abs. 2 TAL-VO dafür überhaupt eine ausreichende Rechtsgrundlage biete. Zweifelhaft sei jedenfalls, dass eine solche Regelung aus § 33 Abs. 2 und Abs. 1 TKG abgeleitet werden könne. Im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsstrafenregelung gebe es bei einer Reduzierung des Regelungszwecks auf einen bloßen Schadensausgleich Bedenken gegen die festgesetzte Höhe. Für eine Vollziehungsaussetzung der Vertragsstrafenregelung spreche, dass bei einer Aufhebung der Anordnung im Hauptsacheverfahren die Rückabwicklung der verhängten und gezahlten Vertragsstrafen ungewiss bleibe.

120. Die Monopolkommission hatte in ihrem Sondergutachten vor zwei Jahren auf das Problem der Behinderung des Wettbewerbs durch die verzögerte Bereitstellung von Vorleistungen hingewiesen und zur Durchsetzung angemessener Bereitstellungsfristen eine Vertragsstrafenregelung vorgeschlagen.⁶⁹ Sie soll die Interessenstrukturen des marktbeherrschenden Infrastrukturanhabers dahingehend verändern, dass dieser einen Anreiz hat, Konkurrenten auf den nachgelagerten Endkundenmärkten unter Einhaltung angemessener Fristen mit den für ein Endkundenangebot notwendigen Vorleistungen zu versorgen. Die Vertragsstrafenregelung als solche ist von den Gerichten nicht infrage gestellt worden. Fraglich erscheint lediglich, ob § 33 Abs. 2 und Abs. 1 TKG eine Rechts-

67 VG Köln, 1 L 1805/02, in: MultiMedia und Recht, Jg. 6, 2003, S. 132 ff.

68 OVG Münster, 13 B 2344/02, in: MultiMedia und Recht, Jg. 6, 2003, S. 546 ff.

69 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 221 ff.

grundlage für eine solche Regelung bietet. Bei Art. 4 Abs. 2 Buchst. a) der TAL-VO scheint dies eher unstrittig.

Problematisch sind die Feststellungen der Gerichte hinsichtlich der Angemessenheit von Bedingungen für den Zugang zu Leistungen des Marktbeherrschers. Soweit – wie das VG Köln feststellt – nur diejenigen Bedingungen angemessen sind, die sich der vormalige Monopolist tatsächlich selber einräumt, gibt es keinerlei Anreize zu Effizienzsteigerungen. Im Gegenteil, wenn das marktbeherrschende Unternehmen weiß, dass es mit einer Verbesserung der unternehmensinternen Leistung zugleich die Leistungen verbessern muss, die es für ihre Konkurrenten erbringt, ist sogar eine Verschlechterung der unternehmensinternen Leistung zum Zwecke der Ausdehnung von Bereitstellungs- und Lieferfristen und damit zur Behinderung des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten denkbar. Die Monopolkommission hat bereits im Zusammenhang mit der EBC-Entscheidung des OVG Münster auf diese grundsätzliche Problematik hingewiesen.⁷⁰ Hier ging es um die Orientierung der Zusammenschaltungsentgelte an den tatsächlichen Kosten, statt an den vom Gesetz geforderten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Zwar stellen weder die gemeinschaftsrechtliche TAL-VO noch das TKG explizit auf eine *effiziente* unternehmensinterne Leistungsbereitstellung als Maßstab für die Bereitstellung von Vorleistungen für Wettbewerber ab, gleichwohl würde es der Intention des Gesetzgebers und dem Ziel der Schaffung funktionsfähigen Wettbewerbs widersprechen, wenn es der Marktbeherrscher über die Organisation seiner unternehmensinternen Arbeitsabläufe selbst in der Hand hätte, die Wettbewerbsbedingungen auf den Endkundenmärkten der Telekommunikation maßgeblich zu seinen Gunsten zu beeinflussen.

Diese negativen Effekte würden im Einklang mit dem Zweck der gesetzlichen Regelung vermieden, wenn die Gerichte den Standard der Fairness gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 TAL-VO dahin interpretieren, dass nur eine den Wettbewerb fördernde effiziente Leistungsbereitstellung als fair anzusehen ist. Unter den verschiedenen vom Netzbetreiber für eigene Zwecke praktizierten Zugangsfristen und -bedingungen könnten Wettbewerber verlangen, dass ihnen der Zugang zu den günstigsten Bedingungen und innerhalb des kürzesten Zeitrahmens gewährt wird, den der Netzbetreiber in eigenen Angelegenheiten praktiziert. Wegen des Vorrangs der – unmittelbar anwendbaren – EG-Verordnung würde eine solche Interpretation Bedenken ausräumen, die sich aus § 33 TKG ergeben könnten. Dass der Standard der Fairness gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 TAL-VO tatsächlich diese Bedeutung hat, wäre vom Europäischen Gerichtshofs (EuGH) auf entsprechende Vorlagefragen der Gerichte hin zu klären.

5.3.4 Rahmenbedingungen zum Resale

121. Mit verschiedenen Beschlüssen vom März und Mai 2001 sowie vom August und September 2001 hat die RegTP der DTAG aufgegeben, Wettbewerbern ein Resale-Angebot für Telekommunikationsdienstleistungen im Ortsnetz einschließlich bestimmter Anschlüsse vorzulegen. Resale ist der Wiederverkauf von Telekommunikationsdienstleistungen durch Diensteanbieter an Endkunden zu Großhandelsbedingungen. Nach zwischenzeitlichen gerichtlichen Eilverfahren, in denen die sofortige Vollziehbarkeit der regulierungsbehördlichen Beschlüsse überwiegend bestätigt wurde, hatte die Telekom ihren Wettbewerbern den Entwurf eines Resale-Vertrages vorgelegt. Die dazu zwischen der Telekom und ihren Wettbewerbern im Juni 2002 durchgeführten Verhandlungen scheiterten. Aufgrund einer Beschwerde der Wettbewerber hat die RegTP am 21. Mai 2003 von Amts wegen ein Missbrauchsverfahren gegen die DTAG gemäß § 33 TKG eingeleitet.

⁷⁰ Vgl. Ebenda, Tz. 107 ff.

122. Mit Beschluss vom 18. Juli 2003 stellt die RegTP fest, dass die Telekom ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt, indem sie einem Wettbewerber ein Resale-Angebot unterbreitet, welches im Hinblick auf die Entbündelung von Anschlüssen, das Bestellverfahren, die geforderten Sicherheitsleistungen und die Implementierungsfrist unzureichend ist. Der Telekom wird aufgegeben, dem Wettbewerber innerhalb von zwei Monaten ab Zugang des Beschlusses ein vollständiges, insbesondere mit Preisen und sonstigen ergänzenden Unterlagen versehenes, annahmefähiges Resale-Angebot zu unterbreiten, welches den nachfolgenden Maßstäben genügt:

- Die seitens der Telekom vorgesehene Koppelung von Anschlussleitungen (Telefonanschlüsse und DSL-Anschlüsse) und Verbindungsleistungen muss durch Entbündelung aufgelöst werden. Dem Reseller sind die Optionen einzuräumen, die Anschlüsse seiner Resale-Kunden dauerhaft auf sein Netz voreinzustellen (Preselection) und eine Verbindungsnetzbetreiberauswahl im Einzelfall zu unterdrücken (Call-by-Call-Sperre).
- Die Bearbeitung von Bestellungen der Reseller darf nicht von Voranmeldungs- und Zuteilungsverfahren abhängig gemacht werden.
- Dem Reseller dürfen nur dann Sicherheitsleistungen (Bürgschaften) abverlangt werden, wenn ein echtes Sicherheitsbedürfnis besteht.
- Die für Anpassungsmaßnahmen erforderliche Implementierungszeit muss verbindlich zugesagt werden und darf 18 Monate nicht überschreiten.

123. Die Entscheidung der RegTP entspricht im Wesentlichen den Anforderungen des beschwerdeführenden Wettbewerbers. Für die Stärkung des Wettbewerbs im Ortsnetz nachteilig erscheint die lange Implementierungsfrist von bis zu 18 Monaten. Die RegTP hat sich dabei an die von Systemherstellern genannten Zeiträume für die netztechnische Aufrüstung für ein bestimmtes Resale-Modell (offenes Resale ohne Call-by-Call-Sperre) gehalten. Technisch weniger komplexe Modelle wie das geschlossene Resale haben nach Aussage der RegTP jedoch lediglich geringfügig kürzere Implementierungsfristen von etwa 15 Monaten. Die Entscheidung der RegTP für die längere Implementierungsfrist verschafft dem Markt die Möglichkeit, dass verschiedene Resale-Modelle – geschlossenes und offenes Resale – gleichzeitig eingeführt werden können. Die RegTP weist vorsorglich auch darauf hin, dass die vorzeitige Einführung eines Modells durch die Telekom zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann, indem das noch nicht umsetzungsfähige andere Modell dadurch entwertet wird, dass das zuerst eingeführte Modell die Nachfrage auf sich zieht (first-mover-advantage). Da die Telekom in einem solchen Fall ein neues Verfahren wegen missbräuchlicher Ungleichbehandlung verschiedener Resale-Modelle erwarten würde, ist mit der Einführung von Resale für Ortsnetzdienste in den Markt erst dann zu rechnen, wenn die technische Umsetzung sämtlicher vorhandener Resale-Modelle möglich ist.

124. Ebenfalls am 21. Mai 2003 hatte die RegTP ein Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung gegen die DTAG eingeleitet, in dem die Entgelte des beanstandeten Resale-Modells einer gesonderten Prüfung unterzogen werden sollten. Das Verfahren ist im Juli 2003 mit der Begründung eingestellt worden, dass die Voraussetzungen für eine Anordnung nach § 30 Abs. 4 TKG nicht mehr vorliegen, da der Telekom inzwischen aufgegeben wurde, ein überarbeitetes Resale-Angebot vorzulegen. In ihrem Einstellungsbeschluss macht die RegTP detaillierte Ausführungen zu dem zukünftigen Verfahren der Entgeltregulierung im Bereich Resale. Die Regulierung soll nach der Methode "Retail-minus" erfolgen, wobei sich der zu bestimmende Abschlag für Resale-Produkte aus

den gegenüber Endkundenprodukten *vermeidbaren* Kosten und nicht den *vermiedenen* Kosten ergibt. Weiterhin wird ausgeführt, welche Kostenunterlagen in einem etwaigen zukünftigen Entgeltregulierungsverfahren notwendig sein werden.

5.4 Marktabgrenzung und Marktbeherrschung

5.4.1 Geschäftskunden in Berlin

125. Über den Antrag der DTAG zur Feststellung der Genehmigungspflicht für Entgelte für Anschlüsse sowie nationale und internationale Verbindungen für Geschäftskunden auf dem Regionalmarkt Berlin vom 30. Juni 2000 hat die RegTP mit Beschluss vom 16. Januar 2002 entschieden. Danach besteht weder ein sachlich relevanter Markt für Geschäftskunden noch besteht ein Regionalmarkt für Sprachtelefondienste in Berlin. Nach dem Bedarfsmarktkonzept lassen sich keine Telefondienstleistungen (Anschlüsse, Ortsgespräche, Fern- und Auslandsgespräche, Gespräche in Mobilfunknetze) abgrenzen, die aus Sicht von Geschäfts- und Privatkunden nicht austauschbar sind. Die fehlende Austauschbarkeit lässt sich nach Auffassung der RegTP weder aus einem unterschiedlichen Nutzerverhalten – Geschäftskunden telefonieren vor allem tagsüber an Werktagen, während Privatkunden vornehmlich abends und an den Wochenenden telefonieren – noch aus der Existenz eigener Geschäftskundentarife bei der DTAG ableiten. Gegen die Abgrenzung eines räumlich relevanten Regionalmarktes Berlin spricht das Fehlen signifikant unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen gegenüber dem übrigen Bundesgebiet.

Die Monopolkommission teilt die Auffassung der RegTP, sieht aber keine Rechtfertigung für die überaus lange Verfahrensdauer.⁷¹ Die anstehende Novellierung des TKG sollte dazu genutzt werden, die Verfahrensfrist für Feststellungsanträge gesetzlich zu regeln.

5.4.2 Auslandsgespräche

126. Mit drei Beschlüssen zu Anträgen der Telekom auf Feststellung des Fortfalls einer marktbeherrschenden Stellung auf den Märkten für Auslandsgespräche nach Japan, nach Australien sowie nach Russland, Weißrussland, Kasachstan und in die Ukraine, gestellt in der zweiten Jahreshälfte 2001, hat die RegTP im Frühjahr 2003 ihre bisherige Praxis zur Abgrenzung sachlich relevanter Märkte für Verbindungen in einzelne Zielstaaten aufgegeben. Bei ihren Beschlüssen aus dem Jahr 2001 hatte die Behörde sachlich relevante Märkte für Auslandsgespräche in die Türkei, USA und nach Dänemark festgestellt.⁷² Auf dem Markt für vermittelte Verbindungen in die Türkei hat die Telekom nach den Feststellungen der RegTP vom Februar 2001 keine marktbeherrschende Stellung mehr inne. Die Entgelte auf diesem Markt unterliegen somit nicht mehr der Regulierung. Anders ist dies auf den Märkten für Gespräche in die USA und nach Dänemark, hier hatte die RegTP im Jahr 2001 das Fortbestehen von Marktbeherrschung festgestellt.

127. In ihren Beschlüssen aus dem Frühjahr 2003 kommt die Behörde zu dem Ergebnis, dass nunmehr die im Rahmen einer Marktbefragung gewonnenen Erkenntnisse gegen die bisherige sachliche Marktabgrenzung sprechen. Statt sachlich relevanter Märkte für Telefondienstverbindungen in einzelne Zielstaaten komme entweder ein Markt für "Sprachtelefonverbindungen in das Ausland", ein Markt für "Fernverbindungen und Sprachtelefondienstverbindungen in das Ausland" oder ein "Gesamtmarkt für Sprachtelefondienst, gegebenenfalls inklusive der Teilnehmeranschlüsse" in Be-

⁷¹ Vgl. bereits Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 147.

⁷² Vgl. ebenda, Tz. 145 ff.

tracht. Definitiv nicht zu dem sachlich relevanten Markt gehören nach Auffassung des Regulierers Satelliten- und Mobilfunktelefonie sowie die Internettelefonie. Für die Zukunft nicht auszuschließen, gegenwärtig aber nicht relevant, sei dagegen die Abgrenzung von sachlich relevanten Märkten für Verbindungsleistungen in verschiedene Ländergruppen.

Gegen die bisherige Abgrenzung der Märkte nach Zielländern spricht nach den Feststellungen des Regulierers, dass jeder Anbieter von Auslandsgesprächen über die Angebotsumstellungsflexibilität verfügt, alle Zielländer einzubeziehen. Das vorhandene Angebotssortiment könne jederzeit ausgeweitet werden, was dafür spreche, bei der Marktabgrenzung neben dem aktuellen das potentielle Angebotssortiment zu berücksichtigen. Gegen die bisherige Marktabgrenzung spreche ausserdem die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen beim Angebot von Fern- und Auslandsgesprächen, die sich in der durchgehenden Verwirklichung von Call-by-Call und Preselection für alle Auslandsverbindungen und Fernverbindungen zeige. Im Ergebnis, so die RegTP, könne derzeit offen bleiben, ob es sich bei dem betrachteten sachlich relevanten Markt um einen einheitlichen Markt für "Sprachtelefonverbindungen in das Ausland" oder um einen weiter abgegrenzten Markt für "Fernverbindungen und Sprachfondienstverbindungen ins Ausland" oder gar um einen "Gesamtmarkt für Sprachfondienst" handelt. In sämtlichen Fällen verfüge die Telekom über marktbeherrschende Stellungen oder zumindest über eine überragende Marktstellung im Sinne des GWB.

128. Diskutiert wird die Frage der Marktbeherrschung in den genannten Verfahren im Kontext eines sachlich relevanten Marktes für Auslandsverbindungen. Auf diesem Markt verfügte die Telekom nach den Feststellungen der RegTP in den Halbjahren Frühjahr und Herbst 2000 sowie Frühjahr 2001 über Marktanteile nach Verbindungsminuten und Umsätzen, die in Verbindung mit weiteren Faktoren wie der Finanzkraft, dem Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, die Verflechtungen mit anderen Unternehmen sowie den bestehenden "nicht ganz unerheblichen Marktzutrittsschranken" für das Fortbestehen einer marktbeherrschenden Stellung sprechen.

Unverständlicherweise sind Angaben über die Marktanteile der DTAG auf dem Gesamtmarkt für Auslandsgespräche in den Beschlüssen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gekennzeichnet, während entsprechende Angaben in den Jahresberichten und im Tätigkeitsbericht der RegTP sowie in den Sondergutachten der Monopolkommission veröffentlicht werden.

129. Die Monopolkommission hat in ihrem letzten Sondergutachten davon abgeraten, sachlich relevante Märkte für Festnetzgespräche in einzelne Länder abzugrenzen.⁷³ Die Definition bilateraler Märkte zwischen verschiedenen Staaten entspringt eher der traditionellen Sicht ehemaliger Staatsmonopole. Auf die Verhältnisse einer liberalisierten Telekommunikation paßt ein solcher Marktbe-griff nicht mehr. Insoweit teilt die Monopolkommission die Auffassung der RegTP, dass die bisherige Marktabgrenzung zu korrigieren war. Die Monopolkommission hat darauf hingewiesen, dass die Marktabgrenzung häufig Schwierigkeiten macht, weil die Übergänge zwischen den Märkten fließend sind und sich die Bedürfnisse der Verbraucher und die Struktur des Angebotes durchaus auch kurzfristig ändern können. Insoweit wird die Marktabgrenzung zuweilen auch auf ein pragmatisches Element zurückgreifen müssen, was aber nicht als Argument misszuverstehen ist, die Märkte besonders eng abzugrenzen. Bei den Auslandsgesprächen kommt grundsätzlich auch eine Abgrenzung der Märkte auf einzelne Weltregionen in Betracht. Eine regulatorische Festlegung bilateraler Streckenmärkte zwischen einzelnen Ländern sollte jedenfalls unterbleiben.

⁷³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 159.

130. Problematisch erscheint, dass die RegTP ihre geänderte Auffassung zur Marktabgrenzung nicht zum Anlass genommen hat, ihren bisherigen Feststellungsbeschluss zur Frage der Marktherrschaft auf dem Markt für Gespräche in die Türkei zu revidieren. Wenn es einen solchen Markt nicht gibt, dann ist die Frage der Marktherrschaft erneut für den nunmehr festgestellten sachlich relevanten Markt zu stellen. Dazu bedarf es vermutlich keines erneuten Antrages der Telekom, da die RegTP die Türkei-Entscheidung ausdrücklich mit der Maßgabe einer erneuten Überprüfung nach einer angemessenen Zeit versehen hatte.⁷⁴

5.5 Bündelprodukte und Optionstarife

131. Die RegTP hat Anfang September 2003 mit den Produkten "AktivPlus basis calltime 120" und "AktivPlus xxl (neu)" weitere Bündelangebote und Optionstarife genehmigt. Im Rahmen von Bündelangeboten werden unterschiedliche Leistungen kombiniert; Optionstarife treten in Form von Minutenkontingenten oder sog. Flatrates auf. Bisher hat die RegTP folgende Angebote der Telekom jeweils befristet genehmigt:

- T-Net 100: für einen Aufpreis von 2,41 €/Monat (ohne MwSt) verbilligte und minutengenau getaktete City- und Deutschlandverbindungen,
- T-Net und AktivPlus: für einen Aufpreis von 4,36 €/Monat (ohne MwSt) zusätzlich billigere Auslands- und Festnetz-Mobil-Verbindungen,
- T-ISDN xxl: für einen Aufpreis von 6,62 €/Monat (ohne MwSt) billigere und minutengenau getaktete City- und Deutschlandverbindungen sowie entgeltfreies Telefonieren an Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen,
- AktivPlus basis calltime 120: für einen Aufpreis von 3,64 €/Monat (ohne MwSt) zusätzlich 120 Freiminuten City- und Deutschlandverbindungen,
- T-ISDN xxl (neu): für einen Aufpreis von 7,95 €/Monat (ohne MwSt) die Leistungen des T-ISDN xxl plus entgeltfreies Telefonieren an Samstagen (ohne geographische Online-Nummern).

132. Die RegTP prüft die Vereinbarkeit solcher Tarife mit den Entgeltmaßstäben des TKG im Rahmen von Einzelgenehmigungsverfahren nach § 27 Abs. 1 TKG, beachtet dabei allerdings auch die grundsätzliche Geltung der Price-Cap-Regulierung 2002. Für die Prüfung der Vereinbarkeit der Tarife mit den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG bedeutet dies eine Beschränkung der Untersuchung auf die Frage, ob ein ausreichender Abstand zwischen Zusammenschaltungsentgelten und den beantragten Entgelten besteht (IC+25 %-Regel). Im Fall von AktivPlus basis calltime 120 wird dabei das gesamte Freiminutenpaket und im Fall der Flatrate von T-ISDN xxl (neu) eine durchschnittliche Nutzungsdauer zugrunde gelegt. Die Ermittlungen der RegTP haben in beiden Fällen keine Kostenunterdeckung ergeben.

Die RegTP sieht auch keine Missbrauchstatbestände erfüllt. Eine missbräuchliche Behinderung von alternativen Teilnehmernetzbetreibern sei ausgeschlossen, da ein großer Teil dieser Wettbewerber ebenfalls Produkte bündele und Optionstarife anbiete. Ebenso sei die missbräuchliche Behinderung von Verbindungsnetzbetreibern auszuschließen, da nach den Ergebnissen einer Kundenbefragung

⁷⁴ Vgl. ebenda, Tz. 145.

die Nutzer von Optionstarifen zwar deutlich weniger, aber dennoch weiterhin Call-by-Call- und Preselection-Angebote nutzen. Im Übrigen seien die Verbindungsnetzbetreiber frei, vergleichbare Optionstarife nachzubilden.

133. Das Bundeskartellamt meldet dagegen in seiner Stellungnahme zu den Entscheidungsentwürfen der RegTP grundsätzliche Bedenken gegen die Ausweitung der AktivPlus-Tarife um längere Flatrates und zusätzliche Freiminutenkontingente an. Das Amt sieht die Wettbewerbsmöglichkeiten von Verbindungsnetzbetreibern im Sinne der §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 und 20 Abs. 1 GWB dadurch beeinträchtigt, dass die Optionstarife Elemente eines Gesamtumsatzrabattsystems aufweisen, bei dem ein zeitlicher Druck auf die Kunden entsteht, in den Genuss der Rabattierung zu kommen. Dieses zeitliche Moment löse in der Regel eine erhebliche Bezugskonzentration aus, die kartellrechtlich "tendenziell" unbillig sei. Allerdings sei die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung zwischen dem Interesse der marktbeherrschenden Telekom an einer an Kundenpräferenzen orientierten Produktdifferenzierung und -rabattierung sowie dem grundsätzlichen Interesse an einer Offenhaltung der Märkte eher gering. Darüber hinaus geht das Kartellamt davon aus, dass der Grad der Beeinträchtigung der Wettbewerber durch die Optionstarife mit der Einführung der Betreibervorauswahl für Ortsgespräche abgenommen hat. Bisher liege ein wesentliches Behinderungsmerkmal darin, dass Rabatte aus einem stärker beherrschten Markt (Ortsgespräche) mit Rabatten aus einem weniger beherrschten Markt (Ferngespräche) gebündelt werden. Da die Marktmacht der DTAG bei Ortsverbindungen zurückgehe, sinke die Gefahr eines Marktmachttransfers.

134. Nach Auffassung der Monopolkommission sind die Wettbewerbswirkungen von Optionstarifen deutlich kritischer einzuschätzen.⁷⁵ Ins Gewicht fällt weiterhin das Problem des Marktmachttransfers von Märkten ohne oder mit wenig Wettbewerb auf Märkte mit höherer Wettbewerbsintensität. Das ist bei den genannten Tarifoptionen gegeben, soweit sie an einen Teilnehmeranschluss gekoppelt sind. Auch für die Koppelung mit Ortsnetzverbindungen gilt dieses Argument trotz der Einführung der Betreibervorauswahl auf absehbare Zeit weiter. Die Bündelprodukte lösen eine Sogwirkung zugunsten der DTAG-Angebote aus, da sie einerseits für die Nachfrager die Wechselkosten zu anderen Anbietern erhöhen und andererseits Preisvergleiche schwieriger werden. Letzteres führt dazu, dass alternative Anbieter die DTAG deutlicher als bisher unterbieten müssen, um Kunden auf sich zu ziehen oder an sich zu binden. Dies fällt insbesondere dann schwer, wenn der marktbeherrschende Anbieter, wie im Fall der DTAG, die notwendigen Vorprodukte kontrolliert und die Abstände zwischen den Vorleistungs- und Endkundenentgelten ohnehin gering sind.

135. Die Verschlechterung der Wettbewerbsmöglichkeiten trifft vor allem die Verbindungsnetzbetreiber. Sie können in der Regel weder Freiminutenkontingente noch Flatrates anbieten und sind daher nicht – wie von der RegTP angenommen – ohne weiteres in der Lage, entsprechende Alternativprodukte anzubieten. Dem steht bereits entgegen, dass die von den Verbindungsnetzbetreibern zu entrichtenden Zusammenschaltungsentgelte minutenweise abgerechnet werden und ein Flatratetarif damit schwer kalkulierbar wird.

Die Monopolkommission geht zwar nicht davon aus, dass die bisher genehmigten Bündelprodukte und Optionstarife den Wettbewerb soweit beeinträchtigen, dass damit eine wirkliche Bedrohung verbunden ist. Dagegen spricht der eher positive Befund der Marktstrukturanalyse, die in den vergangenen zwei Jahren Marktanteilsgewinne für die Wettbewerber ausweist. Gleichwohl sollte die Regulierung dem Problem der Bündelprodukte und Optionstarife besondere Aufmerksamkeit

⁷⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 201 ff.

schenken, da die Grenzen des aus wettbewerblicher Sicht noch Tolerierbaren bei einer zunehmenden Ausweitung solcher Angebote schnell überschritten ist.

136. Nicht zuletzt erschweren Bündelprodukte die Entgeltregulierung, insbesondere die Kontrolle des Verdrängungsmissbrauchs, da die Zurechnung von Gemeinkosten noch schwieriger ist als bei ungebündelten Produkten. Die von der RegTP getroffenen Entscheidungen entziehen sich dieser Problematik, indem sie an die Stelle einer Kostenprüfung das Abstandsgebot der IC+25 %-Regel setzen. Fragwürdig ist zudem die Praxis der "probeweisen" und befristeten Genehmigungen, da nach einer erfolgreichen Markteinführung eine spätere Untersagung durch den Regulierer schwer vorstellbar ist. Dies gilt insbesondere für die Tarife der "AktivPlus-Familie", die nach eigenen Angaben der Telekom inzwischen von mehr als 11 Mio. Kunden genutzt wird.

137. Nicht genehmigt hat die RegTP den von der Telekom in beiden Fällen beantragten Ausschluss der Preselection-Möglichkeit, d.h. der Möglichkeit von Nutzern dieses Tarifs, eine dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber vorzunehmen. Die Monopolkommission teilt die Auffassung der RegTP, dass es für eine solche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen keine sachliche Rechtfertigung gibt. Gleichwohl bleibt fraglich, welche praktische Relevanz dieser Ausschluss hätte, da kaum vorstellbar ist, dass ein Kunde bei der Telekom Pauschaltarife für verbilligte und entgeltfreie Verbindungen und Nutzungszeiten zahlt, während er sich auf die Betreibervorauswahl eines konkurrierenden Verbindungsnetzbetreibers vorstellen lässt.

5.6 Fakturierung und Inkasso

138. Seit dem 1. Januar 2001 gilt die Inkasso- und Fakturierungsverpflichtung der DTAG gemäß Beschluss der RegTP nicht mehr für das Mahnwesen und die Bearbeitung von Beschwerden, Anfragen und Auskünften. Ausdrücklich bestätigt hatte die Regulierungsbehörde die Inkassoverpflichtungen für entgeltpflichtige Auskunftsdienste, Mehrwertdienste und Internet-by-Call. Nachdem die Telekom gegen den Beschluss der RegTP Rechtsmittel eingelegt hatte und im Verfahren zum vorläufigen Rechtsschutz sowohl vor dem VG Köln als auch vor dem OVG Münster unterlegen war, hat das VG Köln im Hauptsacheverfahren die Verpflichtung der Telekom zur Durchführung von Fakturierung und Inkasso für Mehrwertdienste und für Internet-by-Call aufgehoben.⁷⁶ Das Gericht bestätigt die Verpflichtung zur Durchführung von Fakturierung und Inkasso im Rahmen des offenen Call-by-Call im Sprachtelefondienst sowie die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Auskunftsdienste, lehnt die Verpflichtung zur Durchführung des Mahnwesens allerdings auch hier ab.

139. Das Gericht begründet seine Auffassung damit, dass die Anwendung von § 33 Abs. 1 TKG auf Mehrwertdienste und Internet-by-Call bereits daran scheitert, dass es sich hier nicht um Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne von § 3 Nr. 16 und 18 TKG handelt. Solche Dienste beschränken sich nicht auf den technischen Vorgang der Nachrichtenübermittlung, sondern umfassen auch Inhaltsleistungen. Die Verpflichtung zur Durchführung des Mahnwesens entfällt nach Meinung des Gerichts, da die Mahnung als Voraussetzung des Leistungsverzuges rechtlich dem Problem der Leistungsstörungen zuzurechnen ist und damit nicht dem Anwendungsgebiet der Leistungen im Sinne des § 33 TKG unterfällt.

⁷⁶ VG Köln, Urteile vom 14. November 2002 – 1 K 2788/00 sowie 1 K 2532/00, in: MultiMedia und Recht, Jg. 6, 2003, S. 284 ff. sowie S. 290 ff.

140. Die Monopolkommission teilt die Auffassung des VG Köln nicht, dass Internet-by-Call keine Telekommunikationsdienstleistung im Sinne des TKG ist. Die Begründung des Gerichts, die Leistung umfasse neben dem technischen Vorgang der Nachrichtenübermittlung auch eine Inhaltsleistung, trifft zwar auf Mehrwertdienste, nicht jedoch auf den Internetzugang zu. Der Zugang zum Internet ist streng zu unterscheiden vom Angebot von Inhalten im Internet. Kostenpflichtige Inhalte des Internet werden typischerweise auch nicht über die Internet-by-Call-Verbindung, sondern über eine getrennt aufgebaute 0190er-Nummer abgerechnet. Soweit der Internetzugang eine Telekommunikationsdienstleistung im Sinne des TKG ist, lehnt die Monopolkommission eine regulatorische Ungleichbehandlung mit anderen Datendiensten ab. Da sie sich bereits in ihrem letzten Sondergutachten für die regulatorische Gleichbehandlung von Sprach- und Datenkommunikation ausgesprochen hat, sieht die Kommission keinen Grund, das Internet-by-Call im Hinblick auf die Inkassoverpflichtungen anders zu behandeln als das Call-by-Call im Rahmen der Sprachübertragung.

141. Auch die Aussetzung der Verpflichtung zur Verfolgung von Forderungsausfällen wirft bei den Wettbewerbern Probleme auf. Die DTAG mahnt seit der Entscheidung der RegTP im Falle eines Forderungsausfalls in der Regel nur den ihr zustehenden Teilbetrag der Gesamtrechnung an. Die Endkunden merken häufig nicht, dass der angemahnte Betrag lediglich den Teil des Rechnungsbetrages umfasst, der der DTAG zusteht. Die Forderung der Wettbewerber bleibt damit offen.

Nach dem Vortrag einzelner Anbieter, insbesondere auch eines Anbieters für Auskunftsdienste, lässt sich ein separates Mahnwesen durch Inkassodienstleister wirtschaftlich kaum rechtfertigen, da pro Kunde oftmals nur sehr niedrige Umsätze zustande kommen, die es dann beizutreiben gilt. Zu Wettbewerbsverzerrungen kommt es, wenn die Telekom ihre Wettbewerber ungleich behandelt, indem sie einzelnen Unternehmen erweiterte Inkassoleistungen anbietet.

6. Grundsätzliche Fragen der Regulierung und Missbrauchsaufsicht

6.1 Inkonsistenzen der Entgeltregulierung

142. Die Entscheidungspraxis der RegTP in den vergangenen Jahren ist nicht frei von Widersprüchen. Inkonsistenzen werden insbesondere im Bereich der Entgeltregulierung und hier vor allem im Verhältnis zwischen der Regulierung von Vorleistungs- und Endkundenentgelten festgestellt. Inkonsistente Regulierungsentscheidungen führen zu regulierungsbedingten Wettbewerbsverzerrungen. Der prominenteste und zugleich wichtigste Fall einer Entscheidungsinkonsistenz ist die Kosten-Preis-Schere beim analogen Teilnehmeranschluss.

In der Diskussion um die Novellierung des TKG spielt das Problem inkonsistenter Regulierungsentscheidungen insoweit eine Rolle, als der Regierungsentwurf vom 15. Oktober 2003 in § 25 Abs. 2 TKG-RE ein sog. Konsistenzgebot enthält. Danach hat die Regulierungsbehörde darauf zu achten, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit zeitlich und inhaltlich aufeinander abgestimmt sind. Die inhaltliche Abstimmung zielt – wie aus der Begründung zu § 25 Abs. 2 TKG-RE hervorgeht – auf die Vermeidung von regulierungsbedingten Wettbewerbsverzerrungen ab. Die zeitliche Koordination von Entgeltregulierungsmaßnahmen kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn dies aufgrund der vorgegebenen Entscheidungsfristen möglich ist. Offen ist, wie die Konsistenz der Entgeltregulierung innerhalb der RegTP gewährleistet werden soll. Vorstellbar sind hier verschiedene Ansätze, wie die Koordination über eine mit entsprechenden Kompetenzen ausgestattete Grundsatzabteilung oder die Konzentration sämtlicher Entscheidungen im Rahmen der präventiven und nachträglichen Entgeltregulierung von Vorleistungen und Endkundenleistungen auf eine Kammer, gegebenenfalls die bislang vorgesehene Präsidentenkammer.

6.1.1 Kosten-Preis-Schere

143. Die Kosten-Preis-Schere bei analogen Teilnehmeranschlüssen ergibt sich daraus, dass die Kosten der Wettbewerber der DTAG für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung höher sind als die Endkundenentgelte der Telekom für den analogen Teilnehmeranschluss.⁷⁷ Die RegTP hat das damit verbundene Wettbewerbsproblem im Ortsnetz über längere Zeit mit dem Hinweis auf die höherpreisigen ISDN-Anschlüsse ignoriert, die aus Sicht der Wettbewerber wirtschaftlich interessanter seien und bei denen die Kosten-Preis-Schere nicht gelte. Selbst als die DTAG im Dezember 2002 vor dem Hintergrund des gegen das Unternehmen laufenden Missbrauchsverfahrens der Europäischen Kommission nach Art. 82 EGV eine Erhöhung der Endkundenentgelte für den analogen Teilnehmeranschluss beantragt hatte, genehmigte die RegTP diese Erhöhung lediglich teilweise mit dem Hinweis auf die Maßgrößen des bestehenden Price-Cap-Regimes, die eine Preiserhöhung in dem beantragten Ausmaß nicht zulasse. Die Möglichkeit zum Übergang auf das Verfahren der Einzelpreisgenehmigung nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG, bei der das Problem der Bindung an eine frühere Entscheidung nicht bestanden hätte, wurde nicht genutzt.

Stattdessen hat die Behörde im Zusammenhang mit der Einführung der Betreiberwahl im Ortsnetz die Wettbewerbsverzerrung noch dadurch verstärkt, dass sie die Überwälzung der Kosten des Preisdumpings bei den analogen Teilnehmeranschlüssen in Form des sog. Anschlusskostendefizits auf die Wettbewerber durch einen Aufschlag von 0,4 Cent pro Minute auf die lokalen Zuführungsentgelte (Anschlusskostenbeitrag) genehmigt hat.

⁷⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 104.

144. Eine Entschärfung des Problems der regulierungsbedingten Kosten-Preis-Schere im Bereich des analogen Teilnehmeranschlusses tritt ab September 2003 ein, da die RegTP der Telekom nach einer Anpassung des Price-Cap-Regimes eine deutliche Erhöhung der Endkundenentgelte für den analogen Teilnehmeranschluss genehmigt hat. Die fehlende Abstimmung von Regulierungsentscheidungen kommt aber auch hier zum Ausdruck, da diese Preisanpassung unmittelbare Auswirkungen auf das Anschlusskostendefizit hat. Wenn mit der genehmigten Preiserhöhung beim analogen Teilnehmeranschluss ab September 2003 der Standard des Gesetzes, nämlich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, erreicht wird, sollte ab diesem Zeitpunkt das Anschlussdefizit entfallen. Gleichwohl bleibt die Genehmigung des Anschlusskostenbeitrags zunächst bis Ende November 2003 bestehen. Wäre nicht die sofortige Vollziehbarkeit des Beschlusses durch eine Entscheidung des VG Köln ausgesetzt, käme es für die Monate September, Oktober und November 2003 zu einem doppelten Ausgleich des Anschlusskostendefizits, zum einen durch die Wettbewerber und zum anderen durch die Endkunden der Telekom.

145. Kosten-Preis-Scheren treten darüber hinaus immer dann auf, wenn der Abstand zwischen Vorleistungsentgelten und Endkundentarif der Telekom nicht so groß ist, dass die Wettbewerber mit kostendeckenden Angeboten in Konkurrenz zur Telekom treten können. Die RegTP hat zur Verhinderung von Kosten-Preis-Scheren die sog. IC+25 %-Regel entwickelt. Danach entsprechen die Endkundenentgelte der Telekom dem Maßstab des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG, wenn sie mindestens 25 % über den Entgelten der für die Erbringung der Endkundenleistung erforderlichen Zusammenschaltungsleistungen liegen.⁷⁸ Soweit ersichtlich trägt die RegTP dieser Regel sowohl im Rahmen der präventiven als auch der nachträglichen Entgeltregulierung Rechnung.

146. Die Wettbewerber der Telekom sehen nach ihrem Vortrag bei der Monopolkommission eine Kosten-Preis-Schere als Folge inkonsistenter Regulierungsentscheidungen bereits dann gegeben, wenn die Telekom Leistungen unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung anbietet. Ein Beispiel dafür ist das von der RegTP erstmals am 6. August 2001 genehmigte Rabattprogramm "Happy Digits". Danach gewährt die DTAG ihren Kunden umsatzabhängige und -unabhängige Rabattgutschriften in Höhe von 1 % auf bereits genehmigte Entgelte für Leistungen unter anderem im Sprachtelefondienst.⁷⁹ Unterstellt man, dass die bereits genehmigten Endkundenentgelte den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen, führen Nachlässe auf diese Entgelte zu wettbewerbswidrigen Abschlägen im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG.⁸⁰ Insoweit mag die Entscheidung fehlerhaft, gegebenenfalls rechtswidrig sein. Zu einer Kosten-Preis-Schere führt sie nach Auffassung der Monopolkommission jedoch erst dann, wenn gleichzeitig das Abstandsgebot der IC+25 %-Regel verletzt wird. Dies ist nach den Feststellungen der RegTP nicht der Fall.

6.1.2 Methodik der Kostenermittlung

147. Wettbewerbsverzerrungen als Folge inkonsistenter Regulierungsentscheidungen treten auch dann auf, wenn die Vorleistungsentgelte der Telekom für konkurrierende Geschäftsmodelle *methodisch unterschiedlich* reguliert werden. Ein Beispiel dafür ist die vorgesehene Regulierung der Ent-

⁷⁸ Der Aufschlag von 25 % soll es den Wettbewerbern ermöglichen, ihre langfristigen Zusatzkosten unter anderem für Inkasso, Delkredere und Vertriebskosten zu decken. Vgl. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Tätigkeitsbericht 2000/2001, S. 94.

⁷⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 136.

⁸⁰ Die RegTP lässt dies in ihrer Happy-Digits-Entscheidung offen und argumentiert, dass wettbewerbswidrige Preisabschläge zumindest nicht offenkundig gegeben seien. Wenn es sie doch geben sollte, dann seien sie insoweit zu vernachlässigen, als sie wegen ihres geringen Umfangs die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter nicht einschränken.

gelte für Resale-Produkte nach der Methode "Retail-minus". Danach werden die Entgelte mit Hilfe eines Abschlages auf die Endkundenpreise des marktbeherrschenden Anbieters ermittelt, der den Kosten entspricht, die dadurch vermieden werden, dass die Leistung an einen Großhändler und nicht an Endverbraucher abgegeben wird. Demgegenüber werden die Entgelte des Vorleistungsproduktes "entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung" anhand der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung reguliert. Dies kann zu Wettbewerbsverzerrungen führen, wenn die Endkundenentgelte für den Teilnehmeranschluss, als Ausgangsbasis für die Retail-minus-Kalkulation, nicht den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Liegen diese Entgelte, wie bisher beim analogen Teilnehmeranschluss, unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, ist der Teilnehmeranschluss als Resale-Vorprodukt kostengünstiger als die gemietete Teilnehmeranschlussleitung. Die Wettbewerbsverzerrung auf der Endkundenebene besteht zugunsten des Resale-Angebotes und zulasten der TAL-basierten Wettbewerber. Umgekehrt wäre es, wenn das Endkundenentgelt des Teilnehmeranschlusses oberhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen.

Solche regulierungsbedingten Wettbewerbsverzerrungen lassen sich letztlich nur vermeiden, wenn die Entgelte für eine bestimmte Vorleistung in den verschiedenen Geschäftsmodellen nach der gleichen Methode reguliert werden.

148. Regulierungsbedingte Wettbewerbsverzerrungen können auch Folge der Verwendung unterschiedlicher Instrumente bei der Kostenermittlung innerhalb derselben Methodik sein. So werden die Entgelte für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung wie die Entgelte für die Zusammenschaltung zwar auf der Basis der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung reguliert, einmal jedoch auf der Grundlage eines analytischen Kostenmodells (TAL) und einmal auf der Grundlage eines internationalen Kostenvergleichs. In der Folge kann es zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen Teilnehmernetzbetreibern und Verbindungsnetzbetreibern kommen.

149. Wettbewerbsverzerrungen treten auch auf, wenn Kostenelemente einmal berücksichtigt werden und ein andermal unberücksichtigt bleiben. So geht die RegTP davon aus, dass Investitionskosten, die dazu beitragen, das Leistungsangebot der Telekom resale-fähig zu gestalten, dem Reseller nicht in Rechnung gestellt werden können, da § 4 Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) die Verpflichtung enthält, dass Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze ihre Leistung so ausgestalten, dass ein Wiederverkauf durch Dritte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung möglich ist. Dem Teilnehmernetzbetreiber dagegen, der Kollokationsflächen zur physischen Netzzusammenschaltung benötigt, werden die Kosten erforderlicher Umbaumaßnahmen des Kollokationsraumes in Rechnung gestellt, obwohl sich aus dem TKG ebenfalls eine Verpflichtung für den marktbeherrschenden Netzbetreiber ableiten lässt, die Netz- und Gebäudetechnik so zu gestalten, dass die Zusammenschaltung der Netze möglich ist.

6.2 Price-Cap-Regulierung versus Einzelpreisregulierung

150. Auf die Schwierigkeiten, das Problem der Kosten-Preis-Schere im Rahmen der Price-Cap-Regulierung zu lösen, hat die Monopolkommission bereits in ihrem zweiten Sondergutachten nach § 81 Abs. 3 TKG hingewiesen.⁸¹ Nach ihrem Vorschlag hätte die Anpassung der Endkundenentgelte für den analogen Teilnehmeranschluss an das gesetzlich vorgeschriebene Niveau zwingend erfordert, dieses Entgelt aus dem Price-Cap-Regime herauszunehmen und einer Einzelpreisgenehmigung zu unterwerfen. Diesen Weg ist die RegTP nicht gegangen, sondern hat stattdessen das Price-Cap-

⁸¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz 127.

Regime soweit modifiziert, dass die von der DTAG beantragte Preiserhöhung für den analogen Teilnehmeranschluss zwar in vollem Ausmaß, aber ohne eine detaillierte Kostenprüfung genehmigt werden konnte.

151. Nach Auffassung der Monopolkommission ist ein solches Vorgehen problematisch. Es offenbart die auch bei anderen Entscheidungen der RegTP zu beobachtende Praxis, die vom Gesetz geforderte Orientierung der Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dadurch zu vermeiden, dass ein Entgelt der Price-Cap-Regulierung anstelle der Einzelpreisgenehmigung unterstellt wird. Zu beobachten ist dies vor allem bei politisch umstrittenen Entgelten, wie dem Preis für den analogen Teilnehmeranschluss oder dem Briefporto.⁸² Ohne eine vorangestellte Einzelpreisgenehmigung und die dabei vorzunehmende Kostenprüfung bleibt im Rahmen der Price-Cap-Regulierung der Zusammenhang zwischen dem genehmigten Preis und den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung vage.⁸³ Zwar ist nach § 27 Abs. 3 TKG die Genehmigung eines Entgelts auch dann zu untersagen, wenn die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG "offenkundig" verletzt sind, doch im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens fehlen gewöhnlich die Informationen und die Prüfungszeit, die notwendig wären, um dieser Vorschrift einen mehr als deklaratorischen Charakter zu geben. Dies liegt vor allem daran, dass das marktbeherrschende Unternehmen der RegTP bei der Einzelpreisgenehmigung gemäß § 2 TEntgV detaillierte Kostenunterlagen zur Verfügung stellen muss, während dies im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens nicht notwendig ist.

Hinzu kommen die unterschiedlichen Prüfungsfristen. Im Rahmen der Einzelpreisprüfung entscheidet die RegTP nach sechs Wochen plus der Möglichkeit, diese Frist um weitere vier Wochen zu verlängern. Die lediglich zweiwöchige Prüfungsfrist der Price-Cap-Regulierung lässt im Zusammenhang mit den fehlenden detaillierten Kostenunterlagen wenn überhaupt, dann nicht mehr als eine oberflächliche Überprüfung der Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG zu.

Von Bedeutung ist letztlich auch das Argument, dass bei der Ex-ante-Kontrolle im Rahmen der Einzelpreisgenehmigung die Stellung der RegTP im Verfahren stärker ist.⁸⁴ Das regulierte Unternehmen muss nicht nur detaillierte Kostenunterlagen vorlegen, sondern hat einen sehr viel größeren Anreiz, mit der RegTP zu kooperieren, da es die Genehmigung braucht, um die gewünschten Preisänderungen vornehmen zu können. In Bezug auf den Verdrängungsmissbrauch nach § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG kommt die Price-Cap-Regulierung dagegen dem Übergang von der Ex-ante- zur Ex-post-Kontrolle gleich, bei der die Anreize zu einer Kooperation mit dem Regulierer aus offensichtlichen Gründen gering sind.

82 Vgl. dazu Tz. 290 in diesem Gutachten.

83 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz 128.

84 Vgl. ebenda, Tz. 129.

7. Maßstäbe einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals

7.1 Die Auseinandersetzung zwischen DTAG und RegTP

152. Nach § 3 Abs. 2 TEntgV ergeben sich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Die Frage, was unter einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu verstehen ist, ist zwischen der DTAG, ihren Wettbewerbern und der RegTP strittig.

153. Eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals soll die Kapitalgeber dafür entschädigen, dass sie auf Konsum in der Gegenwart verzichten und dass sie ihre Mittel einem gewissen Risiko aussetzen. Die angemessene Zeitprämie für den Verzicht auf Konsum in der Gegenwart lässt sich aus der Verzinsung von Finanzierungstiteln ableiten, bei denen der Kapitalgeber keinem Risiko ausgesetzt ist, z.B. Staatsanleihen.

Problematischer ist die Bestimmung der Risikoprämie. Hier gehen RegTP und DTAG übereinstimmend so vor, dass sie jeweils getrennte Risikoprämien für Fremdkapital und Eigenkapital bestimmen und aus diesen einen gewichteten Durchschnitt bilden. Im Übrigen wird bei der Bestimmung des Kapitalkostensatzes für Eigenkapital ein Korrekturfaktor angewandt, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Gewinne des Unternehmens körperschaftsteuerpflichtig sind, Zinszahlungen dagegen nicht. Die Höhe dieses Korrekturfaktors bestimmt sich nach der genauen Körperschaftsteuerbelastung der DTAG. Er liegt in allen der Monopolkommission bekannten Varianten zwischen 1,5 und 2,0. Strittig zwischen RegTP und DTAG sind erstens die Frage nach der angemessenen Gewichtung von Eigenkapital und Fremdkapital und zweitens die Frage nach dem angemessenen Maßstab zur Bestimmung der Risikoprämie für Eigenkapital.

In der ersten Frage befürwortet die RegTP die *Bilanzwertmethode*, d.h. eine Gewichtung entsprechend den Bilanzwerten von Fremdkapital und Eigenkapital, die DTAG dagegen die *Marktwertmethode*, d.h. eine Gewichtung entsprechend den Marktwerten von Fremdkapital und Eigenkapital. In der zweiten Frage befürwortet die RegTP einen *Individualansatz*, die DTAG dagegen einen *Marktansatz*. Der *Individualansatz* greift bei der Bestimmung des Zinssatzes auf längerfristige qualitative und quantitative Überlegungen der Geschäftsleitung des Unternehmens zurück und spiegelt deren Einschätzung des Risikos eines bestimmten Projektes oder der Geschäftstätigkeit insgesamt wider. Der *Marktansatz* dagegen bestimmt die Risikoprämie für Eigenkapital anhand der durchschnittlichen Renditen, die im Kapitalmarkt bei entsprechenden Risiken zu erwirtschaften sind. Als Maß des Risikos dient dabei die Kovarianz der Erträge mit dem Marktportefeuille, im Kapitalmarktjargon als "Beta" bekannt.

154. Zur Begründung ihrer Entscheidung für die Bilanzwertmethode und für den Individualansatz zur Bestimmung der Risikoprämie für Eigenkapital verweist die RegTP auf die Möglichkeit, dass der Maßstab der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals bei Marktwertmethode und Marktansatz im Zeitverlauf stark schwanken kann. Bei der Marktwertmethode können Aktienkursänderungen, etwa in Zeiten eines Börsenbooms, zu erheblichen Schwankungen der Gewichtungsfaktoren für Fremd- und Eigenkapital führen. Insofern sich die Kapitalkosten für diese Kapitalarten unterscheiden, ergeben sich daraus gegebenenfalls erhebliche Schwankungen des durchschnittlichen Kapitalkostensatzes mit entsprechenden Auswirkungen auf Regulierungsentscheidungen. Auf-

gabe der Regulierung nach dem TKG sei es, für stabile Rahmenbedingungen zu sorgen, um auf diese Weise den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten zu fördern. Dem entspreche die Bilanzwertmethode eher als die Marktwertmethode. Gegenüber dem Marktansatz zur Bestimmung der Risikoprämien seien ähnliche Vorbehalte angebracht, denn auch der risikofreie Zinssatz und der Marktpreis des Risikos unterliegen stärkeren Schwankungen im Markt, als mit der Förderung des Wettbewerbs durch stabile Rahmenbedingungen zu vereinbaren wäre.

Die DTAG betont demgegenüber, dass Marktwertmethode und Marktansatz dem Vorgehen entsprechen, das von der Betriebswirtschaftslehre wie auch von Regierungsbehörden in anderen Ländern, etwa von Oftel im Vereinigten Königreich, als Standard angesehen wird. Der Vorzug liege in einer gewissen Objektivierung der Messung und Bewertung der Risiken, wodurch den Interessen aller Beteiligten besser Rechnung getragen werde. Der Individualansatz zur Bemessung der Risikoprämie für Eigenkapital ist insofern problematisch, als er ausschließlich auf die unternehmensinterne Sicht und die subjektive Risikoeinschätzung der Geschäftsleitung abstellt. Risikoeinschätzungen und Risikobewertungen der Anbieter von Eigenkapital bleiben unberücksichtigt. Der Marktansatz stellt demgegenüber auf die Risikoeinschätzungen und Risikobewertungen ab, die im Markt zu beobachten bzw. aus der Beobachtung von Marktdaten zu erschließen sind. Die daraus ermittelten Risikoprämien sind unabhängig von subjektiven Einschätzungen oder Festlegungen des regulierten Unternehmens selbst und können nach vorgegebenen Verfahren auch extern überprüft werden.

Zur Frage der Verwendung von Bilanzdaten oder Marktdaten bei der Gewichtung von Fremdkapital und Eigenkapital macht die DTAG geltend, dass Marktdaten der von Gesetz und Verordnung geforderten vorwärts gerichteten Betrachtungsweise eher entsprechen als Bilanzdaten. Bilanzdaten zur Eigenkapitalposition eines Unternehmens reflektieren die historische Entwicklung der Eigenkapitalposition durch Emissionen, Kapitalerhöhungen, Rücklagenbildung etc. Sie geben aber verhältnismäßig wenig Aufschluss über die Zukunftsaussichten des Unternehmens und über die Bewertung von Eigenkapital und Fremdkapital im Hinblick auf diese Zukunftsaussichten. Gerade darauf kommt es aber für die Kapitalgeber an.

155. Das VG Köln räumt in seiner Entscheidung vom 6. Februar 2003 der RegTP in der Frage der Zinsbestimmung einen verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Beurteilungsspielraum ein.⁸⁵ Im Hinblick auf das methodische Vorgehen sieht das Gericht grundsätzlich die Notwendigkeit, betriebswirtschaftliche Maßstäbe anzulegen. Gleichzeitig sei jedoch die Zielsetzung des TKG zu beachten. Dies bedeute, dass die Verzinsung des Eigenkapitals nur dann *angemessen* im Sinne von § 3 Abs. 2 TEntgV sei, wenn neben der Renditeerwartung des Marktbeherrschers auch dem öffentlichen Interesse an der Herstellung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs Rechnung getragen werde.

Bei der Zinsbestimmung sei zu beachten, dass es keine allgemeingültigen Bewertungsgrundsätze und -maßstäbe für die Beurteilung der Angemessenheit der Verzinsung gebe. Als äußerste Grenze für den behördlichen Beurteilungsspielraum könne daher nur gelten, "was in Fachkreisen eindeutig und in jeder Hinsicht zweifelsfrei ist". Zu den Fachkreisen gehöre aber nicht nur die Wissenschaft, die die Marktwertmethode bevorzuge, sondern auch die betriebliche Praxis, in der die Bilanzwertmethode noch weit verbreitet sei.

Die Marktwertmethode könne allein schon deshalb nicht als allgemein anerkannt werden, weil die Ermittlung des Gewichtungsfaktors für Fremd- und Eigenkapital unter alleiniger Verwendung der

⁸⁵ VG Köln, 1 K 8003/98.

Marktwerte des Gesamtunternehmens aus regulatorischer Sicht in zweifacher Weise bedenklich sei: (i) Bei der Verzinsung gehe es um einen Kostenfaktor für Entgelte im regulierten Unternehmenssektor. Dazu gehöre beispielsweise nicht der Mobilfunk, der jedoch die Marktbeurteilung des Gesamtunternehmens in einem erheblichen Maße präge. Somit enthalte die Markteinschätzung in Form des DTAG-Börsenkurses in einem erheblichen Umfang Risiken und Gewichtigungen, die sich nicht auf das regulierte Festnetz beziehen. (ii) Eine Zinsfußbemessung, die allein auf die Marktwertmethode abstellt, ist mit dem regulatorischen Zweck der Herstellung funktionsfähigen Wettbewerbs schwerlich zu vereinbaren, wenn die Marktwertschwankungen in vollem Umfang auf die Entgelthöhe durchschlagen können.

7.2 Bestimmung von Risikoprämien

7.2.1 Erfordernis der Spezifität der Risikozumessung

156. Die Monopolkommission hält sowohl die Position der RegTP als auch die Position der DTAG für problematisch. Zu kritisieren ist erstens, dass die Frage nach der angemessenen Bestimmung von Risikoprämie und Kapitalkostensatz losgelöst vom konkreten Entscheidungs- bzw. Regulierungskontext betrachtet wird, zweitens, dass bei der Korrektur mit einem Steuerfaktor der Interdependenz von Steuern und Kapitalkostensätzen nicht genügend Aufmerksamkeit geschenkt wird.

157. Der Maßstab für die angemessene Bestimmung von Risikoprämie und Kapitalkostensatz ist aus der Zielsetzung der zugrunde liegenden Rechtsnormen abzuleiten. Nach Gesetz und Verordnung ist bei der Festsetzung der Zusammenschaltungsentgelte darauf zu achten, dass das zur Zusammenschaltung verpflichtete Unternehmen für die bei effizienter Leistungsbereitstellung anfallenden Kosten entschädigt wird. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Zusammenschaltungsverpflichtung nicht konfiskatorisch wirkt – zumindest, solange die Zusammenschaltungsleistung effizient erbracht wird. Die der Bestimmung der Zusammenschaltungsentgelte zugrunde gelegte Verzinsung des eingesetzten Kapitals ist dann als angemessen zu betrachten, wenn sie dieser Zielsetzung entspricht. Insbesondere ist darauf abzustellen, dass die Zusammenschaltungsverpflichtung keine konfiskatorisch wirkende Verletzung von Eigentumsrechten mit sich bringt.

158. Nach diesem Kriterium ist die Angemessenheit einer Risikoprämie grundsätzlich *leistungsspezifisch* zu beurteilen. Dazu kommt es nicht auf das Gesamtrisiko des Unternehmens an, sondern auf das Risiko, dem der Kapitaleinsatz bei der für die Zusammenschaltung erforderlichen Anlage ausgesetzt ist. Ein derartiger leistungsspezifischer Ansatz zur Beurteilung der Risikoprämien setzt aus volkswirtschaftlicher wie aus betriebswirtschaftlicher Perspektive angemessene Investitionsanreize. Ist das wirtschaftliche Risiko der betreffenden Anlage je eingesetzter Kapitaleinheit größer oder kleiner als im Durchschnitt des Unternehmens insgesamt, so liegt der angemessene Kapitalkostensatz entsprechend höher oder niedriger als der durchschnittliche Kapitalkostensatz des Unternehmens.

Selbst eine Risikoprämie von Null kann angemessen sein, wenn nämlich das wirtschaftliche Risiko der betreffenden Anlage mit Null zu veranschlagen ist. Bei eigenständiger Finanzierung einer solchen risikofreien Anlage über den Kapitalmarkt wäre nur der risikofreie Zins zu entrichten. Dass die Finanzierung tatsächlich nicht eigenständig am Kapitalmarkt erfolgt, sondern im Gesamtunternehmenszusammenhang zusammen mit anderen, möglicherweise riskanteren Aktivitäten, steht dieser Überlegung nicht entgegen. Auch bei einer Finanzierung mehrerer unterschiedlich riskanter Aktivitäten in einem Gesamtzusammenhang honoriert der Kapitalmarkt die Risikolosigkeit einer Anla-

ge. In dem Maße, in dem die Hereinnahme einer risikofreien Anlage das durchschnittliche Risiko des Unternehmens senkt, verringert sich auch die durchschnittliche Risikoprämie, die das Unternehmen seinen Kapitalgebern bieten muss. Die Kapitalkosten für die übrigen Anlagen des Unternehmens gehen also zurück. Der sich daraus ergebende Vorteil für das Unternehmen entspricht genau der Differenz zwischen den Kosten der Finanzierung der zur Diskussion stehenden risikofreien Anlage zum durchschnittlichen Kapitalkostensatz des Unternehmens und den Kosten der Finanzierung zum risikofreien Zinssatz. Zieht man diesen Vorteil von den Kosten der Finanzierung der risikofreien Anlage zum durchschnittlichen Kapitalkostensatz des Unternehmens ab, so ermittelt man die Kapitalkosten der risikofreien Anlage als Kosten der Finanzierung zum risikofreien Zins, auch wenn die Finanzierung tatsächlich nicht eigenständig am Kapitalmarkt erfolgt, sondern im Gesamtunternehmenszusammenhang zusammen mit anderen, möglicherweise riskanteren Aktivitäten.

159. Der von RegTP und DTAG im Einklang verfolgte Ansatz, bei der Bestimmung der Risikoprämien auf das Gesamtunternehmen abzustellen, ist daher im Grundsatz abzulehnen. Die Risikoprämie für das Gesamtunternehmen entspricht dem Risiko, das sich aus der Gesamtheit aller Unternehmensaktivitäten ergibt, in diesem Fall also dem Engagement bei dem Mobilfunkunternehmen VoiceStream in den USA oder den UMTS-Investitionen ebenso wie bei der Vermietung der Teilnehmeranschlussleitung an Wettbewerber im deutschen Festnetz. Eine Festsetzung der Risikoprämie für die Teilnehmeranschlussleitung anhand des Gesamtrisikos des Unternehmens lässt den Mieter der Teilnehmeranschlussleitung für das Risiko von VoiceStream oder von UMTS ebenso aufkommen wie für das Risiko der Kupferdoppelader. Die Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung spricht aber von der angemessenen Verzinsung des *eingesetzten* Kapitals und bezieht sich damit auf die betreffende Zusammenschaltungsleistung, nicht aber auf das Unternehmen insgesamt. Eine Subventionierung anderer, riskanterer Aktivitäten durch eine Durchschnittsbildung bei der Ermittlung der Risikoprämie ist nach der Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung ebenso wenig vorgesehen wie im umgekehrten Fall einer Zusammenschaltungsleistung mit überdurchschnittlichen Risiken die Belastung des Unternehmens mit einem Risiko, für das die durchschnittliche Risikoprämie als Kompensation nicht ausreicht. Der von RegTP und DTAG übereinstimmend verfolgte Ansatz zur Ermittlung der Risikoprämien ist insofern nicht mit der Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung vereinbar.

Diese Überlegung betrifft nicht nur die strittige Frage der angemessenen Eigenkapitalverzinsung, sondern auch die zwischen RegTP und DTAG nicht strittige Frage der angemessenen Fremdkapitalverzinsung. Hier stellen RegTP und DTAG übereinstimmend auf den von der DTAG am Markt zu bezahlenden Zinssatz ab, der um ein bis zwei Prozentpunkte über dem risikofreien Zinssatz liegt. Tatsächlich fordert der Markt diesen Risikozuschlag als Kompensation für ein Insolvenzrisiko, das im Gesamtzusammenhang des Unternehmens maßgeblich von den bei VoiceStream und UMTS eingegangenen Risiken bestimmt wird. In Anbetracht dessen, dass die Teilnehmeranschlussleitung vermutlich nur einen unbedeutenden Beitrag zu diesem Insolvenzrisiko leistet, ist die Belastung der Miete für die Teilnehmeranschlussleitung mit diesem Risikozuschlag zu kritisieren.

160. In der Praxis kann eine leistungsspezifische Bestimmung von Risikoprämien Schwierigkeiten aufwerfen, da die erforderliche Informationsgrundlage fehlt. Dies dürfte der Hauptgrund dafür sein, dass ausländische Regulierungsbehörden von einer leistungsspezifischen Bestimmung von Risikoprämien und Kapitalkosten absehen, so etwa Oftel im Vereinigten Königreich. Für Oftel dürfte auch von Bedeutung sein, dass man bei durchgehender Price-Cap-Regulierung ohnehin nicht die Einzelleistung, sondern jeweils einen ganzen Korb von Leistungen ins Auge fasst, so dass es weniger auf die Spezifität der Leistungen ankommt. Die grundsätzliche Angemessenheit einer spezifischen

Bestimmung von Risikoprämien wird allerdings anerkannt. So betont Oftel, dass British Telecom im regulierten Bereich weniger Risiken trägt als im unregulierten Bereich und daher bei der Regulierung von Zugangsentgelten und Endkundenpreisen des Unternehmens grundsätzlich geringere Risikoprämien anzusetzen sind, als British Telecom insgesamt im Kapitalmarkt bezahlen muss.⁸⁶ Die Empfehlung der Monopolkommission, in der Spezifität der Zurechnung von Risikoprämien über die Unterscheidung von reguliertem und nicht reguliertem Bereich hinauszugehen und auf die Einzelleistungen abzustellen, entspricht dem Umstand, dass z.B. die Miete für die Teilnehmeranschlussleitung nicht Teil eines Korbes ist, sondern als Einzelpreis von der RegTP genehmigt wird.

Auch wenn Detailzurechnungen von Risiken aufgrund von Informationsproblemen nur schwer durchführbar sind, ist es wichtig, dass man ihre grundsätzliche Berechtigung sieht. Dies beeinflusst das Urteil über die in der Praxis erforderlichen Approximationen und Schätzungen. Beispielsweise verändert sich der Tenor der Diskussion um etwaige auf der Ebene des Gesamtunternehmens ermittelte Risikomaße, wenn klar ist, dass ein solches Risikomaß für sich nicht weiter von Interesse ist und nur deshalb verwandt wird, weil leistungsspezifische Risikomaße nicht zu ermitteln sind. Dann wird man in Rechnung stellen, dass die relevanten Risiken im regulierten Bereich geringer sind als im unregulierten Bereich und dass eine auf das Gesamtunternehmen abstellende Betrachtung die relevante Risikoprämie grundsätzlich überschätzt – mit der Folge, dass der Kapitalkostensatz tendenziell zu hoch angesetzt wird. In der Diskussion geht es dann weniger um die Frage, ob die betreffende Zahl das Gesamtunternehmensrisiko angemessen abbildet als vielmehr um die Frage, um wieviel sie das für die Regulierungsentscheidung relevante Risiko überschätzt.

7.2.2 Risikomaß und Risikobewertung: Begriffliche Aspekte und Verfahrensfragen

161. Die zwischen DTAG und RegTP strittigen Fragen nach den angemessenen *Methoden der Messung und Bewertung von Risiken* stellen sich bei der Bestimmung von leistungsspezifischen Risikoprämien ebenso wie bei der Bestimmung von Risikoprämien für das Gesamtunternehmen. Die einfache Gegenüberstellung von Marktansatz und Individualansatz vermengt allerdings begriffliche Fragen und Verfahrensfragen und ist der Problematik insofern nicht angemessen. Einerseits geht es um die begriffliche Frage, welche Größe man als angemessenes Risikomaß betrachtet und wie diese Größe zu bewerten ist, andererseits um die Verfahrensfrage, wie Risikomaß und Bewertungsfaktor konkret zu ermitteln sind. Beide hängen nicht unbedingt miteinander zusammen; man kann durchaus die Begrifflichkeit des Marktansatzes akzeptieren und gleichwohl auf Verfahren des Individualansatzes zurückgreifen wollen.

162. In der *begrifflichen Frage* nach dem angemessenen Risikomaß und dem angemessenen Risikobewertungsfaktor ist der DTAG darin zuzustimmen, dass grundsätzlich die Verhältnisse am Kapitalmarkt zu berücksichtigen sind. Im einfachsten zur Verfügung stehenden Modell des Kapitalmarktgeschehens, dem sog. Capital Asset Pricing Model (CAPM), folgt daraus, dass das betreffende "Beta", d.h. die *Kovarianz* der betreffenden Ertragsrate mit der Ertragsrate des Marktportefeuilles, als angemessenes *Risikomaß* und der *Marktpreis des Risikos*, d.h. das Verhältnis zwischen der Differenz der erwarteten Ertragsrate des Marktportefeuilles und dem risikofreien Zinssatz einerseits und der Varianz der Ertragsrate auf das Marktportefeuille andererseits, als angemessener *Bewer-*

⁸⁶ Oftel, Price Control Review: A Consultative Document issued by the Director General of Telecommunications on possible approaches for future Retail Price and Network Charge controls, März 2000, <http://www.oftel.gov.uk/publications/pricing/pcr0300.htm>, Tz. 5.41; vgl. auch S. Wright, R. Mason, D. Miles, A Study into Certain Aspects of the Cost of Capital for Regulated Utilities in the U.K., <http://www.oftel.gov.uk/publications/pricing/2003/cofk0203.htm>, pp. 97 ff.

tungsfaktor anzusehen sind. Allerdings ist, entsprechend den vorstehenden Ausführungen, das betreffende Beta *anlagespezifisch* zu bestimmen.

163. Indem man auf die *Kovarianz* des wirtschaftlichen Risikos einer Anlage mit dem Marktportefeuille abstellt, trägt man dem Umstand Rechnung, dass aus der Perspektive der Kapitalgeber die Risiken einzelner Positionen nicht isoliert zu sehen sind, sondern im Gesamtzusammenhang ihrer jeweiligen Anlagestrategien. Eine Anlage, die für sich genommen als riskant erscheint, kann aus der Sicht der Kapitalgeber sogar "negatives Risiko" aufweisen; dies gilt dann, wenn ihre Erträge mit den Erträgen anderer Anlagen negativ korreliert sind, so dass die Hereinnahme dieser Anlage in das Portefeuille die Summe der Erträge der verschiedenen Anlagen weniger stark schwanken lässt. Im Markt ergäbe sich für eine solche Anlage mit negativem Beitrag zum Risiko des Gesamtportefeuilles eine negative Risikoprämie, d.h. ein Abschlag der erwarteten Ertragsrate gegenüber dem risikofreien Zinssatz.

Wenn als Bezugsportefeuille zur Bestimmung der Kovarianz das *Marktportefeuille* verwandt wird und nicht etwa das Portefeuille der verschiedenen Aktivitäten der DTAG, so spiegelt sich darin der Umstand, dass die Anleger im Kapitalmarkt nicht nur bei der DTAG engagiert sind, sondern auch bei anderen Unternehmen. Für ihre Einschätzung des mit einer Anlage der DTAG verbundenen Risikos kommt es nicht auf Kovarianzen und Diversifizierung innerhalb des Konzerns an, sondern auf Kovarianzen und Diversifizierung im Gesamtmarkt. Das von der DTAG in Anlehnung an ausländische Vorbilder geforderte Abstellen auf "Betas", d.h. auf Kovarianzen mit dem Marktportefeuille, trägt diesem Umstand Rechnung und entspricht der Perspektive der Kapitalgeber, denen neben den Aktien und Obligationen der DTAG auch sämtliche anderen Kapitalmarktanlagen zur Verfügung stehen.

Diese Perspektive ist zu unterscheiden von einer binnenorientierten Perspektive, die nur auf Kovarianzen mit anderen DTAG-Aktivitäten abstellt. Eine solche binnenorientierte Perspektive würde nur die Auswirkungen der einzelnen Anlage oder Aktivität auf die Eigenvarianz der DTAG-Gewinne erfassen. Sie wäre angemessen für den Anleger, der nur in Aktien und Obligationen der DTAG investiert und die am Markt vorhandenen Möglichkeiten des Risikomanagements durch Portfoliodiversifizierung nicht nutzt. Aus dem gesetzlich vorgegebenen Effizienzerfordernis ist allerdings zu schließen, dass dieser ineffizient operierende Anleger für die Bestimmung der Risikoprämie nicht maßgeblich sein kann.

164. Der *Marktpreis des Risikos* ist als Bewertungsfaktor vor allem deshalb angemessen, weil er das tatsächliche Verhalten der Anleger in den Kapitalmärkten widerspiegelt. Jeglicher Versuch der Bewertung von Risiko aufgrund anderer, nicht marktbezogener Größen birgt die Gefahr, dass die vorgenommene Bewertung mit dem Verhalten der Kapitalgeber und den Finanzierungsmöglichkeiten des Unternehmens nichts zu tun hat und insofern das Ziel der gesetzlichen Norm verfehlt. Ein Abweichen des Bewertungsfaktors vom Marktpreis des Risikos ist nicht so sehr deshalb problematisch, weil anderen Bewertungsverfahren die "Objektivität" der Marktbewertung fehlt, als vielmehr, weil den Finanzierungsbedingungen am Markt nicht genügend Rechnung getragen wird. Liegt der bei der Entgeltregulierung verwandte Bewertungsfaktor für Risiko über bzw. unter dem Marktpreis des Risikos, so werden die Kapitalgeber des Unternehmens durch die Regulierung insgesamt besser bzw. schlechter behandelt, als das Gesetz es vorsieht.

Der Umstand, dass der Marktpreis des Risikos im Zeitverlauf schwankt, steht diesen Überlegungen nicht entgegen. Wenn die RegTP Schwankungen des Marktpreises des Risikos und die dadurch in-

duzierte Instabilität als problematisch ansieht, so sollte sie diese Instabilität als solche thematisieren, ohne deshalb die grundsätzliche Angemessenheit einer marktorientierten Bewertung von Risiken infrage zu stellen. Dies gilt um so mehr, als das Problem der zeitlichen Instabilität auch den Umgang mit anderen Größen, z.B. dem risikofreien Zinssatz, betrifft. Auch die Angemessenheit einer Orientierung an Marktzinsen wird man nicht deshalb infrage stellen, weil diese im Zeitverlauf schwanken. Das Problem der Instabilität im Zeitverlauf ist von der begrifflichen Frage nach dem angemessenen Risikomaß und dem angemessenen Risikobewertungsfaktor zu trennen und für alle Bestimmungsgrößen der Kapitalkosten einheitlich zu behandeln.

165. Die Bestimmung der anlagespezifischen Risikoprämie als Produkt des anlagespezifischen Beta mit dem Marktpreis des Risikos trägt nicht nur den Bedingungen der Finanzierung am Kapitalmarkt Rechnung, sondern auch den *Interessen der Aktionäre*, d.h. der Eigentümer der DTAG. Unterstellt man kompetitive Bedingungen am Kapitalmarkt⁸⁷ und abstrahiert man weiterhin von der Steuerproblematik, so werden die Aktionäre des Unternehmens durch die Investition von Ressourcen in eine Anlage oder eine Aktivität besser gestellt, wenn die erwartete Ertragsrate den risikofreien Zinssatz um mehr als das Produkt aus dem Beta der Anlage oder Aktivität mit dem Marktpreis des Risikos übersteigt. Sie werden durch die Investition schlechter gestellt, wenn die Differenz von erwarteter Ertragsrate und risikofreiem Zinssatz hinter dem Produkt aus dem Beta der Anlage und dem Marktpreis des Risikos zurückbleibt.⁸⁸ Abgesehen von Steuereffekten, auf die noch einzugehen sein wird, ist die Geltung dieser Aussage unabhängig von der Form der Finanzierung. Entsprechend der oben für den Fall der Investition in eine risikofreie Anlage skizzierten Argumentation ist davon auszugehen, dass je nach gewählter Finanzierungsform die Konditionen der einzelnen Finanzierungsinstrumente des Unternehmens sich den instrumentspezifischen Änderungen der Risikosituation anpassen und dass es nach Verrechnung der verschiedenen Anpassungen mit ihren jeweiligen Vor- und Nachteilen für die Beurteilung der Investition nur noch auf den Vergleich der Differenz von erwarteter Ertragsrate und risikofreiem Zinssatz mit dem Produkt aus Anlagenbeta und Marktpreis des Risikos ankommt.⁸⁹

Hinter dieser Aussage steht der mathematische Zusammenhang, dass die Kovarianz der Unternehmenserträge mit dem Marktportefeuille gleich ist der *Summe* der Kovarianzen der Erträge der einzelnen Unternehmensaktivitäten mit dem Marktportefeuille. Die Kovarianz der Unternehmensertragsrate mit dem Marktportefeuille ist daher ein entsprechend den jeweiligen Anlagewerten gewichteter Durchschnitt der Kovarianzen der Einzelertragsraten mit dem Marktportefeuille. Ob bzw. inwiefern die einzelne Aktivität das Unternehmensrisiko insgesamt je eingesetzter Kapitaleinheit erhöht oder senkt, hängt unter kompetitiven Bedingungen davon ab, ob bzw. um wieviel die Kovarianz der Einzelertragsrate mit dem Marktportefeuille die entsprechende Kovarianz der Unternehmensertragsrate insgesamt mit dem Marktportefeuille übersteigt bzw. verfehlt.⁹⁰

87 Kompetitivität der Bedingungen am Kapitalmarkt bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Verteilung der Ertragsraten auf das Marktportefeuille unabhängig davon ist, ob das Unternehmen die Investition durchführt oder nicht, vgl. D. Baron, Investment Policy, Optimality, and the Mean-Variance Model, in: Journal of Finance, Vol. 34, 1979, S. 207-232; S.J. Grossman und J.E. Stiglitz, Stockholder Unanimity in Making Production and Financial Decisions, in: Quarterly Journal of Economics, Vol. 94, 1980, S. 543-566.

88 Vgl. Baron, a.a.O., Grossman/Stiglitz, a.a.O.

89 Zur Unabhängigkeit der Beurteilung von der Form der Finanzierung vgl. Grossman/Stiglitz, a.a.O.

90 Zur Darstellung der Kovarianz des Gesamtunternehmensertrags mit dem Marktportefeuille als Summe der entsprechenden Kovarianzen der Erträge auf die einzelnen Unternehmensaktivitäten vgl. Wright/Mason/Miles, a.a.O. Kompetitivität der Marktbedingungen wird im Regulierungskontext durchweg unterstellt, auch in dem von der DTAG favorisierten Ansatz.

166. Unter kompetitiven Bedingungen am Kapitalmarkt entspricht das hier skizzierte Investitionskriterium auch dem Erfordernis volkswirtschaftlicher Effizienz. Führt das Unternehmen genau die Investitionen durch, bei denen die erwartete Ertragsrate den risikofreien Zinssatz um mehr als das Produkt aus dem Beta der Investition mit dem Marktpreis des Risikos übersteigt und unterlässt es genau die Investitionen, bei denen dieses Kriterium nicht erfüllt ist, so ergibt sich eine gesamtwirtschaftlich effiziente Allokation von Investitionsmitteln.⁹¹ Auch diese Aussage beruht auf dem mathematischen Zusammenhang, dass sich das Gesamtrisiko, dem die Kapitalgeber durch die Aktivitäten des betreffenden Unternehmens ausgesetzt sind, als Summe der Kovarianzen der Erträge der einzelnen Unternehmensaktivitäten mit dem Marktportefeuille ergibt.

Fehlanreize ergäben sich allerdings bei anderen Investitionskriterien. Solche Fehlanreize sind zu befürchten, wenn die Entgeltregulierung bei der Berechnung des Kapitalkostensatzes auf ein unangemessenes Risikomaß zurückgreift. Wird beispielsweise die Risikoprämie anhand des Gesamtunternehmensrisikos ermittelt, so schafft die Regulierung einen künstlichen Anreiz zum Eingehen zusätzlicher Risiken. In diesem Fall kann das regulierte Unternehmen damit rechnen, dass sich eine riskante Investition, etwa im Rahmen eines Auslandsengagements, teilweise auch deshalb rechnet, weil die Erhöhung des Unternehmensrisikos die am Markt zu zahlende Risikoprämie erhöht und – bei fehlerhaftem Regulierungsansatz – dazu führt, dass sich der von der Regulierungsbehörde angesetzte Kapitalkostensatz und damit die regulierten Zugangsentgelte und Endkundenentgelte erhöhen. Insofern das Unternehmen bei seinen Investitionsentscheidungen nur die Risiken berücksichtigt, die es nicht auf die regulierten Entgelte abwälzen kann, besteht die Tendenz zum Eingehen übermäßiger Risiken. Aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive führt dies zu einer ineffizienten Allokation der Investitionsmittel der Volkswirtschaft.

167. Die vorstehenden Ausführungen stützen sich, wie erwähnt, weitgehend auf das einfachste zur Verfügung stehende Modell des Kapitalmarktgeschehens, das sog. Capital Asset Pricing Model (CAPM), in dem die Beurteilung und die Preisbildung der verschiedenen Anlagen nur von Erwartungswerten, Varianzen und Kovarianzen der Ertragsraten auf diese Anlagen abhängt. Als Werkzeug zur Analyse des Kapitalmarktgeschehens ist dieses Modell nicht unumstritten, beruht es doch auf theoretisch problematischen Annahmen und ist seine empirische Leistungsfähigkeit nicht über jeden Zweifel erhaben. Gleichwohl dient es in der Praxis regelmäßig als Grundlage zur Bestimmung und Bewertung von Risiken,⁹² weil es ein insgesamt kohärentes Bild des Umgangs mit Risiken im Gesamtzusammenhang des Kapitalmarkts liefert und weil das Arbeiten mit diesem Modell verhältnismäßig wenig empirische Daten benötigt. Ein weiterer Grund mag darin liegen, dass theoretisch weniger problematische Ansätze, z.B. Verallgemeinerungen durch Berücksichtigung komplexerer Formen des Umgangs mit Risiko, etwa durch Einbezug höherer Momente der Ertragsverteilungen, oder Verallgemeinerungen durch Berücksichtigung komplexerer intertemporaler Interdependenzen, die zentralen Aussagen des einfachen Modells kaum berühren und insofern zwar gewisse Präzisierungen, nicht aber wesentlich neue Erkenntnisse bringen. Die zentrale Aussage, dass die Beurteilung des Risikos einer Anlage im Marktzusammenhang vorgenommen werden muss und dass es dafür auf die gemeinsame Wahrscheinlichkeitsverteilung der Erträge dieser Anlage und der anderen Anlagemöglichkeiten im Markt ankommt, bleibt durchweg erhalten. Insofern ist das von der DTAG geforderte Abstellen auf die Kovarianz mit dem Marktportefeuille und auf den Marktpreis des Risikos grundsätzlich als angemessen zu betrachten.

91 Vgl. O. Hart, On Shareholder Unanimity in Large Stock Market Economies, in: *Econometrica*, Vol. 47, 1979, S. 1057-1083.

92 So ziehen Wright/Mason/Miles, a.a.O., in ihrer Studie für die britischen Regulierungsbehörden nach einer gründlichen Diskussion der verschiedenen theoretischen Modelle und empirischen Schätzverfahren das Resümee: "There is no one clear successor to the CAPM for practical cost of capital estimation".

Ein Caveat betrifft allerdings den Umgang mit Steuern. Im einfachen Kapitalmarktmodell spielen Steuern keine Rolle. Um Steuern angemessen zu berücksichtigen, genügt es nicht, dass man, wie in der Praxis üblich, einfach von den CAPM-Ertragsraten nach Steuern auf die entsprechenden Ertragsraten vor Steuern hochrechnet. Es ist vielmehr dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Unterschiede der Besteuerung bei verschiedenen Finanzinstrumenten die Portfoliowahl der Anleger und die Preisbildung in den Kapitalmärkten beeinflussen. Hierauf wird später noch einzugehen sein.⁹³

168. Die Anerkennung der grundsätzlichen Berechtigung einer Risikomessung anhand von Kovarianzen mit dem Marktportefeuille impliziert nicht automatisch auch schon die Übernahme der im Rahmen des Marktansatzes angewandten Berechnungsverfahren. Es bleibt zu prüfen, auf welcher Grundlage die gesuchte Kovarianz jeweils zu bestimmen ist. Konzeptionell geht es um die Kovarianz als Parameter einer Wahrscheinlichkeitsverteilung, die die Erwartungen der Marktteilnehmer widerspiegelt und ihre Portfoliowahl erklärt. Im Rahmen einer quantitativen Analyse liegt es nahe, diesen Parameter aufgrund historischer Erfahrungen zu schätzen. Dies entspräche der Praxis, dass Aktienkurs-Betas als historische Kovarianzen der Aktienkurse mit dem Marktportefeuille im Zeitverlauf geschätzt werden. So ließe sich etwa ein Beta für die Teilnehmeranschlussleitung als historische Kovarianz der Einnahmen aus der Teilnehmeranschlussleitung mit dem Marktportefeuille ermitteln. Solche historischen Betrachtungen sind allerdings dort problematisch, wo es begründeten Anlass gibt zu vermuten, dass eine Schätzung zukünftiger Risiken aufgrund von vergangenen Risiken nicht verlässlich ist. In solchen Fällen kann es geraten sein, anstelle von oder in Ergänzung zu der Messung historischer Kovarianzen entsprechend dem Verfahren des Individualansatzes gewisse subjektive Einschätzungen in die Analyse einzubeziehen.

7.2.3 Zur Bestimmung des Risikos bei der Teilnehmeranschlussleitung

169. Die Teilnehmeranschlussleitung bietet hierfür ein Beispiel. Die Einnahmen, die die DTAG in der Vergangenheit aus der Verwendung der Teilnehmeranschlussleitung zur Bereitsstellung des Endkundenanschlusses erzielt hat, weisen eine bemerkenswerte Stabilität im Zeitverlauf auf. Bei rein historischer Betrachtung würde man daher zu dem Schluss kommen, dass mit der Teilnehmeranschlussleitung verbundene Risiko sei sehr gering; insofern sei eine Risikoprämie nahe bei Null als angemessen zu betrachten.

Die rein historische Betrachtung übersieht jedoch, dass die Teilnehmeranschlussleitung in Zukunft verstärktem Wettbewerb ausgesetzt sein wird. Der Wettbewerb durch Powerline oder Wireless Local Loop wird heute zwar skeptisch gesehen, doch muss das nicht immer so bleiben. Wichtiger noch, es ist zu erwarten, dass die Substituierbarkeit von Mobilfunk und Festnetz auf mittlere Sicht zunimmt; das kann zu einer gewissen Verdrängung der Festnetzanschlüsse führen. Ähnliche Wirkungen können sich aus einer Aufrüstung des Kabels ergeben. Die Auswirkungen solcher Neuentwicklungen auf die Ertragsmöglichkeiten der Festnetzanschlüsse dürften kaum aus historischen Daten zu ermitteln sein.

Die Möglichkeit zukünftiger Verdrängung durch alternative Technologien betrifft sowohl die Erwartungswerte als auch die Streuung der Ertragsverteilungen. Dem Erwartungswerteffekt kann dadurch Rechnung getragen werden, dass die ökonomische Lebensdauer der Anlagen kürzer angesetzt wird als die technische Lebensdauer, so dass die Anlagen über einen kürzeren Zeitraum abzuschreiben sind. Dann verbleibt allerdings das Risiko, dass Zeitpunkt und Intensität eines möglichen Verdrängungswettbewerbs alternativer Technologien nicht dem entsprechen, was in den Abschrei-

⁹³ Vgl. Abschnitt 7.3 in Teil I dieses Gutachtens.

bungsregeln unterstellt wird. Allerdings ist zweifelhaft, dass diese Möglichkeit positiv mit dem Marktrisiko korreliert ist. Geht die von der DTAG als Eigner des Festnetzes zu befürchtende Verdrängung der Festnetztechnologie durch andere Technologien einher mit einer Expansion anderer Unternehmen oder auch einer Expansion anderer Technologien bei der DTAG selbst, so ist zu vermuten, dass die Risiken aus der Möglichkeit der Verdrängung des Festnetzes durch andere Technologien nicht positiv, sondern negativ mit dem Marktrisiko korrelieren, denn die Ertragsminderung im Festnetz würde einhergehen mit Gewinnen in anderen Bereichen und anderen Unternehmen.

170. Ein anderer Aspekt des Risikos betrifft die Regulierung selbst. Die DTAG als Eigner des Festnetzes kann nicht genau vorhersehen, welche Preise für Festnetzleistungen die Regulierungsbehörde in Zukunft genehmigen wird. Dieses Risiko betrifft nicht die Möglichkeit, dass die Regulierungsbehörde sich nicht an den in Gesetz und Verordnung fixierten Maßstab hält. Vielmehr bringt die Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung selbst gewisse Risiken mit sich, da nicht abzusehen ist, wo jeweils bei der nächsten oder übernächsten Entgeltgenehmigung die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen werden.

Dabei geht es zum einen um Preisrisiken, zum anderen um technologische Risiken. Verlässt sich z.B. die Regulierung bei der Bestimmung der Kapitalkosten auf Marktansatz und Marktbewertung, so sind die betreffenden Zugangs- und Endkundenentgelte jeweils den Änderungen der risikofreien Zinssätze und des Preises des Risikos im Markt anzupassen. Die DTAG und ihre Kunden sind somit dem Risiko der Veränderungen von Marktzinssätzen und -risikoprämien ausgesetzt. Dieses Risiko ist genau das, was die RegTP als Instabilitätsproblem einer Marktorientierung der Kapitalkostenbestimmung anprangert.

Allerdings dürften diese durch Veränderungen der Kapitalmarktbedingungen verursachten Risiken die Kunden der DTAG stärker belasten als die DTAG selbst. Die Auswirkungen dieses Risikos auf die Kovarianz der betreffenden Erträge der DTAG mit dem Marktportefeuille dürfte *negativ* sein. Schließlich führt die Regulierung dazu, dass die DTAG für die Nutzung der betreffenden Anlage höhere Preise verlangen kann, wenn die Marktzinsen oder der Marktpreis des Risikos hoch sind. Eine Erhöhung der Marktzinsen oder des Marktpreises des Risikos geht gewöhnlich mit einer Minderebewertung von Vermögenswerten einher. Eine Marktorientierung der Regulierung würde also dazu führen, dass die DTAG aus der Nutzung einer Anlage genau dann höhere Erlöse bekommt, wenn andere Vermögenswerte durch die Verschlechterung der Marktkonditionen belastet werden. Insofern ist von einer negativen Kovarianz dieses regulierungsbedingten Ertragsrisikos mit dem Marktportefeuille auszugehen. Dieser negativen Kovarianz würde eine *negative Risikoprämie*, d.h. ein Kapitalkostensatz *unterhalb* des risikofreien Zinssatzes, entsprechen.

171. Anders steht es mit dem Risiko, dass technische Entwicklungen den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung verändern. Eine Anlage mit einer Lebensdauer von zehn Jahren, die zum Zeitpunkt ihrer Errichtung technisch und wirtschaftlich effizient ist, kann zwei Jahre später als veraltet und ineffizient angesehen werden. Passt sich die Regulierung laufend an den jeweils vorherrschenden Effizienzstandard an, so sinken die regulierten Preise unter die Kosten der Leistungsbereitstellung mit dieser Anlage. Derselbe Effekt kann auftreten, wenn z.B. Lernkurveneffekte die Wiederbeschaffungspreise der Anlage senken. In beiden Fällen birgt eine Entgeltregulierung nach dem Maßstab der Kosten der jeweils aktuellen effizienten Leistungsbereitstellung die Gefahr, dass das Unternehmen nicht die Erlöse bekommt, die es zur Amortisierung der Anlage benötigt. Dieser Gefahr ist entgegenzuwirken, indem man z.B. beschleunigte Abschreibungsmöglichkeiten vorsieht oder indem man explizit mit einem dynamischen Modell der Kosten der effizienten Leis-

tungsbereitstellung als Grundlage der Regulierung arbeitet.⁹⁴ Dadurch sollte man die Auswirkungen der Regulierungsdynamik auf den Erwartungswert der Erträge in den Griff bekommen. Die dieser Regulierungsdynamik inhärenten Risiken, d.h. die Auswirkungen der Unsicherheit darüber, wann und in welchem Ausmaß die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung während der Lebensdauer der Anlage sinken, bleiben allerdings offen und sind bei der Bestimmung der anlagespezifischen Risikoprämie mitzuberücksichtigen. Wie diese Risiken mit dem Marktportefeuille korreliert sind, ist *a priori* nicht zu sagen und müsste letztlich anhand empirischer Daten beurteilt werden.

Insgesamt ergibt sich der Eindruck, dass die angemessene Risikoprämie für das in bestimmten Teilen des Festnetzes eingesetzte Kapital relativ klein sein dürfte, da die anfallenden Risiken nur wenig oder sogar negativ mit dem Marktportefeuille korreliert sind.

7.2.4 Stabilität der regulatorischen Rahmenbedingungen

172. Die vorstehenden Überlegungen stehen unter dem Vorbehalt der von der RegTP geäußerten Befürchtung, dass Marktansatz und Marktbewertung zu übermäßigen Schwankungen der regulierten Entgelte führen, wodurch wiederum die Funktionsfähigkeit des auf Zugangsregulierung beruhenden Wettbewerbs gefährdet wird. Diese Befürchtung ist sehr ernst zu nehmen.

Wurde im Vorstehenden argumentiert, die Anpassung der regulierten Entgelte an die jeweilige Entwicklung von Marktzins und Marktpreis des Risikos erzeuge eine negative Korrelation der regulierten Erlöse der DTAG mit dem Marktportefeuille, d.h. eine *Verminderung* des Risikos der DTAG, so ist jetzt zu ergänzen, dass dieser Verminderung des Risikos der DTAG eine Erhöhung des Risikos bei den Kunden gegenüber steht. Wird z.B. in der Folge einer Erhöhung der Marktzinsen die Miete für die Teilnehmeranschlussleitung nach oben angepasst, so haben die Mieter höhere Kosten für die Teilnehmeranschlussleitung – und dies genau in der Situation, in der die Zinssätze hoch sind und die Erträge auf das Marktportefeuille niedrig. Aus einer *Ex-ante*-Sicht belastet die Regulierungsdynamik die Mieter der Teilnehmeranschlussleitung mit zusätzlichem Risiko. Der Wettbewerb in den nachgelagerten Märkten wird dadurch erschwert. Es leuchtet ein, wenn die RegTP argumentiert, der Wettbewerb in den Märkten brauche mehr Stabilität der regulierten Entgelte, als die Anwendung von Marktansatz und Marktbewertung zu jeweils aktuellen Marktbedingungen sie zulasse. Es ist zu begrüßen, dass das VG Köln der RegTP die Möglichkeit zugebilligt hat, im Rahmen ihres Ermessens bei der Wahl des Verfahrens zur Bestimmung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auch dem öffentlichen Interesse an der Herstellung eines funktionsfähigen und chancengleichen Wettbewerbs und damit an der Stabilität der erforderlichen regulatorischen Rahmenbedingungen Rechnung zu tragen.

173. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte allerdings, wie erwähnt, das Desideratum stabiler regulatorischer Rahmenbedingungen als solches angestrebt und nicht mit der Diskussion über Individualansatz und Marktansatz, Bilanzbewertung und Marktbewertung vermengt werden. Die Crux des Problems liegt in der Verwendung eines immer wieder neu dem aktuellen Stand der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung anzupassenden Regulierungsstandards. Insofern die Lebensdauer der Kapitalgüter die Geltungsdauer der einzelnen Regulierungsentscheidung übersteigt, schafft diese Methode ein Risiko für das regulierte Unternehmen wie für die Kunden und Wettbewerber in den nachgelagerten Märkten.

⁹⁴ Vgl. D. Mandy und W. W. Sharkey, Dynamic Pricing and Investment from Static Proxy Models, Federal Communications Commission, OSP Working Paper Series 40, September 2003.

Will man dieses regulierungsbedingte Risiko verringern, so sollte man explizit über eine Stabilisierung durch Bildung gleitender Durchschnitte oder Ähnliches nachdenken, nicht aber die Verfahren zur Ermittlung der einen oder anderen Bestimmungsgröße der regulierten Entgelte danach auswählen, ob die Ergebnisse im Zeitablauf stabil sind oder nicht. Die Wahl zwischen Marktansatz und Individualansatz, zwischen Bilanzwertmethode und Marktwertmethode sollte ohne Rücksicht auf die Stabilitätsproblematik, nur im Hinblick auf den Informationsgehalt der Ergebnisse getroffen werden.

Das von der Regulierungsbehörde gewählte Verfahren zur Stabilisierung der regulatorischen Rahmenbedingungen sollte dabei offen gelegt werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass bestimmte Werte nach subjektiv gesetzten Maßstäben gesetzt und mit dem Erfordernis stabiler regulatorischer Rahmenbedingungen begründet werden, ohne dass diese Werte noch etwas mit dem Marktgeschehen zu tun hätten. So ist für die Monopolkommission nicht recht verständlich, warum der von der RegTP unterstellte Wert für den Nominalzins auf Fremdkapital mit über 7% über dem Maximum dessen liegt, was seit 1996 als Realzins beobachtet werden konnte.

174. Im Umgang mit dem Desideratum stabiler Zugangsbedingungen ist allerdings auch an die Möglichkeit zu denken, dass die Parteien selbst zur Stabilität beitragen können, indem sie langfristige Verträge abschließen. Gewisse Anreize dazu sollten auf jeden Fall bestehen. Ein langfristiger Vertrag über die Gewährung der Zugangsleistung nimmt der DTAG einen Teil des Risikos, dass die vermietete Anlage durch alternative Technologien verdrängt wird. Die derzeit vorherrschenden relativ kurzfristigen Verträge schützen die Mieter vor diesem Risiko, denn sie geben ihnen die Option, das Mietverhältnis gegebenenfalls nicht zu verlängern. Allerdings sind die Mieter dem Risiko ausgesetzt, dass die regulierten Entgelte entsprechend den Änderungen von Marktzins und Marktpreis des Risikos angepasst werden. Vor diesem Risiko würde ein langfristiger Vertrag sie bewahren.

Eine Langfristigkeit vertraglicher Bindungen kann wohl nicht und sollte auch nicht regulatorisch vorgeschrieben werden. Die regulatorischen Rahmenbedingungen können aber die Attraktivität einer solchen Möglichkeit für die Beteiligten beeinflussen. Die Monopolkommission empfiehlt daher der RegTP zu prüfen, wie im Rahmen der Zugangsregulierung Raum für eine Stabilisierung der Zugangsbedingungen durch langfristige Verträge geschaffen werden kann.

7.3 Angemessene Berücksichtigung der Besteuerung

7.3.1 Bilanzwertmethode versus Marktwertmethode der Eigenkapitalgewichtung

175. Die im Zentrum der Auseinandersetzung zwischen DTAG und RegTP stehende Frage nach der angemessenen Gewichtung von Fremdkapital und Eigenkapital, nach Bilanzwertmethode und Marktwertmethode der Gewichtung, hat in den vorstehenden Ausführungen keine Rolle gespielt. Der Grund dafür liegt darin, dass – abgesehen von den noch nicht diskutierten etwaigen Steuereffekten – die relative Gewichtung von Fremdkapital und Eigenkapital für die Bestimmung leistungsspezifischer Risikoprämien keine Rolle spielt. Die Verteilung der Ertragsraten der zur Diskussion stehenden Anlage und damit auch ihre Kovarianz mit der Ertragsrate auf das Marktportefeuille ist, wie erläutert, unabhängig davon, ob die Anlage mit Eigenkapital oder mit Fremdkapital finanziert wird, auch unabhängig davon, ob es sich gegebenenfalls um nachrangiges Fremdkapital handelt.

Die Fixierung der Diskussion zwischen RegTP und DTAG auf die Frage der Gewichtung von Fremdkapital und Eigenkapital ist demgegenüber dadurch zu erklären, dass man bei der Bestimmung der angemessenen Risikoprämie auf das Unternehmen als Ganzes abstellt und versucht, die Unternehmensrisikoprämie aus den Risikoprämien der am Kapitalmarkt gehandelten Finanzierungsinstrumente des Unternehmens zu erschließen. Dass dieser Ansatz dem spezifischen Risiko des Kapitaleinsatzes bei der Anlage, für die ein Zugangsentgelt festzusetzen ist, nicht gerecht wird, ist bereits ausgeführt worden.

176. Die Diskussion um Bilanzwertmethode und Marktwertmethode ist quantitativ vor allem deshalb von Bedeutung, weil das Steuersystem Fremdkapital und Eigenkapital verschieden behandelt. Von der DTAG wird insbesondere der Umstand hervorgehoben, dass Unternehmensgewinne, d.h. Erträge, die den Eigenkapitalgebern zugute kommen, Körperschaftsteuerpflichtig sind, Zinsen auf Fremdkapital dagegen nicht. Um eine Eigenkapitalrendite von etwa 12 % nach Steuern zu erwirtschaften, bedürfe es daher einer Vor-Steuer-Rendite von etwa 20 %. Bei den Zinsen auf Fremdkapital gibt es keinen vergleichbaren Steuereffekt. Hinsichtlich der zu erwirtschaftenden Vor-Steuer-Renditen übersteigt der Kapitalkostensatz für Eigenkapital den Kapitalkostensatz für Fremdkapital demnach nicht nur um die Differenz der Risikoprämien, sondern auch um den Ausgleichsfaktor für die Körperschaftsteuer. Insofern gibt es ein materielles Interesse der DTAG, dass bei der Festsetzung des Kapitalkostensatzes für das Unternehmen insgesamt das Eigenkapital mit einem Gewicht nach Marktwerten berücksichtigt wird, das deutlich höher liegt als das Gewicht nach Buchwerten.

177. In dieser Diskussion ist der DTAG insofern zuzustimmen, als Marktwerte die heutigen Finanzierungsbedingungen am Kapitalmarkt widerspiegeln, Buchwerte dagegen die Historizität von Emissionsbedingungen, Rücklagenbildung und Ähnliches. Aus diesem Grunde wenden auch ausländische Regulierungsbehörden wie Oftel die Marktwertmethode an. Jedoch wird dazu angemerkt, dass das Effizienzerfordernis der Gesetzesnorm auch die Wahl der Unternehmensfinanzierung betrifft. Wenn die Belastung der Eigenkapitalerträge durch die Körperschaftsteuer bedeutet, dass Fremdkapitalfinanzierung deutlich billiger ist als eine Finanzierung durch Eigenkapital, so ist zu fragen, ob das Effizienzerfordernis der Gesetzesnorm nicht einen höheren Anteil an Fremdfinanzierung erfordert. Natürlich birgt ein erhöhter Fremdfinanzierungsgrad ein erhöhtes Insolvenzrisiko, doch wäre zu prüfen, ob dieser Aspekt bei der gewählten Höhe der Fremdfinanzierung schon von Belang ist. Aufgrund dieser Überlegung behält Oftel sich ausdrücklich vor, von einer Gewichtung nach der Marktwertmethode abzuweichen, wenn das Unternehmen die Möglichkeit hätte, seine Kapitalkosten zu senken, indem es einen höheren Fremdfinanzierungsanteil wählte und dadurch Körperschaftsteuern einspart, ohne dass dies einen wesentlichen Einfluss auf das Insolvenzrisiko hätte. Ein entsprechendes Vorgehen wäre auch in Deutschland angebracht, denn der gesetzliche Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung betrifft auch die Effizienz der Finanzierungsstrategie.

7.3.2 Vernachlässigung der Bedeutung von Steuern für die Portfoliowahl der Kapitalgeber als methodischer Fehler

178. Ungeachtet der Frage nach der Effizienz der vom Unternehmen gewählten Finanzierungsstruktur ist allerdings der Umgang mit der Steuerproblematik im Rahmen von Marktansatz und Marktwertmethode zu bemängeln. Ein Verfahren, bei dem man zuerst im Rahmen des Kapitalmarktmodells Kapitalkostensätze für Fremdkapital und Eigenkapital bestimmt und dann in einem zweiten Schritt aus den errechneten Nach-Steuer-Renditen durch Hochrechnung die erforderlichen Vor-Steuer-Renditen ermittelt, ist *nicht* geeignet, die tatsächlichen Wirkungen der Besteuerung auf Er-

tragslage und Finanzierungsmöglichkeiten zu erfassen. Das Kapitalmarktmodell selbst unterstellt eine Welt, in der es keine Steuern gibt. Man kann nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass die Ergebnisse von Analysen, die auf diesem Modell beruhen, ohne weiteres erhalten bleiben, wenn Steuern zu berücksichtigen sind. Vielmehr ist zu prüfen, wie die Besteuerung die Struktur des Kapitalmarktmodells verändert. Die Behandlung der Steuerproblematik muss unmittelbar in die Analyse der Finanzierungsbedingungen im Kapitalmarkt integriert werden.

179. Dabei spielen nicht nur die beim Unternehmen anfallenden Steuern, sondern auch die beim Kapitalgeber anfallenden Steuern eine Rolle. Die Wahl des Kapitalgebers zwischen verschiedenen Anlageinstrumenten hängt von den Nettoertragsraten dieser Instrumente ab. Für diese wiederum kommt es darauf an, wie die jeweiligen Erträge bei ihm selbst steuerlich behandelt werden. Fremdkapitalzinsen sind einkommensteuerpflichtig. Dividendenausüttungen waren bis Ende 2001 einkommensteuerpflichtig mit der Möglichkeit der Anrechnung der Körperschaftsteuer; seit dem Jahr 2002 sind sie zu 50 % einkommensteuerpflichtig. Kapitalgewinne, wie sie sich längerfristig aus dem mit Gewinneinbehaltungen verbundenen Unternehmenswachstum ergeben, sind bei Halteperioden von mehr als einem Jahr (bis Ende 1998 von 6 Monaten) nicht steuerpflichtig. Diese Unterschiede sind von Bedeutung für die Portfoliowahl der Anleger ebenso wie für die Finanzierungsmöglichkeiten des Unternehmens.

Die Finanzwissenschaft ist daher seit langem zu dem Schluss gekommen, dass es unangemessen ist, aus der unterschiedlichen Behandlung von Fremdkapitalzinsen und Eigenkapitalerträgen bei der Körperschaftsteuer ohne weiteres auf einen entsprechenden Steuervorteil der Fremdkapitalfinanzierung zu schließen. Zur Bestimmung der steuerlichen Belastung der Erträge auf die verschiedenen Finanzierungsinstrumente stellt man bei Fremdkapitalfinanzierung auf die Einkommensteuer beim Anleger ab, bei Eigenkapitalfinanzierung mit Gewinnausschüttungen auf die Summe aus Körperschaftsteuer auf die Ausschüttung und Einkommensteuer beim Anleger, bei Eigenkapitalfinanzierung mit Gewinnthesaurierung schließlich auf die Summe aus Körperschaftsteuer auf die Thesaurierung und Kapitalgewinnsteuer beim Anleger.⁹⁵ (Auf die Gewerbesteuer wird hier nicht eingegangen, da es nur darum geht, gewisse Prinzipien zu erläutern, nicht aber alle Aspekte des deutschen Steuerrechts in ihrer Bedeutung für die Bestimmung der Kapitalkosten zu behandeln.)

180. Demnach sind Fremdkapitalfinanzierung und Eigenkapitalfinanzierung mit Gewinnausschüttung steuerlich gleichwertig, wenn die Körperschaftsteuer auf ausgeschüttete Gewinne auf die persönliche Einkommensteuer angerechnet werden kann, so dass bei beiden Finanzierungen nur die persönliche Einkommensteuer anfällt. Entfällt die Kapitalgewinnbesteuerung, so sind Fremdkapitalfinanzierung und Eigenkapitalfinanzierung mit Gewinneinbehaltung als steuerlich gleichwertig zu betrachten, wenn persönlicher Einkommensteuersatz des Anlegers und Körperschaftsteuersatz auf einbehaltene Gewinne übereinstimmen; Eigenkapitalfinanzierung durch Gewinneinbehaltung ist steuerlich sogar privilegiert, wenn der Körperschaftsteuersatz auf einbehaltene Gewinne unter dem persönlichen Einkommensteuersatz liegt.

181. Im gegebenen Kontext der Entgeltregulierung nach dem TKG könnte man einwenden, eine Berücksichtigung der Auswirkungen der persönlichen Einkommensteuern der Anleger durch die Regulierungsbehörde sei durch das Gesetz nicht gedeckt. Als Adressat der Regulierung sei das Unternehmen anzusehen, nicht aber die Kapitalgeber des Unternehmens, auch wenn die Kostenorien-

⁹⁵ Vgl. M. King, *Public Policy and the Corporation*, London 1977, Kap. 4; J.E. Stiglitz, *Taxation, Corporate Financial Policy, and the Cost of Capital*, in: *Journal of Public Economics*, Vol. 2, 1973, S. 1-34; H.-W. Sinn, *Kapitaleinkommensbesteuerung*, Tübingen 1985, Kap. IV.

tierung der Regulierung unter anderem die Eigentumsrechte der Aktionäre schützen soll. Für das Unternehmen jedoch komme es nicht darauf an, wie die Erträge bei den Kapitalgebern zu versteuern sind.

182. Dieser Einwand geht an der Tatsache vorbei, dass die Kapitalkosten des Unternehmens bei den verschiedenen Finanzierungsinstrumenten von der Portfoliowahl der Anleger und damit von deren Steuererwägungen abhängen. Wenn Fremdkapitalzinsen einkommensteuerpflichtig sind, Kapitalgewinne jedoch nicht, so wird der Anleger im Markt darauf achten, dass die Nach-Steuer-Rendite auf Schuldscheine in einer angemessenen Relation zur Nach-Steuer-Rendite auf Aktien mit Wachstumspotential stehen. Der vom Unternehmen zu zahlende Fremdkapitalzins muss entsprechend höher sein.

183. Der von der DTAG favorisierte Marktansatz zur Bestimmung von Risikoprämien bestätigt diese Aussagen, sobald man aufhört, Bewertungsformeln zu verwenden, die nur in einer Welt ohne Steuern relevant sind. Die Bewertungsformeln des einfachen Kapitalmarktmodells (CAPM) als Beziehungen zwischen Erwartungswerten, Varianzen und Kovarianzen von Erträgen beruhen auf der Analyse der Portfoliowahl von Anlegern, die jeweils abwägen, ob die Möglichkeit, durch eine Anlage den erwarteten Portfolioertrag zu steigern, als angemessene Kompensation für damit verbundene Risiken zu betrachten ist. In einer Welt mit Steuern kommt es für diese Abwägung auf die Erwartungswerte, Varianzen und Kovarianzen der Erträge *nach* Steuern an. Die Gleichgewichtsbedingung, dass der Erwartungswert der Rendite die Rendite auf risikofreie Anlagen um die Risikoprämie, gemessen als Produkt aus Beta und Marktpreis des Risikos, übersteigen muss, bezieht sich daher auf Renditen *nach* Steuern – bei der risikofreien Anlage als Vergleichsmaßstab ebenso wie bei der betrachteten riskanten Anlage.

184. Die erforderliche Eigenkapitalrendite *nach* Steuern ist dann zu ermitteln, indem man zur *Nettoertragsrate* auf risikofreie Anlagen die angemessene Risikoprämie hinzuaddiert. Die *Nettoertragsrate* auf risikofreie Anlagen entspricht dabei der Differenz zwischen dem risikofreien Zins, den der Schuldner bezahlt, und der steuerlichen Belastung dieses Zinses beim Anleger. Bei der Ermittlung der Risikoprämie ist zu berücksichtigen, dass das Risiko des Anlegers sich in dem Maß verringert, in dem aufgrund der Besteuerung der Fiskus an Ertragsschwankungen beteiligt ist, so dass auch hier auf Nach-Steuer-Erträge abzustellen ist.

Der angemessene Kapitalkostensatz für Eigenkapital *vor* Steuern schließlich ergibt sich, indem man die erforderliche Eigenkapitalrendite nach Steuern mit dem entsprechenden Steuerfaktor multipliziert. Dieser hängt davon ab, in welchem Maße Eigenkapitalerträge einbehalten bzw. ausgeschüttet werden. Bei vollständiger Ausschüttung und Anrechnung der Körperschaftsteuer auf die Einkommensteuer kommt es nur auf den Einkommensteuersatz an, bei vollständiger Thesaurierung und Steuerbefreiung von Kapitalgewinnen der Anleger nur auf den Körperschaftsteuersatz. Letzteres führt zu dem von der DTAG vorgeschlagenen Steuerfaktor, doch ist dieser dann nicht auf die Summe aus Risikoprämie und Bruttozins auf risikofreie Anlagen, sondern auf die Summe aus Risikoprämie und *Nettozins* auf risikofreie Anlagen anzuwenden.

185. Die Anwendung des von der DTAG vorgeschlagenen Steuerfaktors auf die Summe aus Bruttozins auf risikofreie Anlagen und Brutorisikoprämie führt zu einem *deutlich überhöhten Kapitalkostensatz*. Die Größenordnung sei an einem Zahlenbeispiel veranschaulicht. Unterstellt seien vollständige Thesaurierung sowie Steuerbefreiung von Kapitalgewinnen und durchschnittliche Körperschaftsteuer- und Einkommensteuersätze (Grenzsteuersätze) von jeweils 40 %. Unterstellt seien fer-

ner ein risikofreier Zinssatz von 8 % und eine anhand von Bruttogrößen ermittelte Risikoprämie von 4 %. Die erforderliche erwartete Eigenkapitalrendite *nach* Steuern beträgt dann 7,2 % als Summe von 0,6 mal 8 % und 0,6 mal 4 %. Der maßgebliche Steuerfaktor beträgt $10/6 = 1,67$; die erforderliche erwartete Eigenkapitalrendite *vor* Steuern beträgt daher 12 %. Würde man den Steuerfaktor von 10/6 jedoch auf die Summe aus risikofreiem Zinssatz und Brutto-Risikoprämie anwenden, so würde man die erforderliche erwartete Eigenkapitalrendite auf 20 % ansetzen, d.h. acht Prozentpunkte oberhalb des korrekten Wertes. Geht das Eigenkapital mit einem Gewicht von 50 % in die Berechnung der durchschnittlichen Kapitalkosten ein, so ergibt sich eine Überschätzung des angemessenen Kapitalkostensatzes um vier Prozentpunkte. Statt 10 % würden 14 % als angemessene durchschnittliche Kapitalverzinsung angesehen.

Dieselben Zahlen ergeben sich in diesem Beispiel auch, wenn Gewinne ausgeschüttet werden und die Körperschaftsteuer auf die persönliche Einkommensteuer anrechenbar ist. Unterstellt man stattdessen den heute geltenden Körperschaftsteuersatz von 26,5 % und ein Halbeinkünfteverfahren für Dividenden ohne Anrechnung der Körperschaftsteuer, so ergeben sich bis auf Rundungsfehler bei vollständiger Gewinnausschüttung wiederum dieselben Zahlen.⁹⁶ Bei Gewinneinbehaltung und einem Körperschaftsteuersatz von 26,5 % und einem Kapitalgewinnsteuersatz von Null betrüge der angemessene Steuerfaktor 1,38: die korrekt berechnete erforderliche Eigenkapitalrendite läge bei 10 %, der entsprechende durchschnittliche Kapitalkostensatz bei 9 %; die entsprechenden fehlerhaft berechneten Zahlen lägen bei 16,6 % und 12,3 %, letztere immer noch um mehr als drei Prozentpunkte über dem angemessenen durchschnittlichen Kapitalkostensatz.

In jedem dieser Fälle kommt es zu einer drastischen Überschätzung der Kapitalkosten des Unternehmens. Überschätzungen in dieser Größenordnung sind als erhebliche Verfehlung des vom Gesetz vorgegebenen Maßstabs zu betrachten. Eine Entgeltregulierung auf dieser Grundlage belastet die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs durch die zugangsberechtigten Unternehmen.

186. Eine solche Entgeltregulierung verzerrt auch die Finanzierungsentscheidungen des regulierten Unternehmens. Räumt der Regulierer aufgrund einer fehlerhaften Berücksichtigung von Steuereffekten dem Unternehmen eine überhöhte Eigenkapitalrendite ein, so hat dieses einen Anreiz, die Eigenkapitalfinanzierung relativ zur Fremdkapitalfinanzierung auszudehnen. Eine solche regulierungsbedingte Überhöhung der Eigenkapitalfinanzierung gibt tendenziell Anlass zu weiteren Erhöhungen der regulierten Entgelte. Darüber hinaus wird die Kapitalallokation insgesamt verzerrt, indem die Bereitschaft der Kapitalgeber zur Eigenkapitalfinanzierung anderer Unternehmen beeinträchtigt wird.

187. Die hier formulierte Kritik an der Vernachlässigung der Interdependenz von Kapitalmarktbedingungen und Steuern betrifft nicht nur die Diskussion in Deutschland. Das von der DTAG favorisierte Verfahren wird in der hier kritisierten fehlerhaften Form seit längerem auch in anderen Ländern, z.B. im Vereinigten Königreich, angewandt. Deshalb ist die hier formulierte Kritik aber nicht ungültig. Dass die hier kritisierte Trennung der Behandlung von Kapitalmarktbedingungen und Steuern bisher nicht beanstandet wurde, dürfte unter anderem mit der Spezialisierung der verschiedenen angesprochenen Wissenschaftsdisziplinen, Kapitalmarkttheorie und Finanzwissenschaft, zu erklären sein. Die theoretische und empirische Forschung über Kapitalmärkte behandelt die Bedeutung des Risikos für die Preisbildung in diesen Märkten weitgehend ohne Berücksichtigung von

⁹⁶ In diesem Fall beträgt der bei vollständiger Gewinnausschüttung und durchschnittlichem Einkommensteuersatz von 40 % relevante Steuerfaktor $1,7 [= 100/(100-26,5) \text{ mal } 100/(100-20)]$.

Steuern,⁹⁷ die Finanzwissenschaft tendiert dazu, die Implikationen von Risiko und Unsicherheit ausklammern.⁹⁸ Die dadurch gegebenen Vereinfachungen erleichtern es, die jeweils ins Auge gefassten Aspekte des Untersuchungsgegenstands, etwa die Struktur der Risikoprämien für die verschiedenen im Markt gehandelten Wertpapiere, besser zu verstehen; doch besteht die Gefahr, dass man in der Routine des Vordringens der Untersuchung das Bewusstsein für die anfangs gemachten Vereinfachungen verliert und in der Anwendung der eigenen Erkenntnisse auf ein praktisches, politisches Problem vergisst, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass diese Vereinfachungen im gegebenen Kontext nicht angebracht sind.

7.3.3 Praktische Probleme einer angemessenen Behandlung der Steuerproblematik

188. Dass die Kapitalmarkttheorie Steuereffekte weitgehend vernachlässigt, ist unter anderem damit zu erklären, dass die maßgeblichen persönlichen Einkommensteuersätze von Anleger zu Anleger verschieden sind, je nachdem wo sie in der Progression stehen. Einfache Aussagen des Typs "Risikoprämie gleich Produkt aus Beta mal Marktpreis des Risikos" sind genau genommen nicht mehr zulässig, wenn man die steuerlich bedingte Heterogenität der Anleger angemessen berücksichtigen will. Schließlich weisen die für die Portfoliowahl maßgeblichen Nach-Steuer-Erträge unterschiedliche Kovarianzen mit dem Marktportefeuille auf, je nachdem welcher Steuersatz gerade relevant ist. Auch wählen die Anleger je nach Stellung in der Steuerprogression verschiedene Portefeuilles, so dass für den einen oder anderen das Marktportefeuille nicht der richtige Bezugspunkt sein mag.

189. Die hier angesprochenen Schwierigkeiten belasten natürlich auch die Möglichkeit der Berücksichtigung der persönlichen Einkommensteuern bei der Beurteilung der für die Bestimmung der angemessenen Kapitalverzinsung erforderlichen Renditen. Darin liegt aber kein grundsätzliches Problem. Genau genommen hat man diese Schwierigkeiten mit der Anwendung des Kapitalmarktmodells, noch ehe man an die Steuerproblematik herangeht. Heterogenität der Anleger betrifft ja nicht nur die Steuersätze, sondern auch die Informationen und Erwartungen, aufgrund derer sie ihre Anlageentscheidungen treffen. Diese Heterogenität der Informationen und Erwartungen wird in der Analyse beiseite geschoben, indem man im theoretischen Formalismus – homogene! – Ertragserwartungen, Varianzen und Kovarianzen postuliert und diese in der empirischen Analyse mit Durchschnitt der betreffenden Größen im Zeitverlauf identifiziert, wobei man sich vorstellt, dass man eine Art von Durchschnitt der verschiedenen Anlegererwartungen erfasst. Wenn man im Umgang mit den Ertragserwartungen, Varianzen und Kovarianzen das Problem der Heterogenität der Anlegererwartungen wegdefiniert, indem man auf Durchschnitte abstellt, so ist nicht einzusehen, warum man dasselbe nicht auch bezüglich der Steuern machen sollte. Dann würde man zur Berücksichtigung der persönlichen Einkommensteuern in den für die Bemessung von Risikoprämien maßgeblichen Beziehungen für das Kapitalmarktgleichgewicht mit Durchschnittssätzen für die von den Anlegern zu zahlenden Sätze für die Steuern auf Einkommen aus Zinsen und Dividenden arbeiten. Das wäre besser als die gänzliche Vernachlässigung des Problems und die sich daraus ergebende drastische Überschätzung der angemessenen Kapitalkostensätze.

190. Eine größere Schwierigkeit betrifft die Frage, wie mit dem Umstand umzugehen ist, dass die steuerliche Behandlung der Eigenkapitalerträge davon abhängt, ob diese Erträge als Dividenden ausgeschüttet werden oder ob sie thesauriert werden und den Aktionären zumindest mittelfristig in Form von Kapitalgewinnen als Folge des Unternehmenswachstums zugute kommen. Hier bieten

97 So z.B. Wright/Mason/Miles, a.a.O. Die Ausnahme ist M.H. Miller, Debt and Taxes, in: Journal of Finance, Vol. 32, 1977, S. 261-275..

98 King, a.a.O., Stiglitz, a.a.O., Sinn, a.a.O.

sich drei Vorgehensweisen an. Die erste nimmt einen Durchschnitt entsprechend der tatsächlichen Einbehaltungs- bzw. Ausschüttungsentscheidung des Unternehmens. Das hat den Nachteil, dass das Unternehmen sich möglicherweise veranlasst sieht, seine Thesaurierungspolitik so anzupassen, um den der Entgeltregulierung zugrunde liegenden Kapitalkostensatz zu erhöhen. Die zweite Vorgehensweise bestimmt den Steuerfaktor danach, welche Politik per Saldo steuerlich günstiger ist. Das entspräche dem Kriterium einer effizienten Finanzierung entsprechend den Überlegungen von Of-
tel, ob Kapitalkosten nicht künstlich überhöht sind, wenn das Unternehmen nur relativ wenig fremdfinanziert ist. Ein Nachteil läge darin, dass etwaige sonstige Aspekte der Ausschüttungs- bzw. Einbehaltungsentscheidung vernachlässigt werden, etwa der Aspekt, dass eine stetige Ausschüttungspolitik dem Kapitalmarkt als Signal für die Stabilität des Unternehmens dient.

191. Eine dritte mögliche Vorgehensweise bestimmt den Steuerfaktor grundsätzlich entsprechend der Steuerbelastung im Fall der Ausschüttung. Konzeptionell hätte diese Vorgehensweise den Vorteil, dass sie die Verzinsung von Fremdkapital und von Eigenkapital parallel behandelt, indem sie in beiden Fällen danach fragt, was die Kapitalgeber an Erträgen ausgezahlt bekommen bzw. bekommen können oder sollen, ohne darauf einzugehen, ob weitere Investitionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die eine Thesaurierung und Reinvestition attraktiv erscheinen lassen. Die in dieser Vorgehensweise unterstellte Ausschüttungspolitik steht dem Unternehmen auf jeden Fall offen, möglicherweise in Verbindung mit einer "Hol-zurück-Aktion" in Form einer Neuausgabe von Aktien. Insofern wird dem Ziel der Gesetzesnorm, die Entgeltregulierung nicht konfiskatorisch wirken zu lassen, bei dieser Vorgehensweise Genüge getan. Wenn das Unternehmen beschließt, Gewinne nicht auszuschütten, sondern einzubehalten, so tut es dies offensichtlich, weil es sich damit noch besser stellt als mit einer Ausschüttung. Ein Nachteil dieser Vorgehensweise liegt allerdings darin, dass der Steuerfaktor und damit die regulierten Entgelte tendenziell zu hoch liegen, da das Halbeinkünfteverfahren eine Zusatzbelastung bei Dividenden mit sich bringt.

192. Die hier skizzierten Überlegungen und Beispielrechnungen lassen vermuten, dass die Auseinandersetzung um die angemessene Gewichtung von Fremdkapital und Eigenkapital an Brisanz verlieren, wenn man den Umgang mit der Steuerproblematik in die Analyse von Kapitalmarktmodell und Risikoprämie integriert und dabei berücksichtigt, dass die Bedingungen für die Portfoliowahl der Anleger durchweg als Bedingungen über Nettoertragsraten zu formulieren sind. Die Frage nach der angemessenen Gewichtung von Fremdkapital und Eigenkapital ist vor allem deshalb brisant, weil in den Schätzungen von DTAG und RegTP die erforderliche Eigenkapitalverzinsung vor Steuern die Fremdkapitalverzinsung drastisch übersteigt. Der weit überwiegende Teil dieser Differenz jedoch beruht auf der hier bemängelten Methode des Umgangs mit der Steuerproblematik. Im oben gegebenen Modellbeispiel mit einem Körperschaftsteuersatz von 40 %, einem risikofreien Zins von 8 % vor Steuern und einer Risikoprämie vor Steuern von 4 % liegt der durchschnittliche Kapitalkostensatz bei fehlerhafter Anwendung des Steuerfaktors auf die Bruttorenditen zwischen 8 % und 20 %; eine Erhöhung des Gewichts des Eigenkapitals in der Durchschnittsbildung um zehn Prozentpunkte bewirkt einen Anstieg des durchschnittlichen Kapitalkostensatzes um 1,2 Prozentpunkte. Bei korrekter Anwendung des Steuerfaktors auf die Nettorenditen liegt der durchschnittliche Kapitalkostensatz des Unternehmens zwischen 8 % und 12 %; eine Erhöhung des Gewichts des Eigenkapitals in der Durchschnittsbildung um zehn Prozentpunkte steigert den durchschnittlichen Kapitalkostensatz nur um 0,4 Prozentpunkte. Bei fehlerhafter Anwendung des Steuerfaktors auf die Bruttorenditen besteht die Differenz zwischen den regulatorisch vorgesehenen Eigenkapital- und Fremdkapitalrenditen aus Steuereffekten und Risikoprämie, bei korrekter Anwendung auf die Nettorenditen dagegen – im gegebenen Beispiel – nur aus der Risikoprämie. Dass die Steuereffekte völlig verschwinden, liegt an der unterstellten Gleichheit der Steuersätze; ansonsten wäre noch auf

die Unterschiede der Steuerbelastungen bei Fremdkapital und Eigenkapital zu achten. In der obigen Beispielrechnung für den Fall der Ausschüttung bei einem Körperschaftsteuersatz von 26,5 % und einer Dividendenbesteuerung nach Halbeinkünfteverfahren bei einem Einkommenssteuersatz von 40 % ist diese Differenz per Saldo auch vernachlässigbar.

7.3.4 Implikationen der Steuerproblematik für eine anlagespezifische Kapitalkostenrechnung

193. An dieser Stelle ist zurückzukommen auf die These, dass die Risikoprämie für das bei einer Zugangsleistung eingesetzte Kapital anlagespezifisch, entsprechend der Kovarianz der Erträge auf diese Anlage mit dem Marktportefeuille, bestimmt werden sollte. Dazu wurde erläutert, dass – abgesehen von Fragen der Besteuerung – die Verteilung der Erträge auf diese Anlage und die Attraktivität der Investition in diese Anlage für die Aktionäre des Unternehmens unabhängig von der Form der Finanzierung sind. Berücksichtigt man die Steuern, so ist bei der Beurteilung der Finanzierungsmöglichkeiten und bei der Beurteilung der Attraktivität der Investition für die Aktionäre auf Nachsteuer-Erträge abzustellen – genau wie beim Umgang mit dem Kapitalmarktmodell der Risikobewertung. Unterscheiden sich die Steuerbelastungen der verschiedenen Finanzierungsinstrumente, so kann die Wahl des Finanzierungsinstruments die Beurteilung des mit der Anlage verbundenen Risikos durch die Kapitalgeber beeinflussen. Ist beispielsweise die Eigenkapitalfinanzierung durch Gewinnthesaurierung aufgrund der Steuerfreiheit von Kapitalgewinnen außerhalb der Spekulationsfrist steuerlich begünstigt, so kann die Investition in eine Anlage attraktiv sein, wenn man sie aus einbehaltenen Gewinnen finanzieren kann, und unattraktiv, wenn man sie durch Verschuldung oder Aktientausgabe finanzieren muss.

194. In Anlehnung an vorher skizzierte Erwägungen zur Anwendung des gesetzlichen Effizienzerfordernisses auf die Wahl des Finanzierungsinstruments wäre zu erwägen, ob man an dieser Stelle nicht grundsätzlich das steuerlich günstigste Finanzierungsinstrument heranzieht, um von der gemäß obigen Ausführungen ermittelten angemessenen anlagespezifischen Nettorendite zu dem entsprechenden Kapitalkostensatz vor Steuern zu gelangen. Problematisch an dieser Vorgehensweise, wie an den entsprechenden Verfahren in den anderen bereits diskutierten Beispielen, wäre die Identifikation der Effizienz von Finanzierungsentscheidungen mit einer Minimierung der Steuerbelastung, ohne Rücksicht auf Insolvenzrisiken und Ähnliches. Um dem Effizienzerfordernis des Gesetzes Genüge zu tun, wären grundsätzlich auch andere Dimensionen der Finanzierungsentscheidung zu berücksichtigen.

Bei annähernd vergleichbaren steuerlichen Belastungen der verschiedenen Finanzierungsinstrumente verlieren diese Bedenken jedoch an Bedeutung. In obigem Rechenbeispiel mit einem risikofreien Zinssatz von 4,8 % (nach Steuern) und bei einer anlagespezifischen Risikoprämie von 0,6 % (nach Steuern) käme man bei einem persönlichen Einkommensteuersatz (Grenzsteuersatz) von 40 % auf eine erforderliche Rendite vor Steuern von 9 % bei Fremdkapitalfinanzierung und gerundet ebenfalls 9 % bei Eigenkapitalfinanzierung mit 26,5 % Körperschaftsteuer und Halbeinkünfteverfahren für Dividenden. Der Umstand, dass die spezifische Risikoprämie für die betreffende Anlage mit 1 % (vor Steuern) je eingesetzter Kapitaleinheit in diesem Beispiel nur halb so groß ist wie die in obigen Rechnungen unterstellte Eigenkapitalrisikoprämie von 4 % bzw. Unternehmensrisikoprämie von 2 %, wirkt sich deutlich stärker aus als die Unterschiede der Steuerbelastung bei verschiedenen Finanzierungsinstrumenten.

7.4 Fazit

195. Die vorstehenden Überlegungen lassen vermuten, dass die bislang zwischen RegTP und DTAG diskutierten Kapitalkostensätze deutlich überhöht sind. Diese Einschätzung gründet sich darauf, dass erstens die anlagespezifischen Risiken und damit die angemessenen Risikoprämien im regulierten Bereich deutlich kleiner sind als im Unternehmen insgesamt und zweitens ein angemessener Umgang mit der Steuerproblematik auch darauf abstellen muss, dass die auf Gewinneinbehalten und das dadurch ermöglichte Unternehmenswachstum zurückgehenden Kapitalgewinne der Aktionäre jenseits der Spekulationsfristen keiner Besteuerung unterliegen. Beide Effekte fallen quantitativ deutlich ins Gewicht. Die zwischen RegTP und DTAG strittigen Fragen nach Bilanzwertmethode versus Marktwertmethode bzw. Individualansatz versus Marktansatz sind demgegenüber – bei korrektem Umgang mit Risiko- und Steuerproblematik! – von geringerer Bedeutung.

8. Marktentwicklungen und Regulierungsoptionen im Mobilfunk

196. Der Mobilfunkmarkt in Deutschland befindet sich in einer Umbruchphase. Die angestrebte Ausweitung der Anzahl der Netzbetreiber im Zuge des Übergangs zur dritten Mobilfunkgeneration findet nicht statt. Die beiden Newcomer auf dem UMTS-Markt Mobilcom und Quam werden die in der Lizenz vorgesehenen Verpflichtungen zum Netzaufbau bis Ende 2003 nicht erfüllen. Aller Voraussicht nach wird dies dazu führen, dass die Unternehmen ihre Lizenz und die zugehörigen Frequenzen entschädigungslos verlieren. Offen ist, ob der deutsche Mobilfunkmarkt längerfristig Platz für alle vier verbleibenden Netzbetreiber bietet oder ob weiterer Konsolidierungsbedarf besteht.

Einstellen muss sich die Branche darüber hinaus auf eine Umgestaltung und Ausweitung der Regulierung. Änderungen im bisherigen Regulierungsregime sind auf dem Feld der Frequenzpolitik zu erwarten. Zusätzlicher Regulierungsbedarf besteht nach Auffassung der Europäischen Kommission im Bereich der Vorleistungen.

8.1 Marktentwicklungen und Konsolidierungsbedarf

197. Zu Beginn des Jahres 2003 gibt es in Deutschland nach Schätzungen der RegTP etwa 60 Mio. Mobilfunkanschlüsse. Die Zahl der Nutzer soll bis Ende 2003 auf 62 Mio. ansteigen. Die Penetration, d.h. das Verhältnis der Mobilfunkanschlüsse zur Anzahl der Einwohner in Deutschland, steigt von etwa 72 % zu Beginn des Jahres 2003 auf voraussichtlich 75 % Ende 2003. Die kumulierten Umsatzerlöse mit Mobiltelefondiensten lagen Ende 2002 bei 23,5 Mrd €. ⁹⁹ Die Zuwachsraten bei den Umsatzerlösen sind nach den Schätzungen der RegTP auch im Jahr 2003 positiv, aber bezogen auf die Vorjahre abnehmend. Der größte Teil des Umsatzes im Mobilfunk wird weiterhin von den Netzbetreibern erzielt. Die auf den Wiederverkauf von Mobilfunkleistungen der drei führenden Netzbetreiber spezialisierten Service-Provider wie debitel oder Mobilcom erreichten im Jahr 2002 mit knapp 5 Mrd. € etwa 22 % des Gesamtumsatzes mit Mobiltelefondiensten. Im Vergleich zum Jahr 2001 mussten die Service-Provider im Jahr 2002 Umsatzeinbußen in Höhe von 4,5 % hinnehmen. ¹⁰⁰

198. Kennzeichnend für die Marktstruktur im deutschen Mobilfunkmarkt ist eine Ungleichverteilung der Marktanteile mit zwei dominierenden Anbietern. Ursächlich für diese Entwicklung ist die zeitliche Staffelung der Lizenzvergabe. Die Lizenzen an Vodafone (vormals Mannesmann) und T-Mobile wurden Mitte 1992, an E-Plus im Mai 1994 und an O₂ (vormals Viag Interkom) im Oktober 1998 vergeben. Je später die Lizenzierung erfolgte, desto geringer sind bis heute die Marktanteile der Netzbetreiber. Im August des Jahres 2003 stellt sich die Marktstruktur bezogen auf die Teilnehmerzahlen in den einzelnen Netzen wie folgt dar: ¹⁰¹

- T-Mobile 42,6 %,
- Vodafone 36,6 %,
- E-Plus 12,2 %,
- O₂ 8,6 %.

⁹⁹ Umsätze der Netzbetreiber und Service-Provider inklusive Carriergeschäft.

¹⁰⁰ Vgl. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Jahresbericht 2002, S. 27.

¹⁰¹ Eigene Berechnungen nach Daten aus Mobile Communications, No. 360, August 19, 2003, S. 8 ff.

Unter Einschluss der Service-Provider ergibt sich nach Teilnehmern bezogen auf das Dienstangebot Anfang 2003 folgende Marktanteilsverteilung:¹⁰²

- T-Mobile 29 %,
- Vodafone 27 %,
- Debitel 13 %,
- E-Plus 9 %,
- Mobilcom 8 %,
- O₂ 8 %,
- andere Serviceprovider 6 %.

199. Die Wettbewerbsintensität im Mobilfunk hat in den vergangenen zwei Jahren zugenommen. Zwischen den Netzbetreibern und auch zwischen Netzbetreibern und Diensteanbietern ist es zu Marktanteilsverschiebungen gekommen. Gewinner in der Spitzengruppe ist T-Mobile. Das Unternehmen konnte sich erstmals von Vodafone absetzen und – bezogen auf die Teilnehmerzahl im Netz – zum alleinigen Marktführer werden. Wettbewerbsvorstöße sind insbesondere von den kleineren Netzbetreibern zu beobachten. Als Beispiel sei der Professional-Tarif von E-Plus genannt, bei dem rund um die Uhr für 3 Cent pro Minute in das Festnetz telefoniert werden kann. Vor dem Hintergrund der Realisierung von Größenvorteilen, speziell auch im Hinblick auf die Entwicklung der dritten Mobilfunkgeneration UMTS, stehen die zuletzt lizenzierten E-Plus und O₂ vor der Notwendigkeit, ihre Kundenbasis zu erweitern. Dies gelingt auch insoweit, als die beiden kleineren Netzbetreiber bezogen auf die Teilnehmer im Jahr 2002 mit Wachstumsraten von knapp 23 % (O₂) und knapp 16 % (E-Plus) momentan schneller wachsen als die beiden Mobilfunk-Incumbents mit 10 % (Vodafone) und 8 % (T-Mobile).¹⁰³ Gleichwohl ist der absolute Abstand zwischen den beiden Anbietergruppen so groß, dass es auf der Basis von internem Wachstum der kleineren Netzbetreiber in absehbarer Zeit nicht gelingen wird, zu einer stärker ausgeglichenen Marktstruktur zu gelangen.

Für Wettbewerbsimpulse gesorgt hat auch die Einführung der Rufnummernportierung zum 1. November 2002. Seitdem können die Kunden ihre bisherige Telefonnummer zu einem neuen Netzbetreiber mitnehmen. Die Kosten der Portierung übernimmt in der Regel der neue Netzbetreiber. Die Grundlage für die Einführung waren Beschlüsse der RegTP aus den Jahren 2000 und 2001, mit denen die Einführung der Nummernportabilität zunächst auf den 1. Februar 2002 und später auf den 1. November 2002 verschoben wurde. Die Monopolkommission hatte diese Verzögerungen im Rahmen früherer Stellungnahmen kritisiert.¹⁰⁴

200. Die weitere Entwicklung des Wettbewerbs im Mobilfunk hängt maßgeblich von einer erfolgreichen Umsetzung der dritten Mobilfunkgeneration UMTS ab. Die im Zuge der Lizenzvergabe erfolgte Ausweitung der Anzahl der Netzbetreiber auf sechs hat keinen Bestand. Group 3G und Mobilcom werden ihre in den Lizenzbedingungen vorgesehenen Netzaufbauverpflichtungen bis Ende 2003 nicht einhalten. Vorgesehen ist, dass die Netzbetreiber in diesem Fall die Frequenzen entschädigungslos an den Regulierer zurückgeben. Fraglich ist, ob damit die Konsolidierung auf dem deutschen Mobilfunkmarkt abgeschlossen ist oder ob weiterer Konsolidierungsbedarf besteht. Spekula-

¹⁰² Angaben nach Schätzungen von T-Mobile, präsentiert auf der Anhörung der Monopolkommission am 27. Juni 2003.

¹⁰³ Mobile Communications, a.a.O., S. 8

¹⁰⁴ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten 1998/1999, Baden-Baden 2000, Tz. 40; dies., Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 91.

tionen über Verkaufsabsichten eines kleineren Netzbetreibers und/oder über Fusionsabsichten von Netzbetreibern beschäftigt die Branche bereits seit längerem.

201. Die Monopolkommission hat die wik-Consult GmbH beauftragt, der Frage nach einem weiterem Konsolidierungsbedarf auf dem deutschen Mobilfunkmarkt nachzugehen.¹⁰⁵ Mit Mobilfunkmarkt meint die Monopolkommission den Gesamtmarkt für Mobilfunkdienste, der sowohl GSM-Dienste als auch UMTS-Dienste umfasst. Die wik-Consult hat dazu im Rahmen einer Modellanalyse untersucht, ob und unter welchen Bedingungen der nach Marktanteilen kleinste Netzbetreiber innerhalb der kommenden zehn Jahre einen positiven Net Present Value erreichen kann. Dies ist im Modell weder bei eher pessimistischen noch bei eher optimistischen Annahmen über den erreichbaren Marktanteil, die zukünftige Penetration und die durchschnittlichen Umsätze auf dem deutschen Mobilfunkmarkt möglich. Dies gilt auch unabhängig davon, ob in dem deutschen Mobilfunkmarkt eine kostenbasierte Regulierung der Terminierungsentgelte stattfindet oder nicht. Gleichwohl zeigt die Modellrechnung, dass eine kostenbasierte Regulierung der Terminierungsentgelte einen signifikant negativen Effekt auf den zukünftigen Netto-Unternehmenswert hätte.

202. Die Ergebnisse der Modellrechnung zeigen, dass auch nach dem Marktaustritt von Group 3G und Mobilcom als UMTS-Netzbetreiber weiterhin ein erheblicher Konsolidierungsbedarf in dem deutschen Mobilfunkmarkt besteht. Dieses Ergebnis hängt, wie bei Modellanalysen überhaupt, maßgeblich von den getroffenen Annahmen ab. Gleichwohl zeigen sie, dass insbesondere über den beiden kleineren Netzbetreibern O₂ und E-Plus ein gehöriges Maß an Unsicherheit hängt. Für alle Netzbetreiber gilt, dass ihre zukünftige Profitabilität in einem hohen Maße von einer erfolgreichen Entwicklung des UMTS-Geschäfts abhängt.

8.2 Frequenzregulierung

203. Die Weiterentwicklung des Wettbewerbs im deutschen Mobilfunkmarkt hängt nicht zuletzt auch von der Möglichkeit des Handels mit Frequenzen ab. Frequenzspektrum ist eine knappe Ressource, deren effiziente Nutzung durch Frequenzhandel verbessert werden kann. Im Fall der versteigerten UMTS-Frequenzen würde Frequenzhandel vor allem die Möglichkeit eines Marktaustritts verbessern, da die Netzbetreiber Veräußerungserlöse erwarten können, während sie im Fall der Rückgabe an den Regulierer voraussichtlich entschädigungslos bleiben.

Nach geltendem Recht ist der Handel mit Frequenzen nicht vorgesehen. Das wird sich mit der TKG-Reform ändern. Der europäische Gesetzgeber räumt den Mitgliedstaaten mit Art. 9 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie die Möglichkeit ein, Frequenzhandel zuzulassen.¹⁰⁶ Der Regierungsentwurf zum TKG vom 15. Oktober 2003 sieht mit § 60 eine entsprechende Regelung vor. Danach kann die RegTP nach Anhörung betroffener Kreise unter bestimmten Voraussetzungen Frequenzbereiche für den Handel freigeben. Unklar ist, ob dies auch für UMTS-Frequenzspektrum möglich ist.

204. Die UMTS-Auktion im Sommer 2000 führte zur Vergabe von insgesamt sechs Mobilfunklizenzen. Das dabei zugeteilte Spektrum von jeweils 2x5 MHz (gepaart) und 1x5 MHz (ungepaart) gilt als Mindestausstattung für die Aufnahme des UMTS-Betriebs.¹⁰⁷ Für die Weiterentwicklung von UMTS zum Massenmarkt ist nach heutiger Auffassung der RegTP das vergebene Spektrum

¹⁰⁵ Vgl. wik-Consult, Regulierungspolitische Perspektiven für den deutschen Mobilmarkt, Bad Honnef, Oktober 2003.

¹⁰⁶ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 33.

¹⁰⁷ VIAG Interkom (heute O₂) hatte kein zusätzliches ungepaartes Spektrum erworben.

nicht ausreichend.¹⁰⁸ Zusätzliches Frequenzspektrum wird in Deutschland nach den Festlegungen des European Radiocommunications Committee erst ab 2008 zur Verfügung stehen. Früher verfügbar ist ein Teil des bereits vergebenen Frequenzspektrums, soweit es von den Lizenznehmern nicht genutzt wird und damit grundsätzlich für eine Neuverteilung infrage kommt.

Nach den UMTS-Lizenzen unterliegen die Lizenznehmer bestimmten Netzausbaupflichtungen. Bis Ende des Jahres 2003 müssen 25 % und bis Ende 2005 50 % der Bevölkerung die Möglichkeit haben, UMTS vor Ort zu nutzen. Die beiden UMTS-Lizenznehmer Group 3G und Mobilcom werden diese Verpflichtungen nicht erfüllen, was dazu führt, dass die Lizenzen nebst zugehörigem Frequenzspektrum an die RegTP zurückgegeben werden müssen. Nach geltendem (alten) Recht zulässig ist die Übertragung von Frequenzen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf ein ansonsten nicht als UMTS-Lizenznehmer tätiges Unternehmen. Mobilcom beabsichtigte einen derartigen Verkauf ihrer UMTS-Aktivitäten, konnte jedoch trotz umfangreicher Bemühungen keinen Käufer finden.¹⁰⁹ Bei einem denkbaren Zusammenschluss zweier UMTS-Lizenzinhaber müsste eine Lizenz und das zugehörige Frequenzspektrum an die RegTP zurückgegeben werden.

205. Mit der Rückgabe von Frequenzspektrum steht die Frage der Neuverteilung im Raum. Ausgeschlossen erscheint aus heutiger Sicht, dass die TKG-Novelle noch so rechtzeitig in Kraft treten wird, dass die Möglichkeit des Frequenzhandels für dieses Spektrum überhaupt ernsthaft geprüft werden müsste. Nach Auffassung des Bundeswirtschaftsministeriums stehen die erteilten UMTS-Frequenzen für einen Frequenzhandel ohnehin nicht zur Verfügung. Zur Begründung dieser Auffassung wird auf eine entsprechende Formulierung in den Lizenzbedingungen verwiesen, nach der Frequenzhandel nicht möglich ist. Dabei wäre jedoch gegebenenfalls zu prüfen, ob mit dieser Formulierung lediglich die seinerzeit geltende Rechtslage zum Ausdruck gebracht werden sollte oder ob damit die Möglichkeit des Handels von UMTS-Frequenzen auch für die Zukunft ausgeschlossen werden sollte. Die häufig in diesem Zusammenhang geäußerte Auffassung, dass die nachträgliche Einführung von Frequenzhandel ausgeschlossen sei, weil damit die an der ursprünglichen UMTS-Auktion beteiligten Unternehmen benachteiligt würden, überzeugt nach Auffassung der Monopolkommission nicht. Zum einen eröffnet die Zulassung von Frequenzhandel allen beteiligten Unternehmen zusätzliche Handlungsoptionen in Form der Möglichkeit einer Veräußerung oder des Zukaufs von Frequenzspektrum. Zum anderen kommt es ohnehin zu einer Neuverteilung des zurückgegebenen Frequenzspektrums. Eine etwaige Benachteiligung der an der ursprünglichen Auktion beteiligten Unternehmen ist ebenso wie etwaige unerwünschte Wettbewerbswirkungen durch das Design des Vergabeverfahrens zu vermeiden.

206. Das für eine Neuverteilung ab Anfang 2004 verfügbare Frequenzspektrum umfasst 4x5 MHz (gepaart) und 2x5 MHz (ungepaart). Es könnte vergeben werden

- ausschließlich an Newcomer,
- ausschließlich an die bisherigen UMTS-Netzbetreiber sowie
- an bisherige UMTS-Netzbetreiber und an Newcomer.

Bei einer Vergabe ausschließlich an Newcomer wäre darauf zu achten, dass deren Frequenzausstattung nicht besser ist als die Ausstattung der bisherigen UMTS-Netzbetreiber. Allerdings scheint es momentan für die Vergabe neuer UMTS-Lizenzen keine Interessenten zu geben, wie die vergebli-

¹⁰⁸ Vgl. RegTP, Strategische Aspekte zur Frequenzregulierung der RegTP, Arbeitspapier im Rahmen des Konsultationsverfahrens der RegTP zur Frequenzregulierung im Frühjahr 2003, S. 22.

¹⁰⁹ Veräußert wurde letztlich lediglich die bis dahin aufgebaute UMTS-Infrastruktur an E-Plus.

chen Bemühungen um den Verkauf des UMTS-Geschäftes von Mobilcom zeigen. Damit verbleiben die beiden Möglichkeiten, entweder die Vergabe der Frequenzen an die bisherigen UMTS-Netzbetreiber oder das Vorhalten der Frequenzen, um in zwei bis drei Jahren, gegebenenfalls unter anderen Marktbedingungen, völlig neu über ein Vergabeverfahren zu entscheiden. Das Vorhalten der Frequenzen kommt dann in Betracht, wenn die Möglichkeit weiterer Marktzutritte für Netzbetreiber im Mobilfunk erhalten bleiben soll. Dafür spricht, dass die in Zukunft optimale Marktstruktur heute nicht vorhersehbar ist und dass das Verschließen des Mobilfunkmarktes für Newcomer wettbewerbspolitisch nicht ohne Risiken ist. Für eine Vergabe der freiwerdenden Frequenzen an die bisherigen Netzbetreiber spricht, dass die Netzbetreiber für die zukünftige Entwicklung von UMTS zum Massenmarkt nach den Feststellungen der RegTP zusätzliche Frequenzen benötigen. Wann dies der Fall sein wird, ist offen. Möglicherweise reicht es, dazu die ab 2008 zusätzlich verfügbaren Frequenzen vorzusehen. Ein weiteres Argument für eine Vergabe an die bisherigen Netzbetreiber ist, dass nach Aussagen von wik-Consult die Kosten des UMTS-Netzaufbaus tendenziell sinken, je mehr Frequenzspektrum einem Netzbetreiber zur Verfügung steht. Dagegen spricht der Marktverschließungseffekt, der dann eintritt, wenn sämtliches bis 2008 verfügbares Frequenzspektrum an die verbliebenen vier Mobilfunknetzbetreiber vergeben ist.

207. Unabhängig davon, an welchen Interessentenkreis und zu welchem Zeitpunkt die zurückfließenden UMTS-Frequenzen neu vergeben werden, sollte die Vergabe im Wege einer Auktion erfolgen, damit die Zuteilung des Spektrums gemäß der Zahlungsbereitschaft und nach dem Kriterium der ökonomischen Effizienz erfolgt. Das Auktionsdesign ist dabei so auszugestalten, dass es im Zuge der Frequenzübertragungen nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommt. Dies ist am ehesten gegeben, wenn jeder Netzbetreiber die Möglichkeit hat, Frequenzspektrum gleichen Umfangs zu erwerben. Falls das reformierte TKG doch noch eine Möglichkeit für die Handelbarkeit der Frequenzen von Mobilcom und Group 3G eröffnen sollte, sollte die RegTP nach Auffassung der Monopolkommission den Frequenzhandel zulassen und dabei ebenfalls ein Auktionsdesign vorgeben, welches für eine ökonomisch effiziente Reallokation der Frequenzen und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen auf dem Mobilfunkmarkt sorgt.

8.3 Regulierung von Vorleistungen

208. Bisher werden im deutschen Mobilfunkmarkt weder Endkundendienste noch Vorleistungen reguliert. Auf der Ebene der Vorleistungen gibt es zwar die Verpflichtung zur Zusammenschaltung, die Bedingungen und Preise der Zusammenschaltung werden jedoch nicht reguliert. Dies könnte sich in Zukunft ändern. Hinweise auf Märkte, die für eine Vorab-Regulierung in Betracht kommen, liefert die Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors vom 11. Februar 2003.¹¹⁰ Die Empfehlung identifiziert Märkte, auf denen (i) beträchtliche, anhaltende strukturelle oder rechtlich bedingte Zugangshindernisse bestehen, die (ii) innerhalb eines bestimmten Zeithorizontes nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und bei denen (iii) dem Marktversagen nicht allein mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht entgegengewirkt werden kann. Diese Märkte sind ex ante zu regulieren, wenn die nationale Regulierungsbehörde für den nach nationalen Besonderheiten abgegrenzten sachlich und räumlich relevanten Markt im Rahmen der Marktanalyse die Existenz beträchtlicher Marktmacht feststellt.

¹¹⁰ Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkte und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EG Nr. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45.

Für den Bereich des Mobilfunks kommen nach der Empfehlung der Kommission folgende Vorleistungsmärkte für eine Ex-ante-Regulierung in Betracht:

- Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobiltelefonnetzen,
- Terminierung in einzelnen Mobilfunknetzen sowie
- internationales Roaming.

Auf der Endkundenebene sieht die Kommission keinen Regulierungsbedarf.

8.3.1 Zugang und Zuführung

209. Der Markt für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen wird von der Europäischen Kommission vergleichsweise weit abgegrenzt. Nachfrager nach Netzzugang sind Unternehmen, die über kein eigenes Mobilfunknetz verfügen. Dazu gehören virtuelle Mobilfunknetzbetreiber (Mobile Virtual Network Operators, MVNOs), Mobilfunknetzbetreiber mit unvollständigem Netzaufbau, Diensteanbieter (Service-Provider), Verbindungsnetzbetreiber und andere. Nachfrager nach der Leistung Verbindungsaufbau (Zuführung) sind ausschließlich Verbindungsnetzbetreiber. Anbieter sind die Mobilfunknetzbetreiber. Mit der vergleichsweise weiten Marktabgrenzung will die Europäische Kommission offenbar vermeiden, dass jedes einzelne Geschäftsmodell im Mobilfunk als eigener sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist. Obwohl diesem Ansatz im Grundsatz zu folgen ist, erscheint die Abgrenzung für den deutschen Markt zu weit. Da die genannten Geschäftsmodelle nur begrenzt substituierbar und die Leistungen Zugang und Zuführung nicht substituierbar sind, liegt eine weitere Differenzierung der sachlichen Marktabgrenzung nahe. Nach Auffassung der Monopolkommission müßten sachlich relevante Märkte für

- Verbindungsaufbau (Zuführung) in Mobilfunknetzen,
- entbündelten Zugang zu Funkschnittstellen in Mobilfunknetzen und
- Wiederverkauf von Mobilfunkdiensten

unterschieden werden. Auf allen drei Märkten gilt, dass die Vorleistungen der vier Mobilfunknetzbetreiber substituierbar sind. Ein Diensteanbieter, der das Geschäftsmodell des Wiederverkaufs von Mobilfunkdiensten betreibt, kann den Wiederverkauf der Dienste des Netzbetreibers A durch den Wiederverkauf der Dienste des Netzbetreibers B ersetzen, soweit sich die Leistungsbündel ähneln und die Preise annähernd gleich sind. Nachfrager nach der Leistung Verbindungsaufbau (Zuführung) in Mobilfunknetzen sind die Mobilfunknetzbetreiber selbst und Verbindungsnetzbetreiber, die es im Mobilfunk gegenwärtig wegen der ausgesetzten Betreibervorauswahl allerdings nicht gibt. Damit umfasst der sachlich relevante Markt für den Verbindungsaufbau (Zuführung) in Mobilfunknetzen bislang ausschließlich die intern erstellten Vorleistungen der Mobilfunknetzbetreiber. Sie sind in die Betrachtung mit einzubeziehen, da die Leistungen als solche – Zuführung eines Gesprächs in das eigene Netz und Zuführung eines Gesprächs in das Netz eines Verbindungsnetzbetreibers – weitgehend identisch und damit austauschbar sind.

Die Voraussetzung für die Auferlegung von Vorabverpflichtungen in dem relevanten Markt ist die Feststellung beträchtlicher Marktmacht (significant market power, SMP). SMP wird von der Europäischen Kommission im Einklang mit dem Konzept der Marktbeherrschung definiert. Danach verfügt ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht, wenn es allein oder gemeinsam mit anderen Unternehmen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in einem beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Verbrauchern zu verhalten.

Die Feststellung, ob in einem sachlich relevanten Markt beträchtliche Marktmacht besteht, trifft der nationale Regulierer im Rahmen der Marktanalyse.

8.3.2 Terminierung

210. Die Monopolkommission hat sich in ihrem letzten Sondergutachten gemäß § 81 Abs. 3 TKG für eine Ex ante-Entgeltregulierung der Terminierungsentgelte der Mobilfunknetzbetreiber ausgesprochen.¹¹¹ Sie sieht, wie die Europäische Kommission, den sachlich relevanten Markt für die Terminierung von Gesprächen auf die einzelnen Mobilfunknetze beschränkt. Jeder Netzbetreiber ist in seinem Netz alleiniger Anbieter, da derzeit keine Möglichkeit der Substitution der Leistung Anrufzustellung zu einem bestimmten Anschluss durch einen anderen Netzbetreiber existiert.¹¹² Eine Substitutionsmöglichkeit läge nur dann vor, wenn die Anrufzustellung zusätzlich durch einen weiteren Teilnehmernetzbetreiber erfolgen könnte, der denselben Standort bedient. Derzeit ist das nicht der Fall. Natürlich gibt es Ausweichmöglichkeiten, etwa die Möglichkeit, einen Mobilfunkteilnehmer durch SMS oder E-mail zu erreichen oder ihn durch ein Call-back-Signal zu einem Rückruf zu veranlassen. Man kann auch auf das Mobilfunkgespräch überhaupt verzichten und auf die nächste Möglichkeit für ein Festnetztelefonat warten oder das Gespräch ganz bleiben lassen. Dem Anrufer jedoch bieten diese Ausweichmöglichkeiten nur einen unvollkommenen Ersatz für das Mobilfunkgespräch. Nach Auffassung der Monopolkommission genügt der von ihnen ausgehende Wettbewerbsdruck nicht, um die Verhaltensspielräume der Mobilfunkanbieter bei der Festsetzung der Terminierungsgebühren in wettbewerbspolitisch maßgeblicher Weise zu beschränken. Wenn in diesem Zusammenhang argumentiert wird, die Verhaltensspielräume der Mobilfunkanbieter bei der Festsetzung der Terminierungsgebühren würden auf jeden Fall durch das Substitutionsverhalten der Nachfrager beschränkt,¹¹³ so heißt das nur, dass auch ein Monopolist keinen völlig unbeschränkten Verhaltensspielraum hat, denn wenn er die Preise zu weit erhöht, verliert er die Kunden. Daraus ohne weiteres zu schließen, es gebe kein Monopolproblem, wäre wettbewerbspolitisch und wettbewerbsrechtlich unangemessen. Ob es ein Monopolproblem gibt und wie dieses Problem gegebenenfalls einzuschätzen ist, hängt davon ab, inwieweit die Ausweichmöglichkeiten der Kunden den Anbieter daran hindern, seine Preise über die Grenzkosten hinaus zu erhöhen.

211. Die Verhaltensspielräume werden auch nicht, wie zuweilen behauptet, indirekt über den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten eingeschränkt. Die Höhe der Terminierungsentgelte spielen im Entscheidungskalkül der Nutzer nur dann eine Rolle, wenn die Beziehung zwischen den prospektiven Gesprächspartnern dazu Anlass gibt. Dies kann bei einem Unternehmen zutreffen, das seinen Außendienstmitarbeitern Mobiltelefone zur Verfügung stellt, damit sie für die Zentrale immer erreichbar sind, und das bei der Wahl des Mobilfunkanbieters alle zu erwartenden Gebühren der Verbindungen von der Zentrale zu den Außendienstmitarbeitern berücksichtigt. Jedoch ist diese Art von Internalisierung der Terminierungskosten bei der Wahl des Mobilfunkanbieters eher die Ausnahme als die Regel. Im Allgemeinen scheidet das Internalisierungsargument daran, dass der ein-

¹¹¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 215 f.

¹¹² Diese Marktabgrenzung wird auch von Kritikern eines Regulierungsbedarfs auf den Terminierungsmärkten nicht bestritten. Vgl. J. Kruse, Regulierung der Terminierungsentgelte der deutschen Mobilfunknetze?, in: Wirtschaftsdienst, Jg. 83, 2003, S. 203 ff. Anders äußert sich von Weizsäcker. Für ihn ist die übliche Form der Marktabgrenzung, bei der Anbieter und Nachfrager auseinander fallen, auf den Ausnahmefall Terminierung nicht anwendbar, da hier die Gruppe der Anbieter und die Gruppe der Nachfrager identisch sei. Vgl. C.C. Von Weizsäcker, Ex-ante-Regulierung von Terminierungsentgelten?, in: MultiMedia und Recht, Jg. 6., 2003, S. 170 ff. Von Weizsäcker unterstellt eine gewisse Reziprozität der Festsetzung der Terminierungsgebühren in Verhandlungen der verschiedenen Mobilfunkanbieter, wie sie im Verhältnis Mobilfunk/Festnetz nicht gegeben ist; siehe dazu unten Tz. 136.

¹¹³ Kruse, a.a.O., S. 205; Weizsäcker, a.a.O., S. 175.

zelne Kunde bei der Wahl eines Mobilfunkunternehmens keinen Grund hat, die Folgen seiner Wahl für die, die ihn anrufen wollen, angemessen zu berücksichtigen. Informelle Wechselbeziehungen in einer kleinen Gruppe (Familie, Verein, Freundeskreis) können bewirken, dass auch der, der angerufen wird, einer Überhöhung der Terminierungsgebühren gewahr wird; die Wirkung auf den Wettbewerb der Mobilfunkanbieter ist gleichwohl beschränkt, wenn die einzelnen Mitglieder der Gruppe ihre Mobilfunkanbieter nicht koordiniert und gleichzeitig, sondern unkoordiniert und ungleichzeitig wählen. In Anbetracht der von allen Mobilfunkanbietern praktizierten Diskriminierung zwischen "On Net"- und "Off Net"-Tarifen kann in diesem Fall die Gruppenzugehörigkeit eines Nachfragers sogar den Wettbewerb der Mobilfunkanbieter hemmen, da der Einzelne sich scheuen wird, einen anderen Mobilfunkanbieter zu wählen als den, bei dem die Mehrzahl seiner Gesprächspartner den Anschluss hat. Der dadurch begründete wettbewerbshemmende Effekt wäre vergleichbar dem wettbewerbshemmenden Effekt von Kosten des Anbieterwechsels für den einzelnen Nachfrager.¹¹⁴

212. Die Monopolkommission steht auch der Vorstellung kritisch gegenüber, dass die Verhaltensspielräume des einzelnen Mobilfunkanbieters bei der Festsetzung von Terminierungsentgelten durch mögliche Reaktionen der anderen Mobilfunkanbieter beschränkt werden.¹¹⁵ Nach dieser Vorstellung ist der einzelne Mobilfunkanbieter daran interessiert, dass andere Mobilfunkanbieter für die Terminierung in ihre Netze niedrige Gebühren vorsehen, damit er seinen eigenen Kunden entsprechend attraktive Angebote machen kann. Dieses Interesse wäre etwa zu vergleichen dem Interesse eines Autoproduzenten an niedrigen Preisen der Zulieferer. Anders als der Autoproduzent allerdings wäre der Mobilfunkanbieter nicht auf den Wettbewerb der Zulieferer angewiesen, sondern könnte im Rahmen von bilateralen Verhandlungen den Umstand nutzen, dass die eigenen Terminierungsleistungen ein Vorprodukt für den anderen Mobilfunkanbieter sind. Bei solch einer reziproken Festsetzung von Terminierungsentgelten in bilateralen oder multilateralen Verhandlungen der Mobilfunkanbieter habe der Einzelne keine Verhaltensspielräume, die den Befund der Marktbeherrschung rechtfertigen würden.

Unter den heutigen Rahmenbedingungen in Deutschland ist diese Überlegung für die Terminierung aus dem Festnetz in die Mobilfunknetze unerheblich. Da die Festnetzterminierungsentgelte der DTAG der Regulierung unterliegen, gibt es keine reziproke Festsetzung von Terminierungsentgelten in bilateralen oder multilateralen Verhandlungen der verschiedenen Netzbetreiber.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass bilaterale oder multilaterale Verhandlungen der verschiedenen Netzbetreiber auch Raum für Kartellisierungseffekte schaffen. Eine wechselseitige Vereinbarung von Terminierungsentgelten kann benutzt werden, um den Kunden überhöhte Preise abzuverlangen, die keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind, da die Preisüberhöhung des einen Unternehmens jeweils die Endkunden des anderen Unternehmens trifft.¹¹⁶ Zwar ließen frühere Überlegungen zu diesem Thema vermuten, dass solche Kartellisierungsanreize verschwinden, wenn die Mobilfunkanbieter ihren Kunden "zweistufige Tarife" abverlangen, die neben den leistungsabhängigen Komponenten auch eine Grundgebühr umfassen,¹¹⁷ doch hat sich inzwischen gezeigt, dass diese Vermutung nicht zutrifft, wenn der Wettbewerb der Mobilfunkanbieter um die Endkunden auch durch

114 Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten 1998/1999, Baden-Baden 2000, Tz. 42 ff.

115 Vgl. Weizsäcker, a.a.O.

116 Vgl. J.-J. Laffont, P. Rey, J. Tirole, Network Competition I: Overview and non-discriminatory pricing, in: Rand Journal of Economics, Vol. 29, 1998, S. 1-37.

117 Vgl. J.-J. Laffont, P. Rey, J. Tirole, Network Competition II: Price Discrimination, in: Rand Journal of Economics, Vol. 29, 1998, S. 38-56; J. Gans und S. King, Using 'bill and keep' interconnect agreements to soften network competition, in: Economics Letters, Vol. 71, 2001, S. 413-420.

Gruppenzugehörigkeiten (Familien, Vereine, Freundeskreise) der Nachfrager beeinflusst wird.¹¹⁸ Das mit der wechselseitigen Vereinbarung von Terminierungsentgelten verbundene Kartellisierungspotential ist daher grundsätzlich sehr ernst zu nehmen.

213. In welchem Ausmaß die Terminierungsentgelte tatsächlich überhöht sind, zeigt ein Vergleich mit den zurechenbaren Kosten. Die Terminierungsentgelte in deutschen Mobilfunknetzen betragen im Jahr 2002 zwischen etwa 14 und knapp 18 Cent (vgl. *Tabelle 13*).

Tabelle 13:

Entwicklung der Terminierungsentgelte in Deutschland 1998 bis 2002 (in Cent pro Minute)¹

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>
T-Mobile	27,86	27,86	17,09	14,39	14,30
Vodafone	28,44	28,44	28,51	15,42	14,30
E-Plus	42,60	42,60	42,68	19,03	16,94
O ₂	29,24	29,24	29,32	18,77	17,88

¹ Kalkulation auf der Basis der O3-Tarife minus 0,3 Cent für Transitleistungen. Bis zum 31. Januar 2000 wurden die Terminierungsentgelte nach peak und off-peak differenziert (70 % peak und 30 % off-peak). Die ausgewiesenen Werte sind mit den Monaten der Geltungszeit in dem jeweiligen Jahr gewichtete Durchschnittswerte.

Quelle: wik-Consult

Zurechenbare Kosten der Terminierung in Mobilfunknetzen sind die zukunftsgerichteten langfristigen inkrementellen Kosten zuzüglich eines angemessenen Gemeinkostenzuschlages. Dazu liegen Berechnungen für die britischen Mobilfunknetze vor (vgl. *Tabelle 14*). Sie liefern Orientierungsgrößen für die Kostensituation bei der Terminierung in den deutschen Mobilfunknetzen.

Im Zeitraum zwischen 1993 bis 2002 sanken die langfristigen inkrementellen Kosten der Terminierung in den britischen Mobilfunknetzen kontinuierlich ab. Sie sind in einem Netz auf der Basis von GSM 900 MHz-Frequenzspektrum niedriger als in einem Netz auf der Basis von GSM 1800 MHz-Frequenzspektrum, was bei einer kostenorientierten Regulierung der Terminierungsentgelte berücksichtigt werden müsste. Im Durchschnitt über die Netze ergeben sich für Großbritannien im Jahr 2002/2003 mit 7 bzw. 7,8 Cent langfristige inkrementelle Kosten, die nur etwa halb so groß sind, wie die Terminierungsentgelte, die von deutschen Mobilfunknetzbetreibern gegenwärtig verlangt werden.

¹¹⁸ Vgl. M. Cherdron, Interconnection, Termination-Based Price Discrimination, and Network Competition in a Mature Telecommunications Market, Arbeitspapier Graduiertenkolleg gkwp-no.2000-03, Mannheim 2000, <http://www.vwl.uni-mannheim.de/gk/>.

Tabelle 14:

**Langfristige inkrementelle Kosten¹ der Terminierung
(inklusive normaler Profite und einem Zuschlag für Gemeinkosten)
in Mobilfunknetzen in Großbritannien 1993 bis 2002 (Cent/Minute)**

	Mobilfunknetzbetreiber nutzt GSM 900 und GSM 1800		Mobilfunknetzbetreiber nutzt ausschließlich GSM 1800		Einfacher Durchschnitt	
	a)	b)	a)	b)	a)	b)
1993/1994	17,6	19,5	21,6	24,0	19,6	21,7
1994/1995	17,0	18,9	21,3	23,6	19,1	21,2
1995/1996	15,0	16,6	19,0	21,1	17,6	18,8
1996/1997	12,0	13,3	16,5	18,3	14,2	16,8
1997/1998	10,5	11,7	12,0	13,2	11,2	12,4
1998/1999	9,0	10,0	11,2	12,4	16,1	11,2
1999/2000	8,1	9,0	10,1	11,2	9,1	10,1
2000/2001	7,4	7,7	9,1	10,1	8,2	8,9
2001/2002	7,2	8,0	9,0	10,0	8,1	9,0
2002/2003	6,3	7,0	7,8	8,7	7,0	7,8
a) unverändert		b) angepasst (+11 %)				

¹ Langfristige inkrementelle Kosten sind sämtliche (variable und fixe) Kosten, die bei einer Angebotsausweitung um eine zusätzliche Einheit entstehen.

Quelle: Competition Commission (2003), Reports on references under section 13 of the Telecommunications Act 1984 on the charges made by Vodafone, O₂, Orange and T-Mobile for termination calls from fixed and mobile networks sowie Daten aus OFTEL (2001), Review of Charge Control on Call to Mobiles, September 26th. Einige weiter zurückliegende Daten wurden einer Abbildung entnommen, so dass geringfügige Ungenauigkeiten denkbar sind. Zitiert nach: O. Bomsel et al., How mobile termination charges shape the dynamics of the telecom sector, Final report, July 9th 2003, S. 42 ff.

214. Für die Festnetzbetreiber sind die Terminierungsentgelte der Mobilfunknetzbetreiber Kostenbestandteile, die sie ihren Kunden in Rechnung stellen. Überhöhte Terminierungsentgelte führen zu einer Subventionierung des Mobilfunks durch diejenigen Kunden, die Mobilfunkanschlüsse über das Festnetz anrufen. Auf der Basis der für Großbritannien ermittelten langfristigen inkrementellen Kosten der Terminierung haben Bomsel et al. die Höhe der jährlichen Nettotransfers vom Festnetz in den Mobilfunk für unterschiedliche Netzkonfigurationen in Großbritannien, Frankreich und Deutschland näherungsweise berechnet (vgl. *Tabelle 15*).¹¹⁹

¹¹⁹ O. Bomsel et al., How mobile termination charges shape the dynamics of the telecom sector, Final report, July 9th 2003, S. 42 ff.

Tabelle 15:

Jährliche Nettozahlungsströme vom Festnetz in den Mobilfunk in Deutschland¹

	1998	1999	2000	2001	2002	Total
Auf der Grundlage des Oftel-Kostenmodells (Terminierung in ein Netz mit 900/1800 MHz Spektrum)	0,97	1,66	2,00	1,00	1,08	6,70
Auf der Grundlage des Oftel-Kostenmodells (Terminierung in ein Netz mit 900 oder 900/1800 MHz Spektrum (Durchschnitt))	1,02	1,80	1,92	0,89	0,99	6,62
Auf der Grundlage des CC-Kostenmodells (Terminierung in ein Netz mit 900/1800 MHz Spektrum)	0,92	1,59	1,92	0,90	0,99	6,32
Auf der Grundlage des CC-Kostenmodells (Terminierung in ein Netz mit 900 oder 900/1800 MHz Spektrum (Durchschnitt))	0,98	1,75	1,82	0,78	0,88	6,22
(in Milliarden Euro \approx , 2000 Preise)						

¹ Berechnet als: Terminierungsentgelte in Mobilfunknetzen pro Minute minus der Kosten der Terminierung in Mobilfunknetzen pro Minute multipliziert mit dem Verkehrsvolumen aus dem Festnetz in die Mobilfunknetze abzüglich der Terminierungsentgelte im Festnetz pro Minute minus der Kosten der Terminierung im Festnetz pro Minute multipliziert mit dem Verkehrsvolumen aus den Mobilfunknetzen in das Festnetz.

Quelle: O. Bomsel et al., How mobile termination charges shape the dynamics of the telecom sector, Final report, July 9th 2003, S. 50.

Für Deutschland ergibt sich für die Jahre 1998 bis 2002 ein Nettotransfervolumen von mehr als 6 Mrd. €, welches vornehmlich für Handysubventionen genutzt wurde und wird.¹²⁰ Selbst wenn eine solche Subventionierung während der Phase des Netzaufbaus und der Marktdurchdringung des Mobilfunks mit Blick auf die dadurch hervorgerufenen positiven Netzexternalitäten gerechtfertigt gewesen sein sollte, führt sie heute zu Fehlallokationen und Wettbewerbsverzerrungen. Mittlerweile hat die Teilnehmerzahl im Mobilfunk die des Festnetzes in Deutschland erheblich überschritten. Die Umsätze liegen nahezu gleichauf. Es ist nicht auszuschließen, dass das wohlfahrtsökonomisch wünschenswerte Penetrationsniveau auf dem deutschen Mobilfunkmarkt bereits überschritten ist. Die möglicherweise mit einem Abbau der Subventionen verbundenen negativen Effekte auf die Penetration wären somit nicht unbedingt negativ zu beurteilen.

215. Die Bundesregierung lehnt die präventive Regulierung der Terminierungsentgelte der Mobilfunknetzbetreiber mit dem Argument ab, dass das Niveau der Terminierungsentgelte im internationalen Vergleich auch ohne Regulierung niedrig sei.¹²¹ *Abbildung 1* bestätigt, dass die Terminierungsentgelte in Deutschland unterhalb des EU-Durchschnitts liegen. Daraus kann jedoch nicht der

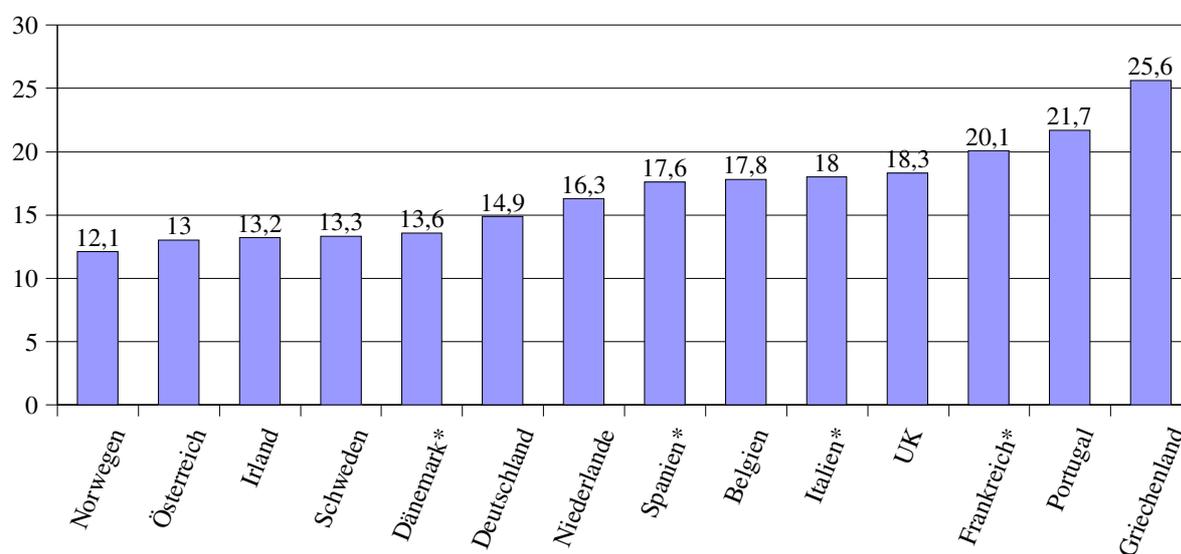
¹²⁰ Für die drei Länder insgesamt ergibt sich eine Summe zwischen 17,3 und 19,3 Mrd. €.

¹²¹ Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post 2000/2001 und zum Sondergutachten der Monopolkommission, "Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand" vom 18. Dezember 2002, S. 18 f.

Schluss gezogen werden, dass die Tarife kostenorientiert sind oder kein Wettbewerbsproblem vorliegt. Die dem Vergleich zugrunde liegenden Terminierungsentgelte in den anderen europäischen Staaten werden ebenfalls nicht reguliert und sind aller Voraussicht nach ebenso überhöht wie in Deutschland, Großbritannien und Frankreich. Inzwischen findet einzig in Großbritannien eine kostenbasierte Regulierung der Entgelte statt. Dort hat die Competition Commission im Zusammenhang mit ihren Berichten nach Section 13 des Telecommunication Act von 1984 im Frühjahr 2003 vorgeschlagen, die Terminierungsentgelte von O₂, Vodafone, Orange und T-Mobile bis Mitte 2003 um jeweils 15 % zu senken. In den folgenden drei Price-Cap-Perioden bis 2006 sollen O₂ und Vodafone weitere Preissenkungen in Höhe von jährlich 15 % sowie Orange und T-Mobile von jährlich 14 % auferlegt werden.

Abbildung 1:

Terminierungsentgelte im internationalen Vergleich (Stand: April 2002)



Quelle: wik-Consult

216. Der vorliegende Regierungsentwurf zum Telekommunikationsgesetz schränkt die Regulierung der Terminierungsentgelte nach § 28 Abs. 4 TKG-RE dadurch ein, dass eine Genehmigungspflicht lediglich dann vorgesehen ist, wenn ein Netzbetreiber sowohl auf dem Vorleistungsmarkt für die Terminierung als auch auf dem zugehörigen Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die Monopolkommission lehnt das Prinzip einer Doppelmarktbeherrschung ab. Es unterstellt wettbewerbliche Wirkungszusammenhänge zwischen dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste und dem Vorleistungsmarkt für die Terminierung von Gesprächen in dem einzelnen Netz, die tatsächlich nicht bestehen. Darüber hinaus bestehen erhebliche Zweifel, ob diese Regelung mit den Vorgaben des europäischen Telekommunikationsrechts vereinbar ist.

217. Zur Rechtfertigung überhöhter Terminierungsentgelte wird häufig darauf verwiesen, dass diese Erträge zur Finanzierung der Mobilfunknetze, insbesondere der später in den Markt gekommenen Unternehmen, benötigt werden. Hohe Terminierungsentgelte als Finanzierungsgrundlage der Netze geben den Unternehmen die Möglichkeit, Handys zu subventionieren und den eigenen Endkunden

auch sonst relativ günstige Konditionen zu gewährleisten. Hohe Terminierungsentgelte fördern damit den Wettbewerb im Mobilfunk und führen indirekt zu einer höheren Penetrationsrate, was volkswirtschaftlich sinnvoll ist, solange noch keine Marktsättigung eingetreten ist.

Unter Effizienzgesichtspunkten wird diese Argumentation zuweilen mit einem Verweis auf sog. Ramsey-Boiteux-Preise verknüpft.¹²² Eine Marge zwischen Preisen und Grenzkosten sei gerechtfertigt, wenn man hohe Deckungsbeiträge braucht, um die Fixkosten der Tätigkeit im Markt zu finanzieren; hier ist vor allem an die Kosten der Netze zu denken. Nach der sog. "Elastizitätenregel" von Ramsey und Boiteux sollte die Marge zwischen Preisen und Grenzkosten bei den Leistungen besonders hoch sein, bei denen die Nachfrage unelastisch ist; bei Leistungen mit elastischer Nachfrage dagegen sollte die Marge relativ niedrig sein. Die mit der Erwirtschaftung der erforderlichen Deckungsbeiträge insgesamt verbundenen realen Substitutionseffekte und die mit diesen Substitutionseffekten verbundenen Wohlfahrtsverluste würden dadurch minimiert. Wenn die Mobilfunkunternehmen eine Preispolitik mit hohen Margen bei der Terminierung und niedrigen Margen bei Handykosten, Grundgebühren und eigenen Gesprächspreisen verfolgen, so entspräche dies genau dieser "Elastizitätenregel".

218. Nach Auffassung der Monopolkommission ist diese Argumentation nicht stichhaltig. Sie beruht auf einem Missverständnis der Analyse von Boiteux, auf die man sich beruft.¹²³ Diese behandelt den Fall eines Monopolunternehmens, das als öffentliches Unternehmen nicht den Monopolgewinn maximiert, sondern lediglich die Deckungsbeiträge zur Finanzierung seiner Fixkosten erwirtschaften muss. Im Mobilfunkmarkt dagegen haben wir es mit mehreren Unternehmen zu tun, die im Übrigen nicht nur ihre Kosten decken, sondern darüber hinaus auch Gewinne erzielen wollen. Da es mehrere Unternehmen gibt, reflektieren die vom einzelnen Unternehmen wahrgenommenen Nachfrageelastizitäten nicht nur die Preiselastizität der Endkundennachfrage als solche, sondern auch den Wettbewerb der Mobilfunkanbieter. Wenn ein Mobilfunkanbieter sich scheut, eine hohe Grundgebühr zu verlangen, weil er befürchtet, dass er dann keine Kunden bekommt, so beruht die von ihm wahrgenommene hohe Elastizität der Nachfrage nach seinem Produkt darauf, dass die Kunden zu einem Wettbewerber gehen, nicht aber darauf, dass sie auf den Mobilfunkanschluss gänzlich verzichten. Die für die Preissetzung der einzelnen Mobilfunkanbieter maßgeblichen Elastizitäten reflektieren *nicht* die realen Substitutionseffekte, die im Zentrum von Boiteux' Wohlfahrtsanalyse stehen, sondern nur die für die Wohlfahrtsanalyse sehr viel weniger bedeutsamen Effekte des Wechsels von einem Anbieter zum anderen, ohne dass auf das Produkt verzichtet würde. Der Befund hoher Terminierungsgebühren und niedriger Grundgebühren im Mobilfunk ist daher nicht als Beispiel für die Anwendung von Boiteux' Elastizitätenregel zu sehen. Im Übrigen gäbe auch eine Einhaltung der Elastizitätenregel nur wenig Aufschluss über die Angemessenheit von Preisen, denn die Elastizitätenregel betrifft nur die Struktur, nicht aber die Höhe der Preise. Ein gewinnmaximierender Monopolist wird die Elastizitätenregel immer einhalten – allerdings auf einem höheren Niveau als Boiteux' an Kostendeckung interessiertes Unternehmen.

219. Auch das Argument, die hohen Terminierungsgebühren würden benötigt, um die Mobilfunknetze zu finanzieren, ist nicht ohne weiteres stichhaltig. Dass die zu finanzierenden Investitionen volkswirtschaftlich sinnvoll sind, kann nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden. Vielleicht würden

¹²² Vgl. J. Haucap, The Economics of Mobile Telephone Regulation, Universität der Bundeswehr Hamburg, Fächergruppe Volkswirtschaftslehre, Discussion Paper No. 4, June 2003.

¹²³ Vgl. M. Boiteux, Sur la gestion des monopoles publics astreints à l' équilibre budgétaire, in: *Econometrica*, Vol. 24, 1956, S. 22-40. Boiteux' Analyse ist eng verwandt der schon in den zwanziger Jahren von Ramsey entwickelten Analyse optimaler indirekter Besteuerung zur Deckung eines gegebenen staatlichen Finanzierungsbedarfs, daher der Name Ramsey-Boiteux-Preise.

die dafür erforderlichen Ressourcen ja besser an anderer Stelle eingesetzt. Auch hier ist der Verweis auf Boiteux fehl am Platz. Wenn ein Unternehmen als einziges Unternehmen in einem Markt tätig ist, so gilt automatisch, dass der Aufwand der fixen Kosten volkswirtschaftlich sinnvoll ist, wenn diese Kosten über die Erlöse am Markt gedeckt werden können. Dies gilt auch dann, wenn das Unternehmen Monopolpreise verlangt, denn der Nutzen, den die Nachfrager aus dem Angebot des Unternehmens ziehen, übersteigt auf jeden Fall den Betrag, den sie dafür bezahlen, und somit die Kosten der Bereitstellung. Es ist dies dasselbe Argument, mit dem man auch begründet, warum es sinnvoll ist, einem Erfinder vermittelt eines Patents ein Monopolrecht zur Nutzung seiner Erfindung einzuräumen.

Stehen allerdings mehrere Unternehmen im Wettbewerb, so ist dieses Argument nicht mehr ohne weiteres zu verwenden. Wenn ein zweites, drittes oder viertes Unternehmen in einen Markt hineinkommt, so ist der Nutzengewinn der Nachfrager gewöhnlich um einiges kleiner als bei dem ersten Unternehmen, das ein Produkt überhaupt anbietet. Wichtiger noch, wenn ein zweites, drittes oder viertes Unternehmen in einen Markt hineinkommt, so ergeben sich negative Rückwirkungen auf die schon im Markt befindlichen Unternehmen, die es nunmehr schwerer haben, ihre Kosten zu decken ("business stealing effect"). Anders als beim ersten Unternehmen im Markt ist daher der Erlös, den das neue Unternehmen erzielen kann, *nicht* automatisch als Untergrenze für den volkswirtschaftlichen Nutzen des Marktzutritts zu betrachten. Es ist daher ohne weiteres möglich, dass ein Investitionsaufwand, der betriebswirtschaftlich als rentabel erscheint, gleichwohl volkswirtschaftlich nicht sinnvoll ist. Eine solche Diskrepanz von betriebswirtschaftlicher und volkswirtschaftlicher Rationalität ist um so eher zu erwarten, je weniger das neue Angebot sich von den bereits am Markt bestehenden Angeboten qualitativ abhebt und je mehr die fixen Kosten der für den Marktzutritt erforderlichen Investition relativ zu den Erlösmöglichkeiten ins Gewicht fallen.¹²⁴

220. Im Fall des Mobilfunks ist in diesem Zusammenhang noch der weitere Umstand zu berücksichtigen, dass ein neues Angebot im Markt nicht nur die Kunden des Anbieters und die Wettbewerber, sondern auch die potentiellen Gesprächspartner der Kunden betrifft. Benutzt ein neu in den Markt gekommenes Unternehmen hohe Terminierungsentgelte, um sein Netz zu finanzieren und mit günstigen Angeboten neue Kunden zu werben, so bewirkt jeder Wechsel eines Kunden von einem anderen Anbieter zu diesem Anbieter, dass die Leute, die diesen Kunden anrufen wollen, höhere Terminierungsentgelte bezahlen müssen. Ökonomisch sind dies negative externe Effekte. Diskriminiert das Unternehmen zwischen "On-net"- und "Off-net"-Terminierungsgebühren, so gilt diese Aussage nur für die Kunden anderer Anbieter. Die Kunden des Anbieters, zu dem jemand wechselt, können für Anrufe zu dieser Person mit niedrigeren Terminierungsgebühren rechnen. Damit bewirkt der Wechsel aus der Sicht der eigenen Kunden positive externe Effekte. Welcher Effekt überwiegt? Der Nettoeffekt wird vom Marktanteil des betreffenden Mobilfunkanbieters abhängen. Gerade bei einem kleinen Marktanteil ist allerdings zu erwarten, dass der negative externe Effekt der Anwerbung eines neuen Kunden auf die Kunden der anderen Mobilfunkanbieter den positiven externen Effekt auf die eigenen Kunden überwiegt.

Im Mobilfunk würde der "business stealing effect" des Marktzutritts demnach nicht nur die anderen Unternehmen am Markt, sondern auch die Kunden dieser anderen Unternehmen betreffen. Die Aussage, eine Investition, die sich betriebswirtschaftlich rentiert, sei notwendigerweise auch volkswirtschaftlich sinnvoll, wird dadurch weiter unterminiert. Wenn die Anwerbung eines Kunden durch den Mobilfunkanbieter den Gesprächspartnern dieses Kunden zusätzliche Kosten aufbürdet, gegen

¹²⁴ Vgl. G. Mankiw und M. Whinston, M., Free entry and social inefficiency, in: Rand Journal of Economic, Vol. 17, 1986, S. 48-58.

die sich nicht wehren können, so tätigen der Mobilfunkanbieter und sein Kunde letztlich ein Geschäft zulasten Dritter. Die volkswirtschaftliche Bewertung zusätzlicher Angebote, die so finanziert werden, ist zweifelhaft.

221. Ob in diesem Zusammenhang der Investitionsaufwand eines zusätzlichen Anbieters als volkswirtschaftlich sinnvoll zu betrachten ist, hängt davon ab, ob der Nutzengewinn der Kunden dieses Anbieters die negativen externen Effekte auf die anderen Anbieter *und deren Kunden* überwiegt oder nicht. Diese Abwägung wiederum hängt unter anderem davon ab, inwiefern das zusätzliche Angebot sich von den bereits am Markt bestehenden Angeboten qualitativ abhebt und – abgesehen von den vorstehend beschriebenen Effekten – auch dazu dient, dass überhaupt neue Kundenschichten erschlossen werden. Insoweit gänzlich neue Kundenschichten erschlossen werden, können auch die Kunden anderer Netze – mobil wie fest – dankbar sein, dass sie diese nun mobil erreichen können, wenn auch zu hohen Preisen. Insofern sich das zusätzliche Angebot qualitativ von den bestehenden Angeboten abhebt, ist der Nutzenzuwachs der Kunden, deren Bedürfnisse bei den bestehenden Anbietern nicht genügend zur Geltung kamen, höher zu veranschlagen als nur die Kostensparnis aufgrund intensiveren Preiswettbewerbs der Anbieter.

Im vorliegenden Zusammenhang ist allerdings zu bezweifeln, dass Qualitäts- und Marktausweitungseffekte die Auswirkungen der beschriebenen negativen externen Effekte ausgleichen können. Gegen die Annahme bedeutsamer Qualitätseffekte spricht der Umstand, dass das Produkt Mobilfunkkommunikation im Querschnitt über die verschiedenen Netzbetreiber verhältnismäßig homogen ist. Gegen die Annahme bedeutsamer Qualitätsausweitungseffekte spricht die hohe Penetrationsrate, die im Mobilfunk in Deutschland bereits höher liegt als im Festnetz.

Daher ist nicht auszuschließen, dass die beschriebenen negativen externen Effekte die Qualitäts- und Marktausweitungseffekte überwiegen und die in Terminierungs-, Verbindungs- und Anschlussmärkten zu erwirtschaftenden Erlöse den volkswirtschaftlichen Nutzen der zusätzlichen Netze übersteigen, d.h. dass die vom Markt gegebenen Signale aus volkswirtschaftlicher Sicht zu hohe Anreize für Investitionen in Mobilfunknetze setzen. Solche Fehlanreize, die es grundsätzlich in allen Märkten geben kann, werden im Mobilfunkmarkt durch die Möglichkeit der Monopolpreissetzung bei der Terminierung verstärkt mit der Folge, dass die Telekommunikationsnutzer selbst dadurch belastet werden.

222. Beim Übergang zu einer kostenbasierten Regulierung der Terminierungsentgelte ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Geschäftsmodelle der Unternehmen bislang davon ausgehen, dass erhebliche Beiträge zur Deckung der Netzkosten aus den Terminierungsentgelten zur Verfügung stehen. Dies gilt insbesondere für die kleinen Netzbetreiber, die weniger als die großen auf die eigenen Kundenstämme zurückgreifen können, um ihre Netze zu finanzieren. Von den kleineren Netzbetreibern E-Plus und O₂ sind in den letzten Jahren die wesentlichen Wettbewerbsimpulse ausgegangen. Daher steht die Befürchtung im Raum, dass eine kostenbasierte Regulierung der Terminierungsentgelte den Konsolidierungsdruck erhöhen und zu Austritten der schon im Markt befindlichen kleineren Netzbetreiber führen könnte.

Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass man den Geschäftsmodellen der Unternehmen im Markt nicht von einem Tag auf den anderen die Grundlage entziehen sollte. Daraus folgt aber *nicht*, dass eine kostenbasierte Regulierung der Terminierungsentgelte grundsätzlich abzulehnen ist. Vielmehr sollte der Übergang zu einer solchen Regulierung allmählich erfolgen, so dass die Unternehmen sich darauf einrichten können.

Für einen allmählichen Übergang bietet das Verfahren der Price-Cap-Regulierung einen geeigneten Rahmen. Dabei sollten die Terminierungsentgelte nicht mit anderen Vorleistungen zusammengefasst, sondern in einem Ein-Produkt-Korb erfasst werden. Vorstellbar ist, dass der individuellen wirtschaftlichen Situation der verschiedenen Unternehmen dadurch Rechnung getragen wird, dass die Parameter im Price-Cap-Regime unternehmensspezifisch festgelegt werden. Jedoch sollte der zeitliche Rahmen bis zum Erreichen des kostenorientierten Entgeltniveaus bei allen Netzbetreibern gleich sein. Als Grundlage für die Festsetzung der Maßzahlen des Price-Cap-Regimes stehen unter anderem analytische Kostenmodelle zur Bestimmung der langfristigen inkrementellen Kosten der Mobilfunknetze und der Terminierung zur Verfügung.

223. In der grundsätzlichen Frage, ob eine kostenbasierte Regulierung der Terminierungsentgelte zulasten des Wettbewerbs im Mobilfunk gehen könnte, ist die Monopolkommission vergleichsweise optimistisch. Die auf politischen Druck erfolgte Halbierung der Terminierungsentgelte in Deutschland in den Jahren 2000 und 2001 konnte von den Netzbetreibern durch Anpassungsmaßnahmen kompensiert werden, ohne dass es erkennbare Auswirkungen auf deren Wettbewerbsposition gegeben hätte. Dies gilt auch für E-Plus als kleineren Netzbetreiber, bei dem wegen des hohen Ausgangsniveaus die Preissenkungen noch deutlich drastischer ausfielen als bei den Konkurrenten. E-Plus konnte seine Marktstellung seither nicht nur halten, sondern noch weiter ausbauen. Die Monopolkommission ist sich bewusst, dass die erfolgreiche Anpassung an diese Preissenkung nicht automatisch auf den Erfolg der Anpassung an weitere Preissenkungen schließen lässt. Sie betrachtet die beschriebene Erfahrung aber als Beleg für die Anpassungsfähigkeit der Unternehmen im Markt.

Sollte sich allerdings herausstellen, dass nach einem allmählichen und mittelfristig vorhersehbaren Übergang zu einer kostenbasierten Regulierung der Terminierungsentgelte ein Mobilfunkbetreiber nicht im Markt überleben kann, so kann dies in Anbetracht der im Mobilfunk vorhandenen Skaleneffekte volkswirtschaftlich durchaus effizient sein. Wie oben in Tz. 218 f. ausgeführt wurde, ist ein Wettbewerb in den Endkundenmärkten kritisch zu sehen, wenn die betreffenden Unternehmen ihre Kosten nur aufgrund der Terminierungsmonopole decken können.

9. Zusammenfassung der Einschätzungen und Empfehlungen

224. Der Wettbewerb auf den Märkten der Festnetztelefonie hat sich in den vergangenen zwei Jahren weiterentwickelt. Die Konkurrenten der DTAG konnten im Bereich der Fern- und Auslandsgespräche ihre Marktposition festigen. Nach der Einführung der Betreibervorauswahl nimmt der Wettbewerb bei Ortsgesprächen spürbar zu. Bei den Vorleistungen nehmen die Abhängigkeiten von der DTAG ab, soweit die alternativen Anbieter die eigenen Netzinfrastrukturen weiter ausbauen. Dies geschieht weiterhin vorwiegend auf der Ebene der Fernnetze und hier vor allem auf den Haupttrassen zwischen und in Großstädten und Ballungszentren. Um bundesweit flächendeckend Ortsgespräche anbieten zu können, treiben einzelne Verbindungsnetzbetreiber den Ausbau ihrer Netze auch in der Fläche voran.

Keine Wettbewerbsfortschritte gibt es auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse und beim entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. Hier konnte die DTAG ihre faktische Monopolstellung behaupten. Dasselbe gilt für den breitbandigen Internetzugang.

Trotz der in Teilbereichen zunehmenden Wettbewerbsintensität besteht weiterhin kein funktionsfähiger Wettbewerb bei den Teilnehmeranschlüssen und Ortsgesprächen sowie dem größten Teil der Vorleistungen. Bei den Fern- und Auslandsgesprächen ist die Rückführung der Regulierung möglich, wenn sichergestellt ist, dass es keine Quersubventionierung von Leistungen aus Monopolbereichen gibt und die regulatorischen Voraussetzungen für eine wirksame Kontrolle der Bündelproblematik geschaffen werden. Im Einzelnen ergeben sich folgende Einschätzungen und Empfehlungen.

225. Die Regulierung von *Vorleistungen* ist unverzichtbar, solange das Angebot der Wettbewerber auf den Endkundenmärkten der Festnetztelefonie nur unter Rückgriff auf die Infrastruktur der DTAG bestehen kann. Dies gilt weiterhin ohne Einschränkungen für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, für lokale und regionale Zusammenschaltungsleistungen sowie für Fakturierungs- und Inkassoleistungen. Die Abhängigkeit der Wettbewerber von Vorleistungen der DTAG geht dort zurück, wo eigene Infrastrukturen ausgebaut werden. Dies geschieht bei den Verbindungsnetzen auf der Fernebene und zunehmend auch bei den regionalen Verbindungsnetzen. In der Folge nehmen die Abhängigkeiten derjenigen Anbieter, die in eigene Netze investieren, bei den Zusammenschaltungsleistungen auf der Fern- und regionalen Ebene sowie bei den Mietleitungen auf diesen Netzebenen spürbar ab. Um nach der Einführung der Betreibervorauswahl bundesweit flächendeckend Ortsgespräche anbieten zu können, haben einzelne Anbieter ihre Netze in der Fläche so weit ausgebaut, dass sie keine Transitleistungen der DTAG mehr benötigen und nur noch die lokalen Zusammenschaltungsleistungen Zuführung und Terminierung beziehen. Die Monopolkommission empfiehlt gleichwohl die Beibehaltung der Zusammenschaltungsregulierung. Dafür spricht die überragende Bedeutung, die die Zusammenschaltung für den Wettbewerb bei den Verbindungsleistungen hat. Dafür spricht auch, dass die alternativen Anbieter den Ausbau ihrer Netze für die eigenen Zwecke vornehmen und keine alternative Zusammenschaltungsplattform in Konkurrenz zu dem Netz der DTAG errichten. Eine Einschränkung der Regulierung von Zusammenschaltungsleistungen würde diejenigen Anbieter gefährden, die ihren Infrastrukturausbau noch nicht vorangehen haben oder deren Geschäftsmodell einen entsprechenden Netzausbau nicht vorsieht.

226. Bei *Mietleitungen* auf der Fernnetzebene, insbesondere auf den Haupttrassen zwischen und innerhalb von Großstädten und Ballungszentren, hatte die Monopolkommission bereits vor zwei Jahren einen funktionsfähigen Wettbewerb festgestellt. An diesem Befund hat sich nichts geändert. Die Rückführung der präventiven Entgeltregulierung für diese Leistungen ist möglich. Weniger eindeu-

tig zu beurteilen ist die Situation in den übrigen Segmenten des Mietleitungsmarktes. Betrachtet man die Entwicklung der Marktanteile auf dem Gesamtmarkt für Mietleitungen, nimmt die Bedeutung alternativer Anbieter spürbar zu. Dagegen zeigt die differenzierte Untersuchung einzelner Marktsegmente durch die Regulierungsbehörde, dass die DTAG insbesondere bei den Mietleitungen mit niedrigen Übertragungskapazitäten weiterhin faktisch Alleinanbieter ist. Die Monopolkommission zögert, vor diesem Hintergrund bereits den vollständigen Verzicht auf eine präventive Entgeltregulierung bei den Mietleitungen zu empfehlen. Die Entlassung einzelner Marktsegmente aus der Regulierung wird ohnehin auf der Grundlage des geltenden Rechts erfolgen, sobald die RegTP im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt feststellt, dass keine Marktbeherrschung mehr besteht. Einen Handlungsbedarf für den Gesetzgeber sieht die Monopolkommission erst dann, wenn der Wettbewerb auf dem gesamten Mietleitungsmarkt funktionsfähig ist.

227. Bei den *Endkundenleistungen* entwickelt sich der Wettbewerb weiterhin unterschiedlich. Während die faktische Monopolstellung der DTAG bei den Teilnehmeranschlüssen unangetastet bleibt, konnten die alternativen Anbieter ihre Marktposition bei den Fern- und Auslandsgesprächen festigen und bei den Ortsgesprächen, nach der Einführung der Betreibervorauswahl, deutlich ausbauen. Die Monopolkommission hatte bei den *Fern- und Auslandsgesprächen* bereits vor zwei Jahren die Rückführung der Regulierung unter den Voraussetzungen für möglich gehalten, dass (i) Klarheit darüber besteht, dass der Konsolidierungsprozess in der Telekommunikation nicht zu einer Remonopolisierung der Märkte führt und dass (ii) durch flankierende Maßnahmen sichergestellt ist, dass die DTAG ihr Quasimonopol bei den Teilnehmeranschlüssen nicht dazu nutzen kann, den Wettbewerb bei den Ferngesprächen wieder zu reduzieren. Die Unsicherheit über den Verlauf der Konsolidierung ist heute überwunden. Zwar ist die Anzahl der Anbieter im Markt leicht zurückgegangen, die verbleibenden Unternehmen sind aber offenbar gestärkt aus dem Konsolidierungsprozess hervorgegangen. Dafür spricht, dass die alternativen Anbieter ihre betriebswirtschaftliche Situation heute weniger negativ beurteilen als vor zwei Jahren und es durchaus Anbieter gibt, die mit dem Angebot von Telefondienstleistungen schwarze Zahlen schreiben.

Die Monopolkommission kann aus heutiger Sicht immer noch nicht mit letzter Sicherheit die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bei den Fern- und Auslandsgesprächen feststellen. Dagegen sprechen folgende Argumente: (i) Die DTAG ist auf diesen Märkten weiterhin deutlich marktbeherrschend, (ii) sie gewinnt aufgrund ihrer starken Position bei der Infrastruktur immer noch 50 % des Umsatzes, den sie bei den Endkundenleistungen an die Wettbewerber verliert, auf den Vorleistungsmärkten zurück, (iii) die Sicherheit der Kundenbeziehungen ist bei den Wettbewerbern eingeschränkt, soweit sie wie beim Call-by-Call keine unmittelbaren Kundenkontakte haben, (iv) die DTAG hat mit der Ausweitung des Angebots an Bündelprodukten und Optionstarifen ihrerseits die Bindung ihrer Kunden in den vergangenen zwei Jahren weiter erhöhen können. Gleichwohl geht die Monopolkommission davon aus, dass die Rückführung der Ex-ante-Entgeltregulierung bei den Fern- und Auslandsgesprächen unter den beiden Voraussetzungen möglich ist, dass gleichzeitig Vorkehrungen getroffen werden, die eine Quersubventionierung der gerade deregulierten Leistungen durch Leistungen im Monopolbereich verhindern, und dass die regulatorischen Voraussetzungen für eine wirksame Kontrolle der Bündelproblematik geschaffen werden.

228. Mit der Einführung der Betreibervorauswahl ab Ende April 2003 ist erstmals Wettbewerb bei *Ortsgesprächen* zu verzeichnen. Gegenwärtig zeichnet sich ab, dass die alternativen Anbieter durch Call-by-Call und Preselection vergleichsweise rasch Marktanteile gewinnen. Dies geschieht auf der Basis von teilweise deutlichen Preisabschlägen im Vergleich zu der DTAG. Die Monopolkommission geht aber nicht davon aus, dass die Wettbewerber bei den Ortsgesprächen kurzfristig vergleich-

bar hohe Marktanteile erreichen wie bei den Ferngesprächen. Wegen der Infrastrukturaufgabe des § 43 Abs. 6 TKG bleibt die Anzahl der bundesweit flächendeckend agierenden Wettbewerber bei den Ortsgesprächen zunächst gering. Hinzu kommt, dass die DTAG, anders als bei der Öffnung der Ferngesprächsmärkte, vergleichsweise rasch mit eigenen Preissenkungen und mit neuen Bündelanboten und Optionstarifen reagiert hat. Die Monopolkommission geht bei den Ortsgesprächen davon aus, dass der Wettbewerb zwar zunimmt, aber auf absehbare Zeit nicht das Niveau bei den Fern- und Auslandsgesprächen erreicht. Eine Rückführung der Ex-ante-Entgeltregulierung kann in dieser frühen Phase des Wettbewerbs bei den Ortsgesprächen nicht empfohlen werden.

229. Der *Mobilfunk* bildet nach Auffassung der Monopolkommission weiterhin ein eigenständiges Marktsegment und ist nicht Teil eines einheitlichen Marktes für Sprachtelefonie. Zwar gibt es Substitutionsbeziehungen zum Festnetz. Diese betreffen aber vor allem die Gespräche und weniger die Anschlüsse. Die Monopolkommission teilt die Auffassung von RegTP und Bundeskartellamt, dass auf dem Endkundenmarkt des Mobilfunks funktionsfähiger Wettbewerb herrscht.

Gleichwohl befindet sich der Mobilfunk gegenwärtig in einer Umbruchphase. Die weitere Entwicklung des Wettbewerbs hängt maßgeblich von einer erfolgreichen Umsetzung der dritten Mobilfunkgeneration UMTS ab. Die im Zuge der Lizenzvergabe erfolgte Ausweitung der Anzahl der Netzbetreiber auf sechs hat keinen Bestand, da zwei Anbieter ihre UMTS-Lizenzen wegen nicht erfüllter Lizenzauflagen wieder verlieren werden. Eine von der Monopolkommission in Auftrag gegebene Modellanalyse des Mobilfunkmarktes zeigt, dass weiterer Konsolidierungsbedarf besteht und eine nochmalige Reduzierung der Anzahl der Netzbetreiber nicht auszuschließen ist.

Im Fall des Marktaustritts von UMTS-Netzbetreibern steht die Frage der Neuverteilung der Lizenzen im Raum. Da UMTS-Lizenzen nicht an einen anderen Lizenznehmer fallen dürfen und wegen fehlender Nachfrage gegenwärtig auch nicht an ein sonstiges Unternehmen verkauft werden können, fallen die Lizenzen an den Bund zurück. Dieser kann die UMTS-Lizenzen entweder für eine Zeit vorhalten, um sie bei einer gegebenenfalls später bestehenden Nachfrage an Newcomer auf dem UMTS-Markt zu veräußern. Mit dieser Option hielte sich der Bund die Möglichkeit offen, dass die Zahl der Netzbetreiber durch den Zutritt von einem oder zwei Newcomern doch noch weiter erhöht werden kann. Oder die Lizenzen werden an die etablierten UMTS-Netzbetreiber vergeben. Dafür spricht, dass deren Netzaufbaukosten durch zusätzliches Frequenzspektrum gegebenenfalls verringert werden. Unabhängig davon, an wen und zu welchem Zeitpunkt die zurückfließenden Lizenzen bzw. Frequenzen neu vergeben werden, empfiehlt die Monopolkommission die Vergabe im Wege einer Auktion. Dabei ist das Auktionsdesign so zu gestalten, dass es im Zuge der Frequenzübertragung nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommt. Dies ist am ehesten gewährleistet, wenn nach der Neuverteilung jeder Netzbetreiber ein in etwa gleich großes Frequenzspektrum besitzt.

230. Die Monopolkommission hatte sich bereits in ihrem letzten Sondergutachten zur Telekommunikation für eine Ex-ante-Entgeltregulierung der *Terminierungsentgelte* der Teilnehmernetzbetreiber ausgesprochen, da jeder Netzbetreiber a priori Monopolist für das Angebot von Terminierung in seinem Netz ist. Die Kommission wiederholt diese Empfehlung. Für den Bereich des Mobilfunks in Deutschland zeigt eine Untersuchung der wik-Consult GmbH, dass die Terminierungsentgelte etwa um den Faktor zwei überhöht sind. Dies führt zu einer Subventionierung des Mobilfunks durch diejenigen Kunden, die Mobilfunkanschlüsse aus dem Festnetz anrufen. Auf der Grundlage der für die Mobilfunknetze in Großbritannien errechneten langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung errechnet sich für die deutschen Mobilfunknetze ein Nettotransfervolumen aus dem Festnetz von mehr als 6 Mrd. € in der Zeit von 1998 bis 2002, was erhebliche Wettbewerbsverzer-

rungen zur Folge hat. Die Monopolkommission spricht sich bei den Teilnehmernetzen für eine kostenbasierte Regulierung der Terminierungsentgelte aus. Das dagegen vorgebrachte Argument, überhöhte Terminierungsentgelte fließen in die Subventionierung der Handys und fördern indirekt über eine Erhöhung der Penetrationsrate den Wettbewerb im Mobilfunk, ist ebenso wenig überzeugend wie die Vorstellung, dass eine kostenbasierte Regulierung der Terminierungsentgelte vor allem zu Lasten der kleineren Netzbetreiber geht und damit indirekt den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten des Mobilfunks schwächt.

231. Das Festhalten der RegTP an der Price-Cap-Regulierung des Teilnehmeranschlusses ist exemplarisch für die Praxis, die vom Gesetz geforderte Orientierung der Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dadurch zu vermeiden, dass ein Entgelt der Price-Cap-Regulierung anstelle der Einzelpreisprüfung unterstellt wird. Zu beobachten ist das vor allem bei politisch umstrittenen Entgelten. Ohne eine vorangestellte Einzelpreisgenehmigung und die dort vorzunehmende Kostenprüfung bleibt im Rahmen der Price-Cap-Regulierung der Zusammenhang zwischen dem genehmigten Preis und den vom TKG geforderten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung vage. Zwar ist die Genehmigung eines Entgeltes auch im Rahmen der Price-Cap-Regulierung zu untersagen, wenn wettbewerbswidrige Preisabschläge oder Diskriminierungen "offenkundig" vorliegen. Doch im Price-Cap-Verfahren fehlen gewöhnlich die Informationen und die notwendige Zeit für eine Prüfung, die mehr als einen deklaratorischen Charakter hätte. Zudem ist die Stellung der Behörde im Verfahren der Einzelpreisregulierung stärker als im Rahmen der Price-Cap-Regulierung. Bei der Einzelpreisprüfung stehen weitaus detailliertere Kostenunterlagen zur Verfügung und das Unternehmen hat einen Anreiz, mit der Behörde zu kooperieren, da es die Genehmigung braucht, um die gewünschte Preisänderung vorzunehmen.

232. Nach § 24 Abs. 1 TKG sind bei der Entgeltregulierung die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zugrunde zu legen. Gemäß § 3 Abs. 2 TEntgV ergeben sich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Was unter einer angemessenen Verzinsung des angemessenen Kapitals zu verstehen ist, ist zwischen RegTP und DTAG strittig. In der Auseinandersetzung geht es einerseits um die Frage, ob Eigenkapital und Fremdkapital nach *Bilanzwerten* oder nach *Marktwerten* zu berücksichtigen sind, andererseits um die Frage, ob Risikoprämien im Rahmen eines *Marktansatzes* aufgrund von Marktdaten oder im Rahmen eines *Individualansatzes* anhand von subjektiven Risikoeinschätzungen zu bestimmen sind.

233. Die Monopolkommission hält sowohl die Position der RegTP als auch die Position der DTAG für problematisch. Zu kritisieren ist erstens, dass die Frage nach der angemessenen Risikoprämie losgelöst vom Regulierungskontext betrachtet wird, zweitens, dass im Umgang mit der Besteuerung der Interdependenz von Steuern und Kapitalkostensätzen nicht genügend Aufmerksamkeit geschenkt wird.

234. Die angemessene Risikoprämie ist nach Auffassung der Monopolkommission leistungsspezifisch zu bestimmen. Dazu kommt es nicht auf das Gesamtrisiko der DTAG an, sondern auf die spezifischen Risiken der Anlage, zu denen ein anderes Telekommunikationsunternehmen Zugang erhalten soll. Ist das leistungsspezifische Risiko, etwa bei der Kupferdoppelader der Teilnehmeranschlussleitung, relativ kleiner als das Risiko des Unternehmens insgesamt, so liegt die angemessene Verzinsung des dabei eingesetzten Kapitals unter dem durchschnittlichen Kapitalkostensatz des Unternehmens insgesamt. Der Umstand, dass der DTAG insgesamt aufgrund ihrer Investitionen in UMTS-Lizenzen oder bei VoiceStream von den Märkten bei Fremdkapital wie bei Eigenkapital ge-

wisse Risikoprämien auferlegt werden, darf nicht dazu führen, dass etwa die Mieter der Teilnehmeranschlussleitung die Risikoprämien für diese sonstigen Risiken der DTAG mitbezahlen müssen. Eine Bestimmung der Risikoprämie nach dem Gesamtrisiko des Unternehmens entspräche nicht den Vorgaben von Gesetz und Verordnung. Im Vertrauen darauf, dass Risikokosten sonstiger Engagements vom regulierten Bereich mitgetragen werden, hätte das Unternehmen auch falsche Anreize und würde tendenziell übermäßige Risiken eingehen.

235. Bei der Bestimmung von Risikomaß und Risikobewertung ist grundsätzlich auf die Verhältnisse am Kapitalmarkt abzustellen. Als angemessenes Risikomaß ist die Kovarianz der Erträge der spezifischen Investition mit den Erträgen auf das Marktportefeuille anzusehen, als Bewertungsfaktor der Marktpreis des Risikos. Die Kovarianz mit dem Marktportefeuille ist angemessen, weil sie der Risikobeurteilung der Kapitalgeber in den Märkten entspricht. Diese hängt nicht nur vom Risiko der DTAG und ihrer Investitionen, sondern vom Gesamtzusammenhang der Risiken der verschiedenen zur Verfügung stehenden Anlagemöglichkeiten ab. Der Marktpreis des Risikos ist deshalb angemessen, weil er das tatsächliche Verhalten der Anleger in den Kapitalmärkten widerspiegelt. Jeglicher Versuch der Bewertung von Risiken aufgrund nicht marktbezogener Größen birgt die Gefahr, dass die Bewertung mit dem Verhalten der Kapitalgeber und den Finanzierungsmöglichkeiten des Unternehmens nichts zu tun hat. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, d.h. der Maßstab des Gesetzes, würden dann nicht richtig erfasst.

236. Der Umstand, dass der Marktpreis des Risikos – wie andere Marktparameter auch – im Zeitablauf schwankt, steht dieser Einschätzung nicht entgegen. In diesem Punkt teilt die Monopolkommission das Anliegen der RegTP, dass regulatorisch gesetzte Preise nicht alle Schwankungen des Marktes mitmachen sollten. Sie ist aber der Auffassung, dass dieses Problem als solches thematisiert werden sollte, z.B. in einem explizit offen gelegten Verfahren der Bildung gleitender Durchschnitte; die grundsätzliche Angemessenheit von Marktansatz und Marktverfahren sollte dabei nicht infrage gestellt werden. Im Übrigen sollte an die Möglichkeit gedacht werden, eine gewisse Stabilisierung der Zugangsbedingungen auch dazu zu erreichen, dass die DTAG und ihre Wettbewerber auch längerfristige Verträge über die Bereitsstellung von Vorleistungen abschließen. Solche Verträge nähmen den Wettbewerbern das Risiko, dass die regulierten Entgelte im Zeitverlauf mit den Marktparametern schwanken. Der DTAG nähmen sie das mit der Investition in langlebige Infrastruktur verbundene Risiko, dass die Wettbewerber bei Veränderungen der Nachfrage, etwa aufgrund einer Verdrängung der Festnetztelefonie durch den Mobilfunk, die Zugangsleistungen nicht mehr in Anspruch nehmen wollen. Eine gewisse Teilung dieser Risiken durch längerfristige Verträge zwischen der DTAG und ihren Wettbewerbern sollte im beiderseitigen Interesse liegen.

237. Von der begrifflichen Frage nach angemessenem Risikomaß und Risikobewertungsfaktor zu trennen ist die Frage nach dem Verfahren zur Messung der Risiken. Die Messung anhand der in der Vergangenheit beobachteten Kovarianzen gibt einen Anhaltspunkt. Jedoch relativiert sich dessen Bedeutung, wenn davon auszugehen ist, dass historische Erfahrungen als Anhaltspunkt für zukünftige Entwicklungen nicht verlässlich sind. Hier kann es geraten sein, etwa hinsichtlich der mit dem Vordringen des Mobilfunks verbundenen Verdrängungsrisiken, auf subjektive Einschätzungen entsprechend dem Individualansatz zurückzugreifen. Allerdings ist auch dabei auf Kovarianzen mit dem Marktportefeuille abzustellen. Von der Monopolkommission beispielhaft vorgetragene Erwägungen zur Schätzung der leistungsspezifischen Risiken bei der Teilnehmeranschlussleitung lassen vermuten, dass diese Risiken – im Sinne der Kovarianz mit dem Marktportefeuille – vergleichsweise klein sind, auf jeden Fall deutlich kleiner als die Risiken des Unternehmens insgesamt.

238. In der Auseinandersetzung zwischen RegTP und DTAG spielt die Besteuerung nur eine untergeordnete Rolle. In den von RegTP und DTAG angewandten Verfahren jedoch spielt die Besteuerung eine große Rolle. Wenn der nach dem Kapitalmarktmodell errechnete Kapitalkostensatz für Eigenkapital mit einem Faktor zwischen 1,5 und 2,0 multipliziert wird, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Unternehmensgewinne der Körperschaftsteuer unterliegen, so ergeben sich hohe Vor-Steuer-Renditen für Eigenkapital und – je nach Gewichtung von Fremdkapital und Eigenkapital – hohe durchschnittliche Kapitalkosten des Unternehmens. Aus diesem Effekt gewinnt die Auseinandersetzung um Bilanzwertmethode versus Marktwertmethode ihre Brisanz.

Die Monopolkommission hält das beschriebene Verfahren jedoch für fehlerhaft. Es wird vernachlässigt, dass Fremdkapitalzinsen beim Kapitalgeber der Einkommensteuer unterliegen, die auf Gewinneinbehaltungen und das dadurch ermöglichte Unternehmenswachstum zurückgehenden Kapitalgewinne der Aktionäre außerhalb der Spekulationsfrist jedoch nicht. Bei angemessener Behandlung der Steuerproblematik erweisen sich die üblichen Korrekturfaktoren zur Berücksichtigung der Körperschaftbesteuerung als deutlich überhöht. In gewissen Konstellationen sollte es gar keiner Korrektur bedürfen; in diesen Situationen erübrigt sich die Diskussion um Marktwertmethode versus Bilanzwertmethode als Grundlage der Gewichtung von Fremdkapital und Eigenkapital bei der Ermittlung der angemessenen Kapitalkostensätze.

Im Übrigen betrifft das Effizienzerfordernis des Gesetzes auch die Form der Finanzierung. Wenn die Steuerbelastung des Unternehmens, insbesondere bei einbehaltenen Gewinnen, höher ist als bei anderen Finanzierungsformen, so ist die Effizienz der Finanzierung zu hinterfragen.

239. Die vorstehenden Überlegungen lassen vermuten, dass die bislang zwischen RegTP und DTAG diskutierten Kapitalkostensätze deutlich überhöht sind. Diese Einschätzung gründet sich darauf, dass erstens die anlagespezifischen Risiken und damit die angemessenen Risikoprämien im regulierten Bereich spürbar kleiner sind als im Unternehmen insgesamt und zweitens ein angemessener Umgang mit der Steuerproblematik auch darauf abstellen muss, dass Kapitalgewinne der Aktionäre jenseits der Spekulationsfristen keiner Besteuerung unterliegen. Beide Effekte fallen quantitativ deutlich ins Gewicht. Die zwischen RegTP und DTAG strittigen Fragen nach Bilanzwertmethode versus Marktwertmethode bzw. Individualansatz versus Marktansatz sind demgegenüber – bei korrektem Umgang mit Risiko- und Steuerproblematik! – von geringerer Bedeutung.

Teil II

Zementierung des Postmonopols

1. Vorbemerkungen

240. Mit diesem Sondergutachten nimmt die Monopolkommission zum dritten Mal Stellung zu der Frage, ob auf den Märkten des Postwesens ein funktionsfähiger Wettbewerb herrscht. Nach § 44 Postgesetz (PostG) in Verbindung mit § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz (TKG) legt die Kommission ihren Bericht alle zwei Jahre vor. Dieser beinhaltet eine Einschätzung der Wettbewerbsintensität auf den Postmärkten. Darüber hinaus kann der Bericht auf notwendige Konsequenzen für einzelne Regelungen des Postgesetzes verweisen und insbesondere darlegen, ob die Vorschriften zur Entgeltregulierung weiterhin erforderlich sind.

241. Im Berichtszeitraum bestand die Exklusivlizenz der Deutschen Post AG (DPAG) fort, deren Laufdauer bis zum Ende des Jahres 2007 befristet ist. Der Umfang der Exklusivlizenz wurde zum 1. Januar 2003 reduziert. Dennoch stellt sie weiterhin das grundlegende *Wettbewerbshemmnis* dar, welches die Entstehung von Wettbewerb weitgehend ausschließt. Vor diesem Hintergrund geht es in diesem Bericht lediglich darum, wie sich der Wettbewerb in den bereits geöffneten Nischenbereichen entwickelt hat. Darüber hinaus werden aktuelle Entwicklungen der Regulierung und der Missbrauchsaufsicht beschrieben. Erstere betreffen Endkundenpreise und Teilleistungen der Deutschen Post AG, letztere Wettbewerbsbeeinträchtigungen in den bereits geöffneten Bereichen insbesondere mittels Quersubventionierungen aus dem Bereich der Exklusivlizenz der Deutschen Post AG.

2. Regulatorische Rahmenbedingungen

242. Das Postgesetz setzt die Rahmenbedingungen für die Postmärkte. Diese betreffen die Marktzutrittsbedingungen, die Gewährleistung eines Universaldienstangebots, die Entgelt- und Teilleistungsregulierung marktbeherrschender Unternehmen sowie die befristete Einräumung eines Monopolbereichs zugunsten der Deutschen Post AG (Exklusivlizenz). Nach § 2 PostG sind die Ziele der Regulierung die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten des Postwesens und die Gewährleistung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen (Universaldienst). Das Postgesetz, welches in einigen Bereichen lediglich einen allgemeinen Rahmen vorgibt, wird durch spezielle Verordnungen ergänzt, die z.B. nähere Bestimmungen zur Entgeltregulierung, zum Universaldienst und zu den Rechten und Pflichten der Anbieter von Postdienstleistungen enthalten. Das Ziel einer flächendeckenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen wird durch die Festlegung bestimmter Dienstleistungs- und Qualitätsmerkmale in der Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) konkretisiert.

243. Grundgesetz und Postgesetz bestimmen die Betätigungsmöglichkeiten für Anbietern von Postdienstleistungen. Im Grundgesetz wird definiert, dass Postdienstleistungen privatwirtschaftliche Tätigkeiten sind, die durch die Deutsche Post AG und andere private Anbieter erbracht werden. Somit ist grundsätzlich jedermann berechtigt, Postdienstleistungen am Markt anzubieten. Jedoch wird das grundlegende Wettbewerbsprinzip durch die Einräumung einer zeitlich befristeten Exklusivlizenz für die Deutsche Post AG in wesentlichen Teilen des Postmarktes durchbrochen. Uneingeschränkt ist der Wettbewerb nur möglich bei der Beförderung von Briefsendungen über 1.000 g, der Beförderung von Paketen, Zeitungen und Zeitschriften sowie für Kurierdienste im Sinne des Postgesetzes. Diese Postdienstleistungen erfordern keine Lizenz. Werden hingegen Briefsendungen mit einem Gewicht bis 1.000 g befördert, so ist eine Lizenz erforderlich.

244. Für den Zeitraum der befristeten gesetzlichen Exklusivlizenz können auf Antrag Lizenzen für verschiedene Dienstleistungen erteilt werden. Hierzu zählen

- Briefsendungen über 100 g (bis zum 31. Dezember 2002 über 200 g) oder über 1,35 € (vormals 2,81 €) (sog. A-Lizenz),
- inhaltsgleiche Briefsendungen über 50 g und ab 50 Stück Mindesteinlieferungsmenge (sog. B-Lizenz),
- der Dokumentenaustauschdienst (sog. C-Lizenz),
- qualitativ höherwertige Dienstleistungen (sog. D-Lizenz),
- die Einlieferung bei den Annahmestellen der Deutschen Post AG und die Abholung aus Postfachanlagen der Deutschen Post AG (sog. E- und F-Lizenzen).

Zu diesen Lizenzen wurden zwei weitere Dienstleistungen hinzugefügt:

- die Beförderung von ins Ausland abgehenden Briefsendungen (sog. G-Lizenz),
- die Beförderung von Briefsendungen aus dem Ausland bis zu den für internationale Briefsendungen zuständigen Annahmestellen der Deutschen Post AG (sog. H-Lizenzen).

Sofern die entsprechenden Voraussetzungen (Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit, Fachkunde, keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, Einhaltung der im lizenzierten Bereich übli-

chen Arbeitsbedingungen) erfüllt sind, besteht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Lizenz. Die Anzahl der von der RegTP zu vergebenden Lizenzen ist nicht beschränkt.

245. Durch die Post-Lizenzgebührenverordnung ist inzwischen auch, mit Rückwirkung zum 1. Januar 1998, der Preis für eine Lizenz bestimmt worden. Dieser beträgt mindestens 175 € und höchstens 700 €.

2.1 Umfang der Exklusivlizenz

246. Die Exklusivlizenz der Deutschen Post AG wurde durch das *Erste Gesetz zur Änderung des Postgesetzes* vom 2. September 2001 bis zum 31. Dezember 2007 verlängert. Sie umfasst trotz der Absenkung der Grenzen zum 1. Januar 2003 mit ca. 67 % weiterhin den Großteil des Briefbeförderungsvolumens. Daran wird sich auch durch die für 2006 vorgesehene weitere Öffnung nicht viel ändern, bleibt der Bereich der Exklusivlizenz doch auch dann noch bei knapp unter 60 % des Briefbereichs. Eine erhebliche Marktöffnung wäre erst bei einer Absenkung der Monopolgrenze auf ca. 12 g zu erwarten.

Nach § 51 PostG besaß die Deutsche Post AG das *ausschließliche* Recht zur gewerbsmäßigen Beförderung von Briefsendungen und adressierten Katalogen bis 200 g und dem fünffachen Preis für Postsendungen der untersten Gewichtsklasse zum 31. Dezember 1997 sowie für inhaltsgleiche Briefsendungen bis 50 Stück und einem Gewicht bis 50 g. Durch das *Dritte Gesetz zur Änderung des Postgesetzes* vom 16. August 2002 wurde die Exklusivlizenz der Deutschen Post AG bei Briefsendungen und adressierten Katalogen auf Sendungen bis zu 100 g und dem dreifachen Preis für Postsendungen der untersten Gewichtsklasse, d.h. nach Ansicht der RegTP einem Preis von 1,35 € (dem dreifachen Preis der Postkarte), verkleinert. Dieser Exklusivbereich gilt bis zum 31. Dezember 2005. Danach muss der Exklusivbereich auf Sendungen mit einem Gewicht bis zu 50 g und dem Zweieinhalbfachen des Preises für die unterste Gewichtsklasse der Briefsendungen reduziert werden.

Beide Anpassungsschritte fordert die Richtlinie 2002/39/EG vom 10. Juni 2002.¹²⁵ Danach ist die Gewichtsgrenze für den maximal reservierbaren Monopolbereich in zwei Schritten herabzusetzen: zum 1. Januar 2003 von vormals 350 g auf 100 g und zum 1. Januar 2006 von 100 g auf 50 g. Als Preisgrenzen definiert die Richtlinie zum 1. Januar 2003 bzw. 1. Januar 2006 das Drei- bzw. Zweieinhalbfache des Preises für die unterste Gewichtsklasse der Briefsendungen des jeweiligen Jahres. Eine vollständige Liberalisierung innerhalb der Europäischen Gemeinschaften wurde für 2009 ins Auge gefasst. Dies setzt jedoch voraus, dass Parlament und Ministerrat diesem Vorhaben im Jahre 2007 zustimmen.

2.2 Grundsätze der Entgeltregulierung

247. Entgelte, die ein Unternehmen auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen erhebt, bedürfen nach § 19 PostG der Genehmigung durch die RegTP, sofern der Lizenznehmer eine marktbeherrschende Stellung auf dem betreffenden Markt einnimmt. Diese Vorschrift ist an § 25 TKG angelehnt und unterwirft die Entgelte für lizenzpflichtige Postdienstleistungen eines marktbeherrschenden Anbieters einer Ex-ante-Kontrolle durch die RegTP. Keiner Ex-ante-Kontrolle unterliegen die Entgelte für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen, wie z.B. Kurierdienste oder die Beförderung von Paketen, die von marktbeherrschenden Unternehmen erhoben werden. Bei diesen

¹²⁵ ABl. EG Nr. L 176 vom 10. Juni 2002, S. 21.

Postdienstleistungen besteht die Möglichkeit einer Ex-post-Kontrolle (§ 25 PostG). Eine Überprüfung nicht genehmigungsbedürftiger Entgelte ist von der RegTP einzuleiten, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass diese Entgelte missbräuchlich überhöht oder zu niedrig sind oder in sonstiger Weise diskriminierend gegenüber einzelnen Nachfragern wirken.

248. Nach § 21 Abs. 1 PostG sind die Entgelte von der RegTP entweder für die einzelnen Dienstleistungen nach den Maßstäben des § 20 PostG (Einzelgenehmigungsverfahren) oder für einen Korb zusammengefasster Dienstleistungen nach den von ihr vorgegebenen Maßgrößen (Price-Cap-Verfahren) zu genehmigen. Die RegTP hat sich unter den bestehenden Alternativen für ein Price-Cap-Verfahren entschieden. Die Verwendung des Price-Cap-Verfahrens impliziert nach § 21 Abs. 2 PostG, dass bei Einhaltung der festgelegten Maßgrößen die Anforderungen des § 20 Abs. 2 Nr. 1 PostG als erfüllt anzusehen sind. Demnach ist bei Verwendung des Price-Cap-Verfahrens ein Preishöhenmissbrauch auszuschließen.

Nach der Post-Entgeltregulierungsverordnung (PEntgV) vom 22. November 1999 sind die Maßgrößen so zu bilden, dass die RegTP zunächst das Ausgangsentgeltniveau der in einem Korb zusammengefassten Dienstleistungen festsetzt und dann die Maßgrößen anhand der gesamtwirtschaftlichen Preissteigerungsrate und des zu erwartenden Produktivitätsfortschritts bestimmt. Im Zusammenhang mit der Festlegung der Maßgrößen – und zwar vornehmlich der Produktivitätsfortschrittsrate – soll die Behörde das Verhältnis des Ausgangsentgeltniveaus zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung berücksichtigen.¹²⁶

2.3 Regelung des Universaldienstangebots

249. Die Post-Universaldienstleistungsverordnung vom 15. Dezember 1999 bestimmt Inhalt und Umfang der nach Art. 87 f GG geforderten postalischen Grundversorgung. Über die Post-Universaldienstleistungsverordnung wird ein Mindestangebot an Postdienstleistungen festgelegt. Zugleich wird eine Mindestqualität vorgegeben, mit der diese Dienstleistungen zu erbringen sind.

250. Die flächendeckende Grundversorgung entsprechend der Post-Universaldienstleistungsverordnung war bislang stets gewährleistet. Seit In-Kraft-Treten des Postgesetzes hat die Deutsche Post AG die Universaldienstleistungen erbracht. Im Briefbereich hat sie dieses Angebot nahezu allein, im Paketbereich zusammen mit anderen Unternehmen zur Verfügung gestellt.

251. Seit dem 30. Januar 2002 ist die Deutsche Post AG für den Zeitraum der gesetzlichen Exklusivlizenz durch das *Zweite Gesetz zur Änderung des Postgesetzes* vom 30. Januar 2002 explizit verpflichtet, Universaldienstleistungen nach Maßgabe der Post-Universaldienstleistungsverordnung zu erstellen.¹²⁷ Zugleich wurden die in den §§ 11 bis 17 PostG getroffenen Verfahrensvorkehrungen außer Kraft gesetzt. Die darin vorgesehene Möglichkeit der Ausschreibung von Universaldienstleistungen, die Finanzierung von Universaldienstleistungen durch einen Universaldienstleistungsfonds und die Regulierung der Entgelte von Universaldienstleistungen nach dem Standard der Kosten der effizienten Leistungserstellung sind damit, zumindest bis 2007 entfallen.

¹²⁶ Auf die konkrete Entscheidung der RegTP zur Ausgestaltung des Price-Cap-Verfahrens wird in Tz. 281 ff. dieses Gutachtens eingegangen.

¹²⁷ Zu den Kernelementen der Post-Universaldienstleistungsverordnung (Umfang des Dienstleistungsangebotes, Filialnetz, Laufzeit und Entgelte) vgl. explizit Abbildung 1 im letzten Sondergutachten der Monopolkommission zu den Telekommunikations- und Postmärkten: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002, Tz. 148.

3. Marktentwicklung in der Briefbeförderung

3.1 Befund

252. Der deutsche Postmarkt umfasste im Jahre 2002 Umsätze in Höhe von mehr als 23 Mrd. €. Etwa zwei Drittel der Umsätze entfallen auf die bereits geöffneten Marktsegmente, im Wesentlichen auf die Bereiche der Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP). Knapp zwei Drittel der gesamten Umsätze wurden von der Deutschen Post AG erzielt. Das restliche Drittel verteilt sich auf eine Vielzahl von Anbietern, insbesondere aus dem KEP-Bereich.

Der Deutsche Post Worldnet-Konzern erzielte im Jahre 2002 einen Umsatz in Höhe von 39,3 Mrd. €. Davon entfielen 11,7 Mrd. €, mithin 27,7 %, auf den Briefbereich. Im *Briefbereich* belief sich die *Umsatzrendite* des Unternehmens auf 14,2 %. Dieser Wert für das Jahr 2002 wurde nach der Veröffentlichung des Geschäftsberichts auf 17,7 % korrigiert.¹²⁸ Im Jahre 2001 betrug die Umsatzrendite 16,7 %. Die Renditen der Deutschen Post AG im Briefbereich sind somit weitgehend stabil und liegen *deutlich* über den Umsatzrenditen der anderen Tätigkeitsbereiche des Postkonzerns (Express, Logistik, Finanzdienstleistungen). Diese variieren zwischen 2,4 % und 7 %. Vor allem die Umsatzrendite im Briefbereich liegt weit über den Umsatzrenditen wettbewerblich organisierter Wirtschaftsbereiche. Dies zeigt, dass die Deutsche Post AG weiterhin wesentlich von der Exklusivlizenz profitiert. Dabei erwartet sie für das Gesamtjahr 2003 eine Mindestmarge von 16 %. Bei diesen Zahlen ist zu berücksichtigen, dass die Erträge des besonders rentablen internationalen Briefdienstes keineswegs dem Segment Brief zugeordnet werden, sondern dem Segment Express. Zum anderen weist die Deutsche Post AG im Geschäftsbericht 2001 als Kosten des Briefdienstes aus, was gar nicht zum Briefdienst gehört. So werden im Segmentergebnis Brief "nicht wettbewerbsübliche Vergütungen" der übrigen Unternehmensbereiche – insbesondere des Segments Express – berücksichtigt. Zudem werden Gebäude und Personal der Postbank teilweise umsonst zur Verfügung gestellt; die Kosten dafür werden dem Briefbereich zugerechnet.¹²⁹ Schließlich ist zu berücksichtigen, dass im Segment Brief neben den profitablen Monopoldienstleistungen auch defizitäre Wettbewerbsdienste (Büchersendungen, Warensendungen, Postwurfsendungen, Päckchen und Postzeitungsdienst) ausgewiesen werden. Insofern dürfte das tatsächliche Ergebnis des Segments Briefdienst und umso mehr die Monopolrendite deutlich höher liegen als die veranschlagten 16,7 %. Im Geschäftsbericht 2002 werden die genaueren Erläuterungen nicht mehr ausgewiesen. Die veröffentlichten Zahlen lassen aber vermuten, dass es auch in diesem Jahr zu erheblichen Quersubventionierungen gekommen ist. Die Quersubventionierungsproblematik verstärkt sich noch durch die Verwendung der im Briefbereich erwirtschafteten Monopolgewinne zur Akquisition anderer Unternehmen im Rahmen einer weltweiten Expansionsstrategie.

Im Jahre 2002 hat die Deutsche Post Worldnet durch die vollständige Übernahme und Eingliederung des KEP-Dienstleisters DHL in den Konzern ihre Akquisitions- und Diversifizierungsstrategie vervollständigt. Die Übernahme führte zu einer Steigerung der Umsatzanteile des Expressbereichs. Weiterhin wird aber über die Hälfte der Gewinne im traditionellen Geschäftsfeld der Briefbeförderung erwirtschaftet. Im Jahre 2002 weist das Ergebnis der betrieblichen Tätigkeit (EBITA) im Unternehmensbereich Brief 60,4 % des gesamten im Konzern erwirtschafteten Ergebnisses der betrieblichen Tätigkeit aus. Der Gewinnanteil dieses Unternehmensbereichs liegt somit mehr als doppelt so hoch wie der Umsatzanteil.

¹²⁸ Vgl. Nachrichten-Börse, Informationen zur Aktie der Deutschen Post AG, Ausgabe 2/2003, S. 5.

¹²⁹ Vgl. hierzu Tz. 279 f. in diesem Gutachten.

Im Jahre 2002 konnte die Deutsche Post AG die Anzahl der beförderten Geschäftskundenbriefe leicht steigern (+0,8 %). Zurück ging die Anzahl der Privatkundenbriefe (-6,1 %). Insgesamt ist die Anzahl der von Deutschen Post AG im Jahre 2002 beförderten Briefe leicht rückgängig (-0,4 %). Stärker zurückgegangen ist aufgrund der Konjunktorentwicklung das Sendungsvolumen im Bereich Direkt-Marketing (-9,9 %), welches im Wesentlichen auf einen Rückgang bei den Postwurfsendungen zurückzuführen ist (-21,3 %). Bei Infopost/Infobrief, d.h. den adressierten Massensendungen, betrug der Sendungsrückgang nur 0,3 %. Die Deutsche Post AG konnte sich hier in einem ungünstigen Konjunkturmilieu hinsichtlich der Sendungsvolumina stabilisieren. Bei der Beförderung von inhaltsgleichen Briefsendungen lag der Marktanteil der Deutschen Post AG im Jahre 2002 bei 87 %. Dieser Wert belegt die fortbestehende Marktdominanz der Deutschen Post AG, obwohl dieser Bereich teilweise für den Wettbewerb geöffnet ist (seit 1998 für Sendungen über 50 g). In den Jahren 2000 und 2001 betrug der Marktanteil der Deutschen Post AG 92,5 % bzw. 90 %.

253. Im Bereich des lizenzierten Marktes betrug das Marktvolumen im Jahre 2001 ca. 10,2 Mrd. €. Im Jahre 2002 veränderte es sich nicht. Im Jahre 2003 soll es laut Schätzungen ca. 10,1 Mrd. € betragen. Innerhalb dieses Bereiches betrug der Marktanteil der Deutschen Post AG im Jahre 2002 96,5 %. Für das Jahr 2003 wird praktisch keine Änderung erwartet. Die dominierende Marktstellung der Deutschen Post AG bleibt somit bei einem leicht schrumpfenden Marktvolumen weitgehend unverändert bestehen. Die Anteile der Wettbewerber am Gesamtmarkt bleiben sehr klein (vgl. *Tabelle 16* und *Abbildung 2*).

Tabelle 16:

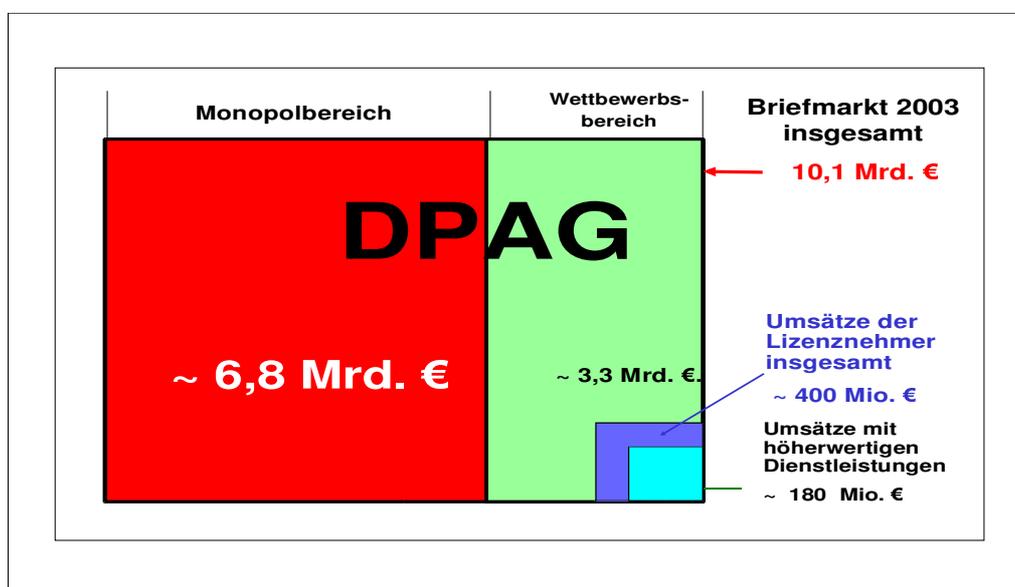
Marktanteile im lizenzierten Bereich (einschließlich Exklusivlizenz)

	2001	2002	2003 (geschätzt)
Markt insgesamt	10.200 Mio. €	10.200 Mio. €	10.100 Mio. €
Umsatz der Lizenznehmer	248,8 Mio. €	305,5 Mio. €	400 Mio. €
Marktanteile der Lizenznehmer	2,4 %	3,5 %	4,0 %
Marktanteile der DPAG	97,6 %	96,5 %	96,0 %

Quelle: RegTP

Abbildung 2:

Marktverhältnisse im lizenzierten Bereich



Quelle: RegTP

254. Der Befund ändert sich nicht wesentlich, wenn man auf die für den Wettbewerb geöffneten Teile des Postmarktes abstellt. Der für den Wettbewerb geöffnete Teil des Postmarktes hatte 2002 ein Umsatzvolumen von ca. 2,4 Mrd. €, d.h. rund 24 % des lizenzierten Marktes. Nach Absenkung des Monopolumfangs zum 1. Januar 2003 wird für 2003 ein Umsatzvolumen von ca. 3,3 Mrd. €, d.h. rund 33 % des lizenzierten Marktes erwartet (vgl. *Tabelle 17*).

Tabelle 17:

Marktanteile im bereits liberalisierten Briefbereich

	2001	2002	2003 (geschätzt)
Markt insgesamt	2.400 Mio. €	2.400 Mio. €	3.300 Mio. €
Umsatz der Lizenznehmer	248,8 Mio. €	305,5 Mio. €	400 Mio. €
Marktanteile der Lizenznehmer	10,4 %	12,7 %	12,1 %
Marktanteile der DPAG	89,6 %	87,3 %	87,9 %

Quelle: RegTP

In diesem für den Wettbewerb geöffneten Teil des Postmarktes, d.h. bei der Beförderung von Briefsendungen mit einem Gewicht von 200 g oder mehr oder einem Preis oberhalb von 2,55 € sowie der

Beförderung von inhaltsgleichen Briefsendungen mit einem Gewicht von über 50 g,¹³⁰ hielten die Wettbewerber im Jahre 2002 einen Marktanteil von 12,7 %. Im Jahre 2003 dürften es nach Schätzungen 12,1 % des erweiterten Wettbewerbsbereiches (Beförderung von Briefsendungen mit einem Gewicht von 100 g oder mehr oder einem Preis oberhalb von 1,35 €) sein. Trotz eines kleinen Anstiegs gegenüber 2001 (10,4 % Marktanteil) dominiert die Deutsche Post AG den Markt weiterhin in einem derartigen Maße, dass von einer nennenswerten Beschränkung ihrer Verhaltensspielräume durch den Wettbewerb nicht geredet werden kann.

255. In der Briefbeförderung gab es Ende des Jahres 2002 nach der Zahl der erteilten Lizenzen 1.255 Marktteilnehmer. Hiervon hielten 804 Unternehmen eine A-Lizenz, 790 Unternehmen eine B-Lizenz, 457 Unternehmen eine C-Lizenz, 1.008 Unternehmen eine D-Lizenz, 1.059 Unternehmen eine E-Lizenz und 1.015 Unternehmen eine F-Lizenz. Bis zum August 2003 stieg die Anzahl der erteilten Lizenzen auf 1.407. Die Lizenzdichte in den neuen Bundesländern ist höher als in den alten Bundesländern. Diese Tatsache reflektiert einen engen Zusammenhang mit der Arbeitslosenquote in den Bundesländern. In den neuen Bundesländern ist somit die Gründung eines Postunternehmens vergleichsweise attraktiv. Hier zeigt sich, dass eine Marktliberalisierung die Gründung von neuen Unternehmen befördert und neue Erwerbsquellen schaffen kann.

Im Jahresdurchschnitt 2002 wurden 565 Lizenzen tatsächlich genutzt. Die Umsätze der Lizenznehmer (ohne die Deutsche Post AG) verteilen sich zu jeweils etwas mehr als einem Drittel auf die Lizenz für die Beförderung inhaltsgleicher Briefsendungen über 50 g (B-Lizenz) und die Erbringung höherwertiger Briefdienstleistungen (D-Lizenz). Von einer gewissen wirtschaftlichen Bedeutung sind noch die A-Lizenz sowie sog. Altlizenzen zur Beförderung von Massensendungen, deren Erteilung der einer B-Lizenz vorausgingen.¹³¹

256. Hinsichtlich der letzten beiden Jahre ist festzustellen, dass sich die Zahlen der neu erteilten Lizenzen und der Marktaustritte einander annähern. Hierin offenbart sich die Stagnation des Marktgeschehens (vgl. *Abbildung 3*).

Die neu erteilten Lizenzen betrafen kleine oder mittlere Unternehmen. Insgesamt ist ein gewisses Größenwachstum bei den im Markt befindlichen Lizenznehmern (ohne Deutsche Post AG) zu verzeichnen. So konnten im Jahre 2002 von 43 Unternehmen Umsätze oberhalb 1 Mio. € erzielt werden. Im Bereich der A- bzw. B-Lizenz erreichten die fünf umsatzstärksten Anbieter rund 78 % bzw. 95 % des Gesamtumsatzes dieser Lizenzklassen. Weniger konzentriert sind die Marktvolumina bei der D-Lizenz. Hier konnten die fünf umsatzstärksten Anbieter 22 % des Gesamtumsatzes der Lizenzklasse auf sich vereinen. Dies zeigt auch auf, dass es sich in dieser Lizenzklasse in vielen Fällen um regionale Markteintritte handelt.

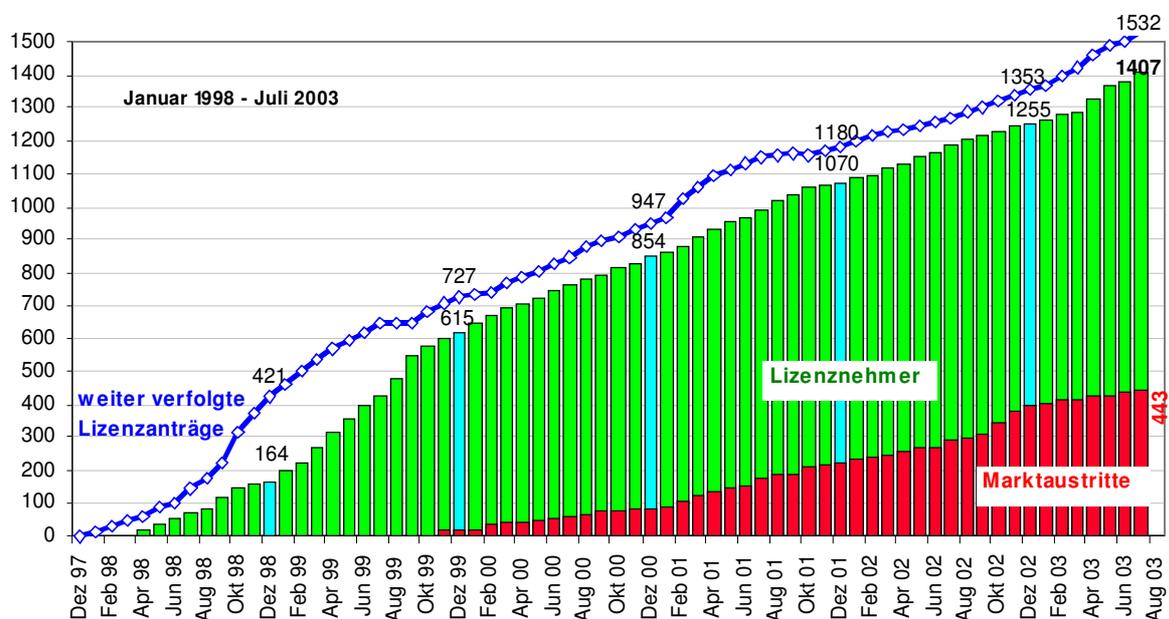
Durch die Lizenznehmer sind seit 1998 insgesamt knapp 20.000 Arbeitsplätze geschaffen worden. Allerdings sind durch die über 400 Marktaustritte in den letzten Jahren rund 700 Vollzeit-, 425 Teilzeitarbeitsplätze und über 900 Arbeitsplätze für geringfügig Beschäftigte wieder entfallen.

¹³⁰ Diese Dienstleistungen können von den Lizenznehmern ohne weiteres erbracht werden, d.h. ohne die Forderung einer Höherwertigkeit gegenüber den Leistungen der Deutschen Post AG.

¹³¹ Zum Anteil der D-Lizenznehmer am tatsächlich realisierten Wettbewerbsvolumen vgl. auch *Abbildung 2*.

Abbildung 3:

Entwicklung Lizenzanträge, Lizenznehmer und Marktaustritte (kumuliert)



Quelle: RegTP

257. In der Summe belegt das Marktgeschehen, dass es sich – trotz der großen Anzahl der Lizenznehmer – bei dem Wettbewerb in der Briefbeförderung weiterhin nur um einen *Nischenwettbewerb* handelt. Der Gesamtumsatz aller Lizenznehmer lag im Jahre 2002 bei 336 Mio. € und wird im Jahre 2003 nicht über 400 Mio. € steigen. Im Vergleich dazu beträgt der Gesamtumsatz der Deutschen Post AG im Briefbereich 11,7 Mrd. €.

3.2 Ursachen der schwachen Wettbewerbsentwicklung

258. Ursächlich für diese *Marktentwicklung* ist die *Verlängerung der Exklusivlizenz*, die den Konkurrenten der Deutschen Post AG die Geschäftsgrundlage für einen verstärkten Marktauftritt und einen Wettbewerb entzieht. Sie ist auch der Grund dafür, dass einzelne Lizenznehmer ihre Lizenz zurückgegeben haben bzw. die Unterstützung durch Investoren verloren haben, so dass eine Insolvenz die Folge war. Sofern die Unternehmen damit gerechnet haben, dass mit Ablauf des Jahres 2002 der Markt für Briefdienstleistungen vollständig geöffnet wird, ergaben sich mitunter relevante Fehlinvestitionen. Viele Lizenznehmer fühlen sich durch die Verlängerung der Exklusivlizenz in der Politik unberücksichtigt.

Weiterhin wird der Wettbewerb dadurch erschwert, dass die Erteilung von D-Lizenzen an das rechtlich nur schwer fassbare Kriterium der Höherwertigkeit gebunden ist. Die Deutsche Post AG hat im Berichtszeitraum ihre *Klagepraxis* weiterverfolgt¹³² und jede neu erteilte D-Lizenz gerichtlich angefochten, indem sie die Höherwertigkeit infrage stellte und versuchte, den Spielraum der als höher-

¹³² Vgl. hierzu Tz. 268 ff. in diesem Gutachten.

wertig anzusehenden Dienstleistungen durch Gerichtsurteile allein auf die taggleiche Zustellung zu beschränken. Jegliche Overnight-Zustellung wird von ihr nicht als höherwertig anerkannt; die Zustellung derartiger Sendungen wird behindert.

Aufgrund der durch die Klagepraxis der Deutschen Post AG bedingten Rechtsunsicherheit waren die Banken im Berichtszeitraum weiterhin nicht bereit, den Wettbewerbern der Deutschen Post AG Kredite zu gewähren. Diese selbst müssen vor einem Marktzutritt mit Gerichtskosten, Rechtsunsicherheit, im besten Fall unkalkulierbaren Verzögerungen rechnen. So bestanden aus Sicht der Lizenznehmer immer noch Probleme beim Zugang zu Postfachanlagen und beim Zugang zu Nachsendeadressen. Weiterhin wird von den Lizenznehmern vermutet, dass die Deutsche Post AG insbesondere Großkunden unerlaubte Rabatte gibt, um die Wettbewerbsmöglichkeiten von neuen Postunternehmen im Bereich der D-Lizenzen zu behindern.

259. Durch die *Absenkung der Gewichts- und Preisgrenzen* zum 1. Januar 2003 wurde der *Umfang des Wettbewerbsbereichs* innerhalb des lizenzpflichtigen Bereichs der Briefbeförderung von 24 % auf 33 % erhöht. Zum 1. Januar 2006 wird er nochmals steigen und zwar auf voraussichtlich 41 %. Aufgrund der Tatsache, dass die wirtschaftlich attraktiven Briefsegmente aber weiterhin innerhalb des Bereichs der Exklusivlizenz verbleiben, d.h. im Monopol der Deutschen Post AG, erwartet die RegTP auch in den nächsten Jahren *keine wesentliche Intensivierung des Wettbewerbs*, obgleich durch die weitere Marktöffnung die *Auslandspost* stärker in den Wettbewerb gestellt wird

Unabhängig von der Exklusivlizenz besitzt die Deutsche Post AG strukturelle Wettbewerbsvorteile. Diese liegen darin, dass das Unternehmen aufgrund seines bereits vorhandenen Zustellnetzes *Größen- und Verbundvorteile* besser ausnutzen kann. Zudem kann die Deutsche Post AG bei dem Erfahrungsgut "Briefbeförderung" von einer "etablierten Marke" profitieren und eine hohe Zustellqualität belegen. Wettbewerber der Deutschen Post AG müssen somit grundlegend bessere Angebote anbieten, damit sie Kunden abwerben können. Mit nur geringfügig günstigeren Preisen erscheint es unwahrscheinlich, dass die Kunden zu einem Konkurrenten der Deutschen Post AG wechseln, da sie dann lieber auf die bewährte Dienstleistungserstellung durch die Deutsche Post AG vertrauen. Zudem werden Kostenvorteile der neuen Anbieter dadurch konterkariert, dass die Deutsche Post AG keiner Umsatzbesteuerung unterliegt. Sofern bedeutende Kundengruppen nicht die Möglichkeit eines Vorsteuerabzugs haben, erwachsen der Deutschen Post AG hierdurch zusätzliche Vorteile, da sie diesen Kunden auch ohne Kostenvorteile günstigere Preise anbieten kann.¹³³

260. Unklar bleibt, ob auch bei einer vollständigen Liberalisierung ein flächendeckendes Konkurrenzangebot entstehen wird. Deshalb wird es zur Förderung des Wettbewerbs auf einen diskriminierungsfreien *Teilleistungszugang* ankommen, d.h. darauf dass die Konkurrenten der Deutschen Post AG die Möglichkeit erhalten, durch den Rückgriff auf Dienstleistungen der Deutschen Post AG auf der Ebene der End-to-End-Dienstleistungen in Konkurrenz zu treten. Nur so kann ein umfassender Wettbewerb auf den Märkten der Briefbeförderung entstehen. Dabei unterscheiden sich die Probleme des Netzzugangs nicht grundlegend von denen in der Telekommunikation, da es ohne die diskriminierungsfreie Mitbenutzung wesentlicher Einrichtungen nicht möglich ist, ein konkurrenzfähiges Angebot zu erstellen, und die Gefahr besteht, dass die Deutsche Post AG kosteneffizientere Anbieter in Teilmärkten der Briefdienstleistungen verdrängt.¹³⁴

¹³³ Vgl. hierzu Tz. 274 ff.

¹³⁴ Vgl. hierzu im Detail Tz. 268 ff.

261. Eine vollständige Liberalisierung würde auch die Möglichkeiten einer *Quersubventionierung* beschränken. Nur ein funktionsfähiger Wettbewerb kann dauerhaft garantieren, dass nicht weiterhin bestehende Quersubventionierungspotentiale durch die Deutsche Post AG genutzt werden. Diese bestehen insbesondere zwischen dem weitgehend monopolisierten Bereich der Briefbeförderung, in dem die Deutsche Post AG hohe Renditen erzielt, und dem wettbewerblich organisierten Bereich der Paketbeförderung. Zwei Entscheidungen der Europäischen Kommission lassen erkennen, dass es in der Vergangenheit regelmäßig zu derartigen Quersubventionen gekommen ist. Des Weiteren gibt es Hinweise, dass die Deutsche Post AG die Deutsche Postbank AG quersubventioniert.¹³⁵

262. Auch auf den Märkten für Kurier-, Express- und Paktdienste, d.h. den sog. KEP-Märkten,¹³⁶ wird der Wettbewerb für die Konkurrenten der Deutschen Post AG durch deren Monopolstellung im Briefbereich erschwert. Dies liegt nach Bekunden der Wettbewerber daran, dass die Deutsche Post AG im Briefbereich über günstige preisliche Konditionen Volumen am Markt akquiriert hat und ihre Rabattpolitik auch nach der Entscheidung der Kommission nicht wesentlich geändert hat.

Die zentrale Stellung der Deutschen Post AG beschränkt die Gewinnmöglichkeiten der Wettbewerber, zumal der Markt für Standardpakete stagniert. Bei den Expresssendungen konnte 2002 ein leichter Umsatzzuwachs verzeichnet werden; allerdings sind die Margen rückläufig.

263. Aufgrund der schwierigen Situation im Standardgeschäft sowie in Hinblick auf die Bildung globaler Netzwerke haben sich die maßgeblichen, früher unabhängigen Paketdienste jeweils einen starken Partner gesucht. So hat sich die französische Post (La Poste) an dem Deutschen Paketdienst (DPD) beteiligt, die britische Post (Royal Mail) an General Logistics Systems (früher German Parcel) und an DER KURIER, die niederländische Post (TPG) an TNT. An DHL hält die Deutsche Post AG Anteile. Somit sind die maßgeblichen staatlichen Postunternehmen an fast allen größeren deutschen KEP-Dienstleistern beteiligt. Europaweit dominierten auf dem Paketmarkt die Deutsche Post AG und ihre Beteiligungsgesellschaften.

¹³⁵ Vgl. hierzu Kapitel 5 in Teil II dieses Gutachtens.

¹³⁶ Auf den sog. KEP-Märkten ist zwischen dem Paketmarkt und dem Kurier- und Expressmarkt zu unterscheiden. Dem Paketmarkt wird das Standardpaket zugerechnet, welches innerhalb fester Laufzeiten im Rahmen eines vorgegebenen Systems transportiert wird. Das Expresspaket wird beschleunigt transportiert und zugestellt. Typisch ist eine Zustellzeit bis 12.00 Uhr mittags des Folgetages oder früher. Innerhalb des Expressmarktes zeichnen sich Kuriersendungen durch einen höheren Grad an Individualität insbesondere hinsichtlich der spätestmöglichen Abholzeit und der frühestmöglichen Zustellzeit aus.

4. Wettbewerbsprobleme

4.1 Auswirkungen der Monopolisierung

264. Die Verlängerung der Exklusivlizenz durch das Erste Gesetz zur Änderung des Postgesetzes war ein wettbewerbspolitischer Kardinalfehler. Durch den Fortbestand der Exklusivlizenz bleibt der Markt für Postdienstleistungen weiterhin großteils verschlossen. Nur deren Abschaffung kann zu einem funktionsfähigen Wettbewerb führen. Die bisherige Marktöffnung geht eindeutig nicht weit genug, da die Wettbewerber der Deutschen Post AG nicht die Möglichkeit haben, auf gleicher Ebene mit dem etablierten Anbieter zu konkurrieren.

265. Die Vorstellung der Bundesregierung, eine Öffnung der Postmärkte sei nur im europäischen Gleichklang möglich, hält die Monopolkommission weiterhin für verfehlt.¹³⁷ Sie hält es für abwegig, den deutschen Briefmarkt monopolistisch zu organisieren, bloß weil andere Länder ebenfalls Monopole haben. Die Exklusivlizenz in Deutschland belastet die Briefkunden in Deutschland, nicht aber die Postunternehmen in anderen Ländern. Die Aufhebung der Exklusivlizenz liegt daher im deutschen Interesse, auch wenn die anderen Länder der Europäischen Union dabei nicht mitziehen.

Die mit der Forderung nach Reziprozität verbundene Furcht vor einem ungehemmten Eindringen ausländischer Monopolunternehmen in die deutschen Postmärkte wird durch die Erfahrung nicht bestätigt. In Schweden wurde das Postmonopol schon in den neunziger Jahren abgeschafft. Auch in Finnland sowie in Neuseeland ist der Postmarkt vollständig liberalisiert worden.¹³⁸ In keinem dieser Länder ist die Position der etablierten Postunternehmen durch ausländische Eindringlinge gefährdet worden, doch wurden die etablierten Postunternehmen durch die Marktöffnung veranlasst, sich unternehmerischer zu verhalten und besser auf die Wünsche der Postkunden einzugehen. Auch sonst hat die Liberalisierung in diesen Ländern keine Nachteile mit sich gebracht. So steht die Universaldienstleistung durch den etablierten Anbieter nicht infrage. Sofern ausländische Unternehmen sich in diesen Ländern an Unternehmen beteiligen oder selbst Dienstleistungen anbieten, erfolgt dies überwiegend mit inländischen Arbeitskräften. Der Wettbewerbsgedanke wird allein auf Märkte übertragen, die unter einer Regulierung der ökonomischen Engpässe und der Marktmacht auf der End-to-End-Dienstleistungsebene wettbewerblich zu organisieren sind und nach Auffassung der Monopolkommission auch wettbewerblich organisiert werden sollten. Die Sicherstellung eines Universaldienstleistungsangebotes zu den geforderten Standards ist über die entsprechende Regulierung, wie in den §§ 11 ff. PostG vorgesehen, auch unter Wettbewerb möglich. Ein Monopol zur Finanzierung von Universaldienstleistungen ist somit nicht notwendig. Das schwedische Beispiel zeigt, dass es als Marketinginstrument für den etablierten Anbieter ohnehin von Vorteil sein kann, wenn er die Universaldienstleistungen erbringt und in dieser Funktion allgemein bekannt ist.

Daher sollte die Umsetzung des Wettbewerbsprinzips als eines zentralen Ziels der Postreform von 1994 zügig realisiert und nicht auf die lange Bank geschoben werden. Eine Verzögerung unter Bezugnahme auf eine Öffnung im Gleichklang verhindert Innovationsimpulse mit ihren für die Konsumenten günstigen Wirkungen auf Preis und Qualität. Die Verschließung der Postmärkte durch die Exklusivlizenz beschränkt sowohl die Kunden als auch die Wettbewerber des etablierten Anbieters in ihrer Entscheidungsfreiheit. Das Beharren auf einem europäischen Gleichklang macht die deut-

¹³⁷ Vgl. zuletzt die Stellungnahme der Bundesregierung zum Vierzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 15/1265 vom 27. Juni 2003, Tz. 13.

¹³⁸ Allerdings wirken in Finnland hohe Lizenzgebühren zur Sicherung des Universaldienstes als Markteintrittsbarriere. Diese verhindern aufgrund ihres Fixkostencharakters, dass sich Wettbewerber mit geringen Volumina im Markt etablieren.

sche Marktöffnung zur Geißel des diesbezüglich langsamsten Mitgliedstaates der Europäischen Union. Der von der Bundesregierung gewünschte Gleichklang erscheint der Monopolkommission daher als wettbewerbspolitischer Missklang.

Als wettbewerbspolitische Gefahr betrachtet die Monopolkommission die Tendenz der Deutschen Post AG, ihre Monopolmacht von den geschützten Märkten auf andere Bereiche auszudehnen. So kann die Deutsche Post AG ihre Monopolmacht dazu nutzen, Anbieter dadurch vom Markt zu verdrängen, dass sie Zusatzleistungen zu sehr niedrigen Preisen anbietet.¹³⁹ Das gesamte Angebot ist dabei kostendeckend, solange die Preise für die Briefbeförderung vorab dieser Zusatzleistungen so kalkuliert sind, dass sie einen Überschuss erwirtschaften. Eine Quersubventionierung ist möglich, da nach Ansicht der Monopolkommission die Entgelte im Bereich der Exklusivlizenz der Deutschen Post AG erhebliche finanzielle Spielräume verschaffen.

Dass die Deutsche Post AG bereit ist, dieses Potential einzusetzen, zeigt die von der Europäischen Kommission ermittelte Quersubventionierung von Haus-zu-Haus-Paketen.¹⁴⁰ Auch bei den aktuellen Tarifen gibt es wettbewerbspolitische Bedenken. So liegen die Entgelte für Schalterpakete, bei denen die Deutsche Post AG über Marktmacht verfügt, vergleichsweise hoch. Aufgrund der flächendeckenden Präsenz ihrer Filialen kann sie diese besser als die Wettbewerber annehmen. Das Filialnetz ermöglicht ihr auch, bei Paketen des Versandhandels eine überragende Marktstellung einzunehmen, weil über ein solches Filialnetz das Problem der Rücksendungen besser zu steuern ist. Zugleich werden einzelnen Geschäftskunden erhebliche Abschläge bei den Geschäftskundenpaketen gewährt.

266. Die Gefahr einer Quersubventionierung spricht zum einen für eine strikte Missbrauchsaufsicht, zum anderen für eine strikte Handhabung der Entgeltregulierung im Bereich der Exklusivlizenz. Quersubventionierungstatbestände zwischen Brief- und Paketdienstleistungen werden schon lange im Markt diskutiert. Eine Überprüfung der Paketdienstleistungen auf Quersubventionierungstatbestände durch die RegTP erscheint somit dringlich geboten. Bislang allerdings hat die Europäische Kommission die Vorreiterrolle bei der Missbrauchsaufsicht übernommen. Jedoch sollte die RegTP sich mindestens ebenso sehr gefordert fühlen wie die Europäische Kommission.¹⁴¹

267. Die Deutsche Post AG hat sich inzwischen ein Firmenimperium im Express- und Logistikmarkt zusammengekauft. Ohne die Monopolgewinne im Briefbereich und die hohen Erlöse aus dem Verkauf von Immobilien wäre dies kaum möglich gewesen. Warum der Briefkunde für den Imperialismus der Deutschen Post AG im Logistikbereich aufkommen soll, ist für die Monopolkommission nicht einzusehen. Im Übrigen profitierte die Deutsche Post AG bei der Umwandlung in eine Aktiengesellschaft gegenüber der Deutschen Telekom AG von der Verteilung der Immobilien. Deren Erlöse, mindestens 2 Mrd. DM, durfte sie behalten. Hingegen trägt der Staat und damit der Steuerzahler einen erheblichen Teil der Pensionslasten der Deutschen Post AG. So muss der Bund nach Berechnungen des Bundesrechnungshofes in den nächsten Jahren Defizite der Post-Pensionskasse von etwa 570 Mio. € ausgleichen.

4.2 Höherwertige Dienstleistungen

268. Für die Wettbewerber der Deutschen Post AG ist die Lizenz für qualitativ höherwertige Dienstleistungen weiterhin von zentralem Interesse, da sie die wesentliche Möglichkeit darstellt,

¹³⁹ Vgl. hierzu Tz. 302.

¹⁴⁰ Vgl. hierzu Tz. 278 ff.

¹⁴¹ Vgl. hierzu die Ausführungen in Tz. 278 ff.

Briefdienstleistungen zu erbringen, die andernfalls im Hinblick auf ihre Preis- und Gewichtsgrenzen in den Bereich der Exklusivlizenz fallen würden. So hat der Gesetzgeber bestimmt, dass die Exklusivlizenz bei qualitativ höherwertigen Dienstleistungen, welche von den Universaldienstleistungen abtrennbar sind, nicht gilt.

Um diese Vorgabe zu konkretisieren, hat die RegTP einen Katalog erarbeitet, der folgende Kriterien für eine Höherwertigkeit umfasst:

- die Abholung von Briefsendungen beim Kunden zu festgelegten Zeiten oder auf Abruf,
- die Zustellung beim Empfänger, wobei zwischen einer termingenauen Zustellung (zu einem vom Auftraggeber im Einzelfall festgelegten Termin), einer Zustellung am Tag der Abholung (Einlieferung) und/oder einer Zustellung bei Abholung nach 17 Uhr bis spätestens 12 Uhr des folgenden Werktags differenziert wird,
- die nachträgliche periodische Abrechnung,
- die Umlenkbarekeit der Sendungen zwischen Abholung und Zustellung,
- die vertraglich zugesicherte Nichtberechnung des Sendungsentgelts bei Verfehlen des Zeitziels der Zustellung.

Das Erfüllen eines Gebietskriteriums ist nach Ansicht der RegTP nicht mehr Voraussetzung für die Höherwertigkeit einer Leistung.

269. Die auf dieser Basis von der RegTP vergebenen Lizenzen ermöglichen den Lizenznehmern bislang aber keine vom Monopolisten unbeeinträchtigte Geschäftsentwicklung. So hat die Deutsche Post AG gegen sämtliche an Anbieter erteilten Lizenzen Anfechtungsklagen beim Verwaltungsgericht (VG) Köln erhoben bzw. – sofern gegen die Lizenz bzw. die Lizenzenerweiterung der Widerspruch zulässiger Rechtsbehelf ist – Widerspruch bei der RegTP eingelegt. Nicht mehr angegriffen werden von der Deutschen Post AG die Lizenzen für höherwertige Dienstleistungen nur *insoweit*, als mit ihnen die taggleiche Zustellung genehmigt wird. Allein dann liegt nach Auffassung der Deutschen Post AG eine im Vergleich zu Universaldienstleistungen höherwertige Dienstleistung vor. Nach wie vor erledigen sich viele Rechtsstreitigkeiten aufgrund von Geschäftsaufgaben.

270. Das VG Köln hat bisher Dienstleistungen mit einer taggleichen Zustellung und Briefsendungen mit einer termingenauen Zustellung als höherwertig anerkannt. Sofern die Wettbewerber der Deutschen Post AG nur die Zustellung am nächsten Tag (sog. Overnight-Zustellung) garantieren, war es gegenteiliger Auffassung, obwohl die Wettbewerber zusätzlich eine Abholung bis 17.30 Uhr garantieren und somit eine Leistung, die von der Deutschen Post AG nicht angeboten wird. Gegen ersteren Entscheid hat die Deutsche Post AG Berufung bei dem Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster eingelegt, gegen letztere Entscheidung die RegTP. Die Berufungen wurden für zulässig erklärt. Inhaltliche Entscheidungen liegen noch nicht vor.

Das sog. Gebietskriterium, also das Angebot der Dienstleistung in einem bestimmten räumlichen Gebiet als Voraussetzung für deren Höherwertigkeit, ist nicht mehr strittig, nachdem mehrere Gerichte diese vom Gesetz nicht vorgesehene Anforderung an die Höherwertigkeit verneint hatten.

271. Insofern besteht weiterhin eine relevante Marktunsicherheit, die die Marktteilnehmer in ihrer Entwicklung grundlegend behindert, nicht zuletzt da die Bereitschaft der Banken, Kredite an die Lizenznehmer zu vergeben, negativ beeinträchtigt wird. Im Markt tätige Lizenznehmer sind dem Risi-

ko ausgesetzt, ihre Lizenzen zu verlieren und darüber hinaus die mit einem Prozess verbundenen Kosten zu tragen. Potentielle Wettbewerber halten sich aus vergleichbaren Gründen vom Markt fern. Insofern hat die Deutsche Post AG durch ihre Klage- und Widerspruchspraxis erhebliche Entmutigungs- und Abschreckungseffekte erzielt.

272. Hinsichtlich der Frage nach einer geeigneten Abgrenzung höherwertiger Dienstleistungen ist die Monopolkommission, wie auch schon in ihrem letzten Sondergutachten zur Telekommunikation und Post geäußert,¹⁴² der Auffassung, dass es in einer Marktwirtschaft problematisch ist, dass staatliche Instanzen und nicht der Markt entscheiden, was gegenüber den Standardleistungen der Deutschen Post AG als höherwertig anzusehen ist. Höherwertigkeit sollte letztlich von den Abnehmern beurteilt werden. Den privaten Anbietern sollte es weitgehend unbelassen sein, sich von den Angeboten der Deutschen Post AG zu differenzieren, um damit den Kundenwünschen besser zu entsprechen. Dabei erweist sich die Justiz nicht als Anwalt der Verbraucher. Statt den Wettbewerb zuzulassen, blockiert sie diesen zwecks Erhaltung des monopolistischen Status quo, ohne dabei den berechtigten Erwartungen an eine zügige Entscheidungsfindung gerecht zu werden.

273. Letztendlich kann eine voll umfängliche Anpassung des Angebots an die Bedürfnisse der Postkunden nur durch eine Aufhebung der Exklusivlizenz erfolgen. Nur dann ist es uneingeschränkt möglich, dass die Anbieter die Möglichkeit haben, ohne Restriktionen durch Versuch und Irrtum ein den Kundenwünschen entsprechendes Angebot bereitzustellen.

4.3 Umsatzsteuerbefreiung

274. Nach § 4 Nr. 11 b Umsatzsteuergesetz sind die unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze der Deutschen Post AG von der Umsatzsteuer befreit. Diese Steuerbefreiung betrifft nach Interpretation der Bundesregierung im Kern die Universaldienstleistungen. Nach Maßgabe der Post-Universaldienstleistungsverordnung sind somit sämtliche Paketdienstleistungen bis zu einem Gewicht von 20 kg und Briefsendungen bis zu 2 kg von der Umsatzsteuer befreit.¹⁴³ Im Gegensatz zur Deutschen Post AG müssen private Anbieter von Postdienstleistungen 16 % Umsatzsteuer auf ihren Preis berechnen.

Die Umsatzsteuerbefreiung begünstigt einseitig die Deutsche Post AG. Zwar kann die Umsatzsteuer bei bestimmten Kunden, d.h. bei Unternehmen mit der Möglichkeit eines Vorsteuerabzugs, wieder abgezogen und somit in ihrer Wirkung neutralisiert werden, jedoch benachteiligt sie die Konkurrenten der Deutschen Post AG bei Postkunden, die keine Möglichkeit eines Vorsteuerabzugs haben. Dies sind Verwaltungen, Kreditinstitute und Versicherungen und somit ein durchaus attraktiver Kundenkreis, insbesondere im Bereich der Briefpost. So befördern insbesondere mittelgroße Lizenznehmer aus dem Bereich der D-Lizenz Briefsendungen aus diesem Kundenkreis. Insofern findet durch die Umsatzsteuerbefreiung eine Wettbewerbsverzerrung zulasten der Wettbewerber der Deutschen Post AG statt.¹⁴⁴

¹⁴² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a a.O., Tz. 270 f.

¹⁴³ Darüber hinaus sind auch Leistungen, die in der Post-Universaldienstleistungsverordnung nicht genannt werden, wie Masseneinlieferungen von Großversendern auf der Basis von Teilleistungsvereinbarungen, der Massenversand von Katalogen, Briefmarkenverkäufe für Philatelie-Zwecke und Retouren-Pakete, bei denen die Versandkosten vom Versandhändler übernommen werden, von der Umsatzsteuer befreit.

¹⁴⁴ Von den Wettbewerbern der Deutschen Post AG wird diesbezüglich auch bezweifelt, ob die Steuerbefreiung der Deutschen Post AG mit der 6. Mehrwertsteuerrichtlinie 77/388/EWG vom 17. Mai 1977 vereinbar ist. Die Richtlinie sieht in Art. 13 A die Steuerfreiheit bestimmter, dem Gemeinwohl dienender Tätigkeiten vor. Hierunter fallen nach der Aufzählung die von den öffentlichen Posteinrichtungen ausgeführten Dienstleistungen. Die Telekommunikation gehört seit ihrer Liberalisierung nicht mehr unter die möglichen Ausnahmen. Aber auch für die

Die Behandlung der Umsatzsteuer ist aber auch bezüglich des Paketbereichs von Belang. Nach Maßgabe der Post-Universaldienstleistungsverordnung sind nämlich sämtliche Pakete bis 20 kg Universaldienstleistungen. Also müssten alle diese Paketsendungen umsatzsteuerbefreit sein. Tatsächlich erhebt die Deutsche Post AG aber seit dem 1. Januar 1999 Umsatzsteuer auf die Geschäftskundenpakete. Postexperten vermuten, dass die Deutsche Post AG die uneinheitliche Besteuerung von Schalter- und Geschäftskundenpaketen praktiziert, da sie selber zunehmend einen größeren Teil der Leistungen nicht mehr selbst erbringt, sondern Fremdunternehmen beauftragt. Diese sind selbst mehrwertsteuerpflichtig. Die Deutsche Post AG ist somit daran interessiert, den Vorsteuerabzug geltend zu machen. Die ihr berechnete Umsatzsteuer kann die Deutsche Post AG aber nur dann als Vorsteuer absetzen, wenn sie selbst umsatzsteuerpflichtig ist. Unterstellt man die Richtigkeit der Rechtsauffassung des Bundes, dass sämtliche Pakete bis 20 kg Universaldienstleistungen sind, so hätte die Deutsche Post AG gegen geltendes Umsatzsteuerrecht verstoßen und müsste die abgesetzte Vorsteuer zurückerstatten.

275. Nach Auffassung der Monopolkommission sind die Wettbewerbsverzerrungen aus der Umsatzsteuerbefreiung und die uneinheitliche Umsetzung dieser Begünstigung, die anscheinend ins Belieben der Deutschen Post AG gestellt zu sein scheint, nicht mit einem funktionsfähigen Wettbewerb vereinbar. Dies gilt auf jeden Fall für die Bereiche, in denen das Unternehmen in direkter Konkurrenz zu privaten Postdienstleistern steht, aber auch für den Bereich der Exklusivlizenz. So befinden sich die Standardsendungen der Deutschen Post AG in einer engen Substitutionskonkurrenz zu den höherwertigen Briefdienstleistungen der D-Lizenznehmer sowie auch zu Angeboten privater Dienstleister oberhalb von 100 g (vormals 200 g). Folglich dürfte ein Wettbewerber vor der Forderung stehen, vergleichbare Dienstleistungen erheblich günstiger zu erstellen, um konkurrenzfähig zu sein. Gerade die neuen Lizenznehmer bekunden, dass sie benachteiligt werden und die Wettbewerbsbedingungen im Briefmarkt verzerrt sind. In Anbetracht dieser Wettbewerbsverzerrung wirkt die Umsatzsteuerbefreiung der Deutschen Post AG wie eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 EGV, da die Deutsche Post AG damit von einer Belastung befreit wird, die ihre Wettbewerber zu tragen haben.

Deshalb spricht sich die Monopolkommission dafür aus, dass die Steuerbefreiung der Deutschen Post AG entfällt. Dies erscheint bei einer Reform der Mehrwertsteuerrichtlinie möglich. Diese nimmt bislang den Postsektor gegenüber anderen Wirtschaftssektoren von der Regelung aus, dass eine Umsatzsteuerbefreiung aufgehoben werden kann, wenn dadurch Wettbewerbsverzerrungen entstehen.

Ein Vorschlag der Europäischen Kommission für eine neue Richtlinie sieht vor, dass Postdienstleistungen ab dem 1. Januar 2005 mehrwertsteuerpflichtig werden sollen. Für Postdienstleistungen unterhalb von 2 kg soll ein ermäßigter Steuersatz auf alle Postdienstleistungen eingeführt werden. Die normalen Steuersätze sollen weiterhin für Pakete mit einem höheren Gewicht als 2 kg und Express- und Kuriersendungen gelten. Eine derartige Reform ist geboten, da ansonsten unberechtigte Privilegien der Deutschen Post AG mit einer Wettbewerbsbeschränkung einhergehen.

von der Deutschen Post AG erbrachten Dienstleistungen erscheine eine Steuerbefreiung insofern fraglich, als das Unternehmen zwar mehrheitlich in Staatsbesitz ist, jedoch wie ein privates Unternehmen organisiert sei und sich ebenso verhalte und somit nach Ansicht der Wettbewerber nicht gerade als ein Anbieter von öffentlichen Posteinrichtungen zu sehen sei. Auch unter Berücksichtigung der durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Postgesetzes bis zum Ende der Exklusivlizenz festgeschriebenen Universaldienstverpflichtung der Deutschen Post AG sei eine Steuerbefreiung bedenklich, da die Deutsche Post AG im Briefbereich erhebliche Gewinne erzielte. Von einer dem Gemeinwohl dienenden Tätigkeit könne insofern nicht unbedingt gesprochen werden.

4.4 Gewerbliche Postvorbereitung und Exklusivlizenz

276. Nach Auffassung der Wettbewerber wird der Wettbewerb im Bereich der gewerblichen Postvorbereitung/Konsolidierung unnötig beschränkt. §§ 5, 6, 51 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 Nr. 5 PostG stünden in Konflikt mit Art. 7 der EG-Postrichtlinie.¹⁴⁵ Durch die entsprechenden Paragraphen des Postgesetzes wird vorgegeben, dass postvorbereitende Tätigkeiten nur dann von einer Reservierung durch die Exklusivlizenz der Deutschen Post AG ausgenommen seien, wenn die Anlieferung bei der *nächsten* Annahmestelle der Deutschen Post AG oder einer solchen innerhalb derselben Gemeinde erfolgt. Nach der in Deutschland vorherrschenden Rechtsauffassung fällt somit die Postvorbereitung, d.h. das Abholen der Sendungen beim Absender bzw. das Übernehmen der Sendungen vom Absender zur Einlieferung beim Universaldienstanbieter, unter die Erlaubnispflicht einer gewerblichen Postdienstleistung. Hingegen sieht die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung vom 23. Oktober 2001¹⁴⁶ die Postvorbereitung als einen der Grundversorgung vorgelagerten Markt, auf dem mithin keine Reservierungen vorgenommen werden dürfen.

Diese Auffassung entspricht auch der EG-Postrichtlinie, die als die reservierbare Abholung das Einsammeln der Postsendungen an Zugangspunkten definiert. Zugangspunkte sind die Knoten oder Schnittstellen eines "öffentlichen Postnetzes". Sie stellen den Ausgangspunkt der reservierbaren Wertschöpfungskette dar. Eine Postvorbereitung fällt mithin generell nicht in einen möglichen Monopolbereich, da sie dem Einsammeln an Zugangspunkten vorgelagert ist. Das Postgesetz nimmt hingegen nur den kürzesten Beförderungsweg zwischen Absender und Zugangspunkt als nicht reservierbare Tätigkeit aus und schließt somit im Regelfall eine Einlieferung durch Postvorbereiter in die Briefzentren der Deutschen Post AG aus. Diese Wettbewerbsbeschränkung ist von marktlicher Relevanz, da die Einlieferung bei einem Mindestvolumen von 500 Sendungen mit einem Rabatt in der Höhe von 23 % versehen ist. Eine effiziente Arbeitsteilung zwischen den Versendern bzw. der Deutschen Post AG und Postvorbereitern wird somit in Deutschland ausgeschlossen. In der Bündelung dieses Wettbewerbsausschlusses mit dem Steuervorteil der Deutschen Post AG entstehen zudem Preisspielräume der Deutschen Post AG bis zu fast 40 %.

Darüber hinaus ist festzustellen, dass nach Art. 7 in Verbindung mit Art. 2 Ziffer 7 der Postrichtlinie Kataloge nicht Gegenstand einer Exklusivlizenz sein dürfen. Bei ihnen, wie auch bei Büchern, Zeitungen und Zeitschriften, handelt es sich nicht um Briefsendungen, die reservierbar sind. Durch die Monopolisierung der Katalogbeförderung wird der Versandhandel an die Dienste der Deutschen Post AG gebunden.

4.5 Remailing

277. Aufgrund der hohen Inlandspreise für Briefsendungen sind für geschäftliche Versender Möglichkeiten der preislichen Arbitrage von Interesse, die bestehen, wenn die Briefsendungen über andere Länder durch eine Kombination von konventionellen Transportdienstleistungen, Expressdienstleistungen und anderen postalischen Dienstleistungen umgeleitet werden. Dieser Vorgang wird als sog. Remailing bezeichnet. Beim Remailing wird zwischen zwei Haupttypen unterschieden, dem sog. ABA-Remailing und dem sog. ABC-Remailing. ABA-Remailing bezeichnet den Sachverhalt, dass ein Brief aus dem Land A im Land B für die Zustellung im Land A aufgegeben

¹⁴⁵ Richtlinie 97/67/EG vom 15. Dezember 1997, ABl. EG Nr. L 15 vom 21. Januar 1998, S. 14.

¹⁴⁶ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 23. Oktober 2001 über das Fehlen einer umfassenden Kontrolle der tariflichen und technischen Bedingungen, unter denen La Poste Postvorbereitern, mit denen sie im Vorfeld des reservierten Bereichs im Wettbewerb steht, Zugang zu reservierten Diensten gewährt, ABl. EG Nr. L 120 vom 7. Mai 2002, S. 19.

wird, ABC-Remailing den Sachverhalt, dass ein Brief aus dem Land A im Land B für die Zustellung im Land C aufgegeben wird.

Hinsichtlich des Remailings ist relevant, dass nach Art. 43 Abs. 1 des Weltpostvertrages kein Mitgliedstaat verpflichtet ist, Sendungen zu befördern oder dem Empfänger auszuliefern, die in seinem Gebiet ansässige Absender im Ausland einliefern oder einliefern lassen, um aus den dort geltenden günstigeren Entgeltverhältnissen Nutzen zu ziehen. Die Bestimmungsverwaltung, d.h. in Deutschland die Deutsche Post AG, ist nach Art. 43 Abs. 3 Weltpostvertrag berechtigt, vom Absender oder, wenn dies nicht möglich ist, von der Einlieferungsverwaltung die Zahlung der Inlandsentgelte zu verlangen. Sind beide nicht bereit, diese Entgelte in einer festgesetzten Frist zu zahlen, so kann die Bestimmungsverwaltung entweder die Sendungen an die Einlieferungsverwaltung zurückschicken – in diesem Fall hat sie Anspruch auf die Erstattung der Kosten der Rücksendung – oder nach ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften mit ihnen verfahren. Nach Art. 43 Abs. 4 Weltpostvertrag ist kein Mitgliedstaat verpflichtet, Briefsendungen zu befördern oder den Empfängern auszuliefern, die Absender in einem anderen Land als demjenigen, in dem sie ansässig sind, in großen Mengen eingeliefert haben oder haben einliefern lassen, wenn die hierfür verlangten Endvergütungen niedriger sind als der Betrag, der erhoben worden wäre, wenn die Sendungen in dem Land eingeliefert worden wären, in dem die Absender ansässig sind.

In diesem Zusammenhang ist auf das sog. virtuelle Remailing einzugehen, welches die Europäische Kommission in einer Auseinandersetzung zwischen dem British Post Office und der Deutschen Post AG beschäftigt hat.¹⁴⁷ Die Deutsche Post AG beanspruchte, dass jedwede Auslandspost, welche einen Bezug zu Deutschland hat, normalerweise in Form einer deutschen Antwortadresse, als eine Sendung mit einem deutschen Versender anzusehen ist und zwar unabhängig davon, wo die Sendungen hergestellt und aufgegeben worden sind. Die Annahme und Zustellung derartiger Sendungen wurden von der Deutschen Post AG als sog. ABA-Remailing, d.h. als eine Umgehung des inländischen Briefmonopols, solange verweigert, bis der inländische Tarif bezahlt wurde.

Die Untersuchungen der Europäischen Kommission zeigen auf, dass die betroffenen Sendungen keine deutschen Versender hatten. Sie wurden in Großbritannien hergestellt und aufgegeben, waren also normale grenzüberschreitende Auslandspost. In einigen Fällen wurden sie in Schweden hergestellt und in den Niederlanden aufgegeben. Sie stellten somit keine Umgehung des nationalen Briefmonopols dar und hätten als internationale Post behandelt werden müssen. Der einzige Anknüpfungspunkt zu Deutschland war die Bezugnahme auf eine deutsche Referenzadresse im Brief. In ihrer Entscheidung befand die Europäische Kommission, dass die Unterbrechung, die nachträgliche Bezahlung des Inlandstarifs und die verspätete Zustellung unter der falschen Beschuldigung der Umgehung des nationalen Briefmonopols als virtuelle grenzüberschreitende Sendung eine Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung der Deutschen Post AG auf dem deutschen Markt für internationale Post sei und damit Art. 82 EGV verletze. Durch diese Entscheidung werden die Möglichkeiten der Deutschen Post AG, eingehende grenzüberschreitende Sendungen unter Bezugnahme auf Art. 43 Weltpostvertrag zurückzuhalten, auf ein Minimum beschränkt.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat allerdings in einer Entscheidung vom 10. Oktober 2002 entschieden, dass ein Zahlungsanspruch der inländischen Entgelte bei einem sog. "non physical remailing" besteht, d.h. bei ABA-Remailingsendungen, deren Inhalt durch grenzüberschreitenden elektronischen Datentransfer festgelegt worden ist und die körperlich vollständig im Ausland hergestellt

¹⁴⁷ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 25. Juli 2001, ABl. EG Nr. L 331 vom 15. Dezember 2001, S. 40.

worden sind. Nach Ansicht des BGH ist bei "non physical remailing" nach dem Gesamteindruck der Sendung aus der Sicht eines verständigen Empfängers zu erkennen, dass der Absender derjenige ist, der sich an den Adressaten wendet; der Absenderadresse auf dem Briefumschlag kommt keine entscheidende Bedeutung zu.

In letzter Konsequenz führt die Entscheidung des BGH dazu, dass die Entgelte für internationale Briefbeförderung von den Inhalten abhängig gemacht werden. Wenn ein international operierender Konzern eine zentrale Briefversandstelle in London einrichtet, so fällt diese Wahl der Unternehmensorganisation unter die unternehmerische Freiheit des betreffenden Konzerns. Der Versuch, das fällige Briefporto davon abhängen zu lassen, ob den Adressaten in den einzelnen Ländern in den betreffenden Schreiben jeweils inländische Kontaktadressen genannt werden oder nicht, ist nach Auffassung der Monopolkommission problematisch. Auch wenn es sich im Einzelfall um eine Strategie der Umgehung des Briefmonopols – mitsamt den von den Aufsichtsbehörden tolerierten überhöhten Preisen – handeln mag, gehen nach Auffassung der Monopolkommission die Inhalte der Sendungen die Postunternehmen nichts an. Dirigistische Interventionen zur Bekämpfung von Arbitrageverhalten sind eine größere Gefahr für eine freiheitliche Wirtschaftsordnung als das Arbitrageverhalten selbst.

In diesem Kontext ist auch eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 10. Februar 2000 bei zwei Beschlüssen des OLG Frankfurt zu nennen, bei der es auch um "non physical remailing" ging. In den Fällen handelte es sich um Rechtsstreitigkeiten zwischen der Deutschen Post AG und der GZS Kartengesellschaft bzw. der Deutschen Post AG und der Citicorp Kartenservice GmbH. Diese Gesellschaften betrieben ein "non physical remailing" über Dänemark bzw. über die Niederlande. Der EuGH bestimmte, dass es nicht gegen Art. 90 Abs. 1 EGV (jetzt Art. 86 EGV) in Verbindung mit Art. 86 EGV (jetzt Art. 82 EGV) und Art. 59 EGV (jetzt Art. 49 EGV) verstoße, wenn die Deutsche Post AG Sendungen, die bei Postdiensten eines anderen als desjenigen Mitgliedstaats, dem diese Einrichtung angehört, in großer Zahl eingeliefert werden, mit ihren Inlandsgebühren belegt. Allein verstoße es gegen Art. 90 Abs. 1 EGV (jetzt Art. 86 EGV) in Verbindung mit Art. 86 EGV (jetzt Art. 82 EGV), wenn die Deutsche Post AG dabei nicht die Endvergütungen in Abzug bringe, die von den anderen Postdiensten für diese Sendungen entrichtet wurden.

Die Monopolkommission verkennt nicht, dass die Vergütungen zwischen den Postgesellschaften, die sog. Endvergütungen, nicht hinreichend kostenorientiert sind. Zur Korrektur dieses Missstands jedoch sollte die Endvergütungssystematik umgestaltet werden, die Möglichkeiten des Remailing sollten jedoch nicht beschränkt werden. Der Monopolist zwar mag Wettbewerbsdruck durch Remailing als illegitime Beschränkung seiner Macht ansehen, doch gerade die Beschränkung von Macht ist eine staatspolitisch bedeutsame Funktion des Wettbewerbs. Im gegenwärtigen Kontext gilt dies umso mehr, als die Inlandstarife des Monopolisten selber nicht kostenorientiert sind.

5. Subventionierung und Quersubventionierung

5.1 Subventionierung und Quersubventionierung des Paketbereiches

278. Die Deutsche Post AG hat in der Vergangenheit ihren Paketdienst aus den Einnahmen des Briefdienstes quersubventioniert. So stellte die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung vom 20. März 2001 fest, dass die Deutsche Post AG ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich Paketdienste für den Versandhandel missbraucht habe.¹⁴⁸ Das Unternehmen habe Leistungen zu nicht kostendeckenden Preisen angeboten, um Wettbewerber vom Markt zu verdrängen. Die Kommission sah nur deshalb von einer Geldbuße ab, weil im fraglichen Zeitraum (1990 bis 1995) nicht geklärt war, welche Kostenstandards an Unternehmen anzulegen seien, die sowohl auf reservierten Monopolmärkten als auch auf wettbewerblichen Märkten tätig sind. Dagegen wurde die Gewährung von Treuerabatten an Großkunden, die an die Bedingungen geknüpft war, dass der betroffene Kunde sein ganzes Paketaufkommen oder einen wesentlichen Teil davon über die Deutsche Post AG abwickelt, mit einer Geldbuße in Höhe von 24 Mio. € geahndet.

In einer weiteren Kommissionsentscheidung vom 19. Juni 2002 wurde die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, finanzielle Unterstützungen in Höhe von 572 Mio. € als unzulässige Beihilfen von der Deutschen Bundespost zurückzufordern.¹⁴⁹ Die Entscheidung verweist auf die staatlichen Zuwendungen, welche die Deutsche Post AG bzw. ihr Rechtsvorgänger erhalten haben. Darunter fallen insbesondere Zahlungen an die Post-Pensionskasse, staatliche Garantien für Altschulden sowie Transfers von Immobilien und anderem Kapital. Daneben treten die Zuwendungen aus dem Finanzausgleich zwischen Telekom und Postdienst. Die Kommission stellt fest, dass solche Zuwendungen nur insoweit zulässig sind, als sie zum Ausgleich der Nettomehrkosten aus den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen der Deutschen Post AG notwendig sind. Dienen diese Zuwendungen dagegen dazu, Nettomehrkosten auszugleichen, die nicht auf gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen beruhen, geht die Kommission davon aus, dass es sich um Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV handelt.

Die Untersuchungen der Kommission ergaben, dass im Bereich der Haus-zu-Haus-Pakete, und zwar sowohl bei der Paketbeförderung zwischen Geschäftskunden als auch bei Paketdienstleistungen für Versandunternehmen, Nettomehrkosten in Höhe von 572 Mio. € entstanden waren, die nicht auf gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen beruhen. Denn diese Mehrkosten resultierten nicht auf der Beförderungspflicht der Deutschen Post AG unter Einhaltung eines erschwinglichen Einheitstarifs, sondern auf einer aggressiven Rabattpolitik zugunsten von Geschäftskunden, die zu Preisen unterhalb des Einheitstarifs führte. Im Rahmen dieser Rabattpolitik lagen die von der Deutschen Post AG erzielten Erlöse im Bereich der Haus-zu-Haus-Paketkunden erheblich unterhalb der zurechenbaren Kosten, und zwar mit einem Betrag von mindestens 572 Mio. €. Hintergrund dieser Geschäftspolitik war nicht die Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, sondern das Bestreben der Deutschen Post AG, Marktanteile zu erhalten oder zu erobern.

Die Verfahren vor der Europäischen Kommission belegen aus Sicht der Monopolkommission eindrücklich, dass es sich bei den wettbewerbsverzerrenden Unterstützungsmaßnahmen für den Paketbereich um ein praktisch relevantes Problem handelt. Bedenklich dabei ist, dass dieses Problem von den deutschen Behörden bisher noch nicht aufgegriffen wurde, sondern es allein der Europäischen Kommission überlassen wurde, gegen diese Wettbewerbsverzerrung vorzugehen.

¹⁴⁸ COMP/35.141, ABl. EG Nr. L 125 vom 5. Mai 2001, S. 27.

¹⁴⁹ ABl. EG Nr. L 247 vom 14. September 2002, S. 27.

5.2 Quersubventionierung der Deutschen Postbank AG

279. Ein weiterer Quersubventionierungstatbestand findet sich im Innenverhältnis zwischen der Deutschen Post AG und der Deutschen Postbank AG. So werden der Deutschen Postbank AG Gebäude und Personal von der Deutschen Post AG teilweise umsonst zur Verfügung gestellt; die Kosten dafür werden dem Briefbereich zugerechnet. Nach Aussage des Vorstandschefs der Deutschen Postbank AG bezahlt das Unternehmen keine Miete für ihre Filialen an die Deutsche Post AG. Auch die Mitarbeiter werden alle von der Deutschen Post AG bezahlt. Die Vergütungen der Deutschen Postbank AG richten sich nach den Kundenanlagebeständen, die die Mitarbeiter betreuen und neu schaffen. Insofern hat die Deutsche Postbank AG nur variable Kosten.¹⁵⁰ Nach Auffassung der Monopolkommission stellt dieser Tatbestand eine Quersubventionierung dar, da die Deutsche Post AG die Deutsche Postbank AG mit Maßnahmen unterstützt, für die keine marktgerechte Vergütung gezahlt wird. Diese Einschätzung entspricht einem Urteil des EuGH in der vergleichbaren Rechtssache *Syndicat français de l' Expressinternational (SFEI) u.a. gegen La Poste u.a.*, in welcher der Gerichtshof zu dem Urteil kam, dass eine staatliche Beihilfe vorliege.

280. In diesem Fall ging es um die logistische und kommerzielle Unterstützung, die die französische Post der Société française de messagerie internationale (SFMI) und der EMS Chronopost gewährt hat. Zur Verbesserung ihrer Stellung auf dem Markt für Expresszustellung hat die französische Postverwaltung ihren diesbezüglichen Dienst, Postadex, modernisiert und ihm den Namen EMS Chronopost gegeben. Ende 1985 betraute sie eine dafür geschaffene Gesellschaft, die SFMI, mit der Führung und Entwicklung des Dienstes. Das Kapital der SFMI wurde zu 66 % von einer hundertprozentigen Tochter der Post, der Sofipost, gehalten, zu 34 % von der TAT. Die Nutzung und Vermarktung der Dienste der EMS Chronopost durch die SFMI wurde hauptsächlich mit den Mitteln der Post betrieben, die durch Mittel der TAT Express, einer Tochtergesellschaft der TAT, ergänzt wurden. Die Post stellte der SFMI ihre Poststellen zur Verfügung sowie einen Teil ihres Personals für die Sammlung, die Sortierung, die Beförderung und die Verteilung der Sendungen an die Kunden. Somit gewährte sie eine logistische Unterstützung. Zum anderen gewährte die Post eine kommerzielle Unterstützung in Form einer Verkaufsförderung, einer Akquisition und einer Beratung der Kundschaft.

Der SFEI war der Auffassung, dass die Bedingungen, zu denen die Post der SFMI logistische und kommerzielle Unterstützung gewährte, eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe darstellten und die Wettbewerbsgleichheit beseitigten und erhob dagegen Beschwerde bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften und dem französischen Conseil de la concurrence. Er machte insbesondere geltend, dass die Unterstützung es der SFMI ermögliche, Tarife anzuwenden, die deutlich niedriger seien als die Tarife ihrer Wettbewerber. Die Kommission wies zunächst die Beschwerde zurück, führte aber nach zusätzlichen Angaben die Prüfung fort. Eine endgültige Entscheidung wurde nicht getroffen. Unter diesen Voraussetzungen haben der SFEI und fünf andere Firmen Klage beim Tribunal de Commerce de Paris gegen die SFMI, die Chronopost, die Post, die Sofipost, die TAT und die TAT Express erhoben.

Auf der Basis eines Vorabentscheidungsersuchens des Tribunal de Commerce de Paris hat der EuGH am 11. Juli 1996¹⁵¹ entschieden, dass die logistische und kommerzielle Unterstützung ohne normale Gegenleistung, die ein öffentliches Unternehmen seinen privatrechtlichen Tochtergesellschaften gewährt, die eine dem freien Wettbewerb offen stehende Tätigkeit ausüben, eine staatliche

¹⁵⁰ Vgl. Unternehmen Deutsche Postbank: „Auf den Spuren von Citicorp und Aldi,“, in: Wirtschaftswoche Nr. 26 vom 20. Juni 2002, S. 84.

¹⁵¹ Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547.

Beihilfe im Sinne von Art. 92 EGV (jetzt Art. 87 EGV) darstellen kann. Der Begriff der Beihilfe umfasse nicht nur positive Leistungen wie Subventionen, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen. Dies ist der Fall, wenn die als Gegenleistung erhaltene Vergütung niedriger ist als die Vergütung, die unter normalen Marktbedingungen gefordert worden wäre.

Diese Erwägungen des Gerichtshofs lassen sich ohne weiteres auf das Verhältnis zwischen der Deutschen Post AG und der Deutschen Postbank AG übertragen. Die Entlastung der Deutschen Postbank AG von den Fixkosten des Filialnetzes befreit die Postbank von einem Kostenfaktor, der im Retail Banking der letzten Jahre erheblich an Gewicht gewonnen hat. Es ist diesem Kostenfaktor zuzuschreiben, dass viele Geschäftsbanken ihr Zweigstellennetz ausgedünnt haben. Dazu wird sich die Deutsche Postbank AG unter den Bedingungen der gegenwärtigen Vergütungsstrukturen nicht veranlasst sehen. Dies zeigt die Wettbewerbsverzerrungen zwischen der Deutschen Postbank und den Geschäftsbanken zur Genüge. Die Ursache für diese Entlastung der Deutschen Postbank AG liegt in den komfortablen Überschüssen, welche die Deutsche Post AG im Bereich des Briefmonopols erwirtschaftet. Als staatseigenes Unternehmen unterliegt die Deutsche Post AG ebenso wie der Staat selbst dem Beihilfeverbot des Art. 87 EGV; dagegen verstößt die Deutsche Post AG, wenn sie ihre Filialen zu Preisen zur Verfügung stellt, die den eigenen Fixkosten nicht Rechnung tragen.

6. Entscheidungspraxis

6.1 Price-Cap-Regulierung für Briefsendungen

281. Die RegTP hat am 26. Juni 2002 die Maßgrößen für die *Price-Cap-Regulierung* von Briefsendungen bis 1.000 g beschlossen.¹⁵² Diese gelten vom 1. Januar 2003 bis zum 31. Dezember 2007, d.h. über einen Zeitraum von fünf Jahren. Der Zeitraum wird in fünf Perioden mit der Länge eines Jahres unterteilt.

282. Nach den Vorgaben der RegTP werden drei Körbe gebildet. Hierbei wird zwischen Postdienstleistungen im Monopol (Korb M), Postdienstleistungen in einem wettbewerblichen Umfeld (Korb W) und einem Korb postalischer Teilleistungen (Korb T) unterschieden.

- Der *Korb M* enthält mit der Postkarte, dem Standardbrief sowie dem Kompakt- und dem Großbrief Dienstleistungen, die ganz oder im Wesentlichen dem Monopol der Deutschen Post AG unterfallen.
- Der *Korb W* beinhaltet mit dem Maxibrief, den Briefsendungen in besonderen Sendungsformen wie Einschreiben und Nachnahme, den inhaltsgleichen Briefsendungen und den Briefsendungen in das Ausland Dienstleistungen, die im Wettbewerb stehen. Die inhaltsgleichen Sendungen – im Wesentlichen Werbepost – sind dabei einem Substitutionswettbewerb von benachbarten Märkten mit anderen Werbeträgern wie z.B Wurfsendungen, Telefonmarketing sowie Werbung in Printmedien, Rundfunk, Fernsehen und Internet ausgesetzt; dies gilt auch für die inhaltsgleichen Briefsendungen bis 50 Stück und mit einem Gewicht bis zu 50 g, die in die Exklusivlizenz fallen.
- Der *Korb T* umfasst alle von der Deutschen Post AG angebotenen entgeltgenehmigungsbedürftigen Teilleistungen.

283. Neue Angebote an Postdienstleistungen der Deutschen Post AG im Bereich der Briefsendungen bis 1.000 g sind in die Price-Cap-Regulierung nur dann aufzunehmen, wenn die Deutsche Post AG im jeweils relevanten Referenzzeitraum Umsätze erzielt hat. Die Herausnahme einzelner Angebote aus der Price-Cap-Regulierung ist grundsätzlich möglich, wenn kompensierend Entgeltänderungen bei den noch im Price-Cap verbliebenen Leistungen durchgeführt werden. Fallen Leistungen aus dem Price-Cap heraus, weil keine marktbeherrschende Stellung der Deutschen Post AG mehr vorliegt, so werden deren Anteile für Referenzzwecke eingefroren.

284. Das *Ausgangsentgeltniveau* eines Korbes ergibt sich als gewichteter Durchschnitt der Entgelte der im jeweiligen Korb enthaltenen Produkte zum 31. Dezember 2002. Als Gewichte für die Entgelte im Jahr 2003 werden die Absatzmengen für das Jahr 2001 verwandt. Referenzzeitraum für jedes Jahr ist somit die vorvergangene Periode, d.h. für das Jahr 2004 die entsprechenden Größen des Jahres 2002 etc.

¹⁵² Unter einer Price-Cap-Regulierung ist die Vorgabe von Preisobergrenzen für bestimmte Produktgruppen, die in einem oder auch in mehreren Körben zusammengefasst werden, zu verstehen. Die Preisobergrenzen bestimmen sich anhand einer Indexierung, welche die Entwicklung einer repräsentativen Preissteigerungsrate abzüglich eines sog. X-Faktors, der die Entwicklung der Produktivität des regulierten Unternehmens, widerspiegelt. Bei der üblichen Anwendung eines sog. Laspeyres-Index impliziert die Indexierung, dass der Durchschnittspreis für einen in der vorangegangenen Periode definierten Korb von Dienstleistungen, hier Leistungen der Briefbeförderung bis 1.000 g, maximal um die Differenz zwischen der Preissteigerungsrate und der Produktivitätssteigerungsrate zunimmt.

Als *X-Faktoren*, d.h. zu erwartende Produktivitätsfortschrittraten, werden für das Jahr 2003 für den Korb M 7,2 %, für den Korb W 1,8 % und für den Korb T 1,8 % angesetzt. Für die Jahre 2004 bis 2007 werden für alle Körbe 1,8 % angesetzt. Als repräsentativer Index für die Preissteigerung wird der *Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte* herangezogen. Unter Berücksichtigung der Preissteigerungen reduziert sich der X-Faktor für den Korb M für 2003 auf 4,7 %. Die im Price-Cap-Verfahren festgestellten Entgelte sind *Nettoentgelte*, d.h. Entgelte vorab einer Umsatzbesteuerung.

285. Bei der Festlegung der X-Faktoren wurden über die sog. Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hinaus sachlich gerechtfertigte Aufwendungen berücksichtigt. Hierunter fallen zum einen nicht wettbewerbsübliche Löhne, Gehälter und Sozialkosten der Deutschen Post AG sowie Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Bundesanstalt für Post und Telekommunikation, annualisierte Rückstellungen für die Altersversorgung über die Versorgungsanstalt Post, ein Risikoausgleich für die Postbeamtenkrankenkasse und Zahlungen für Personalreduzierungen im Zusammenhang mit der Restrukturierung des Briefnetzes. Zum anderen wurden Aufwendungen für die Infrastrukturlasten in den Bereichen Fracht und Filiale im Sinne von § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG berücksichtigt.¹⁵³ Die Berücksichtigung der nicht wettbewerbsüblichen Löhne, Gehälter und Sozialkosten der Deutschen Post AG ist möglich, da § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG es erlaubt, die Kosten für die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, angemessen zu berücksichtigen.

Bei der Festsetzung der X-Faktoren hat die RegTP auch einen internationalen Preisvergleich für Briefsendungen berücksichtigt. Eine entsprechende Studie der Behörde über das Preisniveau für Briefsendungen weist aus, dass nur in Italien höhere Entgelte als in Deutschland gezahlt werden. Die niedrigsten Entgelte werden in Neuseeland und Spanien verlangt. Bei diesem Vergleich ist zu beachten, dass es sich vielfach um regulierte Entgelte handelt, d.h. nicht um Marktpreise. Unter Berücksichtigung der Preisanpassung durch die vorgesehene Price-Cap-Regulierung ist die RegTP der Auffassung, dass in Deutschland eine *zunächst ausreichende Annäherung* an das *internationale Entgeltniveau* erreicht wird. Aufgrund der Price-Cap-Entscheidung der Regulierungsbehörde musste die Deutsche Post AG neue Tarife vorlegen. Diese wurden am 12. September 2002 genehmigt und sehen für das Jahr 2003 Entgeltreduzierungen zwischen 1,8 % (Standardbrief bis 20 g) und 11,8 % (Postkarte) vor.

286. Nach Ansicht der Monopolkommission ist die Senkung der Preise zumindest im Bereich des Korbs M zu niedrig ausgefallen. Der für das erste Jahr der Price-Cap-Regulierung für den Korb M angesetzte Wert von 7,2 % real, 4,7% nominal sollte die vorherige, über viele Jahre nicht an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientierte Preisgestaltung korrigieren. In Anbetracht dessen, dass die ausgewiesene Umsatzrendite der Deutschen Post AG im Briefbereich im Jahre 2001 bei ca. 17 % lag, ist die Korrektur jedoch deutlich zu niedrig ausgefallen. Bei der Beurteilung dieser Umsatzrendite ist zu berücksichtigen, dass dem Unternehmensbereich Brief im Geschäftsbericht der Deutschen Post AG verschiedene Kostenpositionen zugewiesen werden, die eigentlich anderen Unternehmensbereichen, so auch der Postbank, zuzurechnen sind,¹⁵⁴ ferner, dass nur etwa zwei Drittel des Unternehmensbereichs Brief der Exklusivlizenz zuzurechnen sind, ein Drittel gehört zu den dem Wettbewerb geöffneten Märkten. Da die Umsatzrenditen in den wettbewerbsfähigen Bereichen niedriger sein dürften als im Monopolbereich, ist davon auszugehen, dass die Umsatzren-

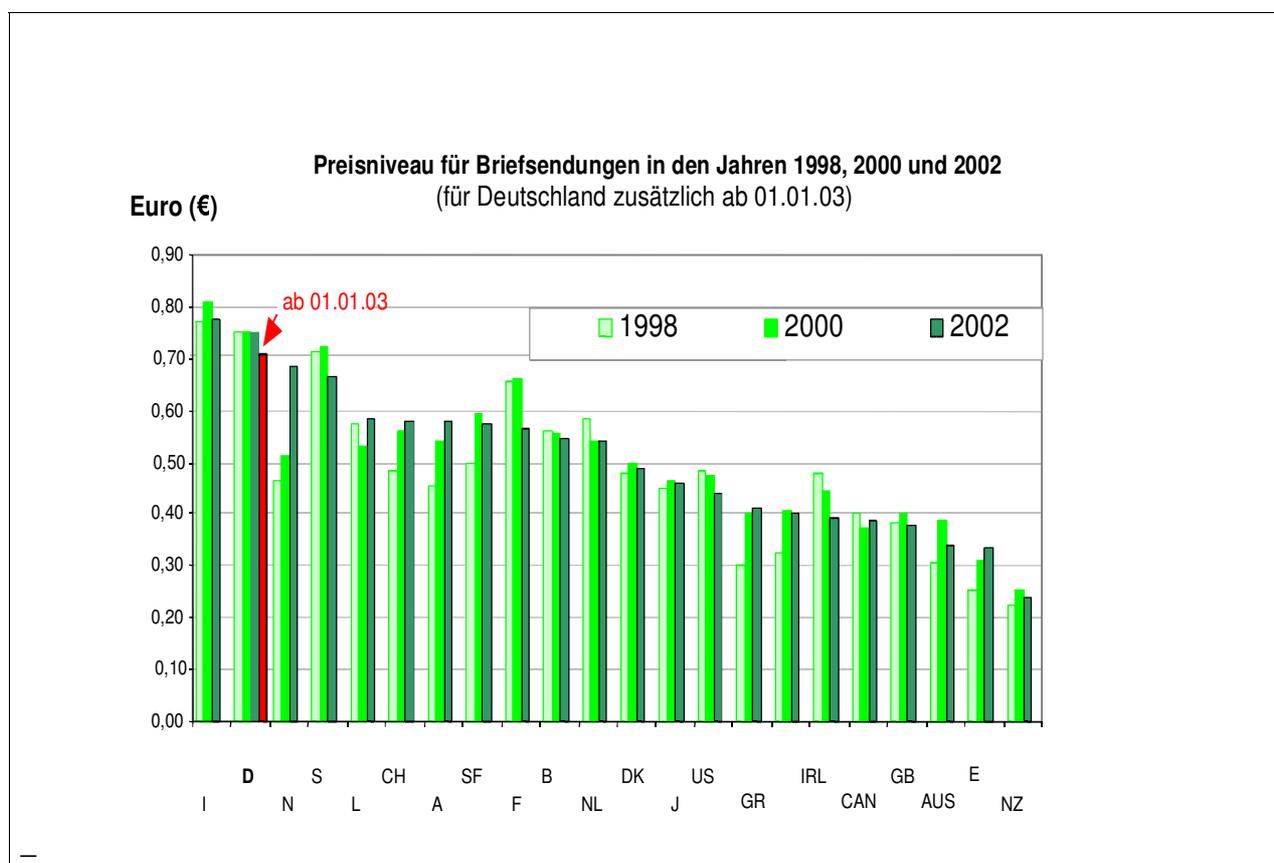
¹⁵³ Der Forderung der Deutschen Post AG, die Rückzahlungsverpflichtungen aus dem Beihilfeverfahren als sachlich gerechtfertigte Aufwendungen anzuerkennen, wurde nicht entsprochen.

¹⁵⁴ Vgl. hierzu Tz. 279.

dite im Monopolbereich deutlich über 17 % liegt. In Anbetracht dieser Rendite, die weit über dem liegt, was sonst in der Wirtschaft als normal betrachtet wird, sind die Vorgaben der RegTP für die Price-Cap-Regulierung im Briefbereich deutlich zu niedrig. Auch nach Einführung der Price-Cap-Regulierung kann die Deutsche Post AG übernormale Gewinne im Bereich der Briefdienstleistungen erzielen. Deutschland ist immer noch das Land mit dem zweithöchsten Preisniveau für Briefsendungen (vgl. *Abbildung 4*).

Abbildung 4:

Preisniveau für Briefsendungen



Quelle: RegTP

287. Die RegTP verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass die Deutsche Post AG nicht wettbewerbsübliche Löhne, Gehälter und Sozialkosten zu bezahlen hat. Im Geschäftsbericht der Deutschen Post AG für das Jahr 2001 wird jedoch erklärt, dass nicht wettbewerbsübliche Aufwendungen für Löhne und Gehälter schon unter den Kosten des Briefbereichs aufgeführt sind. Die Umsatzrendite von 17 % ergibt sich als Rendite *nach* Abzug dieser nicht wettbewerbsüblichen Aufwendungen. Insofern ist der Verweis auf nicht wettbewerbsübliche Löhne, Gehälter und Soziallasten hier nicht stichhaltig. Die RegTP verweist auch auf Sonderrückstellungen für Pensionsverpflichtungen, die von der Deutschen Post AG noch vor der neuen Price-Cap-Regulierungsentscheidung getätigt worden seien, um den Erfordernissen der internationalen Rechnungslegungsvorschriften und den Forderungen der Rating-Agenturen zu genügen; nach traditioneller deutscher Rechnungslegung würden

diese Kosten erst im Lauf der Zeit ausgewiesen und seien somit als Kosten der Tätigkeit der Deutschen Post AG zu betrachten, die durch die jetzigen Erlöse gedeckt werden müssten. Auch dieser Hinweis ist nach Auffassung der Monopolkommission nicht stichhaltig. Die genannten Sonderrückstellungen wurden ja ihrerseits schon aus Monopolgewinnen finanziert. Hätte man die entsprechenden Belastungen über die Jahre gestreckt und als Kosten der Briefbeförderung ab 2003 zugerechnet, so wären die Gewinne der Deutschen Post AG in den Jahren der Sonderrückstellungen noch einmal deutlich höher ausgefallen, d.h. der Abstand der Erlöse gegenüber dem von Gesetz und Verordnung gesetzten Standard wäre noch anstößiger gewesen, als die ausgewiesenen 17 % Umsatzrendite andeuten. Die von der RegTP vorgenommene Zurechnung dieser Sonderrückstellungen zu den Kosten der Briefbeförderung ab 2003 läuft letztlich auf eine unzulässige Doppelzählung dieses Kostenfaktors hinaus.

288. Die RegTP hat gegenüber der Monopolkommission auch darauf verwiesen, dass eine stärkere Absenkung der Entgelte der Deutschen Post AG die Spielräume für einen Marktzutritt von Wettbewerbern beschränken würde. Liegen die Preise der Deutschen Post AG allzu nah bei den Kosten, so habe ein Wettbewerber kaum die Möglichkeit, den Kunden bessere Angebote zu machen als die Deutsche Post AG selbst. In Anbetracht dessen, dass es bei dieser Diskussion um die Preise für Leistungen aus dem Korb M geht, d.h. aus dem Bereich der Exklusivlizenz, hält die Monopolkommission dieses Argument für befremdlich. Da der Marktzutritt von Wettbewerbern in diesem Bereich ohnehin vom Gesetzgeber ausgeschlossen worden ist, besteht kein Grund, warum die Preisregulierung für diesen Bereich auf Marktzutrittschancen von Wettbewerbern achten sollte. Im Gegenteil, in einem Markt, der noch nicht für Wettbewerb geöffnet ist, muss die Regulierungsbehörde besonders darauf achten, dass es nicht zum Ausbeutungsmissbrauch durch überhöhte Preissetzung des Monopolisten kommt. Bei der Price-Cap-Entscheidung 2002 wurde diese Aufgabe nur unzureichend erfüllt.

289. Die Deutsche Post AG hat in den Jahren 2000 und 2001 ihr Eigenkapital mehr als verdoppelt, von 2,6 Milliarden Euro auf 5,4 Milliarden Euro. Dieses Wachstum wurde im Wesentlichen durch die Gewinne im Monopolbereich ermöglicht. Die Deutsche Post AG hat diese Mittel benutzt, um einen weltweiten Logistikkonzern aufzubauen. Ob diese Investitionen sich letztlich rentieren, bleibt abzuwarten; noch steht der Beitrag der getätigten Akquisitionen zum Betriebsergebnis in keinem Verhältnis zum Aufwand. Unabhängig davon hält die Monopolkommission es wirtschaftspolitisch und allgemeinpoltisch für bedenklich, dass hier ein Unternehmen die Möglichkeit hat, unter dem Schutz des Gesetzgebers und der Tolerierung der Regulierungsbehörde die Ausbeutung des Monopols gegenüber den heimischen Kunden zum Aufbau einer internationalen Machtposition zu nutzen.

290. Nach Ansicht der Monopolkommission zeigt die Price-Cap-Entscheidung der RegTP im Briefbereich, dass Price-Cap-Regulierung als solche problematisch ist, wenn nicht bekannt ist, wie sich die Ausgangspreise zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung verhalten. Price-Cap-Regulierung beruht auf der Vorstellung, dass erstens die Ausgangspreise ungefähr den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen, zweitens die Vorgabe eines X-Faktors für die durchschnittliche Preissenkung dem Unternehmen Anreize setzt, seine eigenen Kosten zu senken, möglicherweise sogar um mehr, als dem X-Faktor entspricht, und drittens die Verteilung der Deckungsbeiträge über die Einzelleistungen dem regulierten Unternehmen selbst überlassen bleiben sollte. Wenn die Ausgangspreise nichts mit den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu tun haben, ist eine wesentliche Voraussetzung des Price-Cap-Verfahrens nicht erfüllt. Dann ist auch die Wahl des X-Faktors letztlich willkürlich.

Es wäre daher angebracht gewesen, vor Anwendung der Price-Cap-Regulierung zunächst die Kosten der effizienten Leistungsbereitsstellung festzustellen. Im gegebenen rechtlichen Rahmen hätte dies erfordert, dass man die Preise zunächst im Rahmen der Einzelpreisgenehmigung festsetzt und danach das Price-Cap-Verfahren mit einem X-Faktor entsprechend dem zu erwartenden Produktivitätswachstum einsetzen lässt. Die Monopolkommission hatte diese Vorgehensweise in ihrem letzten Sondergutachten empfohlen.¹⁵⁵

291. Die RegTP ist dieser Forderung der Monopolkommission nicht gefolgt, da dem Gesetz zufolge die Price-Cap-Regulierung Vorrang vor der Einzelpreisgenehmigung haben soll. Dass die spezielle Problematik der Bestimmung der Ausgangsbasis für das Price-Cap einen hinreichenden Grund für ein Abweichen von dieser Soll-Vorgabe bedeutet, wurde von ihr nicht gesehen – hinsichtlich der Ausbeutungsproblematik im Briefbereich so wenig wie hinsichtlich der Verdrängungsproblematik bei den Endkundenentgelten für Analoganschlüsse im Telefonbereich.¹⁵⁶

In beiden Fällen hat die Anwendung des Price-Cap-Verfahrens ohne Prüfung der Angemessenheit oder Unangemessenheit der Ausgangspreise dazu geführt, dass der vom Gesetzgeber geforderte Standard der Kosten der effizienten Leistungsbereitsstellung unter Berücksichtigung nicht wettbewerbsüblicher zusätzlicher Belastungen des Unternehmens *de facto* nicht angewandt wird. Da im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens eine Kostenprüfung nicht vorgesehen ist, kann der regulierte Preis im Bereich der Exklusivlizenz weiterhin deutlich über dem vom Gesetzgeber intendierten Standard liegen, ohne dass dies offen gelegt werden müsste.

Es besteht der Verdacht, dass dieses Ergebnis politisch nicht unerwünscht war. Dieser Verdacht gründet sich nicht nur darauf, dass schon einmal der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie eine Briefportsenkung verhindert hat, indem er entgegen dem Wortlaut des Postgesetzes die Anweisung gab, die Geltungsdauer der vor In-Kraft-Treten des Postgesetzes genehmigten Entgelte über den vorgesehenen Termin, in diesem Fall den 31. August 2000, hinaus bis zum 31. Dezember 2002 zu verlängern. Er gründet sich auch darauf, dass schon im März 2002, d.h. vier Monate vor Bekanntgabe der Price-Cap-Entscheidung der RegTP, in der Presse zu lesen war, der Bundesminister der Finanzen habe der RegTP "klar gemacht, dass es nur eine minimale Preissenkung befürwortet", mit der Folge, dass das Briefporto "um nur einen Cent" gesenkt werden müsse.¹⁵⁷ Unabhängig davon, ob es eine solche Einflussnahme gegeben hat oder nicht, hält die Monopolkommission es für fatal, dass das Regulierungsverfahren in der Öffentlichkeit in diesen Kategorien diskutiert wird. Bei Verwendung der Price-Cap-Regulierung ohne eingehende Kostenprüfung mit einem Ergebnis, das der Deutschen Post AG weiterhin überhöhte Preise im Monopolbereich ermöglicht, gibt es wenig Möglichkeiten, um solchen Spekulationen entgegenzutreten.

292. Der Verdacht einer wohlwollenden Regulierungsentscheidung dürfte vermutlich auch für den Korb T gelten. Bei den Teilleistungen handelt es sich um Wertschöpfungselemente, die von den Wettbewerbern nachgefragt werden, da eine Eigenerstellung nicht wirtschaftlich ist. Hohe Preise bei den Teilleistungen wirken zulasten des Wettbewerbs, da sie es der Deutschen Post AG vereinfachen, die Politik einer Kosten-Preis-Schere zu betreiben, d.h. Wettbewerber durch eine geringe Preisdifferenz zwischen den End-to-End- und den Teilleistungen zu verdrängen. Insofern ist im Sinne eines funktionsfähigen Wettbewerbs eine Festsetzung hinreichend niedriger Ausgangsentgelte bei den Teilleistungen gefordert respektive ein dementsprechend hoher X-Faktor bei Einführung der

¹⁵⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 272.

¹⁵⁶ Vgl. Tz. 151 in diesem Gutachten.

¹⁵⁷ Vgl. Post – Portosenkung um nur einen Cent in: Der Spiegel Nr. 13 vom 25. März 2002.

Price-Cap-Regulierung. Bei den Teilleistungsentgelten handelt es sich aber nur teilweise um Ausgangsentgelte, die von der RegTP nach Maßgabe einer Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festgesetzt wurden. Teilweise handelt es sich auch um Ausgangsentgelte, die vom Bundesministerium für Post und Telekommunikation festgesetzt wurden und bei denen weniger strikte Maßstäbe angelegt worden sind. Insofern ist auch der angesetzte X-Wert von 1,8 % für den Korb T in seiner Höhe zu hinterfragen.

6.2 Teilleistungszugang

293. Im Berichtszeitraum wurden von der RegTP zwei wichtige Entscheidungen zum Zugang zu Teilleistungen getroffen. Diese betreffen den Zugang zu Postfachanlagen und den Zugang zu Adressenänderungen. Postfachanlagen und Adressenänderungen sind Teilleistungen, zu denen ein Zugang explizit nach § 29 Abs. 1 bzw. Abs. 2 PostG vorgeschrieben ist. Die Entgelte für diese Teilleistungen müssen wie auch die Entgelte der End-to-End-Dienstleistungen eines im betreffenden Markt beherrschenden Anbieters den Anforderungen des § 20 PostG entsprechen. Sie müssen sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren. Auch dürfen sie keine Aufschläge enthalten, die die Anbieter nur aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung durchsetzen können, bzw. keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen. Schließlich ist es untersagt, einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einzuräumen.

294. Ende des Jahres 2001 hat die Deutsche Post AG einen Antrag auf Genehmigung der Entgelte für einen Zugang zu den Postfachanlagen gestellt. Dieser sah vor, dass der Zugang zu den Postfachanlagen pro Einlieferungsvorgang mit 1,62 € entgolten wird. Zusätzlich sei pro eingelieferter Sendung 0,08 € zu zahlen. Die Aufteilung des genehmigungsbedürftigen Entgelts in einen fixen und einen variablen Anteil hat die RegTP als sachgerecht anerkannt. Allerdings liegen nach ihrer Einschätzung die angesetzten Kosten über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Unterschiede in der Kostenbetrachtung ergaben sich insbesondere bei den angesetzten Personalkosten, den Gemeinkostenzuschlägen, den angesetzten Sach- und Kapitalkosten, den Leitungs- und Servicekosten, den angesetzten Kosten für Postfachanlagen in Agenturen sowie dem angesetzten Gewinnzuschlag. Als ein Entgelt, welches den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entspricht, wurde ein Betrag von 0,58 € pro Einlieferungsvorgang zuzüglich 0,04 € je Stück genehmigt. Die Entgeltgenehmigung ist für den Zeitraum 1. April 2002 bis 30. Juni 2004 befristet. Der Beschluss sieht ferner vor, dass Sendungen, die unter Nutzung einer D-Lizenz befördert worden sind, ohne Einschränkung hinsichtlich der strittigen "Overnight-Zustellung" in den Postfachanlagen angenommen werden müssen.

Die Entscheidung der RegTP wurde von der Deutschen Post AG und der Stuttgarter Lebensversicherung vor Gericht angegriffen. Beide Verfahren sind noch anhängig.

295. Bei dem Zugang zu Adressenänderungen hatte die RegTP über das Entgelt für ein neu entwickeltes Black-Box-Verfahren zu entscheiden. Dieses sieht die Übermittlung von Nachsendeadressen in verschlüsselter Form vor und wird von der Deutschen Post Direkt GmbH, einer 100 %igen Tochter der Deutschen Post AG, angeboten. Das Black-Box-Verfahren soll konventionelle Verfahren der Adressenänderung ersetzen. Insofern war bei dem Entgeltantrag zu berücksichtigen, dass die RegTP schon in der Vergangenheit den Zugang zu Postfachanlagen über alternative Zugangsvarianten angeordnet hatte. Diese sahen eine unverschlüsselte Datenübermittlung vor.

Das genehmigte Entgelt setzt sich aus einem fixen und einem variablen Anteil zusammen und beträgt 59,64 € für den einmaligen Installationsaufwand sowie 0,16 € je Treffer bei der Adressabfrage. Die Engeltgenehmigung ist befristet für den Zeitraum 1. Mai 2002 bis 30. Juni 2002. Wiederum weicht das genehmigte Entgelt in relevanter Weise von dem beantragten Entgelt ab.¹⁵⁸ Nach Auffassung der RegTP kann das Blackbox-Verfahren die bisherige Zugangsvariante "Durchreichen", nicht aber die Zugangsvariante "Alt gegen Neu" ersetzen. Gegenüber Letzterer stellt es keine wirtschaftliche Alternative für Anbieter von Postdienstleistungen dar, die nur in geringer Menge Adressenänderungsdaten in einer Einzelabfrage abfragen.¹⁵⁹ Bei der Variante "Alt gegen Neu" hatte die RegTP Entgelte in der Höhe von 0,12 € angeordnet. Das neue Verfahren kann sich somit nur lohnen, wenn die Trefferquote und die sonstigen Vorteile überwiegen. Deshalb soll das Angebot "Alt gegen Neu" erhalten bleiben. Sollten sich für die Nachfrager von Adressenänderungsdaten Vorteile durch das neue Verfahren ergeben, würden diese nach Auffassung der RegTP von selber wechseln. Auch die Vorteile gegenüber der Variante "Durchreichen" könnten sich erst im Wirkbetrieb erweisen.

Auch gegen diese Entscheidung der RegTP wurde von der Deutschen Post AG geklagt. Das Verfahren ist noch nicht weit fortgeschritten.

296. Die Monopolkommission unterstützt die Entscheidungen der RegTP zum Teilleistungszugang. Die beiden Teilleistungsverfahren verdeutlichen die Notwendigkeit eines ex ante regulierten Zugangs zu Teilleistungen der Deutschen Post AG. Ohne diese Regulierung würde die Deutsche Post AG Entgelte für die Benutzung der Postfachanlagen durchsetzen können, die einen Preishöhen- und Behinderungsmissbrauch darstellen und die Konkurrenten gegenüber einer Eigennutzung diskriminieren würden. So waren sowohl bei den Postfachanlagen als auch bei den Adressenänderungen die beantragten Entgelte eindeutig höher als die genehmigten Entgelte. Zugleich könnten bei den Adressenänderungen Wettbewerber durch den Entzug einer wirtschaftlichen Alternative diskriminiert werden. Diese müssten ohne Regulierung auf ein Verfahren wechseln, was sich für sie nicht rechnet und somit ihre Gestehungskosten bei der Briefbeförderung erhöht. Hierin offenbart sich die Marktmacht der Deutschen Post AG, die im betreffenden Fall aus der Flächendeckung resultiert.¹⁶⁰

297. Von Seiten der Deutschen Post AG wird sogar weitergehend die grundlegende Notwendigkeit eines Zugangs zu Teilleistungen bestritten.¹⁶¹ Sie sieht hierin einen ungerechtfertigten Eingriff in die unternehmerische Freiheit. Sie behauptet, dass die postalische Verteilstruktur keine wesentlichen Einrichtungen beinhalte, da diese vollständig umgehbar seien bzw. keine relevanten versunkenen Kosten aufwiesen. Außerdem sieht sie relevante Nachteile in einer Zugangsverpflichtung aufgrund der Universaldienstverpflichtung des Unternehmens, welche eine Tarifeinheit im Raum enthält. Somit ist davon auszugehen, dass die Deutsche Post AG von sich heraus nicht bereit wäre, überhaupt einen Teilleistungszugang zu gewähren. In Abwesenheit einer sektorspezifischen Regulierung

158 Dieses belief sich auf einen Installationsaufwand von 80,94 € und ein variables Entgelt von 0,14 €. Nicht vollständig anerkannt wurden speziell die Personalkosten, die Gemeinkosten für Leitung und Service, die Projektleitungskosten, die annualisierten Entwicklungskosten, die Kosten des laufenden Betriebs und der Qualitätssicherung, die Gewinnzuschläge und die Eigenkapitalverzinsung.

159 Bei dem Verfahren "Alt gegen Neu" werden die alten vorhandenen Adressen des Nachfragers durch neue Adressen in Form eines Abgleichs ersetzt. Bei der Variante "Durchreichen" werden die Adressen komplett durchgereicht und der Nachfrager muss diese selbst abgleichen.

160 Auch bei zwei aus dem Jahre 2000 stammenden Entscheidungen der RegTP zum Zugang zu den Briefzentren wollte die Deutsche Post AG höhere Entgelte als von der RegTP veranschlagt und hat gegen die Entscheidung geklagt. Eines dieser Verfahren ist inzwischen eingestellt worden. Bei dem anderen Verfahren sind sowohl von der Deutschen Post AG als auch von UPS eingeleitete Zwischenverfahren über den Umfang offen zu legenden Verwaltungsvorgänge beim Bundesverwaltungsgericht anhängig.

161 Vgl. Stellungnahme der Deutschen Post AG zum Vierzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission.

müsste dieser durch das Kartellrecht über § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB erzwungen werden. Zu den damit verbundenen Nachteilen sei explizit verwiesen auf Kapitel VI im Vierzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission.¹⁶² Diese liegen bei nicht umgeharen Engpässen der Wertschöpfungskette insbesondere in zu hohen Zugangspreisen vorab einer Kontrolle durch explizite Kostenstudien sowie zu langen Verfahrensdauern, um die Zugangsansprüche durchzusetzen. Zudem erfolgt die Verteilung der Fix- und Gemeinkosten in einer weniger transparenten und gegebenenfalls auch weniger flexiblen und den ökonomischen Knappheiten entsprechenden Weise als bei einer Ex-ante-Regulierung, speziell einer Price-Cap-Regulierung.

298. Die Monopolkommission weist die Argumente der Deutschen Post AG zum Teilleistungszugang zurück. Speziell auf dem bislang nur unvollständig geöffneten Markt wirken die Größenvorteile in der Zustellung. Für kleinere Wettbewerber ist es – solange sie nicht vergleichbare Sendungsvolumina erzielen – nicht wirtschaftlich, alternativ zur Deutschen Post AG Postfachanlagen zu betreiben, auch wenn diese nur vergleichbar geringe versunkene Kosten aufweisen. Im Falle der Adressenänderungen wäre der Aufwand für Adressengenerierung für die Wettbewerber der Deutschen Post AG vermutlich prohibitiv. Insofern ist ein Zugang unverzichtbar, da eine Nichtzustellbarkeit zu Postfachanlagen oder generell erhöhte Fehlerquoten bei der Zustellung massiv die Qualität der Briefbeförderung von Wettbewerbern der Deutschen Post AG beeinträchtigen und somit deren Konkurrenzfähigkeit. Ein alternativer Betrieb von Postfachanlagen wäre erst dann wirtschaftlich, wenn die Wettbewerber eine vergleichbare Flächendeckung wie die Deutsche Post AG und erheblich höhere Sendungsvolumina als derzeit realisieren können; diese Anforderungen gelten auch für den Betrieb eines Adressenänderungssystems.

Bei dieser wettbewerbspolitischen Einschätzung ist zu berücksichtigen, dass im Bereich der Postdienste ein "Hit-and-run"-Eintritt nicht möglich ist. Konkurrenten der Deutschen Post AG können nicht von heute auf morgen ein alternatives Netz auf- und gegebenenfalls wieder abbauen. Insofern sind auch bei geringen versunkenen Kosten die Größenvorteile der Deutschen Post AG von erheblicher wettbewerbspolitischer Bedeutung. Zudem trägt nach Ansicht der Monopolkommission das von der Deutschen Post AG hervorgebrachte Argument der geringen versunkenen Kosten nicht. In den Märkten der Briefbeförderung wirken Lernkurveneffekte als strukturelle Wettbewerbshemmnisse, d.h. die Erfahrung ist von großer Bedeutung. Aufgrund ihrer langjährigen Tätigkeit besitzen die Zusteller der Deutschen Post AG spezielle Ortskenntnisse und sind oftmals mit den Empfängern der Sendungen bekannt. Solche Kenntnisse sind den konkurrierenden Anbietern nicht gegeben und werden in der Anfangsphase zu deutlich höheren Zustellkosten führen. Die notwendigen Investitionen in Erfahrung sind versunken und verschaffen der Deutschen Post AG im Verbund mit den Größenvorteilen einen wesentlichen Startvorteil. Bei dem in diesem Zusammenhang vielfach zu hörenden Hinweis auf bereits bestehende Zustellnetze der Zeitungsverleger ist zu berücksichtigen, dass die Postzustellung erheblich höhere Anforderungen an die Qualifikation der Zusteller setzt. Die versunkenen Kosten sind somit von einer relevanten Größenordnung. Hinzu kommt der Vorteil der Deutschen Post AG als einer bekannten Marke. Postgüter sind Erfahrungsgüter, d.h. deren Qualität ist für den Kunden nur durch Erfahrung zu erfassen. Ein neuer Wettbewerber wird lange Zeit brauchen, um eine der Deutschen Post AG vergleichbare Reputation zu erlangen. Größenvorteile, Lernkurveneffekte und Reputationsvorteile werden in der Summe eventuell sogar dazu führen, dass ein Konkurrent der Deutschen Post AG darauf verzichtet, ein flächendeckendes Netz anzubieten, und sich auf den Geschäftskundenbereich beschränkt; dann bleibt der Flächendeckungsvorteil der Deutschen Post AG bestehen und somit die Regulierungsnotwendigkeit. Dass derartige Entwicklungen

¹⁶² Vgl. Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, insbesondere Tz. 754 ff.

zu erwarten sind, zeigen Erfahrungen in Schweden, aber auch in Finnland und Neuseeland. In all diesen Ländern dominiert weiterhin der ehemalige Monopolist mit Marktanteilen von über 90 %. Ein Wettbewerb in der Fläche ist nicht entstanden.

Schließlich sind die Teilleistungen nicht umgehbar. Dies gilt in eindeutiger Weise für die Adressenänderungen. Bei Postfachanlagen ist hingegen denkbar, dass gewerbliche Versender die Sendungen abtrennen, die in Postfachanlagen zugestellt werden. Jede Aufteilung des Sendungsvolumens ist jedoch mit einem zusätzlichen Aufwand verbunden und erhöht somit die Bindung an die Deutsche Post AG. Deshalb sollte nach Auffassung der Monopolkommission ein Zugang zu den Postfachanlagen der Deutschen Post AG gesichert sein.

299. Unabhängig von dem konkreten Sachverhalt bei Postfachanlagen und Adressenänderungssystemen sieht die Monopolkommission die generelle Notwendigkeit eines regulierten Teilleistungszugangs, sofern eine marktbeherrschende Stellung der Deutschen Post AG vorliegt. Dabei dürften neben den erwähnten Teilleistungen auch die Sortierung einschließlich der nachgelagerten Teilleistungen sowie die Zustellung einen Engpaßfaktor darstellen. Dies resultiert daraus, dass bei Einzelsendungen eine Sortierung unumgänglich und zumindest bei dem derzeitigen Stand der Marktentwicklung alternativ über den Markt schwierig zu koordinieren ist. Auch weisen die Briefzentren, in denen die Sortierung der Deutschen Post AG erfolgt, relevante versunkene Kosten und Größenvorteile auf. Aufgrund der bei einer Trennung am Zielort (Briefzentrum Eingang) anfallenden zusätzlichen Kosten sollte der Netzzugang die nachfolgenden Wertschöpfungsstufen enthalten. Die Zustellung in der Briefbeförderung dürfte aufgrund der Größenvorteile der Deutschen Post AG insbesondere in ländlichen Regionen ein natürliches Monopol darstellen und ist nicht umgehbar. Deshalb kann die Zustellung nicht in wirtschaftlicher Weise dupliziert werden, außer die Wettbewerber generieren bezogen auf die Zustellregion vergleichbare Mengen wie die Deutsche Post AG.

Ferner können sowohl das bestehende Monopol als auch die Größenvorteile in der Zustellung dazu benutzt werden, die vorhandene Marktmacht auf vorgelagerte Wertschöpfungsstufen zu übertragen. So könnte die Deutsche Post AG – speziell in der bestehenden Monopollandschaft – ohne Ex-ante-Regulierung eine Erstellung von Teilleistungen im Bereich der Vorsortierung durch Dritte über die Gestaltung ihrer Zugangstarife wirtschaftlich unattraktiv machen und zugleich Kunden über geeignete Rabatte binden. Eine derartige die Wettbewerber diskriminierende Strategie ist volkswirtschaftlich unerwünscht. So ging der Mengenzuwachs der US-amerikanischen Post (USPS) seit 1976 auf die Einführung von regulierten Vorleistungsrabatten ("worksharing discounts") zurück, die eine volkswirtschaftlich sinnvolle Arbeitsteilung zwischen dem USPS und Dritten ermöglichte¹⁶³ und den Postkunden in den Genuss von relevanten Kostenersparnissen ohne Qualitätseinbuße brachten.¹⁶⁴

Auch das Argument einer Universaldienstverpflichtung spricht nicht gegen einen Teilleistungszugang. Solange dieser für den Anbieter kostendeckend ist, wird die Deutsche Post AG nicht zu etwas gezwungen, was bei einem funktionsfähigen Wettbewerb nicht angeboten würde. Zutreffend ist allerdings, dass eine geforderte Tarifeinheit im Raum die Deutsche Post AG als Universaldienstanbieter behindert. Dieser Nachteil ist jedoch insbesondere für ein umfassendes Wettbewerbsumfeld von

¹⁶³ Zur Kostenregulierung vgl. auch Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a.a.O., Tz. 775 ff.

¹⁶⁴ Die Rabatte in den USA werden nach der Maßgabe der bei USPS wegfallenden Kosten bestimmt, d.h. nach einer sog. vereinfachten Variante der "efficient component pricing rule" (ECP-Regel), der sog. "margin rule". Diese Regel sichert eine produktive Effizienz, da eine Eigenerstellung bzw. eine Dritterstellung der Vorleistungen vorgezogen wird, wenn die zusätzlichen Kosten geringer ausfallen als die wegfallenden Kosten von USPS.

Belang, welches noch nicht existiert. Insofern sollte mit einer vollständigen Liberalisierung die Verpflichtung der Einhaltung einer Tarifeinheit im Raum aufgehoben werden.

6.3 Missbrauchsaufsicht

300. Im Jahre 2001 wurden Vorermittlungen gemäß § 32 PostG wegen der Rückführung von sog. Fundbriefen geführt; dies sind Briefsendungen, die aus dem Kreislauf der Wettbewerber stammen und in den Briefkreislauf der Deutschen Post AG gelangen, beispielsweise nach einer fehlgeschlagenen Zustellung. Die Art und Weise der Rückgabe von Fundbriefen war zwischen der Deutschen Post AG und den Wettbewerbern strittig. Nach Vorermittlungen der RegTP wurde als Einigung erzielt, dass die Deutsche Post AG Fundbriefe sammelt und diese zeitnah an den entsprechenden Wettbewerber übergibt. Dieses Übergabeverfahren wurde nach Ermittlungen der Behörde im Jahre 2002 weitgehend eingehalten.

301. In einem anderen Fall beschwerten sich die Wettbewerber darüber, dass die Deutsche Post AG den Tagesstempel als Marke beim Deutschen Patent- und Markenamt habe eintragen lassen und den Wettbewerbern deren Verwendung untersagt habe. Ungeachtet der Zuständigkeiten des Deutschen Patent- und Markenamtes konnte zunächst eine Einigung durch die RegTP dahingehend erzielt werden, dass die Wettbewerber einen anders gestalteten runden Tagesstempel benutzen können. Insofern wurde ein von den Wettbewerbern beantragtes Missbrauchsverfahren nicht weiter verfolgt. Im Frühjahr 2003 hat dann allerdings die Deutsche Post AG ihre Zusage über die Verwendung von runden Tagesstempeln zurückgezogen. Sie will dabei unter anderem sogar das Wort "Post" markenrechtlich schützen lassen. Ein entsprechender Antrag ist inzwischen beim Deutschen Patent- und Markenamt gestellt worden. Daraufhin hat der Bundesverband der Kurier-, Express- und Paketdienste (BdKEP) einen eigenen Stempel beim Patentamt eintragen lassen und innerhalb kurzer Zeit einen markenrechtlichen Schutz erhalten. Hiergegen hat die Deutsche Post AG Widerspruch eingelegt. Hierbei bezieht sie sich auf die angemeldete Eintragung der Wortmarke "Post" sowie der eingetragenen Marken "Deutsche Post STAMPIT" und Tagesstempel.

302. Nach Auffassung der Monopolkommission belegt der Streit um die Nutzung der Tagesstempel, dass die Deutsche Post AG versucht, die Wettbewerber wohl auf jedem möglichen Feld zu behindern. So schreckt sie nicht vor der Vorstellung zurück zu unterstellen, das Wort "Post" könne nur von ihr benutzt werden. Ohne das Ziel einer Diskriminierung zu verfolgen, ist es auch nicht nachvollziehbar, dass die Wettbewerber keine runden Tagesstempel benutzen könnten sollten. Selbst wenn der Vorgänger der Deutschen Post AG, die Deutsche Bundespost, der Erfinder von runden Stempeln gewesen wäre, kann es nicht verboten sein, dass vergleichbare Produkte auf den Markt gebracht werden. Aus Sicht der Monopolkommission bezwecken die Klagen der Deutschen Post AG, die Wettbewerber durch übermäßig extensive Auslegung des Begriffs der Marke zu behindern, so dass sie selber nicht attraktive Markennamen wählen bzw. ihre Produkte in vergleichbarer Weise gestalten können. In diesem Verhalten liegt nach Meinung der Monopolkommission ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Es sollte Wettbewerbern nicht untersagt sein, dass sie einen eigen gestalteten Tagesstempel benutzen.

303. In einem weiteren Fall hat die RegTP entschieden, dass das Produkt "Hin und weg" der Deutschen Post AG genehmigungsbedürftig ist. Das Produkt, ein Bring- und Abholservice, beinhaltet, dass die Deutsche Post AG zu einem fest vereinbarten Zeitpunkt am Morgen die Briefe, Einschreiben, Nachnahmesendungen und Sendungen mit Nachentgelt anliefert. Nachmittags holt sie dann zu einer vereinbarten Uhrzeit sowohl diese Art von Sendungen als auch kleine Mengen an Infopost/In-

fobrief, Businesspaketen, Freeway und Express-Sendungen ab. Das Produkt ist zusammen mit den Standardleistungen der Deutschen Post AG, d.h einer Zustellung am nächsten Tag, als ein partielles Substitut zu den höherwertigen Leistungen der D-Lizenznehmer sowie ein direktes Konkurrenzangebot zu dem der E- und F-Lizenznehmer zu sehen. Der Deutschen Post AG wurde von der RegTP mitgeteilt, dass sie für Briefsendungen bis zu 1.000 g einen Genehmigungsantrag stellen muss. Oberhalb von 1.000 g bis zu 2 kg unterliege sie der Missbrauchsaufsicht. Die Deutsche Post AG wollte diese Leistungen unreguliert anbieten.

Im Fall des Produktes "Hin und weg" versucht die Deutsche Post AG nach Auffassung der Monopolkommission, Wettbewerber unter Verwendung einer "Kosten-Preis-Schere" vom Markt zu verdrängen. Werden nämlich Zusatzleistungen wie das Abholen und die Zustellung zu einer bestimmten Zeit zu sehr geringen Preisen angeboten, so können sich Unternehmen aus dem Bereich der E- und F-Lizenzen, die diese Leistungen anbieten wollen, nicht etablieren. Zudem besteht die Gefahr, dass das Angebot an Zusatzleistungen dazu genutzt wird, Anbieter aus dem Bereich der D-Lizenzen zu verdrängen. So können Zusatzleistungen wie Rabatte wirken, wenn sie unter den Kosten angeboten werden. Sind diese Leistungen unreguliert, können Geschäftskunden zu günstigen und auch individuellen Konditionen an die Deutsche Post AG gebunden werden. Insofern ist die Entscheidung der RegTP zu stützen, dass Zusatzleistungen, die wie das Produkt "Hin und weg" mit der Erstellung einer Dienstleistung verbunden werden, bei der die Deutsche Post AG marktbeherrschend ist, einer Genehmigungspflicht unterliegen sollten.

7. Universaldienst und Exklusivlizenz: Zweite Novelle des Postgesetzes und Beschluss des Bundesverfassungsgerichts

7.1 Zweite Novelle des Postgesetzes

304. Durch das Erste Gesetz zur Änderung des Postgesetzes war das Auslaufen der Exklusivlizenz der Deutschen Post AG zum 31. Dezember 2002 verhindert und die Exklusivlizenz bis zum 31. Dezember 2007 verlängert worden. Dabei war versäumt worden, das Auslaufjahr 2002 auch in verschiedenen anderen Vorschriften durch das Jahr 2007 zu ersetzen, die der Deutschen Post AG während der Geltung der Exklusivlizenz bestimmte zusätzliche Verpflichtungen auferlegen sollten. Dieses Versäumnis wurde durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Postgesetzes behoben. Allerdings beließ es der Gesetzgeber nicht einfach bei einer Änderung der Auslaufdaten, sondern er änderte zusätzlich die Vorschriften über die Erbringung der Universaldienstleistung. Vor dieser zweiten Novelle sah das Postgesetz vor, dass Universaldienstleistungspflichten nach § 13 PostG während der Geltung der Exklusivlizenz nur der Deutschen Post AG auferlegt werden könnten; die Novellierung fixiert eine Universaldienstleistungsverpflichtung der Deutschen Post AG während der Geltung der Exklusivlizenz unmittelbar im Gesetz. Die im Gesetz selbst für die Auferlegung von Universaldienstleistungsverpflichtungen vorgesehenen Verfahren werden nicht angewandt.

305. Die Monopolkommission hält diese Gesetzesänderung für schädlich. Zunächst ist festzustellen, dass überhaupt kein Bedarf dafür bestand. Die Deutsche Post AG hat in den Vorjahren Universaldienstleistungen erbracht, ohne dazu verpflichtet werden zu müssen. Der Universaldienst war durchweg gewährleistet. Die Frage, ob eine Auferlegung von Universaldienstleistungspflichten erforderlich sein könnte, stand überhaupt nicht zur Diskussion. Insofern wurde durch die nunmehrige gesetzliche Auferlegung von Universaldienstleistungspflichten ein Problem "gelöst", das es gar nicht gab.

Gleichzeitig bewirkt die Gesetzesänderung eine Stärkung der Position der Deutschen Post AG gegenüber den Wettbewerbern und gegenüber dem Gemeinwesen insgesamt. Eine Stärkung gegenüber den Wettbewerbern ergibt sich daraus, dass die nach § 14 PostG vorgesehene Ausschreibung von Universaldienstleistungen nunmehr entfällt. Auch die Erbringung von Universaldienstleistungen wird dadurch zum Gegenstand der Exklusivlizenz. Gegenüber der Monopolkommission haben einzelne Wettbewerber dies ausdrücklich als Wettbewerbsbehinderung bemängelt.

Eine Stärkung der Deutschen Post AG gegenüber dem Gemeinwesen ergibt sich dadurch, dass die Entgelte für Leistungen im Rahmen der Universaldienstleistungsverpflichtung nach der Gesetzesnovellierung nicht mehr gemäß § 15 PostG zu erbringen sind. Das bedeutet zum einen, dass der Maßstab für die Entgeltregulierung nicht mehr allein durch die in § 15 PostG genannten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gegeben ist, sondern durch die in § 20 PostG genannten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unter Berücksichtigung der Kosten für die Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen und der Übernahme von Versorgungslasten aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost. Zum anderen entfällt die in § 15 PostG vorgesehene Pflicht der Deutschen Post AG zum Nachweis der Kosten für die Erbringung des Universaldienstes. Diese Veränderungen bergen das Risiko, dass die nunmehr gesetzlich vorgesehene Universaldienstverpflichtung der Deutschen Post AG von Gewerkschaft und Unternehmen als Grundlage für eine Ausweitung der dem Universaldienst zuzurechnenden Ressourcen verwandt wird, ohne dass die RegTP oder eine andere Institution die Möglichkeit hätte, die Angemessenheit der darauf basierten Forderungen, etwa nach höheren Entgelten, zu prüfen und einem etwaigen Missbrauch Einhalt zu bieten.

306. Die Monopolkommission hält es auch für problematisch, wenn nach dieser zweiten Novellierung des Postgesetzes suggeriert wird, dass das Monopol der Deutschen Post AG mit einer Universaldienstverpflichtung begründet ist. Dies ist allerdings nicht der Fall. Das zeitlich befristete Monopol wurde der Deutschen Post AG seinerzeit mit der Begründung überlassen, dass sie Übergangsbelastungen bei der Finanzierung ihrer Pensionslasten tragen musste. Die damals genannten Belastungen sind 2000 ausgelaufen, so dass diese Legitimationsgrundlage entfallen ist. Die Verlängerung der Exklusivlizenz in der ersten Novelle des Postgesetzes wurde mit dem Erfordernis der Reziprozität der Marktöffnung in der Europäischen Union begründet. Von der Universaldienstleistungsproblematik war dabei nicht die Rede. Eine Begründung des Postmonopols mit der Universaldienstleistungsverpflichtung entspräche somit nicht der Gesetzesgenese. Eine solche Begründung wäre nach Auffassung der Monopolkommission auch verfassungsrechtlich problematisch, denn nach dem Grundgesetz kann die Exklusivlizenz nur für eine Übergangszeit vergeben werden. Die Aufgabe der Erbringung des Universaldienstes jedoch ist eine Daueraufgabe. Für diese Aufgabe selbst sieht das Gesetz ohnehin einen eigenen Mechanismus vor, der kein Monopol voraussetzt; insofern besteht auch sachlich kein Zusammenhang.

Das Zweite Gesetz zur Änderung des Postgesetzes spielt auch eine Rolle bei der Mehrwertsteuerbefreiung der Deutschen Post AG. Durch die Universaldienstverpflichtung wurde gewissen Zweifeln entgegengewirkt, ob die Mehrwertsteuerbefreiung und teilweise auch die mit Reziprozitätserwägungen begründete Exklusivlizenz nicht möglicherweise europäischem Recht widersprüchen. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Mehrwertsteuerbefreiung jedoch wettbewerbspolitisch problematisch.¹⁶⁵

7.2 Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Oktober 2003

307. In seinem Beschluss vom 7. Oktober 2003 hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts die Verlängerung der Exklusivlizenz der Deutschen Post AG bis zum 31. Dezember 2007 durch das Erste Gesetz zur Änderung des Postgesetzes vom 2. September 2001¹⁶⁶ für verfassungsgemäß erklärt. Nach den Feststellungen des Gerichts ist der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab nicht die Berufsfreiheit (Art. 12 GG), sondern allein die Spezialvorschrift des § 143 b Abs. 2 Satz 1 GG. Die Auffassung der Monopolkommission, wonach diese Vorschrift dem Gesetzgeber nur ein einziges Mal die Möglichkeit eröffnet, eine Übergangsfrist festzulegen, wird verworfen. Weder der Text noch die Entstehungsgeschichte ließen eine solche Beschränkung erkennen (Tz. 82). Das Argument der Monopolkommission, dass ohne eine solche Beschränkung das in Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG festgeschriebene Ziel der wettbewerblichen und privatwirtschaftlichen Erbringung von Postdienstleistungen in eine unbestimmte Ferne rücke, wird vom Gericht in diesem Zusammenhang nicht gewürdigt. Es erkennt, dass damit die Dauer der Exklusivrechte bis Ende 2007 insgesamt 13 Jahre betragen wird, doch reiche "die gestaffelte Übergangszeit nicht so weit in die Zukunft, dass die angegriffenen Vorschriften wie eine Dauerregelung wirken" (Tz. 110).

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht damit den Prüfungsmaßstab verschoben hat. Art. 143 b Abs. 2 GG lässt die Verleihung ausschließlicher Rechte "für eine Übergangszeit" zu; die Frage ist daher nicht, ob 13 Jahre eine dauerhafte Regelung darstellen, sondern ob man sie noch als Übergangszeit bezeichnen kann. Dagegen spricht die geschichtliche Erfahrung. Die deutsche Volkswirtschaft ist nach 1933 durch die Einführung von Zwangskartellen innerhalb weniger Jahre von Grund auf umgewandelt worden; nach 13 Jahren war der Spuk schon wieder vorbei. Auch die

¹⁶⁵ Vgl. hierzu Tz. 274 ff. in diesem Gutachten.

¹⁶⁶ BGBl. I S. 2271.

Rückverwandlung nach 1945 hat sich innerhalb weniger Jahre vollzogen, und dies nicht etwa nur in einem einzigen Wirtschaftszweig, sondern in der großen Mehrheit der Branchen. Dies zeigt, dass Übergangszeiten, bezogen auf die Umwandlung eines Wirtschaftszweigs, von viel kürzerer Dauer als 13 Jahre sind. Die gleiche Erfahrung wird bestätigt durch die Umwandlung des Telefonverkehrs von einem Monopol in eine in weiten Bereichen wettbewerblich strukturierte Branche in der jüngsten Vergangenheit. Die Dynamik der wirtschaftlichen Entwicklung ist im Übrigen in zahlreichen Sektoren, darunter auch der Postbeförderung, so groß, dass eine Zeitspanne von 13 Jahren nicht ernsthaft als Übergangszeit bezeichnet werden kann. Die Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts hierzu sind umso bedenklicher, als das Gericht an keiner Stelle zu erkennen gibt, dass eine weitere Verlängerung nach 2007 aus verfassungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen wäre. Auch wenn das Gericht diesen Punkt gar nicht berührt, sind doch verschiedene seiner Begründungserwägungen dazu angetan, weitere Verlängerungen der Exklusivlizenz sogar argumentativ zu unterstützen.

308. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist die äußerste Zeitdauer der Übergangsfrist im Wege der Auslegung zu ermitteln; dabei ist insbesondere der mit der Übergangsfrist verfolgte Zweck maßgebend. Diese Zweckbindung konkretisiert das Gericht in dreierlei Hinsicht: Die Übergangsfrist solle erstens einen abrupten Systemwechsel vermeiden (Tz. 85), zweitens dem Bundesgesetzgeber die Möglichkeit geben, auf die europäische Entwicklung Rücksicht zu nehmen (Tz. 87), und drittens die Fähigkeit der Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost sichern, die besonderen finanziellen und sozialen Verpflichtungen, insbesondere die Pensionslasten, zu tragen (Tz. 89). Damit knüpft das Gericht an die Absichten des historischen Verfassungsgesetzgebers des Art. 143 b GG an. Von den drei Zweckbindungen der Vorschrift wird freilich nur die zweite, der Zusammenhang mit der europäischen Marktintegration, näher thematisiert. Den weitgehenden Wegfall der Pensionslasten seit 1994 kommentiert das Gericht lediglich mit den Worten, dass die Möglichkeit einer Fortdauer der Exklusivstellung der Deutschen Post AG nicht schon dann entfalle, wenn übernommene Altlasten keine nennenswerte Belastung mehr darstellen (Tz. 90). Von der Abruptheit des Systemwechsels ist in der Entscheidung im Weiteren gar nicht mehr die Rede; das Argument ist auch durch den Zeitablauf verbraucht.

Den Zusammenhang zwischen der Festlegung einer Übergangsfrist und der Verwirklichung des Binnenmarkts für Postdienstleistungen beschreibt das Gericht zunächst mit sehr unbestimmten Worten, die es im Laufe seiner Überlegungen immer weiter konkretisiert. Später heißt es in dem Beschluss: "Die in der Europäischen Union praktizierte Übergangszeit schafft einen Indikator dafür, was auch in Deutschland als Übergangszeit anerkannt werden kann" (Tz. 114). Und schließlich billigt das Gericht auch das Reziprozitätsargument: Es sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber bei der Verlängerung der Exklusivlizenz davon "ausging, dass eine einseitige Öffnung des deutschen Marktes die Deutsche Post AG im Inland einem ungleich strukturierten Wettbewerb mit ausländischen Unternehmen aussetzen würde und dass dies die Sicherstellung des Universaldienstes durch die Deutsche Post AG nachhaltig gefährden könnte" (Tz. 118).

Wenn Art. 143 b Abs. 2 GG damit zum Vehikel der Reziprozitätssicherung gemacht wird, so reflektiert dies die Intentionen des historischen Gesetzgebers nur zum Teil. Zu Anfang der neunziger Jahre überlagerten sich in der Wirtschaftspolitik Deregulierungsbestrebungen auf nationaler Ebene und die Bemühungen zur Verwirklichung des Binnenmarkts in der Europäischen Union. Beide Entwicklungen hatten dieselbe Stoßrichtung. In der politischen Diskussion jener Jahre sollte mit dem Verweis auf die europäische Marktintegration die Bereitschaft zu einer weitgehenden Liberalisierung der Märkte begründet werden, die früher oder später ohnehin durch die Europäische Union

verwirklicht würde. Es ging nicht darum, ein Junktim in dem Sinne herzustellen, dass die nationale Liberalisierung nur so weit gehen dürfe wie die europäische. Reziprozität war zu Anfang der neunziger Jahre kein Gegenstand öffentlicher Debatten, wie man auch daran erkennen kann, dass die deutsche Liberalisierung etwa im Bereich der Telekommunikation und der Eisenbahn weit über das aus Gründen des Europarechts Erforderliche hinausgegangen ist. Die Interpretation der recht unbestimmten Äußerungen in den Materialien zur Postreform im Sinne einer Reziprozitätssicherung durch das Bundesverfassungsgericht ist deshalb überzogen, zumindest was die Äußerungen des Bundestags betrifft.

Die Reziprozitätssicherung lässt sich jedenfalls nicht eindeutig als historischer Zweck des Art. 143 b Abs. 2 GG identifizieren. Dies ist auch daran zu erkennen, dass das Instrument der Übergangsfrist ungeeignet ist, die Reziprozität mit anderen Staaten oder den Einklang mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht zu sichern. Wenn sich nämlich die Reziprozität auf Dauer nicht durchsetzen lassen sollte, wird der deutsche Gesetzgeber irgendwann einmal erkennen müssen, dass eine weitere Verlängerung der Übergangszeit ausscheidet; eine zeitlich unbegrenzte Verlängerung ist nach den Worten des Bundesverfassungsgerichts nämlich ausgeschlossen (Tz. 82). Mit anderen Worten würde irgendwann der Zeitpunkt kommen, in dem sich die Reziprozität mit dem Instrument des Art. 143 b Abs. 2 GG nicht mehr sichern lässt. Außerdem wäre dieses Instrument auch verbraucht, sobald der deutsche Gesetzgeber feststellt, dass die Reziprozität verbürgt ist, und deshalb von einer Verlängerung der Übergangsfrist absieht. Sollte sich dann zu einem späteren Zeitpunkt herausstellen, dass die Möglichkeiten deutscher Unternehmen, sich auf ausländischen Märkten zu betätigen, wieder eingeschränkt werden und die Reziprozität damit entfällt, so könnte Art. 143 b Abs. 2 GG nicht als Vehikel der Retorsion genutzt werden; denn die "Neubelebung" einer bereits abgelaufenen Übergangsfrist gibt es nicht.

Dies alles lässt erkennen, dass das Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf den historischen Willen des Verfassungsgesetzgebers von 1994 der Vorschrift des Art. 143 b Abs. 2 GG in Wirklichkeit eine Finalität beigelegt hat, die eher seinen eigenen Überlegungen und denen der gegenwärtigen Wirtschaftspolitik entspringt.

309. Das Spannungsverhältnis von Wettbewerb und Sicherstellung der Universaldienstleistungen wird vom Bundesverfassungsgericht so aufgelöst, dass von der verfassungsmäßigen Verbürgung des Wettbewerbs in Art. 87 f Abs. 2 GG nicht viel übrig bleibt. In den Vordergrund seiner Überlegungen stellt das Gericht den Auftrag des Art. 87 f Abs. 1 GG, "flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen" zu gewährleisten. Dass Postdienstleistungen gemäß Art. 87 f Abs. 2 GG "als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht" werden, steht demgegenüber im Hintergrund. Nach dem Bundesverfassungsgericht bewirkt diese Vorschrift "nur eine Freigabe im Rahmen der Einbettung dieses Wettbewerbs in das Gewährleistungsregime des Art. 87 f Abs. 1 GG" (Tz. 94). Die in Art. 87 f Abs. 2 GG angeordnete Privatwirtschaftlichkeit sei schon gegeben, "wenn ein privatwirtschaftliches Unternehmen ohne Wettbewerber handelt ..., eine Auslegung des Art. 87 f Abs. 2 GG, die ausnahmslos auf die Schaffung von Wettbewerb hinausläuft, wird vom Grundgesetz unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gestützt" (Tz. 95). Das Urteil deutet an, dass dieser Verfassungsvorschrift schon Genüge getan ist, wenn andere privatwirtschaftliche Anbieter außerhalb der Bereiche der Exklusivlizenz tätig werden können (Tz. 100). Für den Bereich der Universaldienstleistungen legt das Gericht dem staatlichen Gewährleistungsauftrag dagegen ein solches Gewicht zu, dass auch seine Monopolisierung gerechtfertigt sei.

Auch an dieser Argumentation fällt auf, dass das rechtliche Instrument der Übergangsfrist, das nach den eigenen Worten des Gerichts keine unbegrenzte Dauer haben kann, für einen Zweck – die Sicherung der Universaldienstleistungen – eingesetzt werden können soll, der zumindest bezüglich mancher Marktsegmente von dauerhafter Natur ist, weil dort natürliche Monopole bestehen. Wenn dies in der Absicht des Verfassungsgesetzgebers von 1994 gelegen haben soll, wie das Bundesverfassungsgericht annimmt, wird dem Gesetzgeber damit vom Gericht irrationales Handeln attestiert. Das Gericht hätte demgegenüber auch nach Auslegungen der geltenden Verfassungsvorschriften suchen können, die deren höchstmögliche Rationalität und Stimmigkeit gewährleisten.

310. Eine solche rationale Auslegung hätte zunächst einmal den tiefgreifenden Wandel im Erscheinungsbild der Post herausgearbeitet, der sich in der Postreform von 1994 niedergeschlagen hat. Während früher Postleistungen und staatliches Postunternehmen gleichgesetzt werden konnten, hat der Verfassungsgesetzgeber des Art. 87 f GG im Grundsatz anerkannt, dass es einen Markt für Postleistungen gibt, die von verschiedenen Anbietern erbracht werden. Daraus ergibt sich auch, dass die Frage, wer diese Postleistungen erbringt, von der ganz anders gelagerten Frage zu trennen ist, ob die Leistungen in ausreichendem Umfang erbracht werden. Diese Fragen sind für alle Postleistungen zu trennen, auch für den Bereich der Universaldienstleistungen. Vor diesem Hintergrund ist es nur folgerichtig, dass der Gesetzgeber der Postreform die ausreichende Versorgung mit Universaldienstleistungen gerade nicht durch eine Fortführung des Monopols sichern wollte, das deshalb auch nur noch für eine Übergangszeit fortbestehen sollte. In einem Gesamtpostmarkt, der grundsätzlich in den Wettbewerb zu überführen ist, galt es vielmehr, die Universaldienstleistungen auf andere Weise dauerhaft zu gewährleisten. Dies ist mit der Regulierung der §§ 11 ff. PostG und dem prinzipiellen Gewährleistungsauftrag des Art. 87 f Abs. 1 GG geschehen. Das Bundesverfassungsgericht hat das Regulierungsregime für Universaldienstleistungen zwar zur Kenntnis genommen, es aber lediglich als eine Alternative zur Fortführung des Monopols angesehen: der Gesetzgeber dürfe "zwischen unterschiedlichen Alternativen wählen, soweit sie verfassungsmäßig sind" (Tz. 120). Damit hat das Bundesverfassungsgericht die grundlegende Neuordnung des Postsektors durch den Verfassungsgesetzgeber von 1994 verkannt.

311. Die vom Gericht postulierte freie Wahl des Gesetzgebers zwischen der Fortführung des Monopols und dem Regulierungsregime der §§ 11 ff. PostG wird nicht unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit der Mittel gewürdigt. Das Gericht stellt lediglich fest, dass die Zulässigkeit der Wahl zwischen den beiden Alternativen "nicht deshalb ausgeschlossen [ist], weil eine Regelung nach den §§ 11 ff. PostG aus der Sicht der am Postmarkt tätigen Unternehmen günstiger ist". Auch wenn man sich mit dem Bundesverfassungsgericht auf den Standpunkt stellt, dass die Vorschrift des Art. 143 b GG das Grundrecht der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG als *lex specialis* verdrängt, kann dies doch nicht bedeuten, dass der Gesetzgeber nicht an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden wäre. Wie bei jeder hoheitlichen Maßnahme ist er gehalten, unter mehreren gleichmäßig funktionalen Optionen diejenige auszuwählen, welche die Rechte der Einzelnen am wenigsten einschränkt. Dass auch das Bundesverfassungsgericht sich an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden fühlt, lässt sich daraus erkennen, dass es an anderer Stelle betont, dass eine auf Art. 143 b Abs. 2 GG beruhende Regelung nur verfassungsgemäß sei, wenn sie geeignet ist, die vom verfassungsändernden Gesetzgeber verfolgten Ziele zu erreichen (Tz. 98); damit wird ein Aspekt der Verhältnismäßigkeit ausdrücklich geprüft. Warum das Gericht den weiteren Aspekt der Erforderlichkeit einer Regelung als Maßstab für die Auswahl zwischen verschiedenen Optionen nicht prüft, bleibt dunkel. Jedenfalls ist nicht zu bestreiten, dass eine finanzielle Belastung durch die Regulierung für Universaldienstleistungen für die privaten Wettbewerber der Deutschen Post AG eine geringere Be-

einträchtigung darstellen würde als die Marktsperre, die durch die Verlängerung der Exklusivlizenz bewirkt wurde.

Aber auch wenn man die subjektive Günstigkeit für die Wettbewerber mit dem Gericht für unbeachtlich erklärt, wird man aus verfassungsrechtlichen Gründen der Regulierungsalternative den Vorzug geben müssen. Dies ergibt sich bereits aus einer Textinterpretation von Art. 87 f Abs. 1 und Abs. 2 GG. Abs. 1 der Vorschrift bezieht sich ausschließlich auf "flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen", die der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation zu gewährleisten hat. Wenn Abs. 2 für "Dienstleistungen im Sinne des Absatzes 1" die Erbringung durch die Deutsche Post AG *und durch andere private Anbieter* anordnet, so bezieht sich dies also eindeutig auf Universaldienstleistungen und nicht auf sonstige Postleistungen. Mit anderen Worten ist der verfassungsändernde Gesetzgeber des Art. 87 f GG davon ausgegangen, dass auch die nach Abs. 1 zu gewährleistenden Universaldienstleistungen im Wettbewerb erbracht werden. Wenn der selektive Markteintritt von privaten Wettbewerbern dazu führt, dass die flächendeckende Versorgung mit Universaldienstleistungen in Gefahr ist, greift die Gewährleistungspflicht des Abs. 1 ein. Ihr hat der deutsche Gesetzgeber durch den Erlass der besonderen Regulierung für Universaldienstleistungen in §§ 11 ff. PostG entsprochen. Eine Möglichkeit, nach § 87 f Abs. 1 GG außerdem noch eine Monopolisierung zu verfügen, besteht nicht und Art. 143 b Abs. 2 bietet wie erläutert kein geeignetes Instrument für die Erfüllung einer Daueraufgabe.

312. Alles in allem hat das Bundesverfassungsgericht nach Auffassung der Monopolkommission den tiefgreifenden verfassungsrechtlichen Wandel, der sich 1994 in der Organisation des Postwesens vollzogen hat, nicht ausreichend gewürdigt. Indem es die Verbürgung des Wettbewerbs in Art. 87 f Abs. 2 GG letztlich zu einer subsidiären Regelung gegenüber dem Gewährleistungsauftrag des Art. 87 f Abs. 1 GG erklärt, schraubt es die Deregulierungsintentionen des Verfassungsgesetzgebers auf ein Minimum zurück. Dem einfachen Gesetzgeber werden durch die Entscheidung fast keine Grenzen für die Fortführung des Monopols gezogen. Mehr noch: die starke Betonung der staatlichen Verantwortung für die Universaldienstleistungen als "wesentlichem Bezugspunkt" für die Beurteilung von Exklusivrechten und die durchgehende Relativierung der Ausrichtung der Postreform auf den Wettbewerb, die fraglose Hinnahme der Ausgestaltung der Universaldienstleistungen durch die PUDLV (Tz. 117) und die explizite Anknüpfung der Übergangszeit gemäß Art. 143 b Abs. 2 GG an die von der Europäischen Union praktizierte Übergangszeit (Tz. 114) scheinen der Wirtschaftspolitik des Bundes fast schon einen Freibrief für weitere Verlängerungen der Exklusivrechte der Deutschen Post AG zu erteilen. Jedenfalls zieht der Beschluss einer solchen Politik fast keine Grenzen.

Dass das Jahr 1994 den tiefsten Einschnitt in der deutschen Postpolitik der letzten 150 Jahre bedeutete, lässt sich dem Beschluß nicht entnehmen. Stattdessen vermittelt die Betonung gemeinwirtschaftlichen Gedankengutes den Eindruck der Kontinuität gegenüber den Zeiten des Staatsbetriebes. Damit reiht sich diese Entscheidung in eine Gruppe von Maßnahmen staatlicher deutscher Institutionen aus der jüngsten Vergangenheit ein, die allesamt eher auf die Stärkung des Postmonopols abzielen oder diese jedenfalls bewirken. Der wiederholte Hinweis auf die Integration der europäischen Postmärkte scheint nur noch ein Lippenbekenntnis zu sein. Ursprünglich in einem wettbewerbsfördernden Sinne verwendet, hat er sich längst zu einem Argument entwickelt, dass die Liberalisierung und Modernisierung dieses Sektors bremst.

8. Fazit und Empfehlungen

313. Weiterhin gibt es in den Märkten des Postwesens keinen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb. Das eigentliche *Ziel des Postgesetzes wurde somit auch im Jahre 2003 nicht erreicht*. Zwar ist wie schon vor zwei Jahren eine große Zahl von Lizenznehmern auf dem Briefmarkt tätig, doch erreichen diese am Umsatz gemessenen einen Marktanteil von maximal 4 % des Briefmarktes. Betrachtet man den vollständig liberalisierten Teil des Briefmarktes, so beträgt der Marktanteil der Wettbewerber zwischen 12 und 13 %.

314. Die Hauptbeschränkung des Wettbewerbs liegt weiterhin in der Exklusivlizenz der Deutschen Post AG, deren Verlängerung durch das Erste Gesetz zur Änderung des Postgesetzes ein ordnungs- und wettbewerbspolitischer Kardinalfehler war. Auch die Absenkung der Gewichts- und Preisgrenzen dürfte nicht wesentlich zu einer Wettbewerbsintensivierung führen. Der in Deutschland vorgesehene Stufenplan einer schrittweisen Teilliberalisierung ist kein Substitut für eine uneingeschränkte Liberalisierung des Postmarktes. Ein "harmonisiertes" Vorgehen, d.h. eine Orientierung der staatlichen Postpolitik an liberalisierungsunwilligen Mitgliedstaaten, nützt alleine der Deutschen Post AG. Die Bedürfnisse der Postkunden und die Wettbewerbsfreiheit bleiben außen vor.

315. Der staatlich geschützte Exklusivbereich verhindert, dass die mit einer alternativen vollständigen Marktöffnung verbundenen positiven Wirkungen für den Wettbewerb und die Nachfrager von Postdienstleistungen eintreten können. So beziffert eine Studie des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK) das Preissenkungspotential durch Wettbewerb für eine Standardsendung auf ca. 16 %; deutlich höhere Werte gab es für sog. Ortspostbriefe, d.h. lokale Sendungen.¹⁶⁷ Für die adressierten Massensendungen wurden gegenüber der Monopolkommission Preissenkungspotentiale bis zu 50 % genannt.

316. Die Monopolmacht im Bereich der Briefbeförderung wird nach Auffassung der Monopolkommission durch die Price-Cap-Entscheidung der RegTP nicht hinreichend beschränkt. Die Absenkungen der zu regulierenden Entgelte im Bereich der Exklusivlizenz fallen zu gering aus, so dass diese oberhalb der kostenorientierten Entgelte liegen. Insofern ist davon auszugehen, dass die Bürger in Deutschland weiterhin deutlich zu hohe Postentgelte bezahlen. Auch beim Teilleistungszugang besteht die Gefahr zu hoher Entgelte. Dies ermöglicht es der Deutschen Post AG, im Briefbereich weiterhin übernormale Gewinne zu erzielen.

317. Die Monopolmacht kann zudem auf bereits liberalisierte Bereiche der Postmärkte ausstrahlen, da sie der Deutschen Post AG ein nicht vollständig zu regulierendes Quersubventionierungspotential verschafft; dies belegen Verfahren vor der Europäischen Kommission. Zudem ist die Exklusivlizenz unter Berücksichtigung der Vorgaben der EG-Postrichtlinie zu weit gefasst. Postvorbereitende Dienstleistungen und die Beförderung von Katalogen gehören nicht in den Exklusivbereich.

318. Eine strikte Missbrauchsaufsicht bleibt *unerlässlich*. Die aus Größenvorteilen der Deutschen Post AG resultierenden Vorteile und nicht zuletzt die Verlängerung der Exklusivlizenz verschaffen ihr ein erhebliches Diskriminierungspotential, welches vom Markt nicht kontrolliert ist. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Großteil der Wettbewerber im Briefbereich von seiner Finanzkraft her in keiner Weise mit der Deutschen Post AG vergleichbar ist. Diese Unternehmen sind mangels finanzieller Mittel nicht in der Lage, wettbewerbliche Nachteile über einen längeren

¹⁶⁷ WIK, Gesamtwirtschaftliche Auswirkungen der Marktöffnung auf dem deutschen Postmarkt, Bad Honnef 2000, S. 128 f.

Zeitraum hin zu kompensieren. Dies belegt trotz unvermeidlicher Konsolidierungstendenzen die steigende Anzahl von Marktaustritten, die aufzeigen, dass selbst der Nischenwettbewerb in seiner Entwicklung bedroht ist und dadurch dem Kunden Alternativen entzogen werden können.

319. Die Deutsche Post AG verfügt gegenüber ihren Wettbewerbern neben strukturellen Vorteilen auch über Vorteile aus der Befreiung von der Umsatzsteuer im Bereich der Universaldienstleistungen. Diese Begünstigung ist nach Ansicht der Monopolkommission abzuschaffen, denn sie bewirkt, dass die Wettbewerber gegenüber Unternehmen ohne Vorsteuerabzugsmöglichkeit mindestens 16 % günstiger als die Deutsche Post AG sein müssen. Der Steuervorteil verhindert neben dem schon rechtlich beschränkten Zutrittsrahmen zusätzlich einen funktionsfähigen Wettbewerb.

320. Zudem sind Unsicherheiten aus der Klagepraxis bei den höherwertigen Dienstleistungen zu beseitigen. Hier sind aus ökonomischer Sicht klare und eindeutige Signale für einen möglichst großen Spielraum für alternative Angebote gefordert.

Ziel der Wettbewerbspolitik im Briefbereich muss es allerdings sein, dass der Kunde *voll umfänglich* zwischen Alternativen in der Briefbeförderung wählen kann. Nur so kann ein funktionsfähiger Wettbewerb entstehen. Insofern ist, wie schon in den beiden vorangegangenen Sondergutachten zur Telekommunikation und Post betont, eine vollständige Liberalisierung der Briefbeförderung weiterhin ein wettbewerbspolitisches Obligo.

Bonn, im Dezember 2003

M. Hellwig

J. Aldag

J. Basedow

K. Trebitsch