

Monopolkommission

Sondergutachten 56

**Telekommunikation 2009:
Klaren Wettbewerbskurs halten**

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 121 Abs. 2 TKG

4.2.2	Zusammenschaltung (Interconnection).....	60
4.2.3	Teilnehmeranschlussleitung.....	61
4.2.4	Mobilfunkterminierung.....	64
4.3	Besondere Missbrauchsaufsicht.....	66
4.4	Frequenzregulierung.....	67
5.	Aktuelle Fragen.....	71
5.1	Reform des europäischen Rechtsrahmens für Telekommunikationsmärkte	71
5.1.1	Stand der Reform	71
5.1.2	Ko-Regulierungsverfahren.....	72
5.1.3	Unabhängigkeit der nationalen Regulierung	74
5.1.4	Harmonisierte Anwendung von Richtlinien.....	76
5.1.5	Funktionale Separierung.....	77
5.1.6	GEREK.....	77
5.2	Europäische Initiativen zur Regulierung des Mobilfunks.....	79
5.2.1	International Roaming.....	79
5.2.2	Terminierung.....	81
5.2.2.1	Empfehlungen der Europäischen Kommission.....	81
5.2.2.2	Stellungnahme der Monopolkommission.....	82
6.	Förderung hochleistungsfähiger Breitbandnetze	86
6.1	Einführung	86
6.2	Stand des Netzausbaus in Deutschland.....	87
6.3	Zur Ökonomie von Breitbandnetzen	89
6.4	Strategien zur Förderung hochleistungsfähiger Breitbandnetze	91
6.4.1	Regulierungsferien	91
6.4.2	Wachstums- und innovationsorientierte Regulierung.....	93
6.4.2.1	Reduzierung von Investitionsrisiken.....	93
6.4.2.2	Freiwilliger Netzzugang versus Zugangsregulierung.....	97
6.4.2.3	Investitionsfördernde Entgeltregulierung	99
6.4.2.4	Erhöhung der Planungs- und Rechtssicherheit	102
6.4.2.5	Verbesserung der Transparenz	104
6.4.3	Finanzielle Förderung durch staatliche Beihilfen.....	105
6.4.4	Schlussfolgerungen und Empfehlungen der Monopolkommission	109
7.	Schließen der Breitbandlücken durch Nutzung der digitalen Dividende.....	113
7.1	Einleitung.....	113
7.2	Digitale Dividende.....	114
7.3	Die Bedeutung der Flächenfrequenzen für den Mobilfunkwettbewerb.....	114
7.4	Das Frequenzvergabeverfahren	115

7.5 Spektrumskappen.....	116
7.6 Strategisches Bietverhalten zur Verengung der Marktstruktur?.....	117
7.7 Probleme der Versorgungsaufgaben.....	118
7.8 Folgerungen für die Ausgestaltung der Spektrumskappen und Versorgungsaufgaben.....	119
8. Zusammenfassung der Einschätzungen und Empfehlungen.....	122

Verzeichnis der Abbildungen und Tabellen

Tabelle 2.1: Entwicklung der Umsätze für Telekommunikationsdienste.....	22
Tabelle 2.2: Umsatzanteile der Wettbewerber bei Telekommunikations- diensten.....	23
Tabelle 2.3: Entwicklung der Umsätze im Festnetz.....	24
Tabelle 2.4: Entwicklung der Marktanteile nach Umsätzen im Festnetz.....	25
Tabelle 2.5: Inlands- und Auslandsverbindungen im Festnetz.....	26
Tabelle 2.6: Inlands- und Auslandsverbindungen im Festnetz – Marktanteile der Wettbewerber.....	26
Tabelle 2.7: Telefonanschlüsse und Marktanteile der Wettbewerber.....	29
Tabelle 2.8: Breitbandanschlüsse.....	30
Tabelle 2.9: DSL-Anschlüsse.....	30
Tabelle 2.10: Marktanteile der Wettbewerber an der Breitbandversorgung.....	31
Tabelle 2.11: Nutzer, Verkehrsvolumen und Umsätze im Mobilfunk.....	36
Abbildung 5.1: Ko-Regulierungsverfahren gemäß dem Entwurf für Art. 7a Rahmenrichtlinie.....	73

Vorwort

Ein wichtiges Thema des Sondergutachtens der Monopolkommission zur Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten 2009 ist die Breitbandentwicklung in Deutschland. Dabei sind zwei Facetten zu unterscheiden: erstens der Aufbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze, die als ein wesentliches Fundament für zukünftiges wirtschaftliches Wachstum gelten, und zweitens das Schließen von Versorgungslücken mit schnellem Internet. In beiden Fällen geht es darum, den Aus- und Aufbau der Infrastrukturen voranzutreiben, ohne dass dabei die Entwicklung zu wettbewerblichen Strukturen auf den Telekommunikationsmärkten infrage gestellt wird. Weiterhin befasst sich das Sondergutachten mit der Entwicklung der europäischen Telekommunikationspolitik. Neben den wichtigsten absehbaren Änderungen am europäischen Rechtsrahmen für die Telekommunikationsmärkte werden die Initiativen des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission zur Regulierung des Mobilfunks diskutiert. Gemäß ihrem gesetzlichen Auftrag beurteilt die Monopolkommission den Stand und die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, nimmt zu der Frage Stellung, ob in der Bundesrepublik Deutschland nachhaltig wettbewerbsorientierte Telekommunikationsmärkte bestehen, und würdigt die Amtspraxis der Bundesnetzagentur.

Zur Vorbereitung ihrer Stellungnahme hat die Monopolkommission drei Anhörungen durchgeführt. Am 15. Mai 2009 hat sie mit Vertretern der Unternehmen und Verbände Fragen der Marktentwicklung und der Regulierung sowie Themen aus den Bereichen Breitband und digitale Dividende diskutiert. Teilnehmer der Diskussionsrunde in Bonn waren:

- ANGA Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V.
- BITKOM Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und Neue Medien,
- Breko, Bundesverband Breitbandkommunikation e.V.,
- Bundesverband Glasfaseranschluss e.V.,
- Deutsche Telekom AG,
- IEN Initiative Europäischer Netzbetreiber,
- VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V.,
- VPRT Verband Privater Rundfunk und Telemedien.

Einige der angehörten Unternehmen und Verbände haben ihre mündlichen Äußerungen im Rahmen der Anhörung durch schriftliche Stellungnahmen ergänzt.

Themen der Anhörung von Vertretern der Europäischen Kommission am 12. Juni 2009 in Bonn waren die Reform des europäischen Telekommunikationsrechtsrahmens, die Regulierung der Telekommunikationsmärkte in Deutschland und Europa sowie die Breitbandentwicklung. Teilnehmer seitens der Generaldirektion Informationswirtschaft und Medien der Europäischen Kommission waren Herr Dr. Bernd Langeheine und Herr Reinald Krüger.

Der Präsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen Herr Matthias Kurth, die Vizepräsidenten Frau Dr. Iris Henseler-Unger und Herr Johannes Kindler sowie Mitarbeiter der Behörde haben mit der Monopolkommission am 11. September 2009 Fragen der Anwendung der Vorschriften des Tele-

kommunikationsgesetzes, der Frequenzvergabe, zum Glasfaserausbau sowie zur Reform des europäischen Telekommunikationsrechtsrahmens diskutiert.

Darüber hinaus gab es vielfältige Kontakte zwischen Mitgliedern und Mitarbeitern der Monopolkommission und Vertretern der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes, des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, der Unternehmen und deren Verbände. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Das vorliegende Gutachten wurde federführend von Herrn Dr. Klaus Holthoff-Frank betreut, bei dem sich die Monopolkommission ebenfalls bedankt.

Kurzfassung

1.* In ihrem Sondergutachten „Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten“ beurteilt die Monopolkommission den Stand und die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, insbesondere die Frage, ob die Märkte in der Bundesrepublik Deutschland nachhaltig wettbewerbsorientiert sind. Weiterhin würdigt sie die Amtspraxis der Regulierungsbehörde im Bereich der Telekommunikationsregulierung und nimmt zu sonstigen aktuellen Fragen Stellung. Letzteres betrifft die Änderungen am europäischen Rechtsrahmen für die Telekommunikationsmärkte sowie die Initiativen des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission zur Regulierung des Mobilfunks. Einen weiteren Schwerpunkt des Sondergutachtens bildet die Diskussion über die Regulierung von Breitbandnetzen. In diesem Zusammenhang sind zwei Facetten zu unterscheiden: erstens der Aufbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze, die als ein wesentliches Fundament für zukünftiges wirtschaftliches Wachstum gelten, und zweitens das Schließen von Lücken bei der Versorgung der ländlichen Räume mit schnellen Internetzugängen. In beiden Fällen geht es darum, den Aus- und Aufbau der Infrastrukturen voranzutreiben, ohne dass dabei die Entwicklung zu wettbewerblichen Strukturen auf den Telekommunikationsmärkten infrage gestellt wird.

Nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte und Deregulierungspotenziale

2.* Die Regulierung des Großteils der Vorleistungen ist weiterhin unverzichtbar, da das Angebot der Wettbewerber auf den Endkundenmärkten in weiten Teilen davon abhängig ist, dass sie auf die Infrastruktur des dominierenden Anbieters zurückgreifen können. Weiterhin nicht nachhaltig wettbewerbsorientiert sind die Märkte für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, den Bitstromzugang, den Wiederverkauf von Teilnehmeranschlüssen und die Zusammenschaltung. Dort, wo die alternativen Anbieter eigene Infrastrukturen aufbauen, geschieht dies vor allem, um darüber eigene Endkundenleistungen anzubieten. Daneben werden die alternativen Infrastrukturen – soweit sie nicht durch eigene Anwendungen ausgelastet sind – auch anderen Anbietern als Vorleistungen angeboten. Sie sind aber in aller Regel weder flächendeckend verfügbar noch bis zu den Endkunden ausgebaut.

3.* Die Endkundenmärkte für Verbindungsleistungen im Festnetz sind nachhaltig wettbewerbsorientiert und bereits aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen. Eine Verschlechterung der Wettbewerbssituation ist auch nach der Rückführung der Regulierung nicht zu erwarten. Die vollständige Deregulierung des Marktes für Teilnehmeranschlüsse im Festnetz ist trotz der positiven Wettbewerbsentwicklung zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht möglich. Es besteht das Risiko, dass das eingeseßene Unternehmen seine Marktposition mit missbräuchlichen Praktiken wie ungerechtfertigter Bündelung, Preis-Kosten-Scheren oder Preisdumping zu verteidigen versucht. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass solche Missbräuche grundsätzlich auch mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts verfolgt werden können, lehnt aber eine vollständige Rückführung der Regulierung der Teilnehmeranschlüsse zum jetzigen Zeitpunkt noch ab. Möglich ist allerdings die Reduzierung der Intensität der Regulierung. Den genannten Missbrauchspraktiken kann angemessen im Rahmen der Ex-post-Regulierung begegnet werden.

Würdigung der Amtspraxis der Bundesnetzagentur

4.* Die Monopolkommission muss sich wegen der Vielzahl der Fälle bei der Würdigung der Amtspraxis der Bundesnetzagentur auf die aus ihrer Sicht wichtigen Fälle beschränken. Für die Telekommunikationsmärkte von besonderer Bedeutung sind die Verfahren der Marktregulierung, bei denen entschieden wird, wie ein Markt abgegrenzt wird, ob er die Voraussetzungen des europäischen und nationalen Telekommunikationsrechts für die Regulierungsbedürftigkeit erfüllt und welche Vorabverpflichtungen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gegebenenfalls auferlegt werden. Daneben werden Entscheidungen aus dem Bereich der Entgeltregulierung, der besonderen Missbrauchsaufsicht und der Frequenzregulierung kommentiert.

5.* Im Rahmen der Marktregulierung ist unter anderem strittig, in welchem Umfang die Europäische Kommission und die anderen nationalen Regulierungsbehörden an den nationalen Regulierungsentscheidungen zu beteiligen sind. Der Verpflichtung zur Notifizierung unterliegen die Marktdefinition, die Marktanalyse und die Regulierungsverfügung, in der festgelegt wird, welche (abstrakten) Verpflichtungen dem zu regulierenden Unternehmen auferlegt werden. Bei den Märkten für die Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen verlangt die Europäische Kommission zudem die Notifizierung der konkreten Entgelte, der Gleitpfade für deren Absenkung über die Zeit sowie der Methoden zur Kosten- und Preisberechnung. Die Bundesnetzagentur und die Monopolkommission lehnen das ab. Für eine Beteiligung der Europäischen Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden an konkreten Regulierungsentscheidungen der nationalen Behörde gibt es weder eine Rechtsgrundlage, noch wäre eine Beteiligung der Sache nach gerechtfertigt.

6.* Untersucht hat die Bundesnetzagentur die Frage, ob die Märkte für den Bitstromzugang weiterhin bundesweit einheitlich oder regional spezifisch zu regulieren sind. Die Monopolkommission sieht anders als die Bundesnetzagentur die Voraussetzungen für die Abgrenzung regionaler Märkte gegeben. Dafür spricht, dass die Wettbewerbsbedingungen beim Bitstromzugang regional deutlich unterschiedlich sind. Ob die Abgrenzung regionaler Märkte auch dazu führt, dass einzelne Regionalmärkte bereits aus der Regulierung zu entlassen sind, oder ob es ausreicht, diese unterschiedlich zu regulieren, ist im Rahmen der Analyse der einzelnen regionalen Märkte zu entscheiden.

7.* Unterliegen Entgelte für Telekommunikationsdienste der Ex-ante-Regulierung, dürfen sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Strittig ist in einigen Fällen die Bestimmung der effizienten Kosten. Die effizienten Kosten der Terminierung in einzelnen Mobilfunknetzen können auf der Grundlage einer nationalen Vergleichsmarktbetrachtung erfolgen, soweit die Netze strukturell vergleichbar sind und die effizienten Kosten in dem Vergleichsnetz aufgrund von Kostenunterlagen oder einem Kostenmodell ermittelt werden. Die effizienten Kosten des Teilnehmeranschlussnetzes werden auf der Grundlage von Wiederbeschaffungskosten ermittelt. Rechtlich ist das umstritten, ökonomische Überlegungen sprechen jedoch eher dafür. In einer Situation, in der das zu regulierende Netz vor einem grundlegenden Umbau steht, wie im Fall des Kupferkabelnetzes der Deutschen Telekom AG (DTAG), welches zunehmend durch Glasfasernetze ersetzt wird, sind allerdings statt der Wiederbeschaffungskosten des bestehenden Netzes die aktuellen und zukünftigen Kosten des neuen Netzes maßgeblich.

8.* Die Aufsicht über missbräuchliche Verhaltensweisen beherrschender Telekommunikationsunternehmen nimmt in der Amtspraxis der Bundesnetzagentur eine eher nachgeordnete Bedeutung ein. Wenn Verfahren gemäß § 42 TKG geführt werden, werden diese überwiegend ohne Abschluss einer Missbrauchsverfügung eingestellt, nachdem die DTAG ihre Verhaltensweisen geändert oder eine Änderung in Aussicht gestellt hat. Weitergeführt wurde im Berichtszeitraum die Diskussion um die Ausweitung der besonderen Missbrauchsaufsicht gemäß §§ 38 und 42 TKG auf beherrschte, aber nicht gemäß §§ 9 ff. TKG regulierte Märkte. So hat sich der Bundesrat für eine Änderung des Telekommunikationsgesetzes ausgesprochen, wonach die Vorschriften zur nachträglichen Regulierung von Entgelten (§ 38 TKG) und zur besonderen Missbrauchsaufsicht (§ 42 TKG) auch ohne die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit im Rahmen eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens anwendbar sind. Die Monopolkommission lehnt dies weiterhin ab.

9.* Die Bundesnetzagentur hat entschieden, die Verfahren zur Vergabe der Frequenzen aus den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz sowie 2,6 GHz, die bereits seit Längerem anstehen, mit der Vergabe der Frequenzen aus der digitalen Dividende zu verknüpfen. Nach Auffassung der Monopolkommission bringt das kaum Vorteile und ist mit dem Risiko verbunden, dass Rechtsunsicherheiten des einen oder des anderen Verfahrens den Gesamtprozess belasten und die Vergabe sämtlicher Frequenzen verzögern. Vorzugswürdig wäre es, die Verfahren rechtlich zu entkoppeln, aber zeitgleich durchzuführen.

Reform des europäischen Rechtsrahmens für die Telekommunikationsmärkte

10.* Die Reform des europäischen Telekommunikationsrechts ist nach langer Diskussion abgeschlossen. Positiv bewertet die Monopolkommission die Regelungen zur Verbesserung von Verbraucher- und Datenschutz, zur Frequenzverwaltung sowie zur Zugänglichkeit der Notrufdienste. Uneingeschränkt zu begrüßen ist, dass die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden weiter gestärkt wird. Die Monopolkommission sieht bei der Umsetzung in nationales Recht Anpassungsbedarf bei dem Weisungsrecht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie gegenüber der Bundesnetzagentur sowie bei den Vorschriften zur Ernennung und Entlassung des Präsidenten und der Vizepräsidenten der Behörde. Sie wiederholt in diesem Zusammenhang ihren Vorschlag, die Konzentration wichtiger Regulierungsentscheidungen auf die Präsidentenkammer rückgängig zu machen.

11.* Statt des von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Vetorechts bei den Regulierungsmaßnahmen wird ein sog. Ko-Regulierungsverfahren eingeführt, mit dem die Einheitlichkeit von Regulierungsmaßnahmen in der Gemeinschaft gewährleistet werden soll. Die Monopolkommission lehnt das ab. Das Beteiligungsverfahren auf der Gemeinschaftsebene wird komplexer und bürokratischer, die Verfahrensdauer verlängert sich. Ebenfalls kritisch ist, dass die Europäische Kommission zukünftig Entscheidungen zur harmonisierten Anwendung von Richtlinien erlassen kann. Dadurch werden die Möglichkeiten der nationalen Regulierungsbehörden eingeschränkt, bei der Regulierung die Besonderheiten der nationalen Telekommunikationsmärkte flexibel zu berücksichtigen.

12.* Vorgesehen ist, die funktionale Separierung als ein zusätzliches Instrument der Regulierung in die Zugangsrichtlinie aufzunehmen. Gegen die Einführung eines derart restriktiven Instruments spricht, dass es dafür in einem fortgeschrittenen Stadium der

Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten keine Notwendigkeit gibt. Gerechtfertigt wäre die Einführung allenfalls, wenn die bisherige Zugangsregulierung gescheitert wäre oder zu scheitern droht. Dafür gibt es keine Anzeichen. Zu begrüßen ist, dass der aktuelle Vorschlag zur funktionalen Separierung den Ausnahmecharakter des Instruments betont.

13.* Anstelle der ursprünglich vorgesehenen europäischen Regulierungsbehörde für die Telekommunikationsmärkte wird das „Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation“ (GEREK) eingerichtet. GEREK wird die Gruppe Europäischer Regulierungsstellen (European Regulators Group, ERG) ersetzen und als ausschließliches Forum für die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Regulierungsbehörden sowie zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und der Europäischen Kommission fungieren. Mit der Einrichtung der Regulierungsstelle sowie eines zugehörigen Büros mit eigener Rechtspersönlichkeit rückt die europäische Regulierungsbehörde näher. Die Monopolkommission steht dem kritisch gegenüber. Die zunehmende Zentralisierung der Regulierung geht zulasten der Flexibilität und verhindert den Wettbewerb der Regulierungssysteme. Zudem besteht das Risiko, dass das Ausmaß an Regulierung eher zu- als abnimmt.

Europäische Initiativen zur Regulierung des Mobilfunks

14.* Das Europäische Parlament, der Rat und die Europäische Kommission intensivieren die Regulierung im Mobilfunk. Beschlossen wurde eine weitere Absenkung der grenzüberschreitenden Tarife für Mobilfunkgespräche und der Entgelte für das International Roaming von Gesprächen sowie eine Ausweitung der Regulierung auf grenzüberschreitende Datendienste. Die Europäische Kommission hat zudem eine Empfehlung über die Regulierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk und im Festnetz erlassen, die auf die Vereinheitlichung der Methoden und der Kostenstandards der Regulierung sowie eine deutliche Reduzierung der Entgelte für die Terminierung in den nationalen Mobilfunknetzen abzielt.

15.* Die Monopolkommission lehnt die Intensivierung der Mobilfunkregulierung ab. Zwar ist das International Roaming der klassische Anwendungsfall für eine gemeinschaftsweite Regulierung. Kritisch ist allerdings die doppelte Regulierung von Endkunden- und Vorleistungsmärkten, die Ausweitung der Regulierung auf die Datendienste sowie die recht drastische Absenkung der Entgelte sowohl bei den Vorleistungen als auch bei den Endkundenleistungen. Auch wenn die erhebliche Absenkung der Entgelte aus Sicht der Verbraucher positiv ist, kann sie die Leistungsfähigkeit insbesondere der kleineren Mobilfunknetzbetreiber übersteigen. Kritisch ist auch die Empfehlung der Europäischen Kommission, bei der Regulierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk einen Kostenstandard zu verwenden, der Gemeinkosten unberücksichtigt lässt. Dies führt zu Entgelten, die unterhalb der Entgelte liegen, die sich auf einem hypothetischen Wettbewerbsmarkt ergeben würden. Um die Regulierung der Terminierungsentgelte überflüssig zu machen, sollte ernsthaft die Einführung von Bill & Keep geprüft werden, bei dem die Netzbetreiber auf die gegenseitige Berechnung von Terminierungsentgelten verzichten.

Förderung hochleistungsfähiger Breitbandnetze

16.* Der Ausbau der Breitbandnetze zu glasfaserbasierten Next Generation (Access) Networks (NGN/NGA) ist im Jahr 2009 eines der beherrschenden regulierungspoliti-

schen Themen im Bereich der Telekommunikation. Hochleistungsfähige paketvermittelte Breitbandnetze lösen gegenwärtig weltweit die herkömmlichen kupferbasierten Netze ab. Motiviert wird diese Entwicklung von der Möglichkeit, die integrierten NGN deutlich effizienter und kostensparender zu betreiben als herkömmliche Netze. Zudem entspricht die aus der Umstellung auf Glasfaser resultierende Erhöhung der Bandbreiten dem zunehmenden Bedarf, der durch die erwartete starke Zunahme der Datenübertragung im Internet geprägt ist.

17.* Die Bundesregierung sieht, wie andere Regierungen weltweit auch, die Notwendigkeit zur Förderung des Ausbaus von Breitbandnetzen. Nachdem zunächst primär über Regulierungsferien als Möglichkeit diskutiert worden war, die Anreize für Investitionen in neue Netze zu verbessern, hat die Bundesregierung im Februar 2009 eine aktive Breitbandstrategie zur Förderung des Netzausbaus vorgeschlagen. Ausgehend von dem Ziel, spätestens bis 2018 alle Haushalte in Deutschland mit hochleistungsfähigen Breitbandanschlüssen zu versorgen, sollen mit einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung die Anreize, in Breitbandnetze zu investieren, verbessert werden. Gleichzeitig haben die Bundesregierung und die Europäische Kommission finanzielle Maßnahmen zur Förderung des Breitbandausbaus angekündigt, die allerdings bezogen auf ihren Umfang vergleichsweise gering ausfallen und der Beihilfenkontrolle unterliegen.

18.* Die Monopolkommission sieht wie die Bundesregierung die Notwendigkeit, den Aus- und Aufbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze zu unterstützen. Dafür sprechen die positiven Wirkungen leistungsfähiger Kommunikationsinfrastrukturen auf Wirtschaft und Gesellschaft sowie der Umstand, dass der Markt alleine nicht für eine flächendeckende Breitbandversorgung zu angemessenen Bedingungen sorgt. Strittig ist die Frage nach effizienten Formen der Förderung.

19.* Regulierungsferien sind ein Instrument, mit dem Investitionen in Telekommunikationsnetze grundsätzlich gefördert werden können, da insbesondere die Zugangsregulierung die Anreize für Investitionen auf Seiten des regulierten Unternehmens schmälern kann. Die Regulierung sollte aber nicht gänzlich ausgeschlossen sein, vielmehr sollte die Möglichkeit bestehen, mit der Regulierung zu einem späteren Zeitpunkt einzusetzen, wenn sich auf dem neuen Markt kein wirksamer Wettbewerb einstellt. Bei der Abwägung, ob und für welchen Zeitraum Regulierungsferien gewährt werden sollen, ist das Risiko entscheidend, welches mit der Investition verbunden ist.

20.* Eher kritisch steht die Monopolkommission der wachstums- und innovationsorientierten Regulierung gegenüber, da deren Anreizwirkungen überschätzt werden und die Maßnahmen oftmals schädlich für den Wettbewerb sind. So können Kooperationen beim Netzausbau durchaus die Investitionsrisiken der Investoren senken und damit den Anreiz für Investitionen erhöhen. Allerdings beschränken sie den Wettbewerb der Netzbetreiber um die Pionierposition auf den Breitbandmärkten und vermindern damit die Anreize für Investitionen und einen raschen Netzausbau. Ähnliches gilt für Arrangements zur Risikoteilung zwischen Netzbetreibern und den Nachfragern nach Netzzugang. Einerseits sind solche Arrangements zu begrüßen, da sie zusätzliche Investitionsanreize generieren. Andererseits besteht die Gefahr, dass die Risiken, die zu Abschlägen bei den Zugangsentgelten führen, über- oder unterschätzt werden. Grundsätzlich zu befürworten ist die Verlängerung der Regulierungsperioden, weil dies zur Erhöhung der Planungssicherheit beiträgt. Problematisch ist allerdings der vorgeschlagene Zeit-

raum von fünf bis zehn Jahren. Solch lange Regulierungsperioden sind wegen der langen Bindungsfristen bei einer gleichzeitig bestehenden hohen Marktdynamik nicht sinnvoll. Eine Verlängerung auf drei Jahre könnte prinzipiell nützlich sein, hilft aber in der Sache wenig, weil die Planungsperioden der Unternehmen deutlich länger sind. Abzulehnen sind Maßnahmen, die zu einer besseren Refinanzierbarkeit der Investitionen in neue Netze führen, wie der Übergang von der Ex-ante- zu einer Ex-post-Regulierung der Vorleistungsentgelte oder die Berücksichtigung von Risikozuschlägen bei der Eigenkapitalverzinsung. Sie sind entweder nicht mit dem Telekommunikationsgesetz vereinbar oder regulatorisch schwierig umzusetzen.

21.* Für das Investitionsverhalten der Unternehmen ist die Vorhersehbarkeit und Stabilität der Rahmenbedingungen sowie die Konkurrenz von Anbietern mit eigenen Infrastrukturen wichtig. Um die Unsicherheiten im Hinblick auf die Rahmenbedingungen zu verringern, sollte der neue europäische Rechtsrahmen für die Telekommunikationsmärkte möglichst rasch in nationales Recht umgesetzt werden. Die Monopolkommission empfiehlt darüber hinaus, verstärkt auf den Wettbewerb als Treiber für Investitionen in hochleistungsfähige Breitbandnetze zu setzen. Die wichtigsten konkurrierenden Infrastrukturen für die Glasfasernetze sind die (TV-)Kabelnetze. Ihr Wettbewerbspotenzial kann bisher nicht vollständig ausgeschöpft werden, weil das Kabelnetz nachteilig organisiert ist. Nachteilig sind vor allem die historisch bedingte vertikale Trennung der Netzebenen 3 und 4 und die immer noch weitgehend zersplitterte Anbieterstruktur auf der Netzebene 4. Die Wettbewerbsfähigkeit der Kabelnetzbetreiber auf den Telekommunikationsmärkten ließe sich stärken, wenn die vertikale Trennung der Netzebenen und die Zersplitterung des Endkundenmarktes überwunden werden könnten. Möglichen Zusammenschlüssen vor allem auf der Netzebene 4 stehen bisher allerdings kartellrechtliche Bedenken entgegen. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte die Einschätzung der Wettbewerbsswirkungen solcher Zusammenschlüsse überdacht werden, da die zu erwartende Verschlechterung der Marktstrukturen auf den Kabelmärkten bei solchen Fusionen vermutlich hinter den zu erwartenden Verbesserungen auf den Telekommunikationsmärkten zurückbleiben.

22.* Die Monopolkommission spricht sich grundsätzlich gegen eine staatliche Bereitstellung von Breitbandnetzen aus. Priorität beim Aufbau und Betrieb der Telekommunikationsinfrastrukturen haben private Investitionen. Aufgabe des Staates ist es, Rahmenbedingungen so zu setzen, dass private Investitionen in leistungsfähige Infrastrukturen getätigt werden. Es ist hingegen nicht die Aufgabe des Staates, solche Investitionen selbst vorzunehmen oder sie in einem größeren Umfang zu subventionieren.

Schließen der Breitbandlücken durch Nutzung der digitalen Dividende

23.* Die Bundesregierung möchte die bestehenden Lücken bei der Breitbandversorgung in Deutschland bis Ende des Jahres 2010 schließen. Dazu soll die sog. digitale Dividende, d.h. die im Zuge der Umstellung von Rundfunk und Fernsehen von der Analog- auf die Digitaltechnik frei werdenden Frequenzen, genutzt werden. Das Spektrum soll möglichst rasch und mit der Auflage vergeben werden, dass die Frequenzinhaber zunächst die Breitbandversorgung in den bisher unversorgten Gebieten sicherstellen, bevor sie die Frequenzen in den übrigen Gebieten für das Angebot von mobilem Breitband nutzen dürfen.

24.* Die Frequenzen aus der digitalen Dividende sollen in einem Versteigerungsverfahren vergeben werden, bei dem es Beschränkungen der Bietberechtigungen (Spektrums-kappen) sowie Versorgungsaufgaben gibt. Kritisch gesehen wird, dass die Spektrums-kappen so dimensioniert sind, dass mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit weder alle etablierten Mobilfunknetzbetreiber noch ein Neueinsteiger zum Zuge kommen. Auswirkungen auf die Marktstruktur und den Wettbewerb im Mobilfunk sind dann zu erwarten, wenn dem Netzbetreiber, der bei der Versteigerung der Frequenzen aus der digitalen Dividende unterliegt, die Voraussetzungen für ein konkurrenzfähiges Angebot von mobilen Breitbanddiensten fehlen und er deshalb aus dem Markt ausscheiden muss. Ebenfalls kritisch zu sehen sind die Versorgungsaufgaben, mit denen die erfolgreichen Bieter konfrontiert sind. Sie stehen einer volkswirtschaftlich effizienten Verwendung der Frequenzen entgegen und mindern zugleich die Versteigerungserlöse.

25.* Vorgeschlagen wird aus dem Kreis der Mobilfunknetzbetreiber und von der Europäischen Kommission, die Spektrums-kappen so zu dimensionieren, dass entweder alle etablierten Netzbetreiber zum Zuge kommen oder dass bereits zugeteilte vergleichbare Frequenzen umverteilt werden. Diese Vorschläge haben Nachteile. Werden die Spektrums-kappen so gesetzt, dass alle etablierten Netzbetreiber zum Zuge kommen, würde das Versteigerungsverfahren entwertet. Die Umverteilung von vergleichbaren Frequenzen würde wegen der Lage des Spektrums nicht jedem Netzbetreiber in gleicher Weise nützen. Nicht diskutiert und auch von der Bundesnetzagentur zu wenig beachtet wird, dass es grundsätzlich noch andere Verfahren gibt, den Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt zu sichern. So könnten die bei der Versteigerung unterlegenen Unternehmen mit einem der erfolgreichen Bieter eine Roamingvereinbarung treffen und das Netz des Anderen gegen Entgelt für das Angebot von Breitbanddiensten mitnutzen. Da solche Vereinbarungen nicht zwingend auf freiwilliger Basis zustande kommen, müsste die Bundesnetzagentur die Frequenzen mit einer entsprechenden Roamingauflage versehen. Eine Roamingverpflichtung könnte entweder alle Frequenzen aus der digitalen Dividende betreffen oder lediglich einen Teil davon.

26.* Zu erinnern ist schließlich daran, dass der europäische Rechtsrahmen für die Telekommunikation und das deutsche Telekommunikationsgesetz die Regulierung von Märkten vorsehen, wenn gravierende Wettbewerbsprobleme existieren. Kommt es infolge der Versteigerung der Frequenzen aus der digitalen Dividende zu einer Verengung der Marktstruktur und nachlassendem Wettbewerb, kann die Bundesnetzagentur mit Zustimmung der Europäischen Kommission noch im Nachhinein regulierend eingreifen und Zugangs- und Vorleistungspreise auch im Mobilfunk festlegen.

27.* Bei den Versorgungsaufgaben plädiert die Monopolkommission dafür, diese so zu gestalten, dass die unterversorgten Gebiete nach einem ökonomischen Kalkül ausgebaut werden können, statt eine Versorgung nach der Einwohnerzahl vorzuschreiben. Im Gegenzug wäre von den Frequenzinhabern zu verlangen, die weißen Flecken vollständig, d.h. zu 100 %, bis Ende des Jahres 2015 auszubauen. Um eine ineffiziente Doppelung von Infrastrukturen zu vermeiden, dürfen die Versorgungsaufgaben nur dort wirksam werden, wo Gebiete nicht bereits mit anderen Breitbandzugangstechnologien oder durch andere Frequenzinhaber versorgt werden.

1. Einleitung

1.1 Gesetzlicher Auftrag

1. Nach § 121 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz (TKG) hat die Monopolkommission alle zwei Jahre ein Gutachten zu erstellen, in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung des Wettbewerbs sowie die Frage beurteilt, ob nachhaltig wettbewerbsorientierte Telekommunikationsmärkte in der Bundesrepublik Deutschland bestehen, die Anwendung der Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über die Regulierung und Wettbewerbsaufsicht würdigt und zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nimmt, insbesondere auch dazu, ob die Regelung zum Resale in § 21 Abs. 2 Nr. 3 des Gesetzes im Hinblick auf die Wettbewerbsentwicklung anzupassen ist.

2. Die Monopolkommission gibt in ihrem Gutachten Hinweise darauf, ob und in welchen Bereichen der Telekommunikation das Ziel der Regulierung, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte zu fördern, bereits erreicht ist.¹ Feststellungen im Zusammenhang mit konkreten Regulierungsverfahren, die Rechtsansprüche von Marktteilnehmern auf eine bestimmte Form der Regulierung oder die Unterlassung von Regulierung begründen, werden damit nicht gemacht. Solche Feststellungen können nur durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen getroffen werden.

3. Die Würdigung der Anwendung der Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über die Regulierung und Wettbewerbsaufsicht durch die Bundesnetzagentur muss sich wegen der Vielzahl der Entscheidungen im Bereich der Telekommunikationsregulierung auf die aus Sicht der Monopolkommission wichtigen Fälle beschränken. Sie sind auf der Grundlage einer systematischen Beobachtung der Amtspraxis der Behörde auszufiltern. Seit der TKG-Novelle im Jahr 2007 kann sich die Monopolkommission dabei auf ein Akteinsichtsrecht stützen, welches auch den Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen umfasst.

4. Die Monopolkommission gibt in diesem Gutachten keine gesonderte Stellungnahme zu den Resale-Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes ab. Sie befasst sich aber im Rahmen der Würdigung der Amtspraxis mit der regulatorischen Verpflichtung der Deutschen Telekom AG (DTAG), Wettbewerbern entbundelte Teilnehmeranschlüsse zum Wiederverkauf anzubieten. Im Hinblick auf § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG bleibt es bei dem, was die Monopolkommission bereits früher festgestellt hat.² Die Vorschrift selber steht nicht zur Disposition, da der nationale Gesetzgeber aufgrund der Vorgaben von Art. 12 Zugangsrichtlinie keinen Spielraum hat, auf diese Verpflichtung zu verzichten oder sie grundsätzlich anders zu gestalten.³ Möglich ist die Streichung von § 21 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 TKG, der regelt, dass die Bundesnetzagentur bei der Auferlegung einer

1 Vgl. zur Interpretation des gesetzlichen Auftrags ausführlich Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Sondergutachten 43, Baden-Baden 2006, Tz. 7.

2 Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung, Sondergutachten 50, Baden-Baden 2008, Tz. 4; dies., Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 8.

3 Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 7.

Resale-Verpflichtung „die getätigten und die zukünftigen Investitionen für innovative Dienste zu berücksichtigen“ hat. Diese Vorgabe ist einerseits vage, andererseits unnötig, da Resale-Verpflichtungen die Innovationsanreize typischerweise nicht nachhaltig tangieren, soweit sie nicht unangemessen sind.⁴ Die Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 5 TKG, nach der die Bundesnetzagentur bis zum 30. Juni 2008 lediglich ein gebündeltes Anschluss-Resale auferlegen kann, ist ausgelaufen und sollte bei der nächsten Novelle des Telekommunikationsgesetzes gestrichen werden.

1.2 Das Konzept des „nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes“

5. Die Monopolkommission hat sich bereits in ihren letzten Sondergutachten gemäß § 121 Abs. 2 TKG kritisch mit dem Konzept des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Telekommunikationsgesetz befasst.⁵ Der Begriff wird im Gesetz an verschiedenen Stellen in unterschiedlicher Weise verwendet, wobei nicht hinreichend deutlich ist, was genau unter einem nachhaltig wettbewerbsorientierten Markt zu verstehen ist. Gemäß § 3 Nr. 12 TKG ist ein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt „ein Markt, auf dem der Wettbewerb so abgesichert ist, dass er auch ohne sektorspezifische Regulierung besteht“. Damit meint der Gesetzgeber einen Markt mit strukturell und nicht lediglich regulatorisch abgesichertem Wettbewerb. Damit vereinbar ist, dass die strukturelle Absicherung des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten der Telekommunikation grundsätzlich auch durch eine effiziente Regulierung der Vorleistungsmärkte erfolgen kann. Wäre dem nicht so, müssten Endkundenmärkte so lange reguliert werden, bis sämtliche Vorleistungen, die für ihre Bereitstellung notwendig sind, dereguliert sind. Da ein Teil der Vorleistungen aufgrund ihrer Eigenschaft als Bottleneck gegebenenfalls langfristig zu regulieren sind, wäre eine Deregulierung auch der zugehörigen Endkundenmärkte langfristig nicht möglich.

6. Für die Analyse der Nachhaltigkeit der Wettbewerbsorientierung ist von Bedeutung, dass der Begriff des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes nicht lediglich ein Synonym für die Abwesenheit von Marktbeherrschung bzw. beträchtlicher Marktmacht ist.⁶ Dies ergibt sich bereits daraus, dass es in vielen Sektoren marktbeherrschende Unternehmen gibt, ohne dass es sinnvoll wäre, mit spezifischer Regulierung in diese Märkte einzugreifen. Dass auch der Gesetzgeber keine Begriffsparallelität vor Augen hatte, zeigt sich daran, dass er in § 3 TKG die Begriffe der beträchtlichen Marktmacht und des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes unterschiedlich definiert. Bei der Beurteilung der Nachhaltigkeit der Wettbewerbsorientierung im Sinne des § 121 Abs. 2 TKG geht es prospektiv um die wettbewerbspolitische Frage nach der Angemessenheit einer Deregulierung von Telekommunikationsmärkten und nicht um die wettbewerbsrechtliche Frage nach dem Vorliegen von Marktbeherrschung oder beträchtlicher Marktmacht.

7. Bei den §§ 9a, 18 Abs. 2, 21 Abs. 1 und 39 Abs. 1 TKG knüpft das Gesetz an das Kriterium des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes bestimmte Rechtsfolgen. Dabei geht es entweder darum, ob ein Markt überhaupt der sektorspezifischen Regulie-

4 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 236; dies., Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 172.

5 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 9 ff.; dies., Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 5 ff.

6 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 12.

nung unterliegt oder mit welchem Instrumentarium auf einem Markt reguliert wird. Nach Auffassung der Monopolkommission ist das in einem hohen Maße problematisch, da der nachhaltig wettbewerbsorientierte Markt kein wohldefiniertes Konzept der Wettbewerbstheorie oder Wettbewerbspolitik ist.⁷ Im Zweifel müsste die Regulierungsbehörde gerichtlich überprüfbar nachweisen, warum oder warum nicht mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist. Das dürfte schwer fallen, weil es sich hier um Einschätzungen handelt, die zum Teil auf Wertungen beruhen.

1.3 Methodisches Vorgehen

8. Methodisch geht es bei der Beurteilung der Frage, ob in der Bundesrepublik Deutschland nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte bestehen, darum zu prognostizieren, welche Wettbewerbsprozesse stattfinden, wenn in der Zukunft die sektorspezifische Regulierung zurückgeführt wird oder von vornherein auf sektorspezifische Regulierung verzichtet wird. Damit erfordern Aussagen über die Nachhaltigkeit des Wettbewerbs sowohl die Erfassung der stattfindenden Wettbewerbsprozesse als auch eine Prognose der zukünftigen Wettbewerbsentwicklungen. Dies geschieht im Rahmen einer Markt- und Strukturanalyse, bei der es grundsätzlich auf dieselben Kriterien ankommt wie bei der Beurteilung der beträchtlichen Marktmacht im Sinne des Telekommunikationsgesetzes oder der Marktbeherrschung im Sinne des Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und des Gemeinschaftsrechts. Marktanteile, Finanzkraft, Zugangsmöglichkeiten zu Absatz- und Beschaffungsmärkten, Marktzutrittschancen usw. liefern Anhaltspunkte für die Prognose von Wettbewerbsentwicklungen, ohne – wie bereits erwähnt – die Nachhaltigkeit der Wettbewerbsentwicklung eines Marktes mit der Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht oder Marktbeherrschung gleichzusetzen.

⁷ Vgl. ebenda, Tz. 18.

2. Stand und Entwicklung des Wettbewerbs

2.1 Umsätze in dem Gesamtmarkt für Telekommunikation

9. Die Umsätze im Gesamtmarkt für Telekommunikationsdienste sind auch in den Jahren 2008 und 2009 weiter rückläufig (vgl. Tabelle 2.1). Umsatzrückgänge sind vor allem im Festnetz, moderat aber auch beim Mobilfunk zu beobachten. Während die Umsätze im Festnetz aufgrund des Preisverfalls im Endkundengeschäft bereits seit 2005 sinken, wurde davon im Jahr 2007 – nach der Stagnation im Jahr 2006 – auch der Mobilfunk erfasst. Ausschlaggebend hier ist, dass neben den Endkundenpreisen auch zunehmend die Preise für Vorleistungen regulierungsbedingt sinken. Sowohl im Festnetz als auch im Mobilfunk können das weiterhin gegebene Wachstum bei den Sprachverbindungen sowie die Zunahme der Datenumsätze den Preisverfall nicht mehr ausgleichen.

Tabelle 2.1:

Entwicklung der Umsätze für Telekommunikationsdienste (Mrd. EUR)¹

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009 ²
Gesamtmarkt	62,0	63,9	66,8	67,3	66,3	63,9	62,3	60,3
Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen ³	22,5	24	24,7	22,5	21,7	21,1	20,1	19,3
Mobiltelefondienst ⁴	19,9	21,1	22,8	23	23,1	23,2	22,8	21,7
Mietleitungen	1	1	0,9	1	1	1	1	1
Carriergeschäft (Interconnection) ⁵	6,4	7,1	7,6	7,8	7,6	6,7	6,8	6,6
Kabelfernsehen	2,8	2,8	2,9	3,0	3,0	3,1	3,3	3,4
Sonstige ⁶	9,5	7,9	8	9,9	9,9	8,8	8,2	8,3

1 Die Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., S. 18, Tabelle 1) ergeben sich durch Neuberechnungen der Bundesnetzagentur.

2 Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 3. Quartal 2009 erhobenen Umsatzdaten.

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 Wählverbindungen im Rahmen des Sprachtelefondienstes und des Internetzugangs. Wählverbindungen 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, Multimedia-dienste, Funkdienste, Mehrwertdienste. Enthalten sind unter anderem auch Leistungen der Netzbetreiber wie Kollokationsleistungen (gemeinsame Nutzung von Gebäuden).

Quelle: Bundesnetzagentur

10. Träger des Mengenwachstums sind im Festnetz weiterhin die Breitbandanschlüsse und im Mobilfunk das Verkehrsvolumen. Im Mobilfunk zeichnet sich zudem eine Verlangsamung des Wachstumstempos bei den Nutzerzahlen ab. Nachdem die Anzahl der Teilnehmer und die Penetration im Mobilfunk in den vergangenen Jahren stets deutlich

zugenommen hat, zeigten sich für die ersten beiden Quartale 2009 erstmals leichte Rückgänge. Dem weiterhin vorhandenen Mengenwachstum stehen im Festnetz und im Mobilfunk sinkende Preise entgegen. Im Festnetz sinken die Preise für die Paketangebote aus einem Breitbandanschluss sowie die Flatrates für Festnetztelefonie und Internetzugang, die im Markt zunehmend die Nachfrage nach den getrennten Leistungen verdrängen. Im Mobilfunk sinken vor allem die Preise für Gespräche in das Festnetz und für netzinterne Gespräche überproportional. Für Preiswettbewerb – auch bei den Gesprächen in andere Mobilfunknetze – sorgt vor allem das verstärkte Auftreten von Discountanbietern mit sog. „No Frills“-Angeboten, bei denen nicht die Gerätesubventionierung, sondern niedrige Preise für Gespräche und Kurznachrichten im Vordergrund stehen.

11. Nachdem die Umsätze mit Carrierleistungen im Jahr 2007 erstmals gesunken sind, haben sie sich in den Jahren 2008 und 2009 auf dem niedrigeren Niveau stabilisiert. Erfasst werden hier die Umsätze der Festnetz- und der Mobilfunknetzbetreiber mit anderen Netzbetreibern. Dies sind im Mobilfunk vor allem Umsätze für die Zustellung von Gesprächen aus fremden Netzen (Terminierung sowie International Roaming) sowie im Festnetz für Anschlussvorleistungen wie den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) oder den Bitstromzugang für Großkunden.

Table 2.2:

Umsatzanteile der Wettbewerber bei Telekommunikationsdiensten (%)¹

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009 ²
Gesamtmarkt	43	46	48	49	51	52	54	54
Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen	23	27	29	32	36	38	39	40
Mobiltelefondienst	68	70	71	71	72	71	72	71
Mietleitungen	60	51	56	62	63	66	70	74
Carriergeschäft (Interconnection)	44	55	54	52	51	50	52	53
Kabelfernsehen	68	96	100	100	100	100	100	100
Sonstige	28	16	15	18	19	17	18	19

¹ Die Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., S. 19, Tabelle 2) ergeben sich durch Neuberechnungen der Bundesnetzagentur.

² Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 3. Quartal 2009 erhobenen Marktdaten.

Quelle: Bundesnetzagentur

12. Tabelle 2.2 zeigt die Umsatzanteile der Wettbewerber im Gesamtmarkt für Telekommunikationsdienste und in den einzelnen Marktsegmenten. Im Gesamtmarkt ist der Marktanteil der Wettbewerber weiter angestiegen auf 54 % im Jahr 2008. Für das Jahr 2009 wird erwartet, dass sich der Marktanteil der alternativen Anbieter auf diesem Niveau hält. Marktanteilszuwächse hat es für sie vor allem bei den Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen gegeben. Auslöser dieser Entwicklung sind der Verlust der DTAG bei den Teilnehmeranschlüssen sowie der Rückgang von Verkehrsmengen und

Umsätzen im Telefondienst. Marktanteilszuwächse hat es für die alternativen Anbieter zudem bei den Mietleitungen und den Umsätzen mit anderen Netzbetreibern (Carrierleistungen) gegeben.

2.2 Endkundenmärkte im Festnetz

13. Die Monopolkommission hat bis zu ihrem vorletzten Sondergutachten im Jahr 2005 die Entwicklungen auf den Märkten für Sprachtelefondienste im Festnetz sehr differenziert nach Umsätzen und Verkehrsmengen dargestellt und kommentiert. Diese Praxis kann nicht mehr aufrechterhalten werden, da die zunehmende Vermarktung der Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen in Form von Bündelprodukten und Flatrates eine belastbare Segmentierung der Umsätze und Verkehrsmengen in Anschluss- und Verbindungsumsätze für Fern-, Auslands- und Ortsgespräche über Schmalband und Breitbandanschlüsse nicht mehr zulässt. Nachfolgend wird daher die Entwicklung der Umsätze mit Endkundenleistungen im Festnetz undifferenziert dargestellt. Eine differenziertere Analyse des Wettbewerbs im Bereich der Festnetzverbindungen sowie für Schmal- und Breitbandanschlüsse wird anhand der mengenmäßigen Entwicklungen vorgenommen.

2.2.1 Umsätze auf der Basis von Festnetzanschlüssen

14. Von den Rückgängen der Endkundenumsätze auf der Basis von Festnetzanschlüssen sind neben der DTAG inzwischen auch die alternativen Anbieter betroffen (vgl. Tabelle 2.3). Während die DTAG im Festnetz seit Jahren kontinuierlich Endkundenumsätze verliert, konnten die Wettbewerber bis zum Jahr 2007 noch Umsätze gewinnen. Seit 2008 gehen diese aber auch bei ihnen zurück, wenn auch vergleichsweise moderat. Verursacht wird der Rückgang der Umsätze durch den Preisverfall bei den Endkundenleistungen. Enthalten in den Umsätzen der Wettbewerber sind auch Einnahmen aus dem Verkauf von Telefonminuten an Wiederverkäufer. Die Bedeutung dieses Geschäftsmodells ist allerdings gering und geht weiter zurück. Während die Wettbewerber der DTAG im Jahr 2006 damit noch 0,6 Mio. EUR Erlöse erlösten, lag ihr Umsatz mit Resellern im Jahr 2008 nur noch bei 0,17 Mio. und wird 2009 nochmals weiter zurückgehen.

Tabelle 2.3:

Entwicklung der Umsätze im Festnetz (Mrd. EUR)

	2005	2006	2007	2008	2009 ²
DTAG	15,3	13,8	13	12,2	11,6
Wettbewerber ¹	7,2	7,9	8,1	7,9	7,6
Insgesamt	22,5	21,7	21,1	20,1	19,2

1 Umsätze der Netzbetreiber und der Internet Service Provider ohne Netz sowie Umsätze mit Wiederverkäufern von Telefonminuten.

2 Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 3. Quartal 2009 erhobenen Umsatzdaten.

Quelle: Bundesnetzagentur

15. Die Marktanteile der Wettbewerber im Festnetz nach Umsätzen steigen nur langsam. Sie liegen Ende des Jahres 2009 nach der Prognose der Bundesnetzagentur knapp unter 40 % (vgl. Tabelle 2.4).

Tabelle 2.4:

Entwicklung der Marktanteile nach Umsätzen im Festnetz (%)

	<i>2005</i>	<i>2006</i>	<i>2007</i>	<i>2008</i>	<i>2009¹</i>
DTAG	68,0	63,6	61,6	60,7	60,4
Wettbewerber	32,0	36,4	38,4	39,3	39,6

¹ Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 3. Quartal 2009 erhobenen Umsatzdaten.

Quelle: Eigene Berechnungen auf der Grundlage der Daten der Bundesnetzagentur

2.2.2 Sprachtelefondienst im Festnetz

16. Die Entwicklung der Verkehrsmengen bei der Festnetztelefonie kann nur näherungsweise bestimmt werden, da ein zunehmender Teil im Rahmen von Flatrates generiert wird und nicht mehr exakt erfassbar ist.⁸ Die Daten der Bundesnetzagentur enthalten nicht die Verbindungen in nationale Mobilfunknetze und Verbindungen zu Auskunfts- und Mehrwertdiensten. Erfasst werden inzwischen allerdings die über Kabelnetz- und Internettelefonie erbrachten Verkehrsmengen. Die Zahlen der Bundesnetzagentur zeigen eine seit 2005 weitgehend konstante Gesamtmenge an erbrachten Festnetzverbindungsminuten (vgl. Tabelle 2.5). Verschiebungen gibt es zwischen der DTAG, die Verbindungsminuten verliert, und den Wettbewerbern, die Verbindungsminuten gewinnen. Es sei aber noch einmal daran erinnert, dass es sich um näherungsweise Zahlen handelt. Andere Untersuchungen nennen auch andere Zahlen. Der Branchenverband VATM ermittelte in seiner gemeinsam mit der Dialog Consult durchgeführten Marktuntersuchung die Verbindungsminuten der Wettbewerber aus dem Festnetz und den Breitbandkabelnetzen in in- und ausländische Festnetze und in die Mobilfunknetze.⁹ Danach erbrachten die alternativen Anbieter im Jahr 2008 pro Tag 381 Mio. Verbindungsminuten. Auf das Jahr 2008 gerechnet sind das 139 Mrd. Minuten. Der deutliche Unterschied zu den Zahlen der Bundesnetzagentur lässt sich kaum allein damit erklären, dass die Dialog/VATM-Studie auch die Gespräche in die Mobilfunknetze einbezieht. Anders als bei der Untersuchung der Bundesnetzagentur nimmt in der Dialog/VATM-Studie die Anzahl der von den Wettbewerbern erbrachten Verbindungsminuten auch weiterhin zu.

⁸ Die von der Bundesnetzagentur für die Jahre 2005 bis 2009 erhobenen Daten können nicht zu den Daten über Verbindungsminuten für Festnetzdienste in Beziehung gesetzt werden, die die Monopolkommission in ihren früheren Gutachten veröffentlicht hat, da diese auf einer anderen Grundlage erhoben wurden. Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., S. 23, Tabelle 3.

⁹ Vgl. Dialog Consult/VATM, 11. gemeinsame Marktanalyse 2009, Ergebnisse einer Befragung der Mitgliedsunternehmen im Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. im dritten Quartal 2009, Frankfurt a.M., 4. November 2009, Abbildung 6.

Tabelle 2.5:

Inlands- und Auslandsverbindungen im Festnetz (Mrd. Minuten)¹
(einschließlich VoIP und Telefonie über Kabelfernsehtetze)

	2005	2006	2007	2008	2009²
Insgesamt	184	185	186	186	189
DTAG	104	97	95	95	93
Wettbewerber	80	88	91	91	96

¹ Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 2. Quartal 2009 erhobenen Daten.

Quelle: Bundesnetzagentur

17. Die von der Bundesnetzagentur ermittelten Marktanteile zeigen, dass die alternativen Anbieter bei den Inlandsgesprächen weiterhin Marktanteile gewinnen. Im Jahr 2009 werden 49 % der Inlandsverbindungen durch Wettbewerber erbracht. Eine Trendumkehr ist bei den Auslandsverbindungen zu erkennen. Erstmals seit Beginn der Liberalisierung verlieren die alternativen Anbieter wieder Marktanteile bei den Auslandsgesprächen (vgl. Tabelle 2.6). Während sie im Jahr 2006 noch 75 % des Verkehrs abwickelten, lag dieser Anteil im Jahr 2008 nur noch bei 66 %. Die Monopolkommission stimmt mit der Bundesnetzagentur in der Einschätzung überein, dass dies nicht auf die Deregulierung dieses Marktsegments im Jahr 2005 zurückzuführen ist. Gründe für den Verlust an Marktanteilen dürfte vielmehr erstens sein, dass die DTAG bei den Auslandsverbindungen inzwischen günstige Optionstarife anbietet. Für die Endkunden lohnt es sich damit weniger, zu Call-by-Call-Angeboten zu wechseln. Zweitens wird nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur ein zunehmender Anteil der Auslandsgespräche über Peer-to-Peer-Verbindungen bzw. über einen VoIP-Anbieter wie z.B. Skype geführt. Insbesondere für Intensivnutzer haben solche Angebote enorm an Bedeutung gewonnen. Da diese Verkehre von der Datenabfrage der Bundesnetzagentur nicht erfasst werden, kann dieser Effekt allerdings nicht quantifiziert werden. Es ist aber davon auszugehen, dass er durchaus erheblich ist.

Tabelle 2.6:

Inlands- und Auslandsverbindungen im Festnetz – Marktanteile der Wettbewerber (%)¹
(inklusive VoIP und Telefonie über Kabelfernsehtetze)

	2005	2006	2007	2008	2009²
Insgesamt	43	45	49	49	51
Inlandsverbindungen	42	46	47	47	49
Auslandsverbindungen	72	75	74	66	67

¹ Die Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., S. 21, Tabelle 6) ergeben sich durch Neuberechnungen der Bundesnetzagentur.

² Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 2. Quartal 2009 erhobenen Daten.

Quelle: Bundesnetzagentur

18. Deutlich zugenommen hat der Anteil der Verbindungsminuten, den alternative Anbieter nicht mehr über das klassische Telefonnetz, sondern über Voice over Internet Protocol (VoIP) erbringen. Der Anteil steigt nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur über 10 % im Jahr 2006 und 20 % im Jahr 2007 auf 34 % im Jahr 2009. Entsprechend abnehmend ist der Anteil an den Verbindungen, die die Wettbewerber im klassischen Telefonnetz erbringen. Mit der zunehmenden Verbreitung von Komplettanschlüssen, die Flatrates für Festnetztelefonie und Internetzugang beinhalten, nimmt zudem die Bedeutung der Betreiber(vor)auswahl ab. Nach Feststellungen der Bundesnetzagentur sinkt der Anteil von Call-by-Call und Preselection bei den Verbindungen von 38 % im Jahr 2007 über 26 % im Jahr 2008 auf 20 % im Jahr 2009.¹⁰ Noch drastischer verringert sich mit der Zunahme der Komplettangebote die Menge der Einwahlverbindungen in das Internet. Wurden hier im Jahr 2001 bei einer deutlich niedrigeren Verbreitung von Internetzugängen noch 127 Mrd. Minuten erbracht, sank diese Menge über 60 Mrd. Minuten im Jahr 2006 auf 18 Mrd. Minuten im Jahr 2008 und geschätzte 10 Mrd. Minuten im Jahr 2009.¹¹

2.2.3 Teilnehmeranschlüsse

19. Bei der Analyse der Marktverhältnisse bei den Teilnehmeranschlüssen im Festnetz stellt die Monopolkommission nur noch auf die Anzahl der Teilnehmeranschlüsse ab. Die bisher jeweils zusätzlich durchgeführte Analyse der Telefonkanäle entfällt, da die Bundesnetzagentur entsprechende Daten nicht mehr zur Verfügung stellt und der zusätzliche Erkenntnisgewinn daraus ohnehin begrenzt ist.¹² Unterschieden werden die Anschlüsse nach den Zugangsarten der Endkunden zur Sprachtelefonie. Im klassischen Telefonnetz sind das der Analoganschluss, der ISDN-Anschluss und der vornehmlich von Geschäftskunden genutzte ISDN-Primärmultiplexanschluss. Hinzu kommen Sprachzugänge über Breitbandnetze. Das sind zum einen der entbündelte DSL-Anschluss, bei dem der Endkunde nicht zusätzlich über einen Schmalbandanschluss verfügt (VoIP-Anschlüsse), und zum anderen Teilnehmeranschlüsse im Fernseekabelnetz, die gemeinsam mit dem Internetzugang und häufig im Bündel mit einem TV-Anschluss vermarktet werden.

20. Insgesamt wird es nach Schätzungen der Bundesnetzagentur im deutschen Festnetz Ende des Jahres 2009 knapp 39 Mio. Festnetzanschlüsse geben. Im Einzelnen sind das

- 32,8 Mio. Festnetzanschlüsse im klassischen Telefonnetz,
- 3,8 Mio. VoIP-Anschlüsse über entbündelte DSL,
- 2,4 Mio. Anschlüsse in Fernseekabelnetzen sowie
- knapp 95.000 öffentliche Telefonstellen.

21. Der Marktanteil der Wettbewerber bei den Teilnehmeranschlüssen hat in den vergangenen zwei Jahren stark zugenommen (vgl. Tabelle 2.7). Nachdem er zwischen 1998 und 2006 lediglich auf knapp 13 % gestiegen war, konnten die alternativen Anbieter ihren Marktanteil zwischen 2006 und 2008 verdoppeln. Diese Entwicklung wird sich im Jahr 2009 fortsetzen, wenn auch in einem abgeschwächten Tempo. Zu diesem Zeitpunkt werden etwa 13 Mio. der insgesamt 39 Mio. Festnetzanschlüsse von alternativen

¹⁰ Dialog/VATM ermitteln höhere Zahlen. Danach liegt der Anteil von Call-by-Call und Preselection im Jahr 2009 noch bei knapp 30 %. Vgl. Dialog/VATM, , a.a.O., Abbildung 6.

¹¹ Angaben der Bundesnetzagentur.

¹² Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., S. 24, Tabelle 8.

Anbietern bereitgestellt. Maßgeblich für diese Entwicklung sind drei Faktoren. Erstens konnten die Wettbewerber ihren Marktanteil bei den Schmalbandanschlüssen (Analog- und ISDN-Anschlüsse) auf zusammen etwa 20 % im Jahr 2009 erhöhen. Dabei liegt der Schwerpunkt weiterhin bei den höherpreisigen ISDN-Anschlüssen, bei denen die Wettbewerber Ende 2009 einen Marktanteil von fast 40 % erreichen werden. Zweitens ist die Anzahl der von alternativen Anbietern geschalteten Komplettanschlüsse (entbündelte DSL-Anschlüsse, bei denen die Endkunden keinen Schmalbandanschluss der DTAG mehr benötigen) zwischen 2007 und 2009 sprunghaft von 850.000 auf knapp 3,8 Mio. angestiegen. Ähnliches gilt drittens für die Teilnehmeranschlüsse in den Fernseekabelnetzen. Ihr Bestand ist zwischen 2007 und 2009 von 810.000 auf knapp 2,4 Mio. angewachsen. An diesen Entwicklungen zeigt sich, dass die alternativen Anbieter bei den Festnetzanschlüssen bereits verstärkt auf die Kabelnetze und das Breitband setzen. Ende des Jahres 2009 werden nur noch 53 % der Telefonanschlüsse der alternativen Anbieter im herkömmlichen Telefonnetz geschaltet sein, 18 % in den Fernseekabelnetzen und 29 % in Breitbandnetzen.

22. Feststellbar ist auch weiterhin eine regionale Differenzierung der Wettbewerbsverhältnisse bei den Teilnehmeranschlüssen. In einigen Regionen Deutschlands – z.B. in Hamburg oder Köln – werden die durchschnittlichen Wettbewerbermarktanteile noch einmal deutlich übertroffen. Zwar liegen der Monopolkommission keine aktuellen regional differenzierten Angaben der Wettbewerbsverhältnisse bei den Teilnehmeranschlüssen vor, in Anbetracht der bisherigen Entwicklung ist allerdings davon auszugehen, dass es einzelne Regionen gibt, in denen der Marktanteil der Wettbewerber bereits über 50 % liegt. Andererseits gibt es auch weiterhin Regionen, in denen noch kein Anschlusswettbewerb möglich ist. Von den etwa 8.000 Anschlussbereichen der DTAG werden Ende des Jahres 2009 rund 3.800 von Wettbewerbern erschlossen sein. Damit ist bei etwa 75 % der Endkundenanschlüsse die Voraussetzung gegeben, dass die Inhaber zu einem alternativen Teilnehmernetzbetreiber wechseln können.¹³ Dieser Anteil ist in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen und zeugt davon, dass die Wettbewerber ihre Infrastrukturen weiterhin sukzessive ausbauen. Da die Fernseekabelnetze zwar technisch inzwischen weitgehend aufgerüstet, aber nicht flächendeckend ausgerollt sind, können auch auf diesem Wege nicht alle Endnutzer auf einen alternativen Anbieter von Teilnehmeranschlüssen zurückgreifen.

¹³ Die Anzahl der Anschlüsse pro Hauptverteiler variieren. Die Wettbewerber erschließen zunächst die Hauptverteiler, bei denen die Anzahl der Anschlüsse überdurchschnittlich hoch ist. Das erklärt, dass zwar weniger als die Hälfte der Hauptverteiler erschlossen sind, diese aber etwa drei Viertel der Anschlüsse umfassen.

Tabelle 2.7:

Telefonanschlüsse und Marktanteile der Wettbewerber

	2005		2006		2007		2008		2009 ¹	
	Bestand (Mio.)	Anteil Wettbewerber (%)	Bestand (Mio.)	Anteil Wettbewerber (%)						
Analog	26,35	2,8	25,44	4,5	23,85	5,7	21,65	7,4	19,76	8,8
ISDN-Basis	12,38	20,1	12,69	27,5	12,86	32,4	13,04	36,3	12,89	38,2
ISDN-Primär-multiplex	0,12	23,1	0,12	24,6	0,12	24,8	0,11	26,4	0,11	27,4
Entbündelte DSL-Anschlüsse (VoIP)	k.A.	k.A.	k.A.	k.A.	0,83	99,9	2,47	99,6	3,78	97,9
Kabel-TV-	0,11	100	0,31	100	0,81	100	1,53	100	2,35	100
Ins-gesamt	39,07	8,7	38,67	12,9	38,58	18,7	38,91	26,6	38,98	32,7

¹ Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für das 2. Quartal 2009 erhobenen Daten.

Quelle: Bundesnetzagentur

2.2.4 Breitbandanschlüsse

23. Die Anzahl der Breitbandanschlüsse in Deutschland ist in den vergangenen zwei Jahren weiter angestiegen (vgl. Tabelle 2.8). Mitte des Jahres 2009 lag sie bei 24,1 Mio., was – bezogen auf die Haushalte – einer Penetration von 61 % entspricht. Die Zuwächse flachen allerdings ab. Während das Wachstum bei den geschalteten Anschlüssen im Jahr 2006 noch bei 40 % lag, sank es in 2007 auf 23 % und im Jahr 2008 auf 15 %. Ob die nachlassenden Wachstumsraten bereits auf Sättigungstendenzen zurückzuführen sind, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden. Zusätzliche Wachstumsimpulse können sich etwa aus der Breitbandinitiative der Bundesregierung ergeben, die unter anderem darauf abzielt, die bisher mit Internetzugängen nicht versorgten weißen Flecken zu schließen.¹⁴

24. Bei den Übertragungstechnologien dominiert weiterhin die Digital Subscriber Line (DSL), bei der der Zugang über das herkömmliche Telefonnetz erfolgt (vgl. Tabelle 2.9). Der Anteil der über DSL geschalteten Breitbandanschlüsse sinkt zwar durch den sprunghaften Anstieg der Anschlüsse in den Fernseekabelnetzen im Vergleich zu 2007, lag Mitte des Jahres 2009 aber immer noch bei knapp über 90 %. Andere technische Anschlussarten, wie Powerline oder Satellit, spielen quantitativ so gut wie keine Rolle. Die Verbreitung der hochleistungsfähigen Anschlüsse auf der Basis von Glasfaser (FTTx) beginnt erst.¹⁵ Zwar hat die DTAG ihr VDSL-Netz in 50 deutschen Städten aus-

¹⁴ Vgl. Kapitel 7.

¹⁵ Vgl. Abschnitt 6.2.

gerollt und erreicht damit nach eigenen Angaben über 10 Mio. Kunden. Die Anzahl der realisierten Anschlüsse ist bisher aber noch vergleichsweise gering.

Tabelle 2.8:

Breitbandanschlüsse (Mio.)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	30.06.2009
Anschlüsse insgesamt	3,3	4,5	7	10,8	15,0	19,6	22,6	24,1
DSL	3,2	4,4	6,8	10,5	14,4	18,5	20,9	21,9
Andere ¹	0,08	0,11	0,2	0,3	0,6	1,1	1,7	2,2

¹ Andere Anschlussarten sind BWA, Festverbindungen, FTTx, Kabelmodem, Powerline und Satellit. Den weitaus größten Anteil besitzen gegenwärtig Kabelmodemanschlüsse.

Quelle: Bundesnetzagentur

Tabelle 2.9:

DSL-Anschlüsse (Mio.)¹

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	30.06.2009
Anschlüsse insgesamt	3,2	4,4	6,8	10,5	14,4	18,5	20,9	21,9
DTAG	3,0	4,0	5,6	6,3	7,1	9	10,6	11,2
Wettbewerber (auf Basis TAL, Eigenrealisierung) ²	0,2	0,4	0,9	2,5	4,1	6	7,8	8,3
T-DSL-Resale ²	–	–	0,3	1,6	3,2	3,5	1,7	1,5
Bitstrom ²	–	–	–	–	–	–	0,8	0,9

¹ Die Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., S. 26, Tabelle 10) ergeben sich durch Neuberechnungen der Bundesnetzagentur.

² Breitbandanschlüsse der alternativen Anbieter werden auf der Grundlage der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung oder dem Bitstromzugang realisiert. Daneben verkaufen alternative Anbieter Breitbandanschlüsse der DTAG als Reseller unter eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Die Monopolkommission rechnet DSL-Resale dem Wettbewerb zu.

Quelle: Bundesnetzagentur

25. Der Marktanteil der alternativen Anbieter bei den Breitbandanschlüssen betrug Mitte des Jahres 2009 53,2 %. In absoluten Zahlen ausgedrückt betreiben die Wettbewerber der DTAG knapp 13 Mio. der insgesamt 24,1 Mio. Breitbandanschlüsse. Wird die Perspektive auf die DSL-Anschlüsse verengt, ist der Marktanteil der Wettbewerber mit 48,8 % geringer und seit 2008 sogar rückläufig (vgl. Tabelle 2.10). Für das Wiederaufstärken der DTAG auf dem DSL-Markt gibt es zwei Gründe. Erstens hat das Unternehmen etwa seit Mitte des Jahres 2007 auf die starke Marktstellung der alternativen Anbieter mit Qualitätsverbesserungen und Preiswettbewerb reagiert. In der Folge konnte es seinen Anteil am Neukundengeschäft wieder ausbauen. Lag dieser im Jahr 2007 noch

bei 41 %, stieg dieser Wert im Jahr 2008 auf 53 %.¹⁶ Zweitens hat die DTAG im Jahr 2007 die Laufzeit ihrer Standardverträge im Call & Surf-Tarif auf zwei Jahre verlängert, was die Kundenbindung stärkt und aus der Perspektive der Wettbewerber die Anzahl der potenziellen Neukunden verringert.¹⁷ Die Preisrückgänge bei den Breitbandanschlüssen haben zudem die Attraktivität des Resale von DSL-Anschlüssen der DTAG stark verringert. Wurden im Jahr 2007 noch 3,5 Mio. Resale-Verträge geschlossen, sank deren Anzahl im Jahr 2008 drastisch auf nur noch 1,7 Mio. Mitte 2009 waren es sogar nur noch 1,5 Mio. Verträge.

Tabelle 2.10:

Marktanteile der Wettbewerber an der Breitbandversorgung (%)¹

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	30.06.2009
Breitbandanschlüsse	8,1	11,5	19,7	40,6	52,4	53,9	53	53,2
DSL-Anschlüsse ²	8	9,1	17,3	39	50,8	51,4	49,4	48,8

¹ Die Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., S. 26) ergeben sich durch Neuberechnungen der Bundesnetzagentur.

² Inklusive Resale und Bitstrom.

Quelle: Bundesnetzagentur

26. Der Trend, die Übertragungsraten der Breitbandanschlüsse bei stabilen Endkundenpreisen zu erhöhen, hat sich auch im Jahr 2008 fortgesetzt. Nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur nutzen fast 19 % der DSL-Kunden Breitbandanschlüsse mit einer Übertragungskapazität von über 10 Mbit/s. Zwei Drittel der Anschlüsse verfügen über eine Kapazität zwischen 2 Mbit/s und 10 Mbit/s. Bei den Wettbewerbern ist der Anteil der hochbitratigen Anschlüsse mit mehr als 10 Mbit/s mit knapp 25 % besonders hoch. Mit den höheren Bandbreiten wächst das Volumen des Datenverkehrs über Breitbandanschlüsse. Während das Gesamtvolumen des Datenverkehrs im Jahr 2005 noch bei 680 Mio. Gigabyte lag, stieg es im Jahr 2007 auf 1,761 Mrd. Gigabyte und 2009 auf 2,632 Mrd. Gigabyte.¹⁸ Mit dem Anstieg des Gesamtverkehrsvolumens stieg auch das durchschnittliche Datenvolumen pro Nutzer von 6,5 Gigabyte pro Monat im Jahr 2005 auf 11,5 Gigabyte im Jahr 2009.¹⁹

27. Bei den Diensten, die über Breitbandanschlüsse genutzt werden, steht nach wie vor der schnelle Internetzugang im Vordergrund. Gleichzeitig stellt dieser Dienst aber auch die Zugangsvoraussetzung für die Nutzung anderer Dienste wie VoIP dar. Die Internettelefonie hat in den vergangenen zwei Jahren deutlich an Akzeptanz gewonnen. Das zeigt sich bereits daran, dass die Anzahl der Komplettanschlüsse, bei denen der herkömmliche Schmalbandanschluss ersetzt wird, stark gestiegen ist. Mitte 2009 boten in

¹⁶ Angaben der Bundesnetzagentur gegenüber der Monopolkommission.

¹⁷ Im Jahr 2009 hat die DTAG die Vertragslaufzeiten wieder auf ein Jahr reduziert. Vorausgegangen war ein Missbrauchsverfahren der Bundesnetzagentur, welches aber eingestellt wurde. Vgl. Abschnitt 4.3.

¹⁸ Angaben der Bundesnetzagentur. Die Zahlen von Dialog/VATM liegen höher bei 2,4 Mrd. Gigabyte im Jahr 2008 und 3,3 Mrd. Gigabyte im Jahr 2009. Vgl. Dialog/VATM, a.a.O., Abbildung 15.

¹⁹ Vgl. ebenda.

Deutschland ca. 90 Anbieter VoIP-Dienste für den Massenmarkt an. Ende 2009 wird der Anteil von VoIP an dem Gesprächsaufkommen im Festnetz etwa 13 % betragen, nach 8 % im Jahr 2007. Nach wie vor gering ist die Verbreitung des Internetfernsehens (IP-TV). Die Nutzung dieses Dienstes setzt einen Zugang mit besonders hoher Bandbreite voraus. Mit der zunehmenden Verbreitung von VDSL und ADSL2+, die entsprechende Bandbreiten ermöglichen, haben sich die Voraussetzungen für die Nutzung von IP-TV zwar deutlich verbessert. Gleichwohl nutzten diesen Dienst Ende des Jahres 2008 weniger als 1 % der TV-Haushalte.

2.3 Vorleistungen im Festnetz

2.3.1 Vorleistungen für schmal- und breitbandige Teilnehmeranschlüsse

28. Der Wettbewerb bei den schmal- und breitbandigen Teilnehmeranschlüssen stützt sich auf eine Reihe von Vorleistungsprodukten, die vornehmlich durch die DTAG angeboten werden. Die Vorleistungsprodukte unterscheiden sich in dem Ausmaß, in dem die alternativen Anbieter als Nachfrager in eigene Infrastrukturen investieren müssen. Die wichtigste Vorleistung zur Realisierung von schmalbandigen Teilnehmeranschlüssen und von Breitbandanschlüssen ist der entbundene Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL). Davon zu unterscheiden ist der gemeinsame Zugang zur TAL, das sog. Line Sharing. Im Falle des Line Sharing wird dem Wettbewerber nicht die komplette TAL, sondern lediglich ein bestimmter Frequenzbereich überlassen. Der untere Frequenzbereich der TAL, der der Sprachübertragung dient, wird im Rahmen des Line Sharing weiterhin von der DTAG genutzt, während der obere Frequenzbereich dem alternativen Anbieter zur Datenübertragung per DSL zur Verfügung steht. Line Sharing spielt als Vorprodukt für Breitbandanschlüsse allerdings nur eine untergeordnete Rolle. Breitbandanschlüsse werden darüber hinaus auf der Grundlage des Bitstromzugangs realisiert oder als Resale-Produkt der DTAG vermarktet. Bitstrom erfordert deutlich weniger eigene Infrastrukturen der alternativen Anbieter als die TAL, Resale erfordert so gut wie keine eigene Infrastruktur der Wettbewerber.

29. Als Teilnehmeranschlussleitung bezeichnet wird die Leitung zwischen dem Hauptverteiler und dem Endkunden. Sie dient der Realisierung von Schmalbandanschlüssen und ist zugleich die wichtigste Vorleistung für das Angebot von Breitbandanschlüssen. Bis Mitte des Jahres 2009 stieg die Anzahl der vermieteten TAL in Deutschland auf 8,8 Mio. Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Anschlussvorleistungen ist eine vertragliche Vereinbarung zwischen Wettbewerbern und DTAG. Ende des Jahres 2008 gab es solche Vereinbarungen mit 120 Unternehmen.²⁰ Eine weitere Voraussetzung für die Nutzung der TAL ist der räumliche Zugang zum Hauptverteiler der DTAG (Kollokation), den die Wettbewerber mittels eigener Infrastruktur erschließen. Ende des Jahres 2009 werden etwa 3.800 von insgesamt 7.900 Hauptverteilern durch Wettbewerber erschlossen sein. Damit steigt der Anteil der Haushalte, die in der Lage sind, einen alternativen Anbieter von Teilnehmeranschlüssen zu wählen, auf etwa 75 %.

30. Der Zuwachs an neu erschlossenen Hauptverteilern nimmt aber deutlich ab. Er lag im ersten Halbjahr 2009 nur noch bei etwa 1 % nach 8 % im Jahr 2008.²¹ Der Grund

²⁰ Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2008, S. 74.

²¹ Angaben der Bundesnetzagentur im Rahmen der Stellungnahme gegenüber der Monopolkommission.

dafür dürfte sein, dass die alternativen Anbieter diejenigen Hauptverteiler mit günstigen Skalenerträgen bereits weitgehend erschlossen haben. Die Erschließung weiterer Gebiete wird weniger bis nicht mehr profitabel sein. Die sinkenden Endkundenpreise für Breitbandanschlüsse werden diesen Effekt noch verstärken.

31. Der Bitstromzugang ist ein Vorleistungsprodukt, welches die Überlassung des breitbandigen Anschlusses und den breitbandigen Datentransport umfasst und dem Nachfrager die Möglichkeit der Qualitätsdifferenzierung bietet. Der Anbieter von Bitstromzugang überlässt dem Bitstromnachfrager Breitband-DSL-Anschlüsse und transportiert den darüber geführten Datenstrom über sein Konzentratornetz zu dem zugehörigen Übergabepunkt. Bitstromzugang gibt es in verschiedenen Varianten. Bei der Stand-alone-Variante entfällt die Koppelung mit dem schmalbandigen Teilnehmeranschluss des Bitstromanbieters. Bei der gebündelten Variante wird der Bitstromzugang mit einem Analog- oder ISDN-Anschluss gekoppelt. Die Bundesnetzagentur unterscheidet nach der Übertragungstechnologie des Verbindungsnetzes und dem Übergabepunkt sachlich relevante Märkte für ATM- und IP-Bitstromzugang. Den beiden Bitstromzugangsmärkten entsprechen auf der Endkundenebene sämtliche DSL-Anschlüsse im Massenmarkt und im Premiumbereich. Wegen der Unterschiede bei der Erfüllung von Qualitätsstandards bedienen ATM- und IP-Bitstromprodukte unterschiedliche Nachfragen. IP-Bitstromprodukte werden vor allem von Unternehmen nachgefragt, die als Service Provider oder Carrier insbesondere den ADSL-Massenmarkt mit Internetzugangsleistungen einschließlich VoIP-Diensten bedienen wollen. Nachfrager von ATM-Bitstromprodukten zielen dagegen auf das Angebot höherwertiger Dienste, wie Video on Demand, die auf der Übertragungsebene andere Qualitätsstandards benötigen.

32. Sowohl der ATM- als auch der IP-Bitstromzugang sind regulierte Produkte. Das ATM-Bitstromzugangsprüfung ist seit August 2008 erhältlich und erlaubt die Bereitstellung von hochwertigen ADSL- und SDSL-Anschlüssen verschiedener Bandbreiten. Das regulierte IP-Bitstromprodukt der DTAG ist seit Mai 2008 erhältlich und erlaubt gebündelt und auf Stand-alone-Basis die Bereitstellung von DSL-Anschlüssen verschiedener Bandbreite und den Transport des Verkehrs bis zu einem der 73 Breitband-Points of Presence (Breitband-PoPs). Neben der DTAG bieten seit 2005 alternative Vorleistungsanbieter Bitstromzugangsprüfung an. Diese Angebote basieren auf der angemieteten Teilnehmeranschlussleitung und sind daher nicht flächendeckend verfügbar. Nach Angaben der Bundesnetzagentur wurden bis Ende des ersten Halbjahres 2009 1,9 Mio. DSL-Anschlüsse über regulierte und nicht regulierte Bitstromzugangsprüfung realisiert.²² Mehr als 99 % davon basieren auf IP-Bitstrom. Obwohl die DTAG erst im Mai 2008 in diesen Markt eingetreten ist, verfügt sie bereits über einen Marktanteil von mehr als 45 %, was 0,9 Mio. DSL-Anschlüssen entspricht, die auf der Basis von DTAG-Bitstrom realisiert wurden.

33. Der Wiederverkauf von DSL-Anschlüssen der DTAG durch Wettbewerber, das sog. DSL-Resale, nimmt an Bedeutung ab. Während im Jahr 2007 noch 3,5 Mio. DSL-Anschlüsse der DTAG durch Reseller vermarktet wurden, sank deren Anzahl im Jahr 2008 auf 1,7 Mio. Als Gründe für diese Entwicklung genannt werden das sinkende Endkundenpreisniveau für Breitbandanschlüsse, welches die Attraktivität des Resale-Modells

²² Vgl. BNetzA, Breitbandzugang für Großkunden, Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 5 der neuen Märkte-Empfehlung der EU-Kommission, ABl. BNetzA Nr. 20 vom 21. Oktober 2009, S. 4059, hier: 4073, Mitteilung Nr. 529/2009.

vermindert, und die Einführung des regulierten Bitstromzugangs, der es den alternativen Anbietern erlaubt, beim Angebot von Breitbandanschlüssen eigene Qualitätsmerkmale umzusetzen und eine höhere Wertschöpfung zu realisieren.

34. Seit Mitte des Jahres 2009 ist die DTAG zudem verpflichtet, anderen Unternehmen entbündelte Teilnehmeranschlüsse zum Wiederverkauf bereitzustellen.²³ Die Bundesnetzagentur hatte die DTAG nach Auslaufen der Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 5 TKG dazu verpflichtet. Nach dieser Vorschrift durfte bis zum 30. Juni 2008 der Wiederverkauf von Teilnehmeranschlüssen nur gebündelt mit Verbindungsleistungen angeordnet werden. Eine solche Verpflichtung hätte allerdings keinen Sinn ergeben, weil es dafür im Markt keine Nachfrage gab.

2.3.2 Zusammenschaltung

35. Berührt eine Verbindung mehrere Telekommunikationsnetze, werden Zusammenschaltungsleistungen erbracht. Die Herstellung einer Verbindung von einem rufenden Anschluss zu einem Netzübergabepunkt wird Zuführung, die Herstellung einer Verbindung von einem Netzübergabepunkt zu einem angerufenen Anschluss Terminierung genannt. Je nachdem, auf welcher Netzebene Zusammenschaltungsleistungen erbracht werden, wird zwischen Local (Terminierung bzw. Zuführung), Single (regionalem) und Double (nationalem) Transit unterschieden. Nach dem geltenden Zusammenschaltungsregime „element based charging“ (EBC) legt die Bundesnetzagentur 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, entfallen die Zusammenschaltungsleistungen auf der nationalen Ebene (Double Transit); erfolgt die Zusammenschaltung in allen 475 Einzugsbereichen, nimmt der Wettbewerber lediglich noch Local-Transit-Leistungen in Anspruch.

36. Detaillierte Informationen zu der aktuellen Wettbewerbssituation auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen liegen der Monopolkommission nicht vor. Verfügbar sind lediglich zusammengefasste Angaben der Bundesnetzagentur für die Umsätze der Fest- und Mobilfunknetzbetreiber mit Carrierdiensten. Insgesamt wurden damit im Jahr 2007 ca. 6,7 Mrd. EUR und in 2008 etwa 6,8 Mrd. EUR umgesetzt. Hinzu kommen jeweils etwa 1 Mrd. EUR Umsatz mit Mietleitungen. Die Umsätze mit Zusammenschaltungsleistungen sind dort enthalten und machen einen maßgeblichen Anteil an den Gesamtumsätzen mit Carrierdiensten aus. Im Jahr 2007 betrug dieser Anteil 54 %, im Jahr 2008 noch 50 %. Nicht darin enthalten sind Binnenumsätze von Konzernen, wie die Verrechnung von Zugangsleistungen zwischen T-Mobile und T-Com oder zwischen der deutschen Vodafone und Arcor. 48 % der Umsätze im Carriergeschäft entfielen 2008 auf die DTAG, einschließlich T-Mobile, 23 % auf die alternativen Festnetzbetreiber und 29 % auf die drei Mobilfunknetzbetreiber Vodafone, E-Plus und O2 Deutschland. Da der Anteil der Festnetznetzbetreiber an dem Gesamtumsatz im Carriergeschäft im Jahr 2002 erst bei knapp 12 % lag, kann davon ausgegangen werden, dass auch die alternativen Netzbetreiber in wachsendem Maße Umsätze auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen tätigen. Der Anteil der Mobilfunknetzbetreiber an den Umsätzen mit Carrierdiensten sank von 32 % im Jahr 2007 auf 29 % im Jahr 2008, was auf die

²³ Vgl. Abschnitt 4.1.1.2.

sinkenden Entgelte für die Terminierung in den Mobilfunknetzen zurückzuführen sein dürfte.

2.3.3 Mietleitungen

37. Mietleitungen sind permanent geschaltete, leitungsgebundene oder funkgestützte Übertragungswege, die an Nachfrager vermietet werden und dazu dienen, Standorte des gleichen Nachfragers oder Standorte des Nachfragers mit Standorten Dritter zu verbinden. Technisch unterschieden werden digitale Festverbindungen mit unterschiedlichen Übertragungsraten, analoge Festverbindungen, Datendirektverbindungen mit höherwertigen Qualitätsmerkmalen sowie direkt auf ein bestimmtes Kundenbedürfnis zugeschnittene Systemlösungen, die aus einem Bündel verschiedener Leistungen bestehen.

38. Eine differenzierte Analyse der Wettbewerbssituation auf den Mietleistungsmärkten ist auf der Grundlage der Daten, die die Bundesnetzagentur der Monopolkommission zur Verfügung stellt, nicht möglich. Die Daten für den Gesamtmarkt unterscheiden nicht zwischen Mietleitungen für Endkunden und für andere Netzbetreiber. Ebenso wenig differenzieren sie nach den verschiedenen Typen von Mietleitungen und nach der Übertragungskapazität. Die Europäische Kommission unterscheidet im Bereich der Mietleitungen für andere Netzbetreiber Abschluss- und Fernübertragungssegmente. Die bisher in Deutschland übliche zusätzliche Unterscheidung nach Übertragungskapazitäten von Mietleitungen lehnt die Europäische Kommission für die Vorleistungsmärkte ab. Die Bundesnetzagentur folgt dem inzwischen bei ihrer Analyse der Mietleistungsmärkte.

39. Die Daten, die der Monopolkommission zur Verfügung stehen, betreffen den Gesamtmarkt für Mietleitungen, wobei die Umsätze für die DTAG zudem lediglich geschätzt sind. Im Jahr 2008 betrug der Umsatz mit Mietleitungen in Deutschland etwa 1 Mrd. EUR. Der größte Teil davon, nämlich 705 Mio. EUR, wurde durch die alternativen Anbieter gemacht. Das entspricht einem Marktanteil von 70 %. Im Vergleich zu den Vorjahren stiegen die Umsätze im Gesamtmarkt für Mietleitungen und speziell bei den alternativen Anbietern in den Jahren 2007 und 2008 wieder leicht an. Für das Jahr 2009 wird ein gleichbleibender Umsatz erwartet.

2.4 Mobilfunk

40. Die Anzahl der in Deutschland aktiven Mobilfunkverträge lag zum Ende des Jahres 2008 bei 107, 2 Mio., was einer Penetration (Anschlüsse pro 100 Einwohner) von 131 % entspricht (vgl. Tabelle 2.11). Nachdem die Anzahl der Verträge im Vergleich zu 2007 noch einmal um etwa 10 Mio. zugenommen hatte, zeichnet sich für 2009 ein Ende des Wachstums ab. Die bis Ende September 2009 vorliegenden Zahlen weisen darauf hin, dass es für das Gesamtjahr einen deutlich verlangsamten Anstieg um etwa 1 Mio. auf dann 108,2 Mio. Verträge geben wird. Eine Penetration von mehr als 100 % bedeutet nicht zwingend, dass jeder Einwohner in Deutschland auch einen Mobilfunkanschluss besitzt, sondern ergibt sich rechnerisch aus der Anzahl der abgeschlossenen Verträge in Relation zur Einwohnerzahl. Tatsächlich besitzen in Deutschland nach einer Erhebung der Europäischen Kommission 20 % der Haushalte zwar einen Festnetzanschluss, aber keinen Mobilfunkanschluss.²⁴ Im Durchschnitt der Europäischen Union

²⁴ Vgl. Special Eurobarometer No. 293, E-Communications Household Survey, Results for Germany, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_293_sum_en.pdf

(EU 27) beträgt dieser Anteil lediglich 14 %. Das zeigt, dass Deutschland bei der Ausstattung der Haushalte mit Mobilfunkanschlüssen trotz der rechnerisch hohen Penetration immer noch einen Nachholbedarf besitzt.

41. Nach wie vor hoch ist der Anteil der sog. Prepaid-Verträge, d.h. der Mobilfunkverträge mit vorab gezahlten Guthaben. Er betrug Ende des ersten Quartals 2009 56 %. Dieser Anteil ist seit dem Jahr 2007 nahezu konstant. In den Jahren davor war der Anteil der Prepaid-Verträge eher rückläufig und betrug im Jahr 2006 nur noch knapp 47 %, stieg danach aber wieder rasch an. Es ist zu vermuten, dass ein Teil dieser Verträge nicht mehr oder kaum genutzt wird. Um dies aufzudecken und die Kunden gegebenenfalls zu einer Kündigung anzuregen, haben Reseller und mit E-Plus der erste Mobilfunknetzbetreiber damit begonnen, Mindestumsätze für Prepaid-Verträge einzuführen. Bei E-Plus wird ab September 2009 ein Mindestumsatz von 1 EUR/Monat erhoben, wenn eine Prepaid-Karte mehr als zwei Monate nicht mehr genutzt wurde. Den Kunden wurde im Zuge der Vertragsänderung ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt. Bei dem T-Mobile-Reseller klarmobil.de wird bereits seit Juli 2009 eine sog. Nutzungsgebühr von 1 EUR berechnet, wenn der Umsatz pro Monat weniger als 3 EUR beträgt.

42. Die im Mobilfunk erbrachten Verkehrsmengen nehmen weiterhin stark zu (vgl. Tabelle 2.11). Gleichzeitig sinken seit 2005 die Umsatzerlöse. Dafür sorgt der Preisverfall sowohl im Endkundenbereich als auch bei den Entgelten der für andere Netzbetreiber erbrachten Vorleistungen.

Tabelle 2.11:

Nutzer, Verkehrsvolumen und Umsätze im Mobilfunk

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009 ¹
Anzahl der Nutzer (Mio.)	56,126	59,128	64,839	71,322	79,271	85,652	97,15	107,25	108,22
Verbindungsminuten abgehend (Mrd.)	30,13	31,93	35,09	38,47	43	57,11	70,03	86,14	100
Verbindungsminuten ankommend (Mio.)	28,56	31,18	33,33	36,31	43,12	52,76	61,16	71,37	82,08
Umsätze (Mrd.) ²	22,62	23,57	25,27	27,33	27,25	26,87	25,82	25,53	24,25

¹ Prognose der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der für die ersten beiden Quartale 2009 erhobenen Daten.

² Summe aller Umsätze der Netzbetreiber (Endkundenentgelte, Service-Provider-Entgelte, Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen) und der Service Provider (Endkundenentgelte) einschließlich der Umsätze aus dem Verkauf von Equipment.

Quelle: Bundesnetzagentur

43. Angeboten werden die Mobilfunkdienste auch weiterhin durch die vier Netzbetreiber, zwei Mobile Virtual Network Operators (MVNOs) und mehrere Service Provider. MVNOs erbringen Mobilfunkdienste ähnlich wie Service Provider auf der Grundlage eigener Infrastrukturen zur Erfassung von Kundendaten, zum Erstellen von Rechnungen

und zur Durchführung des Inkasso. Anders als Service Provider haben MVNOs die Möglichkeit, Kernnetzleistungen selbst zu betreiben oder von Netzbetreibern anzumieten. Damit haben sie größere Möglichkeiten, ihre Dienste zu gestalten. Service Provider beschränken sich darauf, die Mobilfunkdienste der Netzbetreiber als Reseller im eigenen Namen weiterzuverkaufen. Mit weitem Abstand größter nationaler, netzunabhängiger Service Provider ist nach der Übernahme der Debitel AG im Jahr 2008 die Freenet AG mit rund 18 Mio. Mobilfunkkunden. Die Marktanteile der Netzbetreiber, in denen die Marktanteile der Service Provider enthalten sind, verteilen sich nach einer Schätzung Ende des Jahres 2009 wie folgt:²⁵

- T-Mobile 36,2 %,
- Vodafone 32,4 %,
- E-Plus 17,2 %,
- O2 14,2 %.

44. Auslöser des verstärkten Preiswettbewerbs im Mobilfunk war die Einführung von sog. Billigmarken ab dem Jahr 2005. Dabei handelt es sich zumeist um sog. „No Frills“-Angebote, bei denen es unter anderem keine Endgerätesubventionen und einen ausschließlich internetgestützten Service gibt. Mitte des Jahres 2007 hat T-Mobile auf diese Entwicklung mit der Gründung eines eigenen Anbieters in diesem Segment – der Marke „Congstar“ – reagiert.

45. Die Preisentwicklung im Mobilfunk geht weiterhin nach unten. Die günstigsten Angebote für Gespräche in andere Mobilfunknetze lagen Mitte 2009 bei 8 Cent/Minute. Gespräche in das Festnetz und innerhalb des eigenen Mobilfunknetzes sind noch deutlich günstiger. Begrenzt werden die Preissetzungsspielräume bei Gesprächen in andere Mobilfunknetze durch die Terminierungsentgelte, die fällig werden, wenn ein Gespräch in einem anderen Mobilfunknetz zugestellt werden muss. Für die Terminierung erhalten die beiden D-Netzbetreiber T-Mobile und Vodafone in der laufenden Regulierungsperiode bis Ende November 2010 6,59 Cent/Minute und die beiden E-Netzbetreiber E-Plus und O2 7,14 Cent/Minute.

46. Die fallenden Preise haben dazu geführt, dass der Anteil der Verbindungsminuten im Mobilfunk an allen Verbindungsminuten Ende 2008 bereits bei 30 % lag, nach 21 % im Jahr 2006 und 14 % im Jahr 2004.²⁶ Diese Entwicklung spricht dafür, dass die Substitution von Festnetzgesprächen durch Mobilfunkgespräche voranschreitet. Das gilt nicht für die Anschlüsse. Der Anteil der Haushalte, die zwar einen Mobilfunkanschluss, aber keinen Festnetzanschluss besitzen, blieb mit etwa 11 % im Jahr 2008 im Vergleich zum Vorjahr stabil.²⁷ Damit bleibt es bei der Einschätzung, dass Mobilfunkanschlüsse Festnetzanschlüsse nur in einem geringen Ausmaß ersetzen und vornehmlich komplementär genutzt werden.

25 Vgl. Dialog Consult/VATM, a.a.O., Abbildung 17.

26 Angaben der Bundesnetzagentur im Rahmen der Stellungnahme gegenüber der Monopolkommission. Dialog Consult/VATM weisen für das Jahr 2009 einen Anteil des Mobilfunks an den insgesamt erbrachten Verbindungsminuten von 28 % aus. Vgl. Dialog Consult/VATM, a.a.O., Abbildung 16.

27 Vgl. Special Eurobarometer No. 293, a.a.O.

3. Nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte

47. Das in § 121 Abs. 2 TKG verankerte Konzept des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes dient der Beurteilung der Deregulierungspotenziale auf Telekommunikationsmärkten durch die Monopolkommission. In diesem Sinne ist unter einem nachhaltig wettbewerbsorientierten Markt ein Markt zu verstehen, auf dem der Wettbewerb soweit abgesichert ist, dass er auch ohne sektorspezifische Regulierung fortbesteht. Dabei kann nach Auffassung der Monopolkommission die strukturelle Absicherung des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten der Telekommunikation grundsätzlich auch auf einer effizienten Regulierung der Vorleistungsmärkte beruhen. Die Monopolkommission macht ihre Aussagen über die Angemessenheit einer Deregulierung für Vorleistungs- und Endkundenmärkte getrennt.

3.1 Vorleistungen

48. Die Regulierung der Vorleistungen ist unverzichtbar, solange das Angebot der Wettbewerber auf den Endkundenmärkten nur dann bestehen kann, wenn sie auf die Infrastruktur des dominierenden Anbieters zurückgreifen können. Gegenwärtig und in absehbarer Zukunft ist das der Fall. Dort, wo die alternativen Anbieter eigene Infrastrukturen aufbauen, machen sie das vor allem, um darüber eigene Endkundenleistungen anzubieten. Alternative Infrastrukturen werden – soweit sie nicht durch eigene Anwendungen ausgelastet sind – auch anderen Anbietern als Vorleistungen angeboten, sie sind aber in aller Regel weder flächendeckend noch bis zu den Endkunden ausgebaut.

49. Der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist weiterhin die wichtigste Vorleistung für die Wettbewerber, um ihren Endkunden Telefonanschlüsse und Breitbandanschlüsse für den schnellen Internetzugang anzubieten. Mitte 2009 basierten fast zwei Drittel aller durch Wettbewerber realisierten Breitbandanschlüsse, mehr als drei Viertel der von alternativen Anbietern betriebenen DSL-Anschlüsse sowie ein noch weitaus größerer Anteil der von den Wettbewerbern betriebenen schmalbandigen Telefonanschlüsse auf diesem Vorleistungsprodukt. Alternative Vorleistungsprodukte sind beim Telefonanschluss das Anschluss-Resale, welches seit Mitte 2008 von der DTAG regulierungsbedingt angeboten wird, und bei den Breitbandanschlüssen Line Sharing, der Bitstromzugang sowie das DSL-Resale. Die Eigenrealisierung, bei der die Wettbewerber die Infrastruktur bis zum Endkunden selbst verlegen, spielt bisher und auch weiterhin nur eine untergeordnete Rolle, da sie in vielen Fällen unwirtschaftlich ist. Der entbündelte Zugang zur TAL ist und bleibt auf absehbare Zeit für den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten für Schmal- und Breitbandanschlüsse unverzichtbar. Da auf dem Vorleistungsmarkt selber kein Wettbewerb herrscht und die alternativen Vorleistungsprodukte Bitstromzugang und Resale aus Sicht der Nachfrager nicht austauschbar sind, ist die Regulierung weiterhin notwendig.

50. Line Sharing ist kein eigenständiges Vorleistungsprodukt, sondern eine Variante der Teilnehmeranschlussleitung. Dabei fragt der alternative Anbieter lediglich den Zugang zu einem Frequenzband der Teilnehmeranschlussleitung nach, um den Endkunden einen Internetzugang anbieten zu können, während der eigentliche Inhaber der Teilnehmeranschlussleitung dem Endkunden weiterhin den Telefonanschluss bereitstellt. Der Monopolkommission liegen keine aktuellen Zahlen darüber vor, in welchem Umfang Wettbewerber auf Line Sharing als Vorprodukt für Breitbandanschlüsse zurückgreifen.

Bis 2007 war die Nachfrage eher gering.²⁸ Zukünftig wird Line Sharing als Vorleistungsprodukt allein schon deshalb weiter an Bedeutung verlieren, weil auf dem Endkundenmarkt für Teilnehmeranschlüsse die sog. Komplettanschlüsse an Bedeutung gewinnen. Geschäftsmodelle, die allein auf den Zugang zum Internet ausgerichtet sind, während der Telefonanschluss durch den eingesessenen Betreiber bereitgestellt wird, dürften keine Zukunft haben.

51. Deutlich weniger eigene Infrastruktur als die Teilnehmeranschlussleitung benötigt der Bitstromzugang als Vorprodukt für Breitbandanschlüsse. Statt 7.900 Hauptverteiler müssen die Wettbewerber für ein flächendeckendes Endkundenangebot bei der IP-Variante lediglich 73 Breitband-PoPs erschließen. Bitstromzugang schließt auf der Vorleistungsebene eine Lücke in der Wertschöpfungskette zwischen dem entbündelten Zugang zur TAL und dem Anschluss-Resale. Seine Bedeutung als Vorleistung für Breitbandanschlüsse wird zunehmen. Das liegt zum einen daran, dass die Erschließung zusätzlicher Hauptverteilerstandorte zur Realisierung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung an Wirtschaftlichkeitsgrenzen stößt. Damit Wettbewerber gleichwohl flächendeckend Breitbandanschlüsse anbieten können, müssen sie auf andere Vorleistungsprodukte wie den Bitstromzugang zurückgreifen. Hinzu kommt, dass die Hauptverteiler bei der Migration zu den hochleistungsfähigen Breitbandnetzen (Next Generation Networks, Next Generation Access Networks) vom Abbau bedroht sind.²⁹ Mittel- bis langfristig kann so das auf der Teilnehmeranschlussleitung basierende Geschäftsmodell und damit auch das alternative Vorleistungsangebot gefährdet sein. Dies spricht bereits dafür, die Märkte für Bitstromzugangsprodukte weiterhin zu regulieren. Ebenfalls dafür spricht, dass die Bitstromzugangsprodukte der alternativen Vorleistungsanbieter sämtlich nicht auf eigenen Infrastrukturen der Wettbewerber aufsetzen, sondern auf der angemieteten Teilnehmeranschlussleitung der DTAG basieren. Damit wird zugleich deutlich, dass die alternativen Anbieter Bitstromzugangsprodukte nur insoweit anbieten können, wie Hauptverteiler für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung erschlossen sind. Ein flächendeckendes Angebot kann ausschließlich die DTAG bereitstellen. All dies spricht nach Auffassung der Monopolkommission dafür, dass die Märkte für den Bitstromzugang weder aktuell noch absehbar nachhaltig wettbewerbsorientiert sind.

52. Gänzlich ohne eigene physische Infrastruktur kommt der Wiederkauf von Telefon- und DSL-Anschlüssen der DTAG durch alternative Anbieter aus. Bis Ende des Jahres 2007 war insbesondere der Wiederverkauf von DSL-Anschlüssen der DTAG von herausragender Bedeutung für den Wettbewerb auf den Breitbandmärkten. Das hat mit der nachlassenden Wettbewerbsfähigkeit der Resale-Produkte in Anbetracht des sich intensivierenden Preiswettbewerbs bei den Breitbandanschlüssen sowie der Einführung von Bitstrom deutlich nachgelassen. Gleichwohl beträgt der Marktanteil der Reseller auf dem Markt für Breitbandanschlüsse immer noch mehr als 10 %. Deutlich weniger Bedeutung für den Wettbewerb hat das Resale von Telefonanschlüssen, welches seit Mitte 2008 aufgrund einer Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur von der DTAG angeboten wird. Telefonanschluss-Resale ist auch anders konzipiert als DSL-Resale, da die DTAG den Wiederverkäufern keine Großhandelsrabatte einräumen muss. Nachhaltiger Wettbewerb auf den Anschlussmärkten ist auf dieser Basis allerdings nicht möglich, da der größte Teil der Wertschöpfung – bei Telefonanschluss-Resale sogar die

28 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 55.

29 Vgl. Abschnitt 6.2.

komplette Wertschöpfung – bei der DTAG verbleibt. Gleichwohl sollte dieses Vorleistungsprodukt regulatorisch gesichert werden, da es den alternativen Anbietern flächendeckende Angebote und das Schnüren von Angebotsbündeln ermöglicht.

53. Zusammenschaltungsleistungen der DTAG sind dort substituierbar, wo alternative Netzbetreiber parallele Infrastrukturen aufgebaut haben. Das ist seit Längerem im Bereich der Fernleitungen der Fall und hat in den vergangenen Jahren zunehmend auch die regionalen Verbindungsnetze erfasst. Der Monopolkommission liegen keine aktuellen Informationen darüber vor, in welchem Ausmaß der Ausbau der alternativen Netze in der Fläche vorangeschritten ist. Sie geht aber nicht davon aus, dass die Abhängigkeit der Wettbewerber von Zusammenschaltungsleistungen der DTAG nachhaltig zurückgegangen ist. Dafür spricht, dass die Wettbewerber der DTAG ihren Netzausbau von Beginn an vor allem am eigenen Bedarf orientiert haben und lediglich Überkapazitäten vermarkten. Dies bedeutet, dass zumindest der Teil der alternativen Anbieter, deren Geschäftsstrategie nicht auf den Ausbau eigener Infrastrukturen ausgerichtet ist, weiterhin auf die Zusammenschaltungsleistungen der DTAG auch auf den höheren Netzebenen angewiesen ist. Damit bleibt die Zusammenschaltungsregulierung insgesamt weiterhin unverzichtbar.

54. Grundsätzlich nicht substituierbar sind die Zuführung und die Terminierung von Gesprächen. Sie können nur durch den jeweiligen Betreiber eines Netzes erbracht werden. Die Monopolkommission sieht keinen Anlass, vor diesem Hintergrund etwas an ihrer bisherigen Haltung, dass die Terminierungsentgelte der Festnetz- und der Mobilfunknetzbetreiber reguliert werden sollten, zu ändern.

55. Verbindungsnetzbetreiber, die über keine eigenen Kundendaten verfügen, sind weiterhin darauf angewiesen, dass die DTAG Fakturierungs- und Inkassoleistungen für sie übernimmt. Dies gilt insbesondere für die Angebotsform des offenen Call-by-Call, dessen Bedeutung für den Wettbewerb bei den Verbindungen allerdings – wie die sämtlicher Angebotsformen im Rahmen der Betreiber(vor)auswahl – deutlich zurückgeht.³⁰ Die Monopolkommission sieht sich nicht in Lage, mit hinreichender Sicherheit einzuschätzen, welche Auswirkungen der Wegfall der Verpflichtung der DTAG zur Übernahme von Fakturierungs- und Inkassoleistungen auf den Wettbewerb bei den Verbindungsleistungen hätte. Wahrscheinlich ist, dass das Geschäftsmodell des offenen Call-by-Call damit infrage stünde. Eine Regulierung ist in jedem Fall verzichtbar, solange die Anbieter auf dem Verhandlungswege zu Vereinbarungen gelangen, die den alternativen Anbietern den Zugang zu den notwendigen Leistungen zu akzeptablen Bedingungen gewährleisten.

56. Bei den Mietleitungen bleibt der Anteil der Wettbewerber am Gesamtmarkt in den Jahren 2008 und 2009 mit einem Anteil von 80 % konstant hoch. Die reine Marktanteilsbetrachtung spricht dafür, von einem nachhaltig wettbewerbsorientierten Markt für Mietleitungen auszugehen. Eindeutig ist dieser Befund nicht, da die Angaben der Bundesnetzagentur weder zwischen Endkundenmärkten und Vorleistungsmärkten für Mietleitungen noch bei Letzteren zwischen Abschluss- und Fernübertragungssegmenten unterscheiden. Bei den Mietleitungen auf der Fernverkehrsebene hat die Monopolkommis-

³⁰ Im Jahr 2009 beträgt der Anteil der mittels Call-by-Call und Preselection erbrachten Verbindungsminuten nach Ermittlungen der Bundesnetzagentur nur noch bei etwa 20 %, nach 38 % im Jahr 2007 und 72 % im Jahr 2005.

sion bereits vor acht Jahren funktionsfähigen Wettbewerb festgestellt.³¹ Der verstärkte Ausbau der regionalen und lokalen Netze spricht dafür, dass auch die Märkte für Mietleitungen in diesem Segment inzwischen nachhaltig wettbewerbsorientiert sind. Der Monopolkommission liegen zu diesen Marktsegmenten aber weiterhin keine hinreichend differenzierten Informationen vor, um eine solche Feststellung mit letzter Sicherheit zu treffen.

3.2 Endkundenleistungen

3.2.1 Teilnehmeranschlüsse

57. Die Intensität des Wettbewerbs bei den schmalbandigen Teilnehmeranschlüssen hat in den vergangenen zwei Jahren spürbar zugenommen. Nachdem die Wettbewerber zwischen 1998 und 2006 einen Marktanteil von lediglich 13 % erreichen konnten, stieg dieser in den vergangenen zwei Jahren auf 26 % und wird bis Ende 2009 auf etwa ein Drittel anwachsen. Für diese dynamische Entwicklung sind drei Effekte ausschlaggebend: erstens das Aufholen der Wettbewerber bei den Schmalbandanschlüssen, insbesondere bei den ISDN-Anschlüssen, bei denen der Marktanteil der Wettbewerber inzwischen fast 40 % beträgt, zweitens die rasche Zunahme der Verbreitung von Komplettanschlüssen, die bisher fast ausschließlich durch die Wettbewerber vermarktet werden, sowie drittens die starke Zunahme der Anschlüsse, die in den Kabelnetzen realisiert werden. Gleichwohl bleibt es dabei, dass die Wettbewerbsintensität je nach Art des Anschlusses und nach Region variiert. Sie ist bei ISDN-Basisanschlüssen und in Ballungsräumen stärker, bei Analoganschlüssen und in ländlichen Räumen schwächer ausgeprägt. Ein Indiz für zunehmenden Wettbewerb ist auch die zunehmende Zahl von Unternehmen, die Teilnehmeranschlüsse anbieten. Zum Jahresende 2008 stieg die Zahl der alternativen Teilnehmernetzbetreiber auf 96.³²

58. Angestoßen wird der zunehmende Wettbewerb bei den schmalbandigen Teilnehmeranschlüssen durch die dynamische Entwicklung bei den Breitbandanschlüssen. Auf diesem nicht regulierten Endkundenmarkt wurden Mitte des Jahres 2009 mehr als die Hälfte aller Anschlüsse durch die Wettbewerber bereitgestellt. In Verbindung mit der zunehmenden Nachfrage nach Bündel- und Komplettangeboten befördert diese Dynamik auch die Bereitschaft der Nutzer zu einem kompletten Anschlusswechsel.

59. Deutlich zugenommen hat der Wettbewerb durch die Kabelnetze. Die Zahl der Anschlüsse, die bereits für den Zugang zum Internet und für Telefonie genutzt werden, ist stark angestiegen. Im Jahr 2005 gab es in den Kabelnetzen 0,11 Mio. Telefoniekunden, im Jahr 2008 waren es bereits 1,5 Mio.³³ Die technische Aufrüstung der Kabelnetze ist so weit fortgeschritten, dass Ende des Jahres 2008 etwa 23 Mio. Haushalte in der Lage waren, neben dem Empfang von Rundfunk- und Fernsehsignalen und dem Internetzugang auch Telefonie über das Kabelnetz abzuwickeln.³⁴

31 Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002, Tz. 180.

32 Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2008, S. 68.

33 Vgl. ANGA Verband deutscher Kabelnetzbetreiber e.V., Das deutsche Breitbandkabel – Infrastruktur mit Zukunft, Fakten und Perspektiven 2009, Bonn/Berlin, April 2009.

34 Vgl. ebenda.

60. Nicht wesentlich intensiver geworden ist der Substitutionswettbewerb, der von den Mobilfunkanschlüssen ausgeht. Substitutionswettbewerb zwischen Mobilfunk und Festnetz findet vor allem bei den Verbindungen statt. Der Anteil der im Mobilfunk erbrachten Verbindungsminuten an dem gesamten Telefonverkehr nimmt deutlich zu. Bei den Anschlüssen ist das nicht der Fall. Hier hat sich der Anteil der Nutzer, die wegen ihres Mobilfunkanschlusses auf einen Festnetzanschluss verzichten, seit 2006 nicht verändert. Das spricht dafür, dass Mobilfunk- und Festnetzanschlüsse für die Mehrheit der Nutzer noch immer eher komplementäre als substitutive Produkte sind.

61. Fraglich ist, ob die Zunahme der Wettbewerbsintensität bei den schmalbandigen Teilnehmeranschlüssen bereits ausreicht, diesen Markt als nachhaltig wettbewerbsorientiert anzusehen und aus der Regulierung zu entlassen. Dafür spricht, dass der Wettbewerb merklich zugenommen und sich verfestigt hat. Ein zunehmender Anteil der Anschlüsse wird auf der Grundlage von Infrastrukturinvestitionen der Wettbewerber realisiert. Dies gilt für die Investitionen in Backbone-Netze und in die Erschließung von Hauptverteilerstandorten ebenso wie für Investitionen in die Rückkanalfähigkeit der Kabelnetze. Während die Anschlussnetzbetreiber ab dem Hauptverteiler weiterhin auf die Infrastruktur der DTAG angewiesen sind, bieten Kabelnetzbetreiber ihre Leistungen unabhängig von der Infrastruktur des eingesessenen Unternehmens an. Unternehmen mit hohen eigenen spezifischen Investitionen sind tendenziell schwieriger vom Markt zu verdrängen als Unternehmen mit geringeren versunkenen Kosten.

62. Gegen die Rückführung der Regulierung bei den Teilnehmeranschlüssen könnte sprechen, dass die alternativen Anbieter herkömmliche Teilnehmeranschlüsse weiterhin nicht flächendeckend auf der Basis des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung offerieren können. Zwar hat sich der Anteil der Haushalte, die zwischen verschiedenen Anbietern wählen können, auf 75 % erhöht. Damit bleibt immer noch ein Viertel der Haushalte von diesem Wettbewerb ausgeschlossen. Diese können allerdings ganz überwiegend alternative Telefonie-Angebote von Wettbewerbern über Breitbandnetze (VoIP), typischerweise in Kombination mit weiteren Breitbanddiensten, nutzen. Die Monopolkommission geht wie die Bundesnetzagentur in ihrer Marktanalyse zu Markt 1 (Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten) davon aus, dass herkömmliche schmalbandige Anschlüsse und Komplettanschlüsse in Form von DSL- oder Kabelanschlüssen im Hinblick auf die Telefoniefunktion austauschbar sind. Daraus folgt, dass der fehlende flächendeckende Wettbewerb bei den herkömmlichen Teilnehmeranschlüssen nicht gegen die Rückführung der Regulierung spricht.

63. Gegen die Deregulierung der Teilnehmeranschlüsse spricht auch nicht, dass weiterhin der größte Teil der Angebote auf dem entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung und damit zu einem Teil auf der Infrastruktur des eingesessenen Netzbetreibers basiert. Der Umstand der Abhängigkeit von der Infrastruktur der DTAG spricht für die Regulierung des Netzzugangs und nicht zwingend für die doppelte Regulierung von Vor- und Endkundenleistung.

64. Damit bleibt als Argument gegen die Rückführung der Regulierung bei den Teilnehmeranschlüssen die Gefahr, dass das eingesessene Unternehmen versuchen könnte, seine Marktposition mit missbräuchlichen Entgeltmaßnahmen, sprich ungerechtfertigter Bündelung, Preis-Kosten-Scheren oder Preisdumping, zu verteidigen. Die Monopolkommission teilt die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass diese Gefahr prinzipiell besteht. Bündelprodukte spielen auf den Anschlussmärkten in Deutschland eine große

Rolle. Das Problem der Preis-Kosten-Scheren ist auf dem deutschen Markt für Teilnehmeranschlüsse nicht unbekannt. Die Monopolkommission ist zwar der Auffassung, dass solche Missbräuche grundsätzlich auch mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts verfolgt werden können, lehnt aber eine vollständige Rückführung der Regulierung der Teilnehmeranschlüsse zum jetzigen Zeitpunkt noch ab. Die nachträgliche Entgeltregulierung nach dem Telekommunikationsgesetz ermöglicht aufgrund ihrer auf zwei Monate begrenzten Entscheidungsfrist und der Möglichkeit der Anordnung von wettbewerbskonformen Entgelten eine effizientere Aufsicht über missbräuchliche Entgelte als das Wettbewerbsrecht. Der Wettbewerb bei den Teilnehmeranschlüssen ist noch nicht hinreichend robust, um auf diese Möglichkeit bereits jetzt verzichten zu können. Um gleichwohl dem zunehmenden Wettbewerb auf dem Anschlussmarkt Rechnung zu tragen, sollte die Intensität der Regulierung weiter reduziert werden, wie es die Bundesnetzagentur mit ihrem Verzicht auf die Verpflichtung zur Anzeige der Entgeltmaßnahmen vor ihrer Markteinführung bereits praktiziert.

3.2.2 Verbindungen

65. Weiter zugenommen hat die Wettbewerbsintensität bei den Verbindungen. Dafür spricht, dass die Marktanteile der Wettbewerber bei den Inlandsgesprächen weiter wachsen und dass der Substitutionswettbewerb durch Internettelefonie, Kabelnetztelefonie und Mobilfunk weiter zunimmt. Nicht ins Gewicht fällt, dass die alternativen Anbieter bei den Auslandsgesprächen Marktanteile verloren haben. Es gehört zum Wettbewerb, dass auch das eingesessene Unternehmen Marktanteile zurückerobert. An der Einschätzung der Monopolkommission, dass der Markt für Festnetzverbindungen nachhaltig wettbewerbsorientiert ist, ändert sich nichts. Das Problem des fehlenden Preiswettbewerbs bei den Fest-Mobil-Verbindungen sollte mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts zu lösen sein. Es spricht jedenfalls nichts dafür, diese Verbindungen erneut der Regulierung zu unterstellen.

66. Weiterhin reguliert werden sollten Bündelprodukte aus Anschluss- und Verbindungsleistungen. Bündelprodukte bergen spezielle Gefahren für den Wettbewerb, wie die Gefahr von Quersubventionierungen oder Preis-Kosten-Scheren. Solche Risiken können dadurch begrenzt werden, dass Wettbewerber Zugang zu sämtlichen Bestandteilen der Produktbündel zu Preisen haben, die einem effizienten Anbieter die Nachbildung ermöglicht. Um diese Kontrolle zu gewährleisten, sollten Bündelprodukte aus Anschluss- und Verbindungsleistungen, wie die Teilnehmeranschlüsse selber, weiterhin der nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen.

4. Amtspraxis der Bundesnetzagentur

67. Die Monopolkommission würdigt gemäß §121 Abs. 2 TKG die Amtspraxis der Bundesnetzagentur im Bereich der Telekommunikation. Wegen der Vielzahl der Entscheidungen, die die Behörde in diesem Bereich trifft, muss sich die Monopolkommission dabei auf die aus ihrer Sicht wichtigen Fälle beschränken, die auf der Grundlage einer systematischen Beobachtung der Amtspraxis der Behörde auszufiltern sind. Für die Telekommunikationsmärkte von besonderer Bedeutung sind die Verfahren der Marktregulierung. Daneben werden Entscheidungen aus dem Bereich der Entgeltregulierung und der besonderen Missbrauchsaufsicht kommentiert.

4.1 Marktregulierung

68. Telekommunikationsmärkte unterliegen der Regulierung nach den §§ 9 ff. TKG, wenn sie (i) durch beträchtliche und anhaltende Marktzutrittsbarrieren gekennzeichnet sind, (ii) längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb erkennen lassen und (iii) das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, dem festgestellten Marktversagen entgegenzuwirken. Hinzu muss kommen, dass auf dem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, d.h. dass ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen. Die Europäische Kommission gibt in einer „Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors“³⁵ Märkte vor, die nach ihrer Auffassung für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen. Diese Märkte unterliegen in jedem Fall dem Prozedere von Marktabgrenzung, Marktanalyse und gegebenenfalls Auferlegung von regulatorischen Verpflichtungen durch die nationalen Regulierungsbehörden. Die Europäische Kommission hat gegenüber den Feststellungen der nationalen Regulierungsbehörden im Hinblick auf die Marktabgrenzung und die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit Vetorechte, nicht jedoch im Hinblick auf die zu verhängenden Abhilfemaßnahmen. Die nationalen Regulierungsbehörden können weitere Märkte, die nicht in der Märkte-Empfehlung gelistet sind, auf ihre Regulierungsbedürftigkeit überprüfen.

69. Die aktuelle Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2007 enthält nur noch sieben Märkte, die auf ihre Regulierungsbedürftigkeit hin zu prüfen sind. Die erste Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2003 hatte noch 18 Märkte enthalten.³⁶ Ein Teil dieser Märkte ist in der zweiten Empfehlung schlicht zusammengefasst worden, andere Märkte sind nach Auffassung der Europäischen Kommission nicht mehr regulierungsbedürftig. Soweit die nicht mehr in der Märkte-Empfehlung enthaltenen Märkte national reguliert werden, ist im Rahmen eines Verfahrens gemäß §§ 10 und 11 TKG zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Regulierung national weiterhin gegeben sind.

35 Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- 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, 2007/879/EG, ABl. EU Nr. L 344 vom 28. Dezember 2007, S. 65.

36 Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- 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, 2003/311/EG, ABl. EU Nr. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45.

70. Ende Oktober 2009 ergibt sich folgender Verfahrensstand: Nahezu abgeschlossen sind die Wiederholungsuntersuchungen der Endkundenmärkte. In der Märkte-Empfehlung 2007 findet sich nur noch ein Endkundenmarkt, nämlich der für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten.³⁷ Enthalten sind darin die ehemaligen Märkte 1 und 2 der Märkte-Empfehlung aus dem Jahr 2003, die noch zwischen Märkten für Privat- und Geschäftskunden unterschied. Ebenfalls analysiert sind die in der Märkte-Empfehlung 2007 nicht mehr enthaltenen Märkte für Inlandsverbindungen und für Verbindungen aus dem Festnetz in Mobilfunknetze.³⁸ Die Märkte für Auslandsverbindungen und für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze sind in der zweiten Märkte-Empfehlung ebenfalls nicht mehr enthalten.³⁹ Sie müssen nicht mehr dem Verfahren gemäß §§ 10 und 11 TKG unterworfen werden, da beide Märkte bereits seit Ende 2005 nicht mehr reguliert werden. Noch nicht erfolgt ist die Wiederholungsuntersuchung des Endkundenmarktes „Mindestangebot an Mietleitungen“, der in der Märkte-Empfehlung 2007 auch nicht mehr enthalten ist, aber seit 2007 teilweise reguliert wird.⁴⁰

71. Die Bundesnetzagentur hat in einem Verfahren die Vorleistungsmärkte für Verbindungsaufbau und Anrufzustellung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten untersucht.⁴¹ Abgeschlossen ist zudem die Wiederholungsuntersuchung des Marktes für Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen.⁴² Noch nicht abgeschlossen waren Ende Oktober 2009 die Wiederholungsuntersuchungen der Märkte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, den Breitbandzugang und für Abschluss-Segmente von Mietleitungen.⁴³ Nicht mehr in der Märkte-Empfehlung 2007 enthalten, aber gegenwärtig reguliert sind die Märkte für Fernübertragungs-Segmente für Mietleitungen, Rundfunkübertragungsdienste und Breitbandzuführung.⁴⁴ Hier muss die Bundesnetzagentur untersuchen, ob die Regulierung aus nationaler Sicht weiterhin gerechtfertigt ist.

4.1.1 Endkundenmärkte

4.1.1.1 Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Fest- und Mobilfunknetze

72. In ihrer im Dezember 2008 bei der Europäischen Kommission notifizierte Marktanalyse hat die Bundesnetzagentur festgestellt, dass die Märkte für Inlandsverbindungen im Festnetz sowie für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze nicht mehr die Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit erfüllen.⁴⁵ Mit der Regulierungsverfügung vom 22. April 2009 hat sie die der DTAG auf diesen Märkten auferleg-

37 Markt 1 der Märkte-Empfehlung 2007 der Europäischen Kommission.

38 Märkte 3 und 5 der Märkte-Empfehlung 2003 der Europäischen Kommission.

39 Märkte 4 und 6 der Märkte-Empfehlung 2003 der Europäischen Kommission.

40 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 80 ff.

41 Märkte 2 und 3 der Märkte-Empfehlung 2007 bzw. Märkte 8 bis 10 der Märkte-Empfehlung 2003 der Europäischen Kommission.

42 Markt 7 der Märkte-Empfehlung 2007 bzw. Markt 16 der Märkte-Empfehlung 2003 der Europäischen Kommission.

43 Märkte 4, 5 und 6 der Märkte-Empfehlung 2007 bzw. 11, 12, und 13 der Märkte-Empfehlung 2003 der Europäischen Kommission.

44 Märkte 14 und 18 der Märkte-Empfehlung 2003 sowie Markt 19, der nicht Gegenstand der Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission war.

45 BNetzA, Notifizierungsentwurf vom 3. Dezember 2008, Verbindungen in inländische Festnetze an festen Standorten und Verbindungen in inländische Mobilfunknetze an festen Standorten.

ten Verpflichtungen widerrufen.⁴⁶ Damit sind nahezu sämtliche Märkte für Festnetzverbindungen aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen. Lediglich Verbindungsleistungen mit einzelnen Großkunden (Jahresumsatz von mehr als 1 Mio. EUR ohne Mehrwertsteuer) unterliegen weiterhin der sektorspezifischen Regulierung. Die Bundesnetzagentur folgt mit ihrer Analyse der Einschätzung der Europäischen Kommission, die die Endkundenmärkte für Festnetzverbindungen bereits im Jahr 2007 aus ihrer Empfehlung über die in der Gemeinschaft sektorspezifisch zu regulierenden Märkte gestrichen hatte.

73. Maßgeblich für die Feststellung der fehlenden Regulierungsbedürftigkeit durch die Bundesnetzagentur ist, dass auf beiden Märkten wegen der Möglichkeit zur Betreiberwahl (Call-by-Call) und zur Betreibervorauswahl (Preselection) keine beträchtlichen und anhaltenden Marktzutrittsschranken bestehen. Darüber hinaus erkennt die Behörde auf beiden Märkten die Tendenz zu wirksamem Wettbewerb. Auf dem Markt für Festnetzverbindungen wird diese Einschätzung mit der Entwicklung der Marktanteile und dem bestehenden Preiswettbewerb begründet. Auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in Mobilfunknetze nimmt die Behörde an, dass sich Preiswettbewerb in der Zukunft entwickeln wird.

74. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass der Markt für Festnetzverbindungen nicht mehr regulierungsbedürftig ist. Dafür sprechen sowohl die Marktstruktur als auch die zu verzeichnende Wettbewerbsintensität. Die Verbraucher profitieren sowohl von günstigen Pauschaltarifen als auch von günstigen Call-by-Call- und Preselectionangeboten. Eine Verschlechterung der Wettbewerbssituation ist auch nach der Rückführung der Regulierung nicht zu erwarten, da der Wettbewerb bei den Festnetzverbindungen strukturell abgesichert ist. Dies gilt vor allem, weil ein zunehmender Anteil der Verbindungsminuten von Teilnehmernetzbetreibern und Kabelnetzbetreibern erbracht wird, die aufgrund eigener Netzinvestitionen eine tendenziell stabilere Marktposition haben als Verbindungsnetzbetreiber. Auch die Entwicklung des Wettbewerbs bei den Auslandsgesprächen hat gezeigt, dass die Risiken der Deregulierung gering sind. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Sondergutachten zur Telekommunikationsentwicklung kritisiert, dass es keine schlüssigen Argumente dafür gibt, den Markt für Gespräche aus dem Festnetz in inländische Festnetze in der Regulierung zu belassen, während der Markt für Gespräche in ausländische Festnetze dereguliert wird.⁴⁷ An dieser Einschätzung hat sich nichts geändert.

75. Anders ist die Situation auf dem Markt für Gespräche vom Festnetz in die Mobilfunknetze. Hier lässt sich weiterhin so gut wie kein Preiswettbewerb feststellen. Die DTAG und andere Festnetzbetreiber haben die in den vergangenen Jahren massiv gesunkenen Entgelte für die Terminierung der Gespräche in den Mobilfunknetzen nicht an ihre Kunden weitergegeben. Während die Terminierung im Mobilfunk seit Beginn der Regulierung im Jahr 2006 um gut 40 % von 0,124 EUR auf 0,0714 EUR bei den E-Netzbetreibern bzw. 0,11 EUR auf 0,0659 EUR bei den D-Netzbetreibern gesunken sind, blieben die Entgelte der DTAG für Gespräche in die Mobilfunknetze bis heute (Stand: Oktober 2009) mit 0,19 EUR konstant.⁴⁸ Nach Auskunft der Bundesnetzagentur gilt dies auch für die anderen Festnetzbetreiber. Die Festnetzbetreiber erlösen auf diese

46 BNetzA, Beschluss vom 22. April 2009, BK 2a 09/001-R.

47 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 77 f.

48 Beispielsweise Call & Surf Basis, Call & Surf Comfort und Call & Surf Comfort VDSL.

Weise Extraprofite. Ein integrierter Festnetz- und Mobilfunknetzbetreiber, wie die DTAG, kann diese Extraprofite im Wettbewerb mit anderen Mobilfunknetzbetreibern einsetzen und den Wettbewerb verzerren.

76. Zweifelhaft ist, ob der fehlende aktuelle Wettbewerb bei den Fest-Mobil-Verbindungen die Beibehaltung der sektorspezifischen Regulierung auf diesem Markt erforderlich macht. Dagegen spricht, dass die Regulierung des Marktes in der Zeit von Dezember 2007 bis April 2009 wirkungslos geblieben ist. Die Bundesnetzagentur hatte den Markt für Fest-Mobil-Verbindungen im Oktober 2007 nach einer Aufforderung durch die Europäische Kommission der Marktanalyse unterworfen und die Regulierungsbedürftigkeit festgestellt.⁴⁹ Mit der Regulierungsverfügung vom 14. Dezember 2007 wurde die DTAG zur nachträglichen Entgeltregulierung verpflichtet und dazu, Änderungen der Entgelte zwei Monate vor Inkrafttreten anzuzeigen.⁵⁰ Zu Entgeltregulierungsverfahren ist es nicht gekommen, da die DTAG ihre Entgelte in dieser Zeit nicht geändert hat. Gegen eine Regulierung spricht auch, dass der Markt für Fest-Mobil-Verbindungen, wie die anderen Märkte für Festnetzverbindungen auch, durch niedrige Marktzugangsbarrieren gekennzeichnet ist. Dafür sorgt die bestehende Verpflichtung der DTAG, die Betreiberauswahl und -vorauswahl zu gewährleisten. Die Monopolkommission ist zudem der Auffassung, dass auch dieser Markt durch eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb gekennzeichnet ist. Es ist nicht ersichtlich, warum sich der Markt für Fest-Mobil-Verbindungen auf längere Sicht strukturell und im Hinblick auf die Wettbewerbsintensität anders entwickeln sollte als die übrigen Märkte für Festnetzverbindungen. Die Monopolkommission stimmt deshalb mit der Bundesnetzagentur in der Einschätzung überein, dass eine sektorspezifische Regulierung vor diesem Hintergrund nicht mehr angebracht ist.

77. Ein Herausfallen aus der Regulierung bedeutet allerdings nicht, dass eventuelle Wettbewerbsbeschränkungen hingenommen werden müssen. Unterliegt ein Telekommunikationsmarkt nicht mehr der sektorspezifischen Regulierung, unterfällt er dem allgemeinen Wettbewerbsrecht. Sind die Voraussetzungen für ein Eingreifen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bzw. dem Gemeinschaftsrecht gegeben, kann das Bundeskartellamt gegen missbräuchliche Verhaltensweisen der DTAG vorgehen und gegebenenfalls eine Senkung der Fest-Mobil-Entgelte erreichen. Die Monopolkommission würde es begrüßen, wenn die Kartellbehörde prüfen würde, ob im Fall der Fest-Mobil-Entgelte der DTAG die Voraussetzungen für ein Eingreifen gemäß den Vorschriften für die Missbrauchsaufsicht gegeben sind. Nicht nachvollziehbar sind jedenfalls die Einlassungen der DTAG, die Fest-Mobil-Entgelte nicht senken zu können, weil die Rechtmäßigkeit der Regulierungsverfügung gegen die Mobilfunkunternehmen noch Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde ist. Sollte die Verpflichtung zur Ex-ante-Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte nicht verfassungsmäßig sein, drohen nach Auffassung der DTAG den Festnetzbetreibern hohe Nachzahlungen an die Mobilfunknetzbetreiber. Die Monopolkommission sieht dieses Risiko nicht. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur bereits am 2. April 2008 mit überzeugender Begründung bestätigt.⁵¹ Im Übrigen hat das Bundesverfassungsgericht bisher (Stand: Oktober 2009) noch nicht einmal entschieden, ob es die Verfassungsbeschwerde überhaupt annimmt.

49 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 79.

50 BNetzA, Beschluss vom 14. Dezember 2007, BK 2a 07/001-R.

51 BVerwG, Urteil vom 2. April 2008, 6 C 16.07.

4.1.1.2 Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten

78. Weiterhin regulierungsbedürftig ist nach Auffassung der Bundesnetzagentur der Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten. Sachlich umfasst der Markt die herkömmlichen schmalbandigen Anschlüsse (Analog-, ISDN-, Primärmultiplexanschluss) sowie erstmals die breitbandigen Komplettanschlüsse. Letztere werden auch als VoIP-Anschlüsse oder Naked-DSL-Anschlüsse bezeichnet.⁵² Gemeint sind damit entbündelte DSL-Anschlüsse, die unmittelbar mit einer Telefondienstfunktionalität ausgestattet sind, ohne mit einem Schmalbandanschluss gekoppelt zu sein. Nicht zum relevanten Markt gehören Breitbandanschlüsse, die mit einem Schmalbandanschluss gekoppelt sind und über keine unmittelbare Telefondienstfunktionalität verfügen. Ebenfalls nicht dazu gehören Mobilfunkanschlüsse. Zwar steigt der Anteil der Haushalte, die ihren Festnetzanschluss vollständig durch einen Mobilfunkanschluss substituieren – Ende 2007 betraf dies bereits etwa 11 % der Haushalte. Gleichwohl bleibt die Substituierbarkeit von mobilem und festem Anschluss begrenzt. Der Großteil der Verbraucher substituiert den herkömmlichen Schmalbandanschluss eher durch einen Komplettanschluss, der neben Telefonie auch den schnellen Zugang zum Internet ermöglicht.

79. Die Bundesnetzagentur stellt die weiterhin gegebene Regulierungsbedürftigkeit und das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht für den Anschlussmarkt fest. Obwohl die Zutrittsschranken durch die Vorleistungsregulierung gesenkt worden sind, bleiben sie hoch, da auch die Wettbewerber, die ihr Angebot auf die angemietete Teilnehmeranschlussleitung aufsetzen, in deren Erschließung investieren müssen. Dies ist bisher nur teilweise geschehen. Ende des Jahres 2007 waren erst ca. 3.000 der etwa 7.900 Hauptverteiler durch Wettbewerber erschlossen.⁵³ Damit haben relevante Teile der Bevölkerung – die Bundesnetzagentur geht von 30 % der Haushalte aus – weiterhin nicht die Möglichkeit, Teilnehmeranschlüsse von alternativen Anbietern zu beziehen. Gegen eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb sprechen die immer noch hohen Marktanteile der DTAG auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse. Er lag Ende 2007 bei knapp über 80 % und Ende 2008 noch bei ca. 73 %. Die Marktanteilsverluste der DTAG haben sich nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur zudem verlangsamt. Dies liegt unter anderem daran, dass erstens die Wechselbereitschaft der Kunden abnimmt und zweitens die Wechselmöglichkeiten aufgrund der längeren Bindungsfristen an die DTAG zurückgehen. Während der klassische Teilnehmeranschluss innerhalb von wenigen Tagen gekündigt werden konnte, beträgt die Bindungsfrist der DTAG bei Bündelprodukten und Komplettanschlüssen (Call & Surf) inzwischen ein Jahr.

80. Mit der Regulierungsverordnung vom 18. März 2009⁵⁴ wird die DTAG verpflichtet, ihren Endkunden die Möglichkeit der fallweisen und festen Betreiberwahl einzuräumen sowie den Wettbewerbern Teilnehmeranschlüsse zum Wiederverkauf anzubieten und ein Standardangebot für den Weitervertrieb von Anschlüssen vorzulegen.

⁵² Vgl. dazu auch Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Tz. 49.

⁵³ Diese Zahl wird in dem Notifizierungsentwurf der Bundesnetzagentur für die Marktanalyse des Marktes für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten vom 18. März 2009 genannt (S. 63). Im Jahresbericht 2008 wird von 3.500 erschlossenen Hauptverteilern gesprochen. Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2008, S. 12.

⁵⁴ BNetzA, Beschluss vom 18. März 2009, BK 2c 09/002

Die Entgelte für Endnutzerleistungen und für das Resale-Angebot unterliegen der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 38 Abs. 2 bis 4 TKG. Auf die Verpflichtung zur Anzeige der Entgelte vor der Inkraftsetzung gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG hat die Bundesnetzagentur verzichtet.

81. Aus Sicht der Monopolkommission positiv anzumerken ist, dass die Betreiber(vor)auswahl als technologieunabhängig gilt, d.h. auch für Anschlüsse auf der Ebene des Internet-Protokolls, über die Sprachtelefonie nur als VoIP-Telefonie möglich ist. Die DTAG hatte dies zunächst mit dem Argument ausschließen wollen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber bei der Formulierung der Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl das herkömmliche paketvermittelte Netz und nicht das leitungsvermittelte Netz im Blick gehabt habe und den Breitbandmarkt deutlich weniger intensiv regulieren wolle. Die Monopolkommission teilt die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass § 40 TKG, der die Betreiber(vor)auswahl regelt, gerade diesen Schluss nicht zulässt. Eine Differenzierung der Verpflichtung aufgrund der verwendeten Technologie ist dort an keiner Stelle vorgesehen und erscheint auch sachlich nicht gerechtfertigt.

82. Die Bundesnetzagentur begründet die Beibehaltung der nachträglichen Entgeltregulierung damit, dass die DTAG versuchen könnte, ihre überragende Marktstellung durch Preis-Kosten-Scheren, Dumping- oder Bündelungsstrategien zu verteidigen. Dies liege nahe, da der Verlust eines Anschlusskunden für das Unternehmen deshalb schwer wiege, weil damit eine unmittelbare und in der Regel längerfristige Kundenbindung verloren gehe. In einem gewissen Widerspruch zu dieser Begründung steht, dass die Bundesnetzagentur auf die Verpflichtung zu einer vorherigen Anzeige der Tarife gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG verzichtet. Danach sind die Entgelte des Netzbetreibers mit beträchtlicher Marktmacht der Bundesnetzagentur zwei Monate vor Inkrafttreten vorzulegen, damit diese in einem verkürzten Verfahren prüfen kann, ob die oben genannten Missbrauchstatbestände – geregelt in § 28 TKG – vorliegen. Die Monopolkommission sieht in dem Verzicht auf die vorherige Anmeldepflicht allerdings kein gravierendes Problem, da sie ohnehin davon ausgeht, dass der Regulierungsbehörde im Rahmen der Prüfung gemäß § 28 Abs. 1 TKG sowohl die notwendigen Informationen als auch die notwendige Zeit fehlen, um missbräuchliche Verhaltensweisen des regulierten Unternehmens zuverlässig erfassen zu können.⁵⁵

83. Positiv ist, dass die Bundesnetzagentur die DTAG zum Anschluss-Resale verpflichtet, was bis Mitte 2008 gemäß der Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 5 TKG ausgeschlossen war. Der Wiederkauf von Teilnehmeranschlüssen kann für die Wettbewerber dort von Bedeutung sein, wo sie noch keine eigenen Infrastrukturen aufgebaut haben oder wo sich Investitionen in eigene Infrastrukturen nicht rechnen. Anschluss-Resale gibt den alternativen Anbietern die Möglichkeit, Festnetzanschlüsse oder Bündelprodukte unter Einschluss von Anschlüssen flächendeckend anzubieten. Die Bundesnetzagentur verpflichtet die DTAG nicht dazu, den Wiederverkäufern Großhandelsrabatte einzuräumen. Der Reseller muss den Anschluss zu denselben Konditionen übernehmen, wie die Endkunden der DTAG. Das ist nachvollziehbar, weil der Regulierer damit verhindert, dass sich neben der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung und dem Bitstromzugang ein Vorleistungsprodukt für den Teilnehmeranschluss etabliert, welches

⁵⁵ Vgl. Monopolkommission, Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Sondergutachten 39, Baden-Baden 2004, Tz. 151.

ohne Investitionen in eigene Infrastrukturen auskommt. Damit würden die Anreize für infrastrukturbasierten Wettbewerb bei den Teilnehmeranschlüssen im Festnetz deutlich verringert, was nicht im Sinne der Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter Telekommunikationsmärkte wäre.

4.1.2 Vorleistungsmärkte

4.1.2.1 Verbindungsaufbau und Anrufzustellung im Festnetz

84. Zu den Verbindungsleistungen im Festnetz gehören die Märkte für den Verbindungsaufbau und für Transitdienste im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten sowie für die Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten. Der Markt für den Verbindungsaufbau umfasst alle Verbindungsleistungen, welche der Netzbetreiber, an dessen Netz der anrufende Teilnehmer angeschlossen ist, einem Anbieter von Telekommunikationsdiensten auf dessen Nachfrage hin auf der niedrigsten erschließbaren Netzzugangsebene übergibt (= Zuführung). Spiegelbildlich dazu gehören zu dem Markt für die Anrufzustellung alle Verbindungsleistungen, welche der Netzbetreiber, an dessen Netz der angerufene Teilnehmer angeschlossen ist, einem Anbieter von Telekommunikationsdiensten auf dessen Nachfrage hin nach Übernahme einer Verbindung auf der niedrigsten erschließbaren Netzzugangsebene erbringt (= Terminierung). Transitdienste sind Verbindungsleistungen auf der Ebene des Verbindungsnetzes.

85. Sachlich grenzt die Bundesnetzagentur ab:

- die Märkte für den Verbindungsaufbau (i) im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten zu Mehrwertdiensten, (ii) im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten zur Betreiberauswahl und zur Betreibervorauswahl sowie (iii) im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten zu Online-Diensten über Primärmultiplexanschlüsse,
- drei Märkte für Transitleistungen im öffentlichen Telefonnetz sowie
- 58 Märkte für die Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten.

86. Während auf den Märkten für Zuführungsleistungen, mit Ausnahme des Marktes für den Verbindungsaufbau zu Online-Diensten über Primärmultiplexanschlüsse, sowie den 58 Märkten für die Anrufzustellung in einzelnen Festnetzen die Voraussetzungen für die Regulierungsbedürftigkeit weiterhin gegeben sind, liegen diese bei den Transitleistungen nicht mehr vor. Die Verbindungsnetze sind inzwischen weitgehend dupliziert. Transitleistungen werden von den Netzbetreibern als Eigenleistung erbracht und können gegebenenfalls auch problemlos extern angeboten werden. Der Markt für den Verbindungsaufbau zu Online-Diensten über Primärmultiplexanschlüsse ist nicht mehr regulierungsbedürftig, da diese Dienste inzwischen weitgehend über Breitbandverbindungen erbracht werden und das Marktvolumen nur noch unwesentlich ist.

87. Bei den Regulierungsverpflichtungen bleibt es bei der Ex-ante-Entgeltregulierung von Zuführungs- und Terminierungsleistungen der DTAG. Anders als bisher wollte die Bundesnetzagentur bei der Regulierung der alternativen Teilnehmernetzbetreiber zunächst unterscheiden zwischen solchen, die eine Vereinbarung mit der DTAG über reziproke Terminierungsentgelte geschlossen haben, und solchen, die eine solche Vereinbarung nicht geschlossen haben. Die Unternehmen, die eine Vereinbarung mit der DTAG

geschlossen haben, sollten weiterhin der nachträglichen Entgeltregulierung ohne Anmeldepflicht unterliegen, während die Netzbetreiber ohne Vereinbarung mit der DTAG der Ex-ante-Entgeltregulierung unterworfen werden sollten. Von diesem Vorhaben ist die Regulierungsbehörde letztlich abgewichen, nachdem schließlich alle alternativen Netzbetreiber Reziprozitätsvereinbarungen mit der DTAG geschlossen hatten. Wie bisher unterliegen damit alle alternativen Teilnehmernetzbetreiber der nachträglichen Entgeltregulierung ohne vorherige Anmeldepflicht.⁵⁶

88. Die Reziprozitätsvereinbarungen sehen vor, dass die Netzbetreiber Entgelte für die Terminierung von Gesprächen in ihrem Netz in gleicher Höhe wie die DTAG erheben. Da Terminierungsentgelte der DTAG der Genehmigungspflicht unterliegen, ist über die Vereinbarung gewährleistet, dass auch bei den alternativen Netzbetreibern die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschritten werden. Besteht die Gefahr eines Preishöhenmissbrauchs nicht, reicht bei den alternativen Netzbetreibern die nachträgliche Entgeltregulierung aus, um Missbräuche der Monopolstellung bei der Terminierung zu verhindern.

89. Mit der Androhung einer Ex-ante-Regulierung der Terminierungsentgelte hat die Bundesnetzagentur auch die zunächst unwilligen alternativen Netzbetreiber dazu gebracht, Reziprozitätsvereinbarungen mit der DTAG einzugehen. Vermieden wird auf diese Weise, dass die Terminierungsentgelte der Netzbetreiber unterschiedlich hoch sind. Auch dringt insbesondere die Europäische Kommission verstärkt darauf, dass die nationalen Regulierer für symmetrische Terminierungsentgelte sorgen.⁵⁷ Die Bundesnetzagentur reguliert in diesem Falle sehr geschickt, indem sie den Abschluss von Reziprozitätsvereinbarungen mit der DTAG nicht erzwingt, sondern durch Erleichterungen bei der Regulierung belohnt. Insbesondere für die kleinen Netzbetreiber wäre das Verfahren der Entgeltgenehmigung vergleichsweise aufwendig. Die Kosten übersteigen gegebenenfalls die möglichen Erträge aus individuell höheren Terminierungsentgelten. Vor dem Hintergrund des enormen bürokratischen Aufwands der Regulierung einer Vielzahl von Teilnehmernetzbetreibern hatte sich die Monopolkommission bereits in ihrem letzten Sondergutachten gegen eine Ex-ante-Regulierung der Terminierungsentgelte bei den alternativen Teilnehmernetzbetreibern ausgesprochen.⁵⁸ Fraglich ist, ob in Anbetracht der Reziprozitätsvereinbarungen mit der DTAG auf Seiten der alternativen Teilnehmernetzbetreiber überhaupt noch die Möglichkeit besteht, missbräuchliche Entgelte zu verlangen. Wenn das nicht der Fall ist, könnte auf die nachträgliche Regulierung der Terminierungsentgelte alternativer Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz verzichtet werden.

90. Bemerkenswert ist, dass die Bundesnetzagentur den alternativen Teilnehmernetzbetreibern zwar Verpflichtungen zur Gleichbehandlung gemäß § 19 TKG und zur Transparenz gemäß § 20 TKG auferlegt, auf Zugangsverpflichtungen gemäß § 21 TKG aber verzichtet. Gemäß § 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG soll die Bundesnetzagentur Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, die Verpflichtung auferlegen, die Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen zu ermöglichen. Davon sieht die Bundesnetzagentur ab, weil das Interesse der alternativen Netzbetreiber an der Zusammenschaltung mit anderen Netzen, insbesondere dem der

56 BNetzA, Regulierungsverfügungen vom 23. September 2009, BK 3d-08-026 bis BK 3d-08-083.

57 Vgl. Abschnitt 5.3.2.1.

58 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 89.

DTAG, zum Zwecke der Erreichbarkeit ihrer eigenen Kunden so groß ist, dass nicht mit der Verweigerung der Zusammenschaltung oder der Durchsetzung unangemessener Bedingungen für die Zusammenschaltung gerechnet werden müsse. Die auferlegte Verpflichtung zur Gleichbehandlung stelle sicher, dass ein alternativer Netzbetreiber andere, gegebenenfalls kleinere alternative Netzbetreiber in Bezug auf die Konditionen der Zusammenschaltung nicht anders behandle als die DTAG.

4.1.2.2 Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL)

91. Die letzte Untersuchung des Marktes für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL-Markt) erfolgte Mitte des Jahres 2007 und wurde von der Monopolkommission bereits ausführlich kommentiert.⁵⁹ Nach den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts und gemäß § 14 Abs. 2 TKG erfolgt die Überprüfung von Marktdefinition und Marktanalyse alle zwei Jahre. Damit ist im Verlauf des Jahres 2009 eine weitere Wiederholungsuntersuchung notwendig, die allerdings bis zum Abschluss diese Gutachtens noch nicht vorgelegen hat.

92. Bis dahin gelten die Ergebnisse der letztmaligen Marktanalyse, wonach der TAL-Markt weiterhin die Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit erfüllt und durch beträchtliche Marktmacht der DTAG gekennzeichnet ist. Als Regulierungsmaßnahmen auferlegt sind die Verpflichtung zur Gewährung von Zugang und Kollokation, die Vorlage eines Standardangebots sowie die Ex-ante-Entgeltregulierung. Mit Blick auf den VDSL-Netzausbau (Glasfaser zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweiger in den 50 größten Städten zur Erhöhung der Übertragungsraten) hat die Regulierungsbehörde die DTAG zudem verpflichtet, Wettbewerbern zum Zwecke des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung am Kabelverzweiger den Zugang zu Kabelkanälen zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweiger zu gewähren, soweit die Leerkapazitäten vorhanden sind, und Wettbewerbern den Zugang zu unbeschalteter Glasfaser für den Fall zu gewähren, dass aus technischen oder Kapazitätsgründen die Gewährung des Zugangs zu den Kabelkanälen nicht möglich ist. Die Entgelte für die Gewährung des Zugangs zu Kabelkanälen und unbeschalteter Glasfaser unterliegen ebenfalls der präventiven Entgeltregulierung.

4.1.2.3 Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen

93. Unter (Mobil-)Terminierung ist die Zustellung eines Anrufs aus dem Festnetz oder einem Mobilfunknetz zu dem angerufenen Anschluss in einem Mobilfunknetz zu verstehen. Diese Leistung kann ausschließlich durch den jeweiligen Mobilfunknetzbetreiber erbracht werden. Daher gibt es keinen einheitlichen Markt für Terminierungsleistungen in allen Netzen, sondern je Netz einen Markt. Einbezogen werden erstmals auch virtuelle Mobilfunknetze, die von sog. Mobile Virtual Network Operators (MVNOs) betrieben werden. MVNOs sind Anbieter ohne eigene Funknetze, aber mit eigenen Netzstrukturen im Backbone-Bereich sowie einer eigenen Vermittlungsinfrastruktur einschließlich Service-Plattformen. Ein (Full-)MVNO gibt eigene SIM-Karten aus und verfügt über eigene Mobilfunkcodes, mittels derer er in der Lage ist, das Routing der Verkehrsmengen fast vollständig selber zu übernehmen. In Deutschland sind gegenwärtig mit der Vistream GmbH und der Ring Mobilfunk GmbH (Ring) zwei MVNOs am

⁵⁹ Vgl. ebenda, Tz. 115 ff.

Markt. Zusammen mit den vier Funknetzbetreibern gibt es daher sechs Märkte für die Terminierung in einzelne Mobilfunknetze. Jeder dieser Märkte ist ein Monopolmarkt, der nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur weiterhin regulierungsbedürftig ist. Der jeweilige Netzbetreiber bzw. MVNO verfügt als Monopolist über beträchtliche Marktmacht und ist Adressat der Regulierung.

94. Bei den Regulierungsmaßnahmen differenziert die Bundesnetzagentur. Den Mobilfunknetzbetreibern wird neben der Verpflichtung zur Zusammenschaltung und der Nichtdiskriminierung die Ex-ante-Entgeltregulierung auferlegt. Die MVNOs sind zur Netzzusammenschaltung, Nichtdiskriminierung und zur Transparenz, nicht jedoch zur Entgeltregulierung verpflichtet.

95. Die seit der erstmaligen Verfügung im Jahr 2006 strittige Frage nach der Zulässigkeit der Ex-ante-Regulierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk hat das Bundesverwaltungsgericht im Sinne der Bundesnetzagentur entschieden. Die Zulässigkeit war umstritten, da nach Auffassung des Verwaltungsgerichts Köln die Verpflichtung zur Vorabgenehmigung der Entgelte unverhältnismäßig ist.⁶⁰ Die Ziele der Regulierung und speziell der Entgeltregulierung des Telekommunikationsgesetzes seien danach bereits mit der nachträglichen Regulierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk gewährleistet.⁶¹ Zudem sah das Verwaltungsgericht den Ermessensspielraum der Behörde durch die Vorgaben des § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG zugunsten einer nachträglichen Regulierung eingeschränkt. Dem widersprach das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 2. April 2008.⁶² Es stellte fest, dass die Entscheidung, ob eine nachträgliche Entgeltregulierung zur Erreichung der Regulierungsziele ausreicht, von der Bundesnetzagentur nach Maßgabe des ihr zustehenden Regulierungsermessens zu treffen ist. Die Bundesnetzagentur habe in ihrer Regulierungsverfügung vom 30. August 2006⁶³ ohne Ermessensfehler dargelegt, dass eine Orientierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk an dem strengeren Entgeltmaßstab der Ex-ante-Regulierung angemessen ist. Auch im Übrigen bestätigte das Bundesverwaltungsgericht die Entscheidung der Regulierungsbehörde in vollem Umfang.

96. Während sich die Mobilfunknetzbetreiber gegen die Verpflichtung zur Vorabregulierung der Entgelte wehren, möchte der MVNO Ring ausdrücklich dieser Verpflichtung unterworfen werden oder alternativ gänzlich aus der Regulierung entlassen werden. Begründet wird die Forderung nach einer Vorabregulierung damit, dass ein MVNO deutlich höhere Terminierungskosten habe als ein Funknetzbetreiber. Es könne diese aber bei der DTAG wegen deren überragender Nachfragemacht nicht durchsetzen. Die Durchsetzung höherer Entgelte könne nur auf der Grundlage einer Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur oder im Wege eines Zugangsverfahrens nach gescheiterten Vertragsverhandlungen mit der DTAG erfolgen. Da solche Verhandlungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit scheitern würden, bevorzuge das Unternehmen unmittelbar die Unterstellung unter die Ex-ante-Entgeltregulierung.

97. Die Monopolkommission teilt die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass eine Verpflichtung der MVNOs zur Vorabregulierung der Terminierungsentgelte unverhält-

60 VG Köln, Urteil vom 8. März 2007, 1 K 3918/06. Vgl. dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 111.

61 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 111.

62 BVerwG, Urteil vom 2. April 2008, 6 C 16.07.

63 BNetzA, Beschlüsse vom 30. August 2006, BK 4c-06-001/R bis BK 4c-06/004/R,

nismäßig wäre. Ring hat mit der DTAG eine Vereinbarung geschlossen, nach der die von der DTAG an Ring zu zahlenden Entgelte an die von E-Plus gekoppelt sind. Damit ist gewährleistet, dass Ring keine Entgelte von der DTAG fordert, die missbräuchlich überhöht sind. Eine Diskriminierung anderer Zusammenschlusspartner ist nach den Ausführungen der Behörde ebenfalls nicht zu erwarten. Die Vorstellung von Ring, mit Hilfe der Vorabregulierung höhere Terminierungsentgelte durchzusetzen, verkennt, dass die Regulierung nicht darauf abzielt, einzelne Unternehmen zu schützen, sondern darauf, eine Wettbewerbssituation mit Als-ob-Wettbewerbspreisen zu simulieren. Im Wettbewerb ist es nicht vorstellbar, dass die Preise kleiner oder neu in den Markt eintretender Wettbewerber für eine vergleichbare Leistung höher sind als die der im Markt etablierten Unternehmen. Vorstellbar wäre eher, dass ein Unternehmen zum Zwecke des Marktzutritts Preise verlangt, die unterhalb der Preise der eingesessenen Unternehmen liegen. Gleichwohl akzeptiert die Bundesnetzagentur bisher noch differenzierte Terminierungsentgelte, da sie davon ausgeht, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bei den später lizenzierten E-Netzbetreibern höher sind als bei den D-Netzbetreibern. Dies mag auch für die MVNOs gelten. Mit der Orientierung an den (höheren) Terminierungsentgelten von E-Plus dürfte dem Anliegen von Ring allerdings Rechnung getragen sein.

98. Einwände gegen die Regulierungsverfügungen erhebt die Europäische Kommission. Kritisiert wird, dass darin zwar die Verpflichtung zur Ex-ante-Regulierung, aber keine konkreten Terminierungsentgelte festgelegt werden. Die Europäische Kommission ist der Auffassung, dass die Entgelte für die Terminierung in einzelnen Mobilfunknetzen, Gleitpfade für deren Absenkung sowie die Methoden zur Kosten- und Preisberechnung der Notifizierungspflicht gemäß Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie unterliegen, da sie Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben.⁶⁴ Dem widerspricht die Bundesnetzagentur. Sie sieht für die Notifizierung konkreter Um- und Durchsetzungsakte der Regulierung, wie etwa Maßnahmen der Entgeltregulierung, keine Rechtsgrundlage und hat am 31. März 2009 Entgelte für die Terminierung in einzelnen Mobilfunknetzen festgelegt, die am 1. April 2009 in Kraft getreten sind. Die Europäische Kommission hat daraufhin am 25. Juni 2009 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der Nichtbeachtung von Transparenzvorschriften der Europäischen Union bei der Regulierung der Mobilfunkzustellungsentgelte eingeleitet.⁶⁵

99. Die Monopolkommission sieht wie die Bundesnetzagentur keine Rechtsgrundlage für die Beteiligung der Europäischen Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden an konkreten Regulierungsentscheidungen der nationalen Behörde. Dem Verfahren gemäß Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie unterliegen die Marktdefinition und die Marktanalyse sowie die Auferlegung von (abstrakten) Regulierungsverpflichtungen. Dazu gehören die Fragen, ob dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht überhaupt eine Verpflichtung zur Entgeltregulierung aufzuerlegen ist und wenn, welche Form der Entgeltregulierung angemessen ist. Davon zu unterscheiden ist die Durchführung des Entgeltregulierungsverfahrens, an dessen Ende die Festsetzung eines bestimmten Entgelts steht. Dabei gibt es weder ein nationales Konsultationsverfahren noch ein Notifizierungsverfahren.

⁶⁴ Vgl. Europäische Kommission, Stellungnahme gemäß Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2002/21/EG vom 26. November 2008, SG-Greffe (2008) D/207093.

⁶⁵ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 25. Juni 2009, IP/09/1008.

100. Die Europäische Kommission verlangt die Notifizierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk mit dem Argument, dass diese Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt haben. Dasselbe gilt nach Auffassung der Europäischen Kommission auch für die Terminierungsentgelte im Festnetz.⁶⁶ Die Monopolkommission teilt diese Ansicht nicht. Anders als bei den Entgelten für die Terminierung von Gesprächen in ausländischen Mobilfunknetzen (International Roaming) betreffen die Entgelte für die Terminierung von Gesprächen aus inländischen Netzen in inländische Netze nur den jeweiligen nationalen Markt. Dort, wo Maßnahmen der Entgeltregulierung durch nationale Behörden Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt haben, wie bei den Roamingentgelten für grenzüberschreitende Gespräche, bietet sich eine direkte Regulierung auf der Gemeinschaftsebene eher an als Eingriffe über das Beteiligungsverfahren gemäß Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie. Das Verfahren nach Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie setzt die Durchführung eines nationalen Konsultationsverfahrens gemäß Art. 6 Rahmenrichtlinie voraus. Würde dieses nicht nur auf die Marktanalyse und die Auferlegung von Verpflichtungen, sondern zusätzlich auf die nachgelagerten Entgeltregulierungsverfahren angewendet, würde das den regulatorischen Aufwand und die Verfahrensdauer noch einmal deutlich erhöhen, ohne dass dem ein entsprechender Nutzen gegenüberstünde.

4.1.2.4 Breitbandzugang (Bitstromzugang)

101. Breitbandzugang für Großkunden (Bitstromzugang) ist ein Vorleistungsprodukt, mit dem alternative Internetzugangsanbieter ohne eigenes Netz oder alternative Netzbetreiber breitbandige Endkundenzugänge (DSL) realisieren können.⁶⁷ Der Anbieter von Bitstromzugang überlasst dem Bitstromnachfrager Breitbandanschlüsse und transportiert den darüber geführten Datenstrom über sein Konzentratornetz zu dem zugehörigen Übergabepunkt im Netz des Nachfragers. Die Bundesnetzagentur unterscheidet nach der Übertragungstechnologie des Verbindungsnetzes und dem Übergabepunkt sachlich relevante Märkte für Layer-2-Bitstromzugang (bisher ATM-Bitstromzugang) und Layer-3-Bitstromzugang (bisher IP-Bitstromzugang). Den beiden Bitstromzugangsmärkten entsprechen auf der Endkundenebene sämtliche DSL-Anschlüsse im Massenmarkt und im Premiumbereich. Wegen der Unterschiede bei der Erfüllung von Qualitätsstandards bedienen Layer-2- und Layer-3-Bitstromprodukte unterschiedliche Nachfragen: Layer-2-Bitstromprodukte werden vor allem von Unternehmen nachgefragt, die als Service Provider oder Carrier Premiumanschlüsse (ADSL-, SDSL-Anschlüsse, VDSL-Anschlüsse) mit besonderen Qualitätsgarantien anbieten. Layer-3-Bitstromprodukte zielen dagegen auf Anbieter von ADSL-Anschlüssen ohne besondere Qualitätsgarantien für den Massenmarkt.

102. In Deutschland sind regulierte Bitstromzugangprodukte seit Juli 2008 erhältlich. Daneben gibt es ein freiwilliges Angebot der DTAG sowie seit dem Jahr 2005 Angebote alternativer Netzbetreiber. Die Angebote der alternativen Netzbetreiber basieren nahezu ausschließlich auf der gemieteten Teilnehmeranschlussleitung und sind daher nur in von Wettbewerbern bereits erschlossenen Anschlussbereichen verfügbar. Breitbandanschlussprodukte werden mit unterschiedlichen Bandbreiten, gebündelt mit einem Schmalbandanschluss oder ungebündelt sowie mit unterschiedlichen Übertragungsqualitäten angeboten.

⁶⁶ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 27. März 2009, IP/09/489.

⁶⁷ Vgl. dazu ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 116 ff.

103. Von besonderer Bedeutung ist der Ende Oktober 2009 von der Bundesnetzagentur zur nationalen Konsultation veröffentlichte Entwurf für eine Marktdefinition und Marktanalyse deshalb, weil dabei erstmals über die Möglichkeit einer regional unterschiedlichen Regulierung in Deutschland entschieden wird.⁶⁸ Ansatzpunkte für eine Regionalisierung der Regulierung sind entweder die Abgrenzung regionaler Märkte im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung, wie in Großbritannien oder Portugal, oder die Differenzierung von Regulierungsmaßnahmen in einem einheitlich nationalen Markt, wie in Österreich. Für eine Regionalisierung der Regulierung spricht, dass sich die Wettbewerbsbedingungen auf den regionalen Teilmärkten für den Bitstromzugang unterscheiden. Als Anknüpfungspunkt für die Abgrenzung von Regionen werden die Anschlussbereiche im Netz des eingesessenen Unternehmens gesehen. Auf dieser Ebene des Netzes besteht die Nachfrage zum entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung am Hauptverteiler, über den wiederum alternative Anbieter ganz überwiegend eigene Bitstromzugangsangebote realisieren. Im Netz der DTAG gibt es ca. 7.900 Hauptverteiler bzw. Anschlussbereiche, von denen zur Zeit etwa 3.800 durch Wettbewerber erschlossen sind. Die Anschlussbereiche unterscheiden sich im Hinblick auf ihre Größe (Anzahl der Teilnehmeranschlüsse) und die Anzahl der dort tätigen Anbieter von Bitstromzugangsprodukten. In vielen Anschlussbereichen bietet lediglich die DTAG Bitstromzugang an, in anderen Anschlussbereichen gibt es neben der DTAG einen oder mehrere alternative Anbieter. Ein Anschlussbereich gilt als wettbewerbsfähig, wenn er eine Mindestgröße von 4.000 Teilnehmeranschlüssen hat, dort mindestens vier Anbieter von Bitstromzugangsprodukten aktiv sind und die DTAG auf dem zugehörigen Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse einen Marktanteil von weniger als 50 % hat. Die Mindestgröße von 4.000 Teilnehmeranschlüssen ist nach Auffassung der Bundesnetzagentur notwendig, damit ein Wettbewerber mit einem begrenzten Marktanteil – unterstellt werden 16 % – eine effiziente Betriebsgröße erreichen kann. Ein Marktanteil der DTAG von weniger als 50 % auf den zugehörigen Endkundenmärkten für Breitbandanschlüsse lässt auf eine gewisse Wettbewerbsintensität auch auf dem Vorleistungsmarkt für Bitstromzugang schließen. Die Vier-Anbieter-Regel bezieht sich auf die Verhältnisse in Deutschland, wo derzeit vier Unternehmen überregional Bitstromzugang anbieten (DTAG, Telefonica, Arcor und QSC). Sie wird aber auch als Kriterium für das Bestehen von Wettbewerb auf den britischen Märkten für Bitstromzugang genutzt.⁶⁹

104. Die von der Bundesnetzagentur genannten Kriterien für einen durch Wettbewerb gekennzeichneten Bitstromzugangsmarkt sind in 771 Anschlussbereichen im Netz der DTAG mit insgesamt ca. 9 Mio. Teilnehmeranschlüssen und ca. 5 Mio. realisierten DSL-Anschlüssen erfüllt. Gleichwohl lehnt die Bundesnetzagentur die Abgrenzung regionaler Märkte und die Regionalisierung der Regulierung ab. Dagegen sprechen nach Auffassung der Behörde vier Gründe:

- Der durchschnittliche Marktanteil der DTAG beim Bitstromzugang liegt in den 771 identifizierten Regionen trotz der Existenz von drei Wettbewerbern in einer Größenordnung, die nicht auf nachhaltigen Wettbewerb schließen lässt.⁷⁰ Damit

⁶⁸ Vgl. ABl. BNetzA Nr. 20 vom 21. Oktober 2009, S. 4059, Mitteilung Nr. 529/2009.

⁶⁹ Vgl. Office of Communications (Ofcom), Review of the wholesale broadband access markets – Final explanatory statement and notification, London, 21. Mai 2008.

⁷⁰ Der durchschnittliche Marktanteil der DTAG ist in dem Entwurf als Geschäftsgeheimnis gekennzeichnet.

unterscheiden sich die Wettbewerbsbedingungen in den wettbewerblichen und weniger wettbewerblichen Regionen nicht wesentlich.

- Es bestehen Unsicherheiten im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Bitstromzugang, da das Bitstromzugangsprüfung der DTAG zum Zeitpunkt der Datenabfrage noch relativ neu war und keine abschließende Einschätzung zulässt.
- Mit dem Abbau von Hauptverteilern im Zuge der Migration zu Next Generation Networks entfällt auch der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung am Hauptverteiler.⁷¹ Da der Bitstromzugang durch alternative Anbieter auf der Grundlage des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung basiert, wird auch das Angebot von Bitstromzugang durch alternative Anbieter in diesen Regionen entfallen. Die Auswirkungen auf den Wettbewerb auf den Vorleistungs- und den zugehörigen Endkundenmärkten lassen sich aus Sicht der Bundesnetzagentur gegenwärtig noch nicht abschätzen.
- Preisdifferenzierungen können auf dem Markt für Bitstromzugang nicht zur Unterscheidung von regionalen Märkten herangezogen werden, da die Entgelte der DTAG der Ex-ante-Regulierung unterliegen und bundeseinheitlich sind. Auch auf den zugehörigen Endkundenmärkten für Breitbandzugänge sind – mit wenigen Ausnahmen – keine regionalen Preisdifferenzierungen feststellbar.

105. Im Rahmen ihrer Marktanalyse kommt die Bundesnetzagentur zu dem Ergebnis, dass die beiden bundesweit abzugrenzenden Märkte für den Layer-2- und Layer-3-Bitstromzugang weiterhin die Kriterien des Telekommunikationsgesetzes für die Regulierungsbedürftigkeit erfüllen und dass die DTAG auf beiden Märkten über beträchtliche Marktmacht verfügt. In dem gleichzeitig zur Konsultation gestellten Entwurf einer Regulierungsverordnung verpflichtet die Bundesnetzagentur die DTAG dazu, Nachfragern Bitstromzugang zu gewähren, die Vereinbarungen diskriminierungsfrei im Sinne von § 19 TKG zu gestalten und Transparenz im Hinblick auf die Preise herzustellen. Die Entgelte sowohl für den Layer-2 als auch den Layer-3-Bitstromzugang unterliegen der nachträglichen Regulierung gemäß § 38 TKG. Damit reduziert die Bundesnetzagentur die Regulierungsintensität auf dem Markt für den IP-Bitstromzugang (Layer-3-Bitstromzugang), der bisher der Entgeltgenehmigung gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG unterliegt.

106. Die Monopolkommission steht der Regionalisierung der Regulierung von Telekommunikationsmärkten grundsätzlich positiv gegenüber. Die Regionalisierung eröffnet die Möglichkeit, Regulierung schneller abzubauen, als dies im nationalen Kontext möglich wäre. Die damit verbundenen Risiken für den Wettbewerb oder den Infrastrukturausbau werden überschätzt. Die praktischen Probleme, wie die Zunahmen der Anzahl der zu regulierenden Teilmärkte oder die Schwierigkeiten bei der Gewährleistung der Konsistenz von Entgelten, müssen angegangen werden. Sie können jedenfalls kein Argument dafür sein, auf mögliche Deregulierungsschritte zu verzichten. Die Monopolkommission sieht als Kandidaten für eine Regionalisierung der Regulierung die Märkte für den Bitstromzugang sowie den Endkundenmarkt für Teilnehmeranschlüsse. Auf diesen Märkten sind die Wettbewerbsbedingungen nicht mehr hinreichend homogen, um sie räumlich als einheitliche nationale Märkte abzugrenzen. Keine akute Notwendigkeit

⁷¹ Vgl. dazu auch Kapitel 6.

zur Regionalisierung gibt es auf dem Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. Hier sind die Wettbewerbsbedingungen weiterhin homogen, da die DTAG durchgehend Alleinanbieter ist und es keine Teilmärkte mit mehreren alternativen Anbietern gibt. Keinen Bestand bei einer regional differenzierten Regulierung wird voraussichtlich die Tarifeinheit im Raum haben, die allerdings aus ökonomischer Sicht ohnehin fragwürdig ist. Sie entspricht nicht dem Wettbewerbsprinzip und schadet den Endkunden im ländlichen Raum mehr, als sie ihnen nutzt, da die Dienste, wie etwa der Breitbandzugang, dort schlicht nicht angeboten werden, wenn die Kosten des Dienstes höher sind als dessen Einheitspreis.⁷² Zudem sind heute bereits in Ballungszentren mit Wettbewerb de facto günstigere Angebote zu erhalten als in ländlichen Regionen ohne Wettbewerb.

107. Voraussetzung für die Regionalisierung der Regulierung ist nach Auffassung der Monopolkommission die Abgrenzung regionaler Märkte im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung. Ein räumlich relevanter Markt ist ein Gebiet mit hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen. Die Homogenität von Wettbewerbsbedingungen lässt sich anhand von Kriterien, wie der Marktstruktur, der Existenz von Produkt-, Preis- oder Rabattdifferenzierungen, dem Bestehen von Marktzutrittsbarrieren oder von Präferenzen der Nachfrager, bestimmen. Die Abgrenzung von regionalen Märkten ist eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Regionalisierung der Regulierung. In einem zweiten Schritt ist im Rahmen der Marktanalyse zu untersuchen, ob auf den regionalen Märkten die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 TKG für die Regulierungsbedürftigkeit gegeben sind. Dabei kann sich zeigen, dass diese Voraussetzungen auf einem Teil der regionalen Märkte nicht mehr gegeben sind, es kann sich aber auch zeigen, dass weiterhin sämtliche Regionalmärkte zu regulieren sind.

108. Nach Auffassung der Monopolkommission rechtfertigt in Deutschland die Unterschiedlichkeit der Wettbewerbsbedingungen in den Anschlussbereichen die Abgrenzung mehrerer regionaler Märkte für Bitstromzugang, die, wie in Großbritannien, jeweils eine größere Anzahl von Anschlussbereichen mit ähnlichen Strukturen umfassen, ohne dass die Anschlussbereiche ein zusammenhängendes Gebiet ergeben. Abgegrenzt werden könnten zum Beispiel – vorbehaltlich einer näheren Untersuchung durch die Bundesnetzagentur – vier Märkte: Markt 1 würde Anschlussbereiche umfassen, auf denen die DTAG Alleinanbieter ist und die aufgrund ihrer geringen Größe (kleiner als 4.000 Teilnehmeranschlüsse) für wettbewerbliche Angebote nicht infrage kommen. Markt 2 würde Anschlussbereiche umfassen, in denen die DTAG zwar aktuell Alleinanbieter ist, aber potenzieller Konkurrenz durch Anbieter ausgesetzt ist, die bereits Zugang am Hauptverteiler haben und auf dem Endkundenmarkt Breitbandanschlüsse anbieten, aktuell aber nicht auf dem Vorleistungsmarkt für Bitstromzugang aktiv sind. Markt 3 würde Anschlussbereiche umfassen, die von Wettbewerbern erschlossen sind, von denen ein bis zwei Wettbewerber neben Endkundenleistungen auch Bitstromzugang anbieten. Markt 4 schließlich würde Anschlussbereiche mit mindestens vier aktuellen Anbietern von Bitstromzugang umfassen. Die möglichen Auswirkungen einer Deregulierung des Bitstromzugangs auf den Wettbewerb, den Infrastrukturausbau oder die Endkundenmärkte für Breitbandanschlüsse sind nicht im Rahmen der Marktabgrenzung, sondern bei der Marktanalyse zur Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit und dem Bestehen

⁷² Vgl. Weizsäcker, C.C. von, Regionalisierung der Regulierung im Bitstromzugangs-Markt? Gutachten für die Deutsche Telekom AG, September 2008, S. 21.

beträchtlicher Marktmacht zu untersuchen. Gegebenenfalls käme die Bundesnetzagentur hier zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen für eine Regulierung auf einem der Märkte nicht mehr gegeben ist. Nicht auszuschließen ist, dass alle abgegrenzten Regionalmärkte weiterhin zu regulieren sind. Die Bundesnetzagentur müsste schließlich prüfen, ob auf den weiterhin zu regulierenden Märkten gleiche oder unterschiedliche Verpflichtungen auferlegt werden.

4.2 Entgeltregulierung

109. Die wichtigsten Genehmigungsverfahren seit Anfang 2008 betrafen die Entgelte für den Bitstromzugang, die Zusammenschaltung, die Teilnehmeranschlussleitung sowie die Mobilfunkterminierung. Daneben hat die Bundesnetzagentur im Mai 2009 einen Entwurf für Hinweise zur konsistenten Entgeltregulierung im Sinne des § 27 Abs. 2 TKG vorgelegt. Umstritten in den Verfahren waren unter anderem die Kalkulation des Investitionswertes der Teilnehmeranschlussleitung auf der Basis reiner Wiederbeschaffungskosten, die Berücksichtigung der Kosten des Personalabbaus bei der DTAG sowie die Bewertung der Kosten der UMTS-Lizenzen für die Ermittlung der effizienten Kosten der Mobilfunkterminierung. Die Genehmigungsverfahren standen zudem im Blickpunkt des öffentlichen Interesses, weil die DTAG ein Junktim zwischen der Höhe der genehmigten Entgelte für die Teilnehmeranschlussleitung und Investitionen in den Ausbau ihrer Breitbandnetze hergestellt hat. Außerdem hat die Europäische Kommission die Notifizierung der Mobilfunkterminierungsentgelte verlangt und ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet, nachdem die Bundesnetzagentur der Aufforderung nicht gefolgt war.

4.2.1 IP-Bitstromzugang

110. Die Bundesnetzagentur hat das erste Entgeltregulierungsverfahren für den IP-Bitstromzugang im Mai 2008 abgeschlossen.⁷³ Es stand im Mittelpunkt des Interesses, weil die Nutzer anderer Vorleistungen für die Realisierung von Breitbandanschlüssen, insbesondere die Nutzer der Teilnehmeranschlussleitung, Befürchtungen im Hinblick auf die Tragfähigkeit ihres Endkundengeschäftsmodells hatten. Ein in Relation zu dem Entgelt für die Teilnehmeranschlussleitung zu niedriges Entgelt für den Bitstromzugang hätte die Bitstrom-orientierten Anbieter auf dem Endkundenmarkt für Breitbandzugänge bevorzugt und die Investitionen der TAL-orientierten Anbieter in eigene Infrastrukturen entwertet. Die Bundesnetzagentur hatte die gemäß den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ermittelten Entgelte Kosten-Kosten-Scheren-Tests unterworfen. Dabei waren die Kosten eines Nachfragers nach IP-Bitstrom den Kosten der Nachfrager anderer Vorleistungen zur Realisierung von Breitbandanschlüssen gegenüberzustellen. Im Einzelnen waren dies die Kosten der Nachfrager nach dem entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung und zu Line Sharing sowie die Kosten der Reseller. Die Regulierungsbehörde geht davon aus, dass keine Kosten-Kosten-Schere besteht, wenn die monatlichen Kosten des IP-Bitstromnachfragers höher sind als die Kosten der Nutzer anderer Vorleistungen. Das ist bei sämtlichen Varianten des IP-Bitstromzugangs sowie bei allen alternativen Vorleistungen der Fall. Auf dieser Grundlage geht die Bun-

⁷³ BNetzA, Beschluss vom 13. Mai 2008, BK 3c-08-004 sowie dies., Änderungsbeschluss vom 26. Mai 2008, BK 3c-08-004.

desnetzagentur davon aus, dass es keine Verzerrungen des Wettbewerbs der unterschiedlichen Geschäftsmodelle bei der Realisierung von Breitbandanschlüssen durch alternative Anbieter auf der Endkundenebene gibt und dass insbesondere der Infrastrukturausbau der TAL-orientierten Wettbewerber nicht beeinträchtigt wird.

111. Genehmigt wurde zunächst mit einer Laufzeit bis Ende Juni 2009 für die besonders wichtige Stand-alone-Variante des Bitstromzugangs, bei der ein Endkunde neben dem DSL-Anschluss keinen Telefonanschluss der DTAG mehr benötigt, ein Grundpreis in Höhe von 19,15 EUR, der sich erhöht, wenn der Nachfrager eine höhere durchschnittliche Bandbreite in Anspruch nimmt. Das Entgelt wurde im September 2009 mit einer Laufzeit bis Ende November 2010 auf 18,32 EUR gesenkt.⁷⁴ Verantwortlich für die Absenkung der Entgelte sind Anpassungen, die sich aus Änderungen bei den Entgelten für andere Vorleistungen ergeben haben, die in die Kalkulation einfließen, sowie gesunkene Preise bei der Übertragungstechnik.

4.2.2 Zusammenschaltung (Interconnection)

112. Mit Wirkung zum 1. Dezember 2008 hat die Bundesnetzagentur neue Entgelte für die Zusammenschaltung (sog. Interconnection-Entgelte) verfügt.⁷⁵ Erstmals steigen diese Entgelte im Vergleich zu der vorherigen Regulierungsperiode um durchschnittlich 4,4 % an. Die Entgelte liegen, je nach den Netzebenen, die bei der Durchleitung berührt werden, und je nach der Tageszeit (Haupt- oder Nebenzeit) zwischen 0,38 und 1,34 Cent/Minute. Begründet wird die Preisanhebung mit den zurückgehenden Verkehrsmengen im klassischen Telefonnetz, ausgelöst durch die Verlagerung von Gesprächen in die Mobilfunknetze und das Internet (VoIP), die zu höheren Kosten je Minute führt. Zwar stellt die Bundesnetzagentur zugleich Kostensenkungen durch Effizienzverbesserungen beim Netzbetrieb fest. Diese können allerdings den entgelterhöhenden Effekt der Verkehrsmengenreduzierung nicht vollständig ausgleichen.

113. Zudem hat die Bundesnetzagentur erstmals die von der DTAG geltend gemachten Kosten des Personalabbaus, speziell die Aufwendungen für Abfindungszahlungen und Rückstellungen für Vorruhestandsregelungen sowie das Defizit der Personalauffanggesellschaft Vivento, berücksichtigt. Bei diesen Kosten handelt es sich nach Auffassung der Behörde um Aufwendungen gemäß § 31 Abs. 3 TKG, die über die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hinaus berücksichtigt werden können, soweit hierfür eine rechtliche Verpflichtung besteht oder eine sonstige sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird. Die Kosten für den Personalabbau sind danach keine Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, da weder die Kräfte von Vivento noch die über das Personalrestrukturierungsprogramm freigesetzten Mitarbeiter zur Leistungserstellung benötigt werden. Sie seien aber begründet, da die DTAG aus beamtenrechtlichen oder tarifvertraglichen Vorgaben verpflichtet sei, die Kräfte weiter zu beschäftigen. Die Abfindungszahlungen und Vorruhestandsregelungen seien sachlich gerechtfertigt, weil sie zu Effizienzsteigerungen bei der DTAG führen. Bei den Kosten von Vivento wurde berücksichtigt, dass dort Beschäftigte zeitweise unternehmensintern und -extern eingesetzt werden und auf diese Weise Erträge erwirtschaften, die bei der Ermittlung des Defizits der Personalauffanggesellschaft gegengerechnet werden.

74 BNetzA, Beschluss vom 14. September 2009, BK 3e-09-044.

75 BNetzA, Beschluss vom 28. November 2008, BK 3c-08-137.

114. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass das Defizit der Personalaufgangsgesellschaft Vivento als Aufwendungen im Sinne von § 31 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. TKG gelten kann. Voraussetzung ist, dass bei Vivento nur Arbeitnehmer beschäftigt werden, für die keine Kündigungsmöglichkeit besteht. Fraglich ist hingegen, ob Abfindungen und Vorruhestandsregelungen ihre sachliche Rechtfertigung als Aufwendungen im Sinne von § 31 Abs. 3 Satz 1 2. Alt. TKG darin finden, dass sie zu Effizienzsteigerungen bei der DTAG führen. Problematisch ist jedenfalls insoweit, dass die Wettbewerber des regulierten Unternehmens die Rationalisierungsinvestitionen ihres größten Konkurrenten finanzieren. Je größer die Rationalisierungsanstrengungen des regulierten Unternehmens ausfallen, desto höhere Vorleistungsentgelte müssen die Wettbewerber zahlen. Aus ökonomischer Sicht akzeptabel ist das nach Auffassung der Monopolkommission nur dann, wenn die Rationalisierungsvorteile des regulierten Unternehmens in der folgenden Regulierungsperiode in Form sinkender Vorleistungsentgelte an die Wettbewerber weitergegeben werden.

4.2.3 Teilnehmeranschlussleitung

115. Die Bundesnetzagentur hat die Entgelte für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung mit Wirkung zum 1. April 2009 für zwei Jahre von 10,50 EUR auf 10,20 EUR gesenkt.⁷⁶ Die DTAG hatte in ihrem Antrag eine Erhöhung auf 12,90 EUR gefordert. Die Wettbewerber hielten dagegen eine weitaus deutlichere Absenkung für erforderlich. Strittig an der Entscheidung ist insbesondere die ausschließliche Verwendung von Wiederbeschaffungskosten bei der Ermittlung des Entgelts für die Teilnehmeranschlussleitung. Die DTAG hat als Reaktion auf die Absenkung die Überprüfung von Investitionen für den Breitbandausbau auf dem Lande angekündigt.⁷⁷

116. Die Reduzierung des Entgelts um knapp 3 % ergab sich aufgrund gegenläufiger Kosteneffekte. Im Vergleich zu der vorangegangenen Regulierungsentscheidung aus dem Jahr 2007 hat sich nach den Ermittlungen der Bundesnetzagentur der Investitionswert des Anschlussnetzes wegen gestiegener Tiefbau- und Kupferpreise erhöht. Dem steht eine Absenkung der realen kalkulatorischen Zinsen gegenüber, die sich als Folge der Unternehmenssteuerreform 2008, gesunkener Eigenkapitalrenditen sowie einer höheren Inflationsrate ergibt.

117. Die Bundesnetzagentur hat die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, die die Entgelte im Genehmigungsverfahren nicht überschreiten dürfen, wie bei allen vorangegangenen Entscheidungen zur Teilnehmeranschlussleitung auf der Grundlage von Wiederbeschaffungskosten ermittelt. Gemeint sind damit Kosten, die einem Betreiber für die Errichtung einer vollständig neuen Teilnehmeranschlussinfrastruktur entstehen würden. Unberücksichtigt bleiben historische Kosten, die dem Betreiber des Teilnehmeranschlussnetzes tatsächlich entstanden sind, abzüglich der bereits erfolgten Abschreibungen. Das ist aus rechtlicher und ökonomischer Perspektive umstritten. Die Regulierungsbehörde rechtfertigt ihr Vorgehen damit, dass sie bei der Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und auch bei der Frage nach dem Kostenbeurteilungsmaßstab für den Investitionswert einen vollumfänglichen Beurteilungsspielraum habe.⁷⁸ Bei der Abwägung der Interessen der DTAG als Antragstellerin und

76 BNetzA, Beschluss vom 31. März 2009, BK 3c-09-005.

77 DTAG, Telekom überprüft Investitionen für Breitbandausbau, Pressemitteilung vom 2. April 2009.

78 Vgl. BNetzA, Beschluss vom 31. März 2009, BK 3c-09-005, S. 19 ff.

der Wettbewerber als Nutzer der Vorleistung sowie in Anbetracht des Regulierungsziels der Förderung eines nachhaltigen Wettbewerbs und effizienter Infrastrukturinvestitionen sei eine ausschließliche Kalkulation auf der Basis von Wiederbeschaffungswerten gerechtfertigt.

118. Streitig ist, ob die ausschließliche Berücksichtigung von Wiederbeschaffungskosten mit dem europäischen Telekommunikationsrecht vereinbar ist. Der Europäische Gerichtshof hatte in einem Vorabentscheidungsverfahren, bei dem es um mehrere Vorlagenfragen des Verwaltungsgerichts Köln ging, entschieden, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Ermittlung der Kosten für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung die tatsächlichen Kosten berücksichtigen müssen, die sich aus den historischen Kosten und den voraussichtlichen Kosten ergeben.⁷⁹ Die voraussichtlichen Kosten wiederum sind gegebenenfalls aufgrund des Wiederbeschaffungswertes des Netzes oder bestimmter Teile davon zu kalkulieren.⁸⁰ Die Bundesnetzagentur sieht in dieser Feststellung keine Verpflichtung, bei der Ermittlung der Kosten für die Teilnehmeranschlussleitung sowohl historische als auch aktuelle Kosten zu berücksichtigen. Der Europäische Gerichtshof gestehe der nationalen Regulierungsbehörde bei der Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung einen Beurteilungsspielraum zu, der auch die Kalkulation und Genehmigung von ausschließlich auf der Grundlage von Wiederbeschaffungskosten ermittelten Entgelte ermöglicht. Im Rahmen der Abwägung sei daher zu prüfen, ob den Regulierungszielen, den Interessen der Antragstellerin und den Interessen der Nutzer besser durch die Kalkulation der Entgelte auf der Grundlage von historischen Kosten oder von Wiederbeschaffungskosten Rechnung getragen wird. Diese Abwägung gehe zugunsten der Wiederbeschaffungskosten aus. Eine andere Auffassung vertritt das Verwaltungsgericht Köln. Es interpretiert den Europäischen Gerichtshof dahingehend, dass weder eine ausschließlich auf den aktuellen Kosten noch eine ausschließlich auf historischen Kosten basierende Kostenberechnungsmethode zulässig ist.⁸¹ Es hat mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Beschlüsse der Bundesnetzagentur zur Regulierung des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung aus den Jahren 1999 und 2001 – soweit sie die monatlichen Überlassungsentgelte betreffen – als rechtswidrig beanstandet. Ähnlich wie das Verwaltungsgericht interpretieren zwei Rechtsgutachten den Europäischen Gerichtshof.⁸² Kühling/Heimeshoff sehen bei der Regulierungsbehörde zwar einen Spielraum im Hinblick auf die Bestimmung der Kosten des effizienten Netzes auf der Basis historischer und aktueller Kosten, aber keine Möglichkeit der ausschließlichen Orientierung an dem einen oder anderen Maßstab.⁸³ Nach Klotz/Brandenburg verdeutlicht das Konzept der tatsächlichen Kosten des Europäischen Gerichtshofs, dass eine ausschließliche Verwendung der Wiederbeschaffungskosten nicht zulässig ist.⁸⁴

79 Vgl. EuGH, Urteil vom 24. April 2008, Rs. C-55/06, Rn. 115, 119.

80 Vgl. ebenda, Rn. 119.

81 Vgl. VG Köln, Urteil vom 27. November 2008, 1 K 1749/99, Rn. 96 ff.

82 Vgl. Kühling, J., Heimeshoff, U., Die Entgeltregulierung der Kupfer-TAL vor dem Hintergrund der NGA-Migration, Gutachten im Auftrag des VATM, 27. Januar 2009; Klotz, R., Brandenburg, A., Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zur Festsetzung des TAL-Preises, Gutachten im Auftrag des Bundesverbandes Breitbandkommunikation BREKO e.V., 24. Februar 2009.

83 Vgl. Kühling, J., Heimeshoff, U., Die Entgeltregulierung der Kupfer-TAL vor dem Hintergrund der NGA-Migration, a.a.O., S. 34.

84 Vgl. Klotz, R., Brandenburg, A., a.a.O., S. 18.

119. Aus ökonomischer Sicht ist der Rückgriff auf Wiederbeschaffungskosten bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gerechtfertigt, weil dadurch Entgelte simuliert werden, die sich bei funktionsfähigem Wettbewerb ergeben würden. Unterstellt wird eine Entscheidungssituation, bei der ein Neueinsteiger die Wahl zwischen Investitionen in ein eigenes Netz oder die Miete der Teilnehmeranschlussleitung hat. Dabei sind die aktuell entstehenden und zukünftig anfallenden Kosten relevant und nicht die historischen Kosten. Bei der Berücksichtigung der Wiederbeschaffungskosten wird sichergestellt, dass der Infrastrukturihaber genügend Mittel und Anreize hat, sein Netz zu erhalten und auf den neuesten Stand zu bringen. Fraglich ist allerdings, ob die alleinige Verwendung von Wiederbeschaffungskosten bei der Ermittlung der TAL-Entgelte vor dem beschriebenen rechtlichen Hintergrund aufrechterhalten werden kann und ob diese Praxis in Anbetracht der Migration zu Next Generation Networks weiter angemessen ist.⁸⁵

120. Die Angemessenheit der alleinigen Verwendung von Wiederbeschaffungskosten steht bei der Migration zu einem neuen Netz infrage, weil die Investitionen in das überkommene (Kupfer-)Netz auf ein Mindestmaß reduziert werden, wenn dieses in kurzer Perspektive – ganz oder teilweise – durch ein neues Glasfasernetz ersetzt werden soll.⁸⁶ Unterstellt wird, dass der Netzinhaber in diesem Fall keine Mittel mehr für die Modernisierung des Netzes aufbringt. Werden die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung weiterhin auf der Grundlage von Wiederbeschaffungskosten bestimmt, können die Entgelte für den Netzzugang deutlich überhöht sein. Das abgeschriebene (Kupfer-)Netz wird hochprofitabel mit der Folge, dass Anreize für das eingeseessene Unternehmen bestehen, das alte Netz länger als notwendig zu nutzen und Investitionen in neue Netze zu verzögern. Gleichzeitig werden den alternativen Netzbetreibern, die weiterhin auf den Zugang zu dem alten Netz angewiesen sind, Mittel für eigene Investitionen in neue Netze entzogen.

121. Nach Auffassung der Monopolkommission folgt daraus allerdings nicht, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf der Grundlage historischer Kosten zu ermitteln sind. Eine Abkehr von den Wiederbeschaffungskosten hieße, die Fiktion eines Als-ob-Wettbewerbspreises als Ziel der Entgeltregulierung aufzugeben. Abzugehen ist vielmehr von der Praxis, die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung allein auf der Grundlage der Wiederbeschaffungskosten des bestehenden Netzes zu ermitteln. Steht, wie in der gegenwärtigen Situation, ein Umbruch bei der Netztechnologie an, würde ein effizientes Unternehmen auf einem hypothetischen Wettbewerbsmarkt nicht mehr in das alte Netz investieren, sondern unmittelbar das moderne, kostengünstigere Netz errichten. Daraus folgt, dass sich ein Neueinsteiger bei der Wahl zwischen Investitionen in ein eigenes Netz oder der Miete der Teilnehmeranschlussleitung nicht mehr an den Kosten des bestehenden, sondern denen des zu errichtenden neuen Netzes orientiert. Bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ist damit von der alleinigen Berücksichtigung der Wiederbeschaffungskosten des alten Netzes abzuweichen. Ist das neue Netz, wie es bei dem Next Generation Network der Fall zu sein scheint, kostengünstiger, bilden die aktuell entstehenden und zukünftig anfallenden

⁸⁵ Vgl. Kühling, J., Heimeshoff, U., Die Entgeltregulierung der Kupfer-TAL vor dem Hintergrund der NGA-Migration, a.a.O.,

⁸⁶ Vgl. Kapitel 6.

Kosten des neuen Netzes eine Obergrenze für die Wiederbeschaffungskosten des bestehenden Netzes.

122. Bedenklich ist die Ankündigung der DTAG, ihre Investitionen für den Breitbandausbau in den unversorgten Gebieten im ländlichen Raum um ein Drittel zu kürzen, weil die Vorleistungsentgelte nicht wie beantragt gestiegen sind, sondern gekürzt wurden.⁸⁷ Eine solche Reaktion zielt darauf ab, politischen Druck auf die Entscheidungen der Regulierungsbehörde auszuüben. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich, dass sich bisher weder die Entscheidungsträger in der Politik noch die Regulierungsbehörde davon beeinflussen ließen. Die Politik sollte dieses Vorgehen der DTAG zum Anlass nehmen, die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur weiter zu stärken.⁸⁸ Dazu gehört auch, dass die materielle Privatisierung der DTAG weiter vorangetrieben wird.

4.2.4 Mobilfunkterminierung

123. Mit Wirkung zum 1. April 2009 hat die Bundesnetzagentur im Rahmen von vier Regulierungsverfahren die Entgelte für die Terminierung von Gesprächen in einzelnen Mobilfunknetzen gesenkt. Die neuen Entgelte betragen 6,59 Cent/Minute (nach 7,92 Cent/Minute) für die D-Netzbetreiber T-Mobile und Vodafone sowie 7,14 Cent/Minute (nach 8,80 Cent/Minute) für die E-Netzbetreiber E-Plus und O2. Die beiden Betreiber virtueller Mobilfunknetze (Mobile Virtual Network Operators, MVNOs) unterliegen keiner Entgeltregulierung. Begründet wird die Tarifiereduzierung mit den deutlich gestiegenen Verkehrsmengen in den Mobilfunknetzen, die bei einer stabilen Kostensituation und effizienten Netzen zu geringeren Kosten der Terminierung pro Minute führen. Die Tarifspreizung zwischen den D- und E-Netzbetreibern bleibt erhalten. Sie wird aber weiter reduziert, weil die Nachteile der E-Netzbetreiber aus dem späteren Marktzutritt und der unterschiedlichen Frequenzausstattung fortschreitend abnehmen. Berücksichtigt bei der Kalkulation der Terminierungsentgelte wurden neben den Netzkosten auch die Kosten der UMTS-Lizenzen auf der Basis aktueller Wertermittlungen. Die Entgelte wurden bis zum 30. November 2010 festgelegt.

124. Die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für die beiden Netzbetreiber Vodafone und O2 erfolgte erstmals auf der Grundlage detaillierter Kostenunterlagen. Bei T-Mobile und E-Plus war das nicht möglich, da beide Unternehmen keine prüffähigen Unterlagen vorgelegt hatten. Die Bundesnetzagentur verlangt von den Unternehmen mit Blick auf die kurze Genehmigungsfrist von lediglich zehn Wochen zeitgleich mit dem Entgeltantrag die Vorlage einer vollständig verformelten und verknüpften Excel-Datei der Kostendaten als elektronischen Kostennachweis. Alternativ können die Unternehmen ihre Kostendaten auf der Basis eines von der Bundesnetzagentur entwickelten elektronischen Kalkulationstools einreichen, welches die Anforderungen der Behörde an die Kostenunterlagen abbildet und die Prüffähigkeit sichert. Gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 TKG kann die Bundesnetzagentur eine Genehmigung der Entgelte versagen, wenn das regulierte Unternehmen keine vollständigen Kostenunterlagen vorlegt. Der Regulierer hat davon in Ausübung seines Ermessens abgesehen, weil die Versagung der Genehmigung erhebliche Unsicherheiten im Markt ausgelöst hätte. Das Bundeskartellamt regt in seiner Stellungnahme zu dem Beschlussentwurf der Bundes-

⁸⁷ DTAG, Telekom überprüft Investitionen für Breitbandausbau, Pressemitteilung vom 2. April 2009.

⁸⁸ Vgl. dazu auch Kapitel 5.1.3

netzagentur an, eine Ablehnung der nächsten Entgeltanträge ernsthaft in Erwägung zu ziehen, wenn Mobilfunknetzbetreiber weiterhin keine vollständigen Kostenunterlagen vorlegen. Vorzugswürdig wäre nach Auffassung der Monopolkommission, die Nutzung des von der Behörde entwickelten Kalkulationstools verpflichtend vorzugeben. Gegebenenfalls sollte diese Verpflichtung in § 35 Abs. 3 TKG verankert werden.

125. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung wurden bei T-Mobile und E-Plus anhand einer nationalen Vergleichsmarktbetrachtung ermittelt. Gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG sind dabei die Preise solcher Unternehmen als Vergleich heranzuziehen, die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten anbieten. Das sind Terminierungsmärkte im strengen Wortsinn nicht. Es sind vielmehr Märkte, auf denen der jeweilige Netzbetreiber Alleinanbieter ist. Wettbewerb ist nicht möglich, da nur der Netzbetreiber Terminierungsleistungen in seinem Netz anbieten kann. Gleichwohl sieht die Bundesnetzagentur die Anwendbarkeit der Vergleichsmarktmethode als gegeben, da es dem Zweck des § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG entspreche, diese Methode auch in Fällen nutzbar zu machen, bei denen die Entgelte auf einem für den Wettbewerb geöffneten Markt durch Regulierung festgesetzt werden. Die Monopolkommission teilt die Auffassung der Bundesnetzagentur. Eine Vergleichsmarktbetrachtung ist bei der Ermittlung der effizienten Kosten der Terminierung möglich, weil die Regulierung der Märkte Wettbewerb simuliert und für weitgehend wettbewerbsanalogue Marktergebnisse sorgt. Voraussetzung für die Vergleichbarkeit ist allerdings, dass es sich um die Terminierungsentgelte in einem strukturell vergleichbaren Netz handelt und die Entgelte dort auf der Grundlage von Kostenunterlagen oder eines Kostenmodells ermittelt worden sind. Die Verwendung eines nationalen Vergleichsmarktes bietet sich deshalb an, weil die Strukturen der Märkte weitgehend ähnlich sind. Eine andere Auffassung vertritt das Verwaltungsgericht Köln.⁸⁹ Danach können Märkte für die Terminierung von Gesprächen in einzelnen Netzen grundsätzlich keine Vergleichsmärkte im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG sein, da auf ihnen weder Wettbewerb besteht noch entstehen kann. Die fehlende Wettbewerbsgrundlage könne nicht durch den Rückgriff auf Entgelte ersetzt werden, die lediglich aufgrund von Regulierung festgesetzt seien.

126. Die Bundesnetzagentur setzt mit ihren Beschlüssen den eingeschlagenen Weg fort, die Terminierungsentgelte im Mobilfunk kontinuierlich weiter zu senken und die Spreizung der Entgelte zwischen den D- und E-Netzbetreibern zu verringern. Im Grundsatz entspricht dieses Vorgehen der Linie der Europäischen Kommission, die allerdings eine deutlich stärkere Absenkung der Entgelte anstrebt, nämlich auf 1,5 bis 3 Cent/Minute bis Ende des Jahres 2012.⁹⁰ Die Umsetzung dieser Empfehlung hieße, dass die Bundesnetzagentur bei ihren nächsten Regulierungsentscheidungen für die Terminierungsmärkte im Mobilfunk Ende des Jahres 2010 die Entgelte deutlich stärker senken müsste als bisher, gegebenenfalls bis auf ein Niveau unterhalb der effizienten Kosten. Die Monopolkommission lehnt das ab. Sie sieht darin das Risiko, dass die Betreiber der kleineren Mobilfunknetze überfordert werden.⁹¹ Grundsätzlich positiv steht die Monopolkommission dem Anliegen gegenüber, die Spreizung der Entgelte zwischen den D- und E-Netzbetreibern zu überwinden. Die Spreizung bei den Terminierungsentgelten wird damit begründet, dass die Kostensituation der Netze unterschiedlich ist. In einem Wettbe-

⁸⁹ Vgl. VG Köln, Urteil vom 6. November 2008, 1 K 3194/06, S. 9 ff.

⁹⁰ Vgl. Abschnitt 5.3.2.

⁹¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 131.

werbsumfeld, welches durch die Regulierung simuliert werden soll, wäre es allerdings nicht möglich, dass einzelne Unternehmen ihre höheren Kosten auf Dauer durch höhere Preise finanzieren können.

4.3 Besondere Missbrauchsaufsicht

127. Die Aufsicht über missbräuchliche Verhaltensweisen der DTAG nimmt in der Amtspraxis der Bundesnetzagentur eine eher nachgeordnete Bedeutung ein. Wenn Verfahren gemäß § 42 TKG geführt werden, werden diese zum Teil ohne Abschluss einer Missbrauchsverfügung eingestellt, nachdem die DTAG ihre Verhaltensweisen geändert oder eine Änderung in Aussicht gestellt hat. Seit Ende des Jahres 2007 wurden zwei größere Verfahren geführt, zum einen wegen der aus Sicht der Wettbewerber zu langen Umschaltzeiten bei dem Vorleistungsprodukt Teilnehmeranschlussleitung und zum anderen wegen der Vertragslaufzeiten bei dem Endkundenprodukt Call & Surf.

128. Das Verfahren wegen missbräuchlichen Verhaltens bei der Bereitstellung von Teilnehmeranschlussleitungen wurde geführt, weil es infolge der gestiegenen Nachfrage im Verlauf des Jahres 2007 zu einem erheblichen Rückstau bei den TAL-Umschaltungen auf die Wettbewerber gekommen war. Das Verfahren wurde im Mai 2008 eingestellt, nachdem die DTAG den Auftragsstau abgebaut hatte und sich mit den Beschwerde führenden Wettbewerbern vertraglich auf verbesserte Bedingungen für die Bestellung und Bereitstellung der TAL geeinigt hatte.⁹² Darüber hinaus hatte die DTAG sich verpflichtet, die verbesserten Bezugsbedingungen auch allen anderen Nachfragern einzuräumen und die Bundesnetzagentur über einen Zeitraum von 18 Monaten regelmäßig über die Nachfrage- und Bereitstellungssituation bei der TAL zu unterrichten.

129. Ein weiteres Missbrauchsverfahren bezog sich auf die Einführung einer zweijährigen Vertragslaufzeit bei den Komplettangeboten aus Telefonanschluss, Internetzugang sowie Verbindungsflatrate, dem sog. Call & Surf-Paket. Nach Auffassung der Wettbewerber entstand mit der langen Vertragslaufzeit eine unzulässig Kundenbindung, die zulasten des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten geht. Die Bundesnetzagentur hat das Verfahren im Januar 2009 eingestellt, da die Missbrauchsvorschrift des § 42 TKG auf Vertragslaufzeiten nicht anwendbar ist und ein Verstoß gegen § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG (sachlich ungerechtfertigte Produktbündelung) nicht feststellbar war. Gleichwohl hatte die DTAG im Vorfeld der Verfahrenseinstellung die Vertragslaufzeit für das Produkt Call & Surf-Basic von 24 auf zwölf Monate gesenkt.

130. Weitergeführt wurde im Berichtszeitraum die Diskussion um die Ausweitung der besonderen Missbrauchsaufsicht gemäß §§ 38 und 42 TKG auf beherrschte, aber nicht gemäß §§ 9 ff. TKG regulierte Märkte. So hat sich der Bundesrat in einem Beschluss zu der Stellungnahme der Bundesregierung zum Siebzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission dafür ausgesprochen, das Telekommunikationsgesetz dahingehend zu ändern, dass die Vorschriften zur nachträglichen Regulierung von Entgelten (§ 38 TKG) und zur besonderen Missbrauchsaufsicht (§ 42 TKG) auch ohne Abschluss eines förmlichen Marktanalyse- und Marktdefinitionsverfahrens anwendbar sind.⁹³ Die Monopolkommission hatte dies abgelehnt, da sie an der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht zweifelt und das allgemeine Wettbewerbsrecht für

92 BNetzA, Pressemitteilung vom 8. Mai 2008.

93 BR-Drs. 973/08 vom 13. Februar 2009.

ausreichend erachtet, entsprechende Missbräuche zu verfolgen.⁹⁴ Die Bundesnetzagentur hat der Monopolkommission in der Anhörung im Rahmen der Vorbereitungen zu diesem Gutachten noch einmal ausdrücklich bestätigt, dass es aus ihrer Sicht keine Gesetzeslücke im Telekommunikationsgesetz gibt, die eine effiziente Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Telekommunikationsunternehmen verhindert. Soweit es im Einzelfall um Missbräuche auf nicht regulierten Telekommunikationsmärkten geht, würden diese in enger Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt gelöst. Die Monopolkommission sieht vor diesem Hintergrund weiterhin keine Notwendigkeit für eine entsprechende Änderung des Telekommunikationsgesetzes.

4.4 Frequenzregulierung

131. Im Jahr 2010 steht das vom Umfang des zu vergebenden Spektrums her größte Vergabeverfahren für Frequenzen in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland an. Vergeben werden sollen ca. 360 MHz in den Frequenzbereichen 800 MHz, 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz. Ein Teil dieser Frequenzen, die im Bereich 800 MHz, stammen aus der sog. digitalen Dividende.⁹⁵ Gemeint sind damit Frequenzen, die im Zuge der Umstellung von Rundfunk und Fernsehen von der Analog- auf die Digitaltechnik frei werden und für eine Nutzung für Kommunikationszwecke zur Verfügung stehen. Die Monopolkommission diskutiert das Verfahren zur Vergabe der Frequenzen aus der digitalen Dividende sowie die vorgesehenen Auflagen in einem eigenen Kapitel dieses Gutachtens.⁹⁶ An dieser Stelle würdigt sie die Entscheidungen der Bundesnetzagentur zu der Verbindung der Verfahren zur Vergabe der Frequenzen und den Vergabebedingungen sowie zu der Flexibilisierung von bestehenden Frequenznutzungsrechten.

132. Die Bundesnetzagentur hat am 12. Oktober 2009 entschieden, die Verfahren zur Vergabe der Frequenzen aus den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz sowie 2,6 GHz, die bereits seit Längerem anstehen, mit der Vergabe der Frequenzen aus der digitalen Dividende zu verknüpfen.⁹⁷ Ziel ist es, die Vergabe der 800 MHz-Frequenzen dadurch zu beschleunigen, dass sie an ein Verfahren angehängt werden, welches in der Vorbereitung bereits fortgeschritten ist. Hinzu kommt die Überlegung, dass die gemeinsame Vergabe von Spektrum regulierungsinduzierte Knappheiten verhindert, die sich bei einer getrennten Vergabe ergeben würden. Diese Überlegung stellt darauf ab, dass die gemeinsame Vergabe des gesamten verfügbaren Spektrums erstens die Menge des zu einem Termin zu vergebenden Spektrums erhöht. Zweitens wird es den Bietern ermöglicht, sich ergänzendes Spektrum aus verschiedenen Frequenzbereichen gleichzeitig zu ersteigern, um damit eine optimale Frequenzausstattung für das jeweilige Geschäftsmodell zu erreichen oder das Ausweichen auf anderes Spektrum zu erleichtern, wenn Gebote er-

94 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 132 ff.; dies., Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008, Tz. 65 ff.

95 Vgl. Abschnitt 7.2.

96 Vgl. Kapitel 7.

97 Vgl. BNetzA, Präsidentenkammer, Entscheidung vom 12. Oktober 2009 über die Verbindung der Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 790 bis 862 MHz sowie 1710 bis 1725 MHz und 1805 bis 1820 MHz mit dem Verfahren zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten sowie über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten (Auktionsregeln), BK 1a-09/002, ABl. BNetzA Nr. 20 vom 21. Oktober 2009, S. 3623, Verfügung 59/2009.

folglos bleiben. Die Monopolkommission begrüßt die Bemühungen der Behörde, die Vergabe der Frequenzen aus der digitalen Dividende zu beschleunigen. Sie bezweifelt aber, dass die Verbindung der Verfahren notwendig war, da sämtliche zeitintensiven vorbereitenden Schritte bis zur Vergabe der Frequenzen aus der digitalen Dividende – Änderung der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung (FreqBZPV), Änderung des Frequenznutzungsplans, Entscheidung über ein Vergabeverfahren – trotz der Verbindung der Verfahren durchgeführt werden mussten. Zeitvorteile können sich allenfalls daraus ergeben, dass die technische Vorbereitung der Versteigerung der Frequenzen aus den übrigen Frequenzbereichen bereits fortgeschritten war.

133. Nicht notwendig erscheint die Verbindung der Verfahren zur Vermeidung von regulierungsinduzierten Frequenzknappheiten. Zwar sieht die Monopolkommission den Vorteil, dass die Unternehmen ihren gesamten Frequenzbedarf für die kommenden Jahre zu einem Zeitpunkt decken können. Das versetzt sie in die Lage, Geschäftsmodelle, die auf Frequenzen aus unterschiedlichen Bereichen aufsetzen, schneller umzusetzen. Hinzu kommt der Vorteil, dass Frequenzen durch Spektrum aus einem anderen Bereich substituiert werden können, wenn ein Unternehmen bei der Vergabe der Frequenzen in dem gewünschten Bereich leer ausgegangen ist. Nicht ersichtlich ist, warum dieser Vorteil nicht auch durch zeitlich parallele getrennte Verfahren erreicht werden kann.

134. Eher gegen die Verbindung der Verfahren spricht, dass Teile des 1,8 GHz-, 2 GHz- und 2,6 GHz-Frequenzspektrums derzeit noch Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen sind. Nicht ausgeschlossen ist, dass mit der damit verbundenen Rechtsunsicherheit das Gesamtverfahren belastet wird. Betroffen davon sind die 1,8 GHz-Frequenzen mit Ausnahme der Bereiche 1710 bis 1725 MHz und 1805 bis 1820 MHz, etwa die Hälfte des zu vergebenden Spektrums im Bereich 2 MHz und sämtliche 2,6 GHz-Frequenzen.⁹⁸ Je nach Ausgang der Gerichtsverfahren kann sich die Situation ergeben, dass Nutzungsrechte für Frequenzen, die an einen Bieter vergeben werden, nach Abschluss der Gerichtsverfahren wieder dem früheren Nutzer eingeräumt werden müssen. Die Bundesnetzagentur wird die Zuteilung der streitbefangenen Frequenzen daher mit einer auflösenden Bedingung für den Fall versehen, dass sie durch eine gerichtliche Entscheidung gezwungen wird, die Nutzungsrechte an andere Unternehmen zu verlängern oder wieder einzuräumen. Der Zuschlagsbetrag soll in diesem Fall erstattet werden.

135. Wird die Zuteilung der Nutzungsrechte mit einer auflösenden Bedingung versehen, wird dadurch wiederum der Vorteil der Verfahrensverknüpfung, regulierungsinduzierte Frequenzknappheiten zu vermeiden, relativiert. Die auflösende Bedingung, mit der die streitbefangenen Frequenzen versehen sind, sorgt dafür, dass diese zwar ohne Risiko ersteigert, aber nur unter erheblichen Risiken genutzt werden können. Die Ersteigerung als solche birgt kein Risiko, da der Zuschlagsbetrag erstattet wird, wenn das Nutzungsrecht wieder erlischt. Nicht erstattet werden hingegen die Kosten für den Aufbau des eigentlichen Mobilfunkdienstes, nämlich Kosten für den Netzaufbau, den Marktzutritt usw. Diese Kosten sind versunken, wenn das Nutzungsrecht an den Frequenzen wieder erlischt. Nahe liegend ist es daher, dass die streitbefangenen Frequenzen nicht zur un-

⁹⁸ Ein Überblick über die streitbefangenen Frequenzen, den Streitgegenstand, die Kläger sowie die bisher ergangenen Entscheidungen findet sich in: ABl. BNetzA Nr. 20 vom 21. Oktober 2009, S. 3623, hier: S. 3655 ff., Verfügung 59/2009.

mittelbaren Nutzung, sondern auf Vorrat oder als Spekulationsobjekt erworben werden. Erst wenn die Rechtslage abschließend zuungunsten des ehemaligen Nutzers geklärt ist, können die Frequenzen entweder durch den Bieter genutzt oder zu einem gegebenenfalls höheren Preis veräußert werden. Der Umstand, dass sie zunächst nur unter Risiken nutzbar sind, wird zudem ihren Preis drücken.

136. Neben der Frage der Verbindung der Verfahren ist zudem die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes umstritten. Gemäß § 61 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 TKG bestimmt die Regulierungsbehörde vor Durchführung eines Vergabeverfahrens den sachlich und räumlich relevanten Markt, für den die zu vergebenden Frequenzen unter Beachtung des Frequenznutzungsplans verwendet werden dürfen. Ausweislich der Festlegungen der Bundesnetzagentur dürfen alle zur Vergabe anstehenden Frequenzen sachlich für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten und räumlich im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland genutzt werden. Die Beschränkung der Nutzung auf den drahtlosen Netzzugang könnte der Nutzung für feste Funkdienste entgegenstehen. Die Festlegung des räumlich relevanten Marktes auf die Bundesrepublik Deutschland verhindert in Verbindung mit bundesweiten Versorgungsauflagen die Nutzung der Frequenzen durch regional tätige mittelständische Unternehmen.

137. Die Kritik an der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass ein Teil der Frequenzen im Bereich 2,6 MHz seit 1999 von dem Betreiber eines portablen DSL-Netzes regional zum Angebot von drahtlosem Breitband-Internet genutzt wird, welches als fester Funkdienst gilt. Die Zuteilung der Frequenzen auf das Unternehmen war bis Ende des Jahres 2007 begrenzt, da die Zuweisung des Frequenzbereichs auf feste Funkdienste sowohl im Frequenzzuweisungsplan als auch im Frequenznutzungsplan zu diesem Zeitpunkt auslief. Die beantragte Verlängerung der Frequenznutzung bis Ende des Jahres 2016 wurde seitens der Bundesnetzagentur abgelehnt. Seitdem nutzt das Unternehmen die Frequenzen regional bis zu einer anderweitigen Vergabe auf der Grundlage eines Vergleichs mit der Bundesnetzagentur, ist aber daran gehindert, seinen ortsfesten drahtlosen Funkdienst zur Bereitstellung schneller Internetanschlüsse bundesweit anzubieten. Anhängig sind zwei Gerichtsverfahren, bei dem das Unternehmen erstens gegen die Ablehnung der Verlängerung der Frequenznutzungsrechte und zweitens gegen die Vergabebedingungen für die 2,6 MHz-Frequenzen, die eine auf den drahtlosen Netzzugang beschränkte Nutzung vorsehen, klagt.⁹⁹ Zudem hat die Europäische Kommission am 29. Oktober 2009 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet, weil diese es versäumt habe, das 2,6 GHz-Frequenzband zu flexibilisieren und damit auch für ortsfeste drahtlose Funkdienste nutzbar zu machen.¹⁰⁰

⁹⁹ Die Klagen richten sich gegen BNetzA, Präsidentenkammer, Entscheidung vom 19. Juni 2007 über die Anordnung und die Wahl des Vergabeverfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz für den digitalen zellularen Mobilfunk, BK 1-07/003, ABl. BNetzA Nr. 14 vom 18. Juli 2007, S. 3115, Verfügung 34/2007, sowie BNetzA, Präsidentenkammer, Entscheidung vom 7. April 2008 über die Anordnung und die Wahl des Vergabeverfahrens sowie über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten, BK 1-07/003, ABl. BNetzA Nr. 7 vom 23. April 2008, S. 581, Verfügung 34/2008.

¹⁰⁰ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 29. Oktober 2009, IP/09/1614.

138. Die Regulierungsbehörde weist in ihrer Entscheidung vom 12. Oktober 2009 darauf hin, dass die Zuweisung des 2,6 GHz-Bands für den Mobilfunk feste Anwendungen nicht ausschlieÙe, da § 4 Ziff. 22 FreqBZPV den Mobilfunkdienst als Funkdienst zwischen mobilen und ortsfesten Funkstellen oder zwischen mobilen Funkstellen beschreibe.¹⁰¹ Neben mobilen Anwendungen seien damit auch feste und nomadische Anwendungen zulässig, sofern die maßgeblichen Frequenznutzungsparameter eingehalten werden, die sich aus der zwischenstaatlichen Koordinierung der Frequenznutzungen ergeben. In Bezug auf die räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes auf die Bundesrepublik Deutschland weist die Behörde auf die Breitbandstrategie der Bundesregierung hin, die eine bundesweit flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Breitbandzugängen vorsehe. Dieser werde mit einer Vergabe bundesweit nutzbarer Frequenzen eher entsprochen. Die Realisierung regionaler Geschäftsmodelle sei nicht ausgeschlossen, da regionale Anbieter regionale Nutzungsrechte von den Lizenzinhabern erwerben können.

139. Die Monopolkommission kann nicht abschließend beurteilen, ob die Vergabebedingungen der Bundesnetzagentur für das 2,6 MHz-Band die Nutzung für feste Funkdienste zulassen oder nicht. Dass Zweifel bestehen können, zeigt bereits, dass die Bundesnetzagentur die Frequenznutzung durch den oben genannten Anbieter eines festen Funkdienstes nicht verlängert hat. Zudem geht offenbar auch die Europäische Kommission davon aus, dass die Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung, auf die sich die Bundesnetzagentur bezieht, die Nutzung des 2,6 GHz-Bands für ortsfeste drahtlose Funkverbindungen nicht zulässt. Die Monopolkommission würde es begrüßen, wenn die Bundesnetzagentur eine entsprechende Klarstellung vornimmt. Der Hinweis in der Entscheidung über die Flexibilisierung der Frequenznutzungsrechte, dass die 2,6 GHz-Frequenzen bei einer Neuvergabe von Anfang an flexibel ausgestattet vergeben werden, geht zwar in diese Richtung, erscheint aber nicht ausreichend.¹⁰² Nach Auffassung der Monopolkommission sollte der nationale Gesetzgeber gegebenenfalls zudem dafür Sorge tragen, dass die Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung entsprechend den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts geändert wird.

¹⁰¹ Vgl. ABl. BNetzA Nr. 20 vom 21. Oktober 2009, S. 3623, hier: S. 3654, Verfügung 59/2009.

¹⁰² Vgl. BNetzA, Präsidentenkammer, Entscheidung vom 12. Oktober 2009 zur Flexibilisierung der Frequenznutzungsrechte für drahtlose Netzzugänge zum Angebot von Telekommunikationsdiensten in den Bereichen 450 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2 GHz und 3,5 GHz, BK 1a-09/001, ABl. BNetzA Nr. 20 vom 21. Oktober 2009, S. 3575, Verfügung 58/2009.

5. Aktuelle Fragen

5.1 Reform des europäischen Rechtsrahmens für Telekommunikationsmärkte

5.1.1 Stand der Reform

140. Die Europäische Kommission, das Europäische Parlament und die Mitgliedstaaten haben sich Anfang November 2009 auf einen Kompromiss bei der Frage der Grundrechte für Internetnutzer geeinigt und damit den Weg für die endgültige Verabschiedung des neuen Rechtsrahmens für die Telekommunikationsmärkte geebnet.¹⁰³ Die Einigung im Vermittlungsverfahren war notwendig geworden, nachdem die Verabschiedung im Europäischen Parlament im Mai 2009 an der französischen Haltung zu der Frage nach den Grundrechten und Freiheiten von Internetnutzern gescheitert war.¹⁰⁴ Die endgültige Verabschiedung des Reformpakets im Europäischen Parlament erfolgte am 24. November 2009. Die wichtigsten Punkte der Reform sind:¹⁰⁵

- die Einführung eines sog. Ko-Regulierungsverfahrens, welches an die Stelle des ursprünglich vorgesehenen Vetos der Europäischen Kommission bei den Regulierungsmaßnahmen tritt,
- die Stärkung der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden,
- die Einführung der Möglichkeit von Entscheidungen über die harmonisierte Anwendung von Richtlinien der Europäischen Kommission,
- die Einführung der funktionalen Separierung als Instrument der Regulierung sowie
- die Einrichtung einer abgespeckten Version einer europäischen Regulierungsbehörde.¹⁰⁶

141. Daneben werden der Verbraucher- und der Datenschutz gestärkt, die Frequenzverwaltung und die Zugänglichkeit der Notrufdienste verbessert sowie Regelungen für Investitionen in Zugangnetze der nächsten Generation getroffen. Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem letzten Sondergutachten zur Telekommunikationsregulierung ausführlich mit den Vorschlägen des EU-Review befasst.¹⁰⁷ Die nachfolgende Kommentierung bleibt daher auf wenige herausragende Reformen beschränkt.

103 European Commission, Agreement on EU Telecoms Reform paves way for stronger consumer rights, an open internet, a single European telecom market and high-speed internet connections for all citizens, MEMO/09/491 vom 5. November 2009.

104 Vgl. Keine Einigung zur Reform des europäischen Telekommunikationsrechts, Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 6. Mai 2009.

105 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, PE-CONS 3677/1/09 vom 12. November 2009.

106 Der Europäische Rat hat bereits am 26. Oktober 2009 die Verordnung über die Einrichtung einer europäischen Behörde für die Märkte der Telekommunikation verabschiedet. Vgl. Verordnung (EG) des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK), PE-CONS 3675/09 vom 22. Oktober 2009.

107 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 184 ff.

5.1.2 Ko-Regulierungsverfahren

142. Art. 7 Rahmenrichtlinie regelt das Verfahren, mit dem die Kommission und die nationalen Regulierungsbehörden für die notwendige Transparenz und die kohärente Anwendung des europäischen Rechtsrahmens sorgen.¹⁰⁸ Zukünftig soll an dem Konsultationsverfahren zusätzlich das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) beteiligt werden.¹⁰⁹ Vorgesehen ist, dass die Entwürfe für die Marktdefinition, die Marktanalyse und die Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen gleichzeitig der Europäischen Kommission, den anderen nationalen Regulierungsbehörden und GEREK vorzulegen sind. Alle drei Institutionen können zu Maßnahmenentwürfen einer nationalen Regulierungsbehörde Stellung nehmen. Die nationalen Regulierungsbehörden haben die Stellungnahmen weitestgehend zu berücksichtigen. Beabsichtigt die Europäische Kommission, ihr Veto gegen einen Entwurf zur Marktdefinition oder zur Marktanalyse einer nationalen Regulierungsbehörde einzulegen, hat sie zuvor die Stellungnahme von GEREK einzuholen und weitestgehend zu berücksichtigen.

143. In einem neuen Art. 7a Rahmenrichtlinie soll zusätzlich ein Verfahren zur einheitlichen Anwendung von Regulierungsmaßnahmen eingeführt werden (vgl. Abbildung 5.1). Danach kann die Europäische Kommission die betreffende nationale Regulierungsbehörde und GEREK innerhalb eines Monats darüber informieren, dass sie in einem Maßnahmenentwurf ein Hindernis für den Binnenmarkt sieht oder erhebliche Zweifel an dessen Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht hat. Die Annahme des Maßnahmenentwurfs kann dann für weitere drei Monate aufgeschoben werden, in denen die Europäische Kommission, GEREK und die nationale Regulierungsbehörde eng mit dem Ziel zusammenarbeiten, die am besten geeigneten und wirksamsten Maßnahmen zu ermitteln. GEREK gibt innerhalb von sechs Wochen nach Beginn der Dreimonatsfrist eine Stellungnahme zu der Mitteilung der Europäischen Kommission ab, in der darzulegen ist, ob der Maßnahmenentwurf der nationalen Regulierungsbehörde geändert oder zurückgezogen werden soll. Teilt GEREK in seiner Stellungnahme die ernsthaften Bedenken der Europäischen Kommission, arbeitet es eng mit der nationalen Regulierungsbehörde zusammen, um die am besten geeigneten Maßnahmen zu ermitteln.

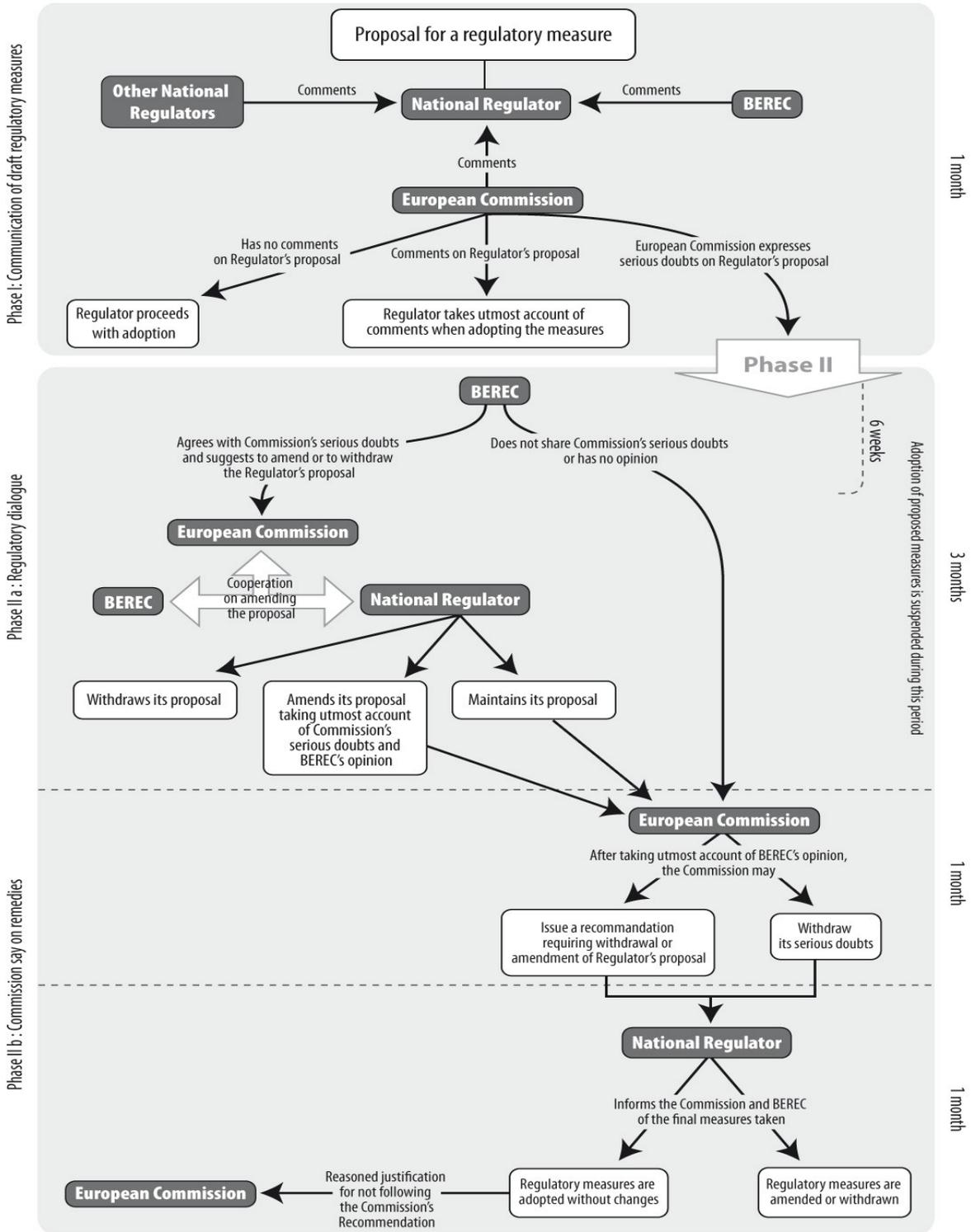
144. Teilt die Behörde die Bedenken der Europäischen Kommission nicht oder gibt sie keine Stellungnahme ab, kann die Europäische Kommission ihre Bedenken aufgeben oder der nationalen Regulierungsbehörde empfehlen, ihren Maßnahmenentwurf zu ändern oder zurückzuziehen. Dabei kann sie auch konkrete Vorschläge im Hinblick auf die aus ihrer Sicht geeigneten Maßnahmen machen. Die nationale Regulierungsbehörde kann ihren Maßnahmenentwurf darauf hin ändern oder zurückziehen, sie kann ihn jedoch auch beibehalten. Behält sie ihn bei, begründet sie dies gegenüber der Europäischen Kommission.

¹⁰⁸ Vgl. 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.

¹⁰⁹ International gebräuchlich ist die englische Bezeichnung BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications).

Abbildung 5.1:

Ko-Regulierungsverfahren gemäß dem Entwurf für Art. 7a Rahmenrichtlinie



Quelle: European Commission, Agreement on EU Telecoms Reform paves way for stronger consumer rights, an open internet, a single European telecom market and high-speed internet connections for all citizens, MEMO/09/491 vom 5. November 2009.

145. Die Monopolkommission steht der Einführung eines zusätzlichen Ko-Regulierungsverfahrens skeptisch gegenüber. Das bereits in der jetzigen Form nicht einfache Beteiligungsverfahren auf der europäischen Ebene wird dadurch komplizierter, der bürokratische Aufwand nimmt zu und die Verfahrensdauer wird in kritischen Fällen weiter verlängert. Dem stehen keine Vorteile gegenüber. Die Monopolkommission ist der Meinung, dass die national unterschiedlichen Regulierungsmaßnahmen ein Reflex auf die Unterschiede bei der Wettbewerbsentwicklung auf den nationalen Telekommunikationsmärkten und die dort anzutreffenden nationalen Besonderheiten sind. Daher gibt es keine Gründe, zusätzliche Verfahren zur Harmonisierung der Maßnahmen einzuführen. Das gilt auch, weil die Europäische Kommission bisher bereits Einfluss auf die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden über Regulierungsmaßnahmen hat. Sie kann zu den Entscheidungsentwürfen zu Regulierungsmaßnahmen Stellungnahmen abgeben, die die nationalen Regulierungsbehörden weitestgehend beachten müssen.

146. Besonders kritisch ist die Verlängerung der Verfahrensdauer. Das Beteiligungsverfahren gilt bisher schon als bürokratisch und zeitaufwendig.¹¹⁰ Die Europäische Kommission hat daher im Jahr 2008 Maßnahmen zur Vereinfachung und Beschleunigung der Verfahren ergriffen.¹¹¹ Diese werden durch eine Verlängerung des Konsultationsverfahrens konterkariert. Die Monopolkommission hatte zur Verminderung des bürokratischen Aufwands und zur Verkürzung der Verfahren vorgeschlagen, die obligatorischen Beteiligungsrechte der anderen nationalen Regulierungsbehörden zu überdenken, da diese ohnehin nur in Ausnahmefällen ausgeübt werden.¹¹² Wenn die vorgesehene Beteiligung von GEREK an den Verfahren gemäß Art. 7 und Art. 7a Rahmenrichtlinie Realität wird, gibt es noch weniger Gründe dafür, die obligatorische Beteiligung der anderen nationalen Regulierungsbehörden beizubehalten, da GEREK aufgrund seiner Zusammensetzung die Auffassung der nationalen Regulierungsbehörden repräsentiert.

5.1.3 Unabhängigkeit der nationalen Regulierung

147. Art. 3 Rahmenrichtlinie soll um einen Absatz 3a ergänzt werden, der die nationalen Regulierungsbehörden und Behördenleiter stärker als bisher vor politischen Einflüssen schützt. Danach handeln die für die Vorabregulierung des Marktes zuständigen nationalen Regulierungsbehörden unabhängig und holen im Zusammenhang mit der laufenden Erfüllung der ihnen nach den nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts übertragenen Aufgaben weder Weisungen einer anderen Stelle ein noch nehmen sie solche entgegen. Die Mitgliedstaaten stellen zudem sicher, dass der Leiter einer nationalen Regulierungsbehörde oder die Stellvertreter nur entlassen werden können, wenn sie die in den nationalen Rechtsvorschriften vorab festgelegten Voraussetzungen für die Ausübung ihres Amtes nicht mehr erfüllen.

148. Die Monopolkommission begrüßt das Vorhaben des Gemeinschaftsgesetzgebers, die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden zu stärken, uneingeschränkt. Sie hat bereits bei früherer Gelegenheit darauf hingewiesen, dass sie die geltende

¹¹⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 212 ff.

¹¹¹ Empfehlung der Kommission vom 15. Oktober 2008 zu den Notifizierungen, Fristen und Anhörungen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, K(2008) 5925, ABl. EU Nr. L 301 vom 12. November 2008, S. 23.

¹¹² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 213.

Rechtslage in Deutschland im Hinblick auf die Weisungsrechte des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie gegenüber der Bundesnetzagentur sowie die Übertragung wichtiger Regulierungsentscheidungen auf die in einem politischen Verfahren bestimmten Präsidenten und Vizepräsidenten für sachlich verfehlt und gemeinschaftsrechtlich problematisch hält.¹¹³ Werden die Vorschriften zur Stärkung der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden Realität, wird der deutsche Gesetzgeber nach Auffassung der Monopolkommission sowohl § 117 TKG als auch das Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BEGTPG) ändern müssen.

149. Gemäß § 117 TKG sind Weisungen, die das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie erteilt, im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Das gilt für allgemeine Weisungen wie für Einzelweisungen. Daran, dass § 117 TKG auch das Recht auf Einzelweisungen umfasst, gibt es keinen Zweifel.¹¹⁴ Während das Telekommunikationsgesetz 1996 in § 66 Abs. 5 noch von „allgemeinen Weisungen“ sprach, ist in § 117 TKG 2004 nur noch von „Weisungen“ die Rede. Die Begründung zu dem Gesetzentwurf (§ 115 Regierungsentwurf) stellt klar, dass die Pflicht zur Veröffentlichung von Weisungen die sich auf die Beschlusskammern auswirkenden, allgemeinen Weisungen und Einzelweisungen umfasst.¹¹⁵ Soweit der neue Art. 3 Abs. 3a Rahmenrichtlinie jedes Einholen oder Entgegennehmen von Weisungen im Zusammenhang mit der laufenden Erfüllung der Aufgaben nach dem Telekommunikationsgesetz ausschließt, werden zukünftig jedenfalls Einzelweisungen des Bundesministeriums für Wirtschaft, die sich auf Regulierungsentscheidungen der Behörde auswirken, gegen europäisches Recht verstoßen. Daneben ist zumindest zweifelhaft, ob allgemeine Weisungen weiterhin statthaft sind.

150. Ebenfalls nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar wird zukünftig § 4 Abs. 5 Satz 2 BEGTPG sein. Danach kann der Präsident der Bundesnetzagentur durch Beschluss der Bundesregierung aus wichtigem Grund entlassen werden. Die Monopolkommission ist weiterhin der Auffassung, dass auch die Zuweisung wichtiger Regulierungsentscheidungen auf die Präsidentenkammer gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, da diese in ihrer Unabhängigkeit eingeschränkt ist. Die Präsidentenkammer entscheidet gemäß § 132 Abs. 3 TKG über das Vergabeverfahren für Frequenzen und die Möglichkeit des Frequenzhandels, über die Festlegung von Universaldienstleistungen, über sämtliche Festlegungen im Zusammenhang mit der Marktdefinition und Marktanalyse gemäß §§ 10 und 11 TKG sowie über die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen. Diese Aufgabenzuweisung ist vor dem Hintergrund kritisch zu sehen, dass der Präsident und die Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur in einem politischen Verfahren auf Vorschlag des Beirates der Bundesnetzagentur durch die Bundesregierung benannt werden, eine auf fünf Jahre begrenzte Amtszeit haben, wiederberufen und aus wichtigem Grund entlassen werden können. Dies begründet die Gefahr einer politischen Instrumentalisierung, auch wenn es dafür bei dem gegenwärtigen Präsidium der Bundesnetzagentur keine Anzeichen gibt. Die Monopolkommission sieht die Unabhängig-

113 Vgl. Monopolkommission, Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes, Sondergutachten 40, Baden-Baden-Baden 2004, Tz. 45 ff.

114 Vgl. Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl., München 2006, Geppert, § 117, Rn. 2.

115 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG), BT-Drs. 15/2316 vom 9. Januar 2004, S. 98.

keit der Bundesnetzagentur nur dann gewahrt, wenn die Konzentration wichtiger Regulierungsentscheidungen auf die Präsidentenkammer rückgängig gemacht wird und die Unabhängigkeit des Präsidiums vor politischen Einflüssen auch institutionell abgesichert wird.¹¹⁶ Vorzusehen wäre in Anlehnung an die Regelung bei dem Präsidenten des Bundeskartellamtes die Bestellung aufgrund eines Beamtenverhältnisses statt auf der Grundlage einer vertraglichen Vereinbarung, sodass es keiner Regelung zur Wiederberufung bedarf. Nicht zuletzt ist zur Vermeidung von Interessenkonflikten zwischen Eigentümer und Regulierer die materielle Privatisierung der DTAG und ein Ausscheiden des Bundes und seiner Institutionen aus dem Kreis der Aktionäre unabdingbar.

5.1.4 Harmonisierte Anwendung von Richtlinien

151. Deutlich verstärkt werden soll die Möglichkeit der Europäischen Kommission, für eine harmonisierte Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu sorgen. Bisher kann sie bei einer national unterschiedlichen Ausfüllung des vorgegebenen Rechtsrahmens gemäß Art. 19 Abs. 1 Rahmenrichtlinie Empfehlungen über die harmonisierte Durchführung der Richtlinien erlassen. Ein Beispiel dafür ist die Empfehlung über die Regulierung der Entgelte für die Terminierung in Festnetz- und Mobilfunknetzen vom Mai 2009.¹¹⁷ Zukünftig soll die Europäische Kommission auch Entscheidungen über die harmonisierte Anwendung der Rahmenrichtlinie oder der Einzelrichtlinien erlassen können, die für die nationalen Regulierungsbehörden rechtlich bindend sind.

152. Entscheidungen der Europäischen Kommission gemäß Art. 19 Abs. 1 Rahmenrichtlinie sollen sich aber nur auf die Umsetzung des allgemeinen Regulierungskonzeptes gemäß den Art. 15 und 16 Rahmenrichtlinie durch die nationalen Regulierungsbehörden und nicht auf spezifische Mitteilungen über Abhilfemaßnahmen im Rahmen des geplanten Art.-7a-Verfahrens beziehen dürfen. Voraussetzung für den Erlass einer Entscheidung soll sein, dass die Europäische Kommission zu demselben Thema bereits eine Empfehlung erlassen hat und seitdem mindestens zwei Jahre vergangen sind. Eine weitere Voraussetzung soll sein, dass die Europäische Kommission die Stellungnahme von GEREK zur Annahme einer solchen Entscheidung einholt und diese Stellungnahme weitestgehend beachtet. GEREK soll die Möglichkeit erhalten, die Europäische Kommission auch von sich aus in der Frage zu beraten, ob eine Empfehlung oder Entscheidung gemäß Art. 19 Abs. 1 Rahmenrichtlinie erlassen werden sollte.

153. Die Monopolkommission lehnt die geplante Ergänzung von Art. 19 Abs. 1 Rahmenrichtlinie ab. Der geltende Rechtsrahmen räumt den nationalen Regulierungsbehörden zu Recht ein vergleichsweise breites Ermessen bei der Auswahl der Regulierungsmaßnahmen ein, um flexibel auf die Besonderheiten der nationalen Märkte abstellen zu können. Das sollte nicht weiter eingeschränkt werden. Bei den Telekommunikationsmärkten handelt es sich weiterhin um vorwiegend nationale Märkte. Spezifische Besonderheiten, wie die unterschiedliche Entwicklung von Infrastrukturen (Festnetz, Kabelnetz, Mobilfunk) und die unterschiedlich ausgeprägte Wettbewerbsintensität, sprechen eher gegen eine weitere Harmonisierung der Regulierung. Verbaut würde damit zudem

¹¹⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 51.

¹¹⁷ Empfehlung der Kommission vom 7. Mai 2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU, ABl. EU Nr. L 124 vom 20. Mai 2009, S. 67. Vgl. dazu auch Abschnitt 5.3.2.1.

die Möglichkeit, Nutzen aus dem Vergleich von Regulierungssystemen und -methoden zu ziehen.

5.1.5 Funktionale Separierung

154. Vorgesehen ist weiterhin, die funktionale Separierung als ein zusätzliches Instrument der Regulierung in die Zugangsrichtlinie aufzunehmen. Eingeführt werden soll in der Zugangsrichtlinie ein Art. 13a, wonach die nationale Regulierungsbehörde einem vertikal integrierten Unternehmen als außerordentliche Maßnahme auferlegen kann, seine Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung der Zugangsprodukte auf der Vorleistungsebene in einem unabhängig arbeitenden Geschäftsbereich unterzubringen. Dieser Geschäftsbereich stellt Zugangsprodukte und -dienste allen Unternehmen, einschließlich des eigenen Mutterunternehmens, zu gleichen Bedingungen (Preise und Umfang), mit den gleichen Fristen und mittels der gleichen Systeme zur Verfügung. Die Voraussetzung für die Auferlegung der Verpflichtung zur funktionalen Separierung ist, dass andere Regulierungsmaßnahmen nicht zu einem wirksamen Wettbewerb geführt haben und wichtige und andauernde Wettbewerbsprobleme und/oder Marktversagen auf den betroffenen Märkten für Zugangsprodukte bestehen. In einem zusätzlich einzuführenden Art. 13b wird die freiwillige funktionale Trennung durch ein vertikal integriertes Unternehmen geregelt. Sie setzt voraus, dass die nationale Regulierungsbehörde aufgrund einer rechtzeitigen Vorabunterrichtung die Möglichkeit hatte, die Wirkungen der geplanten Transaktion – Einrichtung getrennter Geschäftsbereiche oder Trennung der Geschäftsbereiche und Übertragung des gesamten Ortsanschlussnetzes oder großer Teile davon auf andere Eigentümer – einzuschätzen, insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeiten, allen Anbietern auf der Endkundenebene völlig gleichwertige Zugangsprodukte zu liefern. Die nationale Regulierungsbehörde soll zudem eine erneute Marktanalyse durchführen, um die Folgen der beabsichtigten Operation auf die bestehenden Verpflichtungen zu prüfen.

155. Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem letzten Sondergutachten kritisch mit der funktionalen Separierung als Instrument der Telekommunikationsregulierung befasst.¹¹⁸ Gegen seine Einführung spricht vor allem, dass es keine Notwendigkeit gibt, in einem fortgeschrittenen Stadium der Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten ein solch restriktives Instrument neu einzuführen. Gerechtfertigt wäre das allenfalls, wenn die bisherige Zugangsregulierung gescheitert wäre oder zu scheitern droht. Dafür sieht die Monopolkommission keine Anzeichen. Zu begrüßen ist, dass der aktuelle Vorschlag zur funktionalen Separierung stärker als der Ausgangsvorschlag den Ausnahmecharakter des Instruments betont. Die Monopolkommission geht davon aus, dass dieses Instrument, so es eingeführt werden sollte, bei der Regulierung der Telekommunikationsmärkte in Deutschland keine Rolle spielen wird.

5.1.6 GEREK

156. Von dem ursprünglichen Vorschlag der Europäischen Kommission zur Errichtung einer europäischen Regulierungsbehörde mit etwa 120 Mitarbeitern ist nach zähem Ringen und über mehrere Zwischenschritte das „Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation“ (GEREK) übrig geblieben. Der Europäische Rat

¹¹⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 215 ff.

hat in seiner Sitzung am 26. Oktober 2009 den Vorschlag in zweiter Lesung angenommen. GEREK wird die Gruppe Europäischer Regulierungsstellen (European Regulators Group, ERG) ersetzen und als ausschließliches Forum für die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Regulierungsbehörden sowie zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und der Europäischen Kommission bei der Wahrnehmung aller ihrer Aufgaben innerhalb des europäischen Rechtsrahmens für die Telekommunikation fungieren. GEREK ist weder eine Gemeinschaftsagentur noch hat sie eine Rechtspersönlichkeit. Es besteht aus dem Regulierungsrat, der sich wiederum aus den Leitern oder je einem hochrangigen Vertreter der nationalen Regulierungsbehörden zusammensetzt. Die Europäische Kommission hat einen Beobachterstatus. GEREK handelt bei der Erfüllung seiner Aufgaben unabhängig. Die Mitglieder des Regulierungsrates dürfen weder von Regierungen noch von der Europäischen Kommission noch von anderen öffentlichen oder privaten Stellen Weisungen entgegennehmen. Der Regulierungsrat ernennt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden, dessen Amtszeit ein Jahr beträgt. Pro Jahr finden mindestens vier Plenarsitzungen des GEREK statt. Das Gremium trifft seine Beschlüsse mit einer Zweidrittelmehrheit.

157. GEREK soll im Wesentlichen

- bewährte Regulierungspraktiken zur Umsetzung des Rechtsrahmens für die Telekommunikation entwickeln,
- die nationalen Regulierungsbehörden auf Anfrage in Regulierungsfragen unterstützen,
- Stellungnahmen zu Entwürfen von Entscheidungen, Empfehlungen und Leitlinien der Europäischen Kommission abgeben,
- Berichte erstellen und Stellungnahmen für das Europäische Parlament und den Rat abgeben,
- das Europäische Parlament, den Rat und die Europäische Kommission sowie die nationalen Regulierungsbehörden bei deren Beziehungen zu Dritten unterstützen.

158. GEREK erhält zu seiner Unterstützung in professioneller und administrativer Hinsicht ein Büro, welches als Einrichtung der Gemeinschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit eingerichtet wird.¹¹⁹ Das Büro wird von einem Verwaltungsdirektor geleitet und verfügt über eine streng auf die zur Erfüllung seiner Aufgaben begrenzte Anzahl von Bediensteten. Kontrolliert wird das Büro durch den Verwaltungsausschuss, der sich aus je einem Mitglied pro Mitgliedstaat zusammensetzt und in dem jedes Mitglied eine Stimme hat.

159. Die Monopolkommission hat die Einrichtung einer europäischen Regulierungsbehörde und die Ausweitung der Kompetenzen der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen abgelehnt.¹²⁰ Gegen die Einrichtung spricht, dass ein nationaler Regulierer Vorteile bei der Informationsbeschaffung und damit bei der Analyse nationaler Märkte hat. Eine dezentrale Regulierung kann in einem weitaus stärkeren Maße an den Besonderheiten nationaler Märkte, wie etwa der unterschiedlichen Entwicklung von alternativen

¹¹⁹Das Büro wird als Gemeinschaftseinrichtung mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit im Sinne des Art. 185 der Haushaltsordnung eingerichtet. Vgl. Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften, ABl. EG Nr. L 248 vom 16. September 2002, S. 1.

¹²⁰Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 203 ff.

Infrastrukturen, ausgerichtet werden. Ebenso spricht die national zum Teil sehr unterschiedliche Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten für eine eher differenzierte Regulierung. Zentralisierung bedeutet nicht zuletzt den Verzicht auf Effizienzgewinne aus einem Wettbewerb der Regulierungssysteme. Auch wenn GEREK nicht die europäische Regulierungsbehörde ist, wie sie ursprünglich vorgesehen war, dürfte die Skepsis weiterhin berechtigt sein. Mit der Einrichtung eines Büros mit eigener Rechtspersönlichkeit und einem eigenen Stab ist der Schritt zu einer europäischen Regulierungsbehörde kleiner geworden. Nicht auszuschließen ist, dass sich eine Eigendynamik entfaltet, die zu einem Mehr statt zu einem Weniger an Regulierung führt. Kritisch ist insbesondere, dass die Einführung von GEREK die Einführung des Ko-Regulierungsverfahrens nach sich gezogen hat.¹²¹ Insgesamt wird das Prozedere bis zu einer endgültigen Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde dadurch langwieriger und bürokratischer. Die Monopolkommission hätte es vorgezogen, wenn die Aufgaben des Gremiums darauf beschränkt worden wären, Länder mit kleinen unerfahrenen Regulierungsbehörden zu unterstützen.

5.2 Europäische Initiativen zur Regulierung des Mobilfunks

160. Europäisches Parlament, Rat und Europäische Kommission intensivieren die Regulierung im Mobilfunk. So haben das Europäische Parlament und der Rat nicht nur eine weitere Absenkung der grenzüberschreitenden Tarife für Mobilfunkgespräche und der Entgelte für das International Roaming von Gesprächen beschlossen, sondern die Regulierung auf grenzüberschreitende Datendienste (SMS und Internetzugang) ausgeweitet. Die Europäische Kommission hat zudem im Mai 2009 eine Empfehlung über die Regulierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk und im Festnetz erlassen, die auf die Vereinheitlichung der Methoden und der Kostenstandards der Regulierung sowie eine deutliche Reduzierung der Entgelte für die Terminierung in den nationalen Mobilfunknetzen abzielt.

5.2.1 International Roaming

161. Die grenzüberschreitenden Tarife für Mobilfunkgespräche werden bereits seit Sommer 2007 auf der Ebene der Europäischen Union gesetzlich reguliert. Mit der Verordnung (EG) 717/2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen wurden Preisobergrenzen für Handygespräche im Ausland sowie die Entgelte, die sich die Netzbetreiber für die Zustellung eines Gesprächs im jeweils anderen Netz (Roaming) gegenseitig in Rechnung stellen, eingeführt.¹²² Im Juni 2009 haben das Europäische Parlament und der Rat diese Verordnung novelliert.¹²³ Neben einer weiteren Absenkung der

¹²¹ Vgl. Abschnitt 5.1.2.

¹²² Verordnung (EG) 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG, ABl. EU Nr. L 171 vom 29. Juni 2007, S. 32. Gegenwärtig ist ein Vorabentscheidungsersuchen des britischen High Court of Justice beim Europäischen Gerichtshof anhängig, Rs. C-58/08. Hierbei geht es unter anderem um die Frage, ob die gesetzliche Vorgabe einer Preisobergrenze für Endkundenroamingentgelte gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und/oder den Subsidiaritätsgrundsatz verstößt. Eine Entscheidung des Gerichts stand bei Abschluss dieses Gutachtens noch aus.

¹²³ Verordnung (EG) 544/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) 717/2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der

Obergrenzen der Entgelte für Handygespräche und Roaming wurde die Regulierung der Endkundenentgelte für SMS sowie eine Regulierung der Vorleistungsentgelte für Datendienste (Versenden von E-Mails und MMS über Handy oder Internetnutzung über Mobiltelefon) eingeführt. Die neue Verordnung gilt unmittelbar in allen 27 EU-Mitgliedstaaten und sieht im Einzelnen vor:

- Die Endkundenentgelte für Anrufe aus dem Ausland sinken ab 1. Juli 2009 auf 0,43 EUR, ab 1. Juli 2010 auf 0,39 EUR und ab 1. Juli 2011 auf 0,35 EUR. Die Endkundenentgelte für den Empfang von Gesprächen im Ausland sinken im gleichen Zeitraum von 0,19 über 0,15 auf 0,11 EUR (jeweils pro Minute, ohne Mehrwertsteuer.)
- Die Endkundenentgelte für den SMS-Versand im Ausland sinken ab 1. Juli 2009 auf maximal 0,11 EUR (ohne Mehrwertsteuer), was bezogen auf den Durchschnittspreis einer SMS in der Gemeinschaft von 0,28 EUR eine Reduzierung von 60 % bedeutet.¹²⁴
- Die Vorleistungsentgelte für Datenroaming (Kosten, die ein ausländischer Netzbetreiber dem Heimatanbieter des Roamingkunden in Rechnung stellen darf) werden ab 1. Juli 2009 auf 1 EUR (ohne Mehrwertsteuer) pro Megabyte, ab 1. Juli 2010 auf 0,80 EUR und ab 1. Juli 2011 auf 0,50 EUR pro Megabyte gesenkt. Dem stehen derzeit durchschnittliche Entgelte von 1,68 EUR entgegen.
- Zum Schutz der Verbraucher vor unerwartet hohen Rechnungen wurde zusätzlich eingeführt, dass der Dienst kostenlos unterbrochen wird, wenn ein Rechnungsbetrag von 50 EUR erreicht wird, es sei denn der Endkunde wünscht einen höheren Betrag für die Unterbrechung.
- Zulasten der Umsätze der Mobilfunknetzbetreiber geht auch die Einführung der sekundengenauen Abrechnung ab der 31. Sekunde für alle ausgehenden und ab der 1. Sekunde für alle eingehenden Anrufe. Ohne diese Regelung zahlen die Verbraucher bei gleichen Telefoniegewohnheiten etwa 20 % mehr für ihre Anrufe.

162. Nach Auffassung der Monopolkommission durchbricht die direkte Regulierung der Roamingmärkte durch europäisches Recht das im Übrigen geltende Regulierungssystem, nach dem die nationalen Behörden Maßnahmen nach der Durchführung einer Marktanalyse und einem Konsultations- und Notifizierungsverfahren auferlegen. Für eine solche Abweichung gibt es gute Gründe. Das International Roaming ist der klassische Anwendungsfall für eine gemeinschaftsweite Regulierung von Telekommunikationsmärkten, da Entscheidungen über die Entgelte von inländischen Netzbetreibern für die Zustellung der Anrufe aus ausländischen Netzen direkte Auswirkungen auf die Wohlfahrt der Bürger in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben.¹²⁵ Von überhöhten Roamingentgelten profitieren inländische Mobilfunkanbieter und indirekt über die Quersubventionierung von Gesprächsgebühren und Endgeräten auch inländische Verbraucher. Belastet werden ausländische Nutzer, die im Inland mobil telefonieren. Umgekehrt profitieren ausländische Nutzer von einer strengen nationalen Regulie-

Gemeinschaft und der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EU Nr. L 167 vom 29. Juni 2009, S. 12.

¹²⁴Für deutsche Verbraucher liegt das Sparpotenzial noch höher, weil E-Plus bis dahin für eine Auslands-SMS 0,29 EUR, O2 und T-Mobile 0,39 EUR und Vodafone sogar 0,41 EUR berechnet hatte.

¹²⁵Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 206.

rung der Roamingentgelte im Inland, während die Inländer im Ausland durch gegebenenfalls höhere Roamingentgelte und höhere Gesprächsgebühren belastet werden.

163. Die Zustimmung dazu, dass International Roaming ein Anwendungsfall für die europäische Regulierung ist, bedeutet nicht zugleich, dass die Monopolkommission mit der gegenwärtigen Regulierung der Roamingmärkte einverstanden ist. Kritisch sieht sie das Festhalten an der doppelten Regulierung von Endkunden- und Vorleistungsmärkten, die Ausweitung der Regulierung auf die Datendienste sowie die recht drastische Absenkung der Entgelte sowohl bei den Vorleistungen als auch bei den Endkundenleistungen. Auch wenn Letzteres aus Sicht der Verbraucher kurzfristig positiv erscheint, kann dies die Leistungsfähigkeit insbesondere der kleineren Mobilfunknetzbetreiber übersteigen. Damit steigt das Risiko von Marktaustritten und einer abnehmenden Wettbewerbsintensität auf den nationalen Mobilfunkmärkten.

5.2.2 Terminierung

5.2.2.1 Empfehlungen der Europäischen Kommission

164. Die Europäische Kommission hat am 7. Mai 2009 eine Empfehlung über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunkterminierungsentgelte veröffentlicht.¹²⁶ Gemeint sind die Entgelte, die Telekommunikationsnetzbetreiber anderen Netzbetreibern dafür in Rechnung stellen, dass sie Gespräche aus einem anderen Netz einem Kunden im eigenen Netz zustellen. Diese Entgelte variieren in der Europäischen Union vergleichsweise stark und werden methodisch unterschiedlich und nach verschiedenen Kostenstandards reguliert. Im Ergebnis liegen die Entgelte für die Mobilfunkterminierung zwischen 0,02 EUR in der Minute in Zypern und 0,15 EUR pro Minute in Bulgarien.¹²⁷ Sie sind zudem etwa neunmal so hoch wie im Festnetz, wo die Terminierung im Durchschnitt lediglich 0,0057 EUR kostet. Da solche Unterschiede nach Auffassung der Europäischen Kommission zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen dem Mobilfunk und dem Festnetz sowie zwischen den Betreibern kleiner und großer Netze führen, schaden sie dem Binnenmarkt und der Wettbewerbsfähigkeit Europas. Die Empfehlung zielt daher auf eine Harmonisierung der Regulierung der Terminierungsentgelte ab.

165. Empfohlen wird, die Entgelte für die Terminierung in Mobilfunknetzen auf der Basis eines Bottom-up-Ansatzes auf der Grundlage analytischer Kostenmodelle nach dem Kostenstandard der zukünftigen langfristigen Zusatzkosten (Forward Looking Long Run Incremental Costs, FL-LRIC) zu regulieren. Dabei geht die Europäische Kommission von den Kosten eines effizienten Netzbetreibers aus und definiert „reine“ langfristige Zusatzkosten (Pure LRIC). Ermittelt werden diese als Differenz zwischen den langfristigen Gesamtkosten eines Betreibers, der die gesamte Bandbreite von Diensten anbietet und den langfristigen Kosten dieses Betreibers ohne den Dienst Anrufzustellung für Dritte. Berücksichtigt werden lediglich die verkehrsabhängigen variablen Kosten der Terminierung und nicht die verkehrsunabhängigen (Gemein-)Kosten. Dabei soll das Kostenrechnungsmodell die Nutzung effizienter Technologien unterstellen, die im betrachteten Zeitraum zur Verfügung stehen.

¹²⁶ ABl. EU Nr. L 124 vom 20. Mai 2009, S. 67.

¹²⁷ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 7. Mai 2009, IP/09/710.

166. Empfohlen wird weiterhin, dass die Terminierungsentgelte in den Gruppen Mobilfunk und Festnetz in der Regel symmetrisch sind. Asymmetrien bei den Entgelten sind ausdrücklich zu begründen. Marktneulingen können für eine Übergangszeit höhere Stückkosten und damit höhere Terminierungsentgelte erlaubt werden, bis sie eine effiziente Betriebsgröße erreicht haben. Die Europäische Kommission geht im Einklang mit der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen davon aus, dass es den neu in einen Markt eintretenden Mobilfunkunternehmen in maximal vier Jahren gelingt, eine effiziente Betriebsgröße mit einem Marktanteil von 15 bis 20 % zu erreichen und die Asymmetrien abzubauen. Im Festnetz sind nach dieser Auffassung solche Übergangszeiträume nicht notwendig, da die Marktneulinge ihre Stückkosten dadurch niedrig halten können, dass sie ihre Netze zunächst in Ballungsräumen mit einer hohen Verkehrsdichte aufbauen und/oder Netzkapazitäten von dort bereits tätigen Netzbetreibern anmieten können.

167. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2012 ausreicht, um das empfohlene Regulierungskonzept umzusetzen. Den Netzbetreibern bleibe damit genügend Zeit, die Geschäftsmodelle entsprechend anzupassen. Die Kommission erwartet auf dieser Grundlage eine deutliche Reduzierung der Entgelte für die Mobilfunkterminierung auf 1,5 bis 3 Cent/Minute bis Ende des Jahres 2012.

5.2.2.2 *Stellungnahme der Monopolkommission*

168. Die Monopolkommission hat sich bisher stets für eine Ex-ante-Regulierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk ausgesprochen.¹²⁸ Das Hauptargument dafür war und ist, dass Terminierungsleistungen in einem Netz nicht durch Terminierungsleistungen in einem anderen Netz substituiert werden können. In der Folge bildet jedes Netz – im Mobilfunk und im Festnetz – einen eigenen sachlich relevanten Markt, in dem der Netzbetreiber a priori Monopolist ist. Da ein Telefongespräch sowohl im Mobilfunk als auch im Festnetz von dem Anrufer bezahlt wird (Calling Party Pays), spielen die Kosten des Anrufers bei der Auswahl eines Netzbetreibers in der Regel nur eine untergeordnete Rolle. Dort, wo sie eine Rolle spielen, etwa bei Unternehmen mit Außendienstmitarbeitern oder bei informellen Gruppen wie Freundeskreisen oder Vereinen, sind es eher die Entgelte für On-Net-Gespräche als die Entgelte für die Terminierung, die für oder gegen einen (gemeinsamen) Netzbetreiber sprechen.

169. Für eine Regulierung der Terminierungsentgelte spricht auch, dass Terminierung eine wesentliche Vorleistung für Telekommunikationsnetzbetreiber ist. Überhöhte Terminierungsentgelte verzerren den Wettbewerb zwischen Festnetz und Mobilfunk sowie zwischen den Betreibern kleiner und großer Mobilfunknetze. Letzteres gilt insbesondere in Verbindung mit signifikanten Unterschieden bei den Entgelten für Gespräche innerhalb des Netzes (On-Net) und in andere Netze (Off-Net). Die Notwendigkeit der Regulierung hängt allerdings auch von der Wettbewerbsintensität auf den Festnetz- und Mobilfunkmärkten ab. Je höher die Wettbewerbsintensität dort ist, desto geringer fällt der Nutzen einer Regulierung der Terminierungsentgelte für den Verbraucher aus.

¹²⁸ Vgl. unter anderem Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 210 ff. sowie dies., Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 131.

170. Gegen eine Regulierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk spricht, dass Regulierung Kosten verursacht und die Möglichkeit von Regulierungsfehlern besteht.¹²⁹ Auf Regulierung verzichtet werden kann am ehesten, wenn die eigentliche Ursache für das Bestehen der Terminierungsmonopole beseitigt wird, das „Calling Party Pays“-Prinzip für die Abrechnung von Gesprächen. Ersetzt werden könnte dies durch das „Receiving Party Pays“-Prinzip, bei dem die Gesprächsgebühren von dem Teilnehmer gezahlt werden, der angerufen wird. Dies könnte allerdings auch negative Folgen haben, etwa dass die Anzahl der Teilnehmer, sprich die Penetrationsrate im Mobilfunk, sinkt. In der Literatur finden sich jedoch Hinweise, dass eben dies nicht der Fall ist.¹³⁰ Man könnte zudem daran denken, das sog. „Bill & Keep“-Regime einzuführen, bei dem sich die Netzbetreiber Terminierungsentgelte nicht mehr gegenseitig in Rechnung stellen, sondern die Kosten der Terminierung selbst übernehmen. Dies macht vor allem deshalb Sinn, weil aus jedem Netz in jedes andere Netz Gespräche vermittelt werden, sodass die gegenseitige Abrechnung von Terminierungsentgelten in gleicher oder ähnlicher Höhe in weiten Teilen ein Nullsummenspiel ist und unnötige Transaktionskosten verursacht. Probleme bereitet Bill & Keep allerdings, wenn die Mobilfunknetze unterschiedlich groß sind, die Terminierungsentgelte und die Verkehrsströme differieren oder die Netzkosten unterschiedlich sind. Gleichwohl spricht sich die Monopolkommission dafür aus, Bill & Keep ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Zu prüfen wäre etwa, ob das System mit dem europäischen Rechtsrahmen vereinbar ist und welche Auswirkungen auf die Geschäftsmodelle der Netzbetreiber und den Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt damit verbunden sind.

171. In der Sache teilt die Monopolkommission die Einschätzung der Europäischen Kommission, dass sich die Terminierungsentgelte auf den nationalen Mobilfunkmärkten trotz der Absenkungen in den letzten Jahren weiterhin auf einem Niveau oberhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung befinden. In der Folge kommt es zu Wettbewerbsverzerrungen, insbesondere zulasten des Festnetzes. Die Monopolkommission ist allerdings der Auffassung, dass die Terminierungsentgelte im Mobilfunk gemäß den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung reguliert werden sollten. Sie teilt nicht die Meinung der Europäischen Kommission, dass dies nach einem Kostenstandard geschehen sollte, der die Berücksichtigung von Gemeinkosten ausschließt.

172. Die Monopolkommission wendet sich bereits gegen den Grundgedanken der Empfehlung, der davon ausgeht, dass nationale Unterschiede bei der Art der Regulierung und bei der Höhe der Terminierungsentgelte Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt haben und in der Folge beseitigt werden müssen. Maßgeblich für diese Einschätzung ist, dass die Mobilfunkmärkte und speziell die Märkte für Terminierungsleistungen nationale Märkte sind, die auch von dem nationalen Regulierer und in Anbetracht der national gegebenen Besonderheiten reguliert werden sollten. Die Empfehlung der Europäischen Kommission ist auf eine Harmonisierung der Regulierung gerichtet, die nur dann gerechtfertigt ist, wenn Entscheidungen eines nationalen Regulierers Auswirkungen auf die Wohlfahrt der Bürger anderer Mitgliedstaaten der Europäischen

¹²⁹ Vgl. Haucap, J., The Recommended Regulation of Fixed and Mobile Termination Rates: A Critical Appraisal, in: Cave, M. u.a., Monitoring EU Telecoms Policy, published by NEREC (Network for Electronic Research on Electronic Communications), September 2009, S. 27 ff.

¹³⁰ Vgl. Dewenter, R., Kruse, J., Calling Party Pays or Receiving Party Pays? The Diffusion of Mobile Telephony with Endogenous Regulation, Discussion Paper No. 43, Hamburg, November 2005.

Union haben.¹³¹ Das klassische Beispiel dafür sind die Entgelte, die ein Mobilfunknetzbetreiber für die Zustellung eines Gesprächs in einem ausländischen Netz bezahlt (International Roaming). Entscheidungen eines nationalen Regulierers über Terminierungsentgelte im Inland haben dagegen keine Auswirkungen auf die Bürger in anderen Mitgliedstaaten. Gegen eine Harmonisierung der Regulierung spricht bereits der damit verbundene Verzicht auf den Wettbewerb der Regulierungsansätze. Die Grundidee eines Wettbewerbs der Regulierungssysteme besteht darin, dass sich bei Unsicherheiten über die Wirkungsweise von Regulierung herausstellt, welche Formen der Regulierung in welcher Entwicklungsphase des Wettbewerbs effizient und welche weniger effizient sind.

173. Das deutsche Telekommunikationsgesetz definiert die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als langfristige zusätzliche Kosten der Leistungsbereitstellung zuzüglich eines angemessenen Zuschlags für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten (Full Service Long Run Incremental Costs, FS-LRIC). Diesem Regulierungsansatz liegt die Philosophie zugrunde, Entgelte festzusetzen, wie sie sich in einem fiktiven, durch Wettbewerb gekennzeichneten Telekommunikationsmarkt ergeben würden. Die Telekommunikation ist eine Industrie mit hohen Gemeinkosten, etwa für den Aufbau, den Erhalt und den Betrieb der Netze. Auf wettbewerblich organisierten Märkten werden in der Regel alle Geschäftsbereiche zur Deckung der Gemeinkosten herangezogen. Nimmt man den Marktteilnehmern die Möglichkeit, die entsprechenden Gemeinkostenanteile in den regulierten Bereichen geltend zu machen, besteht das Risiko, dass es zu einer Gesamtkostenunterdeckung kommt. Dies ginge zulasten des Wettbewerbs auf dem Mobilfunkmarkt, da Netzbetreiber gegebenenfalls aus dem Markt ausscheiden müssen und die Marktzutrittsbarrieren für Newcomer erhöht werden.

174. Der von der Europäischen Kommission empfohlene Kostenstandard reiner langfristiger Zusatzkosten (Pure LRIC) unterscheidet sich von dem Ansatz des Telekommunikationsgesetzes dadurch, dass er sich nicht an der Fiktion eines „Als-ob-Wettbewerbs“, sondern an der Vorstellung eines Effizienzoptimums orientiert.¹³² Nach dieser Philosophie eines „Fine Tuning“-Ansatzes strebt die Regulierung Preise an, die sich in einem Effizienzoptimum ergeben würden, wenn sämtliche Unzulänglichkeiten des Marktes, wie die Existenz von Netzwerk- und anderen Externalitäten, korrigiert sind. Ein solcher Ansatz ist deshalb problematisch, weil der Mobilfunkmarkt eben nicht dem Modell des vollkommenen Wettbewerbs entspricht. Das heißt, wäre der Markt für Terminierungsleistungen durch Wettbewerb gekennzeichnet, etwa weil statt des „Calling Party Pays“-Prinzip das „Receiving Party Pays“-Prinzip gelten würde, würden sich auf diesem Markt mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht die Entgelte gemäß dem reinen LRIC-Standard, sondern eher Entgelte gemäß dem FS-LRIC-Standard oder gemäß den langfristigen zusätzlichen Durchschnittskosten (LRIAC) ergeben.

175. Nicht unproblematisch ist zudem die Empfehlung symmetrischer Terminierungsentgelte. Gegen symmetrische Terminierungsentgelte spricht, dass die Kosten für den Aufbau und den Betrieb von Mobilfunknetzen unterschiedlich sind. Wesentliche Gründe dafür sind der Zeitpunkt des Marktzutritts und die Existenz von Skalenerträgen. Letztere führen dazu, dass auch ein effizienter Newcomer nicht vom ersten Tag an eine

¹³¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 203 ff.

¹³² Vgl. Haucap, J., a.a.O., S. 31 f.

mindestoptimale Netzgröße haben kann und dass vor diesem Hintergrund asymmetrische Terminierungsentgelte Marktzutritte im Mobilfunk begünstigen.¹³³ Die Asymmetrien sollten nach Auffassung der Monopolkommission allerdings über die Zeit allein schon deshalb abgebaut werden, weil Terminierungsleistungen, so sie im Wettbewerb angeboten würden, auch nicht asymmetrisch sein könnten. Für den Abbau spricht zudem, dass damit Anreize für die Netzbetreiber verbunden sind, in effiziente Betriebsgrößen zu wachsen. Die Vorstellung der Europäischen Kommission, dass Newcomer im Mobilfunk nach drei bis vier Jahren einen Marktanteil von 15 bis 20 % erreichen können, ist allerdings wenig realistisch. Dagegen spricht der empirische Befund, dass in den meisten Mitgliedstaaten der Gemeinschaft der Aufholprozess der später lizenzierten Netzbetreiber wesentlich länger andauert und in vielen Fällen bis heute nicht dazu geführt hat, dass die Marktposition der zuerst lizenzierten Netzbetreiber erreicht wurde. Ein Grund dafür ist, dass Kostennachteile wie die, die sich aus der unterschiedlichen Ausstattung mit Frequenzen ergeben, dauerhaft sind.

176. Die Monopolkommission sieht zudem das Risiko, dass eine zu strikte Regulierung der Terminierungsentgelte die Überlebensfähigkeit der kleineren Netzbetreiber infrage stellt. Die Europäische Kommission strebt bis Ende des Jahres 2012 Entgelte in der Größenordnung von 1,5 bis 3 Cent/Minute an. Gegenwärtig werden in der Europäischen Union im Durchschnitt 8,55 Cent/Minute gezahlt. In Deutschland liegen die Entgelte seit dem 1. April 2009 mit einer Laufzeit bis Ende November 2010 bei 6,59 Cent/Minute für die D-Netzbetreiber und 7,14 Cent/Minute für die E-Netzbetreiber. Die angekündigte Absenkung ist demnach recht drastisch und muss in einer verhältnismäßig kurzen Zeit erfolgen. In einer Zeit, in der die Gesamtumsätze im Mobilfunk ohnehin sinken und die Netzbetreiber zudem hohe Investitionen für neue Frequenzen und neue Netze zur Sicherung der Breitbandversorgung in weißen Flecken bewältigen müssen, könnte die weitere deutliche Beschneidung der Erlösmöglichkeiten die Leistungsfähigkeit insbesondere der kleineren Mobilfunknetzbetreiber gefährden und den Konsolidierungsdruck im Mobilfunk erhöhen.

¹³³ Vgl. Peitz, M., *Asymmetric Access Price Regulation in Telecommunication Markets*, *European Economic Review* 49, 2005, S. 341 ff.; ders., *Asymmetric Regulation of Access and Price Discrimination in Telecommunications*, *Journal of Regulatory Economics* 28, 2005, S. 327 ff.

6. Förderung hochleistungsfähiger Breitbandnetze

6.1 Einführung

177. Der Ausbau der Breitbandnetze zu glasfaserbasierten Next Generation (Access) Networks (NGN/NGA) ist im Jahr 2009 eines der beherrschenden regulierungspolitischen Themen im Bereich der Telekommunikation. Hochleistungsfähige paketvermittelte Breitbandnetze lösen gegenwärtig weltweit die kupferbasierten, leitungsvermittelten PSTN-Netze (Public Switched Telephone Network) ab. Diese Migration geht einher mit der Umstellung der bestehenden Telekommunikationsnetze auf IP-Technologie, da das Internet-Protokoll die vorherrschende Wahl zur Implementierung von paketvermittelten Netzen ist. Motiviert wird diese Entwicklung von der Möglichkeit, die integrierten NGN deutlich effizienter und kostensparender zu betreiben als herkömmliche Netze. Die aus der Umstellung auf Glasfaser resultierende Erhöhung der Bandbreiten entspricht dem zunehmenden Bedarf, der durch die erwartete starke Zunahme der Datenübertragung im Internet geprägt ist. Höhere Bandbreiten machen darüber hinaus die Entwicklung neuer und innovativer Dienste möglich.

178. Die Bundesregierung sieht, wie andere Regierungen weltweit auch, die Notwendigkeit, den Ausbau der Breitbandnetze zu fördern. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass mit dem Auf- und Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze hohe wirtschaftliche und gesellschaftliche Erwartungen verbunden sind. Sie gelten unter anderem als eine der wichtigsten Voraussetzungen für künftiges Wirtschaftswachstum und die Schaffung von Arbeitsplätzen. Genannt in diesem Zusammenhang werden Anwendungsbereiche wie eWork, eHealth, eLearning oder auch eGovernment. Von leistungsfähigen Breitbandinfrastrukturen können insbesondere auch ländliche Gebiete profitieren. Breitband ist ein wichtiger Standortfaktor für die Ansiedlung von Unternehmen sowie den Verbleib und den Zuzug von qualifizierten Arbeitskräften.

179. Zwar investieren die Unternehmen bereits seit einigen Jahren in den Aufbau moderner Breitbandnetze, dies aber nicht in dem Ausmaß und der Geschwindigkeit, wie es notwendig erscheint. Die DTAG als größter Netzbetreiber nennt als wichtigstes Investitionshindernis die drohende Regulierung der neuen Breitbandnetze. Die Wettbewerber sehen vor allem die fehlende Bereitschaft der DTAG, ihr Netz für alternative Anbieter zu öffnen, sowie die unzureichende Transparenz der Netzausbaupläne des Incumbent als Hindernisse für eigene Investitionen. Nachdem zunächst primär über Regulierungserleichterungen als Möglichkeit diskutiert wurde, die Anreize für Investitionen in neue Netze zu verbessern, hat die Bundesregierung im Februar 2009 eine aktive Strategie zur Förderung des Netzausbaus vorgeschlagen.¹³⁴ Darin wird das Ziel formuliert, bis 2014 75 % der Haushalte in Deutschland mit Breitbandanschlüssen zu versorgen, die eine Übertragungsrate von mindestens 50 MBit/s besitzen. Möglichst schnell, spätestens bis 2018, soll eine flächendeckende Versorgung erreicht werden. Dazu sollen die Anreize für die Unternehmen, in Breitbandnetze zu investieren, verbessert werden. Vorgeschlagen wird unter anderem, die Regulierung so auszugestalten, dass Investitionen in Breitbandnetze nicht verhindert, sondern gefördert werden. Vorgeschlagen wird darüber hinaus, vorhandene Infrastrukturen im öffentlichen Eigentum beim Breitbandausbau mit zu nutzen,

¹³⁴ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Breitbandstrategie der Bundesregierung, Februar 2009.

den Ausbau der Netze finanziell zu fördern und die Frequenzpolitik einzusetzen. Die Monopolkommission wird die verschiedenen Optionen zur Förderung des Breitbandausbaus primär im Hinblick darauf würdigen, ob von ihnen Risiken für den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten ausgehen. Im Mittelpunkt stehen dabei die Option von Regulierungsferien, die wachstums- und innovationsorientierte Regulierung sowie die Subventionierung des Netzausbaus.

6.2 Stand des Netzausbaus in Deutschland

180. Von Breitband spricht man ab einer Datenübertragungsrate von 384 KBit/s. Ende des Jahres 2008 waren in Deutschland 98 % der Haushalte mit entsprechenden Anschlüssen versorgt. Ein komfortabler Internetzugang setzt höhere Datenübertragungsraten voraus. Realisiert werden diese momentan vor allem über DSL (Digital Subscriber Line). DSL und seine Weiterentwicklungen stehen für Übertragungsstandards, bei denen Daten in der Regel mit Übertragungsraten von bis zu 16 MBit/s über die herkömmliche Kupferleitung übertragen werden. Übertragungsraten von 50 MBit/s und mehr können mit Glasfasernetzen und (TV-)Kabelnetzen realisiert werden. Zukünftig sollen sie auch in Mobilfunknetzen möglich sein.

181. Glasfaser ist im Festnetz bisher in der Regel nicht bis zum Endkunden ausgebaut, sondern lediglich bis zu den Hauptverteilern bzw. Kabelverzweigern. Von dort bis zu dem Teilnehmeranschluss in der Wohnung des Verbrauchers wird die herkömmliche Kupferleitung genutzt. Im Zuge der Migration zu NGA wird zunehmend Kupferkabel durch Glasfaser ersetzt. Je mehr Kupferkabel im Anschlussnetz durch Glasfaser substituiert wird, desto höhere Übertragungsraten sind möglich. Wird die Strecke zwischen den Hauptverteilern und den Kabelverzweigern durch Glasfaser ersetzt, spricht man von Fiber to the Curb (FTTC) oder Fiber to the Node (FTTN). Noch höhere Übertragungsraten sind möglich, wenn Glasfaser bis in die Gebäude (FTTB, Fiber to the Building) oder bis zum Teilnehmeranschluss (FTTH, Fiber to the Home) gelegt wird.¹³⁵ Bei FTTH-Netzen wird zudem unterschieden zwischen PON (Passive Optical Networks) und P2P (Peer-to-Peer). Beiden Varianten gemeinsam ist, dass Glasfaser bis zum Anschluss, d.h. bis in die Wohnung des Endkunden reicht. Der Unterschied besteht darin, dass bei P2P jedem Endkunden die gesamte Faserkapazität zur Verfügung steht, während das bei PON nicht der Fall ist. P2P FTTH ist damit die fortschrittlichste Variante, weil sie größere Übertragungsraten und -qualitäten zulässt. Zudem sind die Möglichkeiten für aktiven Wettbewerb im Netz bei P2P größer.

182. Hohe Übertragungsraten können zudem über TV-Kabelnetze realisiert werden. Die Kabelnetze in Deutschland waren ursprünglich reine Sendenetze. Um sie zu Kommunikationsnetzen auszubauen, mussten sie zunächst rückkanalfähig gemacht werden. Dieser Prozess ist weitgehend abgeschlossen. Inzwischen ist der größte Teil der Kabelnetze in Deutschland technisch soweit aufgerüstet, dass Übertragungsraten bis 32 MBit/s möglich sind. Ende 2008 konnten 23 Mio. von 27 Mio. Kabelnetzkunden Triple-Play-Angebote nutzen.¹³⁶ Der Übergang von dem bisherigen Übertragungsstandard DOCSIS 2.0 (Data Over Cable Service Interface Specification) zu DOCSIS 3.0 erlaubt zukünftig

¹³⁵ Als Sammelbegriff für den Glasfaserausbau der Anschlussnetze hat sich das Kürzel FTTx eingebürgert, wobei das x für die Ausbauvarianten C bzw. N, B oder H steht.

¹³⁶ Vgl. ANGA Verband deutscher Kabelnetzbetreiber e.V., Das deutsche Breitbandkabel – Infrastruktur mit Zukunft, Fakten und Perspektiven 2009, Bonn/Berlin, April 2009.

eine effizientere Nutzung der Bandbreite des Kabels und somit auch höhere Übertragungsgeschwindigkeiten je Anschluss.

183. Die Möglichkeiten, über den Mobilfunk breitbandigen Internetzugang zu erreichen, sind bisher noch begrenzt. Die Standardübertragungsraten von UMTS liegen bei 384 KBit/s. Durch Weiterentwicklungen wie HSDPA (High Speed Downlink Packet Access) und HSDPA+ werden Übertragungsraten auf dem DSL-Niveau von bis zu 7,2 MBit/s möglich. Deutlich größere Übertragungsraten erlaubt der neue Mobilfunkstandard LTE (Long Term Evolution). LTE befindet sich derzeit in der Entwicklung. Von untergeordneter Bedeutung sind die Powerline-Technologie, bei der Sprache und Daten über das Stromnetz übertragen werden, sowie die Satellitenübertragung. Erstere wird momentan nur in wenigen Ortsbereichen eingesetzt. Breitband-Internet via Satellit ist eine Option für ländliche Räume, die über keine terrestrische Breitbandversorgung verfügen.

184. In Deutschland bauen bereits eine Reihe von Telekommunikationsnetzbetreibern, Kabelnetzbetreibern, Versorgungsunternehmen und Netzgesellschaften auf der Grundlage unterschiedlicher Ausbaustrategien und unter Verwendung unterschiedlicher Technologien hochleistungsfähige Breitbandnetze auf. Die DTAG hat ein FTTC-Netz, das sog. VDSL-Netz (Very High Speed Digital Subscriber Line), mit einer Übertragungsraten von bis zu 50 MBit/s in 50 deutschen Städten ausgerollt. Erreichbar waren Ende des Jahres 2008 10,9 Mio. Haushalte. Angeboten wird im Wesentlichen Triple-Play, bestehend aus Voice over IP, Internetzugang und IP-TV. Ab Herbst 2009 verkaufen Wettbewerber – zunächst Vodafone und 1&1 – VDSL-Anschlüsse der DTAG als Reseller weiter.

185. Investitionen der alternativen Telekommunikationsnetzbetreiber in eigene FTTC-Netze sind bisher noch kaum zu beobachten. Sie sind wirtschaftlich möglich, wenn die Glasfaserverbindungen zwischen dem Hauptverteiler und dem Kabelverzweiger über die Leerrohre der DTAG verlegt werden. Die Bundesnetzagentur hat die DTAG bereits Mitte des Jahres 2007 dazu verpflichtet, Wettbewerbern zum Zwecke des Zugangs zum Teilnehmeranschluss am Kabelverzweiger Zugang zu ihren Kabelkanälen zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweiger zu gewähren, soweit entsprechende Leerrohrkapazitäten vorhanden sind.¹³⁷ Im Spätsommer 2009 sind die Verhandlungen zwischen der DTAG und ihren Wettbewerbern über die Bedingungen den Zugangs gescheitert. Im August 2009 hat die DTAG Entgeltanträge für den Zugang zu Leerrohren, Schaltverteilern und unbeschalteter Glasfaser gestellt, über die die Bundesnetzagentur zu entscheiden hat.

186. Regionale Glasfasernetze werden von den größeren infrastrukturorientierten Wettbewerbern der DTAG sowie vereinzelt von regionalen Netzgesellschaften oder auch von Versorgungsunternehmen aufgebaut. In Köln, Hamburg oder München bauen die dortigen Stadtnetzbetreiber (NetCologne, HanseNet, M-Net), FTTB- oder FTTH-Netze aus. Weiterhin gibt es eine größere Anzahl von Projekten in relativ kleinen Städten und Gemeinden, bei denen Glasfasernetze durch Telekommunikationsunternehmen, Versorgungsunternehmen oder Netzgesellschaften errichtet werden. Zum Teil werden dabei ganze Gemeinden, zum Teil Neubaugebiete oder neue Industriegebiete erschlossen.

¹³⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 115 ff.

187. In der Planungsphase war Mitte des Jahres 2009 zudem eine Reihe von Kooperationsprojekten, bei denen alternative Netzbetreiber gemeinsam mit der DTAG Hochgeschwindigkeitsnetze ausbauen wollen. So wollen NetCologne und die DTAG das Netz in Aachen in der Form errichten, dass NetCologne in dicht besiedelten Gebieten ein FTTB-Netz und die DTAG in weniger dicht besiedelten Gebieten ein FTTC-Netz ausrollt. Daneben gibt es gemeinsame Projekte der DTAG mit M-Net in Augsburg, mit EWE TEL u.a. in Delmenhorst und in Cloppenburg sowie mit Arcor in Würzburg und Heilbronn.

6.3 Zur Ökonomie von Breitbandnetzen

188. Um Aussagen darüber machen zu können, wie ein effizienter Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze gefördert und wie dabei der Wettbewerb gesichert werden kann, sind Kenntnisse über die Ökonomie der Netze hilfreich. Das Wissenschaftliche Institut für Kommunikationsdienste (WIK) hat im Jahr 2008 eine umfassende Studie zur Ökonomie von NGA erstellt.¹³⁸ Darin werden auf der Grundlage von Modellrechnungen Aussagen zu den Kosten der unterschiedlichen Ausbaualternativen von Glasfasernetzen, zu deren Profitabilität, zu den Möglichkeiten der Netzduplizierung usw. für verschiedene Länder gemacht. Gezeigt wird, dass die genannten Kennziffern in einem gewissen Maß von nationalen Besonderheiten beeinflusst werden. Deutlich unterschiedlich sind danach in den einzelnen Ländern z.B. die Kosten für Grabungsarbeiten, die ein wesentlicher Kostenbestandteil des Netzausbaus in der Fläche sind. Eine weitere Kennziffer ist die Bevölkerungsdichte. Mit ihrem Ansteigen nehmen die Möglichkeiten zu, Glasfasernetze profitabel auszurollen. Nachfolgend werden einige Ergebnisse der sog. ECTA-Studie des WIK referiert.

189. Der Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze ist mit hohen Investitionen verbunden. Dies gilt insbesondere für den Ausbau der Glasfasernetze. Dabei ist der VDSL-Ausbau erheblich günstiger als der Ausbau von FTTH-Netzen. Gründe dafür sind, dass die Glasfaser über bestehende Leerrohre verlegt werden kann und keine Kosten für die Verlegung von Glasfaser zu und in den Gebäuden anfallen. FTTH-Netze sind in Deutschland in Ballungsgebieten etwa um den Faktor 5 teurer als FTTC-Netze. Dagegen beträgt der Unterschied zwischen den Kosten für PON FTTH und dem leistungsfähigeren und für Open-Access besser geeigneten P2P FTTH lediglich etwa 10 %.

190. Um die Ziele der Breitbandstrategie der Bundesregierung bis 2014 zu erreichen, sind nach Schätzungen aus der Branche Investitionen in bestehende und neue Netze in der Größenordnung von 30 bis 50 Mrd. EUR notwendig.¹³⁹ Sollen flächendeckend FTTB- oder FTTH-Netze realisiert werden, ist das Investitionserfordernis noch deutlich größer. Das WIK rechnet für den Ausbau eines FTTH-Netzes in Ballungsgebieten mit Kosten von etwa 2.000 EUR pro Anschluss. Sollen FTTH-Netze in weniger dicht besiedelten Regionen ausgerollt werden, steigen die Kosten noch einmal deutlich. Niedriger dürften die Kosten für den Ausbau der Kabelnetze ausfallen. Für die flächendeckende Aufrüstung der Netze mit DOCSIS 3.0, was für das Erreichen von Übertragungsraten von 50 MBit/s notwendig ist, sind nach unbestätigten Angaben 7 bis 10 Mrd. EUR er-

¹³⁸ Vgl. Elixmann, D. u.a., *The Economics of Next Generation Access*, Study for the European Competitive Telecommunications Association (ECTA), Bad Honnef, September 2008.

¹³⁹ Vgl. Neumann, K.-H., *Wettbewerb und Kooperation auf dem Weg zum schnellen Internetzugang*, WIK-Newsletter Nr. 74, März 2009, S. 1.

forderlich.¹⁴⁰ Damit allein wäre das Versorgungsziel aber nicht erreichbar, da die Kabelnetze lediglich 50 bis 60 % der Haushalte versorgen.

191. Wie schwierig es für ein Unternehmen und selbst für die Branchen insgesamt sein wird, bis 2014 ein solches Investitionsvolumen zu realisieren, zeigen zwei Kennziffern. Die DTAG und ihre Wettbewerber, einschließlich der Kabelnetzbetreiber, investieren im Jahr 2009 in Telekommunikationssachanlagen zusammen etwa 5,9 Mrd. EUR.¹⁴¹ Um die unterste Grenze des geschätzten Investitionsvolumens von 30 bis 40 Mrd. EUR zu erreichen, müssten in den kommenden fünf Jahren je 6 Mrd. EUR allein in neue Netze investiert werden. Das heißt, dass der Aufbau einer hochleistungsfähigen Breitbandinfrastruktur bis 2014 eine erhebliche Ausweitung der Investitionen erfordert. Gleichzeitig gehen die Umsätze sowohl auf dem Gesamtmarkt für Telekommunikationsdienste als auch auf den Teilmärkten seit Jahren kontinuierlich zurück.¹⁴² Die erforderliche deutliche Ausweitung der Investitionen stellt für die Unternehmen bei schrumpfenden Märkten eine besondere Herausforderung dar.

192. In Deutschland lassen sich Glasfasernetze in keiner der beschriebenen Ausbauvarianten flächendeckend profitabel ausbauen. Wirtschaftlich möglich ist der Ausbau eines FTTC-Netzes (VDSL) für etwa 70 % der Bevölkerung. Die Grenze für die Wirtschaftlichkeit sinkt beim Ausbau von PON FTTH-Netzen auf 25 % und bei Ausbau von P2P FTTH-Netzen auf knapp 14 % der Bevölkerung.

193. Die Möglichkeit einer profitablen Duplizierung der Netze ist lediglich im Rahmen des FTTC-Ausbaus gegeben und auch dort nur bei knapp 20 % der Anschlüsse möglich. Dabei unterstellt WIK, das der Second Mover Zugang zu 80 % der Leerrohre oder vergleichbarer Einrichtungen zu kostenbasierten Preisen hat. Ist die Replizierbarkeit in dicht besiedelten Regionen gegeben, ist in aller Regel lediglich der Aufbau eines zweiten Netzes und nur in wenigen Ausnahmefällen eines dritten Netzes effizient möglich. Werden mehr Netze ausgerollt, drohen die Investitionen zu stranden, oder überhöhte Endkundenpreise, da die Netzbetreiber versuchen, ihre ineffizienten Investitionen zu refinanzieren.

194. Die Wirtschaftlichkeit der Ausbaualternativen sowie die Möglichkeit, Netze zu duplizieren hängt allerdings nicht nur von den technischen Gegebenheiten und den Kosten der Netzelemente ab, sondern vor allem auch davon, ob es den Netzbetreibern gelingt, für das Netz oder die Dienste auf diesem Netz höhere Erlöse (Average Revenue per User, ARPU) und/oder höhere Erträge zu generieren. Das WIK unterstellt auf der Grundlage von Studien zum Verbraucherverhalten in Ländern mit einer vergleichsweise hohen Breitbandpenetration wie Japan und Erkenntnissen aus Frankreich, dass die Konsumenten nicht bereit sind, für das bloße Bereitstellen von höheren Bandbreiten substantiell höhere Entgelte zu zahlen. Eine Steigerung der Erträge pro Konsument muss demnach über neue innovative Dienste erreicht werden.

195. Etablierte Anbieter verfügen im Vergleich zu ihren Wettbewerbern über Pionier Vorteile beim Ausbau von Glasfasernetzen. Dafür gibt es eine Reihe von Gründen: (i) Etablierte Anbieter können beim Netzausbau in einem stärkeren Maße auf vorhandene

¹⁴⁰ Vgl. ebenda.

¹⁴¹ Davon entfallen 3,4 Mrd. EUR auf die Wettbewerber und 2,5 Mrd. EUR auf die DTAG. Vgl. Dialog Consult/VATM, a.a.O., Abbildung 4.

¹⁴² Vgl. Kapitel 2.

Netzkomponenten und Einrichtungen zurückgreifen, (ii) sie können Erträge durch den Verkauf von nicht mehr benötigten Einrichtungen und Standorten, wie z.B. Hauptverteilertstandorten, erzielen und damit einen Teil der Investitionen finanzieren, (iii) sie können aufgrund ihrer größeren Kundenbasis in einem stärkeren Maße als andere die Größen- und Verbundvorteile des NGA nutzen. Daraus folgt, dass die ökonomischen Risiken des etablierten Anbieters bei Investitionen in NGA geringer sind als die der alternativen Anbieter. Geringere ökonomische Risiken ziehen in aller Regel auch niedrigere Finanzierungskosten nach sich.

196. Der Anreiz etablierter Anbieter, in NGA-Netze zu investieren wird dadurch verringert, dass das zu ersetzende Kupferkabel vergleichsweise profitabel ist. So vermietete die DTAG Mitte des Jahres 2009 ca. 8,8 Mio. kupferbasierte Teilnehmeranschlussleitungen. Die regulierten Zugangsentgelte orientieren sich im Einklang mit dem Gesetz an aktuellen Wiederbeschaffungswerten, d.h. bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung wird nicht auf die historischen Kosten des Anschlussnetzes oder die Wiederbeschaffungskosten des neuen Netzes abgestellt, sondern auf Kosten, die entstehen würden, wenn das bisherige Netz aktuell neu aufgebaut werden müsste. Es ist zu vermuten, dass die Vermietung der weitgehend abgeschriebenen TAL unter diesen Bedingungen ein profitables Geschäft ist, auf das der etablierte Anbieter verzichtet, wenn er das kupferbasierte Anschlussnetz durch Glasfaser ersetzt. Insofern steigen für die DTAG die Opportunitätskosten des Ausbaus von NGA-Netzen.

197. Die Kosten für die Errichtung und den Betrieb eines NGA-Netzes können für den einzelnen Netzbetreiber durch Infrastruktur-Sharing reduziert werden. Zudem kann die Profitabilität eines Netzes dadurch erhöht werden, das es Dritten gegen Entgelt zur Verfügung gestellt wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Netz durch den eigenen Datenverkehr nicht ausgelastet ist und die Zugang begehrenden Anbieter eher zusätzliche, differenzierte Dienste anbieten als reine Konkurrenzprodukte. Aus beidem folgt, dass die Öffnung eines NGA-Netzes für die Nutzung durch Dritte die Profitabilität des Netzes nicht zwingend untergräbt.

198. Der freiwillige oder regulierte Netzzugang Dritter in Ergänzung zu dem regulierten Leerrohrzugang verbessert zudem die Möglichkeiten für Wettbewerb im Netz. In welchem Maße dies gelingt, hängt maßgeblich von den Zugangsentgelten, einschließlich der Kapitalkosten und eventuellen Risikoprämien, ab. Werden Risikoprämien zu hoch veranschlagt und übersteigen die tatsächlichen Projektrisiken signifikant, drohen negative Effekte für den Wettbewerb.

6.4 Strategien zur Förderung hochleistungsfähiger Breitbandnetze

6.4.1 Regulierungsferien

199. Die Debatte um Regulierungsferien als Anreiz für Investitionen in Breitbandnetze wird in Deutschland seit der Ankündigung des VDSL-Ausbaus der DTAG im Jahr 2005 geführt. Die DTAG hatte die geplante Investition in der Größenordnung von 3 Mrd. EUR davon abhängig gemacht, dass das neue Netz von der Regulierung ausgenommen werde.¹⁴³ Ähnliche Forderungen gab es in den Jahren 2008 und 2009, als die DTAG auch die weiteren Investitionen in neue Breitbandnetze von Erleichterungen bei der Re-

¹⁴³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 187 f.

gulierung und höheren Entgelten für Vorleistungen abhängig machen wollte. Dies stieß und stößt auch weiterhin auf den Widerstand der Europäischen Kommission. Gegen den im Februar 2007 in das Telekommunikationsgesetz eingefügten § 9a, wonach neue Märkte unter bestimmten Voraussetzungen von der Regulierung befreit sind, hat die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland angestrengt, über das der Europäische Gerichtshof im Herbst 2009 noch nicht entschieden hat.¹⁴⁴ Im März 2009 hatte Bundeskanzlerin Merkel ihre Zustimmung zu dem Konjunkturpaket von Erleichterungen bei der Regulierung von Breitbandnetzen abhängig gemacht.¹⁴⁵ Eine Freistellung von der Regulierung wurde dabei nicht erreicht. Verankert wird in dem neuen europäischen Rechtsrahmen, dass Netzbetreiber unter der Voraussetzung, dass sie den Netzzugang für Dritte gewährleisten, beim Ausbau ihrer Breitbandnetze zusammenarbeiten können.

200. Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten im Jahr 2005 mit der Frage der Freistellung neuer Märkte von der Regulierung befasst und sich grundsätzlich für diese Möglichkeit ausgesprochen.¹⁴⁶ Regulierungsferien sind ein Instrument, mit dem Investitionen in Telekommunikationsnetze prinzipiell gefördert werden, da insbesondere die Zugangsregulierung die Anreize für Investitionen auf Seiten des regulierten Unternehmens schmälern kann. Die Regulierung sollte aber nicht gänzlich ausgeschlossen sein, sondern zu einem späteren Zeitpunkt einsetzen, wenn sich auf dem neuen Markt kein wirksamer Wettbewerb einstellt.¹⁴⁷ Die Frage, ob es sich bei einem Markt um einen neuen Markt im Sinne von § 9a TKG handelt, ist nach den Vorstellungen der Bundesnetzagentur im Rahmen der Verfahren zur Marktregulierung gemäß §§ 10 und 11 TKG zu klären.¹⁴⁸ Die Monopolkommission hat dies ausdrücklich begrüßt.¹⁴⁹ Die Bindung an das Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren bedeutet, dass die Freistellung von der Regulierung zunächst nur für zwei Jahre erfolgen kann, aber verlängert werden sollte, wenn dies weiterhin notwendig erscheint und bis dahin nicht feststeht, dass sich ohne Zugangsregulierung kein wirksamer Wettbewerb einstellt.

201. Problematisch an der Gewährung von Regulierungsferien ist, dass damit die Investitionsreize nur für solche Unternehmen verstärkt werden, die der Zugangsregulierung unterliegen oder unterliegen könnten. Alternative Anbieter von Telekommunikationsdiensten können dagegen auf die Zugangsregulierung angewiesen sein, um entlang der Investitionsleiter in eigene Infrastrukturen zu investieren. Solche Investitionen werden verhindert, wenn der Erstinvestor diesen Anbietern keinen Zugang gewährt oder den Zugang lediglich zu prohibitiven Bedingungen zulässt. Bei der Abwägung, ob und für welchen Zeitraum Regulierungsferien gewährt werden sollen, ist das Risiko entscheidend, welches mit der Investition verbunden ist.

144 Rs. C-424/07.

145 Vgl. Merkel reist mit Veto-Drohung zum EU-Gipfel, www.handelsblatt.com vom 18. März 2009.

146 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 183 ff.

147 Vgl. ebenda, Tz. 184.

148 Vgl. BNetzA, Auslegungsgrundsätze der Bundesnetzagentur zu § 9a TKG; <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/10793.pdf>.

149 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 158.

6.4.2 Wachstums- und innovationsorientierte Regulierung

202. In der Breitbandstrategie der Bundesregierung ist die wachstums- und innovationsorientierte Regulierung eine der vier tragenden Säulen. Die Konkretisierung erfolgt durch die Bundesnetzagentur, die im Mai 2009 Eckpunkte für diese Art der Regulierung vorgelegt hat.¹⁵⁰ Diskutiert werden dort Möglichkeiten, die Investitionsrisiken zu senken und die Planungssicherheit sowie die Transparenz im Hinblick auf die Netzausbaupläne zu erhöhen. Thematisiert werden darüber hinaus die Fragen, welche Beiträge die Zugangs- und Entgeltregulierung leisten können, um Investitionsanreize zu erhöhen. Ein Teil dieser Aspekte wird auch in dem seit Juni 2009 vorliegenden überarbeiteten Entwurf für eine NGA-Empfehlung der Europäischen Kommission behandelt.¹⁵¹

6.4.2.1 Reduzierung von Investitionsrisiken

203. Nach den Vorstellungen im Markt sollen die Investitionsrisiken der Netzbetreiber durch Kooperationen beim Ausbau der Breitbandnetze und Infrastruktur-Sharing gesenkt werden. Die Risiken des Investors können darüber hinaus auf der vertikalen Ebene durch Vereinbarungen mit den Netzzugang begehrenden Unternehmen verringert werden. So können sich die Kunden auf der Großhandelsstufe durch Vorabzahlungen direkt an den Kosten des Netzausbaus beteiligen. Sie können außerdem als Gegenleistung für den Abschluss langfristiger Abnahmeverträge mit laufzeitabhängigen oder abnahmemengenorientierten Rabatten bei den Zugangsentgelten belohnt werden.

Kooperationen und Infrastruktur-Sharing

204. Sowohl das Ausmaß der notwendigen Investitionen als auch der gewünschte schnelle Ausbau in wenigen Jahren sprechen für kooperative Lösungen beim Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze. Vorstellbar sind verschiedene Kooperationsmodelle. Sie reichen von der gemeinsamen Nutzung von Netzelementen (Infrastruktur-Sharing) über die Aufteilung von Ausbaugebieten bis zur Gründung gemeinsamer Netzgesellschaften. Das verbindende Merkmal ist, dass Finanzkraft gebündelt wird und Investitionsrisiken geteilt werden. Kooperationspartner sind sowohl die alternativen Netzbetreiber als auch die DTAG. Einschlägig für die Beurteilung solcher Kooperationen ist das Kartellrecht. Infrage steht, ob sie gegen das Kartellverbot verstoßen und ob gegebenenfalls eine Freistellung vom Kartellverbot in Betracht kommt. Die kartellrechtliche Prüfung kann allerdings nicht isoliert vorgenommen werden, sondern erfolgt mit Blick auf die Regulierung der Netze.¹⁵² So hängen die Auswirkungen einer Kooperation auf den Wettbewerb unter anderem davon ab, ob die kooperierenden Netzbetreiber Netzzugangsverpflichtungen unterliegen.

205. Die Bundesnetzagentur bewertet in ihrem Eckpunktepapier Kooperationen zwischen Wettbewerbern der DTAG als in der Regel unkritisch. Das Bundeskartellamt teilt

¹⁵⁰ Vgl. BNetzA, Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur, Konsultationsentwurf vom 13. Mai 2009 (nachfolgend zitiert als: Eckpunkte).

¹⁵¹ Vgl. Commission of the European Communities, Draft Commission Recommendation of [...] on regulated access to Next Generation Networks (NGA), Brussels, [Draft 12 June 2009 for 2nd public consultation] C(2009) (nachfolgend zitiert als: NGA Recommendation).

¹⁵² Vgl. Kühling, J., Heimeshoff, U., Regulatorische Rahmenbedingungen für die Entwicklung moderner Breitbandinfrastrukturen, Rechtsgutachten im Auftrag des VATM, Juli 2009, S. 54.

diese Auffassung.¹⁵³ Kooperationen unter Beteiligung der DTAG, wie sie gegenwärtig in der Planung sind, werden dagegen von beiden Behörden nicht per se als unkritisch bezeichnet, sondern bedürfen einer näheren Überprüfung im Einzelfall. Auch die Europäische Kommission bezeichnet in ihrem Entwurf für eine NGA-Empfehlung Kooperationen als Möglichkeit, die Investitionsrisiken für den Einzelnen zu reduzieren. Sie weist aber ausdrücklich darauf hin, dass diese nur zulässig sind, wenn der Wettbewerb dadurch nicht beeinträchtigt wird.

206. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass Kooperationen beim Ausbau der Breitbandnetze die Finanzierung der Investitionen erleichtern und Investitionsrisiken reduzieren können. Sie tragen darüber hinaus dazu bei, eine ineffiziente Duplizierung von Netzen oder Netzelementen zu vermeiden. Kritischer als die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt sieht die Monopolkommission die Auswirkungen auf den Wettbewerb. Kooperationen können – je nach dem verwendeten Kooperationsmodell – den Wettbewerb zwischen den Kooperationspartnern auf der Infrastrukturebene ausschließen und den Wettbewerb auf den nachgelagerten Dienstemärkten gefährden. Darüber hinaus können sie zu Wettbewerbsbeschränkungen für Dritte führen. Aus kartellrechtlicher Sicht problematisch sind Kooperationen in Form von Gebietsabsprachen und hier insbesondere solche unter Beteiligung der DTAG, die in den meisten Bereichen des Netzbetriebs weiterhin das dominierende Unternehmen ist. Deutlich weniger problematisch erscheinen Kooperationen unter Wettbewerbern der DTAG und solche, die sich auf die gemeinsame Nutzung von Infrastrukturelementen beziehen.

207. Die Aufteilung von Netzausbaugebieten beschränkt den Infrastrukturwettbewerb, da die Beteiligten auf den Netzausbau im Gebiet des jeweils anderen verzichten. Auf den ersten Blick erscheint das weniger problematisch, da Glasfasernetze aufgrund ihrer Ökonomie in einer Region oder einer Stadt in den meisten Fällen ohnehin nur als Monopol profitabel zu betreiben sind und dies den Wettbewerb im Netz und damit auf den Endkundenmärkten nicht ausschließt. Auf den zweiten Blick sind die Wettbewerbsprobleme jedoch erheblich.¹⁵⁴ Nachteilig ist insbesondere der Ausschluss des Wettbewerbs um die Pionierrolle.¹⁵⁵ Da sich Glasfasernetze nur bei großen Nutzerzahlen rechnen, ist ihr Aufbau mit erheblichen Pionievorteilen verbunden. Der Wettbewerb um diese Position dürfte einen wesentlichen Anreiz für die Unternehmen darstellen, in Breitbandnetze zu investieren. Er wird gleichzeitig dazu beitragen, den Netzausbau zu beschleunigen. Der Ausschluss des Wettbewerbs um die Pionierposition birgt die Gefahr in sich, dass die Anreize für Investitionen sinken und der Netzausbau eher verzögert als beschleunigt wird. Hinzu kommt, dass sich die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen solcher Kooperationen nicht auf die Infrastrukturebene beschränken lassen. Das gilt insbesondere, wenn die Kooperationspartner den Netzzugang für Dritte nicht vorsehen oder sich gegenseitig Zugang zu Bedingungen einräumen, die günstiger sind als die Zugangsbedingungen für Dritte. Ausgenommen vom Kartellverbot sind Kooperationen ge-

¹⁵³ Vgl. BKartA, Stellungnahme zu den Eckpunkten der Bundesnetzagentur über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur, 3. Juli 2009, S. 5.

¹⁵⁴ Vgl. Neumann, K.H., Wettbewerb und Kooperation auf dem Weg zum schnellen Internetzugang, Tel-Com-Brief, April 2009, S. 1 ff.

¹⁵⁵ Vgl. ebenda.

maß § 2 Abs. 1 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV¹⁵⁶ (ex-Art. 81 Abs. 3 EGV¹⁵⁷), für die die Unternehmen nachweisen, dass sie zu Effizienzen (z.B. schnellerem Netzausbau) führen, an deren Gewinn die Verbraucher angemessen beteiligt sind und für die gilt, dass (i) keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, und (ii) keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der zu erbringenden Leistungen den Wettbewerb auszuschalten.

208. Kartellrechtlich unproblematisch erscheint die gemeinsame Nutzung von Infrastrukturelementen wie Leitungen, Leerrohren oder Schaltverteiltern. Im Zentrum der gegenwärtigen Diskussion um den Ausbau der Breitbandnetze steht die gemeinsame Nutzung von Leerrohren und sog. Multifunktionsgehäusen. Der Ausbau der Kabelverzweiger oder der Neubau von Multifunktionsgehäusen wird notwendig, da die Kapazität der alten Kabelverzweiger häufig nicht ausreicht, um dort zusätzlich VDSL-Technik unterzubringen. Die Mitnutzung von Infrastrukturelementen der DTAG durch Wettbewerber führt nicht zu Beeinträchtigungen des Wettbewerbs, da es sich bei diesen in aller Regel um Essential Facilities handelt, deren Mitnutzung erst den Marktzutritt durch Wettbewerber ermöglicht. Die Mitnutzung von Leerrohren und Multifunktionsgehäusen der DTAG ist daher auch bereits seit dem Jahr 2007 durch Regulierungsaufgaben vorgesehen, soweit entsprechende Kapazitäten vorhanden sind.

209. Nicht geklärt ist, ob die Wettbewerber einen Anspruch darauf haben, dass die DTAG Infrastrukturelemente, etwa die Multifunktionsgehäuse, ausbaut, wenn die räumlichen Kapazitäten für eine Mitnutzung erschöpft sind. Vorstellbar wäre etwa ein gemeinsamer Ausbau bei einer entsprechenden Kostenteilung. Um auch zukünftig Marktzutritte zu ermöglichen, wird außerdem ein Reservierungssystem vorgeschlagen. Dabei sollen Kapazitäten für einen zukünftigen Zugang zu Kabelverzweigern oder Multifunktionsgehäusen reserviert werden können. Je nach Reservierungen wäre eine entsprechende Dimensionierung des Ausbaus notwendig. Um das System flexibel zu machen, sollten die Reservierungen handelbar und übertragbar sein.

210. Die Monopolkommission begrüßt diese Vorschläge. Sie spricht sich dafür aus, dass die Wettbewerber einen Anspruch auf den Ausbau von Infrastrukturelementen haben, wenn es sich um wesentliche Einrichtungen handelt und ein Marktzutritt auf einem anderen Weg, etwa durch den Zugang zu unbeschalteter Glasfaser, nicht möglich ist. Die Kosten für diesen Ausbau hat das Unternehmen zu tragen, welches den Zugang begehrt. Die Organisation eines Reservierungssystems für Zugangskapazitäten bei Leerrohren und Multifunktionsgehäusen wäre zu begrüßen, da es die Möglichkeiten für zukünftige Marktzutritte erweitert. Die Monopolkommission sieht aber keine Notwendigkeit, ein solches System regulatorisch vorzugeben.

211. Nicht reguliert ist die Mitnutzung von Infrastrukturelementen alternativer Telekommunikationsnetzbetreiber oder von Unternehmen aus anderen Branchen, etwa Versorgungsunternehmen. Soweit Wettbewerber der DTAG untereinander Infrastruktur-Sharing betreiben, senkt das deren Investitionskosten und -risiken. Der Wettbewerb wird dadurch in der Regel nicht maßgeblich beeinträchtigt, soweit die DTAG im Be-

¹⁵⁶Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU Nr. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47.

¹⁵⁷Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957, in der Fassung des Vertrags von Nizza, konsolidierte Fassung, ABl. EG Nr. C 325 vom 24. Dezember 2002, S. 33.

reich der Anschlussnetze über eine dominierende Stellung verfügt. Die Mitnutzung von Infrastrukturelementen alternativer Anbieter durch die DTAG sollte wegen der damit gegebenenfalls verbundenen Effizienzen ebenfalls möglich sein, sollte aber durch die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt im Einzelfall geprüft und zur Sicherung des Wettbewerbs gegebenenfalls mit Auflagen versehen werden.

212. Die Mitnutzung von Infrastrukturelementen anderer Unternehmen, etwa von Leerrohren oder Kabelschächten von Versorgungsunternehmen, ist dazu geeignet, die Kosten des Netzausbaus zu reduzieren und Investitionsrisiken zu senken. Wettbewerbliche Bedenken sind damit nicht verbunden. Die Mitnutzung scheitert allerdings häufig daran, dass die Informationen über die Existenz entsprechender Kapazitäten nicht verfügbar sind. Die Monopolkommission begrüßt vor diesem Hintergrund ausdrücklich den Aufbau eines Infrastrukturatlases durch die Bundesnetzagentur. Hilfreich wäre, wenn die Aufnahme einer Infrastruktur in den Infrastrukturatlas obligatorisch wäre und nur aus wichtigen Gründen verweigert werden könnte.

Risikoteilung

213. Die Risiken der Investitionen in Breitbandnetze lassen sich für den Netzbetreiber reduzieren, wenn die Nachfrager nach Netzzugang an den Investitionsrisiken beteiligt werden. Das kann auf unterschiedliche Weise geschehen. Die Nachfrager nach Zugangsleistungen können sich vorab zur Abnahme bestimmter Mengen verpflichten oder sich für bestimmte Zeiträume binden. Indem sie dem Netzbetreiber eine bestimmte Auslastung des zu erstellenden Netzes oder eine bestimmte Laufzeit der Vertragsbeziehung garantieren, übernehmen sie einen Teil des Investitionsrisikos. Im Gegenzug dafür werden den Nachfragern nach Netzzugang Nachlässe auf die Zugangsentgelte eingeräumt. Dabei richtet sich der „Mengenrabatt“ nach der Abnahmemenge und der „Laufzeitrabatt“ nach dem Verpflichtungszeitraum. Eine dritte Variante, die gegebenenfalls mit den beiden ersten Varianten kombinierbar ist, ist die Vereinbarung von Vorabzahlungen. Dabei werden die Entgelte für den Netzzugang teilweise oder komplett als Vorauszahlung geleistet. Dies hat den Vorteil, dass nicht nur die Investitionsrisiken des Investors sinken, sondern dass ihm zusätzlich Liquidität für die Investition zur Verfügung steht.

214. Die Bundesnetzagentur steht solchen Tarifen positiv gegenüber, soweit die reduzierten Zugangsentgelte im Falle einer präventiven Entgeltregulierung den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bzw. bei einer nachträglichen Entgeltregulierung den Anforderungen des § 28 TKG entsprechen. Die Europäische Kommission nennt als Voraussetzung für die Zulässigkeit von Risikoteilungsmodellen, dass die Nachlässe bei den Zugangsentgelten den verminderten Risiken für den Investor entsprechen.¹⁵⁸ Bei Vorauszahlungen sind die Entgelte zur Vermeidung von Zinsnachteilen zudem auf den aktuellen Barwert zu diskontieren. Sicherzustellen ist darüber hinaus bei allen Risikoteilungsmodellen, dass keine Preis-Kosten-Scheren entstehen.

215. Die Monopolkommission steht den verschiedenen Modellen zur Risikoteilung nicht durchweg positiv gegenüber. Zwar ist grundsätzlich zu konstatieren, dass eine Aufteilung der Investitionsrisiken zwischen dem Investor und den Nachfragern nach Netzzugang die Investitionsanreize erhöht. Zu beachten ist allerdings, dass solche Mo-

¹⁵⁸ Vgl. NGA Recommendation, Erwägungsgrund 26.

delle den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten für Telekommunikationsdienste beeinträchtigen können. Eine adäquate Verteilung der Risiken von Netzinvestitionen auf die Nachfrager nach Zugangsleistungen liegt dann vor, wenn die Zugangsentgelte die übernommenen Risiken widerspiegeln. Das wiederum setzt voraus, dass die spezifischen Risiken einer Netzinvestition bestimmt werden können und eine adäquate Zuordnung auf den Investor und die Zugangsnachfrager gemäß dem Risikoteilungsmodell gelingt. In der Praxis der Regulierung dürfte das schwierig sein. Bereits bei der Bestimmung des spezifischen Risikos einer Netzinvestition besteht die Gefahr von Fehleinschätzungen. Werden Investitionsrisiken systematisch falsch eingeschätzt, kommt es zu Wettbewerbsverzerrungen auf den nachgelagerten Dienstmärkten. Werden die Investitionsrisiken überschätzt, fallen die Rabatte auf die Zugangsentgelte zu hoch aus und es kommt zu Wettbewerbsverzerrungen zugunsten derjenigen Nachfrager nach Zugangsleistungen, die Investitionsrisiken übernehmen. Benachteiligt werden die Nachfrager nach Zugangsleistungen, die keine Investitionsrisiken übernehmen. Werden die Investitionsrisiken unterschätzt, fallen die Preisnachlässe zu gering aus und es kommt zu Wettbewerbsverzerrungen zulasten der Unternehmen, die sich an der Risiken beteiligen und zugunsten der Unternehmen, die sich nicht daran beteiligen.

216. Darüber hinaus sind speziell von Vereinbarungen, bei denen die Zugangsentgelte gemäß der Abnahmemenge differenziert werden, Verzerrungen des Dienste- und des Infrastrukturwettbewerbs zu erwarten.¹⁵⁹ Wenn die Rabatte auf die Zugangsentgelte von der Abnahmemenge abhängen, erhalten die Nachfrager großer Mengen an Zugangsleistungen höhere Rabatte als diejenigen mit kleineren Nachfragemengen. Daraus resultieren Kostennachteile der kleineren Anbieter von Telekommunikationsdiensten, was den Wettbewerb auf der Diensteebene verzerren kann. Gleichzeitig können Mengenrabatte auf die Zugangsentgelte zu einer Sogwirkung auf das Netz des marktmächtigen Netzbetreibers führen. Das wiederum verringert die Anreize für Investitionen in alternative Netze und verhindert in letzter Konsequenz Infrastrukturwettbewerb.

217. Hinzu kommt, dass bei einer Differenzierung der Netzzugangsentgelte die Anforderungen an die Entgeltregulierung weiter steigen. Das gilt insbesondere, wenn diese der präventiven Entgeltregulierung unterliegen. In diesem Fall darf keines der Netzzugangsentgelte die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überschreiten, was im Einzelfall zu prüfen ist. Der damit verbundene regulatorische Aufwand wäre groß.

6.4.2.2 *Freiwilliger Netzzugang versus Zugangsregulierung*

218. Die Möglichkeit des Netzzugangs für Dritte steht Investitionen in Breitbandnetze nicht entgegen. Dies gilt zum einen, weil der Netzzugang die Auslastung eines NGA erhöht und die Möglichkeiten der Refinanzierung verbessert. Dies gilt zum anderen, weil Netzzugang Investitionen in alternative Netze entlang der sog. Investitionsleiter ermöglicht. Netzzugang kann auf freiwilliger Basis erfolgen oder muss gegebenenfalls durch Zugangsregulierung sichergestellt werden. Die Bundesnetzagentur will bei dem erstmaligen Aufbau von NGA-Netzen darauf achten, dass möglichst nachhaltige, wirtschaftlich tragfähige Geschäftsmodelle entstehen. Sie geht zudem davon aus, dass eine Netzzugangsregulierung nur dann erforderlich wird, wenn die DTAG nachfragegerechte Zugangsprodukte nicht freiwillig anbietet oder unangemessene Entgelte verlangt werden.

¹⁵⁹ Vgl. Kühling, J., Heimeshoff, U., Regulatorische Rahmenbedingungen für die Entwicklung moderner Breitbandinfrastrukturen, a.a.O., S. 29 ff.

Verzicht auf Netzzugangsregulierung

219. Bei einem Verzicht auf Netzzugangsregulierung soll darauf geachtet werden, dass die freiwilligen Angebote transparent und diskriminierungsfrei gestaltet sind und dass angemessene Entgelte festgelegt werden. Die Monopolkommission befürwortet den Vorrang freiwilliger Angebote, wenn die Bundesnetzagentur vorab eindeutig festlegt, welche Zugangsverpflichtungen unerlässlich sind und in welchen Zeiträumen diese zu realisieren sind. Vorab festgelegt werden sollte auch, in welcher Form reguliert wird, wenn die Netzzugangsprodukte nicht freiwillig oder nicht zeitgerecht angeboten werden.

220. Soweit es eine solche klare Orientierung durch den Regulierer nicht gibt, wird es zwischen der DTAG und ihren Wettbewerbern unterschiedliche Auffassungen darüber geben, ob die angebotenen Zugangsprodukte transparent, diskriminierungsfrei und nachfragegerecht sind. Eine große Bedeutung kommt dabei dem Zeitaspekt zu. Liegen keine klare Regeln über das Ausmaß und die Bedingungen des Netzzugangs vor, werden diese zwischen dem Incumbent und den Wettbewerbern verhandelt. Solche Verhandlungen können, wie das jüngste Beispiel der Verhandlungen über den Zugang zum VDSL-Netz der DTAG zeigt, vergleichsweise lange andauern. Es gibt eine Vielzahl von Möglichkeiten, solche Verhandlungen zu verzögern. Kommt es zu keiner Einigung, wird ein ebenfalls zeitaufwendiges Regulierungsverfahren in Gang gesetzt. Bis das Zugangsprodukt dann schließlich auf dem Markt ist, kann der richtige Zeitpunkt für einen Marktzutritt bereits vorbei sein. In Anbetracht der auch zeitlich dimensionierten Ziele der Breitbandstrategie der Bundesregierung wäre das wenig nützlich.

Open Access

221. Ein Verzicht auf Zugangsregulierung kommt vor allem dann infrage, wenn ein Netz als Open-Access-Netz konzipiert ist. Open-Access-Netze zeichnen sich dadurch aus, dass sie für den Zugang durch Dritte diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen. Die Bundesnetzagentur nennt als Beispiel regionale Glasfasernetze von Kommunen, Stadtwerken, kommunalen Versorgungsunternehmen oder privaten Netzbetreibern. Soweit diese Netzbetreiber nicht gleichzeitig Telekommunikationsdienste für Endkunden anbieten, haben sie keinen Anreiz, zutrittswillige Diensteanbieter zu diskriminieren. Es spricht nichts dagegen, solche Netze grundsätzlich von der Regulierung auszunehmen.

222. Wenn solche Unternehmen allerdings zugleich auf den Endkundenmärkten für Telekommunikationsleistungen tätig sind, ändert sich die wettbewerbliche Einschätzung. Integrierte Anbieter von Netz und Diensten haben kein oder zumindest ein deutlich geringeres Interesse daran, ihr Netz Dritten diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen. Tatsächlich ist der größte Teil der kleineren und größeren kommunalen und privaten Netzbetreiber auch auf den Endkundenmärkten tätig. Gleichwohl unterliegen sie keiner Regulierung, weil sie auf regionalen Märkten tätig sind, die bislang keiner Marktanalyse zur Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit unterzogen werden, und weil es ihnen in aller Regel an der für die Regulierung notwendigen beträchtlichen Marktmacht fehlt. Die Analyse regionaler Märkte zeigt allerdings, dass einige Betreiber regionaler Netze wie in Köln, München oder Hamburg auf den dortigen Breitbandmärkten inzwischen sogar höhere Marktanteile als die DTAG haben. Auf solchen regionalen Märkten ist die Wettbewerbssituation genau zu beobachten. Regulierung sollte hier nicht per se ausgeschlossen werden.

6.4.2.3 Investitionsfördernde Entgeltregulierung

223. Unter dem Stichwort „Sicherung der Investitions- und Innovationskraft der beteiligten Unternehmen durch angemessene Entgeltregulierung“ diskutiert die Bundesnetzagentur in ihrem Eckpunktepapier Möglichkeiten, der DTAG größere Freiräume bei der Gestaltung der Netzzugangsentgelte einzuräumen. Möglich wäre dies nach Auffassung der Behörde durch die Umstellung der restriktiven präventiven auf eine mildere nachträgliche Regulierung der Zugangsentgelte und die Berücksichtigung spezifischer Risikozuschläge bei der Berechnung der Eigenkapitalverzinsung. Höhere Entgelte für die Terminierung in FTTB-Netzen kämen gegenwärtig eher alternativen Netzbetreibern zugute, da die DTAG vornehmlich in FTTC-Netze investiert.

Ex-post- statt Ex-ante-Regulierung

224. Die Bundesnetzagentur stellt in ihrem Eckpunktepapier die Überlegung an, den Unternehmen größere Freiräume bei der Festlegung der Netzzugangsentgelte einzuräumen. Dies könne dadurch erreicht werden, dass von der bisher überwiegend angewendeten Ex-ante-Regulierung auf eine Ex-post-Regulierung übergegangen werde. Die damit verbundenen größeren Freiheitsgrade bei der Entgeltgestaltung können, so die Überlegung, die Anreize für Investitionen in neue Infrastrukturen verbessern. Hinzu komme eine größere Flexibilität hinsichtlich der Tarifstrukturen. So ergebe sich die Möglichkeit, innovative Entgeltmodelle zu entwickeln, mit deren Hilfe Risiken besser verteilt werden können.

225. Maßstab des Entgeltgenehmigungsverfahrens gemäß § 31 TKG sind die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, die nicht überschritten werden dürfen. Sie werden in der Regel auf der Grundlage von Kostenunterlagen ermittelt. Soweit solche nicht vorliegen oder nicht ausreichend sind, erfolgt die Ermittlung anhand einer Vergleichsmarktbetrachtung oder auf der Basis von Kostenmodellen. Maßstab der nachträglichen Entgeltregulierung ist die Vereinbarkeit mit den Kriterien des § 28 TKG. Missbräuchlich überhöht sind Entgelte, die lediglich aufgrund des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht durchsetzbar sind. Methodisch werden diese im Wege der Vergleichsmarktbetrachtung ermittelt. Die Schwelle für den Missbrauch bildet der dort ermittelte Preis zuzüglich eines Erheblichkeitszuschlags, dessen Höhe je nach Marktgegebenheiten unterschiedlich ausfallen kann. Bei einem Vergleich der beiden Maßstäbe für die Entgeltregulierung sind die Preissetzungsspielräume des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht höher, wenn es der Ex-post-Regulierung unterliegt.

226. Das Telekommunikationsgesetz eröffnet den nationalen Regulierungsbehörden bei der Auswahl der Regulierungsinstrumente einen Ermessensspielraum. Das gilt auch für die Entscheidung über die Art der Entgeltregulierung. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Behörde in ihrer Entscheidung vollkommen frei ist. Sie muss zunächst die Vorgaben des Telekommunikationsgesetzes und zudem die Grundsätze des § 40 VwVerfG für die Ermessensausübung beachten. Nach § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG unterliegen die Entgelte für Zugangsverpflichtungen, die einem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht gemäß § 21 TKG auferlegt werden, grundsätzlich der Genehmigungspflicht. Abweichend davon soll gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG die nachträgliche Entgeltregulierung dann Anwendung finden, wenn neben anderen Voraussetzungen gewährleistet ist, dass diese ausreicht, die Regulierungsziele

des § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen. Regulierungsziele sind die Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen, die Sicherung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte sowie die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen. Eine Umstellung auf eine nachträgliche Entgeltregulierung kann nur dann erfolgen, wenn diese ausreicht, die Ziele des Telekommunikationsgesetzes insgesamt zu erreichen. Sie kann nicht erfolgen, wenn dadurch zwar Infrastrukturinvestitionen gefördert, aber Verbraucherinteressen gefährdet werden oder die Sicherung eines chancengleichen Wettbewerbs infrage gestellt wird.

227. Hinzu kommen Bedenken, die die Bundesnetzagentur selbst formuliert hat. Die Ex-ante-Regulierung der Zugangsentgelte ist in der Regulierungspraxis etabliert und für die Unternehmen vorhersehbar. Eine Umstellung auf ein bislang bei den Netzzugangsentgelten nicht praktiziertes Verfahren wird die Planungssicherheit nicht zwangsläufig erhöhen, sondern zunächst vielleicht sogar vermindern. Darüber hinaus drohen bei einem Nebeneinander von Ex-ante- und Ex-post-Regulierung der Vorleistungsentgelte Inkonsistenzen, die wiederum eher für Unsicherheiten im Hinblick auf die weitere Regulierung sorgen.

228. Die Monopolkommission ist außerdem der Auffassung, dass die Investitionsanreize auch im Rahmen der Ex-ante-Regulierung der Netzzugangsentgelte gesichert werden können. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung beinhalten eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals einschließlich einer Rendite für das eingesetzte Eigenkapital unter Würdigung der leistungsspezifischen Risiken. Damit sollte sichergestellt werden, dass die Erträge der Investition die Kosten nicht nur decken, sondern auch angemessen honorieren. Würde dies nur gelingen, wenn die Preise für Vorleistungen regulatorisch oberhalb des Wettbewerbsniveaus gehalten werden, würden die Investitionen nicht dem Effizienzkriterium entsprechen. Induziert wären alloкатive Verzerrungen. So wäre die Nachfrage nach Zusammenschaltungsleistungen bei überhöhten Preisen niedriger. Dasselbe gilt bei einer Überwälzung des überhöhten Preisniveaus auch für die Endkundenmärkte. Nach Auffassung der Monopolkommission ist es äußerst zweifelhaft, dass dies den Ausbau der Breitbandnetze befördern würde.

Risikozuschläge bei der Eigenkapitalverzinsung

229. Für den Fall der Entgeltregulierung von Zugangsleistungen sollte nach den Vorstellungen der Bundesregierung eine angemessene Eigenkapitalverzinsung den spezifischen Risiken von NGA-Investitionen Rechnung tragen.¹⁶⁰ Die Bundesnetzagentur wird kurzfristig prüfen, ob und in welchem Umfang ihre bisherige Methode zur Bestimmung der gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten im Hinblick auf eine risikoadäquate Eigenkapitalverzinsung beim Breitbandausbau anzupassen ist. Dazu wird sie ein Gutachten vergeben. Auch die Europäische Kommission spricht sich dafür aus, dass die Kapitalverzinsung die im Vergleich zu Investitionen in herkömmliche Netze höheren Risiken von Investitionen in Glasfasernetze berücksichtigen müsse.¹⁶¹

230. Die Bundesnetzagentur legt bei der Ermittlung der Kapitalkosten den gewichteten durchschnittlichen Kapitalkostensatz (Weighted Average Cost of Capital, WACC) ge-

¹⁶⁰ Vgl. Breitbandstrategie der Bundesregierung, a.a.O., S. 20.

¹⁶¹ Vgl. NGA Recommendation, Erwägungsgrund 24.

mäß der Bilanzwertmethode fest. Dabei berücksichtigt sie die Kapitalstruktur, die Verhältnisse auf den Kapitalmärkten und die Bewertung eines Unternehmens in diesen Märkten, die Renditeerfordernisse des Eigenkapitals sowie die langfristige Stabilität der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen.¹⁶² Bei der Ermittlung der Risikoprämie werden üblicherweise getrennte Risikoprämien für Fremd- und Eigenkapital bestimmt, aus denen dann der gewichtete Durchschnitt gebildet wird. In der bisherigen Entscheidungspraxis stellt die Bundesnetzagentur auf das Risiko des Gesamtunternehmens ab, d.h. für jedes Geschäftsfeld, egal ob riskant oder weniger riskant, wird dasselbe durchschnittliche Risiko angenommen. Vor diesem Hintergrund wäre ein Risikoaufschlag bei der Eigenkapitalverzinsung und gegebenenfalls auch bei der Fremdkapitalverzinsung notwendig, wenn die Risiken von Investitionen in NGA-Netze höher sind als das durchschnittliche Risiko der Gesamtunternehmung.

231. Die Monopolkommission hat die Praxis der Bundesnetzagentur, auf das Risiko der Gesamtunternehmung abzustellen, bereits früher kritisiert.¹⁶³ Nach dem Kriterium der Angemessenheit ist eine Risikoprämie grundsätzlich leistungsspezifisch zu bestimmen. Soll ein Unternehmen für die bei effizienter Leistungsbereitstellung anfallenden Kosten entschädigt werden, kommt es auf die spezifischen Risiken des Kapitaleinsatzes und nicht auf das Gesamtrisiko des Unternehmens an. Ein leistungsspezifischer Ansatz zur Beurteilung von Risikoprämien setzt aus volkswirtschaftlicher wie aus betriebswirtschaftlicher Perspektive angemessene Investitionsanreize.¹⁶⁴

232. Das Telekommunikationsgesetz steht einer angemessenen Eigenkapitalverzinsung im Hinblick auf die Förderung von Investitionen in NGA-Netze nicht entgegen. Der im Rahmen der Ex-ante-Regulierung von Zugangsleistungen genutzte Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung umfasst bereits eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Dabei können die leistungsspezifischen Risiken des eingesetzten Eigenkapitals ausdrücklich berücksichtigt werden.

233. Probleme wirft allerdings der Umstand auf, dass einer Regulierungsbehörde in aller Regel die notwendigen Informationen fehlen, um die spezifischen Risiken von Investitionen zu ermitteln. Die Europäische Kommission nennt Faktoren, die bei der Bestimmung von Risikoprämien zu berücksichtigen sind. Dazu gehören unter anderem die Abschätzung des Bedarfs nach zusätzlicher Bandbreite, Kenntnisse über die Bereitschaft der Nutzer, für höhere Bandbreiten höhere Entgelte zu zahlen, und die Abschätzung der Intensität des zukünftigen Infrastruktur- und Dienstewettbewerbs.¹⁶⁵ Liegen die notwendigen Informationen zur Bestimmung der spezifischen Risiken von NGA-Investitionen nicht vor und können sie auch nicht mit der notwendigen Zuverlässigkeit ermittelt werden, sollte die Regulierungsbehörde nach Auffassung der Monopolkommission auf zusätzliche Risikoaufschläge bei der Eigenkapitalverzinsung verzichten. Dafür spricht, dass unangemessene Risikoaufschläge falsche Preissignale für Entscheidungen zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug setzen. Fallen die Risikoaufschläge zu hoch aus, werden Anreize für eine ineffiziente Doppelung von Infrastrukturen gesetzt; fallen sie zu niedrig aus, wird nur unzureichend in hochleistungsfähige Breitbandnetze investiert.

¹⁶² Vgl. Eckpunkte, S. 26.

¹⁶³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 156 ff.

¹⁶⁴ Vgl. ebenda, Tz. 158.

¹⁶⁵ Vgl. NGA Recommendation, Anhang I, Nr. 6, S. 19.

Höhere Terminierungsentgelte in NGA-Netzen

234. Die Bundesnetzagentur will überprüfen, ob und gegebenenfalls wie sich die Terminierungsleistung von Sprachdiensten in paketvermittelten Netzen auf der Grundlage einer FTTB-Infrastruktur von solchen in herkömmlichen leitungsvermittelten Netzen unterscheiden und ob dies zu einer Differenzierung der Terminierungsentgelte führen müsste. Von Marktteilnehmern wird argumentiert, dass sich die Kosten der Terminierung in FTTB-Netzen erhöhen, weil sich die Länge des kundendezidierten Teilnehmeranschlusses stark verringere. In der Folge werde das Anschlussentgelt auf den Teil des Netzes reduziert, der sich innerhalb der Gebäude befindet, weshalb ein größerer Anteil der Kosten auf Verbindungsleistungen entfalle. Dies wiederum führe trotz insgesamt sinkender Kosten zu einer absoluten Erhöhung der Kosten der Terminierung.

235. Die Kosten der Terminierung in einem FTTB-Netz müssen, soweit diese Entgelte der Ex-ante-Regulierung unterliegen, anhand eingereicherter Kostenunterlagen oder hilfsweise durch ein Kostenmodell oder Vergleichsmarktbetrachtungen festgestellt werden. Dabei ist zu prüfen, ob der behauptete kostentreibende Zusammenhang besteht. Wenn dem so sein sollte, spricht nach Auffassung der Monopolkommission nichts dagegen, für FTTB-Netze und dann vermutlich auch für FTTH-Netze andere Terminierungsentgelte festzusetzen als für herkömmliche Netze. Entscheidend ist, dass die Terminierungsentgelte die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten.

6.4.2.4 Erhöhung der Planungs- und Rechtssicherheit

Verlängerung der Regulierungsperioden

236. Die Bundesnetzagentur nennt in ihrem Eckpunktepapier eine Reihe von Maßnahmen, mit denen die Planungssicherheit im Hinblick auf das „Wie“ der Regulierung verbessert werden kann.¹⁶⁶ Vorgeschlagen wird, die Dauer der Regulierungsperioden zu verlängern und die Rechtssicherheit durch Vorabfeststellungen und Verwaltungsvorschriften zu Teilfragen der Regulierung zu erhöhen.

237. Die Bundesnetzagentur will im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht zukünftig möglichst lange Regulierungsperioden festlegen. In der Diskussion ist eine Verlängerung auf drei Jahre. Andere Meinungen gehen von mindestens fünf Jahren aus. Nach Auffassung der Monopolkommission ist eine Verlängerung der Laufzeit von Regulierungsentscheidungen, speziell von Entscheidungen im Rahmen der Entgeltregulierung, auf fünf oder sogar zehn Jahre nicht sinnvoll. Die Regulierung würde sich viel zu langsam an die sich ändernden Bedingungen in einer dynamischen Branche wie der Telekommunikation anpassen können. Hinzu kommt die Gefahr, dass die langen Laufzeiten von Entscheidungen dazu führen, dass Regulierung länger als notwendig aufrechterhalten bleibt. Einer Verlängerung von zwei auf drei Jahre kann in der Sache zugestimmt werden, auch wenn Zweifel bestehen, dass dies die Investitionsentscheidungen der Telekommunikationsunternehmen beeinflusst, die ja auf wesentlich längere Zeiträume ausgerichtet sind. Größere Rechtssicherheit wird dadurch auch nicht gewonnen, soweit nicht gleichzeitig die Gültigkeitsdauer der Marktanalyse zur Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit gemäß §§ 10 und 11 TKG und der Regulierungsverfügung verlängert wird, die zwei Jahre beträgt. Ist die Laufzeit einer Entgeltregulierungsentscheidung

¹⁶⁶ Vgl. Eckpunkte, S. 29 ff.

länger als die Laufzeit der Marktanalyse, müsste sie mit einem Änderungsvorbehalt für den Fall versehen sein, dass sich an den Feststellungen und Verfügungen der Bundesnetzagentur etwas ändert. Wird die Verlängerung der Laufzeit von Regulierungsentscheidungen mit einem Änderungsvorbehalt versehen, fällt der Zuwachs an Rechtssicherheit allerdings deutlich kleiner aus.

Vorabfeststellungen und Verwaltungsvorschriften

238. Die Marktregulierung nach dem Telekommunikationsgesetz ist ein komplexes und vergleichsweise langwieriges Verfahren, bei dem mehrere Stufen – Marktdefinition, Marktanalyse, Regulierungsverfügung, Einzelentscheidung im Rahmen der Entgeltregulierung – materiell und zeitlich aufeinander folgen. Die Bundesnetzagentur erwägt zur Erlangung von frühzeitiger Planungs- und Rechtssicherheit, (Teil-)Entscheidungen in diesem Verfahren durch Verwaltungsvorschriften oder Vorabfeststellungen in Form feststellender Verwaltungsakte vorwegzunehmen. Grundsätzlich denkbar ist das nach Auffassung der Behörde auf allen Stufen der Marktregulierung. Zu beachten seien allerdings die Vorschriften über das Beschlusskammerverfahren sowie das europarechtlich vorgegebene Beteiligungsverfahren gemäß Art. 7 Rahmenrichtlinie.

239. Die Monopolkommission begrüßt die Bemühungen der Bundesnetzagentur, die Verfahren der Marktregulierung zu beschleunigen, um schneller Planungs- und Rechtssicherheit für die Unternehmen herzustellen. Ob und in welchen Bereichen Verwaltungsvorschriften und Vorabfeststellungen geeignet sind, Einzelfallentscheidungen vorwegzunehmen, bedarf der Prüfung. Vorstellbar ist durchaus, dass die rechtliche Zulässigkeit von Vertragsgestaltungen oder Geschäftsmodellen vorab feststellbar ist. Ebenso ist denkbar, dass Auslegungsgrundsätze oder Eckpunkte der Bundesnetzagentur zu bestimmten Fragen der Regulierung (z.B. Sicherstellung des Konsistenzgebots, Regulierung neuer Märkte) als Verwaltungsvorschriften erlassen werden, um auf diese Weise eine stärkere Verbindlichkeit zu erlangen. Ob dies ausreicht, den Unternehmen mehr Rechtssicherheit für die erforderlichen hohen Investitionen zu liefern, muss sich zeigen.

240. Zur Beschleunigung der Verfahren zur Marktregulierung hat die Monopolkommission bereits früher vorgeschlagen, die Verfahrensschritte Marktdefinition, Marktanalyse und Erlass der Regulierungsverfügung zusammenzufassen.¹⁶⁷ Die Bundesnetzagentur ist dem im Jahr 2007 in einem Fall auch gefolgt und hat die Marktanalyse und Regulierungsverfügung für den ehemaligen Markt 11 (Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung) zeitgleich veröffentlicht.¹⁶⁸ Sie hat diese Praxis danach allerdings wieder eingestellt und erst bei dem im Oktober 2009 veröffentlichten Entwurf einer Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes für Bitstromzugang wieder aufgenommen.¹⁶⁹ In ihrer Stellungnahme gegenüber der Monopolkommission weist die Bundesnetzagentur darauf hin, dass sie zukünftig im Einzelfall nach Zweckmäßigkeitserwägungen entscheiden wird, ob sie die Marktanalyse und die Regulierungsverfügung gleichzeitig oder getrennt vorlegt. Das Motiv für die in der Gemeinschaft einmalige und von der Europäischen Kommission stets monierte Trennung liegt in der von der Regulierungsbehörde gesehene Gefahr, dass mit der Zusammenfassung der beiden Verfahrensschritte das Vetorecht der Europäischen Kommission faktisch auf die Verfügung von Regulierungsmaß-

¹⁶⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 43, a.a.O., Tz. 167 f.

¹⁶⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a.a.O., Tz. 115.

¹⁶⁹ Vgl. Abschnitt 4.1.2.4.

nahmen ausgeweitet wird. Die Monopolkommission schätzt diese Gefahr eher gering ein, da die Europäische Kommission auch bei einer Zusammenlegung der Verfahren kein materielles Vetorecht gegen die Regulierungsverfügung bekommt. Auch weiterhin spricht nichts dafür, dass der Vorteil, die Regulierungsverfügung aus dem Vetoverfahren herauszuhalten, die Nachteile entstehender Zeitverzögerungen und zusätzlicher Rechtsunsicherheiten überwiegt.

6.4.2.5 Verbesserung der Transparenz

241. Für den Ausbau der Breitbandnetze ist Transparenz über die Netzausbaustrategien ein wesentlicher Erfolgsfaktor. Dabei geht es um die Ausbaustrategien aller Netzbetreiber und insbesondere um die Ausbaustrategie der DTAG als dem mit Abstand größten Erstinvestor. Die Offenlegung der NGA-Strategie der DTAG ist von besonderer Bedeutung, weil der größte Teil der alternativen Netzbetreiber langfristig auf die Infrastruktur der DTAG angewiesen sein wird und eigene komplementäre Infrastrukturinvestitionen auf der Grundlage von Netzzugangsprodukten der DTAG errichtet. Zur Sicherung des erreichten Wettbewerbs kommt es vor allem auch darauf an, Transparenz im Hinblick auf den geplanten Abbau der im NGA-Netz nicht mehr benötigten Hauptverteiler herzustellen.

NGA-Forum und Infrastrukturatlas

242. Die Bundesnetzagentur will zur Verbesserung der Transparenz im Hinblick auf die Netzausbaupläne der Netzbetreiber ein NGA-Forum gründen, in dem Vertreter der Telekommunikationsunternehmen, der Länder, Kommunen und Gebietskörperschaften gemeinsame Schritte entwickeln, um den flächendeckenden Ausbau der hochleistungsfähigen Breitbandnetze voranzutreiben. Sie hat außerdem begonnen, einen sog. Infrastrukturatlas aufzubauen, der es Netzbetreibern ermöglichen soll, beim Netzausbau auf bereits vorhandene Kabelkanäle, Leerrohre, Glasfaserstrecken u.ä. zuzugreifen. Verhindert werden damit ineffiziente Mehrfachinvestitionen, Kosten werden gesenkt und der Netzausbau wird beschleunigt. Ob die Maßnahmen greifen, hängt entscheidend von der Akzeptanz bei den Beteiligten ab, da sowohl die Mitarbeit im NGA-Forum als auch beim Aufbau des Infrastrukturatlases auf freiwilliger Basis erfolgt.

Abbau von Hauptverteilern

243. Im Zusammenhang mit dem Ausbau von Glasfasernetzen wird es nach den Ankündigungen der DTAG einen großflächigen Abbau von Hauptverteilerstandorten geben. Das hat zur Konsequenz, dass den bisherigen infrastrukturbasierten Geschäftsmodellen der Wettbewerber, die vor allem auf den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung am Hauptverteiler aufsetzen, die Grundlage entzogen wird. Die Wettbewerber können darauf reagieren, indem sie den entbündelten Zugang zum Netz der DTAG zukünftig am Kabelverzweiger realisieren. Das erfordert erhebliche Investitionen in den parallelen Ausbau der Strecke zwischen den Hauptverteilern und Kabelverzweigern sowie die Erschließung der Kabelverzweiger. Sie können darauf auch reagieren, indem sie Netzzugang zukünftig auf der Grundlage von Bitstrom und damit auf einer niedrigeren Wertschöpfungsstufe und unter geringerem Einsatz eigener Infrastrukturen realisieren. Bildlich gesprochen müssen die alternativen Netzbetreiber entscheiden, ob sie die Investitionsleiter „nach oben“, also näher zum Endkunden, oder wieder

„nach unten“ steigen wollen.¹⁷⁰ Der Weg nach oben ist dabei deutlich teurer und damit schwieriger, weil erstens erhebliche Investitionen in zusätzliche Infrastrukturen notwendig sind und zweitens die bisherigen Investitionen, die in die Erschließung der Hauptverteiler geflossen sind, entwertet werden.

244. Die Monopolkommission stimmt mit der Bundesnetzagentur darin überein, dass das über den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung erreichte Wettbewerbsniveau durch den Abbau von Hauptverteilern nicht infrage gestellt werden darf. Das impliziert zweierlei: Erstens muss ein VDSL-Bitstromzugang rechtzeitig verfügbar sein. Zweitens sind Übergangszeiträume notwendig, in denen die bestehenden Zugangsverpflichtungen aufrechterhalten bleiben müssen, um den bisherigen Zugangsnachfragern die Möglichkeit für Anpassungsreaktionen zu geben. Der Übergangszeitraum soll nach den Vorstellungen der Wettbewerber mindestens fünf Jahre betragen. Auch die Europäische Kommission sieht einen Übergangszeitraum von fünf Jahren vor.¹⁷¹ Dieser kann verkürzt werden, wenn der regulierte Netzbetreiber ein gleichwertiges Zugangsprodukt am Hauptverteiler anbietet.

245. Die Wettbewerber wollen diesen Übergangszeitraum zugleich inhaltlich gestalten. Der Regulierer soll danach festlegen, wie viele Hauptverteiler der Incumbent pro Jahr und wie viele er insgesamt abbauen darf. Nach den Vorstellungen des VATM soll der jährliche Abbau von Hauptverteilern in den ersten drei Jahren auf maximal 500 begrenzt werden.¹⁷² Die Monopolkommission lehnt inhaltliche Vorgaben der genannten Art ab, weil sie den Netzbetreiber daran hindern würden, den Netzbau nach Effizienzüberlegungen vorzunehmen. Der Abbau der Hauptverteiler sollte nicht quantitativ begrenzt werden, sondern an das Vorhandensein gleichwertiger Zugangsalternativen geknüpft werden.

6.4.3 Finanzielle Förderung durch staatliche Beihilfen

246. Sowohl die Bundesregierung als auch die Europäische Kommission haben die finanzielle Förderung von Breitbandnetzen durch staatliche Beihilfen angekündigt. Die Bundesregierung will den Ausbau von Breitbandnetzen in ländlichen Regionen im Zuge ihrer Breitbandstrategie fördern. Die Europäische Kommission wird für die Förderung von Breitbandnetzen rund 1 Mrd. EUR im Rahmen ihres Konjunkturpakets zur Verfügung stellen.¹⁷³ Gleichzeitig hat sie deutlich gemacht, dass die Förderung von Breitbandnetzen Beihilfen sind, die nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind. Um den Mitgliedstaaten hier Anhaltspunkte zu geben, hat sie am 17. September 2009 Leitlinien für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf die staatliche Förderung von Breitbandnetzwerken veröffentlicht.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Vgl. Eckpunkte, S. 23.

¹⁷¹ Vgl. NGA Recommendation, Erwägungsgrund 47.

¹⁷² Vgl. VATM, VATM-Konzeption für eine NGA-/HVt-Migration unter Berücksichtigung des Open-Access-Ansatzes, Stand 10. Juni 2009.

¹⁷³ Europäisches Konjunkturprogramm, Mitteilung der Europäischen Kommission an den Europäischen Rat, KOM(2008) 800 vom 26. November 2008.

¹⁷⁴ Vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl. EU Nr. C 235 vom 30. September 2009, S. 7.

247. Die Beihilfenkontrolle der Europäischen Kommission soll verhindern, dass Marktinitiativen im Breitbandsektor durch staatliche Eingriffe gebremst werden. Die Leitlinien fassen die Entscheidungspraxis aus über 40 Einzelfallprüfungen aus dem Breitbandsektor zusammen. Die Prüfung, ob eine Beihilfemaßnahme mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, erfolgt im Grundsatz auf der Grundlage einer Abwägung. Beihilfen sind zulässig, wenn sie einem klar definierten Ziel von gemeinschaftlichem Interesse dienen sowie zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sind und ihre positiven Wirkungen die negativen Effekte der Wettbewerbsverzerrung und Handelsbeeinträchtigung überwiegen.¹⁷⁵

248. Nicht unter den Begriff der Beihilfe fallen Investitionen, die öffentliche Stellen auf der gleichen Basis wie marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber tätigen. Ebenfalls keine Beihilfen sind Ausgleichszahlungen für sog. „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ gemäß Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 2 EGV), sofern die vom Europäischen Gerichtshof dafür vorgegebenen Bedingungen erfüllt sind.¹⁷⁶ Eine Beihilfe liegt auch dann nicht vor, wenn öffentliche Stellen der Mitgliedstaaten Baumaßnahmen vornehmen und allen potenziellen Nutzern anbieten, diese Gelegenheit zur Verlegung eigener Netzkomponenten zu nutzen. Dagegen sind Maßnahmen, die aus staatlichen Mitteln gewährt werden und dem begünstigten Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen, der den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigt, Beihilfen im Sinne des Gemeinschaftsrechts.

249. Die Leitlinien unterscheiden die Förderung von Breitbandnetzen der ersten Generation (DSL, Kabelnetze) und die Förderung von NGA-Netzen. Für beide gilt, dass Beihilfen genehmigungsfähig sein können, wenn der Markt keine hinreichende Breitbandabdeckung gewährleistet oder die Zugangsbedingungen nicht angemessen sind. Für die Beurteilung unterscheidet die Europäische Kommission drei Fallkonstellationen:

- Eine Beihilfe ist in der Regel genehmigungsfähig, wenn es um die Förderung des Breitbandausbaus in sog. „weißen Flecken“ geht. Ein weißer Fleck zeichnet sich dadurch aus, dass in diesem Gebiet bisher kein Breitbandangebot vorhanden ist und sich für die nahe Zukunft auch kein solches Angebot abzeichnet. Die Förderung eines solchen Angebots korrigiert ein Marktversagen und fördert den regionalen Zusammenhang.
- In der Regel nicht zulässig ist die Förderung in sog. „schwarzen Flecken“, in denen bereits mindestens zwei Betreiber unter Wettbewerbsbedingungen Breitbanddienste anbieten. Ein Marktversagen liegt hier nicht vor. Eine staatliche Förderung würde zu Wettbewerbsverzerrungen und zur Verdrängung privater Investitionen führen.
- Weniger vorhersehbar ist das Ergebnis der Prüfung einer staatlichen Förderung von Breitbandaktivitäten in „grauen Flecken“. Gemeint sind damit Gebiete, in denen es bisher lediglich einen Breitbandnetzbetreiber gibt. In einem solchen Gebiet ist die Förderung zulässig, wenn das monopolistische Endkundenangebot nicht nachfragegerecht ist, der etablierte Anbieter Dritten keinen Netzzugang

¹⁷⁵Zur europäischen Beihilfenkontrolle vgl. ausführlich Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a.a.O., Tz. 886 f.

¹⁷⁶EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, Slg. 2003, I-7747.

gewährt und Marktzutritte damit ausgeschlossen sind und die genannten Probleme nicht durch regulatorische Eingriffe lösbar sind.

250. Damit die potenziellen Wettbewerbsverzerrungen einer Beihilfe in weißen oder grauen Flecken minimiert werden, müssen folgende Bedingungen erfüllt sein:

- Erstellung einer detaillierten Breitbandkarte und die klare Abgrenzung des geografischen Gebietes, für das die Förderung gilt, sowie die Durchführung einer Marktanalyse,
- Durchführung eines offenen Ausschreibungsverfahrens,
- Bevorzugung des wirtschaftlich günstigsten Angebots bei vergleichbaren Qualitätsbedingungen,
- keine Bevorzugung bestimmter Technologien oder Netzplattformen (Technologieutralität).
- Bestehende Infrastrukturen sollen möglichst mitgenutzt werden, um unnötigen parallelen Ressourceneinsatz zu vermeiden.
- Staatlich geförderte Infrastrukturen müssen für den Zugang von Dritten offen sein.
- Der Netzzugang von Dritten muss zu Konditionen möglich sein, die den durchschnittlichen Netzzugangsentgelten in Wettbewerbsregionen bzw. den durchschnittlichen regulierten Entgelten entsprechen.
- Zur Vermeidung von Überkompensation sind Rückforderungsmechanismen zu vereinbaren, die zu Rückzahlungen des begünstigten Netzbetreibers führen, wenn die Nachfrage nach Breitbanddiensten in dem Gebiet höher als erwartet liegt.

251. Zum Zwecke der Würdigung staatlicher Beihilfen für hochleistungsfähige Breitbandnetze (NGA-Netze) wird wiederum zwischen weißen, grauen und schwarzen NGA-Flecken unterschieden.

- In einem weißen NGA-Fleck gibt es gegenwärtig kein hochleistungsfähiges Breitbandnetz und es ist auch für die kommenden fünf Jahre nicht vorgesehen, eines zu errichten. Eine staatliche Förderung ist in aller Regel unproblematisch.
- In einem grauen NGA-Fleck existiert ein NGA-Netz und der Bau eines konkurrierenden Netzes ist innerhalb der kommenden fünf Jahre nicht zu erwarten. Die Genehmigung erfordert eine detaillierte Prüfung.
- In einem schwarzen NGA-Fleck konkurrieren mindestens zwei NGA-Netze. Eine Förderung kommt nicht in Betracht.

252. Da über herkömmliche Breitbandnetze in bestimmten Ausbaustufen (ADSL 2+) ähnliche Dienste angeboten werden wie über NGA-Netze, ist zudem zu prüfen, ob in einem weißen NGA-Fleck bereits eine Breitbandgrundversorgung existiert („grauer Fleck“) oder nicht („weißer Fleck“). Für den Fall, dass eine solche Grundversorgung bereits vorhanden ist, ist eine staatliche Förderung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, wenn (i) die über das herkömmliche Breitbandnetz erbrachten Dienste auch unter Berücksichtigung der geplanten Modernisierungen nicht ausreichen, den Bedarf der Bürger zu decken, und (ii) das Ziel nicht mit weniger den Wettbewerb verzerrenden Mitteln zu erreichen ist. Wird eine staatliche Förderung genehmigt, soll der Begünstigte verpflichtet werden, das Netz über einen längeren Zeitraum (zehn Jahre oder die Hälfte des Amortisierungszeitraums der Infrastruktur) für den Zugang Dritter zu öffnen. So-

weit technisch machbar, sollten Glasfasernetze, für die staatliche Beihilfen gewährt werden, eine P2P- oder Multi-Fiber-Architektur unterstützen, da diese jede von Dritten gewünschte Art von Netzzugang ermöglichen und damit für deutlich mehr Wettbewerb im Netz sorgen können.

253. Die Monopolkommission begrüßt die Veröffentlichung von Beihilfeleitlinien für die Förderung von Breitbandnetzen. Sie tragen dazu bei, mehr Transparenz über die einschlägige Fallpraxis der Europäischen Kommission herzustellen und sorgen mit der Kategorisierung von Anwendungsfällen für ein Mehr an Rechtssicherheit für die beteiligten Förderungsgeber und -empfänger. Die Monopolkommission spricht sich aber grundsätzlich gegen eine staatliche Bereitstellung von Breitbandnetzen aus. Priorität beim Aufbau und Betrieb der Telekommunikationsinfrastrukturen haben private Investitionen. Aufgabe des Staates ist es, Rahmenbedingungen so zu setzen, dass private Investitionen in leistungsfähige Infrastrukturen getätigt werden. Es ist nicht die Aufgabe des Staates, solche Investitionen selbst vorzunehmen oder sie in einem größeren Umfang zu subventionieren.

254. Problematisch ist bereits die in den Leitlinien zum Ausdruck kommende Philosophie, Beihilfen als eine Möglichkeit anzusehen, den Wettbewerb auf den Breitbandmärkten zu fördern. Zum Ausdruck kommt dies, wenn die Europäische Kommission Beihilfen in Gebieten für zulässig hält, in denen bereits eine Breitbandinfrastruktur existiert. Beihilfen bzw. die Beihilfenkontrolle wird so zu einem Instrument zur Förderung von Infrastrukturwettbewerb und tritt damit neben die sektorspezifische Regulierung. Die Bundesregierung lehnt dies in ihrer Stellungnahme zu den Leitlinien zu Recht ab. In eine ähnliche Richtung geht die Vorstellung der Europäischen Kommission, dass Beihilfen zulässig sind, wenn die Zugangsbedingungen in einem Markt nicht angemessen sind.¹⁷⁷ Bei nicht angemessenen Zugangsbedingungen sollte der Gesetzgeber oder die Bundesnetzagentur für angemessene Zugangsbedingungen sorgen. Es ist kein Grund ersichtlich, dass staatliche Subventionen dazu benutzt werden sollten, fehlende oder falsche Regulierung zu kompensieren.¹⁷⁸ Die Monopolkommission weist diesen Ansatz zurück.

255. Weitgehend unstrittig ist, dass die finanzielle Förderung in Gebieten ohne eine Breitbandgrundversorgung zulässig sein sollte, wenn diese Versorgung ansonsten nicht zustande käme. Unstrittig ist ebenfalls, dass eine staatliche Förderung in Gebieten mit konkurrierenden Netzinfrastrukturen ausgeschlossen sein sollte. Strittig ist die Zulässigkeit von Beihilfen zur Förderung von Breitbandnetzen in grauen Flecken.¹⁷⁹ Hier besteht das Problem, dass eine staatlich geförderte zusätzliche Breitbandinfrastruktur die bestehende privat finanzierte Breitbandinfrastruktur entwerten kann. Das ist dann der Fall, wenn eine zweite Infrastruktur in einem Gebiet nicht wirtschaftlich zu betreiben ist. Es liegt nahe, dass ein grauer Fleck deshalb ein grauer Fleck ist, weil genau diese Bedingung erfüllt ist. Hinzu kommt die Befürchtung, dass die staatliche Förderung einer konkurrierenden herkömmlichen Breitbandinfrastruktur auch die Anreize für Inves-

¹⁷⁷ Vgl. ABl. EU Nr. C 235 vom 30. September 2009, S. 15, Rn. 39.

¹⁷⁸ Vgl. dazu auch Friederiszick, H.W., Nitsche, R., Röller, L.-H., Does Europe need subsidized competition for achieving the goal of rapid deployment of broadband networks?, Comments on the draft Community Guidelines for the application of State aid rules in relation to rapid deployment of broadband networks, 2009, S. 3.

¹⁷⁹ Vgl. ABl. EU Nr. C 235 vom 30. September 2009, S. 16 ff., Rn. 44 ff. sowie S. 23, Rn. 74 f.

titionen in NGA-Netze vermindert, weil auch der Betreiber des NGA-Netzes damit rechnen muss, zu einem späteren Zeitpunkt Konkurrenz von einem staatlich subventionierten zweiten NGA-Netz zu bekommen. Dieser anreizmindernde Effekt gilt sowohl für Investitionen des etablierten Netzbetreibers als auch für Investitionen von alternativen Netzbetreibern. Nach Auffassung der Monopolkommission sollten staatliche Beihilfen zur Förderung konkurrierender Infrastrukturen in grauen Flecken vor diesem Hintergrund grundsätzlich nicht zulässig sein. Dieselben Überlegungen gelten für die Zulässigkeit von Beihilfen zur Förderung konkurrierender Infrastrukturen in grauen NGA-Flecken. In einer NGA-Welt kann es noch weitaus eher der Fall sein, dass der Aufbau konkurrierender Infrastruktur ineffizient ist.

256. Ebenfalls kritisch sieht die Monopolkommission die Überlegungen der Europäischen Kommission zur Zulässigkeit von Beihilfen zur Förderung von NGA-Netzen in Gebieten, in denen zwar noch keine NGA-Infrastruktur existiert (weißer NGA-Fleck), in denen es aber bereits konkurrierende herkömmliche Infrastrukturen (DSL und Kabelnetze) gibt (schwarzer Fleck).¹⁸⁰ Zwar bestehen nach Auffassung der Europäischen Kommission in einem „schwarzen Fleck“ – bezogen auf die Breitbandgrundversorgung – auch ohne staatliche Förderung genügend Anreize, die vorhandenen Infrastrukturen zu hochleistungsfähigen NGA-Netzen auszubauen. Gleichwohl können die Mitgliedstaaten dieses Argument widerlegen, etwa durch den Nachweis, dass die vorhandenen Betreiber in den kommenden drei Jahren nicht planen, in NGA-Netze zu investieren. Da schwarze Flecken grundsätzlich Gebiete sind, in denen konkurrierende Netze wirtschaftlich zu betreiben sind, gibt es nach Auffassung der Monopolkommission keinen Grund anzunehmen, dass hier private Investitionen in NGA-Netze auf Dauer ausbleiben. Die Wahrscheinlichkeit ist groß, dass in diesen Fällen eine Subventionierung von NGA-Netzen privaten Investitionen vorgreifen und diese verdrängen.

6.4.4 Schlussfolgerungen und Empfehlungen der Monopolkommission

257. Wie die Bundesregierung sieht auch die Monopolkommission die Notwendigkeit, den Aus- und Aufbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze zu unterstützen. Die positiven Wirkungen leistungsfähiger Kommunikationsinfrastrukturen auf die Wirtschaft und die Gesellschaft sind unbestritten. Ebenso wenig streitig ist, dass der Markt alleine nicht für eine flächendeckende Breitbandversorgung zu angemessenen Bedingungen sorgt. Strittig ist die Frage nach effizienten Formen der Förderung von hochleistungsfähigen Breitbandnetzen. Nachdem die Bundesregierung zunächst darauf gesetzt hatte, den Ausbau der Breitbandnetze dadurch zu unterstützen, dass diese von der Regulierung ausgenommen werden, schlägt sie in ihrer Breitbandstrategie eine aktive Förderstrategie in Form einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung vor. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich, dass die Bundesnetzagentur ihre Überlegungen im Hinblick auf die mögliche Ausgestaltung einer solchen Regulierung frühzeitig zur Diskussion gestellt hat.

258. In der Sache urteilt die Monopolkommission eher kritisch. Dies liegt insbesondere daran, dass Maßnahmen, die auf der einen Seite die Anreize für Investitionen in Breitbandnetze erhöhen, oftmals schädlich für den Wettbewerb sind. So können Kooperationen beim Netzausbau durchaus die Investitionsrisiken der Investoren senken und damit

¹⁸⁰ Vgl. ebenda, S. 23, Rn. 77 f.

den Anreiz für Investitionen erhöhen. Auf der anderen Seite beschränken Kooperationen den Wettbewerb der Netzbetreiber um die Pionierposition auf den Breitbandmärkten und vermindern damit die Anreize für Investitionen und einen raschen Netzausbau. Ähnliches gilt für Arrangements zur Risikoteilung zwischen Netzbetreibern und den Nachfragern nach Netzzugang. Einerseits sind solche Arrangements zu begrüßen, da sie zusätzliche Investitionsanreize generieren. Andererseits besteht die Gefahr, dass die Risiken, die zu Abschlägen bei den Zugangsentgelten führen über- oder unterschätzt werden. Je nachdem ergeben sich Wettbewerbsverzerrungen zulasten oder zugunsten der Unternehmen, die Verträge zur Risikoteilung anbieten.

259. Kritisch steht die Monopolkommission auch dem Vorhaben gegenüber, grundsätzlich auf Zugangsregulierung zu verzichten, wenn die DTAG als potenzieller Adressat von Regulierung Zugangsprodukte auf freiwilliger Basis anbietet. Ein solcher Verzicht sollte nur dann erfolgen, wenn die Zugangsprodukte zeitgerecht und in einem angemessenen Umfang angeboten sowie transparent und diskriminierungsfrei ausgestaltet werden und zu angemessenen Bedingungen verfügbar sind. Um langwierige Auseinandersetzungen zwischen den Parteien zu vermeiden, sollte die Bundesnetzagentur vorab festlegen, was aus ihrer Sicht angemessene Zugangsprodukte sind und in welchen Zeiträumen sie angeboten werden sollten. Ebenso sollte feststehen, in welcher Form reguliert wird, wenn die Netzzugangsprodukte nicht zeitgerecht oder in der gewünschten Form freiwillig angeboten werden. Der Verzicht auf Regulierung kommt insbesondere bei sog. Open-Access-Netzen in Betracht. Open Access ist dann verwirklicht, wenn ein Netz jedem zutrittswilligen Dritten diskriminierungsfrei zur Verfügung steht. Zu beachten ist, dass nicht jedes Glasfasernetz einer Kommune, eines Stadtwerkes oder eines Versorgungsunternehmens automatisch ein Open-Access-Netz ist. Sind die öffentlichen Netzbetreiber zugleich auf dem Endkundenmarkt für Telekommunikationsdienste tätig, bestehen auch hier Anreize, den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten zu beschränken. Die Regulierung solcher Netze sollte nicht per se ausgeschlossen sein.

260. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass auch bei NGA-Netzen weiterhin eine angemessene Zugangsregulierung notwendig sein wird. Dies vor allem, da NGA-Netze aufgrund ihrer Ökonomie in weiten Teilen nicht wirtschaftlich replizierbar sein werden. Um effiziente Marktzutritte zu gewährleisten, muss der Zugang auf einer Netzebene möglich sein, die es den alternativen Anbietern erlaubt, kritische Nachfragemengen zu erreichen. Die Entscheidung, ob Geschäftsmodelle eher dienste- oder eher infrastrukturorientiert sind, sollte nicht durch die Zugangsregulierung vorab entschieden werden, sondern den Unternehmen überlassen bleiben.

261. Von besonderer Bedeutung ist, dass das bisher erreichte Wettbewerbsniveau beim Übergang von den herkömmlichen zu NGA-Netzen erhalten bleibt. Das impliziert, dass die Ausbau- und Migrationsstrategie der DTAG als dem größten Erstinvestor weitestgehend transparent sein sollte. Im Hinblick auf den angekündigten großflächigen Abbau von Hauptverteilern sind für die Anpassungsreaktionen der Wettbewerber Übergangszeiträume notwendig. Damit die in den vergangenen Jahren getätigten Infrastrukturinvestitionen der alternativen Anbieter nicht entwertet werden, sollte es ein geeignetes Bitstromzugangsprodukt am Hauptverteiler geben.

262. Die Monopolkommission lehnt es ab, dem marktmächtigen Netzbetreiber größere Freiräume bei der Gestaltung der Vorleistungsentgelte einzuräumen. Der Übergang von

der Ex-ante- zur Ex-post-Regulierung der Zugangsentgelte ist dann möglich, wenn die nachträgliche Regulierung ausreicht, die Ziele des Telekommunikationsgesetzes insgesamt zu erreichen. Eine einseitige Orientierung des Auswahlermessens der Bundesnetzagentur an dem Ziel der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen wäre mit dem Telekommunikationsgesetz nicht vereinbar. Ebenso problematisch ist die Berücksichtigung von spezifischen Risikozuschlägen bei der Eigenkapitalverzinsung des regulierten Unternehmens. In aller Regel verfügen die Regulierungsbehörden nicht über die notwendigen Informationen, um die spezifischen Risiken einer Investition im Vorhinein abzuschätzen. Werden diese zu hoch oder zu niedrig angesetzt, kommt es zu Fehlallokationen und Wettbewerbsverzerrungen. Im Übrigen sollte der im Rahmen der Ex-ante-Regulierung verwendete Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals umfassen. Dabei können die spezifischen Risiken des Eigenkapitals ausdrücklich mitberücksichtigt werden.

263. Die Planungssicherheit der Netzbetreiber soll unter anderem dadurch erhöht werden, dass die Regulierungsperioden verlängert werden. Die Monopolkommission steht dem im Grundsatz positiv gegenüber, ist im Hinblick auf die Wirkungen aber skeptisch. Eine Verlängerung auf fünf bis zehn Jahre, wie von Teilen des Marktes gewünscht, ist nicht sinnvoll. Die Regulierung würde sich viel zu langsam an die sich ändernden Marktbedingungen auf den dynamischen Telekommunikationsmärkten anpassen. Eine Verlängerung von zwei auf drei Jahre könnte sinnvoll sein, bringt in der Sache aber nicht viel, da die Investitionsentscheidungen der Unternehmen in aller Regel längerfristig angelegt sind. Hinzu kommt, dass die Entkoppelung der Regulierung von der Marktanalyse, die alle zwei Jahre zu wiederholen ist, dazu führt, dass länger laufende Regulierungsverfügungen mit einem Änderungsvorbehalt versehen sein müssten. Der Gewinn an Planungssicherheit würde dadurch wieder relativiert.

264. Nach Auffassung der Monopolkommission werden die Anreizwirkungen einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung eher überschätzt. Wichtiger für das Investitionsverhalten der Unternehmen ist die Vorhersehbarkeit und Stabilität der Rahmenbedingungen sowie der Wettbewerb durch konkurrierende Infrastrukturen. Unstreitig ist, dass Investitionen begünstigt werden, wenn die Rahmenbedingungen bekannt und für die überschaubare Zukunft stabil sind. Umgekehrt werden Investitionen behindert, wenn Unsicherheiten über die Entwicklung der Rahmenbedingungen bestehen. Im Bereich der Telekommunikation ist gegenwärtig Letzteres der Fall. Unsicherheiten bestehen sowohl im Hinblick darauf, ob und gegebenenfalls wie sich der Regulierungsrahmen zukünftig ändern wird, als auch im Hinblick darauf, wie der bestehende Rechtsrahmen auf die Breitbandnetze angewendet werden soll. Änderungen bei den gesetzlichen Rahmenbedingungen sind auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts und in der Folge auch beim nationalen Recht zu erwarten. Der seit dem Jahr 2006 andauernde Reformprozess des europäischen Rechtsrahmens für die Telekommunikationsmärkte konnte inzwischen abgeschlossen werden.¹⁸¹ Zur Herstellung von Rechtssicherheit sollte die Umsetzung in nationales Recht möglichst rasch erfolgen.

265. Klarheit sollte auch im Hinblick auf die Anwendung des geltenden Rechts herrschen. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Monopolkommission die Veröffentlichung von Eckpunkten zur Ausgestaltung der Regulierung von NGA-Netzen. Wichtig ist ne-

181 Vgl. dazu Abschnitt 5.1.

ben der weiteren Konkretisierung der in Teilen recht abstrakten Behandlung wichtiger Fragen, dass die Eckpunkte zu der nationalen Regulierung mit den Vorstellungen der Europäischen Kommission über die Regulierung hochleistungsfähiger Breitbandnetze abgestimmt werden.

266. Die Monopolkommission empfiehlt darüber hinaus, verstärkt auf den Wettbewerb als Treiber für Investitionen in hochleistungsfähige Breitbandnetze zu setzen. Das größte Wettbewerbspotenzial für die Glasfasernetze liegt bei den Kabelnetzen. Dass dieses bisher nur unzureichend genutzt wird, liegt unter anderem daran, dass die Kabelnetzbetreiber strukturelle Nachteile gegenüber den Festnetzbetreibern haben. Dazu gehören vor allem die historisch bedingte vertikale Trennung der Netzebenen 3 und 4 sowie die immer noch weitgehend zersplitterte Anbieterstruktur auf der Netzebene 4. Die vertikale Trennung der Netzebenen verhindert in vielen Fällen den direkten Endkundenzugang der Netzebene-3-Betreiber. Die Zersplitterung der Netzebene 4 verhindert das Zustandekommen kritischer Massen. Die Monopolkommission begrüßt, dass das Bundeskartellamt inzwischen Zusammenschlüsse auf der Netzebene 4 sowie vertikale Fusionen zwischen Betreibern der Netzebenen 3 und 4 vorwiegend positiv beurteilt.¹⁸² Weiterhin kritisch steht die Kartellbehörde Fusionen auf der Netzebene 3 entgegen.¹⁸³ Hier bewertet das Amt den Nachteil von Wettbewerbsbeschränkungen auf den Märkten für die Einspeisung von Rundfunksignalen in das Breitbandkabelnetz und für die Signallieferung an den Netzebene-4-Betreiber und an die Endkunden höher als den möglichen Wettbewerbsvorteil auf den Telekommunikationsmärkten. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte diese Einschätzung überdacht werden. Die zu erwartende Verschlechterung der Marktstrukturen auf den Kabelmärkten bei einer solchen Fusion bleiben hinter den zu erwartenden Verbesserungen auf den Telekommunikationsmärkten, speziell den Märkten für Breitbandanschlüsse, zurück.¹⁸⁴ Die Wettbewerbsfähigkeit der Kabelnetzbetreiber auf den Telekommunikationsmärkten könnte durch die Bündelung von Finanzkraft sowie einen gemeinsamen Netzausbau und eine einheitlichen Vermarktung der Telekommunikationsdienste deutlich verbessert werden. Eine Fusionierung der Kabelnetze würde zudem die Chance erhöhen, dass sich dort ein strategischer Investor, etwa aus der Telekommunikationsbranche, beteiligen würde. Gegenwärtig gehören alle drei Kabelnetze auf der Netzebene 3 Private-Equity-Unternehmen. Deren strategische Interessen im Bereich der Telekommunikation sind in aller Regel weniger stark ausgeprägt. Angekündigt wurde allerdings Mitte November 2009 die Übernahme von Unitymedia durch den amerikanischen Kabel- und Medienkonzern Liberty Global.¹⁸⁵ Ob und unter welchen Voraussetzungen die Übernahme zustande kommt, lässt sich zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Gutachtens noch nicht absehen.

182 Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a.a.O., Tz. 605 ff.

183 Vgl. Kartellamt gegen Kabelallianzen, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19. Juni 2009.

184 Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a.a.O., Tz. 605 ff.

185 Vgl. Koenen, J., Nagl, H.G., Siebenhaar, H.-P., Liberty übernimmt Unitymedia, Handelsblatt vom 12. November 2009, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/us-konzern-liberty-uebernimmt-unitymedia;2483325>

7. Schließen der Breitbandlücken durch Nutzung der digitalen Dividende

7.1 Einleitung

267. Ende des Jahres 2008 waren in Deutschland nach Schätzungen 600 Gemeinden mit rund 730.000 Haushalten nicht mit Breitband versorgt. Diese Regionen werden als „weiße Flecken“ bezeichnet. Weitere ca. 2,8 Mio. Haushalte sind schlecht versorgt, da sie lediglich Zugang zu Anschlüssen mit Übertragungsraten zwischen 384 KBit/s und 1 MBit/s haben. Die Bundesregierung möchte diese Lücken bei der Breitbandversorgung bis Ende 2010 schließen.¹⁸⁶ Dazu soll insbesondere die sog. digitale Dividende genutzt werden. Gemeint sind damit Frequenzen aus dem Bereich 790 bis 862 MHz, die im Zuge der Umstellung von Rundfunk und Fernsehen von der Analog- auf die Digitaltechnik frei werden und für eine Nutzung für Kommunikationszwecke durch Mobilfunkunternehmen zur Verfügung stehen.¹⁸⁷ Die Frequenzen aus der digitalen Dividende sollen nach Beschlüssen der Bundesregierung und des Bundesrates möglichst rasch und mit der Auflage vergeben werden, dass die Frequenzinhaber zunächst die Breitbandversorgung in den bisher weißen und grauen Flecken sicherstellen, bevor sie die Frequenzen in den übrigen Gebieten für das Angebot von mobilem Breitband nutzen dürfen.

268. Die Frequenzen aus der digitalen Dividende sollen gemäß einer Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur gemeinsam mit anderen Frequenzen aus den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz vergeben werden.¹⁸⁸ Ziel der Verbindung der Verfahren ist es, die Vergabe der 800 MHz-Frequenzen zu beschleunigen und durch die Erweiterung des Frequenzangebots in einem Verfahren die erwartete Frequenzknappheit weiter abzuschwächen. Vorgesehen ist ein Versteigerungsverfahren, bei dem es für die 800 MHz-Frequenzen Beschränkungen der Bieterberechtigung (Spektrumskappen) sowie Versorgungsaufgaben geben wird. Die Spektrumskappen sollen verhindern, dass lediglich ein Unternehmen sämtliche Frequenzen ersteigert und den mobilen Breitbandmarkt monopolisiert. Die Versorgungsaufgaben sollen sicherstellen, dass die bisher mit Breitband unversorgten Gebiete tatsächlich prioritär ausgebaut werden. Das vorgesehene Versteigerungsverfahren steht in der Kritik, da es auf Seiten der Betreiber der kleineren Mobilfunknetze in Deutschland (E-Plus und O2) die Befürchtung gibt, dass wenigstens einer von ihnen bei der Vergabe der Frequenzen im Bereich 800 MHz leer ausgehen könnte. Diesem Netzbetreiber würden dann die Voraussetzungen für ein konkurrenzfähiges Breitbandangebot in der Fläche fehlen, da der Ausbau der Netze für Breitbandanwendungen mit Frequenzen aus höheren Frequenzbändern deutlich teurer ist. In der Kritik stehen zudem die Versorgungsaufgaben. Sie sind so angelegt, dass ein Ausbau der weißen Flecken nach wirtschaftlichen Kriterien kaum möglich ist. Dadurch drohen nicht nur Zeitverzögerungen bei der Versorgung der bisher unversorgten Gebiete, sondern auch eine Entwertung der Frequenzen und damit spürbar geringere Versteigerungserlöse. Fraglich ist schließlich, ob die Verbindung der Vergabeverfahren nicht eher Probleme aufwirft als Nutzen bringt, da ein großer Teil der Frequenzen in den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz streitbefangen sind.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Vgl. Breitbandstrategie der Bundesregierung, a.a.O.

¹⁸⁷ Vgl. Abschnitt 7.2.

¹⁸⁸ Vgl. ABl. BNetzA Nr. 20 vom 21. Oktober 2009, S. 3623, Verfügung 59/2009.

¹⁸⁹ Vgl. Abschnitt 4.4.

7.2 Digitale Dividende

269. Als digitale Dividende wird das durch die Umstellung von der analogen auf die digitale Übertragung von Rundfunk und Fernsehen frei werdende Frequenzspektrum bezeichnet. Durch die Digitalisierung der Rundfunkübertragung ist es möglich, mit dem Spektrum eines analogen Fernsehkanals sechs bis acht Standard-Digital-TV-Kanäle zu übertragen.¹⁹⁰ Das bedeutet, dass für die Ausstrahlung der bisherigen Kanäle weniger als 20 % des bisher genutzten Frequenzspektrums notwendig ist. Das auf diese Weise frei werdende Spektrum wird größtenteils auch weiterhin im alleinigen Verfügungsbereich des Rundfunks bleiben. Ein relativ kleiner Teil der digitalen Dividende, der Frequenzbereich 790 bis 862 MHz, wurde durch eine Entscheidung der Weltfunkkonferenz im Jahr 2007 für den Mobilfunk nutzbar gemacht, indem die bisher primäre Zuweisung für den Rundfunk durch eine koprimäre Zuweisung für Rundfunk und Mobilfunk ersetzt wurde. In Deutschland hat der Bundesrat mit seiner Zustimmung zu der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung am 12. Juni 2009 den Weg für eine entsprechende Zuweisung der Frequenzen frei gemacht. Die Vergabe des Spektrums erfolgt durch die Bundesnetzagentur. Die Durchführung der Versteigerung soll im zweiten Quartal 2010 stattfinden.

7.3 Die Bedeutung der Flächenfrequenzen für den Mobilfunkwettbewerb

270. Spektrum aus niedrigeren Frequenzbereichen hat bessere physikalische Wellenausbreitungseigenschaften als Spektrum aus höheren Frequenzbereichen. Das bedeutet, dass für eine vergleichbare Flächenabdeckung und eine ähnliche Versorgung innerhalb von Gebäuden in dem unteren Frequenzband deutlich weniger Basisstationen benötigt werden als in dem oberen Frequenzband. Nach Schätzungen muss ein Mobilfunknetzbetreiber, der 1800 MHz-Frequenzen nutzt, für eine vergleichbare Versorgung in der Fläche etwa doppelt so viele Basisstationen bauen wie ein Betreiber, der 900 MHz-Frequenzen nutzt. Damit bestehen für Mobilfunknetzbetreiber, die nicht über ausreichend Spektrum in den Frequenzbereichen 800 und 900 MHz verfügen, erhebliche Kostennachteile bei der Realisierung von Breitbandanwendungen.

271. Bereits bisher ist die Ausstattung der Netzbetreiber mit Flächenfrequenzen unterschiedlich. Die in Deutschland zunächst lizenzierten D-Netzbetreiber Vodafone und T-Mobile verfügen jeweils über 2 x 12,4 MHz gepaartes Spektrum im Bereich 900 MHz. Die später lizenzierten E-Netzbetreiber O2 und E-Plus wurden zunächst ausschließlich mit 1800 MHz-Frequenzen ausgestattet und bekamen im Jahr 2006 je 2 x 5 MHz 900er Spektrum zugeteilt, welches bis dahin militärisch genutzt wurde. Dafür mussten sie 1800 MHz-Frequenzen an die Bundesnetzagentur zurückgeben. Die Asymmetrie bei der Ausstattung mit Frequenzen im Bereich 900 MHz gilt neben der zeitlich späteren Lizenzierung als einer der Gründe für die geringeren Marktanteile der E-Netzbetreiber im Vergleich zu den Betreibern der D-Netze.¹⁹¹ Dieser Wettbewerbsnachteil würde sich verfestigen und verstärken, wenn die E-Netzbetreiber bei der Vergabe der Flächenfre-

190 Vgl. Neumann, K.-H., Digitale Dividende – Begriffsbestimmung und Erfahrungsbericht, in: Picot, A., Tillmann, H., Digitale Dividende, Berlin 2009, S. 7 ff.

191 Die Marktanteile der Netzbetreiber lagen Ende des 2. Quartals 2009 bei etwa 32,6 % für Vodafone, 36,5 % für T-Mobile, 17 % für E-Plus und 13,9 % für O2; vgl. <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/16876.pdf>

quenzen aus der digitalen Dividende weniger Frequenzen ersteigern könnten als die D-Netzbetreiber oder sogar leer ausgingen. Diese Möglichkeit besteht, da das verfügbare Spektrum im Bereich 800 MHz nicht ausreicht, um vier oder mehr Netzbetreiber angemessen auszustatten. Nach Angabe der D-Netzbetreiber benötigen sie für die Realisierung eines effizienten Breitbandangebots eine Mindestausstattung von 2 x 10 MHz zusammenhängenden Spektrums aus der digitalen Dividende. Wenn dies auch für die E-Netzbetreiber gilt, können aus der digitalen Dividende maximal drei Netzbetreiber optimal ausgestattet werden.

272. Geht einer der etablierten Mobilfunknetzbetreiber bei der Vergabe der Frequenzen aus der digitalen Dividende leer aus, könnte das Auswirkungen auf dessen Wettbewerbsfähigkeit und letztlich auf die Marktstruktur und die Wettbewerbsintensität im Mobilfunk haben. Mit letzter Sicherheit kann das aber nicht prognostiziert werden. Da neben den Frequenzen aus der digitalen Dividende eine große Menge weiterer Frequenzen versteigert wird, ist es grundsätzlich denkbar, dass Flächenfrequenzen durch Frequenzen aus höheren Bereichen substituiert werden. Immerhin hätte der Netzbetreiber, der kein Spektrum aus der digitalen Dividende nutzt, keine Breitbandausbauverpflichtungen in wirtschaftlich unrentablen Regionen zu erfüllen. Vorstellbar ist, dass er sich auf ein Breitbandangebot in Ballungsräumen konzentriert und dabei aufgrund der früheren Verfügbarkeit sogar temporäre Wettbewerbsvorteile erlangt. Gleichwohl kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Flächenfrequenzen nicht oder nur unzureichend durch andere Frequenzen ersetzt werden können. In diesem Fall würde die fehlende Ausstattung mit Flächenfrequenzen im Hinblick auf zukünftige Breitbandanwendungen zum Wettbewerbsnachteil, dessen letzte Konsequenz der Marktaustritt sein kann.

7.4 Das Frequenzvergabeverfahren

273. Die Bundesnetzagentur hat am 12. Oktober 2009 über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens zur Vergabe der Frequenzen zur Konsultation entschieden.¹⁹² Danach soll die Auktion in Form einer offenen aufsteigenden simultanen Mehrrundenauktion erfolgen. Dieses Verfahren wurde bereits bei der Versteigerung der UMTS- sowie der BWA-Frequenzen (Broadband Wireless Access) angewendet. Die Frequenzen aus dem Bereich 800 MHz sollen abstrakt, d.h. ohne konkrete Angabe der Lage, vergeben werden. Die konkrete Lage soll nach der Auktion in einem gesonderten Zuordnungsverfahren festgelegt werden. Die Unternehmen können einen bestimmten Frequenzmindestbedarf darlegen und haben die Möglichkeit, Höchstgebote zurückzunehmen. Um missbräuchliches Bieterverhalten zu verhindern, bleibt die Zahlungsverpflichtung allerdings bestehen, wenn es nach der Gebotsrücknahme kein höheres Gebot mehr gibt. Sollten Frequenzblöcke nicht zugeschlagen werden, wird die Präsidentenkammer innerhalb von zwei Werktagen entscheiden, ob und wann diese Frequenzen in einem zweiten Auktionsabschnitt angeboten werden. Die Teilnahme an der Auktion ist von einer Zulassung und der Hinterlegung einer Sicherheitsleistung abhängig.

274. Die Frequenzen aus der digitalen Dividende sollen in sechs Blöcken à 10 MHz (2 x 5 MHz gepaart) vergeben werden. Nur für diese besonders attraktiven Frequenzen sind Spektrumskappen vorgesehen. Die Bietberechtigung ist für jeden Bieter grundsätzlich auf höchstens 2 x 20 MHz beschränkt. Dabei werden bestehende Frequenzausstat-

¹⁹² ABl. BNetzA Nr. 20 vom 21. Oktober 2009, S. 3623, Verfügung 59/2009.

tungen im Bereich 900 MHz berücksichtigt. Es ergeben sich folgende Bietbeschränkungen:

- Vodafone und T-Mobile verfügen im Bereich der 900 MHz-Frequenzen über jeweils 2 x 12,4 MHz und dürfen maximal 2 x 10 MHz aus der digitalen Dividende ersteigern.
- O2 und E-Plus verfügen im Bereich der 900 MHz-Frequenzen über jeweils 2 x 5 MHz und dürfen maximal 2 x 15 MHz ersteigern.
- Ein Neueinsteiger, der bisher noch über keine Flächenfrequenzen verfügt, kann 2 x 20 MHz ersteigern.

Die Zuteilungen sollen bis Ende 2025 befristet werden.

275. Die Frequenzen aus der digitalen Dividende sollen zunächst vorrangig zur Versorgung der weißen Flecken verwendet werden. Als solche werden Gebiete definiert, in denen mehr als 5 % der Bevölkerung (mindestens 15 Haushalte) keinen Zugang zu Breitbandanschlüssen mit einer Übertragungsrate von mindestens 1 Mbit/s besitzen. Die Versorgungsaufgaben beziehen sich auf vorrangig zu versorgende Gebiete und nennen den dort zu erreichenden Versorgungsgrad. Im Einzelnen gilt folgendes:

- In der Prioritätsstufe 1 sind Gemeinden oder zusammenhängende Gebiete mit einer Einwohnerzahl bis zu 5.000 Menschen zu versorgen.
- In der zweiten Stufe sind Regionen mit einer Einwohnerzahl von 5.001 bis 20.000 zu versorgen.
- Prioritätsstufe 3 umfasst Gebiete mit mehr als 20.000 bis 50.000 Einwohnern.
- Zuletzt sind Städte und Regionen mit mehr als 50.000 Einwohnern zu versorgen.
- Der Netzausbau in der Prioritätsstufe 2 kann erst beginnen, wenn mindestens 70 % der Bevölkerung eines Bundeslandes in der Prioritätsstufe 1 versorgt sind.
- Der Netzausbau in der Prioritätsstufe 3 kann erst beginnen, wenn 50 % der Bevölkerung eines Bundeslandes in der Prioritätsstufe 2 versorgt sind.
- Der Netzausbau in der Prioritätsstufe 4 kann erst beginnen, wenn 50 % der Bevölkerung eines Bundeslandes in der Prioritätsstufe 3 versorgt sind.
- In den Prioritätsstufen 1 bis 4 ist bis zum 1. Januar 2016 ein Versorgungsgrad der Bevölkerung von 90 % sicherzustellen.

276. Das Erreichen der Versorgungsaufgaben ist von den Frequenzinhabern gegenüber der Bundesnetzagentur darzulegen und nachzuweisen. Die Netzbetreiber können Kooperationen eingehen oder sich gegenseitig Frequenzen überlassen, sofern dieses regulatorisch und wettbewerbsrechtlich zulässig ist. Sie können zudem im Rahmen der regulatorischen Grundsätze der Bundesnetzagentur Infrastruktur-Sharing betreiben. Einem Zuteilungsinhaber kann die Erfüllung der Versorgungsverpflichtung angerechnet werden, wenn die Versorgung einer Region durch andere Frequenzinhaber sichergestellt ist. Die Frequenzzuteilung kann widerrufen werden, wenn Versorgungsverpflichtungen nicht eingehalten werden.

7.5 Spektrumskappen

277. Spektrumskappen sind aus ökonomischer Perspektive an sich problematisch, da sie dem Grundgedanken der wettbewerblichen Zuordnung der Frequenzen entgegenstehen. Die Frequenzen werden in einem Versteigerungsverfahren vergeben, weil sie über ein

diskriminierungsfreies Verfahren in die Hände der heute noch unbekannt, ökonomisch besten Nutzer gelangen sollen. In einer Versteigerung will der Regulierer gerade nicht entscheiden, wie viele und welche Anbieter erfolgreiche Geschäftsmodelle betreiben und daraufhin in den Genuss der Nutzungsrechte gelangen.

278. Die Anwendung von Spektrums cappen kann notwendig werden, wenn sich der Regulierer nicht sicher ist, dass aus dem Versteigerungsverfahren eine tragfähige, wettbewerbsrechtlich unproblematische Marktstruktur resultiert. Spektrums cappen wären dann eine Art Sicherheitsnetz, das sicherstellt, dass am Ende einer Auktion eine Mindestanzahl an Bietern bedient wird, wobei zu Beginn der Auktion offen ist, welche Bieter das sein werden. Werden Spektrums cappen, wie bei dem vorgeschlagenen Versteigerungsverfahren der Bundesnetzagentur, unter Berücksichtigung der bereits früher vergebenen Frequenzen im Bereich 900 MHz gesetzt, wird damit offenbar zusätzlich das Ziel verfolgt, eine bisher asymmetrische Ausstattung der Marktteilnehmer mit den besonders attraktiven Flächenfrequenzen über das aktuelle Versteigerungsverfahren auszugleichen.

279. Verantwortlich für eine problematische Marktstruktur am Ende einer Auktion können die mangelnde Liquidität des Marktes und mögliche strategische Interessen einzelner Marktteilnehmer sein. Mangelnde Liquidität lässt sich bei Funkfrequenzen nicht gänzlich ausschließen, da nicht die Frequenzen an sich, sondern „Mobilfunklizenzen“ gehandelt werden. Die Technologiebindung schadet der Liquidität des Handels. Zudem werden in den Frequenznutzungsrechten Vorgaben zur Erstversorgung ländlicher Räume, zur Netzabdeckung und zu Versorgungszeiträumen gemacht. Die hieraus folgenden Investitionsverpflichtungen können, sofern sie nicht der gewinnoptimalen Entscheidung eines unbeschränkten Unternehmens entsprechen, zunächst den Lizenzwert schmälern und im Zweifel auch den Markteintritt für Unternehmen unattraktiv machen.

7.6 Strategisches Bietverhalten zur Verengung der Marktstruktur?

280. Die E-Netzbetreiber befürchten, dass die Spektrums cappen für T-Mobile und Vodafone, die ohnehin schon deutlich besser mit Flächenfrequenzen im Bereich 900 MHz (880 bis 915 MHz und 925 bis 960 MHz) ausgestattet sind als O2 und E-Plus, zu großzügig gewählt sind, sodass diese zumindest einen der beiden E-Netzbetreiber und Marktneulinge durch ihr Bietverhalten effektiv von einer Beteiligung am mobilen Breitbandmarkt fernhalten könnten. Der Versuch, die Anzahl der erfolgreichen Gebote zu begrenzen, ist nach dieser Auffassung strategisch motiviert. Er könnte allerdings auch schlicht Folge des Umstands sein, dass nicht genügend Frequenzspektrum vorhanden ist, um sämtliche etablierten Netzbetreiber und gegebenenfalls Neueinsteiger derart mit Spektrum auszustatten, dass ein effizientes Breitbandangebot in der Fläche möglich ist.

281. Die von der Bundesnetzagentur gewählten Spektrums cappen geben den D-Netzbetreibern Vodafone und T-Mobile die Möglichkeit, je 2 x 10 MHz Flächenspektrum zu ersteigern. Nutzen beide Unternehmen ihre Bietmöglichkeiten durch Höchstgebote vollständig aus, sind 40 von 60 MHz Spektrum vergeben. Die beiden kleineren Netzbetreiber und eventuelle Neueinsteiger müssten um die verbleibenden 20 MHz konkurrieren. Dabei ist die Wahrscheinlichkeit, dass an dem Versteigerungsverfahren Neueinsteiger teilnehmen, eher gering. Die Nachteile des späten Marktzutritts dürften zu groß sein. Abschreckend werden nicht zuletzt die gescheiterten Zutrittsversuche von Neueinstei-

gern im Zusammenhang mit der Auktionierung der UMTS-Lizenzen wirken. Konkurrieren die beiden etablierten E-Netzbetreiber um das restliche Spektrum, ersteigern entweder beide je 2 x 5 MHz oder einer 2 x 10 MHz. Der erste Fall ist dann wenig wahrscheinlich, wenn auch für die E-Netzbetreiber gilt, dass für ein effizientes Breitbandangebot 2 x 10 MHz zusammenhängendes Spektrum notwendig ist. Im zweiten Fall kommt ein Netzbetreiber nicht zum Zug.

282. Wird den Netzbetreibern strategisches Bietverhalten unterstellt, müsste gefragt werden, wo die Motivation für ein solches Verhalten liegt. Eine offensichtliche Motivation ist die daraus gegebenenfalls resultierende Verengung der Marktstruktur. Finanzieren könnten die Netzbetreiber das aus strategischen Erwägungen gekaufte Spektrum mit den überhöhten Erlösen, die zukünftig im Mobilfunk möglich wären, wenn die Wettbewerbsintensität dort wegen des Ausscheidens eines Netzbetreibers sinkt. Ob strategisches Bietverhalten mit dem Ziel der Verdrängung eines Netzbetreibers eine profitable Strategie ist, hängt von vielen Faktoren ab. So ist entscheidend, inwiefern die über dem 800 MHz-Band angebotenen Dienste auch über andere Frequenzen offeriert werden können. Selbst wenn hier Kostenunterschiede im Netzaufbau bestehen, ist ein Ausweichen auf andere Spektren möglich, sobald die Frequenzen aus der digitalen Dividende durch die Gebote sehr teuer werden. Dann kann es sich trotz der Kostenunterschiede beim Netzaufbau lohnen, auf „unattraktiveres“ Spektrum auszuweichen, sofern dies hinreichend günstig ist. Es stellt sich also die Frage, ob Spektrum im 790 bis 862 MHz-Bereich den Charakter einer wesentlichen Vorleistung hat oder ob es doch substituierbar ist. Ebenfalls relevant ist, inwiefern nach der Auktion die erfolgreichen Bieter bereit sind, dritten Parteien durch Roamingverträge etc. eine Mitnutzung der Frequenzen zu ermöglichen. Auch wenn die Erfahrungen in anderen europäischen Staaten, wie z.B. Spanien, hier nicht immer positiv sind, ist ein Roamingabkommen ex post durchaus denkbar, wie das Roamingabkommen zwischen T-Mobile und O2 aus dem Jahr 1999 zeigt.

7.7 Probleme der Versorgungsaufgaben

283. Die Einschränkung der Nutzungsmöglichkeiten der Frequenzen aus der digitalen Dividende auf die Versorgung ländlicher Räume ist politisch getrieben. Es muss zur Kenntnis genommen werden, dass solche Auflagen einer volkswirtschaftlich effizienten Verwendung der Frequenzen entgegenstehen. Gleichzeitig werden die Erlöse aus der Versteigerung der Frequenzen vermindert. Die zusätzlichen Kosten der bevorzugten Versorgung von weißen Flecken schmälern die zu erwartenden Gewinne aus der Frequenznutzung, was wiederum zu niedrigeren Geboten – strategisches Bieterverhalten bleibt hier ausgenommen – führt. Da die Erlöse aus der Frequenzauktion dem Steuerzahler zugutekommen, wird dieser durch die Versorgungsaufgaben belastet. Der Betrag, um den die Auktionserlöse sinken, entspricht einer direkten Subventionierung des Infrastrukturausbaus.

284. Die Versorgungsaufgaben verhindern eine volkswirtschaftlich effiziente Verwendung der Frequenznutzungsrechte. Das Prioritätszonenmodell trägt dazu dabei, dass kleine weiße Flecken vor großen weißen Flecken ausgebaut werden müssen. Unversorgte größere Städte und Gemeinden aus den Prioritätszonen 2 und 3 dürfen nach diesem Modell erst nachrangig ausgebaut werden. Das führt dazu, dass die Gesamtzahl der mit Breitband versorgten Haushalte zunächst kleiner gehalten wird. Das Erreichen der

Ausbauziele wird zeitlich verzögert. Für die Netzbetreiber wird die Finanzierung des Netzausbaus in den kleinen weißen Flecken schwieriger, da sie nicht auf die Erlöse aus den bereits versorgten größeren weißen Flecken zurückgreifen können. Ein ökonomischer Ausbau der weißen Flecken würde dagegen in den Regionen mit den meisten Haushalten bzw. Bewohnern beginnen und nach und nach die kleineren Gebiete einbeziehen.

285. Die Versorgungsaufgaben zwingen die Frequenzinhaber außerdem zu koordiniertem Verhalten, was gegebenenfalls aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch ist. Um zu vermeiden, dass jeder weiße Fleck von jedem Frequenzinhaber gleichzeitig erschlossen werden muss, gilt die Versorgungsaufgabe für einen weißen Fleck als erfüllt, wenn dieser durch einen Inhaber von Frequenzen aus der digitalen Dividende erschlossen worden ist. Die Versorgungsaufgaben in den Prioritätszonen lassen sich am schnellsten erfüllen, wenn der Netzausbau koordiniert vonstattengeht. In der Sache würde es sich dabei um Gebietsabsprachen handeln, die gegen § 1 GWB und Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EGV) verstoßen, soweit nicht die Voraussetzungen einer Freistellung gegeben sind.

7.8 Folgerungen für die Ausgestaltung der Spektrumskappen und Versorgungsaufgaben

286. Aus dem Kreis der E-Netzbetreiber wurde vorgeschlagen, die Spektrumskappen zur Vermeidung nachteiliger Struktureffekte auf dem Mobilfunkmarkt enger zu ziehen. Eine weitere Verengung der Bietberechtigungen wäre aus Sicht der Bundesnetzagentur allerdings schwer zu begründen gewesen, wenn das Auktionsverfahren als Allokationsverfahren nicht infrage gestellt werden soll. Würde eine Beschränkung der Bietberechtigungen beispielsweise auf je 2 x 5 MHz für die großen Netzbetreiber und je 2 x 10 MHz für die kleinen Netzbetreiber vorgenommen, so würde beim Fernbleiben von Neueinsteigern das verfügbare 800 MHz-Frequenzspektrum nur dann vollständig zugeschlagen, wenn sämtliche aktuellen Netzbetreiber ihre Bietberechtigungen vollständig ausschöpfen. Sie benötigten zudem nur eine äußerst geringe Koordination, um ihre Bietberechtigungen bereits zum Mindestgebot vollständig zugeschlagen zu bekommen. Die Bundesnetzagentur könnte daher de facto auf die kostenaufwendige Versteigerung auch verzichten und stattdessen eine Zuteilung an die etablierten Netzbetreiber gegen eine Gebühr in Höhe des Auktionmindestgebots vornehmen.

287. Die Entwertung des Auktionsmechanismus fände nicht in dieser drastischen Weise statt, wenn lediglich die Bietberechtigungen der großen Netzbetreiber auf 2 x 5 MHz gekürzt würden und die Bietberechtigungen für kleine Netzbetreiber und Marktneulinge wie im Vorschlag erhalten blieben. Tritt kein Marktneuling in den Markt ein, würde dieses Verfahren zwar garantieren, dass jeder der vier etablierten Netzbetreiber bei der Auktion zum Zuge kommt. Es bliebe aber das Problem, dass mit den stärker eingeschränkten Bietberechtigungen für die großen Netzbetreiber möglicherweise auch die besseren Zukunftskonzepte und überlegenen Geschäftsmodelle Schaden nehmen. Im Übrigen haben die Betreiber der D-Netze bereits im Vorfeld der Entscheidung über das Auktionsverfahren deutlich gemacht, dass aus ihrer Sicht eine Ausstattung mit 2 x 5 MHz aus der digitalen Dividende nicht ausreicht, um eine effiziente Versorgung mit Breitbandanwendungen sicherzustellen. Bei einer entsprechenden Dimensionierung der

Spektrumskappe hatten sie angedroht, auf die Teilnahme an der Versteigerung gänzlich zu verzichten.

288. Vorgeschlagen wurde zudem, die für das Auktionsverfahren vorgesehene Bietbeschränkung von 2 x 20 MHz auch für die D-Netzbetreiber „streng“ einzuhalten. Gegenwärtig dürfen diese zu ihrer bereits vorhandenen Ausstattung mit je 2 x 12,4 MHz im Bereich 900 MHz zusätzlich je 2 x 10 MHz Spektrum aus der digitalen Dividende ersteigern. Damit besteht die Möglichkeit, dass T-Mobile und Vodafone nach Abschluss der Auktion über je 2 x 22,4 MHz und damit über mehr als je 2 x 20 MHz Spektrum in den Bereichen 800 und 900 MHz verfügen. Die Europäische Kommission hat diese Ausgestaltung der Auktion deutlich kritisiert.¹⁹³ Sie sieht darin eine Benachteiligung der beiden E-Netzbetreiber, denen nicht zugestanden werde, ihre Bietbeschränkung von 2 x 20 MHz zu überschreiten. Ein solche Verfahrensweise provoziere gerichtliche Auseinandersetzungen. Zudem stelle sich die Frage, ob ein Verstoß gegen die Vorschriften des europäischen Telekommunikationsrechts vorliege, welches Diskriminierungen ausschließe.

289. Nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission sollten die D-Netzbetreiber nur dann die Möglichkeit haben, 2 x 10 MHz aus der digitalen Dividende zu ersteigern, wenn sie dafür 2 x 2,4 MHz des vorhandenen Spektrums im Bereich 900 MHz veräußern. Nach Auffassung der Monopolkommission hätte das zwar den Vorteil, dass ein Unternehmen, welches bei der Auktion der Frequenzen aus der digitalen Dividende nicht zum Zuge kommt, 900 MHz-Frequenzen erwerben kann. Ob damit ein gleichwertiges Breitbandangebot gemacht werden könnte, ist aber zumindest fraglich. Die erste Voraussetzung dafür wäre die Flexibilisierung der 900 MHz-Frequenzen (Refarming), damit diese überhaupt für Datendienste genutzt werden könnten. Da die Flexibilisierung der Frequenzen ohnehin vorgesehen ist, hätte das nicht gegen den Vorschlag der Europäischen Kommission gesprochen. Probleme aufwerfen könnte der Umstand, dass die umzuverteilenden 900 MHz-Frequenzen von T-Mobile und Vodafone nicht zusammenhängen und damit für einen Erwerber weniger gut nutzbar sind.¹⁹⁴ Hinzu kommt, dass die 900 MHz-Frequenzen aktuell für das Angebot von Mobilfunkgesprächen genutzt werden. Die Bundesnetzagentur hatte die Nutzungsdauer der Frequenzen bis Ende 2016 verlängert. Die Netzplanung und -nutzung der Frequenzinhaber ist darauf ausgerichtet. Die Umverteilung würde gegebenenfalls vergleichsweise hohe Kosten verursachen. Nicht auszuschließen wäre darüber hinaus, dass der gesamtwirtschaftliche Nutzen einer solchen Umverteilung gering oder sogar negativ ist. Das wäre dann der Fall, wenn die Geschäftsmodelle der bisherigen Nutzer dieser Frequenzen den Geschäftsmodellen der zukünftigen Nutzer überlegen sind. Eine Versteigerung deckt solches Wissen in aller Regel auf. Eine durch den Regulierer erzwungene Umverteilung dagegen würde ohne solches Wissen erfolgen.

290. Nicht diskutiert und auch von der Bundesnetzagentur zu wenig beachtet wird, dass es grundsätzlich noch andere Verfahren gibt, den Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt zu sichern. So könnte das bei der Versteigerung unterlegene Unternehmen mit einem der erfolgreichen Bieter eine Roamingvereinbarung treffen und das Netz des Anderen

¹⁹³ Vgl. Bündler, H., EU zweifelt an Frequenzvergabe, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 9. Oktober 2009.

¹⁹⁴ Die Netzbetreiber hatten gegenüber der Monopolkommission vorgetragen, dass sie für ein effizientes Breitbandangebot 2 x 10 MHz zusammenhängendes Spektrum benötigen.

gegen Entgelt für das Angebot von Breitbanddiensten mit nutzen. Da solche Vereinbarungen nicht zwingend auf freiwilliger Basis zustande kommen, könnte die Bundesnetzagentur die Frequenzen mit einer entsprechenden Roamingauflage versehen. Eine Roamingverpflichtung könnte entweder alle Frequenzen aus der digitalen Dividende betreffen oder lediglich einen Teil davon, mindestens aber zwei Blöcke. Zu erinnern ist schließlich daran, dass der europäische Rechtsrahmen für die Telekommunikation und das deutsche Telekommunikationsgesetz die Regulierung von Märkten vorsehen, wenn gravierende Wettbewerbsprobleme existieren. Kommt es infolge der Versteigerung der Frequenzen aus der digitalen Dividende zu gravierenden Marktstrukturproblemen, kann die Bundesnetzagentur mit Zustimmung der Europäischen Kommission auch im Nachhinein regulierend eingreifen und Zugangs- und Vorleistungspreise auch im Mobilfunk festlegen. Beispiele für regulatorische Eingriffe gegen gemeinsam marktbeherrschende Unternehmen gibt es zwar nicht in Deutschland, aber durchaus in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

291. Im Hinblick auf die Versorgungsaufgaben plädiert die Monopolkommission dafür, diese nicht an den Einwohnerzahlen zu orientieren, sondern auf tatsächliche Knappheiten bei der Breitbandversorgung auszurichten. Mit Priorität zu versorgen sind „echte“ weiße Flecken, die im Breitbandatlas auch als solche ausgewiesen sind. Soweit Versorgungsaufgaben nur „echte“ weiße Flecken betreffen, wird auch eine ineffiziente Doppelung von Infrastrukturen vermieden. Den Frequenzinhabern sollte die Möglichkeit gegeben werden, weiße Flecken nach einem ökonomischen Kalkül auszubauen. Wenn es ökonomisch sinnvoll ist, sollte es möglich sein, zunächst größere weiße Flecken oder benachbarte Gebiete ohne Breitbandversorgung zu bedienen. Im Gegenzug wäre von den Frequenzinhabern zu verlangen, die weißen Flecken vollständig, d.h. zu 100 %, bis Ende des Jahres 2015 auszubauen.

8. Zusammenfassung der Einschätzungen und Empfehlungen

292. Die Monopolkommission kommt zu den folgenden Einschätzungen und Empfehlungen:

Nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte und Deregulierungspotenziale

- Die Endkundenmärkte für Verbindungsleistungen sind nachhaltig wettbewerbsorientiert und bereits aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen. Eine Verschlechterung der Wettbewerbssituation ist auch nach der Rückführung der Regulierung nicht zu erwarten, da der Wettbewerb bei den Festnetzverbindungen strukturell abgesichert ist.
- Die vollständige Deregulierung des Marktes für Teilnehmeranschlüsse im Festnetz ist trotz der positiven Wettbewerbsentwicklung zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht möglich. Es besteht das potenzielle Risiko, dass das eingesessene Unternehmen seine Marktposition mit missbräuchlichen Praktiken wie ungerechtfertigter Bündelung, Preis-Kosten-Scheren oder Preisdumping zu verteidigen versucht. Dem kann angemessen im Rahmen der Ex-post-Regulierung begegnet werden.
- Die Regulierung der Märkte für die meisten Vorleistungen ist weiterhin notwendig. Dies gilt namentlich für die Vorleistungen zur Bereitstellung von schmal- und breitbandigen Festnetzanschlüssen sowie lokale Zusammenschaltungsleistungen. Weniger eindeutig ist der Befund bei den Fakturierungs- und Inkassoleistungen sowie den regionalen und lokalen Mietleitungen.

Würdigung der Amtspraxis der Bundesnetzagentur

- Die Monopolkommission würdigt die Amtspraxis der Bundesnetzagentur in den Bereichen Marktregulierung, Entgeltregulierung, Missbrauchsaufsicht und Frequenzregulierung. Sie stimmt in weiten Teilen mit den Einschätzungen der Behörde überein und kommt zu einer insgesamt positiven Bewertung der Arbeit der Bundesnetzagentur.
- Die Monopolkommission sieht keine Rechtsgrundlage für eine Beteiligung der Europäischen Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden bei der Festlegung der Entgelte für die Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen, der Bestimmung der Gleitpfade für deren Absenkung über die Zeit sowie der Auswahl der Methoden zur Kosten- und Entgeltberechnung. Eine solche Beteiligung wäre auch der Sache nach nicht gerechtfertigt.
- Die effizienten Kosten der Terminierung in einzelnen Mobilfunknetzen können auf der Grundlage einer nationalen Vergleichsmarktbetrachtung erfolgen, soweit die Netze strukturell vergleichbar sind und die effizienten Kosten in dem Vergleichsnetz aufgrund von Kostenunterlagen oder einem Kostenmodell ermittelt wurden.
- Bei der Festlegung der Entgelte für die Teilnehmeranschlussleitung ist die ausschließliche Berücksichtigung von Wiederbeschaffungskosten aus rechtlicher Sicht kritisch. Ökonomische Überlegungen sprechen eher dafür. In einer Situation, in der das zu regulierende Netz vor einem grundlegenden Umbau steht,

sind allerdings statt der Wiederbeschaffungskosten des bestehenden Netzes die aktuellen und zukünftigen Kosten des neuen Netzes maßgeblich.

- Die Voraussetzungen für die Abgrenzung regionaler Märkte für den Bitstromzugang sind gegeben. Ob dies bereits dazu führt, dass einzelne regionale Märkte aus der Regulierung zu entlassen sind, oder ob diese lediglich regional unterschiedlich reguliert werden sollten, ist im Rahmen der Marktanalyse zu entscheiden.
- Nach Auffassung der Monopolkommission ist es auch weiterhin nicht notwendig, das Telekommunikationsgesetz dahingehend zu ändern, dass die Vorschriften zur nachträglichen Entgeltregulierung und zur besonderen Missbrauchsaufsicht auf Telekommunikationsmärkten anwendbar sind, die zwar beherrscht, aber nicht regulierungsbedürftig sind.
- Die Verbindung der Verfahren zur Vergabe der Frequenzen aus der digitalen Dividende und von Spektrum aus anderen Bereichen bringt kaum Vorteile und ist mit dem Risiko verbunden, dass Rechtsunsicherheiten des einen oder des anderen Verfahrens den Gesamtprozess belasten und die Vergabe sämtlicher Frequenzen verzögern. Vorzugswürdig wäre es, die Verfahren formal zu trennen und gleichzeitig durchzuführen.

Anpassungsbedarf bei den Regelungen des TKG zum Resale

- Bei einer Novelle des TKG sollte § 21 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 TKG gestrichen werden. Die Regelung, nach der die Bundesnetzagentur bei der Auferlegung von Resale-Verpflichtungen „die getätigten und zukünftigen Investitionen für innovative Dienste berücksichtigen“ soll, ist inhaltlich vage und in der Sache unnötig.
- Gestrichen werden sollte auch die Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 5 TKG, da sie seit dem 30. Juni 2008 ausgelaufen ist.

Reform des europäischen Rechtsrahmens für die Telekommunikationsmärkte

- Die Reform des europäischen Telekommunikationsrechts ist nach langen Diskussionen abgeschlossen. Positiv bewertet die Monopolkommission die Regelungen zur Verbesserung von Verbraucher- und Datenschutz, zur Frequenzverwaltung sowie zur Zugänglichkeit der Notrufdienste.
- Uneingeschränkt zu begrüßen ist, dass die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden weiter gestärkt wird. Die Monopolkommission sieht bei der Umsetzung in nationales Recht Anpassungsbedarf bei dem Weisungsrecht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie gegenüber der Bundesnetzagentur sowie bei den Vorschriften zur Ernennung und Entlassung des Präsidenten und der Vizepräsidenten der Behörde. Sie wiederholt in diesem Zusammenhang ihren Vorschlag, die Konzentration wichtiger Regulierungsentscheidungen auf die Präsidentenkammer rückgängig zu machen.
- Kritisch zu bewerten ist die Einführung eines sog. Ko-Regulierungsverfahrens, mit dem die Einheitlichkeit von Regulierungsmaßnahmen gewährleistet werden soll. Das Beteiligungsverfahren auf der Gemeinschaftsebene wird dadurch komplexer und bürokratischer, die Verfahrensdauer verlängert sich.

- Ebenfalls kritisch sieht die Monopolkommission, dass die Europäische Kommission zukünftig Entscheidungen zur harmonisierten Anwendung von Richtlinien erlassen kann. Dadurch werden die Möglichkeiten der nationalen Regulierungsbehörden eingeschränkt, bei der Regulierung die Besonderheiten der nationalen Telekommunikationsmärkte flexibel zu berücksichtigen.
- Für die Einführung der funktionalen Separierung als zusätzliches Instrument der Regulierung gibt es in einem fortgeschrittenen Stadium der Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten keine Notwendigkeit. Die Monopolkommission geht davon aus, dass dieses Instrument bei der Regulierung der Telekommunikationsmärkte in Deutschland keine Rolle spielen wird.
- Mit der Einrichtung von GEREK (Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation) sowie eines zugehörigen Büros mit eigener Rechtspersönlichkeit rückt die europäische Regulierungsbehörde näher. Die Monopolkommission steht dem kritisch gegenüber. Die zunehmende Zentralisierung der Regulierung geht zulasten der Flexibilität und verhindert den Wettbewerb der Regulierungssysteme. Zudem besteht das Risiko, dass das Ausmaß an Regulierung eher zu- als abnimmt.

Europäische Initiativen zur Regulierung des Mobilfunks

- Die Terminierung von Gesprächen in ausländischen Mobilfunknetzen (International Roaming) sind der klassische Anwendungsfall für eine gemeinschaftsweite Regulierung von Telekommunikationsmärkten. Kritisch ist die doppelte Regulierung der Endkunden- und Vorleistungsentgelte, die Ausweitung der Regulierung auf die Datendienste sowie die recht drastische Absenkung der Entgelte. Auch wenn die erhebliche Absenkung der Entgelte aus Sicht der Verbraucher positiv ist, kann dies die Leistungsfähigkeit insbesondere der kleineren Mobilfunknetzbetreiber übersteigen.
- Die Monopolkommission lehnt die Empfehlung der Europäischen Kommission ab, bei der Regulierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk einen Kostenstandard zu verwenden, der Gemeinkosten unberücksichtigt lässt. Zwar geht sie davon aus, dass die Terminierungsentgelte im Mobilfunk weiter gesenkt werden müssen, sieht aber das Risiko einer zu strikten Regulierung. Die Asymmetrien bei den Terminierungsentgelten sollten über die Zeit abgebaut werden. Um die Regulierung überflüssig zu machen, sollte ernsthaft die Einführung von Bill & Keep geprüft werden, bei dem die Netzbetreiber auf die gegenseitige Berechnung von Terminierungsentgelten verzichten.

Förderung hochleistungsfähiger Breitbandnetze

- Die Monopolkommission sieht wie die Bundesregierung die Notwendigkeit, den Aus- und Aufbau hochleistungsfähiger Breitbandnetze zu unterstützen. Strittig ist die Frage nach effizienten Formen der Förderung.
- Regulierungsferien sind ein Instrument, mit dem Investitionen in Telekommunikationsnetze grundsätzlich gefördert werden können, da insbesondere die Zugangsregulierung die Anreize für Investitionen auf Seiten des regulierten Unternehmens schmälern kann. Bei der Abwägung, ob und für welchen Zeitraum Re-

- gulierungsferien gewährt werden sollen, ist das Risiko entscheidend, welches mit der Investition verbunden ist.
- Eher kritisch steht die Monopolkommission der wachstums- und innovationsorientierten Regulierung gegenüber, da deren Anreizwirkungen überschätzt werden und die Maßnahmen oftmals schädlich für den Wettbewerb sind. Wichtiger für das Investitionsverhalten der Unternehmen ist die Vorhersehbarkeit und Stabilität der Rahmenbedingungen sowie der Wettbewerb durch konkurrierende Infrastrukturen, wie die (TV-)Kabelnetze.
 - Maßnahmen zur Risikominderung können die Anreize für Investitionen in Breitbandnetze erhöhen, sind aber oftmals schädlich für den Wettbewerb. Dies gilt für Kooperationen beim Netzausbau wie für Arrangements zur Risikoteilung zwischen Netzbetreibern und Nachfragern nach Netzzugang.
 - Maßnahmen, die zu einer besseren Refinanzierbarkeit der Investitionen in neue Netze führen, wie der Übergang von der Ex-ante- zu einer Ex-post-Regulierung der Vorleistungsentgelte oder die Berücksichtigung von Risikozuschlägen bei der Eigenkapitalverzinsung, sind entweder nicht mit dem Telekommunikationsgesetz vereinbar oder regulatorisch schwierig umzusetzen.
 - Grundsätzlich zu befürworten ist die Verlängerung der Regulierungsperioden, weil dies zur Erhöhung der Planungssicherheit beiträgt. Problematisch ist allerdings der vorgeschlagene Zeitraum von fünf bis zehn Jahren. Solch lange Regulierungsperioden sind wegen der langen Bindungsfristen bei einer gleichzeitig bestehenden hohen Marktdynamik nicht sinnvoll. Eine Verlängerung auf drei Jahre könnte prinzipiell nützlich sein, hilft aber in der Sache wenig, weil die Planungsperioden der Unternehmen deutlich länger sind.
 - Auf die Zugangsregulierung kann nur verzichtet werden, wenn die auf freiwilliger Basis angebotenen Zugangsprodukte zeitgerecht und in einem angemessenen Umfang angeboten sowie transparent und diskriminierungsfrei ausgestaltet werden und zu angemessenen Bedingungen verfügbar sind. Ein Verzicht auf Zugangsregulierung kommt vor allem dann in Betracht, wenn ein Netz als Open-Access-Netz konzipiert ist. Es spricht nichts dagegen, solche Netze grundsätzlich von der Regulierung auszunehmen.
 - Um effiziente Marktzutritte zu gewährleisten, muss der Zugang zu einem Netz der neuen Generation auf einer Netzebene möglich sein, die es den alternativen Anbietern erlaubt, kritische Nachfragemengen zu erreichen.
 - Von besonderer Bedeutung ist, dass beim Übergang zu NGA das bisher erreichte Wettbewerbsniveau erhalten bleibt. Dazu ist es notwendig, dass es Übergangszeiträume und alternative Zugangsprodukte gibt, wenn Hauptverteiler abgebaut werden.
 - Die Unsicherheiten im Hinblick auf die zukünftigen Rahmenbedingungen sollten verringert werden, indem der neue europäische Rechtsrahmen für die Telekommunikationsmärkte möglichst rasch in nationales Recht umgesetzt wird.
 - Die Wettbewerbsfähigkeit der Kabelnetzbetreiber auf den Telekommunikationsmärkten ließe sich stärken, wenn die vertikale Trennung der Netzebenen und die Zersplitterung des Endkundenmarktes überwunden werden könnte. Möglichen

Zusammenschlüssen vor allem auf der Netzebene 4 stehen bisher kartellrechtliche Bedenken entgegen. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte das Bundeskartellamt die Vorteile solcher Fusionen für den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten im Rahmen der Abwägung stärker berücksichtigen.

- Die Monopolkommission spricht sich grundsätzlich gegen eine staatliche Bereitstellung von Breitbandnetzen oder deren Subventionierung in einem größeren Umfang aus.

Schließen der Breitbandlücken durch Nutzung der digitalen Dividende

- Bei der Vergabe der Frequenzen aus der digitalen Dividende sollte der Wettbewerb dadurch gesichert werden, dass die Nutzungsrechte mit Roamingauflagen versehen werden. Kommt einer der Mobilfunknetzbetreiber bei der Vergabe dieses Spektrums nicht zum Zuge, könnte er die Frequenzen eines erfolgreichen Bieters gegen Entgelt nutzen.
- Die Verbindung der Verfahren zur Vergabe der Frequenzen aus der digitalen Dividende und der Frequenzen aus den Bereichen 1,8 GHz bis 2,6 GHz ist mit dem Risiko verbunden, dass Rechtsunsicherheiten des einen oder anderen Verfahrens den Gesamtprozess belasten. Vorzugswürdig wäre es, die Vergabeverfahren rechtlich zu entkoppeln, aber zeitgleich durchzuführen.
- Sollten sich im Anschluss an die Vergabe der Frequenzen im Mobilfunk gravierende Wettbewerbsprobleme ergeben, kann das nach europäischem und deutschem Telekommunikationsrecht die Regulierung des Marktes nach sich ziehen.
- Die Versorgungsaufgaben sollten eine effiziente Versorgung der weißen Flecken mit breitbandigem Internet gewährleisten. Die ineffiziente Doppelung von Infrastrukturen sollte ebenso vermieden werden wie der vorrangige Ausbau der jeweils kleinsten weißen Flecken.

Bonn, im Dezember 2009

Justus Haucap

Peter-Michael Preusker Christiane zu Salm Angelika Westerwelle Daniel Zimmer