

**Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005:
Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen**

Sondergutachten der Monopolkommission
gemäß § 121 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	1
I. Einführung.....	3
1. Gesetzlicher Auftrag.....	3
2. Zum Begriff des „nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes“	4
3. Methodisches Vorgehen.....	10
4. Die bisherigen Stellungnahmen der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 TKG 1996.....	11
II. Stand und Entwicklung des Wettbewerbs in der Telekommunikation.....	15
1. Entwicklung der Telekommunikationsmärkte.....	15
2. Sprachtelefondienste im Festnetz.....	17
2.1 Teilnehmeranschlüsse.....	19
2.2 Ortsgespräche.....	22
2.3 Fern- und Auslandsgespräche.....	24
3. Datendienste im Festnetz.....	26
4. Entwicklung der Preise im Festnetz	28
5. Abhängigkeit der Wettbewerber von Vorleistungen der DTAG.....	30
5.1 Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung.....	30
5.2 Zusammenschaltung.....	31
5.3 Mietleitungen.....	32
5.4 Fakturierung und Inkasso.....	33
6. Marktentwicklungen im Mobilfunk.....	33
III. Nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte.....	38
1. Vorleistungen.....	38
2. Endkundenleistungen.....	40
2.1 Teilnehmeranschlüsse.....	40
2.2 Orts-, Fern- und Auslandsgespräche.....	42
IV. Amtspraxis der Bundesnetzagentur.....	46
1. Fehlendes Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission.....	46
2. Marktdefinition und Marktanalyse.....	46
2.1 Das Verfahren gemäß §§ 10 und 11 TKG	46
2.2 Stand der Umsetzung.....	49
2.3 Bisher durchgeführte Marktuntersuchungen.....	49
2.3.1 Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung.....	49
2.3.2 Verbindungsleistungen im Festnetz.....	55

II

2.3.3 Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen.....	62
2.3.4 Breitbandzugang für Großkunden	64
2.3.5 Zugang zum öffentlichen Telefonnetz und Verbindungsaufbau an festen Standorten.....	66
3. Vorläufige Regulierungsverfügungen.....	71
4. Entgeltregulierung bei Vorleistungen.....	74
4.1 Miete der Teilnehmeranschlussleitung.....	74
4.2 Nicht reziproke Zusammenschaltungsentgelte.....	80
4.3 Terminierungsentgelte in Mobilfunknetzen.....	83
5. Entgeltregulierung bei Endkundenleistungen – Genehmigungspflicht für Endkundentarife ..	85
6. Missbrauchsaufsicht – sachlich ungerechtfertigte Bündelung.....	88
V. Grundsätzliche Fragen der Regulierung.....	93
1. Dauer und Reihenfolge der Marktuntersuchungen.....	93
2. Marktabgrenzung und beträchtliche Marktmacht	97
3. Konsistenzgebot.....	99
4. Regulierung neuer Märkte	105
VI. Resale und konsistente Entgeltregulierung.....	110
1. Resale	110
1.1 Zum Begriff des Resale.....	111
1.2 Rechtliche Grundlagen des Resale.....	111
2. Resale als Instrument der Regulierung	117
2.1 Wirkungen von Resale.....	117
2.2 Kriterien für die Anwendung von Resale als regulatorischer Verpflichtung	119
2.3 Märkte, die für eine Resale-Verpflichtung in Betracht kommen	121
2.3.1 Märkte der EU-Empfehlung	121
2.3.2 Resale und neue Märkte.....	125
2.3.3 Resale und Bündelprodukte.....	125
3. Regulierung der Resale-Entgelte.....	127
4. Schlussfolgerungen für die Regulierungspraxis.....	130
5. Schlussfolgerungen für den Gesetzgeber.....	132
VII. Zusammenfassung der Einschätzungen und Empfehlungen.....	133

Anhang: 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, ABl. EG Nr. L 114 vom 8. Mai 2003, S.45

Vorwort

1. In dem ersten Sondergutachten der Monopolkommission nach dem neu gefassten Gutachtauftrag gemäß § 121 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz (TKG) liegen die Schwerpunkte bei der Beurteilung von Stand und absehbarer Entwicklung des Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation, der Frage, ob nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte bestehen, der Würdigung der Amtspraxis der Regulierungsbehörde sowie einer Auseinandersetzung mit den Anwendungsbedingungen der Vorschriften des TKG zum Resale. Im Mittelpunkt stehen dabei, wie in den früheren Gutachten gemäß § 81 Abs. 3 TKG 1996, die Vorleistungs- und Endkundenmärkte für Sprachtelefondienste im Festnetz. Weiterhin behandelt werden die Wettbewerbsentwicklungen im Mobilfunk und bei der Datenübertragung.

2. Zur Vorbereitung ihres Sondergutachtens hat die Monopolkommission an Herrn Prof. Dr. Ingo Vogelsang von der Boston University einen Gutachtauftrag „Resale und konsistente Entgeltregulierung“ erteilt. Die Monopolkommission hat die Konzeption und erste Ergebnisse mit dem Autor in ihrer Sitzung am 8. April 2005 diskutiert.

3. In zwei getrennten Anhörungen hat die Monopolkommission mit Vertretern der Wettbewerber und ihren Verbänden sowie mit Vertretern der Deutschen Telekom AG (DTAG) diskutiert. Teilnehmer der Diskussionsrunde mit den Wettbewerbern und ihren Verbänden am 17. Mai 2005 in Bonn waren:

- Arcor AG & Co.,
- AOL Deutschland,
- Communication Services TELE2 GmbH,
- Kabel BW GmbH & Co. KG,
- NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH,
- 01051 Telecom,
- Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V. (breko),
- Deutscher Kabelverband e.V.,
- Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V.

Einige der angehörten Wettbewerber und Verbände haben ihre mündlichen Diskussionsbeiträge durch schriftliche Stellungnahmen ergänzt.

Die Diskussionsrunde mit Vertretern der Deutschen Telekom AG fand am 28. Juni 2005 in Bonn statt.

Zu Fragen der Wettbewerbsentwicklung im Bereich des Mobilfunks fand am 30. Juni 2005 in Hamburg ein Gespräch zwischen Vertretern der vier Mobilfunknetzbetreiber E-Plus, O2 Germany, T-Mobile und Vodafone mit dem Vorsitzenden der Monopolkommission sowie den zuständigen Mitarbeitern statt.

4. Der Präsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Bundesnetzagentur – BNetzA; bis Juli 2005: Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post – RegTP¹) Herr Matthias Kurth, die Vizepräsidentin Frau Dr. Iris Henseler-Unger sowie weitere Mitarbeiter der Behörde haben mit der Monopolkommission am 5. September 2005 Fragen der Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten der Telekommunikation und insbesondere Fragen zur Anwendung der Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes durch die BNetzA diskutiert.

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

5. Die Monopolkommission bedankt sich darüber hinaus bei ihrem wissenschaftlichen Mitarbeiter Herrn Dr. Klaus Holthoff-Frank, der das Gutachten zur Entwicklung des Wettbewerbs in der Telekommunikation federführend betreut hat.

¹ In der folgenden Darstellung wird durchgängig die jetzt gültige Bezeichnung „Bundesnetzagentur“ oder das Kürzel „BNetzA“ für die Regulierungsbehörde benutzt, auch wenn die einzelnen Vorgänge im zeitlichen Zusammenhang zu einem großen Teil noch unter der Bezeichnung „RegTP“ einzuordnen wären.

I. Einführung

1. Gesetzlicher Auftrag

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

Der Gutachtauftrag des novellierten TKG unterscheidet sich von dem bisherigen Gutachtauftrag des § 81 Abs. 3 TKG 1996 insbesondere dadurch, dass nicht mehr das Bestehen funktionsfähigen Wettbewerbs als wesentliche Voraussetzung für die teilweise gesetzliche Rückführung der sektorspezifischen Regulierung zu prüfen ist. Darum geht es nach dem TKG 2004 nicht mehr. Die zu regulierenden Bereiche bzw. Märkte sind nunmehr nicht mehr gesetzlich festgeschrieben, sondern werden von der Regulierungsbehörde im Rahmen der Marktdefinition gemäß § 10 TKG, unter weitestgehender Beachtung der Empfehlungen der Europäischen Kommission, festgelegt.

7. In dem neu gefassten Gutachtauftrag an die Monopolkommission im TKG 2004 geht es um die Beurteilung von Stand und absehbarer Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten im Allgemeinen und die Frage, ob nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte bestehen, im Besonderen. Während Ersteres dem Gutachtauftrag an die Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) entspricht, der darauf abzielt, dem Gesetzgeber in regelmäßigen Abständen Informationen über den gegenwärtigen Stand und die absehbare Entwicklung des Wettbewerbs zu geben, bleibt der zweite Teil dieses Auftrags unklar. Das Kriterium des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes ist einerseits Ziel der Regulierung und steht andererseits im Zusammenhang mit der Auferlegung bestimmter Regulierungsverpflichtungen durch die Bundesnetzagentur. § 121 Abs. 2 TKG macht nicht deutlich, welchen Stellenwert das Gutachten der Monopolkommission in diesem Zusammenhang hat. Soll es dem Gesetzgeber, der Bundesregierung oder der Bundesnetzagentur Hinweise darauf geben, ob und in welchen Bereichen der Telekommunikation das Ziel der Regulierung, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte zu fördern, bereits erreicht ist, oder soll es Anhaltspunkte für den Umgang mit dem Kriterium der nachhaltigen Wettbewerbsorientierung der Märkte in konkreten Regulierungsverfahren geben? Nach Auffassung der Monopolkommission kann sich der Gutachtauftrag des TKG lediglich auf Erste-

res beziehen. Feststellungen der Monopolkommission zu der Frage, ob nachhaltig wettbewerbsorientierte Telekommunikationsmärkte bestehen, können weder entsprechende Feststellungen des Regulierers in einem konkreten Regulierungsverfahren ersetzen noch Rechtsansprüche von Marktteilnehmern auf Regulierung oder die Unterlassung von Regulierung begründen.

8. Neu ist der explizite Auftrag an die Monopolkommission, die Anwendung der Vorschriften des TKG über die Regulierung und Wettbewerbsaufsicht durch die BNetzA zu würdigen. Auch dieser Auftrag entspricht § 44 Abs. 1 GWB, der unter anderem die Würdigung der Amtspraxis des Bundeskartellamtes im Bereich der Zusammenschlusskontrolle vorsieht. Problematisch im Hinblick auf die Erfüllung dieses gesetzlichen Auftrags ist, dass die Monopolkommission bislang kein gesetzlich verankertes Akteneinsichtsrecht bei der BNetzA besitzt.

Auf eine Änderung der gesetzlichen Regelung des Resale zielt die Frage, ob § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG im Hinblick auf die Wettbewerbsentwicklung anzupassen ist. Dabei kann es nicht darum gehen, die Resale-Regelung als solche zur Disposition zu stellen, weil der nationale Gesetzgeber wegen der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben keinen Spielraum hat, auf dieses Instrument gänzlich zu verzichten. Die Möglichkeit, Resale-Verpflichtungen aufzuerlegen, ist den nationalen Regulierungsbehörden gemäß Art. 12 Abs. 1 Zugangsrichtlinie² einzuräumen.³

2. Zum Begriff des „nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes“

9. Das TKG definiert den Begriff des „nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes“ in § 3 Nr. 12 TKG als „Markt, auf dem der Wettbewerb so abgesichert ist, dass er auch nach der Rückführung der sektorspezifischen Regulierung fortbesteht“. Es verwendet diesen Begriff an verschiedenen Stellen und in verschiedener Weise:

- als Ziel der Regulierung in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG,
- als Kriterium für die Auferlegung von Verpflichtungen für Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, gemäß § 18 Abs. 2 TKG,
- als Kriterium für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen für Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze mit beträchtlicher Marktmacht gemäß § 21 Abs. 1 TKG sowie
- als Kriterium für die Ex-ante-Regulierung der Entgelte für Endnutzerleistungen gemäß § 39 Abs. 1 TKG und schließlich

² 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.

³ Vgl. Monopolkommission, Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes, Sondergutachten 40, Baden-Baden 2004, Tz. 83.

- als Beurteilungsgegenstand des regelmäßigen Sondergutachtens der Monopolkommission gemäß § 121 Abs. 2 TKG.

Der Auftrag an die Monopolkommission lässt nicht erkennen, ob es hier um die in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG formulierte allgemeine Aufgabe der „Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation“ oder um das in § 18 Abs. 2, § 21 Abs. 1 und § 39 Abs. 1 TKG jeweils spezifisch verwendete Kriterium für die Auferlegung bestimmter regulatorischer Verpflichtungen geht. Auch ist unklar, ob die in der Definition in § 3 Nr. 12 TKG auftretende Formulierung von der „Rückführung der sektorspezifischen Regulierung“ auf die sektorspezifische Regulierung insgesamt abstellt oder nur auf die in § 18 Abs. 2, § 21 Abs. 1 und § 39 Abs. 1 TKG jeweils einzeln zur Diskussion stehenden Regulierungsmaßnahmen. Dabei ist auch nicht klar, welches Gewicht der Gesetzgeber der Unterscheidung zwischen Maßnahmen der Zugangsregulierung und Maßnahmen der Endkundenmarktregulierung beimisst.

10. Die Definition des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes in § 3 Nr. 12 TKG erinnert an die Interpretation, die die Monopolkommission dem Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ im Rahmen ihrer Stellungnahmen nach § 81 Abs. 3 des TKG von 1996 gegeben hat. In diesen Stellungnahmen bildete nach dem Willen des Gesetzgebers die Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs die Grundlage für Empfehlungen zu Änderungen des Gesetzes, insbesondere zu einer etwaigen Rückführung der Entgeltregulierung. In diesem Zusammenhang interpretierte die Monopolkommission funktionsfähigen Wettbewerb als strukturell gesicherten Wettbewerb, der auch dann fortbestände, wenn die sektorspezifische Regulierung durch eine Gesetzesänderung zurückgeführt würde.⁴ Nach dieser Interpretation war die „Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs“ nicht gleichzusetzen ist mit der Abwesenheit von Marktbeherrschung. Dies ergab sich aus der Erwägung, dass es in vielen Sektoren marktbeherrschende Unternehmen gibt, ohne dass es sinnvoll wäre, für die betreffenden Unternehmen und Märkte die Möglichkeit einer sektorspezifischen Regulierung vorzusehen. Die Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs durch die Monopolkommission sollte dem Gesetzgeber Anhaltspunkte dafür liefern, für welche Märkte bzw. Gruppen von Märkten eine gesetzliche Deregulierung in Betracht gezogen werden sollte.

11. Im Entstehungsprozess des neuen TKG hat der Begriff des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes den aus dem alten TKG stammenden Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs ersetzt. Wo heute im TKG der Begriff des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes steht, war noch im

⁴ Für eine systematische Diskussion siehe Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002, Tz. 8 ff.; vgl. auch Monopolkommission, Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Sondergutachten 39, Baden-Baden 2004, Tz. 9.

Regierungsentwurf von funktionsfähigem Wettbewerb die Rede, so insbesondere in der Formulierung des Auftrags an die Monopolkommission. Die in § 3 Nr. 12 TKG gegebene Definition des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes ist praktisch identisch mit der in § 3 Nr. 10 des Regierungsentwurfs gegebenen Definition des funktionsfähigen Wettbewerbs, die ihrerseits die Interpretation dieses Begriffs durch die Monopolkommission aufgriff. Daraus ergibt sich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers der Übergang vom Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ zu dem „nachhaltig wettbewerbsorientierten Markt“ keine inhaltliche Veränderung bedeutet. Es liegt daher nahe, den Auftrag an die Monopolkommission nach § 121 Abs. 2 TKG in Anlehnung an den früheren Auftrag zu interpretieren. Diese Interpretation passt auch mit dem Umstand zusammen, dass die Frage nach der nachhaltigen Wettbewerbsorientierung eines Marktes in dem neu formulierten Auftrag neben der noch allgemeineren Frage nach der „Entwicklung des Wettbewerbs“ steht; auch in dieser Fragestellung ist ein prognostisches Element enthalten. Im Übrigen ist die hier erläuterte Auslegung des gesetzlichen Auftrags angemessen, soweit es um die *Zieldefinition der Regulierung* in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG geht. Denn das Telekommunikationsgesetz verfolgt den Zweck, die Rahmenbedingungen so zu gestalten, dass in möglichst weiten Bereichen funktionsfähiger Wettbewerb entstehen kann.⁵

12. Auch in dem durch die europäischen Richtlinien von 2002 und durch das TKG gesetzten neuen Rechtsrahmen können Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen werden, obwohl in ihnen noch Marktbeherrschung bzw. „beträchtliche Marktmacht“ vorliegt. Dies kann zum einen dadurch geschehen, dass ein Markt nicht auf der Liste der zur Auferlegung von regulatorischen Verpflichtungen empfohlenen Märkte der Europäischen Kommission steht und auch nicht gemäß § 10 Abs. 2 TKG als regulierungsbedürftiger Markt eingestuft wird. Zum anderen könnte der deutsche Gesetzgeber die neuen gesetzlichen Grundlagen verändern und beispielsweise die Bindung der Regulierungsbehörde an die Empfehlung der Europäischen Kommission lockern oder für einzelne Märkte Lockerungen der Regulierung vornehmen. Die Beurteilung der nachhaltigen Wettbewerbsorientierung der Märkte kann dazu Anhaltspunkte liefern.

Nach der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte⁶ sowie § 10 Abs. 2 TKG kommt ein Markt für die sektorspezifische Regulierung in Betracht, wenn (i) beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittschranken bestehen,

⁵ Begründung zu § 1 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum TKG, BT-Dr. 15/2316 vom 9. Januar 2004, S. 56.

⁶ 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, ABl. EG Nr. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45, hier: S. 46, Rn. 9; vgl. den Anhang zu diesem Gutachten.

(ii) es längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb gibt und (iii) das allgemeine Wettbewerbsrecht allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken. Ein Markt, der diese Bedingungen erfüllte, wäre nicht nachhaltig wettbewerbsorientiert. Umgekehrt wäre ein Markt, für den diese Bedingungen nicht gelten, als nachhaltig wettbewerbsorientiert zu betrachten. Die Bedingungen machen deutlich, dass nachhaltige Wettbewerbsorientierung – wie Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs – nicht mit dem Fehlen von Marktbeherrschung oder beträchtlicher Marktmacht gleichzusetzen ist: Die Abwesenheit einer längerfristigen Tendenz zu wirksamem Wettbewerb ist deutlich zu unterscheiden von der Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb selbst und somit vom Vorliegen beträchtlicher Marktmacht. Wie schon bei der Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nach § 81 Abs. 3 des TKG 1996 geht es auch bei der Beurteilung der Nachhaltigkeit der Wettbewerbsorientierung nach § 121 Abs. 2 TKG 2004 um die wettbewerbspolitische Frage nach der Angemessenheit der Deregulierung, nicht um die wettbewerbsrechtliche Frage nach dem Vorliegen von Marktbeherrschung bzw. beträchtlicher Marktmacht.

13. Allerdings ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Begriff des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auch in § 18 Abs. 2, § 21 Abs. 1 und § 39 Abs. 1 TKG verwendet wird. Soweit die Monopolkommission zum Umgang mit diesen Vorschriften Stellung nimmt, ist jeweils auf den spezifischen Kontext Rücksicht zu nehmen. In den genannten Vorschriften dient der Begriff des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes als *Rechtsbegriff* in der Formulierung der Voraussetzungen, unter denen bestimmte Regulierungsmaßnahmen auferlegt werden können. So dient in § 39 Abs. 1 TKG die Einschätzung, ob „in absehbarer Zeit mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist“, dazu, zwischen der präventiven und einer nachträglichen Regulierung von Endkundenentgelten zu differenzieren. Nach § 39 Abs. 1 Satz 2 TKG soll die „Regulierungsbehörde ... die Genehmigung auf solche Märkte beschränken, auf denen in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist“. Im Umkehrschluss heißt dies, dass auf Endkundenmärkten, auf denen in absehbarer Zeit mit der Entstehung eines „nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes“ zu rechnen ist, die Leistungsentgelte erst nachträglich zu regulieren sind; insofern der betreffende Markt nach Marktdefinition und Marktanalyse reguliert ist, kann die Regulierung allerdings nicht gänzlich entfallen. In diesem Kontext ist hinsichtlich des Kriteriums der nachhaltigen Wettbewerbsorientierung daher nicht auf die Möglichkeit eines Entfallens jeglicher Regulierung abzustellen, sondern nur auf die Möglichkeit eines Entfallens der Ex-ante-Entgeltregulierung, d.h. einer Minderung der Regulierungsintensität. Hier geht es um die Frage, ob die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auch nach Entfallen der Ex-ante-Entgeltregulierung gewährleistet ist.

14. Ähnliches gilt für den Umgang mit Zugangsverpflichtungen nach § 18 Abs. 2 und § 21 Abs. 1 TKG. Wenn das Verfahren der Marktdefinition und Marktanalyse zu dem Ergebnis führt, dass der betreffende Zugangsmarkt grundsätzlich reguliert werden muss, so kann das in diesen Vorschriften genannte zusätzliche Kriterium der Erforderlichkeit einer nachhaltigen Wettbewerbsorientierung der nachgelagerten Endkundenmärkte nur das Wie, nicht aber das Ob der Regulierung beeinflussen. Bei der Prüfung der Wirkungen einer etwaigen „Rückführung der sektorspezifischen Regulierung“ ist auch hier auf die spezifisch zur Diskussion stehenden Regulierungsmaßnahmen abzustellen, d.h. darauf, ob und inwieweit der Wettbewerb in den nachgelagerten Endkundenmärkten vom Fortbestand dieser Regulierungsmaßnahmen abhängt.

15. Der durch die europäischen Richtlinien von 2002 und durch das TKG gesetzte neue Rechtsrahmen gibt der Bundesnetzagentur insgesamt mehr Freiheit in der Wahl ihrer Regulierungsinstrumente. Das TKG 1996 schrieb genau vor, welche Formen der Regulierung bei Vorliegen von Marktherrschaft auf den im Gesetz genannten Märkten anzuwenden waren. Das neue TKG schreibt dies nicht mehr genau vor. Vielmehr räumt es der BNetzA erhebliche Ermessensspielräume ein. Unabhängig von den in Tz. 12 angesprochenen Möglichkeiten kann Deregulierung auch dadurch stattfinden, dass die BNetzA in eigenem Ermessen die Regulierungsintensität in einzelnen Märkten zurücknimmt. Insofern stellt sich auch hier die Frage nach der Nachhaltigkeit der Wettbewerbsorientierung der betreffenden Märkte. Die Monopolkommission interpretiert daher den Auftrag des § 121 Abs. 2 TKG zur Beurteilung der Nachhaltigkeit der Wettbewerbsorientierung in den Telekommunikationsmärkten auch als Auftrag zur Beurteilung der Angemessenheit des Umgangs der Bundesnetzagentur mit den vom Gesetzgeber vorgesehenen Ermessensspielräumen. Die Monopolkommission wird bei der ihr aufgetragenen Würdigung der Regulierungspraxis der Regulierungsbehörde daher auch die Frage als Maßstab anlegen, inwieweit die Regulierungspraxis dazu beiträgt, dass nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte entstehen.

16. Um den Auftrag des § 121 Abs. 2 TKG in dem hier beschriebenen Sinne auszuführen, ist es erforderlich, sowohl die tatsächlich stattfindenden Wettbewerbsprozesse zu erfassen als auch zu prognostizieren, welche Wettbewerbsprozesse zukünftig im Fall der Rückführung der sektorspezifischen Regulierung stattfinden werden. Dies geschieht im Rahmen einer *Markt- und Strukturanalyse*, in der es grundsätzlich auf dieselben Dinge ankommt wie bei der Beurteilung der beträchtlichen Marktmacht gemäß § 11 Abs. 1 TKG oder der Marktherrschaft nach § 19 Abs. 2 GWB sowie nach Art. 82 EG-Vertrag (EGV). Marktanteile, Finanzkraft, Zugangsmöglichkeiten zu Absatz- und Beschaffungsmärkten, Marktzutrittsbarrieren usw. liefern Anhaltspunkte dafür, welche Entwicklungen bei der Rückführung der sektorspezifischen Regulierung zu erwarten sind.

17. Die Monopolkommission hat in ihren bisherigen Gutachten nach § 81 Abs. 3 TKG 1996 stets darauf hingewiesen, dass sie die Frage einer gesetzlichen Rückführung der sektorspezifischen Regulierung nicht auf Märkte im ökonomischen Sinne bezieht, sondern auf Funktionsbereiche der Telekommunikation, die aus einer Reihe von sachlich und räumlich relevanten Teilmärkten bestehen können.⁷ Die Skepsis gegenüber einer „marktweisen“ Deregulierung gründete sich auf die Erwägung, dass es keine zuverlässigen Verfahren zur Verhinderung von Quersubventionierungen zwischen Telekommunikationsdienstleistungen auf Märkten mit unterschiedlich ausgeprägter Wettbewerbsintensität gibt und es demzufolge auf Märkten mit unterschiedlichen Regulierungsregimen zu einer weitgehend willkürlichen Zuordnung der Gemeinkosten kommt. Dasselbe gilt für die Möglichkeit der „gesetzlichen“ Deregulierung nach neuem Recht. Die Marktabgrenzung, die der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte zugrunde liegt, ist in vielen Fällen weiter, als dies nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien der Fall wäre, und entspricht damit eher der Abgrenzung nach Funktionsbereichen, wie sie die Monopolkommission für die gesetzliche Rückführung der Regulierung nach dem TKG 1996 vorgeschlagen hatte, als einer Abgrenzung nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien.⁸ Die Monopolkommission wird daher ihre Einschätzung, ob nachhaltig wettbewerbsorientierte Telekommunikationsmärkte bestehen, ebenfalls auf Funktionsbereiche der Telekommunikation und nicht auf Märkte im Sinne des Wettbewerbsrechts beziehen.

18. Das TKG verwendet den Begriff des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Zusammenhang mit der Auferlegung von regulatorischen Verpflichtungen bzw. als Kriterium für die Ex-ante-Entgeltregulierung. Das ist in einem hohen Maße problematisch, weil das Konzept des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes kein wohl definiertes Konzept der Wettbewerbstheorie oder der Wettbewerbspolitik ist und es deshalb nicht möglich ist, bestimmte Rechtsfolgen davon abhängig zu machen, ob ein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt „besteht“, „sich entwickelt“ oder „seine Entstehung gegebenenfalls behindert würde“.⁹ Bei der gerichtlichen Überprüfung von Regulierungsentscheidungen auf der Grundlage einer dieser Vorschriften muss die Regulierungsbehörde im Zweifel nachweisen, warum mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen oder eben auch nicht zu rechnen ist. Das dürfte ihr bereits deshalb schwer fallen, weil es sich hier um eine Einschätzung handelt, die zumindest teilweise auf Wertungen beruht. Soweit die Gerichte wegen der Unbestimmtheit des Kriteriums im Hinblick auf die Auslegung des Be-

⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 38 ff.; dies., Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 14 ff.

⁸ Vgl. dazu auch Tz. 171.

⁹ Der Entwurf für ein Telekommunikationsgesetz enthielt in den genannten Vorschriften als Kriterium für die Regulierung noch den Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“. Auch dieses Konzept ist nicht wohl definiert und ungeeignet, davon bestimmte Rechtsfolgen abhängig zu machen. Vgl. die ausführliche Diskussion dazu in Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 33 ff.

griffs des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes einen Beurteilungsspielraum der Regulierungsbehörde annehmen, hätte dies jedenfalls zur Folge, dass die gerichtliche Überprüfbarkeit der Regulierung entscheidend eingeschränkt ist.

3. Methodisches Vorgehen

19. Die Frage, ob ein Markt nachhaltig wettbewerbsorientiert ist, ist – wie bereits oben festgestellt – im Rahmen einer Markt- und Strukturanalyse zu beurteilen, bei der es grundsätzlich auf dieselben Kriterien ankommt wie bei der Analyse der beträchtlichen Marktmacht gemäß § 11 Abs. 1 TKG sowie der Marktbeherrschung nach § 19 Abs. 2 GWB oder Art. 82 EGV. In der vorliegenden Stellungnahme verwendet die Monopolkommission dasselbe Argumentationsmuster wie in den drei vorhergegangenen Gutachten gemäß § 81 Abs. 3 TKG 1996. Sie versucht anhand der empirischen Daten, die ihr von der Regulierungsbehörde zur Verfügung gestellt werden, die strukturellen Aspekte der Entwicklung der Telekommunikationsmärkte zu erfassen und daraus Anhaltspunkte für die Beurteilung der nachhaltigen Wettbewerbsorientierung bei einer angenommenen Rückführung der sektorspezifischen Regulierung zu gewinnen.

20. Um beurteilen zu können, auf welchen Märkten der Wettbewerb so weit abgesichert ist, dass er auch nach der Rückführung der sektorspezifischen Regulierung fortbesteht, muss zunächst klar sein, welche Märkte überhaupt der sektorspezifischen Regulierung unterliegen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission gilt das mindestens für die 18 Märkte bzw. Marktbereiche der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte. Für die Bundesrepublik Deutschland gilt dies nur insoweit, wie die Regulierungsbehörde gemäß § 10 Abs. 2 TKG nicht zu einem abweichenden Ergebnis kommt. Da die Marktdefinition und Marktanalyse nach §§ 10 und 11 TKG bisher nur zum Teil abgeschlossen sind, ist gegenwärtig offen, welche Märkte bzw. Bereiche der deutschen Telekommunikation überhaupt der sektorspezifischen Regulierung unterliegen. Bei den Märkten, bei denen das Marktanalyseverfahren abgeschlossen ist, ist zudem überwiegend noch ungeklärt, wie letztlich reguliert wird. Die Monopolkommission verwendet daher im Rahmen dieses ersten Gutachtens gemäß § 121 Abs. 2 TKG die bisherige Einteilung der Märkte für Sprachtelefonie im Festnetz in die Bereiche Teilnehmeranschlüsse, Ortsgespräche, Fern- und Auslandsgespräche, Mobilfunk und Vorleistungen. Die Abgrenzung der Märkte erfolgt dabei nach dem Bedarfsmarktkonzept und der Einschätzung der jeweiligen Rahmenbedingungen.

21. Der Mobilfunk wird weiterhin als eigenständiges Marktsegment und nicht als Teil eines einheitlichen Marktes für Sprachtelefondienste behandelt. Die Substitutionsbeziehungen zwischen Mobilfunk und Festnetz nehmen insbesondere vor dem Hintergrund der weiter sinkenden Preise für Mo-

biltelefonie und der Zunahme von kombinierten Festnetz-Mobilfunk-Angeboten zwar weiterhin zu. Dies betrifft aber nach wie vor in erster Linie die Gespräche und weniger die Anschlüsse. Die Entwicklung muss weiterhin beobachtet werden. Im Moment ist die Reaktionsverbundenheit der Nachfrage in den beiden Bereichen jedenfalls noch nicht von der Qualität, dass Verhaltensspielräume der DTAG bei der Preis- und Produktpolitik im Festnetz durch Wettbewerb im Mobilfunk wirksam eingeengt werden.

22. Bei der Erfassung der strukturellen Aspekte der Märkte stützt sich die Monopolkommission, wie bereits erwähnt, auf die Kriterien des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts zur beträchtlichen Marktmacht bzw. des allgemeinen Wettbewerbsrechts zur Feststellung der Marktbeherrschung, ohne dass eine Gleichsetzung der nachhaltigen Wettbewerbsorientierung in einem Markt mit wirksamen Wettbewerb oder der Abwesenheit von Marktbeherrschung in einem Markt erfolgt. Die Monopolkommission geht vielmehr davon aus, dass eine „Als-ob-Beurteilung“ der nachhaltigen Wettbewerbsorientierung bei geänderten regulatorischen Rahmenbedingungen ebenso bei der Analyse der Marktstrukturen ansetzen muss wie die Analyse der beträchtlichen Marktmacht und der Marktbeherrschung, auch wenn die Ziele der Analyse unterschiedlich sind.

4. Die bisherigen Stellungnahmen der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 TKG 1996

23. Die Monopolkommission hat insgesamt drei Sondergutachten gemäß § 81 Abs. 3 TKG 1996 veröffentlicht.¹⁰ Im Mittelpunkt der Untersuchungen stand jeweils der gesetzliche Auftrag, der eine Analyse verlangte, ob auf den Märkten der Telekommunikation *funktionsfähiger Wettbewerb* herrscht. In Anlehnung an den legislativen Zweck des § 18 Abs. 3 TKG definierte die Monopolkommission funktionsfähigen Wettbewerb als strukturell gesicherten Wettbewerb, der auch dann fortbesteht, wenn die sektorspezifische Regulierung zurückgeführt wird. Dies war nach den Feststellungen der Kommission im Jahr 2003 am ehesten auf den Endkundenmärkten für Fern- und Auslandsgespräche der Fall. Hier hat die Monopolkommission – trotz des Bestehens von Restunsicherheiten über die Wettbewerbsentwicklung – empfohlen, die Ex-ante-Regulierung der Entgelte zurückzuführen, soweit gesichert ist, dass es keine Quersubventionierung von Leistungen aus Monopolbereichen gibt und die regulatorischen Voraussetzungen für eine wirksame Kontrolle der Bündelprodukte geschaffen werden. Trotz des in Teilbereichen zunehmenden Wettbewerbs war ein funktionsfähiger Wettbewerb bei den Ortsgesprächen noch nicht erreicht. Kaum Wettbewerbsfortschritte gab es bis 2003 bei den Teilnehmeranschlüssen und dem breitbandigen Internetzugang.

¹⁰ Monopolkommission, Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten?, Sondergutachten 29, Baden-Baden 2000; dies., Sondergutachten 33, a.a.O.; dies., Sondergutachten 39, a.a.O.

24. Bei den Vorleistungen nehmen die Abhängigkeiten von der DTAG ab, soweit die alternativen Anbieter in eigene Netze investieren. Dies war bis 2003 vorwiegend auf der Ebene der Fernnetze und hier vor allem auf den Haupttrassen zwischen und in den Großstädten und Ballungszentren der Fall. Allerdings zeichnete sich bereits ab, dass einzelne Verbindungsnetzbetreiber den Ausbau ihrer Netze auch in der Fläche vorantreiben, um die Aufwendungen für Zusammenschaltungsleistungen zu senken und um bundesweit flächendeckend Ortsgespräche anbieten zu können. Keine Wettbewerbsfortschritte gab es bei der wichtigsten Vorleistung, dem entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. Hier konnte die DTAG ihre faktische Monopolstellung behaupten.

25. In ihren bisherigen Untersuchungen hat die Monopolkommission den Mobilfunk als ein eigenständiges, vom Festnetz getrenntes Marktsegment und nicht als Teil eines einheitlichen sachlich relevanten Marktes für Sprachtelefonie betrachtet. Die Substitutionsbeziehungen zwischen beiden betreffen eher die Gespräche als die Anschlüsse. Gleichwohl befand sich der Mobilfunk im Jahr 2003 in einer Umbruchphase, in der die weitere Entwicklung des Wettbewerbs nach Einschätzung der Monopolkommission maßgeblich von einer erfolgreichen Umsetzung der dritten Mobilfunkgeneration UMTS abhing.

Das größte Wettbewerbsproblem sah die Monopolkommission bei den Entgelten für die Terminierung in Mobilfunknetzen. Die Entgelte waren trotz sinkender Tendenz im Jahr 2003 noch deutlich überhöht, was zu einer Subventionierung des Mobilfunks vor allem aus dem Festnetz in einer erheblichen Größenordnung führte. Die Monopolkommission plädierte daher für eine kostenbasierte Regulierung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk. Zur Anpassung der Geschäftsmodelle sollte den Netzbetreibern eine Übergangszeit eingeräumt werden, in der die Absenkung der Entgelte über einen Anpassungspfad im Rahmen einer Price-Cap-Regulierung erfolgen sollte.

26. In ihren Sondergutachten hat die Monopolkommission die aus ihrer Sicht problematischen Fälle der *Regulierungspraxis* aufgegriffen. Breiten Raum nahm dabei das Problem der regulatorisch verursachten Preis-Kosten-Schere bei der Teilnehmeranschlussleitung ein. Die Regulierungsbehörde hat zwischen 1999 und 2003 Entgelte für die Vorleistung „Miete der Teilnehmeranschlussleitung“ genehmigt, die höher oder nur knapp niedriger lagen als die Endkundenentgelte der DTAG für den analogen Teilnehmeranschluss. In der Folge war es den alternativen Anbietern nicht möglich, analoge Teilnehmeranschlüsse kostendeckend anzubieten. Die Entwicklung von Wettbewerb bei den Teilnehmeranschlüssen wurde dadurch maßgeblich beeinträchtigt. Die Preis-Kosten-Schere ergab sich zunächst daraus, dass das Entgelt für die Vorleistung gemäß den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung reguliert wurde, während das Endkundenentgelt der DTAG für den analogen Teilnehmeranschluss nicht kostendeckend sein musste, weil es bereits vor In-Kraft-Treten des TKG

zum 1. Januar 1998 genehmigt war und deshalb der Übergangsregelung des § 97 Abs. 3 TKG 1996 unterlag. Danach mussten die bereits genehmigten Entgelte bis Ende des Jahres 2002 nicht den Kriterien des TKG entsprechen.¹¹ Die Auflösung oder mindestens die Abschwächung der Preis-Kosten-Schere ab Januar 2003 scheiterte an der Regulierungsbehörde, da diese das Entgelt für den Teilnehmeranschluss nicht nach dem Effizienzmaßstab der Einzelpreisprüfung, sondern nach dem Price-Cap-Verfahren regulierte. Im Price-Cap-Verfahren waren die Preise für Sprachtelefondienste und die Entgelte für den Teilnehmeranschluss in einem Leistungskorb für Privatkunden enthalten. Eine von der DTAG Ende 2002 beantragte Erhöhung des Preises für den analogen Teilnehmeranschluss konnte nur teilweise genehmigt werden, da ansonsten die Preissenkungsvorgaben der Price-Cap-Regulierung nicht hätten eingehalten werden können.¹² Die Monopolkommission hatte bereits frühzeitig auf diese Schwierigkeit hingewiesen und die Unterstellung der Endkundenentgelte für den Teilnehmeranschluss unter die Einzelpreisprüfung verlangt.¹³ Das Festhalten der an der Price-Cap-Regulierung der Entgelte für die Teilnehmeranschlussleitung war exemplarisch für die Praxis der Regulierungsbehörde, die vom TKG 1996 geforderte Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dadurch zu vermeiden, dass ein Entgelt der Price-Cap-Regulierung und nicht der Einzelpreisprüfung unterstellt wurde.

27. Im Rahmen der Missbrauchsaufsicht nach dem TKG 1996 kritisierte die Monopolkommission vor allem die Tolerierung der Preisdumpingstrategie der DTAG bei der Einführung des breitbandigen Internetzugangs DSL durch die Regulierungsbehörde im Jahr 2001, in deren Folge der Incumbent eine nahezu monopolistische Marktposition aufbauen konnte. Die Tolerierung der wettbewerbsbehindernden Kostenunterdeckung wurde im Wesentlichen mit dem Argument gerechtfertigt, dass dies einer schnellen Verbreitung von DSL diene, die wiederum gesamtwirtschaftlich wünschenswert sei.¹⁴ Die Monopolkommission interpretierte dieses Argument als industriepolitische Erwägung, für die es im Rahmen der Abwägungen nach dem TKG keine Grundlage gab.

28. In ihren Gutachten hat die Monopolkommission zudem regelmäßig *grundlegende Probleme der Regulierung* aufgegriffen. Dazu gehört die Behandlung der Wettbewerbsprobleme von Bündelprodukten und Optionstarifen ebenso wie die Auseinandersetzung mit den Maßstäben der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals im Rahmen der Entgeltregulierung.¹⁵ Bei der Bündelung von Endkundenleistungen besitzt die DTAG, die auf praktisch allen Telekommunikationsmärkten

11 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 122.

12 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 98 ff.

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

14 Vgl. ebenda, Tz. 138.

15 Zum Problem der Bündelprodukte vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 140 ff.; zu den Maßstäben der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals im Rahmen der Entgeltregulierung vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 152 ff.

umfassend präsent ist, erhebliche Wettbewerbsvorteile vor ihren Konkurrenten. Wettbewerbsverzerrungen durch Bündelangebote ergeben sich insbesondere dann, wenn Leistungen aus Wettbewerbsbereichen mit Leistungen aus Bereichen mit weniger oder keinem Wettbewerb gebündelt werden und wenn Wettbewerber Bündelprodukte nicht nachbilden können, weil sie keinen Zugang zu einzelnen Bestandteilen der Produktbündel haben. Die Monopolkommission hat daher vorgeschlagen, Bündelprodukte des marktbeherrschenden Anbieters nur dann zu genehmigen, wenn die Wettbewerber den Zugang zu sämtlichen Teilleistungen zu Zwecken des Wiederverkaufs haben.

29. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ergeben sich nach dem altem und auch nach neuem Recht aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Strittig dabei war unter anderem, was unter einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu verstehen ist. Im Einzelnen ging es einerseits um die Frage, ob Eigen- und Fremdkapital nach Bilanzdaten oder nach Marktdaten zu bewerten sind, und andererseits darum, ob Risikoprämien im Rahmen des Marktansatzes aufgrund von Marktdaten oder im Rahmen eines Individualansatzes anhand von subjektiven Risikoeinschätzungen zu bestimmen sind. Die Monopolkommission hat sich dafür ausgesprochen, die Risikoprämie leistungsspezifisch gemäß den speziellen Risiken einer Anlage und nicht gemäß den Risiken des gesamten Unternehmens zu bestimmen. Bei der Bestimmung von Risikomaß und Risikobewertung ist grundsätzlich auf die Verhältnisse am Kapitalmarkt abzustellen. Andererseits ist dem Anliegen der Regulierung zu entsprechen, die regulierten Entgelte den gegebenenfalls kurzfristigen Schwankungen der Kapitalmarktverhältnisse auszusetzen. Nach Auffassung der Monopolkommission kann dem dadurch Rechnung getragen werden, dass bei einer grundsätzlichen Orientierung an den Kapitalmarktverhältnissen die Stabilisierung der regulierten Entgelte durch ein Verfahren der Durchschnittsbildung gewährleistet wird. Ein solches Verfahren wäre durch die Regulierungsbehörde offen zu legen. Das neue TKG versucht in § 31 Abs. 3 das Kriterium der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals durch eine Reihe von Prüfkriterien zu konkretisieren. Dieses Ziel wird nicht erreicht.¹⁶ Die aufgeführten Kriterien sind vage. Ihre Bedeutung für die Festlegung der angemessenen Kapitalverzinsung wird nicht präzisiert. Der Spielraum für gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen der DTAAG und der BNetzA um die Maßstäbe der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals wird möglicherweise sogar vergrößert. Im schlimmsten Fall entstehen dadurch zusätzliche Unsicherheiten, die den auf die Funktionsfähigkeit der Zugangsregulierung angewiesenen Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten beeinträchtigen.

¹⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 75 ff.

II. Stand und Entwicklung des Wettbewerbs in der Telekommunikation

1. Entwicklung der Telekommunikationsmärkte

30. Die Umsatzerlöse im Gesamtmarkt für Telekommunikationsdienste in Deutschland sind in den Jahren 2003 und 2004 weiter gestiegen (vgl. Tabelle 1). Die Wachstumsraten sind mit 3,6 % im Jahr 2003 und 4,0 % im Jahr 2004 wieder zunehmend. Für das Jahr 2005 prognostiziert die BNetzA eine weitere Zunahme der Umsatzerlöse im Gesamtmarkt um 2,2 % auf 68,3 Mrd. €.

Tabelle 1:

Entwicklung der Umsätze für Telekommunikationsdienste (Mrd. €)¹

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005 ²
Gesamtmarkt	44,2	48,1	56,2	60,5	62,0	64,2	66,8	68,3
Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen ³	23,4	21,9	21,2	21,3	22,5	24,0	24,7	25,1
Mobiltelefondienst ⁴	9,5	13,1	17,4	19,2	19,9	21,1	22,8	23,5
Mietleitungen	1,1	1,2	1,2	1,2	1,0	1,0	0,9	1,0
Carriergeschäft (Interconnection) ⁵	1,8	4,6	6,2	6,6	6,4	7,1	7,5	7,9
Kabelfernsehen	2,3	2,5	2,6	2,7	2,8	2,8	2,9	3,0
Sonstige ⁶	6,1	4,9	6,9	9,6	9,5	8,2	7,9	7,8

¹ Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., S. 19) durch Neuberechnung der BNetzA.

² Prognose der BNetzA auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2005 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 Preselection-Leistungen.

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

Quelle: BNetzA

Diese Prognose stimmt im Wesentlichen überein mit der Prognose, die Dialog Consult im Auftrag des Branchenverbandes VATM erstellt hat.¹⁷ Dialog Consult geht von einem Gesamtumsatz von 66,9 Mrd. € im Jahr 2005 aus, wobei die Dialog-Zahlen keine Umsätze aus dem Bereich Kabelfernsehen enthalten, die bei den BNetzA-Zahlen in der Größenordnung von 3 Mrd. € enthalten sind.

31. Die Umsatzzuwächse ergeben sich sowohl im Festnetz als auch im Mobilfunk. Umsatzwachstum ist weiterhin auch im Carriergeschäft zu beobachten. Die im Vergleich zu den Vorjahren wieder zunehmenden Umsätze im Bereich „Leistungen für Festnetzanschlüsse“ resultieren einerseits aus der erfolgreichen Vermarktung von festnetzbasierenden Breitbandanwendungen sowie andererseits daraus, dass sich die Konsolidierung der Preise bei der Festnetztelefonie fortgesetzt hat. Überdurchschnittlich zugenommen haben vor allem die Erlöse aus fixen Entgelten. Dies gilt sowohl bei der DTAG als auch bei den Wettbewerbern und spiegelt die zunehmende Bedeutung der Bündelangebote und Optionstarife wider. Im Bereich des Mobilfunks nehmen die Umsätze vor allem durch Wachstum bei den breitbandigen Datendiensten weiter zu. Für das Jahr 2005 prognostiziert die BNetzA beim Mobilfunk allerdings ein nachlassendes Umsatzwachstum. Ein wesentlicher Grund dafür liegt darin, dass das abflachende Wachstum bei den Umsätzen für mobile Sprachdienste – ausgelöst durch einen zunehmenden Druck auf die Preise – noch nicht kompensiert wird durch entsprechendes Wachstum bei den Datendiensten (UMTS).

32. Tabelle 2 zeigt die Umsatzanteile der Wettbewerber im Gesamtmarkt für Telekommunikationsdienste und in den einzelnen Marktsegmenten. Im Gesamtmarkt ist der Anteil der Wettbewerber weiter gestiegen und beträgt Ende des Jahres 2004 48 %. Für das Jahr 2005 wird ein weiterer Anstieg auf 50 % prognostiziert. Marktanteilszuwächse der Wettbewerber hat es in den Jahren 2003 und 2004 vor allem bei den Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen gegeben. Hier wird der Marktanteil der Wettbewerber Ende 2005 bei 29 % liegen. Auslöser dafür ist das überdurchschnittliche Umsatzwachstum der Wettbewerber im Festnetz, welches nach den Untersuchungen von Dialog Consult auf die zunehmend erfolgreiche Vermarktung von festnetzbasierenden Breitbandanwendungen und die steigende Anzahl der Breitbandanschlüsse zurückzuführen ist.¹⁸ Daneben gewinnen die alternativen Anbieter Marktanteile in den Bereichen Mietleitungen und Carriergeschäft sowie beim Kabelfernsehen. Die Marktanteilsgewinne bei Mietleitungen und im Carriergeschäft spiegeln den zunehmenden Aufbau alternativer Netzinfrastrukturen durch die alternativen Anbieter wider. Der Marktanteil von 100 % beim Kabelfernsehen ist das Ergebnis der im Jahr 2004 abgeschlossenen vollständigen Veräußerung des Netzes durch die DTAG.¹⁹

¹⁷ Dialog Consult/VATM: Siebte gemeinsame Marktanalyse zur Telekommunikation, Köln, 26. September 2005, Abb. 1.

¹⁸ Vgl. dazu auch Dialog Consult/VATM, a.a.O., Abb. 3.

¹⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 25.

Tabelle 2:

Umsatzanteile der Wettbewerber bei Telekommunikationsdiensten (%)¹

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005 ²
Gesamtmarkt	26	35	41	42	43	46	48	50
Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen ³	6	16	20	22	23	26	29	29
Mobiltelefondienst	68	70	69	72	68	66	66	67
Mietleitungen	10	30	42	54	60	51	56	58
Carriergeschäft (Interconnection)	54	38	40	39	44	55	55	55
Kabelfernsehen	41	45	55	68	68	96	100	100
Sonstige	24	19	30	21	28	28	31	42

¹ Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., S. 20) durch Neuberechnungen der BNetzA.

² Prognose der BNetzA auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2005 erhobenen Marktdaten.

³ Differenzen zu den Angaben über den Marktanteil der Wettbewerber bei Telekommunikationsdiensten auf der Basis von Festnetzanschlüssen nach Umsätzen in Tabelle 4 ergeben sich, weil dort keine Umsätze aus dem Wiederverkauf von Sprachtelefondiensten berücksichtigt werden.

Quelle: BNetzA

33. Der Marktanteil der Wettbewerber im Mobilfunk ist mit 66 % im Jahr 2004 und geschätzten 67 % im Jahr 2005 seit mehreren Jahren in etwa konstant geblieben. Insgesamt wächst der Mobilfunkmarkt mit überdurchschnittlichen Raten weiter. Bis Ende des Jahres 2004 ist die Anzahl der Teilnehmer in den Mobilfunknetzen auf 71,3 Mio. gestiegen.²⁰ Die Anzahl der Anschlüsse pro 100 Einwohner (Penetration) lag 2004 bei 86,4 % nach 78,5 % im Jahr 2003. Größter Netzbetreiber Ende des Jahres 2004 ist mit 26,3 Mio. Kunden T-Mobile, gefolgt von Vodafone mit 24,7 Mio., E-Plus mit 8,2 Mio. und O2 mit 5,5 Mio. Kunden.

2. Sprachtelefondienste im Festnetz

34. Die bereits im letzten Sondergutachten der Monopolkommission festgestellte Trendumkehr bei der Entwicklung der Verbindungsminuten im Bereich der Telekommunikationsdienste auf der Basis

²⁰ Vgl. Jahresbericht 2004 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post gemäß § 122 Telekommunikationsgesetz, Bonn 2005, S. 42.

von Festnetzanschlüssen hat sich fortgesetzt.²¹ Während die Anzahl der im Festnetz erbrachten Verbindungsminuten bis zum Jahr 2002 zunahm, nimmt sie seit 2003 ab. Der wichtigste Grund dafür ist die Verlagerung des Internetzugangsverkehrs von den schmalbandigen Wählanschlüssen des Festnetzes, der minutenbasiert abgerechnet wird und in Tabelle 3 enthalten ist, zu den breitbandigen DSL-Anschlüssen, der anhand des Datenübertragungsvolumens abgerechnet wird und in Tabelle 3 nicht enthalten ist.

Tabelle 3:

Verbindungsminuten für Festnetzdienste insgesamt (Mrd. Min.)

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001¹</i>	<i>2002</i>	<i>2003</i>	<i>2004</i>	<i>2005²</i>
Gesamt	197	245	301	345	355	354	346	339
DTAG	185	192	210	232	211	194	172	162
Wettbewerber	12	53	91	114	144	160	174	177

¹ Nicht schlüssige Addition aufgrund von Rundungsfehlern.

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

Quelle: BNetzA

35. Tabelle 3 zeigt darüber hinaus, dass die DTAG von dieser Entwicklung weitaus stärker betroffen ist als die Wettbewerber. Die Anzahl der insgesamt von den alternativen Anbietern generierten Verbindungsminuten inklusive des schmalbandigen Internetzugangsverkehrs hat auch in den Jahren 2003 und 2004 noch deutlich zugenommen. Dies gilt in allen Marktsegmenten, vor allem aber bei den Orts- und Nahverbindungen. Die Wachstumsrate flacht nach der Prognose der BNetzA allerdings auch für diese Unternehmen im Jahr 2005 spürbar ab. Hinzu kommt, dass die Wettbewerber im Jahr 2004 im Hinblick auf das generierte Verkehrsvolumen zu der DTAG aufgeschlossen haben. Im Jahr 2005 werden sie den Incumbent überholen.

Die stärkere Betroffenheit der DTAG bei der Abnahme der Verkehrsminuten im Festnetz erklärt sich dadurch, dass die DTAG in dem stagnierenden und seit dem Jahr 2004 abnehmenden Markt sowohl beim Sprachtelefondienst als auch bei den Datendiensten verliert. Zwar sind die alternativen Anbieter von diesen Entwicklungen grundsätzlich ebenfalls betroffen, dies aber erst zeitversetzt. Im Moment gewinnen die alternativen Anbieter im Bereich der Sprachtelefondienste noch Verkehr hinzu, während sie bei den schmalbandigen Datendiensten nicht wie die DTAG bereits seit 2002, sondern erst ab dem Jahr 2004 verlieren.

36. Bei den Umsätzen mit Telekommunikationsdiensten auf der Basis von Festnetzanschlüssen (vgl. Tabelle 4) nehmen die Marktanteile der Wettbewerber ebenfalls zu, bleiben aber deutlich hin-

²¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 27.

ter den Marktanteilen nach Verbindungsminuten zurück. Diese Diskrepanz erklärt sich einerseits durch die geringen Gesprächstarife der Wettbewerber im Vergleich zur DTAG und andererseits durch die starke Position der DTAG bei den fixen Entgelten für Anschlüsse und Optionstarife. Die differenzierte Betrachtung von fixen und variablen Entgelten zeigt, dass der Marktanteil der Wettbewerber bei den Umsätzen mit variablen Verbindungsentgelten im Jahr 2004 bereits 42 % betrug, während er bei den fixen Entgelten lediglich 6 % betrug.

Tabelle 4:

**Anteile der Wettbewerber bei den Telekommunikationsdiensten
auf der Basis von Festnetzanschlüssen (%)¹**

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>2003</i>	<i>2004</i>	<i>2005²</i>
Verbindungs- minuten	6	22	30	33	41	45	50	52
Umsätze ³	6	15	19	21	22	26	28	29

¹ Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., S. 20) durch Neuberechnungen der BNetzA.

² Prognose der BNetzA auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2005 erhobenen Marktdaten.

³ Differenzen zu den Marktanteilen der Wettbewerber bei den Umsätzen mit „Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen“ in Tabelle 2 ergeben sich, weil dort Umsätze aus dem Wiederverkauf von Sprachtelefondiensten berücksichtigt werden.

Quelle: BNetzA

2.1 Teilnehmeranschlüsse

37. Die Gesamtzahl der Teilnehmeranschlüsse im Festnetz lag Ende des ersten Quartals 2005 bei 39,08 Mio. Davon waren

- 26,74 Mio. Analoganschlüsse (inklusive der Anschlüsse für Kabel-TV-Telefonie),
- 12,11 Mio. ISDN-Basisanschlüsse,
- 0,125 Mio. Primärmultiplexanschlüsse sowie
- 0,105 Mio. öffentliche Telefonstellen.

Der Marktanteil der Wettbewerber bei den Anschlüssen insgesamt betrug 5,8 % am Ende des ersten Quartals 2005.

Bei der Analyse der Marktverhältnisse bei den Teilnehmeranschlüssen im Festnetz stellt die Monopolkommission allerdings, wie bereits in den früheren Gutachten, nicht auf die Anzahl der Anschlüsse, sondern auf die Anschlusskapazitäten in Form der Telefonkanäle ab. Ein Analoganschluss verfügt über einen Sprechkanal, ein ISDN-Basisanschluss über zwei unabhängig voneinander nutz-

bare Kanäle und ein Primärmultiplexanschluss über 30 unabhängig nutzbare Sprechkanäle. Die Ende des ersten Quartals 2005 geschalteten 39,08 Mio. Anschlüsse entsprechen 54,81 Mio. Kanälen. Der Marktanteil der Wettbewerber der DTAG an den Telefonkanälen betrug 8,8 % am Ende des ersten Quartals 2005 (vgl. Tabelle 5).

Tabelle 5:

Anzahl der Telefonkanäle (Mio.) und Marktanteile¹

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	1. Quartal 2005
Gesamt	46,53	48,21	50,22	52,45	53,78	54,34	54,68	54,81
DTAG	46,37 (99,7 %)	47,81 (99,2 %)	49,36 (98,3 %)	50,83 (96,9 %)	51,51 (95,8 %)	51,23 (94,3 %)	50,41 (92,2 %)	49,99 (91,2 %)
Wettbewerber	0,16 (0,3 %)	0,4 (0,8 %)	0,86 (1,7 %)	1,62 (3,1 %)	2,27 (4,2 %)	3,11 (5,7 %)	4,27 (7,8 %)	4,82 (8,8 %)

¹ Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., S. 24) durch Neuberechnungen der BNetzA.

Quelle: BNetzA

38. Der höhere Marktanteil der Wettbewerber bei den insgesamt geschalteten Telefonkanälen im Vergleich zu den insgesamt geschalteten Telefonanschlüssen spiegelt den Umstand wider, dass die Wettbewerber ihr Angebot auf ISDN-Anschlüsse konzentrieren und dort inzwischen deutlich höhere Marktanteile besitzen als bei den Analoganschlüssen (vgl. Tabelle 6). Wie groß diese Diskrepanz ist, verdeutlicht die Relation „durchschnittliche Anzahl der Kanäle pro Anschluss“. Bei der DTAG liegt dieses Verhältnis Ende des ersten Quartals 2005 bei 1,36 (36,8 Mio. Anschlüsse mit 49,99 Mio. Kanälen) und bei den Wettbewerbern bei 2,11 (2,28 Mio. Anschlüsse mit 4,82 Mio. Kanälen). Ebenso anschaulich ist das Verhältnis von analogen Anschlüssen zu ISDN-Anschlüssen. Bei den Wettbewerbern liegt der Anteil der analogen Kanäle am Ende des ersten Quartals 2005 bei 11 %, während dieser Anteil bei der DTAG bei knapp 53 % liegt (vgl. Tabelle 7).

Tabelle 6:

Marktanteile der Wettbewerber bei den Telefonkanälen nach technischem Segmenten (%)^{1,2}

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>2003</i>	<i>2004</i>	<i>1. Quartal 2005</i>
Gesamt	0,3	0,8	1,7	3,1	4,2	5,7	7,8	8,8
Analog	-	0,2	0,5	0,6	0,8	1,2	1,8	2,0
ISDN-Basis	1	1,5	2,8	4,5	6,3	8,9	12,3	14,1
Primär-multiplex	2,1	5,9	9,3	14	16,3	20,4	22,3	22,7

¹ Entspricht den Marktanteilen der Wettbewerber nach Telefonanschlüssen.

² Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., S. 25) durch Neuberechnungen der BNetzA.

Quelle: BNetzA

Tabelle 7:

Verhältnis analoger Kanäle zu ISDN-Kanälen bei den Teilnehmeranschlüssen

(analog + ISDN = 100 %)

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>2003</i>	<i>2004</i>	<i>1. Quartal 2005</i>
Wettbewerber analog/ISDN	15/85	22/78	17/83	12/88	11/89	11/89	11/89	11/89
DTAG analog/ISDN	78/22	72/28	65/35	60/40	56/44	56/44	53/47	53/47

Quelle: BNetzA

39. Trotz des zu verzeichnenden weiteren Anstiegs bleibt der Marktanteil der Wettbewerber bei den Teilnehmeranschlüssen mit 5,8 % bezogen auf die Zahl der Anschlüsse und 8,8 % bezogen auf die Kanäle weiterhin außerordentlich schwach. Fortgesetzt hat sich die Differenzierung der Wettbewerbsverhältnisse nach den technischen Merkmalen der Anschlüsse. Während der Marktanteil der Wettbewerber bei den Analoganschlüssen auf niedrigstem Niveau verharrt, erreichen sie bei den ISDN-Basisanschlüssen und den nahezu ausschließlich für Geschäftskunden interessanten Primär-multiplexanschlüssen inzwischen deutlich höhere Marktanteile. Die Gründe dafür liegen zum einen darin, dass die Wettbewerber Analoganschlüsse mindestens bis zum Herbst 2003 nicht kostendeckend anbieten konnten. Bis dahin wirkte die Preis-Kosten-Schere, die sich aus dem Endkundenpreis der DTAG für den analogen Teilnehmeranschluss und dem Vorleistungspreis der Wettbewerber für die Miete der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung ergab. Der Preis der alternativen

Anbieter für die Vorleistung lag höher bzw. nur unwesentlich niedriger als der Endkundenpreis der DTAG für den Analoganschluss.²² Zum anderen sind die technisch höherwertigen Anschlüsse wegen der damit erzielbaren höheren Umsätze für die Anbieter wirtschaftlich attraktiver. Gleichwohl nimmt der Marktanteil der Wettbewerber bei den Analoganschlüssen auf niedrigem Niveau zu. Für das Jahr 2004 konstatiert die BNetzA bei den alternativen Anbietern sogar ein stärkeres Wachstum bei den Analoganschlüssen als bei den ISDN-Basisanschlüssen.²³ Als Grund dafür wird erstens genannt, dass die Betreiber der Fernseekabelnetze analoge Telefonanschlüsse in ihren Netzen anbieten, und zweitens, dass sich die Nutzer breitbandiger DSL-Internetzugänge häufig für die Bündelung mit dem preiswerteren Analoganschluss statt mit dem ISDN-Basisanschluss entscheiden.²⁴ Ein wesentlicher Vorteil des ISDN-Anschlusses, nämlich der zweite Kanal, der die gleichzeitige Nutzung von Telefon und Internet ermöglicht, ist bei der Nutzung von DSL in Kombination mit einem Analoganschluss ebenfalls gegeben.

40. Feststellbar ist auch weiterhin eine regionale Differenzierung der Wettbewerbsverhältnisse bei den Teilnehmeranschlüssen. In einigen Regionen Deutschlands – z.B. in Hamburg oder Köln – wird der Durchschnittswert von 8,8 % 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 Ortsnetze gibt, in denen der Marktanteil der Wettbewerber bereits über 20 % liegt.²⁵ Andererseits gibt es auch weiterhin Regionen, in denen noch kein Anschlusswettbewerb möglich ist. Voraussetzung für ein alternatives Angebot ist die Realisierung der so genannten Kollokation am Hauptverteilerstandort eines Anschlussbereichs.²⁶ Von den 7.900 Anschlussbereichen der DTAG waren Ende des Jahres 2004 rund 2.700 Kollokationsstandorte in Betrieb.²⁷ Hier sind die Voraussetzungen für einen Anschlusswettbewerb gegeben. In den übrigen 5.200 Anschlussbereichen der DTAG ist dies nicht oder noch nicht der Fall.

2.2 Ortsgespräche

41. Seit April 2003 können Verbindungsnetzbetreiber Ortsgespräche im Wege der freien Anbieterauswahl über Call-by-Call und seit Juli 2003 zusätzlich über Preselection anbieten. Dies hat zu ei-

22 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 104 f.; dies., Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 98 ff.

23 Jahresbericht 2004 der Regulierungsbehörde ..., a.a.O., S. 25 f.

24 Ebenda, S. 26.

25 Ebenda.

26 Unter Kollokation ist die gemeinsame Nutzung von technischen Räumen und der Zugang zu den Hauptverteilern in den Teilnehmervermittlungsstellen der DTAG zu verstehen. Kollokation ist die Voraussetzung für den Zugang der Wettbewerber zur Teilnehmeranschlussleitung, um den Endkunden überhaupt Teilnehmeranschlüsse anbieten zu können.

27 Vgl. Jahresbericht 2004 der Regulierungsbehörde ..., a.a.O., S. 36.

ner deutlichen Belegung des Wettbewerbs bei den Ortsgesprächen geführt. Bereits im Jahr 2003 stieg der Marktanteil der Wettbewerber nach Verbindungsminuten von gut 6 % auf 18 % (vgl. Tabelle 8). Im Jahr 2004 konnten die alternativen Anbieter ihren Marktanteil noch einmal auf 33 % fast verdoppeln. Die Zahlen für das erste Quartal deuten darauf hin, dass sich der Zuwachs von Marktanteilen auch im Jahr 2005 fortsetzen wird. Dialog Consult/VATM schätzen in ihrer Marktanalyse, dass der Marktanteil der Wettbewerber Ende des Jahres 2005 bei 42,1 % liegen wird.²⁸

Tabelle 8:

Marktanteile der Wettbewerber bei Ortsgesprächen (%)

	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>2003</i>	<i>2004</i>	<i>1. Quartal 2005</i>
Verbindungsminuten	-	1	2,3	4,7	6,4	18	33	37
Umsätze	-	0,8	1,8	3,4	4,3	11	25	31

Quelle: BNetzA

42. Auch für die Ortsgespräche der Wettbewerber gilt, dass sie im Vergleich zu den Ortsgesprächen der DTAG im Durchschnitt günstiger sind. Daraus ergibt sich, dass die Marktanteilszuwächse nach Umsätzen weniger stark sind als nach Verbindungsminuten (vgl. Tabelle 8). Das im Vergleich zu den Verbindungsminuten überproportionale Ansteigen der Marktanteile nach Umsätzen im Jahr 2004 und im ersten Quartal 2005 lässt jedoch den Rückschluss zu, dass die Preisdifferenzen zur DTAG geringer werden. Dies wird sowohl daran liegen, dass die Wettbewerber die außerordentlich niedrigen Markteinführungspreise für Ortsgespräche im Jahr 2003 inzwischen angehoben haben, als auch daran, dass die DTAG ihre Preise tendenziell eher gesenkt hat.

Die Monopolkommission hatte in ihrem letzten Sondergutachten vermutet, dass es den Wettbewerbern bei den Ortsgesprächen schwerer fallen wird, ähnlich hohe Marktanteile zu erreichen wie bei den Ferngesprächen.²⁹ Diese Vermutung gründete darauf, dass die DTAG bereits frühzeitig mit Preissenkungen auf den Wettbewerb reagierte hatte und gleichzeitig versuchte, die Kundenbindung mit attraktiven Bündelangeboten, zu denen auch Ortsgespräche gehören, zu erhöhen. Die bisherige Entwicklung bei den Ortsgesprächen zeigt jedoch, dass es der DTAG trotz solcher Kundenbindungsstrategien nur teilweise gelingt, das Abwandern von Kunden an die Wettbewerber zu verhindern.

²⁸ Vgl. Dialog Consult/VATM, a.a.O., Abb. 8.

²⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 35.

2.3 Fern- und Auslandsgespräche

43. Die alternativen Anbieter konnten auch in den Jahren 2003 und 2004 in sämtlichen Marktsegmenten bei den Fern- und Auslandsgesprächen Marktanteile hinzugewinnen (vgl. Tabelle 9). Am Ende des ersten Quartals 2005 liegt der Marktanteil der Wettbewerber bei den Fernverbindungen inklusive der Nahverbindungen bei 46 %, nach 44 % im Jahr 2004 und 40 % im Jahr 2003. Nahverbindungen sind Gespräche in angrenzende Ortsnetze innerhalb eines Radius von 20 km. Da die DTAG die so genannten Nahzonengespräche wie Ortsgespräche tarifiert, werden diese zum Teil den Ortsgesprächen zugerechnet. Die Monopolkommission rechnet sie den Ferngesprächen zu, weil sie mit einer Vorwahlnummer beginnen.

Betrachtet man die Ferngespräche ohne Nahverbindungen, beträgt der Marktanteil der Wettbewerber an den Verbindungsminuten am Ende des ersten Quartals 2005 51 %.

Tabelle 9:

Marktanteile der Wettbewerber im Fernnetz nach Verbindungsminuten (%)

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	1. Quartal 2005
Nahverbindungen ¹	3	21	26	19	23	28	33	34
Fernverbindungen	16	34	41	40	42	45	49	51
Fernverbindungen inkl. Nahverbindungen ²	10	28	35	33	36	40	44	46
Verbindungen ins Ausland	20	48	56	46	54	59	66	68
Verbindungen in Mobilfunknetze	9	25	33	30	34	38	43	47

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

² Eigene Berechnungen auf der Grundlage von Daten der BNetzA.

Quelle: BNetzA

Bei den Auslandsgesprächen hat der Marktanteil der alternativen Anbieter Ende des ersten Quartals 2005 mit 68 % die Zwei-Drittel-Marke überschritten. Dabei ergeben sich für die Gespräche in die verschiedenen Zielländer oder Zielregionen unterschiedliche Marktanteilsverteilungen, über die der Monopolkommission allerdings im Detail keine Informationen vorliegen. Deutliche Marktanteilsgewinne konnten die Wettbewerber auch bei den Verbindungsminuten vom Festnetz in Mobilfunknet-

ze erzielen. Hier liegt der Marktanteil der alternativen Anbieter zu Beginn des Jahres 2005 mit 47 % ebenfalls nur noch knapp unter dem der DTAG.

44. Die Marktanteile der Wettbewerber bei den Fern- und Auslandsgesprächen nach Umsätzen nehmen ebenfalls weiter zu (vgl. Tabelle 10). Sie liegen überwiegend unterhalb der Marktanteile, die die Wettbewerber nach Verbindungsminuten erreichen. Hier spiegelt sich das niedrigere Preisniveau der Verbindungsnetzbetreiber im Vergleich zur DTAG wider. Die größten Marktanteilsdifferenzen zwischen der Betrachtung nach Minuten und Umsätzen konnte man in der Vergangenheit bei den Auslandsgesprächen beobachten. Diese Diskrepanz hat in den Jahren 2003 und 2004 sowie zu Beginn des Jahres 2005 abgenommen, was dafür spricht, dass die Preisunterschiede zwischen den alternativen Anbietern von Auslandsgesprächen und der DTAG kleiner werden. Die Nahverbindungen sind das einzige Verbindungssegment, bei dem die Marktanteile der Wettbewerber nach Umsatz geringfügig höher sind als nach den Verbindungen. Der Grund dafür ist, dass sie bei der DTAG wie Ortsgespräche und bei den Wettbewerbern häufig wie Ferngespräche tarifiert werden und sich daraus Preisvorteile für die DTAG-Kunden ergeben.

Tabelle 10:

Marktanteile der Wettbewerber im Fernnetz nach Umsätzen (%)

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	1. Quartal 2005
Nahverbindungen ¹	2	15	20	22	26	30	36	38
Fernverbindungen	11	28	35	36	38	40	43	46
Fernverbindungen inkl. Nahverbindungen ²	9,5	25	31	33	35	38	41	44
Verbindungen ins Ausland	16	27	39	37	43	53	60	61
Verbindungen in Mobilfunknetze	8	22	27	29	31	35	39	44

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

² Eigene Berechnungen auf der Grundlage von Daten der BNetzA.

Quelle: BNetzA

45. Kaum Änderungen gibt es bei der unmittelbaren Kundenbindung der Wettbewerber. Sie ist bei der Angebotsform des so genannten Call-by-Call am geringsten ausgeprägt, da die Verbindungsnetzbetreiber häufig keine Kundendaten besitzen und die Rechnungsstellung sowie das erste Inkas-

so von der DTAG übernommen wird. Nach der Untersuchung von Dialog Consult/VATM, die auf einer repräsentativen Kundenbefragung beruht, liegt der Anteil der im Wege des Call-by-Call erbrachten Verbindungsminuten im Jahr 2004 bei 56,5 % und im Jahr 2005 bei 54,5 %.³⁰ Dieser Wert liegt seit dem Jahr 2000 weitgehend konstant zwischen 50 % und 55 %, was dafür spricht, dass sich die ursprüngliche These, Call-by-Call werde mit fortschreitender Entwicklung der Märkte für Fern- und Auslandsgespräche an Bedeutung verlieren, bis heute nicht bestätigt hat. Weiter leicht sinkend ist der Anteil der Verbindungsminuten, die von den Wettbewerbern im Wege der so genannten Preselection erbracht werden. Hier ist die Kundenbindung höher, da die Anbieter Kundendaten besitzen und eigene Rechnungen schreiben. Der Preselection-Anteil an den Verbindungsminuten ist seit dem Jahr 2000 von knapp 32 % auf gut 25 % im Jahr 2004 gesunken und wird nach der Prognose auch im Jahr 2005 nochmals leicht absinken. Da gleichzeitig der Anteil der Verbindungsminuten, die Wettbewerber über eigene Anschlüsse erbringen, von knapp 18 % im Jahr 2000 auf gut 21 % im Jahr 2005 steigt, kann man davon ausgehen, dass vor allem solche Kunden vollständig zu einem alternativen Teilnehmernetzbetreiber wechseln, die vorher bereits „preselected“ waren.

Für die alternativen Anbieter von Telefondiensten sind die Kunden, die mit ihrem Anschluss vollständig wechseln, nicht nur deshalb interessant, weil zu ihnen eine deutlich höhere Bindung aufgebaut wird, sondern auch deshalb, weil sie spürbar mehr Verbindungsminuten generieren als die Call-by-Call- und Preselection-Kunden. Während der durchschnittliche Call-by-Call-Kunde pro Tag 9,7 Minuten über den Anbieter telefoniert, liegt dieser Wert bei Preselection-Kunden bei 10,9 und bei Komplettanschluss-Kunden bei 18,5.³¹

3. Datendienste im Festnetz

46. Der Zugang zum Internet über das Festnetz erfolgt entweder „schmalbandig“ über den analogen Telefonanschluss und den ISDN-Anschluss oder „breitbandig“ über einen DSL-Anschluss (Digital Subscriber Line). Daneben gibt es den Zugang über das Fernsehkabelnetz, über das Stromnetz (Powerline) sowie über Satellit. Die Anzahl der insgesamt in Deutschland geschalteten DSL-Anschlüsse ist seit dem Jahr 2001 sprunghaft angestiegen.³² Mitte 2005 gibt es in Deutschland 8,1 Mio. DSL-Anschlüsse, von denen 1,4 Mio. von alternativen Anbietern – vorrangig auf der Grundlage der gemieteten Teilnehmeranschlussleitung oder des so genannten Line Sharing – geschaltet sind (vgl. Tabelle 11). Weitere 0,7 Mio. T-DSL-Anschlüsse werden von Wettbewerbern der DTAG im Wege des Resale weiterverkauft. Bei dem T-DSL-Resale handelt es sich um ein Produkt der

³⁰ Vgl. Dialog Consult/VATM, a.a.O., Abb. 11.

³¹ Ebenda, Abb. 12.

³² Tabelle 11 enthält sämtliche Zugangstechnologien, wobei die Anzahl der Anschlüsse im Fernsehkabelnetz, über Powerline und Satellit zahlenmäßig nicht ins Gewicht fällt und daher nicht gesondert ausgewiesen wird.

DTAG, welches dritten Anbietern unter Einräumung eines Großhandelsrabatts zur Weiterveräußerung zur Verfügung gestellt wird. Dieses Angebot der DTAG ist freiwillig und nicht regulatorisch veranlasst. Es besteht seit Mitte des Jahres 2004.

Zum Teil werden die T-DSL-Resale-Anschlüsse der DTAG zugerechnet.³³ Die Monopolkommission stuft sie dagegen als eine Form des (Dienste-)Wettbewerbs ein und rechnet zum Zwecke der Marktanalyse die Resale-Anschlüsse den Wettbewerbern zu. Der Marktanteil der Wettbewerber bei den DSL-Anschlüssen steigt damit bis Mitte des Jahres 2005 auf 26 %. Bis zum Ende des Jahres rechnet die BNetzA mit einem Marktanteil der Wettbewerber von knapp 33 %, wobei insbesondere der Anteil der T-DSL-Resale-Anschlüsse überproportional zunimmt.

Tabelle 11:

DSL-Anschlüsse in Deutschland

	2001	2002	2003	2004	2. Quartal 2005	2005 ¹
Anschlüsse insgesamt in Mio.	1,87	3,16	4,40	6,76	8,10	9,27
Anschlüsse Wettbewerber in Mio.	0,06	0,19	0,40	0,92	1,40	1,89
T-DSL-Resale in Mio.	-	-	-	0,25	0,70	1,13
Marktanteile Wettbewerber (inkl. T-DSL-Resale) ²	3,2 %	6,0 %	9,1 %	17,3 %	26 %	32,6 %

¹ Schätzung auf der Grundlage der für das 1. und 2. Quartal 2005 erhobenen Daten.

² Eigene Berechnungen.

Quelle: BNetzA

47. Mit der Verbreitung der DSL-Anschlüsse geht der Umfang des schmalbandigen Datenverkehrs über den analogen Anschluss und den ISDN-Basisanschluss zurück. Im Jahr 2001 wurden in Deutschland 127 Mrd. Schmalband-Internetverbindungsminuten generiert.³⁴ Dieser Wert sinkt seit 2002 kontinuierlich ab. Für das Jahr 2005 schätzt die BNetzA den Umfang des schmalbandigen Internetzugangsverkehrs auf nur noch 103 Mrd. Minuten. Gleichzeitig steigt der Marktanteil der Wettbewerber nochmals an. Ende des ersten Quartals 2005 liegt der Marktanteil der alternativen Anbieter bei 73 % (vgl. Tabelle 12).

³³ Vgl. Dialog Consult/VATM, a.a.O., Abb. 15.

³⁴ Angaben der BNetzA in der Marktdaten-Aufbereitung für die Monopolkommission.

Tabelle 12:

Anteile der Wettbewerber beim schmalbandigen Internetzugang (%)¹

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	1. Quartal 2005
Verbindungsminuten	-	41	44	51	69	70	71	73
Umsatz	-	33	42	58	59	58	59	61

¹ Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tab. 12, S. 32) durch Neuberechnungen der BNetzA.

Quelle: BNetzA

Nach der Prognose der BNetzA sinken die Umsätze mit schmalbandigen Internetzugängen im Jahr 2005 von 1,46 Mrd. € auf 1,24 Mrd. €. Davon entfallen Ende des ersten Quartals 2005 mit 61 % fast zwei Drittel auf die Wettbewerber.

48. Parallel zu der Abnahme des schmalbandigen Verkehrsvolumens steigt das breitbandige Verkehrsvolumen an. Dieses wird nicht in Minuten, sondern als Datenmenge gemessen. Das breitbandige Übertragungsvolumen im festnetzbasieren Datenverkehr wächst von 30 Mio. Giga-Byte im Jahr 2001 auf 650 Giga-Byte im Jahr 2005.³⁵ Diese Prognose entspricht im Wesentlichen den Daten von Dialog Consult, die für das Jahr 2005 von einem breitbandigen Verkehrsvolumen von 676 Mio. Giga-Byte ausgehen.³⁶ Der Marktanteil der Wettbewerber an dem Verkehrsvolumen wird von 26,1 % im Jahr 2004 auf 28,3 % im Jahr 2005 steigen.³⁷

Auch die Umsätze mit breitbandigen Internetzugängen nehmen deutlich zu. Sie steigen nach Angaben der BNetzA von 1,46 Mrd. € im Jahr 2003 über 1,84 Mrd. € im Jahr 2004 auf geschätzte 2,16 Mrd. € im Jahr 2005.³⁸

4. Entwicklung der Preise im Festnetz

49. Bei den Preisen für Telefondienstleistungen im Festnetz sind in den vergangenen zwei Jahren unterschiedliche Entwicklungen zu beobachten. Während die Preise für Anschlüsse sowie Fern- und Auslandsgespräche weitgehend stabil geblieben sind, sanken die Preise für Ortsgespräche, für Gespräche aus dem Festnetz in Mobilfunknetze sowie für die Internetnutzung.

Auslöser für die Preissenkung bei den Ortsgesprächen war die Einführung der Betreiberwahl und der Betreibervorauswahl Mitte des Jahres 2003. Seitdem registriert das Statistische Bundesamt

³⁵ Prognose der BNetzA auf der Grundlage der für das 1. Quartal 2005 erhobenen Daten.

³⁶ Vgl. Dialog Consult/VATM, a.a.O., Abb. 17.

³⁷ Vgl. ebenda.

³⁸ Angaben der BNetzA in der Marktdaten-Aufbereitung für die Monopolkommission.

einen Rückgang des Preisindex für Telekommunikation von 96,4 (Juli 2003) auf 90,9 (September 2005).³⁹

Die Preise für Gespräche aus dem Festnetz in die Mobilfunknetze sinken seit November 2004. Der Preisindex des Statistischen Bundesamtes weist hier einen sprunghaften Rückgang von 87,4 im November 2004 auf 83,6 im Dezember 2004 auf. Der Grund für diese Entwicklung dürfte bei den Entscheidungen der BNetzA über die Höhe der Terminierungsentgelte von Mobilfunknetzbetreibern im Rahmen von Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung im Dezember 2004 liegen.⁴⁰ Dabei wurden Preissenkungen um etwa 3 €-Cent pro Minute mit einer Laufzeit bis Dezember 2005 vorgegeben. Die DTAG hat diese Senkung ihrer Vorleistungspreise für Gespräche in Mobilfunknetze offenbar an ihre Festnetzkunden weitergegeben.

Weiter rückläufig sind auch die Preise für die Nutzung des Internet. Der Preisindex des Statistischen Bundesamtes weist zwischen Januar 2004 und September 2005 einen Rückgang von 65,4 auf 61,4 auf. Dabei profitieren vor allem die Vielnutzer und mit Abstrichen die Durchschnittsnutzer, während die Preise für die Wenignutzer sogar leicht angestiegen sind. Eine differenzierte Analyse der Internetzugangsentgelte nach schmal- und breitbandiger Nutzung liegt nicht vor.

50. Die Endkumentarife für Telefondienste der DTAG unterlagen nach altem Telekommunikationsrecht der präventiven Entgeltregulierung. Ob dies auch nach neuem Recht der Fall ist, ist bisher offen. Die Entgeltregulierung nach dem novellierten TKG setzt voraus, dass im Rahmen der Marktdefinition und der Marktanalyse durch die BNetzA die Regulierungsbedürftigkeit und das Bestehen von beträchtlicher Marktmacht festgestellt und eine Form der Entgeltregulierung als adäquates Regulierungsinstrument bestimmt wird. Endkundenentgelte können nach § 39 Abs. 1 TKG nur dann einer Ex-ante-Regulierung unterworfen werden, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass die Regulierung der Vorleistungen, speziell die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberwahl und Betreibervorauswahl, nicht ausreichen, um die Regulierungsziele zu erreichen. Dabei soll die Genehmigungspflicht auf Märkte beschränkt werden, auf denen in absehbarer Zeit nicht mit dem Entstehen eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist. Die nach altem Recht geltende Price-Cap-Regulierung der Endkundenentgelte für die Festnetzgesprächstarife lief zum Ende des Jahres 2004 aus. Da die Frage des Ob und Wie einer Entgeltregulierung nach neuem Recht zu diesem Zeitpunkt nicht beantwortet werden konnte, weil die entsprechenden Verfahren noch nicht abgeschlossen waren, hat die BNetzA Mitte Dezember 2004 im Rahmen einer vorläufigen Regulierungsverfügung der DTAG auferlegt, ihre Entgelte bis zum endgültigen Abschluss

³⁹ Die Ausgangsbasis für den Index ist das Jahr 2000 = 100. Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 17, Reihe 9.1, Preisindizes für Nachrichtenübermittlung, September 2005.

⁴⁰ Vgl. Tz. 149 ff.

des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens zwei Monate vor deren Erlass bekannt zu geben.⁴¹ Die BNetzA hat damit die Möglichkeit, die Tarife noch vor ihrer Einführung daraufhin zu prüfen, ob sie offenkundig mit den Maßstäben des § 28 TKG vereinbar sind.

5. Abhängigkeit der Wettbewerber von Vorleistungen der DTAG

51. Die Monopolkommission ging in ihren bisherigen Gutachten gemäß § 81 Abs. 3 TKG 1996 davon aus, dass der entbundelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, regionale und lokale Zusammenschaltungsleistungen, die Bereitstellung lokaler Mietleitungen sowie Fakturierungs- und Inkasoleistungen Engpassressourcen sind, ohne die ein Angebot der Wettbewerber auf den Endkundenmärkten der Telekommunikation nicht möglich ist.⁴² An dieser Auffassung hat sich auch in den vergangenen zwei Jahren nichts Grundlegendes geändert. Zwar haben die alternativen Teilnehmernetz- und Verbindungsnetzbetreiber ihre Infrastrukturen weiter ausgebaut und damit die Abhängigkeit von der DTAG nochmals reduziert. Dieser Aufbau ist aber noch nicht so weit fortgeschritten, dass die Wettbewerber ihr Endkundenangebot auf eigene Infrastrukturen stützen können oder die notwendigen Vorleistungen auf Wettbewerbsmärkten einkaufen können. Der Anteil am Umsatz, den die Wettbewerber für den Bezug von Vorleistungen an die DTAG zahlen, sank von 45 % im Jahr 2003 auf 39 % im Jahr 2004. Insgesamt waren dies etwa 2,7 Mrd. €, nach 2,3 Mrd. € im Jahr 2002.

5.1 Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung

52. Das Angebot der alternativen Teilnehmernetzbetreiber an Teilnehmeranschlüssen basiert neben selbst verlegten Anschlussleitungen oder der drahtlosen Anbindung über Funk überwiegend auf dem entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, auch „Anmietung der TAL“ genannt. Ende des Jahres 2004 lag der Anteil der alternativen Teilnehmeranschlüsse, die auf der Anmietung der TAL bei der DTAG errichtet wurden, bei 95 %.⁴³ Im Vergleich zum Jahr 2002, als dieser Anteil mit mehr als 90 % angegeben wurde, ist die Abhängigkeit der Wettbewerber von der DTAG in diesem Bereich eher weiter gestiegen als gesunken.⁴⁴ Auslöser dieser Entwicklung ist die stark steigende Nachfrage der Wettbewerber nach der für breitbandige Dienste nutzbaren hochbitratigen TAL. Zunehmend an Bedeutung gewinnt nach den Feststellungen der BNetzA auch das so genannte Line Sharing, bei dem die TAL durch die DTAG und den alternativen Anbieter gemeinsam genutzt wird. Der Wettbewerber bietet auf dem einen Teil der TAL einen Internetzugang an, während die DTAG auf dem anderen Teil Telefondienst anbietet. Ende des Jahres 2004 lag die Anzahl der insgesamt

41 Vgl. Tz. 135.

42 Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 54 ff.

43 Vgl. Jahresbericht 2004 der Regulierungsbehörde ..., a.a.O., S. 34.

44 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 55.

gemieteten TAL in der Bundesrepublik Deutschland bei knapp zwei Mio.; Ende des Jahres 2005 soll diese Zahl nach der Prognose der BNetzA bei etwa drei Mio. liegen.

5.2 Zusammenschaltung

53. 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 BNetzA 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. Vor zwei Jahren gab es nach den Angaben der BNetzA mindestens drei Wettbewerber, die an allen 475 lokalen Einzugsbereichen mit der DTAG zusammengeschlossen waren.⁴⁵ Ende des Jahres 2004 sind dies nach Angaben der BNetzA fünf Netzbetreiber.

54. Keine detaillierten Informationen gibt es zu der aktuellen Wettbewerbssituation auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen. Grundsätzlich gilt, dass der zunehmende Aufbau von alternativen Telekommunikationsnetzen nicht zwangsläufig zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation führt. Dies setzt voraus, dass die alternativen Netzbetreiber ihre Netze nicht vorwiegend für den Eigenbedarf aufbauen, sondern auch für aktive Angebote auf dem Carriermarkt. Nach den Feststellungen der Monopolkommission im Jahr 2001 ist das eher nicht der Fall. Die Wettbewerber orientieren den Ausbau ihrer Netze vorwiegend am eigenen Bedarf und treten lediglich mit Überkapazitäten auf den Carriermarkt.⁴⁶ Allerdings kann es insofern potentiellen Wettbewerb geben, als diese Netze im Fall einer Verschlechterung der Konditionen der DTAG zur Verfügung stehen, um den Kunden des Incumbent eine Alternative zu bieten.

Gleichwohl nehmen die Umsätze der Wettbewerber auf dem Carriermarkt (ohne Mietleitungen) zu. Dies zeigt der wachsende Anteil, den die alternativen Festnetzbetreiber inzwischen am gesamten Carriergeschäft halten. Der Gesamtumsatz dieses Marktsegments betrug im Jahr 2004 7,5 Mrd. €

⁴⁵ Vgl. ebenda, Tz. 56 f.

⁴⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 79 ff. sowie dies., Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 58.

nach 6,1 Mrd. € im Jahr 2002. 46 % davon entfallen auf den DTAG-Konzern, d.h. T-Com und T-Mobile, 33 % entfallen auf die übrigen Mobilfunknetzbetreiber und 21 % auf die Festnetz Wettbewerber. Da der Anteil der Festnetz Wettbewerber an dem Gesamtumsatz im Carriergeschäft im Jahr 2002 erst bei knapp 12 % lag, kann davon ausgegangen werden, dass die alternativen Netzbetreiber in einem wachsenden Maße auch auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen tätig sind. Ob diese Aktivitäten eher in der Vermarktung von Überkapazitäten bestehen oder das Ergebnis eines eigens für das Carriergeschäft unternommen Netzaufbaus sind, kann nicht gesagt werden.

5.3 Mietleitungen

55. Der Markt für Mietleitungen ist seit dem Jahr 2001 durch zwei Entwicklungen gekennzeichnet: (i) Die Gesamtumsätze nehmen ab und (ii) der Marktanteil der Wettbewerber übertrifft den Marktanteil der DTAG. Das größte Marktvolumen mit Gesamtumsätzen in Höhe von 1,238 Mrd. € wurde im Jahr 2000 erzielt. Im Jahr 2002 waren es noch 0,992 Mrd. € und 2004 0,917 Mrd. €. Der Umsatzrückgang auf dem Markt für Mietleitungen ist Folge der zunehmenden Verwendung selbst erstellter Netzinfrastrukturen der Wettbewerber. Da die selbst erstellten Infrastrukturen zumeist bei der DTAG angemietete Netze ersetzen, ist der Incumbent von den Umsatzrückgängen stärker betroffen als die Wettbewerber.

56. Dies gilt mit Ausnahme des Jahres 2003. Hier nehmen die Umsätze der DTAG mit Mietleitungen gegen den Trend von 395 Mio. € im Jahr 2002 auf 486 Mio. € im Jahr 2003 zu. Der Marktanteil der Wettbewerber sinkt von 60,2 % im Jahr 2002 auf 51,3 % in 2003. Eine Erklärung für diese Entwicklung ist die Einführung der Betreiberwahl und der Betreibervorauswahl für Ortsgespräche im April und Juli 2003. Diese hat zu einem beschleunigten Netzausbau der Wettbewerber in der Fläche geführt, um die Belastungen mit Zusammenschaltungsentgelten zu reduzieren. Ein solcher Netzausbau erfolgt in der Regel nur zu einem Teil mit selbst verlegten Leitungen und zu einem anderen Teil mit Mietleitungen. Insbesondere in der Fläche dürfte der Mietleitungsanteil relativ groß sein, da sich der Aufbau paralleler Netze mit zunehmender Nähe zum Teilnehmeranschluss weniger lohnt. Da die DTAG die größte Netzinfrastruktur in der Fläche besitzt, profitiert sie auf dem Mietleitungsmarkt vergleichsweise stärker von einem kurzfristigen Netzausbau als die Wettbewerber. Dieser Effekt war allerdings lediglich von kurzer Dauer. Bereits im Jahr 2004 geht der Umsatz der DTAG mit Mietleitungen wieder deutlich auf 401 Mio. € zurück. Der Marktanteil der Wettbewerber steigt auf 56,3 %.

57. Eine differenzierte Betrachtung der Umsatzerlöse nach den Übertragungskapazitäten bestätigt die These von dem Zusammenhang zwischen den zunehmenden Umsatzerlösen der DTAG im Jahr

2003 und der Intensivierung des Wettbewerbs bei den Ortsgesprächen. Umsatzzuwächse waren bei den analogen Mietleitungen und den digitalen Mietleitungen mit einer geringen Übertragungskapazität von bis zu 2 Mbit/s zu beobachten, während die Umsätze bei Mietleitungen mit hoher Übertragungskapazität von 2 bis 155 Mbit/s und darüber auch im Jahr 2003 rückläufig waren. Eine Analyse der Wettbewerbsverhältnisse bei den nach Übertragungskapazitäten differenzierten Mietleitungen ist nicht möglich, da die entsprechenden Informationen nicht verfügbar sind.

5.4 Fakturierung und Inkasso

58. Nachdem die Frage, ob und für welche Leistungen die DTAG Fakturierungs- und Inkassoleistungen für die alternativen Anbieter von Telekommunikationsdiensten zu erbringen hat, in der Vergangenheit stark umstritten war, findet sich in § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG eine detaillierte Regelung, die festschreibt, unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten kann, anderen den Zugang zu festgelegten Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung sowie zur Entgegennahme oder dem Ersteinzug von Zahlungen zu gewähren. Eingeschlossen sind neben den klassischen Telekommunikationsdiensten Internet-by-Call, Telefonauskunft und Mehrwertdienste. Die Vorschrift stellt aber auch klar, dass eine Regulierung dort überflüssig ist, wo die Parteien marktgängige Lösungen im Wege der Vereinbarung finden.

59. Ein solche – freiwillige – Vereinbarung liegt seit dem Herbst 2004 vor. Darin haben sich die DTAG und die Mitgliedsunternehmen der beiden Branchenverbände VATM und breko darauf geeinigt, dass die Endkunden bei Call-by-Call im Rahmen des Telefondienstes, Internet-by-Call und der Nutzung von Servicrufnummern weiterhin eine einheitliche Rechnung durch die DTAG erhalten. Das Mahnwesen liegt bei den alternativen Anbietern, die dazu häufig wiederum externe Dienstleister beauftragen. Die DTAG ist verpflichtet, den alternativen Anbietern die Bestandsdaten des Rechnungsempfängers bzw. des Kunden zu übermitteln, falls diese selbst fakturieren und inkassieren möchten. Die Vereinbarung ist im Jahr 2005 ergänzt worden durch die Vereinbarung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Hinblick auf Leistungsumfang und Preise. Erstmals vereinbart wurde zudem, dass auch die DTAG/T-Com Fakturierungs- und Inkassoleistungen von anderen Teilnehmernetzbetreibern beziehen kann.

6. Marktentwicklungen im Mobilfunk

60. Der Endkundenmarkt für Mobilfunk ist weiterhin durch Wachstum und Wettbewerb gekennzeichnet. Der Gesamtumsatz von Netzbetreibern und Service-Providern (inklusive der Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen und der Innenumsätze zwischen Netzbetreibern und Service-Provi-

dem) betrug im Jahr 2004 27,36 Mrd. €. Gegenüber dem Jahr 2003 mit Gesamtumsätzen von 25,313 Mrd. € ist das eine Steigerung von 8 %. Die Zahl der Teilnehmer ist 2004 um 6,5 Mio. auf 71,316 Mio. gestiegen. Im Vergleich zu 2003 ist das ein Zuwachs um 10 %. Die Zahl der Anschlüsse pro 100 Einwohner (Penetration) lag Ende des Jahres 2004 bei 86,4 nach 78,5 Ende 2003. Ebenfalls um etwa 9 % ist die Anzahl der Verbindungsminuten gestiegen. Im Jahr 2004 wurden nach den Erhebungen der BNetzA etwa 38,8 Mrd. Gesprächsminuten im Mobilfunk generiert. Bezogen auf die insgesamt erbrachten Verbindungsminuten sind das allerdings nur etwa 10 %. Somit wurden im Jahr 2004 weiterhin 90 % des anfallenden Gesprächsvolumens über das Festnetz abgewickelt. Gestiegen ist auch das Volumen der mobilen Datendienste. Die Zahl der über MMS (Multimedia Messaging Service) verschickten Nachrichten lag mit 91 Mio. im Jahr 2004 etwa dreimal so hoch wie im Jahr 2003. Die Anzahl der versendeten SMS (Short Message Service) stieg um 4 % auf 20,6 Mrd. Der Anteil der Umsätze mit Datendiensten im Mobilfunk steigt. Nach 17,3 % im Jahr 2003 lag er im Jahr 2004 bei 18,4 % und wird nach Schätzungen im Jahr 2005 auf gut 20 % anwachsen.⁴⁷

61. Angeboten werden die Mobilfunkdienste weiterhin von den vier Netzbetreibern und einer Reihe von Service-Providern, die Mobilfunkdienste der Netzbetreiber im Wege des Wiederkaufs auf eigene Rechnung (Resale) anbieten. Im Jahr 2004 lag der Marktanteil der Service-Provider im Gesamtmarkt für Mobilfunkdienste bei 26 %, nach 27 % im Jahr 2003. T-Mobile und Vodafone kommen bei dieser Betrachtung unter Einschluss der Service-Provider in 2004 zu Marktanteilen von 28,2 % und 28,1 %, E-Plus und O2 auf Marktanteile von 9,6 % und 8,1 %. Wird die Betrachtung auf die Netzbetreiber beschränkt, ergibt sich nach der Anzahl der Kunden im Jahr 2004 folgende Marktanteilsverteilung:⁴⁸

- | | |
|------------|---------|
| • T-Mobile | 38,5 %, |
| • Vodafone | 37,8 %, |
| • E-Plus | 13,3 %, |
| • O2 | 10,4 %. |

Zulegen konnten im Vergleich zum Jahr 2003 die kleinen Anbieter E-Plus (von 12,7 % auf 13,3 %) und O2 (von 8,6 % auf 10,4 %). Marktanteile verloren haben die beiden großen Anbieter T-Mobile (von 40,6 % auf 38,5 %) und Vodafone (von 38,1 % auf 37,8 %).

62. Weiterhin hoch, aber bereits seit dem Jahr 2000 rückläufig, ist der Anteil der Kunden, die keine längerfristige Vertragsbindung eingehen, sondern im voraus bezahlte Guthaben abtelefonieren (Pre-

⁴⁷ Vgl. Dialog Consult/VATM, a.a.O., Abb. 19.

⁴⁸ Vgl. Jahresbericht 2004 der Regulierungsbehörde ..., a.a.O., S. 42.

paid-Kunden). Im Jahr 2000 lag der Anteil der Prepaid-Kunden noch bei 54,6 %. Bis zum Jahr 2004 ist dieser Anteil auf 50,5 % gesunken. Während die Anbieter in den vergangenen Jahren vor allem versucht haben, Kunden mit einer längerfristigen Vertragsbindung – nach wie vor üblich ist eine Bindung von zwei Jahren – zu gewinnen, da diese im Durchschnitt mehr Umsätze generieren, werden seit 2005 spezielle Prepaid-Angebote über neue Vertriebskanäle im Markt plazierte, was zu einer Intensivierung des Wettbewerbs beiträgt.

63. Auslöser dieser Entwicklung war die Einführung der Marke Simyo durch den drittgrößten Mobilfunknetzbetreiber E-Plus im Mai 2005. Unter dem Markennamen Simyo werden Prepaid-Karten ausschließlich über das Internet vertrieben, über das auch der Service wie das Aufladen der Karte mit neuem Guthaben läuft. Der Tarif beinhaltet keine Grundgebühr und lässt das Telefonieren für 19 €-Cent pro Minute in sämtliche Netze rund um die Uhr zu. Damit wurde der bis dahin geltende niedrigste Einheitstarif des Gemeinschaftsunternehmens von O2 und Tchibo, der bei 35 €-Cent/Minute lag, deutlich unterboten. Simyo richtet sich an Kunden, die bereits ein Handy besitzen und verzichtet auf jegliche Subventionierung der Handys. Mit diesem Tarif wird auch deutlich, dass der Mobilfunkmarkt in eine Phase getreten ist, in dem es nicht mehr vorrangig um die Gewinnung von Neukunden geht, sondern in der auch der Wettbewerb um die Bestandskunden weiter an Bedeutung gewinnt.

64. Mit Simyo hat E-Plus nach Auffassung der BNetzA nicht lediglich einen neuen Tarif, sondern eine Produktinnovation eingeführt.⁴⁹ Der Service-Provider Mobilcom hatte den Regulierer angerufen, weil man dort der Auffassung war, dass E-Plus den Tarif gemäß geltender Lizenzbedingungen nicht hätte auf den Markt bringen dürfen, ohne zuvor die Service-Provider zu informieren bzw. ohne ihnen die Möglichkeit einzuräumen, zeitgleich ein gleiches Endkundenprodukt zu präsentieren. Die BNetzA lehnte dies mit dem Argument ab, dass die Netzbetreiber im Interesse des Wettbewerbs die Möglichkeit haben müssen, neue Produkte mit einem Zeitvorsprung zu vermarkten. Die Monopolkommission teilt diese Auffassung, zumal es sich hier nicht lediglich um einen Vorstoß im Wettbewerb mit Neuerungen, sondern vor allem auch um einen Vorstoß im Preiswettbewerb handelt.

65. Als Reaktion auf Simyo haben andere Mobilfunknetzbetreiber ähnliche Angebote eingeführt, zum Teil indem sie ihre Netze für dritte Anbieter geöffnet haben. So hat T-Mobile das Netz für Easymobil, ein Gemeinschaftsunternehmen des dänischen Telekommunikationsanbieters TDC und des britischen Mischkonzerns Easyjet, sowie Klarnet, ein neu gegründetes Unternehmen des Diensteanbieters Mobilcom, geöffnet. Daneben gibt es eine Reihe anderer neuer Anbieter, unter anderem

⁴⁹ Vgl. BNetzA, Pressemitteilung vom 12. Juli 2005, „Regulierungsbehörde entscheidet den Simyo-Streit“.

das Gemeinschaftsunternehmen von O2 und Tchibo, welches bereits seit dem Herbst 2004 am Markt ist. Weitere Angebote unter Beteiligung von Discontnern wie Aldi, Lidl oder Ikea sind ebenso in der Diskussion wie die Beteiligung von Medienkonzernen wie Bertelsmann oder Viva, ADAC und Tankstellenketten.⁵⁰ Dabei sind Minutenpreise von weniger als 10 €-Cent im Gespräch.

66. Mit „Vodafone zu Hause“ führt erstmals einer der beiden großen Netzbetreiber einen integrierten Festnetz- und Mobilfunkanschluss ein. Der Kunde bekommt zusätzlich zu seiner Mobilfunkrufnummer eine Festnetzzrufnummer und telefoniert in seiner „homezone“ zu Festnetztarifen. Das Produkt ist nicht neu. Es entspricht im Wesentlichen dem Tarif „Genion“, der von der vormaligen Viag Interkom bereits vor einigen Jahren in den Markt eingeführt wurde, der aber auch heute noch von dem Nachfolgeunternehmen O2 mit Erfolg vermarktet wird. Die Einführung eines integrierten Tarifs durch Vodafone – nach Informationen aus dem Kreis der Mobilfunkanbieter plant auch T-Mobile ein vergleichbares Angebot – zeigt, dass die Mobilfunkanbieter verstärkt in den Wettbewerb mit Festnetzanbietern eintreten. Dieser Wettbewerb beschränkt sich nicht mehr auf die Substitution von Gesprächsminuten, sondern zielt auch auf die Substitution des Festnetzanschlusses. Damit die Kunden das Festnetz auch nicht mehr für den breitbandigen Internetzugang benötigen, kombiniert Vodafone den Tarif mit „Vodafone zu Hause Web“ einem Internetzugang per UMTS.

67. Aus Sicht der Monopolkommission ist die Einführung zusätzlicher integrierter Festnetz-/Mobilfunktarife im Moment noch kein Anlass, um von einem gemeinsamen Markt für Festnetz- und Mobilfunktelefonie auszugehen. Gleichwohl verschärft diese Entwicklung das weiterhin ungelöste Problem der hohen Mobilfunkterminierungsentgelte. Die deutlich über den Kosten liegenden Entgelte für die Terminierung von Gesprächen aus dem Festnetz in Mobilfunknetze – aktuell liegen diese Entgelte zwischen 14,9 und 15,7 €-Cent pro Minute – führen zu hohen Subventionen des Mobilfunks durch die Kunden der Festnetzanbieter.⁵¹ Selbst wenn eine solche Subventionierung in der Phase des Aufbaus der Mobilfunknetze und der Marktdurchdringung wegen der damit verbundenen positiven Netzexternalitäten gerechtfertigt gewesen sein sollte, führt sie heute zu Fehlallokationen und Wettbewerbsverzerrungen in einem erheblichen Ausmaß. Überhöhte Mobilfunkterminierungsentgelte bedeuten letztlich, dass die Festnetzbetreiber den Markteintritt der Mobilfunknetzbetreiber in das Festnetz und damit die eigene Konkurrenz subventionieren müssen. Die Monopolkommission weist bereits seit längerem auf die Notwendigkeit hin, das Problem der überhöhten Terminierungsentgelte im Mobilfunk regulatorisch zu lösen und eine Anpassung der Entgelte an die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung vorzunehmen. Eine solche Anpassung kann mit einem Zeitpfad erfolgen, damit sich die Mobilfunknetzbetreiber darauf einstellen können. Bei der Dimen-

⁵⁰ Vgl. o. V., Das Tchibo-Prinzip, in: Manager-Magazin 8/2005, S. 42 ff.

⁵¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 214.

sionierung dieses Zeitpfades muss aber in Rechnung gestellt werden, dass die Diskussion um die Anpassung der Terminierungsentgelte bereits seit Jahren läuft und dass sich die Mobilfunkanbieter bereits seit längerem auf eine kostenbasierte Regulierung einstellen können. Mit der Einführung zusätzlicher integrierter Festnetz-/Mobilfunkanschlüsse nimmt die Dringlichkeit einer möglichst kurzfristigen Anpassung in jedem Fall zu.

III. Nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte

1. Vorleistungen

68. Die *Regulierung der Vorleistungen* ist auch unter dem geänderten Rechtsrahmen 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 sind die alternativen Anbieter von Telekommunikationsdiensten von den Vorleistungen der DTAG abhängig. Dies gilt weiterhin ohne Einschränkungen für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, lokale und regionale Zusammenschaltungsleistungen sowie Fakturierungs- und Inkassoleistungen.

69. Die Abhängigkeiten von der Infrastruktur des Incumbent gehen dort zurück, wo die Wettbewerber eigene Infrastrukturen aufbauen. Dies geschieht seit längerem im Bereich der Fernleitungen, hat in den vergangenen zwei Jahren als Folge der Einführung von Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl bei Ortsgesprächen zunehmend auch die regionalen Verbindungsnetze erfasst. Jedoch ist der Ausbau in der Fläche weniger schnell vorangegangen, als es vor zwei Jahren den Anschein hatte. Die Anzahl der Unternehmen, die sich an allen 475 Einzugsbereichen mit dem Netz der DTAG/T-Com zusammengeschlossen haben, ist von drei im Jahr 2003 auf lediglich fünf am Ende des ersten Quartals 2005 gestiegen. Diese Entwicklung spricht nach Meinung der Monopolkommission noch nicht dafür, dass der Netzausbau so weit vorangekommen ist, dass die Abhängigkeit der Wettbewerber von Zusammenschaltungsleistungen der DTAG nachhaltig zurückgegangen ist. Die Monopolkommission geht auch weiterhin davon aus, dass die Wettbewerber der DTAG ihren Netzausbau vor allem am eigenen Bedarf orientieren und nicht spezielle Kapazitäten aufbauen, um damit der Festnetztochter der DTAG, der T-Com, auf den Märkten für Zusammenschaltungsleistungen Konkurrenz zu machen. Dies bedeutet, dass zumindest der Teil der alternativen Anbieter, deren Geschäftsstrategie nicht auf den Ausbau eigener Infrastrukturen ausgerichtet ist, weiterhin auf die Zusammenschaltungsleistungen der T-Com auch auf den höheren Netzebenen angewiesen sind.

70. Nicht durch die Leistungen anderer Netzbetreiber substituierbar sind die Zuführung und die Terminierung. Diese Leistungen können ausschließlich von dem jeweiligen Netzbetreiber angeboten werden. Eine Aufhebung der Genehmigungspflicht bei den Terminierungsentgelten der DTAG kommt daher nicht in Betracht. Regulierungsbedarf besteht darüber hinaus bei den Terminierungsentgelten der alternativen Teilnehmernetzbetreiber. Dies gilt insbesondere, seit die Regulierungsbehörde vom Prinzip reziproker Zusammenschaltungsentgelte abgewichen ist. Das bedeutet, dass die Zusammenschaltungsentgelte der alternativen Netzbetreiber nicht mehr den regulierten Zusammen-

schaltungsentgelten der DTAG/T-Com entsprechen müssen. Gleichwohl verfügen die alternativen Teilnehmernetzbetreiber nicht über unkontrollierte Verhaltensspielräume, die zwingend durch eine Ex-ante-Entgeltregulierung zu begrenzen sind. Gemäß § 18 Abs. 1 TKG kann der Regulierer Betreiber, die den Zugang zu Endkunden kontrollieren, auch dann zur Zusammenschaltung verpflichtet, wenn diese nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen. Dies bedeutet, dass die Wettbewerber der DTAG die Zusammenschaltung letztlich nicht verweigern können. Hinzu kommt, dass die alternativen Netzbetreiber die Bedingungen und Entgelte der Zusammenschaltung nur einvernehmlich mit dem Zusammenschaltungspartner festlegen können. Können sich Unternehmen nicht einigen, legt gemäß § 25 Abs. 1 TKG die BNetzA die Bedingungen und die Entgelte fest. Im Falle der alternativen Teilnehmernetzbetreiber hat die BNetzA dies bereits getan. Dabei hat die BNetzA den alternativen Netzbetreibern zugestanden, dass sie um 0,5 €-Cent höhere Zusammenschaltungsentgelte als die DTAG/T-Com verlangen dürfen.⁵²

71. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Zusammenschaltungsregulierung in der bisherigen Form noch immer unverzichtbar. Dies gilt vor allem wegen der überragenden Bedeutung, die sie für den Wettbewerb bei den Verbindungsleistungen hat. Gleichwohl ist festzustellen, dass die Abhängigkeit der Wettbewerber von der Netzinfrastruktur der DTAG je nach Netzebene unterschiedlich stark ausgeprägt ist. Auf der Ebene der Fernnetze ist die Duplizierung der Infrastruktur deutlich weiter fortgeschritten als bei den regionalen Verbindungsnetzen und dort wiederum weiter als bei den lokalen Netzen. Ähnliches gilt beim Vergleich von Netzen in Ballungsgebieten und in ländlichen Räumen sowie bei Netzen mit unterschiedlichen Übertragungskapazitäten. Vor diesem Hintergrund stellt sich für die Zukunft die Frage, ob eine schrittweise Deregulierung im Bereich der Zusammenschaltungsleistungen vorstellbar ist oder ob Zusammenschaltungen in ihrer Gesamtheit so lange zu regulieren sind, wie noch Abhängigkeiten der Wettbewerber von wesentlichen Netzleistungen bestehen. Gegen eine schrittweise Deregulierung spricht der Umstand, dass die Zurechnung der Gemeinkosten der Netze auf einzelne Zusammenschaltungsleistungen erhebliche konzeptionelle und praktische Schwierigkeiten aufwirft. Für eine schrittweise Deregulierung spricht die Erwägung, dass man andernfalls vermutlich nie zu einer Deregulierung von Zusammenschaltungsleistungen käme, denn die unterste Netzebene wird vermutlich nie redupliziert werden. In Anbetracht dieses Dilemmas sollte die BNetzA prüfen, ob nicht doch Verfahren entwickelt werden können, die das Problem der Gemeinkostenzurechnung bei Zusammenschaltungsleistungen lösen oder zumindest abmildern können.⁵³ Soweit dies möglich ist, wäre eine Deregulierung der Zusammenschaltungsleistungen auf der obersten Netzebene in Betracht zu ziehen.

⁵² Vgl. Tz. 146.

⁵³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 179; dies., Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 72.

72. Bei den Mietleitungen auf der Fernverkehrsebene hat die Monopolkommission bereits vor vier Jahren funktionsfähigen Wettbewerb festgestellt.⁵⁴ Aktuell gibt es keine neuen Erkenntnisse, die dagegen sprechen, dieses Marktsegment auch als nachhaltig wettbewerbsorientiert im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG zu bewerten. Der verstärkte Ausbau der regionalen und lokalen Netze im Zuge der Wettbewerbseinführung bei den Ortsgesprächen spricht dafür, dass auch die Märkte für Mietleitungen in diesem Segment inzwischen nachhaltig wettbewerbsorientiert sind. Der Monopolkommission liegen zu diesen Marktsegmenten aber keine hinreichend differenzierten Informationen vor, um eine solche Feststellung mit letzter Sicherheit zu treffen.

73. Die alternativen Verbindungsnetzbetreiber sind auch weiterhin darauf angewiesen, dass die DTAG für sie Fakturierungs- und Inkassoleistungen übernimmt. Dies gilt insbesondere bei Angebotsformen wie dem offenen Call-by-Call, bei dem der Anbieter selbst über keine Kundendaten verfügt. Auch ist die Übertragung dieser Leistungen auf darauf spezialisierte Unternehmen zumindest dann schwierig, wenn die zu fakturierenden Beträge so gering sind, dass die Aufwendungen für die Übertragung von Kundendaten vom Incumbent auf den alternativen Netzbetreiber und von dort auf das Inkassounternehmen sowie für die Einziehung des Betrages unter Umständen deutlich höher liegen. Dieses Problem wird nach Auffassung der Monopolkommission vielleicht nicht gelöst, aber zumindest kleiner, wenn geringe monatliche Umsätze über längere Zeiträume angesammelt werden, bis der Rechnungsbetrag in einem angemessenen Verhältnis zu den Kosten der selbst organisierten Rechnung steht.⁵⁵

Auch wenn die Abhängigkeit der alternativen Netzbetreiber von Fakturierungs- und Inkassoleistungen der DTAG weiterhin gegeben ist, ist Regulierung verzichtbar, solange die Anbieter auf dem Verhandlungswege zu Vereinbarungen gelangen, die den alternativen Anbietern den Zugang zu den notwendigen Leistungen zu akzeptablen Bedingungen gewährleistet. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass diese Einigung vor dem Hintergrund der gesetzlich verankerten Möglichkeit zu Regulierung zustande gekommen ist. Gäbe es diese nicht, wäre eine Einigung zwischen den Unternehmen vermutlich weitaus schwieriger.

2. Endkundenleistungen

2.1 Teilnehmeranschlüsse

74. Auch in den vergangenen zwei Jahren haben sich die Wettbewerbsverhältnisse bei den Teilnehmeranschlüssen nicht wesentlich geändert. Bezogen auf die Telefonkanäle verfügt die DTAG/

⁵⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 180.

⁵⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 74.

T-Com weiterhin über einen Marktanteil von mehr als 91 %. Bezogen auf die Anschlüsse sind es sogar noch gut 94 %. Auch wenn die Marktstellung der alternativen Teilnehmernetzbetreiber bei den ISDN-Basisanschlüssen und den Primärmultiplexanschlüssen mit gut 14 % und knapp 23 % (bezogen auf die Telefonkanäle) inzwischen deutlich höher liegt, ändert dies nichts daran, dass es auch bei diesen Segmenten keinen nachhaltigen Wettbewerb gibt. Dasselbe gilt für einzelne Städte oder Ballungsgebiete, in denen der Marktanteil der Wettbewerber deutlich über dem für die Bundesrepublik Deutschland ermittelten Durchschnitt liegt. Jetzt und auf absehbare Zeit ist der Markt für Teilnehmeranschlüsse kein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt. Dies gilt auch, wenn nach einzelnen Regionen oder nach Anschlussarten differenziert wird.

75. Als Ursachen für den fehlenden Wettbewerb wurden in der Vergangenheit zum einen das Quasimonopol der DTAG/T-Com bei den Teilnehmeranschlussnetzen und zum anderen die hohen Kosten der Wettbewerber für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Relation zu den Endkundenentgelten der DTAG für den analogen Teilnehmeranschluss genannt.⁵⁶ An der nahezu monopolistischen Marktstellung der DTAG/T-Com bei den Teilnehmeranschlussnetzen hat sich auch in den vergangenen zwei Jahren wenig geändert. In welchem Maße die alternativen Teilnehmernetzbetreiber noch auf die Infrastruktur des Incumbent angewiesen sind, zeigt der Umstand, dass Ende des Jahres 2004 noch 95 % aller durch alternative Anbieter betriebenen Teilnehmeranschlüsse nicht auf eigenen Anschlussleitungen, sondern auf der von der DTAG/T-Com gemieteten Teilnehmeranschlussleitung basieren.⁵⁷

Ob es inzwischen keine Preis-Kosten-Schere mehr bei den analogen Teilnehmeranschlüssen gibt, kann nicht endgültig beurteilt werden. Zwar hat die BNetzA im April 2005 den Preis für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung von 11,80 € auf 10,65 € gesenkt. Die Vergleichsrechnung zum Ausschluss einer nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG inzwischen explizit verbotenen Preis-Kosten-Schere hat die Behörde allerdings auf Durchschnittskosten und Durchschnittserlöse für Analog- und ISDN-Basisanschlüsse gestützt.⁵⁸ Nach Auffassung der Monopolkommission ist eine solche Durchschnittsbetrachtung über mehrere Anschlussvarianten nicht gerechtfertigt. Vielmehr ist die Existenz einer Preis-Kosten-Schere für jede Anschlussart getrennt auszuschließen. Dazu ist es zwingend, die Erlöse und Erträge für Analog- und ISDN-Basisanschlüsse auch getrennt zu ermitteln.

76. Wettbewerb ist prinzipiell durch die alternativen Anschlusstechnologien Fernsehkabelnetz, eine funkgestützte Anbindung (Wireless Local Loop), die Nutzung des Stromnetzes (Powerline) und die Anbindung über Satellit möglich. Insbesondere die Fernsehkabelnetzbetreiber investieren inzwi-

⁵⁶ Vgl. ebenda, Tz. 75.

⁵⁷ Vgl. Jahresbericht 2004 der Regulierungsbehörde ..., a.a.O., S. 34.

⁵⁸ Vgl. Tz. 140 f.

schen verstärkt in die notwendige Aufrüstung ihrer Netze. Die tatsächlichen Anschlusszahlen sind aber nach wie vor gering. Ende des Jahres 2004 gab es 145.000 Haushalte, die einen Telefon- und Internetanschluss über das Fernseekabelnetz realisiert hatten.⁵⁹ Diese Gesamtzahl verteilt sich auf etwa 35 Kabelnetzbetreiber der Netzebene 4. Der Netzausbau auf der Netzebene 3 durch die vier großen Kabelnetzbetreiber ist inzwischen weiter vorangetrieben worden. Ende 2004 könnten über 3 Mio. Wohneinheiten mit einem Anschluss versorgt werden. Entscheidend ist aber letztlich der Ausbau der Netzebene 4. Diese liegt überwiegend bei einer großen Anzahl kleinerer Kabelnetzgesellschaften.

Auch der Ausbau des Stromnetzes wird inzwischen konkreter. Ende des Jahres 2004 boten sechs Unternehmen breitbandige Internetzugänge über das Stromnetz an.⁶⁰ Genutzt wurde diese Anschlussvariante allerdings erst von 9.000 Haushalten. Anschließbar sind 155.000 Haushalte. Die Anbindung über Satellit ist weiterhin nicht wettbewerbsfähig. Dafür spricht, dass die Nutzerzahlen Ende 2004 mit etwa 40.000 im Vergleich zum Jahr 2003 sogar leicht rückläufig sind.⁶¹

Für alle alternativen Anslussttechnologien gilt, dass sie weder im Moment noch auf absehbare Zeit den Wettbewerb bei den Teilnehmeranschlüssen nachhaltig beleben.

77. Eine weitere Möglichkeit zur Intensivierung des Wettbewerbs bei den Teilnehmeranschlüssen schließt das TKG selber aus, indem die Anordnung des so genannten entbündelten Anschluss-Resale durch die Regulierungsbehörde bis Ende Juni 2008 ausgeschlossen wird. Anschluss-Resale bedeutet, dass Dritte Teilnehmeranschlüsse der DTAG/T-Com, die sie unter Einräumung eines Großhandelsrabatts erworben haben, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung weiterverkaufen. Interesse daran haben vor allem die Verbindungsnetzbetreiber, die auf diese Weise zu einem Komplettanbieter für Telefon- und Datendienste werden könnten. Gemäß § 150 Abs. 2 Nr. 5 TKG kann Resale bis zum 30. Juni 2008 nur in gebündelter Form verfügt werden, d.h. alternativen Anbietern stehen die Teilnehmeranschlüsse der DTAG nur gekoppelt mit Verbindungsleistungen zum Wiederverkauf zur Verfügung. Für die Verbindungsnetzbetreiber lohnt sich diese Form des Anschluss-Resale nicht, weil sie dann Verbindungsleistungen nachfragen müssen, die sie eigentlich selber generieren.

2.2 Orts-, Fern- und Auslandsgespräche

78. Der Wettbewerb im Ortsnetz hat mit der Einführung der Betreiberauswahl und der Betreibervorauswahl deutlich zugenommen. Schneller als erwartet, konnten die alternativen Anbieter Marktanteile

⁵⁹ Vgl. Jahresbericht 2004 der Regulierungsbehörde ..., a.a.O., S. 30.

⁶⁰ Vgl. ebenda, S. 31.

⁶¹ Vgl. ebenda.

teile in beträchtlichen Größenordnungen gewinnen. Nach Umsätzen kontrollieren die Wettbewerber Ende des ersten Quartals 2005 fast schon ein Drittel der Marktanteile, nach Verbindungsminuten schon deutlich mehr als ein Drittel. Mit dem Ausbau der regionalen Netze auf insgesamt 475 Zusammenschaltungspunkte haben bis Ende des ersten Quartals 2005 fünf Unternehmen die Infrastrukturvoraussetzungen geschaffen, um bundesweit flächendeckend Ortsgespräche anbieten zu können.⁶² Nach Auffassung der Monopolkommission spricht dies dafür, die Ortsgespräche den Ferngesprächen regulatorisch gleichzustellen. Die Zuordnung von Orts- und Ferngesprächen zu demselben sachlich relevanten Markt wird bereits von der Europäischen Kommission im Rahmen ihrer Empfehlung über die zu regulierenden Märkte und von der BNetzA im Rahmen der Marktdefinition und Marktanalyse gemäß §§ 10 und 11 TKG vorgenommen.

79. In der Wettbewerbsentwicklung deutlich weiter fortgeschritten als der Markt für Ortsgespräche sind die Märkte für Fern- und Auslandsgespräche. Während die Umsätze der alternativen Anbieter bei den Ferngesprächen (inklusive der Nahverbindungen) weiter ansteigen, aber aktuell noch unter 50 % liegen, verfügen die Wettbewerber bei den Auslandsgesprächen Ende des ersten Quartals 2005 über einen Marktanteil von mehr als 60 % nach Umsätzen und von mehr als zwei Drittel nach Verbindungsminuten. Damit erfüllt der Incumbent bei den Auslandsgesprächen nicht mehr die Vermutungsschwelle für die Marktbeherrschung nach europäischem Recht und – zumindest für die Betrachtung nach Verbindungsminuten – auch nicht mehr nach deutschem Recht.

80. Wie ist vor diesem Hintergrund die Frage zu beurteilen, ob es sich hier bereits um nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte handelt? Dabei ist zu unterscheiden, ob über die Regulierung der zu diesen Märkten gehörenden Vorleistungen oder über die gegebenenfalls notwendige Ex-ante- bzw. Ex-post-Regulierung der Endkundenmärkte gesprochen wird.

Die Monopolkommission ist nicht der Auffassung, dass der Wettbewerb auf den Märkten für Orts-, Fern- und Auslandsgespräche so weit abgesichert ist, dass er auch nach der Rückführung der zugehörigen Vorleistungsregulierung fortbesteht. Der Wettbewerb bei den Orts-, Fern- und Auslandsgesprächen ist in einem erheblichen Maße weiterhin davon abhängig, dass die alternativen Anbieter Zugang zu den Vorleistungen der DTAG haben, da sie nach wie vor den weitaus größten Teil aller erbrachten Sprachtelefondienstleistungen über die Infrastruktur des Incumbent erbringen. Daraus folgt, dass die Regulierung der Zugangsleistungen jetzt und auf absehbare Zeit weiterhin notwendig

⁶² Die Regulierungsbehörde hatte im Februar 2003 entschieden, dass ein Wettbewerber alle lokalen Einzugsbereiche eines Ortsnetzes erschließen muss, um in diesem Ortsnetz eine Betreiberwahl anbieten zu können. Für ein bundesweites Angebot ist damit die Zusammenschaltung mit dem Netz der DTAG an 475 Zusammenschaltungsorten erforderlich. Vgl. BNetzA, Pressemitteilung vom 21. Februar 2003.

ist, damit die alternativen Anbieter auf den Endkundenmärkten Orts-, Fern- und Auslandsgespräche anbieten können.

81. Differenzierter beurteilt die Monopolkommission die Frage, ob Orts-, Fern- und Auslandsgespräche weiterhin der Ex-ante- oder der Ex-post-Entgeltregulierung unterliegen sollen. Die Kommission hatte bereits in ihrem Gutachten vor zwei Jahren empfohlen, die Ex-ante-Regulierung der Entgelte bei den Fern- und Auslandsgesprächen zurückzuführen.⁶³ Um den seinerzeit bestehenden letzten Unsicherheiten über die strukturelle Absicherung des Wettbewerbs bei Rückführung der Entgeltregulierung Rechnung zu tragen, sollte die Deregulierung durch Maßnahmen flankiert werden, die eine Quersubventionierung von Leistungen im Wettbewerbsbereich durch Leistungen in Monopolbereichen wirksam verhindern. Darüber hinaus sah die Monopolkommission die Notwendigkeit, regulatorische Voraussetzungen für eine wirksame Kontrolle der mit Bündelprodukten zusammenhängenden Wettbewerbsprobleme zu schaffen.

82. Nach dem neuen TKG ist die Ex-ante-Entgeltregulierung von Endkundenleistungen ohnehin nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich: (i) Gemäß § 39 Abs. 1 TKG dürfen Endnutzerentgelte nur dann der Genehmigungspflicht unterworfen werden, wenn die Verpflichtungen im Zugangsreich oder zur Betreiberwahl und Betreiberwahl nicht ausreichen, um die Regulierungsziele des TKG zu erreichen. (ii) Dabei soll die Genehmigungspflicht auf solche Märkte beschränkt werden, auf denen in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist.

Zwar geht die Monopolkommission davon aus, dass die Zugangsregulierung, wie die Verpflichtungen zur Zugangsgewährung, zur Transparenz und zur getrennten Rechnungslegung sowie zu Preselection und Call-by-Call, für sich allein genommen nicht ausreicht, um die Wettbewerbsgefährdungen, die mit der Quersubventionierung von Leistungen in Wettbewerbsbereichen durch Leistungen in Monopolbereichen und mit der Bündelung von Leistungen aus Wettbewerbs- und Monopolbereichen verbunden sind, wirksam zu beherrschen. Gleichwohl bedarf es bei den Orts-, Fern- und Auslandsgesprächen keiner Ex-ante-Entgeltregulierung mehr, um eine Remonopolisierung der Märkte zu verhindern. Für die Aussetzung der Genehmigungspflicht spricht:

- Der größte Teil der alternativen Anbieter erscheint aus heutiger Sicht wirtschaftlich soweit stabil, dass mit Marktaustritten in nennenswerten Größenordnungen nicht zu rechnen ist.
- Zu einer weiteren Absicherung des Wettbewerbs beigetragen hat zudem der fortschreitende Netzausbau der alternativen Anbieter, der seit der Einführung der Betreiberwahl und der Be-

⁶³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 85.

treibervorauswahl bei Ortsgesprächen auch zunehmend die Netze in der Fläche erfasst hat. Je höher der Anteil der so genannten „versunkenen Kosten“ der Wettbewerber in spezifische Investitionen ist, desto weniger wird es dem etablierten Unternehmen gelingen, sie vom Markt zu verdrängen.⁶⁴

Hinzu kommt, dass Entgelte für Endnutzerleistungen, die keiner Genehmigungspflicht unterworfen sind, gemäß § 39 Abs. 3 TKG – unabhängig von einer regulierungsbehördlichen Anordnung – der nachträglichen Regulierung unterliegen, soweit der Anbieter auf den entsprechenden Märkten über beträchtliche Marktmacht verfügt. Des Weiteren kann die BNetzA das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, ihr die Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkraft-Treten zur Kenntnis zu geben. Die Einführung des Entgelts ist dann innerhalb von zwei Wochen nach der Bekanntgabe bis zum Abschluss der Prüfung zu untersagen, wenn die Vereinbarkeit mit den Kriterien für die Missbräuchlichkeit von Entgelten des § 28 TKG „offenkundig“ nicht gegeben ist.

83. Gleichwohl ist es nach Auffassung der Monopolkommission weiterhin unabdingbar, dass die Regulierungsbehörde die regulatorischen Voraussetzungen für eine wirksame Kontrolle der Bündelproblematik schafft. Vergleichsweise einfach geschieht dies dadurch, dass der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht verpflichtet ist, den Wettbewerbern den Zugang zu sämtlichen Bestandteilen von Bündelprodukten zu Preisen zu gewähren, die es einem effizienten Anbieter ermöglicht, das Bündelprodukt nachzubilden. Die Gefahren für den Wettbewerb durch Quersubventionierungen aus Bereichen ohne oder mit wenig Wettbewerb sind zu vernachlässigen, wenn die Endkundenentgelte für Teilnehmeranschlüsse weiterhin der Ex-ante Regulierung gemäß § 31 TKG unterliegen.

Bei den Auslandsgesprächen hat die BNetzA Ende November 2005 festgestellt, dass die DTAG/T-Com in Anbetracht der Marktanteilsentwicklung nicht mehr über beträchtliche Marktmacht verfügt. Damit entfällt die Voraussetzung für die Entgeltregulierung bei den Auslandsgesprächen.

64 Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 83.

IV. Amtspraxis der Bundesnetzagentur

1. Fehlendes Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission

84. Gemäß § 121 Abs. 2 TKG hat die Monopolkommission im Rahmen ihres zweijährlichen Gutachtens zur Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten unter anderem die Anwendung der Vorschriften des TKG über die Regulierung und Wettbewerbsaufsicht zu würdigen. Um diesem Gesetzesauftrag gerecht zu werden, benötigt die Monopolkommission den Zugang zu den Verfahrensakten der Regulierungsbehörde. Da diese jedoch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, sieht sich die Bundesnetzagentur ohne eine gesetzliche Regelung nicht in der Lage, der Monopolkommission den notwendigen Zugang zu gewähren. Der Monopolkommission stehen damit für die Würdigung der Amtspraxis lediglich die öffentlich zugänglichen geschwärzten Fassungen der Beschlüsse der BNetzA zur Verfügung. Dies reicht für eine angemessene Würdigung der Entscheidungen nicht aus, da es dabei gerade auch auf die geheimhaltungsbedürftigen Informationen, wie Marktanteile oder Umsätze der betroffenen Unternehmen, ankommt.

85. Vor diesem Hintergrund haben die Monopolkommission und die BNetzA angeregt, das TKG um eine *Befugnisnorm für die Akteneinsicht* der Monopolkommission analog zu der Regelung im GWB zu ergänzen. Gemäß § 46 Abs. 2a GWB kann die Monopolkommission Einsicht in die von der Kartellbehörde geführten Akten einschließlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogenen Daten nehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Eine gleichlautende Ergänzung des § 121 Abs. 2 TKG enthält der vom Bundestag am 17. Juni 2005 beschlossene Entwurf eines Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften.⁶⁵ Auch der Bundesrat hatte ein Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission ausdrücklich befürwortet.⁶⁶ Gleichwohl konnte das Änderungsgesetz wegen anderweitiger Meinungsverschiedenheiten zwischen Bundestag und Bundesrat bis zum Abschluss der Legislaturperiode des Bundestages im September 2005 nicht mehr beschlossen werden. Die Monopolkommission geht allerdings davon aus, dass die Ergänzung des § 121 Abs. 2 TKG um ein Akteneinsichtsrecht im Zuge der nächsten Änderung des TKG erfolgen wird.

2. Marktdefinition und Marktanalyse

2.1 Das Verfahren gemäß §§ 10 und 11 TKG

86. Die Frage, ob in einem Markt sektorspezifisch reguliert wird oder nicht, entscheidet sich im Rahmen eines *zweistufigen Verfahrens*. Auf der ersten Stufe legt die BNetzA im Rahmen der sach-

⁶⁵ BR-Drs. 438/05 vom 17. Juni 2005, Art. 3, Nr. 20.

⁶⁶ BR-Drs. 92/05 vom 18. März 2005, Anm. 38, S. 23.

lichen und räumlichen Marktabgrenzung gemäß § 10 TKG Märkte fest, die für eine sektor-spezifische Regulierung in Betracht kommen. Für die Regulierung in Betracht kommen Märkte,

- die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind,
- die in absehbarer Zeit nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und
- auf denen das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um dem identifizierten Marktversagen entgegenzuwirken.

Bei der Festlegung der zu analysierenden Märkte hat die BNetzA die jeweilige Empfehlung der Europäischen Kommission in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstmärkte weitestgehend zu berücksichtigen. Abweichungen von der dort vorgenommenen Marktabgrenzung lassen sich ausschließlich durch nationale Besonderheiten rechtfertigen. In der Praxis bedeutet dies, dass sich die BNetzA im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung auf die Feststellung von nationalen Besonderheiten beschränkt und deren Auswirkungen auf die Marktanalyse prüft. Die im Moment gültige erste Empfehlung über relevante Märkte ist die vom 11. Februar 2003.⁶⁷ Sie enthält 18 Märkte (sieben Endkunden- und elf Vorleistungsmärkte), die nach den Feststellungen der Kommission die genannten drei Kriterien erfüllen. Die BNetzA kann zusätzliche Märkte im Hinblick darauf untersuchen, ob sie die genannten Merkmale erfüllen („Drei-Kriterien-Test“) und damit für eine Regulierung prinzipiell in Betracht kommen.

87. Auf der zweiten Stufe des Verfahrens untersucht die Regulierungsbehörde im Rahmen der Marktanalyse gemäß § 11 TKG, ob auf dem relevanten Markt *wirksamer Wettbewerb* besteht. Wirksamer Wettbewerb besteht, wenn kein Unternehmen auf diesem Markt über *beträchtliche Marktmacht* verfügt. Ein Unternehmen verfügt über beträchtliche Marktmacht, wenn es allein oder mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Marktstellung einnimmt, d.h. eine wirtschaftlich starke Marktposition besitzt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten. Da das Konzept der beträchtlichen Marktmacht gemäß Art. 14 Rahmenrichtlinie ausdrücklich dem Konzept der beherrschenden Stellung nach der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften entspricht⁶⁸, nutzt die BNetzA im Einklang mit den euro-

⁶⁷ Vgl. Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 ..., a.a.O., Anhang; vgl. den Anhang zu diesem Gutachten.

⁶⁸ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 33, Erwägungsgrund 25.

päischen und nationalen Vorschriften den telekommunikationsrechtlichen Begriff der beträchtlichen Marktmacht synonym zu dem wettbewerbsrechtlichen Begriff der Marktbeherrschung.⁶⁹

Stellt die BNetzA auf einem Markt, der nach dem Drei-Kriterien-Test für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommt, beträchtliche Marktmacht fest, hat sie dem betroffenen Unternehmen geeignete regulatorische Maßnahmen gemäß dem TKG aufzuerlegen.

88. Die Entwürfe der Ergebnisse der Marktdefinition und der Marktanalyse sowie der Regulierungsverfügung unterliegen gemäß § 12 TKG der nationalen Konsultation, bei der interessierte Parteien die Gelegenheit zur Stellungnahme haben. Sodann stellt die Regulierungsbehörde die Entwürfe der Europäischen Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden zur Verfügung. Deren Stellungnahmen zu dem Entwurf der Ergebnisse der Marktdefinition und der Marktanalyse hat die BNetzA weitestgehend Rechnung zu tragen. In Fällen, in denen die Festlegung eines relevanten Marktes durch den nationalen Regulierer von der von der Europäischen Kommission empfohlenen Marktdefinition abweicht oder in denen Festlegungen im Hinblick auf die Existenz beträchtlicher Marktmacht in dem relevanten Markt gemacht werden, besitzt die Kommission ein Vetorecht, soweit Hemmnisse für den Binnenmarkt entstehen oder ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere mit den in Art. 8 Rahmenrichtlinie festgelegten Regulierungszielen bestehen.⁷⁰ Die Kommission besitzt dieses Vetorecht nicht im Hinblick auf die Verfügung von Regulierungsmaßnahmen. Anders als die Ergebnisse der Marktanalyse nach §§ 10 und 11 TKG werden die Regulierungsmaßnahmen gemäß § 132 Abs. 1 TKG durch die sachlich zuständige Beschlusskammer und nicht durch die Präsidentenkammer verfügt. Im Übrigen hat die BNetzA bei Entscheidungen nach §§ 10 und 11 TKG Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt herzustellen.

89. Die Europäische Kommission will die Empfehlung zu den relevanten Produkt- und Dienstleistungsmärkten regelmäßig alle zwei Jahre überarbeiten. Für die nationalen Regulierungsbehörden bedeutet dies, dass sie die Marktanalysen und damit die Untersuchung, ob auf den Märkten weiterhin die Voraussetzungen für eine sektorspezifische Regulierung gegeben sind, ebenfalls regelmäßig wiederholen müssen. Die erste Überarbeitung der Märkteempfehlung sollte im Jahr 2005 erfolgen. Bisher liegt diese noch nicht vor.

⁶⁹ Vgl. etwa BNetzA, Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich der Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen vom 6. April 2005, S. 40 sowie Anhang 1, III. und IV., veröffentlicht in: BNetzA, ABl. Nr. 6 vom 6. April 2005, S. 287, 313 ff.

⁷⁰ Hat die Europäische Kommission ernsthafte Zweifel daran, dass eine Entscheidung der BNetzA nach §§ 10 und 11 TKG mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, oder sieht sie darin ein Hemmnis für den Binnenmarkt oder steht die Vereinbarkeit mit Art. 8 der Rahmenrichtlinie in Zweifel, kann die Kommission die Regulierungsbehörde auffordern, den Entscheidungsentwurf zurückzuziehen. Die BNetzA ist an diesen Beschluss gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 3 TKG gebunden.

2.2 Stand der Umsetzung

90. Bis Mitte November 2005 hat die BNetzA für vier Märkte der Empfehlung der Europäischen Kommission das gesamte Verfahren der Marktdefinition, Marktanalyse und Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen abgeschlossen. Bei zwei weiteren Märkten steht die Marktanalyse vor dem Abschluss; das nationale Konsultationsverfahren ist beendet, die Notifizierungsentwürfe der BNetzA wurden von der EU-Kommission veröffentlicht. In beiden Fällen fehlt zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Gutachtens noch die Stellungnahme der Kommission zu dem Notifizierungsentwurf, mit dem die Phase der Marktanalyse abgeschlossen wird, sowie die Regulierungsverfügung.

Bei weiteren sechs Märkten ist lediglich das nationale Konsultationsverfahren zu Marktdefinition und Marktanalyse abgeschlossen. Die Beteiligung der EU-Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden steht ebenso aus wie die Formulierung einer Regulierungsverfügung. Für die verbleibenden sechs Märkte der EU-Empfehlung hat die BNetzA bis Mitte November 2005 noch keine Entwürfe für die Marktdefinition und Marktanalyse veröffentlicht.

91. Die Feststellungen der Regulierungsbehörde im Rahmen der Marktanalyse zu Markt Nr. 9 der Kommissions-Empfehlung „Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“ hat die EU-Kommission teilweise zurückgewiesen und ein Veto eingelegt. In der Folge musste die BNetzA ihren Entwurf der Marktanalyse zurückziehen. Ende August 2005 hat sie der EU-Kommission einen im Sinne des Vetos geänderten Entwurf einer Marktanalyse vorgelegt.

Die BNetzA hat darüber hinaus Erhebungen in den Endkundenmärkten für sprachorientierte Systemlösungen sowie für Breitbandanschlüsse und Internetzugänge durchgeführt. Beide Märkte befinden sich nicht auf der Liste der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission. Bis Mitte November 2005 lagen für diese Märkte noch keine Entwürfe der Marktdefinition und Marktanalyse vor.

2.3 Bisher durchgeführte Marktuntersuchungen

2.3.1 Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung

92. In ihrem ersten Verfahren gemäß §§ 10 und 11 TKG hat die BNetzA den Vorleistungsmarkt für den entbündelten Großkundenzugang zu Drahtleitungen und Teilleitungen für die Erbringung von

Breitband- und Sprachdiensten untersucht.⁷¹ Der Markt umfasst den gebündelten und den ungebündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) als die wichtigste Vorleistung für das Angebot von Teilnehmeranschlüssen durch alternative Wettbewerber. Technisch wird der Zugang in der Regel über „Drahtleitungen“, d.h. über die Kupferdoppelader, geführt. Eine deutsche Besonderheit stellen so genannte „hybride Teilnehmeranschlussnetze“ dar, bei denen Glasfaserleitungen auf der Basis von OPAL (Optisches Anschlussleitungssystem) und ISIS (Integriertes System auf optischer Basis zur Bereitstellung der Netzinfrastruktur im Teilnehmeranschlussnetz) sowie die Kupferdoppelader in einer TAL vereint werden. Bei der Hybrid-Technik besteht die Leitung vom Hauptverteiler bis zum Kabel- oder Endverzweiger aus einer Glasfaserleitung, während die in das Gebäude des Endnutzers führende Leitung ein herkömmliches Kupferkabel ist. Da hybride Netze in einigen Regionen Deutschlands als einzige Anschlusstechnologie verfügbar sind, bezieht die BNetzA diese, abweichend von der Märkteempfehlung der Kommission, in den relevanten Vorleistungsmarkt ein.

93. Unter Zugang zur TAL versteht die BNetzA das Begehren von Telekommunikationsdiensteanbietern, die Infrastruktur eines Teilnehmernetzbetreibers zu nutzen, um auf dem Endkundenmarkt für Sprachtelefonie eigene Teilnehmeranschlüsse anbieten zu können. Dabei richtet sich das Zugangsbegehren der Wettbewerber nicht zwingend auf einen Zugang ab dem Hauptverteiler, sondern kann sich auch – je nach Ausbaustand der eigenen Infrastruktur – auf ein kürzeres Stück Leitung beziehen. Formen des Zugangs zur TAL sind der „entbündelte“ und der „gebündelte“ Zugang. Beim gebündelten Zugang nutzt der Wettbewerber die vorgeschaltete Übertragungs- oder Vermittlungstechnik des Teilnehmernetzbetreibers, beim entbündelten Zugang wird lediglich der Zugang zur Kupferdoppelader nachgefragt. Die Entbündelung ermöglicht dem Nachfrager der Zugangsleistung, seine Dienste so weit wie möglich selbst zu konfigurieren.

Der Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung umfasst auch so genanntes Line Sharing. Dabei wird lediglich ein Teil der nach Frequenzbereichen aufgeteilten TAL nachgefragt. Die höheren Frequenzbereiche der TAL dienen der Übertragung von Daten – typischerweise für den schnellen Internetzugang DSL –, während die niedrigeren Frequenzen der Übertragung von Sprache dienen. Line Sharing bedeutet, dass der Wettbewerber lediglich den Zugang zu den höheren Frequenzen der TAL begehrt, um seinen Kunden schnelle Internetzugänge anbieten zu können, während der eigentliche Inhaber der Teilnehmeranschlussleitung die unteren Frequenzbereiche weiterhin für die Sprachübertragung nutzt.

94. Nicht zum relevanten Markt gehören nach der Märkteempfehlung der EU-Kommission Teilnehmeranschlussleitungen in Form reiner Glasfaserleitungen sowie die alternativen Zugangstechnolo-

⁷¹ Entspricht Markt Nr. 11 der Märkteempfehlung der Kommission.

gien Wireless Local Loop (drahtlose Überbrückung der letzten Meile), Powerline (Übertragung über Stromnetze) und aufgerüstete Fernsehkabelnetze. Die BNetzA folgt dieser sachlichen Markt-
 abgrenzung und stellt fest, dass diese Zugangstechnologien auch auf dem deutschen Markt gegen-
 wärtig und auf absehbare Zeit keine ausschlaggebende Rolle spielen, da sie aus heutiger Sicht über-
 wiegend unwirtschaftlich und/oder technisch nicht tragfähig seien. Die Monopolkommission teilt
 diese Auffassung insoweit, als der entbundelte Zugang über alternative Zugangstechnologien bisher
 in der Praxis keinerlei Relevanz hat. Grundsätzlich ist allerdings anzumerken, dass eine Unterschei-
 dung von Märkten nach technischen Verfahren sachlich nicht angemessen ist, wenn die mit diesen
 Verfahren erbrachten Leistungen von den Kunden als austauschbar angesehen werden. Diese Erwä-
 gung wird mit der Zeit an Bedeutung gewinnen. Derzeit ist festzustellen, dass bei den Fernsehka-
 belnetzen in letzter Zeit Endkundenangebote und die Anzahl realisierter Anschlüsse insbesondere
 für den breitbandigen Internetzugang zunehmen. So hat unter anderem der größte nationale Breit-
 bandkabelnetzbetreiber, die Kabel Deutschland GmbH, angekündigt, die Kabelnetze in Rheinland-
 Pfalz und im Saarland kurzfristig flächendeckend für den schnellen Internetzugang aufzurüsten.⁷²
 Vor diesem Hintergrund ist es durchaus vorstellbar, dass in absehbarer Zukunft alternative Teilneh-
 mernetzbetreiber auch den entbündelten Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in aufgerüsteten
 Fernsehkabelnetzen nachfragen. Sobald die Fernsehkabelnetzbetreiber den Zugang zur TAL als
 Vorleistung anbieten, gehört der entbundelte Zugang zur TAL in Fernsehkabelnetzen zum sachlich
 relevanten Markt. Dasselbe gilt für den drahtlosen Zugang zur TAL und den Zugang zu Stromnet-
 zen.

Für reine Glasfaserleitungen gilt nach Auffassung der Monopolkommission, dass sie zum sachlich
 relevanten Markt gehören, soweit darüber der entbundelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung
 herstellbar ist und tatsächlich angeboten wird. Soweit reine Glasfasernetze – wie von der BNetzA
 dargestellt – lediglich zusätzlich zu dem gewöhnlichen Teilnehmeranschlussnetz und punktuell zur
 Anbindung spezieller kostenintensiver Endgeräte Verwendung finden, gehören sie nicht zum sach-
 lich relevanten Markt.

Im Ergebnis umfasst der sachlich relevante Markt für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeran-
 schlussleitung damit

- den Zugang über die Kupferdoppelader am Hauptverteiler oder einem näher an der Teilnehmer-
 anschlusseinheit gelegenen Punkt,
- Line Sharing sowie

⁷² O.V., Telekom bekommt starke Konkurrenz im Internet, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 25. Juli 2005.

- den Zugang über hybride Übertragungssysteme auf der Basis von OPAL/ISIS am Hauptverteiler oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt.

95. Im Rahmen der *räumlichen Marktabgrenzung* diskutiert die BNetzA die Frage, ob jede TAL ein eigener relevanter Markt ist, wie dies eine strenge Auslegung des Bedarfsmarktkonzeptes nahe legen würde. Sie lehnt dies allerdings zutreffend mit dem Argument ab, dass eine Abgrenzung zu kleiner Märkte die Gefahr in sich birgt, die eigentlichen Wettbewerbsverhältnisse auf dem betrachteten Markt nicht richtig wiederzugeben. Ebenso lehnt es die Behörde ab, regionale Märkte abzugrenzen, etwa nach Gebieten, in denen der Ausbau der Teilnehmeranschlussleitungen auf der Basis von Glasfasertechnologie erfolgte, und in Gebiete mit herkömmlicher Anschlusstechnologie. Daraus würde sich ein über das gesamte Bundesgebiet verteilter Flickenteppich ergeben, der die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt nicht widerspiegeln würde. Ausschlaggebend für die bundesweite Abgrenzung sei vielmehr, dass die DTAG/T-Com im Bundesgebiet nahezu einziger Anbieter für die Vorleistung Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sei, was wiederum für bundesweit homogene Wettbewerbsbedingungen spreche.

Die Monopolkommission hält die Marktabgrenzung der BNetzA für sinnvoll, weil sie den Zwecken der Marktanalyse im Hinblick auf ein zusammenhängendes Regulierungssystem entspricht. Die Kommission hat bereits früher darauf hingewiesen, dass sie einer Regulierung bzw. Deregulierung, die sich an einer vermeintlichen „richtigen“ Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept orientiert, aus verschiedenen Gründen skeptisch gegenüber steht und eine Abgrenzung nach Funktionsbereichen vorzieht.⁷³ Im Übrigen ist die von der BNetzA vorgenommene räumliche Marktabgrenzung insoweit rechtlich abgesichert, als § 11 Abs. 1 TKG im Rahmen der Marktanalyse ausdrücklich die Berücksichtigung benachbarter relevanter Märkte fordert.

96. Bei der Untersuchung der *Regulierungsbedürftigkeit* nach dem Drei-Kriterien-Test stellt die BNetzA fest, dass der Markt für den Zugang zur TAL in der vorgenommenen Abgrenzung durch beträchtliche und anhaltende strukturelle Marktzutrittsschranken gekennzeichnet ist. Bezogen auf den Prognosezeitraum von ein bis zwei Jahren sei auch keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb erkennbar und die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts sei als Reaktion auf das festgestellte Marktversagen nicht ausreichend. Stattdessen bedürfe die Sicherung des Zugangs zu einer für die Entwicklung des Wettbewerbs in der Telekommunikation derart bedeutenden Vorleistung einer über die wettbewerbssichernde Aufsicht des allgemeinen Wettbewerbsrechts hinausgehende präventiv wettbewerbsfördernde Intervention.

⁷³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 38 ff; dies., Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 14 f.

97. Nach § 11 Abs. 1 TKG ist auf einem relevanten Markt, der grundsätzlich für sektorspezifische Regulierung in Betracht kommt, dann tatsächlich zu regulieren, wenn kein wirksamer Wettbewerb herrscht, d.h. wenn ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen. Auf dem Markt für den entbündelten Zugang zur TAL ist dies nach den Feststellungen der BNetzA der Fall. Zwar sei die DTAG/T-Com nicht alleiniger Anbieter, gleichwohl aber marktbeherrschend. Entscheidend sei ein Marktanteil von nahezu 100 %, ein privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten und finanziellen Ressourcen, die Kontrolle über eine nur schwer zu duplizierende Infrastruktur und die daraus resultierenden Marktzutrittsschranken, das Vorhandensein erweiterter Verhaltensspielräume, die sich für ein vertikal integriertes Unternehmen ergeben, sowie das Fehlen potentiellen Wettbewerbs und ausgleichender Gegenmacht auf der Nachfrageseite.

98. Die Europäische Kommission hat den Entwurf der BNetzA zur Marktdefinition und Marktanalyse am 22. Dezember 2004 ohne ernsthafte Bedenken kommentiert. Gleichwohl macht sie eine Anmerkung zu der Herausnahme von reinen Glasfaserleitungen aus dem relevanten Markt. Dies sei zwar möglich, da diese Leistung bisher der Regulierung unterliege, allerdings habe die Zuordnung zu einem getrennten Markt zur Folge, dass auf der Grundlage des Drei-Kriterien-Tests überprüft werden müsse, ob dieser gesonderte Markt einer Ex-ante-Regulierung bedürfe. Grundsätzlich müsse jede Beibehaltung, Aufhebung oder Änderung einer bestehenden Regulierung auf der Grundlage einer Marktanalyse gemäß Art 16 der Rahmenrichtlinie erfolgen.⁷⁴

99. Am 20. April 2005 ist die Regulierungsverfügung gemäß § 12 TKG in Kraft getreten. Die DTAG/T-Com wird darin verpflichtet, den nachfragenden Wettbewerbern einen vollständig entbündelten und gegebenenfalls auch gebündelten Zugang zur TAL, den gemeinsamen Zugang (Line Sharing) sowie die Kollokation zu gewähren. Bei der Kollokation müssen Kooperationsmöglichkeiten von Wettbewerbern am gleichen Standort zugelassen werden. Die Entgelte für den Zugang zur TAL und für die Kollokation unterliegen der Ex-ante-Entgeltregulierung gemäß § 31 TKG. Die DTAG/T-Com muß darüber hinaus für Zugangsleistungen, für die eine allgemeine Nachfrage besteht, innerhalb eines Monats ein Standardangebot vorlegen. Die Zugangsverpflichtung entfällt für die reine Glasfaserleitung, da diese gemäß Marktdefinition nicht zum relevanten Markt gehört. Damit entfällt auch die Genehmigungspflicht für die diesbezüglichen Zugangsentgelte.

Die BNetzA legt der DTAG/T-Com keine Verpflichtungen zur Transparenz gemäß § 20 TKG und zur getrennten Rechnungsführung nach § 24 TKG auf. Im Rahmen der Transparenzverpflichtung kann dem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Markt-

⁷⁴ Europäische Kommission, SG-Greffe (2004) D/206323, Schreiben an die BNetzA vom 22. Dezember 2004 in der Sache DE/2004/0119.

macht verfügt, auferlegt werden, den zum Zugang berechtigten Unternehmen alle für den Zugang notwendigen Informationen verfügbar zu machen. Beim Zugang zur TAL ist dies nach Auffassung der Regulierungsbehörde entbehrlich, da alle notwendigen Informationen bereits dadurch offen lägen, dass das marktbeherrschende Unternehmen ein Standardangebot veröffentlichen müsse. Soweit das Standardangebot für den entbündelten Zugang zur TAL alle für den Zugang notwendigen Informationen enthält, ist dem zuzustimmen.

100. Problematischer ist der Verzicht auf das Instrument der getrennten Rechnungsführung. Nach § 24 Abs. 1 TKG kann die BNetzA einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit Zugangsleistungen eine getrennte Rechnungsführung vorschreiben. Sie verlangt insbesondere von einem vertikal integrierten Unternehmen in der Regel die transparente Gestaltung der Vorleistungspreise und der internen Verrechnungspreise. Damit sollen unter anderem Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionen verhindert werden. Nach Auffassung der BNetzA kann auf die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung verzichtet werden, weil die Zugangsentgelte der Ex-ante-Regulierung unterliegen und im Rahmen der dabei erforderlichen Nachweise lediglich solche Kosten zugerechnet werden, die durch die betreffende Leistung verursacht werden. Im Übrigen sei die Gefahr einer unzulässigen Quersubventionierung bereits dadurch ausgeschlossen, dass die genehmigungspflichtigen Entgelte für den Zugang zur TAL nur dann genehmigungsfähig seien, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten.

Die Monopolkommission stimmt der BNetzA darin zu, dass die Erwirtschaftung von Überschüssen für eine unzulässige Quersubventionierung durch die präventive Entgeltregulierung ausgeschlossen bleibt, soweit die genehmigten Preise die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Ebenso ausgeschlossen ist die Kostenunterdeckung, da gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG ein Entgelt missbräuchlich ist, wenn es die langfristigen zusätzlichen Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals einer Leistung nicht deckt. Gleichwohl werfen gerade diese Kostenmaßstäbe in der Praxis immer wieder Probleme auf, da insbesondere die Zuordnung der für Netzindustrien wie der Telekommunikation typischen hohen Gemeinkosten Schwierigkeiten bereitet. Die Verpflichtung zu einer getrennten Rechnungsführung würde für den Regulierer eine gewisse Entlastung bringen, da diese Vorgabe das betroffene Unternehmen zu einer sachgerechten und detaillierten Zugordnung der Gemeinkosten zwingt. Die präventive Regulierung der Zugangsentgelte ist nach Auffassung der Monopolkommission kein Substitut für das Instrument der getrennten Rechnungsführung. Die getrennte Rechnungsführung ergänzt und erleichtert vielmehr

die Ex-ante-Entgeltregulierung, da das betroffene Unternehmen im Rahmen der Kostenprüfung nunmehr entsprechend differenziertere Kostenunterlagen vorlegen muss.

2.3.2 Verbindungsleistungen im Festnetz

101. Innerhalb eines Verfahrens untersucht werden die Märkte für den Verbindungsaufbau in öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten, für Transitdienste im öffentlichen Telefonnetz sowie für die Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten.⁷⁵ Der Markt für den Verbindungsaufbau in öffentlichen Telefonnetzen umfasst alle Verbindungsleistungen, welche von dem Netzbetreiber, an dessen Netz der anrufende Teilnehmer angeschlossen ist, einem Anbieter von Telekommunikationsdiensten auf dessen Nachfrage hin auf der niedrigsten erschließbaren Netzzugangsebene übergeben werden (= 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. Sie sind weder Zuführungs- noch Terminierungsleistungen.

102. Sachlich grenzt die BNetzA ab:

- drei Zuführungsmärkte für den Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten einschließlich der Weiterleitung auf lokaler Ebene (i) für Orts-, Fern-, Auslands- und Mobilfunkverbindungen, (ii) über Interconnection-Anschlüsse für Verbindungen zu Diensten sowie (iii) über Primärmultiplexanschlüsse für Verbindungen zu Online-Diensten,
- fünf Märkte für Transitdienste im öffentlichen Telefonnetz sowie
- je einen sachlich relevanten Markt für die Anrufzustellung (Terminierung) in jedes einzelne öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (gegenwärtig sind dies 54 Netze und damit 54 Terminierungsmärkte) einschließlich der lokalen Anrufweiterleitung.

Sowohl die Märkte für Zuführungsleistungen als auch die für Transitdienste sind nationale Märkte. Bei den Terminierungsmärkten entspricht der räumlich relevante Markt der räumlichen Ausdehnung des jeweiligen Netzes.

Nach den Feststellungen der BNetzA erfüllen alle untersuchten Märkte die drei Kriterien des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG für die Regulierungsbedürftigkeit. Auf allen Märkten besteht beträchtliche Marktmacht. Dies gilt auch auf den 53 Märkten für die Anrufzustellung in den Festnetzen der alternativen Teilnehmernetzbetreiber.

⁷⁵ Entspricht den Märkten 8 bis 10 der Märkteempfehlung der Kommission.

103. In dem zunächst der nationalen Konsultation und der Konsolidierung auf europäischer Ebene unterworfenen Entwurf einer Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 9 hatte die BNetzA auf den 53 Märkten für die Anrufzustellung in den Festnetzen alternativer Teilnehmernetzbetreiber die Existenz wirksamen Wettbewerbs festgestellt. Trotz des a priori gegebenen Marktanteils von 100 % und des Fehlens potentiellen Wettbewerbs, werde – so die Argumentation der BNetzA – der Verhaltensspielraum der Teilnehmernetzbetreiber durch die Nachfragemacht der DTAG/T-Com soweit beschränkt, dass wirksamer Wettbewerb bestehe.

Die BNetzA kam zu diesem Ergebnis, indem sie die Wirkungen von Nachfragemacht innerhalb alternativer Szenarien prüfte. In diesen so genannten „Grüne-Wiese-Ansätzen“ (Greenfield-Ansatz) wird unterstellt, dass auf dem untersuchten Markt keine oder lediglich bestimmte Formen von Regulierung stattfinden.⁷⁶ Innerhalb des strengen Greenfield-Ansatzes werden weder die Märkte für Terminierungsleistungen der alternativen Teilnehmernetzbetreiber reguliert, noch gibt es eine Zusammenschaltungsverpflichtung für die DTAG/T-Com. Unter diesen Voraussetzungen würde die DTAG/T-Com auf den Versuch eines alternativen Teilnehmernetzbetreibers, die Terminierungsentgelte zu erhöhen, mit der Drohung reagieren, die Geschäftsbeziehungen abubrechen. Ohne die Zusammenschaltung mit dem Incumbent kann der alternative Teilnehmernetzbetreiber nicht existieren. Mit der Drohung des Abbruchs der Geschäftsbeziehungen könne die DTAG/T-Com die Angebotsmacht des alternativen Teilnehmernetzbetreibers bei der Terminierung wirksam disziplinieren.

104. In dem modifizierten Greenfield-Ansatz wurden die Annahmen insoweit eingeschränkt, als zwar eine Zugangsregulierung stattfindet, diese aber dahingehend begrenzt ist, dass die alternativen Teilnehmernetzbetreiber gegenüber der DTAG/T-Com keine unangemessenen Terminierungsentgelte und -konditionen durchsetzen können. Dieses Szenario ist nach Auffassung der BNetzA realistisch, da im Fall der fehlenden Einigung von Netzbetreibern über die Bedingungen der Zusammenschaltung die Streitbeilegung durch den Regulierer erfolge. In einem solchen Verfahren hat die Behörde nach eigenen Angaben eine umfassende Anordnungscompetenz, die sich auf alle zwischen den Parteien streitigen Punkte bezieht. So werde dem alternativen Teilnehmernetzbetreiber, der eine von ihm beantragte Anordnung zur Zusammenschaltung erhalte, seitens der Behörde keine freie Hand bei der Bestimmung der Tarife gelassen. Vor diesem Hintergrund habe die DTAG/T-Com trotz ihrer Zusammenschaltungsverpflichtungen die Möglichkeit, die Marktmacht eines alternativen Netzbetreibers bei der Preissetzung für Terminierungsleistungen so weit zu beschränken, dass die-

⁷⁶ Zweck eines Greenfield-Ansatz ist es, Zirkelschlüsse in der Marktanalyse zu vermeiden. Ein solcher Zirkelschluss kann darin bestehen, dass ein Markt lediglich aufgrund existierender Regulierung als wettbewerblich strukturiert einzustufen ist und die Aufhebung der Regulierung dazu führen würde, dass auf dem Markt wiederum beträchtliche Marktmacht entsteht. In diesem Sinne soll der Greenfield-Ansatz sicherstellen, dass ein Fehlen beträchtlicher Marktmacht nur dann festgestellt wird, wenn der Wettbewerb in einem Markt strukturell gesichert ist.

ser sich nicht in einem beträchtlichem Umfang unabhängig von seinen Wettbewerbern und Kunden verhalten könne.

Bei der Untersuchung der Marktmacht der alternativen Netzbetreiber verzichtete die BNetzA auf eine Analyse des Verhältnisses zwischen den einzelnen alternativen Teilnehmernetzbetreibern untereinander und zwischen alternativen Netzbetreibern und Mobilfunknetzbetreibern. Nach Auffassung der BNetzA spielen alternative Netzbetreiber und Mobilfunknetzbetreiber auf der Nachfrageseite für die Anrufzustellung in alternative Teilnehmernetze lediglich eine untergeordnete Rolle, da ein Großteil der Gespräche aus diesen Netzen nur indirekt und unter Inanspruchnahme von Transit- und Terminierungsleistungen der DTAG/T-Com in den Netzen alternativer Teilnehmernetzbetreiber terminiert werde.

105. Die Europäische Kommission beurteilte die Wettbewerbssituation anders als die BNetzA und hat den Entwurf für die Marktdefinition und die Marktanalyse in einem „Serious Doubts Letter“ vom 11. März 2005 mit ernsthaften Bedenken kommentiert und die BNetzA am 17. Mai 2005 mit einer Veto-Entscheidung aufgefordert, den Maßnahmenentwurf in Bezug auf die Anrufzustellung in den 53 Netzen alternativer Teilnehmernetzbetreiber zurückzuziehen.⁷⁷ Dieser sei mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar, da die von der BNetzA erbrachten Nachweise nicht ausreichen, die Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht bei den einzelnen alternativen Netzbetreibern zu belegen.

Die Europäische Kommission gab als Grund für ihr Veto an, dass ein Marktanteil von 100 % der Netzbetreiber im Markt für die Terminierung in einzelnen Telefonnetzen an festen Standorten eine starke Vermutung für das Bestehen beträchtlicher Marktmacht begründe, deren Widerlegung nur unter außergewöhnlichen Umständen möglich sei. Die BNetzA habe diese Nachweise nicht erbracht, da es (i) keine Rechtfertigung für den betrachteten strengen Greenfield-Ansatz und (ii) auch keine überzeugende Evidenz für das Fehlen beträchtlicher Marktmacht im Rahmen des modifizierten Greenfield-Ansatzes gebe. Im Übrigen habe die BNetzA in ihrer Marktanalyse die Beziehungen der alternativen Netzbetreiber untereinander und gegenüber Mobilfunknetzbetreibern nicht untersucht. Gerade diese Analyse zeige aber die Preissetzungsspielräume und die Fähigkeit zur Preisdiskriminierung der alternativen Netzbetreiber und liefere damit weitere Hinweise über deren Marktmacht.

⁷⁷ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 17. Mai 2005 gemäß Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie 2002/21/EG („Rücknahme des notifizierten Maßnahmen-Entwurfs“), Sache DE/2005/144: Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten, K(2005) 1442 endg.

106. Die Kommission betont, dass es im vorliegenden Fall keine Veranlassung gebe, von einem strengen Greenfield-Ansatz auszugehen, wonach die DTAG/T-Com keiner Zusammenschaltungsverpflichtung unterliege. Vielmehr sei es angemessen, regulatorische Verpflichtungen zu berücksichtigen, die in einem Markt unabhängig von der Feststellung beträchtlicher Marktmacht existieren. Zu diesen unabhängig von der Existenz beträchtlicher Marktmacht bestehenden Regulierungen gehörten die Verpflichtung für Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, über Zusammenschaltungsvereinbarungen zu verhandeln, und die Möglichkeit, Betreiber, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, zur Zusammenschaltung zu verpflichten. Daher könne die Verpflichtung der DTAG/T-Com zur Zusammenschaltung mit alternativen Netzbetreibern im Rahmen der Marktanalyse nicht unberücksichtigt bleiben. Hinzu komme, dass die DTAG/T-Com keinen ökonomischen Anreiz habe, eine bestehende Zusammenschaltung mit einem alternativen Netzbetreiber aufzulösen. Die Fähigkeit, Verbindungen zu allen Endkundenanschlüssen zu ermöglichen, sei ein wichtiges Verkaufsinstrument für die DTAG/T-Com und damit kaum verzichtbar. Fragt die DTAG/T-Com bei alternativen Teilnehmernetzbetreibern keine Terminierungsleistungen mehr nach, sind deren Endkunden aus dem Netz der DTAG/T-Com nicht mehr zu erreichen. Damit erhöhe sich der Anreiz für die eigenen Endkunden, zu Betreibern zu wechseln, die Verbindungen in die entsprechenden Teilnehmernetze anbieten können.

Im Rahmen des modifizierten Greenfield-Ansatzes, der davon ausgeht, dass die DTAG/T-Com zwar zur Zusammenschaltung verpflichtet ist, nicht jedoch dazu, unangemessene Zusammenschaltungsbedingungen zu akzeptieren, geht die Europäische Kommission davon aus, dass die beträchtliche Marktmacht der alternativen Netzbetreiber durch Regulierung und nicht durch die Nachfragemacht der DTAG/T-Com geschwächt werde. Die BNetzA liefere keine konkreten Nachweise dafür, dass die DTAG/T-Com ausgleichende Nachfragemacht in wirksamer Weise ausgeübt habe. Vielmehr habe die BNetzA im Rahmen der Verfahren zu den nicht reziproken Zusammenschaltungsentgelten den alternativen Netzbetreibern um 25 % höhere Terminierungsentgelte zugestanden. Nach Auffassung der Kommission hält diese regulatorisch festgesetzte Preisobergrenze und nicht die Nachfragemacht der DTAG/T-Com die alternativen Netzbetreiber davon ab, ihre Terminierungsentgelte weiterhin einseitig zu erhöhen. Die Kommission geht weiterhin davon aus, dass die ausgleichende Nachfragemacht eines großen Betreibers wie der DTAG/T-Com bereits dann entfällt, wenn dessen Terminierungsentgelte im separaten Markt für die Anrufzustellung im eigenen Netz reguliert werden. Damit werde der DTAG/T-Com die Möglichkeit genommen, im Zuge von Verhandlungen über die Entgelte für die Terminierung in die Netze alternativer Netzbetreiber eine Erhöhung der eigenen Terminierungsentgelte als Verhandlungsmittel einzusetzen.

107. Am 29. August 2005 hat die BNetzA der Europäischen Kommission eine geänderte Analyse des Marktes Nr. 9 der Märkteempfehlung vorgelegt, in der sie im Sinne des Vetos der Kommission zu dem Schluss kommt, dass die jeweiligen alternativen Netzbetreiber in den 53 Märkten für die Anrufzustellung im Festnetz über beträchtliche Marktmacht verfügen. Die zunächst vertretene These von der gegenwärtigen Marktmacht der DTAG/T-Com wird nicht weiter aufrechterhalten.

Die BNetzA löst den entstandenen Konflikt mit der Europäischen Kommission in diesem Fall, indem sie deren Auffassung über das Bestehen beträchtlicher Marktmacht auf den Terminierungsmärkten im Festnetz übernimmt. Die Alternative wäre gewesen, dass die Regulierungsbehörde gemäß § 12 Nr. 3 TKG den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit informiert, der dann prüft, ob eine Klage vor dem EuGH eingeleitet werden soll. Die Monopolkommission befürwortet das Vorgehen der BNetzA und rät auch für zukünftige Fälle von Meinungsverschiedenheiten mit der Europäischen Kommission im Rahmen der Marktdefinition und Marktanalyse davon ab, den Weg der Klageerhebung zu gehen. Die Erfolgsaussichten solcher Klagen sind ungewiss und es würde relativ lange dauern, bis auf diese Weise Rechtssicherheit hergestellt ist. Ist die BNetzA davon überzeugt, aufgrund des Vetos der Kommission einen Markt regulieren zu müssen, auf dem eigentlich wirksamer Wettbewerb herrscht, sollte der Konflikt über das Wie der Regulierung gelöst werden.⁷⁸

108. In der Sache stimmt die Monopolkommission der Europäischen Kommission insoweit zu, als es keine Rechtfertigung dafür gibt, in der Marktanalyse von einem strengen Greenfield-Ansatz auszugehen. Die EU-Kommission argumentiert hier richtigerweise, dass aus methodischer Sicht Regulierung, die unabhängig von der Feststellung beträchtlicher Marktmacht in einem Markt besteht, dann zu berücksichtigen ist, wenn davon auszugehen ist, dass diese Regulierung während des Zeitraumes der vorausschauenden Beurteilung fortbesteht.⁷⁹ Die Kommission nennt in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Möglichkeit, Betreiber, die den Zugang zu Endkunden kontrollieren, unabhängig von dem Bestehen beträchtlicher Marktmacht zur Zusammenschaltung zu verpflichten.⁸⁰ Die DTAG/T-Com könnte, falls sie nicht zur Zusammenschaltung bereit wäre oder eine bestehende Zusammenschaltung auflösen wollte, bei einer entsprechenden Nachfrage eines konkurrierenden Netzbetreibers zur Zusammenschaltung verpflichtet werden.

Dasselbe gilt nach dem TKG allerdings auch für die alternativen Teilnehmernetzbetreiber und muss daher auch im Rahmen des modifizierten Greenfield-Ansatzes berücksichtigt werden. Gemäß § 18 Abs. 1 TKG kann die Regulierungsbehörde Betreiber, die den Zugang zu Endkunden kontrollieren und nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, in begründeten Fällen zur Zusammenschaltung

⁷⁸ Vgl. bereits Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 31.

⁷⁹ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 17. Mai 2005 ..., a.a.O., Rn. 22.

⁸⁰ Vgl. ebenda, Rn. 26.

verpflichten. Ebenfalls unabhängig von der Existenz beträchtlicher Marktmacht legt die BNetzA gemäß § 25 Abs. 6 TKG die Bedingungen und die Entgelte einer Zugangsvereinbarung fest, soweit eine solche Vereinbarung nicht durch Verhandlungen zwischen den Netzbetreibern zustande kommt, sie von einem der beteiligten Unternehmen angerufen wird und die Voraussetzungen für eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung vorliegen. Werden nun Regulierungen, die unabhängig von der Existenz beträchtlicher Marktmacht in einem Markt bestehen und deren Fortbestand im Prognosezeitraum nicht in Frage stehen, bei der Feststellung beträchtlicher Marktmacht berücksichtigt, können sich alternative Teilnehmernetzbetreiber bei der Festlegung der Bedingungen und Entgelte der Terminierung auch nach Auffassung der Monopolkommission eben *nicht* unabhängig von der DTAG/T-Com als Käufer der Terminierungsleistung verhalten. Für den Fall, dass ein alternativer Teilnehmernetzbetreiber überhöhte Terminierungsentgelte verlangt oder die Terminierung verweigert, ruft die DTAG/T-Com den Regulierer an, der dann die Bedingungen und die Entgelte der Zusammenschaltung festlegt. Unter diesen Voraussetzungen besitzen die 53 alternativen Teilnehmernetzbetreiber zwar Marktmacht auf dem Terminierungsmarkt. Sie können diese wegen der unabhängig von der Feststellung beträchtlicher Marktmacht bestehenden Regulierung allerdings nicht ausnutzen.

109. Für die Märkte 8 und 10 sowie den nicht umstrittenen Teil des Marktes 9 der Märkteempfehlung liegen seit dem 15. August 2005 Entwürfe für *Regulierungsverfügungen* vor. Danach soll die DTAG/T-Com dazu verpflichtet werden, auf den Märkten für

- den Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten,
- die Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz der Betroffenen an festen Standorten sowie
- Transitdienste im öffentlichen Telefonnetz

die Zusammenschaltung mit ihrem Netz zu ermöglichen und über die Zusammenschaltung Verbindungsleistungen zu erbringen, zum Zwecke des Zugangs Kollokation zu gewährleisten und Kooperationsmöglichkeiten bei der Kollokationsgewährung zuzulassen. Darüber hinaus soll die DTAG/T-Com gemäß § 19 TKG zur Gleichbehandlung verpflichtet werden. Die Zugangsentgelte sollen der präventiven Entgeltregulierung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen. Darüber hinaus muss die DTAG/T-Com innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung ein Standardangebot für Zugangsleistungen veröffentlichen.

110. Kritisch sieht die DTAG/T-Com vor allem die Verpflichtung, Kooperationen zwischen den Wettbewerbern im Rahmen der Kollokationsgewährung gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG zuzulassen. Gemeint ist damit die Möglichkeit für Netzbetreiber, ihre an einem Zusammenschaltungsstandort angemieteten Kollokationsflächen verbinden zu können. Dabei gewährt ein Netzbetreiber einem

oder mehreren anderen Netzbetreibern den Zugang zu seinen selbst bereitgestellten oder angemieteten Übertragungswegen, statt jeweils eigene Leitungen auf der Kollokationsfläche zu realisieren. Nach Auffassung der BNetzA werden durch die gemeinsame Nutzung eines oder weniger Übertragungswege auf der Kollokationsfläche bei den Wettbewerbern der DTAG/T-Com Synergieeffekte erreicht und Kosten gesenkt. Davon profitiere der Wettbewerb auf den Märkten für Verbindungsleistungen insgesamt, ohne dass der verpflichtete marktbeherrschende Betreiber dadurch übermäßig belastet werde. Die DTAG/T-Com wiederum sieht § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG durch das europäische Telekommunikationsrecht nicht gedeckt, was für eine zumindest restriktive Anwendung dieser Verpflichtung spreche. Auch wenn die gemeinsame Nutzung von Übertragungswegen für den Zugangsverkehr möglicherweise noch am Rande dessen liege, was unter Kollokationsgewährung zu verstehen sei, gehe die Möglichkeit, dass sich die Wettbewerber ihrerseits in den Räumen der DTAG/T-Com untereinander zusammenschließen, weit darüber hinaus. Hier würde Eigentum der DTAG/T-Com für eine Nutzung in Anspruch genommen, die nicht dem Zugang diene und für die es keine Rechtfertigung gebe. Die Monopolkommission stimmt mit der BNetzA darin überein, dass die Verpflichtung zur Kooperationsgewährung gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der Abwägungskriterien des § 21 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 TKG angemessen ist, die gemäß § 21 TKG verfolgten Zwecke zu erreichen. Die Kooperationsgewährung ist keine Leistung, die für die Inanspruchnahme einer Zugangsverpflichtung erforderlich ist. Vielmehr setzt die Verpflichtung zur Kooperation lediglich das Bestehen einer Zugangsverpflichtung voraus, die auch anderen Zwecken als dem eigentlichen Zugang dienen kann. Der Gesetzgeber hat in der Begründung zu dem mit § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG identischen § 19 Abs. 2 Nr. 6 TKG-Entwurf ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Wettbewerber, die die Kosten der Kollokation zu tragen haben, bei der Nutzung volle Handlungsfreiheit haben müssen.⁸¹ Diese Handlungsfreiheit findet dort ihre Grenze, wo sie zur Belastung für den verpflichteten marktbeherrschenden Netzbetreiber wird. Bei der Verpflichtung zur Kooperationsgewährung ist das nach den Feststellungen der Regulierungsbehörde nicht der Fall. Die BNetzA stellt fest, dass es der DTAG/T-Com bei der Verweigerung der Kooperationsmöglichkeiten vorrangig darum gehe, den Mehrwert, den die Kollokation durch die Kooperationsmöglichkeit erfahre, zu verhindern. Im Hinblick auf die Wettbewerbsentwicklung der Märkte würde das keinen Sinn ergeben.

111. Ein weiterer Entwurf einer Regulierungsverfügung zu den Märkten 8 und 10 der Empfehlung betrifft den Verbindungsaufbau sowie die Transitdienste im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten über Primärmultiplexanschlüsse für Verbindungen zu Online-Diensten. Dieser Entwurf

81 BT-Drs. 15/2316 vom 9. Januar 2004, S. 65.

befindet sich zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Gutachtens in der Phase der nationalen Konsultation. Danach soll die DTAG/T-Com auf den in Rede stehenden Märkten

- zur Gleichbehandlung gemäß § 19 TKG,
- zur Transparenz hinsichtlich technischer Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie der zu zahlenden Entgelte gemäß § 20 TKG und
- zur getrennten Rechnungsführung im Hinblick auf spezielle Leistungen

verpflichtet werden. Die Entgelte für Zugangsleistungen auf den genannten Märkten sollen der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 38 TKG unterliegen.

Offen ist, welche Verpflichtungen die BNetzA den alternativen Teilnehmernetzbetreibern im Hinblick auf die Terminierung auferlegt.

2.3.3 Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen

112. Anrufe an eine Mobiltelefonnummer, die ihren Ursprung im Festnetz oder in einem anderen Mobilfunknetz haben, werden vom Betreiber des Mobiltelefonnetzes des Angerufenen zugestellt bzw. terminiert. Nachfrager nach Terminierungsleistungen ist der Netzbetreiber, aus dessen Netz der Anruf stammt. Die Nachfrage nach dem Vorleistungsprodukt Terminierung in ein Mobilfunknetz entsteht unmittelbar aus der Nachfrage eines Anrufers auf dem Endkundenmarkt. Die Terminierung eines Anrufs in einem bestimmten Mobilfunknetz kann ausschließlich durch den Betreiber dieses Netzes erfolgen.

Bei der sachlichen Marktabgrenzung folgt die BNetzA der Europäischen Kommission und grenzt je Mobilfunknetzbetreiber einen sachlich relevanten Markt für die Terminierung von Gesprächen in das jeweilige Mobilfunknetz ab. Nicht zum relevanten Markt gehört die Terminierung von Datendiensten, wie den SMS-Diensten. Wegen des Fehlens geeigneter Abgrenzungsmerkmale unterscheidet die BNetzA nicht, ob die Terminierung in einem Mobilfunknetz der zweiten Generation (GSM-Netz) oder der dritten Generation (UMTS-Netz) erfolgt. Schließlich gibt es innerhalb eines Mobilfunknetzes keine Notwendigkeit, den relevanten Markt nach Nachfragergruppen, etwa Festnetz- oder Mobilfunknetzbetreiber, zu unterscheiden.

Im Ergebnis gibt es damit vier sachlich relevante Märkte für die Anrufzustellung in Mobilfunknetze und zwar die Netze von T-Mobile, Vodafone, O2 und E-Plus. Da alle Netze bundesweit lizenziert sind und zu einem bundesweiten Netzaufbau verpflichtet sind, erstreckt sich der räumlich relevante Markt jeweils auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.

113. Für diese Märkte sind die Kriterien des § 10 Abs. 2 TKG erfüllt. Da es derzeit keine technischen Möglichkeiten gibt, dass jemand anderes als der jeweilige Netzbetreiber die Terminierungs-

leistung erbringt, liegen erhebliche und anhaltende Marktzutrittsschranken vor. Die längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb würde zumindest voraussetzen, dass der Marktzutritt von Wettbewerbern technisch möglich wäre. Derzeit und auf absehbare Zeit ist das nicht der Fall. Letztlich würde nach den Feststellungen der BNetzA das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreichen, um dem festgestellten Marktversagen entgegenzuwirken.

114. In ihrer Marktanalyse gemäß § 11 TKG kommt die BNetzA zu dem Ergebnis, dass in keinem der identifizierten Märkte wirksamer Wettbewerb existiert. Dafür spricht, dass jeder Netzbetreiber über einen Marktanteil von 100 % verfügt, der Marktzutritt von Wettbewerbern technisch nicht möglich ist und alle vier Mobilfunknetzbetreiber jeweils zu einem international agierenden Konzernunternehmen mit erheblichen finanziellen Ressourcen und einem bevorzugten Zugang zu den Kapitalmärkten gehören. Anders als auf den Märkten für die Anrufzustellung in einzelnen alternativen Netzen an festen Standorten werde die beträchtliche Marktmacht der Mobilfunknetzbetreiber auch nicht durch entgegengerichtete Nachfragemacht anderer Netzbetreiber begrenzt. Zwar hat nach Auffassung der BNetzA die DTAG/T-Com als Betreiber des größten Festnetzes die Möglichkeit, gegenüber den Mobilfunknetzanbietern auf dem Markt für die Terminierung von Gesprächen spürbare Marktgegenmacht auszuüben. Gleichwohl seien die Anreize dazu gering. Das ergebe sich bereits daraus, dass die Absenkung der Terminierungsentgelte auch zu Lasten des konzernmäßig verbundenen Mobilfunknetzbetreibers T-Mobile gehen würde. Darüber hinaus wäre nicht auszuschließen, dass niedrigere Terminierungsentgelte ohnehin an die Festnetzendkunden der DTAG/T-Com weitergegeben werden müssten. Allen anderen Festnetz- und Mobilfunknetzbetreibern fehlt es bereits aufgrund ihrer relativen Größe an der Möglichkeit zur Ausübung gegengewichtiger Marktmacht.

115. Soweit die Europäische Kommission – wie zu erwarten ist – keine Einwände gegen die Marktdefinition und die Feststellung beträchtlicher Marktmacht hat, ist das Angebot von Terminierungsleistungen in den einzelnen Mobilfunknetzen erstmals zu regulieren. Auf welches Instrumentarium die BNetzA dabei zurückgreift, ist offen. Nahe liegend ist allerdings, dass die BNetzA Zugangsverpflichtungen gemäß § 21 TKG auferlegt. Wenn dem so ist, stellt sich auch die Frage nach der Regulierung der Terminierungsentgelte. Diese unterliegen gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 1 TKG der präventiven Entgeltregulierung, wenn der Betreiber zugleich auch auf dem zugehörigen Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die Monopolkommission hat bereits in ihrer Stellungnahme zu dem Entwurf des Telekommunikationsgesetzes betont, dass sie das Prinzip der doppelten Marktherrschaft des § 30 Abs. 1 Nr. 1 TKG für sachlich unangemessen und europarechtlich problematisch

tisch hält.⁸² Inzwischen ist die Vorschrift auch Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland.

Liegt auf dem Endkundenmarkt keine beträchtliche Marktmacht vor, greift die nachträgliche Entgeltregulierung des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG. Zwar gilt der Endkundenmarkt für Mobiltelefonie in Deutschland als wettbewerblich strukturiert. Gleichwohl beruht diese Einschätzung auf Marktuntersuchungen, die einige Jahre zurückliegen und kaum noch hinreichend aktuell sein dürften. Es spricht vieles dafür, dass die BNetzA den Endkundenmarkt für Mobiltelefonie – zusätzlich zu den 18 Märkten der Empfehlung der Europäischen Kommission – einer Marktanalyse gemäß §§ 10 und 11 TKG unterziehen muss, um die Frage nach der Notwendigkeit einer Ex-ante-Entgeltregulierung auf dem Vorleistungsmarkt für die Terminierung in einzelnen Mobilfunknetzen hinreichend sicher beantworten zu können.

2.3.4 Breitbandzugang für Großkunden

116. Als Bitstrom-Zugang bezeichnet die BNetzA ein Vorleistungsprodukt im Festnetzbereich auf der Basis der Kupferdoppelader oder auf der Basis alternativer Anschlusstechnologien (Wireless Local Loop, WiMax, Powerline, Satellitenübertragung), mit dem ein Service-Provider ohne eigenes Netz oder ein Netzbetreiber eine mit individuellen Qualitätsparametern versehene Breitband- oder auch Hochgeschwindigkeitsverbindung bis zu den Räumlichkeiten des Endkunden herstellen kann. Mit Hilfe des Vorproduktes Bitstrom-Zugang wird auf der Endkundenebene ein so genannter Breitbanddatenzugang (schneller Internetzugang auf der Basis der so genannten DSL-Technologie) angeboten. Dabei muss der Bitstrom-Zugang zwei Eigenschaften erfüllen:

- Er muss dem Wettbewerber die direkte Kontrolle über die Endkundenbeziehung ermöglichen und das Angebot von Anschluss und Breitbanddiensten aus einer Hand erlauben;
- der Nachfrager muss auf der Basis des Bitstrom-Zugangs im Endkundenbereich eigene, mit individuellen Qualitätsparametern ausgestattete Dienste anbieten können.

117. Die sachlich relevanten Märkte lassen sich nach den Feststellungen der BNetzA nach der Übertragungstechnologie des Verbindungsnetzes unterscheiden, in welchem der Übergabepunkt liegt.

- Bei dem Markt für ATM-Bitstrom-Zugang liegt der Übergabepunkt auf der ATM-Ebene. Das ATM-Backbone ist der vermittelnde Teil eines Verbindungsnetzes, dessen Übertragungstechnologie auf dem Asynchronous Transfer Mode basiert, welcher Reservierungen von Kapazitäten mit festen Zuordnungen und die Einhaltung bestimmter Qualitätsparameter ermöglicht.

⁸² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 69.

- Bei dem Markt für IP-Bitstrom-Zugang erfolgt die Übergabe auf der IP-Ebene. Das IP-Backbone ist der vermittelnde Teil eines Verbindungsnetzes, in dem die Signalübertragung auf der Basis von Protokollen aus der Familie der Internet-Protokolle erfolgt.

Den beiden Bitstrom-Zugangsmärkten entsprechen auf der Endkundenebene sämtliche DSL-Anschlüsse im Massenmarkt und im Premiumbereich (ADSL ohne besondere Qualitätsgarantie, Kabelanschlüsse, drahtlose Anschlüsse, Satellitenanschlüsse, Powerline-Anschlüsse, Anschlüsse mit besonderen Qualitätsgarantien, Internetfestverbindungen mit 2 Mbit/s Bandbreite).

118. Nicht zum relevanten Markt gehören nach Auffassung der BNetzA

- Vorleistungs-Zugangsprodukte, die vollständig, d.h. auch in ihrem Anschlussteil auf Glasfasertechnik basieren,
- Vorleistungs-Zugangsprodukte, die auf dem schmalbandigen Teil der TAL aufsetzen,
- breitbandige Vorleistungsprodukte, die sich auf reine Zuführungsleistungen beschränken sowie
- Zugangsprodukte, die im Wege des Resale vertreiben werden und die sich technisch nicht von dem Zugangsprodukt unterscheiden, welches der etablierte Anbieter seinen eigenen Endkunden verkauft.

Räumlich handelt es sich um nationale Märkte.

119. Nach den Feststellungen der BNetzA sind sowohl die Merkmale des § 10 Abs. 2 TKG erfüllt, nach denen die betrachteten Märkte grundsätzlich für die sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen, als auch die Kriterien des § 11 TKG, die für das Bestehen beträchtlicher Marktmacht sprechen. Als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert die BNetzA jeweils die DTAG/T-Com. Der Entwurf einer Regulierungsverfügung liegt bisher nicht vor.

120. Die referierte sachliche Marktabgrenzung der BNetzA, die der nationalen Konsultation zugrunde lag, wurde in dem Entwurf der Analyse des Marktes Nr. 12 für die Notifizierung mit der Europäischen Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden vom 29. September 2005 insoweit weiter verengt, als zusätzlich die Vorleistungen für so genannte VDSL-Anschlüsse (Very High Data Digital Subscriber Line) aus dem relevanten Markt ausgeschlossen werden. Den Hintergrund für diese Änderung bildet die Ankündigung der DTAG, in den 50 größten deutschen Städten ein neues glasfaserbasiertes Hochgeschwindigkeitsnetz zur Einführung der VDSL-Technik zu errichten.⁸³

Die Regulierungsbehörde begründet den Ausschluss der Vorleistungen für VDSL-Anschlüsse aus dem relevanten Markt für den Breitbandzugang von Großkunden damit, dass eine entsprechende In-

83 Vgl. Tz. 187.

frastruktur noch nicht existiere und es daher auch auf der Endkundenebene noch keine VDSL-Anschlüsse gebe. Da sich die Nachfrage nach Vorleistungsprodukten für den Bitstrom-Zugang aus der Nachfrage auf den korrespondierenden Endkundenmärkten ableite, müsse eine Prognose, ob die Vorleistungen für VDSL-Anschlüsse dem relevanten Markt zuzurechnen sind, auf einer Prognose über die entsprechenden Endkundenmärkte basieren. Eine solche „doppelte“ Prognose sei mit hohen Unsicherheiten behaftet, denen dadurch Rechnung getragen werden müsse, dass die Vorleistungen für VDSL-Anschlüsse bei der Marktabgrenzung zunächst unberücksichtigt bleiben.

121. Die Europäische Kommission hat gegen diesen Ausschluss am 11. November 2005 ernsthafte Bedenken angemeldet und die Eröffnung einer Phase-II-Prüfung gemäß Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie angekündigt.⁸⁴ Nach Auffassung der Kommission kündigt die DTAG den Ausbau ihrer Glasfaserinfrastruktur mit dem Ziel an, in unmittelbarer Zukunft Breitbandendkundenprodukte, die auf VDSL, aufsetzen zu vermarkten. Dies sei im Rahmen des vorausschauend zu überprüfenden Zeitraums der Marktanalyse zu berücksichtigen. Die entsprechenden Vorprodukte seien dem relevanten Markt für den Breitbandzugang zuzurechnen, da aus heutiger Sicht nicht zu erwarten sei, dass die auf VDSL aufsetzenden Endkundenprodukte wesentlich von denen abweichen, die über die ADSL-Technologie angeboten werden. Die Phase-II-Prüfung gemäß Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie dauert längstens zwei Monate. Ob diese Prüfung in ein förmliches Veto der Kommission gegen den Entwurf der Marktanalyse mündet, steht zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Gutachtens noch nicht fest.

2.3.5 Zugang zum öffentlichen Telefonnetz und Verbindungsaufbau an festen Standorten

122. Die BNetzA untersucht in einem Verfahren die Endkundenmärkte 1 bis 6 der Märkteempfehlung der EU-Kommission. Das Verfahren der nationalen Konsultation wurde am 24. November 2004 eröffnet. Die Veröffentlichung der Zusammenfassung der Stellungnahmen erfolgte am 2. März 2005.⁸⁵ Die Notifizierung der Marktdefinition und Marktanalyse bei der EU-Kommission stand Ende Oktober 2005 noch aus.

Die Märkte 1 und 2 betreffen den Zugang von Privat- und anderen Kunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten. Die BNetzA fasst diese Märkte zu einem Zugangsmarkt zusammen, der die drei Anschlussarten Analog-, ISDN-Basis- sowie ISDN-Primärmultiplexanschluss für Privat- und Geschäftskunden umfasst.⁸⁶ Die fehlende Differenzierung sachlich relevanter Zugangs-

⁸⁴ Vgl. Europäische Kommission, SG-Greffe (2005) D/206128, Schreiben an die BNetzA vom 11. November 2005 in der Sache DE/2005/0262.

⁸⁵ BNetzA, ABl. Nr. 4 vom 2. März 2005, S. 163.

⁸⁶ Ein Analoganschluss ist der klassische Telefonanschluss, der über einen Sprechkanal verfügt. Ein ISDN-Basisanschluss verfügt über zwei getrennt voneinander nutzbare Sprechkanäle. Der ISDN-Primärmultiplexanschluss verfügt über 30 getrennt voneinander nutzbare Sprechkanäle und ist für größere Telekommunikationsanlagen konzipiert, wie sie in aller Regel nur von Unternehmen genutzt werden.

märkte nach Anschlussart entspricht der Marktabgrenzung der EU-Kommission. Die Zusammenfassung der Märkte für Privat- und Geschäftskunden zu einem Markt begründet die BNetzA mit dem Fehlen klarer Abgrenzungskriterien. Die von den Anbietern selbst verwendeten Kriterien seien nicht einheitlich und die in Ländern wie Großbritannien oder Finnland vorgenommene Abgrenzung entspreche nicht den Marktgegebenheiten in der Bundesrepublik Deutschland.

123. Beim Verbindungsaufbau fasst die BNetzA die von der EU-Kommission getrennt aufgeführten Märkte für Orts- und/oder Inlandsverbindungen für Privat- und andere Kunden (Märkte 3 und 5 der Empfehlung) zu einem Markt für Inlandsverbindungen zusammen. Vorstellbar wäre nach Auffassung der Behörde auch eine weitere Ausdifferenzierung des Verbindungsmarktes, etwa nach Orts-, Nah- und Fernverbindungen oder nach Ortsverbindungen einerseits sowie Nah- und Fernverbindungen andererseits. Da in Deutschland allerdings eine hohe Angebotsumstellungsflexibilität bestehe, könnten alle drei Verbindungsarten zu einem Markt zusammengefasst werden. Ebenfalls zu einem Markt fasst die BNetzA die beiden von der EU-Kommission abgegrenzten Märkte für Auslandsverbindungen für Privat- und andere Kunden zusammen (Märkte 4 und 6 der Märkteempfehlung). Die frühere Praxis der Abgrenzung sachlich relevanter Märkte für Auslandsverbindungen in einzelne Zielländer hatte die BNetzA bereits im Frühjahr 2003 wieder aufgegeben.⁸⁷ Die tatsächlichen Marktbedingungen lassen es auch im Fall der Verbindungsmärkte – so die BNetzA – nicht zu, die Märkte nach den Kundengruppen Privat- und andere Kunden/Geschäftskunden zu differenzieren.

124. Nicht zu den identifizierten sachlich relevanten Märkten für den Verbindungsaufbau gehören die so genannten sprachorientierten Systemlösungen. Gemeint sind damit spezielle Dienste, die auf einen Kunden, wie zum Beispiel ein Großunternehmen oder eine größere Gruppe von Nutzern (geschlossene Benutzergruppen, Corporate Networks), speziell zugeschnitten sind, aus einem Bündel von Leistungen bestehen, häufig speziell ausgeschrieben werden und preislich günstiger sind als die Summe der entsprechenden Einzelleistungen.⁸⁸ Die BNetzA bezieht sich bei der Ausgrenzung dieser Leistung auf die EU-Kommission, die in ihren Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht darauf hinweist, dass bei multinationalen Großabnehmern im Vergleich zu anderen Nutzern erhebliche Unterschiede in der Nachfrage und im Angebot bestehen können.⁸⁹ Die Frage, ob der Markt für sprachorientierte Systemlösungen grundsätzlich für eine sektorspezifische

⁸⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 126.

⁸⁸ Mit der Frage nach der Abgrenzung so genannter geschlossener Benutzergruppen hat sich die BNetzA bereits im Rahmen eines früheren Verfahrens zur Entgeltregulierung befasst. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 105.

⁸⁹ Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. C 165 vom 11. Juli 2002, S. 6, hier: Ziff. 65, Ziff. 58.

Regulierung in Betracht kommt und ob dort gegebenenfalls Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu identifizieren sind, will die BNetzA im Rahmen einer eigenen Marktuntersuchung klären.

In dem Entwurf der Marktanalyse vom November 2004 unberücksichtigt bleibt die Frage, ob Voice over Internet Protocol (VoIP) Teil der relevanten Märkte für den Verbindungsaufbau an festen Standorten ist. Die BNetzA sieht VoIP nicht als Gegenstand der relevanten Märkte, da im Untersuchungszeitraum 2001 bis 2003 keine nennenswerten Angebote auf dem Markt gewesen seien.

125. Alle drei Märkte sind aus räumlicher Sicht nationale Märkte, da weder bei den Anschlüssen noch bei den Inlands- oder Auslandsverbindungen Angebotsstrategien feststellbar seien, die sich regional unterscheiden.

126. Bei der Untersuchung der Regulierungsbedürftigkeit gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG stellt die BNetzA sowohl für den Anschlussmarkt als auch für die Märkte für Inlands- und Auslandsverbindungen fest, dass beträchtliche, anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsbarrieren beständen, dass keiner der Märkte im Untersuchungszeitraum bis zum ersten Halbjahr 2003 durch wirksamen Wettbewerb gekennzeichnet und dies auch für die absehbare Zukunft nicht zu erwarten sei und dass das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreiche, dem festgestellten Marktversagen zu begegnen. Die Marktanalyse gemäß § 11 Abs. 1 TKG führt zu dem Ergebnis, dass die DTAG/T-Com auf allen drei untersuchten Märkten über beträchtliche Marktmacht verfügt. Dafür sprechen – so die Feststellungen der BNetzA – neben den Marktanteilen das Bestehen von Marktzutrittschranken, die im Vergleich zu den Wettbewerbern geringere Abhängigkeit von Dritten bei der Beschaffung von Vorleistungen, die vertikale Integration, die Möglichkeit zur Diversifizierung der Produkte und Dienste sowie der als gering einzustufende aktuelle und potentielle Wettbewerb. Zudem erkennt die BNetzA keine ernsthaften Anhaltspunkte für eine die Marktmacht der DTAG/T-Com begrenzende Nachfragemacht der Abnehmer auf den Vorleistungs- oder Endkundenmärkten. In dem am 21. November 2005 veröffentlichten Entwurf der Marktanalyse für das Notifizierungsverfahren mit der EU-Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden stellt die BNetzA auf dem Markt für Auslandsgespräche keine beträchtliche Marktmacht der DTAG mehr fest und konstatiert für diesen Markt wirksamen Wettbewerb im Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 1 TKG.

127. In den Stellungnahmen des nationalen Konsultationsverfahrens zu dem Entwurf zur Marktdefinition und zur Marktanalyse äußern die Parteien unter anderem Bedenken im Hinblick auf die Behandlung von VoIP im Rahmen der Definition der sachlich relevanten Märkte.⁹⁰ Die Monopolkom-

⁹⁰ Vgl. Stellungnahmen interessierter Parteien im Rahmen der nationalen Konsultation des Entwurfs zur Marktdefinition und -analyse im Bereich des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, der öffentlichen Orts- und/oder Inlandstelefonverbindungen an festen Standorten und der öffentlichen Auslandstelefonverbindungen an festen Standorten, BK 1 04/003, veröffentlicht unter www.bundesnetzagentur.de und in: BNetzA, ABl. Nr. 4 vom 2. März 2005, S. 163.

mission schließt sich dem an. Der Umstand, dass VoIP-Produkte in dem Zeitraum zwischen 2001 und 2003 in keinem nennenswerten Umfang angeboten wurden, kann keine Rechtfertigung dafür sein, dass dieses Produkt in einem Entscheidungsentwurf, der Ende 2004 zur nationalen Konsultation vorgelegt wurde, unberücksichtigt bleibt. Für die Marktabgrenzung nach § 10 Abs. 2 TKG kommt es auf die aktuellen und die zu prognostizierenden absehbaren Markt- und Wettbewerbsverhältnisse an. Eine rein rückwärts gerichtete Betrachtung wird dem Anliegen des Gesetzgebers, nur diejenigen Märkte der sektorspezifischen Regulierung zu unterwerfen, die längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren, nicht gerecht. Inzwischen deutet sich hier allerdings ein Umdenken an. Die BNetzA hat im September 2005 Eckpunkte der regulatorischen Behandlung von VoIP veröffentlicht, in denen sie zu dem Ergebnis kommt, dass VoIP-Dienste an festen Standorten realisierte Verbindungen in nationale oder internationale Festnetze sind und daher den Märkten 3 bis 6 der Märkteempfehlung der EU-Kommission zuzurechnen sind.⁹¹ Untersuchungen der Behörde haben demnach ergeben, dass hinreichend Substitutionsbeziehungen zwischen den traditionellen Verbindungen und VoIP-Diensten bestehen, die eine Zugehörigkeit zu einem einheitlichen sachlich relevanten Markt erfordern. Für die Märkte 1 und 2 gilt dies nach Auffassung der BNetzA nicht. Die im Zusammenhang mit VoIP besonders relevanten Breitbandanschlussprodukte wie DSL-Anschlüsse gehören nicht zu dem hier untersuchten Zugangsmarkt, sondern bilden einen eigenen sachlich relevanten Markt. Ob diese geänderte Sicht in den Entwurf der Marktanalyse der Märkte 1 bis 6 für das Konsolidierungsverfahren mit der EU-Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden einfließen wird, ist zum Abschluss dieses Gutachtens noch offen.

128. Die Monopolkommission teilt die Auffassung der BNetzA, dass sowohl das Fehlen eindeutiger Abgrenzungskriterien als auch das Fehlen signifikant unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen gegen eine Differenzierung der Verbindungsmärkte nach Privat- und Geschäftskunden spricht.⁹² Dies gilt nicht unbedingt für die Anschlussmärkte. Hier ist eine vergleichsweise eindeutige Abgrenzung insoweit möglich, als Analoganschlüsse ganz überwiegend von Privatkunden und Primärmultiplexanschlüsse nahezu ausschließlich von Geschäftskunden genutzt werden. Lediglich bei den ISDN-Basisanschlüssen steht die Zuordnung zu Privat- oder Geschäftskunden in Frage. Darüber hinaus sind die Marktanteile der Wettbewerber je nach Art des Anschlusses deutlich unterschiedlich. Während der Marktanteil der Wettbewerber bei den Analoganschlüssen im Jahr 2004 weiterhin bei lediglich 1,8 % lag, kamen diese bei den Primärmultiplexanschlüssen auf einen Marktanteil von mehr als 21 %.⁹³ Dieser Unterschied ist inzwischen so signifikant, dass die Wettbewerbsbedingungen auf den beiden Märkten kaum mehr als einheitlich angesehen werden können.

91 Vgl. BNetzA, Eckpunkte der regulatorischen Behandlung von Voice over IP (VoIP) vom 9. September 2005, www.bundesnetzagentur.de

92 Vgl. bereits Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 125.

93 Jahresbericht 2004 der Regulierungsbehörde ..., a.a.O., S. 25.

129. Bei der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit gemäß § 10 Abs. 2 TKG kommt die BNetzA zu dem Ergebnis, dass keiner der drei Märkte durch eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb gekennzeichnet ist. Als Argument führt die Regulierungsbehörde im Wesentlichen die Marktentwicklungen im Zeitraum zwischen 2001 und dem ersten Halbjahr 2003 an. Nach Auffassung der Monopolkommission ist – wie bereits weiter oben ausgeführt – eine ausschließliche oder überwiegend rückwärts gerichtete Betrachtung der Märkte in diesem Zusammenhang wenig hilfreich. Hinzu kommt, dass die BNetzA in ihrem Entscheidungsentwurf die Marktanteilsdaten, die ihrer Einschätzung zugrunde liegen, als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis behandelt und nicht veröffentlicht. Dies verwundert um so mehr, als für den Zeitraum 2001 bis Ende des ersten Quartals 2003 sowohl in dem Tätigkeitsbericht der BNetzA für die Jahre 2002 und 2003 als auch in dem Sondergutachten der Monopolkommission entsprechende Marktanteilsdaten vorliegen.⁹⁴ Danach verfügten die Wettbewerber Ende des ersten Quartals 2003 bei den Fernverbindungen über einen Marktanteil von 45 % nach Verbindungsminuten und 38 % nach Umsätzen. Bei den Auslandsverbindungen waren dies bereits 60 % der Verbindungsminuten und 41 % der Umsätze. Die Monopolkommission kam in ihrem letzten Sondergutachten angesichts dieser Entwicklung zu dem Ergebnis, dass das Bestehen funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten für Fern- und Auslandsverbindungen zum Ende des ersten Quartals 2003 zwar nicht mit letzter Sicherheit feststellbar sei, dass sie eine Rückführung der Ex-ante-Entgeltregulierung für diese Märkte gleichwohl empfehle.⁹⁵ Dies galt vor allem vor dem Hintergrund, dass sich der Wettbewerb bei Fern- und Auslandsgesprächen am Ende des ersten Quartals 2003 im Vergleich zu der Situation im Jahr 2001 deutlich stabilisiert hatte.

130. Nun knüpft § 10 Abs. 2 des neuen TKG die Frage der Regulierungsbedürftigkeit nicht an das Kriterium der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, sondern daran, ob eine längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb – definiert als Abwesenheit von Marktbeherrschung im Sinne des europäischen Kartellrechts – besteht.⁹⁶ Danach liegt die Schwelle, ab der die Europäische Kommission in ihrer Fallpraxis von einer beherrschenden Stellung ausgeht, bei 40 % Marktanteil.⁹⁷ Erst ab einem Marktanteil von 50 % geht der Europäische Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung ohne weiteres, d.h. von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, davon aus, dass Marktbeherrschung vorliegt. Da der Marktanteil der DTAG/T-Com bei den Auslandsverbindungen bereits im ersten

94 Tätigkeitsbericht 2002/2003 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post gemäß § 81 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz und § 47 Abs. 1 Postgesetz, Bonn 2003, S. 20 f.; Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 36.

95 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 85.

96 Auf den Unterschied zwischen der „Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs“ im Sinne des § 81 Abs. 3 des TKG 1996 und der bloßen Abwesenheit von Marktbeherrschung hat die Monopolkommission bereits in ihrem zweiten Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten hingewiesen. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 8 ff.

97 Vgl. Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse ..., a.a.O., Ziff. 75.

Quartal 2003 bis auf 40 % nach Verbindungsminuten gefallen war, bedarf es nach Auffassung der Monopolkommission zumindest für diesen Markt einer nachvollziehbaren behördlichen Begründung dafür, dass die bisherige und die vorhersehbare zukünftige Entwicklung gegen eine längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb spricht.

131. Die Monopolkommission spricht sich wie die BNetzA für die Zuordnung sprachorientierter Systemlösungen zu einem eigenständigen sachlich relevanten Markt aus. Dieser sollte unter Einbeziehung der so genannten geschlossenen Benutzergruppen möglichst umgehend abgegrenzt und dahingehend untersucht werden, ob die Voraussetzungen für die Regulierungsbedürftigkeit vorliegen und ob beträchtliche Marktmacht anzutreffen ist. Bisher ist die BNetzA in dieser Hinsicht nicht aktiv geworden.

3. Vorläufige Regulierungsverfügungen

132. Ende des Jahres 2004 hat die BNetzA zwei vorläufige Regulierungsverfügungen erlassen, mit denen sie der DTAG/T-Com Zugangsverpflichtungen und die Verpflichtung zur vorzeitigen Anzeige von Preisanpassungen auf dem Endkundenmarkt auferlegt hat. Das Verwaltungsgericht (VG) Köln hat die eine der Verfügungen aufgehoben, gegen die zweite Verfügung ist die Klage anhängig.

Mitte November 2004 stellte die DTAG/T-Com bei der Regulierungsbehörde einen Verlängerungsantrag zur Genehmigung eines neuen Tarifsystems für Mietleitungen ab dem 1. April 2005. Mit Beschluss vom 30. November 2004 hat die BNetzA der DTAG/T-Com daraufhin im Rahmen einer vorläufigen Regulierungsverfügung gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG unter anderem die Verpflichtung auferlegt, anderen Unternehmen bis zum Erlass einer regulär zustande gekommenen – d.h. aufgrund eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens erfolgten – Regulierungsverfügung für die Märkte 13 und 14 der Märkteempfehlung der EU-Kommission (Märkte für Mietleitungen) Zugang zu denjenigen Übertragungswegen zu gewähren, deren Entgelte bisher genehmigungspflichtig waren. Darüber hinaus hat das Amt verfügt, dass die Entgelte für Mietleitungen auch weiterhin der Genehmigungspflicht unterliegen.

133. Die Anwendung der Übergangsvorschrift des § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG, wonach die Regulierungsbehörde beim Vorliegen außergewöhnlicher Umstände und eines dringenden Handlungsbedarfs zum Schutz des Wettbewerbs und der Nutzerinteressen vorläufige Maßnahmen erlassen kann, sah die BNetzA aus zwei Gründen gerechtfertigt. Zum einen erschien der Behörde eine anderweitige Verlängerung der Genehmigungspflicht nicht möglich, da das VG Köln im Zuge eines anderen Verfahrens entschieden hatte, dass die Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 1 TKG, wonach die von der Regulierungsbehörde vor In-Kraft-Treten des neuen TKG getroffenen Feststellungen marktbe-

herrschender Stellungen und die daran anknüpfenden Verpflichtungen zunächst wirksam bleiben, für die Genehmigungspflicht bei Endkundenentgelten nicht gilt.⁹⁸ Zum anderen drohten nach Auffassung der Behörde Netzbetreibern, die auf die Mietleitungen der DTAG/T-Com angewiesen sind, bei der Anwendung der schwächeren Maßstäbe der nachträglichen Regulierung irreversible Nachteile. Ähnlich gravierende Nachteile für die DTAG /T-Com seien dagegen nicht zu erwarten, da bei Mietleitungen auch künftig mit der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen zu rechnen sei.

134. Das VG Köln teilt die Auffassungen der BNetzA nicht und hat in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die aufschiebende Wirkung der Klage der DTAG/T-Com gegen den Bescheid der BNetzA angeordnet.⁹⁹ Das Gericht geht davon aus, dass der Bescheid der BNetzA im angefochtenen Umfang rechtswidrig ist, weil die Anordnung vorläufiger Maßnahmen gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG zwar ohne das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren gemäß § 12 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 bis 3 TKG, nicht aber ohne Beachtung der anderen gesetzlichen Vorgaben zur Zugangsregulierung durchführbar ist. Zu den anderen gesetzlichen Vorgaben, die bei dem Erlass der vorläufigen Regulierungsverfügung zu beachten sind, gehören (i) das Erfordernis der Durchführung eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens gemäß §§ 10 und 11 TKG sowie (ii) die Klärung der Frage, ob die Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG steht, wobei insbesondere auch die in § 21 Abs. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Gesichtspunkte zwingend zu berücksichtigen sind. Beides hat die BNetzA nicht beachtet. Im Hinblick auf das Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren wäre dies noch ohne Rechtsfolgen geblieben, da nach Auffassung des VG Köln vieles dafür spricht, dass die aus dem früheren Verfahren im Jahr 2003 stammende Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der DTAG/T-Com auf dem Mietleitungsmarkt gemäß der Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 1 TKG wirksam bleibt und damit die Feststellung des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens substituiert. Nicht verzichtbar sei allerdings die Abwägung im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Zugangsverpflichtung mit den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG und die Berücksichtigung des § 21 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 TKG.

Als Reaktion auf dieses Urteil des VG Köln hat die Regulierungsbehörde ein Verfahren eröffnet, bei dem erneut über die Auferlegung einer vorläufigen Zugangsverpflichtung unter Beachtung der Vorgaben des VG Köln entschieden werden sollte. Die DTAG/T-Com hat daraufhin angeboten, den Zugang zu Mietleitungen zu den geltenden Bedingungen und Preisen im Wege einer freiwilligen Selbstverpflichtung bis zum Erlass einer endgültigen Regulierungsverfügung aufrechtzuerhalten. Die BNetzA hat dies akzeptiert und das Verfahren eingestellt.

⁹⁸ VG Köln, Beschluss vom 6. September 2004, Az. 1 L 1832/04, Vgl. dazu auch Tz. 153 ff.

⁹⁹ VG Köln, Beschluss vom 2. Februar 2005, Az. 1 L 3522/04.

135. Mit einer zweiten vorläufigen Regulierungsverfügung hat die Regulierungsbehörde die DTAG/T-Com im Dezember 2004 verpflichtet, bis zum Erlass einer auf den Ergebnissen des anhängigen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens zu den Endkundenmärkten für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz und den Verbindungsaufbau an festen Standorten (Märkte 1 bis 6 der Märkteempfehlung der EU-Kommission) beruhenden endgültigen Regulierungsverfügung ihre Entgeltmaßnahmen in diesem Bereich der BNetzA gemäß § 39 Abs. 2 Satz 2 TKG zwei Monate vor dem geplanten In-Kraft-Treten zur Kenntnis zu geben. Dabei rechtfertigt die Behörde die Notwendigkeit von vorläufigen Maßnahmen damit, dass sowohl auf den Verbindungsmärkten als auch auf dem Teilnehmeranschlussmarkt wirksame Kontrollen zur Verhinderung von Praktiken wie ungerechtfertigten Preisabschlägen, Preis-Kosten-Scheren und wettbewerbswidriger Bündelung notwendig seien. Der Verzicht auf die Anordnung der Anzeigepflicht berge das Risiko einer Wettbewerbsgefährdung, da die Wettbewerber durch den unrechtmäßigen Verzicht auf die Anordnung tendenziell stärker belastet würden als die DTAG durch eine unrechtmäßige Auferlegung der Anzeigepflicht. Die geringere Belastung des marktbeherrschenden Unternehmens ergebe sich daraus, dass im Rahmen der Anzeigepflicht lediglich eine Prüfung der Entgelte auf „offenkundige Missbräuchlichkeit“ erfolge. Bei der Abwägung der beiden Optionen – Auferlegung von vorläufigen Regulierungsmaßnahmen versus Verzicht auf vorläufige Maßnahmen – habe die BNetzA den Zielkanon des § 2 Abs. 2 TKG zugrunde gelegt, der die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Wahrung der Nutzerinteressen hervorhebt.

136. In einer Mitteilung im Amtsblatt¹⁰⁰ ergänzt die BNetzA ihre vorläufige Regulierungsverfügung um die Vorgabe, dass die Entgeltmaßnahmen der DTAG/T-Com, auch wenn sie nicht offenkundig missbräuchlich sind, erst zwei Monate nach der Anzeige bei der Regulierungsbehörde in Kraft treten können. Die DTAG/T-Com wendet gegen diese Vorgabe zu Recht ein, dass eine solche Zwei-Monats-Frist durch das TKG nicht gedeckt ist. Die Frist des § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG, wonach die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten kann, ihr die Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten In-Kraft-Treten zur Kenntnis zu geben, ist durch die Zwei-Monats-Frist des Verfahrens der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 38 Abs. 3 TKG gedeckt. Sie stellt sicher, dass ein solches Verfahren vor der geplanten Einführung der Entgeltmaßnahme durch den marktbeherrschenden Betreiber abgeschlossen ist. Das längstens zwei Monate dauernde Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung wird aber nur dann in Gang gesetzt, wenn die BNetzA gemäß § 39 Abs. 2 Satz 3 TKG innerhalb von zwei Wochen nach Anzeige der Entgeltmaßnahme feststellt, dass das Entgelt offenkundig nicht mit den Missbrauchsmaßstäben des § 28 TKG vereinbar ist. Wird eine Tarifmaßnahme innerhalb dieser Zwei-Wochen-Frist nicht

¹⁰⁰ BNetzA, Mitteilung Nr. 17/2005, ABl. Nr. 2 vom 26. Januar 2005, S. 75.

beanstandet, spricht nichts dagegen, dass die Maßnahme unmittelbar umgesetzt wird. Die Zurückstellung der Einführung um weitere sechs Wochen wäre bei einem offenkundig rechtmäßigen Tarif dagegen unangemessen. Gegen die vorläufige Regulierungsverfügung der BNetzA ist eine Klage vor dem VG Köln anhängig.

4. Entgeltregulierung bei Vorleistungen

4.1 Miete der Teilnehmeranschlussleitung

137. Am 28. April 2005 hat die BNetzA entschieden, dass der Preis für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung (TAL) von zuletzt 11,80 € rückwirkend ab dem 1. April 2005 bis zum 31. März 2007 auf 10,65 € pro Monat gesenkt wird. Die DTAG/T-Com hatte in ihrem Entgeltantrag die Erhöhung der TAL-Entgelte auf 17,40 € beantragt. Die Wettbewerber hatten mit Blick auf Vergleichsmärkte in Europa einen Preis von deutlich unter 10 € verlangt.

Die Regulierung der Entgelte für die Überlassung der TAL erfolgte erstmals auf der Grundlage des am 26. Juni 2004 in Kraft getretenen novellierten TKG. Danach ergeben sich die Verpflichtungen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht nicht mehr unmittelbar aus dem Gesetz, sondern werden aufgrund der Ergebnisse eines zuvor gemäß §§ 10 und 11 TKG durchgeführten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens in einer Regulierungsverfügung auferlegt. Die Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 11 der EU-Märkteempfehlung erging am 20. April 2005.¹⁰¹ Darin wird die DTAG/T-Com unter anderem dazu verpflichtet, anderen Unternehmen den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss in Form der Kupferdoppelader einschließlich der Variante OPAL/ISIS am Hauptverteiler zu gewähren. Die Entgelte dafür unterliegen der Genehmigungspflicht. Gleichzeitig wurde die Verpflichtung zum Zugang zum Teilnehmeranschluss in Form der reinen Glasfaser sowie die Genehmigungspflicht für die diesbezüglichen Entgelte wegen fehlender Regulierungsbedürftigkeit aufgehoben.

138. Genehmigungsbedürftige Entgelte sind nach Maßgabe des § 31 Abs. 1 TKG genehmigungsfähig, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Da die von der DTAG/T-Com vorgelegten Kostenunterlagen nicht den Anforderungen des § 33 TKG genügten, war, wie bei früheren Entscheidungen auch, ein analytisches Kostenmodell des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK) Grundlage für die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Ergänzend dazu hat die BNetzA einen internationalen Tarifvergleich durchgeführt, der nach eigenem Bekunden allerdings lediglich „als grobe Richtschnur“ Anwendung gefunden habe, da für eine sachgerechte Vergleichsmarktbetrachtung eine Vielzahl weiterer Infor-

¹⁰¹ Vgl. Tz. 99.

mationen notwendig gewesen wäre. Gleichwohl habe der Tarifvergleich die nach dem WIK-Modell ermittelten Ergebnisse bestätigt.

Maßgeblich für die Absenkung des monatlichen Entgelts sind die Kürzungen des kalkulatorischen Zinssatzes von nominal 9,2 % auf 8,35 % (real von 8 % auf 7,15 %) sowie des Gemeinkosten-Zuschlagssatzes auf 11,11 %. Die Senkung des kalkulatorischen Zinssatzes wird im Wesentlichen mit dem niedrigeren Zinsniveau auf den nationalen und internationalen Kapitalmärkten begründet, was wiederum dazu führt, dass die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung von 20 % auf 18,45 % zurückgesetzt wird.¹⁰² Der kalkulatorische Zinssatz wird weiterhin nach der Bilanzwertmethode als gewogener Kapitalkostensatz aus Eigen- und Fremdkapitalverzinsung bestimmt, wobei der Eigenkapitalzinssatz auf der Basis von längerfristigen, quantitativen und qualitativen Einschätzungen durch die BNetzA festgelegt wird. Die Gewichtung von Eigen- und Fremdkapital erfolgt ebenfalls wie bisher nach Bilanzwerten statt nach Marktwerten. Bei der Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung werden weiterhin eine nicht näher quantifizierte Risikoprämie für das Eigenkapital im regulierten Festnetzbereich sowie lediglich die Zahlung von Unternehmenssteuern aus der erwirtschafteten Eigenkapitalrendite berücksichtigt. Persönliche Einkommensteuerzahlungen der Aktionäre seien dagegen nicht zu betrachten, da im Rahmen der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf die Kosten des Unternehmens abzustellen sei.

139. Die Monopolkommission hatte sich bereits in ihrem letzten Sondergutachten ausführlich mit der Frage des Risikozuschlags und der Berücksichtigung der Besteuerung bei der Ermittlung der Kapitalkostensätze befasst und darauf hingewiesen, dass eine angemessene Behandlung dieser beiden Einflussfaktoren zu einer deutlichen Absenkung der kalkulatorischen Kapitalkostensätze führen würde.¹⁰³ Dies hängt erstens damit zusammen, dass die anlagespezifischen Risiken und damit die angemessenen Risikoprämien im regulierten Bereich deutlich niedriger sind, als dies von der BNetzA angenommen wird. Auch das Bundeskartellamt hat dies in seinen Stellungnahmen zu den Entscheidungsentwürfen der BNetzA wiederholt angemerkt. Hinzu kommt, dass bei der Einbeziehung der Besteuerung zu berücksichtigen ist, dass die auf Gewinneinbehaltung – und das dadurch ermöglichte Unternehmenswachstum – zurückgehenden Kapitalgewinne der Aktionäre jenseits der Spekulationsfristen keiner Besteuerung unterliegen.

Bei der Ermittlung der leistungsmengenneutralen Gemeinkosten greift die BNetzA mangels entsprechend aussagefähiger Unterlagen der DTAG/T-Com auf eine Empfehlung der EU-Kommission

¹⁰² Eine anschauliche Zusammenfassung der Entscheidung mit Anmerkungen von C. Sommerberg findet sich in: *Netzwirtschaften & Recht*, Jg. 2, 2005, S. 122 ff.

¹⁰³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 152 ff.

zur getrennten Buchführung und Kostenrechnung aus dem Jahre 1998 zurück.¹⁰⁴ Danach ermöglicht ein gut definiertes Kostenrechnungssystem die direkte Zuweisung von mindestens 90 % der Kosten auf die Kostenverursacher. Der dann verbleibende Kostenanteil von 10 Prozentpunkten, bezogen auf die Zuschlagsbasis, entspricht dem von der BNetzA berücksichtigten Gemeinkostenzuschlag von knapp über 11 %. Die DTAG/T-Com fordert dagegen die Berücksichtigung eines Gemeinkostenzuschlags in Höhe von 30 %.

140. Erstmals hatte die BNetzA in ihrer Entscheidung das Konsistenzgebot des § 27 Abs. 2 TKG sowie die explizite Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG zu beachten. Zum Ausschluss einer Preis-Kosten-Schere vergleicht die Regulierungsbehörde die durchschnittlichen monatlichen Erlöse der DTAG/T-Com aus den Endkundenentgelten für den Teilnehmeranschluss mit den aus der Bereitstellung, Kündigung und Überlassung der TAL an die Wettbewerber resultierenden durchschnittlichen monatlichen Vorleistungskosten. Dabei ermittelt sie zunächst ein Durchschnittsentgelt für Analog- und ISDN-Anschlüsse gemäß der geltenden Preisliste der DTAG/T-Com für beide Anschlussvarianten und deren momentane Gewichtung, bezogen auf alle Teilnehmeranschlüsse. Hier ergeben sich im Schnitt Erlöse von 16,45 € pro TAL. Dem werden die monatlichen Entgelte für die Überlassung der TAL, ergänzt um die Einmalkosten für die Bereitstellung und Kündigung, gegenübergestellt. Für die Verteilung der Einmalkosten und der Einmal Erlöse wird eine durchschnittliche Nutzungsdauer des Teilnehmeranschlusses von 83,7 Monaten zugrunde gelegt. Auf dieser Grundlage ergeben sich monatliche Durchschnittskosten in Höhe von 11,81 €. Die Differenz zwischen den durchschnittlichen Erlösen der DTAG/T-Com für den Teilnehmeranschluss und den durchschnittlichen Vorleistungskosten der Wettbewerber reicht nach Auffassung der BNetzA in jedem Fall aus, einem effizienten Anbieter eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu ermöglichen. Die Existenz einer Preis-Kosten-Schere sei vor diesem Hintergrund ausgeschlossen.

141. Problematisch an der Vergleichsberechnung zur Preis-Kosten-Schere ist zunächst, dass die BNetzA bei der Erlösermittlung Analog- und ISDN-Anschlüsse zusammenfasst. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Existenz von Preis-Kosten-Scheren für jede Anschlussart getrennt zu ermitteln. Nach wie vor nutzen die Verbraucher überwiegend Analoganschlüsse für den Zugang zum Festnetz. Die Attraktivität von ISDN-Anschlüssen liegt vor allem in der zweiten gleichzeitig nutzbaren Leitung, etwa für gleichzeitiges Telefonieren und Internetsurfen. Diese Gleichzeitigkeit ist allerdings auch in der Kombination von Analog- und DSL-Anschluss gegeben. Daraus kann der

¹⁰⁴ Empfehlung 98/322/EG der Kommission vom 8. April 1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 2 – Getrennte Buchführung und Kostenrechnung), ABl. EG Nr. L 141 vom 13. Mai 1996, S. 6.

Schluss gezogen werden, dass die Attraktivität des ISDN-Anschlusses im Vergleich zu dem kostengünstigeren Analoganschluss mit der zunehmenden Verbreitung der DSL-Technologie für den Internetzugang tendenziell abnimmt. Soweit die Wettbewerber Analoganschlüsse nicht kostendeckend anbieten können, bleibt ihnen auch weiterhin der zahlenmäßig größere Teil des Anschlussmarktes versperrt. Um dies auszuschließen, muss die BNetzA den vorgeschriebenen Preis-Kosten-Scheren-Test auch isoliert für analoge Teilnehmeranschlüsse durchführen.

Ein methodisches Problem des Preis-Kosten-Scheren-Tests besteht darin, für die Verteilung der Einmalkosten der TAL eine durchschnittliche Nutzungsdauer des Teilnehmeranschlusses von mehr als 83 Monaten (sieben Jahren) zu unterstellen. Einmalkosten der Wettbewerber sind die an die DTAG/T-Com zu zahlenden Bereitstellungs- und Kündigungsentgelte für die TAL. Gewichtet mit den verschiedenen Bereitstellungs- und Kündigungsalternativen ergeben sich hier Einmalkosten in Höhe von knapp 100 €. Bei einer unterstellten Nutzungsdauer des Teilnehmeranschlusses durch denselben Endnutzer von mehr als 83 Monaten ergeben sich monatliche Einmalkosten in der Größenordnung von knapp über 1 €. Diese Kosten und damit die insgesamt in dem Preis-Kosten-Scheren-Test berücksichtigten Vorleistungskosten der Wettbewerber steigen an, je niedriger die durchschnittliche Verweildauer eines Endkunden bei einem Anbieter von Teilnehmeranschlüssen ist. Die Wettbewerber weisen zu Recht darauf hin, dass die durchschnittliche Verweildauer von Endkunden bei demselben alternativen Anbieter von Teilnehmeranschlüssen niedriger ist als die Verweildauer von Endkunden bei der DTAG/T-Com.¹⁰⁵ Dies liegt bereits daran, dass es insbesondere in ländlichen Anschlussbereichen keinen oder nur geringen Anschlusswettbewerb gibt und damit ein großer Teil der Endkunden der DTAG/T-Com überhaupt keine Wechselmöglichkeit zu einem anderen Anbieter hat. Hinzu kommt, dass der zahlenmäßig größte Teil der Endkunden der DTAG/T-Com weiterhin Analoganschlüsse nutzt, bei denen ohnehin ein lediglich geringer Anschlusswettbewerb herrscht. Demgegenüber besteht um die Kunden der alternativen Anbieter von Teilnehmeranschlüssen ein permanenter intensiver Wettbewerb sowohl seitens der DTAG/T-Com als gegebenenfalls auch noch anderer alternativer Anbieter. Während die von der BNetzA unterstellte durchschnittliche Verweildauer von sieben Jahren bei demselben Anbieter für die DTAG/T-Com durchaus plausibel erscheint, ist dies für ein Wettbewerbsumfeld, in dem die alternativen Anbieter agieren, nach Auffassung der Monopolkommission eindeutig zu lang. Für den Preis-Kosten-Scheren-Test der Regulierungsbehörde bedeutet dies, dass die Kosten der TAL für die Wettbewerber systematisch und vermutlich deutlich unterschätzt werden.

¹⁰⁵ Vgl. Sommerberg, C., Anmerkungen zum Beschluss der RegTP vom 28. April 2005 - BK 4a/b-05-004, in: *Netz- wirtschaft & Recht*, Jg. 2, 2005, S. 129 ff.

142. Hinter der hier geführten Diskussion steht die grundsätzliche Frage, inwiefern und auf welche Weise die Regulierung etwaigen Unterschieden der Kosten und Ertragsmöglichkeiten bei verschiedenen Telekommunikationsunternehmen Rechnung tragen sollte. Der Gesetzgeber hat deutlich gemacht, dass solche Unterschiede keine Rolle spielen dürfen, wenn sie auf Ineffizienz beruhen. So betrifft das Verbot der Preis-Kosten-Schere in § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG nur den Fall, wo die Spanne zwischen Endnutzerpreis und Zugangspreis nicht ausreicht, um einem „effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen“.

Wie aber steht es mit Unterschieden von Kosten und Ertragsmöglichkeiten, die auf der historisch überkommenen Asymmetrie zwischen dem Altmonopolisten und den anderen Telekommunikationsunternehmen beruhen? Solche Unterschiede ergeben sich unter anderem daraus, dass die Kunden verschieden stark zum Wechsel des Anbieters neigen und dass die Kunden mit geringer Wechselneigung bzw. hohen Wechselkosten in stärkerem Maße bei dem früheren Monopolisten, d.h. der DTAG/T-Com, geblieben sind. Dem entspricht die Beobachtung, dass die durchschnittliche Verweildauer der Kunden bei der DTAG/T-Com höher ist als bei den Wettbewerbern. Dementsprechend sind die durchschnittlichen Kosten des Kundenwechsels pro Jahr und Kunde bei der DTAG/T-Com niedriger als bei den Wettbewerbern. Aus demselben historischen Grund ist davon auszugehen, dass die DTAG/T-Com in stärkerem Maße als die Wettbewerber von Größenvorteilen profitiert. Sie hat diese Größenvorteile als Startvorteil aus der Monopolzeit übernommen.

143. Sind solche objektiv gegebenen Kostenvorteile der DTAG/T-Com bei der Anwendung des für die Zugangspreise maßgeblichen Effizienzmaßstabs für die anderen Unternehmen zu berücksichtigen? Das Gesetz ist diesbezüglich nicht überall klar formuliert. In § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist, wie oben erwähnt, von einem „effizienten Unternehmen“ die Rede, in § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG von einem „effizienten Wettbewerber“, in § 30 Abs. 5 TKG schließlich von einem „effizienten Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen“.

Nach Auffassung der Monopolkommission ist allerdings aus dem Kontext der genannten Vorschriften zu schließen, dass in erster Linie auf die Kosten- und Ertragssituation der Wettbewerber abzustellen ist. Kostenvorteile der DTAG/T-Com, insbesondere solche Kostenvorteile, die sich aus ihrer Position als früherer Monopolist ergeben, sollten keine Rolle spielen, wenn zu prüfen ist, ob ein effizientes Unternehmen bei der gegebenen Konstellation von Zugangspreisen und Endkundenpreisen eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals erzielen kann.

Zur Begründung sei darauf hingewiesen, dass die genannten Vorschriften durchweg auf eine Förderung des Wettbewerbs in den Endkundenmärkten abzielen. Zu diesem Zweck sollen Wettbewerbsbehinderungen beim Zugang ausgeschlossen werden. Beim Verbot der Preis-Kosten-Schere in § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist ausdrücklich die Rede vom Zugangsentgelt, das von „Wettbewerbern“ verlangt wird. Auch stellt die Formulierung von der „Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt“ auf ein Geschäftsmodell ab, wie es die Wettbewerber verfolgen, nicht aber das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, das sowohl die Infrastrukturleistungen als auch die auf die Infrastrukturleistungen gegründeten Endkundenleistungen anbietet.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass die Regulierungsbehörde dem Verbot der Preis-Kosten-Schere in § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG *nicht* angemessene Rechnung trägt, wenn sie bei der Beurteilung der auf die Miete der TAL gegründeten Ertragsmöglichkeiten der Wettbewerber die Verweildauer der Kunden anhand eines Durchschnitts berechnet, der auch die Kunden der DTAG/T-Com einbezieht. Die Verzerrung, die sich daraus ergibt, wiegt um so schwerer, als der hier bestehende Unterschied zwischen der DTAG/T-Com und ihren Wettbewerbern weitgehend der historisch überkommenen Asymmetrie zwischen dem Altmonopolisten und den anderen Telekommunikationsunternehmen zuzurechnen ist.

144. Die Einhaltung des Konsistenzgebotes des § 27 Abs. 2 TKG sieht die BNetzA dadurch gegeben, dass der Entscheidungsentwurf mit der Präsidentenkammer und den übrigen Beschlusskammern der Behörde abgestimmt ist und dass keine Wettbewerbsverzerrungen in Form von Preis-Kosten-Scheren bestehen. Die von der Monopolkommission geforderte Methodenkonsistenz lehnt die BNetzA ab. Danach lassen sich regulierungsbedingte Wettbewerbsverzerrungen letztendlich nur vermeiden, wenn die Entgelte für eine bestimmte Vorleistung – etwa die Entgelte für die Überlassung der TAL und die Entgelte für den Wiederverkauf von Teilnehmeranschlüssen durch Dritte – in den verschiedenen Geschäftsmodellen nach der gleichen Methode reguliert werden.¹⁰⁶ Eine Verpflichtung zur Methodenkonsistenz könne – so die Behörde – aus § 27 Abs. 2 TKG nicht hergeleitet werden.

145. Weiter gesenkt hat die BNetzA mit einer Entscheidung vom 2. August 2005 die Einmalentgelte für die Bereitstellung und für die Kündigung der TAL. Das Bereitstellungsentgelt beträgt seit dem 1. Juli 2005 statt 47,97 € nunmehr 43 € und wurde damit um etwa 10 % gesenkt. Erheblich reduziert von 19,95 € auf 5,80 € (ca. 71 %) wurde das Kündigungsentgelt für die einfache Kupfer-

¹⁰⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 147.

doppelader mit gleichzeitigem Wechsel zu einem anderen Kunden bzw. Rückkehr zur DTAG/T-Com. Weitere Einmalentgelte wurden um 32 % bzw. 21 % gesenkt.¹⁰⁷

4.2 Nicht reziproke Zusammenschaltungsentgelte

146. Die vertraglich vereinbarten und bisher nicht regulierten Zusammenschaltungsentgelte, die die DTAG/T-Com an die alternativen Teilnehmernetzbetreiber zahlt, folgten seit Beginn der Marktöffnung im Jahre 1998 dem Grundsatz der Reziprozität. Das heißt, die alternativen Netzbetreiber konnten von der DTAG/T-Com nicht mehr für die Nutzung ihrer Netze verlangen, als umgekehrt die DTAG/T-Com von den alternativen Netzbetreibern verlangen darf. Die Zusammenschaltungsentgelte der DTAG/T-Com unterlagen dabei von Beginn an der präventiven Entgeltregulierung.

Bereits im Jahr 2003 hatten mehrere alternative Teilnehmernetzbetreiber den Grundsatz der reziproken Zusammenschaltungsentgelte erstmals in Frage gestellt und in Entgeltverfahren höhere Preise verlangt. Die BNetzA hatte daraufhin am 5. Dezember 2003 entschieden, dass die alternativen Netzbetreiber für die Terminierung und die Zuführung jeweils 0,5 €-Cent pro Minute mehr verlangen dürfen, als die DTAG/T-Com für die Nutzung ihrer Netze verlangen darf.¹⁰⁸ In der damaligen Entscheidung hatte sich die BNetzA auf das zukünftig umzusetzende neue europäische Telekommunikationsrecht berufen und eine Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bei nicht marktbeherrschenden Unternehmen abgelehnt. In Ermangelung eindeutiger Maßstäbe hatte die Behörde bei der Festlegung der Entgelte ein Gestaltungsermessen gesehen, welches unter anderem mit dem Rückgriff auf einen internationalen Tarifvergleich ausgefüllt wurde. Diese Entscheidung hatte weder vor dem VG Köln noch dem Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster Bestand.¹⁰⁹

147. Im Mai 2004 stellten der Düsseldorfer Teilnehmernetzbetreiber ISIS und in der Folge mehr als 30 weitere Teilnetzbetreiber erneut Anträge auf Genehmigung von bis zu 400 % höheren, nicht reziproken Terminierungs- und Zuführungsentgelten. Die BNetzA hat daraufhin in einigen Musterverfahren am 21. September 2004 entschieden, dass die alternativen Netzbetreiber für die Terminierung und die Zuführung im Durchschnitt 25 % mehr verlangen dürfen als die DTAG/T-Com. Begründet wird dies mit höheren Kosten, die die alternativen Netzbetreiber aufgrund ihres späteren Starts und ihrer zunächst geringeren Kundenzahlen im Vergleich zu dem eingesessenen Marktführer haben. Die Genehmigungen sind bis zum 31. Mai 2006 befristet.

¹⁰⁷ Vgl. BNetzA, Pressemitteilung vom 3. August 2005.

¹⁰⁸ BK 4a-03-069/E26.06.03, in: MultiMedia und Recht, Jg. 7, 2004, S. 270 ff.

¹⁰⁹ VG Köln, Beschluss vom 28. Januar 2004, 1 L 3169/03; OVG Münster, Beschluss vom 3. Juni 2004, 13 B 351/04.

Die Entscheidung der BNetzA fiel auf der Grundlage von § 25 Abs. 1, 2 und 6 in Verbindung mit §§ 30 Abs. 4, 38 und 28 TKG. Nach § 25 Abs. 1, 2 und 6 TKG ordnet die Regulierungsbehörde den Zugang an, wenn eine Zugangsvereinbarung nach §§ 22 oder 18 TKG nicht zustande kommt. Sind sowohl die Bedingungen als auch die Entgelte der Zusammenschaltung streitig, ordnet die BNetzA diese in jeweiligen Teilentscheidungen an. Gemäß § 30 Abs. 4 TKG unterliegen die Entgelte von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die zwar nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, jedoch den Zugang zu Endkunden kontrollieren, der nachträglichen Entgeltregulierung. Ausgangspunkt für die Missbrauchsprüfung war § 38 Abs. 2 TKG. Danach müssen die Entgelte für Zugangsleistungen den Maßstäben des § 28 TKG genügen. Die Prüfung der Vereinbarkeit mit § 28 TKG erfolgt gemäß § 35 Abs. 1 TKG vorrangig nach der Methode der Vergleichsmarktbetrachtung.

Bei der Vergleichsmarktbetrachtung hat sich die BNetzA nicht auf die Märkte mit den günstigsten Anbietern – Frankreich, Großbritannien und Italien – beschränkt, sondern hat sämtliche EU-Staaten sowie Norwegen, die Schweiz und Island in den Vergleich einbezogen. Die Behörde begründet diesen „milderer“ Ansatz damit, dass im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung keine strenge Effizienzbetrachtung erfolge. Berücksichtigt wurden die Zusammenschaltungsentgelte der dortigen alternativen Teilnehmernetzbetreiber. Deren Entgelte entsprechen in den meisten Fällen den Entgelten der dortigen etablierten Netzbetreiber und liegen im Durchschnitt um 17 % höher als in Deutschland. Da in einigen Ländern zumindest auch teilweise nicht reziproke Entgelte anzutreffen sind, über deren Höhe und Häufigkeit jedoch keine gesicherten Daten vorliegen, erhöhte die BNetzA den Referenzwert um einen Sicherheitszuschlag von 7 % auf insgesamt 25 %.¹¹⁰

Mit ihren Entscheidungen bestätigt die BNetzA ihre bereits im Jahr 2003 eingeschlagene Linie, dass die Zusammenschaltungsentgelte des eingesessenen Anbieters und der alternativen Teilnehmernetzbetreiber nicht reziprok sein müssen. Auch nach Auffassung der Monopolkommission spricht nichts dafür, dass die Zusammenschaltungsentgelte sämtlicher Netzbetreiber denen des etablierten Betreibers entsprechen müssen, wenn die Kosten der Zusammenschaltung in unterschiedlich großen und unterschiedlich alten und gegebenenfalls unterschiedlich strukturierten Teilnehmernetzen voneinander abweichen. Konsequenterweise folgt daraus, dass auch die Zusammenschaltungsentgelte der alternativen Teilnehmernetzbetreiber untereinander nicht reziprok sein müssen.

Die von der BNetzA zur Ermittlung eines Referenzpreises für die Zusammenschaltungsentgelte alternativer Teilnehmernetzbetreiber verwendete Vergleichsmarktbetrachtung ist nach Auffassung der

¹¹⁰ Nicht reziproke Zusammenschaltungsentgelte gibt es nach den Feststellungen der BNetzA in den Niederlanden, in Frankreich und Portugal. Dort werden Aufschläge auf die Entgelte des etablierten Betreibers von bis zu 40 % (Niederlande), bis zu 80 % (Frankreich) und bis zu 20 % (Portugal) von den dortigen Regulierungsbehörden akzeptiert.

Monopolkommission insbesondere im Hinblick auf die einbezogenen Vergleichsmärkte problematisch. Die BNetzA bezieht in ihre Untersuchung 15 EU-Staaten sowie drei weitere Nicht-EU-Mitgliedsländer ein, ohne nähere Angaben zu der Vergleichbarkeit der Märkte zu machen. Solche Angaben sind aber unverzichtbar, da die Hauptschwierigkeit jeder Vergleichsmarktbetrachtung darin besteht, einen oder mehrere Märkte zu finden, die einerseits mit dem beherrschten Markt strukturell vergleichbar und andererseits für den Wettbewerb geöffnet sind. Die große Anzahl von Vergleichsmärkten in dem konkreten Verfahren wird von der BNetzA mit dem Argument begründet, dass eine Beschränkung auf wenige Märkte mit effizienten Anbietern nicht in Betracht kommt, weil im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung nicht der strenge Effizienzmaßstab der Ex-ante-Entgeltregulierung, sondern ein „milderer“ Maßstab anzulegen sei. Dieses Argument verkennt, dass die „strenge Effizienzbetrachtung“ der präventiven Entgeltregulierung auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung abstellt. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung wiederum lassen sich nur auf der Grundlage von detaillierten Kostenunterlagen oder mit Hilfe von Kostenmodellen, nicht jedoch im Rahmen einer Vergleichsmarktbetrachtung ermitteln. Die Vergleichsmarktbetrachtung, die § 31 Abs. 1 TKG in begründeten Einzelfällen für die Überprüfung der Genehmigungsfähigkeit eines Entgeltes zulässt, ist die Alternative zu einer Effizienzbetrachtung und damit bereits als solche der „mildere“ Maßstab der Entgeltregulierung. Bei der Vergleichsmarktbetrachtung gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 1 TKG kommt es daher nicht darauf an, mehr oder weniger Märkte oder Märkte mit effizienten oder weniger effizienten Unternehmen einzubeziehen, sondern einzig darauf, dass die Märkte strukturell vergleichbar und für den Wettbewerb geöffnet sind.

148. Im Übrigen ist es nach Auffassung der Monopolkommission nicht eindeutig, dass der Effizienzmaßstab im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung nicht gilt. § 38 TKG nennt als Maßstab der nachträglichen Entgeltregulierung die Vereinbarkeit mit § 28 TKG. Zumindest die Vermutungstatbestände des § 28 Abs. 2 TKG stellen durchgängig auf Effizienzkriterien ab. Soweit die Begründung zu § 38 (im TKG-Entwurf § 36) den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für die nachträgliche Entgeltregulierung ausdrücklich ablehnt und eine Kostenprüfung lediglich nachrangig zu einer Vergleichsmarktbetrachtung vorsieht, besteht hier ein Widerspruch zwischen Gesetzestext und amtlicher Begründung.¹¹¹ Dieser Widerspruch sollte nach Auffassung der Monopolkommission dahingehend aufgelöst werden, dass auch im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung ohne Wenn und Aber dieselben Maßstäbe zugrunde gelegt werden wie bei der Ex-ante-Entgeltregulierung. Der Gesetzgeber bleibt allerdings aufgefordert, hier eine entsprechende Klarstellung vorzunehmen.

¹¹¹ Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O. Tz 81.

4.3 Terminierungsentgelte in Mobilfunknetzen

149. In Dezember 2004 hat die BNetzA in insgesamt drei Verfahren zur Anordnung der Netzzusammenschaltung zwischen Festnetzbetreibern und Mobilfunknetzbetreibern unter anderem über die Höhe der Terminierungsentgelte für Gespräche aus dem Festnetz in Mobilfunknetze entschieden.¹¹² Dieses Entgelt unterliegt bisher nicht der Regulierung, da die BNetzA bis zur Marktanalyse der Terminierungsmärkte im Mobilfunk – das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen – davon ausgegangen ist, dass die Mobilfunknetzbetreiber bei der Terminierung von Gesprächen im eigenen Netz nicht marktbeherrschend sind. Gleichwohl musste die Behörde gemäß § 25 Abs. 1 TKG entscheiden, da sich die Zusammenschaltungspartner über die Bedingungen des gegenseitigen Netzzugangs und die Entgelte nicht einigen konnten und zur Streitbeilegung die BNetzA angerufen hatten. Festgesetzt wurden mit einer einheitlichen Laufzeit bis zum 14. Dezember 2005 Terminierungsentgelte zwischen 0,1490 €/Minute und 0,1570 €/Minute. Zuvor lagen die Entgelte um etwa 3 €-Cent höher. Sämtliche Anordnungen stehen unter dem Vorbehalt des Widerrufs für die Fälle, dass sich die Parteien bilateral über die Entgelthöhe einigen oder die BNetzA die Mobilfunknetzbetreiber in der Folge einer gemäß § 11 TKG durchgeführten Marktanalyse nicht zur Zusammenschaltung verpflichtet oder die Terminierungsentgelte in der Folge eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens der präventiven Entgeltregulierung unterworfen werden.

150. Wie bei der Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte der Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz entschied die BNetzA über die Terminierungsentgelte der Mobilfunknetzbetreiber gemäß § 25 Abs. 1, 2 und 6 in Verbindung mit §§ 30 Abs. 4, 38 und 28 TKG. Danach ordnet die Regulierungsbehörde aufgrund einer Anrufung durch eines der beteiligten Unternehmen den Zugang an, wenn eine Zugangsvereinbarung gemäß §§ 18 oder 22 TKG ganz oder teilweise nicht zustande kommt und die Voraussetzungen für eine solche Verpflichtung vorliegen. Die Regulierungsbehörde soll auch über die Entgelte entscheiden, wenn diese streitig sind. Maßstab der Entgeltregulierung ist die Vereinbarkeit mit den Missbrauchstatbeständen des § 28 TKG. Das vorrangig anzuwendende Verfahren ist die Vergleichsmarktbetrachtung.

151. Kritisch in diesen Verfahren ist die Auswahl der Vergleichsmärkte. In dem zuerst entschiedenen Fall Vodafone D2/01051 Telecom hat die BNetzA Vergleichsmärkte nach den Merkmalen Anzahl der Nutzer, Größe der Bevölkerung und der Fläche eines Landes, verwendetes Frequenzband sowie Frequenz- und Lizenzauflagen festgelegt. Vergleichbar sind danach die Mobilfunkmärkte in Frankreich, Großbritannien, Italien und Spanien. In den beiden später entschiedenen Fällen

¹¹² Vodafone D2/01051 Telecom, BK 4c-04-048, Beschluss vom 25. August 2004; E-Plus Mobilfunk/01081 Telecom, BK 3b-04/027, Beschluss vom 28. Dezember 2004; O2 Germany/01051 Telecom, BK 3d-04/028, Beschluss vom 28. Dezember 2004.

E-Plus/01081 Telecom und O2/01051 Telecom beschränkte sich die Regulierungsbehörde bei der Auswahl der Vergleichsmärkte auf die Betrachtung von Unternehmensmerkmalen, wie die Übertragungstechnologie und den Marktanteil auf den Endkundenmärkten. Vergleichbar nach diesen Merkmalen sind die Märkte in Österreich, Belgien, Dänemark, Finnland, Italien und den Niederlanden. In der Vergleichsrechnung berücksichtigt wurden insgesamt zehn Unternehmen mit Marktanteilen auf den Endkundenmärkten, die denen von E-Plus und O2 in Deutschland entsprechen. Das Bundeskartellamt hatte in seinen Stellungnahmen zu den beiden letztgenannten Verfahren zu Recht darauf hingewiesen, dass für die Bestimmung der Vergleichsmärkte die Marktstellung der Mobilfunkanbieter auf dem Endkundenmarkt nicht relevant sei. Vergleichsmarkt für die Terminierungsentgelte kann nicht ein Endkundenmarkt für Mobiltelefonie, sondern nur ein Terminierungsmarkt sein. Da die Mobilfunknetzbetreiber bei der Terminierung von Gesprächen in ihrem Netz a priori Alleinanbieter sind, macht die Bestimmung von Vergleichsmärkten nach dem Merkmal Marktanteile keinen Sinn. Stattdessen sind solche Terminierungsmärkte Vergleichsmärkte, auf denen Mobilfunkanbieter mit vergleichbaren Kostenstrukturen agieren.

152. Nach Angaben des Bundesverbandes der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften (breko) handelte es sich bei den Verfahren der nachträglichen Regulierung der Terminierungsentgelte ohnehin um eine „Schein-Entgeltregulierung“.¹¹³ Die Absenkung der Terminierungsentgelte um etwa 3 €-Cent entspreche einer Preisabsprache, die die vier Mobilfunknetzbetreiber und die DTAG/T-Com Mitte des Jahres 2004 getroffen haben. Danach haben sich die Mobilfunknetzbetreiber und die T-Com in Anbetracht der nach neuem Telekommunikationsrecht möglicherweise bevorstehenden Mobilfunkregulierung auf einen Absenkungspfad für die Terminierungsentgelte in den Jahren 2005 und 2006 Jahren geeinigt. Die von der BNetzA verfügte Absenkung der Entgelte um lediglich 3 €-Cent führe nicht zu marktgerechten Preisen, sondern entspreche im Wesentlichen dem Ergebnis der Absprache.

Der Monopolkommission liegen keine Informationen darüber vor, ob sich die Mobilfunknetzbetreiber im Hinblick auf die Terminierungsentgelte tatsächlich absprechen. Verwunderlich wäre dies allerdings nicht. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Sondergutachten auf die Möglichkeit von Absprachen und die damit verbundene Gefahr von Kartellierungseffekten zu Lasten der Endkunden im Festnetz hingewiesen.¹¹⁴ Auch wenn das weitere Absinken der Terminierungsentgelte ein Schritt in die richtige Richtung ist, geht die Monopolkommission weiterhin davon aus, dass die Entgelte noch erheblich über den effizienten Kosten liegen und auf diese Weise zu einer unge-

¹¹³ Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V. (breko), Presseinformation vom 29. Dezember 2004: Nach E-Plus-Entscheidung: Terminierungsentgelte im Mobilfunk immer noch deutlich zu hoch.

¹¹⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 212.

rechtfertigten Belastung derjenigen Festnetzkunden führen, die in die Mobilfunknetze telefonieren.¹¹⁵ Das Absinken der Terminierungsentgelte in den vergangenen Jahren geschieht ausschließlich auf der Grundlage von politischem Druck und der Aussicht auf eine kostenbasierte Entgeltregulierung. Mit dem neuen TKG nimmt dieser Druck allerdings erheblich ab, weil die Regulierung nach den strengen Effizienzmaßstäben der Ex-ante-Entgeltregulierung gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 1 TKG nur dann erfolgen kann, wenn der Netzbetreiber auch auf dem zugehörigen Endkundenmarkt beträchtliche Marktmacht besitzt. Die Monopolkommission hat diese Regelung bereits in ihrem Gutachten zur TKG-Reform kritisiert und die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht bezweifelt.¹¹⁶ In der Zwischenzeit hat die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelhafter Umsetzung des gemeinschaftlichen Telekommunikationsrechts gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet. Dem Gesetzgeber kann vor diesem Hintergrund nur empfohlen werden, § 30 Abs. 1 Nr. 1 TKG ersatzlos zu streichen. Auf der Grundlage des bereits erfolgten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens sollte dann eine kostenbasierte Regulierung der Terminierungsentgelte erfolgen, wobei den Unternehmen über einen zeitlichen Anpassungspfad Gelegenheit gegeben werden müsste, ihre Geschäftsmodelle auf diese geänderte Situation einzustellen.¹¹⁷

5. Entgeltregulierung bei Endkundenleistungen – Genehmigungspflicht für Endkundentarife

153. Während die Endkundentarife für Sprachtelefondienste der marktbeherrschenden DTAG/T-Com nach altem Recht ohne Ausnahme der Genehmigungspflicht unterlagen, sieht das neue Recht eine Ex-ante-Regulierung lediglich noch für diejenigen Ausnahmefälle vor, in denen die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreiber vorauswahl nicht ausreichen, die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen. In einem Verfahren zur Feststellung der Genehmigungspflicht für bestimmte Bündelangebote, welches von der BNetzA am 8. Juni 2004 nach altem Recht entschieden wurde, hatte das VG Köln darüber zu entscheiden, ob die festgestellte Genehmigungspflicht nach dem am 26. Juni 2004 in Kraft getretenen neuen TKG fortbesteht.¹¹⁸ Dabei kam das Gericht zu dem Schluss, dass die Verpflichtung zur Genehmigung der Tarife nicht gemäß § 150 Abs. 1 des neuen TKG wirksam geblieben ist.¹¹⁹ Der nicht anfechtbare Beschluss des VG Köln hat zur Folge, dass die Genehmigungspflicht für Endkundenentgelte von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unmittelbar nach In-Kraft-Treten des neuen TKG entfallen ist. Ein

¹¹⁵ Vgl. ebenda, Tz. 210 ff.

¹¹⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 69.

¹¹⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 222.

¹¹⁸ BNetzA, BK 2a 04/009.

¹¹⁹ VG Köln, 1 L 1832/04, in: MultiMedia und Recht, Jg. 7, 2004, S. 833 ff.

Wiederaufleben ist nur dann möglich, wenn die BNetzA dies im Anschluss an ein Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren rechtmäßig verfügen würde.

154. Die Frage der Genehmigungspflicht nach altem Recht stand in Zweifel, da die DTAG mit einigen seinerzeit neu geschnürten Leistungsbündeln bereits früher genehmigte Anschlussstarife und bereits früher genehmigte Optionstarife mit Hardware-Komponenten wie Telefonen oder Laptops bündelte, die ihrerseits keiner Entgeltregulierung unterlagen. Die BNetzA hatte die Genehmigungspflicht gemäß § 25 Abs. 1 TKG 1996 festgestellt. Das VG Köln verneint – unabhängig von der Frage, ob die Genehmigungspflicht nach altem Recht bestanden hätte – die Fortgeltung nach neuem Recht.

Gemäß § 150 Abs. 1 TKG bleiben die von der BNetzA vor In-Kraft-Treten des neuen TKG getroffenen Feststellungen marktbeherrschender Stellungen sowie die daran anknüpfenden Verpflichtungen wirksam, bis sie durch neue Entscheidungen nach Teil 2 des Gesetzes ersetzt werden. Das gilt auch dann, wenn die Feststellungen marktbeherrschender Stellungen lediglich Bestandteil der Begründung eines Verwaltungsaktes sind. Aus dieser Regel ergebe sich im Umkehrschluss – so das VG Köln –, dass Verpflichtungen, die von ihr nicht erfasst werden, nicht wirksam bleiben sollen. Nach der Begründung zu dem mit § 150 Abs. 1 TKG weitgehend identischen § 148 Abs. 1 TKG-Entwurf diene die Regelung der Umsetzung der europarechtlichen Vorschriften des Art. 27 Rahmenrichtlinie und des Art. 7 Zugangsrichtlinie.¹²⁰ Nach der Übergangsvorschrift des Art. 27 Rahmenrichtlinie erhielten die Mitgliedstaaten alle im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Verpflichtungen nach Art. 7 Zugangsrichtlinie und nach Art. 16 Universaldienstrichtlinie¹²¹ aufrecht, bis eine nationale Regulierungsbehörde gemäß Art. 16 Rahmenrichtlinie über diese Verpflichtungen beschließe. Art. 7 Zugangsrichtlinie bestimme nach altem Recht lediglich Regelungen im Hinblick auf den Zugang und die Zusammenschaltung, also Verpflichtungen, die Vorleistungen und nicht die Genehmigungspflicht von Endkumentarifen betreffen. Art. 16 Universaldienstrichtlinie beziehe sich zwar auf Endnutzertarife für die Bereitstellung des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz und dessen Nutzung, habe allerdings nicht die Genehmigungspflichtigkeit, sondern lediglich Tarifgrundsätze zum Gegenstand. Damit gehöre die Genehmigungspflicht gemäß § 25 Abs. 1 TKG 1996 nicht zu den Verpflichtungen, die nach den europarechtlichen Vorschriften von den Mitgliedstaaten aufrechtzuerhalten seien.

¹²⁰ Vgl. BT-Drs. 15/2316 vom 9. Januar 2004, S. 107.

¹²¹ Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 51.

Zudem würde die Aufrechterhaltung der Genehmigungspflicht nach Auffassung des VG Köln zu einem sachwidrigen Ergebnis führen, da die Ex-ante-Regulierung von Endkundenentgelten nach neuem Recht die Ausnahme und nicht mehr die Regel darstelle. Bei einem Weitergelten würde das vom Gesetzgeber vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt und eine Genehmigungspflicht selbst dann bestehen bleiben, wenn die strengen Anforderungen an die Auferlegung dieser Verpflichtung nach neuem Recht nicht vorlägen.

155. Der Beschluss des VG Köln hat für die Regulierung der Endnutzerentgelte die Folge, dass diese bereits in der Übergangsphase zwischen altem und neuem Recht der nachträglichen Regulierung gemäß § 38 TKG unterliegen. Maßstab ist dabei nicht mehr das strenge Effizienzkriterium des § 31 Abs. 1 TKG, sondern die Vereinbarkeit mit den Maßstäben der Missbrauchsaufsicht gemäß § 28 TKG. Ob der Gesetzgeber einen solch abrupten Übergang wollte, lässt sich aus der Gesetzesbegründung zu dem mit § 150 Abs. 1 TKG weitgehend identischen § 148 Abs. 1 TKG-Entwurf nicht eindeutig herauslesen. Danach enthält die Übergangsvorschrift zwei Vorgaben. Zum einen gilt die Feststellung der Marktbeherrschung fort, woraus folgt, dass in dem neuen TKG enthaltene Eingriffsbefugnisse, die aufgrund beträchtlicher Marktmacht bestehen, bis zum Abschluss eines Marktanalyseverfahrens auch für die „Altfälle“ anwendbar sind.¹²² Darunter fällt die Genehmigungspflicht für Endkundenentgelte nicht. Zum zweiten werden die nach dem alten TKG unmittelbar geltenden und festgestellten Verpflichtungen (unter anderem Zugangs- und Zusammenschaltungsverpflichtungen) und Entscheidungen bezüglich marktbeherrschender Unternehmen für die Übergangsphase ausdrücklich fortgeschrieben.¹²³ § 25 Abs. 1 TKG 1996 regelt die Art der Entgeltregulierung für das Angebot von Übertragungswegen und Sprachtelefondienst. Die Regelung ist keine unmittelbar geltende Verpflichtung des marktbeherrschenden Betreibers und fällt damit auch nicht unter diese Vorgabe.

156. Unabhängig davon, ob die Auslegung des § 150 Abs. 1 TKG durch das VG Köln dem Willen des Gesetzgebers entspricht, geht es in der Sache selbst um eine Interessenabwägung. Dabei spielt die Dauer des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens eine wesentliche Rolle. Auf der einen Seite steht das Interesse der marktbeherrschenden DTAG/T-Com, bereits in der Übergangsphase von einer belastenden Regulierung entbunden zu werden, die gegebenenfalls nach Abschluss des Marktanalyseverfahrens ohnehin entfallen wird. Auf der anderen Seite stehen die Interessen der Wettbewerber, in der Übergangsphase nicht durch den Wegfall der Genehmigungspflicht belastet zu werden, wenn diese nach Abschluss des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens möglicherweise wieder eingesetzt wird. Welches Interesse überwiegt, lässt sich a priori nicht feststellen.

¹²² Vgl. ebenda.

¹²³ Ebenda.

Die Entscheidung des VG Köln hat die Angelegenheit zu Gunsten der DTAG/T-Com geklärt. Für die Regulierungsbehörde erwächst daraus allerdings die Verpflichtung, das Marktanalyseverfahren zu den Märkten 1 bis 6 der Märkteempfehlung der EU möglichst rasch zu Ende zu führen.

6. Missbrauchsaufsicht – sachlich ungerechtfertigte Bündelung

157. Nach § 28 Abs. 1 TKG dürfen Anbieter von Telekommunikationsdiensten oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze mit beträchtlicher Marktmacht ihre Marktstellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich ausnutzen. Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn die Entgelte zu hoch, zu niedrig oder diskriminierend sind, es sei denn, das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kann eine sachliche Rechtfertigung anführen. § 28 Abs. 2 TKG nennt drei Tatbestände, die vermuten lassen, dass bei ihrem Vorliegen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt erheblich beeinträchtigt werden. Es sind dies die wettbewerbswidrige Strategie des Preisdumping, die so genannte Preis-Kosten-Schere und die sachlich ungerechtfertigte Bündelung von Produkten oder Diensten. Bisher gibt es zu § 28 TKG keine nennenswerte Entscheidungspraxis, die Rückschlüsse auf die Anwendung der Norm zulassen würde. Die Regulierungsbehörde hat allerdings im August 2005 Auslegungsgrundsätze zu § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG vorgelegt. Sie will damit einen Beitrag zur Herstellung eines gemeinsamen Verständnisses über den Kern der Bündelproblematik herstellen. Die Monopolkommission begrüßt dies und geht davon aus, dass die BNetzA auch zu den beiden anderen Vermutungstatbeständen des § 28 TKG Auslegungsgrundsätze veröffentlicht.

158. Nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG ist ein Missbrauch der beträchtlichen Marktmacht zu vermuten, wenn ein Unternehmen bei seinem Produktangebot eine sachlich ungerechtfertigte Bündelung vornimmt. Bei der Frage, ob dies der Fall ist, hat die Regulierungsbehörde insbesondere zu prüfen, ob es effizienten Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht möglich ist, das Bündelprodukt zu vergleichbaren Konditionen anzubieten. Die BNetzA analysiert in ihrem Papier die unterschiedlichen Formen der Bündelung in der Telekommunikation und nennt Gründe für die Bündelung sowie potentielle Wettbewerbswirkungen. In weiteren Schritten werden Kriterien für die Nachbildbarkeit von Bündelangeboten durch effiziente Wettbewerber entwickelt und Aussagen über die Nachbildbarkeit von Standardformen von Bündelangeboten gemacht. Die BNetzA weist darauf hin, dass eine umfassende Aufarbeitung der in diesem Zusammenhang relevanten Fragestellungen gegenwärtig noch nicht möglich sei, da die Entwicklung zu umfassenderen Bündelprodukten gehe und die sich dabei herausbildende Angebotsstruktur noch nicht absehbar sei.

Nach Auffassung der Monopolkommission sind vor allem die grundsätzlichen Überlegungen der Behörde zu den gegenwärtigen Standardformen der Bündelung im Telekommunikationsbereich sowie der Versuch, Kriterien für die Nachbildbarkeit von Bündelangeboten zu entwickeln von Interesse. In den Auslegungsgrundsätzen fehlen aus Sicht der Monopolkommission allerdings Aussagen dazu, wie die Behörde die Missbräuchlichkeit der Entgelte von Bündelprodukten feststellen will.

159. Die BNetzA unterscheidet drei Grundformen der Bündelung und ordnet ihnen die Standardformen der bisher praktizierten Bündelangebote zu. In einem zweiten Schritt werden erste Überlegungen dazu angestellt, ob diese Angebote aus „struktureller Sicht“ zu beanstanden sind.

Bei der reinen Bündelung werden zwei Produkte/Dienste A und B nur gemeinsam und nicht getrennt angeboten. Ein Beispiel dafür liefern die alternativen Teilnehmernetzbetreiber, die Anschlussleistungen und Verbindungsleistungen nur gebündelt anbieten. Nach Auffassung der BNetzA ist diese Praxis schon allein deshalb nicht zu beanstanden, weil die alternativen Teilnehmernetzbetreiber aufgrund des Fehlens beträchtlicher Marktmacht nicht der Missbrauchsaufsicht gemäß § 28 TKG unterliegen.

Bei der gemischten Bündelung werden A und B einzeln und als Bündel verkauft. Der Preis für das Bündel liegt unterhalb der Summe der Einzelpreise. Die BNetzA untersucht in ihrem Papier, ob zweiteilige Optionstarife der DTAG/T-Com, wie die herkömmlichen Tarife AktivPlus, T-Net 100 oder T-ISDN XXL den Tatbestand der gemischten Bündelung erfüllen. Kennzeichnend für diese Tarife ist, dass neben der Grundgebühr für den Teilnehmeranschluss ein zusätzliches fixes Entgelt pro Monat zu zahlen ist und dafür die variablen Entgelte pro Verbindungsminute niedriger liegen als beim Einzelvertrieb. Nach Auffassung der BNetzA handelt es sich hierbei nicht um gemischte Bündelung, da das zweite Fixentgelt sachlogisch ein Entgelt für Verbindungsleistungen darstellt, welches die Preisermäßigung bei den variablen Entgelten kompensiert. Dasselbe gelte für die neueren Optionstarife wie „Call XXL Freetime“, bei denen die bisher zwei Fixentgelte für den Anschluss und die Verbindungsleistungen zusammengefasst werden.¹²⁴ Für den Endkunden sei nach wie vor erkennbar, für welchen Preis der Anschluss ohne Verbindungsleistungen zu beziehen ist und welcher Anteil des fixen Entgeltes auf die Verbindungsleistungen entfalle. Auf dieser Grundlage seien alternative Verbindungsnetzbetreiber grundsätzlich in der Lage, mit vergleichbar strukturierten Angeboten für Verbindungsleistungen in Konkurrenz zur DTAG/T-Com zu treten.

¹²⁴ Der Tarif „Call XXL Freetime“ umfasst für ein im Vergleich zu den Standardentgelten für Analog- und ISDN-Anschluss um 14 € (inkl. MwSt.) erhöhtes monatliches Entgelt kostenlose Orts- und Inlandsverbindungen an Wochenenden und in den Nebenzeiten an Werktagen (18.00 Uhr - 7.00 Uhr) sowie ermäßigte Tarife für die übrigen Zeiten.

Bei der einseitigen Bündelung wird die Leistung A einzeln und im Bündel mit B angeboten, während B lediglich im Bündel mit A verkauft wird. Ein Beispiel für einseitige Bündelungen ist die Koppelung des schmalbandigen Anschlusses mit Verbindungsleistungen der DTAG/T-Com. Hier können die Endkunden zwar den Anschluss einzeln, die Verbindungsleistung aber nur in Kombination mit dem Anschluss erwerben. Der Grund dafür liege – so die BNetzA – nicht in einer entsprechenden Vermarktungsstrategie des etablierten Netzbetreibers, sondern darin, dass die alternativen Teilnehmernetzbetreiber nicht dazu verpflichtet sind, ihren Endkunden die Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl zu ermöglichen. Da die DATG/T-Com diese Form der einseitigen Bündelung weder zu verantworten habe noch vermeiden könne, sei diese Praxis im Grundsatz auch nicht als wettbewerbswidrig zu charakterisieren.

160. Das Grundprinzip möglicher Wettbewerbsbehinderungen durch Bündelangebote besteht darin, dass der etablierte Betreiber versucht, seine Marktmacht aus einem Engpassbereich mit wenig oder keinem Wettbewerb auf andere Märkte mit einer höheren Wettbewerbsintensität zu übertragen.¹²⁵ Um dies zu verhindern – so die BNetzA – bestehe eine wesentliche Aufgabe des Regulierers darin, die Nachbildbarkeit von Bündelangeboten eines marktbeherrschenden Unternehmens durch effiziente Wettbewerber herzustellen. Ein Bündelangebot sei dann nachbildbar, wenn die Wettbewerber (i) Zugang zu allen Bestandteilen des Produktbündels haben und (ii) dieser Zugang zu Entgelten ermöglicht wird, die es erlauben, das Bündelangebot zu vergleichbaren Konditionen anzubieten. Gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG komme es allerdings nicht auf die Nachbildbarkeit durch irgendeinen Wettbewerber, sondern auf die Nachbildbarkeit durch *effiziente* Wettbewerber an. Damit stehe die Behörde vor dem Problem, den Referenzmaßstab des „effizienten Wettbewerbers“ zu benennen.

Der effiziente Wettbewerber ist nach Auffassung der BNetzA kein konkretes Unternehmen, sondern ein abstrakter Wettbewerbertyp bzw. das von ihm praktizierte Wettbewerbsmodell. Da der Regulierer nicht zwischen effizienten und ineffizienten Geschäftsmodellen unterscheiden könne, komme die Beurteilung einzelner Unternehmen hinsichtlich ihres erreichten Effizienzgrades nicht in Betracht. Der Regulierer könne lediglich eine abstrakte Einschätzung effizienten Verhaltens vornehmen. Dabei sei die vorgefundene Palette von Geschäftsmodellen als gegeben hinzunehmen. Fraglich sei jedoch, ob ein Wettbewerber mit einem bestimmten Geschäftsmodell (Verbindungsnetzbetreiber) auf die prinzipielle Möglichkeit des Wechsels auf ein anderes Geschäftsmodell (Teilnehmernetzbetreiber) verwiesen werden könne. Die BNetzA lehnt dies ab. Um die Nachbildbarkeit zu gewährleisten, sei es erforderlich, dass ein entsprechendes Bündelangebot, ohne unangemessene zu-

¹²⁵ Zu den Wettbewerbswirkungen von Bündelangeboten vgl. bereits Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 201 ff.

sätzliche wirtschaftliche Risiken einzugehen, im Rahmen des verfolgten Geschäftsmodells angeboten werden könne.

161. Fraglich sei weiterhin, ob den Maßgaben des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG bereits dadurch Rechnung getragen werde, dass die Nachbildbarkeit durch lediglich einen Wettbewerber mit irgendeinem Geschäftsmodell gegeben sei. Die BNetzA verneint dies mit Hinweis auf die Ziele der Regulierung gemäß § 2 Abs. 2 TKG. Danach sind wesentliche Ziele der Regulierung die Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte. Diese Ziele seien nicht erreicht, wenn ein Bündelangebot lediglich durch einzelne effiziente Wettbewerber punktuell nachgebildet werden könne. Für die Nachbildbarkeit eines Bündelangebotes im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG sei es vielmehr erforderlich, dass alternative Angebote flächendeckend und durch eine hinreichend große Anzahl von Wettbewerbern möglich seien. Ungerechtfertigt sei damit etwa ein Bündelangebot, das lediglich durch effiziente Teilnehmernetzbetreiber nachbildbar sei, da diese nicht flächendeckend, sondern lediglich regional begrenzt anbieten können.

162. Die BNetzA macht in ihren Hinweisen zu § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG keine Aussagen dazu, wie sie die Missbräuchlichkeit von Entgelten für Bündelprodukte feststellen will. Grundsätzlich wirft dies besondere Probleme auf, weil die Zuordnung von Gemeinkosten bei Bündelprodukten noch deutlich schwieriger ist als bei ungebündelten Produkten.¹²⁶ Dies gilt um so mehr, wenn die Produkte mehrerer Unternehmen (T-Com, T-Online, T-Mobile) gebündelt werden. Für die Prüfung der Entgelte im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung gilt bekanntlich nicht das strenge Effizienzkriterium des § 31 Abs. 1 und 2 TKG (Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung), sondern die Vereinbarkeit mit den Maßstäben des § 28 Abs. 1 TKG. Danach sind Entgelte unter anderem missbräuchlich, wenn sie die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt beeinträchtigen. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG legt nahe, dass es dabei nicht um die Wettbewerbsmöglichkeiten irgendwelcher Unternehmen geht, sondern um die Wettbewerbsmöglichkeiten *effizienter* Wettbewerber. Diese müssen in der Lage sein, das Bündelangebot des marktbeherrschenden Unternehmens zu vergleichbaren Konditionen anzubieten.¹²⁷ Der BNetzA ist daher zuzustimmen, wenn sie der Definition des effizienten Wettbewerbers eine wesentliche Bedeutung für die Prüfung der Missbräuchlichkeit von Bündelangeboten zumisst. Diese Definition kann aber nicht, wie in den Hinweisen der BNetzA, im Abstrakten verharren, sondern muss hinreichend konkret sein, um damit über die Missbräuchlichkeit der Entgelte für ein bestimmtes Bündelangebot zu entscheiden.

¹²⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten³³, a.a.O., Tz. 202.

¹²⁷ Siehe dazu auch die Begründung zu dem mit § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG bis auf die Wörter „sachlich ungerechtfertigte“ statt „unangemessene“ identischen § 26 Abs. 2 Nr. 3 TKG-Entwurf, BT-Drs. 15/2316 vom 9. Januar 2004, S. 67.

Nach dem TKG untersagt die BNetzA ein Entgelt im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung, wenn es „offenkundig“ nicht mit den Maßstäben des § 28 TKG vereinbar ist. Dabei entscheidet sie innerhalb einer Frist von zwei Wochen. Zu einer tiefer gehenden zweimonatigen Prüfung nach dem Vergleichsmarktkonzept oder – nachrangig – durch eine Kostenprüfung kommt es nur dann, wenn die Entgelte offenkundig nicht mit den Maßstäben des § 28 vereinbar sind. Für den Fall, dass eine Kostenprüfung notwendig wird, lässt das TKG offen, ob die Kosten des Unternehmens oder die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu prüfen sind.

V. Grundsätzliche Fragen der Regulierung

1. Dauer und Reihenfolge der Marktuntersuchungen

163. In der Regulierungspraxis zeigt sich zunächst, dass die Umsetzung der §§ 10 und 11 TKG außerordentlich langwierig ist. Das ist sowohl rechtlich als auch sachlich problematisch. Nach § 10 Abs. 1 TKG legt die BNetzA erstmals „unverzüglich“ nach In-Kraft-Treten des Gesetzes sachlich und räumlich relevante Telekommunikationsmärkte fest, die für eine Regulierung in Betracht kommen. Auch das Gemeinschaftsrecht – Art. 16 Rahmenrichtlinie – schreibt vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden die Analyse der relevanten Märkte „sobald wie möglich“ nach Verabschiedung der Empfehlung oder deren Aktualisierung durchführen. Die Märkteempfehlung der Europäischen Kommission stammt vom 11. Februar 2003, das TKG trat am 26. Juni 2004 in Kraft. Dies bedeutet, dass zweieinhalb Jahre nach der Veröffentlichung der Märkteempfehlung und gut ein Jahr nach In-Kraft-Treten des novellierten TKG lediglich für vier von 18 Märkten endgültig feststeht, dass und wie sektorspezifisch reguliert wird. Derart lange Zeiträume lassen sich nach Auffassung der Monopolkommission mit den gesetzlichen Vorgaben der „unverzüglichen“ Festlegung bzw. einer „sobald wie möglichen“ Durchführung kaum vereinbaren. Im Übrigen wird die in einem Zweijahresrhythmus vorgesehene Überarbeitung der Kommissionsempfehlung illusorisch, wenn die Verfahren der BNetzA so lange dauern.

164. In der Sache folgen aus der verzögerten Umsetzung der §§ 10 und 11 TKG Rechtsunsicherheiten für die Marktteilnehmer und in deren Folge eine Investitionszurückhaltung. Soweit es sich um Märkte handelt, die bisher bereits reguliert wurden und in denen befristet geltende Regulierungsverfügungen nach dem alten TKG auslaufen, schreibt die BNetzA die bisherige Regulierung nach altem Recht im Rahmen von vorläufigen Regulierungsverfügungen gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG fort. Diese Praxis wiederum ist vom VG Köln in einem Fall nicht akzeptiert worden. Ein weiteres Verfahren in dieser Sache konnte dadurch vermieden werden, dass sich die DTAG im Rahmen einer freiwilligen Vereinbarung gegenüber der BNetzA dazu verpflichtet hat, die Vorgaben der gescheiterten Verfügung freiwillig bis zum Erlass einer regulären Regulierungsverfügung aufrechtzuerhalten. Soweit es sich um bisher nicht regulierte Märkte handelt, wie etwa im Bereich des Mobilfunks, entstehen gegebenenfalls Regulierungslücken, die zu Lasten von Wettbewerbern oder Verbrauchern gehen.

165. Ein möglicher Grund für die Verzögerungen bei der Marktanalyse kann das komplizierte Verfahren mit weit reichenden Beteiligungsrechten auf nationaler und europäischer Ebene sein. Die DTAG hat in ihrer Stellungnahme zur Amtspraxis der BNetzA gegenüber der Monopolkommission

15 Verfahrensschritte aufgezählt, die notwendig sind, um zu einer endgültigen Regulierungsverfügung zu gelangen:

- (1) Marktdatenabfrage an Marktteilnehmer verschicken;
- (2) Auswertung der Antworten der Marktteilnehmer;
- (3) Erstellung eines Entwurfs einer Marktanalyse und Veröffentlichung zur nationalen Kommentierung;
- (4) Auswertung und Veröffentlichung eingegangener Stellungnahmen;
- (5) Herstellung von Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt;
- (6) Notifizierung des gegebenenfalls überarbeiteten Entwurfs der Marktanalyse bei der EU-Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden;
- (7) die Kommission kommentiert den Entwurf ohne ernsthafte Bedenken oder kommentiert ihn mit ernsthaften Bedenken und leitet ein „Phase-II-Verfahren“ ein;
- (8) wenn die Kommission keine ernsthaften Bedenken hat, kündigt die BNetzA den potentiellen Adressaten Eckpunkte einer Regulierungsverfügung an; bestehen ernsthafte Bedenken und können diese nicht ausgeräumt werden, legt die Kommission ihr Veto gegen den Entwurf der Marktanalyse ein; die BNetzA muss zurück zu Schritt 3 oder sie informiert den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, der gegebenenfalls rechtliche Schritte gegen das Veto der Kommission einlegt;
- (9) Erstellung und Veröffentlichung des Entwurfs einer Regulierungsverfügung zur nationalen Kommentierung;
- (10) Durchführung einer öffentlichen mündlichen Anhörung;
- (11) Auswertung und Veröffentlichung der eingegangenen Stellungnahmen;
- (12) Herstellung von Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt;
- (13) Notifizierung des Entwurfs einer Regulierungsverfügung bei der EU-Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden;
- (14) Kommentierung des Entwurfs einer Regulierungsverfügung durch die EU-Kommission und gegebenenfalls andere nationale Regulierungsbehörden;
- (15) Veröffentlichung der endgültigen Regulierungsverfügung.

166. Für einen Teil der Verfahrensschritte gibt es gesetzliche oder durch die BNetzA festgelegte Fristen. So müssen die Stellungnahmen interessierter Parteien zu den Entwürfen von Marktanalyse und Regulierungsverfügung jeweils innerhalb von einem Monat bei der BNetzA eingehen. Ebenfalls zeitlich befristet ist die Dauer des Konsultationsverfahrens mit der Europäischen Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden. Bei anderen Schritten, wie etwa der Herstellung

des Einvernehmens mit dem Bundeskartellamt, gibt es keine festgelegten Fristen. Die bisherigen Erfahrungen zeigen jedoch, dass weder das Konsolidierungsverfahren auf europäischer Ebene noch die Herstellung des Einvernehmens mit dem Bundeskartellamt besonders zeitaufwendig sind, sondern eher in kurzen Fristen von wenigen Wochen oder sogar Tagen absolviert werden. Zeitaufwendig ist dagegen das nationale Konsultationsverfahren. Hier fallen neben den Fristen für die Stellungnahmen die Auswertung der Stellungnahmen und ihre Veröffentlichung sowie die gegebenenfalls notwendige Überarbeitung der Entwürfe ins Gewicht.

167. Ein wichtiger Grund für Zeitverzögerungen ist die im TKG festgelegte, im europäischen Vergleich jedoch einmalige Trennung von Marktanalyse und Regulierungsverfügung. Das Motiv für diese Trennung ist darin zu sehen, dass die Ergebnisse der Marktanalyse dem Veto-Recht der Europäischen Kommission unterliegen, die Verfügung konkreter Regulierungsmaßnahmen jedoch nicht. Die Zusammenfassung von Marktanalyse und der Verfügung von Regulierungsmaßnahmen hieße, das Veto-Recht der Kommission auf die Maßnahmenebene auszudehnen. Der deutsche Gesetzgeber hat dies nicht gewollt. Die Zeitverzögerungen durch die Trennung von Marktanalyse und Regulierungsverfügung entstehen, weil die Regulierungsverfügung der Marktanalyse zeitlich nachgelagert ist, dann aber wiederum dieselben zeitaufwendigen Verfahrensschritte, einschließlich des kompletten Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens, durchläuft. Im Ergebnis bedeutet die Trennung, dass sich der zeitliche Umfang des Verfahrens verdoppeln kann. Im Fall des Marktes für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (Markt 11 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission) dauerte es von der Veröffentlichung des Entwurfs der Marktanalyse bis zu dem endgültigen Erlass des einheitlichen Verwaltungsaktes unter Einschluss der Regulierungsverfügung acht Monate (11. August 2004 bis 20. April 2005). Dabei entfielen auf die beiden Verfahren Marktanalyse und Regulierungsverfügung jeweils etwa vier Monate. Hinzu kommt ein Mehr an Rechtsunsicherheiten bei den betroffenen Unternehmen, da diese nach Abschluss der Marktanalyse zwar wissen, dass ihnen Regulierung droht, nicht aber, welcher Art von Regulierung sie zukünftig ausgesetzt sein werden. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte der Gesetzgeber diese Praxis überdenken. Bisher spricht nichts dafür, dass der Vorteil, die Regulierungsverfügung aus dem Veto-Verfahren herauszuhalten, die Nachteile entstehender Zeitverzögerungen und zusätzlicher Rechtsunsicherheiten überwiegt. Zum einen darf die Europäische Kommission auch bei einer Zusammenlegung der Verfahren kein Veto gegen die Regulierungsverfügung einlegen. Zum anderen ist die möglichst rasche Herstellung von Rechtssicherheit nicht nur im Hinblick auf die Wettbewerbsentwicklung in den Telekommunikationsmärkten essentiell, sondern auch nach europäischem und nationalem Recht geboten. Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesregierung nachdrücklich,

die verfahrensmäßige Trennung von Marktanalyse und Regulierungsverfügung im Rahmen der nächsten anstehenden TKG-Novellierung rückgängig zu machen.

168. Zeitverzögerungen entstehen vor allem bei den Verfahrensschritten, die keiner zeitlichen Reglementierung unterliegen. Dies gilt insbesondere für die Phase bis zu der Veröffentlichung des Entwurfs einer Marktanalyse zur nationalen Kommentierung. Mehr als ein Jahr nach In-Kraft-Treten des TKG liegen für sechs von 18 Märkten immer noch keine Entwürfe zur Marktanalyse vor. Die Gründe für diese Verzögerungen sind unklar. Denkbar ist, dass es der BNetzA an den notwendigen personellen Ressourcen fehlt, um mehrere Marktanalyseverfahren parallel voranzutreiben. Denkbar ist auch, dass für die Verzögerungen organisatorische Gründe ausschlaggebend sind. Nach § 132 Abs. 4 TKG werden sämtlich Festlegungen gemäß §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer getroffen, die aus dem Präsidenten und den beiden Vizepräsidenten gebildet wird. Gerade diese Personen dürften aber in Zeiten, in denen der Behörde viele neue Aufgaben zuwachsen, die zu weitreichenden innerbehördlichen Um- und Neustrukturierungen führen, ohnehin überaus stark belastet sein. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Konzentration aller wichtigen Regulierungsentscheidungen auf die Präsidentenkammer ohnehin problematisch, da auf diese Weise die Gefahr der politischen Einflussnahme auf die Regulierungsentscheidungen wächst.¹²⁸ Als Begründung für die Kompetenzzuweisung an die Präsidentenkammer nennt das TKG die Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis. Die Amtspraxis des Bundeskartellamtes, in dem es keine Präsidentenkammer gibt und das immerhin aus elf unabhängigen Beschlussabteilungen besteht, beweist, dass die Einheitlichkeit der Spruchpraxis auch anders gewährleistet werden kann.

169. Ein weiteres Problem der Marktanalyse gemäß §§ 10 und 11 TKG sehen die Marktteilnehmer in der Reihenfolge, in der die Märkte der EU-Empfehlung aufgegriffen werden. Die BNetzA bearbeitet die 18 Märkte der EU-Empfehlung sukzessive. Bei einem solchen Vorgehen bleiben die einen Märkte länger, andere Märkte kürzer von der Regulierung ausgenommen bzw. der Unsicherheit über eine mögliche Regulierung ausgesetzt. So beklagten alternative Anbieter aus dem Festnetzbereich gegenüber der Monopolkommission, dass insbesondere die Märkte des Mobilfunks von der BNetzA nur zögerlich aufgegriffen werden. Speziell die fehlende Regulierung der Terminierungsmärkte sichere den Mobilfunknetzbetreibern Monopolgewinne in erheblichen Größenordnungen. Ähnliches gilt für den Markt für Auslands-Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen.

Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass die Reihenfolge, in der die BNetzA die Märkte analysiert und gegebenenfalls einer Regulierung zuführt, diskussionswürdig ist. Bei der Vielzahl der zu analysierenden Märkte ist es zwar klar, dass irgendeine Art von Prioritätensetzung erforder-

¹²⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 49 ff.

lich ist. Diese kann darin bestehen, dass zunächst diejenigen Märkte aufgegriffen werden, in denen die wenigsten Probleme beim Drei-Kriterien-Test und bei der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht zu erwarten sind. Ein solches Vorgehen ließe sich damit begründen, dass bei diesen Märkten schnelle Entscheidungen erwartet werden können. Ebenso wäre es möglich, zunächst diejenigen Märkte abzuarbeiten, bei denen bisher noch keine Regulierung besteht, um hier möglichst schnell Rechtssicherheit darüber herzustellen, ob und wie in Zukunft zu regulieren sein wird. Auch für andere Verfahrensweisen mag es gute Begründungen geben. Die Monopolkommission bevorzugt keine der genannten Vorgehensweisen, spricht sich aber dafür aus, dass die BNetzA ihre Prioritäten bei der Bearbeitung der Marktanalyseverfahren aufdeckt und gegebenenfalls begründet.

2. Marktabgrenzung und beträchtliche Marktmacht

170. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem Gutachten zur Reform des Telekommunikationsgesetzes darauf hingewiesen, dass das Verfahren der Marktdefinition und der Marktanalyse gemäß §§ 10 und 11 TKG in konzeptioneller Hinsicht eine Reihe von Fragen aufwirft.¹²⁹ Ein Problem betrifft das Verhältnis von Marktdefinition und Marktanalyse. Unklar ist zudem, wie sich der telekommunikationsrechtliche Begriff der „beträchtlichen Marktmacht“ zu dem wettbewerbsrechtlichen Begriff der „Marktbeherrschung“ im Sinne von Art. 82 EGV bzw. § 19 GWB verhält. Diese Fragen sind letztlich entscheidend dafür, welche Deregulierungsstrategie verfolgt wird, ob sich die Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG auf „Bereiche“ im Sinne des Telekommunikationsrechts oder auf „Märkte“ im Sinne des Wettbewerbsrechts bezieht.

Wie nach dem alten TKG aus dem Jahre 1996, welches eine Entlassung aus der Regulierung nach dem Erreichen funktionsfähigen Wettbewerbs durch Gesetzesänderung und durch die Feststellung fehlender Marktbeherrschung zuließ, gibt es auch nach neuem Recht zwei Möglichkeiten, wie ein Markt der sektorspezifischen Regulierung entzogen werden kann: (i) Er steht nicht auf der Liste der zur regulierenden Märkte gemäß § 10 TKG oder (ii) er steht zwar auf der Liste der zu regulierenden Märkte, nach den Feststellungen der BNetzA fehlt es auf diesem Markt aber an beträchtlicher Marktmacht. Ein wesentliches Kriterium für die Aufnahme eines Marktes in die Liste der zu regulierenden Märkte ist gemäß § 10 Abs. 2 TKG das Fehlen einer längerfristigen Tendenz zu wirksamem Wettbewerb. Konzeptionell steht damit das Problem im Raum, wie nach § 10 TKG für einen Markt entschieden werden kann, ob er längerfristig zu wirksamem Wettbewerb tendiert oder nicht, ohne dass man bereits die erst für Stufe zwei des Verfahrens vorgesehene Marktanalyse gemäß § 11 TKG durchgeführt hätte.

¹²⁹ Vgl. dazu bereits Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 14 ff.

171. Ein weiteres Problem liegt bei der Marktabgrenzung. Die Festlegung der sachlich und räumlich relevanten Märkte, die gemäß § 10 TKG für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen, soll im Grundsatz in Übereinstimmung mit dem Wettbewerbsrecht definiert sein. Dies bedeutet, dass die Marktabgrenzung nach den Verfahren des Wettbewerbsrechts und nach den dort gebräuchlichen ökonomischen Kriterien erfolgt.¹³⁰ Die Märkte, die nach der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen und die von den nationalen Regulierungsbehörden weitestgehend zu beachten sind, erfüllen diese Voraussetzung nicht durchgehend. In vielen Fällen sind sie deutlich weiter abgegrenzt, als dies nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien der Fall wäre. Die Empfehlung selbst spricht auch nicht von Märkten, sondern von „Marktbereichen“, die – entsprechend ihrer Nachfragecharakteristika – auch aus einer Anzahl getrennter Einzelmärkte bestehen können.¹³¹ Auch hier stellt sich ein konzeptionelles Problem: Wie kann für einen Markt, der nicht nach den Kriterien und Verfahren des Wettbewerbsrechts abgegrenzt ist, eine wettbewerbsrechtliche Analyse im Hinblick auf das Bestehen wirksamen Wettbewerbs durchgeführt werden?

172. Zu konzeptionellen Problemen führt auch die Gleichsetzung des telekommunikationsrechtlichen Begriffs der „beträchtlichen Marktmacht“ mit dem wettbewerbsrechtlichen Begriff der „Marktbeherrschung“. Die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und zur beträchtlichen Marktmacht führen aus, es handle sich bei der beträchtlichen Marktmacht grundsätzlich um dasselbe wie bei der Marktbeherrschung gemäß Art. 82 EGV, in Anbetracht der Verschiedenheit des Kontextes jedoch auch wiederum nicht um dasselbe.¹³² Die Begründung zu § 11 TKG spricht davon, dass der telekommunikationsrechtliche Begriff der beträchtlichen Marktmacht an den Marktbeherrschungsbegriff des allgemeinen europäischen Wettbewerbsrechts „angelehnt“ sei.¹³³ Was dies bedeutet, bleibt letztlich unklar. Die Frage ist dennoch von grundsätzlicher Bedeutung. Sie wird spätestens dann relevant, wenn die Marktanalyse gemäß § 11 TKG das Bestehen beträchtlicher Marktmacht verneint, die wettbewerbsrechtliche Analyse gemäß § 19 GWB aber das Vorliegen von Marktbeherrschung feststellt und somit die kartellbehördliche Missbrauchsaufsicht greift. Dies ist bereits deshalb nicht ausgeschlossen, weil die Kriterien der Marktbeherrschung nach europäischem und nach deutschem Wettbewerbsrecht nicht vollständig übereinstimmen. Zwar orientiert sich die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EGV und § 19 Abs. 2 Nr. 2

¹³⁰ Die wichtigsten Kriterien der Marktabgrenzung sind die Austauschbarkeit eines Produktes oder Dienstes aus der Sicht der Nachfrager, die Angebotsumstellungsflexibilität der Anbieter sowie die Wirksamkeit potentiellen Wettbewerbs. Standardverfahren zur Abgrenzung sachlich relevanter Märkte sind das Bedarfsmarktkonzept und der hypothetische Monopolistentest.

¹³¹ Empfehlung der Kommission vom 11. Februar ..., a.a.O., Rn 3; vgl. den Anhang zu diesem Gutachten.

¹³² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 18.

¹³³ BT-Drs. 15/2316 vom 9. Januar 2004, S. 62.

GWB übereinstimmend im Wesentlichen an markt- und unternehmensbezogenen Strukturkriterien, wobei der Marktanteil eine herausragende Rolle spielt. Die Höhe des Marktanteils, ab dem von Marktbeherrschung auszugehen ist, unterscheidet sich jedoch. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH liefern Marktanteile ab 50 % ohne weiteres – d.h. von besonderen Umständen abgesehen – den Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Nach § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB liegt diese Vermutungsschwelle für die Marktbeherrschung durch ein Unternehmen bereits bei einem Marktanteil von einem Drittel.

173. Wie ist vor diesem Hintergrund mit der Möglichkeit der Deregulierung umzugehen? Die Monopolkommission hat in ihrem Gutachten zur Telekommunikationsreform bereits darauf hingewiesen, dass die nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien und Verfahren festgestellte Marktbeherrschung als Auslöser für die sektorspezifische Regulierung problematisch ist.¹³⁴ Dies liegt daran, dass die Feststellung von Marktbeherrschung eine möglichst sachgerechte Marktabgrenzung voraussetzt. Das wiederum ist allein schon deshalb schwierig, weil der Marktabgrenzung immer eine gewisse Willkür anhaftet. Im Wettbewerbsrecht kann man damit leben, weil es dort um punktuell zu treffende Entscheidungen, nämlich das Verbot des Missbrauchs oder die Untersagung einer Fusion, geht und kein besseres Verfahren zur Verfügung steht. Die Inzidenz eines Regulierungsregimes davon abhängig zu machen, ist demgegenüber problematisch.

Die Monopolkommission hat sich in ihren bisherigen Gutachten auch stets dafür ausgesprochen, Regulierung und Deregulierung wegen der Interdependenz der Telekommunikationsmärkte und der Kohärenz des Ordnungsrahmens für die Branche insgesamt auf marktübergreifende Funktionsbereiche und nicht auf Märkte im Sinne des Wettbewerbsrechts zu beziehen.¹³⁵ Soweit die Festlegung der sachlich und räumlich relevanten Märkte, die gemäß § 10 TKG für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht komme, in Übereinstimmung mit dem Wettbewerbsrecht definiert werden, ist dies nicht mehr gewährleistet. Nach Auffassung der Monopolkommission muss die BNetzA in der Anwendung des im Sinne des Wettbewerbsrechts definierten Begriffs der beträchtlichen Marktmacht für die Zwecke der Telekommunikationsregulierung dem Unterschied der Normzwecke Rechnung tragen.

3. Konsistenzgebot

174. Die Entscheidungspraxis der BNetzA im Bereich der Entgeltregulierung war in den vergangenen Jahren nicht frei von *Inkonsistenzen*. Die Monopolkommission hat die relevanten Fälle in ihrem

¹³⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 23 f.

¹³⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 38 ff; dies., Sondergutachten 39, a.a.O. Tz. 14 ff.

letzten Sondergutachten gemäß § 81 Abs. 3 TKG 1996 diskutiert.¹³⁶ Mit § 27 Abs. 2 wurde in das neue TKG eine Regelung aufgenommen, nach der die Regulierungsbehörde ausdrücklich zu einer konsistenten Entgeltregulierung verpflichtet ist. Danach hat die Behörde darauf zu achten, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind. Dies gilt in zeitlicher und in inhaltlicher Hinsicht sowie im Hinblick darauf, ob die jeweiligen Entgeltregulierungsmaßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen des § 2 Abs. 2 TKG stehen. Die BNetzA hat bisher kein Konzept vorgelegt, auf welche Weise sie dem Konsistenzgebot des TKG Rechnung tragen will. Dies betrifft die inhaltliche und zeitliche Ausgestaltung der Entgeltregulierung ebenso wie die Frage der organisatorischen Sicherstellung einer konsistenten Regulierungspraxis innerhalb der Behörde. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte die BNetzA den Rahmen für die Umsetzung des Konsistenzgebotes in Form von Auslegungsgrundsätzen transparent machen. Dies würde bestehende Rechtsunsicherheiten verringern.

175. Die *inhaltliche Abstimmung* der Entgeltregulierung zielt auf die Vermeidung von regulierungsbedingten Wettbewerbsverzerrungen. In vertikaler Hinsicht meint dies in erster Linie die Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren, die darin bestehen, dass die Spanne zwischen dem Vorleistungs- und dem Endkundenentgelt des Anbieters mit beträchtlicher Marktmacht nicht ausreicht, damit ein effizienter Wettbewerber auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals erzielen kann.¹³⁷ Die BNetzA hat in der Vergangenheit versucht, Preis-Kosten-Scheren durch die so genannte IC+25-%-Regel zu vermeiden. Danach waren Endkundenentgelte der DTAG genehmigungsfähig, wenn sie 25 % über den Entgelten der für die Erbringung der Endkundenleistung notwendigen Zusammenschaltungsleistungen lagen. Diese Methode wirft in mehrfacher Hinsicht Probleme auf. Sie ist erstens ungenau im Hinblick auf die Höhe der Kosten der Einzelhandelsstufe, da sie in aller Regel nicht das Ergebnis einer systematischen Kostenanalyse ist. Zweitens bleiben dabei etwaige Unterschiede bei den Kosten verschiedener Dienste unberücksichtigt, obwohl wenig dafür spricht, dass die Einzelhandelskosten verschiedener Dienste als Prozentsatz der Vorleistungskosten jeweils gleich hoch sind. Ebenso bleibt außer Acht, dass sich Kosten über die Zeit, etwa durch die Nutzung von Größen- und Verbundvorteilen, verändern. Nach Auffassung der Monopolkommission ist daher die IC+25-%-Regel mit dem Konsistenzgebot des § 27 Abs. 2 TKG nur schwer vereinbar.

Vorzugswürdig wäre grundsätzlich eine einzelfallbezogene Kostenprüfung, die allerdings eine genaue Kenntnis der Kosten auf den einzelnen Wertschöpfungsstufen verlangt. Alternativ dazu wäre ein Top-down-Ansatz vorstellbar, der ausgehend von den Gesamtkosten des Unternehmens die

¹³⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 142 ff.

¹³⁷ Gesetzesbegründung zu § 25 Abs. 2 (verabschiedet als § 27 Abs. 2), BT-Drs. 15/2316 vom 9. Januar 2004, S. 67.

Kosten der einzelnen Wertschöpfungsstufen mit Hilfe analytischer Kostenmodelle kalkuliert. Die Monopolkommission verkennt jedoch nicht, dass beide Formen der einzelfallbezogenen Kostenermittlung mit einem erheblichen Regulierungsaufwand verbunden sind. Der Vorteil einer Pauschalregelung, wie der IC+25%-Regel, besteht darin, dass die Kosten der Regulierung im Vergleich zu einer einzelfallbezogenen Kostenprüfung erheblich geringer sind. Die Monopolkommission plädiert vor diesem Hintergrund dafür, bei der Umsetzung des Konsistenzgebotes auch Kosten-Nutzen-Überlegungen zu berücksichtigen. Dabei kann sich durchaus ergeben, dass der Nutzen einer einzelfallbezogenen Kostenprüfung geringer ist als deren Kosten. In dem Fall wäre eine Pauschalregelung vorzuziehen.

176. Die Monopolkommission hat bereits früher auf den Zusammenhang zwischen vertikaler Inkonsistenz in Form der Preis-Kosten-Schere und dem Nebeneinander von verschiedenen Formen der Entgeltregulierung hingewiesen.¹³⁸ Dies betrifft das Verhältnis von Price-Cap-Regulierung und Einzelpreisgenehmigungsverfahren ebenso wie das Nebeneinander der präventiven Entgeltregulierung nach dem Effizienzmaßstab des § 31 Abs. 1 TKG und der nachträglichen Entgeltregulierung nach den Maßstäben des § 28 TKG für die Missbrauchsaufsicht.

Eine Inkonsistenz in Form der Preis-Kosten-Schere ergab sich in der Vergangenheit bei der Anwendung der Einzelpreisgenehmigung auf der Vorleistungsebene und der Price-Cap-Regulierung bei den Endkundenentgelten. Im Verhältnis des Vorleistungsentgeltes für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung und dem Endkundenentgelt für den analogen Teilnehmeranschluss ergab sich die Inkonsistenz zwar daraus, dass die Ausgangsbasis für die Anwendung des Price-Cap-Verfahrens bei den Endkundenentgelten aus historischen Gründen weit von den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entfernt war.¹³⁹ Damit verbunden war aber auch das grundsätzliche Problem, dass das Price-Cap-Verfahren von einem anderen Begriff der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ausgeht als das Verfahren der Einzelpreisgenehmigung. Bei der Einzelpreisgenehmigung werden Fixkosten und Gemeinkosten den einzelnen Leistungen nach einem vorgegebenen Schlüssel zugeordnet, beim Price-Cap-Verfahren bleibt diese Zuordnung – vom konzeptionellen Ansatz her – den Unternehmen überlassen. Eine Inkonsistenz von Zugangsentgelten und Endkundenentgelten kann auftreten, wenn die Anwendung zu unterschiedlichen Zuschlägen für Fix- und Gemeinkosten auf der Vorleistungs- und Endkundenebene führt.

177. Ein vergleichbares Problem stellt sich, wenn Vorleistungsentgelte der präventiven Entgeltregulierung nach § 31 Abs. 1 TKG und zugehörige Endkundenentgelte der nachträglichen Entgeltregulierung

¹³⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 65.

¹³⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 181.

lierung gemäß § 38 Abs. 1 TKG unterliegen.¹⁴⁰ Während § 31 Abs. 1 TKG auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung abstellt, verweist § 38 Abs. 1 TKG für die nachträgliche Prüfung der Entgelte auf § 28 TKG. Die Begründung zu dem mit § 28 identischen § 26 TKG-Entwurf sagt jedoch ausdrücklich, dass eine Prüfung im Wege der Vergleichsmarktbetrachtung gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG erfolgen soll und nicht nach dem Effizienzkriterium der Ex-ante-Regulierung. Eine Kostenprüfung kann lediglich „nachrangig“ durchgeführt werden, wobei zudem noch unklar ist, ob dabei die „Kosten des Unternehmens“ oder die die „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ gemeint sind. Selbst wenn die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zugrunde gelegt werden können, bleibt dies in der Praxis ohne Wirkung, da die Regulierungsbehörde über einen „offenkundigen“ Verstoß gegen die Maßstäbe des § 28 TKG innerhalb von zwei Wochen entscheiden muss. Detaillierte Kostenunterlagen stehen ihr dabei nicht zur Verfügung. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung würden sich bei einer solchen Prüfung überhaupt nicht ermitteln lassen.

Um Inkonsistenzen, die sich aus der Anwendung unterschiedlicher Maßstäbe bei der Ex-ante- und der Ex-post-Regulierung der Entgelte ergeben, zu vermeiden, hat sich die Monopolkommission bei der Diskussion des TKG-Entwurfs dafür ausgesprochen, auch im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung auf dasselbe Kriterium wie bei der Entgeltgenehmigung abzustellen.¹⁴¹ Der Gesetzgeber ist dem nicht gefolgt. Damit liegt es nun bei der Regulierungsbehörde, für Konsistenz zum einen bei der Zuordnung von Fix- und Gemeinkosten und zum anderen bei den Maßstäben der Entgeltregulierung zu sorgen. Wo dies aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist, sollte mindestens für Transparenz im Umgang mit dieser Problematik gesorgt werden.

178. In horizontaler Hinsicht geht es bei der inhaltlichen Abstimmung zur Gewährleistung konsistenter Entgelte um das Nebeneinander verschiedener – etwa infrastrukturbasierter und dienstebasierter – Geschäftsmodelle. So können Wettbewerbsverzerrungen auftreten, wenn die Vorleistungsentgelte für konkurrierende Geschäftsmodelle methodisch unterschiedlich reguliert werden. Werden etwa die Entgelte für Resale-Produkte nach der Methode des Retail minus reguliert, während die Entgelte für alternative Vorleistungsprodukte, wie Line Sharing oder den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, gemäß den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bestimmt werden, führt dies zu Inkonsistenzen, wenn die Endkundenentgelte des Incumbent als Ausgangspunkt für die Ermittlung des Großhandelsrabatts für das Resale-Produkt nicht den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Liegt der Preis der Endkundenleistung oberhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, ergibt sich eine Wettbewerbsverzerrung zu Lasten

¹⁴⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 81.

¹⁴¹ Ebenda.

des auf Resale aufbauenden Geschäftsmodells. Umgekehrt ergibt sich eine Wettbewerbsverzerrung zu Gunsten des Geschäftsmodells Resale, wenn das Endkundenentgelt des Incumbent unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegt.

179. Solche Inkonsistenzen lassen sich letztlich nur vermeiden, wenn die Entgelte für die Vorleistungen verschiedener, miteinander konkurrierender Geschäftsmodelle nach *derselben Methode* reguliert werden.¹⁴² Das TKG lässt das nicht zu, soweit Resale als alternative Vorleistung in Frage kommt. Gemäß § 30 Abs. 5 TKG ergeben sich die Resale-Entgelte aus einem Abschlag auf den Endnutzerpreis, der einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglicht (Retail minus). Daher ist es für die Beachtung des Konsistenzgebotes um so wichtiger, dass das Endkundenentgelt, von dem ausgehend der Großhandelsrabatt für das Resale-Produkt ermittelt wird, den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entspricht. Gemäß § 39 Abs. 1 TKG können Endnutzerleistungen jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen der präventiven Entgeltregulierung nach dem Effizienzmaßstab des § 31 Abs. 1 TKG unterstellt werden. Damit steht auch der Gesetzgeber in der Verantwortung, den Rechtsrahmen für die Entgeltregulierung so zu gestalten, dass nicht das Gesetz selber der Einhaltung des Konsistenzgebotes entgegensteht.

180. Inkonsistenzen können auch dann auftreten, wenn innerhalb derselben Methodik die Kostenermittlung mit unterschiedlichen Instrumenten erfolgt.¹⁴³ Werden etwa die Entgelte für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung und die Entgelte für die Zusammenschaltung zwar jeweils auf der Basis der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung reguliert, einmal jedoch auf der Grundlage eines analytischen Kostenmodells und einmal auf der Grundlage eines internationalen Tarifvergleichs, sind Wettbewerbsverzerrungen zwischen Teilnehmernetzbetreibern und Verbindungsnetzbetreibern kaum zu vermeiden.

Die BNetzA sieht dies anders. In ihrer jüngsten Entscheidung zu den Entgelten für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (Miete der Teilnehmeranschlussleitung) vom 28. April 2005 stellt die Regulierungsbehörde fest, dass sich eine *Verpflichtung zur Methodenkonsistenz* aus § 27 Abs. 2 TKG nicht herleiten lasse.¹⁴⁴ Insbesondere folge aus dem Konsistenzgebot des TKG nicht, dass die Methode der Ermittlung von Entgelten einheitlich und entscheidungsübergreifend erfolgen müsse und dass die Entgelte zur Miete der Teilnehmeranschlussleitung deshalb auf der Grundlage einer internationalen Vergleichsmarktbetrachtung zu genehmigen seien, weil auch die Verbindungsentgelte für die Netzzusammenschaltung auf der Grundlage eines internationalen Tarif-

¹⁴² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 147.

¹⁴³ Vgl. ebenda, Tz. 148.

¹⁴⁴ Vgl. Tz. 144 in diesem Gutachten.

vergleichs genehmigt worden seien. Die Entscheidung, ob ein Entgelt im Falle mangelhafter Kostenunterlagen aufgrund einer Vergleichsmarktbetrachtung oder aufgrund eines Kostenmodells genehmigt werden, stehe gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG im Ermessen der Beschlusskammer. Im Rahmen der Ausübung dieses Ermessens habe die Beschlusskammer maßgeblich zu berücksichtigen, welche Methode am besten geeignet ist, die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Einzelfall zu bestimmen.

181. Was genau der Gesetzgeber unter einer *zeitlichen Abstimmung* der Entgeltregulierungsmaßnahmen versteht, bleibt unklar. Die zeitliche Koordinierung einer größeren Zahl von Entgeltregulierungsmaßnahmen bei Vorleistungen und Endkundenleistungen auf verschiedenen Märkten bei unterschiedlichen Geschäftsmodellen kommt in der Regulierungspraxis nur im Rahmen der Ex-ante-Entgeltregulierung in Betracht, wenn die Anträge der zu regulierenden Unternehmen und die zu beachtenden Entscheidungsfristen dies gestatten. Auf längere Sicht kann die BNetzA hier allerdings „steuernd“ eingreifen, indem sie die Laufzeiten von Entgeltregulierungsmaßnahmen aufeinander abstimmt. Bei der Ex-post-Regulierung und zwischen Ex-post- und Ex-ante-Regulierung kommt eine zeitliche Abstimmung in aller Regel nicht in Betracht, da die Regulierungsbehörde im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 38 Abs. 2 TKG die Überprüfung „unverzüglich“ einleitet, wenn ihr entsprechende Tatsachen bekannt werden.

Ein anderer Aspekt der zeitlichen Abstimmung von Regulierungsmaßnahmen ist der, dass die BNetzA in ihrer Entgeltregulierungspraxis für eine Verlässlichkeit über die Zeit sorgen muss. Gemeint ist damit der Umstand, dass spätere Regulierungsentscheidungen nicht früheren Entscheidungen entgegenstehen bzw. diesen die Grundlage entziehen dürfen.

182. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die Durchsetzung des Konsistenzgebotes maßgeblich davon abhängt, dass die BNetzA die organisatorischen Voraussetzungen dafür schafft.¹⁴⁵ In ihrer aktuellen Entscheidungspraxis stellt die BNetzA die in § 132 Abs. 4 TKG geregelte Einhaltung des Konsistenzgebotes und die Sicherstellung einer einheitlichen Spruchpraxis dadurch sicher, dass dem Präsidium, den anderen Beschlusskammern und den betroffenen Fachabteilungen Entscheidungsentwürfe zur Verfügung gestellt werden und dass Anmerkungen dazu bei der Abfassung der endgültigen Entscheidung berücksichtigt werden. Nach Auffassung der Monopolkommission ist dieses Verfahren nur dann geeignet, die Einhaltung des Konsistenzgebotes zu gewährleisten, wenn in den Beschlusskammern und Fachabteilungen einerseits die personellen und zeitlichen Ressourcen vorhanden sind, um auch die Entscheidungen anderer Beschlusskammern umfassend zu würdigen. Andererseits muss es eine Regelung für Fälle geben, in denen Beschluss-

¹⁴⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 66.

kammern, Fachabteilungen und Präsidium unterschiedliche Auffassungen im Hinblick auf die Konsistenz von Entgeltregulierungsentscheidungen vertreten. Die Monopolkommission wiederholt vor diesem Hintergrund ihren Vorschlag, entweder eine Grundsatzabteilung mit entsprechenden Kompetenzen auszustatten oder sämtliche Entgeltregulierungsmaßnahmen in einer Beschlusskammer, gegebenenfalls in der Präsidentenkammer, zu konzentrieren.¹⁴⁶

4. Regulierung neuer Märkte

183. Die Fragen ob, wann und in welcher Form *neue Märkte* reguliert werden, ist bisher nicht hinreichend diskutiert. Das Problem der Regulierung neuer Märkte besteht grundsätzlich darin, dass einerseits durch Regulierung die Anreize vermindert werden, in Neuerungen zu investieren, wenn es den Unternehmen nicht möglich ist, die Erträge zur Finanzierung der Neuerungsaufwendungen zu erwirtschaften. Andererseits kann ein Unternehmen bei fehlender Regulierung auf einem neuen Markt eine dauerhafte Monopolstellung erlangen, wenn die Wettbewerber keinen Zugang zu der Neuerung haben und die Duplizierung oder Nachahmung nicht möglich oder unwirtschaftlich ist. Damit besteht ein grundsätzlicher Konflikt zwischen den Zielen Wettbewerbsintensivierung und Innovationsförderung, der im Hinblick auf das Ob, Wann und Wie von Regulierung eine Abwägung erfordert. Diese Abwägung erfolgt durch die Regulierungsbehörde unter Beachtung der Ziele der Regulierung.

184. In welcher Art und Weise dies geschieht, ist offen. Zwar finden sich im europäischen Telekommunikationsrecht an verschiedenen Stellen Aussagen, dass neue Märkte nicht oder nur zurückhaltend reguliert werden sollen. Eindeutig sind diese Formulierungen nicht. In der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte der Europäischen Kommission heißt es, dass neue und sich abzeichnende Märkte, auf denen Marktmacht aufgrund von „Vorreitervorteilen“ bestehen, grundsätzlich nicht für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.¹⁴⁷ In der Rahmenrichtlinie heißt es dagegen vorsichtiger, dass auf neu entstehenden Märkten dem Marktführer mit beträchtlicher Marktmacht keine unangemessenen Verpflichtungen auferlegt werden sollten.¹⁴⁸ An anderer Stelle heißt es aber auch, dass die Regulierungsbehörden auf neu entstehenden Märkten einen Wettbewerbsausschluss durch das führende Unternehmen verhindern sollen.¹⁴⁹

Neben der allgemeinen Zielformulierung des § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG, wonach effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen sind, enthält das Gesetz keine konkre-

¹⁴⁶ Ebenda.

¹⁴⁷ Empfehlung der Kommission vom 11. Februar ..., a.a.O., hier: Erwägungsgrund 15; vgl. die Anlage zu diesem Gutachten.

¹⁴⁸ Rahmenrichtlinie, a.a.O., Erwägungsgrund 27.

¹⁴⁹ Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse ..., a.a.O., Ziff. 32.

ten Hinweise auf den Umgang mit Neuerungen oder die Regulierung neuer Märkte. Lediglich in der Begründung zu dem Gesetzentwurf weist die Bundesregierung darauf hin, dass neue Märkte nicht automatisch aus der Regulierung entfallen, sondern dass die BNetzA im Rahmen einer Marktuntersuchung nach den §§ 10 und 11 TKG über die Regulierungsbedürftigkeit eines neuen Marktes entscheidet.¹⁵⁰ Dabei seien besonders strenge Maßstäbe anzulegen, da eine verfrühte sektorspezifische Regulierung die Wettbewerbsverhältnisse in einem neu entstehenden Markt unverhältnismäßig stark beeinflussen könne.

Auch die Monopolkommission spricht sich dafür aus, dass neue Märkte zunächst von der Regulierung ausgenommen werden sollten, da jede Form der Regulierung die Anreize, in neue Infrastrukturen und Dienste zu investieren, schmälert. Die Regulierung sollte aber nicht gänzlich ausgeschlossen werden, sondern zu einem späteren Zeitpunkt einsetzen, wenn sich auf dem neuen Markt kein wirksamer Wettbewerb einstellt. In Anbetracht der wenig konkreten Rechtslage und der damit verbundenen Rechtsunsicherheiten, obliegt es der BNetzA, ein *Konzept zur Behandlung von Innovationen und neuen Märkten* vorzulegen. Dies ist bisher nicht geschehen.

185. Da häufig a priori nicht eindeutig ist, ob ein Produkt oder ein Dienst neu sind, muss ein solches Konzept zunächst Kriterien entwickeln, an denen eine Neuerung bzw. ein neuer Markt zu erkennen ist. Dabei ist zwischen neuen Infrastrukturen und neuen Endnutzerdiensten zu unterscheiden. Beide Formen von Neuerungen hängen in Netzindustrien allerdings von einander ab, da sich Investitionen in neue Infrastrukturen häufig erst dann lohnen, wenn entsprechende neue Dienste angeboten werden bzw. umgekehrt neue Dienste die Entwicklung neuer Infrastrukturen lohnenswert machen.

In einem von der DTAG in Auftrag gegebenen Gutachten wird vorgeschlagen, die Frage, ob ein Markt neu ist, nicht sofort, sondern frühestens nach einigen Jahren – in Rede stehen vier Jahre – im Rahmen eines modifizierten SSNIP-Tests zu klären.¹⁵¹ Der SSNIP-Test (Small but Significant and Non-temporary Increase in Price) ist der Standardtest für die Abgrenzung relevanter Märkte in der Wettbewerbskontrolle. Er misst die Veränderung der Nachfrage nach einem Gut bei einer kleinen, aber signifikanten und andauernden Erhöhung des Preises. Von einem neuen Markt ist nach diesem Konzept dann auszugehen, wenn die Nachfrager trotz einer hypothetischen Preissenkung um 20 % für einen schon zuvor angebotenen Endnutzerdienst, der ähnliche Bedürfnisse der Konsumenten wie der neue Dienst deckt, überwiegend – d.h. zu mindestens 80 % – bei dem neuen Dienst bleiben. Wechseln dagegen mehr als 20 % der Nachfrager als Reaktion auf die Preissenkung zu dem alten Dienst zurück, ist nach diesen Vorstellungen kein neuer Markt entstanden.

¹⁵⁰ BT-Drs. 15/2316 vom 9. Januar 2004, S. 63.

¹⁵¹ Vgl. Baake, P., Wey, C., Regulierung neuer Netze auf Telekommunikationsmärkten, in: DIW-Wochenbericht, Jg. 72, 2005, S. 217 ff., hier S. 220.

Nach Auffassung der Monopolkommission überzeugt dieses Verfahren nicht. Der entscheidende Nachteil ist, dass für einen längeren Zeitraum unklar bleibt, ob es sich bei einer Infrastruktur oder einem Dienst um eine Neuerung handelt, die a priori von der Regulierung befreit ist, oder ob es sich um eine Weiterentwicklung handelt, die zu einem bestehenden (alten) Markt gehört, der gegebenenfalls der Regulierung unterliegt. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit wäre weder aus der Sicht des investierenden Unternehmens noch aus der Sicht der Wettbewerber akzeptabel.

186. Das Konzept muss auch Aussagen dazu machen, für welchen Zeitraum die Regulierung eines neuen Marktes auszusetzen wäre, damit die Anreize, in neue Infrastrukturen und Dienste zu investieren, nicht verloren gehen. Nach dem oben referierten Ansatz würde Regulierung frühestens nach sechs Jahren, spätestens nach zwölf Jahren einsetzen, wenn bis dahin der Aufbau konkurrierender Infrastrukturen nicht stattgefunden hat und die Wettbewerber keine spürbaren Marktanteile gewonnen haben.

Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass die Entwicklung von Infrastrukturwettbewerb ein wichtiges Kriterium für die Frage der Regulierung neuer Märkte ist. Die einheitliche Festlegung von Mindestzeiten, in denen die Regulierung eines neuen Marktes in keinem Fall einsetzen darf, ist allerdings zu schematisch, da sowohl die technologische als auch die ökonomische Entwicklung neuer Märkte sehr unterschiedlich verlaufen kann. Der Regulierer muss die Möglichkeit haben, auch vorzeitig in einen Markt einzugreifen, wenn sich abzeichnet, dass zukünftiger Wettbewerb ausgeschlossen ist, etwa weil die notwendigen Vorleistungen weder repliziert noch substituiert werden.¹⁵²

187. Wie notwendig ein Konzept zum Umgang mit Innovationen und neuen Märkten ist, zeigt die Diskussion um den von der DTAG im Herbst 2005 angekündigten *Aufbau eines neuen Glasfasernetzes*. Der Vorstandsvorsitzende der DTAG hatte die Ankündigung, in den 50 größten deutschen Städten ein neues glasfaserbasiertes Hochgeschwindigkeitsnetz zur Einführung der so genannten VDSL-Technik für die Übertragung von Internetverkehr, Sprachtelefonie und gegebenenfalls zukünftig Fernsehübertragungen (so genanntes Triple Play) zu errichten, mit der Forderung verbunden, dass dieses Netz nicht reguliert werden dürfe.¹⁵³ Die geplante Investition in der Größenordnung von 3 Mrd. € sei nur möglich, wenn die DTAG als Investor selbst entscheiden könne, ob und zu welchen Konditionen ein anderer Anbieter diese Infrastruktur nutzen kann. Die Wettbewerber haben auf diese Forderung mit der Ankündigung reagiert, eine entsprechende Regulierung notfalls mittels der Anrufung der Europäischen Kommission zu erzwingen. Beide Äusserungen sind nach-

¹⁵² Vgl. European Regulators Group, ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework, 2004, S. 92.

¹⁵³ Vgl. Interview mit dem Vorstandsvorsitzenden der DTAG Kai-Uwe Rieke im Handelsblatt vom 23. Oktober 2005.

vollziehbar. Für den Investor ist es essentiell, die Rahmenbedingungen zu kennen, unter denen er die Erträge erwirtschaften muss, mit denen die Investitionsaufwendungen zu finanzieren sind. Für die Wettbewerber wiederum ist es von entscheidender Bedeutung, den Zugang zu einer weiterentwickelten, gegebenenfalls neuen Infrastruktur zu behalten bzw. zu erlangen.

188. Unter dem Eindruck der Ankündigung der DTAG, die Investition in das Glasfasernetz gegebenenfalls nicht vorzunehmen, findet sich in dem Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005 die Ankündigung, das TKG dahingehend zu ändern, neue Märkte, die durch Investitionen in moderne und breitbandige Telekommunikationsnetze entstehen, für eine gewisse Zeit von der Regulierung freizustellen.¹⁵⁴ Damit gehen die Koalitionspartner offenbar davon aus, dass das geltende Recht die von der DTAG gewünschte Freistellung nicht zulässt, ein geändertes Gesetz dies aber wohl ermöglichen würde.

189. Die Monopolkommission steht dem skeptisch gegenüber. Ob und wie ein Markt reguliert wird, hängt nach *geltendem Recht* von dem Ergebnis der Marktanalyse gemäß § 10 TKG und der Feststellung beträchtlicher Marktmacht gemäß § 11 TKG ab. Daran würde auch die im Koalitionsvertrag vorgesehene TKG-Novellierung nichts ändern. Im Zuge der Marktabgrenzung ist zu entscheiden, ob ein Produkt oder Dienst zu dem definierten relevanten Markt gehört oder ob es sich um ein neues Produkt oder einen neuen Dienst handelt, durch das oder den ein neuer Markt konstituiert wird. Dabei ist für die Marktabgrenzung nicht die Infrastruktur, sondern das Produkt oder die Dienstleistung entscheidend, das oder die aus der Nachfragerperspektive austauschbar oder aber nicht austauschbar ist. Im Übrigen ist die BNetzA bei der Marktabgrenzung nicht frei, sondern weitestgehend an die Vorgaben der EU-Kommission gebunden.

Im vorliegenden Fall hat die Kommission auf die Feststellung der BNetzA im Rahmen der Marktanalyse, Vorleistungen für VDSL-Anschlüsse gehörten nicht zu dem relevanten Markt für Breitbandzugang (Markt 12 der Märkteempfehlung), mit ernsthaften Bedenken reagiert und die Eröffnung einer Phase-II-Prüfung gemäß Art. 7 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie angekündigt.¹⁵⁵ Die BNetzA hatte in ihrem Konsultationsentwurf vom 29. September 2005 – anders als in dem zeitlich früher gelegenen Entwurf für die nationale Konsolidierung – diesen Ausschluss aus dem relevanten Markt vorgenommen und damit begründet, dass eine entsprechende Infrastruktur bisher nicht existiere und eine Prognose der darauf aufsetzenden Endkundenprodukte mit Unsicherheiten behaftet sei, denen man mit der Nichtberücksichtigung der dazu notwendigen Vorleistung Rechnung tragen könne. Die EU-Kommission begründet ihre ernsthaften Bedenken gegen die Marktabgrenzung dagegen mit

¹⁵⁴ Vgl. Gemeinsam für Deutschland. Mut und Menschlichkeit, Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005, S. 18.

¹⁵⁵ Vgl. Europäische Kommission, SG-Greffe (2005) D/206128, a.a.O.

dem von der DTAG angekündigten Aufbau des neuen Glasfasernetzes innerhalb des vorausschauend zu prüfenden Zeitraums der Marktanalyse und der Einschätzung, dass die darüber angebotenen Endkundenprodukte nicht wesentlich von den Produkten abweichen, die mittels herkömmlicher Technologien erbracht werden.

190. Die im Koalitionsvertrag vorgesehene TKG-Änderung würde an dem entscheidenden Problem, nämlich der Abgrenzung eines neuen von einem alten Markt wenig ändern, es sei denn der Gesetzgeber definiert den Begriff des neuen Marktes mit einer hinreichenden Präzision. Dies dürfte innerhalb einer gesetzlichen Regelung allerdings kaum möglich sein. Vorzugswürdig ist hier die Erarbeitung von Auslegungsgrundsätzen durch die Regulierungsbehörde. Solche Auslegungsgrundsätze werden auch mit einer Gesetzesänderung notwendig, wenn der Gesetzgeber auslegungsbedürftige Formulierungen, wie die Freistellung von Regulierungseingriffen „für einen gewissen Zeitraum“, benutzt.

Ob die Frage der regulatorischen Behandlung neuer Märkte überhaupt innerhalb des TKG geregelt sein muss, ist zumindest fraglich. Die Aussetzung der Regulierung neuer Märkte kann auch ohne eine entsprechende Vorschrift im nationalen Rechtsrahmen mit dem Gemeinschaftsrecht begründet werden. Kaum mit europäischem Telekommunikationsrecht vereinbar wäre jedoch, wenn die geplante Neuregulierung auf den expliziten Ausschluss jeglicher Regulierung auf neuen Märkten abzielen würde oder darauf, einen bestimmten Markt, unabhängig von seinem Neuheitscharakter, der Regulierung zu entziehen.

VI. Resale und konsistente Entgeltregulierung

1. Resale

191. Das novellierte TKG enthält erstmals eine Vorschrift, die den Wiederverkauf von Telekommunikationsdiensten an Dritte, das so genannte Resale, regelt. Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG kann die Regulierungsbehörde Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Dritten den Zugang zu bestimmten Diensten, wie sie Endnutzern angeboten werden, zu Großhandelsbedingungen zu gewähren. Sie hat dabei die getätigten und zukünftigen Investitionen für innovative Dienste zu berücksichtigen.

Bis zum 30. Juni 2008 kann die BNetzA gemäß § 150 Abs. 5 TKG den Wiederverkauf von Anschlüssen allerdings nur gemeinsam mit Verbindungsleistungen (gebündeltes Resale) vorschreiben. Die Entgelte, die der Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht von dem Reseller für den Zugang zu den Leistungen verlangen kann, unterliegen der präventiven Entgeltregulierung. Sie ergeben sich gemäß § 30 Abs. 5 TKG aus einem Abschlag auf den Endnutzerpreis, der einem effizienten Anbieter die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglicht (Retail minus). Dabei entspricht das Entgelt mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Darüber hinaus hat die BNetzA gemäß § 27 Abs. 2 TKG darauf zu achten, dass die Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind (Konsistenzgebot).

192. In ihrem Gutachten gemäß § 121 Abs. 2 TKG soll die Monopolkommission unter anderem zu der Frage Stellung nehmen, ob die Resale-Regelung des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG anzupassen ist. Nicht ausdrücklich verlangt wird eine Stellungnahme zu den Entgeltvorschriften des Resale und zu der Vorschrift, mit der die Einführung des entbündelten Resale bis Mitte 2008 ausgeschlossen wird. Da die Resale-Regelung als solche nicht zur Disposition steht – gemäß Art. 12 Abs. 1 Zugangsrichtlinie gehört Resale zu den Regulierungsinstrumenten, die den nationalen Regulierungsbehörden zur Verfügung zu stellen sind – und der Gesetzgeber den Regulierer bis Mitte 2008 auf gebündeltes Resale festgelegt hat, stellt sich die Frage nach einer Anpassung des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG im Rahmen dieses Gutachtens nur am Rande. Weil Resale nach neuem Recht in der Regulierungspraxis bisher auch noch keinen Niederschlag gefunden hat, steht in diesem ersten Sondergutachten der Monopolkommission die Frage nach den Anwendungsbedingungen des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG im Vordergrund. Dabei geht es vor allem auch um den Zusammenhang zwischen der präventiven Regulierung der Resale-Entgelte und dem Konsistenzgebot des § 27 Abs. 2 TKG.

1.1 Zum Begriff des Resale

193. Unter Resale oder Wiederverkauf ist der Vorgang zu verstehen, dass eine Leistung statt von einem Endnutzer zum Zwecke des Ge-oder Verbrauchs von einem anderen Anbieter zum Zwecke der Weiterveräußerung an Endkunden erworben wird.¹⁵⁶ Charakteristisch ist, dass der Wiederverkäufer die Leistung, die er im eigenen Namen und auf eigene Rechnung weiterveräußert, nicht selbst produziert, sondern dass er im Wesentlichen eine Vertriebsleistung erbringt. Dabei tritt er in aller Regel in eine Wettbewerbsbeziehung zu dem eigentlichen Produzenten der Leistung auf dem Endkundenmarkt.¹⁵⁷ „Reines“ Reselling beschränkt sich darauf, die bezogene Leistung physisch unverändert weiterzuveräußern.¹⁵⁸ Im Vergleich zum Endkundenprodukt des Resale-Gebers steht ein anderer Name, ein geändertes Erscheinungsbild und gegebenenfalls ein anderer Preis. Im Rahmen eines „Value Added Resale“ werden über die Vertriebsleistung hinaus Leistungskomponenten hinzugefügt oder Qualitätsmerkmale verändert.

194. In der deutschen Telekommunikation gibt es Resale in einem größerem Umfang seit jeher im Mobilfunk und seit Mitte 2004 für den breitbandigen Internetzugang (Digital Subscriber Line, DSL). Außerdem sind Gaststätten und Hotels als Reseller von Telekommunikationsleistungen tätig. Resale im Mobilfunk beruht auf Verpflichtungen in den Mobilfunk-Lizenzen der Netzbetreiber. Lediglich in der GSM-Lizenz von Viag Interkom – heute O2 Germany – ist keine Resale-Verpflichtung vorgesehen. Gleichwohl hat das Unternehmen inzwischen seinen Widerstand gegen diese Form des Vertriebs aufgegeben und tritt seit Frühjahr des Jahres 2005 als freiwilliger Resale-Partner von Debitel, dem größten nationalen Reseller von Mobilfunkdiensten auf. Ebenfalls auf freiwilliger Basis bietet die DTAG/T-Com seit Mitte des Jahres 2004 anderen Anbietern den Wiederverkauf von DSL-Anschlüssen (T-DSL-Resale) an.

1.2 Rechtliche Grundlagen des Resale

195. Die Resale-Regelung des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG dient der Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 Buchst. d der Zugangsrichtlinie. Danach können nationale Regulierungsbehörden Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, berechtigten Anträgen auf Zugang zu bestimmten Netzkomponenten stattzugeben, wenn ansonsten die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientier-

¹⁵⁶ Vgl. Neumann, K.-H., Volkswirtschaftliche Bedeutung von Resale, WIK-Diskussionsbeiträge Nr. 230, Januar 2002, S. 1.

¹⁵⁷ Larson charakterisiert Resale als „the ability of a firm to purchase a service on a wholesale basis, for the purpose of reselling that same service, either alone or in combination with other services or features, to end users in direct competition with the original service provider“, vgl. Larson, A.C., Resale Issues in Telecommunications Regulation: An Economic Perspective, in: Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Vol. 2, 1996, S. 57.

¹⁵⁸ Vgl. Neumann, K.-H., a.a.O., S. 2 f.

ten Marktes auf Endverbraucherebene behindert würde oder die Verweigerung des Zugangs den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde. Im Rahmen dessen darf einem Betreiber auch die Verpflichtung auferlegt werden, bestimmte Dienste zu Großhandelsbedingungen zwecks Weitervertriebs durch Dritte anzubieten.

Art. 12 Zugangsrichtlinie bezieht sich bei der Regelung der Zugangsverpflichtungen auf Art. 8 Zugangsrichtlinie. Daraus folgt zunächst, dass Resale zu dem Katalog der Instrumente gehört, die Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht nur aufgrund einer Marktanalyse in einem sachlich und räumlich definierten Markt auferlegt werden können. Daraus folgt weiterhin, dass Resale nur dann auferlegt werden kann, wenn eine solche Verpflichtung der Art des auftretenden Problems entspricht und im Hinblick auf die Ziele und Grundsätze der europäischen Telekommunikationsregulierung angemessen und gerechtfertigt ist.

196. Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG kann die Regulierungsbehörde marktbeherrschende Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze dazu verpflichten, Dritten den Zugang zu bestimmten Diensten, wie sie Endnutzern angeboten werden, zu Großhandelsbedingungen zu gewähren. Sie hat dabei die getätigten und zukünftigen Investitionen für innovative Dienste zu berücksichtigen. Bis zum 30. Juni 2008 kann die BNetzA gemäß § 150 Abs. 5 TKG den Wiederverkauf von Anschlüssen allerdings nur gemeinsam mit Verbindungsleistungen (gebündeltes Resale) vorschreiben.

Die Qualifizierung des Resale im TKG als „Kann“-Verpflichtung bedeutet, dass die Auferlegung im pflichtgemäßen Ermessen der BNetzA steht. Bei der Ausübung des Ermessens hat die Behörde die Ziele der Regulierung gemäß § 2 TKG zu beachten. Sie muss zudem in jedem Einzelfall überprüfen, ob und in welcher konkreten Ausgestaltung Resale die richtige Antwort auf ein festgestelltes Wettbewerbsproblem in einem relevanten Markt ohne wirksamen Wettbewerb ist. Im Übrigen sind Ermessensentscheidungen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar. Das Gericht kann lediglich prüfen, ob ein Ermessensfehler vorliegt, eine Zweckmäßigkeitprüfung findet nicht statt.

197. Im Gegensatz dazu steht der US-amerikanische Ansatz, nach dem im Ortsnetzbereich grundsätzlich jedes Endnutzerangebot der Incumbents einer Resale-Verpflichtung unterliegt. Ein solcher Ansatz einer Per-se-Verpflichtung spart im Vergleich zu einer Einzelfallentscheidung (rule of reason) erhebliche Transaktionskosten und sorgt tendenziell für größere Rechtssicherheit bei den beteiligten Unternehmen. Da das europäische Telekommunikationsrecht die Flexibilität der nationalen Regulierungsbehörden bei der Anwendung des Regulierungsinstrumentariums betont, wäre eine gesetzliche Per-se-Verpflichtung zum Resale im deutschen TKG kaum vorstellbar. Gleichwohl könnte die BNetzA die sich aus der Vorgabe zur Einzelfallentscheidung ergebende Rechtsunsicherheit da-

durch mindern, dass sie im Rahmen von Auslegungsgrundsätzen ihre Position zur Anwendung der Resale-Regelung bei bestimmten Standardproblemen des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten öffentlich macht.

198. Bei der Prüfung, ob eine Resale-Verpflichtung gerechtfertigt ist, soll die BNetzA gemäß § 21 Abs. 1 TKG insbesondere berücksichtigen, ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG steht. Aus dem Zielkatalog der Regulierung des § 2 Abs. 2 TKG sind insbesondere die Nummern 2 und 3 für mögliche Resale-Verpflichtungen von Bedeutung. Ziele der Regulierung sind danach

- die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche sowie
- die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen.

Zwischen diesen Zielen kann es gegebenenfalls Konflikte derart geben, dass die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen zu Lasten der Wettbewerbsintensität gehen kann. So kann die Wettbewerbsintensität in einem Markt durch eine an den marktbeherrschenden Betreiber gerichtete Resale-Verpflichtung erhöht werden, während gleichzeitig die Anreize für Infrastrukturinvestitionen und Innovationen vermindert werden. Als Ausweg aus diesem Konflikt bietet sich aus ökonomischer Sicht die Berücksichtigung der zu erwartenden Wohlfahrtseffekte an. Infrastrukturinvestitionen und Innovationen sind danach dann Vorrang einzuräumen, wenn die daraus entstehenden Wohlfahrtsgewinne die Wohlfahrtsverluste aus der Verminderung der Wettbewerbsintensität übertreffen.

199. Neben den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG hat die BNetzA gemäß § 21 Abs. 1 TKG bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen unter anderem zu berücksichtigen:

- die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken,
- die Notwendigkeit der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs bei öffentlichen Telekommunikationsnetzen für die Öffentlichkeit, insbesondere durch Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern,
- ob bereits auferlegte Verpflichtungen oder freiwillige Angebote am Markt, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der in 2 Abs. 2 genannten Regulierungsziele ausreichen.

Dieser Katalog, der zum größten Teil aus Art. 12 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie übernommen wurde, hat für Resale zweierlei Bedeutung. Erstens spielen die hier enthaltenen Kriterien bei der Abwägung, ob Resale oder andere Zugangsverpflichtungen auferlegt werden, eine Rolle. Zum zweiten können diese Kriterien die Ausgestaltung und Entgeltfestsetzung des Resale berühren. Nach Auffassung der Monopolkommission ist dieser Katalog allerdings, ebenso wie die Vorgabe des § 21 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 TKG, wonach bei der Auferlegung von Resale-Verpflichtungen die getätigten und zukünftigen Investitionen für innovative Dienste zu berücksichtigen sind, zu wenig konkret, um daraus eindeutige Handlungsempfehlungen für den Regulierer abzuleiten. Auch dürften diese Kriterien nicht hinreichend justitiabel in dem Sinne sein, dass sie für eine Sachverhaltssubsumtion, wie sie im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen notwendig ist, in Frage kommen. Für die Marktteilnehmer erwachsen daraus Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf den Einsatz von Resale-Verpflichtungen in der Regulierungspraxis. Da nicht zu erwarten ist, dass der Gesetzgeber hier kurzfristig durch Klarstellungen für zusätzliche Rechtssicherheit sorgt, sollte die BNetzA dies mit Hilfe von Auslegungsgrundsätzen im Hinblick auf die Anwendungsvoraussetzungen, die Ausgestaltungsmöglichkeiten und die Regeln für die Festsetzung der Resale-Entgelte leisten.¹⁵⁹

200. § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG beschränkt die Möglichkeit zur Verpflichtung zu einem Resale-Angebot auf Dienste, „wie sie Endnutzern angeboten werden“. Dies bedeutet für die Resale-Verpflichtung, dass sie nur Dienste umfassen können, die der Incumbent auch tatsächlich anbietet und nicht solche, die von Resellern außerhalb dieses Angebotes speziell nachgefragt werden. In der Sache befürwortet die Monopolkommission diese Einschränkung.¹⁶⁰ Art. 12 Abs. 1 d Zugangsrichtlinie macht diese Einschränkung jedoch nicht. Damit könnte in Frage stehen, dass das Gemeinschaftsrecht in diesem Punkt zutreffend umgesetzt worden ist.

201. Bei der Auferlegung von Resale-Verpflichtungen hat die BNetzA gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 „die getätigten und zukünftigen Investitionen für innovative Dienste zu berücksichtigen“. Dieser Zusatz lässt verschiedene Interpretationen zu. Zum einen kann damit der Schutz von Innovationen gemeint sein. Die Regelung wäre dann gegebenenfalls dahingehend zu interpretieren, dass Resale bei innovativen Diensten grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangen dürfte. Dabei ist unklar, was genau unter einem innovativen Dienst zu verstehen ist. Zum anderen kann sich der Zusatz auf innovationsfördernde Infrastrukturinvestitionen beziehen.¹⁶¹ Dabei wäre allerdings sowohl unklar, was innovationsfördernde Infrastrukturen sind, als auch, ob damit lediglich die Infrastrukturin-

¹⁵⁹ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 61.

¹⁶⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 40, a.a.O., Tz. 84.

¹⁶¹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a.a.O., Tz. 61.

vestitionen des Incumbent oder auch die der alternativen Netzbetreiber und Diensteanbieter gemeint sind. Nach Auffassung der Monopolkommission ist der Zusatz materiell so wenig konkret, dass damit bestenfalls keine Einschränkungen verbunden sind, im schlimmsten Fall jedoch jegliches Resale verhindert werden kann. In jedem Fall sorgt der Zusatz für Rechtsunsicherheit, die dadurch gemindert werden sollte, dass die BNetzA mit Hilfe von Auslegungsgrundsätzen für eine Klarstellung sorgt, auf welche Weise sie dem Anliegen des Gesetzgebers Rechnung zu tragen gedenkt.

202. Die gemäß § 150 Abs. 5 TKG bis zum 30. Juni 2008 geltende Vorgabe, dass der Wiederverkauf von Anschlüssen nur in Kombination mit Verbindungsleistungen („gebündeltes Resale“) verfügt werden kann, ist erst in der Endphase des Gesetzgebungsverfahrens aufgenommen worden. Die Initiative dazu ist von der DTAG und den alternativen Teilnehmernetzbetreibern ausgegangen. Nach deren Auffassung gefährdet entbündeltes Resale die Geschäftsmodelle derjenigen Netzbetreiber, die in Anschlussnetze investiert haben. Diese Investitionen seien im Vertrauen darauf getätigt worden, dass es keine Ansprüche der Wettbewerber auf der Grundlage einer gesetzlichen Resale-Verpflichtung gebe. Die nachträgliche Änderung des gesetzlichen Rahmens verstoße damit gegen den Vertrauensschutz. Die Monopolkommission ist anderer Auffassung. Zum einen kann entbündeltes Resale so ausgestaltet werden, dass keine Wettbewerbsverzerrungen zu anderen Geschäftsmodellen, insbesondere auch nicht zu Lasten des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung, auftreten. Entscheidend dafür ist die Konsistenz der Entgelte für die Vorprodukte „entbündeltes Anschluss-Resale“ und „entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung“.¹⁶² Zum anderen können sich die Teilnehmernetzbetreiber auch nicht auf einen Vertrauensschutz berufen, da entbündeltes Resale in dem alten TKG zwar nicht ausdrücklich verankert, aber sehr wohl durchsetzbar war. Über den nach altem Recht bestehenden grundsätzlichen Anspruch von Unternehmen auf Resale-Angebote der DTAG hatte das Bundesverwaltungsgericht im Dezember 2003 entschieden.¹⁶³ Danach umfasst der Zugangsanspruch nach § 33 Abs. 1 des TKG von 1996 auch Leistungen, die von Wettbewerbern lediglich zum Zwecke des Wiederverkaufs nachgefragt werden. Entbündeltes Resale hat die BNetzA mit Beschluss vom 18. Juli 2003 verfügt, mit dem sie die DTAG dazu verpflichtete, die vorgesehene Koppelung von Anschlussleitung und Verbindungsleistungen durch Entbündelung aufzulösen und dem Wettbewerber innerhalb von zwei Monaten ein Angebot für ein vollständig entbündeltes Anschluss-Resale zu machen.¹⁶⁴ Dieser Beschluss ließ sich allerdings bis zur Verabschiedung des novellierten TKG im Jahre 2004 gerichtlich nicht durchsetzen.

¹⁶² Vgl. dazu auch European Regulators Group, a.a.O., S. 93.

¹⁶³ BVerwG 6 C 20.02, Urteil vom 3. Dezember 2003 „Resale“.

¹⁶⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 121 ff.

203. Nach Auffassung der Monopolkommission gibt es auch Zweifel an der Vereinbarkeit von § 150 Abs. 5 TKG mit den europarechtlichen Vorgaben. Gemäß Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in den Artt. 9 bis 13 genannten Verpflichtungen aufzuerlegen. Dazu gehören die in Art. 12 Zugangsrichtlinie genannten Zugangsverpflichtungen, einschließlich Resale. Die Verzögerung des entbündelten Resale bis Mitte 2008 beschränkt allerdings die regulatorischen Möglichkeiten, den Wettbewerb bei den Teilnehmeranschlüssen zu intensivieren, was wiederum die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf der Endverbraucherebene behindert und den Interessen der Endnutzer zuwiderläuft. Dies wäre dann der Fall, wenn der Regulierer zu dem nahe liegenden Schluss gelangen würde, dass der auf der Vorleistung „entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung“ basierende Wettbewerb auf längere Sicht begrenzt bleibt oder in bestimmten Regionen außerhalb von Ballungsräumen gar nicht stattfindet. Eine regulatorische Verpflichtung zum Angebot von gebündeltem Resale trägt nur dann zu einer Intensivierung des Anschlusswettbewerbs bei, wenn auf diesem Markt „reine Reseller“ tätig werden, die das komplette Produktbündel Anschluss und Verbindungsleistungen zur Weiterveräußerung an Dritte nachfragen. Benachteiligt durch gebündeltes Resale werden in jedem Fall die Verbindungsnetzbetreiber. Sie benötigen für die Vervollständigung ihrer Angebotspalette lediglich den Teilnehmeranschluss, da sie Verbindungsleistungen auf der Grundlage eigener Infrastrukturen selber produzieren. Gebündeltes Resale ist für Verbindungsnetzbetreiber wertlos, da sie mit den eingekauften Verbindungsleistungen selbst produzierte Leistungen verdrängen und die eigenen Verbindungsnetze entwerten. Im Übrigen kann die Beschränkung auf gebündeltes Resale auch im Hinblick auf Art. 9 Zugangsrichtlinie problematisch sein. Danach können nationale Regulierungsbehörden „insbesondere von Betreibern mit Gleichbehandlungsverpflichtungen die Veröffentlichung eines Standardangebotes verlangen, das hinreichend entbündelt ist, um sicherzustellen, dass Unternehmen nicht für Leistungen zahlen müssen, die für den gewünschten Dienst nicht erforderlich sind, und in dem die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufgeschlüsselt und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Tarife angegeben werden“.

204. Erstmals findet sich im TKG auch ein Entgeltmaßstab für Resale. Nach § 30 Abs. 5 TKG unterliegen die Resale-Entgelte der präventiven Entgeltregulierung. Sie ergeben sich abweichend von § 31 Abs. 1 TKG

- aus einem Abschlag auf den Endnutzerpreis, der einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglicht (Retail minus), wobei

- das Entgelt mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entspricht.¹⁶⁵

Darüber hinaus hat die BNetzA gemäß § 27 Abs. 2 TKG darauf zu achten, dass die Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind (Konsistenzgebot).

2. Resale als Instrument der Regulierung

205. Resale kommt als Instrument der Regulierung (Remedy) in Betracht, wenn

- auf einem Endnutzermarkt kein wirksamer Wettbewerb besteht und Resale zu einer Entstehung oder Intensivierung von Wettbewerb beiträgt und
- Resale anderen, alternativ in Betracht kommenden Instrumenten überlegen ist oder diese so ergänzt, dass sich das Wettbewerbsergebnis in einem Markt verbessert.

Um die Frage zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen Resale zu einer Entstehung oder Intensivierung von Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten beiträgt, sind zunächst die ökonomischen Wirkungen des Resale zu diskutieren.

2.1 Wirkungen von Resale

206. Resale kann Wettbewerbswirkungen sowohl auf der Dienste- als auch auf der Infrastrukturebene entfalten. Wenn auf der Netzebene kein oder lediglich begrenzt Wettbewerb möglich ist, dann kann durch den Wiederverkauf von Endnutzerdiensten des Incumbent durch Dritte wenigstens auf der Vertriebsstufe so genannter *Dienstewettbewerb* initiiert oder intensiviert werden. Die höhere Wettbewerbsintensität ergibt sich daraus, dass die Zahl der Anbieter von Telekommunikationsdiensten durch das Auftreten von Resellern zunimmt. In aller Regel führt dies zu Preiswettbewerb, gegebenenfalls zu Qualitätswettbewerb. Die Angebotsvielfalt nimmt zu, wenn Reseller die Telekommunikationsdienste nicht lediglich weiterverkaufen, sondern sie durch zusätzliche Leistungen verändern oder ergänzen.

207. Die durch Resale bewirkte Entstehung oder Intensivierung des Wettbewerbs auf der Ebene der Telekommunikationsdienste führt gleichzeitig zu Effizienzsteigerungen. Allokative Effizienzvorteile von Resale ergeben sich insbesondere durch die Stimulierung der Nachfrage auf den Endnutzermärkten der Telekommunikation. Eine zunehmende Nachfrage ist die Folge möglicher Preissenkungen und verbesserter oder neuer Vertriebsstrategien der Reseller. Durch die Stimulierung der Nachfrage ohne gleichzeitige Infrastrukturduplizierung sorgt Resale für eine verbesserte Kapazitätsauslastung der bestehenden Infrastrukturen und ermöglicht die Nutzung von Skalenerträgen, was wiederum für positive produktive Effizienzeffekte sorgt. Schließlich erhöht Resale die dynamische Ef-

¹⁶⁵ Zu den potentiellen Konflikten dieser Kriterien vgl. Tz. 231.

fizienz, wenn sich der Dienstwettbewerb gegenüber ineffizientem Infrastrukturwettbewerb durchsetzt. Gemeint ist damit die Verhinderung von Investitionen in eine ineffiziente Infrastrukturduplizierung. Letztere kann sowohl in einem natürlichen Monopol auftreten als auch, in Form von Überkapazitäten, in anderen Marktformen.

Die Zunahme des Wettbewerbs auf der Einzelhandelsebene durch Resale ist eindeutig, wenn der Markt von einem integrierten Anbieter beherrscht wird und es keine anderen integrierten Anbieter am Markt gibt. Sind auf dem Markt gleichzeitig andere integrierte Anbieter vorhanden, hängen die positiven Wettbewerbswirkungen des Resale davon ab, ob der vorhandene Wettbewerb der integrierten Anbieter untereinander auch nach der Einführung von Resale Bestand hat. Dies ist dann gewährleistet, wenn die Großhandelsrabatte, d.h. die Resale-Entgelte effizient gesetzt sind. Unter dieser Voraussetzung können Reseller andere integrierte Anbieter nur dann verdrängen, wenn die Reseller auf der Vertriebsstufe effizienter arbeiten als die anderen integrierten Anbieter oder wenn der dominierende integrierte Anbieter auf der Netzebene effizienter ist als die anderen integrierten Anbieter.

208. Darüber hinaus geht Resale nicht zwingend zu Lasten des *Infrastrukturwettbewerbs*, sondern kann einen solchen absichern, intensivieren oder gar initiieren.¹⁶⁶ So kann ein integrierter Anbieter zunächst mit Hilfe von Resale auf einen Telekommunikationsmarkt zutreten, um danach Zug um Zug in eigene Infrastrukturen zu investieren. Ein Marktzutritt mit einem auf den Wiederverkauf von Leistungen des Incumbent gerichteten Geschäftsmodell ist vergleichsweise schnell, mit einem geringeren Risiko und mit vergleichsweise niedrigeren Investitionen möglich. Andererseits haben reine Reseller häufig das Problem, die Qualität ihres Produktes nicht oder nicht in dem gewünschten Maße beeinflussen zu können. Dies und die Möglichkeit, durch vertikale Integration Verbundvorteile zwischen dem Vertrieb und der Produktion herzustellen, setzen Anreize für Reseller, in eigene Infrastrukturen zu investieren. Umgekehrt verschafft Resale neuen Infrastrukturwettbewerbern die Möglichkeit, bereits während des Ausbaus ihres Netzes mit einer vollständigen Dienstpalette am Markt zu sein und Erträge zu erwirtschaften, was wiederum die Investitionsrisiken deutlich senken kann.

209. Auf der Netzebene kann der Wettbewerb durch Resale zudem gesichert werden, indem das dominierende vertikal integrierte Unternehmen daran gehindert wird, missbräuchliche Verdrängungsstrategien gegenüber anderen integrierten Anbietern anzuwenden. Gemeint sind der strategische Einsatz von subventionierten Preisen (Preisdumping) und die wettbewerbsbehindernde Bündelung von Leistungen. Die Wettbewerbsvorteile von Preisdumping und der Bündelung von Leistungen

¹⁶⁶ Vgl. Neumann, K.-H., a.a.O., S. 14.

kommen unter einem Resale-Regime nicht nur dem dominierenden Unternehmen, sondern zugleich den Resellern zugute, solange sich der Großhandelsrabatt nach dem Retail-minus-Prinzip bildet und die Wiederverkäufer Zugang zu sämtlichen Bestandteilen von Leistungsbündeln haben. In diesem Sinne vermindert Resale den Anreiz für das dominierende vertikal integrierte Unternehmen, seine Marktmacht durch missbräuchliche Verdrängungsstrategien zu sichern.

Resale kann darüber hinaus den Marktzutritt infrastrukturbasierter Wettbewerber fördern, indem die Reseller Großhandelsleistungen bei den neuen Anbietern nachfragen und damit deren Markteintrittsbarriere und das Markteintrittsrisiko senken.¹⁶⁷ Dies würde insbesondere dann gelten, wenn der oder die Reseller mit dem neuen infrastrukturbasierten Anbieter bereits vor dessen Marktzutritt langfristige Abnahmeverträge schließen.

210. Der Einfluss von Resale auf Infrastrukturinvestitionen und Infrastrukturwettbewerb ist bisher empirisch wenig untersucht. Nach Angaben von Unternehmen wie MCI und ökonomischen Schätzungen war Resale für den Aufbau von konkurrierenden Verbindungsnetzen in den USA hilfreich oder gar unabdingbar, während ein solcher positiver Zusammenhang für Teilnehmernetzbetreiber bisher nicht nachweisbar ist.¹⁶⁸ Sollte sich diese Diskrepanz bestätigen, wäre zu folgern, dass Resale dort einen positiven Einfluss auf das Entstehen und die Sicherung von Infrastrukturwettbewerb hat, wo sich dieser, wie bei den Verbindungsnetzen, relativ leicht entfalten kann, und dort weniger geeignet erscheint, wo Infrastrukturwettbewerb erheblich schwieriger erreichbar ist.

2.2 Kriterien für die Anwendung von Resale als regulatorischer Verpflichtung

211. Resale kommt als Instrument der Regulierung dann in Betracht, wenn auf einem Endnutzermarkt kein wirksamer Wettbewerb besteht und Resale zu einer Entstehung oder Intensivierung von Wettbewerb beiträgt. Ein Beispiel dafür ist der schmalbandige Teilnehmeranschluss im Festnetz. Hier verfügt die DTAG/T-Com auch acht Jahre nach der Marktöffnung über einen Marktanteil von 95 %. Von wirksamem Wettbewerb ist dieser Markt selbst in Ballungsräumen, wo die Marktanteile alternativer Teilnehmernetzbetreiber zum Teil deutlich höher liegen, noch weit entfernt. Resale trägt zu einer Intensivierung des Wettbewerbs bei den Teilnehmeranschlüssen bei, weil auf dieser Grundlage der Marktzutritt vergleichsweise schnell und mit vergleichsweise niedrigen Investitionen in eigene Infrastrukturen möglich ist. Prima facie ist ein Markt, der für die Auferlegung von Resale-Verpflichtungen in Betracht kommt, daran zu erkennen, dass sich der Infrastrukturwettbewerb nur langsam entwickelt und sich gegebenenfalls regional auf Ballungsräume beschränkt.

¹⁶⁷ Vgl. ebenda, S. 15.

¹⁶⁸ Vgl. Kaserman, D. L., Ulrich, M., The competitive effects of resale versus facility-based entry: evidence from the long-distance market, in: Telecommunications Policy, Vol. 26, 2002, S. 415 ff.

212. Die Anwendung einer Resale-Verpflichtung hängt weiterhin davon ab, ob sie geeignet ist, die im Rahmen der Marktanalyse identifizierten Wettbewerbsprobleme zu lösen.¹⁶⁹ In Rede stehen die Probleme (i) vertikale Marktmachtübertragung, (ii) horizontale Marktmachtübertragung sowie (iii) beträchtliche Marktmacht im einzelnen Markt. Eine Resale-Verpflichtung ist zum Beispiel geeignet, vertikale Marktmachtprobleme zu verringern, die aus Lieferverweigerungen und Verzögerungspraktiken bei der Zurverfügungstellung von Infrastrukturvorleistungen resultieren, da Resale keine Zusammenschaltung mit anderen Netzen, Kollokation und Ähnliches erfordert, sondern technisch einfach verfügbar ist. Resale wirkt auch gegen Quersubventionierungen in Form von Preis-Kosten-Scheren oder gegen Preisdumping, sofern die Großhandelsrabatte konsistent reguliert sind. Resale ist zudem ein wirksames Instrument gegen die Diskriminierung von Wettbewerbern, etwa durch das Angebot von Bündelprodukten, soweit entbündelte Dienste für den Wiederverkauf zur Verfügung stehen. Gleiches gilt für wettbewerbsbehindernde Bündelungen und Quersubventionierungen im horizontalen Bereich. Bei den Wettbewerbsproblemen, die sich infolge beträchtlicher Marktmacht in einem einzelnen Markt ergeben, ist Resale unterschiedlich gut geeignet.¹⁷⁰ Während sich Praktiken wie strategisches Produktdesign, die die Wechselkosten der Endnutzer erhöhen, sehr gut durch Resale beheben lassen, trägt der Wiederverkauf lediglich bedingt dazu bei, überhöhte Entgelte bei den Endkundenprodukten zu verhindern. Zwar führt Resale zu Preissenkungen im Endkundenmarkt, dies aber nur in dem Maße, in dem der Reseller im Vertriebs- und Marketingbereich effizienter arbeitet als der Incumbent. Ungeeignet ist Resale zur Verhinderung von zu geringen Investitionen, etwa in neue Dienste, und bei Qualitätsproblemen der Dienste.

213. Darüber hinaus muss Resale anderen, alternativ in Betracht kommenden Verpflichtungen überlegen sein oder diese so ergänzen, dass sich das Wettbewerbsergebnis in einem Markt insgesamt verbessert. Ein Beispiel ist der Breitbandanschluss im Festnetz. Hier stehen als Alternative zum Resale Line Sharing, der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowie die verschiedenen Möglichkeiten des Bitstrom-Zugangs zur Verfügung. Die Prüfung dieses Kriteriums setzt neben der Kenntnis der Wirkungsweise von Resale Kenntnisse über die Wirkungsweise der potentiellen Regulierungsalternativen sowie Kenntnisse über die Wirkungszusammenhänge bei der gleichzeitigen Auferlegung mehrerer Verpflichtungen voraus. In der Abwägung geht es hier um die zu erwartenden Wettbewerbsvorteile im Markt im Vergleich zu den entstehenden Transaktionskosten. Aus ökonomischer Sicht kommen damit vor allem Märkte für Resale-Verpflichtungen in Frage, bei denen

¹⁶⁹ Zu möglichen Wettbewerbsproblemen und den geeigneten Instrumenten vgl. European Regulators Group, a.a.O., S. 27 ff.

¹⁷⁰ Zu den Standard-Wettbewerbsproblemen vgl. die Auflistung der European Regulators Group, a.a.O., S. 30 f.

die volkswirtschaftlichen Effizienzgewinne im Markt, relativ zu den Transaktionskosten und den Kosten der Durchsetzung, groß sind.

214. Gemäß Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie muss eine auferlegte Verpflichtung der Art des auftretenden Problems entsprechen und im Hinblick auf die Ziele der europäischen Telekommunikationspolitik und die regulatorischen Grundsätze, wie sie in Art. 8 der Rahmenrichtlinie beschrieben sind, angemessen und gerechtfertigt sein. Unter mehreren geeigneten Verpflichtungen ist diejenige auszuwählen, die mit den geringsten Belastungen für die Marktteilnehmer verbunden ist.¹⁷¹ Dabei sind auch die Auswirkungen auf angrenzende Märkte zu beachten. Dieses Prinzip der *Verhältnismäßigkeit* bei der Auswahl der Verpflichtungen gehört zu den übergeordneten generellen Prinzipien europäischen Rechts.¹⁷² Konkret bedeutet dies für die BNetzA, dass neben der Eignung der Instrumente auch die damit für das betroffene Unternehmen verbundene Belastung zu berücksichtigen ist. Solche Belastungen sind letztlich die erhöhten Aufwendungen im Rahmen der Einführung und Umsetzung einer Verpflichtung und die daraus resultierenden aktuellen und zukünftigen Einnahmeverluste. Die Verhältnismäßigkeit ist gewahrt, wenn (i) unter gleich geeigneten Eingriffsalternativen diejenige ausgesucht wird, die die geringsten Belastungen verursacht, und (ii) bei unterschiedlich geeigneten Eingriffsalternativen mit gleicher Belastungsintensität für das betroffene Unternehmen die geeignetere Verpflichtung gewählt wird. Ist eine Verpflichtung geeigneter als andere Eingriffe, führt aber gleichzeitig zu einer höheren Belastung des betroffenen Unternehmens, muss die BNetzA eine Abwägungsentscheidung treffen. Gleiches gilt, wenn sich die Resale-Verpflichtung mit anderen Verpflichtungen ergänzt, dies aber auch die Belastung insgesamt erhöht.

2.3 Märkte, die für eine Resale-Verpflichtung in Betracht kommen

215. Eine Abgrenzung der für eine Resale-Verpflichtung in Betracht kommenden Märkte sollte auf der Basis der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission erfolgen, da die BNetzA, die dort aufgeführten 18 Märkte in jedem Fall einer Marktanalyse zu unterziehen hat und sich dabei gegebenenfalls die Frage nach der Auferlegung von Verpflichtungen stellt. Darüber hinaus könnten für Resale-Verpflichtungen (i) neue Märkte und (ii) Bündelprodukte in Betracht kommen.

2.3.1 Märkte der EU-Empfehlung

216. Lediglich sieben von 18 Märkten der Märkteempfehlung sind Endkundenmärkte, bei denen die Europäische Kommission davon ausgeht, dass dort kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Für diese Märkte kommt Resale als mögliche Verpflichtung grundsätzlich in Frage. Soweit sich in der Märk-

¹⁷¹ Vgl. European Regulators Group, a.a.O., S. 58.

¹⁷² Ebenda, S. 62.

teempfehlung keine den Vorleistungsmärkten zugehörigen Endkundenmärkte finden – ein Beispiel ist der Mobilfunk –, geht die Europäische Kommission offensichtlich davon aus, dass auf diesen Endkundenmärkten wirksamer Wettbewerb herrscht. Kommt die BNetzA im Rahmen einer über die Märkteempfehlung hinausgehenden Analyse von Endkundenmärkten nicht zu einem gegenteiligen Ergebnis, kommen solche Dienste für Resale nicht in Betracht. Eine mögliche Ausnahme ist nach Auffassung der Monopolkommission der Markt für den entbündelten Großkundenzugang zu Drahtleitungen und Teilleitungen für die Erbringung von Breitbanddiensten (DSL), da beim Breitbandzugang Vorleistung und Endnutzerdienst nahezu identisch sein können. Damit sind nach diesem ersten Kriterium lediglich die Märkte 1 bis 7 sowie der Markt 12 der Märkteempfehlung mögliche Kandidaten für die Auferlegung von Resale-Verpflichtungen.

217. In Anbetracht der Wettbewerbswirkungen von Resale und der Eignung, bestimmte Wettbewerbsprobleme in einem Markt zu lösen, lassen sich Märkte, die für eine Resale-Verpflichtung in Frage kommen, prima facie daran erkennen, dass dort der Infrastrukturwettbewerb auch nach über acht Jahren Marktöffnung wenig entwickelt ist oder zu ineffizienten Ergebnissen führt. In solchen Märkten hat die bisherige Regulierung offenbar nicht dazu beigetragen, Marktzutrittschranken wirksam zu senken. Aus dem Kreis der in Rede stehenden Märkte sind das die Märkte 1 und 2 der Märkteempfehlung (Zugang von Privat- und anderen Kunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten) sowie der Markt 12 (Breitbandzugang).

218. Die Märkte 1 und 2 der EU-Märkteempfehlung – die BNetzA fasst diese Märkte in ihrer Marktanalyse zu einem Markt für Festnetzanschlüsse zusammen – kommen nach Auffassung der Monopolkommission am ehesten für die Auferlegung einer Resale-Verpflichtung in Betracht. Dafür spricht, dass die bisherige Vorleistungsregulierung in weiten Teilen Deutschlands bis heute nicht zu einem wirksamen Wettbewerb geführt hat. Ende 2004 wurden trotz ansteigender Zahlen weiterhin nur 5 % der Teilnehmeranschlüsse von alternativen Anbietern bereitgestellt.¹⁷³ Der Wettbewerb bei den Anschlüssen beruht ganz überwiegend auf der Vorleistung „entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung“. Gründe für die geringe Wettbewerbsintensität sind zum einen die lang andauernde, regulatorisch bedingte Existenz einer Preis-Kosten-Schere, wobei die Vorleistung „entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung“ für die Wettbewerber teurer war als das Endkundenprodukt „analoger Teilnehmeranschluss“ der DTAG/T-Com,¹⁷⁴ zum anderen die Notwendigkeit vergleichsweise hoher Infrastrukturinvestitionen und damit verbunden die Zeitdauer, die eine Markterschließung auf der Grundlage des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung benötigt. Die Höhe der Infrastrukturinvestitionen und die Zeitdauer für die Markterschließung sind

¹⁷³ Jahresbericht 2004 der Regulierungsbehörde ..., a.a.O., S. 25.

¹⁷⁴ Vgl. Monopolkommission, , Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 104 f.

auch die wichtigsten Gründe dafür, dass der bisher erreichte Wettbewerb bei den Teilnehmeranschlüssen im Wesentlichen auf Ballungsgebiete, wie Köln oder Hamburg, begrenzt geblieben ist. Nach den Ermittlungen der BNetzA war Ende 2004 an 2.700 von 8.000 Hauptverteilerstandorten des Teilnehmeranschlussnetzes der DTAG/T-Com die Voraussetzung für die Nutzung der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung, nämlich der räumliche Zugang (Kollokation), verwirklicht.¹⁷⁵ Das heißt, dass die Endkunden, deren Anschluss an diesen Hauptverteilern angebonden sind, prinzipiell die Möglichkeit haben, einen alternativen Anbieter zu wählen. Die Endkunden, deren Anschlussleitung an einem der übrigen 5.000 Hauptverteiler angeschlossen ist, haben diese Möglichkeit nicht.

219. Für eine Resale-Verpflichtung auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse spricht außerdem das Problem der schrumpfenden Teilnehmerzahlen im Festnetz. Sinkende Anschlusszahlen bei gleichzeitig vergleichsweise hohen Infrastrukturinvestitionen führen zu der Frage, ob eine Ausweitung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs auf alle Hauptverteiler des Netzes der DTAG/T-Com überhaupt realistisch ist oder effizient wäre. Die zurückgehende Kundenzahl im Festnetz kann die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung wegen der vergleichsweise hohen Infrastrukturinvestitionen zu einer volkswirtschaftlich ineffizienten Alternative zur Durchsetzung des Wettbewerbs bei den Teilnehmeranschlüssen außerhalb von Ballungsgebieten machen. Im Gegensatz dazu könnte eine Resale-Verpflichtung erhebliche Wettbewerbsgewinne mit sich bringen. Die Wettbewerbsintensität bei den Teilnehmeranschlüssen ließe sich vergleichsweise schnell erhöhen und ineffiziente Infrastrukturinvestitionen in Anschlussnetze außerhalb von Ballungsgebieten könnten vermieden werden. Da die beherrschende Marktposition der DTAG/T-Com bei den Teilnehmeranschlüssen auch Auswirkungen auf deren Wettbewerbsposition bei den Verbindungen hat, würde Anschluss-Resale zugleich den Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten schützen. Dies gilt allerdings erst dann, wenn entbündeltes Anschluss-Resale möglich ist.

Das immer wieder vorgebrachte Argument, dass das Geschäftsmodell des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung der alternativen Teilnehmernetzbetreiber durch die Einführung von Anschluss-Resale gefährdet sei, teilt die Monopolkommission nicht. Bei konsistenten Entgelten für die alternativen Vorleistungsprodukte stehen die Geschäftsmodelle im Wettbewerb miteinander, in dem sich das oder die effizienten Geschäftsmodelle behaupten. Gleichwohl verschafft die Verzögerung des entbündelten Anschluss-Resale bis Mitte 2008 den alternativen Teilnehmernetzbetreibern einen längeren Übergangszeitraum, sich auf diese Möglichkeit einzustellen. Nicht zuletzt könnte Anschluss-Resale zur Vermeidung unerwünschter Nebenwirkungen auf den bestehenden infrastruktur-

175 Jahresbericht 2004 der Regulierungsbehörde ..., a.a.O., S. 36.

basierten Wettbewerb auf die 5.000 Hauptverteiler begrenzt werden, bei denen der infrastrukturbasierte Wettbewerb bisher nicht greift.

220. Auch wenn die BNetzA auf den Märkten für öffentliche Orts- und Fernverbindungen für Privat- und andere Kunden an festen Standorten bisher keinen wirksamen Wettbewerb festgestellt hat, ist dort die Vorleistungsregulierung insoweit wirksam, als die Marktzutrittsschranken eher gering sind. Nach Auffassung der Monopolkommission kommen diese Märkte für eine Resale-Verpflichtung damit eher nicht in Betracht. Das heißt nicht, wie die Marktanalyse der BNetzA zeigt, dass wirksamer Wettbewerb hier bereits vollständig entwickelt ist und es keine Gefährdungen mehr für den erreichten Wettbewerb gibt. Die Gefahr einer Marktmachtübertragung geht weiterhin von der beherrschenden Marktstellung der DTAG/T-Com bei den Teilnehmeranschlüssen aus. Hinzu kommen die weiterhin bestehenden Goodwill-Vorsprünge der DTAG/T-Com, die die Durchsetzung höherer Preise erlauben, sowie die Möglichkeiten der Produktbündelung und der Nutzung von Optionstarifen, die zu einer erhöhten Kundenbindung beitragen.

221. Die Märkteempfehlung der Europäischen Kommission enthält keinen Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse, obwohl die DTAG/T-Com im DSL-Markt bisher ein Quasimonopol innehatte und die BNetzA in der Vergangenheit bereits im Rahmen der Missbrauchsaufsicht eingegriffen hat.¹⁷⁶ Als Zugangsleistung für das Angebot von Breitbandanschlüssen kommen als Alternativen der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Line Sharing sowie verschiedene Formen des Breitbandzugangs in Betracht. Eine nennenswerte Marktrelevanz hat davon vor allem der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung erreicht. Seit Mitte 2004 bietet die DTAG/T-Com auf freiwilliger Basis Resale von DSL-Anschlüssen an, was sich im Markt auch vergleichsweise schnell durchgesetzt hat. Das freiwillige Resale könnte nach Auffassung der Monopolkommission eine Resale-Verpflichtung beim Breitbandzugang überflüssig machen, soweit das Resale-Entgelt nicht die Maßstäbe des § 30 Abs. 5 TKG verletzt, wonach der Abschlag auf den Endnutzerpreis einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermöglichen muss, dabei aber nicht unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen darf. In jedem Fall müsste die BNetzA bei einer Entscheidung über die Notwendigkeit einer Resale-Verpflichtung auf dem DSL-Markt § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG beachten, wonach bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen zu berücksichtigen ist, ob freiwillige Angebote am Markt sind, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden.

¹⁷⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 137 ff; dies., Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 114.

2.3.2 Resale und neue Märkte

222. Soweit *neue Märkte* einer Regulierung bedürfen, kann Resale ein vorzugswürdiges Instrument sein. Die Frage, was ein neuer Markt ist und ob überhaupt, wann und in welcher Form neue Märkte reguliert werden sollen, ist allerdings bisher nicht hinreichend diskutiert.¹⁷⁷

Die Vorteile des Resale als Instrument zur Regulierung neuer Märkte lässt sich anschaulich anhand der so genannten Investitionsleiter (ladder of investment) beschreiben.¹⁷⁸ Gemeint ist damit, dass sich Infrastrukturwettbewerb bei Netzindustrien wie der Telekommunikation stufenweise, wie bei dem Erklimmen einer Leiter, entwickelt. Bei dieser Leiter können die niedrigsten Stufen am einfachsten repliziert werden. Entsprechend wird argumentiert, dass der Regulierer den alternativen Wettbewerbern zunächst sämtliche Sprossen der Leiter als Zugangsmöglichkeit anbieten sollte, dass er im Zeitablauf allerdings die Attraktivität des regulierten Vorleistungsangebots von unten beginnend nach oben zunehmend verschlechtern sollte. Nach dieser Argumentation sollte eine Resale-Verpflichtung am besten zu Beginn der Regulierung eines neuen Marktes als „Brücke“ zum Erreichen der nächsten Infrastrukturinvestitionsstufe auferlegt werden.¹⁷⁹ Resale schafft hier den Kundenstamm, der notwendig ist, um Skalenerträge auszunutzen. Als Beispiel kann DSL-Resale eine Vorstufe sein, um genügend Endkunden zu erreichen, damit Line Sharing oder Bitstrom-Zugang lohnenswert werden. Ohne DSL-Resale wäre Line Sharing gegebenenfalls eine zu große Stufe für den Marktzutritt von Newcomern. Voraussetzung für diese Art der Regulierung ist allerdings, dass den Marktteilnehmern die *Überbrückungsfunktion der Resale-Verpflichtung* von Beginn an deutlich ist, damit sie ihre Geschäftsmodelle entsprechend gestalten können.

2.3.3 Resale und Bündelprodukte

223. Bei so genannten Bündelprodukten werden verschiedene Leistungen miteinander kombiniert. Für die Endverbraucher können Bündelprodukte attraktiv sein, da die Bestandteile des Bündels einzeln entweder nicht oder zu einem höheren Preis verkauft werden. Die Anbieter von Bündelprodukten können Vertriebskosten einsparen und erzielen gegebenenfalls Verbundvorteile in der Produktion. Bündelprodukte tragen allerdings auch in einem hohem Maße zur Absicherung von Marktmacht bei, indem sie die Kundenbindung über höhere Wechselkosten erhöhen. Problematisch ist insbesondere die Übertragung von Marktmacht von Märkten ohne oder mit wenig Wettbewerb auf wettbewerbsintensive Märkte, wenn Leistungen mit unterschiedlicher Wettbewerbsintensität gebündelt werden. Nicht zuletzt erschweren Bündelprodukte die Entgeltregulierung, insbesondere die Kon-

¹⁷⁷ Vgl. Tz. 183 ff.

¹⁷⁸ Vgl. Cave, M., Vogelsang, I., How access pricing and entry interact, in: Telecommunications Policy. Vol 27, 2003, S. 717 ff.

¹⁷⁹ Vgl. European Regulators Group, a.a.O., S. 69.

trolle des Verdrängungsmissbrauchs, da die Zurechnung von Gemeinkosten noch schwieriger ist als bei ungebündelten Leistungen.

224. Bündelprodukte sind somit entweder Ausdruck von Wettbewerb und tragen dazu bei, dass die Anbieter Effizienzvorteile realisieren, oder sie verhindern Wettbewerb, indem sie Marktmacht sichern oder auf Wettbewerbsmärkte übertragen. Die Monopolkommission hat sich in ihren früheren Sondergutachten ausführlich mit den Wettbewerbswirkungen von Bündelprodukten befasst, soweit sie von dem Incumbent angeboten werden, der auf einem Teil der Märkte noch deutlich marktbeherrschend ist.¹⁸⁰ Die von Bündelprodukten ausgehenden Gefahren für den Wettbewerb nehmen ab, wenn die Konkurrenten des Incumbent die Bündelprodukte flächendeckend und zu ähnlichen Kosten wie der Incumbent nachbilden können. Dazu ist es notwendig, dass sie Zugang zu den einzelnen Bestandteilen der Bündelprodukte haben. Resale-Verpflichtungen können die Problematik wettbewerbswidriger Bündelung vergleichsweise einfach entschärfen, da Resale im Vergleich zu anderen Zugangsverpflichtungen organisatorisch schnell und unkompliziert umsetzbar ist. Die Monopolkommission hat sich bei früherer Gelegenheit für eine obligatorische Verpflichtung der DTAG zum Resale bei Bündelprodukten ausgesprochen.¹⁸¹ Diese Empfehlung hält sie aufrecht.

225. Ein solche Verpflichtung kann sich dabei sowohl auf die gebündelte Leistung als auch auf die einzelnen Bestandteile des Bündels beziehen. Soweit der marktbeherrschende Betreiber die Bestandteile des Bündels auch einzeln anbietet, muss sich die Möglichkeit des Resale auf die einzelnen Bestandteile des Bündels beziehen. Reseller sollten allerdings keinen Anspruch darauf haben, dass der marktbeherrschende Betreiber Leistungen unterhalb seines eigenen Entbündelungsniveaus für Wiederverkaufszwecke verfügbar macht. Die positiven Wettbewerbseffekte von Resale bleiben begrenzt, wenn Reseller gezwungen werden, Leistungen, die der marktbeherrschende Betreiber seinen Endkunden entbündelt anbietet, gebündelt zu übernehmen, wie dies bei dem gebündelten Anschluss-Resale der Fall ist. Die gemäß § 150 Abs. 5 TKG vorgesehene Verzögerung von entbündeltem Anschluss-Resale bis Mitte 2008 geht insbesondere zu Lasten der Verbindungnetzbetreiber. Für sie entfällt Resale als Möglichkeit, ihre Dienstpalette zu komplettieren und in den Markt für Teilnehmeranschlüsse einzutreten. Mit dieser Regelung geschützt werden soll der Infrastrukturwettbewerb durch die alternativen Teilnehmernetzbetreiber. Da der mit weitem Abstand größte Infrastrukturwettbewerber im Teilnehmeranschlussnetz die marktbeherrschende DTAG/T-Com ist, wird durch diese Regelung weniger der Infrastrukturwettbewerb geschützt als vielmehr der Incumbent vor dem Wettbewerb bei den Teilnehmeranschlüssen.

¹⁸⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 201 ff; dies., Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 131 ff.

¹⁸¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 203; dies., Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 17.

3. Regulierung der Resale-Entgelte

226. Erstmals enthält das TKG Maßstäbe zur Bestimmung der Resale-Entgelte. Gemäß § 30 Abs. 1 TKG unterliegen die Entgelte eines Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht für die nach § 21 TKG auferlegten Zugangsleistungen – und damit auch für Resale – grundsätzlich der Genehmigungspflicht. Genehmigungspflichtige Entgelte sind nach § 31 Abs. 1 TKG genehmigungsfähig, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. In begründeten Einzelfällen kann eine Überprüfung der Genehmigungsfähigkeit auch nach dem Vergleichsmarktprinzip erfolgen. Abweichend von dieser Regel ergeben sich die Entgelte für Resale gemäß § 30 Abs. 5 TKG aus einem Abschlag auf den Endnutzerpreis, der einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglicht. Das Entgelt entspricht dabei mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.

Von Bedeutung ist darüber hinaus § 27 Abs. 2 TKG, wonach die Regulierungsbehörde darauf zu achten hat, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind.

227. Das erste Kriterium des § 30 Abs. 5 TKG legt als Methode für die Ermittlung der Resale-Entgelte das so genannte „Retail minus“ fest. Danach ist die Ausgangsbasis für die Ermittlung des Großhandelsrabatts der Endnutzerpreis, von dem ein Abschlag vorzunehmen ist. Diese Vorgabe des Gesetzgebers ist relativ vage gehalten. Unklar ist sowohl, was genau der relevante Endnutzerpreis ist, als auch die Methode, nach der der Abschlag von dem Endnutzerpreis zu bestimmen ist.

Nach dem Wortlaut lässt sich das erste Kriterium des § 30 Abs. 5 TKG in zweifacher Weise interpretieren: (a) Entweder soll der im Rahmen des Retail minus vorzunehmende Abschlag auf den Endnutzerpreis einem effizienten Anbieter der Resale-Leistung eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglichen oder (b) auf den Endnutzerpreis, der einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung auf dem Endkundenmarkt ermöglicht, ist ein (nicht näher spezifizierter) Abschlag zu gewähren.

228. Der Endnutzerpreis nach Interpretation (a) ist der tatsächliche Preis, den der zum Resale verpflichtete Betreiber seinen Endkunden in Rechnung stellt. Von diesem Entgelt ist ein Abschlag vorzunehmen, der einem effizienten Reseller die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglicht. Bei Interpretation (b) geht es dagegen um einen effizienten Anbieter, der zum Resale verpflichtet wird. Auslegung (b) hätte zur Folge, dass Ausgangspunkt der Kalkulation der Resale-Entgelte nicht der vorgefundene Endnutzerpreis des

marktbeherrschenden Anbieters ist, sondern der fiktive Endnutzerpreis eines effizienten Anbieters auf dem Endkundenmarkt. Dieser effiziente Anbieter wird in aller Regel nicht mit dem tatsächlichen Anbieter identisch sein, da dieser, um überhaupt zum Resale verpflichtet werden zu können, über beträchtliche Marktmacht auf dem Endkundenmarkt verfügen müsste, was wiederum dagegenspräche, dass es sich um einen effizienten Anbieter handelt. Auch wenn der Wortlaut des § 30 Abs. 5 TKG die Interpretation (b) zulässt, geht die Monopolkommission davon aus, dass es sich bei dem „effizienten Anbieter“ des § 30 Abs. 5 TKG um einen effizienten Reseller handelt. Das erste Kriterium des § 30 Abs. 5 TKG wird damit so interpretiert, dass von dem tatsächlich vorgefundenen Endnutzerpreis des zum Resale verpflichteten Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht ein Abschlag vorzunehmen ist, der einem effizienten Anbieter (Reseller) die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglicht. Erforderlich ist damit zunächst die Definition eines effizienten Anbieters. Darüber hinaus ist zu klären, was eine „angemessene Verzinsung“ des eingesetzten Kapitals auf den Endnutzermärkten ist.

229. Der Bezug des Gesetzes auf einen effizienten Anbieter bedeutet, dass der Abschlag auf den Endnutzerpreis nicht jedem Reseller unabhängig von seinen Kosten eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals sichern soll, sondern nur den effizienten Anbietern. Ein effizienter Anbieter ist kein bestimmter, sondern ein hypothetischer Anbieter. Es geht auch nicht um ein bestimmtes Geschäftsmodell des Resale, sondern um ein Geschäftsmodell, das sämtliche Marktmöglichkeiten ausnutzt. In Rede stehen hier Geschäftsmodelle, wie reines Resale, Resale, bei dem die Leistungen des Incumbent mit Zusatzleistungen versehen werden (Value Added Reseller), und Resale, bei dem die Leistung des Incumbent mit Infrastrukturleistungen des Resellers kombiniert wird. Probleme dürften dann auftauchen, wenn die verschiedenen Geschäftsmodelle aufgrund unterschiedlich effizienter Kosten unterschiedlich hohe Abschläge auf dem Endnutzermarkt benötigen. Da die Kosten eines effizienten Anbieters nicht direkt messbar sind, sind sie im Rahmen eines Kostenmodells zu ermitteln. Als Ausgangspunkt dafür bieten sich die Kosten des Incumbent an, da über dessen tatsächliche Marketing- und Vertriebskosten Informationen vorliegen. Davon ausgehend können die Kosten eines effizienten Anbieters unter Berücksichtigung von Größen- und Verbundvorteilen und -nachteilen bestimmt werden. Dabei ist zu vermuten, dass Verbundvorteile und Skalenerträge mit einer sehr viel größeren Wahrscheinlichkeit bei dem Incumbent als bei den Wettbewerbern auftreten. Hier stellt sich wieder die schon in Tz. 142 ff. behandelte Frage, inwiefern und auf welche Weise diese Asymmetrie zu berücksichtigen ist. Auch hier ist die Monopolkommission der Auffassung, dass das in § 30 Abs. 5 TKG genannte Kriterium der Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt auf das Geschäftsmodell eines Zugang begehrenden

Unternehmens abstellt, mithin auch das Effizienzkriterium auf die Kostensituation eines solchen Unternehmens abstellen sollte. Dementsprechend ist bei der Ermittlung des Abschlags zu berücksichtigen, dass die Wettbewerber nicht in gleichem Maße von Größenvorteilen profitieren wie der Incumbent. Alternativ dazu könnten auch die Wettbewerber dem Regulierer ihre Kostendaten inklusive der Ansätze zur Ermittlung von Größen- und Verbundvorteilen zur Verfügung stellen.

230. Auch das zweite Kriterium des § 30 Abs. 5 TKG für die Bestimmung der Resale-Entgelte ist interpretationsbedürftig, denn es wird nicht deutlich, ob es sich hier um die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für die spezifische Leistung des Resellers oder aber um die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht handelt. Nach Auffassung der Monopolkommission liegt die letztere Interpretation näher. Damit bilden die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der Vorleistung des Netzbetreibers an den Reseller die Untergrenze für den Großhandelsrabatt. Die Erfüllung des zweiten Kriteriums lehnt sich auf den ersten Blick an die kostenbasierte Entgeltregulierung gemäß § 31 Abs. 1 TKG an, erhält aber durch die Mindestvorgabe anstelle der Obergrenze einen anderen Akzent. Offenbar will der Gesetzgeber mit dem zweiten Kriterium des § 30 Abs. 5 TKG vermeiden, dass der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht Vorleistungen an den Reseller unterhalb der effizienten Kosten anbieten muss. Dies wäre dann der Fall, wenn das erste Kriterium zu einem Abschlag vom Endnutzerpreis führt, der größer ist als die Kosteneinsparungen des Incumbent auf der Einzelhandelsebene, oder wenn der Incumbent auf der Einzelhandelsebene keine kostendeckenden Entgelte verlangt.

231. Zwischen den beiden Kriterien des § 30 Abs. 5 TKG kann es folglich zu Konflikten kommen, wenn

- der notwendige Abschlag vom Endnutzerpreis des Incumbent größer ist als die Kosten der effizienten Bereitstellung von Resale oder
- der Endnutzerpreis als Ausgangspunkt für die Rabattbestimmung unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegt.

Der erste Fall kann dann eintreten, wenn der effiziente Reseller gegenüber dem Incumbent auf der Marketing- und Vertriebssebene Größen- oder Verbundnachteile besitzt. In diesem Fall kann Resale nicht verfügt werden, da die Entgeltregeln des § 30 Abs. 5 TKG nicht einzuhalten sind. Resale wäre auch keine ökonomisch sinnvolle Regulierung, da der Reseller gegenüber dem Incumbent Kostennachteile hat und am Markt ohnehin nur dann bestehen könnte, wenn er höhere Preise als der Incumbent durchsetzen kann.

Der zweite Konflikt entsteht aufgrund von Preisdumping auf dem Endnutzermarkt. Preise unterhalb der langfristigen zusätzlichen Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals sind missbräuchlich im Sinne von § 28 Abs. 1 TKG. Ein solcher Missbrauch ist zunächst zu beseitigen, bevor eine Resale-Verpflichtung verfügt werden kann. Soweit die Entgelte des Incumbent auf dem Endnutzermarkt reguliert sind, sollte das Problem der Unter-Kosten-Preise nicht auftreten.

4. Schlussfolgerungen für die Regulierungspraxis

232. Die Erfahrungen in der deutschen Regulierungspraxis mit Resale sind begrenzt. Neu ist insbesondere die Anwendung von Resale auf konkrete Wettbewerbsprobleme, gegebenenfalls in Abgrenzung oder in Ergänzung zu anderen, alternativ in Frage kommenden Regulierungsinstrumenten. Die Anwendung von Resale in der Regulierungspraxis wird dadurch erschwert, dass die Resale-Vorschriften des TKG vergleichsweise vage gehalten sind und ihre Auslegung eher Fragen aufwirft als beantwortet. Damit sind Rechtsunsicherheiten für die Marktteilnehmer verbunden. Da nicht damit zu rechnen ist, dass der Gesetzgeber durch Klarstellungen kurzfristig zu einer Verminderung der Rechtsunsicherheiten beiträgt, empfiehlt die Monopolkommission, dass die BNetzA die Anwendungsvoraussetzungen, die Möglichkeiten der Ausgestaltung und die Methoden zur Festsetzung der Resale-Entgelte unabhängig von einer konkreten Regulierungsverfügung im Rahmen von Auslegungsgrundsätzen, nach Möglichkeit unter Beteiligung der interessierten Öffentlichkeit, diskutiert.

233. Resale kommt als Verpflichtung im Rahmen einer Regulierungsverfügung in Betracht, wenn

- auf einem Endnutzermarkt kein wirksamer Wettbewerb herrscht,
- Resale zur Entstehung oder Intensivierung des Wettbewerbs auf diesem Markt beiträgt,
- das Instrument anderen, alternativ in Frage kommenden Regulierungsinstrumenten überlegen ist oder diese so ergänzt, dass sich das Wettbewerbsergebnis im Markt insgesamt verbessert und
- Resale ein verhältnismäßiges und der Art des identifizierten Wettbewerbsproblems angemessenes Instrument der Regulierung ist.

Märkte, für die Resale als Verpflichtung in Betracht kommen, lassen sich prima facie daran erkennen, dass dort der Infrastrukturwettbewerb auch Jahre nach der Marktöffnung nicht oder nur eingeschränkt funktioniert oder zu ineffizienten Ergebnissen führt. Damit kommt Resale als Verpflichtung bevorzugt für die Märkte 1 und 2 der EU-Märkteempfehlung (Zugang von Privat- und anderen Kunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten) sowie für Bündelprodukte in Betracht. Neue Märkte sind wegen der damit verbundenen negativen Innovationsanreize zunächst von der Regulierung auszunehmen. Für den Fall, dass sich auch zu einem späteren Zeitpunkt auf diesem

(ehemals neuen) Markt keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb einstellt, kommt Resale bevorzugt als erstes Regulierungsinstrument in Frage.

234. Die positiven Wettbewerbseffekte des Resale bleiben begrenzt, wenn die Reseller gezwungen sind, Leistungen gebündelt zu übernehmen, die der Incumbent seinen Endkunden entbündelt anbietet. Ein Beispiel dafür ist das gebündelte Anschluss-Resale, bei dem der Reseller neben dem Teilnehmeranschluss zugleich auch Verbindungsleistungen des Incumbent zum Weiterverkauf übernehmen muss. Die gemäß § 150 Abs. 5 TKG vorgesehene Verzögerung des entbündelten Anschluss-Resale geht zu Lasten der Verbindungsnetzbetreiber. Für sie entfällt die Möglichkeit, ihre Dienstpalette um den Teilnehmeranschluss zu komplettieren. Unter diesen Bedingungen ist zu befürchten, dass der Markt für Teilnehmeranschlüsse auch im Jahr 2008 nicht durch wirksamen Wettbewerb gekennzeichnet sein wird. Die BNetzA sollte sich nach Auffassung der Monopolkommission auf diesen Fall vorbereiten, indem sie frühzeitig, d.h. bereits in der nächsten Marktanalyserunde, herauszufinden versucht, ob und gegebenenfalls in welcher Form entbündeltes Anschluss-Resale ab Mitte 2008 aufzuerlegen ist. Dabei sind auch die Implementierungsvoraussetzungen des Incumbent zeitlich zu berücksichtigen. Wartet die BNetzA dagegen erst die auf das Jahr 2008 folgende Marktanalyse ab, ist mit entbündeltem Anschluss-Resale, als der vermutlich wichtigsten Voraussetzung für eine Intensivierung des Anschlusswettbewerbs im Festnetz, frühestens im Jahr 2010 zu rechnen.

235. Der Preis für die Überlassung von Endkundenleistungen zum Wiederverkauf durch Dritte unterliegt der präventiven Entgeltregulierung. Für die Ermittlung des Resale-Entgelts sind zwei Kriterien relevant, die gemeinsam erfüllt sein müssen, die aber miteinander in Konflikt stehen können. Die BNetzA muss daher klären, wie sie mit potentiellen Inkompatibilitäten der beiden Kriterien des § 30 Abs. 5 TKG umgeht.

Gleichzeitig ist das Konsistenzgebot des § 27 Abs. 2 TKG zu beachten, wonach Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit inhaltlich und zeitlich aufeinander abzustimmen sind. In der Regulierungspraxis sind vertikale und horizontale Inkonsistenzen zu unterscheiden, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen. In vertikaler Hinsicht geht es vor allem um die Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren, die die BNetzA in der Vergangenheit durch die so genannte IC+25%-Regel zu vermeiden versucht hat. Diese Regel beinhaltet allerdings eine Reihe von Problemen, insbesondere führt sie lediglich zu näherungsweise Ergebnissen. Nach Auffassung der Monopolkommission ist sie daher mit dem neu eingeführten Konsistenzgebot des TKG nicht vereinbar. Vorzugswürdig zur Vermeidung von vertikalen Inkonsistenzen ist daher die einzelfallbezogene Kostenprüfung. Horizontale Inkonsistenzen führen zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen alternativen Geschäftsmodellen auf der Endnutzerebene. Im Zusammenhang mit Resale entstehen solche Inkonsistenzen, wenn

die Endkundenentgelte des Incumbent als Ausgangspunkt für die Ermittlung des Großhandelsrabatts für das Resale-Produkt nicht den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen.

5. Schlussfolgerungen für den Gesetzgeber

236. Die gemäß § 150 Abs. 5 TKG bis zum 30. Juni 2008 geltende Vorgabe, dass der Regulierer lediglich gebündeltes Anschluss-Resale auferlegen kann, geht zu Lasten der Verbindungsnetzbetreiber und verzögert die Entstehung von wirksamem Wettbewerb auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse. Nach Auffassung der Monopolkommission ist diese Regelung weder notwendig, um die Geschäftsmodelle der alternativen Teilnehmernetzbetreiber zu schützen, noch gibt es einen Anspruch von Marktteilnehmern auf einen Vertrauensschutz, da entbündeltes Resale bereits nach dem alten TKG von 1996 durchsetzbar war und auch bereits verfügt worden ist. Da nach Auffassung der Monopolkommission auch die Vereinbarkeit des § 150 Abs. 5 TKG mit europarechtlichen Vorgaben in Frage steht, sollte der Gesetzgeber die Vorschrift baldmöglichst ersatzlos streichen.

237. Problematisch ist darüber hinaus, dass das TKG an zwei Stellen vage Maßstäbe einführt, die weder der Rechtssicherheit dienen noch aus ökonomischer Sicht notwendig sind. Zum einen hat der Regulierer gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG bei der Auferlegung einer Resale-Verpflichtung „die getätigten und zukünftigen Investitionen für innovative Dienste zu berücksichtigen“. Der Gesetzgeber unterstellt damit, dass Resale zu Lasten von Investitionen für innovative Dienste geht. Dafür gibt es keine Anhaltspunkte. Es würde der Rechtssicherheit dienen, wenn diese Vorschrift ersatzlos gestrichen wird. Zum anderen enthält § 30 Abs. 5 TKG zwei kumulativ zu erfüllende Kriterien für die Festsetzung der Resale-Entgelte, die potentiell widersprüchlich sind. Nach Auffassung der Monopolkommission würde es ausreichen, wenn der Großhandelsrabatt entweder nach dem ersten Kriterium des § 30 Abs. 5 TKG (Abschlag auf den Endnutzerpreis, der einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung auf dem Endnutzermarkt ermöglicht) oder anstatt nach der Methode des Retail minus gemäß den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ermittelt wird. Belässt es der Gesetzgeber bei den beiden Kriterien, sollte er allerdings eine Entscheidungshilfe liefern, wie der Regulierer beim Vorliegen von Inkompatibilität der beiden Kriterien zu einem konsistenten Resale-Entgelt kommt.

VII. Zusammenfassung der Einschätzungen und Empfehlungen

238. Nach ihrem erweiterten Auftrag gemäß § 121 Abs. 2 des novellierten TKG beurteilt die Monopolkommission den Stand und die Entwicklung des Wettbewerbs sowie die Frage, ob nachhaltig wettbewerbsorientierte Telekommunikationsmärkte in der Bundesrepublik Deutschland bestehen. Die Kommission würdigt darüber hinaus die Anwendung der Vorschriften über die Regulierung und Wettbewerbsaufsicht durch die Regulierungsbehörde und nimmt zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung, insbesondere zu der Frage, ob die Resale-Regelung des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG im Hinblick auf die Wettbewerbsentwicklung anzupassen ist.

239. Der Wettbewerb auf den *Märkten der Festnetztelefonie* hat in den vergangenen zwei Jahren weiter zugenommen. Deutliche Fortschritte sind bei den Ortsgesprächen zu verzeichnen. Nach der Einführung von Call-by-Call und Preselection konnten die Konkurrenten der DTAG schneller als noch vor zwei Jahren erwartet, Marktanteile in spürbaren Größenordnungen gewinnen.

Bei den Fern- und Auslandsgesprächen haben die alternativen Anbieter ihre Marktposition weiter verbessert. Insbesondere bei den Auslandsgesprächen erreichen die Wettbewerber inzwischen einen Marktanteil von mehr als 60 % nach Umsätzen und von mehr als zwei Drittel nach Verbindungsmi-
nuten. Ende November 2005 hat die BNetzA festgestellt, dass die DTAG bei den Auslandsgesprächen keine beträchtliche Marktmacht mehr hat.

Kaum Wettbewerbsfortschritte sind dagegen bei den Teilnehmeranschlüssen zu verzeichnen. Hier behält die DTAG bei den Analoganschlüssen ihre faktische Monopolstellung und bei den ISDN-Anschlüssen eine bei weitem überragende Marktstellung.

Spürbar zu nimmt der Wettbewerb beim breitbandigen Internetzugang. Eine Ursache dafür ist das freiwillige Resale-Angebot der DTAG, das seit Mitte 2004 zu einem sprunghaften Anstieg der im Wege des Wiederverkaufs durch Dritte veräußerten DSL-Anschlüsse geführt hat.

Die Abhängigkeit der Wettbewerber von Vorleistungen der DTAG ist weiterhin groß. Dies gilt namentlich für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, für regionale und lokale Zusammenschaltungsleistungen, in Teilbereichen für Mietleitungen sowie für Fakturierungs- und Inkassoleistungen. Die Abhängigkeit geht dort zurück, wo die alternativen Netzbetreiber eigene Infrastrukturen aufbauen. Dies betrifft die Ebene der Fernnetze und seit Einführung der Betreiber Auswahl im Ortsnetz auch verstärkt die regionalen Netze.

240. Bei der Beurteilung, ob *nachhaltig wettbewerbsorientierte Telekommunikationsmärkte* bestehen, unterscheidet die Monopolkommission danach, ob die sektorspezifische Regulierung insge-

samt oder lediglich die präventive Entgeltregulierung verzichtbar ist. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass der Wettbewerb auf den Endkundenmärkten der Festnetztelefonie noch nicht soweit abgesichert ist, dass die sektorspezifische Regulierung in ihrer Gesamtheit entfallen kann. Der Wettbewerb bei den Teilnehmeranschlüssen, den Orts-, Fern- und Auslandsgesprächen ist vielmehr weiterhin davon abhängig, dass die alternativen Anbieter den Zugang zu den Vorleistungen der DTAG haben. Dies bedeutet, dass die Regulierung der Zugangsleistungen jetzt und auf absehbare Zeit in vollem Umfang aufrechterhalten werden muss.

Auf die Frage, ob die Endkundenmärkte der Festnetztelefonie weiterhin der *präventiven* oder der *nachträglichen Entgeltregulierung* unterliegen sollen, ist eine differenzierte Antwort notwendig. Bei den Teilnehmeranschlüssen ist nach Auffassung der Monopolkommission die Ex-ante-Entgeltregulierung weiterhin notwendig. Dafür sprechen die Marktstellung der DTAG bei den Teilnehmeranschlüssen und der Umstand, dass auch die alternativen Anschlusstechnologien weder im Moment noch auf absehbare Zeit in der Lage sind, den Wettbewerb in diesem Markt nachhaltig zu beleben, ebenso wie die Wettbewerbsgefährdungen, die sich aus den Möglichkeiten zur Quersubventionierung von Leistungen in Wettbewerbsbereichen oder der Bündelung von Leistungen mit Teilnehmeranschlüssen ergeben.

Anders ist dies bei den Gesprächsmärkten. Auch wenn die Monopolkommission weiterhin davon ausgeht, dass die Zugangsregulierung sowie die Call-by-Call- und Preselection-Regelung für sich alleine genommen nicht ausreichen, um den Wettbewerb auf den Gesprächsmärkten zu sichern, bedarf es bei den Orts-, Fern- und Auslandsgesprächen nicht mehr der Ex-ante-Entgeltregulierung, um eine Remonopolisierung der Märkte zu verhindern. Für die Aussetzung der Genehmigungspflicht sprechen die erreichte wirtschaftliche Stabilität der alternativen Anbieter, ihre mit einem zunehmenden Infrastrukturausbau einhergehende geringere Anfälligkeit für Verdrängungsstrategien des etablierten Anbieters sowie die nach dem neuen Telekommunikationsrecht erweiterten Eingriffsmöglichkeiten der nachträglichen Entgeltregulierung. Gleichwohl ist es nach Auffassung der Monopolkommission weiterhin unabdingbar, dass die Regulierungsbehörde die regulatorischen Voraussetzungen für eine wirksame Kontrolle der Bündelproblematik schafft. Die Gefahren für den Wettbewerb durch Quersubventionierungen aus Bereichen ohne oder mit wenig Wettbewerb sind zu vernachlässigen, wenn die Endkundenentgelte für die Teilnehmeranschlüsse weiterhin der Ex-ante Regulierung gemäß § 31 TKG unterliegen. Soweit die DTAG bei den Auslandsgesprächen nicht mehr über beträchtliche Marktmacht verfügt, entfällt für diesen Markt die Voraussetzung auch für die nachträgliche Entgeltregulierung nach dem TKG.

241. Der *Mobilfunk* bildet nach Auffassung der Monopolkommission weiterhin ein eigenständiges Marktsegment und ist nicht Teil eines einheitlichen Marktes für Sprachtelefonie. Zwar hat die Einführung integrierter Festnetz- und Mobilfunkanschlüsse durch nunmehr alle Mobilfunknetzbetreiber die Substitutionsbeziehungen zwischen Festnetz und Mobilfunk intensiviert. Gleichwohl bleibt der Wettbewerb zwischen Festnetz und Mobilfunk bisher vornehmlich auf die Gespräche begrenzt und ist wegen der weiterhin deutlichen Preisunterschiede nach wie vor eher gering.

Weiterhin ungelöst ist das Problem der deutlich überhöhten Entgelte für die Terminierung von Gesprächen aus dem Festnetz in die Mobilfunknetze. Zwar ist es aufgrund regulatorischer Entscheidungen zu einer Absenkung der Terminierungsentgelte gekommen. Gleichwohl liegen diese noch immer deutlich über den Kosten, mit der Folge, dass die Festnetzbetreiber bzw. deren Kunden den Mobilfunk und damit auch den Marktzutritt der Mobilfunknetzbetreiber in das Festnetz in einem erheblichen Ausmaß subventionieren. Die Monopolkommission weist bereits seit längerem auf die Notwendigkeit hin, das Problem der überhöhten Terminierungsentgelte im Mobilfunk regulatorisch dadurch zu lösen, dass die Entgelte über einen zeitlichen Anpassungspfad auf das Niveau der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gesenkt werden.

Der Endkundenmarkt für Mobiltelefonie ist weiterhin durch Wachstum und Wettbewerb gekennzeichnet. Die Anzahl der Netzbetreiber ist mit vier konstant geblieben. Im Vergleich zum Jahr 2003 haben die beiden kleinen Netzbetreiber Marktanteile zu Lasten der beiden großen Netzbetreiber hinzugewonnen. Die Einführung neuer Prepaid-Angebote, die ausschließlich über das Internet vertrieben werden, von neuen Tarifförmern, wie der Flatrate, sowie die Etablierung so genannter Billigmarken durch Netzbetreiber und Service-Provider haben für eine Zunahme des Preiswettbewerbs im Mobilfunk gesorgt.

242. Der Gutachtenauftrag des novellierten TKG an die Monopolkommission sieht unter anderem die *Würdigung der Amtspraxis der Regulierungsbehörde* vor. Um diesem gesetzlichen Auftrag gerecht zu werden, benötigt die Kommission den Zugang zu den Verfahrensakten der BNetzA. Dieser Zugang ist bisher gesetzlich nicht geregelt und beschränkt sich daher auf die öffentlich zugänglichen, um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereinigten Fassungen der Entscheidungen. Dies reicht im Einzelfall für eine angemessene Erfüllung des gesetzlichen Auftrags nicht aus. Die Monopolkommission schlägt eine Ergänzung des TKG zur Regelung des Akteneinsichtsrechts in Anlehnung an § 46 Abs. 2a GWB vor, in dem das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission bei der Kartellbehörde geregelt ist.

243. Ein Schwerpunkt der Amtspraxis der Regulierungsbehörde im Bereich der Telekommunikationsregulierung lag bei den Verfahren der *Marktdefinition und Marktanalyse*, in denen nach dem novellierten TKG zu klären ist, ob ein Markt der sektorspezifischen Regulierung unterliegt, ob beträchtliche Marktmacht besteht und welche regulatorischen Verpflichtungen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gegebenenfalls aufzuerlegen sind. Die Verfahren sind außerordentlich langwierig. Bis Mitte November 2005 ist lediglich für vier der 18 Märkte der Empfehlung der Europäischen Kommission über die für die Regulierung relevanten Märkte das gesamte Verfahren der Marktdefinition, Marktanalyse und Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen inklusive der jeweiligen nationalen und europäischen Beteiligungsverfahren abgeschlossen. Bei weiteren acht Märkten läuft das Verfahren. Bei sechs Märkten sind die Untersuchungen noch in einem Anfangsstadium bzw. haben noch nicht begonnen. Da sowohl das TKG als auch das Gemeinschaftsrecht die unverzügliche Festlegung der zu regulierenden Märkte vorschreibt und weil die Zeitverzögerungen für Rechtsunsicherheiten in den Märkten sorgen, ist die schleppende Umsetzung des neuen Rechtsrahmens nach Auffassung der Monopolkommission rechtlich und sachlich problematisch.

Ein wesentlicher Grund für die Verzögerungen liegt in dem komplizierten und vergleichsweise langwierigen Verfahren der Marktanalyse mit weitreichenden Beteiligungsrechten auf nationaler und europäischer Ebene. Aus nationaler Sicht ist das kurzfristig kaum zu beeinflussen. Gleichwohl sollte sich die Bundesregierung bei der anstehenden Überarbeitung des europäischen Rechtsrahmens für eine Straffung des Verfahrens, gegebenenfalls unter Verzicht auf Beteiligungsrechte, einsetzen. Im TKG angelegt sind Zeitverzögerungen, die sich aus der verfahrensmäßigen Trennung von Marktanalyse und Regulierungsverfügung ergeben. Diese Trennung, die es nur in Deutschland gibt, zielt darauf ab, das Vetorecht der Europäischen Kommission bei der Marktdefinition und Marktanalyse nicht auf die Ebene der Regulierungsmaßnahmen auszudehnen. Nach Auffassung der Monopolkommission überwiegen die Nachteile der entstehenden Zeitverzögerungen und das damit verbundene Mehr an Rechtsunsicherheit die vermeintlichen Vorteile, da die Europäische Kommission auch bei der Zusammenlegung der Verfahren kein Veto gegen die Regulierungsverfügung einlegen kann. Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesregierung nachdrücklich, die Trennung der Verfahren im Rahmen der anstehenden TKG-Novellierung rückgängig zu machen.

Für ein Drittel der 18 Märkte liegt auch mehr als 15 Monate nach der Verabschiedung des TKG noch kein Entwurf für eine Marktanalyse vor. Die Gründe dafür sind unklar. Soweit dabei die Konzentration aller wichtigen Regulierungsentscheidungen auf die Präsidentenkammer eine Rolle spielt, sollte der Gesetzgeber diese Organisation überdenken. Die Einheitlichkeit der Spruchpraxis der Regulierungsbehörde ließe sich auch, wie beim Bundeskartellamt ersichtlich, in anderer Weise

gewährleisten. Die BNetzA untersucht die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommenden Märkte nacheinander. Bei einem solchen Vorgehen ist die Reihenfolge der Untersuchungen von Bedeutung. Die Monopolkommission anerkennt, dass es für die vorgenommene Reihenfolge der Untersuchungen gute Gründe geben mag. Sie spricht sich aber dafür aus, dass die BNetzA ihre Prioritäten bei der Bearbeitung der Marktanalysen aufdeckt und gegebenenfalls begründet.

244. Ein grundsätzliches konzeptionelles Problem des Verfahrens gemäß §§ 10 und 11 TKG betrifft das *Verhältnis von Marktdefinition und Marktanalyse*. Ein wesentliches Kriterium für die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes gemäß § 10 TKG ist das Fehlen einer längerfristigen Tendenz zu wirksamem Wettbewerb. Konzeptionell ergibt sich daraus das Problem, dass bereits auf der vorgelegerten Stufe der Marktdefinition darüber zu entscheiden ist, ob ein Markt längerfristig zu wirksamem Wettbewerb tendiert, ohne dass bereits die für die nachgelagerte Stufe zwei des Verfahrens vorgesehene Marktanalyse gemäß § 11 TKG durchgeführt wurde.

Unklar ist zudem, wie sich der telekommunikationsrechtliche Begriff der beträchtlichen Marktmacht zu dem wettbewerbsrechtlichen Begriff der Marktbeherrschung verhält. Nach europäischem Recht handelt es sich bei der beträchtlichen Marktmacht grundsätzlich um dasselbe wie bei der Marktbeherrschung gemäß Art. 82 EGV, in Anbetracht der Verschiedenheit des Kontextes jedoch auch wieder nicht. Die Begründung zum TKG spricht von einer „Anlehnung“ des Begriffs der beträchtlichen Marktmacht an den Marktbeherrschungsbegriff, ohne dies näher zu erläutern. Die Frage ist dennoch von grundsätzlicher Bedeutung. Sie wird spätestens dann relevant, wenn die Marktanalyse gemäß § 11 TKG das Bestehen beträchtlicher Marktmacht verneint, die wettbewerbsrechtliche Analyse gemäß § 19 GWB aber das Vorliegen von Marktbeherrschung feststellt. Dies ist bereits deshalb nicht ausgeschlossen, weil die Kriterien der Marktbeherrschung nach europäischem und deutschem Wettbewerbsrecht nicht vollständig übereinstimmen. So geht das europäische Recht ab einem Marktanteil von 50 % von Marktbeherrschung aus, das GWB aber bereits ab einem Marktanteil von einem Drittel. Nach Auffassung der Monopolkommission muss die Regulierungsbehörde in der Anwendung des im Sinne des Wettbewerbsrechts definierten Begriffs der beträchtlichen Marktmacht für die Zwecke der Telekommunikationsregulierung dem Unterschied der Normzwecke Rechnung tragen. Im Wettbewerbsrecht geht um punktuelle Entscheidungen, wie das Verbot eines Missbrauchs oder die Untersagung einer Fusion, im Telekommunikationsrecht dagegen um die Begründung eines Regulierungsregimes.

245. Das novellierte TKG verpflichtet die Regulierungsbehörde zu einer in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht *konsistenten Entgeltregulierung*. Zudem muss sichergestellt werden, dass die Entgeltregulierung in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des TKG steht. Bisher

wird nicht hinreichend deutlich, wie die BNetzA dem Konsistenzgebot Rechnung trägt. Um die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten zu reduzieren, sollte die Regulierungsbehörde nach Auffassung der Monopolkommission die Umsetzung des Konsistenzgebotes in der Regulierungspraxis durch die Veröffentlichung von Auslegungsgrundsätzen transparent machen.

Inhaltliche Konsistenz zielt auf die Vermeidung von regulierungsbedingten Wettbewerbsverzerrungen. In vertikaler Hinsicht geht es dabei vor allem um die Preis-Kosten-Schere, die sich unter anderem ergibt, wenn die Fix- und Gemeinkosten den einzelnen Leistungen nach unterschiedlichen Verfahren zugeordnet werden. Um dies zu vermeiden, sollten die Entgelte für Vor- und Endkundenleistungen nach demselben Verfahren – Einzelpreisgenehmigung oder Price-Cap-Regulierung – und nach dem einheitlichen Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung reguliert werden. Das neue TKG steht dem insoweit entgegen, als es die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Maßstab bei der präventiven Entgeltregulierung vorschreibt und bei der nachträglichen Entgeltregulierung lediglich nachrangig akzeptiert. Die BNetzA muss vor diesem Hintergrund auf eine andere Weise für Konsistenz oder zumindest für Transparenz im Umgang mit dieser Problematik sorgen.

Konsistenz in horizontaler Hinsicht meint die Vermeidung von regulierungsbedingten Wettbewerbsverzerrungen zwischen konkurrierenden Geschäftsmodellen. Horizontale Inkonsistenzen können daraus resultieren, dass die Entgelte für die Vorleistung des einen Geschäftsmodells nach der Methode Retail minus und die Entgelte für die Vorleistung des anderen Geschäftsmodells gemäß den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung reguliert werden. Solche Inkonsistenzen lassen sich letztlich nur vermeiden, wenn die Regulierungsbehörde im Rahmen der Entgeltregulierung für Methodenkonsistenz sorgt. Dabei bedeutet Methodenkonsistenz auch, dass innerhalb einer Methodik die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht einmal im Rahmen eines analytischen Kostenmodells und ein anderes Mal im Wege der Vergleichsmarktbetrachtung ermittelt werden.

Was genau der Gesetzgeber unter Konsistenz in zeitlicher Hinsicht versteht, bleibt unklar. In jedem Fall muss die Regulierungsbehörde für eine Verlässlichkeit der Regulierung über die Zeit sorgen. Gemeint ist damit der Umstand, dass spätere Regulierungsentscheidungen nicht frühere Entscheidungen in Frage stellen dürfen.

Die Durchsetzung des Konsistenzgebotes des TKG setzt nach Auffassung der Monopolkommission auch voraus, dass die Regulierungsbehörde dafür die notwendigen organisatorischen Voraussetzungen schafft. Gegenwärtig gibt es innerhalb der Behörde ein Informations- und Mitwirkungsverfahren, welches die Präsidentenkammer, andere Beschlusskammern sowie Fachabteilungen betrifft.

Ein solches Verfahren funktioniert nur unter bestimmten Voraussetzungen. Vorzugswürdig nach Auffassung der Monopolkommission ist die Konzentration aller Entgeltregulierungsmaßnahmen bei einer Beschlusskammer oder die Koordinierung der Maßnahmen durch eine mit entsprechenden Kompetenzen ausgestattete Grundsatzabteilung.

246. Auf *neuen Märkten* besteht ein grundsätzlicher Konflikt zwischen den Zielen der Wettbewerbsintensivierung und der Innovationsförderung, der im Hinblick auf das Ob, Wann und Wie der Regulierung eine Abwägung erfordert. In welcher Art und Weise diese Abwägung durch die BNetzA erfolgt ist offen. Die Monopolkommission spricht sich auch hier für die Veröffentlichung von Auslegungsgrundsätzen in Form eines Konzeptes zur regulatorischen Behandlung neuer Märkte aus.

Die wichtigste Aufgabe eines solchen Konzeptes ist die Entwicklung von Kriterien zur Identifizierung von neuen Märkten. Vergleichsweise wenig streitig ist, dass neue Märkte zunächst von der Regulierung befreit sein sollten, damit die Anreize für die Entwicklung neuer Produkte und Dienste erhalten bleiben. Dies lässt sich bereits aus dem europäischen Telekommunikationsrecht herleiten. Die Monopolkommission unterstützt diese Position. Fraglich ist allerdings der Zeitraum einer solchen Freistellung. Die Monopolkommission lehnt die Festlegung einer einheitlichen Mindestzeit ab, in der ein neuer Markt nicht reguliert werden darf. Da die technologische und ökonomische Entwicklung neuer Märkte sehr unterschiedlich verlaufen kann, muss die Regulierungsbehörde die Möglichkeit haben, auch vorzeitig in einen Markt einzugreifen, wenn sich abzeichnet, dass zukünftiger Wettbewerb auf einem neuen Markt ausgeschlossen ist, etwa weil notwendige Vorleistungen weder repliziert noch substituiert werden können.

Unter dem Eindruck der Ankündigung der DTAG, Investitionen in ein neues Glasfasernetz nur dann vorzunehmen, wenn die damit verbundenen Märkte von der Regulierung ausgenommen werden, plant die Regierungskoalition aus CDU/CSU und SPD das TKG um eine Vorschrift zu ergänzen, nach der neue Märkte, die durch Investitionen in moderne und breitbandige Telekommunikationsnetze entstehen, für eine gewisse Zeit von der Regulierung ausgenommen werden. Die Monopolkommission steht einer solchen *Gesetzesänderung* skeptisch gegenüber. Ob und wie ein Markt reguliert wird, hängt nach dem geltenden Recht von den Ergebnissen der Marktdefinition und der Marktanalyse ab. Im Zuge der Marktabgrenzung ist zu unterscheiden, ob ein Dienst, der auf der neuen Infrastruktur erbracht wird, zu einem bereits bestehenden und gegebenenfalls regulierten oder zu einem neuen Markt gehört. Bei dieser Marktabgrenzung ist der nationale Regulierer nicht frei, sondern weitestgehend an die Vorgaben der Europäischen Kommission gebunden. An diesem *Procedere* würde die geplante TKG-Änderung nichts ändern. Sie würde auch an dem Abgrenzungspro-

blem zwischen alten und neuen Märkten nichts ändern. Es sei denn, der Gesetzgeber definiert den Begriff des neuen Marktes mit einer hinreichenden Präzision. Nach Auffassung der Monopolkommission ist dies im Rahmen einer Gesetzesvorschrift allerdings kaum möglich. Vorzugswürdig ist die Definition im Rahmen von Auslegungsgrundsätzen der Regulierungsbehörde. Solche bleiben ohnehin weiter notwendig, wenn der Gesetzgeber auslegungsbedürftige Formulierungen, wie die Freistellung von Regulierungseingriffen für „eine bestimmte Zeit“ benutzt. Aus Sicht der Monopolkommission bedarf es auch keiner Änderung des TKG, um einen neuen Markt zunächst von der Regulierung auszunehmen, da dies bereits nach geltendem Recht möglich ist. Auch wenn das TKG die Behandlung neuer Märkte nicht explizit regelt, lässt sich die Aussetzung der Regulierung neuer Märkte mit dem Gemeinschaftsrecht begründen. Sollte die geplante TKG-Änderung auf einen expliziten Ausschluss jeglicher Regulierung auf neuen Märkten abzielen oder darauf, einen bestimmten Markt, unabhängig von seinem Neuheitscharakter, der Regulierung zu entziehen, würde sich auch die Frage nach der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem europäischen Telekommunikationsrecht stellen.

247. Die neu geschaffenen Vorschriften des TKG, die den Wiederverkauf von Telekommunikationsdiensten an Dritte, das so genannte *Resale*, sowie die Regulierung der Resale-Entgelte regeln, werfen in der Praxis Fragen auf, weil sie relativ vage, zum Teil auch widersprüchlich formuliert sind. Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG kann die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsdienste mit beträchtlicher Marktmacht Resale-Verpflichtungen auferlegen. Bei der Abwägung, ob solche Verpflichtungen aufzuerlegen sind, muss die Behörde unter anderem „die getätigten und zukünftigen Investitionen für innovative Dienste berücksichtigen“. Dieser Zusatz unterstellt, dass Resale zu Lasten von Investitionen für innovative Dienste geht. Dafür gibt es nach Auffassung der Monopolkommission keine Anhaltspunkte. Ebenso wenig schränkt Resale Infrastrukturinvestitionen ein. Resale kann im Gegenteil einem Anbieter den vergleichsweise schnellen Marktzutritt ermöglichen, der dann Zug um Zug mit dem Aufbau eigener Infrastrukturen abgesichert wird. Nach Auffassung der Monopolkommission ist der letzte Satz von § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG nicht nur unnötig, sondern auch materiell so wenig konkret, dass damit bestenfalls keine Einschränkungen verbunden sind, im schlimmsten Fall jedoch jegliches Resale verhindert werden kann. Die Monopolkommission empfiehlt, ihn ersatzlos zu streichen.

248. Gemäß § 30 Abs. 5 TKG sind für die *Bestimmung der Resale-Entgelte* zwei Kriterien maßgeblich. Erstens wird das Entgelt nach der Methode des Retail minus gebildet, indem auf den Endnutzerpreis ein Abschlag vorzunehmen ist, der einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnut-

zermarkt ermöglicht. Zweitens entspricht das Entgelt dabei mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Beide Kriterien sind nicht eindeutig formuliert und lassen verschiedene Interpretationen zu. Hinzu kommt, dass die Kriterien im Widerspruch zueinander stehen können.

Das erste Kriterium lässt sich auf zweifache Weise interpretieren: (a) Entweder soll der Abschlag auf den Endnutzerpreis einem effizienten Reseller eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglichen oder (b) auf den Endnutzerpreis, der einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung auf dem Endnutzermarkt ermöglicht, ist ein Abschlag zu gewähren. Je nach Interpretation ist der Ausgangspreis, von dem der Abschlag vorzunehmen ist, der vorgefundene Endnutzerpreis des zum Resale verpflichteten Unternehmens oder der (gegebenenfalls fiktive) Endnutzerpreis eines effizienten Anbieters auf dem Endkundenmarkt. Bei dem zweiten Kriterium des § 30 Abs. 5 TKG wird nicht deutlich, ob die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für die spezifische Leistung des Resellers oder aber die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht gemeint sind. Unklar ist außerdem, was der Gesetzgeber unter einer „angemessenen Verzinsung“ des eingesetzten Kapitals versteht.

Zwischen den Kriterien kann es zu Konflikten kommen: (i) Der notwendige Abschlag vom Endnutzerpreis des Incumbent ist größer als die Kosten der effizienten Bereitstellung von Resale, wenn der effiziente Reseller gegenüber dem Incumbent auf der Marketing- und Vertriebsstufe Größen- oder Verbundnachteile besitzt. (ii) Der Endnutzerpreis als Ausgangspunkt für die Rabattbestimmung liegt aufgrund einer Preisdumpingstrategie des Incumbent unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Die potentiellen Konflikte entstehen nicht, wenn der Großhandelsrabatt entweder nur nach dem ersten Kriterium des § 30 Abs. 5 TKG oder anstatt nach der Methode des Retail minus gemäß den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ermittelt wird. Belässt es der Gesetzgeber bei den beiden Kriterien, sollte er allerdings eine Entscheidungshilfe liefern, wie der Regulierer beim Vorliegen von Inkompatibilität der beiden Kriterien zu einem konsistenten Resale-Entgelt kommt.

Bis zu einer Konkretisierung der §§ 21 Abs. 2 Nr. 3 und 30 Abs. 5 TKG sollte die Regulierungsbehörde nach Auffassung der Monopolkommission dadurch für mehr Rechtssicherheit sorgen, dass sie Auslegungsgrundsätze für die Anwendung der Resale-Verpflichtung und die Regulierung der Resale-Entgelte veröffentlicht.

249. Die in § 150 Abs. 5 TKG vorgesehene Regelung, dass Anschluss-Resale bis zum 30. Juni 2008 nur in Kombination mit Verbindungsleistungen (gebündeltes Anschluss-Resale) auferlegt werden

kann, geht zu Lasten der Verbindungsnetzbetreiber. Für sie entfällt die Möglichkeit, ihr Dienstangebot um den Teilnehmeranschluss zu erweitern, da sie bei der gebündelten Variante des Resale neben den Anschlüssen auch Verbindungsleistungen der DTAG wiederverkaufen müssen. Dies entspricht aber nicht ihrem Geschäftsmodell, weil das Resale von Verbindungsleistungen zu Lasten der selbstproduzierten Verbindungsleistungen gehen würde. Unter diesen Bedingungen ist zu erwarten, dass der Markt für Teilnehmeranschlüsse mindestens noch bis in die zweite Hälfte des Jahres 2008 durch fehlenden wirksamen und fehlenden nachhaltigen Wettbewerb gekennzeichnet sein wird. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte sich die Regulierungsbehörde auf diesen Fall vorbereiten und bereits im Rahmen der voraussichtlich im Jahr 2007 anstehenden zweiten Analyse des Marktes für Teilnehmeranschlüsse entscheiden, ob und gegebenenfalls in welcher Form der DTAG entbündeltes Anschluss-Resale ab Mitte des Jahres 2008 aufzuerlegen ist.

Bonn, im Dezember 2005

Jürgen Basedow

Jörn Aldag

Martin Hellwig

Peter-Michael Preusker

Katharina M. Trebitsch

